

Vierter Teil:  
Dynamische Bestimmtheit von Strafnormen



## § 7 Spezifika des strafverfassungsrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 103 Abs. 2 GG)

Sowohl die Androhung als auch die Verhängung einer Strafe greift, wie aufgezeigt, in die Grundrechte der (potentiell) Normbetroffenen ein.<sup>1</sup> Bereits aus der allgemeinen Grundrechtsbindung staatlichen Handelns – und mithin auch aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem Demokratieprinzip und der Gewaltenteilung<sup>2</sup> – würden daher Begrenzungen der Strafgesetzgebung folgen, die aber im strafrechtlichen Kontext durch die strafverfassungsrechtliche Zentralnorm<sup>3</sup> des Art. 103 Abs. 2 GG (Gesetzlichkeitsprinzip<sup>4</sup> bzw. Bestimmtheitsgebot<sup>5</sup> i.w.S.)<sup>6</sup> überlagert werden. Nun werden einerseits Art. 103 Abs. 2 GG »strenge[re]« oder »noch höhere Anforderungen« nachgesagt;<sup>7</sup> andererseits aber wird die »Vermutung« geäußert, dass »sich die Standards der gesetzlichen Bestimmtheit von Strafbarkeit und Strafe aufgrund der allgemeinen freiheitsgrundrechtlichen Dogmatik sowie aufgrund der Erkenntnisse zum

---

1 Siehe hierzu oben § 1 IV. 1. a) m.w.N.

2 Zur Diskussion über die Wurzeln des Art. 103 Abs. 2 GG siehe einführend den Überblick bei *Kargl*, Strafrecht, S. 56 ff.; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 28 ff.; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 3, 30 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 17; aus strafrechtlicher Perspektive zusammenfassend *Kargl*, Strafrecht, S. 64 ff.; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, S. 199 ff.; *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, S. 9 ff.; *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 50 ff.; *Hassemer/Kargl*, in: NK<sup>5</sup>, § 1 StGB Rn. 1 ff.; *Jäger*, in: SK-StGB<sup>9</sup>, § 1 StGB Rn. 1 ff.; *Schmitz*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 1 StGB Rn. 8 f.; dogmengeschichtlich *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz; ergänzend *Hilgendorf*, in: *Kudlich/Montiel/Schuhr* (Hrsg.), Gesetzlichkeit und Strafrecht, S. 17 ff. Zur europäischen Dimension zusammenfassend *Kadelbach*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG<sup>3</sup>, Kap. 15 sowie *Staffler*, ZStW 130 (2018), 1147 ff.; die beiden Perspektiven kontrastierend und zusammenführend *Kuhlen*, in: *FS Otto*, S. 89 ff. sowie *Kuhlen*, in: *Kudlich/Montiel/Schuhr* (Hrsg.), Gesetzlichkeit und Strafrecht, S. 429 ff.

3 Ebenso *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 29: »Grundpfeiler«.

4 Zur Begrifflichkeit siehe nur *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 96.

5 Zur Begrifflichkeit siehe nur *Radtke*, in: BeckOK-GG<sup>53</sup>, Art. 103 GG Rn. 24 ff.

6 Zu dessen Auswirkungen auf die Statik des StGB siehe oben § 1 I. 3. a); § 1 II. 1. c) und § 1 V. 1. a).

7 So insbes. *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 30 und *Schmahl*, in: *Schmidt-Bleibtreu*<sup>15</sup>, Art. 103 GG Rn. 58, 66, auch Rn. 76; ferner *Wolf*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 134 Rn. 102; *Radtke*, in: BeckOK-GG<sup>53</sup>, Art. 103 GG Rn. 18.

Parlamentsvorbehalt und zur rechtsstaatlichen Bestimmtheit kaum anders entwickelt [hätten].<sup>8</sup>

Daher sei nachfolgend der Frage nachgegangen, ob die drei<sup>9</sup> Gewährleistungen des Art. 103 Abs. 2 GG<sup>10</sup> – vor allem in der Rechtsprechung des BVerfG – strenger sind oder auch nur anders konturiert werden als die aus allgemeinen Grundrechtslehren folgenden Schranken-Schranken.<sup>11</sup> Dieser funktionale Rechtsgebietsvergleich<sup>12</sup> soll zum einen den Blick auf strafrechtsspezifische und daher genuin *straf* verfassungsrechtliche Gewährleistungsinhalte schärfen.<sup>13</sup> Zum anderen – und im Hinblick auf das übergreifende Ziel dieser Untersuchung – dient dies als Grundlegung für die weitere Klärung von Wechselwirkungen zwischen Strafgesetzgebung und Rechtsprechung als Akteuren der Evolution des Strafrechts,<sup>14</sup> hier in Bezug auf die dynamische Bestimmung von Strafvorschriften.<sup>15</sup>

---

8 Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 136.

9 Je nach Zählweise und Differenzierung enthält Art. 103 Abs. 2 GG zwischen drei und fünf Gewährleistungen, ohne dass hieraus substanzelle Folgerungen gezogen würden.

10 Deren Anwendbarkeit auf den Untersuchungsgegenstand (Einführung II. 1.), aus dem insbes. die Maßregeln der Besserung und Sicherung und die Vermögensabschöpfung (hierzu BVerfGE 156, 354) ausgenommen sind, kann dabei grundsätzlich unterstellt werden. Zur Reichweite der Anforderungen im Allgemeinen Teil siehe indes noch unten § 7 II. 3. d).

11 Zur Wirkung des Art. 103 Abs. 2 GG als Schranken-Schranke siehe nur Kment, in: Jarass/Pieroth<sup>16</sup>, Art. 103 GG Rn. 62; G. Nolte/Aust, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 102; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 43. Davon zu trennen ist die verfassungsprozessual bedeutsame Komponente, dass es sich bei Art. 103 Abs. 2 GG um ein grundrechtsgleiches Recht handelt; F. A. Kirsch, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, S. 201 ff. m.w.N.

12 Zu deren Grundlagen und zu Methodenfragen Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 26 ff.

13 Zur Bedeutung des Art. 103 Abs. 2 GG bei Gleichlauf mit allgemeinen Gewährleistungen siehe Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 8, 136.

14 Zur Strafgesetzgebung als Reaktion auf Rechtsprechung siehe oben § 6 II. 3.; zu Gerichten als Akteur der Kriminalpolitik siehe oben § 4 III. 1. d) sowie Norouzi, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 475 ff.; Höffler, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 225 (229); Stächelin, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 276.

15 Hierzu noch nachfolgend § 8.

## I. Gesetzlichkeitsprinzip und Rückwirkungsverbot

Als erste zentrale Gewährleistung enthält Art. 103 Abs. 2 GG ein weitreichendes Verbot rückwirkend strafbegründender und rückwirkend strafschärfender Gesetze.<sup>16</sup>

### 1. Allgemeines Rückwirkungsverbot in der Rechtsprechung des BVerfG

Grundsätzlich ist der Gesetzgeber frei, mit Wirkung für die Zukunft andere Regelungen – und damit andere Verhaltensnormen – zu erlassen als bisher.<sup>17</sup> Im Rechtsstaatsprinzip verankert sind jedoch Grenzen bei einer »echten« oder »unechten« zeitlichen Rückwirkung von Rechtsänderungen, die Bürger belasten. Bei in Grundrechte eingreifenden Gesetzen stellt dieses Rückwirkungsverbot als Schranken-Schranke eine verfassungsrechtliche Grenze dar.<sup>18</sup> Daher beruht »[a]ußerhalb des Strafrechts [...] das grundsätzliche Verbot rückwirkender belastender Gesetze auf den grundrechtlich geschützten Interessen der Betroffenen sowie den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG).«<sup>19</sup>

#### a) Verbot der Rechtsfolgenrückbewirkung (»echte Rückwirkung«)

In jüngeren Senatsentscheidungen haben beide Senate des BVerfG klargestellt, dass trotz unterschiedlicher Terminologie mit »echter Rückwirkung« (Erster Senat) und einer »Rückbewirkung von Rechtsfolgen« (Zweiter Senat)

16 BVerfGE 25, 269 (Ls. 1, 284 ff.); BVerfGE 26, 41 (42); BVerfGE 46, 188 (192 f.); BVerfGE 81, 132 (135); BVerfGE 95, 96 (131 f.); ferner, statt aller, *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu<sup>15</sup>, Art. 103 GG Rn. 74; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 50; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 120 f. Siehe zudem bereits oben § 1 I. 3. a) sowie § 1 II. 1. c) aa).

17 Siehe nur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 151 m.w.N.; *Sachs*, in: Sachs<sup>9</sup>, Art. 20 GG Rn. 139. Zur Ablehnung einer zeitlichen Kontinuität als Verfassungsprinzip – entgegen *A. Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip – siehe oben § 1 II. 3. b).

18 Wenngleich Vertrauensschutz auch in Bezug auf Begünstigungen bestehen kann – vgl. § 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG; BVerfGE 105, 48 (57 f.) –, so ist im hiesigen Kontext (zunächst) entscheidend diese Funktion des Rückwirkungsverbots als Schranken-Schranke. Zur Verbindung zwischen Rückwirkungsverbot und Grundrechtseingriffen vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 152 mit Fn. 698; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 122.

19 BVerfGE 157, 177 (Rn. 51).

dasselbe Phänomen gemeint sei:<sup>20</sup> Dieses liege vor, wenn eine Rechtsnorm »nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreif[e]. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll«,<sup>21</sup> etwa »wenn der Beginn [ihrer] zeitlichen Anwendung auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Norm durch ihre Verkündung rechtlich existent, das heißt gültig geworden ist«.<sup>22</sup> Eine solche Rechtsfolgenrückbewirkung ist »verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig, sofern eine Durchbrechung ihres Verbots nicht ausnahmsweise durch zwingende Belange des Gemeinwohls oder ein nicht – oder nicht mehr – vorhandenes schutzbedürftiges Vertrauen des Einzelnen gestattet wird«.<sup>23</sup>

*b) Zulässigkeit tatbestandlicher Rückanknüpfung (»unechte Rückwirkung«)*

Bei zunehmender Aufweichung der Differenzierung<sup>24</sup> soll hingegen eine »unechte Rückwirkung« (*Erster Senat*) bzw. eine »tatbestandliche Rückanknüpfung« (*Zweiter Senat*) bestehen, »wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet, etwa wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden«.<sup>25</sup> Verfassungsrechtlich sei dies in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit zulässig, solange »bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der

---

20 BVerfGE 141, 56 (Rn. 43) bzw. BVerfGE 155, 238 (Rn. 129). Ebenso auch die Literatur, siehe nur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 156; *H. Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu<sup>15</sup>, Art. 20 GG Rn. 81.

21 BVerfGE 155, 238 (Rn. 129); ergänzend BVerfGE 157, 177 (Rn. 52).

22 BVerfGE 128, 90 (106).

23 BVerfGE 141, 56 (Rn. 43); ausführliche Zusammenführung in BVerfGE 135, 1 (Rn. 60 ff.).

24 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 155; anders indes BVerfGE 135, 1 (41) – Sondervotum *Masing*: Erst BVerfGE 135, 1 habe eine kategoriale Unterscheidung bewirkt.

25 BVerfGE 155, 238 (Rn. 130); ebenso der *Zweite Senat* in BVerfGE 127, 31 (47); BVerfGE 157, 177 (Rn. 53).

Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt«.<sup>26</sup>

c) *Kein gesetzesgleicher Vertrauensschutz bei Rechtsprechung*

Die Fallgruppen »echter« oder »unechter« Rückwirkung betreffen nach beständiger Rechtsprechung des BVerfG lediglich Rechtsnormen, nicht hingegen Rechtsprechung. Selbst kontinuierliche, höchstgerichtliche Maßstabs- bzw. Obersatzbildung könne daher lediglich einem relativen, weitreichenden Einschränkungen unterworfenen Vertrauensschutz unterliegen:

»Eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben, verstößt nicht als solches gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Die über den Einzelfall hinausreichende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts. [...] Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält [...]. Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden.«<sup>27</sup>

---

26 BVerfGE 141, 56 (Rn. 43); BVerfGE 157, 177 (Rn. 54).

27 BVerfGE 122, 248 (277 f.) (»Rügeverkümmern«); siehe auch BVerfGE 131, 20 (42): »Entscheidungen oberster Gerichte, die vornehmlich zur grundsätzlichen Auslegung und Weiterentwicklung des Rechts berufen sind, wirken zwar über den entschiedenen Einzelfall hinaus als – freilich nur richtungweisendes – Präjudiz für künftige Fälle. Die höchstrichterliche Rechtsprechung erzeugt aber keine dem Gesetzesrecht gleichkommende Rechtsbindung [...]. Weder sind die unteren Gerichte an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden, noch sind es die obersten Gerichte selbst. Kein Prozessbeteiligter kann daher darauf vertrauen, der Richter werde stets an einer bestimmten Rechtsauffassung aus der bisherigen Judikatur festhalten [...]. Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Entscheidungen kann daher in der Regel nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, insbesondere bei einer gefestigten und langjährigen Rechtsprechung entstehen.« Die überwiegende Literatur hält, mit unterschiedlicher Akzentuierung, an dieser Differenzierung zwischen Rechtsnormen und Rechtsprechung fest; siehe, statt vieler, Brocker, NJW 2012, 2996 ff.; Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG VII Rn. 102 ff.; Schulze-Fielitz, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 177 (ggf. »modifiziert[e]« Anwendung der Rückwirkungsgrundsätze).

2. Hypothetische Anwendung allgemeiner Maßstäbe auf das materielle Strafrecht

Nunmehr sei Art. 103 Abs. 2 GG aus verfassungsrechtlicher Perspektive<sup>28</sup> hypothetisch ausgeblendet. Dann wären Strafvorschriften und deren Rückwirkung vollständig<sup>29</sup> an diesen allgemeinen Maßstäben zu messen. Das hätte folgende Konsequenzen:

a) *Vorverlagerung des Inkrafttretens*

Offensichtlich in die erste Kategorie der »echten« Rückwirkung fallen solche Strafvorschriften oder -schärfungen, die ihr Inkrafttreten für ein Datum in der Vergangenheit anordnen,<sup>30</sup> angesichts des damit verbundenen Grundrechteingriffs für die (potentiell) Normunterworfenen<sup>31</sup> und der Vorverlagerung der zeitlichen Anwendung auf einen Zeitpunkt vor Verkündung der Norm.

b) *Anwendung neuen Rechts bei Strafverfolgung von »Altfällen«*

Keineswegs so offensichtlich ist hingegen die Frage, wie »Altfälle« nach einer strafschärfenden oder strafbegründenden Strafrechtsänderung einzurordnen sind. Damit seien Strafverfahren gemeint, die *nach* Verkündung und Inkrafttreten einer neuen oder geänderten Strafvorschrift geführt werden, aber ein Verhalten (vgl. § 8 StGB) zu einem Tatzeitpunkt oder -zeitraum *vor* der Verkündung und *dem* Inkrafttreten betreffen.

Hierfür ist zunächst maßgeblich, welcher Zeitpunkt im Strafrecht grundsätzlich – d.h. unbeschadet des Art. 103 Abs. 2 GG – für die Bestimmung der Rechtslage maßgeblich ist: der Zeitpunkt der Tat (vgl. § 8 StGB) oder aber der Zeitpunkt der (gerichtlichen) Entscheidung über Schuld und Strafe? Virulent wird diese Frage unter Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG bei Umgestaltungen des materiellen Strafrechts *ohne* Strafschärfung im Hinblick

28 Ebenfalls sei §§ 1, 2 StGB ausgeklammert, unbeschadet der Frage, inwieweit diese Vorschriften gegenüber später erlassenen, gleichrangigen, aber deren Inhalt widersprechenden Normen einen Geltungsvorrang aufweisen.

29 Zu Residuen, die nicht oder nicht vollständig von Art. 103 Abs. 2 GG erfasst werden, siehe noch nachfolgend in Fn. 51.

30 Unrühmliches Beispiel hierfür ist das Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen v. 22.06.1938, RGBl. I, S. 651, das »mit Wirkung vom 1. Januar 1936 in Kraft« gesetzt worden war.

31 Siehe hierzu oben § 1 IV. 1. a) m.w.N.

darauf, ob nach »altem« (d.h. zum Zeitpunkt der Tat geltendem) oder aber nach »neuem« (d.h. zum Entscheidungszeitpunkt geltendem) Recht zu verurteilen ist. Am Beispiel: Ein Beschuldigter habe zum Tatzeitpunkt (August 2016) mittels einer (unqualifizierten) Drohung die Verletzte zu einer sexuellen Handlung genötigt. Ist er zum Entscheidungszeitpunkt im Dezember 2016 auf Grundlage des »alten« Rechts wegen »Nötigung« (hier in einem besonders schweren Fall, § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB a.F.) oder aber auf Grundlage des »neuen« Rechts wegen »sexueller Nötigung« (§ 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n.F.) zu verurteilen?<sup>32</sup>

aa) Maßgeblichkeit des Rechts zum Entscheidungszeitpunkt

Eine Sichtweise verweist auf den Grundsatz, dass neueres Recht älteres Recht verdränge – *lex posterior derogat legi priori* –, und auf die Bindung des Richters an »Recht und Gesetz«. Daher sei Ausgangspunkt einer gerichtlichen Entscheidung stets das Recht des Entscheidungszeitpunkts,<sup>33</sup> im Beispielsfall also § 177 Abs. 2 StGB n.F. Hierfür spricht, dass die Strafe (als Rechtsfolge) gerade nicht unmittelbar aus der Tat folgt, sondern ausnahmslos<sup>34</sup> erst gerichtlich auszurteilen ist und erst mit Rechtskraft der Verurteilung vollstreckt werden darf (§ 449 StPO). Dieser Sichtweise folge wären strafrechtsschärfende oder -begründende Rechtsänderungen lediglich als tatbestandliche Rückanknüpfung zu kategorisieren: Die belastende Rechtsfolge – die Strafe, aber auch alternative Rechtsfolgen<sup>35</sup> – tritt erst *nach* der Rechtsänderung ein, wird aber von vorangegangenem (Fehl-) Verhalten des Beschuldigten ausgelöst. Folgen einer strafrechtsschärfenden oder -begründenden Rückwirkung vermeidet diese Ansicht, indem die Rechtsfolgen (»Strafe und ihre Nebenfolgen«) gemäß § 2 Abs. 1 StGB auf dasjenige Maß zu limitieren sind, das zur Zeit der Tat bereits im Gesetz vorgesehen war. Daher »gelte« das alte Recht zwar nicht mehr, es könne

32 Zum 50. StrÄndG siehe unten Anhang A VI. 18. Die Strafdrohung des »alten« und »neuen« Rechts ist mit jeweils Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren identisch.

33 *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 2 StGB Rn. 20; *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 226 ff., insbes. S. 229 ff.; *Tiedemann*, in: FS Peters, S. 193 (196 f.).

34 Selbst bei einer exklusiven Strafdrohung – § 211 StGB – obliegt es dem Gericht, ggf. notwendige verfassungsrechtliche Korrekturen vorzunehmen, vgl. oben § 1 II. 2. a) aa) (1).

35 Etwa Auflagen oder Weisungen nach § 153a Abs. 1 StPO.

aber – soweit milder als das »neue« Recht – noch auf Altfälle angewendet werden.<sup>36</sup>

bb) Maßgeblichkeit des Rechts zur Tatzeit

Der wohl vorherrschenden Ansicht zufolge ist hingegen grundsätzlich das Recht der Tatzeit anzuwenden:<sup>37</sup> Zu diesem Zeitpunkt habe der Täter bereits die (später ausgeurteilte) Strafe »verwirkt«,<sup>38</sup> wenngleich dies erst nachfolgend in einem gegen den Beschuldigten geführten Strafprozess festzustellen sei. Jegliche rückwirkende Strafschärfung oder -begründung wäre demzufolge als Rechtsfolgenrückbewirkung (»echte Rückwirkung«) zu bewerten.<sup>39</sup> Dieser Ansicht nach ist § 2 Abs. 1 StGB eine Rechtsgeltungsregel: Als Ausnahme vom *lex posterior*-Grundsatz solle aus Gründen des Rückwirkungsverbots altes Strafrecht im Grundsatz für »Altfälle« fortgelten,<sup>40</sup> im Beispielsfall sei demnach aus § 240 StGB a.F. zu bestrafen.

cc) Differenzierung zwischen Verbots- und Sanktionsnorm

Es ist jedoch eine Differenzierung geboten, welche die zwei Elemente einer jeden materiell-rechtlichen Strafvorschrift – Verhaltensnorm und Sanktionsnorm – aufgreift<sup>41</sup> und zudem die beiden Komponenten des Urteilsspruchs – Schulterspruch und Strafausspruch – zu berücksichtigen weiß:

Hinsichtlich der ersten Frage, ob und weswegen sich jemand strafbar gemacht hat, ist entscheidend die Bewertung des Verhaltens des Täters zur Tatzeit; das Nicht-anders-Handeln zur Tatzeit. Das Verbotensein *zur Tatzeit* soll, so die Intention des Strafrechts, nicht nur maßgeblich und handlungs-

36 *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 2 StGB Rn. 20; *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 230; *Tiedemann*, in: FS Peters, S. 193 (204).

37 Siehe nur *Hassemer/Kargl*, in: NK<sup>5</sup>, § 2 StGB Rn. 6; *Hecker*, in: Schönke/Schröder<sup>30</sup>, § 2 StGB Rn. 2; *Jäger*, in: SK-StGB<sup>9</sup>, § 2 StGB Rn. 3; *Satzger*, in: SSW-StGB<sup>5</sup>, § 2 StGB Rn. 10; *Schmitz*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 2 StGB Rn. 5; *C. Schröder*, ZStW 112 (2000), 44 (45 ff.) m.w.N.

38 Zu dieser denkwürdigen Terminologie siehe exemplarisch § 357 Abs. 1 StGB.

39 Anders indes *Hecker*, in: Schönke/Schröder<sup>30</sup>, § 2 StGB Rn. 2, der dies gleichwohl als Fall »unechter Rückwirkung« interpretiert.

40 *Hassemer/Kargl*, in: NK<sup>5</sup>, § 2 StGB Rn. 6; *Hecker*, in: Schönke/Schröder<sup>30</sup>, § 2 StGB Rn. 2; *Jäger*, in: SK-StGB<sup>9</sup>, § 2 StGB Rn. 3; *Satzger*, in: SSW-StGB<sup>5</sup>, § 2 StGB Rn. 10; *Schmitz*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 2 StGB Rn. 5.

41 Zu dieser Differenzierung siehe oben § 1 II. bei und mit Fn. 125; ebenfalls auf diese Differenzierung verweisend *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 230.

leitend sein für den (potentiellen) Täter selbst, sondern auch für (potentiell) Verletzte und Dritte (insbesondere im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit von Notwehr und Nothilfe, § 32 StGB sowie für das Eingreifen von Sicherheitsbehörden<sup>42</sup>). Diesbezüglich ist daher das Recht der Tatzeit anzuwenden. Eine nachträgliche Strafbegründung stellte daher eine Rechtsfolgenrückbewirkung (»echte Rückwirkung«) dar, weil sie diese Rechtsfolge – Verbotensein oder nicht – rückwirkend verändern würde und damit in Rechtsbeziehungen zwischen (potentiell) Täter und anderen Personen rückwirkend eingreifen würde.

