

MILAN KUHLI

Normative
Tatbestandsmerkmale
in der strafrichterlichen
Rechtsanwendung

Jus Poenale

14

Mohr Siebeck

JUS POENALE

Beiträge zum Strafrecht

Band 14



Milan Kuhli

Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung

Institutionelle, rechtsverweisende und
dichte Elemente im Strafrecht

Mohr Siebeck

Milan Kubli, geboren 1979; Studium der Rechtswissenschaft (1. Staatsexamen) und der Mittleren und Neueren Geschichte und der Politologie (M.A.); juristisches Referendariat (2. Staatsexamen); Promotionen zum Dr. jur und Dr. phil. und Habilitation an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main; dort zunächst Wissenschaftlicher Mitarbeiter; von Februar bis September 2015: Inhaber der Juniorprofessur für Strafrecht an der Universität Mannheim; WS 2015/2016: Vertretung des Lehrstuhls für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg; seit SoSe 2016: Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg.



Diese Publikation geht hervor aus dem DFG-geförderten Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

ISBN 978-3-16-154263-3 / eISBN 978-3-16-154580-1

DOI 10.1628/978-3-16-154580-1

ISSN 2198-6975 (Jus Poenale)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Meiner Frau
und meinen Eltern
in Liebe und Dankbarkeit*

Vorwort

Bei der vorliegenden Abhandlung handelt es sich um die überarbeitete und gekürzte Fassung der gleichnamigen Habilitationsschrift, mit der ich im Sommersemester 2015 durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main habilitiert wurde. Für die Veröffentlichung habe ich die Arbeit aktualisiert und auf den Stand vom März 2017 gebracht.

An dieser Stelle danke ich herzlich meinem akademischen Lehrer Professor Dr. Klaus Günther für seine engagierte Betreuung meines Projektes. Dank gebührt auch Professor Dr. Dr. h. c. Ulfrid Neumann für seine wertvollen Anmerkungen zu meiner Arbeit und für die Erstellung des Zweitgutachtens, die den zügigen Abschluss des Habilitationsverfahrens ermöglichte.

Herzlich danken möchte ich auch den Mitgliedern des Frankfurter Instituts für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie für ihre hilfreichen Diskussionsbeiträge im Dienstagseminar, in welchem ich mein Habilitationsprojekt vorstellen durfte. Dieser Dank gilt neben den beiden Gutachtern der Arbeit insbesondere Professor Dr. Dr. h. c. Dirk Fabricius, Professor Dr. Matthias Jahn sowie Professor Dr. Cornelius Prittwitz. Danken möchte ich schließlich auch allen Freunden, Kollegen und Weggefährten, die mein Habilitationsprojekt durch fruchtbare Anmerkungen und kritische Nachfragen unterstützt haben. Aus diesem Kreis möchte ich Professor Dr. Martin Asholt und Dr. Antonio Martins, LL.M. besonders hervorheben.

Im Rahmen meines Habilitationsvorhabens wurde mir die Gelegenheit gewährt, im Trinity Term 2014 an der Law Faculty der University of Oxford zu forschen. Für die Einladung hierzu, die freundliche Aufnahme an der Oxford University und den anregenden wissenschaftlichen Austausch möchte ich auch Professorin Lucia Zedner danken. Der Forschungsaufenthalt in Oxford wurde mir durch ein Reisestipendium der Fritz Thyssen Stiftung ermöglicht, der ich dafür sehr herzlich danke.

Zu danken habe ich überdies dem Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Johann Wolfgang Goethe-Universität für die großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses zur Veröffentlichung dieser

Arbeit. Dem Verlag Mohr Siebeck bin ich für die Annahme meiner Arbeit und für die kompetente Betreuung bei der Drucklegung dankbar.

Dank gebührt schließlich auch meinem Lehrstuhlteam an der Universität Hamburg, das mich mit Kompetenz, Fleiß und Engagement in der Phase der Veröffentlichung meiner Arbeit unterstützt hat: Zu nennen sind hier Aylin Aslan, Alina Cohrs, Benjamin Dzatkowski, Barbara Fisz, Judith Papenfuß und Josephin Wolter.

Besonderer Dank gilt meiner Frau Dr. Christina Kuhli und meinen Eltern Horst und Karin Kuhli, auf deren umfassende Unterstützung ich mich stets verlassen konnte und denen ich diese Arbeit widme.

