

Die besonders schweren Fälle und Regelbeispiele im Strafgesetzbuch

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen Juristischen Fakultät der
Universität zu Köln

Vorgelegt von

Esko Horn

Referendar aus Aachen

2001

Berichterstatter: Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch
Professor Dr. Klaus Bernsmann

Vorwort

Die Arbeit wurde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Juni 2001 als Dissertation vorgelegt.

Bis September 2001 veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wurde, soweit möglich, berücksichtigt.

Ich empfinde es nicht als Pflichtübung, sondern als Freude, denen Dank zu sagen, ohne die eine Veröffentlichung dieses Buches unmöglich gewesen wäre. Persönlich danken möchte ich meinen Eltern, die mir während der Jahre meines Studiums neben meiner Frau geholfen haben, den gewählten Berufsweg zu gehen, wie auch meinen Schwiegereltern, die mir ebenfalls immer wieder wesentliche Impulse gaben.

Fachlich danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Hirsch für die Überlassung des Themas und die fürsorgliche Betreuung während der Arbeit sowie die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Zudem sei Dank gerichtet an meinen Kommilitonen Frank Verfürth, welcher den bisher längsten juristischen Weg mit mir gegangen ist sowie dem Referendar Christian Sobczak, welcher die Arbeit Korrektur gelesen hat. Nicht vergessen möchte ich Herrn Dr. Rolf Krüger, welcher als Repetitor bei Alpmann und Schmidt in Münster mein Strafrechtsverständnis wesentlich mitgeprägt hat.

Letztens sei auch meinem Freund Michael Best gedankt, welcher die Arbeit „internettauglich“ und damit veröffentlichungsfähig gemacht hat.

Ganz besonders bin ich meiner Frau zum Dank verpflichtet. Sie hat mich während der gesamten Dauer der Anfertigung dieser Arbeit in jeder Hinsicht unterstützt und Belastungen von mir ferngehalten. Ihr widme ich meine Arbeit.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	1
II.	Die historische Entwicklung der besonders schweren Fälle und der Regelbeispielstechnik	5
A.	Das StGB von 1871	5
B.	Das StGB von 1933 bis 1945	7
C.	Entwicklungen nach 1945 bis 1962	8
D.	Der E 1962 und der Alternativentwurf	8
E.	Das 6. StrRG	10
III.	Die Problematik der besonders schweren Fälle	13
A.	Gesetzgeberische Intention	13
B.	Unterschiede zwischen besonders schweren Fällen mit und ohne Regelbeispielen	15
C.	Die sich ergebende Problematik	16
1.	Rechtsnatur der besonders schweren Fälle	20
a)	Einordnung der „besonders schweren Fälle“ als Tatbestände	21
b)	Charakterisierung der „besonders schweren Fälle“ als Strafzumessungsregeln	22
c)	Einordnung der „besonders schweren Fälle“ als etwas anderes, drittes	24
d)	Stellungnahme	25
2.	Zwischenergebnis	27
D.	Frage der Vereinbarkeit der derzeitigen Ausgestaltung der besonders schweren Fälle mit dem geltenden Recht, insbesondere mit Art. 103 Abs. 2 GG	28
1.	Zweck des Satzes nullum crimen sine lege	29
2.	Das Bestimmtheitsgebot	29
a)	Inhalt und Bedeutung	29
(1)	Bestimmtheit bei Ausschöpfung sprachlicher Möglichkeiten	31
(2)	Quantitativer Ansatz	32
(3)	Bestimmtheit bei Vorliegen eines Verletzungstypus	33
(4)	Unterscheidungskriterien nach herrschender Lehre und Rechtsprechung	37
(a)	Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit	38

(b) Möglichkeit rein logischer Subsumtion und eindeutiger Sinn-ermittlung	39
(5) Kritik	41
b) Geltung für besonders schwere Fälle	42
c) Umfang der Geltung	44
d) Verletzung des Bestimmtheitsgebotes	46
(1) Bundesverfassungsgericht	48
(2) Übrige Rechtsprechung	50
(3) Literatur	51
(a) Vertreter der Wahrung des Bestimmtheitsgebotes	51
(b) Vertreter der Unbestimmtheit	55
(4) Stellungnahme	58
(5) Zwischenergebnis	65
3. Das Analogieverbot	66
4. Rückwirkungsverbot	75
5. Demokratieprinzip/Gewaltenteilungsprinzip	79
6. Zwischenergebnis	82
E. Frage der Vereinbarkeit der Rechtsfigur der besonders schweren Fälle als solcher mit Verfassungsrecht	83
1. Die Ausgangslage strafrechtlicher Sanktionierung	84
2. Widersprüche in der Rechtsprechung sowie den gesetzlichen Normen hinsichtlich der Einordnung der besonders schweren Fälle als Strafzumessungsregeln	86
a) Einordnung der besonders schweren Fälle durch die Rechtsprechung	87
(1) Kriterien für die Annahme eines besonders schweren Falles	88
(2) Besonders schwere Fälle und Vorsatz	88
(3) Besonders schwere Fälle und Versuch	92
(4) Besonders schwere Fälle und Tatbeteiligung	94
(5) Besonders schwere Fälle und Konkurrenzen	96
(6) Besonders schwere Fälle und Urteilstenorierung	97
(7) Bindung an Feststellungen bzgl. besonders schwerer Fälle bei Rechtsmitteln	99
b) Zwischenergebnis	100

c) Einordnung der besonders schweren Fälle durch den Gesetzgeber	101
(1) Strafraumenüberlappung	101
(2) Betrachtung von der „Voraussetzungsseite“	109
d) Zwischenergebnis	117
3. Differenzierung anhand von § 46 Abs. 2	119
4. Fragwürdigkeit der gesetzlichen Qualifikationstatbestände	121
5. Stimmigkeit des Gesetzes	125
a) Gleichsetzung besonders schwerer Fälle und Qualifikationen	126
b) Analogieerlaubnis auch für Qualifikationen	127
6. Analoge Subdogmatik	131
7. Bedenken an der Wirksamkeit der Technik der besonders schweren Fälle	132
a) Praxisnotwendigkeit	132
b) Verminderter Opferschutz	134
8. Motive des Gesetzgebers, wann er besonders schwere Fälle, und wann er Qualifikationen annimmt	136
9. Problematik des Doppelverwertungsverbot	137
IV. Zwischenergebnis der Zulässigkeit besonders schwerer Fälle	139
V. Eigene Lösungsansätze	141
A. Lösungsmöglichkeiten für Strafschärfungen	142
B. Erfordernis eines Korrektivs	145
1. Privilegierungen	148
2. „Offene“ Strafmilderungen	150
VI. Ergebnis der Untersuchung	156

Literaturverzeichnis

Arzt, Gunther

Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen
JuS 1972, S. 385 ff
JuS 1972, S. 515 ff
JuS 1972, S. 576 ff

Arzt, Gunther

Anmerkung zu BGH Beschluß v. 22.08.1984 – 3 StR 209/84
StV 1985, S.104

Baumann, Jürgen

Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten
Delikte
ZStW 70, S. 227 ff

Baumann, Jürgen/
Weber, Ulrich

Strafrecht Allgemeiner Teil
9. Aufl.
Bielefeld, 1985

Baumann, Jürgen/
Weber, Ulrich/
Mitsch, Wolfgang

Strafrecht Allgemeiner Teil
10. Aufl
Bielefeld, 1995

Beling, Ernst

Die Lehre vom Verbrechen
Tübingen, 1906

Boers, Hans

Rückwirkende Anwendung der 1,3 Promille-Grenze
NJW 1967, S. 1310 ff

Braunsteffer, Heike

Die Problematik der Regelbeispieltechnik im Strafrecht
Mannheim, 1976
Dissertation
Zit.: Regelbeispieltechnik im Strafrecht

Bruns, Hans-Jürgen

Strafzumessungsrecht
2. Aufl.
Köln, Berlin, 1974

Bruns, Hans-Jürgen

Zum Verbot der Doppelverwertung von
Tatbestandsmerkmalen oder strafrahmenbildenden
Umständen (Strafbemessungsgründen)
Festschrift für Hellmuth Mayer
S. 353 ff
Berlin, 1973

Busch

Die Problematik des erschwerten Diebstahls
Dt. Beiträge zum VII. intern. Strafrechtskongreß 1957,
Sonderheft der ZStW 69, S. 101 ff

Calliess, Rolf-Peter

Die Rechtsnatur der „besonders schweren Fälle“ und
Regelbeispiele im Strafrecht
JZ 1975, S. 112 ff

Calliess, Rolf-Peter

Der Rechtscharakter der Regelbeispiele im Strafrecht
NJW 1998, S. 929 ff

Class, Wilhelm

Generalklauseln im Strafrecht
Festschrift für Eberhard Schmidt
S. 122 ff
Göttingen, 1961

Corves, Erich

Die ab 1. April 1970 geltenden Änderungen des Besonderen
Teils des Strafgesetzbuches
JZ 1970, S. 156 ff

Degener, Wilhelm

Strafgesetzliche Regelbeispiele und deliktisches Versuchen
Festschrift für Stree und Wessels
S. 305 ff
Heidelberg, 1993

Dencker, Friedrich/
Struensee, Eberhard/
Nelles, Ursula/
Stein, Ulrich

Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz
München, 1998
Zit.: Bearbeiter in Einführung in 6. StrRG

Diefenbach, Wilhelm

Die verfassungsrechtliche Problematik des § 2 Abs. 4 StGB
Frankfurt am Main, 1966
Dissertation
Zit.: Problematik des § 2 Abs. 4 StGB

- Dietmeier, Frank
Marburger Strafrechtsgespräch 1997
ZStW 110 (1998) S. 409
- Doemming von,
Klaus-Berto
Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes
JöR 1951, S. 741 ff.
- Dreher, Eduard
Die erschwerenden Umstände im Strafrecht
ZStW 77 S. 220 ff.
- Dreher, Eduard
Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen
31. Aufl.
München, 1970
- Drost
Das Ermessen des Strafrichters als Problem der
Strafrechtsreform
NJW 1955, 1255
- Dunkel, Wolfgang
Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals
„Vermögensbetreuungspflicht“ im Rahmen des
Mißbrauchstatbestandes der Untreue (§§ 266 I 1. Alternative
StGB)
Bochum, 1976
Dissertation
Zit.: Vermögensbetreuungspflicht
- Ebert, Udo
Strafrecht Allgemeiner Teil
Heidelberg, 1985
- Engisch, Karl
Einführung in das juristische Denken
9. Aufl.
Stuttgart, Berlin, Köln, 1997
Zit.: Einführung
- Fabry, Josef
Der besonders schwere Fall der versuchten Tat
NJW 1986, S. 15 ff
- Feuerbach von,
Paul Johann Anselm
Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen
Rechts
14. Aufl.

Gießen, 1847

Foth, Eberhard

Verminderte Schuldfähigkeit
Festschrift für Salger
Köln, Berlin, Bonn, München, 1995

Frank, Ulrich

Anmerkung zu BGH Beschluß v. 13.09.1976 – 3 StR 313/76
NJW 1977, 686

Frank, Reinhard

Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem
Einführungsgesetz
17. Aufl.
Tübingen, 1926

Franz, Otto

Sind fahrlässig begangene Verkehrsübertretungen noch
strafbar?
BB 1963, 117 f

Freund, Georg

Entwurf eines 6. Strafrechtsreformgesetzes
ZStW 109 (1997), S. 455 ff

Frisch, Wolfgang

Ermessen, unbestimmter Begriff und „Beurteilungsspielraum“
im Strafrecht
NJW 1973, 1345 ff

Furtner, Georg

Der „schwere“, „besonders schwere“ und „minder schwere
Fall“ im Strafrecht
JR 1969, S. 11 ff

Gössel, Karl-Heinz

Die Strafzumessung im System des Strafrechts
Festschrift für Herbert Tröndle
S. 357 ff
Berlin, New York, 1989

Gössel, Karl-Heinz

Über die sogenannte Regelbeispielstechnik und die
Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung
Festschrift für Hans Joachim Hirsch
S. 183 ff.

Gössel, Karl-Heinz

Strafrecht
Besonderer Teil 1
Heidelberg, 1998

Gropp, Walter

Strafrecht, Allgemeiner Teil
2. Aufl.
Heidelberg, 2001

Grünwald, Gerald

Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“
ZStW 76 (1964), S. 1 ff.

Haft, Fritjof

Strafrecht Allgemeiner Teil
8. Aufl.
München, 1998

Hanack,
Ernst- Walter

Zur Problematik der gerechten Bestrafung
nationalsozialistischer Gewaltverbrecher
JZ 1967, S. 297 ff

Hanack,
Ernst- Walter

Zur verfassungsmäßigen Bestimmtheit und strafrechtlichen
Auslegung des Begriffs „unzüchtige Schrift“ (§ 184 Abs. 1 Nr.
1 StGB, Art 103 Abs. 2 GG)
JZ 1970, S. 44

Hassemer, Winfried

Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen
Hermeneutik.
Köln, Berlin, 1968

Heinemann, Gustav

Der publizistische Landesverrat
NJW 1963, S.4 ff

Heinitz, Ernst

Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der
Reform des Strafrechts und des Strafprozesses
Berlin, 1960
Zit: Individualisierung

Henkel, Heinrich

Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives
Rechtsprinzip
Festschrift für Mezger
S. 249 ff
München, Berlin, 1954

Henze, Dieter

Die Abgrenzung des materiellen Strafrechts vom formellen Strafrecht
Göttingen, 1962
Zit.: Die Abgrenzung

Hettinger, Michael

Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen
Berlin, 1982
Zit.: Doppelverwertungsverbot

Hettinger, Michael

Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart
Berlin, 1984
Zit: Entwicklungen

Hirsch,
Hans Joachim

Literaturbericht Strafrecht – Besonderer Teil (I. Teil)
ZStW 84 (1972), S. 380

Hirsch,
Hans Joachim

Strafrechtliche Probleme
Schriften aus drei Jahrzehnten
Berlin, 1999

Hirsch,
Hans Joachim

Anmerkung zu BGH, Urteil v. 15.08.1978 – 1 StR 356/78
JZ 1979, S. 109 ff

Hohmann, Olaf/
Sander, Günther

Strafrecht Besonderer Teil I
Vermögensdelikte
München, 1998

Hörnle, Tatjana

Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts
Jura 1998, 169

Hub, Renate

Die Ausgestaltung der besonders schweren Fälle im geltenden und kommenden Recht nach dem Modell des Entwurfs 1962
Heidelberg, 1971
Dissertation
Zit.: Die Ausgestaltung der besonders schweren Fälle