Eine hiervon zu trennende Frage ist hingegen, wie mit einem in der Vergangenheit liegenden Verstoß gegen die Strafrechtsordnung zum Zeitpunkt des Strafverfahrens umzugehen ist. Diese Frage nach den Rechtsfolgen muss das Verhalten des Täters nach der Tat berücksichtigen (§ 46 Abs. 2 Satz 2 Alt. 6 StGB), ist – jedenfalls auch – zukunftsgerichtet (z.B. § 56 Abs. 1 StGB) und bezieht sich auf eine Folge, die erst *nach* der Verurteilung eintreten kann (vgl. § 449 StPO).<sup>43</sup> Insoweit herrscht auch eine strukturelle Vergleichbarkeit zu Maßregeln der Besserung und Sicherung: In einer Verschärfung zwischen Tat- und Entscheidungszeitpunkt sah der *Zweite Senat* »keine Rückbewirkung von Rechtsfolgen, sondern eine tatbestandliche Rückanknüpfung«.<sup>44</sup> Für den Strafausspruch wäre daher an sich das Recht zur Zeit der Entscheidung maßgeblich; nachträgliche Strafschärfungen stellten in der hier vorgenommenen, hypothetischen Betrachtung grundsätzlich lediglich eine tatbestandliche Rückanknüpfung (»unechte Rückwirkung«) dar. In einfachgesetzlicher Umsetzung des Art. 103 Abs. 2 GG dispensierte jedoch § 2 Abs. 1 StGB von dieser Folge, indem diese Vorschrift – man beachte deren Wortlaut – für die Frage der »Strafe und der Nebenfolgen« grundsätzlich die Anwendung des Altrechts anordnet.

Wird ein Verhalten allerdings nach der Tat (vor einer gerichtlichen Entscheidung) straflos gestellt oder ist die Tat bereits verjährt, so bedarf die Feststellung dieser Rechtsfolge keiner richterlichen Entscheidung. Ein bereits eingeleitetes Strafverfahren wäre zwingend einzustellen und würde die Straflosigkeit oder den Eintritt des Verfolgungshindernisses letztlich nur deklaratorisch feststellen, da diese Rechtsfolge der Straflosigkeit bzw. der Verjährung bereits durch die Gesetzesänderung bzw. durch Zeitablauf

42 Zu diesem Konnex siehe ausführlich *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 257 ff.

43 Vgl. *Tiedemann*, in: FS Peters, S. 193 (196 f.).

44 BVerfGE 109, 133 (182 ff.); insoweit in BVerfGE 128, 326 (390 f.) nicht aufgegeben, sondern nur in Bezug auf den Vertrauensschutz verschärft. Die abweichende Meinung in BVerfGE 109, 190 (254 f.) rekurriert zwar auf eine Rechtsfolgenrückbewirkung, bezieht sich aber auf eine bereits vollständig erledigte Strafe und Maßregel.

selbständig bewirkt worden ist. Eine nachträgliche Korrektur – durch (Wieder-)Inkriminierung oder Aufhebung der eingetretenen Verjährung – stellte somit eine nach allgemeinen Rückwirkungsregeln grundsätzlich unzulässige Rückbewirkung von Rechtsfolgen (»echte Rückwirkung«) dar.<sup>45</sup>

c) *Zusammenführung: relativer Schutz vor Rückwirkungen*

Wenngleich jedenfalls eine Vorverlagerung des Inkrafttretens und eine nachträgliche Strafbegründung als »echte« Rückwirkung zu bewerten wären, so ermöglichte ein Rekurs auf allgemeine Grundrechtslehren in diesem Bereich einen Dispens vom Rückwirkungsverbot, wenn dies »ausnahmsweise durch zwingende Belange des Gemeinwohls oder ein nicht – oder nicht mehr – vorhandenes schutzbedürftiges Vertrauen des Einzelnen gestattet wird.«<sup>46</sup> Nach hier vertretener Auffassung stellte eine nachträgliche Strafschärfung – oder auch eine nachträgliche Hochstufung einer Ordnungswidrigkeit hin zu einer Kriminalstrafe – zudem nur eine »unechte« Rückwirkung dar,<sup>47</sup> die bereits zulässig wäre, solange »bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt«.<sup>48</sup> Nach allgemeinen Regeln bestünde somit nur ein relativer Schutz vor rückwirkenden Strafbegründungen und -schärfungen, bei dem indes sehr großes Augenmerk auf die Frage zu richten wäre, inwieweit der (potentielle) Täter – vor allem zum Zeitpunkt seines Verhaltens – auf die Straffreiheit oder die nur mildere Bestrafung seines Verhaltens vertrauen durfte.<sup>49</sup> Dieser Befund sei nunmehr mit dem entsprechenden Gewährleistungsinhalt des Art. 103 Abs. 2 GG kontrastiert.

---

45 Zur Verjährung eindrücklich BGH NJW 2019, 1891 (Rn. 44); BRAK, Stellungnahme Nr. 13/2020, S. 4 f. sowie nachfolgend BVerfGE 156, 354 (Rn. 145). In gleichem Sinne stellte auch BVerfGE 25, 269 (Ls. 3, 290 f.) darauf ab, dass die dort entscheidungserhebliche Verlängerung und Aufhebung ausschließlich nicht abgelaufene Verjährungsfristen betraf.

46 Formulierung aus BVerfGE 141, 56 (Rn. 43); siehe ergänzend BVerfGE 156, 354 (Rn. 142).

47 Darüber hinausgehend Hecker, in: Schönke/Schröder<sup>30</sup>, § 2 StGB Rn. 2: auch nachträgliche Strafbegründung sei nur eine »unechte« Rückwirkung.

48 BVerfGE 141, 56 (Rn. 43); BVerfGE 157, 177 (Rn. 54).

49 Vgl. auch BVerfGE 128, 326 (390 ff.) zum erhöhten Vertrauensschutz bei nachträglicher Sicherungsverwahrung.

### 3. Vergleich mit dem strafverfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot

In erster Annäherung gilt das strafverfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG »absolut«, sowohl die Strafbegründung als auch bloße Strafschärfungen betreffend.<sup>50</sup> Gleichwohl wäre es verkürzt, sich unter Verweis hierauf mit dem Verdikt zu begnügen, in Bezug auf das Rückwirkungsverbot gehe Art. 103 Abs. 2 GG über allgemeine Grundrechtslehren hinaus, denn es werden in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG Ausnahmen diskutiert und es sind zudem – nicht nur über die genaue Konturierung dessen Schutzbereichs<sup>51</sup> – Detailfragen des Gewährleistungsinhalts diskussionsbedürftig:

#### a) *Völkerrechtsverbrechen; evident menschenrechtswidrige Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe*

Anders als äquivalente völkerrechtliche Gewährleistungen – insbesondere Art. 7 Abs. 2 EMRK,<sup>52</sup> Art. 49 Abs. 2 GRCh – enthält Art. 103 Abs. 2 GG keine Ausnahmeklausel für Völkerrechtsverbrechen; auch verwehrt es Art. 103 Abs. 2 GG, offensichtlich rechtswidrige Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe rückwirkend aufzuheben. Beides erschwert jedenfalls die strafrechtliche Bewältigung von »Systemunrecht«, sodass in diesem Kontext »trotz seiner absoluten Geltung« diskutiert wird, ob diese Garantie »einschränkbar ist« bzw. ob »eine völkerrechts- und insbesondere eine EMRK-freundliche Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG zu seiner Relativierung im Einzelfall zwingen« könne.<sup>53</sup>

Bei gravierendem Systemunrecht – insbesondere bei Taten von hochrangigen Vertretern eines Unrechtsregimes – ließe sich, bei hypothetischer

---

50 Degenhart, in: Sachs<sup>9</sup>, Art. 103 GG Rn. 71; Kunig/Saliger, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 55; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 122; Schmahl, in: Schmidt-Bleibtreu<sup>15</sup>, Art. 103 GG Rn. 74; Schulze-Fielitz, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 51; jeweils m.w.N.

51 Zur fehlenden Einbeziehung von Maßregeln der Besserung und Sicherung – vgl. auch § 2 Abs. 6 StGB – siehe nur BVerfGE 109, 133 (Ls. 3, 168 ff.); BVerfGE 128, 326 (392 f.); zur fehlenden Einbeziehung des Verjährungsrechts siehe nur BVerfGE 1, 418 (423); BVerfGE 25, 269 (284 ff.); zur fehlenden Einbeziehung des Rechts der Vermögensabschöpfung aktuell BVerfGE 156, 354 (Ls. 2, Rn. 104 ff.).

52 Einen »Vorbehalt« hierzu hat Deutschland zwischenzeitlich zurückgenommen, BGBl. 2003 II, S. 1575 (1580).

53 Vgl. Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 131 ff. m.w.N.; siehe auch Schmahl, in: Schmidt-Bleibtreu<sup>15</sup>, Art. 103 GG Rn. 80 f.

Anwendung allgemeiner Rückwirkungsregeln, in der Tat von einem ausnahmsweise fehlenden schutzbedürftigen Vertrauen in die Straflosigkeit solchen Verhaltens sprechen, verbunden mit einem ausnahmsweise bestehenden zwingenden Belang des Gemeinwohls, solches Systemunrecht nicht ungeahndet zu lassen. Von der Rechtsprechung wurde hingegen in Bezug auf § 27 GrenzG-DDR<sup>54</sup> der Weg genutzt, mittels Anwendung der *Radbruch*'schen Formel<sup>55</sup> der jeweiligen formell-rechtlichen Hülle eines evident menschenrechtswidrigen Straffreistellungsgrunds die Anerkennung als materielles Recht zu verweigern. Dies umgeht somit einen Konflikt mit Art. 103 Abs. 2 GG,<sup>56</sup> gleich ob einem Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund oder auch der Regelung einer Amnestie<sup>57</sup> die Anerkennung als Recht versagt wird. Einer entsprechenden Straffreistellung *qua* materiell-strafrechtlicher Reduktion – beispielsweise der Versuch, eine bestimmte Gruppe von Menschen aus dem Schutz des § 212 StGB auszunehmen –, wäre wegen evidenter Verleugnung der Gleichheit aller Menschen ebenfalls die Anerkennung als Recht zu versagen.

Hingegen reicht ein Wettstreit mit anderen Verfassungsprinzipien nicht aus, um den absoluten Schutz des in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Rückwirkungsverbots auszuhöhlen oder sonstwie zu relativieren.<sup>58</sup> Bei Anwendung des allgemeinen Maßstabs des Rückwirkungsverbots (oder bei einer Relativierung des Art. 103 Abs. 2 GG) wäre jedoch die nicht ungefährliche Tür geöffnet, auch in weiteren Konstellationen fehlenden Vertrauens und/oder zwingender Gemeinwohobelange – namentlich zur Herbeiführung von Konkordanz mit weiteren Verfassungsbestimmungen – Ausnahmen vom strafrechtlichen Rückwirkungsverbot zuzulassen.

---

54 BGHSt 41, 101 (105 ff.); BVerfGE 95, 96 (134 f.).

55 Hierzu oben § 1 II. 2. c) m.w.N.

56 Siehe nur *Papier/Möller*, NJW 1999, 3289 (3291) sowie *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 58. Krit. aber z.B. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 132; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 56; für Lösung mithilfe EMRK-orientierter Auslegung *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 132 ff.

57 Zu Gleichheitsproblemen siehe oben § 1 I. 3. a) bei und mit Fn. 102.

58 Zur Frage einer Konkordanz mit strafverfassungsrechtlichen Schutzpflichten siehe oben § 1 III. 3. a) aa) (5) bei und mit Fn. 964, zum Verhältnis zu Art. 26 GG siehe § 1 III. 2. bei und mit Fn. 860.

b) Verfassungswidrige Strafrechtsänderungen

Bislang wird – soweit ersichtlich – nicht diskutiert, inwieweit bei der »gesetzlichen« Bestimmung der Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit zur Tatzeit auch verfassungswidrige Vorschriften zu berücksichtigen sind. An – hypothetischen – Beispielen: (1) Kurz nach Erlass des § 14 Abs. 3 LuftSiG a.F. schießt Militärpilotin M, gestützt auf diesen (vermeintlichen<sup>59</sup>) Rechtfertigungsgrund, ein Passagierflugzeug ab, 100 Menschen sterben. (2) H verstößt gegen eine formell verfassungswidrig erlassene Strafvorschrift des StGB, die nach der Tat, aber vor Einleitung des Ermittlungsverfahrens gegen H durch den Gesetzgeber durch formell verfassungskonformen Erlass einer äquivalenten Strafvorschrift »geheilt« wird.

Stellte man in diesen Beispielsfällen den individuell-subjektiven Vertrauensschutz in die *lex scripta* in den Vordergrund,<sup>60</sup> so ergab sich für M bei Lesen der einschlägigen Rechtsvorschrift des § 14 Abs. 3 LuftSiG a.F. ein Vertrauenstatbestand in ihre Straflosigkeit, bei H hingegen fehlte es, weil sie eine entsprechende Strafvorschrift in jeder Textausgabe des StGB vorhanden konnte, *prima facie* an einem Vertrauen in die Straflosigkeit ihres Verhaltens. Indessen fokussierte dies zu sehr das Geschriebene, zu wenig das Recht,<sup>61</sup> hier in seinem Zusammenspiel mit (sonstigem) Verfassungsrecht: Das BVerfG stellt nämlich grundsätzlich nur deklaratorisch fest, dass eine Vorschrift *ab initio* verfassungswidrig und nichtig ist.<sup>62</sup> Demzufolge fehlte es in den Beispielsfällen – jeweils bezogen auf den insoweit maßgeblichen Tatzeitpunkt – an einer gesetzlichen Regelung, die das Verhalten von M rechtfertigte bzw. das Verhalten von H unter Strafe stellte. Jedoch ist M, soweit man nicht auf anderem Wege ihre Straflosigkeit begründen kann, angesichts des Vertrauenstatbestands, den ein jedes formell erlassene Gesetz begründet, ein unvermeidbarer Erlaubnisirrtum (vgl. § 17 Satz 1 StGB) zuzu-

---

59 BVerfGE 115, 118.

60 In diese Richtung, bezogen auf Art. 103 Abs. 2 GG, statt einiger *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 118; *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 44; sowie auch BVerfGE 126, 170 (195): »[D]ie Normadressaten [sollen] im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht« (hierzu noch unten § 7 II. 2. b)).

61 Auch bezogen auf die Frage eines Verbotsirrtums ist nicht unbedingt die Sicht eines juristischen Laien maßgeblich, siehe hierzu nur *J. Vogel/Bütle*, in: LK<sup>13</sup>, § 17 StGB Rn. 57 m.w.N.

62 Hierzu oben § 2 III. 2. a) aa).

gestehen, wenn nicht ausnahmsweise der Verfassungsverstoß offensichtlich ist.<sup>63</sup>

Bei H hingegen fehlte es, wendete man allgemeine Rückwirkungsregeln an, möglicherweise an einem schutzwürdigen Vertrauen; je nach Strafvorschrift ließe sich auch über einen zwingenden Gemeinwohlbelang diskutieren. Nach allgemeinen Regeln wäre daher eine »Heilung« auch von »Altfällen« möglich, deren (vermeintliche) Strafbarkeit auf einer verfassungswidrigen Strafvorschrift beruht. Bei absoluter Interpretation des Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG hingegen steht dieses augenscheinlich einer solchen Heilung entgegen. Tatsächlich aber eröffnet es dem BVerfG einen weitreichenden Spielraum, soweit es anstelle der Nichtigkeit die bloße Unvereinbarkeit einer Vorschrift mit dem GG und zugleich ihre Fortgeltung ausspricht.<sup>64</sup>

### c) Strafrechtsänderung während der Tatbegehung (§ 2 Abs. 2 StGB)

Im Hinblick auf eine Strafrechtsänderung während der Tatbegehung herrscht Einigkeit dahingehend, dass der Wortlaut des § 2 Abs. 2 StGB insoweit missverständlich ist, als dieser von der *Beendigung der Tat*<sup>65</sup> spricht. Maßgeblich ist vielmehr die »Beendigung des tatbestandsmäßigen Verhaltens«<sup>66</sup> (siehe auch § 8 StGB) und damit der (letzt-)mögliche Zeitpunkt, zu dem der (potentielle) Täter durch sein Verhalten auf die Verwirklichung eines Straftatbestands Einfluss nehmen kann. Denn zu diesem Zeitpunkt soll die Strafvorschrift sein Verhalten leiten; daher begründet es auch einen Vertrauenstatbestand, wenn es zu diesem Zeitpunkt an einer einschlägigen Strafvorschrift fehlt. Umgekehrt aber wird es dem Strafgesetzgeber – in den Grenzen des sonstigen Verfassungsrechts – durch Art. 103 Abs. 2 GG nicht verwehrt, auf zukünftiges Verhalten durch Strafvorschriften einzuwirken. Gleichermaßen stellte es nach allgemeinen Regelungen nur eine (grundsätzlich zulässige) tatbestandliche Rückanknüpfung dar, wenn auf zukünftiges Verhalten (etwa

63 Vgl. BGHSt 39, 1 (32 ff.); BGHSt 39, 168 (188 ff.). Bei derartiger Offensichtlichkeit ist allerdings zu prüfen, ob der entsprechenden Vorschrift nach der Radbruch'schen Formel die Geltung als Recht abzusprechen ist.

64 Hierzu, auch zum Spannungsverhältnis zu Art. 104 Abs. 1 GG, siehe bereits oben § 2 III. 2. a) aa).

65 Zum materiell-rechtlichen Beendigungsbegriff als vollständigem Abschluss des Geschehens siehe nur BGH NStZ 2019, 513 (Rn. 6).

66 Dannecker/Schuhr, in: LK<sup>13</sup>, § 2 StGB Rn. 44; Hassemer/Kargl, in: NK<sup>5</sup>, § 2 StGB Rn. 14; Jäger, in: SK-StGB<sup>9</sup>, § 2 StGB Rn. 10; Schmitz, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 2 StGB Rn. 17.

die Tatausführung) eingewirkt wird, hierdurch aber Rechtspositionen (etwa die Vorbereitung der Tat durch Beschaffung von Tatwerkzeugen, aber auch ein eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb) entwertet werden.<sup>67</sup>

Infolgedessen reicht es bei Dauer- und Besitzdelikten aus, wenn der strafrechtswidrige Zustand zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Strafvorschrift fortdauert:<sup>68</sup> Als der Gesetzgeber daher Isotonitazen als neue psychoaktive Substanz in die Anlagen des BtMG einfügte,<sup>69</sup> so war der Besitz ab dem Moment des Inkrafttretens dieser Änderung (Mitternacht des 22. Mai 2021) nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG strafbar. Will jemand, der zuvor im (rechtmäßigen) Besitz dieser Substanz war, die Strafbarkeit vermeiden, so hatte er sich der Substanz rechtzeitig zuvor zu entledigen; spätestens mit der Veröffentlichung im BGBl. (am 21. Mai 2021) kann er von diesem vorwirkenden Handlungsgebot – eine Besitzaufgabe erst nach Inkrafttreten ist grundsätzlich<sup>70</sup> zu spät<sup>71</sup> – auch Kenntnis erlangen.

Bei mehrfachigem Geschehen korrigieren Rechtsprechung und Literatur § 2 Abs. 2 StGB unter Verweis auf Art. 103 Abs. 2 GG dahingehend, dass sämtliche Teilakte nach Erlass der strafbegründenden bzw. -schärfenden Norm begangen werden müssen, damit diese anwendbar ist.<sup>72</sup> Dies ist deutlich strenger als nach allgemeinen Regeln: Die Zwischenlage nach Erfüllung eines ersten Tatbestandsmerkmals (etwa des damals straflosen Abschlusses einer »Unrechtsvereinbarung«) stellte nämlich bloß eine Rechtsposition dar, die durch den späteren Erlass einer Strafvorschrift entwertet wird, ohne dass

---

67 Fragen einer staatlichen Ausgleichspflichtigkeit für eine derartige Entwertung der Rechtsposition seien an dieser Stelle ausgeklammert.

68 *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 2 StGB Rn. 47; *Schmitz*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 2 StGB Rn. 21.

69 Zweiunddreißigste Verordnung zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher Vorschriften, BGBl. 2021 I, S. 1096; siehe hierzu zudem die Delegierte Richtlinie (EU) 2020/1687 der Kommission vom 2. September 2020 zur Änderung des Anhangs des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI des Rates im Hinblick auf die Aufnahme der neuen psychoaktiven Substanz N, N-Diethyl-2-[[4-(1-methylethoxy)-phenyl]-methyl]-5-nitro-1H-benzimidazol-1-ethanamin (Isotonitazen) in die Definition von Drogen, ABIEU Nr. L 379 v. 13.11.2020, S. 55.

70 Auf die rechtliche Bewertung, wenn die Besitzaufgabe innerhalb der verbleibenden Zeit faktisch unmöglich ist, sei an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

71 Verneint man eine solche Vorwirkung, so verbliebe – entsprechend *Oğlakçıoğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 106 f. – ab dem Inkrafttreten ein »zumutbarer, zeitlicher Handlungsspielraum«, sich der Betäubungsmittel zu entledigen.

72 OLG Karlsruhe NStZ 2001, 654; OLG Stuttgart wistra 2003, 31 (32 f.); *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 2 StGB Rn. 58; *Hassemer/Kargl*, in: NK<sup>5</sup>, § 2 StGB Rn. 15; *Satzger*, in: SSW-StGB<sup>5</sup>, § 2 StGB Rn. 13; *Schmitz*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 2 StGB Rn. 18.

aber der Abschluss der Vereinbarung als solcher rückwirkend unter Strafe gestellt würde. Solange es nachfolgend zu einer Gewährung bzw. Annahme eines auf dieser Vereinbarung beruhenden Vorteils käme, wäre gegen eine Strafbarkeit dieser Gewährung bzw. Annahme daher nach allgemeinen Regeln nichts einzuwenden, da die Betroffenen ihr Verhalten noch entsprechend auf Vermeidung der Strafbarkeit ausrichten könnten.<sup>73</sup>

d) *Strafrechtsänderung nach Tatbegehung (§ 2 Abs. 3 StGB)*

Das BVerfG hat es bislang vermieden, das »Meistbegünstigungsprinzip« des § 2 Abs. 3 StGB verfassungsrechtlich in Art. 103 Abs. 2 GG zu fundieren, während eine im Vordringen befindliche und auch hier vertretene Literaturauffassung in diesem Sinne argumentiert.<sup>74</sup> Allerdings gehöre, so das BVerfG, eine Strafvorschrift mit ihrer Aufhebung nicht mehr zur verfassungsmäßigen Ordnung und könne daher grundsätzlich nicht mehr die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) einschränken, sodass eine Straffreiheit zum Entscheidungszeitpunkt nicht nur wegen § 2 Abs. 3 StGB, sondern auch von Verfassungs wegen zu berücksichtigen sei.<sup>75</sup>

Nach allgemeinen Regeln wäre – zumindest nach hier vertretener Auffassung<sup>76</sup> – indes ohnehin hinsichtlich der Rechtsfolgen das zum Entscheidungszeitpunkt geltende Recht anzuwenden, sodass sich bei nachträglicher Strafmilderung kein Rückwirkungsproblem stellte. Schwieriger zu beurteilen sind hingegen mildere Rechtszustände zwischen Tat und Entscheidung: Eine Verschärfung hin zum Recht zum Entscheidungszeitpunkt ist nämlich – als tatbestandliche Rückanknüpfung – nur dann verfassungswidrig, wenn der zwischenzeitlich mildere Rechtszustand einen hinreichenden Vertrauensstatbestand begründet hat. Fehlte es an einem solchen Vertrauenstatbestand, öffnete dies die Möglichkeit, zwischenzeitliche Milderungen zurückzunehmen. Strenger ist es hingegen – nach der oben dargelegten Differenzierung<sup>77</sup> –, wenn zwischenzeitlich eine »Ahndungslücke« mit Straflosigkeit einge-

---

73 Beispiel nach OLG Karlsruhe *NStZ* 2001, 654.

74 Die Senatsentscheidung BVerfGE 81, 132 (135) betraf § 4 Abs. 3 OWiG; nach einer ablehenden Kammerentscheidung BVerfG, Beschl. v. 19.02.1993 – 2 BvR 1551/92 = NJW 1993, 2167 (2168) ließ BVerfG, *Nichtannahme* Beschl. v. 03.05.2018 – 2 BvR 463/17 –, Rn. 31 diese Frage offen. Für eine Fundierung in Art. 103 Abs. 2 GG siehe *Gaede*, *wistra* 2011, 365 (367 ff.); *M. Jahn/Brodowski*, in: *FS Neumann*, S. 883 (886 ff.); jeweils m.w.N. Siehe zudem oben § 1 I. 1. b).