Hamburg, im Juni 2017

Milan Kuhli

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Einleitung	1
I. Gegenstand der Untersuchung	1
II. Gang der Untersuchung	7
B. Dogmengeschichte normativer Tatbestandsmerkmale	11
I. Wertphilosophie des Neukantianismus	13
1. Abwendung vom positivistischen Denken	13
2. Wertbeziehendes Methodenverständnis	15
3. Einfluss auf die Strafrechtsdogmatik	19
II. Würdigungsbegriffe in der Rechtswissenschaft	26
III. Einführung des Instituts durch Max Ernst Mayer	29
1. Ernst Belings Theoreme	29
a) Tatbestandslehre	29
b) Normative Tatbestandsmerkmale	35
2. Mayers Revision der Belingschen Tatbestandslehre	36
3. Einordnung der normativen Tatbestandsmerkmale bei Mayer	39
4. Mayers Lehre der echten Rechtswidrigkeitselemente	42
IV. Dogmatische Weiterentwicklung in der Literatur	47
1. Unterscheidung von rechtsverweisenden und anderen normativen Tatbestandsmerkmalen	48
a) Max Grünhut	48
aa) Normative und deskriptive Tatbestandsmerkmale	48
bb) Klassifizierung normativer Tatbestandsmerkmale	50
b) Edmund Mezger	53
aa) Tatbestandslehre	53
bb) Normative und deskriptive Tatbestandsmerkmale	55

cc) Klassifizierung normativer Tatbestandsmerkmale . . .	56
aaa) Festschriftenbeitrag für Ludwig Traeger	57
bbb) Lehrbücher	58
2. Normativität im engeren und weiteren Sinne (Erik Wolf) . .	60
a) Weites Verständnis	60
b) Enges Verständnis	61
3. Geistige Verstehbarkeit (Hans Welzel)	64
a) Welzels Kritik am Neukantianismus	64
b) Normative Tatbestandsmerkmale	66
4. „Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“ (Hans-Jürgen Bruns)	67
a) Ablehnung einer Akzessorietät des Strafrechts	68
b) Normative Tatbestandsmerkmale	69
5. ‚Führerprinzip‘ und wertausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale (Herbert Krüger)	72
6. „Raum für mehrere sinnvolle Deutungen“ (Karl Engisch) . .	75
a) Normativitätskriterien	76
aa) Als sinnvoll erachtete Kriterien	76
aaa) Wertbezüglichkeit	77
bbb) Wertungserfordernis	79
bb) Als untauglich bewertete Kriterien	80
b) Deskriptive Tatbestandsmerkmale	81
7. Rekurs auf institutionelle Tatsachen (Thomas Darnstädt) . .	82
a) Theorie institutioneller Tatsachen	82
aa) Institutionelle und rohe Tatsachen	82
bb) Entstehung institutioneller Tatsachen	84
cc) Ordnung institutioneller Tatsachen	85
aaa) Institutionelle und rohe Tatsachen	85
bbb) Institutionelle Tatsachen untereinander	86
dd) Sein, Sollen und institutionelle Tatsachen	86
b) Darnstädts Konzept normativer Tatbestandsmerkmale . .	88
aa) Semantische Spielräume	89
bb) Institutionelle Tatsachen	91
V. Normative Tatbestandsmerkmale in der Rechtsprechung	92
VI. Zusammenfassung der historischen Entwicklung	95
C. Zur ‚Normativität‘ normativer Tatbestandsmerkmale	99
I. Terminologische Vorbemerkungen	99
II. Semantische Unterscheidung zwischen Intension und Extension	102
1. Prädikatoren	106
2. Individuenausdrücke	106
3. Sätze	107

III. Eigenschaften normativer Tatbestandsmerkmale	109
1. Designatsbezogene Perspektive	109
a) Bezug auf geistig verstehbare Designate	110
b) Bezug auf institutionelle Tatsachen	114
c) Bezug auf Normen	119
d) Zusammenfassung der designatsbezogenen Perspektive . .	123
2. Anwendungsbezogene Perspektive	124
a) Wertungserfordernis	124
aa) Terminologie von Wertung und Wert	126
aaa) Wert	127
bbb) Wertung	129
bb) Begriff und Beispiele strafrechtlicher Wertungsmerkmale	132
cc) Verhältnis zwischen Wertungsmerkmalen und rechtsverweisenden Merkmalen	134
dd) Strafrechtliche Wertungsmerkmale als ‚dichte Tatbestandsmerkmale‘	141
aaa) Deskriptive Dimension	141
bbb) Dichte Begriffe – handlungsleitend und weltgeleitet	142
ccc) Vorüberlegungen zum semantischen Aufbau dichter Begriffe	148
ddd) Verhältnis zwischen dichten und dünnen Begriffen	149
eee) Dichte Tatbestandsmerkmale im Strafrecht . . .	154
ee) Zusammenfassung zum Wertungserfordernis	154
b) Vagheit	155
aa) Semantische Lesart des Vagheitskonzepts	155
bb) Bedeutung und Wortgebrauch	157
cc) Pragmatische Lesart des Vagheitskonzepts	160
dd) Normative Tatbestandsmerkmale	162
3. Zwischenergebnis	165
a) Drei Spezifika normativer Tatbestandsmerkmale	165
b) Gemeinsamkeit dieser Spezifika	166
IV. Komplementärbegriff der deskriptiven Tatbestandsmerkmale .	167
D. Verwandte Erscheinungsformen normativer Tatbestandsmerkmale	171
I. Blankettelemente	171
1. Erscheinungsformen	171
2. Gesetzgeberische Gründe	174

