

Diese Entscheidung gegen eine einfachere,¹⁴⁸ bestimmte Regelung beispielsweise nach dem Vorbild der Schweiz¹⁴⁹ zugunsten eines wertungsoffenen Tatbestands verstößt gegen das Optimierungsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG und ist damit verfassungswidrig.

IV. Umsetzung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

In seiner Entscheidung vom 09.02.2022 verneinte das Bundesverfassungsgericht einen Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip,¹⁵⁰ ohne die hier aufgezeigten prozeduralen oder materiellen Anordnungen gesondert zu erörtern. In der bisherigen Prüfungspraxis des Gerichts gehen die Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips an den Gesetzgeber im Normenklärungsgebot auf.

1. Anforderungen an die Rechtsprechung

Stattdessen destilliert das Bundesverfassungsgericht seit dem Untreue-Beschluss 2010 aus dem Gesetzlichkeitsprinzip Grenzen der Judikative. Es konstatiert, der Gerichtsbarkeit sei es verboten, Entscheidungen des Gesetzgebers zu korrigieren.¹⁵¹ Vielmehr müssten die Gerichte an der Bestimmtheit der Norm „mitarbeiten“.

Zunächst dürften Gerichte das Programm des Gesetzgebers nicht unterlaufen. Es ist ihnen untersagt, durch fernliegende Auslegung bestimmte Tatbestände zu entgrenzen und damit der Verfassungswidrigkeit preiszugeben (sog. Entgrenzungsverbot).¹⁵² Weiterhin dürften sie durch Auslegung

148 Vgl. AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 32 mwN.

149 Hierzu näher AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 31.

150 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1166, Rn. 123.

151 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1162, Rn. 97; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211 Rn. 78; BVerfG, NJW 2002, 1779, 1780; BGH, BeckRS 2022, 16695, Rn. 70; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 30; *Nolte/Aust*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 103 Abs. 2 Rn. 140; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 103 Abs. 2 Rn. 47; *Zierlein*, in: Clemens/Umbach, Art. 103 Rn. 136.

152 BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211, Rn. 79; BVerfG, NJW 2012, 907, 916, Rn. 176; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2019, 34144, 42; *Radtke*, in: BeckOK GG, Art. 103 Rn. 26.1; *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, § 1 Rn. 12; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 1 Rn. 6; *Burghart*, in: Leibholz/Rinck, Art. 103 Rn. 1317; *Pohlreich*, in: BonnKomm, Art. 103 Abs. 2 Rn. 105; *Krüger*, NStZ 2011, 369, 372; *Saliger*, Das

die Grenzen zwischen einzelnen Tatbestandsmerkmalen nicht völlig¹⁵³ aufheben (sog. Verschleifungsverbot).¹⁵⁴ „Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen [...] innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden.“¹⁵⁵ Dieses Verbot beschränke sich jedoch auf die der Tatbestandsbeschränkung dienenden Merkmale.¹⁵⁶ Auf den Punkt gebracht schützt das Bundesverfassungsgericht mit dieser Rechtsprechung die ureigene Kompetenz des Gesetzgebers vor Eingriffen der Justiz.¹⁵⁷

Das Bundesverfassungsgericht geht noch weiter: Die Gerichte müssten sich um eine Auslegung bemühen, die zur Normenklarheit beiträgt und bestehende Unklarheiten einer Vorschrift ausräumt (sog. Präzisierungsgebot).¹⁵⁸ „Besondere Bedeutung hat diese Pflicht bei solchen Tatbeständen,

Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung, NJW 2010, 3195, 3196; Becker, Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue, HRRS 2010, 383, 386; Kuhlen, in: FS Neumann, S. 945; Tsoumanis, S. 944; Wapler, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 190; Saliger, in: FS Fischer, S. 526 ff. hält die Entgrenzung für eine Folge der Verschleifung.

153 Kunig/Saliger, in: von Münch/Kunig, Art. 103 Rn. 49; Kubiciel, JZ 2022, 785, 787; Jahn, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 209; Saliger, in: FS Fischer, S. 526 ff. hält die Entgrenzung für eine Folge der Verschleifung.