75 BVerfG, Beschl. v. 19.02.1993 – 2 BvR 1551/92 = NJW 1993, 2167 (2168).

76 Siehe oben § 7 I. 2. b) cc).

77 Siehe erneut oben § 7 I. 2. b) cc).

treten oder eine Tat verjährt ist; dann wäre eine nachträgliche Korrektur<sup>78</sup> zumindest am Maßstab einer grundsätzlich unzulässigen Rückbewirkung von Rechtsfolgen (»echte Rückwirkung«) zu bewerten, sofern man nicht bereit ist, sie wegen eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG für verfassungswidrig zu erachten.

e) *Rückwirkungsverbot und Rechtsprechungsänderung*

Anders als nach allgemeinen Regeln ist zumindest dem *Untreue*-Beschluss des BVerfG der Ansatz zu entnehmen, dass auch Rechtsprechungsänderungen dem Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG unterliegen:<sup>79</sup> Art. 103 Abs. 2 könnte »sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes [...] hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen.« Grenze (erst) die Rechtsprechung »die Strafbarkeit nach einer weit gefassten Norm mittels gefestigter komplexerer Obersätze« ein, so prüfe das BVerfG (als Element des Art. 103 Abs. 2 GG), »ob die Gerichte bei Anwendung und Auslegung der Strafnorm bei den bislang entwickelten, die Norm konkretisierenden Obersätzen geblieben sind, gegebenenfalls ob sie diese im Rahmen der Strafnorm folgerichtig weiterentwickelt und ob sie sie der Würdigung des konkreten Falls zugrunde gelegt haben.«<sup>80</sup>

Einerseits verlangt dieser Maßstab somit einen grundsätzlichen Bestandschutz für »die Norm konkretisierende [...] Obersätze [...].« Andererseits lässt er deren Weiterentwicklung zu und schließt damit auch Änderung der Rechtsprechung nicht aus, solange dies »folgerichtig« geschehe. Aus Betroffenensicht aber – und diese ist in Bezug auf den Vertrauensschutz entscheidend – kommt es nicht auf eine irgendwie geartete Folgerichtigkeit der Änderung an (derartige Begrenzungen führten nur zu einer »Erstarrung« der Norm<sup>81</sup>), sondern auf die konkreten Auswirkungen einer Rechtsprechungsänderung auf das ihn oder sie betreffende Strafverfahren. Insoweit ist zum einen auf Grundlage des ohnehin in seinem Kern konstitutionalisierten § 17 StGB nicht nur bei einer tatbestandlich weit gefassten Norm, sondern bei jeglichen Änderungen einer zuvor einheitlichen, unrechtsvernei-

78 Unrühmliches Beispiel: § 137 WpHG i.d.F. 2. FiMaNoG; siehe hierzu unten Anhang A VI. 25.

79 U. Neumann, in: FS Beulke, S. 197 (198 ff.).

80 BVerfGE 126, 170 (199).

81 Daher zutr. gegen ein Verbot oder eine Erschwerung von Rechtsprechungsänderungen U. Neumann, ZStW 103 (1991), 331 (342 f.).

nenden Rechtsprechung ein hinreichender Vertrauensschutz zu gewähren.<sup>82</sup> Zum anderen aber sind Rechtsprechungsänderungen – insbesondere durch *obiter dicta* und ggf. auch andersgelagerte, in Entscheidungen enthaltene Ankündigungen eines Rechtsprechungswandels – vorzubereiten.<sup>83</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Dieser Vergleich bestätigt, dass Art. 103 Abs. 2 GG in Bezug auf das Rückwirkungsverbot – von der Ausnahme bei der Bewältigung von Systemunrecht abgesehen – deutlich strenger ist als der aus allgemeinen Grundrechtslehren folgende Rückwirkungsschutz. Dies zeigt sich darin, dass jedenfalls dem *Untreue*-Beschluss des BVerfG zufolge auch Rechtsprechungsänderungen – jedenfalls partiell – den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG unterworfen werden, vor allem aber in der Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 2 GG: Dieser erweist sich – jedenfalls in der Rechtsprechung des BVerfG – als für Relativierungen nicht zugänglich, gleich ob ein schutzwürdiges Vertrauen oder konkurrierende, zwingende Gemeinwohlbelange bestehen. Indes ist nicht zu übersehen, dass dies auf Kosten des Schutzbereichs geschieht, sodass die Rechtsprechung beispielsweise § 2 Abs. 3 StGB und Fragen des Verjährungsrechts aus dem Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG ausnimmt.<sup>84</sup>

Beachtenswert ist zudem, dass sich das strafverfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot in einigen Aspekten gerade nicht mit einem individuell-subjektiven Vertrauensschutz erklären lässt: Es greift auch in Fällen, in denen kein bzw. kein schutzwürdiges Vertrauen in die Straflosigkeit oder die mildere Bestrafung besteht bzw. das Verhalten noch an eine geänderte oder neu erlassene Strafvorschrift angepasst werden könnte.<sup>85</sup> Umgekehrt greift

82 Zu Detailfragen siehe *J. Vogel/Bütte*, in: LK<sup>13</sup>, § 17 StGB Rn. 61 ff.; siehe ferner *Leite*, GA 2014, 220 (231 ff.). Krit., weil die Leistungsfähigkeit des § 17 StGB angesichts der gewiss sehr restriktiven Rechtsprechung unterschätzend, *Kempf/H. Schilling*, NJW 2012, 1849 (1854). Entgegen *U. Neumann*, ZStW 103 (1991), 331 (333) gereicht nur bei einem vermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 Satz 2 StGB) ein »Informationsdefizit« dem Beschuldigten zum Vorwurf, im Übrigen ist dies nur eine neutrale bzw. hier dem Beschuldigten günstige Feststellung.

83 Insoweit zutr. *Kempf/H. Schilling*, NJW 2012, 1849 (1853 f.); siehe auch *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 57; strenger *U. Neumann*, ZStW 103 (1991), 331 (352 ff.) mit Plädoyer für ein »objektives Verfahren«.

84 Siehe hierzu bereits *M. Jahn/Brodowski*, in: FS Neumann, S. 883 (888) sowie aus Anlass von BVerfGE 156, 354 sorgenvoll *Asholt*, JZ 2021, 473 (476).

85 Siehe hierzu den Beispielsfall (2) oben § 7 I. 3. b) sowie zudem oben § 7 I. 3. c) zu Rechtsänderungen während der Begehung mehraktiger Delikte.

Art. 103 Abs. 2 GG nicht in allen Fällen eines individuell-subjektiv berechtigten Vertrauenschutzes in eine entsprechende Rechtslage ein, so namentlich nicht bei einem Vertrauen in eine Norm, die sich später als verfassungswidrig und nichtig erweist.<sup>86</sup> Beides ist zusammenzuführen zum Befund, dass das strafverfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG Ausdruck einer besonderen Formenstrenge im Bereich des Strafrechts ist. Diese Formenstrenge dient zugleich der Legitimation und Restriktion des materiellen Strafrechts.<sup>87</sup>

## II. Gesetzlichkeitsprinzip, Normenklarheit und Normenbestimmtheit

Als zweite, elementare Gewährleistung »enthält« Art. 103 Abs. 2 GG »für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot«, demzufolge der Gesetzgeber »die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen« hat und zugleich grundsätzlich »[j]edermann [...] vorhersehen können [soll], welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist«.<sup>88</sup> In dieser Zusammenführung seiner Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgebot im *Untreue*-Beschluss verweist der *Zweite Senat* des BVerfG explizit darauf, dass diese strafrechtsspezifische Gewährleistung eine »besonders strikt[e]«<sup>89</sup> Ausformung des Grundsatzes der Normenklarheit (und auch des Grundsatzes der Normenbestimmtheit) darstelle.

### 1. Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit in der Rechtsprechung des BVerfG

Denn das BVerfG verlangt auch allgemein, dass jedenfalls in Grundrechte eingreifende Regelungen durch den Gesetzgeber normenklar und nor-

---

86 Siehe hierzu den Beispielsfall (1) oben § 7 I. 3. b).

87 Ausführlich zu diesem Begründungsansatz *M. Jahn/Brodowski*, in: FS Neumann, S. 883 (886) m.w.N. Dies stellt somit keinen Widerspruch zur Aussage von *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 102 dar, dass der objektive Gehalt des Art. 103 Abs. 2 GG »nicht zum Selbstzweck werden« dürfe.

88 BVerfGE 126, 170 (194 f.). Zu dieser Ausprägung des Art. 103 Abs. 2 GG siehe bereits oben § 1 II. 1. c) bb) sowie § 1 II. 1. c) cc); siehe ferner § 1 V. 1. b) sowie § 6 II. 3. a).

89 BVerfGE 126, 170 (195) sowie zuletzt BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –, Rn. 89; gegenteilig indes *Kuhlen*, in: Kudlich/Montiel/Schuhr (Hrsg.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, S. 429 (437).

menbestimmt zu treffen sind.<sup>90</sup> Dabei handelt es sich der Sache nach um eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, wenngleich die konkreten Anforderungen jeweils aus dem betroffenen Grundrecht – insbesondere Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (informationelle Selbstbestimmung<sup>91</sup> sowie Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme<sup>92</sup>) und Art. 10 GG<sup>93</sup> – zu entnehmen sind.<sup>94</sup> Hierbei sind zwei ineinander verschränkte, aber auch konfligierende<sup>95</sup> Funktionen zu verzeichnen, die sich bezeichnenderweise vor allem in Fragen des Strafprozess- und Sicherheitsrechts herausgebildet haben:

a) *Klare und präzise Regelung des Anlasses, des Zwecks und der Grenzen des Eingriffs (kompetenzsichernde Funktion)*

Als einen zu beachtenden Maßstab benennen dabei beide Senate, dass »[d]er Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs [...] in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden« muss.<sup>96</sup> Im

90 Die Grundlagen zusammenführend *Papier/Möller*, AÖR 122 (1997), 177 (178 ff.); *Wapler*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 179 (184 ff.). Die Reihenfolge der beiden Begriffe wird von den Senaten uneinheitlich gehandhabt (siehe einerseits BVerfGE 111, 1 [53], andererseits BVerfGE 120, 274 [315]). Eine Abgrenzung zwischen Normenklarheit und Normenbestimmtheit lässt sich der Rechtsprechung des BVerfG nicht entnehmen, zutr. *Beaucamp*, Rechtstheorie 42 (2011), 21 (37 f.); a.A. *Konzelmann*, in: FS Herberger, S. 569 (570 f.) sowie *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 141 m.w.N., indes mit Fehlverweis auf BVerfGE 114, 1 (53): Dort ist stets und untrennbar von »Normenbestimmtheit und Normenklarheit« die Rede. Siehe ferner *Sachs*, in: *Sachs*<sup>9</sup>, Art. 20 GG Rn. 126 sowie die Differenzierungsansätze bei *Bartone*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG, S. 305 (308 ff., 325 f.); *Jehke*, Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, S. 180 ff.

91 Grundlegend BVerfGE 65, 1 (44 ff., 54); zuletzt BVerfGE 155, 119 (Rn. 133).

92 BVerfGE 120, 274 (316).

93 BVerfGE 130, 151 (202); BVerfGE 124, 43 (60); BVerfGE 113, 348 (375); BVerfGE 110, 33 (52 f.); BVerfGE 100, 313 (359).

94 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 129 m.w.N.

95 *Beaucamp*, Rechtstheorie 42 (2011), 21 (34 ff.); *Streng*, in: FS Landau, S. 471 (472 ff.).

96 Formulierung nach BVerfGE 113, 348 (375); siehe auch BVerfG NJW 2020, 2235 (Rn. 175); BVerfGE 130, 151 (202); BVerfGE 125, 260 (328); BVerfGE 124, 43 (60); BVerfGE 110, 33 (53); BVerfGE 100, 313 (360) (jeweils zu Art. 10 GG); äquivalent zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (informationelle Selbstbestimmung) BVerfGE 155, 119 (Rn. 133) bzw. (Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme) BVerfGE 120, 274 (316); siehe ergänzend zu Art. 6 GG BVerfGE 107, 104 (120) sowie zu Art. 12 GG BVerfGE 93, 213 (218).

Vordergrund steht bei dieser Maßstabsbildung<sup>97</sup> die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Legislative einerseits,<sup>98</sup> Exekutive und Judikative andererseits (kompetenzsichernde Funktion<sup>99</sup>):

»Das Gebot soll sicherstellen, [...] dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können. [...] Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm dienen [...] dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen [...]. Dies setzt voraus, dass hinreichend klare Maßstäbe bereitgestellt werden. Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers darf nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt sein [...]. Dem Gesetz kommt im Hinblick auf den Handlungsspielraum der Exekutive eine begrenzende Funktion zu, die rechtmäßiges Handeln des Staates sichern und dadurch auch die Freiheit der Bürger schützen soll. [...] Darüber hinaus sollen die Normenbestimmtheit und die Normenklarheit die Gerichte in die Lage versetzen, die Verwaltung anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren.«<sup>100</sup>

Ausreichend ist dabei »ein hinreichend bestimmtes Gesetz, wobei die Anforderungen an hinreichende Bestimmtheit umso strenger sind, je schwerer die Auswirkungen seiner Regelungen wiegen.«<sup>101</sup> Damit wird vorrangig auf die Eingriffsintensität verwiesen.<sup>102</sup> Die Begrenzung auf ein hinreichendes Maß<sup>103</sup> belässt aber Raum für Typisierungen, Generalklauseln und deren Konkretisierung durch die Rechtsprechung,<sup>104</sup> aber auch für Entscheidungsverlagerungen (insbesondere Ermessen) weg von der Legislative.<sup>105</sup> Zudem lässt das BVerfG auch eine Berücksichtigung der »Eigenart des Regelungsgegenstands«<sup>106</sup> zu: »Geringere Anforderungen sind vor allem bei vielge-

---

97 Unbeschadet aller Verschränkung mit der zweiten Funktion; zu dieser siehe sogleich § 7 II. 1. b).

98 Zur Frage der Zuweisung an den Parlamentsgesetzgeber siehe noch unten § 7 III.

99 BVerfGE 153, 310 (Rn. 86) m. Bspr. (u.a.) Schneiderhan, wistra 2022, 50.

100 BVerfGE 113, 348 (375 ff.).

101 BVerfGE 107, 104 (120).

102 BVerfGE 110, 33 (55): »Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung richten sich nach der Art und der Schwere des Eingriffs«.

103 Siehe auch Beaucamp, Rechtstheorie 42 (2011), 21 (55); Papier/Möller, AÖR 122 (1997), 177 (200): Konkretisierung hin zum »gesetzestechisch Möglichen«.

104 Vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG VII Rn. 62; Schulze-Fielitz, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 133; jew. m.w.N.

105 Vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG VII Rn. 63 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 134; jew. m.w.N.

106 BVerfGE 131, 316 (343).

staltigen Sachverhalten zu stellen [...] oder wenn zu erwarten ist, daß sich die tatsächlichen Verhältnisse rasch ändern werden«.<sup>107</sup>

Angesichts der unmittelbaren Zielrichtung dieses Maßstabs – einer Zuständigkeitsabgrenzung – schließt dieser bezeichnenderweise nicht aus, dass Normen oder Normgeflechte hochkomplex und auslegungsbedürftig sind: Denn entscheidend ist insoweit die Handhabbarkeit für die Verwaltung und die Gerichte. Dann aber ist die bei diesen Akteuren vorhandene bzw. erwartbare Expertise – einschließlich einer Fehlerkorrektur durch nachfolgende ober- und höchstgerichtliche Kontrolle – hinreichend, mittels derer sich der fallbezogene Bedeutungsgehalt der jeweiligen Normen durch Anwendung anerkannter juristischer Methoden erschließen lässt.

Schließlich zeigt sich bei dieser Funktion, dass nicht ein individuell-subjektiver Vertrauensschutz im Vordergrund steht, sondern eben eine abstrakte Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Legislative einerseits, Exekutive und Judikative andererseits.<sup>108</sup> Damit ist allerdings untrennbar die subjektive Komponente verbunden, dass eine grundrechtseingreifende Überschreitung dieser Zuständigkeitsabgrenzung seitens der Exekutive oder der Judikative rechtsstaats- und verfassungswidrig ist.<sup>109</sup>

b) *Klare und erkennbare Regelung der Voraussetzungen und des Umfangs des Eingriffs (freiheitssichernde Funktion)*

Als weiteren zu beachtenden Maßstab betont das BVerfG eine freiheitssichernde Funktion des Gebots der Normenklarheit und der Normenbestimmtheit:<sup>110</sup> Es müssen »die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar«<sup>111</sup> sein, sodass die »Betroffenen

---

107 BVerfGE 49, 89 (133); siehe auch *Grzesick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG VII Rn. 60; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 20 GG Rn. 289 (»Dynamik«).

108 Trennt man die Gubernative von der Exekutive, so steht sie hier teils auf Seiten der Legislative (bei Beeinflussung der Gesetzgebung), teils auf Seiten der Exekutive (bei Rechtsverordnungen, aber auch bei Handlungsanweisungen / Erlässen an die nachgeordneten Behörden). Vgl. auch *Rux*, in: BeckOK-GG<sup>53</sup>, Art. 20 GG Rn. 182: »Gesamtheit der Rechtsvorschriften«.

109 Im umgekehrten Fall – die Exekutive oder Judikative überschreitet ihre Zuständigkeit und begrenzt hierdurch z.B. die Reichweite einer Strafvorschrift – fehlt es hingegen verfassungsprozessual an einer Beschwer der Betroffenen (bzw., treffender, Begünstigten).

110 BVerfGE 153, 310 (Rn. 95).

111 BVerfGE 113, 29 (50).

[...] ihr Verhalten danach einrichten können«.<sup>112</sup> Betroffen ist dabei – jedenfalls – derjenige, in dessen Grundrechte durch diese Norm eingegriffen wird bzw. dem gegenüber die Norm zu einem solchen Eingriff ermächtigt. Damit hebt das BVerfG die Steuerungsfunktion des Rechts bezogen auf menschliches Verhalten hervor,<sup>113</sup> bzw. das auf eine solche Steuerungsfunktion gerichtete Vertrauen, das dem Grundgesetz zugrundeliegt:<sup>114</sup> Denn die Eigenverantwortung einer Entscheidung angesichts seiner möglichen Folgen (im strafrechtlichen Kontext: vor allem der möglichen Strafen) setzt zugleich voraus, dass ebendiese Folgen, welche die Rechtsordnung an das Verhalten anknüpft, für den Normunterworfenen auch hinreichend erkennbar sind.<sup>115</sup>

Hinsichtlich des konkreten Maßstabs der Erkennbarkeit bzw. Vorhersehbarkeit bleibt die Rechtsprechung des BVerfG indes – soweit ersichtlich – stark im Dunkeln. So ist den Obersätzen zum Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit weder zu entnehmen, ob etwa auf *alle* Bürger (»Laien«<sup>116</sup>), auf einen Durchschnittsbürger<sup>117</sup> oder auf einen »besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden«<sup>118</sup> abzustellen ist, noch, inwieweit die Möglichkeit zu berücksichtigen ist, fachkundigen Rechtsrat einzuholen.<sup>119</sup> Allerdings wird auch in Bezug auf diese Funktion deutlich, dass das BVerfG ein relatives Maß an Erkennbarkeit ausreichen lässt. Dies zeigt sich einerseits an der Verschränkung in der weiteren Maßstabsbildung und Subsumtion mit der kompetenzsichern-

112 BVerfGE 102, 304 (315) m.w.N.; siehe zudem BVerfGE 149, 222 (Rn. 136) – mit unmittelbarer Fundierung in Art. 20 Abs. 3 GG – sowie BVerfGE 155, 119 (Rn. 123); BVerfGE 128, 282 (317); BVerfGE 113, 348 (375 f.); BVerfGE 110, 33 (53). Zuletzt betonte BVerfGE 150, 1 (Rn. 196), dass auch das »konkrete Bedürfnis, sich auf die Normanwendung einstellen zu können«, für größere Bestimmtheit streite; dieses Bedürfnis ist bei Strafnormen zur Vermeidung der drohenden Sanktionierung offensichtlich besonders stark ausgeprägt.

113 Siehe hierzu – aus strafrechtlicher Perspektive – oben § 2 III. 3.

114 BVerfGE 123, 267 (413); BVerfGE 45, 187 (227); siehe hierzu – bezogen auf das Schuldprinzip – oben § 1 II. 2. a) aa) (2).

115 Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG VII Rn. 53, 58; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 129; jeweils m.w.N.

116 Vgl. – zu Art. 103 Abs. 2 GG – *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 141.

117 Vgl. *Herz*, NZWiSt 2020, 253 (255): »durchschnittlichen (und damit auch hinreichend sach- und fachkundigen) Normadressaten«, ohne dass er sich auf externen Rat stützen müsste.

118 Vgl. BGH, Urt. v. 19.06.2018 – 3 StR 490/07 –, Rn. 35, insoweit in BGHSt 52, 292 nicht abgedruckt. Siehe ferner *Beaucamp*, Rechtstheorie 42 (2011), 21 (27 f.): »Nicht jede Norm trifft jeden Bürger«.