3. Blankettelemente vs. rechtlich-normative	
Tatbestandsmerkmale	175
a) Gang der Untersuchung, Terminologie und Thesen	175
b) Normtheoretische Abgrenzung	176
aa) Beispiele aus dem StGB und dem Nebenstrafrecht . .	176
bb) Formale Abgrenzungskriterien	178
cc) Materielle Abgrenzungskriterien	180
aaa) Vollständigkeit vs. Unvollständigkeit	180
bbb) Rechtsstatusverweisung vs. Rechtspflichtverweisung	182
dd) Zwischenergebnis	184
c) Bezugspunkt des Tatvorsatzes	184
aa) Struktur der Rechtsverweisung	185
aaa) § 283b Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB (Verletzung der Buchführungspflicht)	186
bbb) § 242 Abs. 1 StGB (Diebstahl)	187
ccc) Zwischenergebnis	187
bb) Blankettelemente	188
aaa) Gängige Sichtweise	188
(1) Voraussetzungen der Ausfüllungsnorm	188
(2) Rechtsfolge der Ausfüllungsnorm – die Welzel-Lange-Kontroverse	191
bbb) Grundsatz des doppelten Vorsatzbezugs	194
(1) Herleitung	194
(2) Mögliche Ausnahmen	197
α) Rechtsfolge der Ausfüllungsnorm	198
β) Voraussetzungen der Ausfüllungsnorm . .	198
ccc) Zwischenergebnis	199
cc) Rechtlich-normative Tatbestandsmerkmale	199
aaa) Gängige Sichtweise	199
(1) Rechtsfolge des in Bezug genommenen Rechtsverhältnisses	199
α) Frage des ‚Ob‘	199
β) Frage des ‚Wie‘ – Parallelwertung in der Laiensphäre?	201
(2) Voraussetzungen des in Bezug genommenen Rechtsverhältnisses	204
bbb) Grundsatz des doppelten Vorsatzbezugs	207
(1) Herleitung	207
(2) Mögliche Ausnahmen	211
α) Rechtsfolge des in Bezug genommenen Rechtsverhältnisses	212

β) Voraussetzungen des in Bezug genommenen Rechtsverhältnisses	212
dd) Schlussfolgerung	218
4. Blankettelemente und richterliche Rechtsanwendung – zur Terminologie im weiteren Verlauf	219
II. Generalklauseln	220
III. Gesetzliche Ermessenselemente	222
1. Terminologie	222
2. Tatbestandsermessen	226
 E. Dichte Merkmale und strafrichterliche Rechtsanwendung. Zur Frage der Revisibilität	 231
I. Revisionsrechtsprechung	232
1. Allgemeiner Teil im geltenden Strafrecht	235
a) Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen (§ 13 StGB)	235
b) Abgrenzung zwischen Versuch (§ 22 StGB) und Vorbereitungshandlung	236
c) Abgrenzung zwischen Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) und Beihilfe (§ 27 StGB)	238
aa) Bejahung eines Beurteilungsspielraums	238
bb) Plausibilitätsgrad der betreffenden Wertungen	239
d) Konkurrenzen: Natürliche Handlungseinheit	242
2. Besonderer Teil im geltenden Strafrecht	243
a) Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe (§ 211 Abs. 2 Var. 4 StGB)	243
b) Schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 StGB)	245
aa) Tatbestandsmerkmal des Verlustes des Sehvermögens (§ 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB)	245
bb) Tatbestandsmerkmal des wichtigen Glieds (§ 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB)	246
c) Tatbestandsmerkmal der dauerhaften erheblichen Entstellung (§ 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB)	247
d) Tatbestandsmerkmal des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung (§ 291 Abs. 1 StGB)	248
d) Tatbestandsmerkmal der Rücksichtslosigkeit (§ 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB)	248
e) Wert- und Maßbegriffe	249
aa) Merkmal der Geringwertigkeit (§ 243 Abs. 2 StGB)	249
bb) Tatbestandsmerkmal der nicht geringen Menge (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG)	250

