

Festschrift für Friedrich Dencker



Festschrift
für
Friedrich Dencker

zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Wilhelm Degener und Michael Heghmanns

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-151725-9

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

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen.

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

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

Vorwort der Herausgeber

Friedrich Dencker vollendet am 11. März 2012 sein 70. Lebensjahr. Er kann auf ein über 35-jähriges Wirken als Strafrechtswissenschaftler, akademischer Lehrer und Prüfer an den Universitäten Münster und Hannover zurückblicken, überdies auf langjährige Aktivitäten als Vorsitzender Richter am Landgericht Münster im zweiten Hauptamt, als stellvertretender Vorsitzender des Justizprüfungsamts beim Oberlandesgericht Hamm, als Leiter der Fachanwaltslehrgänge „Verkehrsrecht“ bei der Deutschen Anwaltakademie, schließlich als Präsident des Deutschen Verkehrsgerichtstages.

Kollegen, Freunde und Schüler nehmen den Geburtstag zum Anlass, *Friedrich Dencker* als Zeichen des Dankes und der besonderen Wertschätzung eine Festschrift zu widmen, die in erster Linie beim wissenschaftlichen Werk des Jubilars ansetzt. Die Forschungsschwerpunkte *Denckers* reichen vom strafprozessualen Beweisrecht, von Fragen der strafprozessualen Hauptverhandlung und der Beschuldigtenrechte, über allgemeinstrafrechtliche Lehren, insbesondere der Kausalität, der Beteiligungsformen und des Sanktionsrechts, über ausgewählte Probleme des Besonderen Strafrechts bis hin zu juristischen Fragen der neueren Zeitgeschichte. Kennzeichnend für die Publikationen *Denckers* sind der Blick für versteckte Wahrheiten und die erheblichen innovatorischen Erträge. Sie gelten zumeist aktuellen und zeitlosen Diskussionsfeldern von grundlegender Bedeutung. Um nur einige Beiträge herauszugreifen:

Die Studie zu den „Verwertungsverboten im Strafprozess“ (1977), die von *Gerald Grünwald* betreute Bonner Habilitationsschrift des Jubilars, lichtet das bis dahin oft beklagte terminologische Dickicht der „Beweisverbote“ in nachhaltiger Weise. Sie entwirft eine an der generalpräventiven Straffunktion ausgerichtete „Theorie der Verwertungsverbote“, die trotz heutiger „modernerer“ grundrechtstheoretischer, oft zu Unrecht disjunktiv aufgebauter Gegenentwürfe unwiderlegt geblieben ist. Die gemeinsam mit *Rainer Hamm* verfasste Schrift zum „Vergleich im Strafprozess“ (1988) ist die erste monografische Analyse einer gravierenden Umformung des Prozessgerüsts, welche die strafverfahrensrechtliche Debatte seit über drei Jahrzehnten beschäftigt. Die Studie lotet die Grenzen zulässiger Absprachen aus und streicht die prinzipielle Vergleichsfeindlichkeit der StPO unter Abgleich mit allen zentralen Verfahrensmaximen des reformierten Strafprozesses heraus. *Denckers* abschließende Skizze eines separaten Vergleichsverfahrens geht in ihrer ausgewogenen Konzeption jedenfalls weit über die späte und enttäuschend ausgefallene gesetzgeberische Positionierung in § 257c StPO hinaus.

Der Beitrag zur „Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung“ (Festschrift für *Dünnebie*, 1982) thematisiert – in der Hochkonjunktur der materiellen und prozessualen V-Mann-Debatte – grundlegende staats- und strafrechtliche Fragen. Er arbeitet scharfsichtig heraus, dass der Einsatz des Strafrechts bei staatlich gesteuerter Deliktsbegehung im Kern ein präventiv-polizeiliches Anliegen verfolgt, das die Grenzen der herkömmlichen „Prävention durch Repression“ überschreitet.

Die monografischen Untersuchungen zum Thema „Kausalität und Gesamttat“ (1996), die entscheidend durch das Erdal-Urteil des Bundesgerichtshofs (BGHSt 37, 106) ausgelöst wurden, zeigen auf, dass die „Kausalität“ als Minimalbedingung individualdeliktischen Verhaltens bei Beteiligungssachverhalten auf Grenzen stößt. *Dencker* stellt den bisherigen Versuchen, das Problem über „Modifizierungen“ des Kausalitätsdenkens zu lösen, das akribisch begründete „Haftungsprinzip Gesamttat“ gegenüber. Die dabei fällige Kritik an der Zurechnungsnorm des § 25 II StGB und ihres Umfeldes in den §§ 25 I Fall 2, 26, 27 StGB wird im Beitrag zur *Lüderssen*-Festschrift (Beteiligung ohne Täter, 2002) wieder aufgegriffen und vertieft. Entsprechende innovatorische Schübe vermitteln die Untersuchungen zum Thema „Erfolg und Schuldidee“ (Gedächtnisschrift für *Armin Kaufmann*, 1988). Hier knüpft *Dencker* an die von *Kaufmann* verfochtene Trennung zwischen der Legitimations- und der Systemfrage des strafrechtlichen Erfolges an, um sodann die weitgehend vernachlässigte, zumeist „positivistisch erledigte“ Frage auszudifferenzieren, wie eine Entscheidungsrolle des Erfolges zu rechtfertigen sei. Auch die Untersuchungen zum Tatbestand des § 323a StGB (Vollrausch und „der sichere Bereich des § 21StGB“; § 323a StGB – Tatbestand oder Schuldform?) widmen sich zentralen strafrechtlichen Kategorien und rücken für die „Schuldform“ den Tatbestand als dogmatisches Wertbeziehungsmoment, für den „Tatbestand“ das Unrechtsprinzip als kriminalpolitischen Fundierungsbegriff in den Mittelpunkt.

Neben diesem bereits beeindruckenden Publikationsauschnitt seien erwähnt: die tiefgründigen Studien zu vernachlässigten subjektiv-tatbestandlichen Fragen der §§ 263, 242, 246, 267 StGB in den Festschriften für *Grünwald* (1999), *Rudolphi* (2004) und *Samson* (2010), ferner die erstmalige Thematisierung einer speziellen hehlereistrafrechtlichen Fragestellung in der *Küper*-Festschrift (Der Hehler als „Verkaufskommissionär“, 2007) sowie zahlreiche Untersuchungen diverser straßenverkehrsstrafrechtlicher Themen. Schließlich lässt das Publikationsverzeichnis des Jubilars ein lebhaftes Interesse für die schwierigen Fragen der missverständlich sog. Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht erkennen, speziell für die juristische Würdigung von NS-Rechtsprechungsakten, für die strafrechtliche Aufarbeitung von „DDR-Unrecht“, darüber hinaus für Kontinuitäten und Diskontinuitäten im materiellen Strafrecht.

Abgesehen von seiner Publikationstätigkeit hat *Friedrich Dencker* in seiner über 25-jährigen Münsteraner Schaffenszeit die wissenschaftliche Atmosphäre

im Institut für Kriminalwissenschaften maßgeblich geprägt. Er gehört zu den Mitbegründern des Kriminalwissenschaftlichen Kolloquiums, einer bis heute lebendigen Einrichtung, die externen und hauseigenen Wissenschaftlern sowie Strafrechtspraktikern ein ständiges Diskussionsforum bietet. Bei Forschungsvorhaben seiner Kollegen stand *Friedrich Dencker* stets interessiert als „Echowand“ zur Verfügung; seinen Schülern war er ein bereitwilliger Förderer und leidenschaftlicher Disputant. Die Autoren verbinden mit ihrem Dank und ihrer Anerkennung die Hoffnung, im thematischen Spektrum der Festschrift den Interessen des Jubilars halbwegs gerecht geworden zu sein.

Den beim Verlag Mohr Siebeck für die Festschrift Verantwortlichen, namentlich Herrn Dr. *Franz-Peter Gillig* und Frau *Ilse König*, danken wir herzlich für die engagierte und vorbildliche Zusammenarbeit. Unser Dank für die tatkräftige Unterstützung des Projekts gilt ebenso den Kollegen und Mitautoren *Mark Deiters*, *Helmut Frister* und *Rainer Keller*, ferner unseren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an den Universitäten Hamburg und Münster, schließlich den Sponsoren, die das Erscheinen der Festschrift durch großzügige Druckkostenzuschüsse ermöglicht haben: der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht im Deutschen Anwaltsverein, den DEVK Versicherungen, dem Deutschen Verkehrsgerichtstag und der Holtfort-Stiftung.