119 Permissiv *Streng*, in: FS Landau, S. 471 (472).

den Funktion,<sup>120</sup> andererseits an einer im Kontext heimlicher staatlicher Überwachungsmaßnahmen entwickelten Folgerung:

»Für Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen verlangt das Bestimmtheitsgebot zwar nicht, dass die konkrete Maßnahme vorhersehbar ist, wohl aber, dass die betroffene Person grundsätzlich erkennen kann, bei welchen Anlässen und unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten mit dem Risiko der Überwachung verbunden ist.«<sup>121</sup>

Diese Formulierung legt – neben einer generellen Einschränkbarkeit (»grundätzlich«) – nahe, dass die Erkennbarkeit eines »Graubereichs« genügen könnte, in dem bereits ein »Risiko« staatlicher Maßnahmen besteht; nicht erforderlich hingegen wäre, dass der Bürger innerhalb des »Graubereichs« der Norm treffsicher schwarz von weiß scheiden kann. Dies steht indes in einem gewissen Widerspruch mit der in denselben Entscheidungen geäußerten Maßgabe, dass sich die »Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm erhöhen [...], wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert«.<sup>122</sup> Denn gerade in einem solchen »Graubereich« kann es eine unklare oder unbestimmte Gesetzeslage erschweren, von der allgemeinen Handlungsfreiheit und anderen Grundrechten bis hin zur Grenze des Zulässigen Gebrauch zu machen. Hingegen dürften – um bereits hypothetische Beispiele aus dem materiellen Strafrecht zu wählen – Unsicherheiten über die Reichweite der Rechtsfolgenlösung bei § 211 StGB, in der Abgrenzung von § 249 Abs. 1 StGB zu §§ 253 Abs. 1, 255 StGB oder über das Vorliegen eines Regelbeispiels bei einem Diebstahl (§ 243 Abs. 1 StGB) kaum zu einer Erschwerung der Grundrechtsbetätigung führen: Das Verbot der Grundrechtsbetätigung<sup>123</sup> (*qua* Verbotsnorm) ist von derartigen Unsicherheiten ebenso unberührt wie die Bewehrung dieses Verbots mit einer jedenfalls erheblichen strafrechtlichen Sanktion.

Trotz all dieser Ambiguitäten wird deutlich, dass diese Funktion den Schutz individuellen Vertrauens in das, was der Bürger in den Gesetzbüchern lesen – und verstehen – kann, in den Vordergrund rückt, zugleich aber diesen nicht verabsolutiert. Daher schließt auch dieser Begründungsansatz des Gebots der Normenklarheit und der Normenbestimmtheit nicht aus, dass die Rechtslage – gerade, wenn dies abseitige Spezialmaterien betrifft – nur mit fachkundiger Hilfe aufgeklärt werden kann, dass der konkrete Bedeutungsgehalt erst im Zusammenspiel mehrerer Normen erschlossen werden

120 Siehe hierzu soeben § 7 II. 1. a) m.w.N. sowie beispielsweise, aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, BVerwG NJW 2019, 2252 (Rn. 23).

121 BVerfGE 113, 348 (376); ähnlich zuvor BVerfGE 110, 33 (54).

122 BVerfGE 113, 348 (376); BVerfGE 110, 33 (53).

123 Zur Streitfrage, ob in Strafnormen ein Grundrechtseingriff zu sehen ist, siehe oben § 1 IV. 1. a) aa).

kann<sup>124</sup> und dass eine weitere Konkretisierung erst durch das Zusammenspiel von Exekutive und Judikative erfolgt.

2. Hypothetische Anwendung allgemeiner Maßstäbe auf das materielle Strafrecht

Erneut seien Art. 103 Abs. 2 GG sowie § 1 StGB<sup>125</sup> und die hierzu ergangene, strafrechtsspezifische Rechtsprechung ausgeblendet und somit auf hypothetischer Grundlage analysiert, was es bedeuten würde, das materielle Strafrecht ausschließlich an diesen allgemeinen Maßstäben der Normenklarheit und Normenbestimmtheit zu messen:<sup>126</sup>

a) *Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative*

In Bezug auf die kompetenzsichernde Funktion ist – hier hypothetisch – auf das materielle Strafrecht ohne Weiteres übertragbar, dass die Entscheidung über Verhaltensnormen, aber auch über die drohenden Sanktionen<sup>127</sup> im Grundsatz von der Legislative in Gestalt von Rechtsnormen vorzugeben ist. Diese zentrale Frage wird somit der Domäne des Rechts zugewiesen und zugleich das Handeln anderer Akteure – vor allem der »Verwaltung«, aber auch der »Rechtsprechung« darin begrenzt, aus eigener Machtvollkommenheit den Rahmen rechtmäßiger Grundrechtsbeschränkungen zu verschieben. Dagegen lässt sich auch nicht vorhalten, bei Strafrechtsprechung handele es sich nicht lediglich um eine Verwaltungskontrolle, sodass ihr größere Spielräume zuzugestehen sei: Denn jedenfalls die vorbereitende Ermittlungstätigkeit der Polizei, wenn nicht auch die der Staatsanwaltschaft, lässt sich ohne Weiteres als kontrollierungsbedürftige Verwaltungstätigkeit interpre-

---

124 Siehe BVerfGE 110, 33 (53 f.): »Soweit die praktische Bedeutung einer Regelung vom Zusammenspiel der Normen unterschiedlicher Regelungsbereiche abhängt, müssen die Klarheit des Normeninhalts und die Voraussehbarkeit der Ergebnisse der Normenwendung gerade auch im Hinblick auf dieses Zusammenwirken gesichert sein.«

125 Vgl. oben in Fn. 28.

126 Eine bloß knappe Gegenüberstellung liefert *F. A. Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, S. 134 ff.

127 BVerfGE 105, 135 (152 ff.); hierzu oben § 1 II. 1. a) dd) (2).

tieren.<sup>128</sup> Vor allem aber dient die Zuweisung der Entscheidung über Schuld und Strafe an die Strafjustiz<sup>129</sup> dazu, deren Unabhängigkeit von der Exekutive und von fallbezogener politischer Einflussnahme zu gewährleisten,<sup>130</sup> nicht aber dem Ziel, diese gegenüber der Legislative zu emanzipieren (vgl. nur Art. 20 Abs. 3 GG).

Die Anforderungen an die Bestimmtheit von Verhaltens- und auch Sanktionsnormen wären einerseits im Hinblick auf die Schwere strafrechtlicher Sanktionen besonders streng zu bemessen; auch ist es in Bezug auf die Zuständigkeitsabgrenzung unbeachtlich, ob eine Vorschrift *in malam partem* wirkt oder nicht. Andererseits sprechen gleich mehrere in der Rechtsprechung des BVerfG herausgearbeitete Aspekte gegen eine besondere Strenge der Bestimmtheit: Zunächst ist auf die Vielgestaltigkeit möglicher Sachverhalte hinzuweisen, die Gegenstand strafrechtlicher Regelung sein können. Nicht nur bezogen auf die Verhaltensnorm, sondern auch bezogen auf den in der Sanktionsnorm niedergelegten Strafrahmen rechtfertigte dies – bei hypothetischer Anwendung dieses allgemeinen Maßstabs auf das Strafrecht – ein Absenken des Bestimmtheitsniveaus. Zusätzlich wäre die Maßgabe, dass Regelungen »klar und präzise« zu treffen sind, in Relation zum erwartbaren Spezialisierungsgrad zu setzen: Somit sind bezogen auf verbreitete Erscheinungsformen der Kriminalität (etwa Beleidigungen, § 185 StGB) die Anforderungen an die Normenbestimmtheit und Normenklarheit strenger, bei komplexen Wirtschaftsstraftaten angesichts der Spezialkompetenz der Gerichte (§ 74c GVG) und Staatsanwaltschaften (vgl. § 143 Abs. 4 Alt. 1 GVG) hingegen geringer. Beachtlich ist zudem eine Wechselwirkung mit dem Rückwirkungsverbot:<sup>131</sup> Strafnormen müssen notwendigerweise zukunftsgerichtet sein; eine nachträgliche Korrektur *in malam partem* kommt nicht in Betracht. Dann aber legitimiert dies, nach den oben referierten allgemeinen Maßstäben, ein Absenken des Bestimmtheitsniveaus, jedenfalls soweit sich die tatsächlichen Verhältnisse (etwa bei modernen Erscheinungsformen von Cyber-, Umwelt- oder Wirtschaftskriminalität) rasch ändern können.

Angesichts dessen relativierten sich die Anforderungen auch hier auf das, was bei »generell-abstrakter Regelung praktisch möglich ist«.<sup>132</sup> Diese Möglichkeiten wiederum hängen maßgeblich vom Regulierungsziel und dessen

---

128 BVerfGE 103, 142 (156): Die Staatsanwaltschaft gehöre »trotz ihrer Eingliederung in die Justiz [...] zur Exekutive«.

129 Ausf. Brodowski, ZStW 128 (2016), 370 (378 ff.) m.w.N.

130 Ausf. Brodowski, ZStW 128 (2016), 370 (385 ff.) m.w.N.

131 Zu diesem siehe oben § 7 I.

132 BVerfGE 57, 9 (22).

verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen ab: So ist es in Bezug auf die Tötung oder Körperverletzung eines anderen Menschen ohne Weiteres möglich, dies – wie in § 212 Abs. 1 StGB bzw. § 223 Abs. 1 StGB geschehen – unabhängig von der konkreten Begehungsweise dadurch unter Strafe zu stellen, dass lediglich auf die kausale und objektiv wie subjektiv zurechenbare Herbeiführung eines – seinerseits recht klar konturierten – Taterfolgs abgestellt wird. Umgekehrt reichte es – kriminalpolisch wie strafverfassungsrechtlich – viel zu weit, jegliche Schädigung fremden Vermögens unter Strafe zu stellen, was die Hinzunahme zusätzlicher Tatbestandsmerkmale bedingt, die dabei nicht unbedingt zu größerer Bestimmtheit beitragen. Schließlich ist die Forderung, »Anlass« und »Zweck« des Eingriffs seien gesetzlich festzulegen, interpretationsbedürftig: Dieser soll, so der allgemeine Maßstab, Auskunft geben über die Teleologie der Regelung. Auf materielle Straftatbestände bezogen bedeutet dies eine Erkennbarkeit des jeweiligen Schutzzugs (»Rechtsgut«) und Schutzzieles, nicht aber notwendigerweise eine klare gesetzliche Auskunft über das Verhältnis der verfolgten Strafzwecke zueinander.

*b) Erkennbarkeit der Voraussetzungen und des Umfangs des Eingriffs*

Weil Strafrechtsnormen der Verhaltensregulierung dienen,<sup>133</sup> ist bereits nach allgemeinen Maßstäben in besonderem Maße dafür Sorge zu tragen, dass die »Betroffenen [...] ihr Verhalten« nach diesen Strafnormen »einrichten können«.<sup>134</sup> Hierzu zählt auch, dass für diese neben den Voraussetzungen der Strafbarkeit zudem – im Hinblick auf den Umfang des Eingriffs – die Rahmen der verschiedenen Sanktionen erkennbar sind.

Trotz des nur geringen Konkretisierungsgrades der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zeigte sich ein größerer Spielraum für Unsicherheiten auf der Rechtsfolgen- als auf der Tatbestandsseite.<sup>135</sup> Im Hinblick auf die Sanktionierbarkeit ließe sich nach allgemeinen Maßstäben zudem darauf verweisen, dass entscheidend deren Erkennbarkeit ist, nicht aber, ob ein jeder individuell Betroffener sie in einer konkreten Situation auch tatsächlich erkannt hat. Dies öffnet indes die Türe zu einer Objektivierung, Normativierung und auch Relativierung dieses Maßstabs, vor allem in Verbindung mit der im strafrechtlichen Kontext unklaren Maßgabe, die Erkennbarkeit eines

---

133 Hierzu oben § 2 III. 3. a).

134 Vgl. BVerfGE 102, 304 (315) m.w.N.

135 Siehe soeben § 7 II. 1. b).

(Überwachungs- bzw. hier Sanktionierungs-)Risikos sei ausreichend.<sup>136</sup> So ließe sich – in Anlehnung an die Fahrlässigkeitsdogmatik – für die Erkennbarkeit des Risikos auf einen »besonnenen und gewissenhaften Menschen« abstellen, der in Zweifelsfällen auch externen Rechtsrat zur weiteren Klärung einer komplexen Rechtsfrage heranzieht. Auch ließen sich unterschiedliche Maßstäbe je nach betroffener Regelungsmaterie anwenden.

Damit wird deutlich, dass die Garantie der Normenklarheit und Normenbestimmtheit zwar insoweit eine subjektiv-individuelle Komponente enthält, dass grundsätzlich die Erkennbarkeit (jedenfalls) eines Strafbarkeitsrisikos (jedenfalls) für einen besonnenen und gewissenhaften Menschen gegeben sein muss, und dass andernfalls Strafnorm und auch hierauf gestützte Verurteilungen verfassungswidrig wären.<sup>137</sup> Die Garantie ist jedoch nicht einer darüber hinausgehenden subjektiv-individuellen Interpretation zugänglich, dass ein jeder Normunterworfer in der konkreten fallrelevanten Situation auch tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben muss, die richtigen Schlüsse über die Strafbarkeit seines Verhaltens ziehen zu können.<sup>138</sup>

c) *Zusammenführung: hinreichende Bestimmtheit und relative Erkennbarkeit*

Es zeigt sich somit in der Rechtsprechung des BVerfG zu beiden Funktionen eine Mehrzahl von berücksichtigungsfähigen Kriterien, die einerseits für eine besondere Strenge von Normenklarheit und -bestimmtheit bei Strafrechtsnormen streiten (insbesondere Grundrechtsrelevanz, Schwere des Eingriffs, breitflächige Anwendbarkeit der Normen), andererseits entgegengesetzt für die Absenkung des Maßstabs sprechen (insbesondere Vielgestaltigkeit der Fallgestaltungen, Zukunftsgerichtetheit der Strafgesetzgebung, bei einigen Regelungsbereichen auch spezielle Sachkunde). Dies unterstreicht die Relativität dieses Gebots<sup>139</sup> und zudem die Notwendigkeit, stets im Blick zu behalten, was letztlich bei »generell-abstrakter Regelung praktisch möglich«<sup>140</sup> ist: Damit drängte sich ein Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit

---

136 Zu BVerfGE 113, 348 (376) siehe erneut oben § 7 II. 1. b).

137 Mit der verfassungsprozessualen Konsequenz, dass grundsätzlich sowohl die Strafnorm im Wege der Rechtssatzverfassungsbeschwerde (siehe aber oben § 4 III. 2. e)) als auch die Verurteilung im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde angegriffen werden kann.

138 Zur daraus folgenden Frage des Verhältnisses zwischen Bestimmtheitsgebot und (unvermeidbarem) Verbotsirrtum siehe unten § 7 II. 3. c) cc).

139 *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (184 ff.).

140 Vgl. BVerfGE 57, 9 (22).

und Normenbestimmtheit vor allem dann auf, wenn eine alternative, präzisere Formulierung der Vorschrift das im Übrigen verfassungskonforme<sup>141</sup> Regulierungsziel<sup>142</sup> gleichermaßen oder zumindest weitestgehend erreichen könnte. Am Beispiel: § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB wäre jedenfalls dann klar verfassungswidrig,<sup>143</sup> wenn es gelänge, anstelle auf »andere vergleichbare Handlungen« die wesentlichen Fallgestaltungen des Stalkings durch einige wenige<sup>144</sup> weitere Bezeichnungen konkreter(er) Verhaltensweisen zu ersetzen, insbesondere durch diejenigen Fallgruppen, die sich in der Anwendung der Vorschrift als praxisrelevant erweisen.<sup>145</sup> Jedoch wäre es zu kurz gegriffen, dieses Gebot zu einem bloßen Optimierungsgebot zu verkürzen,<sup>146</sup> denn dies höhle es in weitem Umfang aus.<sup>147</sup>

---

141 Bezeichnenderweise ist in den Leitentscheidungen zum Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit dies jeweils nur einer von mehreren Gründen, die zur Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Norm führen. Exemplarisch hierfür BVerfG NJW 2020, 2235 sowie BVerfGE 120, 274.

142 Vgl. oben § 2 III. 3. a) cc).

143 Krit. insbes. *Greco*, GA 2012, 452 (455 f.); umfangreiche Aufarbeitung bei *Gericke*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 238 StGB Rn. 35 ff.

144 Andernfalls verlöre die Norm ihren generell-abstrakten Charakter.

145 Indes scheint § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB kaum angewendet zu werden, vgl. *Valerius*, in: BeckOK-StGB<sup>55</sup>, § 238 StGB Rn. 12; *Schöch*, NSiZ 2013, 221 (222). Allgemein zu einer (nachträglichen) Konkretisierungspflicht des Gesetzgebers siehe noch unten § 8 II. 3. c).

146 In diese Richtung aber – zu Art. 103 Abs. 2 GG – beispielsweise *Bülte*, NZV 2020, 12 (15); *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 195 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG GG Rn. 41. Anders gelagert ist die Kritik von *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 78 und *Wolff*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 134 Rn. 55, die aus einer Interpretation als Optimierungsgebot eine Überhöhung der Anforderungen fürchten.

147 Am Beispiel einer hypothetischen Strafnorm, die in Anlehnung an BVerfGE 88, 203 (258) lautete: »Wer sich in einer Weise, die für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich ist, sozialschädlich verhält, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe, Freiheitsstrafe bis zu 15 Jahren oder Geldstrafe bestraft.« Im Hinblick auf das hier weitestmöglich offen und abstrakt formulierte Regulierungsziel, sämtliches (aus dieser Sicht) strafrechtswürdige Verhalten (verfassungskonform) unter Strafe zu stellen, ist eine optimierte Formulierung schlicht nicht möglich. Gleichwohl ist evident, dass eine solche Strafvorschrift gegen das Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit verstieße. Ebenso *Duttge*, JZ 2014, 261 (265).

### 3. Vergleich mit dem strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot

Im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot ist in erster Annäherung festzuhalten, dass dieses als »besonders strikt[e]«,<sup>148</sup> bereichsspezifische Ausprägung<sup>149</sup> des Gebots der Normenklarheit und Normenbestimmtheit verstanden werden kann,<sup>150</sup> dass dieses aber, anders als das Rückwirkungsverbot, nicht absolut gilt – schon weil es keine absolute Bestimmtheit abstrakt-genereller Normen geben kann. Dennoch lohnt auch hier ein Blick auf die Details:

#### a) Kongruenzen

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Strafnormen jedenfalls in das Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung – eine besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsgrundrechts – eingreifen.<sup>151</sup> Da das allgemeine Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit in der Rechtsprechung des BVerfG bezogen auf andere besondere Ausprägungen dieses Rechts entwickelt wurde,<sup>152</sup> spricht bereits dies für eine weitreichende Kongruenz der Garantien.<sup>153</sup> Zusätzliche Verschränkungen folgen daraus, dass das Gebot als Grenze strafprozessualer Eingriffsbefugnisse Prominenz erlangt hat, diese aber wiederum tatbestandlich an den Verdacht einer Verletzung von Strafnormen anknüpfen: Damit steht und fällt die hinreichende Normenklarheit und Normenbestimmtheit dieser Eingriffsbefugnisse auch mit der hinreichenden Bestimmtheit von Strafnormen.

Die zwei oben analysierten, ineinander verschränkten Funktionen des allgemeinen Gebots finden sich ebenfalls in der Rechtsprechung des BVerfG

---

148 BVerfGE 126, 170 (195) sowie zuletzt BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –, Rn. 91.

149 *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu<sup>15</sup>, Art. 103 GG Rn. 57.

150 Zweifelnd indes *Wapler*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 179 (194 ff.).

151 Siehe hierzu oben § 1 IV. 2. b) cc) m.w.N.

152 Insbes. BVerfGE 65, 1 (44 ff., 54); BVerfGE 120, 274 (316); zuletzt BVerfGE 155, 119 (Rn. 133).

153 Verfassungsprozessual folgt aus der Erwähnung des Art. 103 Abs. 2 GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, dass ein Verstoß gegen das strafverfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot als solches – und nicht nur in Verknüpfung mit dem Eingriff durch die Verhaltensnorm oder mit dem Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung – rügefähig ist; vgl. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 135.

zum strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot<sup>154</sup> und sind im *Untreue*-Beschluss zusammengeführte:

»Einerseits soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen [...]. Für den Gesetzgeber enthält Art. 103 Abs. 2 GG [...] die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit [...] zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.«<sup>155</sup>

Damit ist die »kompetenzsichernde [...] Funktion des Bestimmtheitsgebotes«<sup>156</sup> bzw. die Zuständigkeitsabgrenzung gegenüber der Exekutive und Judikative<sup>157</sup> aufgerufen, die sich auf die Strafnorm in ihrer Gänze bezieht, d.h. auch auf die abstrakt definierte Strafandrohung.<sup>158</sup> Nicht minder betont das BVerfG jedoch auch die »freiheitssichernde [...] Komponente«<sup>159</sup> einer Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit:

154 Beginnend mit BVerfGE 47, 109 (120); siehe zudem BVerfGE 71, 108 (114 ff.); BVerfGE 73, 206 (234 f.); BVerfGE 75, 329 (341 ff.); BVerfGE 105, 135 (152 f.) m.w.N. sowie, statt aller, *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 43 ff.; *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 101, 140; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 41; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu<sup>15</sup>, Art. 103 GG Rn. 58; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 38; *Wapler*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 179 (182 ff.) (mit auf die Operationalisierung fokussiertem Kommentar von *M. Jahn*, in: Bäcker/Burchard [Hrsg.], Strafverfassungsrecht, S. 205 ff.); *Wolff*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 134 Rn. 13 ff.; *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 179; *Kargl*, Strafrecht, S. 203; mit anderer Begrifflichkeit (»Machtbändigung, Vorhersehbarkeit und Verhaltenssteuerung«) auch *Sinn*, in: FS Wolter, S. 503 (504).

155 BVerfGE 126, 170 (194 f.); nahezu gleichlautend BVerfGE 143, 38 (Rn. 38); BVerfGE 153, 310 (Rn. 72, 74) sowie BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –, Rn. 89 f.

156 BVerfGE 153, 310 (Rn. 86).

157 Hingegen klammerte die nachfolgende Entscheidung BVerfGE 130, 1 (43 f.) die Exekutive aus: »Der Gesetzgeber und nicht der Richter ist zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen [...]. Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang ein bestimmtes Rechtsgut mit den Mitteln des Strafrechts verteidigt werden muss. Den Strafgerichten ist es verwehrt, seine Entscheidungen zu korrigieren [...]. Die Bestimmung der äußersten Grenzen des Strafgesetzes betrifft die Entscheidung über die Strafbarkeit und damit die Abgrenzung der Kompetenzen von Judikative und Legislative.«

158 Zu BVerfGE 105, 135 siehe oben § 1 II. 1. a) dd) (2); siehe ferner bereits zuvor BVerfGE 25, 269 (285 f.).

159 BVerfGE 153, 310 (Rn. 95).

»Andererseits geht es um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Jeder-  
mann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht  
ist. [...] Das Bestimmtheitsgebot verlangt daher, den Wortlaut von Strafnormen  
so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts  
der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder  
nicht.«<sup>160</sup>

Jedoch führt das BVerfG diese beiden Funktionen auch im strafverfassungs-  
rechtlichen Kontext einer »wertenden Gesamtbetrachtung« zu,<sup>161</sup> die zur aus  
allgemeinem Kontext bereits bekannten Relativierung dieser Gewährleistung  
führt.<sup>162</sup> Hier wie dort können Berücksichtigung finden die »Vielgestaltig-  
keit des Lebens«, der »Wandel der Verhältnisse«, die »Besonderheit des  
Einzelfalls«,<sup>163</sup> aber auch das Alter der Norm,<sup>164</sup> die »angedrohte Strafe«,<sup>165</sup>  
der erwartbare Spezialisierungsgrad der Normunterworfenen und Norman-  
wender,<sup>166</sup> die Existenz »möglicher Regelungsalternativen«<sup>167</sup> und die zur

---

160 BVerfGE 126, 170 (194 f.); nahezu gleichlautend BVerfGE 143, 38 (Rn. 38);  
BVerfGE 153, 310 (Rn. 73 f.) sowie zuletzt BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL  
1/20 –, Rn. 89, 91; zuvor insbes. BVerfGE 75, 329 (341); BVerfGE 48, 48 (56);  
BVerfGE 37, 201 (207 f.).