3. Aufgehobene oder geänderte Bestimmungen des Besonderen Teils	251
a) Tatbestandsmerkmal der Unzüchtigkeit (§ 184 StGB a. F.)	251
b) Wert- und Maßbegriffe	253
aa) Tatbestandsmerkmal der Geringwertigkeit (§ 248a StGB a. F. und § 264a StGB a. F.)	253
bb) Tatbestandsmerkmale der geringen Menge sowie des unbedeutenden Wertes (§ 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB a. F.)	254
4. Kritik der Revisionsrechtsprechung	256
a) Fehlende Konsistenz	257
b) Unzureichende Begründung	259
c) Mangelnde Kriterien	261
II. Begründungsansätze	263
1. Analogiebildung	265
a) Verwaltungsbehördliche Entscheidungen	265
b) Strafzumessung	265
c) Zwischenergebnis	269
2. Tatfrage und Rechtsfrage in der Revision	270
a) Ambivalenz der Abgrenzung	270
b) Juristische Hermeneutik	275
c) Sachverhaltsabstrahierung und Normsubordination	279
d) Ansätze zur Bestimmung des revisiblen Bereichs	283
aa) Teleologisch	284
bb) Institutionell	290
cc) Rechtstheoretisch	291
aaa) Rechtsbegriffe vs. Alltagsbegriffe	292
bbb) Singuläre Feststellung vs. Regelentscheidung	294
ccc) Zwischenergebnis	300
3. Höchstpersönlichkeit von Wertungsakten – zum semantischen Aufbau dichter Tatbestandsmerkmale	300
a) These der einzig richtigen Entscheidung	301
b) Anwendung dichter Tatbestandsmerkmale zwischen Höchstpersönlichkeit und Normierbarkeit	311
aa) Erwägung apriorischer Werte	311
bb) Erwägung gesellschaftlich getragener Werte	313
cc) Konsequenzen aus dem Fehlen eindeutiger objektiver Wertvorgaben	316
aaa) Keine ausschließliche Anwendung der deskriptiven Bedeutungskomponente	317
bbb) Perspektivwechsel – zur Frage der Grenzen möglicher Rechtsanwendung	320

c) Regel I: Konsistenz	321
aa) Einzelnes Wertungssubjekt	321
bb) Gesamtheit der Rechtsprechung	325
d) Regel II: Vertretbarkeit	327
aa) Exkurs: Vertretbarkeitserwägungen bei strafrechtlich relevanten Wertungsaussagen	328
aaa) Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung (§§ 185, 186, 187 StGB)	328
(1) Tatsachenaussage	329
(2) Werturteil	330
(3) Gängige Abgrenzung zwischen Tatsachenaussage und Werturteil	332
α) Schwerpunktformel	332
β) Einzelfälle	337
(4) Reichweite der Überprüfungscompetenz des Revisionsgerichts	340
α) Kompetenzfrage I: Auslegung der Äußerung	340
β) Kompetenzfrage II: Abgrenzung zwischen Tatsachenaussage und Werturteil.	342
bbb) Betrug (§ 263 StGB)	343
(1) Tatsachenaussage	343
(2) Gängige Abgrenzung zwischen Tatsachenaussage und Werturteil	344
α) Tatsachenkern	344
β) Einzelfälle	346
ccc) Zusammenfassung des Exkurses	349
bb) Dichte Tatbestandsmerkmale und Vertretbarkeit	350
aaa) Semantischer Aufbau dichter Begriffe	353
(1) Vier potenzielle Modelle	353
(2) Nonkognitivistische Zweikomponententhese	355
(3) Voraussetzungen der Isolierbarkeit der deskriptiven Komponente – zum Problem der objectionable thick concepts	361
(4) Zwischenergebnis	363
bbb) Umfang revisionsrechtlicher Überprüfbarkeit	363
(1) Subordinationsregeln	365
(2) Grenzen der Regulierbarkeit	367
α) Mangelnde sprachliche Darstellbarkeit	368
β) Eingeschränkte Zweckmäßigkeit einer Regelbildung	372
αα) Problem der Einzelfallregelung	372