Isay, Hermann

Rechtsnorm und Entscheidung
Neudruck der Ausgabe Berlin 1929
Aalen, 1970

Jakobs, Günther

Strafrecht Allgemeiner Teil
Die Grundlagen und die Zurechnungslehre
2. Aufl.
Berlin, New York, 1991

Jäger, Christian

Der Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch
NStZ 1998, S. 161 ff

Jescheck, Hans Heinrich/
Weigend, Thomas

Strafrecht Allgemeiner Teil
5. Aufl.
Berlin, 1996

Jescheck, Hans Heinrich

Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil
2. Aufl.
Berlin, 1972

Kalsbach, Werner

In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des
strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu
regeln?
Verhandlungen des 41 DJT, Bd. II
Tübingen, 1956

Kastenbauer, Andreas

Die Regelbeispiele im Strafzumessungsvorgang
München, 1986
Zit.: Regelbeispiele

Kaufmann, Arthur

Freirechtsbewegung – lebendig oder tot?
JuS 1965, S. 1ff

Kausch, Erhard

Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?
Untersuchungen zu § 153 a StPO
Bielefeld, 1978
Dissertation
Zit.: Der Staatsanwalt

- Kindhäuser, Urs
Strafrecht Allgemeiner Teil
1. Aufl.
Baden-Baden, 2000
- Kindhäuser, Urs
Strafrecht Besonderer Teil II
Teilband 1
2. Aufl.
Baden-Baden, 1999
- Kleinknecht, Theodor
Anmerkung zu BGH Urteil vom 5.10.1955 – 6 StR 79/55
MDR 1956, S. 50 ff
- Kleinknecht, Theodor/
Meyer-Goßner, Lutz
Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen
44. Aufl.
München, 1999
- Knittel, Wilhelm
Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der
Rechtsprechung. Eine Untersuchung zum deutschen und US-
amerikanischen Recht.
Bielefeld, 1965
- Köhler, Michael
Strafrecht, Allgemeiner Teil
Heidelberg, 1997
- Kohlmann, Günter
Der Begriff des Staatsgeheimnisses (§ 93 StGB und § 99 Abs.
1 StGB a.F.) und das verfassungsrechtliche
Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)
Köln-Marienburg, 1969
Zit: Bestimmtheitsgebot
- Kohlmann, Günter
Buchbesprechung von Maurach, Deutsches Strafrecht,
Besonderer Teil
JZ 1970, S. 590 f.
- Kohlrausch, Eduard
Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen
38. Aufl.
Berlin, 1944

- Krämer, Rudolf
 Die Regelung des schweren Diebstahls durch das 1. StrRG
 unter besonderer Berücksichtigung der sog.
 Regelbeispielstechnik
 Köln, 1970
 Zit.: Regelung des schweren Diebstahls
- Krahl, Matthias
 Tatbestand und Rechtsfolge: Untersuchungen zu ihrem
 dogmatisch-methodologischen Verhältnis im Strafrecht
 Frankfurt a.M., 1999
 Zit.: Tatbestand und Rechtsfolge
- Krahl, Matthias
 Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des
 Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im
 Strafrecht
 Frankfurt a.M., 1985
 Zit.: Bestimmtheitsgebot
- Kreß, Claus
 Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts
 NJW 1998, S. 633 ff
- Krey, Volker
 Keine Strafe ohne Gesetz
 Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum
 crimen, nulla poena sine lege“
 Berlin, 1983
- Krey, Volker
 Gesetzestreue und Strafrecht
 ZStW 101 (1989), S. 838.
- Krey, Volker
 Studien zum Gesetzesvorbehalt
 Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots
 Berlin, 1977
 Zit.: Krey, Studien
- Krey, Volker
 Deutsches Strafrecht
 Allgemeiner Teil Band 1
 Stuttgart, Berlin, Köln, 2001
 Zit.: Krey, AT
- Krey, Volker
 Strafrecht Besonderer Teil
 Band 2
 12. Aufl.
 Stuttgart, Berlin, Köln 1999
 Zit.: Krey, BT

- Krey, Volker
Rechtsfindung contra legem als Verfassungsproblem (III)
JZ 1978, S. 465
- Krille, Hans
Können schwere Fälle die Qualifikationen ersetzen?
Dt. Beiträge zum VII. intern. Strafrechtskongreß 1957,
Sonderheft der ZStW 69, S. 117 ff
- Kudlich, Hans
Das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts
JuS 1998, 468 ff
- Lackner, Karl/
Kühl, Kristian
Strafgesetzbuch mit Erläuterungen
Kommentar
23. Aufl.
München, 1999
Zit.: Lackner/Bearbeiter
- Lange, Richard
Die schweren Fälle
Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1,
Tübingen, 1954
- Larenz, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
6. Aufl.
Berlin, Heidelberg, u.a., 1991
Zit.: Larenz, Methodenlehre
- Leipziger Kommentar
Strafgesetzbuch

Erster Band Einleitung und §§ 1 bis 31
10. Aufl.
Berlin, New York, 1985

Einleitung; §§ 1-2
11. Aufl.
1. Lieferung
Berlin, New York, 1992

Zweiter Band §§ 32 bis 60
10. Aufl.
Berlin, New York, 1985

Zitiert: LK-Bearbeiter

Lemmel, Hans-Peter

Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege

Berlin, 1970

Zit.: Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen

Lenckner, Theodor

Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nullum crimen sine lege“

JuS 1968, S. 249 ff

S. 304ff.

Lesch, Heiko

Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG)

JA 1998, 474ff

Loos, Fritz

Gemeinschädliche Sachbeschädigung (§ 304 StGB) durch Überkleben von Wahlplakaten? – LG Wiesbaden, NJW 1978, 2107

JuS 1979, S. 700 ff

Maiwald, Manfred

Zur Problematik der „besonders schweren Fälle“ im Strafrecht

NStZ 1984, S. 433 ff.

Maiwald, Manfred

Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele

Festschrift für Gallas

S. 137 ff

Berlin, New York, 1973

Mattil, Friedrich

Zeit und materielles Strafrecht

GA 1965, S. 129 ff

Maunz, Theodor/

Dürig, Günter/

Herzog, Roman

Grundgesetz Kommentar

Stand: August 2000

München und Berlin ab 1958

Maurach, Reinhart/

Zipf, Heinz

Strafrecht

Allgemeiner Teil Teilband 1

8. Aufl.

Heidelberg 1992

Maurach, Reinhart/
Gössel, Karl, Heinz/
Zipf, Heinz

Strafrecht
Allgemeiner Teil Teilband 2
7. Aufl.
Heidelberg 1989

Maurach, Reinhart

Deutsches Strafrecht
Besonderer Teil,
5. Aufl.
Karlsruhe, 1969
Nachtrag I 1970

Messmer, Hermann/
Bergschneider, Ludwig

Rückwirkende Anwendung der Entscheidung des BGH über
die 1,3 Promille-Grenze?
DAR 1967, S. 45 ff

Milletat, Wolfgang

Die besonders schweren Fälle im Entwurf eines
Strafgesetzbuches E 1962
Berlin, 1965
Dissertation
Zit.: Besonders schwere Fälle

Mitsch, Wolfgang

Strafrecht Besonderer Teil 2
Vermögensdelikte/ Teilband 1
Berlin, Heidelberg, 1998

Mittermaier, W.

Zur Neuorientierung der Qualifikationen
ZRPfIBay, 1910, S. 171 ff.

Mösl, Albert

Tendenzen der Strafzumessung in der Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofes
DRiZ 1979, 167

Montenbruck, Axel

Strafraumen und Strafzumessung
Berlin, 1983

Montesquieu,
Charles de

Vom Geist der Gesetze
Tübingen, 1951

- Naucke, Wolfgang
Strafrecht
Eine Einführung
9. Aufl.
Neuwied, Kriftel, 2000
- Nesemann, Albert
Die Problematik des besonders schweren Falles im Strafrecht
Köln, 1936
Zit.: Problematik des besonders schweren Falles
- Neuner, Jörg
Die Rechtsfindung contra legem
München, 1992
Dissertation
Zit.: Die Rechtsfindung
- Nickel, Egbert
Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im
Hinblick auf den Grundsatz nullum crimen sine lege
München, 1971
Dissertation
- Nomos
Kommentar zum Strafgesetzbuch
1. Aufl
7. Lieferung
Stand: März 2000
Frankfurt/Bonn/Bielefeld
Zit.: Nomos-Bearbeiter
- Nüse, Karl-Heinz
Zur Frage der Einhaltung de Mindeststrafmaßes des milderen
Gesetzes bei tateinheitlichem Zusammentreffen mehrerer
Strafgesetze nach § 73 StGB
DJ 1939, S. 1628.
- Otto, Harro
Grundkurs Strafrecht
6. Aufl.
Berlin, New York, 2000
- Otto, Harro
Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten-Teil 1
JZ 1985, S. 21

Pawlowski,
Hans Martin

Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des
Gesetzes
Lehrbuch
Heidelberg, Karlsruhe, 1981
Zit.: Pawlowski, Methodenlehre

Peters, Karl

Deutsches Geistesleben und Nationalsozialismus
Berlin, 1953

Peters, Karl

In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des
strafrichterlichen Ermessens im künftigen StGB zu regeln?
Verhandlungen des 41. Dt. Juristentages (1955), I., 2. Halbbd.
S. 23.
Tübingen, 1955

Peters, Karl

Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der
Bestimmung der Strafrechtsfolgen
Berlin, 1932

Rengier, Rudolf

Strafrecht Besonderer Teil I
4. Aufl.
München, 2000

Roxin, Claus

Strafrecht Allgemeiner Teil
Band 1
3. Aufl.
München, 1997

Roxin, Claus

Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende
Merkmale im Strafrecht
JuS 1964, 373 ff

Rudolphi,
Hans Joachim

Fälle zum Strafrecht
Allgemeiner Teil
5. Aufl.
München, 2000

Sander, Günther/
Hohmann, Olaf

Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG):
Harmonisiertes Strafrecht?
NStZ 1998, 273

Sarstedt, Werner

In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des
strafrichterlichen Ermessens im künftigen StGB zu regeln?
Verhandlungen des 41. dt. Juristentages in Berlin 1955
2. Halbband
Tübingen, 1955

Sauer, Wilhelm

Zur Behandlung der gesetzlichen Schärfungs- und
Milderungsgründe
GA 1955, S. 232 ff

Sax, Walter

Das strafrechtliche Analogieverbot
Eine methodologische Untersuchung über die Grenze der
Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht
Göttingen, 1953

Sax, Walter

Grundsätze der Strafrechtspflege
In: Bettermann-Nipperdey-Scheuner
Die Grundrechte: Dritter Band, 2. Halbband
S. 992 ff
Berlin, 1959
Zitiert: Sax, S.

Schmidhäuser,
Eberhard

Strafrecht Allgemeiner Teil
2. Aufl.
Tübingen, 1984

Schmitt, Rudolf

Juristische „Aufrichtigkeit“ am Beispiel des § 243 StGB
Festschrift für Tröndle
S. 313 ff
Berlin, New York, 1989

Schönke, Adolf/
Schröder, Horst

Strafgesetzbuch,
Kommentar
26. Aufl.
München, 2001
Zit.: Sch/Sch/Bearbeiter

Schreiber,
Hans Ludwig

Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des
Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege
Frankfurt a.M., 1976

- Schroth, Ulrich
 Zentrale Interpretationsprobleme des 6.
 Strafrechtsreformgesetzes
 NJW 1998, 2861 ff
- Schroeder,
 Friedrich-Christian
 Die Bestimmtheit von Strafgesetzen am Beispiel des groben
 Unfugs
 JZ 1969, 775 ff.
- Schröder, Horst
 Gesetzliche und richterliche Strafzumessung
 Festschrift für Mezger
 S. 415 ff
 München, 1954
- Schröder, Horst
 Zur Teilnahme an Tötungsdelikten
 NJW 1952, S. 649
- Schröder, Horst
 Gesetz und Richter im Strafrecht
 München, 1958
- Schröder, Horst/
 Peters, Karl
 Strafzumessung mittels schwerer Fälle
 Gutachten zum 41. DJT
 Tübingen, 1955
- Schünemann, Bernd
 nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und
 verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im
 Strafrecht
 New York, Berlin, 1978
- Schwinge, Erich
 Grundlagen des Revisionsrechts
 2. Aufl.
 Bonn, 1960
- Seel, Dieter
 Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale im
 Strafrecht und der Grundsatz nullum crimen sine lege (Art.
 103 II GG)
 Göttingen, 1965
 Dissertation
 Tatbestandsmerkmale im Strafrecht

Stern, Klaus

Staatsrecht
Band 1
2. Aufl.
München, 1984

Stächelin, Gregor

Das 6. StrRG – Vom Streben nach Harmonie, großen
Reformen und höheren Strafen
StV 1998, S. 98 ff

Stratenwerth,
Günter

Strafrecht, Allgemeiner Teil I
4. Aufl.
Köln, Berlin, Bonn, München, 2000

Stree, Walter

Deliktsfolgen und Grundgesetz
Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen
strafrechtlichen Maßnahmen
Tübingen, 1960

Struensee, Eberhard

Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit
München, 1994

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch

Rudolphi, Hans-Joachim/ Samson, Erich/ Günther, Hans-
Ludwig/ Horn, Eckhard

Band I Allgemeiner Teil
Stand: Mai 1999
7. Aufl.
Neuwied/ Kriegl/ Berlin

Band II Besonderer Teil
Stand: August 1999
5. bzw. 6. Aufl.
Neuwied/ Kriegl/ Berlin

Zit.: SK-Bearbeiter

Timpe, Gerhard

Strafmilderungen des AT des StGB und das
Doppelverwertungsverbot
Berlin, 1983
Zit.: Strafmilderungen

Tröndle, Herbert/
Fischer, Thomas

Strafgesetzbuch und Nebengesetze
50. Aufl.
München, 2001

Wach, Adolf

Können Qualifikationen zur angemessenen Erfassung
strafrechtlichen Verhaltens ausreichen?
Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, AT
Bd. VI,
Tübingen, 1908

Wahle, Eberhard

Die Rechtsnatur der „besonders schweren Fälle“ im Strafrecht
Heidelberg, 1966
Zit.: Rechtsnatur der besonders schweren Fälle

Wahle, Eberhard

Zur strafrechtlichen Problematik „besonders schwere Fälle“,
erläutert am Beispiel der Verkehrsunfallflucht
GA 69, S. 161 ff

Warda, Günter

Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im
Strafrecht
Köln, Berlin, Bonn, München, 1962

Warda, Günter

Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums
ZStW 71, S. 252 ff

Waßner, P.