154 BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211, Rn. 79; BVerfG, NJW 2013, 365, 366; BGH, NJW 2013, 1750, Rn. 7; BVerfG, NJW 2022, 1160, 1162, Rn. 99; Heintschel-Heinegg, in: BeckOK StGB, § 1 Rn. 12; Kühl, in: Lackner/Kühl, § 1 Rn. 6; Fischer, § 1 Rn. 8; Burghart, in: Leibholz/Rinck, Art. 103 Rn. 1317; Nolte/Aust, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 103 Abs. 2 Rn. 158; Pohlreich, in: BonnKomm, Art. 103 Abs. 2 Rn. 105; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 103 Abs. 2 Rn. 46; Kunig/Saliger, in: von Münch/Kunig, Art. 103 Rn. 47; Kubiciel, JZ 2022, 785, 787; Krüger, NStZ 2011, 369, 372; Saliger, NJW 2010, 3195, 3196; Rostalski, Der Vermögensschaden als Tatbestandsmerkmal im Schatten des Verschleifungsverbots, HRRS 2016, 73, 81; Kuhlen, in: FS Neumann, S. 946; Saliger, in: FS Fischer, S. 523; Wapler, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 190; Jahn, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 209; a.A. Hassemer/Kargl, in: NK-StGB, § 1 Rn. 70b.

155 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1162, Rn. 99; BVerfG, NJW 2013, 365, 366; Kuhlen, in: FS Neumann, S. 952; Saliger, in: FS Fischer, S. 523.

156 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1162, Rn. 100; Fischer, § 1 Rn. 8; Kubiciel, JZ 2022, 785, 787; Kuhlen, in: FS Neumann, S. 951; Saliger, in: FS Fischer, S. 529; Rostalski, HRRS 2016, 73, 81.

157 Vgl. BGH, NJW 2013, 1750, 915, Rn. 166; Schmahl, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 103 Rn. 71.

158 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1162, Rn. 98; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211, Rn. 81; Radtke, in: BeckOK GG, Art. 103 Rn. 26.2; Burghart, in: Leibholz/Rinck, Art. 103 Rn. 1317; Wolff, in: Hömig/Wolff, Art. 103 Rn. 17; Krüger, NStZ 2011, 369, 372; Saliger, NJW 2010, 3195, 3196; Kuhlen, JR 2011, 246, 248; Bülte, NZV 2020, 12, 15; Saliger, in: FS

die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat.¹⁵⁹ Dann müssten die Gerichte besonders zur Erkennbarkeit der Strafbarkeitsgrenzen beitragen.¹⁶⁰ Damit konsistent erachtet das Bundesverfassungsgericht Gesetze auch dann für verfassungskonform bestimmt, wenn unbestimmte Rechtsbegriffe durch ständige Rechtsprechung ausgeformt und konturiert wurden.¹⁶¹

2. Kollision mit der Gewaltenteilung

Wie aber verträgt sich diese Rechtsprechung mit der Forderung, der Gesetzgeber und nicht erst nachträglich die vollziehende oder die rechtsprechende Gewalt¹⁶² müsste über die Strafbarkeit entscheiden? An dieser Frage entzündet sich berechtigte Kritik in der Literatur. Moniert wird, dass die Rechtsprechung durch Auslegung zwar zur Normbestimmtheit beitragen, aber die Fehler des Gesetzgebers nicht heilen könne, ohne selbst die Gewal-

Fischer, S. 529; *Jahn*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 212; a.A. *Rogall*, in: KK-OWiG, § 3 Rn. 26; *Schmitz*, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 57 ff.; *Pohlreich*, in: BonnKomm, Art. 103 Abs. 2 Rn. 80; *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig, Art. 103 Rn. 47; *Basak*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vornbaum (Hrsg.), S. 80; kritisch auch *Zieschang*, JR 2022, 284, 286; *Nolte/Aust*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 103 Abs. 2 Rn. 139; *Tsoumanis*, S. 968.