	aaa) Mangelnde Nachvollziehbarkeit	373
	ββ) Mangelnde Leitlinienfunktion	373
	β) Problem der Überkomplexität	374
	e) Zur Frage einer revisionsgerichtlichen Ersetzungsbefugnis	377
	4. Zwischenergebnis	380
	5. Konsequenzen für die Revisionsrechtsprechung	381
F.	Rechtsverweisende Merkmale und strafrichterliche Rechtsanwendung. Zur Frage der Bindung an zivilgerichtliche Entscheidungen	383
I.	Tatbestands- und Gestaltungswirkung	385
	1. Tatbestandswirkung	385
	2. Gestaltungswirkung	387
	3. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	388
II.	Zur Frage einer inhaltlichen Bindung	389
	1. Drei Fallbeispiele (am Beispiel der Verletzung der Unterhaltspflicht nach § 170 Abs. 1 StGB)	389
	2. Gesetzliche Bestimmungen	390
	a) § 262 StPO (Entscheidung außerstrafrechtlicher Vorfragen)	391
	aa) Vorgreiflichkeit außerstrafrechtlicher Rechtsverhältnisse	392
	bb) Regelungsgehalt des Absatzes 1	393
	cc) Regelungsgehalt des Absatzes 2	394
	dd) Keine Aussage zur Bindungsfrage	395
	b) § 261 StPO (Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung)	398
	c) § 244 Abs. 2 StPO (Untersuchungsgrundsatz)	399
	d) § 359 Nr. 4 StPO (Wiederaufnahmegrund)	399
	e) Zwischenergebnis	400
	3. Allgemeine Rechtsgrundsätze	401
	a) Wesen rechtsverweisender Tatbestandsmerkmale	401
	b) Staatsrechtliche Gesichtspunkte	402
	c) Materielle Rechtskraft	404
	d) Zwischenergebnis und Konsequenzen für den Strafprozess	408
	4. Beurteilung der Fallbeispiele	409
	a) Erstes Fallbeispiel: Unterhaltsgewährende zivilgerichtliche Entscheidung	409
	b) Zweites Fallbeispiel: Unterhaltsablehnende zivilgerichtliche Entscheidung	409
	c) Drittes Fallbeispiel: Rechtshängiges Unterhaltsverfahren	411

G. Zusammenfassende Thesen	413
I. Normative Tatbestandsmerkmale	413
II. Blankettelemente	414
1. Klassifikation	414
2. Bezugspunkt des Tatvorsatzes	414
3. Richterliche Rechtsanwendung	415
III. Dichte Tatbestandsmerkmale und Revisibilität	416
1. Rechtspraxis	416
2. Normative Begründung strafrichterlicher Beurteilungsspielräume	416
IV. Rechtsverweisende Tatbestandsmerkmale und Bindung an zivilgerichtliche Judikate	418
Literaturverzeichnis	419
Personenverzeichnis	465
Sachverzeichnis	469

Abkürzungsverzeichnis

a.	am
a. A.	andere Ansicht
Abh.	Abhandlung
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht – Zeitschrift für das gesamte Medienrecht
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
a. M.	am Main
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt. Nachrichten für die Mitglieder des deutschen Anwaltsvereins e.V.
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungsfragen
a. S.	an der Saale
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung
Bd.	Band
Bde.	Bände
BeckOK-StGB	StGB. Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BR-Drucks.	Verhandlungen des Deutschen Bundesrates, Drucksachen
Bsp.	Beispiel
bsw.	Beispielsweise
BT-Drucks.	Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Drucksachen
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
CJP	Canadian Journal of Philosophy
Crim.L.R.	The Criminal Law Review
DB	Der Betrieb. Wochenschrift für Betriebswirtschaft – Steuerrecht – Wirtschaftsrecht – Arbeitsrecht
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe / dieselben
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
DRiZ	Deutsche RichterZeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DSchG	Denkmalschutzgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
dt.	deutsch
DtRw	Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DuR	Demokratie und Recht
durchges.	durchgesehene
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
ed.	edition / editor
Ed.	Edition
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStPO	Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung
EL	Ergänzungslieferung

EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Entsch.	Entscheidung
erg.	ergänzte
et al.	et alii
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	und der / die / das Folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	und die Folgenden
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GBA	Generalbundesanwalt
Geb.	Geburtstag
gem.	gemäß
GerS	Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Zivil- und Militär-Strafrecht und Strafprozeßrecht sowie die ergänzenden Disziplinen
GG	Grundgesetz
grds.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
GSSt	Großer Senat für Strafsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
Halbbd.	Halbband
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-GS	Gesamtes Strafrecht. Handkommentar
HK-StPO	Strafprozessordnung. Heidelberger Kommentar
Hk-ZPO	Zivilprozessordnung. Handkommentar
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
Hrsgg.	Herausgegeben
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
i. e. S.	im engeren Sinne
i. Br.	im Breisgau
insb.	insbesondere
i. R. d.	im Rahmen der / im Rahmen des
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne der / im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit

i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
JJZG	Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte
JöR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
Jura	Jura. Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KK-OWiG	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
km	Kilometer
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KWG	Kreditwesengesetz
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LPK-StGB	Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar
LR-StPO	Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar
Ls.	Leitsatz
LSD	Lysergsäurediäthylamid
m.	mit
MA	Massachusetts
Mag.-Arbeit	Magisterarbeit
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mind	Mind: a quarterly review of philosophy
Monist	The Monist. An international quarterly journal of general philosophical inquiry
Ms.	Manuskript
M SchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
M SchrKrimPsych	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
MüKo-FamFG	Münchener Kommentar zum FamFG
MüKo-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKo-StVR	Münchener Kommentar zum Straßenverkehrsrecht
MüKo-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
m. w. N.	mit weiterem Nachweis / mit weiteren Nachweisen
Nachdr.	Nachdruck
Neudr.	Neudruck
n. F.	neue Fassung