161 So ausdrücklich in BVerfGE 126, 170 (196).

162 Vgl. *Dannecker/Schuh*, in: LK<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 185 ff.; *Stäckelin*, Strafgesetzgebung  
im Verfassungsstaat, S. 221 ff. (»Näherungsziel«); a.A. *Wolff*, in: *Merten/Papier*  
(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 134 Rn. 51.

163 So die Formulierungen in BVerfGE 126, 170 (195) und BVerfG, Beschl. v.  
09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –, Rn. 92; siehe bereits zuvor BVerfGE 48, 48 (56)  
sowie nachfolgend BVerfGE 143, 38 (Rn. 40); sowie zuletzt BVerfGE 153, 310  
(Rn. 76 f.).

164 Vgl. BVerfGE 105, 135 (161); *G. Nolte/Aust*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*<sup>7</sup>,  
Art. 103 GG Rn. 150.

165 BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –, Rn. 94.

166 BVerfGE 126, 170 (196) unter Verweis auf BVerfGE 48, 48 (57); siehe zudem  
BVerfGE 153, 310 (Rn. 97 f.): »Bei der Frage, welche Anforderungen an die Erkenn-  
barkeit des strafbaren Verhaltens anhand des formal-gesetzlichen Regelungsgehaltes  
zu stellen sind, ist hier das normative Leitbild eines sach- und fachkundigen Norm-  
adressaten zugrunde zu legen.«

167 BVerfGE 126, 170 (196); BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –, Rn. 94.  
Diesen Aspekt prominent hervorhebend *F. A. Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlich-  
keitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, S. 171: Wer »keine i.S.d.  
Bestimmtheitsgebots inhaltlich noch näher umrissene Regelung für möglich hält  
[...], sollte nicht von einem Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot sprechen«.

weiteren Bestimmtheit beitragende<sup>168</sup> – und diese vor allem nicht konterkarierte (!)<sup>169</sup> – Präzisierung durch die Rechtsprechung.

»Die Gerichte dürfen nicht durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, und sich damit noch weiter vom Ziel des Art. 103 Abs. 2 GG entfernen [...]. Andererseits ist die Rechtsprechung gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot). Besondere Bedeutung hat diese Pflicht bei solchen Tatbeständen, die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat. Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur noch die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt [...], trifft die Rechtsprechung eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken.«<sup>170</sup>

Zudem lässt das BVerfG auch im strafverfassungsrechtlichen Kontext – wenngleich nur »in Grenzfällen« und »ausnahmsweise« – genügen, dass »lediglich das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist«.<sup>171</sup> Jedoch stellt das BVerfG ohnehin, wie nach allgemeinen Maßstäben, nur auf die Erkennbarkeit und damit auf einen objektivierten, einer Normativierung zugänglichen Maßstab ab.<sup>172</sup> Die Frage, ob ein konkret Normunterworfener tatsächliche Norm- und Bedeutungskenntnis hatte, ist hingegen keine Frage des Art. 103

---

168 Kuhlen, in: Kudlich/Montiel/Schuhr (Hrsg.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, S. 429 (434).

169 Auch wegen inkongruenter Anwendung dieses Maßstabs im *Untreue*-Beschluss (§ 8 I. 3.) scheint dies oft pauschal missverstanden worden zu sein (beispielsweise die Kritik bei Basak, in: Brunhöber u.a. [Hrsg.], *Strafrecht und Verfassung*, S. 71 [81]; Duttge, JZ 2014, 261 [265]), dass es ausreichte, eine unbestimmte Norm erst durch Rechtsprechung zu konkretisieren. Die Zielrichtung dieses Obersatzes ist indessen eine Nachschärfung und ein Verbot einer Verschleifung von verschiedenen, jeweils den Tatbestand begrenzenden Merkmalen (BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –, Rn. 100). Vgl. zudem, zum allgemeinen Gebot, auch Papier/Möller, AöR 122 (1997), 177 (191 f.): »Verringerung verbleibender Unsicherheiten«. Näher zu dieser Frage noch unten § 8 I.

170 BVerfGE 126, 170 (198 f.); siehe auch BVerfGE 126, 170 (196 f.): »Verfassungsrechtliche Bedenken [...] können zudem durch weitgehende Einigkeit über einen engeren Bedeutungsinhalt, insbesondere durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, entkräftet werden«.

171 BVerfGE 126, 170 (196).

172 Vgl. auch Paeffgen, StraFo 2007, 442 (443); Hassemer/Kargl, in: NK<sup>5</sup>, § 1 StGB Rn. 14.

Abs. 2 GG. Entscheidend ist nur, ob ein (ggf. idealisierter<sup>173</sup>) Normunterworfener die Sanktionierbarkeit hätte erkennen können.<sup>174</sup>

Schließlich ist in Bezug auf die »wertende Gesamtbetrachtung« festzuhalten, dass im Kontext eines solchen Abwägungsprozesses schwer nachvollziehbar ist, ob die postulierte besondere Strenge im strafrechtlichen Kontext tatsächlich besteht.<sup>175</sup> Bemerkenswert ist indes, dass bei denjenigen materiell-rechtlichen Normen, die bislang am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG scheiterten, allein die erste Argumentationslinie entscheidend war, mithin die Frage der Zuständigkeitsabgrenzung gegenüber der Judikative,<sup>176</sup> der Exekutive<sup>177</sup> und – so man sie im hiesigen Kontext differenzieren mag<sup>178</sup> – der Gubernative, insbesondere im Kontext des Erlasses von strafrechtsrelevanten Rechtsverordnungen.<sup>179</sup>

*b) Erkennbarkeit der Strafbarkeit anhand des Wortlauts der Strafvorschrift*

Dass sich in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung die Frage der kompetenziellen Zuständigkeitsabgrenzung als dominant entscheidungserheblich erwiesen hat, überrascht. Denn die Maßstäbe der strafverfassungsrechtlichen Rechtsprechung zu Art. 103 Abs. 2 GG unterscheiden sich vom allgemeinen Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit vor allem in der Frage der Erkennbarkeit. Das aber würde nahe legen, dass es vor allem die zweite Argumentationslinie der Erkennbarkeit für den individuellen Normunterworfener ist, an der sich die besondere Strenge des Art. 103 Abs. 2 GG zeigt. Ausgangspunkt dieses Maßstabs ist bei Strafvorschriften nämlich, dass »der Normadressat im Regelfall bereits anhand des *Wortlauts der gesetzlichen*

---

173 Siehe hierzu noch sogleich § 7 II. 3. b) cc).

174 Näher zum Verhältnis zwischen Bestimmtheitsgebot und (unvermeidbarem) Verbotsirrtum siehe sogleich § 7 II. 3. c) cc).

175 Siehe hierzu auch die Zweifel bei *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 43 f.; *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 138; optimistischer *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 49 ff.

176 So in BVerfGE 105, 135 (164) zu § 43a StGB a.F.: Das Regelungskonzept »überträgt eine Aufgabe, die herkömmlich dem Strafgesetzgeber obliegt, dem Richter«. Zu dieser Entscheidung siehe ergänzend oben § 1 II. 1. a) dd) (2).

177 So in BVerfGE 78, 374 (384) zu § 15 Abs. 2 lit. a FAG a.F.

178 Siehe hierzu auch oben in Fn. 108.

179 So in BVerfGE 143, 38 (Rn. 47); hierzu sogleich § 7 II. 3. b) bb) bei und mit Fn. 186. Der Verweis des BVerfG auf die Erkennbarkeit allein aus dem formellen Gesetz (BVerfGE 143, 38 [Rn. 46]) flankiert dies nur. Siehe ergänzend BVerfGE 153, 310 (Rn. 82 f.).

*Vorschrift* voraussehen [können muss], ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht«.<sup>180</sup>

- aa) »Analogieverbot« und Verbot gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung und -schärfung

Diese Begrenzung durch den Wortlaut – bei all dessen potentieller Interpretationsbedürftigkeit – hat zunächst den beachtenswerten Unterschied zur Folge, dass (anders als nach allgemeinen Maßstäben) nach dem strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG sowohl Analogieschlüsse im rechtsmethodischen Sinne als auch sonstige, zu Lasten des Beschuldigten gehende Überschreitungen des Wortlauts unzulässig sind.<sup>181</sup> Ebenso ist – jedenfalls strafbarkeitsbegründendes bzw. -schärfendes<sup>182</sup> – Gewohnheitsrecht mit dem Erfordernis einer Fundierung im Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift unvereinbar.<sup>183</sup>

---

180 Zuletzt BVerfGE 153, 310 (Rn. 74); *Hervorh.* durch *Verf.*; zuvor BVerfGE 143, 38 (Rn. 38); BVerfGE 126, 170 (195).

181 Zusammenfassend BVerfGE 130, 1 (43): »Aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit folgt ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist ›Analogie‹ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die – tatbestandsausweitend – über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist.« Siehe zudem, statt aller, *Kargl*, Strafrecht, S. 254 ff.; *Brüning*, in: *Stern/Becker*<sup>3</sup>, Art. 103 GG Rn. 74 f.; *Degenhart*, in: *Sachs*<sup>9</sup>, Art. 103 GG Rn. 69; *Kunig/Saliger*, in: *von Münch/Kunig*<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 40; *G. Nolte/Aust*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 156 ff.; *Radtke*, in: *BeckOK-GG*<sup>53</sup>, Art. 103 GG Rn. 38 f.; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 82; *Schmahl*, in: *Schmidt-Bleibtreu*<sup>15</sup>, Art. 103 GG Rn. 71; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 47; *Wolff*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 134 Rn. 87 ff.; *Dannecker/Schuhr*, in: *LK*<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 238 ff.; *Hassemer/Kargl*, in: *NK*<sup>5</sup>, § 1 StGB Rn. 64 ff.

182 Zu dieser Fragestellung, am Beispiel des Allgemeinen Teils, siehe noch unten § 7 II. 3. d), auch vor dem Hintergrund mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse.

183 Siehe, statt aller, *Kargl*, Strafrecht, S. 249 ff.; *Kunig/Saliger*, in: *von Münch/Kunig*<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 40; *G. Nolte/Aust*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 136; *Radtke*, in: *BeckOK-GG*<sup>53</sup>, Art. 103 GG Rn. 40 ff.; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 80; *Schmahl*, in: *Schmidt-Bleibtreu*<sup>15</sup>, Art. 103 GG Rn. 64; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 29; *Dannecker/Schuhr*, in: *LK*<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 169 ff.; *Hassemer/Kargl*, in: *NK*<sup>5</sup>, § 1 StGB Rn. 64 ff. Zum Sonderproblem von Verweisen auf das Völker gewohnheitsrecht im VStGB siehe *Kuhli*, *Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch*

bb) Priorisierung von formellen Strafgesetzen

Während es nach allgemeinen Maßstäben ausreicht, dass sich der konkrete Bedeutungsgehalt einer Norm erst aus dem Zusammenspiel verschiedener Normen erschließt,<sup>184</sup> ist in Bezug auf Strafnormen eine Priorisierung formeller Strafgesetze zu verzeichnen: Grundsätzlich soll dieser Bedeutungsgehalt nämlich – im Einklang mit der Wesentlichkeitstheorie<sup>185</sup> – unmittelbar aus formellen Strafgesetzen zu entnehmen sein. Das hat jedenfalls zur Konsequenz, dass einem »Verordnungsgeber lediglich die Konkretisierung des Straftatbestandes eingeräumt werden [darf], nicht aber die Entscheidung darüber, welches Verhalten als Straftat geahndet werden soll«.<sup>186</sup> Wenngleich dies einer Auslegung unter Heranziehung außerstrafrechtlicher Vorschriften nicht entgegen steht,<sup>187</sup> ohne dass diese sogleich selbst an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen wären, so bedeutet der starke Fokus auf den Wortlaut der Strafnormen selbst, dass auch auf diesem Weg – jedenfalls *in malam partem* – lediglich Konkretisierungen erfolgen dürfen. Die eigentliche Konturierung der Verbotsnorm hat aber durch die Strafvorschrift selbst zu erfolgen,<sup>188</sup> was zu einer gewissen Priorisierung von Strafgesetzen gegenüber anderen formellen Gesetzen führt.

Zudem ist dieser Maßstab klar auf die Erkennbarkeit durch den Normadressaten und damit die zweite Argumentationslinie bezogen. Das spiegelt somit das idealisierende (Ur-)Vertrauen wider, dass Menschen ihr Verhalten *vor allem durch Strafgesetze* leiten lassen, sprich deren Wortlaut zu Rate ziehen, um auf dieser Grundlage eigenverantwortlich eine Entscheidung über das zukünftige strafrechtskonforme Verhalten zu treffen.<sup>189</sup> Wenn auch diese Rechtsprechungslinie nicht zwischen dem StGB und andernorts lozierten Strafvorschriften unterscheidet, entspricht dies doch demjenigen Denkmus-

---

Gewohnheitsrecht; *Kuhli*, in: Brühöber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 91 ff.

184 Vgl. BVerfGE 110, 33 (53 f.).

185 Siehe hierzu unten § 7 III.

186 BVerfGE 143, 38 (Rn. 47); BVerfGE 153, 310 (Rn. 83).

187 BVerfGE 126, 170 (196); BVerfGE 78, 205 (213).

188 Beachtenswert ist die in BVerfGE 78, 205 (213 f.) betonte individualschützende Korrekturmöglichkeit durch den Tatumstandssirrturn (§ 16 Abs. 1 StGB), die den Beschuldigten »bei Zweifeln über die Eigentumslage durch das strafrechtliche Vorsatzerfordernis in ausreichendem Maße [schütze]«.

189 Vgl. *Kunig*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 45; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 92.

ter, das oben unter der Chiffre des »StGB als dem Grundgesetz für den Bürger« herausgearbeitet wurde.<sup>190</sup>

cc) Relative Erkennbarkeit

Sodann sticht ins Auge, dass jedenfalls die neueren Entscheidungen des BVerfG die Erkennbarkeit der Strafbarkeit in den Vordergrund rücken, nicht aber in gleichem Maße die Erkennbarkeit des Strafrahmens oder sogar der konkret drohenden Sanktion.<sup>191</sup> Neben den bereits aufgezeigten Relativierungen, die durch die bloße Erkennbarkeit und die vorzunehmende »wertende Gesamtbetrachtung« eintreten,<sup>192</sup> ergibt sich aus einer Fortentwicklung der Maßstäbe in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine weitere, beachtliche Verschiebung: Während zunächst die Erkennbarkeit des strafrechtlichen Verbots für »[j]edermann« gefordert wurde,<sup>193</sup> folgte später ein ergänzender Hinweis auf den »Normadressaten«;<sup>194</sup> nunmehr ist hingegen von »[j]ede[m] Teilnehmer am Rechtsverkehr«<sup>195</sup> bzw. dem jeweiligen »Normadressat[en]«<sup>196</sup> die Rede. Dies legt eine wachsende Bedeutung des »Kreis[es] der Normadressaten«<sup>197</sup> bei der Bestimmung, welches Maß an Normenklarheit und -bestimmtheit zu gewährleisten ist, nahe,<sup>198</sup> und trägt

190 Siehe hierzu oben § 1 VI. 2.

191 Während BVerfGE 25, 269 (285 f.) insoweit das Rückwirkungsverbot – das durch unbestimmte Sanktionsvorschriften ausgehöhlt werden könnte – in den Vordergrund stellte, verlangte BVerfGE 105, 135 (155) indes ausdrücklich, dass »der Betroffene das Maß der drohenden Strafe abschätzen kann«. Allerdings betonte diese Entscheidung zur Vermögensstrafe zugleich das Spannungsverhältnis zur Einzelfallgerechtigkeit und zur Notwendigkeit schuldangemessener Bestrafung, so dass lediglich »die grundsätzlichen Entscheidungen zu Art und Ausmaß denkbarer Rechtsfolgen« gesetzlich zu treffen sind und hierdurch »dem Richter de[r] Rahmen möglichst klar vorzugeben [ist], innerhalb dessen er sich bewegen muss« (BVerfGE 105, 135 [55]).

192 Siehe hierzu oben § 7 II. 3. a) bei und mit Fn. 161.

193 So etwa in BVerfGE 26, 41 (42); BVerfGE 28, 175 (183); BVerfGE 37, 201 (207); BVerfGE 45, 346 (351) sowie auch in BVerfGE 105, 135 (153).

194 So etwa in BVerfGE 47, 109 (120); BVerfGE 73, 206 (234 f.); BVerfGE 75, 329 (341); BVerfGE 78, 374 (382); BVerfGE 126, 170 (194 f.).

195 BVerfGE 143, 38 (Rn. 37).

196 BVerfGE 153, 310 (Rn. 74).

197 BVerfGE 153, 310 (Rn. 77); zuvor BVerfGE 126, 170 (196); BVerfGE 48, 48 (57).

198 Vgl. *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 45 (»hypothetische[r] Straftäter«); *Radtke*, in: BeckOK-GG<sup>53</sup>, Art. 103 GG Rn. 25, 28; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 92; *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 182; zur europäischen Perspektive *Kadelbach*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.),

somit der zunehmenden Ausdifferenzierung des Strafrechts und seiner Spezialgebiete Rechnung.<sup>199</sup>

c) *Bestimmtheitsgebot und strafrechtliche Irrtumslehre*

Während in Bezug auf Rechtsprechungsänderungen und insbesondere bei der Entwicklung neuer Fallgruppen – etwa im Bereich der Garantenpflichten – der unvermeidbare Verbotsirrtum als Korrektiv bei infolge von Rechtsprechungsänderungen nicht (bzw. nicht hinreichend) vorhersehbaren Strafurteilen bereits herausgearbeitet wurde,<sup>200</sup> erscheint das allgemeine Verhältnis zwischen Bestimmtheitsgebot und strafrechtlicher Irrtumslehre noch nicht als zureichend geklärt.

aa) Erkennbarkeit bzw. Vorhersehbarkeit als gemeinsames Kriterium

Ausgangspunkt ist hierbei, dass sowohl das Bestimmtheitsgebot (in der zweiten Argumentationslinie) als auch die strafrechtliche Irrtumslehre (vor allem in Bezug auf die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, § 17 Satz 1 StGB) auf die Erkennbarkeit bzw. Vorhersehbarkeit des (ggf. strafrechtlichen) Verbots des tatgegenständlichen Verhaltens abstellen. So heißt es einerseits in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot, »dass der Normadressat im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen [können müsse], ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht«.<sup>201</sup> Andererseits aber ist für einem unvermeidbaren Verbotsirrtum entscheidend das »Erkennenkönnen«, »Unrecht zu tun«;<sup>202</sup> diese Erkennbarkeit soll auch bei einer unbestimmten, unklaren oder verworrenen Rechtslage fehlen können.<sup>203</sup> Doch auch im Kontext normativer Tatbestandsmerkmale kann sich die Erkennbarkeit

---

EMRK/GG<sup>3</sup>, Kap. 15 Rn. 24. Dabei ist keineswegs klar, dass es sich dabei stets um »Laien« handelt, vgl. aber *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 141.

199 In diese Richtung auch BVerfGE 153, 310 (Rn. 97); hierzu *Herz*, NZWiSt 2020, 253 (255).

200 Vgl. nur *Burchard*, in: NK-WSS<sup>2</sup>, § 13 StGB Rn. 3, 14.

201 BVerfGE 153, 310 (Rn. 74).

202 *J. Vogel/Bülte*, in: LK<sup>13</sup>, § 17 StGB Rn. 34; siehe zudem exemplarisch *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*<sup>30</sup>, § 17 StGB Rn. 13; strenger *U. Neumann*, in: NK<sup>5</sup>, § 17 StGB Rn. 21 ff.

203 *J. Vogel/Bülte*, in: LK<sup>13</sup>, § 17 StGB Rn. 57; ferner OLG Karlsruhe NJW 1970, 1056 (bei einer »aus sich heraus schwer verständlich[en]« Neuregelung); *Momsen*, in: SSW-StGB<sup>5</sup>, § 17 StGB Rn. 6, 13; *Rogall*, in: SK-StGB<sup>9</sup>, § 17 StGB Rn. 68 ff.;

der rechtlichen Bewertung auswirken, konkret in der Frage, inwieweit eine »Rechtsunkenntnis« einen vorsatzausschließenden Tatumstandssirrtum (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB) begründen kann.<sup>204</sup>

bb) Überlappende verfassungsrechtliche Fundierung

Jedenfalls die Frage des unvermeidbaren Verbotsirrtums ist, vermittelt über das Schuldprinzip, verfassungsrechtlich fundiert.<sup>205</sup> Wenngleich das Schuldprinzip gemeinhin nicht auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG gestützt wird, sondern auf eine Verknüpfung von Rechtsstaatsprinzip und Menschenwürdegarantie,<sup>206</sup> stellt das Rechtsstaatsprinzip eine teilweise überlappende (Meta-)Fundierung dar: Das allgemeine Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips<sup>207</sup> wird, wie aufgezeigt, durch Art. 103 Abs. 2 nur bereichsspezifisch ausgeprägt.<sup>208</sup>

Dennoch sollte diese sich teils überlappende Fundierung<sup>209</sup> nicht überbewertet werden. Es dominiert nämlich in beiden Topoi weniger der Rechtsstaat denn das Menschenbild des Grundgesetzes, das auf die »Eigenverantwortung des Menschen« verweist, »der sein Handeln bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann«,<sup>210</sup> was indessen die subjektive Erkennbarkeit der Grenze zwischen Recht und Unrecht voraussetzt.

cc) Bestimmtheitsgebot und unvermeidbarer Verbotsirrtum (§ 17 Satz 1 StGB)

Wegen der Zielsetzung des Art. 103 Abs. 2 GG, die Erkennbarkeit (wenigstens) für alle Normadressaten zu gewährleisten<sup>211</sup> und der daraus resultierenden

---

Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder<sup>30</sup>, § 17 StGB Rn. 19; Löw, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, S. 231 ff.

204 Vgl. J. Vogel/Bülte, in: LK<sup>13</sup>, § 16 StGB Rn. 29; siehe ferner die ausdrückliche Inbezugnahme in BVerfGE 78, 205 (213 f.) (hierzu oben in Fn. 188).