Die Stellung der besonders schweren Fälle im Entwurf des
Strafgesetzbuches E 1962
Berlin, 1969
Dissertation
Zit.: Die Stellung der besonders schweren Fälle

Welzel, Hans

Strafrecht Allgemeiner Teil
11. Aufl.
Berlin, 1969

Welzel, Hans

Zur Systematik der Tötungsdelikte
JZ 1952, S. 72 ff

Wessels, Johannes

Zur Problematik der Regelbeispiele für „schwere“ und
„besonders schwere Fälle“
Festschrift für Maurach
S. 295 ff
Karlsruhe, 1972

Wessels, Johannes

Zur Indizwirkung der Regelbeispiele für besonders schwere
Fälle einer Straftat
Festschrift für Lackner
S. 423 ff
Berlin, New York, 1987

Wessels, Johannes/
Beulke, Werner

Strafrecht, Allgemeiner Teil
29. Aufl.
Heidelberg, 1999
Zit.: Wessels/ Beulke

Wessels, Johannes/
Hillenkamp, Thomas

Strafrecht, Besonderer Teil 2
21. Aufl.
Heidelberg, 1999
Zit.: Wessels/ Hillenkamp

Woesner, Horst

Generalklauseln und Garantiefunktion der Strafgesetze
NJW 1963, S. 273 ff

Woesner, Horst

Strafrechtlicher und sittlicher Schuldvorwurf
NJW 1964, S. 3

Wolf, Gerhard

Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen
Denken?
JuS 1996, S. 194 f

Zieschang, Frank

Besonders schwere Fälle und Regelbeispiele – ein legitimes
Gesetzgebungskonzept?
Jura 1999, 561

Zipf, Heinz

Anmerkung zu BayObLG vom 04.11.1975 – Rreg. 5 St 231/75
JR 1976, 513 ff

Zipf, Heinz

Die Strafzumessung
Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und
Ausbildung
Heidelberg, Karlsruhe, 1977

Zipf, Heinz

Die Strafmaßrevision
Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung über den
systematischen Aufbau der Strafzumessung und ihrer
Revisibilität im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht
München, 1969

I. Einleitung

Die vorliegende Untersuchung hat die Bemühungen des Gesetzgebers zum Gegenstand, die Strafen über den Grundtatbestand hinaus zu erhöhen, wenn besondere Umstände den bisherigen Strafrahmen als unangemessen erscheinen lassen. Sie verfolgt das Anliegen, die bisherigen Lösungsansätze zu durchleuchten, um sie der geäußerten sowie der noch nicht geäußerten Kritik gegenüberzustellen, damit eine künftige Möglichkeit der Schärfung von Normalstrafrahmen herausgeformt wird. Hierbei ist die Untersuchung bemüht, sich weder in prinzipieller Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung zu üben, noch die Strafrechtswissenschaft konsequent zu ignorieren. Statt dessen sollen vielmehr Schwächen und Stärken verschiedener Lösungsansätze aufgezeigt und ein praktikabler wie auch zulässiger Weg gesucht werden.

Mit der Verabschiedung¹ des 6. Strafrechtsreformgesetzes² gab der Gesetzgeber erneut Anlaß³, die von ihm genutzten Methoden zur Strafrahmenerhöhung zu hinterfragen, weil er sich von dem traditionellen Weg der Schärfung wiederum entfernte und verstärkt auf andere Ansätze zurückgriff.

Die traditionelle Methode der Strafrahmenerhöhung stellt die Qualifikation eines Tatbestandes dar, wie sie beispielsweise in §§

¹ BGBl I 1998, 164; Vgl. zu dem Reformgesetz *Hettinger*, *Entwicklungen* S. 32 ff; *Freund*, *ZStW* 109 (1997), S. 455 ff, *Stächelin*, *StV* 1998, S. 98 ff; *Kreß*, *NJW* 1998, S. 633 ff; *Calliess*, *NJW* 1998, S. 929 ff; *Schroth*, *NJW* 1998, S. 2861 ff; *Lackner/Kühl*, *Vor § 38 Rdn.* 16 ff.

² Nachfolgend 6. StrRG.

³ So wurde § 177 a.F. dergestalt geändert, daß die bisherige Vergewaltigung als Regelbeispiel strafscharfend berücksichtigt wurde. Zum anderen wurde der Wohnungseinbruchdiebstahl, der bisher nur ein Regelbeispiel des § 243 a.F. darstellte, wieder in eine echte Qualifikation des § 244 I Nr. 3 umgewandelt. Auch die Nötigung sowie der Betrug, die Urkundenfälschung und die Jagdwilderei wurden mit besonders schweren Fällen versehen.

224, 225 StGB⁴ genutzt wird. Hierbei normiert der Gesetzgeber Tatbestände, die bei Vorliegen bestimmter Tatumstände eine Strafschärfung **zwingend** begründen. Diese Technik soll aber zunächst nur eine untergeordnete Rolle spielen, da sie unumstritten zulässiges Gesetzgebungsmittel ist.

Ein neuerer Ansatz zur Strafschärfung stellt die Verwendung unbenannter besonders schwerer Fälle dar. Bei diesen geht der Gesetzgeber in der Weise vor, daß er die Strafandrohung des „Normalfalles“⁵ bei Vorliegen eines „besonders schweren Falles“⁶ verschärft. So ist zum Beispiel der Totschlag gemäß § 212 I grundsätzlich mit einer Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bedroht, jedoch bestimmt § 212 Abs. 2, daß in „besonders schweren Fällen“ auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen ist. Die geltende Gesetzesfassung gibt hingegen, anders als der § 62 des E 1962, keine konkreten Anhaltspunkte dafür, wann und unter welchen Voraussetzungen ein solch besonders schwerer Fall anzunehmen ist. § 12 III trifft lediglich eine Aussage darüber, daß ein Vorliegen besonders schwerer Fälle die Einteilung in die Dichotomie des § 12 I unberührt läßt. Dieser Ansatz der Strafschärfung bedarf im Folgenden kritischer Hinterfragung hinsichtlich seiner Zulässigkeit.

An diese Grundidee der Strafschärfung knüpfen zwei weitere Methoden an, bei welchen den besonders schweren Fällen Beispiele hinzugefügt werden.

Teilweise entfalten diese zwingende Wirkung, so daß ein besonders schwerer Fall angenommen werden muß⁷. Die Beispiele sind daher insoweit mit den Qualifikationen inhaltsgleich. Davon unberührt

⁴ Alle nachfolgenden Paragraphen ohne besondere Bezeichnung sind solche des Strafgesetzbuches.

⁵ Sofern man bei deliktischem Verhalten überhaupt von einem Normalfall sprechen kann.

⁶ Bis zum 1.1.1975 wurde noch zwischen schweren und besonders schweren Fällen differenziert. Diese Unterscheidung wurde aber aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit abgeschafft.

⁷ So z.B. § 129 Abs. 4.

bleibt aber die Möglichkeit, unbenannte besonders schwere Fälle jenseits dieser Merkmale anzunehmen. Die Vorschrift steht damit zwischen den Qualifikationen und den unbenannten besonders schweren Fällen.

Häufiger nennt das Gesetz aber Beispiele dafür, bei deren Vorliegen „in der Regel“ ein besonders schwerer Fall anzunehmen ist. Das „Paradebeispiel“, welches immer wieder zu eingehender Erörterung, insbesondere auch im studentischen Lehrbereich genutzt wird, ist das des § 243 I S. 2, welches für den Diebstahl bestimmt, daß bei den in § 243 I S. 2 aufgelisteten Konstellationen ein besonders schwerer Fall „in der Regel“ vorliegt⁸. Bei den einzelnen Merkmalen handelt es sich um sogenannte Regelbeispiele, bei deren Vorliegen üblicherweise ein besonders schwerer Fall anzunehmen ist⁹. Diese Indizwirkung entfällt aber dann, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles die Zuordnung der Tat zu der höheren Strafrahenstufe unangemessen wäre¹⁰.

Umgekehrt, und das wird noch kritischer Durchleuchtung bedürfen, kann der Tatrichter aber einen besonders schweren Fall auch dann annehmen, wenn keines der genannten Regelbeispiele erfüllt wurde, er jedoch die Gesamtumstände für besonders schwer hält. Der maßgebliche Unterschied zu den Qualifikationen liegt darin, daß bei Vorliegen eines Qualifikationstatbestandes der Richter zwingend den erhöhten Strafrahen zugrundelegen muß; bei Regelbeispielen hat er hingegen die Möglichkeit, trotz ihres Vorliegens den Normalstrafrahmen anzuwenden¹¹. Umgekehrt hat der Richter aber nicht die Möglichkeit der Bestrafung aus dem höheren Strafrahen, wenn eine Qualifikation tatbestandlich nicht gegeben ist. Bei unbenannten besonders schweren Fällen oder solchen mit Regelbeispielen kann er hingegen nach Würdigung der

⁸ *Arzt*, JuS 1972 S. 385 erkannte bereits, daß § 243 nur der Vorläufer eines langjährigen Siegeszuges der Regelbeispielstechnik werden sollte.

⁹ Diese Regel wird auch als Indizwirkung des Regelbeispiels bezeichnet, vgl. *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 562; *Lackner*, § 46 Rdn 13.

¹⁰ BGH, NStZ 1982, S. 425; 1984, S. 27.

¹¹ *Nomos-Kindhäuser*, § 243 Rdn. 4.

Gesamtumstände durchaus den erhöhten Strafrahmen annehmen, selbst wenn kein Regelbeispiel erfüllt ist.

Unstreitig ist, daß nur die Grundtatbestände des StGB der Vielschichtigkeit krimineller Energie nicht gerecht werden können, also weitere Strafschärfungen erforderlich sind.

Zu untersuchen ist jedoch, ob die benannten und unbenannten besonders schweren Fälle ein legitimes Gesetzgebungskonzept zur Ausgestaltung der Strafschärfungen darstellen können.

In diesem Rahmen sind insbesondere zwei Aspekte von maßgebender Bedeutung. Zum einen ist fraglich, ob die besonders schweren Fälle in ihrer geltenden Fassung mit geltendem Recht vereinbar sind, wobei insbesondere auf Art. 103 Abs. 2 GG zu achten sein wird. Unabhängig davon stellt sich aber als weiteres Problem, ob denn die gesamte, in ihrer geltenden Fassung gegebenenfalls unzulässige Figur der unbenannten Strafschärfungsgründe ein legitimes Gesetzgebungskonzept darstellt oder ob es sich nicht vielmehr um eine Umgehung gesetzgebungstechnischer Probleme handelt, um dem vermeintlichen Wunsch der Praxis nach einfach zu handhabenden Regelungstechniken nachzukommen.

Die historische Entwicklung der besonders schweren Fälle und der Regelbeispielstechnik

Das StGB von 1871

Das Reichsstrafgesetzbuch vom 15.5.1871 kannte keine besonders schweren Fälle. Eine Strafschärfung war von dem Vorliegen der Merkmale der „Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit“, der „Rückfälligkeit“ oder von sonstigen vom Gesetzgeber abschließend bezeichneten Tatbestandsmerkmalen abhängig¹². Diese kasuistische Regelung resultierte daraus, daß der Gesetzgeber von 1871 noch unter dem Eindruck des positivistischen „Subsumtionsdogmas“¹³ stand¹⁴. Seiner Ansicht nach verbürgte die bloße Subsumtion eines Lebenssachverhaltes unter eine kasuistische Regelung die richtige Entscheidung¹⁵, wobei der Strafrahmen als genügendes Korrektiv diente, um dem individuellen Einzelfall gerecht zu werden.

Der Nachteil einer solch kasuistischen Regelung wurde jedoch sehr schnell offenbar. Denn je kasuistischer ein Gesetz ist und je deskriptiver die einzelnen Tatbestände sind, um so ungerechter ist ein Gesetz. Eine Kasuistik läßt immer Lücken, die ein gleich unwertes Verhalten nicht zu erfassen vermögen¹⁶. Dies erkannte auch schon *Wach*, der auf diese Diskrepanzen hinwies¹⁷ und deutlich machte, daß ein rein kasuistisches Strafrecht sich selber ad absurdum führt. Dennoch sollte auch nicht übersehen werden, daß die Praxis durch eine materialisierende Auslegung bemüht war,

¹² *Hub*, Die Ausgestaltung der besonders schweren Fälle, S. 5.

¹³ *Maiwald*, NStZ 1984, S. 433 ff.

¹⁴ Zu dieser Entwicklung im 19. Jahrhundert *Larenz*, Methodenlehre, S. 28 ff; *Pawlowski*, Methodenlehre, Rdn 98 ff.

¹⁵ *Arthur Kaufmann*, JuS 1965, S. 1, 4.

¹⁶ *Wahle*, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 10; Beispiele bei *Dreher*, ZStW 77, S. 232 f.

¹⁷ *Wach*, VDA Bd. VI, S. 37 ff.

die Ungerechtigkeiten wieder auszugleichen. Eine zufriedenstellende Lösung konnte sie aber nicht darstellen¹⁸.

Da sich alle StGB-Entwürfe für „besonders schwere Fälle“ aussprachen¹⁹, fanden diese von 1919 an Eingang in das geltende Recht, bis 1926 jedoch nur in strafrechtliche Nebengesetze²⁰. Der § 210 a, welcher durch Gesetz vom 30.4.1926 eingeführt wurde, enthielt erstmals einen unbenannten Strafschärfungsgrund in den „geheiligten Bezirken“ (*Waßner*) des StGB²¹. Das Regelungskonzept erschien in der Weimarer Zeit als probates Mittel, gesellschaftliche und wirtschaftliche Schwierigkeiten auch mit Hilfe des Strafrechts zu bekämpfen²². Dies deshalb, weil die unbenannten Regelungen es den Gerichten erlaubten, schnell auf die Entwicklungen zu reagieren. Sie ermöglichten es, die aufwendige gesetzgeberische Arbeit einer kasuistischen Erfassung und Typisierung verschiedenster Konstellationen entbehrlich zu machen.

Dies hatte die logische Konsequenz, daß die Gerichte vor ganz neue Aufgaben gestellt wurden. Sie mußten nun, was bisher rechtsstaatlich untersagt war, eine selbständige Kriminalpolitik betreiben²³.

¹⁸ *Lange*, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, S. 82.

¹⁹ Siehe hierzu die Aufzählung bei *Wahle*, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 10 Fn. 33.

²⁰ Z.B. die WuchergerichtsVO v. 27.11.1919 (RGBl. I S. 1909); weitere Einzelheiten bei *Waßner*, Die Stellung der besonders schweren Fälle, S. 45 ff.

²¹ Die Einführung wurde seitens der Literatur hingenommen, ohne sie zu kritisieren. So stellte *Frank* (§ 210 a Rdn. 5) lediglich fest, daß mit § 210 a unbenannte Strafänderungsgründe eingeführt worden sind.