Hamburg und Münster, im Januar 2012

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
<i>Anna Helena Albrecht</i> Überlegungen zur Behandlung gesetzesergänzender Rechtsprechung . . .	1
<i>Wilhelm Degener</i> Zwei Anmerkungen zum „strafprozessualen Beschleunigungsgebot“ . . .	23
<i>Mark Deiters</i> Kritik der gegenwärtigen Deutung des §219 StPO	53
<i>Dirk Fabricius</i> Aufklärung – ein erodierendes Ziel?	71
<i>Wolfgang Frisch</i> Rechtsmittelverzicht, Rechtsmittelrücknahme und Absprachen. Institute des Rechtsmittelrechts im Spannungsfeld der Absprachepraxis und ihrer Legalisierung	95
<i>Helmut Frister</i> Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme	119
<i>Sabine Gless</i> Verwertungsverbote im Schweizer Strafprozess	135
<i>Rainer Hamm</i> Urteil oder Vergleich? – §257c StPO und die Wahrheitssuche	147
<i>Michael Heghmanns</i> Strafmilderungen für Geständnis oder Kooperation?	155
<i>Günter Jerouschek</i> Beschneidung – Heileingriff, religiöses Gebot oder strafbare Körperverletzung?	171

<i>Rainer Keller</i> Auslieferung und Grundrechte	183
<i>Wilfried Küper</i> Der „erpresserische“ oder „betrügerische“ Hehler und die „allgemeinen Sicherheitsinteressen“	203
<i>Julio B. Maier</i> Auf dem Wege zu einem neuen Verfahren in der Entscheidungskontrolle?	221
<i>Tido Park</i> Der Zeugenbeistand im Strafverfahren	233
<i>Wolfram Reiß</i> Neuregelung der Straffreiheit durch Selbstanzeige nach dem Schwarzgeldbekämpfungsgesetz	249
<i>Martin Schubarth</i> Inzestverbot und Verfassung	273
<i>Heribert Schumann</i> Notwehr gegen Unterlassen?	287
<i>Ulrich Stein</i> Fahrunsicherheit	307
<i>Moritz Vormbaum</i> Beschwerde gegen freiheitsbeschränkende Beschlüsse im Strafverfahren	343
<i>Thomas Vormbaum</i> Verdächtig: Der Tatbestand der falschen Verdächtigung (§ 164 StGB) und seine Auslegung	359
Schriftenverzeichnis von Friedrich Dencker	373
Autorenverzeichnis	377

Überlegungen zur Behandlung gesetzeseργänzender Rechtsprechung

Anna Helena Albrecht

I. Einleitung

Es herrscht weitgehende Einigkeit, dass nicht allein das Gesetz die Grenze zum Strafbaren zieht, sondern an deren Bestimmung auch die Rechtsprechung teilhat.¹ Allgemein wird eine „Arbeitsteilung“ zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung angenommen.² Insbesondere unbestimmte Tatbestände wie Generalklauseln werden als „Rohform“³ oder „Rahmen“⁴ angesehen, die der Richter auszufüllen hat, und ihre Schaffung als gesetzgeberische Delegation der Normgebung an die Rechtsprechung.⁵ Es sei in diesen Fällen Aufgabe des Richters, die Entscheidung über die Strafbarkeit oder Straffreiheit des zu beurteilenden Verhaltens zu treffen.⁶ Der Richter übt damit zwei Tätigkeiten mit fließendem Übergang aus, Rechtsanwendung, und, soweit das Gesetz unbestimmt ist, Rechtsschöpfung.⁷ Ein solches Verständnis teilen auch diese beiden Gewalten: der Gesetzgeber, wenn er die Klärung einzelner Fragen der Rechtsprechung und Wissenschaft überantwortet,⁸ und die Rechtsprechung, wenn der Bundes-

¹ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, §2 Rn.9; Hassemer/Kargl, in: NK-StGB, 3. Aufl. 2010, §1 Rn.58; Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, S. 127; allgemein statt vieler Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1986, S. 182; Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 31 ff.

² Dunkel, Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals „Vermögensbetreuungspflicht“ im Rahmen des Missbrauchstatbestandes der Untreue, 1976, S. 186; Krey (Fn. 1), S. 127; Straßburg, ZStW 82 (1970), 948 (950 ff.).

³ H. Schröder, Gesetz und Richter im Strafrecht, 1953, S. 14.

⁴ Grunsky, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970, S. 9; Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S. 113 ff. m. w. N.; ähnlich Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S. 378.

⁵ Vgl. etwa Engisch (Fn. 1), S. 182 f.; Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 58; Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 63 ff., S. 87 ff.; Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, 1954, S. 25 f.; Rütbers, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl. 2005, S. 267.

⁶ Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885, S. 34; Groß, GA 1971, 13 (19); Hettinger/Engländer, FS Meyer-Goßner, 2001, S. 145 (152); Straßburg, ZStW 82 (1970), 948 (953).

⁷ Statt vieler Engisch (Fn. 1), S. 182; Kirchhof, NJW 1986, 2275; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 114: Auslegung und Rechtsfortbildung; Meyer-Ladewig, MDR 1962, 262 f.; Müller-Dietz, FS Maurach, 1972, 41 (42 f.); ähnlich Reinicke, JuS 1964, 421 (422); vgl. a. BVerfGE 34, 269 (287 f.); 65, 182 (190 f.).

⁸ Beispielsweise zu den Details der Garantenstellung die Begründung zu § 13 E 1962, BT-

gerichtshof ausführt, „[d]er gesetzgebenden Gewalt gebührt zwar durchaus der *Vorrang* bei der Rechtsetzung; diese ist ihr aber nicht *ausschließlich* vorbehalten“ und „[die Gesetzgebung] kann vielmehr ein Rechtsgebiet auch der Regelung durch Richterspruch überantworten.“⁹

Teile der Literatur bezeichnen eine solche richterliche Tätigkeit als „gesetzesergänzend“¹⁰ und leiten daraus weitergehende dogmatische Konsequenzen ab. Dem liegen wohl maßgeblich die Gedanken zu Grunde, dass die Auswirkungen einer solchen Rechtsprechung auf den Bürger sich nicht von denen eines Gesetzes unterscheiden¹¹ und dass die Rechtsprechung, soweit sie originär dem Gesetzgeber zugewiesene Aufgaben übernimmt, denselben verfassungsrechtlichen Beschränkungen unterliegen müsse wie der Gesetzgeber selbst.¹² Um dem ersten Teil des Beitrags vorwegzugreifen – diesen Gedanken scheint das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Untreueparagrafen¹³ aufgegriffen zu haben.

Auf der anderen Seite findet, wie in einer auf kodifiziertem Recht beruhenden Rechtsordnung zu erwarten, häufig eine strikte Trennung von Gesetz und Rechtsprechung statt; es soll allein das Gesetz, nicht aber die höchstrichterliche Rechtsprechung maßgeblich sein.¹⁴ Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bietet nun einen aktuellen Anlass, ebendies zu überdenken. Es ist allerdings weder Anspruch des Beitrags, diese Entwicklung – gerade auch im Hinblick auf die in Art. 97 Abs. 1 GG verbürgte Unabhängigkeit der Richter – zu bewerten, noch daraus folgende dogmatische Probleme umfassend zu erörtern. Er soll lediglich Denkanstöße geben.

Drs. IV/650, S. 124f.; zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit die Begründung zu § 17 E 1962, BT-Drs. IV/650, S. 130.

⁹ BGHZ 11, Anhang 34 (51); Hervorhebungen im Original.

¹⁰ *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT I, 8. Aufl. 1992, § 12 II 8; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2001, Art. 103 Rn. 39; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 2003, § 1 Rn. 36; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 103 II Rn. 53; *Straßburg*, ZStW 82 (1970), 948 (954); ähnlich *Krey* (Fn. 4), S. 80ff.: „normbildend“, „normvollendend“.