205 BVerfGE 36, 193 (200); siehe zudem oben § 1 II. 2. a) aa).

206 Siehe hierzu oben § 1 II. 2. a) aa) (1).

207 Siehe oben § 7 II. 1.

208 Siehe oben § 7 II. 3.

209 Näher hierzu Cornelius, GA 2015, 101 (117).

210 BVerfGE 123, 267 (413) und gleichlautend BVerfGE 140, 317 (Rn. 54); siehe hierzu erneut oben § 1 II. 2. a) aa) (1).

211 Vgl. oben § 7 II. 3. b) cc).

den – sich auch verfassungsprozessual manifestierenden<sup>212</sup> – Verschränkung wäre es verkürzt, Art. 103 Abs. 2 GG als objektiv-abstrakten Standard und § 17 Satz 1 StGB als subjektiv-individuelle Gewährleistung zu interpretieren. Stattdessen sind im Wesentlichen drei Modelle des Verhältnisses zu diskutieren:

Ein erstes Modell wäre es, gestützt auf Art. 103 Abs. 2 GG ein so hohes Maß an Bestimmtheit zu verlangen, dass ein jeder Normadressat es i.S.d. § 17 StGB erkennen können müsste, welches Verhalten gegen ein Strafgesetz verstößt.<sup>213</sup> Verknüpft mit den von der Rechtsprechung angesetzten, sehr hohen Maßstäben für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum – letztlich einer »(Rechts-)Pflicht, jedes Handeln auf seine Rechtmäßigkeit zu prüfen«<sup>214</sup> – führte dies dazu, dass für einen Verbotsirrtum, der auf einer unvermeidbaren Fehlinterpretation einer Strafnorm beruht, kein Platz mehr wäre. Für diesen Ansatz spricht zwar, dass sich im Kontext der Frage, ob ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliege, mit erheblicher Überzeugungskraft auf die – zumindest den Obersätzen zufolge – strikte Maßstabsbildung bei Art. 103 Abs. 2 GG verweisen lässt.<sup>215</sup> Zudem ist augenfällig, wie wenig Rechtsprechung zu wegen unklarer Rechtslage unvermeidbaren Verbotsirrtümern ergangen ist,<sup>216</sup> insbesondere wenn man dies mit in Strafverfahren erhobenen Vorwürfen gegen die Bestimmtheit der gegenständlichen Strafvorschrift vergleicht. Gegen diese Interpretation spricht aber – durchschlagend – zum einen, dass Art. 103 Abs. 2 GG in Bezug auf die Erkennbarkeit der Strafbarkeit eine Vielzahl von Relativierungen zulässt, mithin doch nicht so strikt ist wie es auf den ersten Blick scheint. Zum anderen überhöht dieser Ansatz die Leistungsfähigkeit des Art. 103 Abs. 2 GG, die Erkennbarkeit für (jedenfalls nahezu) jeden Normadressaten zu gewährleisten.

Als zweites Modell bietet sich an, die im Obersatz zur Erkennbarkeit als Teil des Bestimmtheitsgebots enthaltene Relativierung normbezogen zu

---

212 Eine Urteilsverfassungsbeschwerde gegen eine strafrechtliche Verurteilung lässt sich sowohl darauf stützen, die zur Verurteilung führende Strafnorm sei wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig, als auch darauf, dass die Verurteilung in spezifischer Weise das Schuldprinzip verletzt habe, indem das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums verkannt wurde.

213 So *Cornelius*, GA 2015, 101 (115 ff.); in diese Richtung ebenfalls *Rogall*, in: SK-StGB<sup>9</sup>, § 17 StGB Rn. 69 sowie, wenngleich gewiss idealisierend, *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 44; *Kunig*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 45.

214 Vgl. *J. Vogel/Bülte*, in: LK<sup>13</sup>, § 17 StGB Rn. 36; *C. Roxin/Greco*, AT I<sup>5</sup>, § 21 Rn. 28.

215 Hierin zeigt sich mithin erneut eine *dual use*-Problematik; zu dieser im Kontext des *Ultima Ratio*-Prinzips siehe oben § 1 IV. 2. b) aa).

216 Vgl. *J. Vogel/Bülte*, in: LK<sup>13</sup>, § 17 StGB Rn. 56 f.

interpretieren.<sup>217</sup> Dies bedeutete, dass bei jeder Norm – abseits eines klar erkennbaren Kernbereichs – auch ein Randbereich bestünde, in dem die Erkennbarkeit für die Normadressaten gerade nicht gegeben ist. Die Norm wäre aber dennoch in ihrer Gänze (noch) mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar, solange sich hierfür hinreichend gewichtige Gründe (u.a. Notwendigkeit abstrakt-genereller Formulierungen) in die wertende Gesamtbetrachtung einstellen lassen. Liegt ein Fall im genannten Randbereich vor, so wäre dann spezifisch zu untersuchen, ob der jeweilige Beschuldigte das Unrecht seiner Tat im Lichte der nicht gänzlich bestimmten Rechtslage habe einsehen können. Nachteilig an diesem Modell ist allerdings, dass es eine Erkennbarkeit für *alle* potentiell Normunterworfenen verlangt und zwischen diesen, ggf. in ihren Fähigkeiten sehr unterschiedlichen Personen nicht differenziert.

Als drittes Modell ist zu erwägen, die genannte Relativierung personenbezogen zu interpretieren.<sup>218</sup> Dies bedeutete, im Kontext des Art. 103 Abs. 2 GG auf die Erkennbarkeit für einen besonnenen und gewissenhaften, im Übrigen aber typischen<sup>219</sup> Normadressaten abzustellen: Ist für diesen<sup>220</sup> die Trennlinie zwischen Recht und Unrecht nicht erkennbar, so ist die Strafnorm als Ganzes verfassungswidrig. Abweichungen von dieser Typik aber können dann dazu führen, dass der Beschuldigte einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen sein kann, etwa wenn er, ohne dass ihm dies vorzuwerfen ist, besonders rechtsunkundig war. Diese Interpretation kann sich besonders deutlich auf das vorgenannte »Menschenbild des Grundgesetzes« stützen, das ein besonnenes, gewissenhaftes und reflektiertes Verhalten des Menschen voraussetzt. Zudem streitet es für einen Gleichlauf mit der Fahrlässigkeitsdogmatik, weil es die Normunterworfenen zwar einerseits bezogen auf die abstrakt-generelle Norm typisiert, andererseits aber ermöglicht, bei der Frage der Strafbarkeit die konkrete Lage und soziale Rolle des Handelnden zu berücksichtigen. Gegen dieses Modell spricht indes, dass es nicht nur personenbezogene Gründe sind, die für eine Relativierung des Bestimmtheitsgebots streiten können.

Vorzugswürdig erscheint daher eine Kombination des zweiten und dritten Modells, was mit einer Aufwertung des unvermeidbaren Verbotsirrtums einhergeht: Die zulässigen Relativierungen des Bestimmtheitsgebots führen dazu, dass die Trennlinie zwischen Recht und Unrecht auch für besonnene

---

217 In diese Richtung exemplarisch *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, S. 29 ff.

218 Vgl. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 92 m.w.N. (»generalisierend«); siehe auch *Herz*, NZWiSt 2020, 253 (255).

219 D.h. weder besonders rechtskundig noch rechtsunkundig, weder besonders belesen noch unbelesen, usw.

220 Ggf. – in erkennbaren Zweifelsfällen – unter Einholung von fachkundigem Rat.

und gewissenhafte »Durchschnittsadressaten« nicht stets erkennbar ist. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass die wertende Gesamtbetrachtung bei Art. 103 Abs. 2 GG besonders strikt durchzuführen ist. Vor allem in atypischen Fällen und bei atypischen Beschuldigten ist daher stets einzelfallbezogen die konkrete, individuell-subjektive Erkennbarkeit eines Verbots<sup>221</sup> zu hinterfragen und diesen ggf. ein unvermeidbarer Verbotsirrtum (§ 17 Satz 1 StGB) zuzugestehen.

- dd) Normenklarheit, Normenbestimmtheit und Tatumstandssirrtum (§ 16 Abs. 1 StGB)

Weniger offensichtlich ist das Verhältnis zwischen Normenbestimmtheit und Tatumstandssirrtum (§ 16 Abs. 1 StGB). Denn für erstere ist die bloße Erkennbarkeit entscheidend – gleich ob nach allgemeinen Maßstäben oder nach dem strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG. Für das Vorliegen von Vorsatz ist hingegen nach vorherrschender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur eine tatsächliche Kenntnis von Umständen oder zumindest Gleichgültigkeit erforderlich,<sup>222</sup> während weder ein Kennenmüssen noch eine bloße Erkennbarkeit ausreichen. Zudem ist Bezugspunkt der Normenbestimmtheit eine Norm, während Bezugspunkt des Tatumstandssirrtums ein Umstand ist. Dennoch sind, so man nicht die Vorsatzlehre zu sehr normativiert, zumindest mittelbare Verbindungslien festzustellen:

Die wesentliche Verbindungslien besteht in Bezug auf sogenannte normative Tatbestandsmerkmale, bei denen teils auf die tatsächliche Kenntnis der dieses Merkmal ausfüllenden Rechtslage,<sup>223</sup> teils auf eine »Parallelwertung in der Laiensphäre«<sup>224</sup> abgestellt wird. Zwar entfaltet für diese außerstrafrechtlichen Normen das strafverfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot keine Wirkung,<sup>225</sup> sondern nur das allgemeine Gebot der Normenklarheit und Nor-

---

221 Zur Frage, ob auch die Sanktionierung des Verbots Teil der nötigen Unrechtskenntnis ist, *U. Neumann*, in: *NK*<sup>5</sup>, § 17 StGB Rn. 21 ff.; *J. Vogel/Bülte*, in: *LK*<sup>13</sup>, § 17 StGB Rn. 15 ff.; jew. m.w.N.

222 Siehe zuletzt BGH, Urt. v. 30.07.2020 – 4 StR 419/19 –, Rn. 11 f.; zur Literatur zusammenfassend, statt aller, *J. Vogel/Bülte*, in: *LK*<sup>13</sup>, § 15 StGB Rn. 96 ff.

223 Grundlegend *Puppe*, in: *NK*<sup>5</sup>, § 16 StGB Rn. 51 m.w.N.; siehe zudem *J. Vogel/Bülte*, in: *LK*<sup>13</sup>, § 16 StGB Rn. 29 sowie BVerfGE 78, 205 (213 f.) (hierzu oben in Fn. 188)

224 Zuletzt etwa BGHSt 64, 195 (Ls. 1); BGH NStZ 2020, 167 (Rn. 8).

225 Vgl. BVerfGE 78, 205 (213); BVerfGE 126, 170 (196).

menbestimmtheit.<sup>226</sup> Je unklarer und unbestimmt diese Normen jedoch sind, desto schwieriger wird es, »den sozialen Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals richtig [zu] begreifen«,<sup>227</sup> und desto näher kann es daher liegen, dass ein Beschuldigter die Wertungen nicht parallel nachvollzogen hat bzw. er einer Fehlvorstellung über die konkrete Rechtslage unterlegen ist.<sup>228</sup>

Eine weitere Verbindungslinee lässt sich bei sogenannten Blanketttatbeständen sehen, nicht nur, soweit ein Gleichlauf mit normativen Tatbestandsmerkmalen<sup>229</sup> oder eine konkrete Kenntnis der Rechtslage<sup>230</sup> gefordert wird: Verweist ein Blankett auf eine untergesetzliche Norm, so muss nach den oben dargelegten Maßstäben bereits das Strafgesetz selbst den Bedeutungsgehalt umreißen, die ausfüllende Norm darf lediglich der Konkretisierung dienen.<sup>231</sup> Teleologischer Hintergrund dessen soll (auch) sein, dass der Normadressat sich im Grundsatz mit dem Lesen der formell-gesetzlichen Strafnorm begnügen dürfen soll. Das aber legt es nahe, einem Beschuldigten einen Tatumstandssirrtum – und nicht bloß einen Verbotsirrtum – zuzugestehen, wenn er sich bei Lesen des Blanketttatbestands über überschießende<sup>232</sup> oder unvorhersehbare Elemente der ausfüllenden untergesetzlichen Vorschriften in einem Irrtum befindet.<sup>233</sup>

---

226 Weil dieses im Rechtsstaatsprinzip fußt, kommt es für die Geltung dieses Gebots auf den konkreten Eingriffscharakter der außerstrafrechtlichen Norm nicht an; ein solcher liegt jedoch – wie im vorgenannten Beispielsfall BVerfGE 78, 205 – zumeist nahe.

227 Formulierung nach BGH NStZ 2020, 167 (Rn. 8).

228 Exemplarisch für einen infolge von Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen (ProstG) unklar gewordenen Rechtszustand, der sich zu Gunsten des Beschuldigten auswirkte, möge BGH NStZ 2002, 481 stehen. Bemerkenswert ist auch, dass die Vorinstanz postuliert hatte, die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung sei dem Beschuldigten, »weil selbstverständlich, auch ohne Zweifel bewusst« gewesen (vgl. BGH NStZ 2002, 481 [482]): Dies offenbart, wie schnell in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung Schlüsse von einer (vermeintlichen) klaren Erkennbarkeit einer Rechtslage auf deren konkrete Kenntnis gezogen werden.

229 Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, S. 387 f.; J. Vogel/Bülte, in: LK<sup>13</sup>, § 16 StGB Rn. 40 f. m.w.N.

230 So eindrücklich BGH NJW 2020, 2652 zur Kenntnis eines vollziehbaren Vereinsverbots.

231 BVerfGE 143, 38 (Rn. 47); BVerfGE 153, 310 (Rn. 83).

232 Im Regelfall wird dann zwar zugleich die Strafvorschrift oder die ausfüllende Vorschrift verfassungswidrig sein; zwingend ist dies aber – insbes. bei Verweisen auf Normen anderer Normgeber – nicht.

233 Am Beispiel: Wer über die Existenz eines Rechtsakts nach § 17 Abs. 1 AWG irrt, unterliegt weder stets einem Verbotsirrtum (so aber Ahlbrecht, in: NK-WSS<sup>2</sup>, § 17 AWG Rn. 36; J. Wagner, in: MK-StGB<sup>3</sup>, Vor § 17 AWG Rn. 70), noch stets einem Tatumstandssirrtum (so aber Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, § 17 AWG Rn. 41). Vielmehr

d) Zur Reichweite des Bestimmtheitsgebots im Allgemeinen Teil

Im Hinblick auf den Allgemeinen Teil des Strafrechts ist die Reichweite der Anforderungen des strafverfassungsrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips nicht hinreichend geklärt, insbesondere im Hinblick auf die Teilgarantien des Bestimmtheitsgebots (einschließlich des Verbots von Analogien und Gewohnheitsrecht zu Lasten des Beschuldigten) und des Parlamentsvorbehalts.<sup>234</sup>

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) wie das allgemeine Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit einen objektiv-rechtlichen Gehalt aufweist,<sup>235</sup> insbesondere in der kompetenzsichernden Funktion. Daher wäre es unzulässig, die Frage der Reichweite dieser Garantien mit der verfassungsprozessualen Frage der Durchsetzbarkeit oder einer individuellen Beschwer des Beschuldigten gleichzusetzen. Zudem ist in Erinnerung zu rufen, dass das allgemeine Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit – jedenfalls aufgrund seiner Fundierung im Rechtsstaatsprinzip – subsidiär zu beachten ist, mithin unbeschadet der Reichweite des Art. 103 Abs. 2 GG klare und präzise gesetzliche Regelungen erforderlich sind, aus denen Voraussetzungen und Umfang eines Eingriffs klar erkennbar hervorgehen.<sup>236</sup> Daher reduziert sich der Streit um die Reichweite des Art. 103 Abs. 2 GG in Teilbereichen des Allgemeinen Teils (insbesondere Rechtfertigungs-<sup>237</sup> und Entschuldigungsgründe oder sonst den Beschuldigten von Strafe freistellende Konstruktionen betreffend)<sup>238</sup> ohnehin auf die oben herausgearbeiteten Abstufungen zwischen dem allgemeinen Gebot und dem strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot.<sup>239</sup>

---

ist ein solcher Irrtum nur dann als Tatumstandssirrtum zu bewerten, wenn eine Sanktionsmaßnahme unvorhersehbar – quasi »aus heiterem Himmel« – ergangen ist.

234 Beide Aspekte hervorhebend *Burchard*, StV 2019, 637 ff. m.w.N.; monographisch zu alledem *F. A. Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs.

235 *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 102.

236 Siehe oben § 7 II. 1.

237 Eine gewohnheitsrechtliche Fundierung halten beispielsweise *Degenhart*, in: *Sachs*<sup>9</sup>, Art. 103 GG Rn. 63; *Sinn*, in: *FS Wolter*, S. 503 (509) für ausreichend; anders als dort postuliert trägt BVerfGE 95, 96 (132) nicht, da dort (zumindest auch) auf eine Normierung Bezug genommen wird.

238 So beispielsweise *Hecker*, in: *Schönke/Schröder*<sup>30</sup>, § 1 StGB Rn. 12.

239 Siehe oben § 7 II. 3.

Allerdings sprechen sowohl der Wortlaut als auch die zweigeteilte Theologie dafür, Art. 103 Abs. 2 GG uneingeschränkt auf den Allgemeinen Teil anzuwenden.<sup>240</sup> Andernfalls wären die Zuständigkeitszuweisung an die Legislative<sup>241</sup> und die Anforderungen an die Erkennbarkeit durch die Normadressaten weitgehend relativiert, weil sich der Bedeutungsgehalt des Besonderen Teils nur im Zusammenspiel mit dem Allgemeinen Teil ergibt.<sup>242</sup> Um wesentliche Streitfragen jedoch noch weiter herunterzubrechen, hilft hier ein Vergleich mit allgemeinen Maßstäben:

aa) Besonders strikte Geltung bezogen auf Rechtswidrigkeitsurteil

Die vom BVerfG formulierten Maßstäbe zu Art. 103 Abs. 2 GG fokussieren sich auf die Abgrenzung zwischen strafbarem und nicht strafbarem Verhalten,<sup>243</sup> während die allgemeinen Maßstäbe auf die Beschränkung als solche – sprich bereits das Rechtswidrigkeitsurteil – abzielen, sodass die Normunterworfenen sich rechtmäßig verhalten können.<sup>244</sup>

Die Interpretation des Art. 103 Abs. 2 GG als »besonders strikt[e]«,<sup>245</sup> bereichsspezifische Ausprägung legt daher nahe, vor allem die von allgemeinen Maßstäben fokussierte Trennlinie (Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit) und nicht die strafrechtsspezifische Trennlinie (Strafbarkeit/Straflosigkeit) in den Blick zu nehmen: Denn bereits das Rechtswidrigkeitsurteil, jedenfalls aber das Verbot in seiner Verbindung mit polizeirechtlichen Eingriffsbefugnissen begründet einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit oder sonstige Grundrechte, welcher nach allgemeinen Maßstäben durch die Legislative zu konturieren ist. Auch die Steuerungsfunktion des Rechts bezieht sich nach

---

240 I.E. ebenso (indes nur auf Kammerebene) BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 08. 12.2014 – 2 BvR 450/11 –, Rn. 21; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 07.12.2022 – 2 BvR 1404/20 sowie insbes. *Brüning*, in: Stern/Becker<sup>3</sup>, Art. 103 GG Rn. 56; *Degenhart*, in: Sachs<sup>9</sup>, Art. 103 GG Rn. 61 (indes widersprüchlich zu Rn. 63); G. *Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 110; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 23; *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 82 ff.; *Erb*, ZStW 108 (1996), 266 (294 ff.).

241 Etwa mittels einer im Allgemeinen Teil enthaltenen Ermächtigung für die Judikative, Analogieschlüsse zu Lasten der Beschuldigten vorzunehmen.

242 Zutr. *Erb*, ZStW 108 (1996), 266 (285).

243 BVerfGE 153, 310 (Rn. 74); BVerfGE 143, 38 (Rn. 39); BVerfGE 126, 170 (195); BVerfGE 75, 329 (341); BVerfGE 48, 48 (56); BVerfGE 37, 201 (207 f.).

244 BVerfGE 155, 119 (Rn. 123); BVerfGE 149, 222 (Rn. 136); BVerfGE 128, 282 (317); BVerfGE 113, 348 (375 f.); BVerfGE 110, 33 (53); BVerfGE 102, 304 (315) m.w.N.

245 BVerfGE 126, 170 (195).

allgemeinen Maßstäben darauf, auf rechtmäßiges Verhalten der Normadres- saten hinzuwirken. Zudem ist die Trennlinie zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Verhalten für die Austarierung mehrpoliger Grundrechts- verhältnisse entscheidend,<sup>246</sup> etwa zwischen Angreifern und Angegriffenen. Daher wäre es zu kurz gegriffen, das Bestimmtheitsgebot nur eindimensional (Staat — Beschuldigter) zu betrachten und daher stets von seiner Wirkung *in bonam partem* auszugehen.<sup>247</sup>

Hingegen stehen bei denjenigen Normen, die trotz Rechtswidrigkeit des Verhaltens eine Bestrafung des Beschuldigten ausschließen oder mildern, andere Gründe im Vordergrund: Sie federn besondere individuelle Härten ab (z.B. § 33 StGB), sichern die Geltung des Schuldprinzips (z.B. durch § 19 StGB) oder aber liefern einen Anreiz bei rechtswidriger Tatbegehung (z.B. § 24 StGB). Diesbezüglich sind die Gründe, die für eine strikte Bestimmtheit sprechen – insbesondere Steuerungsfunktion und Austarierung von Grundrechtsverhältnissen –, nicht vorhanden<sup>248</sup> oder nur deutlich schwächer ausgeprägt.<sup>249</sup> Ergänzend ist festzuhalten, dass das BVerfG in Bezug auf die kompetenzsichernde Funktion besonderen Fokus auf Voraussetzungen, nicht aber auf den Ausschluss einer Strafbarkeit legt.<sup>250</sup>

All dies streitet dafür, im Rahmen der »wertenden Gesamtbetrachtung«<sup>251</sup> einen strengeren Maßstab bei Fragen anzulegen, welche auf Ebene der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit anzusiedeln sind.

---

246 *Burchard*, StV 2019, 637 (640).

247 So aber *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 137; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu<sup>15</sup>, Art. 103 GG Rn. 64, 71; *Schmahl*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 2 Rn. 60; *Wolff*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 134 Rn. 38; *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 221 f.; *Hecker*, in: Schönke/Schröder<sup>30</sup>, § 1 StGB Rn. 7, 16; *Satzger*, in: SSW-StGB<sup>5</sup>, § 1 StGB Rn. 14; differenzierend *Jäger*, in: SK-StGB<sup>9</sup>, § 1 StGB Rn. 43. A.A. *Kargl*, Strafrecht, S. 252 ff.; *Rempert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 69 ff. sowie tendenziell auch *Radtke*, in: BeckOK-GG<sup>53</sup>, Art. 103 GG Rn. 41.1.

248 So etwa bei fehlender Steuerungsfähigkeit und daraus folgender Schuldunfähigkeit, § 20 StGB.

249 So beim strafbefreienenden Rücktritt vom Versuch, § 24 StGB: Unbeschadet der intendierten Steuerungswirkung dieser Vorschrift, die auch Verletzte schützen soll, reduziert ein strafbefreiernder Rücktritt vom Versuch nicht die Möglichkeit der Verletzten, sich bis zum Rücktritt dem Angriff zur Wehr zu setzen (§ 32 StGB).

250 BVerfGE 153, 310 (Rn. 72, 74); BVerfGE 143, 38 (Rn. 38 f.); BVerfGE 126, 170 (194 f.).

251 BVerfGE 126, 170 (196).

bb) Besondere Gründe für Relativierungen

Es sprechen zugleich im Kontext des Allgemeinen Teils – auch in Bezug auf Fragen des Rechtswidrigkeitsurteils – gleich mehrere Aspekte für eine Relativierung der Anforderungen des Bestimmtheitsgebots: Mit der Vielgestaltigkeit möglicher Fallgestaltungen, der besonders ausdifferenzierten und den Allgemeinen Teil präzisierenden Strafrechtsdogmatik in Rechtsprechung und Literatur<sup>252</sup> sowie der in Fragen des Allgemeinen Teils besonders notwendigen abstrakt-generellen Regelung<sup>253</sup> kumulieren sich die Gründe, die eine Reduktion der Erkennbarkeit für Normadressaten zulassen.