²² Vgl. RGSt 58, S. 240, 242: „Den Anstoß zu der Strafvorschrift des § 6 (VO zur Sicherstellung des Warenumlaufs v. 22. 10. 1923, RGBl. I S. 992) haben die bekannten Unruhen des Herbstes 1923 gegeben; sie wiesen auf die Notwendigkeit einer Verstärkung des Strafschutzes (...) gegen Beeinträchtigungen der Versorgung des Volkes hin.“

²³ *Wahle*, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 12.

A. Das StGB von 1933 bis 1945

Am 26.5.1933 wurden mit den §§ 223 b, 263 und 266 weitere besonders schwere Fälle eingeführt²⁴. Mit dieser Novelle brach in zweierlei Hinsicht eine neue Ära der Strafschärfungen an. Zum einen erlebten die unbenannten schweren Fälle eine „Hochflut“ im Strafgesetzbuch²⁵. Zum anderen wurde eine neue Gesetzgebungstechnik angewandt, welche die Unbestimmtheit der unbenannten schweren Fälle abfedern sollte. Hierzu wurden z.B. bei § 263 IV und § 266 II zur Konkretisierung Regelbeispiele angefügt²⁶. Auch wenn diese Regelbeispiele ihrerseits noch einen verhältnismäßig weiten Rahmen umfaßten²⁷, so boten sie doch erste Anhaltspunkte, wann überhaupt ein besonders schwerer Fall anzunehmen war. Wie sich die Auslegung der Generalklauseln in der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft entwickeln konnte ist bekannt, zumal das damalige Verständnis der Regelbeispiele dem der Qualifikationen einseitig ähnlich war. Ähnlich deshalb, weil eine zwingende Wirkung des Regelbeispiels bei dessen Vorliegen angenommen wurde²⁸. Und einseitig daher, weil das Regelbeispiel für eine Anwendung des Strafrahmens, anders als bei den Qualifikationen, eben nicht vorliegen mußte. Drastische Strafmaßnahmen wurden in mißbräuchlicher Weise benutzt, um Ziele des Regimes mit den Mitteln des Strafrechts durchzusetzen und mißliebige Gegner auszuschalten²⁹.

²⁴ RGBl. I, S. 295 ff.

²⁵ Übersicht bei *Kohlrausch*, StGB 38. Aufl. (1944), Vorb. VII vor § 1 (S. 18).

²⁶ RGBl I, S. 295.

²⁷ So wurde größtenteils auf das „Volkswohl“ oder sonstige „Werte der Volksgemeinschaft“ Bezug genommen; Begriffe, die durchaus einen sehr unterschiedlichen Umfang besitzen können.

²⁸ Siehe hierzu *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 562.

²⁹ *Peters*, Deutsches Geistesleben und Nationalsozialismus, S. 169 f.

B. Entwicklungen nach 1945 bis 1962

Die „Hochflut“ der Anwendung der besonders schweren Fälle in der Weimarer Republik ebte aufgrund der Erfahrungen der Vergangenheit nach dem Krieg etwas ab³⁰. Abgesehen von der weiterhin vielzähligen Verwendung in den Nebengesetzen³¹ schmolz die Anzahl der besonders schweren Fälle im StGB zwischenzeitlich auf 35 zusammen.

C. Der E 1962 und der Alternativentwurf

Nach anfänglicher Zurückhaltung der Großen Strafrechtskommission³² fanden sich dann aber im E 1962 rund 60 Tatbestände, in denen besonders schwere Fälle vorgesehen waren³³. Den Generalklauseln wurden dabei jeweils mindestens zwei Regelbeispiele zur Seite gestellt, deren Vorliegen die Indizwirkung für einen besonders schweren Fall auslösen sollte. Im Gegensatz zu allen anderen Gesetzesentwürfen bis in die Gegenwart enthielt dieser Entwurf aber eine Definition, unter welchen Voraussetzungen ein besonders schwerer Fall jenseits der indizierenden Regelbeispiele anzunehmen war³⁴.

Danach sollte ein besonders schwerer Fall vorliegen, „wenn Umstände, die zur Tat gehören oder ihr vorausgehen, oder das Verhalten des Täters nach der Tat das Unrecht und die Schuld

³⁰ *Dreher* äußerte die Ansicht, daß der zurückhaltende Umgang mit dieser Art der Strafschärfung lediglich durch den Mißbrauch während des NS-Regimes zu erklären sei, Niederschr. Bd. V S. 28.

³¹ z.B. § 294 AktG, § 11 II LebensmittelG, § 24 II, III JugSchG.

³² Der E 1959 II enthielt nur etwa 40 Tatbestände mit „besonders schweren Fällen“, was aufgrund der Vermehrung der Tatbestände einen prozentual noch niedrigeren Teil darstellte.

³³ Dazu insbes. *Milletat*, Besonders schwere Fälle, S. 36 ff.

³⁴ § 62 des E 1962; siehe dazu: *Wahle*, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 13 ff.

wesentlich erhöhen“, gegeben waren. Diese Regelung wurde jedoch nie Gesetz³⁵.

Der Alternativentwurf hingegen wollte gänzlich auf die Figur der „besonders schweren Fälle“ verzichten. In der Begründung³⁶ heißt es, es bestehe „kein Anlaß, wegen einiger Fälle, in denen das Höchstmaß der Strafe nicht ausreichen mag, [dogmatische und rechtsstaatliche] Schwierigkeiten hinzunehmen und dem Richter so unpräzise Klauseln mit an die Hand zu geben, zumal sie im Widerspruch stehen zum Bemühen auch des E 1962, die Freiheit des richterlichen Ermessens sinnvoll zu beschränken und die Strafzumessung an rationale Kriterien zu binden. Wo der Gesetzgeber selbst höheres Unrecht oder höhere Schuld durch qualifizierte Tatbestände nicht eindeutig zu umschreiben vermag, sollte er dem Richter auch nicht die Generalklausel der besonders schweren Fälle hinwerfen, ob er sie nun mit Regelbeispielen geringfügig aufhellt, oder nicht.“

Die zwischenzeitlich nicht mehr verwendete Regelbeispielstechnik wurde jedoch durch das 1. Strafrechtsreformgesetz³⁷ erneut in das StGB eingeführt³⁸, auch wenn sie zum damaligen Zeitpunkt den Status von Ausnahmeregelungen für gesetzestechnisch schwer zu fassende Fallgruppen innehatte. Durch Anwendung der Regelbeispiele sollten die Vorzüge der besonders schweren Fälle beibehalten werden ohne dem Richter hingegen „Richtlinien“ für das Vorliegen von besonders schweren Fällen zu versagen.

³⁵ *Furtner* (JR 1969, S. 11) ging hingegen auch 1969 noch davon aus, daß der E 1962 Gesetz werden würde.

³⁶ S. 119.

³⁷ Vom 25.6.1969.

³⁸ Hierbei wurde insbesondere der schwere Diebstahl, welcher vorher eine kasuistisch gefaßte Qualifikation darstellte, in das heute wohl bekannteste Beispiel der Regelbeispielstechnik umgewandelt.

D. Das 6. StrRG

Den insbesondere durch das NS-Regime gemachten schlechten Erfahrungen mit besonders schweren Fällen entsprach deren noch relativ zurückhaltende Verwendung bis Mitte des Jahres 1997, als am 1.7.1997 durch das 33. StrÄndG die Vergewaltigung des § 177 a.F. als ein das tatbestandliche Unrecht der sexuellen Nötigung (§ 178 a.F.) qualifizierender Spezialfall³⁹ beseitigt und in ein Regelbeispiel eines besonders schweren Falles zu einer Strafzumessungsregel geändert wurde. Ihren vorläufigen Höhepunkt fand die Gesetzgebungstechnik der besonders schweren Fälle und Regelbeispiele dann jedoch in den Vorentwürfen zum 6.StrRG, als alle qualifizierenden Vergehenstatbestände in besonders schwere Fälle verwandelt werden sollten⁴⁰. Diese grundsätzliche Tendenz wurde abgewehrt von einer Stellungnahme vieler Strafrechtslehrer⁴¹. Trotz Verhinderung dieser massivsten Ausweitung der Regelungstechnik wandte sich der Gesetzgeber aber nicht von der weiteren Verfolgung ab, sondern wandelte eine Vielzahl von Qualifikationen in besonders schwere Fälle um. Das 6. StrRG stellt somit den bisherigen Gesetz gewordenen Höhepunkt der Regelungstechnik dar⁴².

Das 6. StrRG hatte zum Ziel, Strafraumen zu harmonisieren, Strafvorschriften zu ändern, zu ergänzen und neu zu fassen und nicht mehr zeitgemäße und entbehrliche Strafvorschriften zu ändern

³⁹ Gössel, BT 1, § 24 Rdn 23.

⁴⁰ Siehe hierzu das 1. Marburger Strafrechtsgespräch.

⁴¹ Freund, ZStW 109 (1997), S. 455 f.

⁴² siehe hierzu: *Hettinger*, Entwicklungen, S. 32 ff; *Freund* ZStW 109 (1997), S. 455 ff; *Stächelin*, StV 1998, S. 98 ff; *Calliess*, NJW 1998, S. 929 ff; *Hörnle*, Jura 1998, S. 169; *Kudlich*, JuS 1998, S. 468; *Lesch*, JA 1998, S. 474; *Sander/Hohmann*, NStZ 1998, S. 273; *Schroth*, NJW 1998, S. 2861 ff; *Lackner/Kühl*, StGB Vor § 38 Rdn. 16 ff; *Tröndle/Fischer*, StGB Einl. Rdn. 11; vor § 38 Rdn 1 b.

und aufzuheben⁴³. Daneben vollzog der Gesetzgeber weitgehende Eingriffe in die Systematik der Tatbestände des Besonderen Teils. Die unbenannten besonders schweren Fälle wurden weitgehend in die Form besonders schwerer Fälle mit Regelbeispielen überführt. Andererseits wurden unter dem Einfluß oben genannter Kritik eines Strafrechtslehrerkreises besonders schwere Fälle mit Regelbeispielen in abschließend gefaßte Qualifikationstatbestände umgeformt. Auch neue qualifizierte Delikte wurden eingeführt⁴⁴.

Der Gesetzgeber hat mit dem 6. StrRG aber auch den umgekehrten Weg beschritten⁴⁵. So entfiel beispielsweise die Kindestötung (§ 217 a.F.) als (unselbständiger) privilegierender Tatbestand. Dies hat zur Folge, daß die bisher von § 217 a.F. erfaßten Fälle unter § 212 zu subsumieren sind, die bisherige Privilegierung sich also nur noch auf der Strafzumessungsebene auswirken kann (z.B. § 213).

Die geradezu explosionsartige Vermehrung⁴⁶ von Regelbeispielen im Vorentwurf⁴⁷, stieß auf solch heftige Kritik⁴⁸, daß die Zahl der besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen reduziert wurde⁴⁹. So beabsichtigte der Vorentwurf, die bisherige Qualifikation der Körperverletzung nach § 223 a a.F. sowie die Vergiftung gemäß § 229

⁴³ BT-Drucks. 13/7164, S.1, 18.

⁴⁴ Vgl. z.B. §§ 275 II; 276 II.

⁴⁵ Zum Gesetzgebungsverfahren, welches mit außerordentlicher Eile vorangetrieben wurde, vgl. *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, Einführung in das 6. StrRG, S. 1 ff..

⁴⁶ So *Gössel*, Hirsch-Festschrift, S. 183, 185.

⁴⁷ BT-Drucks. 13/7164.

⁴⁸ Vgl. dazu vor allem aus der Strafrechtswissenschaft *Freund*, ZStW (1997), S. 470; vgl. auch die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des 6. StrRG, Anlage 3 zur BT-Drucks. 13/8587, S. 78 f; siehe zu Stellungnahmen aus der Praxis auch *Kreß*, NJW 1998, S. 633, 636 Fn 34.

⁴⁹ In der BT-Drucks. 13/8587, S. 36 wurde die Regelbeispielstechnik als „in der modernen Strafgesetzgebung bevorzugte (...) Technik“ bezeichnet. *Rengier* (BT 1, S. 39 f.) sieht in der gegenüber dem Vorentwurf und einigen anderen Vorschriften erfolgten Rücknahme vieler besonders schwerer Fälle die Möglichkeit einer Trendwende im Gesetzgebungsprozeß.

a.F. in modifizierter Form als Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall der Körperverletzung zu normieren⁵⁰. Jedoch sind diese Ansätze, im 6.StrRG gemildert worden, so daß die Körperverletzung nach wie vor durch Qualifikationen geschärft wird⁵¹. Dennoch enthält die abgeänderte und geltende Fassung des 6. StrRG - wenn auch nicht im Ausmaß des Ursprungsentwurfs - im Grundsatz die Tendenz zur Normierung von Regelbeispielen. So wird die Regelbeispielstechnik u.a. bei der sexuellen Nötigung, beim Betrug, bei der Urkundenfälschung und der Jagdwilderei herangezogen.

Zusammenfassend ist zu konstatieren, daß die unbenannten besonders schweren Fälle und solche mit Regelbeispielen keine Neuerfindung mehr sind und seit ihrer Einführung, durch den nationalsozialistischen Mißbrauch zeitweilig gebremst, bis zum heutigen Zeitpunkt kontinuierlich zugenommen haben. Aus dem großen Ausmaß⁵² der verwandten Technik resultiert die tägliche Bedeutung für die Rechtsprechung.

⁵⁰ BT-Drucks. 13/7164, S. 42.

⁵¹ Siehe BT-Drucks. 13/8991, S. 34 (§ 224), wobei die Vergiftung nun in § 224 aufgenommen ist; vgl. BT-Drucks. 13/9064, S. 15 f; auch die ursprünglich geplante Umstellung der Strafschärfungen der Freiheitsberaubung, Beschädigung wichtiger Anlagen sowie die Brandstiftungsdelikte und der Kinderhandel wurden nach ursprünglicher Umgestaltung in besonders schwere Fälle mit Regelbeispielen wieder der Qualifikationstechnik zugeführt.

⁵² Eine komplette Auflistung findet sich bei *Tröndle/Fischer*, § 12 Rdn 11.

II. Die Problematik der besonders schweren Fälle

Obwohl das geltende Recht nunmehr seit etwa 80 Jahren die Technik der besonders schweren Fälle kennt⁵³, ist die Figur noch immer ein „enfant terrible“⁵⁴ sowie ein „Herd der Unruhe“⁵⁵.

Die Unsicherheit zeigte sich bereits bei einem Vergleich seiner rechts- und kriminalpolitischen Einschätzung im Entwurf 1962 und im Alternativ-Entwurf: Während sich im E 1962 rund 60 Tatbestände befanden, die besonders schwere Fälle vorsahen, wollte der Alternativentwurf ganz auf sie verzichten.