¹¹ *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1) § 2 Rn. 9; *Kohlmann*, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969, S. 274; *Müller-Dietz*, FS Maurach, S. 41 (43); *Neumann*, ZStW 103 (1991), 331 (336); *Mattil*, GA 1965, 129 (140); *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 9 Rn. 38; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT I (Fn. 10), § 12 II 8; vgl. auch *Straßburg*, ZStW 82 (1970), 948 (955).

¹² *Groß*, GA 1971, 13 (19); *Krabl*, NJW 1991, 808 (809); *Straßburg*, ZStW 82 (1970), 948 (954); vgl. spezifisch zum Rückwirkungsverbot *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 103 II Rn. 51; *Schmitz*, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 1 Rn. 33; allgemein BVerfGE 122, 248 (286, abw. M.).

¹³ *Beschluss* vom 23. 06. 2010, Az.: 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170ff.

¹⁴ S. etwa die nachgenannten Beispiele.

II. Der Begriff der gesetzesergänzenden Rechtsprechung

Eine einheitliche Definition des Begriffs der gesetzesergänzenden Rechtsprechung existiert nicht. Die Umschreibungen dürften allerdings im Kern zu deckungsgleichen Ergebnissen führen. Eine solche wird angenommen, „wenn eine einheitliche höchstrichterliche Rechtsprechung dieselbe Orientierungsfunktion [wie ein Gesetz] erfüllt“¹⁵, also die „strafrechtliche Reaktion vorhersehbar und berechenbar macht“¹⁶, „das strafrechtliche Unwerturteil modifiziert“¹⁷ oder eine „gesetzgeberische Funktion wahr[nimmt]“.¹⁸ Es geht also um eine Rechtsprechung, die gesetzgeberische Bestimmtheitsdefizite auszugleichen und in dem durch das unbestimmte Gesetz vorgegebenen Rahmen die letztendliche Entscheidung über die Strafwürdigkeit zu treffen hat.¹⁹ Ausdifferenzierte Abgrenzungskriterien werden hingegen selten²⁰, vom Bundesverfassungsgericht selbst überhaupt nicht, vorgeschlagen.

III. Seine Anerkennung durch das Bundesverfassungsgericht

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht den Begriff der gesetzesergänzenden Rechtsprechung nicht ausdrücklich aufgreift, sondern von einer gerichtlichen Obersatzbildung²¹ spricht, so ist doch dasselbe gemeint. Es geht um eine Rechtsprechung, die erst die Vorhersehbarkeit der staatlichen Reaktionen bei unbestimmten Tatbeständen schafft²² und in Einzelfällen die Grenze des Strafbaren festlegt.²³ Ihre Anerkennung wird durch drei in dem Urteil niedergelegte Neuierungen in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nahegelegt: die Übertragung des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG als Handlungsanweisung, des ebenfalls dort verfassten absoluten Rückwirkungsverbots und eines umfassenden verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfangs; Besonderheiten, die alle nach der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und auch der

¹⁵ *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT I (Fn. 10), § 12 II 8.

¹⁶ *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 10), Art. 103 Rn. 39; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 103 II Rn. 53.

¹⁷ *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 10), Art. 103 Rn. 39.

¹⁸ *Schmitz*, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 1 Rn. 33.

¹⁹ Vgl. etwa *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 1), § 1 Rn. 17, 51; *Mattil*, GA 1965, 129 (140); *Schmitz*, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 1 Rn. 33; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 103 II Rn. 53.

²⁰ S. aber die Vorschläge von *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 1), § 1 Rn. 52 ff.; *Straßburg*, ZStW 82 (1970), 948 (964).

²¹ Etwa BVerfGE 126, 170 (210).

²² BVerfGE 126, 170 (198 f.).

²³ Dass auch dies Aufgabe der Obersatzbildung sein soll, wird deutlich, wenn das Bundesverfassungsgericht davon spricht, dass diese die Strafbarkeit (BVerfGE 126, 170 [199]) bzw. den Anwendungsbereich der Norm (209) eingrenzt.

herrschenden Meinung in der Literatur allein dem Gesetz(geber) vorbehalten waren.

1. Die erweiterte Übertragung des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG

Den bisherigen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zufolge hat das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG nicht nur einen doppelten Zweck, nämlich die Vorhersehbarkeit staatlicher Reaktion sowie die Gewaltenteilung zu gewährleisten,²⁴ sondern zeitigt auch eine doppelte Wirkung. Es sei – so auch die herrschende Meinung in der Literatur –²⁵ „Handlungsanweisung an den Strafgesetzgeber und Handlungsbegrenzung für den Strafrichter zugleich.“²⁶

Die Handlungsanweisung an den Gesetzgeber handhabt das Bundesverfassungsgericht jedoch mit unterschiedlicher Strenge. Forderte es vereinzelt, der Bürger müsse „die Grenze des straffreien Raumes klar vor Augen“ haben,²⁷ relativiert es die Forderung danach, dass der Normadressat „Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände schon *aus dem Gesetz selbst*“ erkennen können müsse²⁸, oft noch in demselben Satz, in dem es die Vorhersehbarkeit erst aufgrund von Auslegung oder – gleich einem Verweis – aufgrund eines Rückgriffs auf eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung für ausreichend erachtet²⁹ oder es gar genügen lässt, wenn der Betroffene *in Grenzfällen* das

²⁴ St. Rspr., so etwa BVerfGE 75, 329 (341); 126, 170 (194f.) jeweils m. w. N.; ebenso die herrschende Auffassung in der Literatur, statt vieler *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG (Stand 1992), Art. 103 Abs. 2 Rn. 178 ff.; *Schünemann*, Nulla poena sine lege, 1978, S. 1 f., 9 ff., 29; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 103 II Rn. 38, jeweils m. w. N. auch zu abweichenden Auffassungen.

²⁵ Zum Adressaten des Bestimmtheitsgebots etwa *Dannecker*, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 180; *Engländer/Hettinger*, FS Meyer-Göfner, S. 145 (148); *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 103 Abs. 2 Rn. 103; *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 1), § 1 Rn. 14; *Schmitz*, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 1 Rn. 6, 39; a. A. *Kublen*, FS Otto, 2007, S. 89 (93): Der Bestimmtheitsgrundsatz richte sich primär an den Rechtsanwender; zur Schrankenwirkung für die Rechtsprechung *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Fn. 24), Art. 103 Abs. 2 Rn. 178; vgl. auch *Schmidhäuser*, GS Martens, 1987, S. 231 (245); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 103 II Rn. 46.

²⁶ BVerfGE 105, 135 (153).

²⁷ BVerfGE 32, 346, (362); 109, 133 (172).

²⁸ So etwa BVerfGE 105, 135, 153; BVerfG NJW 2008, 3346; NJW 2009, 2370 (2371); Hervorhebung durch Verf.

²⁹ St. Rspr., etwa BVerfGE 45, 363 (371 f.); 48, 48 (56); 73, 206 (234 ff.); 96, 68 (97 f.); BVerfG NJW 2000, 3417; NJW 2003, 1030; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 10), Art. 103 Rn. 33; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 103 II Rn. 40; kritisch *Dannecker*, in: LK-StGB (Fn. 25), § 1 Rn. 201: Die eigenständige Bestimmtheit der Norm drohe zugunsten ihrer bloßen Konkretisierungsfähigkeit aufgegeben zu werden; i. E. auch *Schünemann* (Fn. 24), S. 32 f.