Hinzu tritt, dass aus Sicht der freiheitssichernden Funktion die (ohnehin nur grundsätzliche) bloße Erkennbarkeit erforderlich, aber auch ausreichend ist. Dies ist, als objektivierter und normativer Standard, gerade nicht gleichzusetzen mit einer individuell-subjektiven Kenntnis der Rechtslage, sondern soll gewährleisten, dass ein besonnener und gewissenhafter Normadressat<sup>254</sup> die Chance hat, über sein Verhalten vorab zu reflektieren und eine Strafbarkeit zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund begegnen die nur fragmentarischen Regelungen der Vorsatz<sup>255</sup> und der Fahrlässigkeitsdogmatik<sup>256</sup> ebenso wenig Bedenken wie die Zurechnung garantienpflichtwidrigen Unterlassens.<sup>257</sup> Zudem ist diskutabel, dass sich die Erkennbarkeit nur auf

---

252 Hingegen kann sich der »einfache« Gesetzgeber nicht über verfassungsrechtliche Anforderungen durch den bloßen Verweis hinwegsetzen, dass er Fragen der Lösung durch Rechtsprechung und Literatur zuführen möchte.

253 Vgl. *Schmitz*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 1 StGB Rn. 14; *Satzger*, in: SSW-StGB<sup>5</sup>, § 1 StGB Rn. 12; *F. A. Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, S. 224 ff.; anders indes für Rechtfertigungsgründe *Erb*, ZStW 108 (1996), 266 (277).

254 Hierzu oben § 7 II. 3. c) cc).

255 Bereits die Vorstellung, dass ein strafrechtlich relevanter Erfolg aufgrund des Verhaltens möglich sein könnte, verschärft die Anforderungen an die Reflexion über das Verhalten. Siehe zudem BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 07.12.2022 – 2 BvR 1404/20.

256 Die zur Fahrlässigkeitszurechnung geforderte objektive und subjektive Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts gewährleistet auch hier eine Kongruenz mit der Erkennbarkeit einer Strafbarkeit bzw. eines Strafbarkeitsrisikos.

257 *C. Roxin*, GA 2021, 190 m.w.N.; krit. zuletzt *Stam*, ZStW 131 (2019), 259. Zum Zusammenspiel mit der Irrtumsdogmatik siehe erneut *Burchard*, in: NK-WSS<sup>2</sup>, § 13 StGB Rn. 3, 14.

das Ergebnis (Strafbarkeit/Straflosigkeit), nicht aber auf den strafrechtsdogmatisch zutreffenden Anknüpfungspunkt beziehen muss.<sup>258</sup>

Ferner ist zu beachten, dass aus Sicht des strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots die Wortlautgrenze in strafbegründender und -schärfender Hinsicht zwar strikt gilt, aber Spielräume innerhalb des Wortlauts genutzt werden können, z.B. das Erfordernis der »Gebotenheit« bei § 32 StGB<sup>259</sup> oder auch eine Konturierung dessen, was eigentlich ein »freiwilliges Aufgeben der Tatsausführung« i.S.d. § 24 Abs. 1 Alt. 1 StGB<sup>260</sup> oder eine »Verteidigung« i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB<sup>261</sup> ist.

Schließlich führt die Verfügbarkeit von Irrtumsregeln dazu, strafrechtliche Härten einer möglicherweise unzureichenden Bestimmtheit im Allgemeinen Teil abzufedern: Fehlt es im Einzelfall an der konkreten, individuell-subjektiven Erkennbarkeit eines Verbots, kann dies zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 Satz 1 StGB) führen,<sup>262</sup> auch ist die Konstruktion eines unvermeidbaren Erlaubnisirrtums anerkannt.<sup>263</sup> Doch auch der – nach vorherrschender Rechtsprechung und Literatur – jedenfalls zu einem Strafbarkeitsausschluss für Vorsatztaten führende Erlaubnistatumsstandisirrtum<sup>264</sup> kann helfen, insbesondere in Mehrpersonenverhältnissen. So ist im von *Remmert* fortgebildeten Beispiel, dass bei einem »bewusstlosen Patienten [...] ein Dritter den Arzt gewaltsam von der Operation ab[hält], weil sie dem Willen des Patienten nicht entspricht«,<sup>265</sup> der Arzt wegen eines Erlaubnistatumsstandisirrtums bezüglich einer mutmaßlichen Einwilligung (gewohnheits-

---

258 Vgl. *Puppe*, in: FS Paeffgen, S. 655 (670) unter Verweis auf *Mosbacher*, in: FS Seebode, S. 227 (239); *Maatz*, StraFo 2002, 373 (378), die allerdings den trichterlichen Spielraum fokussieren. Siehe hierzu zudem sogleich in Fn. 261.

259 Siehe nur *M. Heger*, Lackner/Kühl/Heger<sup>30</sup>, § 32 StGB Rn. 13; krit. *Sinn*, in: FS Wolter, S. 503 (514 ff.).

260 Siehe, mit unterschiedlichen Konsequenzen, *C. Roxin*, AT II, § 30 Rn. 154; *Herzberg*, NJW 1988, 1562 (1565); *L. Wörner*, Versuch, S. 117 ff.; zum Begriff der »Tat« in § 24 StGB siehe zudem monographisch *Scheinfeld*, Der Tatbegriff des § 24 StGB.

261 Insbes. in Fällen, in denen ein Verhalten durch eine Einwilligung oder durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt ist, ließe sich hören, dass dies bereits keinen »Angriff« und ein Eingreifen eines Dritten keine »Verteidigung« darstelle. Damit wäre aus Sicht des Bestimmtheitsgebots hier die Erkennbarkeit des Verbotenseins des Dazwischentretns klar gegeben, wenngleich es aus strafrechtsdogmatischer Sicht am Merkmal des »rechtswidrigen Angriffs« fehlt.

262 Vgl. oben § 7 II. 3. c) cc).

263 Statt aller *J. Vogel/Bülte*, in: LK<sup>13</sup>, § 17 StGB Rn. 32 m.w.N.

264 Statt aller *J. Vogel/Bülte*, in: LK<sup>13</sup>, § 17 StGB Rn. 1102 m.w.N.

265 *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 69.

rechtlich begründet) straflos, der Dritte aus (gesetzlich geregelter) Nothilfe gerechtfertigt,<sup>266</sup> sodass es beiden an einer Beschwer fehlt.

- cc) Konsequenzen für *actio libera in causa*, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung

Anhand dreier Beispiele aus dem Allgemeinen Teil, in denen Schwierigkeiten mit dem strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot offensichtlich sind, sei die Zusammenführung der vorgenannten Gedankengänge ausgeführt:

Sehr viel spricht dafür, in der zu Lasten des Beschuldigten wirkenden Konstruktion einer vorsätzlichen »*actio libera in causa*« einen evidenten Verstoß gegen das strafverfassungsrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip zu sehen, gleich wie man diese dogmatisch zu konstruieren versucht. Für eine Ausnahme von Art. 103 Abs. 2 GG<sup>267</sup> fehlt es an verfassungsrechtlich tragfähigen Anhaltspunkten, wollte man nicht die gesamte Strafrechtsdogmatik anno 1949 konstitutionalisieren. Sowohl eine atypische Auslegung des Zeitpunkts der »Begehung der Tat« bei § 20 StGB<sup>268</sup> als auch die Annahme, der Täter sei sein eigenes Werkzeug i.S.d § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB,<sup>269</sup> sind aus dem Wortlaut dieser Vorschriften nicht hinreichend erkennbar. Zudem verstößt die richterrechtlich geschaffene Konstruktion gegen die Zuständigkeitszuweisung, auch wäre es – wie Vorbilder zeigen<sup>270</sup> – ohne Weiteres möglich,

---

266 A.A. Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 69, die für Arzt und Dritten eine Rechtfertigung fordert. Ist hingegen – wie im *Satzgerschen* Originalfall (*Satzger*, JURA 2016, 154 [156]) – der Arzt tatsächlich gerechtfertigt, *weil* die Operation dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht, so drängte sich – wie oben in Fn. 261 bereits angesprochen – die Frage auf, ob es aus Sicht des Bestimmtheitsgebots genügen könnte, dass für den Dritten klar erkennbar war, dass das Verhalten des Arztes dem herkömmlichen Wortsinn nach keinen »Angriff«, sein Dazwischenreten keine »Verteidigung« darstellt.

267 So exemplarisch *M. Heger*, Lackner/Kühl/Heger<sup>30</sup>, § 20 StGB Rn. 25b m.w.N.

268 So – in unterschiedlicher Ausprägung – BGHSt 21, 381 (381 f.) sowie *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (310 ff.).

269 Vgl. *C. Roxin/Greco*, AT I<sup>5</sup>, § 20 Rn. 61.

270 Beispielhaft Art. 31 Abs. 1 lit. b Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs: »sofern er sich nicht freiwillig und unter solchen Umständen berauscht hat, unter denen er wusste oder in Kauf nahm, dass er sich infolge des Rausches wahrscheinlich so verhält, dass der Tatbestand [...] erfüllt wird«.

eine gesetzliche Regelung zu treffen. Eine Verurteilung auf Grundlage der Figur *actio libera in causa* erweist sich daher als verfassungswidrig.<sup>271</sup>

Diffiziler zu beurteilen ist die – unmittelbar nur *in bonam partem* wirkende – Anerkennung einer Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. Immerhin lassen sich für diese formell-gesetzliche Spuren jedenfalls in § 228 StGB und auch (trotz Fokus auf Rechtsgeschäfte) in §§ 182 ff., 630d BGB finden, wenn man die Möglichkeit einer Einwilligung nicht in alle einwilligungsfähigen Tatbestände selbst hineinlesen möchte. Jedenfalls aber dürfte eine Argumentation auf grundrechtlicher Ebene durchschlagend sein: Eine Norm, die einen ausschließlichen Eingriff in ein disponibles Individualrechtsgut unabhängig von der Einwilligung des Rechtsgutsträgers verbieten würde, wäre ganz regelmäßig ein verfassungswidriger Eingriff in die Freiheitsrechte des Rechtsgutsträgers *und* des Eingreifenden.<sup>272</sup> Um dies zu vermeiden, ist die (verfassungs-)rechtliche Anerkennung einer rechtfertigenden Einwilligung – trotz im Gesetz nicht hinreichender Fundierung – geradezu zwingend. Freisprüche auf Grundlage einer Einwilligung sind daher auch vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG verfassungskonform.

Vergleichbares wie für die Einwilligung ist auch für die mutmaßliche Einwilligung anzunehmen,<sup>273</sup> wenngleich diesem Rechtfertigungsgrund eine Verankerung im StGB gänzlich fehlt. Doch immerhin lassen sich zivilrechtliche Äquivalente – aus denen auch unmittelbar eine rechtfertigende Wirkung für das Strafrecht folgen kann<sup>274</sup> – in §§ 630d Abs. 1 Satz 3, 677 ff. BGB finden.

#### 4. Zusammenföhrung

Die »besonders strikte«, bereichsspezifische Ausprägung des Gebots der Normenklarheit und Normenbestimmtheit im Strafverfassungsrecht manifestiert sich vor allem in einem – weit zu verstehenden – Analogieverbot<sup>275</sup> und einem Verbot gewohnheitsrechtlicher Regelungen, soweit sich diese auf Tatbestandsmäßigkeit und Rechtfertigung des Verhaltens auswirken.<sup>276</sup>

271 Ebenso, statt vieler, *Dannecker/Schuhr*, in: LK<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 178; *F. A. Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, S. 261 ff., 285 f.; jeweils m.w.N.

272 Exemplarisch hierzu die Rechtsprechung zu § 217 StGB, BVerfGE 153, 182; siehe zudem bereits oben § 1 II. 2. b) aa) (2) a.E.

273 Vgl. hierzu erneut oben bei und mit Fn. 266.

274 Vgl., statt aller, *Schlehofer*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, Vor § 32 StGB Rn. 119.

275 Siehe hierzu oben § 7 II. 3. b) aa).

276 Siehe hierzu soeben § 7 II. 3. d) aa).

Damit verbunden ist eine gewisse Priorisierung von formellen Strafgesetzen, zumindest sublim im Verhältnis zu nicht-strafrechtlichen formellen Parlamentsgesetzen, aber vor allem im Verhältnis zu Rechtsverordnungen und weiteren Normen anderer Genese.<sup>277</sup>

Es besteht aber eine Vielzahl guter Gründe für eine Relativierung allzu strikter Anforderungen im Rahmen der vorzunehmenden »wertenden Gesamtbetrachtung«<sup>278</sup>. Dies lässt die Kongruenzen zum allgemeinen Gebot augenscheinlich werden<sup>279</sup> und offenbart zunächst, dass der zentrale Begriff der Erkennbarkeit einer Objektivierung und Normativierung zugänglich ist. Das Bestimmtheitsgebot belässt aus diesen Gründen auch – anders als die bisherige Rechtspraxis es nahelegt – Raum für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, der auf (nur) konkret und individuell-subjektiv fehlender Erkennbarkeit eines Verbots beruhen kann.<sup>280</sup>

### III. Gesetzlichkeitsprinzip und Parlamentsvorbehalt (Wesentlichkeitstheorie)

Die dritte Gewährleistung des Art. 103 Abs. 2 GG spitzt die Frage der Zuständigkeit zum Erlass von Strafnormen weiter zu:<sup>281</sup> Während frühere Entscheidungen des BVerfG allein auf eine Entscheidung durch den »Gesetzgeber« abstellten,<sup>282</sup> geht das BVerfG in inzwischen ständiger Rechtsprechung davon aus, dass jedenfalls die Grundentscheidungen über die Strafbarkeit eines Verhaltens »im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären«<sup>283</sup> sind und daher »[e]ine Strafe [...] nach Art. 103 Abs. 2 GG nur

---

277 Siehe hierzu oben § 7 II. 3. b) bb).

278 BVerfGE 126, 170 (196).

279 Siehe oben § 7 II. 3. a) sowie zudem *Wapler*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 179 (194 ff.).

280 Siehe oben § 7 II. 3. c) cc).

281 Siehe – als eine der beiden Argumentationslinien des Bestimmtheitsgebots – bereits oben § 7 II. 3. a) sowie, nach allgemeinen Maßstäben des Gebots der Normenklarheit und Normenbestimmtheit, § 7 II. 1. a).

282 So BVerfGE 25, 269 (285 f.); BVerfGE 28, 175 (183); BVerfGE 37, 201 (208); BVerfGE 47, 109 (120); BVerfGE 73, 206 (234). Auch die späteren Entscheidungen BVerfGE 96, 68 (97); BVerfGE 105, 135 (152 f.); BVerfGE 130, 1 (43) verweisen lediglich auf den »Gesetzgeber«, dürften aber nicht als Abweichung von dem mit BVerfGE 78, 374 (382) begründeten Parlamentsvorbehalt zu interpretieren sein.

283 So ausdrücklich BVerfGE 126, 170 (195); BVerfGE 143, 38 (Rn. 38); BVerfGE 153, 310 (Rn. 74). Dies ist verwoben mit der im *Lissabon*-Urteil zutage tretenden Perspektive auf das Strafrecht, BVerfGE 123, 267 (408 ff.): »Der Gesetzgeber übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimier-

auf der Grundlage eines förmlichen Gesetzes verhängt werden [kann].<sup>284</sup> Es besteht somit bereits aus Art. 103 Abs. 2 GG<sup>285</sup> ein Parlamentsvorbehalt (*nullum crimen sine lege parlamentaria*).<sup>286</sup>

## 1. Allgemeiner Parlamentsvorbehalt (Wesentlichkeitstheorie) in der Rechtsprechung des BVerfG

Über die formale Maßgabe hinausgehend, dass etliche Grundrechte einen einfachen oder qualifizierten Gesetzes- und damit Parlamentsvorbehalt enthalten, hat das BVerfG den Parlamentsvorbehalt gestärkt, ja den »Vorbehalt des Gesetzes [...] von seiner demokratisch-rechtsstaatlichen Funktion her auf ein neues Fundament gestellt [...], auf dem aufbauend Umfang und Reichweite dieses Rechtsinstituts neu bestimmt werden können.«<sup>287</sup> Es sei ausschließlich dem Parlamentsgesetzgeber<sup>288</sup> übertragen, »in grundlegenden normativen Bereichen [...] alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen«.<sup>289</sup>

---

te Verantwortung«; »besonders empfindliche [...] Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen«.

284 BVerfGE 78, 374 (382); BVerfGE 143, 38 (Rn. 39); BVerfGE 153, 310 (Rn. 75); eine entsprechende Andeutung findet sich zudem bereits in BVerfGE 75, 329 (342).

285 Zur Verschränkung mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG siehe noch unten § 7 III. 3.

286 Statt aller *Degenhart*, in: *Sachs*<sup>o</sup>, Art. 103 GG Rn. 63; *Pohlreich*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 62 f.; *Radtke*, in: *BeckOK-GG*<sup>53</sup>, Art. 103 GG Rn. 23; *Schmahl*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, § 2 Rn. 51; siehe zudem bereits oben § 1 I. 2. sowie § 1 II. 1. c) bb).

287 BVerfGE 47, 46 (78 f.); siehe zuvor bereits BVerfGE 41, 251 (259 f.) – »Ebenso gebiete das demokratische Prinzip, daß die Ordnung wichtiger Lebensbereiche zumindest in ihren Grundzügen vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber selbst verantwortet und in einem öffentlichen Willensbildungsprozeß unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen gestaltet werde.« – sowie BVerfGE 45, 400 (417 f.); zur Aufgabe der Lehre des besonderen Gewaltverhältnisses im Strafvollzug siehe BVerfGE 33, 1. Siehe zusammenfassend *Lerche*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 62 Rn. 54 ff. sowie monographisch *Seiler*, *Der einheitliche Parlamentsvorbehalt*.

288 Wenngleich beispielsweise BVerfGE 49, 89 (126) nur vom »Gesetzgeber« spricht, wird aus dem Zusammenspiel und insbes. aus der Forderung nach einem »förmlichen Gesetz« (BVerfGE 49, 89 [127]) deutlich, dass hiermit der Parlamentsgesetzgeber gemeint ist.

289 So die Formulierung in BVerfGE 49, 89 (126) m.w.N.; siehe nachfolgend insbes. BVerfGE 98, 218 (251); BVerfGE 101, 1 (34); BVerfGE 108, 282 (311); BVerfGE 116, 24 (58); BVerfGE 128, 282 (317); BVerfGE 134, 141 (Rn. 126); BVerfGE 137, 350 (Rn. 33); BVerfGE 141, 143 (Rn. 59); BVerfGE 147, 253 (Rn. 116); BVerfGE

Bei allem Dezisionismus, der der Abgrenzung »wesentlicher« von »unwesentlichen« Fragen und damit der geforderten Regelungsdichte<sup>290</sup> innerwohnt,<sup>291</sup> sind der Rechtsprechung des BVerfG zumindest einige Kriterien zu entnehmen, zuvörderst die Wesentlichkeit »für die Verwirklichung der Grundrechte«,<sup>292</sup> insbesondere in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen,<sup>293</sup> aber auch die Verwirklichung der Gleichheit<sup>294</sup> und der Teilhabe.<sup>295</sup> Besonderes Augenmerk sei auf die Intensität des Grundrechtseingriffs<sup>296</sup> sowie die Bedeutung »für Staat und Gesellschaft«<sup>297</sup> zu legen, während kein geeignetes Kriterium die politische Umstrittenheit sei.<sup>298</sup> Für niedrigere Anforderungen streiten hingegen unvorhersehbare, dynamische Entwicklungen und eine daraus folgende Notwendigkeit von Flexibilität,<sup>299</sup> daneben die Vielgestaltigkeit möglicher Sachverhalte.<sup>300</sup> Wenig hilfreich ist allerdings, dass das BVerfG immer stärker den »Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstandes« richtet<sup>301</sup> und daher eine allgemeine Maßstabsbildung vermeidet.

Auffällig ist zudem, dass sich sämtliche Leitentscheidungen des BVerfG auf zwei Fragen der Zuständigkeitsabgrenzung konzentrieren: Ein Teil der Entscheidungen bezieht sich darauf, wie weit der Handlungsspielraum exekutiver Einzelentscheidungen reichen darf, und grenzt damit genuin exekutives von legislativem Handeln ab.<sup>302</sup> Ein anderer Teil dieser Entscheidungen

---

150, 1 (Rn. 192). Bemerkenswert ist, dass BVerfGE 137, 250 (Rn. 33) allein von einer Fundierung im Rechtsstaatsprinzip spricht.

290 Siehe nur BVerfGE 101, 1 (34).

291 *Burchard*, StV 2019, 637 (640 f.); *Kloepfer*, JZ 1984, 685 (692): »theoretisierende Bemäntelung freier richterlicher Dezision: Wesentlich ist, was das *BVerfG* dafür hält!«

292 Grundlegend BVerfGE 47, 46 (79).

293 Grundlegend BVerfGE 150, 1 (Rn. 194).

294 Grundlegend BVerfGE 48, 210 (221).

295 So BVerfGE 147, 253 (Rn. 116) m.w.N.

296 BVerfGE 49, 89 (127).

297 BVerfGE 150, 1 (Rn. 194).

298 BVerfGE 49, 89 (126); BVerfGE 98, 218 (251); tendenziell a.A. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG VI Rn. 107; vermittelnd (»Indizfunktion«) *Burchard*, StV 2019, 637 (641).

299 BVerfGE 49, 89 (134); *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG VI Rn. 116; *Rux*, in: BeckOK-GG<sup>53</sup>, Art. 20 GG Rn. 180; im strafprozessualen Kontext *Burchard*, HRRS 2012, 421 (437); *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 497 f.

300 BVerfGE 49, 89 (134).

301 BVerfGE 141, 143 (Rn. 59) m.w.N.; ferner BVerfGE 150, 1 (Rn. 193).

302 So in BVerfGE 41, 251; BVerfGE 49, 89; BVerfGE 108, 282; BVerfGE 116, 24 (58); BVerfGE 128, 282 (317); BVerfGE 147, 253.

grenzt parlamentarische Normsetzung von sonstiger Normsetzung ab, nicht nur in Bezug auf Rechtsverordnungen i.S.d. Art. 80 Abs. 1 GG.<sup>303</sup> Nicht näher thematisiert wird hingegen die Grenzziehung zwischen legislativer Normsetzung (durch Parlamentsgesetze) einerseits, richterlicher Ausgestaltung und Fortbildung von Normen andererseits.<sup>304</sup> Dies thematisiert die Rechtsprechung des BVerfG statt dessen, mit durchaus sich überschneidenden Maßstäben, unter dem Stichwort der Normenklarheit und Normenbestimmtheit.<sup>305</sup>

## 2. Hypothetische Anwendung allgemeiner Maßstäbe auf das materielle Strafrecht

Einmal mehr seien Art. 103 Abs. 2 GG und hier auch Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG auf verfassungsrechtlicher sowie § 1 StGB auf einfachgesetzlicher Ebene<sup>306</sup> ausgeblendet und somit auf hypothetischer Grundlage analysiert, welche Schlüsse aus der soeben skizzierten, allgemeinen Maßstabsbildung für das materielle Strafrecht zu ziehen sind.

