

## Neues und Bekanntes aus Strafrecht und Strafprozessrecht

# Repetitorium StGB AT und BT: Kein Straftatbestand! – aber was dann?



Prof. Karoline H. Starkgraff,  
Akademie der Polizei Hamburg

### I. Einleitung

Die Reihe „Bekanntes und Neues aus dem Strafrecht“ soll einige Grundlagen des Strafrechts und Strafprozessrechts in das Gedächtnis zurückrufen, weist auf Neuregelungen hin und bietet damit die Gelegenheit, vorhandenes Wissen zu überprüfen und zu aktualisieren. Eine kurze Einführung in das Thema frischt vorhandenes Wissen auf.

Diese Folge des Repetitoriums richtet sich, ähnlich wie die Folge „Klausurtexte richtig lesen“<sup>1</sup>, vor allem an die Erstsemester, die sich mit dem umfangreichen Strafgesetzbuch konfrontiert sehen und darin zurechtfinden müssen. Fortgeschrittene profitieren durch eine Wiederholung ebenfalls. Zum einen, weil die richtige Einordnung einer Regelung ihren Platz im Prüfungsschema bestimmt. Schulausschlussgründe werden nach den Rechtfertigungsgründen geprüft. Eine versehentlich falsche Einordnung z.B. von § 33 StGB, der zwischen zwei Rechtfertigungsgründen steht, aber ein Schulausschlussgrund ist, zieht insbesondere Fortgeschrittenenklausuren in der Bewertung erheblich nach unten.

Zum anderen, weil die Genauigkeit, die in dieser Folge des Repetitoriums besonders hervorgehoben wird, auch in Haus- und Bachelorarbeiten gefordert wird. Bei Anfängerklausuren, bei denen der Kandidat erkennbar unter Zeitdruck stand, mag sich ein wohlwollender Korrektor sich eventuell sagen: Ich weiß ja, was hier gemeint ist. Bei einem wissenschaftlichen Text im Studium räumen die Prüfungsordnungen eine Bearbeitungszeit von mehreren Wochen oder sogar Monaten ein. Daran geknüpft ist die Erwartung, dass der Text nicht nur inhaltlich (hier: strafrechtlich) überzeugt, sondern sorgfältig durchgesehen und sprachlich einwandfrei ist.

### II. Einführung in das Thema

Das StGB reicht von § 1 bis § 358 StGB, dazwischen sind gelegentlich Normen aufgehoben worden oder weggefallen. Unter den verbleibenden ca. 340 Paragraphen befinden sich Straftatbestände, aber auch viele andere Regelungen, die kein Verhalten unter Strafe stellen.

Üblich ist die Unterscheidung zwischen dem Allgemeinen Teil des StGB, §§ 1 – 79b StGB, abgekürzt StGB AT, der Vorschriften allgemeiner Art enthält. Die Regelungen sind auf alle Straftatbestände des Besonderen Teils (StGB BT), ab §§ 80 StGB, anzuwenden. Ein Mathematiker würde sagen, sie sind „vor die Klammer gezogen“ worden. Die Straftatbestände des StGB BT werden dann in unterschiedlicher Art und Weise klassifiziert und gegeneinander abgegrenzt: Erfolgsdelikte und Tätigkeitsdelikte, konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte, Unternehmensdelikte, echte und unechte Unterlassungsdelikte, Erfolgsqualifikation usw.<sup>2</sup> In dieser Stofffülle kann eine wichtige Information untergehen oder ungehört verhallen: Nicht alle Paragraphen im

StGB, auch nicht im StGB BT, sind Straftatbestände.