159 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1162, Rn. 98; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211, Rn. 81.

160 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1162, Rn. 98; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211, Rn. 81.

161 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1163, Rn. 103; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211, Rn. 76; BVerfG, NJW 1969, 1059; BVerfG, NStZ 1993, 75; BVerfG, NJW 1992, 2947, 2953; BVerfG, NJW 1995, 3303, 3304; BVerfG, NJW 1995, 1141; BVerfG, NJW 1977, 1815; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 103 Rn. 68; *Radtke*, in: BeckOK GG, Art. 103 Rn. 27; *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, § 1 Rn. 12; *Bülte*, NZV 2020, 12, 15; *Kulhanek*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 29.04.2021, NStZ 2022, 47, 48; a.A. *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB, § 1 Rn. 70b (nur Indiz); *Kuhlen*, in: FS Otto, S. 105 (nur Indiz); *Schmitz*, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 57 ff.; *Pohlreich*, in: BonnKomm, Art. 103 Abs. 2 Rn. 80; *Basak*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vornbaum (Hrsg.), S. 75; *Ameling*, NJW 1995, 2584, 2587; kritisch auch *Böse*, Die aktuelle Entscheidung Das Bundesverfassungsgericht »bestimmt« den Inhalt des Untreuetatbestandes, JURA 2011, 617, 620.

162 Exemplarisch BVerfG, NJW 1995, 1141.

tenteilung zu verletzen.¹⁶³ Plastisch formulieren es *Hassemer* und *Kargl*: „Die Rechtsprechung bedeutete nicht weniger als einen Verfassungsverstoß [...] durch einen weiteren Verfassungsverstoß beheben zu wollen.“¹⁶⁴ Ähnlich konstatiert *Rogall*: „Jedenfalls kann eine eindeutig unbestimmte Norm nicht dadurch ihrer Verfassungswidrigkeit entkleidet werden, dass die Rechtsprechung ihr einen ihr genehmen Sinn attribuiert.“¹⁶⁵ Ließe man dies zu, wandelte man die Aufgabe der Rechtsprechung – Gesetzesauslegung – entgegen Art. 103 Abs. 2 GG zu „Ergänzungsgesetzgebung“¹⁶⁶. Dieser Ergänzungsgesetzgeber braucht Zeit: Er spricht nicht durch Normsetzung, sondern durch Entscheidungen im Einzelfall. In einer Entscheidung von 1992 deutet das Bundesverfassungsgericht an, was die Folgen sein könnten: Man müsse warten, bis die Rechtsprechung ein neues Gesetz habe ausdifferenzieren können und sogar die Folgen der Rechtsprechung erkennbar würden¹⁶⁷ – sozusagen eine „Erprobungsfrist“ entgegen den Garantien des Art. 103 Abs. 2 GG.¹⁶⁸

3. Auflösung vermittels des Gesetzlichkeitsprinzips

Die Lösung ist, die beiden Aspekte des Bestimmtheitsgrundsatzes getrennt zu betrachten. Das Bundesverfassungsgericht nimmt die Rechtsprechung zu Recht in die Verantwortung, (noch) unbestimmte, aber bestimmbare Tatbestandsmerkmale auszuschärfen und somit zur Gesetzesbestimmtheit beizutragen. Damit leistet sie einen Beitrag zur Normenklarheit. Mehr ist ihr aber auch nicht möglich – schließlich ist sie gem. Art 103 Abs. 2 GG

163 *Satzger*, in: SSW-StGB, § 1 Rn. 29; *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB, § 1 Rn. 28; *Schmitz*, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 58; *Zieschang*, JR 2022, 284, 286; *Ameling*, NJW 1995, 2584, 2587; *Kempf/Schilling*, Revisionsrichterliche Rechtsfortbildung in Strafsachen, NJW 2012, 1849, 1852; *Kuhlen*, in: FS Otto, S. 104; *Wapler*, in: *Bäcker/Burchard* (Hrsg.), S. 201; ähnlich auch *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 103 Abs. 2 Rn. 96; *Böse*, JURA 2011, 617, 620; a.a. *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig, Art. 103 Rn. 50; *Kargl*, Rn. 367.