Auf der einen Seite spricht die Intensität des durch Normen des materiellen Strafrechts bewirkten Grundrechtseingriffs sowie die daraus folgende, besonders bedeutsame Grenzziehung zwischen erlaubtem und bei Kriminalstrafe verbotenem Verhalten, aber auch die vom BVerfG andernorts betonte Souveränitäts- und Demokratiesensibilität des Strafrechts<sup>307</sup> deutlich dafür, die Voraussetzungen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit und auch die Sanktionen als wesentliche Fragestellungen aufzufassen. Dies gilt in besonderem Maße bei strafbegründenden Aspekten, aber auch bei sonstigen Fragen tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Verhaltens.<sup>308</sup> Auf der anderen Seite ist darauf zu verweisen, dass jedenfalls in einigen Bereichen des Strafrechts ein zügiges Nachjustieren des Strafgesetzgebers erforderlich ist, insbesondere um Pönalisierungsverpflichtungen des europäischen Se-

303 So in BVerfGE 47, 46 (»Richtlinien« der Schulbehörde); BVerfGE 98, 218 (»Runderlaß«); BVerfGE 101, 1 sowie BVerfGE 137, 350 (Verordnungsermächtigung).

304 Allerdings sei unbestritten, dass sich bei detaillierteren normativen Vorgaben der Handlungsspielraum der Judikative reduziert. Für einen »einheitlichen«, sprich auch gegenüber der Judikative wirkenden Parlamentsvorbehalt streitet Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, S. 83 ff.

305 Siehe oben § 7 II. 1. a).

306 Vgl. oben in Fn. 28.

307 BVerfGE 123, 267 (408 ff.); siehe hierzu auch oben in Fn. 283.

308 Vgl. oben § 7 II. 3. d) aa) zum schlagenden Argument der Austarierung mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse.

kundärrechts zeitnah umzusetzen, und dass die Zukunftsgerichtetheit des Strafrechts für größere Flexibilität streitet, weil nachträgliche Korrekturen zu Lasten des Beschuldigten ausgeschlossen sind. Beide Argumente wiegen jedoch allenfalls wenig schwer; bereits nach allgemeinen Maßstäben sind Fragen des materiellen Strafrechts als so wesentlich zu erachten, dass sie für eine grundsätzlich<sup>309</sup> hohe Regelungsintensität streiten. Lediglich bei der Frage, ob trotz Rechtswidrigkeit des Verhaltens eine Bestrafung des Beschuldigten ausgeschlossen oder gemildert werden kann, besteht mangels Eingriffscharakter – trotz der zuletzt besonders stark betonten Fundierung im Demokratieprinzip<sup>310</sup> – größerer Spielraum.

Auf dieser (hypothetischen) Grundlage aufbauend<sup>311</sup> ergibt sich, dass der Parlamentsgesetzgeber auch in Strafrechtsfragen die »für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen«<sup>312</sup> hat, mithin die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die drohenden Sanktionen in einem förmlichen Gesetz abzustecken hat.

*a) Strafbegründende und strafaufhebende exekutive Einzelentscheidungen*

Gleichwohl schließen es die allgemeinen Maßstäbe namentlich nicht aus, in den Tatbeständen oder auf Rechtfertigungsebene auf behördliche Einzelentscheidungen abzustellen, so bei verwaltungsaktsakzessorischen Straftatbeständen etwa des Umwelt- (vgl. § 330d Abs. 1 Nr. 4 StGB) oder des

---

309 Wie auch in Fragen der Normenbestimmtheit sind jedoch Binnendifferenzierungen möglich und auch geboten. So ist in Bezug auf den Allgemeinen Teil der Abstraktionsgrad zumeist höher (vgl. oben § 7 II. 3. d) bb)), wenngleich der Gesetzgeber bei ungeklärten oder sich verändernden Abwägungen zwischen Gemeinwohlbelangen ggf. »Farbe bekennen [muss], wie er zu Whistleblowing und Investigativjournalismus steht« (Burchard, StV 2019, 637 [642]).

310 BVerfGE 150, 1 (Rn. 192): »Damit soll gewährleistet werden, dass Entscheidungen von besonderer Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und das die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären. Geboten ist ein Verfahren, das sich durch Transparenz auszeichnet und das die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet.«

311 Hält man – entgegen den hier dargelegten Rechtsprechungslinien des BVerfG – auch die Abgrenzung zur Rechtsprechung für durch die Wesentlichkeitstheorie determiniert, so wäre zudem zu überprüfen, ob die Grundsätze der Strafzumessung (§ 46 StGB) im Lichte der teils sehr weiten Strafrahmen den Spielraum der Gerichte bei Rechtsfolgenentscheidungen hinreichend konturieren.

312 Vgl. BVerfGE 141, 143 (Rn. 59).

Vereinsverbotsstrafrechts (§ 20 VereinsG). Voraussetzung ist indes, dass die wesentlichen Fragen solchen Verwaltungshandelns jeweils vom (Parlaments-)Gesetzgeber getroffen wurden. Daran bestehen beispielsweise beim Vereinsrecht angesichts der im VereinsG näher dargelegten Voraussetzungen für den Erlass eines Vereinsverbots keine durchgreifenden Bedenken.

Differenziert sind jedoch diejenigen Tatbestände zu beurteilen, welche die Verfolgung der Tat von einer Ermächtigung<sup>313</sup> oder einem Strafverlangen<sup>314</sup> abhängig machen.<sup>315</sup> Sind – wie in § 129b Abs. 1 Satz 5 StGB – die Entscheidungskriterien gesetzlich näher konturiert, stoßen solche Begrenzungen der Verfolgbarkeit der Tat aus dem Blickwinkel der Wesentlichkeitstheorie auf keine Bedenken.<sup>316</sup> Bei Strafverlangen ist zu beachten, dass ausländische Regierungen (§ 104a StGB) bzw. Dienststellen der EU (§ 353b Abs. 4 Satz 3 StGB) durch Gesetzgebung Deutschlands nicht gebunden und gelenkt werden können, und solche Voraussetzungen eines Strafverlangens – in partieller<sup>317</sup> funktionaler Äquivalenz zu einem Strafantrag – eine seitens des Verletzten unerwünschte Strafverfolgung unterbinden können.<sup>318</sup> Auf letzteren Aspekt lässt sich auch bei manchen Verfolgungsermächtigungen abstellen,<sup>319</sup> nicht aber beim gänzlich freischwebenden § 89a Abs. 4 StGB.<sup>320</sup> Obschon diese Vorschrift – jedenfalls unmittelbar – zu Gunsten des Beschuldigten wirkt, ist sie hier vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitslehre zu sehr dem freien Ermessen der Bundesregierung ausgesetzt; die Voraussetzungen dieser Ermächtigung sind gesetzlich näher zu konturieren.

---

313 Z.B. §§ 89 Abs. 4, 89b Abs. 4, 90 Abs. 4, 90b Abs. 2, 97 Abs. 3, 129b Abs. 1 Satz 2 StGB.

314 Z.B. §§ 104a, 353b Abs. 4 Satz 3 StGB.

315 Im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand werden hier prozessuale Fragen – mit Ausnahme der im StGB geregelten Verfolgungsermächtigungen – nicht näher untersucht, etwa ob aus dem Gesetz hinreichende Kriterien zur Anwendung der strafprozessualen Einstellungsvorschriften (§§ 153 ff. StPO) folgen, und wie die ministeriale Weisungsbefugnis gegenüber den Staatsanwaltschaften (§ 147 GVG) im Lichte der Wesentlichkeitslehre zu beurteilen ist. Ebenfalls außerhalb des Untersuchungsgegenstands liegt das Gnadenrecht.

316 Skeptisch zur Leistungsfähigkeit des § 129b Abs. 1 Satz 5 StGB indes *Schäfer/Anstötz*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 129b StGB Rn. 26; ebenso *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder*<sup>30</sup>, § 129b StGB Rn. 8.

317 Zu Unterschieden siehe *Bosch*, in: *Schönke/Schröder*<sup>30</sup>, § 77e StGB Rn. 2.

318 Vgl. *Kreß*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 104a StGB Rn. 1.

319 So bei § 90 Abs. 4 StGB, vgl. *Anstötz*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 90 StGB Rn. 29.

320 Daher zurecht krit. *Schäfer*, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 89a StGB Rn. 71.

b) Strafbegründung und Strafaufhebung durch Rechtsverordnung

Bereits aus den allgemeinen Maßstäben folgt zudem eine große Skepsis gegenüber einer näheren Ausgestaltung des materiellen Strafrechts durch Rechtsverordnungen:<sup>321</sup>

»Die Qualifikation einer Regelung als ›wesentlich‹ hat typischerweise ein Verbot der Normdelegation und ein Gebot größerer Regelungsdichte durch den parlamentarischen Gesetzgeber zur Folge [...]. Damit werden ergänzende Regelungen durch Rechtsverordnung zwar nicht völlig ausgeschlossen; die wesentlichen Entscheidungen müssen jedoch in einem formellen Gesetz enthalten sein.«<sup>322</sup>

Zugleich verknüpft die neueste Rechtsprechung des BVerfG die Frage des (allgemeinen) Parlamentsvorbehalts ausdrücklich mit der Frage der (allgemeinen) Normenklärheit und Normenbestimmtheit, ohne aber die Maßstabsbildung hier oder dort maßgeblich fortzuentwickeln:

»Die Wesentlichkeitsdoktrin enthält insoweit auch Vorgaben für die Frage, in welchem Umfang [...] und in welcher Bestimmtheit der Gesetzgeber selbst tätig werden muss [...]. Das Bestimmtheitsgebot stellt sicher, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Bestimmtheit und Klarheit der Norm erlauben es ferner, dass die betroffenen Bürgerinnen und Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können [...]. Der Grad der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit hängt dabei von den Besonderheiten des in Rede stehenden Sachbereichs und von den Umständen ab, die zu der gesetzlichen Regelung geführt haben [...]. Dabei sind die Bedeutung des Regelungsgegenstandes und die Intensität der durch die Regelung oder aufgrund der Regelung erfolgenden Grundrechtseingriffe ebenso zu berücksichtigen [...] wie der Kreis der Anwender und Betroffenen der Norm [...] sowie deren konkretes Bedürfnis, sich auf die Normanwendung einstellen zu können.«<sup>323</sup>

In Bezug auf die Delegation auf Rechtsverordnungen sollen, so die umstrittenen<sup>324</sup> Rechtsprechung des BVerfG, »[d]ie Anforderungen der Wesentlichkeitsdoktrin [...] durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG näher konkretisiert«<sup>325</sup> werden:

321 Sonstige, allgemein gehaltene Vorgaben der Exekutive bzw. Gubernative an die Gerichte (etwa »Richterbriefe«) verbieten sich vor dem Hintergrund des Art. 20 Abs. 3 GG. Für die Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaften bedeutsame Verwaltungsvorschriften – etwa ein »Kleinkriminalitätserlass« – liegen außerhalb des Untersuchungsgegenstands.

322 BVerfGE 150, 1 (Rn. 195).

323 BVerfGE 150, 1 (Rn. 196).

324 Krit. insbes. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 80 GG Rn. 69: »weitgehende Bedeutungslosigkeit« des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.

325 BVerfGE 150, 1 (Rn. 199 ff.).

»Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG soll unter anderem gewährleisten, dass der parlamentarische Gesetzgeber durch die Ermächtigung selbst entscheidet, welche Fragen durch Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen. Dazu muss er die Grenzen einer solchen Regelung festlegen und angeben, welchem Ziel sie dienen soll (sog. Selbstentscheidungsvorbehalt). Der Gesetzgeber muss der ermächtigten Stelle darüber hinaus ein ›Programm‹ an die Hand geben, das mit der Ermächtigung verwirklicht werden soll (sog. Programmfestsetzungspflicht). Schließlich soll bereits aufgrund der Ermächtigung vorhersehbar sein, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können, so dass sich die Normunterworfenen mit ihrem Verhalten darauf einstellen können (sog. Vorhersehbarkeitsgebot [...]]).«<sup>326</sup>

Indes genüge die Auslegungsfähigkeit der Ermächtigung.<sup>327</sup> Auch seien – einmal mehr – die »Eigenart des zu regelnden Sachverhalts«, die Konkretisierungsfähigkeit, das Vorliegen »vielgestaltige[r], komplexe[r] Lebenssachverhalte [...] oder absehbare [...] Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse« berücksichtigungsfähig. Dies ermögliche es, »sachgerechte, situationsbezogene Lösungen bei der Abgrenzung von Befugnissen des Gesetzgebers und der Exekutive« vorzunehmen.<sup>328</sup>

Damit haben sich die Wesentlichkeitslehre (als Parlamentsvorbehalt) und das Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit – trotz nur teilweise überlappender Fundierung und unterschiedlicher Genese – weitgehend angenähert, sind aber nicht deckungsgleich: Beide verlangen gleichermaßen eine klare und präzise Regelung des Anlasses, des Zwecks und der Grenzen des Eingriffs im formellen Gesetz und zudem, dass bereits aus dieser Regelung die Voraussetzungen und der Umfang der Grundrechtsbeschränkung für den Normadressaten klar erkennbar ist. Das Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit geht indes weiter, weil dieses auch für Rechtsverordnungen oder sonst untergesetzliche Normen Geltung beansprucht.

### 3. Vergleich mit dem strafverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt

In seiner Rechtsprechung zu Art. 103 Abs. 2 GG fordert das BVerfG – unter deutlicher Inbezugnahme des demokratischen Elements<sup>329</sup> und teils

---

326 BVerfGE 150, 1 (Rn. 202).

327 BVerfGE 150, 1 (Rn. 203).

328 BVerfGE 150, 1 (Rn. 204).

329 BVerfGE 126, 170 (195); BVerfGE 143, 38 (Rn. 38); BVerfGE 153, 310 (Rn. 74).

verstärkt durch eine Inbezugnahme des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG<sup>330</sup> –, dass das formelle Parlamentsgesetz für sich genommen<sup>331</sup> vollständig den Anforderungen des strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots folgen muss.<sup>332</sup> Es begründet dies damit, dass der »allgemeine[...] rechtsstaatliche[...] Grund[satz], dass der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen [...] muss, [...] für den besonders grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts besonders strikt [gilt].«<sup>333</sup> Die Forderung einer hohen parlamentsgesetzlichen Regelungsintensität würde aber, wie dargelegt, bereits aus der Anwendung allgemeiner Maßstäbe folgen.<sup>334</sup> Auch erfolgte die nähere Konturierung der vorgenannten allgemeinen Maßstäbe in einem Wechselspiel aus strafverfassungsrechtlicher und sonstiger Verfassungsrechtsprechung.<sup>335</sup> Daher fällt es schwer, aus der bereichsspezifischen Ausprägung der Wesentlichkeitslehre in Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG einen strafrechtsspezifischen, höheren Schutzstandard herauszulesen.

Bei Blankettstrafgesetzen, die dynamisch<sup>336</sup> auf Normen anderer Normgeber verweisen, führt dies zu einem weitreichenden Gleichlauf der Maßstäbe, der dahinterliegenden Sachfrage (Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Parlamentsgesetzgeber und anderen Normgebern) und des Prüfungsgegenstands (Normen in ihrer jedenfalls binnengesetzlich-systematischen Auslegung, und daher insbesondere das Zusammenspiel von Strafvorschrift und Verord-

330 BVerfGE 143, 38 (Ls. sowie Rn. 39); BVerfGE 153, 310 (Ls. sowie Rn. 69, 75); siehe auch *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 104 GG Rn. 15 sowie *Pohlreich*, HRRS 2020, 481 (484).

331 Hier von unbeschadet ist aber, dass das strafverfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG auch für diejenigen Normen zu beachten ist, die in der Rechtsverordnung enthalten sind, vgl. BVerfGE 120, 170 (196); insoweit verkürzt *Degenhart*, in: *Sachs*<sup>9</sup>, Art. 103 GG Rn. 63; *Radtke*, in: BeckOK-GG<sup>53</sup>, Art. 103 GG Rn. 23.

332 Zur Priorisierung formeller Parlamentsgesetze siehe bereits oben § 7 II. 3. b) bb); zu den Konsequenzen für die formell-gesetzliche Normierung im Allgemeinen Teil siehe oben § 7 II. 3. d).

333 BVerfGE 126, 170 (195); nachfolgend BVerfGE 143, 38 (Rn. 38); BVerfGE 153, 310 (Rn. 74).

334 Vgl. oben § 7 III. 2.

335 Vgl. einerseits die Inbezugnahme der Wesentlichkeitstheorie in BVerfGE 126, 170 (195); nachfolgend BVerfGE 143, 38 (Rn. 38); BVerfGE 153, 310 (Rn. 74), andererseits die Inbezugnahme der Rechtsprechung zu Art. 103 Abs. 2 GG in BVerfGE 150, 1 (Rn. 195).

336 Bei statischen Verweisungen – auch auf Normen anderer Normgeber – stellt sich die Frage der Zuständigkeitsabgrenzung nicht. Sie sind daher am Maßstab des Parlamentsvorbehalts unkritisch; BVerfGE 143, 38 (Rn. 43); BVerfGE 153, 310 (Rn. 79); *Hoven*, NStZ 2016, 377 (379).

nungsermächtigung).<sup>337</sup> Daher überrascht es, dass das BVerfG dennoch die Vereinbarkeit eines Blankettverweises in einer Strafvorschrift mit Art. 103 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG<sup>338</sup> getrennt davon prüft und subsumiert, ob die korrespondierende Verordnungsermächtigung den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entspricht.<sup>339</sup> Vielmehr erscheint es nahezu ausgeschlossen, dass eine auf eine Verordnung bezugnehmende Strafvorschrift im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG bestimmt genug sein könnte, aber die Verordnungsermächtigung am Maßstab des Art. 80 Abs. 2 GG Fragen der Regelung in der Verordnung überlassen könnte, die dem Parlamentsgesetzgeber vorbehalten sind.

Vor diesem Hintergrund war es naheliegend, dass das BVerfG im Rindfleischetikettierungsbeschluss parallel beide Normen für verfassungswidrig erklärte: Die Strafvorschrift in § 10 Abs. 1 RiFLEtikettG a.F. verwies im Zusammenspiel mit § 1 Abs. 1 RiFLEtikettG a.F. (dynamisch) auf sämtliche »unmittelbar geltenden Vorschrift[en] in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft« »über die Etikettierung von Rindfleisch und Rindfleischerzeugnissen sowie über die Verkehrsbezeichnung und Kennzeichnung von Fleisch von bis zu zwölf Monaten alten Rindern« und suchte dies lediglich durch einen Rückverweis in einer Rechtsverordnung einzugrenzen; die entsprechende Verordnungsermächtigung in § 10 Abs. 3 RiFLEtikettG a.F. wiederum war nur dadurch eingegrenzt, dass Rechtsverordnungen zur Durchsetzung der genannten Rechtsakte erforderlich sein mussten. Diese bloß formale Einhaltung des Parlamentsvorbehalts (in Abs. 1) und die bloße Existenz einer Verordnungsermächtigung (in Abs. 3) genügten nicht, weil das Blankett bereits die grobe Konturierung des Verbots – wenngleich europarechtlich determiniert – dem Verordnungsgeber zu übertragen suchte.<sup>340</sup> Hingegen hielt das BVerfG es aus dem Blickwinkel des Parlamentsvorbehalts<sup>341</sup> für hinreichend, dass sich über ein komplexes Zusammenspiel verschiedener formeller Gesetze »das geschützte Rechtsgut [...] und die Tathandlung« des Straftatbestands erschließen lassen,<sup>342</sup> die nähere Ausgestaltung aber aus

---

337 Vgl. auch *Hoven*, NStZ 2016, 377 (379): »einheitliche[r] Maßstab«.

338 BVerfGE 143, 38 (Ls. sowie Rn. 39); BVerfGE 153, 310 (Rn. 69 ff.).

339 BVerfGE 143, 38 (Rn. 53 ff.); BVerfGE 153, 310 (Rn. 99 ff.).

340 BVerfGE 143, 38; siehe ferner *Freund/Rostalski*, GA 2016, 443 ff. m.w.N.

341 Zudem aus dem – hier aber nicht zu vertiefenden – Blickwinkel der Normenbestimmtheit, BVerfGE 153, 310 (Rn. 95 ff.), krit. *Herz*, NZWiSt 2020, 253 (255).

342 BVerfGE 153, 310 (Rn. 88): konkret »die menschliche Gesundheit« und »die unzulässige oder beschränkungswidrige Verwendung bestimmter Stoffe, Gegenstände oder Verfahren oder das Unterlassen der Anwendung bestimmter Verfahren beim Herstellen oder Behandeln von Lebensmitteln sowie das anforderungswidrige Herstellen, Behandeln oder Inverkehrbringen von Lebensmitteln«.

Vorschriften des Unionsrechts folgte, deren Entsprechung durch Rechtsverordnung bloß zu dokumentieren sei.<sup>343</sup> Konsequenterweise hielt das BVerfG auch die korrespondierende Verordnungsermächtigung in Inhalt, Zweck und Ausmaß für hinreichend beschränkt.<sup>344</sup>

#### 4. Zusammenföhrung

In Bezug auf den Parlamentsvorbehalt ist nicht festzustellen, dass hier aus Art. 103 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG strengere Vorgaben resultieren als diejenigen, die sich bereits aus der allgemeinen Wesentlichkeitslehre ergeben.<sup>345</sup> Zudem sind die aus der Wesentlichkeitslehre folgenden Maßgaben im strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot aufgegangen,<sup>346</sup> wenngleich letztgenanntes Gebot darüber hinaus noch Bedeutung für untergesetzliche, die parlamentsgesetzliche Strafnorm ausfüllende Konkretisierungen aufweist. Das stellt aber nicht in Abrede, dass in Anwendung dieser Maßstäbe bei der virulent diskutierten Streitfrage über zulässige Regelungstechniken bei Verweisungen auf europäische Verbotsnormen Schwierigkeiten entstehen. Auch zeigte sich, dass bei strafbegründenden und -aufhebenden exekutiven Einzelentscheidungen eine klare gesetzliche Konturierung von deren Voraussetzungen zu verlangen ist; Schwierigkeiten dürften hier aber eher in strafprozessualer Hinsicht bestehen.<sup>347</sup>

---

343 BVerfGE 153, 310 (Rn. 92). Mit guten Gründen, wenn dem Verordnungsgeber noch ein Gestaltungsspielraum (etwa im Hinblick auf das »Ob« der Sanktionierung oder auf die Einstufung als Ordnungswidrigkeit) verbleibt, krit. *Hoven*, NStZ 2016, 377 (381 f.) m.w.N.; ebenso *Bülte*, *wistra* 2020, 261 (262).

344 BVerfGE 153, 310 (Rn. 99 ff.).

345 In diese Richtung auch *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*<sup>3</sup>, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 29; sehr deutlich *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 16: Art. 103 Abs. 2 GG sei Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie.

346 Eindrücklich BVerfGE 126, 170 (195); nachfolgend BVerfGE 143, 38 (Rn. 38); BVerfGE 153, 310 (Rn. 74); siehe auch *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 102; *Schmahl*, in: *Schmidt-Bleibtreu*<sup>15</sup>, Art. 103 GG Rn. 58.

347 Siehe oben § 7 III. 2. a), insbes. in Fn. 315.