Das führt dann zu folgenden (falschen!) Sätzen in Klausur bzw. Hausarbeit:

*Zu prüfen ist, ob Bruno (B) sich gemäß § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht hat.*

oder

*B hat sich demnach gemäß § 248a StGB strafbar gemacht.*

oder

*B könnte sich gemäß § 303 Abs. 3 StGB strafbar gemacht haben.*

In allen drei Beispielssätzen zuckt der Korrektor zusammen und greift zum Rotstift. Denn keiner der drei zitierten Paragraphen (Normen) enthält einen Straftatbestand. Die Normen leben erst durch die Nennung der tatsächlichen Strafvorschrift auf. Bei § 243 StGB ist es der Diebstahl gemäß § 242 Abs. 1 StGB und bei der versuchten Sachbeschädigung das Grunddelikt der Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB. Vollständig lauten die Klausursätze:

*Zu prüfen ist, ob Bruno (B) sich gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht hat.*

oder

*B hat sich demnach gemäß § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Gemäß § 248a StGB liegt ein relatives Antragsdelikt vor.*

oder

*B könnte sich gemäß §§ 303 Abs. 1, 3 StGB wegen versuchter Sachbeschädigung strafbar gemacht haben.*

Hier folgen einige Beispiele, welcher Art Norm Ihnen im StGB begegnen, die keine eigenständigen Straftatbestände sind.

### III. Mögliche Regelungen

#### Legaldefinitionen/Begriffsbestimmungen

Eine Legaldefinition ist die Festlegung des Gesetzgebers, wie ein Begriff, z.B. ein Tatbestandsmerkmal, zu verstehen ist. Manchmal hat der Gesetzgeber Legaldefinitionen unterschiedlicher Art in einem Paragraphen zusammengefasst, so z.B. in § 11 StGB. Manchmal sind Legaldefinition innerhalb eines Paragraphen nur für das in Abs. 1 genannte Grunddelikt enthalten, manchmal für die Deliktsguppe eines Abschnittes. Zu beachten ist, dass Legaldefinitionen nur unmittelbar in dem Gesetz gelten, in welchem sie stehen. Der Angehörigenbegriff des StGB (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB) weicht z.B. vom Angehörigenbegriff der StPO ab. Die Personengruppe, die nach § 52 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, ist nicht identisch mit der Personengruppe, die nach § 11 StGB in einem Angehörigenverhältnis steht. Aufzählungen von Legaldefinitionen müssen nicht abschließend sein. So hat der Gesetzgeber zwar genau bestimmt, wer Angehöriger im Sinne des StGB ist, aber die „nahestehenden Personen“ undefiniert gelassen.

Legaldefinitionen sind bindend und gehen Definitionen in Kommentaren vor. Da Legaldefinitionen vom Gesetzgeber stammen, kann nur das jeweilige Parlament, für das StGB der Bundestag, eine Änderung herbeiführen. Kommentarliteratur und Definitionen in Lehrbüchern sind hingegen die persönliche Meinung der jeweiligen Autoren und werden durch die wissenschaftliche Diskussion geprägt und verändert.

**Das Aufgabenblatt**

Worum handelt es sich bei den folgenden Normen aus dem StGB BT?

	Norm	Einordnung
	<b>Beispiele</b>	
A.	§ 11 Abs. 1 Nr. 3 StGB	Legaldefinition („Richter“)
B.	§ 32 Abs. 1 StGB	Rechtfertigungsgrund (die Antwort „Notwehr“ wäre falsch).
C.	§ 301 Abs. 1 StGB	
D.	§ 96 Abs. 2 Satz 2 StGB	
E.	§ 142 Abs. 5 StGB	
F.	§ 139 Abs. 4 StGB	
G.	§ 202a Abs. 2 StGB	
H.	§ 114 Abs. 2 StGB	
I.	§ 228 StGB (Vorsicht!)	

## Rechtfertigungsgründe

Ein Rechtfertigungsgrund wird nach dem (objektiven und subjektiven) Tatbestand geprüft. Grundsätzlich darf von der Erfüllung des Tatbestands auf die Rechtswidrigkeit geschlossen werden, aber nicht immer.<sup>3</sup> Ein Rechtfertigungsgrund beschreibt, unter welchen Voraussetzungen die Rechtswidrigkeit nicht eintritt. Rechtfertigungsgründe werden im Prüfungsschema unter II. geprüft, also nach dem Tatbestand und vor der Schuld. Die meisten Rechtfertigungsgründe sind im StGB AT genannt, z.B. die Notwehr gemäß § 32 StGB. Im Umkehrschluss kann man dem StGB BT mittelbar die Existenz des Rechtfertigungsgrunds der Einwilligung entnehmen. Achten Sie im Arbeitsblatt darauf!

