Prof. Dr. Wolfgang Mitsch
Universität Potsdam
Juristische Fakultät
August-Bebel-Strasse 89
14482 Potsdam

Telefon 0331 977 3420
Email wmitsch@uni-potsdam.de

Liebe AG-Mitstreiter,

ich übersende Ihnen hiermit einige Überlegungen zu – vielleicht – diskussionswürdigen Aspekten einer Neubearbeitung der §§ 1 bis 37 StGB, die den objektiven Tatbestand der Straftat betreffen (Bemerkungen zum subjektiven Tatbestand folgen in den nächsten Tagen). Dass ich diese Punkte anführe und dazu Vorschläge mache, bedeutet nicht, dass ich von alldem überzeugt bin und es so – wie vorgeschlagen – für richtig halte. Es handelt sich vielmehr um Denkanstösse und Diskussionsimpulse, die in der Gruppe Befürwortung, Ergänzung, Einschränkung oder vollständige Ablehnung erfahren können, wobei sich jeder einzelne in unterschiedlichen „Lagern“ wiederfinden kann.

Herzliche Grüße

Ihr

Wolfgang Mitsch

A. Allgemeines

Zum Paragraphengefüge des StGB-AT: Insgesamt kann die Arbeit in der AG dazu führen, dass die Aufnahme zahlreicher zusätzlicher Regelungen in den Text des StGB vorgeschlagen wird (z. B. über die rechtfertigende Einwilligung, die Pflichtenkollision, die tätige Reue usw.). Damit diese in den beiden ersten Abschnitten des AT (§§ 1 bis 37) untergebracht werden können, keine Paragraphen mit Kleinbuchstaben notwendig werden und ein grenzüberschreitendes Eindringen in den Normbereich „Rechtsfolgen der Tat“ (§§ 38 ff StGB) vermieden wird, müsste in dem zur Verfügung stehenden Rahmen „Platz geschaffen“ werden. Das ist möglich durch Streichung von Überflüssigem (§ 10) und vor allem durch Zusammenlegung von Getrenntem. Beispielsweise könnte man die § 8 und § 9, § 16 und § 17, § 19, § 20 und § 21, § 22 und § 23, § 26 und § 27, § 28 und § 29, § 32 und § 33 StGB (§ 33 StGB als Absatz 3 des § 32 StGB, vgl. § 15 OWiG), § 34 und § 35, § 36 und § 37 jeweils in einem Paragraphen zusammenfassen. Auf diese Weise gewinnt man zahlreiche freie Plätze, auf denen man Neuregelungen verankern könnte. Natürlich sollte man das nur in dem Umfang machen, wie es erforderlich ist, um neue Vorschriften einfügen zu können.

B. Grundlegendes im StGB-AT

I. § 1 StGB

Hier schlage ich die Einfügung zweier Legaldefinitionen zu „Straftat“ (Abs. 2 neu) und „rechtswidrige Tat“ (Abs. 3 neu), sowie die Verschiebung des § 12 StGB alt in § 1 Abs. 4 neu vor :

(1) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

(2) Straftat ist eine rechtswidrige und schuldhafte Tat, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit Strafe zulässt.

(3) Rechtswidrige Tat ist eine Tat im Sinne des Absatzes 2, auch wenn sie nicht schuldhaft begangen ist.

(4) Verbrechen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind. Vergehen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe bedroht sind. Schärfungen oder Milderungen, die nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils oder für besonders schwere Fälle vorgesehen sind, bleiben für die Einteilung außer Betracht.

Begründung:

Straftat, rechtswidrige Tat, Verbrechen und Vergehen sind im gesamten Strafrecht grundlegende Begriffe. Es ist zweckmäßig, sie an die Spitze des Gesetzes zu stellen (vgl. § 1 OWiG). Ob man eine Definition „Straftat“ (§ 1 Abs. 2 StGB neu) braucht, kann sicher bestritten werden. Aber schädlich ist sie wohl auch nicht.

II. § 11 StGB

1. Definition § 11 Abs. 1 Nr. 5 alt jetzt in § 1 Abs. 3 StGB neu.

Neue Definition in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB :

Handeln: jedes tatbestandsverwirklichende Verhalten durch Tun oder Unterlassen

Begründung:

Das StGB verwendet in §§ 14, 15 StGB mehrfach das Wort „handelt“. Die Vorschriften sind auch auf Unterlassungen anwendbar. Man könnte aber einwenden, dass nach dem Sprachgebrauch im StGB der Ausdruck „Handlung“ die Unterlassung nicht mitumfasst. Daher empfiehlt sich eine Klarstellung. Ob diese in Form einer Legaldefinition in § 11 oder durch Textkorrekturen in §§ 14, 15 StGB bewirkt wird, kann diskutiert werden. Beides ist möglich.

C. Merkmale des objektiven Tatbestandes

I. Besitz

Vorgeschlagen wird eine Beschränkung von Tatbeständen mit dem Merkmal „Besitz“ (z. B. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG; § 184 b Abs. 3 StGB) auf pflichtwidrige Unterlassung der Besitzaufhebung oder Besitzbeseitigung durch Ergänzung des § 13 StGB :

§ 13 Abs. 2 neu:

Gehört zum Tatbestand eines Strafgesetzes der Besitz einer Sache, so macht sich strafbar, wer es unterlässt den Besitz aufzugeben oder zu beseitigen.