N.F.	Neue Folge
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NK-StGB	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht; Rechtsprechungs-Report
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o.	ohne
ÖVD	Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
para.	paragraph
P. Aristotelian Soc.	Proceedings of the Aristotelian Society
Philos. Rev.	The Philosophical Review
Phil. Perspect.	Philosophical Perspectives
print.	printing
Psyche	Psyche. Zeitschrift für Psychoanalyse und ihre Anwendungen
QB	The Law Reports. Queen's Bench Division and on Appeal therefrom in the Court of Appeal and Decisions in the Court of Appeal Criminal Division
R & P	Recht und Psychiatrie
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
S.	Satz / Seite
s.	siehe
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
scil.	scilicet
sect.	section
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
Sp.	Spalte
SSW	Satzger/Schluckebier/Widmaier
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung

StraFo	Strafverteidiger Forum
Studium Generale	Studium Generale. Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden
StuW	Steuer und Wirtschaft
StV	Strafverteidiger
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
Suppl. Vol.	Supplementary Volume
Teilbd.	Teilband
TierSchG	Tierschutzgesetz
Ts.	Taunus
u.	und
u. a.	und andere / unter anderem
Univ.	Universität
Urt.	Urteil
US	United States
v.	von / vom / versus
Var.	Variante
v. d. H.	vor der Höhe
VersammlG	Versammlungsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung
vs.	versus
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WaffG	Waffengesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht zum Beispiel
z. B.	zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZfphF	Zeitschrift für philosophische Forschung
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (und Insolvenzpraxis)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zugl.	zugleich
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (<i>bis zum 63. Jahrgang [1942]:</i> Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß)

A. Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Auch ein Jahrhundert nach ihrer erstmaligen Erwähnung¹ sind normative Tatbestandsmerkmale noch immer Gegenstand des strafrechtlichen Diskurses. Ein jüngeres Beispiel hierfür bildet eine Rede aus dem Jahre 2014, in der Heiko Maas in seiner Funktion als Bundesjustizminister zur Frage der Reformbedürftigkeit der geltenden Tötungstatbestände² Stellung bezieht.³ Maas bejaht diese Frage mit Nachdruck: Mordmerkmale wie dasjenige der ‚Heimtücke‘ oder der ‚niedrigen Beweggründe‘ verkörpern das Konzept eines Täterstrafrechts, das nicht zeitgemäß sei, sondern die Ideologie des Nationalsozialismus widerspiegeln, aus dessen Zeit die gegenwärtig geltende Mordregelung dem Grunde nach stammt.⁴ Die genannten Mordmerkmale führten heute nicht nur zu inhaltlichen Dilemmata und Widersprüchen,⁵ sondern stellten auch in methodologischer Hinsicht die Rechtsprechung vor Aufgaben, die nur schwierig zu bewältigen seien. So führt Maas aus:

„Die Gerichte müssen das Gesetz einzelfallgerecht anwenden – die Grenzen strafbaren Verhaltens hat aber der Gesetzgeber trennscharf zu bestimmen. Das ist bei den Tötungsdelikten heute nicht ausreichend der Fall.“⁶

¹ *M. E. Mayer*, Der AT des deutschen Strafrechts, 1915, S. 182. Vgl. hierzu aber auch die Nachweise in Fn. 37.

² Vgl. zur Reformdiskussion (m. w. N.): Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, 2015; *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* NStZ 2014, 9 ff.; *Walter* NStZ 2014, 368 ff.; *Krebl* ZRP 2014, 98 ff.; *Höhne* ZRP 2014, 214; *M. Bachmann* NJ 2014, 401 (408 f.).

³ Vgl. zum Folgenden: *Maas*, Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz zum Auftakt der Expertengruppe „Überarbeitung der Tötungsdelikte“ am 20.5.2014 in Berlin.

⁴ Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs v. 4.9.1941 (RGBl. I S. 549).

⁵ Verwiesen sei hier etwa nur auf den Aspekt, dass das Merkmal der Heimtücke solche Täter benachteiligt, die ihrem Opfer körperlich unterlegen sind und deshalb die offene Auseinandersetzung vermeiden (vgl. etwa zum sogenannten Haustyrannen-Mord: *Haverkamp* GA 2006, 586 ff.).

⁶ *Maas*, Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz zum Auftakt der Expertengruppe „Überarbeitung der Tötungsdelikte“ am 20.5.2014 in Berlin.