## Die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit

Die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit ist für Verbrechen im StGB AT geregelt. Gemäß § 23 StGB ist der Versuch eines Verbrechens stets strafbar. Bei einem Vergehen muss der gesetzgeberische Wille für die Versuchsstrafbarkeit sich aus dem StGB BT ablesen lassen. Gleiches gilt für die Fahrlässigkeit (§ 15 StGB). Die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit muss sich aus dem StGB BT ergeben. Beachten Sie in diesem Zusammenhang § 11 Abs. 2 StGB: Eine Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination ist eine vorsätzliche Tat, z.B. der Gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b Abs. 4 StGB.

## Regeln zur Strafbefreiung

Eigentlich hat der Täter, der tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, Strafe „verdient“. Aber das Gesetz sieht Ausnahmen vor. Im Einzelnen ist hier vieles umstritten, sowohl hinsichtlich der Begrifflichkeiten<sup>4</sup> als auch hinsichtlich der Einordnung der jeweiligen Regelung.

Aus dem StGB AT ist das stärkste Beispiel der strafbefreienden Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB). Der Rücktritt des Einzeltäters ist jüngst Thema eines Repetitoriums gewesen.<sup>5</sup> Auch im StGB BT finden sich persönliche Strafausschließungsgründe. Bei der Stravereitelung gemäß § 258 StGB finden sich sogar zwei derartige Ausnahmeregelungen, einerseits das Selbstbegünstigungsprivileg in Abs. 5 und andererseits das Angehörigenprivileg in Abs. 6. Wenn Sie aber auf die nachfolgende Stravereitelung im Amt gemäß § 258a StGB schauen, sehen Sie in Abs. 6, dass u.a. das Angehörigenprivileg nicht in das Amtsdelikt übernommen wurde.

## Strafverfolgungsvoraussetzungen, z. B. Strafantrag

Strafverfolgungsvoraussetzungen sind genau das, was der Begriff besagt: eine zusätzliche Voraussetzung für die Strafverfolgung. Insbesondere bei absoluten Antragsdelikten ist die Wirkung offensichtlich: Eine Beleidigung ohne Antrag des Antragsberechtigten (meist: des Verletzten) darf nicht strafrechtlich verfolgt werden, bleibt also straflos. Auch die Norm, die auf ein relatives Antragsfordernis hinweist, beschreibt eine Strafverfolgungsvoraussetzung. Neben dem Strafantrag gibt es noch die Ermächtigung und das Strafverlangen. Die Ermächtigung ist bei den Staatsschutzdelikten und den Amtsdelikten zu finden. Das Strafverlangen stellt eine ausländische Regierung bei Taten gemäß §§ 102, 104 StGB, wenn sie Angriffe auf ihre Hoheitsträger oder die Verletzung ihrer Flaggen und Hoheitszeichen geahndet wissen will. § 103 StGB, die Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten, ist zum 1.1.2018 aufgehoben worden. Ausgelöst hatte dies die „causa Böhmermann“.

## Regelbeispiele für besonders schwere Fälle

Strafzumessungsregeln betreffen die Frage, welche Strafe im Einzelfall schuldangemessen ist. Der Gesetzgeber gibt in einigen Fällen eine Strafraumverschiebung vor. Regelbeispiele sind Strafzumessungsregeln, die man leicht mit Straftatbeständen verwechseln kann. Sie werden von der hM als tatbestandsähnlich eingestuft.<sup>6</sup> Man erkennt ein Regelbeispiel am Wortlaut: „... liegt in der Regel vor, wenn ...“.