„Risiko“³⁰ oder allgemein nun „die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen“³¹ kann. Diese Aufweichung ist damit zu erklären, dass anerkanntermaßen eine absolute gesetzliche Bestimmtheit angesichts der Anzahl und Divergenz der zu erfassenden Fälle nicht erreichbar ist.³² Das Bestimmtheitsgebot wird daher nur noch als ein Optimierungsgebot³³ verstanden, dessen Striktheit von unterschiedlichen Faktoren abhängt: neben der Vielgestaltigkeit der zu erfassenden Fälle beispielsweise auch dem Adressatenkreis der Regelung, der Schwere der Strafe, und ob es sich um strafbarkeitsbegründende Merkmale oder tatbestandsregulierende Korrektive zugunsten des Täters handelt.³⁴ In Bezug auf die Rechtsprechung verweist das Bundesverfassungsgericht auf den strengen Gesetzesvorbehalt, der die Strafgerichte auf die Rechtsanwendung beschränke³⁵ und der es der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt verwehre, „über die Voraussetzungen einer Bestrafung selbst zu entscheiden“³⁶ oder – ähnlich – „die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen.“³⁷ Nur vereinzelt lassen sich seine Darlegungen als Inpflichtnahme der Gerichte deuten, wenn es ausführt, dass „Unklarheiten [von Gesetzen] erst durch die Rechtsprechung oder weitere Gesetzgebung behoben werden müssen“³⁸ oder, tendenziell noch schwächer, „Zweifel [über das Bestehen einer Fahrerlaubnispflicht] – wie auch in anderen Fällen, in denen über die Anwendbarkeit von Normen auf Sachverhalte zu entscheiden ist – im Wege der Auslegung zu beheben [sind].“³⁹ Auf dieser Grundlage erscheint es noch offen, ob damit tatsächlich eine Handlungspflicht an die Rechtsprechung oder ob die Zwangsläufigkeit einer Verlagerung der endgültigen Entscheidung auf die Rechtsprechung gemeint ist.

Eindeutig sind dagegen die Formulierungen des besagten Urteils, wenn es davon spricht, die Rechtsprechung sei aus Art. 103 Abs. 2 GG zur Beseitigung

³⁰ BVerfGE 87, 209 (224); 92, 1 (12); 126, 170 (196); zustimmend *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 25), Art. 103 Abs. 2 Rn. 140; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 10), Art. 103 Rn. 33; kritisch *Dannecker*, in: LK-StGB (Fn. 25), § 1 Rn. 184.

³¹ BVerfGE 126, 170, 198 f.

³² Statt vieler BVerfGE 126, 170 (195) m. w. N.; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 10), Art. 103 Rn. 33

³³ *Dannecker*, in: LK-StGB (Fn. 25), § 1 Rn. 196; *Paeffgen*, in: NK-StGB (Fn. 1), Vor §§ 32 ff. Rn. 57; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 103 II Rn. 41; ähnlich *Schmidhäuser*, GS Martens, S. 231 (241): Gebot relativer Bestimmtheit.

³⁴ St. Rspr., vgl. BVerfGE 41, 314 (320); 92, 1 (12); 105, 135 (155 f.); 126, 170 (196); *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 21; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 10), Art. 103 Rn. 33; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 10), Art. 103 II Rn. 39; kritisch demgegenüber *Dannecker*, in: LK-StGB (Fn. 25), § 1 Rn. 190 m. w. N.; *Schünemann* (Fn. 24), S. 6 ff., 29 ff.

³⁵ BVerfGE 92, 1 (12).

³⁶ BVerfGE 87, 209 (224); ergänzt um den Fall der Auferlegung eines Bußgeldes BVerfGE 71, 108 (114).

³⁷ BVerfGE 75, 329 (341).

³⁸ BVerfG 14, 245 (253).

³⁹ BVerfGE 51, 60 (74).

von Unklarheiten „gehalten“. Noch deutlicher konstatiert es „eine besondere Verpflichtung [der Rechtsprechung], an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken“⁴⁰ und bezeichnet dieses als „Präzisionsgebots“⁴¹ – ein Begriff, den die Literatur teilweise zur Beschreibung der Verpflichtung des Gesetzgebers aus dem Bestimmtheitsgebots verwendet.⁴² Das Bundesverfassungsgericht leitet damit – in Einklang mit einer Auffassung in der Literatur –⁴³ aus Art. 103 Abs. 2 GG nun nicht mehr nur Schranken für die Rechtsprechung, sondern auch Handlungspflichten ab, legt ihr nicht, wie bisher, reine Verbote, sondern auch ein Gebot auf.⁴⁴ Es wird aber nicht nur der Adressatenkreis des Bestimmtheitsgebots erweitert. Jenes wird zugleich beschränkt, da nun nicht mehr die Bestimmtheit des Strafgesetzes verlangt wird, sondern bereits das zukünftige „Hineinwachsen“ in die Bestimmtheit bzw. eine solche Möglichkeit genügen soll. Die gesetzergänzende Rechtsprechung ist damit kein Gewohnheitsrecht; denn es fehlt an dem zeitlichen Moment langjähriger Übung.⁴⁵

2. Die Übertragung des Rückwirkungsverbots im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts kann sich die Änderung einer solchen, aus Art. 103 Abs. 2 GG gebotenen Rechtsprechung „über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes [...] hinausgehende[n] Anforderungen“ ausgesetzt sehen.⁴⁶ Mit diesem etwas vagen und kurzen Satz positioniert sich das Bundesverfassungsgericht mehr en passant in einem mittlerweile fünfzig Jahre andauernden Streit um die Anwendbarkeit des strengen Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG auf Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in dem der Gedanke der gesetzergänzenden Rechtsprechung maßgeblich entwickelt wurde. Das Bundesverfassungsgericht teilt damit eine vermittelnde Auffassung, die eine Anwendung des absoluten Rückwirkungsverbots auf Änderungen gesetzergänzender Rechtsprechung befürwortet.⁴⁷

⁴⁰ BVerfGE 126, 170 (198).

⁴¹ BVerfGE 126, 170 (198).

⁴² Etwa *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 1 Rn. 20.

⁴³ *Dunkel* (Fn. 2), S. 186f.; *Groß*, GA 1971, 13 (19); *Krey* (Fn. 1), S. 126f.; *Kuhlen*, FS Otto, S. 89 (103); nun auch *Gaede*, in: AnwK-StGB, 2011, § 1 Rn. 20.

⁴⁴ *Saliger*, NJW 2010, 3195 (3196) sieht darin eine Neuerung, *Krüger*, NStZ 2011, 369 (372) hingegen nur eine Formulierung des Gebots verfassungskonformer, restriktiver Auslegung in Zweifelsfällen.

⁴⁵ Zur Definition des Gewohnheitsrechts statt vieler BVerfGE 22, 114 (121).

⁴⁶ BVerfGE 126, 170 (199).

⁴⁷ *Groß*, GA 1971 13 (19); *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT I (Fn. 10), § 12 II 8; *Müller-Dietz*, FS Maurach, S. 41 (43); *Straßburg*, ZStW 82 (1970), 948 (958ff.); für eine Anwendung auf Rechtsprechungsänderungen im Allgemeinen – wenn auch hinsichtlich Umfang und Anlass differierend – *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT (Fn. 11), § 9 Rn. 38; *Eser*, in: Schönke/

Bisher gewährte das Bundesverfassungsgericht bei belastenden Rechtsprechungsänderungen in geringerem Maße Vertrauensschutz als bei Änderungen der Gesetzeslage und verneinte die Schutzwürdigkeit des Vertrauens bereits dann, wenn die bisherige Rechtsprechung stark umstritten war oder die Änderung hinreichend begründet wurde und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hielt.⁴⁸ Für eine Anhebung nun auf das Schutzniveau des Art. 103 Abs. 2 GG, und nicht etwa nur die bei Gesetzesänderungen zu berücksichtigenden Vertrauensgrundsätze, spricht vieles. Schon der Kontext legt es nahe, stehen die Ausführungen zum Rückwirkungsverbot doch in unmittelbarem Zusammenhang zur Inpflichtnahme der Rechtsprechung aus dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG. Nicht zuletzt wegen der engen Wechselwirkung der beiden Gewährleistungen⁴⁹ hätte das Bundesverfassungsgericht deutlich darlegen und begründen müssen, weshalb, soweit das Rückwirkungsverbot betroffen ist, nur ein abgeschwächter Schutz zu gewähren ist. Stattdessen stellt es die Anforderungen über jene aus den *allgemeinen* Vertrauensgrundsätzen. Dies kann dann aber nur die alle drei Staatsgewalten bindenden, relativen Vertrauensschutzgrundsätze und nicht nur die an die Rechtsprechung gestellten, noch weiter verminderten, bezeichnen, um sie dem spezifisch strafrechtlichen, absoluten Vertrauensschutz aus Art. 103 Abs. 2 GG gegenüberzustellen. Letztendlich hatte das Bundesverfassungsgericht eine eventuelle Übertragung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots auch schon 1990 angedeutet. So lehnte es in seiner Entscheidung zur Absenkung der BAK-Grenzwerte für die Annahme absoluter Fahrunsicherheit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – Auslöser der Diskussion um die Übertragbarkeit des absoluten Rückwirkungsverbots – dessen Anwendbarkeit auf eine solche Rechtsprechungsänderung ab, die „nur auf einer Änderung der Erkenntnisgrundlagen, nicht auf einem geänderten strafrechtlichen Unwerturteil [beruht].“ Die Grundsätze des Rückwirkungsverbots und des Vertrauensschutzes hinderten die Gerichte nicht, bestimmte Sachverhalte aufgrund neuer Erkenntnisse als tatbestandsmäßig zu qualifizieren.⁵⁰ Dies lässt im Umkehrschluss vermuten, dass eine das Unwerturteil betreffende Rechtsprechungsänderung erfasst sein soll.⁵¹