A. Gesetzgeberische Intention

Für das Verständnis der Problematik der besonders schweren Fälle ist zunächst das Dilemma zu verdeutlichen, in dem sich der Gesetzgeber befindet.

Jede Legislative muß sich entscheiden, ob sie ihre Straftatbestände konkret fassen möchte, um diesen einen engen Strafrahmen zuzuordnen, oder aber einen sehr abstrakten Tatbestand mit entsprechend weiter Strafdrohung bilden will. Wählt sie ersteren Ansatz, so birgt dies die Gefahr, daß Strafen verhängt werden, die im konkreten Falle grob unbillig sind⁵⁶.

Beschreitet sie hingegen den zweiten Weg, um eben dieser Problematik zu entkommen, so gerät sie in den anderen Teil der Zwickmühle. Infolge der abstrakten Formulierungen der

⁵³ Bis zum 1.1.1975 wurde noch zwischen schweren und besonders schweren Fällen differenziert. Diese Unterscheidung fiel wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten zugunsten der besonders schweren Fällen durch das EGStGB weg. Siehe hierzu auch *Calliess JZ* 1975, S. 112 Fn. 1.

⁵⁴ *Dreher*, Niederschr. Bd. V S. 27.

⁵⁵ *Wahle*, GA 69, S. 161.

⁵⁶ Vgl. hierzu den Sachverhalt, der BGH JZ 1981, S. 544 ff zugrunde lag.

Strafbarkeitsvoraussetzungen entstehen unter Umständen Tatbestände, denen Straftaten äußerst unterschiedlicher Strafwürdigkeit unterfallen, was dazu nötigt, den Strafraumen entsprechend weit zu fassen, um gerechte Strafen zu ermöglichen. Die Konsequenz ist ein extrem weiter Strafraumen, dem eine „abstrakte“ Wertung des Deliktstyps schon deshalb nicht mehr zu entnehmen ist, weil der „Typus“ selbst infolge seiner inhaltlichen Weite diese Bezeichnung nicht mehr zu rechtfertigen vermag⁵⁷.

Eine Möglichkeit, zumindest scheinbar diesem Dilemma zu entkommen besteht nun in der Schaffung qualifizierender oder privilegierender Tatbestände durch deren Herausnahme aus dem Grundtatbestand auch dessen Strafraumen entlastet wird. Diese kasuistische Methode läßt sich in der Gesetzgebung weit zurückverfolgen, und wird auch in der heutigen Fassung noch vielfach gebraucht. Jedoch hat diese Methode immer „nur bestimmte Fallgruppen im Auge, während das Leben immer wieder mit Überraschungen aufwartet“⁵⁸. Abgesehen von der Strafzumessung im engeren Sinne würde also ein Gericht lediglich eine „Rechtsmaschine“ oder einen „Subsum-tionsautomaten“ darstellen, welcher der Wirklichkeit nicht gerecht würde.

So war es Ziel des Gesetzgebers, den Tatrichter für den Fall, daß eine Qualifikation eingegriffen hätte, nun von der strengen Bindung an den Strafraumen zu lösen und ihm in geeigneten Fällen die Anwendung des Normalstrafrahmens zu ermöglichen⁵⁹. Die Schaffung besonders schwerer Fälle gestattete es dem Richter, als „schmiegsame Regelung“⁶⁰ Ungerechtigkeiten zu vermeiden und einer

⁵⁷ *Hettinger*, Doppelverwertungsverbot S. 202, 209 f; zur Problematik auch E 1962, Begründung, S. 97 f, 181 ff.

⁵⁸ *Horstkotte*, Prot. V, S. 369; siehe zu den Problemen mit § 243 a.F. unten S. 16.

⁵⁹ vgl. Begründung zum Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1962, BT-Drucks. IV/650, S. 400; *Corves*, 122. Sitzung des Sonderausschusses 18.11.68, Prot., S. 2459; *Corves*, JZ 1970, S. 156, 157.

⁶⁰ E 1962, S. 400, 402.

notwendigen Individualisierung der Sanktionen nachzukommen⁶¹. Da gesetzliche Richtlinien fehlten⁶², wann ein solcher Fall zu bejahen war, wurden die besonders schweren Fälle dann teilweise noch durch Regelbeispiele flankiert, die gewisse Anhaltspunkte bieten sollten, wann ein besonders schwerer Fall angenommen werden konnte. Die Regelbeispiele sind also quasi das jüngste Resultat der Suche eines mittleren Weges mit relativ elastischer Tatbestandsfassung bei relativ engen Strafrahmen⁶³. Die Regelbeispielstechnik ersetzt dabei die bisherige feststehende Systematik von Grundtatbestand und qualifizierenden Tatbeständen. Sie hält nicht mehr an der konditionalen Struktur des Rechtssatzes fest, sondern substituiert diese durch eine elastische (und komplizierte) Regel- Ausnahme-Denkweise. Ob diese Methode eine individualisierende und zugleich gerechte Technik darstellt, soll an dieser Stelle der Untersuchung noch offen bleiben.

B. Unterschiede zwischen besonders schweren Fällen mit und ohne Regelbeispielen

Die Untersuchung umfaßt sowohl besonders schwere Fälle mit als auch solche ohne Regelbeispielen.

Eine gemeinsame Betrachtung beider Erscheinungsformen der besonders schweren Fälle ist jedoch möglich, weil die ihnen zugrundeliegende Struktur identisch ist. Während die besonders schweren Fälle ohne Regelbeispiele keinerlei Anhaltspunkte für ihr Vorliegen geben, werden den Fällen mit Regelbeispielen auch nur Orientierungshilfen zur Seite gestellt. Diese ändern aber nicht die grundsätzliche Möglichkeit, auch unabhängig von diesen Leitlinien andere besonders schwere Fälle anzunehmen.

⁶¹ Schröder, Mezger-Festschrift, S. 415, 419.

⁶² Der § 62 E 1962 wurde, wie schon erwähnt, nie Gesetz, wobei auch dann aufgrund seiner sehr weichen Formulierung nicht wirklich von einer Richtlinie hätte gesprochen werden können.

⁶³ Arzt, JuS 1972, S. 385, 387.

Die besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen sind somit nur Spezialfälle der unbenannten besonders schweren Fälle. In ihrer Kernstruktur unterscheiden sie sich jedoch nicht von den unbenannten Fällen so daß eine gemeinsame Erörterung erfolgen kann. Soweit in einzelnen Fragen eine unterschiedliche Beurteilung der beiden Erscheinungsformen in Betracht kommt⁶⁴, wird darauf hingewiesen werden.

C. Die sich ergebende Problematik

Wenn der Gesetzgeber die Ausgestaltung der Sanktionierung besonders kriminellen Verhaltens mit Hilfe der „bevorzugten Gesetzgebungstechnik“⁶⁵ der besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen versucht, so stellt sich die Frage, ob diese Technik ein legitimes Gesetzgebungskonzept darstellt.

Verdeutlicht werden sollen die Probleme an der für die Praxis und Ausbildung bei weitem bedeutsamsten Vorschrift, bei der von dieser Technik Gebrauch gemacht wird⁶⁶. Der besonders schwere Fall des Diebstahls gemäß § 243 wurde durch das 1. StrRG⁶⁷ von einer Qualifikation in einen besonders schweren Fall mit Regelbeispielen umgebildet. Die Umwandlung der schon damals bedeutsamen Vorschrift in einen besonders schweren Fall mit Regelbeispielen hatte, obwohl die neue Technik noch in den Kinderschuhen steckte, ihren Grund darin, daß § 243 a.F. als „Musterfall unerfreulicher Kasuistik“ und „äußerst unglückliche Rechtsfigur“ kritisiert worden war⁶⁸. So verlangte beispielsweise § 243 I Nr. 2 a.F. einen Diebstahl mittels Einbruchs in einen umschlossenen Raum, so daß das

⁶⁴ So z.B. von *Calliess*, NJW 1998, S. 929 ff.

⁶⁵ BT-Drucks. 13/8587, S. 36.

⁶⁶ *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 563.

⁶⁷ Vom 25.6.69.

⁶⁸ *Maurach*, BT, 5. Aufl., S. 214, Nachtrag I 1970, S. 16.

Aufbrechen eines KFZ⁶⁹, um daraus eine Brieftasche zu entwenden, einen besonders schweren Diebstahl darstellte, während die im Hinblick auf die kriminelle Energie erheblich strafwürdigere Entwendung des gesamten KFZ mitsamt der Brieftasche lediglich eine Bestrafung wegen einfachen Diebstahls zuließ⁷⁰. Die überwiegende Meinung in der Wissenschaft hat gegen eine solche Regelung eingewandt, daß derartige „Ungereimtheiten“ „für das Rechtsgefühl unerträglich“ seien⁷¹; sie würden auch nicht dadurch gemildert, daß die kasuistische Methode ein hohes Maß an Rechtssicherheit verbürge, da dieser Vorteil zu sehr auf Kosten der Gerechtigkeit erkaufte werden müsse⁷². Dies erscheint zunächst durchschlagend, soweit man die Qualifikation nur in ihrer „Reinform“ ohne weitere Korrektive⁷³ betrachtet.

Folglich könnte man meinen, daß die besonders schweren Fälle eine begrüßenswerte Konstruktion darstellen. Diese führt aber zu erheblichen Problemen.

Zur Veranschaulichung soll der berühmte Sicherungsetikettenfall des LG und OLG Stuttgart dienen⁷⁴. Das OLG hatte hierbei im Einklang mit Stimmen des Schrifttums entschieden, daß § 243 I S. 2 Nr. 2 beim Einsatz von elektromagnetischen Sicherungsetiketten in Kaufhäusern nicht vorliegt, da diese grundsätzlich nicht die Wegnahmevollendung durch Eindringen in die Gewahrsamsexklave selbst hindern, sondern erst bei Verlassen der fremden Herrschaftssphäre Alarm auslösen und somit nur vor Beendigung

⁶⁹ Beispiel bei *Kindhäuser*, BT II, S. 114; *Krämer*, Regelung des schweren Diebstahls, S. 4.

⁷⁰ Vgl. BGH NJW 1952, S. 1184, 1185; BGH NJW 1953, S. 1880; BGH NJW 1956, S. 271; *Arzt*, JuS 1972, S. 385, 387; *Calliess*, JZ 1975, S. 112; *Wessels*, Maurach-Festschrift, S. 295; *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 563.

⁷¹ *Wessels*, a.a.O..

⁷² *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 563.

⁷³ Hierzu später Ziff. V. B..

⁷⁴ LG Stuttgart NStZ 1985, S. 28, 29; OLG Stuttgart NStZ 1985, S. 76; Ebenso OLG Frankfurt MDR 1993, S. 671; OLG Düsseldorf NJW 1998, S. 1002.

des Diebstahls schützen sollen⁷⁵. Ob nun aber der Kaufhausinhaber seine Ware schützt, indem er etwa – wie häufig bei wertvollen Kleidungsstücken – diese durch eine verschlossene Kette mit dem Kleiderständer verbindet – dann wäre § 243 I S. 2 Nr. 2 einschlägig – oder an diesen Waren Sicherheitsetiketten anbringt – dann soll § 243 I S. 2 Nr. 2 nicht vorliegen – erscheint vom Rechtsgefühl her unerheblich. Die Ungereimtheiten der Qualifikationen scheinen also auch bei besonders schweren Fällen mit Regelbeispielen auftreten zu können. Denn im Rahmen der Regelbeispiele trifft man auf die gleichen diffizilen und oft uneinsichtigen Abgrenzungen⁷⁶.

Das LG Stuttgart hatte im erwähnten Fall zunächst ebenso wie das AG Stuttgart im erstinstanzlichen Urteil das Regelbeispiel nach § 243 Abs.1 S. 2 Nr. 2 bejaht⁷⁷. Nach Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung durch das OLG hatte das LG nicht mehr § 243 I S. 2, sondern einen dem Regelfall gleichkommenden besonders schweren Fall im Sinne des § 243 I S. 1 angenommen.

Wäre § 243 in dem beschriebenen Fall noch eine Qualifikation gewesen, so hätte das LG von einer Strafschärfung absehen müssen, da eine entsprechende Verurteilung gegen das aus Art. 103 Abs. 2 resultierende Analogieverbot verstoßen hätte. Diese bisher verschlossene Möglichkeit wurde nun aber durch die Umgestaltung des § 243 nach dem 1. StrRG eröffnet. Denn durch die Anwendung der Regelbeispielstechnik ist es möglich, trotz Nichterfüllung des die Regelwirkung auslösenden Beispiels einen besonders schweren Fall anzunehmen. Der Gesetzgeber schafft also durch die unbenannten und benannten besonders schweren Fälle die Möglichkeit, daß grundsätzlich vom Wortlaut insbesondere der Regelbeispiele nicht erfaßte Konstellationen dennoch – über die Auffangklausel des besonders schweren Falles – einer Strafschärfung zugeführt werden können⁷⁸. Formal ist mit dieser Konstruktion zwar dem Gesetzlichkeitsprinzip genüge getan. Fraglich ist aber, ob dieses

⁷⁵ OLG Düsseldorf NJW 1998, S. 1002.

⁷⁶ *Arzt*, JuS 1972, S. 576, 580.

⁷⁷ LG Stuttgart NStZ 1985, S. 28, 29.

⁷⁸ *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 563.

Prinzip nicht durch eine solche Auffangnorm umgangen, und so die fragmentarische Grundstruktur des Strafrechts⁷⁹ umgangen wird.

Zudem könnte das Regelungskonzept der besonders schweren Fälle gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen. Ein unbestimmtes und dadurch undeutliches Gesetz kann den Bürger nicht vor Willkür schützen, weil es keine Selbstbindung der staatlichen Strafgewalt gewährleistet; es widerspricht dem Grundsatz der Gewaltenteilung, weil es dem Richter beliebige Auslegungen und damit ein Übergreifen in den Bereich der Legislative gestattet⁸⁰.

Im Rahmen der unbenannten besonders schweren Fälle hat der Gesetzgeber bisher keinerlei Anhaltspunkte dafür geschaffen, wann er einen Fall als besonders schwer einstufen möchte, sondern überläßt dies den Gerichten. Daher kann der potentielle Täter vor Tatbeginn nur erahnen, in welchem Umfange er bei Verurteilung mit staatlicher Sanktion zu rechnen hat⁸¹. Die Garantiefunktion der strafrechtlichen Tatbestände erfordert aber einen möglichst weitgehenden Ausschluß von Subsumtionsvorgängen, die erst durch richterliche Wertung vollzogen werden⁸². Auch die Flankierung durch Regelbeispiele läßt nur eine Richtung des höheren Strafrahmens erkennen; da jedoch auch die besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen die Möglichkeit der Annahme eines besonders schweren Falles haben, wenn ein Regelbeispiel nicht erfüllt ist, scheint dies nur eine abgeschwächte Form der „Erahnbarkeit“ staatlicher Sanktion zu sein.