§ 13 Abs. 2 alt wird zu § 13 Abs. 3 neu.

Begründung:

„Besitz“ ist kein menschliches Verhalten, es ist weder aktives Tun noch Unterlassen. Eine dritte Verhaltenskategorie gibt es aber nicht. Man kann hinter dem Merkmal „Besitz“ keinen Verhaltensbefehl („Besitze nicht!“) erkennen, den der Adressat verstehen und befolgen könnte. Besitzbezogene Verhaltensbefehle können nur sein: „Verschaffe dir den Besitz an der Sache nicht!“ (Verbot) und „Entledige dich der Sache!“ (Gebot). Einen Befehl „Besitze nicht!“ könnte der Adressat eventuell dahingehend missverstehen, dass es zur Befolgung schon ausreicht, den Willen zum Besitz aufzugeben. Denn für das Besitzen ist ein Besitzwille konstitutiv, folglich müßte mit dem (bloßen) Wegfall des Besitzwillen auch der Besitz selbst wegfallen. Das ist aber nicht Sinn einer Norm, deren Zweck darin besteht, Sachherrschaftsverhältnisse in Bezug auf inkriminierte Sachen zu verhindern.

Dass das Gesetz mit dem Merkmal „Besitz“ nicht Akte der Besitzverschaffung erfassen will, zeigt die Ausgestaltung als eigenständige Tatbestandsverwirklichungsalternative neben der Besitzverschaffung (z. B. in § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG, § 184 b Abs. 3 StGB). Neben einem Tatbestandsmerkmal „Erwerb“ wäre das Tatbestandsmerkmal „Besitz“ überflüssig, wenn „Besitz“ nur durch Erwerbsakte verwirklicht werden könnte.

Der statische Zustand des Besitzes sollte straftatbestandsmäßig nur sein, wenn er Folge eines verbotenen Besitzverschaffungsaktes oder einer gebotswidrigen Nichtentledigung ist. Das hat die Konsequenz, dass ein Besitzer, dem es nicht möglich ist, sich der Sache in legaler (z. B. : Abgabe oder Inverkehrbringen der Sache würde neue Strafbarkeit begründen) und/oder zumutbarer Weise zu entledigen, durch das bloße Besitzen den Tatbestand nicht erfüllt. Vor allem sollte ein Besitzer, der sich der Sache entledigen will, indem er sie z. B. bei der Polizei oder einer anderen Behörde abliefert, nicht befürchten müssen, durch diesen Entledigungsakt Strafverfolgung wegen des vorangegangenen Besitzes auf sich zu ziehen.

Besitzdeliktstatbestände sollten daher so gestaltet sein wie § 326 Abs. 3 StGB: idealerweise sollte ein Gesetz, zu dem der Straftatbestand in Akzessorietätsbeziehung steht, dem Besitzer vorschreiben, auf welche Weise er sich ordnungsgemäß der Sache entledigen kann.

Bei der jetzigen Gesetzeslage ist zweifelhaft, ob Vorschriften wie §§ 8, 9 und 15 StGB auf das Besitzdelikt überhaupt anwendbar sind. Ob jemand, der eine Sache besitzt, damit „handelt“ (§ 15 StGB), ist fraglich. Die Umwidmung zu Unterlassungsdelikten würde die Probleme beseitigen.

II. Unternehmen

Die Definition des Unternehmens (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) sollte so umgestaltet werden, dass untaugliche Versuche (vor allem solche des § 23 Abs. 3 StGB) ausgegrenzt werden.

Vorschlag:

§ 11 Abs. 1

6. Unternehmen einer Tat: deren Vollendung und deren zur Vollendung geeigneter Versuch

Begründung:

Da nach h. M. die Strafmilderungsmöglichkeiten des § 23 Abs. 2 und Abs. 3 StGB bei echten Unternehmensdelikten nicht anwendbar sind, muss ein materiell versuchtes Unternehmensdelikt aus dem ungemilderten Vollendungsstrafrahmen sanktioniert werden. Das ist schon bei tauglichen Versuchen fragwürdig, bei untauglichen Versuchen ist es unverhältnismäßig und bei aus „grobem Unverstand“ begangenen untauglichen Versuchen geradezu absurd.

III. Mißbräuchliche Erwirkung behördlicher Genehmigungen

Vorschlag :

Sprachliche Verallgemeinerung des § 330 d Abs. 1 Nr. 5 StGB und Verlagerung in den AT des StGB.

§ 21 StGB neu (§ 21 StGB alt wird zu § 20 Abs. 2 StGB neu)

Hat der Täter eine behördliche Erlaubnis durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkt oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichen, schließt die behördliche Erlaubnis die Strafbarkeit seiner Tat nicht aus.

Begründung:

Der Anwendungsbereich des § 330 d Abs. 1 Nr. 5 StGB ist enumerativ auf Umweltstraftatbestände begrenzt. Im Nebenstrafrecht gibt es punktuelle Normen mit gleichem Inhalt. Eine allgemeine Regelung fehlt, weshalb z. B. bei § 29 BtMG oder § 21 StVG eine Regelungslücke besteht.