## V. Literaturhinweise

*Baur*, Tatbestandstypenlehre und ihre Bedeutung für die Fallbearbeitung – Ein Examinatorium für das Referendar- und Assessorexamen, ZJS 2017, 5 ff. (Teil 1) und 655 ff. (Teil 2); Mitsch, Strafantragsdelikte, JA 2014, 1 ff.; ■ *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil, 23. Aufl. 2021, § 3, S. 61 (Aufbauschema zu § 243); ■ *Rennicke*, Die sittenwidrige Körperverletzung im Sinne des § 228 StGB, ZJS 2019, 465 ff.; ■ *Ruppert*, Der Strafantrag – Vernachlässigter Stolperstein in Prüfung und Klausur, JA 2018; 107 ff.

## VI. Arbeitsblatt

Das Arbeitsblatt besteht aus einer Liste von Normen, deren Regelungsgehalt Sie bestimmen sollen. Fortgeschrittene sollten auch weitere Beispiele für Normen gleichen Regelungsgehalts nennen können.

Die Auswahl der Normen, die teilweise nicht zum Kern des Ausbildungsstoffes gehören, ist bewusst getroffen. Denn so gibt es einen Anreiz, eine unbekannt Norm einmal in Ruhe und aufmerksam durchzulesen.

### 1. Beispiele

#### Zeile A

§ 11 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist eine **Legaldefinition** des Tatbestandsmerkmals „Richter“. § 11 StGB enthält viele Legaldefinitionen. Deshalb ist es angeraten, sich diesen Paragraphen immer wieder einmal durchzulesen. § 11 StGB ist aber nicht abschließend. Sie werden auch im StGB BT Legaldefinitionen finden.

#### Zeile B

§ 32 StGB ist ein **Rechtfertigungsgrund**. Beachten Sie, dass danach in § 33 StGB ein Schuldausschließungsgrund folgt, dann wieder ein Rechtfertigungsgrund (§ 34 StGB), während gemäß § 35 StGB wiederum die Schuld entfällt.

### 2. Das Aufgabenblatt (s. S. 26)

Worum handelt es sich bei den folgenden Normen aus dem StGB BT?

### 3. Lösungshinweise mit Erläuterung

#### Zeile C – § 301 Satz 1 StGB

§ 301 Satz 1 StGB regelt das relative Antragsfordernis für die Straftat der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB). Diese Straftat darf nicht mit den Delikten der Bestechung/Bestechlichkeit und Vorteilsannahme/-gewährung verwechselt werden. Mit dem Tatbestandsmerkmal „im geschäftlichen Verkehr“ sind Transaktionen im Wirtschaftsleben erfasst, geschützt wird u.a. der freie Wettbewerb.<sup>7</sup> Es handelt sich nicht um ein Amtsdelikt, so dass ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung grundsätzlich nicht gegeben ist. Stellt der Verletzte einen Strafantrag, wird die Straftat verfolgt. Da es sich um ein relatives Antragsdelikt handelt, kann die Staatsanwaltschaft in begründeten Fällen das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejahen. Anhaltspunkte für ein derartiges besonders öffentliches Interesse zählt Nr. 242a RiStBV<sup>8</sup> auf. Unter anderem werden ein hoher Schaden, einschlägige Vorstrafen des Beschuldigten und Angst des Verletzten vor Nachteilen bei Strafantragsstellung genannt.

#### Zeile D – § 96 Abs. 2 Satz 2 StGB

„Der Versuch ist strafbar“. So lautet der Satz, mit welchem bei einem Vergehen die Versuchsstrafbarkeit angeordnet wird. An § 96 StGB ist gut zu erkennen, dass Abs. 1 der „Landesverräterischen Ausspähung“ ein Verbrechen ist, aber Abs. 2 Satz 1 ein Vergehen. Deshalb muss die Versuchsstrafbarkeit nicht in einem neuen Absatz angeordnet werden, sondern nur am Ende von Absatz 2. Bei Straftaten, die in allen Formen Vergehen sind und deren Versuch strafbar sein soll, z.B. bei der Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB bezieht sich Absatz 3 damit auch auf den Versuch, das Erscheinungsbild einer

fremden Sache erheblich und dauerhaft zu verändern. Das ist der sog. „Graffiti-Paragraf“.