Schröder (Fn. 1), § 2 Rn. 9; Groß, GA 1971, 13 (19); Grunsky (Fn. 4), S. 14 ff.; Hanack, JZ 1967, 297 (300); Kohlmann (Fn. 7), S. 274 ff.; Krabl, NJW 1991, 808 (809); Mattil, GA 1965, 129 (140); Naucke, NJW 1986, 758 f. und 2321 ff.; Puppe, FS Rudolphi, 2004, S. 231 (234); wohl auch Engländer/Hettinger, FS Meyer-Goßner, S. 145 (149 ff.); Neumann, ZStW 133 (1991), 331 ff.

⁴⁸ BVerfGE 18, 224 (240); 38, 386 (397); 84, 212 (227); 122, 248 (277); ebenso Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG (Stand 2011), Art. 20 Rn. 102, 106.

⁴⁹ Statt vieler Groß, GA 1971, 13 (16); Müller-Dietz, FS Maurach, S. 41 (46).

⁵⁰ BVerfG, NJW 1990, 3140.

⁵¹ Dannecker, in: LK-StGB (Fn. 25), § 1 Rn. 435; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 2 Rn. 9; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 25), Art. 103 Abs. 2 Rn. 120; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Fn. 24), Art. 103 Abs. 2 Rn. 241.

Auch hier soll eine Bewertung nicht erfolgen. Es sei nur gestattet anzumerken, dass sich gegenüber dem ersten Aufkommen der Diskussion Ende der 60er und in den 70ern die Begründungslasten verändert haben dürften – nicht wegen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, sondern des ihr zugrundeliegenden Wandels. Anders als *Tröndle* 1977 noch meinte,⁵² dürfte es angesichts der zwar bereits früher monierten,⁵³ aber nun weiter fortschreitenden Zunahme unbestimmter Tatbestände⁵⁴ nicht mehr um ein Scheinproblem geringer praktischer Relevanz handeln.⁵⁵ Denn, wie *Groß* feststellte, hat „die Erscheinung des offenbar rückwirkenden Richterspruchs nicht im strafrechtlichen Rückwirkungsverbot, sondern im strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot ihren Sitz“.⁵⁶ Lässt das Bundesverfassungsgericht nun bereits solche Tatbestände als bestimmt gelten, bei denen der Einzelne nur die Möglichkeit der Strafbarkeit erkennen kann, und wird dadurch ein breiter Entscheidungsspielraum der Rechtsprechung eröffnet, wird das Problem virulent. Verändert hat sich zudem die höchstrichterliche Entscheidungspraxis. Starkes Argument der Gegner⁵⁷ einer Übertragung des absoluten Rückwirkungsverbots ist die Unvereinbarkeit eines sog. „prospective overruling“, d. h. der Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung, mit dem geltenden Prozessrecht.⁵⁸ Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung beschränkt sich aber mittlerweile nicht mehr auf schlichte Reaktion, sie wirkt auch immer stärker für die Zukunft ein. Dies betrifft nicht etwa nur die Hinweise an den neuen erstinstanzlichen Spruchkörper bei Zurückverweisungen;⁵⁹ vielmehr macht sie auch von obiter dicta in einer Weise Gebrauch, die

⁵² *Tröndle*, FS Dreher, 1977, S. 117 (123, 136).

⁵³ Schon 1933 *Hedemann* (Fn. 5), S. 1 ff.; *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 1 (7); *Naucke*, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973, S. 1 ff.; *Schünemann* (Fn. 24), S. 6; *Schreiber*, JZ 1973, 715 f.

⁵⁴ *Dannecker*, in: LK-StGB (Fn. 25), § 1 Rn. 442; *ders.* (Fn. 4), S. 377 spricht von einem Verfassungswandel.

⁵⁵ So auch *Engländer/Hettinger*, FS Meyer-Gofßner, S. 145 (153).

⁵⁶ *Groß*, GA 1971, 13 (16); zustimmend *Tröndle*, FS Dreher, S. 117 (136); vgl. auch *Krey* (Fn. 1), S. 126: „Die eigentliche Gefahr droht dem ‚nullum-crimen-Prinzip‘ vom allzu unbestimmten Strafgesetz.“; ähnlich *Müller-Dietz*, FS Maurach, S. 41 (46).

⁵⁷ BGHSt 41, 101 (111); *Arndt*, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 31 ff.; *Bockelmann*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Band 3, Allgemeiner Teil, 1958, S. 289; *Dannecker*, in: LK-StGB (Fn. 25), § 1 Rn. 442 ff., der stattdessen auf die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes zurückgreifen will; *ders.* (Fn. 4), S. 388 ff.; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 2 Rn. 7; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 4. Abschn. Rn. 80 ff.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 139 Fn. 46; *Krey* (Fn. 1), S. 119 Fn. 385; *Meyer-Ladewig*, MDR 1962, 262; *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 61; *Robbers*, JZ 1988, 481 (484 f.), der ebenfalls eine Lösung über den allgemeinen Vertrauensschutz vorzieht; *Rudolphi*, in: SK-StGB, 6. Aufl. (Stand 1997), § 1 Rn. 8; *Rüping*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff, BK-GG (Stand 1990), Art. 103 Abs. 2 Rn. 63; *Schünemann* (Fn. 24), S. 27 ff.; *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960, S. 80 ff.

⁵⁸ *Meyer-Ladewig*, MDR 1962, 262 (264); *Rudolphi*, in: SK-StGB (Fn. 57), § 1 Rn. 8; *Schünemann* (Fn. 24), S. 23 f.; *Tröndle*, FS Dreher, S. 117 (124 f.).

⁵⁹ Als Beispiel diene hier etwa das Mannesmann-Urteil des BGH vom 21. 12. 2005, 3 StR

nur dem Zweck dienen kann, den unterinstanzlichen Gerichten für die Zukunft Leitlinien an die Hand zu geben und bereits präventiv für Vereinheitlichung zu sorgen.⁶⁰ Auch wenn, anders als beim prospective overruling, das Gericht nicht gezwungen ist, in der Sache von der neuen Rechtsauffassung abweichend zu entscheiden,⁶¹ zeigt dies deutlich, dass der Rechtsprechung ein in die Zukunft gerichtetes Handeln nicht mehr fremd ist. Davon abgesehen gilt nach wie vor: Gebietet die Verfassung, sowohl das absolute Rückwirkungsverbot auf die Rechtsprechung anzuwenden, als auch deren Fortentwicklung zu ermöglichen, so sind im Prozessrecht entsprechende Vorkehrungen zu treffen.⁶²

3. Die Erweiterung des verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfangs

Bezüglich dieser gesetzsergänzenden Obersatzbildung nimmt sich das Bundesverfassungsgericht schließlich eine erhöhte Kontrolldichte heraus. Unter dem Schlagwort, keine Superrevisionsinstanz zu sein,⁶³ hatte es sich, wenn auch nicht in praxi,⁶⁴ so doch in seinen Formulierungen bei der Überprüfung strafgerichtlicher Urteile auf die Einhaltung der Wortlautgrenze und eine reine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt.⁶⁵ Eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts sei erst bei einer objektiv unhaltbaren und damit willkürlichen Auslegung gegeben.⁶⁶ Bei der Präzisierung der Norm durch Obersatzbildung gehe es aber nun um die verfassungsrechtliche Frage der Abgrenzung von Judikative und Exekutive.⁶⁷ Das Verfassungsgericht sieht sich daher ermächtigt zu prüfen, ob die Gerichte die entwickelten Obersätze beibehalten und innerhalb des Gesetzes folgerichtig weiterentwickelt und bei der Beurteilung des Falles angewandt haben.⁶⁸ Allein die inhaltliche Kontrolle eines – gegebenenfalls in höchstrichterlichen Obersätzen – gefestigten Normverständnisses soll auf die Überprüfung auf evidente Ungeeignetheit zur Konturierung der Norm be-

470/04, Rn. 78ff., nicht abgedruckt in BGHSt 50, 331ff.; jedoch BGH NJW 2006, 522 (530f).