⁷⁹ *Arzt*, JuS 1972, S. 576, 580.

⁸⁰ *Roxin*, AT § 5 VIII.

⁸¹ *Calliess*, JZ 1975, S. 112, 117.

⁸² *Maiwald*, Gallas-Festschrift, S. 137, 140.

1. Rechtsnatur der besonders schweren Fälle

Zur Rechtsnatur der besonders schweren Fälle werden im wesentlichen drei Auffassungen vertreten, wobei die benutzte Terminologie keinen Aufschluß geben kann⁸³. So bezeichnet die Rechtsprechung die „besonders schweren Fälle“ etwa als „Strafzumessungsregeln“⁸⁴, als „Strafänderungsgründe“⁸⁵ oder als „Strafbestimmungsgründe“⁸⁶; teilweise spricht sie auch von einem tatbestandsähnlichen Charakter der besonders schweren Fälle⁸⁷. *Lobe*⁸⁸ meinte, die „besonders schweren Fälle“ seien „Strafschärfungsgründe, also.....Strafzumessungsgründe“. Andere gebrauchen die Formulierung vom „Tatbestand“⁸⁹ oder den „Tatbestandsmerkmalen“⁹⁰ der „besonders schweren Fälle“; wieder andere meinen, die „besonders schweren Fälle“ seien „tatbestandsmerkmalähnlich“⁹¹ oder sie würden zumindest „an das Tatbestandsmäßige anknüpfen“⁹², während vielfach auch von den „besonders schweren Fälle“ als Qualifikationen gesprochen wird⁹³.

⁸³ Vgl. zum Meinungsstand und den terminologischen Ungereimtheiten im Schrifttum *Wahle*, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 16 ff; *Milletat*, Besonders schwere Fälle, S. 37 ff; *Krämer*, Regelung des schweren Diebstahls, S. 72 ff; *Kastenbauer*, Regelbeispiele, S. 125 ff; *Maiwald*, NStZ 1984, S. 433 ff.

⁸⁴ RGSt 3, S. 52 ff.

⁸⁵ RGSt 59, S. 217; RG JW 1935, S. 2433.

⁸⁶ RGSt 68, S. 391; BGHSt 5, S. 211, 212.

⁸⁷ RGSt 68, S. 391.

⁸⁸ Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 155.

⁸⁹ *Lange*, Niederschr. Bd. I, S. 138.

⁹⁰ Amtliche Begründung, S. 144; *Nüse*, DJ 1939, S. 1628, 1632.

⁹¹ *Lange*, Niederschr. Bd. V, S. 11.

⁹² *Dahs*, Niederschr. Bd. I, S. 125.

⁹³ *Heinitz*, Individualisierung, S. 11; *Kalsbach*, Verhandlungen des 41. DJT, Bd. II, S. D 21.

a) Einordnung der „besonders schweren Fälle“ als Tatbestände

Zunächst wurde angenommen, daß die „besonders schweren Fälle“ als „echte Qualifizierungen“ einzuordnen seien⁹⁴. Diese These begründete *Mittermeier* hingegen nicht. Später schränkte er seine Ansicht jedoch wieder ein. Er betonte, in den „besonders schweren Fällen“ stecke „nicht immer eine Tatbestandsänderung“, nämlich dann nicht, wenn „der Grundcharakter des Delikts erhalten“ bleibe und „nur schwerer“ erscheine.

Calliess sieht in der Zuordnung der besonders schweren Fälle zu den Strafzumessungsregeln weniger eine dogmatisch durchdachte Konstruktion als die Reaktion auf die rechtlichen Konsequenzen einer anderen Einordnung⁹⁵. Es sei zwar richtig, daß die besonders schweren Fälle eine Überlappung und Kompetenzverschiebung zwischen Gesetzgeber und Judikative die Folge sind, eine Änderung der systematischen Struktur sei aber nicht die Konsequenz⁹⁶. Aus der Tatsache, daß sie Tatbestandsmerkmale höchster Stufe seien und infolgedessen nichts umschrieben⁹⁷, könne kein Rückschluß auf ihre Einordnung als Strafzumessungsgrund gezogen werden. Der gegenüber dem Grunddelikt erhöhte Strafraum mache deutlich, daß es sich bei den besonders schweren Fällen nicht nur um quantitativ⁹⁸, sondern auch qualitativ verschiedenes Unrecht handele. Zu dem Grunddelikt müßten auch immer besondere *Qualifikationen* treten, die das Geschehene in seiner sozialen und rechtlichen Bedeutung nicht nur als „mehr“, sondern auch als etwas „anderes“ erscheinen lassen⁹⁹.

In jüngster Zeit hat sich insbesondere *Krahl*¹⁰⁰ auf die Seite der Vertreter gestellt, die eine Tatbestandseigenschaft befürworten. Als

⁹⁴ W. *Mittermeier*, ZRPflBay. 1910, S. 171.

⁹⁵ *Calliess*, JZ 1975, S. 112, 115.

⁹⁶ *Wahle*, a.a.O., S. 40.

⁹⁷ *Maiwald*, Bestimmtheitsgebot, S. 150, 159; *Calliess*, a.a.O..

⁹⁸ So aber *Timpe*, Strafmilderungen, S. 81.

⁹⁹ *Calliess*, JZ 1975, S. 112, 116.

¹⁰⁰ Tatbestand und Rechtsfolge, insbesondere S. 51 und 123 ff.

Kriterien für den Tatbestandscharakter gesetzlicher Regelungen nennt er insbesondere den zwingenden und abschließenden Gehalt sowie die Verbindlichkeit einer Regelung¹⁰¹. Die Strafzumessungsgründe seien dagegen durch ein gegenüber Tatbestandsmerkmalen geringeres Maß an richterlicher Gesetzesgebundenheit definiert. In diesem Zusammenhang weist *Krahl* darauf hin, daß der Gesichtspunkt einer zwingenden und abschließenden Regelung zur Erklärung der Tatbestandseigenschaft nur als eine formale Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips einen Anhaltspunkt für eine rechtssystematische Unterscheidung zu geben vermag, welcher bereits dann versagen muß, sobald sich der Gesetzgeber über das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot im Strafrecht hinwegsetzt¹⁰².

Auch *Wahle*¹⁰³ ist der Auffassung, daß die „besonders schweren Fälle“ als Tatbestände anzusehen sind. Insbesondere auch der eigene Strafrahmen sei ein Indiz dafür, daß es sich bei den besonders schweren Fällen nicht nur um eine quantitative, sondern eben auch um eine qualitative Veränderung des Deliktstypus handele.

b) Charakterisierung der „besonders schweren Fälle“ als Strafzumessungsregeln

Die Auffassung, bei den besonders schweren Fällen handele es sich um bloße Strafzumessungsregeln, wird seit jeher von der Rechtsprechung vertreten¹⁰⁴. Als Kriterium für die

¹⁰¹ So auch *Wessels/Beulke*, AT, S. 31 Rdn. 109: „Tatbestandsqualität haben (qualifizierende und privilegierende) Abwandlungen nur dann, wenn sie den Unwertgehalt der Tat berühren und wenn sie für den Strafrichter eine abschließende und zwingende Regelung in dem Sinne treffen, daß bei ihrem Vorliegen immer, aber auch nur dann ein strengerer oder milderer Strafrahmen Platz greift.“

¹⁰² *Krahl*, Tatbestand und Rechtsfolge, S. 53.

¹⁰³ Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 23 ff, 26 ff.

¹⁰⁴ BGHSt 2, S. 181; 3, S. 47; 4, S. 226, 227 f; insoweit abweichend BGHSt 5, S. 211 ff = MDR 1954, S. 183.

Tatbestandseigenschaft einer gesetzlichen Regelung wird durch die Rechtsprechung gefordert, daß der Gesetzgeber eine zwingende und abschließende¹⁰⁵ Regelung habe treffen wollen. Die Strafschärfungsgründe müßten benannt¹⁰⁶, die Entscheidung des Richter voraussehbar und berechenbar¹⁰⁷ sein. Dies könne aber bei den besonders schweren Fällen nicht angenommen werden. Denn welche Umstände in dem konkreten Falle das Unrecht und die Schuld erhöhen, sei nicht gesetzlich normiert, sondern dem Richter vorbehalten. Aus diesem Grunde sei eine Annahme der Einordnung der besonders schweren Fälle zum Tatbestand verfehlt.

In der Literatur wurde diese Meinung am konsequentesten wohl von *Schröder*¹⁰⁸ vertreten. Er ging vom Zweck der besonders schweren Fälle aus, eine gerechtere Abschichtung der verschiedenen Schweregrade eines Delikts zu gewährleisten. Danach spiele es keine Rolle, ob ein bestimmter Umstand bei der „gesetzlichen“ oder bei der „richterlichen“ Strafzumessung verwendet werde. Es bestehe letztlich kein Unterschied zwischen einer Strafdrohung „wird mit Gefängnis oder Zuchthaus bestraft“ und einer anderen „wird mit Gefängnis, in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft“. Der „besonders schwere Fall“ klammere das Problem nur scheinbar aus dem Bereich der Strafzumessung aus und stelle nichts anderes als eine bloße Strafrahmenerweiterung dar¹⁰⁹. Ein Tatbestandsmerkmal könne nicht „in der Regel“ vorliegen¹¹⁰. Wo der Gesetzgeber sich der eigenen endgültigen Wertung enthalte und den Richter die maßgebende Entscheidung treffen lasse, ob eine Straftat ihrem Gesamtbild nach als eine „besonders schwere“ zu bewerten sei und daher zu einer vom Grunddelikt abgeschichteten Wertgruppe gehöre¹¹¹, handele es sich

¹⁰⁵ BGHSt 23, S. 254, 256 f.

¹⁰⁶ *Kleinknecht*, MDR 1956, S. 50 f.

¹⁰⁷ *Maunz/Dürig/Herzog*, Rdn. 178 ff zu Art 103 Abs. 2 GG.

¹⁰⁸ *Mezger-Festschrift*, S. 415 ff; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 270.

¹⁰⁹ So auch *Wahle*, GA 69, S. 161.

¹¹⁰ *Milletat*, Besonders schwere Fälle a.a.O., S. 50, wobei er nur die besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen meint.

¹¹¹ E 1962, S. 184; *Lange*, Materialien I S. 83.

nicht mehr um eine Regelung tatbestandlicher Art, sondern um eine Strafzumessungsregelung. Das gelte gerade auch dann, wenn das Gesetz, wie im Falle des besonders schweren Diebstahls, anhand von Regelbeispielen Leitbilder für die richterliche Wertung aufstelle, welcher Schweregrad in bezug auf das Tatobjekt, die Ausführungsmodalitäten oder die Folgen der Tat ungefähr erreicht sein muß, um die Anwendung des strengeren Strafrahmens zu rechtfertigen¹¹².

Wesentlich für eine Einordnung als Strafzumessungsregel spricht auch die Norm des § 12 Abs. 3, welche die besonders schweren Fälle bei der Zuordnung der Delikte in Verbrechen und Vergehen ausdrücklich ausschließt. Diese Regelung macht die unterschiedliche Qualität zwischen besonders schweren Fällen und Qualifikationen deutlich, die eine gleichartige Handhabung verbietet¹¹³.

c) Einordnung der „besonders schweren Fälle“ als etwas anderes, drittes

*Maurach*¹¹⁴ nennt die besonders schweren Fälle „kombinierte Strafzumessungsregeln“ und „pseudotatbestandliche Erscheinungen“, da die Generalklausel erkennen lasse, daß es sich nicht um „erschöpfende“ Tatbestandsbildungen handeln könne. Folglich seien sie eine „Mischform zwischen einer auf benannten Strafschärfungsgründen beruhenden *Strafzumessungsregel* und einer qualifizierenden *tatbestandlichen Abwandlung* des Grunddelikts“¹¹⁵.

Einen weiteren Ansatz zur Lösung der Strukturproblematik „besonders schwerer Fälle“ hat *Lange* vorgeschlagen¹¹⁶. Nach seiner

¹¹² *Wessels*, Maurach-Festschrift, S. 298.

¹¹³ Zum Argument des § 12 Abs. 3 später noch genauer.

¹¹⁴ Materialien Bd. I, S. 250.

¹¹⁵ *Maurach*, Nachtrag I, S. 17, 25.

¹¹⁶ *Lange*, Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I (Gutachten), S. 69 ff; ders., Verh. des 41. DJT, Bd. II, S. D 84; ders., Niederschr. Bd. I, S. 119, 121, die

Ansicht stellen die besonders schweren Fälle „etwas Neues, Drittes“¹¹⁷ dar; sie seien weder abschließende und damit formalisierende Tatbestandsbildungen noch dem mehr oder weniger freien Ermessensspielraum des Richters bei der konkreten Strafzumessung im individuellen Fall vergleichbar; es handele sich nicht um „Maßschneiderei“, auch nicht um „Konfektion“, sondern um „Maßkonfektion“. Daher handele es sich bei den besonders schweren Fällen um ein aliud.

d) Stellungnahme

Die Auffassungen, die eine Mischform oder ein aliud annehmen, entziehen sich dem Erfordernis, Kriterien für die Rechtsfolgen- oder Tatbestandseigenschaft anzugeben, jedoch um die Einbuße, die traditionelle Rechtssatzstruktur als Konditionalprogramm aufgeben oder jedenfalls mit Einschränkungen versehen zu müssen. Sie verwischen somit die Grenzen der Bereiche Strafvoraussetzung und Strafzumessung und stellen nur eine unnötige Komplizierung des Systems dar.¹¹⁸ Ein solches Verständnis hilft auch insbesondere in der Praxis nicht weiter, denn bei der Lösung vieler Einzelprobleme ist eine eindeutige Zuordnung erforderlich. Aus diesem Grunde greifen die Vertreter des „Mittelweges“ dann wieder auf die Tatbestandstheorie (oder auch Strafzumessungstheorie) zurück¹¹⁹. Daher sind diese Ansichten nicht folgenswert.

amtliche Begründung des E 1962 (S. 180, 266) ist der Ansicht *Langes* gefolgt; dazu *Tröndle/Fischer*, StGB, § 12 Rdn. 11 m.w.N..

¹¹⁷ *Materialien* a.a.O., S. 83; der Ansicht, daß eine eindeutige dogmatische Zuordnung nicht möglich sei, hat sich auch *Fabry* (NJW 1986, S. 15, 17) angeschlossen. Seiner Auffassung nach ist eine Zuordnung gar nicht möglich, weil sie bei Erfüllung systematischer Bedürfnisse zu praktischen Unzuträglichkeiten und bei Erfüllung praktischer Bedürfnisse zu systematischen Friktionen führen müsse.