**Zeile E – § 142 Abs. 5 StGB**

Durch diese Legaldefinition wird bestimmt, wer „Unfallbeteiligter“ im Sinne der Norm ist. Die Verkehrsunfallflucht ist ein echtes Sonderdelikt, denn es kann nur von einem Unfallbeteiligten begangen werden. Potentielle Mittäter, die nicht Unfallbeteiligte sind, können nicht Mittäter gemäß § 25 Abs. 2 StGB, sondern nur Gehilfen gemäß § 27 StGB sein.

**Zeile F – § 139 Abs. 4 StGB**

§ 139 StGB enthält eine Fülle von Ausnahmen zu einer Strafbarkeit gemäß § 138 StGB, der Nichtanzeige geplanter Straftaten. Es handelt sich um ein echtes Unterlassungsdelikt. Angezeigt werden müssen nur Katalogtaten des § 138 StGB, von denen der Täter glaubhaft erfahren hat und die noch verhindert werden können (Tathandlung oder Erfolgseintritt). § 139 Abs. 2 StGB enthält eine Sonderregelung für Geistliche, deren Rechtsnatur umstritten ist. Absatz 3 regelt ein Angehörigenprivileg, allerdings mit Einschränkungen.

**Zeile G - § 202a Abs. 2 StGB**

In § 202a Abs. 2 StGB formuliert der Gesetzgeber negativ („nur solche...“) und begrenzt damit, was Daten sind. Außerdem bezieht sich Abs. 2 ausdrücklich nur auf § 202a Abs. 1, auf das Grunddelikt des Ausspähens von Daten. In § 268 StGB ist ein erweiterter Datenbegriff unter dem Begriff der Technischen Aufzeichnung geregelt. Um auf den engeren Datenbegriff abstellen zu können, hat der Gesetzgeber bei der Straftat der Datenhehlerei in § 202d Abs. 1 StGB den Verweis auf die Legaldefinition in den Tatbestand eingebaut.

**Zeile H – § 114 Abs. 2 StGB**

Hier liegt für den Gesetzesanwender zunächst einmal nur ein Verweis vor. Eine andere gesetzliche Vorschrift „gilt entsprechend“. Damit spart der Gesetzgeber Wiederholungen, aber Konzentration ist immer erforderlich, wenn Sie auf einen solchen Verweis stoßen. Worauf genau wird verwiesen? Und wie löse ich die Entsprechung? Hier ist es eher einfach, denn § 113 StGB steht direkt vor § 114 StGB. Bis Mai 2017 waren Angriffe gegen Vollstreckungsbeamte gemäß § 113 StGB strafbar; die Trennung in mehrere Vorschriften (neben § 114 StGB auch § 115 StGB) führt zu einer Ausweitung des geschützten Personenkreises, einer Erweiterung der Strafbarkeit und höheren Strafrahmen.

In § 113 Abs. 2 StGB finden sich Regelbeispiele besonders schwerer Fälle. Ein Prüfungsschema (am Beispiel des § 243 StGB) findet sich bei Rengier (s. Literaturhinweise).

Bringt der Täter eines Tötlichen Angriffs gegen Vollstreckungsbeamte den Angegriffenen in die Gefahr des Todes, lautet die vollständige Paragrafenkette wie folgt:

B hat sich gemäß § 114 Abs. 1, Abs. 2, § 113 Abs. 2 Nr. 2, Alt. 1 StGB des Tötlichen Angriffs gegen Vollstreckungsbeamte in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

**Zeile I – § 228 StGB**

Vorsicht Falle! § 228 StGB beschreibt keinen Rechtfertigungsgrund. Eine solche Antwort wäre ein (leider häufig gelesener) Fehler. § 228 StGB begrenzt die Reichweite einer Einwilligung, deren Existenz vorausgesetzt wird. Die Einwilligung ist im Gesetz nicht geregelt, sondern Gewohnheitsrecht. Begrifflich beschreibt eine Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund. Ein Einverständnis lässt bereits den Tatbestand entfallen, z.B. beim Hausfriedensbruch.