⁶⁰ Als Beispiel sei genannt BGHSt 42, 205: Das eine andere Fallgestaltung betreffende obiter dictum ist ebenso lang wie die Beantwortung der Vorlagefrage.

⁶¹ *Tröndle*, FS Dreher, S. 117 (128); allerdings ist dies schließlich auch dem Gesetzgeber bei der Neuschaffung von Gesetzen verwehrt, so dass für den Richter gleiches gelten könnte, vgl. *Grunsky* (Fn. 4), S. 10.

⁶² *Hettinger/Engländer*, FS Meyer-Gofner, S. 145 (153f.); *Müller-Dietz*, FS Maurach, S. 41 (48).

⁶³ St. Rspr., etwa BVerfGE 122, 248 (abw. M.) m. w. N.; BVerfG NJW 2005, 1344.

⁶⁴ *Becker*, HRRS 2010, 383 (386).

⁶⁵ BVerfGE 96, 375 (395); 122, 248 (258); BVerfG WM 2011, 857 (858); Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG (Stand 2011), § 90 Rn. 277.

⁶⁶ BVerfGE 57, 39 (41f.); 64, 389 (394); *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Fn. 24), Art. 103 Abs. 2 Rn. 193.

⁶⁷ BVerfGE 126, 180 (199).

⁶⁸ BVerfGE 126, 170 (199).

grenzt sein.⁶⁹ Auch damit wird eine Parallele zur Gesetzgebung gezogen: Wenn das Bundesverfassungsgericht die Beibehaltung der Obersatzrechtsprechung und deren Anwendung auf den Einzelfall überprüft, dann entspricht dies der Kontrolle der Einhaltung der Wortlautgrenze einer Strafnorm, und wenn es sich bei der inhaltlichen Prüfung auf eine reine Evidenzkontrolle der Ungeeignetheit zur Konturierung der Norm zurückzieht, so gleicht dies der Achtung des gesetzgeberischen Ermessensspielraums⁷⁰ hinsichtlich der Zweckmäßigkeit einer Regelung, nur dass bei der Obersatzbildung der Zweck, die Konkretisierung der Norm, vorgegeben ist. Die Erweiterung des Prüfungsumfangs wird die Anzahl der Wiederaufnahmen gem. § 79 Abs. 1 BVerfGG erhöhen, einer Vorschrift, die Gesetz und Auslegung ohnehin schon gleichbehandelt. Auch dies ist kein neuer Gedanke; nunmehr stammt er allerdings aus der Mitte des personengleich besetzten Senats selbst, erinnern die Ausführungen des Untreueurteils doch stark an das Minderheitenvotum in der Entscheidung zur Rügeverkümmern im Strafverfahren.⁷¹

IV. Zur Behandlung im Straf- und Strafverfahrensrecht

Mit der Übertragung des absoluten Rückwirkungsverbots und der Erweiterung der verfassungsgerichtlichen Prüfungsdichte hat das Bundesverfassungsgericht selbst – rein verfassungsrechtliche – Folgerungen aus der Anerkennung gesetzergänzender Rechtsprechung gezogen, die wiederum den Rückschluss auf die bedingte Gleichstellung von Obersatzrechtsprechung und Gesetzen zulassen. Dies auf der Ebene einfachen Rechts weiterzutreiben, ist bei einem Teil der angesprochenen Vorschriften nichts anderes als deren analoge Anwendung zugunsten des Bürgers. Das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke liegt nahe, sah sich der Gesetzgeber vor der Entscheidung wohl nicht veranlasst, sich mit den Folgen einer derart gravierenden Kompetenzverschiebung zur Rechtsprechung hin zu befassen. Die Vergleichbarkeit der Interessenlagen wird im Folgenden auf drei Grundgedanken zurückgeführt: 1. Das Bundesverfassungsgericht sucht, mit den vorgenannten Schutzmechanismen diejenigen Nachteile auszugleichen, die durch die Hinnahme unbestimmter Tatbestände und damit die Kompetenzverschiebung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung entstehen können. Übt die Rechtsprechung die originär gesetzgeberische Aufgabe der Normschaffung aus, ob man eine Delegation dieser Befugnis oder eine faktische Verlagerung annimmt, so muss sie dabei den identischen Schranken un-

⁶⁹ BVerfGE 126, 170 (200).

⁷⁰ S. dazu etwa BVerfGE 109, 64 (86); BVerfG NJW 2004, 2363 (2367); Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauß, GG (Fn. 10), Art. 93 Rn. 28.

⁷¹ Vgl. BVerfGE 122, 248 (284 ff., abw. M.).

terliegen;⁷² denn als nicht originär zuständige Gewalt können ihre Kompetenzen nicht weitergehen als die des eigentlich legitimierten Gesetzgebers, und Letzterer kann nicht mehr delegieren, als ihm selbst zusteht. Dies gilt insbesondere im Verhältnis zum Bürger. 2. Dient die gesetzsergänzende Rechtsprechung dazu, die Vorhersehbarkeit staatlicher Reaktionen zu gewährleisten, sind solche Normen, die an eben die Vorhersehbarkeit auf Gesetzesgrundlage anknüpfen, zugunsten des Täters analog auf die gesetzsergänzende Rechtsprechung anzuwenden. 3. Die Verlagerung folgt daraus, dass sich der Gesetzgeber seiner eigentlichen Verantwortung zumindest teilweise begeben und die endgültige Wertentscheidung über die Strafbarkeit eines Verhaltens der Rechtsprechung überantwortet hat. Einer solchen Rechtsprechung kommt damit nicht rein faktisch⁷³, sondern auch normativ Orientierungsfunktion zu. Soweit eigentlich eine gesetzgeberische Wertentscheidung vorausgesetzt wird, ist auch diejenige, welche die Rechtsprechung in der Obersatzbildung trifft, als maßgebliche miteinzubeziehen.

Dies alles gilt nur unter dem Vorbehalt der Einheitlichkeit der Obersätze. Anders als bei der Gesetzgebung liegt deren Schaffung in mehreren Händen, will man die Aufgabe nicht allein etwa dem Großen Senat für Strafsachen anvertrauen. Eine perplexere Rechtsprechung vermag weder verbindliche Wertentscheidungen vorzugeben noch Vorhersehbarkeit zu gewährleisten und ist daher dem Gesetz nicht vergleichbar. Dem kann nur durch Vorlagen gem. §§ 121 Abs. 2, 132 Abs. 2 GVG vorgebeugt werden.

1. Strafrecht

a) Intertemporales Strafrecht

aa. Wie schon mit der Anwendung des Rückwirkungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG angerissen, soll eine Gleichsetzung von Gesetz und gesetzsergänzender Rechtsprechung im Bereich des intertemporalen Strafrechts erfolgen. Eine analoge Anwendung des auf Gesetzesänderungen begrenzten § 2 Abs. 1 StGB auf strafschärfende Änderungen gesetzsergänzender Rechtsprechung ist nur konsequente Folge der Übertragung des absoluten Rückwirkungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG, wird in der einfachgesetzlichen Vorschrift doch teilweise eine Konkretisierung oder Wiederholung ebendessen gesehen.⁷⁴ Eine rückwirkende „Anwendung“ schärferer Obersätze ist ausgeschlossen. Auch die An-

⁷² Vgl. Fn. 12.