¹¹⁸ *Sauer*, GA 1955, S. 232, 235 f.

¹¹⁹ *Wahle*, GA 69, S. 161, 165. Daß dies auch durchaus gewollt und nicht bloß zufällig geschieht, zeigt *Fabry* in NJW 1986, S. 15, 17 auf. Dort führt er aus, daß, wie der BGH es bereits mehrfach getan hat, je nach Interessenlage die

Entscheidend gegen die Einordnung der besonders schweren Fälle als Tatbestandsmerkmale spricht die gesetzliche Regelung in § 12 Abs. 3. Diese Vorschrift bestimmt, daß Schärfungen, die für besonders schwere Fälle vorgesehen sind, bei der Einteilung der Delikte in Vergehen und Verbrechen unberücksichtigt bleiben. Die Dichotomie der Strafvorschriften soll also nur dadurch beeinflusst werden, daß zwingende gesetzliche Regelungen eine Änderung der Einordnung als Vergehen oder Verbrechen vornehmen. Ändert daher ein besonders schwerer Fall die Mindestfreiheitsstrafe von unter einem Jahr in eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, so muß diese Straferhöhung bei der Einstufung des Deliktes in den Verbrechenscharakter unberücksichtigt bleiben¹²⁰. Somit wäre bei Erfüllung eines besonders schweren Falles trotz Vorliegens einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr eine Versuchsstrafandrohung erforderlich. Zudem könnte in diesem Falle noch eine Verfahrenseinstellung nach § 153 a StPO erfolgen.

Eine Änderung der systematischen Einteilung der Delikte in Vergehen und Verbrechen soll also nur den zwingenden Strafvoraussetzungen, also den Tatbeständen vorbehalten bleiben. Die Strafzumessungsregeln dagegen sollen auf diese Einteilung keinen Einfluß haben. Aus § 12 Abs. 3 ergibt sich ebenfalls, daß es ohne Bedeutung ist, ob die besonders schweren Fälle mit oder ohne Regelbeispiele ausgestattet sind, und zwar auch dann, wenn die Beispiele zwingende Wirkung entfalten¹²¹.

Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß die besonders schweren Fälle nach dem Gesetz einen anderen Bedeutungsgehalt haben als Qualifikationen. Wären sie ebenfalls Tatbestandsmerkmale, so müßten auch sie die Dichotomie beeinflussen können. Folglich ist aus dem Wortlaut und Sinn der Vorschrift erkennbar, daß der Gesetzgeber bei der Normierung der besonders schweren Fälle bis

Rechtsnatur der besonders schweren Fälle einzuordnen und dem Problemfeld anzupassen ist. In die Richtung der Einordnung je nach Interessenlage tendiert auch *Arzt*, JuS 1972, S. 385, 387.

¹²⁰ Vgl. den insoweit inhaltsgleichen § 78 Abs. 4.

¹²¹ *Tröndle/Fischer*, § 12 Rdn. 11.

heute davon ausgeht, daß es sich bei diesen Regelungen um Strafzumessungsvorschriften und nicht um Normen mit Tatbestandscharakter handelt. Eine andere Betrachtung läßt § 12 Abs. 3 sowie § 78 Abs. 4 nicht zu. Eine hiervon zu unterscheidende Problematik ist aber die, ob denn die Normierung der einzelnen Regelungen der besonders schweren Fälle eine solche Bewertung sachlich bestätigt oder ob dort nicht faktisch eine Einteilung zu den Strafvoraussetzungen durchgeführt wird. Die gesetzliche Wertung und Einordnung der besonders schweren Fälle als Strafzumessungsregeln ist aber durch § 12 Abs. 3 eindeutig, so daß eine etwaige Fehlerhaftigkeit der faktischen Systematisierung die normierte nicht berühren kann.

Der Gesetzgeber mag zwar fehlerhaftes, vielleicht sogar verfassungswidriges Recht gesetzt haben – zu einer Interpretation in vermeintlich richtiges Recht ist indessen niemand berufen¹²².

Folglich sind die besonders schweren Fälle als Strafzumessungsregeln und nicht als Tatbestandsmerkmale einzuordnen.

2. Zwischenergebnis

Die besonders schweren Fälle werden vom Gesetz aufgrund des insoweit eindeutigen § 12 Abs.3 als Strafzumessungsregeln eingestuft.

¹²² Gössel, Hirsch-Festschrift, S. 183, 204.

D. Frage der Vereinbarkeit der derzeitigen Ausgestaltung der besonders schweren Fälle mit dem geltenden Recht, insbesondere mit Art. 103 Abs. 2 GG

Betrachtet man den bereits erörterten „Sicherungsetikettenfall“ des LG Stuttgart¹²³, so stellt sich die Frage, ob die besonders schweren Fälle nicht eine Umgehung wesentlicher Verfassungsprinzipien bedeuten.

Im bezeichneten Falle hätte das LG Stuttgart, wäre § 243 eine Qualifikation gewesen, den erhöhten Strafrahmen verneinen müssen, weil einer schärferen Bestrafung das Analogieverbot entgegengestanden hätte. Durch die besonders schweren Fälle wurde jedoch die Möglichkeit eröffnet, diesen Strafrahmen auch jenseits strenger Voraussetzungen anzunehmen. Daher ergibt sich zudem die weitere Frage, ob nicht auch eine Verletzung des Bestimmtheitsgebotes durch die besonders schweren Fälle angenommen werden muß. Denn der Gesetzgeber hat keinerlei Anhaltspunkte dafür normiert, wann ein nicht benannter besonders schwerer Fall vorliegen soll. Daher kann der potentielle Täter vor Tatbegehung nur erahnen, in welchem Umfange er bei einer Verurteilung mit staatlicher Sanktion zu rechnen hat.

Schon aus diesen beiden Gesichtspunkten erwächst die Problematik, ob denn die besonders schweren Fälle nichts anderes als eine Umgehung und somit Verletzung des Verfassungsgrundsatzes „nulla poena sine lege“ darstellen.

¹²³ NStZ 1985, S. 28, 29.

1. Zweck des Satzes nullum crimen sine lege

Über den Zweck des Satzes nullum crimen sine lege sind heute in der Literatur zwei Ansichten vorherrschend: Die eine Auffassung, als deren Exponent *Grünwald*¹²⁴ angesehen werden kann, sieht ihn allein in der *Legitimationsfrage*. Nur die Volksvertretung, das Parlament, nicht ein einzelnes Gericht besitze die Legitimation, eine Norm mit so schwerwiegenden Rechtsfolgen, wie sie eine Strafrechtsnorm mit sich bringt, festzusetzen; das Gebot sei demgemäß in unserem heutigen Rechtssystem ein demokratischer Grundsatz. Dem kann man hinzufügen: Wenn der Bestimmtheitsgrundsatz ein demokratischer Grundsatz ist, dann auch noch in einem anderen Sinne. Er soll es ermöglichen, daß der konkrete Strafausspruch für jedermann nachprüfbar ist, so daß die Strafjustiz weder zur „Geheimwissenschaft“ noch zur Instanz von Opportunitäts- oder gar Willkürerwägungen werden kann.

Demgegenüber wird von einigen Autoren das Schuldprinzip als tragender Grund für das Bestimmtheitsgebot hervorgehoben. Die Erhebung des Schuldvorwurfs setze voraus, daß der Täter sich vom strafrechtlichen Verbotensein seines Handelns mindestens habe Gewißheit verschaffen können, wenn er sich dessen im Einzelfall schon nicht bewußt gewesen sei¹²⁵.

2. Das Bestimmtheitsgebot

a) Inhalt und Bedeutung

Wenn von der Vereinbarkeit von Gesetzen mit dem Bestimmtheitsgrundsatz gesprochen wird, so setzt dies voraus, daß es den Bestimmtheitssatz überhaupt gibt. Lehre und Rechtsprechung gehen trotz aller Meinungsverschiedenheiten davon aus, daß dieses Prinzip existiert. Dies ist aber keineswegs unbestritten.

¹²⁴ ZStW 76 (1964), S. 1, 14; *Diefenbach*, Problematik des § 2 Abs. 4 StGB, S. 60 ff.

¹²⁵ *Bockelmann*, Niederschr. Bd. III, S. 288; *Sax*, S. 999.

Artikel 103 Abs. 2 GG lautet: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ See¹²⁶ hat hieraus entnehmen wollen, daß schon der Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG bestimmte Rechtsbegriffe verlange. Hierbei übersah er jedoch, daß der Begriff „bestimmt“ mehrdeutig zu verstehen ist. Während er im Rahmen des Bestimmtheitsgrundsatzes im Sinne von „exakt“ oder „präzise“ gebraucht wird, meint er im Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG als Prädikat vielmehr „angeordnet“ oder „festgelegt“¹²⁷.

Wenn sich der Bestimmtheitsatz aber aus dem Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG nicht direkt entnehmen läßt, so kann seine Geltung aus folgendem bekannten Beispiel *Belings*¹²⁸ heraus nicht fragwürdig sein. Würde der Gesetzgeber ein Strafgesetz erlassen, nach welchem jeder Schurke bestraft würde, so wäre zwar dem Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG genüge getan. Ein solches Gesetz würde Art. 103 Abs. 2 GG aber sinnlos und überflüssig machen. Denn es wäre keine Tat mehr denkbar, die nicht schon aufgrund dieser Vorschrift strafbar wäre. Dies würde aber der strafrechtlichen Grundprämisse der Lückenhaftigkeit des Sanktionssystems¹²⁹ widersprechen. Daher läßt sich, ohne schon Genaueres über Inhalt und Sinn des Art. 103 Abs. 2 GG zu wissen, allein aus der Teleologie schließen, daß der Schurkenparagraph nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sein kann. Daraus folgt, daß nicht jede gesetzliche Anordnung, nicht irgendein Gesetz ausreicht, sondern inhaltliche Anforderungen an das Gesetz zu stellen sind. Während früher nur von dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit gesprochen wurde, ohne dieses näher zu präzisieren, wird seit einigen Jahren die Aufgabe der konkreten

¹²⁶ Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, S. 5.

¹²⁷ Vgl. hierzu *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen, S. 21.

¹²⁸ Lehre vom Verbrechen, S. 22 (zu § 2 StGB a.F.).

¹²⁹ *Arzt*, JuS 1972, S. 385, 386: „Das Netz soll lieber so grobmaschig sein, daß auch ein Verbrecher durchschlüpfen kann, als daß ein harmloser Bürger sich darin verfängt.“

Herausarbeitung von Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit ernstlich in Angriff genommen¹³⁰.

(a) Bestimmtheit bei Ausschöpfung sprachlicher Möglichkeiten

Einige Autoren verlangen, daß sich der Gesetzgeber „größtmöglicher Bestimmtheit“ befleißigen muß. Wertausfüllende Begriffe sind danach zwar nicht schlechthin verboten; sie sind aber dann verfassungswidrig, wenn dem Gesetzgeber eine Möglichkeit präziserer Gesetzesfassung möglich ist¹³¹. Für diesen Ansatz ist der Grundgedanke des Bestimmtheitsgebotes eine Berechenbarkeitsmaxime¹³², korrigiert durch das faktisch und sprachlich Mögliche maßgebend.

Da diese Formel jedoch einen sehr weiten Spielraum läßt, unterscheidet *Kohlmann* drei Gruppen von Tatbestandsmerkmalen¹³³:

1. Deskriptive Tatbestandsmerkmale
2. Normative Merkmale, die im Rechtsraum verankert sind
3. Normative Merkmale, die im außerrechtlichen Raum verankert sind

Diese drei Gruppen unterscheiden sich im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz qualitativ in der beschriebenen Reihenfolge. Daraus folgt, daß ein Merkmal nur dann normativ und nicht deskriptiv umschrieben werden darf, wenn ein deskriptiver Begriff hierfür nicht hinreichend tauglich ist. Im Rahmen der normativen

¹³⁰ Gänzlich in Abrede stellt das Bestimmtheitsgebot *Nickel*, Unechte Unterlassungsdelikte, S. 155, 169, 171 ff. Er kommt mit ausführlicher Begründung zu der These, aus Art. 103 Abs. 2 GG sei kein Bestimmtheitsgebot abzuleiten.

¹³¹ *Wahle*, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S.110; *Kohlmann*, Bestimmtheitsgebot, S. 247 ff; *Lenckner*, JuS 1968, S. 304, 305.

¹³² *Kohlmann*, a.a.O., S. 252 ff.

¹³³ *Kohlmann*, a.a.O., S. 256 ff; 267 f.

Merkmale sind dann die im rechtlichen Raum verankerten immer denen, die nicht verankert sind, soweit möglich, vorzuziehen.

Der Ansatz ist zwar beachtenswert, er geht aber in letzter Konsequenz zu weit. Daß nämlich jede nicht ganz geglückte Gesetzesfassung direkt verfassungswidrig sein soll, ist nicht verständlich.

Zudem will die größere Bestimmtheit der deskriptiven Tatbestandsmerkmale gegenüber den normativen Merkmalen nicht einleuchten. Normative Begriffe wie „Ehe“, „Ehebruch“ „Minderjährigkeit“ usw. sind erheblich bestimmter als Begriffe wie „Sache“ oder gar „Waffe“. Dies bestreitet auch *Kohlmann* nicht, so daß er die in der damaligen Fassung des Strafgesetzes enthaltenden Tatbestandsmerkmale der „Minderjährigen“ i.S.d. §§ 301, 302 a.F. bewußt aussparte¹³⁴.

Sein Ansatz kann daher nicht zur Klärung beitragen.

(b) Quantitativer Ansatz

Schünemann verfolgt eine rein quantitative Betrachtung¹³⁵. Er will den Begriff der Bestimmtheit dahin definieren, daß der Anteil der noch hinreichend bestimmbareren Tatbestandsmerkmale an der Begrenzung des strafbaren Verhaltens jedenfalls mehr als 50 % betragen muß. Dahinter steht der Gedanke, daß man von einem Bestimmtheits- „grundsatz“ nur noch sprechen kann, wenn die Zahl der bestimmten Fälle die der unbestimmten übersteigt, und nicht die Ausnahme zur Regel wird.

Jedoch sind auch 49% Unbestimmtheit schwerlich mit dem Grundgesetz vereinbar, zumal eine quantitative Abschätzung nach Prozenten kaum mit hinreichender Sicherheit möglich ist¹³⁶.

¹³⁴ *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen, S. 102.

¹³⁵ *Schünemann*, Nulla poena sine lege, S. 35.

¹³⁶ *Roxin*, AT § 5 VIII.