Tatsächlich steht die strafrichterliche Rechtsanwendung⁷ dann vor besonderen Herausforderungen, wenn gesetzliche Merkmale in Rede stehen, die in der Strafrechtswissenschaft mitunter als *normativ* eingestuft werden. Dies gilt nicht nur für die genannten Mordmerkmale, sondern betrifft viele Bereiche des Strafrechts. Mit der vorliegenden Abhandlung soll der Ansatz verfolgt werden, zentrale Probleme, die sich bei der richterlichen Anwendung normativer Tatbestandsmerkmale im Strafrecht stellen, einer systematischen Betrachtung zu unterziehen und kritisch zu reflektieren. Die Untersuchung beschränkt sich dabei grundsätzlich⁸ nicht nur auf den Unrechtstatbestand,⁹ sondern nimmt den Tatbestand im rechtstheoretischen¹⁰ bzw. weiteren Sinne¹¹ in den Blick – denjenigen Tatbestandsbegriff also, unter dem nach Jakobs „sämtliche materiellrechtlichen Bestrafungsvoraussetzungen“¹² zu verstehen sind. In der Konsequenz können unter Umständen auch solche Merkmale in die Überlegungen einbezo-

⁷ Vgl. allgemein zur Rekonstruktion der richterlichen Rechtsanwendung: *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl., 1991, S. 366 ff.; *Krey* ZStW 101 (1989), 838 ff.; *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986; *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, S. 68 ff.; *Küper*, Die Richteridee, 1967; *Esser*, in: FS Hippel, 1967, S. 95 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 1956, S. 106 f.; *Bockelmann*, in: FS Smend, 1952, S. 23 ff.; *H. Schröder*, Gesetz und Richter im Strafrecht, 1953; *Heimberger*, in: Frankfurter Universitätsreden, 1928, S. 10 ff.

Vgl. auch die Beiträge von *Bumke*, *Jestaedt*, *Kirchhof* und *Pickler* in dem von *Bumke* herausgegebenen Sammelband: Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012.

⁸ Ausnahmen gelten, soweit die Arbeit den Bezugspunkt des Tatvorsatzes bei rechtsverweisenden normativen Tatbestandsmerkmalen untersucht (vgl. dazu unten Abschnitt D.I.3.c). In dieser Hinsicht wird der Begriff der normativen Tatbestandsmerkmale in einem engen Sinne verstanden, der sich nur auf den Unrechtstatbestand bezieht.

⁹ Vgl. zu diesem Begriff etwa *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 6. Abschn. Rn. 52: „Der Inbegriff der Merkmale, mit denen ein Verhalten beschrieben wird, das allenfalls in einem Rechtfertigungszusammenhang tolerierbar ist, heißt Unrechtstatbestand [...]. Die Feststellung, daß ein Unrechtstatbestand verwirklicht ist, erfolgt unabhängig vom Bestand eines Rechtfertigungszusammenhangs“ (im Original mit Hervorhebung); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 246: „gesetzliche Beschreibung typischen Unrechts“.

¹⁰ Vgl. etwa die Definition bei *Engisch*, der den Tatbestand im Sinne der Rechtstheorie wie folgt definiert: „Er ist das Korrelat zur ‚Rechtsfolge‘, speziell im Strafrecht das Korrelat zur Strafdrohung. Er ist der Inbegriff aller materiellen Voraussetzungen der Strafdrohung mit Beiseitesetzung der bloßen Strafverfolgungsbedingungen“ (*Engisch*, in: FS Mezger, 1954, S. 127 [130]); vgl. zum Tatbestandsbegriff i. S. d. Rechtstheorie auch: *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 246.

Vgl. überdies den *Tatbestand der allgemeinen Rechtslehre*, der von *Mezger* folgendermaßen umschrieben wird: Dieser Tatbestand „bedeutet die Gesamtheit aller Voraussetzungen, an deren Vorhandensein eine bestimmte Rechtsfolge, hier also die Bestrafung, geknüpft ist. Auch alle ‚objektiven Bedingungen der Strafbarkeit‘ gehören dazu“ (*Mezger* NJW 1953, 2).

¹¹ *Wessels/Beulke/Satzger* verstehen unter dem Tatbestand im weiteren Sinne den „Inbegriff aller Voraussetzungen der Strafbarkeit [...]“: Dieser weite Tatbestandsbegriff umspannt die Merkmale des Unrechtstatbestandes, der Rechtswidrigkeit und der Schuld sowie die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit“ (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 46. Aufl., 2016, Rn. 175 [im Original mit Hervorhebungen]).