⁷³ Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 2 Rn. 9; Kohlmann (Fn. 4), S. 274; Müller-Dietz, FS Maurach, S. 41 (43); Neumann, ZStW 103 (1991), 331 (336); Mattil, GA 1965, 129 (140); Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 104; vgl. auch Straßburg, ZStW 82 (1970), 948 (955).

⁷⁴ Dannecker, in: LK-StGB (Fn. 25), § 2 Rn. 4; Hassemer/Kargl, in: NK-StGB (Fn. 1), § 2 Rn. 6; differenzierend Rudolphi, in: SK-StGB (Fn. 57), § 2 Rn. 1.

wendung des Abs. 2 ist dann zwingend, sei es, dass man der Vorschrift ohnehin keine eigenständige Bedeutung gegenüber Abs. 1 beimisst,⁷⁵ sei es, dass man sie als weitere Konkretisierung des Abs. 1 StGB ansieht.⁷⁶

Die Diskussion zur Anwendung des absoluten Rückwirkungsverbots auf gesetzesergänzende Rechtsprechung konzentriert sich auf den Fall, dass eine *bestehende* Rechtsprechung verschärft wird. Erörterungsbedürftig sind aber auch diejenigen Fälle, in denen die Rechtsprechung *erstmalig* einen die Strafbarkeit des zu beurteilenden Verhaltens behaftenden Obersatz bildet. Denn vor jeglicher richterlichen Einschränkung wäre sämtliches vom unbestimmten Wortlaut der Norm erfasste Verhalten strafbar. Eine die Wortlautgrenze achtende Rechtsprechung wirkte damit nie belastend und könnte uneingeschränkt rückwirkend angewandt werden. Es wäre aber zu erwägen, ob nicht durch die Obersatzbildung die Norm erst fertiggestellt, ob sie nicht erst durch die Wertentscheidung der Gerichte für die Strafbarkeit existent wird. So führte der Bundesgerichtshof zu Blankettgesetzen – freilich für den Fall der *Änderung* der ausfüllenden Norm – aus: „Zum ‚Strafgesetz‘ wird die Sanktionsnorm erst durch den der Ausfüllungsnorm zu entnehmenden Tatbestand, ohne den die Blankettstrafdrohung funktionslos wäre.“⁷⁷ Wird der Tatbestand – in der Praxis wohl nicht zu erwarten – erst durch die Ausfüllung des Blanketts fertiggestellt, so ist demnach jegliches Verhalten vor Ausfüllung wegen des Verbots rückwirkenden Strafens straflos. Und ließe sich dieser Gedanke auf die gesetzesergänzende Rechtsprechung übertragen, gälte das unbestimmte Strafgesetz nicht schon ab Inkrafttreten des Gesetzes, sondern der Rechtskraft des Obersatzbildenden Urteils. Wenn dann aber alles vorherige Verhalten straflos wäre, dann wäre das Obersatzbildende Gericht auf einen Freispruch mit Ankündigung einer zukünftigen Poenalisierung beschränkt – wenn denn überhaupt Staatsanwaltschaft und erstinstanzliches Gericht einen hinreichenden Tatverdacht angenommen haben. Das Gericht⁷⁸ könnte nur eröffnen, wenn sich das Verhalten unter einem anderen Obersatz oder gar anderen Tatbestand als strafbar darstellt. Denn auch das Bedürfnis eines prospective overruling kann Verfahren gegen offensichtlich Freizusprechende nicht rechtfertigen. Zudem wäre schwierig abzugrenzen, wie weit die bisherigen Obersätze reichen und ob sie nicht schon den zu beurteilenden Fall erfassen. Letztendlich erfolgt ihre Bildung am Einzelfall, und es mag im Einzelnen schwer zu beurteilen sein, wie viele Variablen verändert werden dürfen, ohne ihre Anwendbarkeit auszuschließen. In des dürfte der Fall des ergänzungsbedürftigen Tatbestandes von dem des Blankettgesetzes zu unterscheiden sein. Während Blankettgesetze die Ausfüllung

⁷⁵ *Jakobs*, AT (Fn. 57), 4. Abschnitt Rn. 58; *Schmitz*, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 2 Rn. 12.

⁷⁶ *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 1), § 2 Rn. 14.

⁷⁷ BGHSt 20, 177 (181).

⁷⁸ Zur Bindung der Staatsanwaltschaft s. 2. a.

vollständig einer anderen Instanz überlassen,⁷⁹ und dem Einzelnen auf Grundlage allein der Blankettnorm die Vorhersehbarkeit staatlicher Reaktion schlicht unmöglich ist, so geben unbestimmte Tatbestände doch einen Rahmen potentiell strafbaren Verhaltens vor, indem sie grundlegend das zu schützende Rechtsgut bezeichnen und ein tatbestandliches Verhalten umschreiben. Das Risiko einer Strafbarkeit ist damit greifbarer, die strafrechtliche Sanktionierung vorhersehbarer. Es scheint gerechtfertigt, den Schutz des Bürgers gegenüber dem bei Blankettgesetzen abzustufen. Die *Neubildung* eines Obersatzes ist als Konkretisierung des strafrechtlichen Unwerturteils zu verstehen, das nicht strafschärfend wirkt. Dies steht nicht im Widerspruch zur Anwendung des Rückwirkungsverbots auf *Änderungen* bestehender Obersätze. In diesem Fall ist das Vertrauen des Bürgers konkretisiert; die Rechtsprechung bietet ihm eine Leitlinie, auf die er vertrauen darf. Soweit es dann um die Abgrenzung von Obersatzneubildung und Obersatzänderung geht, bietet es sich aufgrund der Gleichstellung mit Gesetzen an, auf die zu § 2 Abs. 3 StGB entwickelten – freilich umstrittenen⁸⁰ – Kriterien zur Abgrenzung von Gesetzesänderungen einerseits und Gesetzesstreichung und -neuschaffung andererseits zurückzugreifen, deren detaillierte Darstellung den Rahmen dieser Darlegungen sprengen würde.

bb. Geringfügig größer ist, soweit die Anwendbarkeit betroffen ist, der Begründungsaufwand in Bezug auf die Übertragbarkeit von § 2 Abs. 3 StGB. Das dort geregelte Meistbegünstigungsprinzip ist keine Konkretisierung des Rückwirkungsverbots, sondern hebt es für den Fall einer Gesetzesänderung zum Mildereren hin auf⁸¹ und schließt so eine nachteilige Wirkung dessen aus,⁸² ordnet gar ein Rückwirkungsgebot an.⁸³ Soweit es, wie das Bundesverfassungsgericht bei der Untreue wohl vor Augen hatte, um die Konkretisierung eines unbestimmten Tatbestands geht, wird die Milderung der Rechtsprechung wohl maßgeblich in der Aufgabe des strafbarkeitsbejahenden Obersatzes liegen. Denkbar ist aber auch die Entwicklung von Obersätzen zur Strafzumessung. Erfasst der Tatbestand verschiedenste Verhaltensweisen, so wird auch der Strafraumen weit gefasst sein. Dem Einzelnen mag noch vorhersehbar sein, *dass* eine staatliche Reaktion erfolgen wird; ihr Ausmaß wird er kaum abschätzen können. Es wäre Aufgabe der Rechtsprechung, innerhalb des Rahmens, Regelbeispielen vergleichbar, Leitlinien zur Strafzumessung zu entwickeln. Als Beispiel sei hier die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Steuerhinterziehung genannt, der

⁷⁹ Dannecker, in: LK-StGB (Fn. 25), § 1 Rn. 148.

⁸⁰ Vgl. zum Stand der Diskussion etwa Dannecker, in: LK-StGB (Fn. 25), § 2 Rn. 62 ff.; Schmitz, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 2 Rn. 22 ff.

⁸¹ So die Begründung zu § 2 E1962, BT-Drs. IV/650, S. 107; Hassemer/Kargl, in: NK-StGB (Fn. 1), § 2 Rn. 3; Rudolphi, in: SK-StGB (Fn. 57), § 2 Rn. 1; Schmitz, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 2 Rn. 17; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 2 Rn. 2 sehen darin keine Durchbrechung, da ohnehin nur eine Rückwirkung zu Lasten des Täters verboten sei.