164 *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB, § 1 Rn. 70b.

165 *Rogall*, in: KK-OWiG, § 3 Rn. 33.

166 *Basak*, in: *Brunthöber/Höfffler/Kaspar/Reinbacher/Vornbaum* (Hrsg.), S. 83; vgl. auch *Kargl*, Rn. 372.

167 BVerfG, NJW 1992, 2947, 2953.

168 Vgl. auch *Schmitz*, in: MüKo StGB, § 1 Rn. 59; *Dannecker/Schuhr*, in: LK-StGB, § 1 Rn. 201; *Nolte/Aust*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 103 Abs. 2 Rn. 150; *Pohlreich*, in: *BonnKomm*, Art. 103 Abs. 2 Rn. 80; *Kuhlen*, in: FS Otto, S. 104; zu Recht ablehnend *Wapler*, in: *Bäcker/Burchard* (Hrsg.), S. 200.

nicht für die Rechtssetzung, sondern nur für dessen Auslegung verantwortlich. Verletzungen des Gesetzlichkeitprinzips kann die Rechtsprechung nicht heilen. Wo also der Gesetzgeber seine Hausaufgaben nicht gemacht hat, kann die Rechtsprechung nicht „einsagen“. Fehlt es an einem Prüfprogramm angesichts eines klar erkennbaren und in einem parlamentarisch-demokratischen Verfahren gebildeten Gesetzgeberwillens, darf die Rechtsprechung nicht „aushelfen“ und selbst einen vermeintlich objektiven Willen des Gesetzes schöpfen.

4. Rückbindung des Verschleifungsverbots an die Pflichten des Gesetzgebers

Die Entscheidung vom 09.02.2022 lässt erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber mehr und mehr aus seiner Verantwortung im Rechtssetzungsprozess entlassen will.¹⁶⁹ Bedenklich ist, dass der Gesetzgeber selbst nicht an das Verschleifungsverbot gebunden sein soll.¹⁷⁰ Der zweite Senat konstatiert, es stünde dem Gesetzgeber frei, zur „Klarstellung“ ineinander übergehende Tatbestandsmerkmale zu normieren.¹⁷¹ Wann aber dient das Normieren nicht abgegrenzter Tatbestandsmerkmale der Klarstellung, mithin der Klarheit der Norm?¹⁷² Normbestandteile, die nicht als Einheit oder Präzisierung eines Tatbestandsmerkmals¹⁷³ erkennbar sind (bspw. durch den Begriff „insbesondere“), führen zu Auslegungsschwierigkeiten und sind für die Normadressatin nicht aus sich heraus nachvollziehbar. Dächte man die Annahmen des Bundesverfassungsgerichts zu Ende, stellte sich die zwingende Frage: Soll die Rechtsprechung trennen, was der Gesetzgeber verschliffen hat?¹⁷⁴ Wie soll das ohne verbotene Gesetzesreparatur¹⁷⁵ möglich sein?

Die Antwort ist: Auch aus dem Verschleifungsverbot erwachsen Anforderungen an den Gesetzgeber. Nachdem das Verschleifungsverbot nur für

169 Diese Tendenz besteht bereits seit Längerem *Basak*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vornbaum (Hrsg.), S. 81; *Schünemann*, S. 29.

170 BVerfG, NJW 2022, II60, II62, Rn. 100 f.; *Tsoumanis*, S. 947.

171 BVerfG, NJW 2022, II60, II62, Rn. 100.

172 Gerade keinen Fall der Verschleifung, sondern der Präzisierung zeigt *Kuhlen*, in: FS Neumann, S. 951.

173 So i.E. *Kuhlen*, in: FS Neumann, S. 951.

174 *Saliger*, in: FS Fischer, S. 529 spricht von einem "Trennungsgesetz".

175 Zu den Folgen vgl. *Pschorr*, JurisPR-StrafR 2/2022, Anm. 4.