¹² *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 6. Abschnitt Rn. 53, der die Frage der Bildung eines solchen Tatbestandsbegriffs als eine solche „der terminologischen Zweckmäßigkeit“ bezeichnet; vgl. auch *Arth. Kaufmann*, der hierfür den Begriff des *gesetzlichen Tatbestandes* ge-

gen werden, die teilweise als gesamtatbewertend gedeutet werden¹³ – so beispielsweise das Nötigungsmerkmal der Verwerflichkeit (§ 240 Abs. 2 StGB)¹⁴ – oder die mitunter als Schuldmerkmale diskutiert werden,¹⁵ wie etwa das Merkmal der Rücksichtslosigkeit (§ 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB).¹⁶ Entsprechendes gilt für solche Elemente, die der Rechtswidrigkeitsebene zugeordnet werden, wie es beispielsweise für das Merkmal der guten Sitten in der Einwilligungregelung nach § 228 StGB vertreten wird.¹⁷ Eine Beschränkung erfährt der Untersuchungsgegenstand dadurch, dass der Blick auf die Applikation materiellrechtlicher Strafbarkeitsvoraussetzungen gerichtet wird, wohingegen die Bereiche der Strafzumessung und des Strafverfahrens lediglich ergänzende Berücksichtigung finden.

Eine Untersuchung der vorliegenden Art sieht sich vor verschiedene Herausforderungen gestellt. Wie bei kaum einem anderen strafrechtlichen Institut

braucht und hierunter „den Inbegriff derjenigen Voraussetzungen“ begreift, „an welche die Strafe als Rechtsfolge geknüpft ist“ (*Arth. Kaufmann*, Das Unrechtsbewusstsein, 1949, S. 164).

In Abweichung zu der vorliegend vertretenen Terminologie plädiert *Walter* dafür, den Begriff des Tatbestandes im weiteren Sinne mit dem gesetzlichen Straftatbestand gleichzusetzen, worunter er den „Wortlaut einer Strafvorschrift des Besonderen Teils oder des Nebenstrafrechts“ versteht (*Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 61 f.).

¹³ Unter gesamtatbewertenden Tatbestandsmerkmalen werden solche Elemente verstanden, „die nicht nur das unrechtsbegründende Verhalten als solches beschreiben, sondern wegen ihres hohen normativen Gehalts zugleich schon die sonst dem allgemeinen Rechtswidrigkeitsurteil vorbehaltene Gesamtbewertung mitumfassen“ (Lackner/Kübl, StGB, 28. Aufl., 2014, § 15 Rn. 16; vgl. auch *Krümpelmann* GA 1968, 129 [138]). Als Beispiel hierfür wird häufig das Kriterium der *Verwerflichkeit* in § 240 Abs. 2 StGB genannt (*Marwedel* ZStW 123 [2011], 548 [562]; *Jakobs*, in: FS Rudolphi, 2004, S. 107 [118]; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 248). Gesamtatbewertende Merkmale dieser Art sollen demnach gleichzeitig den Unrechtstypus umschreiben wie auch das konkrete Unrecht der singulären Tat (vgl. *Roxin*, Strafrecht AT 1, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 45 [bezogen auf § 240 Abs. 2 StGB]). Das Urteil beispielsweise, dass eine begangene Nötigung verwerflich ist (§ 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB), impliziert damit neben der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit zugleich, dass Rechtfertigungsgründe jeglicher Art ausscheiden (*Roxin*, Strafrecht AT 1, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 45).

Die Lehre der gesamtatbewertenden Merkmale ist jedoch nicht unumstritten. Kritisch äußern sich hierzu etwa *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 106 f. („verfehlt, mindestens überflüssig“); *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, 4. Aufl., 2014, Rn. 347; *Haft* JA 1981, 281 (283).

¹⁴ *Marwedel* ZStW 123 (2011), 548 (562); *Jakobs*, in: FS Rudolphi, 2004, S. 107 (118); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 248.

¹⁵ Vgl. hierzu auch *Wex*, Grenzen normativer Tatbestandsmerkmale, 1969, S. 39: „Begrift man die normativen Merkmale als Strukturelemente eines Tatbestandes, diesen wiederum als Inbegriff aller Voraussetzungen, an die eine strafbare Handlung geknüpft ist[...], so sind die normativen Tatbestandsmerkmale sowohl im objektiven Tatbestand anzutreffen als auch innerhalb der Rechtswidrigkeit und der Schuld“. Vgl. überdies *Jescheck* Studium Generale 1959, 107 (114 f.), dem zufolge normative Tatbestandsmerkmale „sowohl bei der Beschreibung der Deliktstypen vor[kommen], wie auch bei den Rechtfertigungsgründen, wie endlich bei den besonderen Schuldelernten“.

¹⁶ Vgl. zur Einordnung *Roxin*, Strafrecht AT 1, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 78 ff.

¹⁷ Vgl. hierzu *Fischer*, StGB, 64. Aufl., 2017, § 228 Rn. 2 (unter Einbeziehung von Nachweisen für die Gegenansicht).