⁸² Hassemer/Kargl, in: NK-StGB (Fn. 1), § 2 Rn. 1.

⁸³ Rudolphi, in: SK-StGB (Fn. 57), § 2 Rn. 5.

zufolge grundsätzlich bei einem sechsstelligen Hinterziehungsbetrag eine Freiheitsstrafe und bei einem Hinterziehungsbetrag in Millionenhöhe eine nicht mehr aussetzungsfähige Freiheitsstrafe zu verhängen sei.⁸⁴ In der Aufhebung einer solchen Untergrenze, aber auch in der Statierung einer Obergrenze, läge dann ebenfalls eine Milderung.

Die Anwendbarkeit des Meistbegünstigungsprinzips auf solche Rechtsprechungsänderungen lässt sich nicht mit den auch in der Entscheidung anklingenden Erwägungen zum Schutz des Bürgers vor unvorhersehbaren staatlichen Reaktionen begründen. Er kann sein Verhalten nur an der im Tatzeitpunkt „geltenden“ gesetzesergänzenden Rechtsprechung ausrichten; wird ihm die Milderung versagt, so folgt auf sein Verhalten gerade die im Tatzeitpunkt vorhergesehene Reaktion. Für die Übertragung spricht zunächst allerdings der enge Regelungszusammenhang zu den vorherigen Absätzen und das Telos des Meistbegünstigungsprinzips. Ihm liegt nach herrschender Auffassung der Gedanke zu Grunde, dass die neugeschaffene Norm die „richtige, geläuterte Kriminalkonzeption“ enthält, sei es, weil der Gesetzgeber nicht mehr an der abgelösten Norm und ihrer Strenge festhält, so dass die Anwendung der überkommenen Wertung der materiellen⁸⁵ bzw. verhältnismäßigen⁸⁶ Gerechtigkeit widerspräche, sei es, weil der Gesetzgeber die Strafe aus spezial- oder generalpräventiven Gründen für nicht mehr angemessen erachtet.⁸⁷ Wird die Wertentscheidung auf die Rechtsprechung verlagert, kann für sie nichts anderes gelten. Sonst wirkte eine überkommene Rechtsprechung länger nach als ein Gesetz, eine neue hingegen schwächer. Zudem ginge, wie auch beim Rückwirkungsverbot, die Unbestimmtheit des Gesetzes zu Lasten des Bürgers. Denn wäre allein der Wortlaut des Gesetzes maßgeblich, so verlöre der Einzelne in dessen unbestimmten und zumeist weiten Rahmen den Schutz durch § 2 Abs. 3 StGB. Andere begründen das Meistbegünstigungsprinzip mit Vertrauensschutzerwägungen.⁸⁸ Die Begünstigung des Bürgers soll nicht davon abhängen, zu welchem – von ihm nicht beeinflussbaren – Zeitpunkt er verurteilt wird.⁸⁹ Befürchtet wird gar ein Zwang zur Selbstbelastung, um noch in den Genuss der Geltung des mildereren Gesetzes zu kommen, was dem *nemo-tenetur*-Grundsatz sowie

⁸⁴ BGHSt 53, 71 (86).

⁸⁵ Von *Maurach/Zipf* (Fn. 10), § 12 Rn. 12, vielfach zitiert als „Vergewaltigung der materiellen Gerechtigkeit“ bezeichnet; ebenso *Rudolphi*, in: SK-StGB (Fn. 57), § 2 Rn. 1.

⁸⁶ *Dannecker*, in: LK-StGB (Fn. 25), § 2 Rn. 55 f.; *Schroeder*, FS Bockelmann, 1979, S. 785 (789); kritisch *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 1), § 2 Rn. 21 ff.; *Mitsch*, NStZ 2007, 33 (34).

⁸⁷ *Dannecker*, in: LK-StGB (Fn. 25), § 2 Rn. 55 f.; *Schroeder*, FS Bockelmann, S. 785 (789); vgl. a. RGSt 21, 294 f.

⁸⁸ *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 1), § 2 Rn. 23; *Jakobs*, AT (Fn. 57), 4. Abschnitt Rn. 68.

⁸⁹ Begründung zu § 2 E1962, BT-Drs. IV/650 S. 107; *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 1), § 2 Rn. 23; *Rudolphi*, in: SK-StGB (Fn. 57), § 2 Rn. 6.

dem Verjährungsinstitut entgegenliefe.⁹⁰ Dies gilt bei Änderungen der Obersatzbildung in erhöhtem Maße. Dem Betroffenen bleibt nicht einmal die Zeit zwischen Ankündigung des Gesetzesvorhabens und Inkrafttreten des Gesetzes, und hält sich die neue Rechtsprechung im Rahmen der zum Tatzeitpunkt „geltenden“, hilft ihm auch die Übertragung des Rückwirkungsverbots nicht. Aus dem Vorgesagten wird zudem deutlich, dass bei einer Änderung des durch gesetzsergänzende Rechtsprechung konkretisierten *Gesetzes* selbst auch die Obersätze, und nicht nur die um ungeschriebene Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründe erweiterte Gesetzeslage⁹¹ der konkreten Rechtsfolgenbestimmung im Milderungsvergleich zugrunde zulegen sind.

Bei einer einfachen Milderung bedeutet dies für die Rechtsprechung in beiden Fällen letztendlich nur, dasjenige zu tun, was ihr ohnehin nahe liegt – die „geltende“ gesetzsergänzende Rechtsprechung „anzuwenden“. Enttäuscht werden kann lediglich das nicht schutzwürdige⁹² Vertrauen der Strafverfolgungsbehörden in die Strafbarkeit des Verhaltens. Besonderheiten begründet § 2 Abs. 3 StGB damit letztendlich nur bei einer mildesten Zwischenrechtsprechung, zumal der Fall einer Zeitrechtsprechung analog Abs. 4 nicht denkbar ist. Zur Abgrenzung von tatbestandlichen Modifizierungen zu Tatbestandsstreichungen und -neuschaffungen durch Obersatzbildung kann auch hier erneut auf den Diskussionsstand zu Gesetzesänderungen verwiesen werden. Dies gilt nun aber auch für den Fall erstmaliger Konkretisierung: Hält sich die neue Rechtsprechung im gesetzlichen Rahmen, so greift sie nur einen im Gesetz enthaltenen Unrechtsaspekt auf. Der Fall unterscheidet sich demnach nicht von einem solchen, in dem ein neues Gesetz die Strafbarkeit gegenüber der vorherigen Rechtslage beschränkt.⁹³

b) Vorsatz und Irrtümer

aa. Nach § 16 Abs. 1 StGB beinhaltet Vorsatz die Kenntnis der Umstände, die zum *gesetzlichen* Tatbestand gehören. Erforderlich ist damit eine Deckungs-

⁹⁰ *Mitsch*, NStZ 2006, 33 (34); zustimmend *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 1), § 2 Rn. 23.

⁹¹ So wohl dem Gesetzeswortlaut gemäß die h. M., vgl. etwa die Begründung zu § 2 E1962, BT-Drs. IV/650, S. 107; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 2 Rn. 18, 28; *Schmitz*, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 2 Rn. 10, 20; allenfalls in Darlegungen, maßgeblich seien die Strafen, die der Täter unter der Herrschaft des alten wie des neuen Rechts zu erwarten hätte (*Sommer*, Das „mildeste Gesetz“ im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB, 1979, S. 82 f.) oder der Ausgang des Verfahrens, wenn es unter der Geltung des mildesten Gesetzes stattgefunden hätte (*Mitsch*, NStZ 2006, 33 [34]), kann eine Einbeziehung auch der jeweiligen Auslegung in den Rechtsfolgenvergleich hineingedeutet werden.

⁹² *Grunsky* (Fn. 4), S. 18.

⁹³ Eine Fortsetzung der bisherigen Strafbarkeit behauptend *Schmitz*, in: MüKo-StGB (Fn. 10), § 2 Rn. 27; verneinend *Rudolphi*, in: SK-StGB (Fn. 57), § 2 Rn. 10; *Schroeder*, FS Bockelmann, 1979, S. 785 (796 ff.).