Zurück zur Einwilligung und den guten Sitten. Die Tat, nicht die Einwilligung, muss gegen die guten Sitten verstoßen. Ein solch offener, auslegungsbedürftiger Rechtsbegriff begegnet natürlich vielen Bedenken. Diese sind sogar verfassungsrechtlicher Art. Die Norm sei nicht hinreichend bestimmt. Auch inhaltlich gibt es viele Fallgestaltungen, an denen Literatur und Rechtsprechung zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, z.B. Gruppengewalt oder Doping im Sport. Eine Übersicht gibt der Aufsatz von Rennicke (s. Literaturhinweise).

**4. Die Lösung auf einen Blick**

	Norm	Einordnung
C.	§ 301 Abs. 1 StGB	Strafverfolgungsvoraussetzung
D.	§ 96 Abs. 2 Satz 2 StGB	Anordnung der Versuchsstrafbarkeit
E.	§ 142 Abs. 5 StGB	Legaldefinition „Unfallbeteiligter“
F.	§ 139 Abs. 4 StGB	Umstritten: Strafausschließungsgrund oder persönlicher Strafaufhebungsgrund <sup>9</sup> ; teilweise wird bereits die Tatbestandserfüllung verneint.
G.	§ 202a Abs. 2 StGB	Legaldefinition „Daten“
H.	§ 114 Abs. 2 StGB	Strafzumessungsregel/ Regelbeispiele
I.	§ 228 StGB (Vorsicht!)	Begrenzung der Wirkung einer Einwilligung; kein Rechtfertigungsgrund

1 Starkgraff, Polizei Info Report Heft 2/2022, S. 25-29; Lösung in Polizei Info Report Heft 3/2022, S. 25 f.  
 2 Einen ausführlichen Überblick bietet Baur, ZJS 2017 (s. Literaturhinweise), in dessen zweiteiligem Aufsatz auch selektiv gelesen, also „nachgeschlagen“ werden kann.  
 3 Der allgemein übliche Merksatz lautet: „Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.“ Das gilt z. B. nicht bei Personengruppen, bei denen die Tatbestandserfüllung Dienstpflicht ist: Schlägt z.B. ein Feuerwehrmann mit einer Axt die Tür eines brennenden Hauses sein, verwirklicht er den Tatbestand der Sachbeschädigung; der Arzt bei der OP begeht eine Körperverletzung, der Polizeibeamte bei der Inge- wahrsamnahme eine Freiheitsberaubung. In allen Fällen liegen Rechtfertigungsgründe nahe, so dass die Indizwirkung entfällt.  
 4 Z. B. Strafaufhebungsgründe, persönliche Strafausschließungsgründe.

5 Starkgraff, Polizei Info Report, Heft 5/2022, S. 22–27.  
 6 Für eine Einordnung als Tatbestandsmerkmale plädiert Eisele, Die Regelbeispielsmethode: Tatbestands- oder Strafzumessungslösung?, JA 2006, 309ff.  
 7 Fischer, StGB-Komm., 70. Aufl. 2023, § 299 Rn. 1. Das geschützte Rechtsgut ist umstritten, m.w.N. ebenda.  
 8 Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren, abgedruckt bei Meyer-Goßner/Schmitt, StPO-Komm., 65. Aufl., Anh. 3. Die RiStBV ist eine bundesweit geltende Verwaltungsvorschrift, durch die die Entscheidungen der Staatsanwaltschaften nach einheitlichen Erwägungen zugrunde liegen.  
 9 Fischer, StGB-Komm., 70. Aufl. 2023, § 139 Rn. 11: „rechtliche Einordnung sehr str.“, m.w.N.