Außerdem geht die zugrundeliegende Auslegung *Schünemanns* zum Begriff des Bestimmtheitsgrundsatzes fehl. Grundsatz darf hier nicht in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis verstanden werden, sondern Grundsatz ist hier als Grundfeste oder Grundprinzip zu verstehen, welches keiner Disposition unterliegt.

(c) Bestimmtheit bei Vorliegen eines Verletzungstypus

Nach einer weiteren Auffassung ist der Idealfall, daß ein Strafgesetz nur aus deskriptiven Merkmalen besteht, praktisch nicht zu realisieren, da der Gesetzgeber ohne ausfüllungsbedürftige Wertbegriffe und Generalklauseln der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht Rechnung tragen könnte¹³⁷. Dies ist zwar keine neue Erkenntnis, jedoch schließen die Vertreter dieser Ansicht hieraus eine neue Konsequenz. Sie sind der Ansicht, daß es sich bei dem Begriff der Gesetzesbestimmtheit mehr um ein „fable convenue als um eine stichhaltige Wahrheit“¹³⁸ handelt. Hieraus folge, daß der Richter im Rahmen teleologischer Auslegung oder bei der Ausfüllung von „Lücken intra legem“ notwendigerweise mitzuwirken habe, so daß die lex poenalis ohnehin keine Verlässlichkeit einer mathematischen Formel zu bieten im Stande ist. Mithin sei die durch die Rechtsprechung und Literatur geforderte Vorhersehbarkeit und Vorausberechenbarkeit eine mehr als zweifelhafte Größe¹³⁹. Denn abgesehen davon seien auch Willkürgesetze in ihrer Anwendung durchaus vorausberechenbar¹⁴⁰. Hieraus wird der Schluß gezogen¹⁴¹: Strafnormen, die nach ihrer Gesetzesfassung bedenklich unbestimmt sind, können durch Konkretisierung seitens der Rechtsprechung

¹³⁷ *Wahle, a.a.O.*, S. 107; *Lemmel*, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 134, 180; BVerfGE 45, S. 363; 4, S. 352 ff.

¹³⁸ *Wahle, a.a.O.*, S. 108.

¹³⁹ *Lemmel, a.a.O.*, S. 57 ff; *Wahle, a.a.O.*, S. 108; ähnlich *Sax*, S. 998.

¹⁴⁰ *Wahle, a.a.O.*.

¹⁴¹ *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, Rdn. 120.

hinreichend bestimmt werden; d.h. ihre mögliche Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot¹⁴² könne gewissermaßen mittels „nachträglicher Konturierung“ durch restriktive Auslegung „geheilt“ werden¹⁴³.

Diese Ansicht löst sich vollends von dem Versuch, eine größtmögliche Bestimmtheit durch Begriffspräzisionen zu erreichen; sie versucht Bestimmbarkeit vielmehr über einen anderen Weg zu erreichen. Ein Verhalten ist ihrer Auffassung nach dann „strafbar“, wenn vom Staate anerkannte Werte verletzt werden und diese Verletzung mit strafrechtlichen Sanktionen verknüpft ist¹⁴⁴. *Lemmel* spricht zwar nicht von „Werten“, sondern von „Instituten“. Inhaltlich meint aber auch er das Gleiche, und so kommen beide zu der Bezeichnung des „Wertverletzungstypus“¹⁴⁵. Der Gesetzgeber muß danach nicht ganz konkrete Handlungen sanktionieren, sondern nur einen Verhaltenstypus¹⁴⁶. Dies ist die Beschreibung eines menschlichen Verhaltens und derjenigen Umstände, die eine Verletzung der anerkannten Werte darstellen. Das verfassungsrechtliche Prinzip der Gesetzesbestimmtheit ist danach also so lange gewahrt, als die typische Wertverletzung „bestimmt“ ist, mag die Beschreibung auch durch unbestimmte normative oder generalklauselartige „Verhaltenstypen“ erfolgen, sofern diese geeignet und erforderlich sind, den strafrechtlichen „Wertverletzungstypus“ inhaltlich zu spezifizieren.

¹⁴² Das BVerfG (E 4, S. 352, 357) ließ in einer früheren Entscheidung dahinstehen, ob eine Strafnorm „mangels Bestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes“ mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar und daher nichtig sein könne. Bald darauf hat das Gericht diese Frage aber bejaht. Näher hierzu siehe *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, Rdn. 119.

¹⁴³ *Lemmel*, a.a.O., S. 195; *Loos*, JuS 1979, S. 700 mit Anm. 7; kritisch aber *Schroeder*, JZ 1969, S. 775 f.

¹⁴⁴ *Wahle*, a.a.O., S. 110.

¹⁴⁵ *Lemmel*, a.a.O.; *Wahle*, a.a.O.

¹⁴⁶ *Sax*, S. 1009.

Diese Ansicht löst sich von der Einteilung des Strafgesetzbuches in einzelne Strafgesetze, und fordert, strafbares Verhalten in große Überkategorien einzuteilen, die dann ihrerseits durch einzelne Tatbeschreibungen in gewissem Umfange spezifiziert werden. Akzeptiert man diesen Ansatz, so ergibt dies nur noch eine grobe Vertypung von Tatbildern also lediglich ein grobes Bild, eine Art Collage, der strafbaren Handlungen. Soll aber die Ablehnung des Schurkenparagraphen ernstgenommen werden, so ist nicht zu erklären, warum einerseits eine einzige Globalklausel abgelehnt wird, andererseits aber die unerheblich höhere Präzisierung durch mehrere Globalklauseln anerkannt werden soll, die nur eine Zusammensetzung mehrerer, abgeschwächter Schurkenparagraphen darstellen würden¹⁴⁷. Dann wäre die Struktur des StGB in erheblichem Umfange gefährdet.

Der Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung in seiner Erscheinung als normerhaltendes Prinzip¹⁴⁸ besagt: „Ein Gesetz ist nicht verfassungswidrig, wenn seine Auslegung möglich ist, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht.“¹⁴⁹ Danach darf der Strafrichter keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitspostulat des Art. 103 Abs. 2 GG annehmen, wenn eine präzisierende verfassungskonforme Auslegung möglich ist, die jenem Postulat genügt. Darüber hinaus ist zu beachten, daß unabhängig von der Normenkontrolle die richterliche Rechtsfindung an den Wertentscheidungen der Verfassung zu orientieren ist; insoweit ist die verfassungskonforme Auslegung ein allgemeines Interpretationsmittel, was namentlich bei der verfassungskonformen Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen deutlich wird.¹⁵⁰ Zu den danach bei

¹⁴⁷ So könnte ein Strafgesetzbuch mit Generalklauseln ausgestattet werden, die jeden einzelnen Abschnitt des StGB umfassen würden. Für den 19. Abschnitt könnte die „Schurkenversion“ lauten: „Wer das, was einem anderen gehört, diesem entzieht, ist ein Schurke.“

¹⁴⁸ Krey, Studien, S. 69 f mit Anm. 24.

¹⁴⁹ BVerfGE 2, S. 266, 282.

¹⁵⁰ Krey, a.a.O.

der Auslegung zu berücksichtigenden Wertungen des Grundgesetzes gehört auch das Bestimmtheitsgebot.

Mithin läßt sich sagen: Die Deutung dieses Gebotes nach Art. 103 Abs. 2 GG als Konkretisierungsauftrag an die Rechtsprechung wird durch den Topos verfassungskonformer Auslegung legitimiert.

Im übrigen spricht für dieses Verständnis des Bestimmtheitsgebots noch der folgende Gedanke: Auslegung, verstanden als Konkretisierung des gesetzlichen Regelungsrahmens, ist grundsätzlich normvollendender, normergänzender, also rechtsfortbildender Natur¹⁵¹. Was strafbar ist, bestimmen also Gesetzgeber und Rechtsprechung in arbeitsteiligem Zusammenwirken.¹⁵² Dann aber erscheint es sinnvoll, auch die Judikatur auf das Bestimmtheitsgebot zu verpflichten und ihr aufzuerlegen, Strafgesetzen durch Auslegung schärferer Konturen und damit mehr Bestimmtheit zu verleihen.

Das dargelegte Verständnis des Bestimmtheitsgebotes als Konkretisierungsauftrag an die Judikatur darf aber nicht zu einer Verwässerung der Bindung des Gesetzgebers an das Bestimmtheitsprinzip führen: Die Legislative hat hinreichend bestimmte Strafgesetze zu erlassen, die Judikatur hat Strafgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitserfordernis zu überprüfen und bei Annahme einer Unvereinbarkeit gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zu verfahren.¹⁵³ Mit anderen Worten: Das Bestimmtheitsgebot ist Aufgabe des arbeitsteiligen Zusammenwirkens von zwei Staatsgewalten. Hierbei muß jede der zwei Gewalten die ihr zukommende Möglichkeit, gesetzliche Bestimmtheit zu schaffen, im größtmöglichen Umfange wahrnehmen. Daß eine Gewalt dabei ihre Aufgaben auf eine andere abwälzen

¹⁵¹ Krey, a.a.O., S. 80 ff, 246.

¹⁵² Krey, a.a.O., S. 101 ff m.w.N..

¹⁵³ Zur Klarstellung: Das Verwerfungsmonopol des BVerfG ist begrenzt auf nachkonstitutionelle Gesetze. Vorkonstitutionelle Gesetze, oder untergesetzliches Recht unterliegt hingegen der Prüfungs- und Verwerfungskompetenz jedes einzelnen Gerichts. BVerfGE 1, S. 184, 189 ff; 4, S. 331, 339 ff.

könnte, ist nicht möglich. Gänzlich unbestimmte Gesetze zu erlassen mit der Auflage an die Rechtsprechung, die Vorschriften entsprechend zu konkretisieren, widerspricht daher dem Grundsatz des arbeitsteiligen Zusammenwirkens. Eine bloße Wertvertypung des Strafgesetzbuches durch den Gesetzgeber kann folglich keine Lösung darstellen und ist somit abzulehnen.

Unabhängig hiervon, macht aber auch die Einteilung in einzelne Wertverletzungstypen eine konkretisierende Auslegung einzelner Merkmale nicht obsolet. Wenn Tatbestände lediglich durch Oberbegriffe spezifiziert werden, die Auslegungsschwierigkeiten vieler Einzelbegriffe also obsolet machen, so kommt es in den Randbereichen der neu geschaffenen Oberbegriffe zu den gleichen Abgrenzungsschwierigkeiten.

(d) Unterscheidungskriterien nach herrschender Lehre und Rechtsprechung

Nach *Roxin* ergibt sich die Lösung durch die Grundsätze der Auslegung im Strafrecht¹⁵⁴. Danach ist eine Strafvorschrift dann noch hinreichend bestimmt, wenn und soweit sich ihr ein klarer gesetzgeberischer Schutzzweck entnehmen läßt und der Wortlaut einer beliebigen Ausdehnung der Interpretation immer noch Grenzen setzt. Folglich darf eine Vorschrift nur dann wegen Unbestimmtheit für nichtig erklärt werden, wenn es nicht möglich ist, sie auf einen bestimmten Kern zu reduzieren¹⁵⁵. Da diese Annäherung an den Begriff der Bestimmtheit sehr vage ist, wird die Überprüfung, ob eine Unbestimmtheit vorliegt, aus zwei konkreteren Blickrichtungen erfaßt. Die eine ist die Sicht des Staatsbürgers, die andere die des Richters.

¹⁵⁴ *Roxin*, AT § 5 VIII Rdn 75.

¹⁵⁵ *Roxin*, AT § 5 VIII Rdn 69 ff.

(a) Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit¹⁵⁶

Innerhalb des ersten Bestimmtheitskriteriums wird in zwei Richtungen argumentiert: Zum einen müsse das Strafgesetz so klar und unmißverständlich abgefaßt sein, daß jeder Staatsbürger aus ihm entnehmen könne, was von ihm verlangt werde; es dürften keine Zweifel über Inhalt und Grenzen des strafbaren Verhaltens beim Rechtsgenossen entstehen¹⁵⁷. Dieser Ansicht folgend kommt es auf die individuelle Erkennbarkeit der Strafbarkeitsvoraussetzungen, also die Voraussehbarkeit beim potentiellen Täter an. Nur wenn der Staatsbürger, der „*Otto-Normal-Verbraucher*“, aus dem Gesetz die Strafbarkeit seines geplanten Verhaltens entnehmen könne, sei dieses Gesetz hinreichend bestimmt.

Eine andere Meinung innerhalb des ersten Ansatzes geht dahin, daß der Eingriff der Staatsgewalt objektiv vorhersehbar sein müsse¹⁵⁸. Der Einzelne müsse die Möglichkeit haben, sein Verhalten auf die Rechtslage einzurichten und Tragweite sowie Anwendungsbereich des Straftatbestandes zu erkennen oder durch Auslegung¹⁵⁹ ermitteln zu lassen¹⁶⁰. Der Unterschied zwischen den beiden Ansätzen liegt darin, daß die zweite Ansicht nicht verlangt, daß jeder, auch der juristische Laie, durch Gesetzeskenntnis Klarheit hinsichtlich der Strafbarkeit gewinnen kann. Vielmehr sei ausreichend, daß sich der betreffende

¹⁵⁶ So z.B. bei *Wahle, a.a.O.*, S. 108; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, Rdn 133.

¹⁵⁷ *Drost*, NJW 1955, S. 1255, 1257; *Heinemann*, NJW 1963, S. 6 f; *Franz*, BB 1963, S. 117, 118.

¹⁵⁸ BayVGH 4, S. 194, 202; BayObLGSt 1952, S. 91, 92; 1962, S. 214, 215; *Woesner*, NJW 1963, S. 273; NJW 1964, S. 1, 3; *Class*, Eb. Schmidt-Festschrift, S. 122, 138.

¹⁵⁹ BGHSt 11, S. 365, 377.

¹⁶⁰ BVerfG NJW 1995, S. 1141; BVerfGE 14, S. 174; 25, S. 269, 285; 32, S. 346, 362; 47, S. 109, 120; 55, S. 144, 152; 71, S. 108, 114; 73, S. 206, 234; 87, S. 209, 224; BayVerfGHE 51, S. 201; *Tröndle/Fischer*, § 1 Rdn 5; krit. *Nickel*, Unechte Unterlassungsdelikte, a.a.O.

Bürger, durch Hinzuziehung eines Anwalts¹⁶¹ über die Strafbarkeit des Verhaltens hätte informieren können¹⁶².

(b) Möglichkeit rein logischer Subsumtion und eindeutiger Sinn-ermittlung

Der zweite Ansatz ist wiederum in verschiedene Abstufungen unterteilt. Die strengere Auffassung verlangt Strafgesetze, die als richterliche Tätigkeit nur die Subsumtion zulassen¹⁶³. Die Entscheidung des Richters müsse so eindeutig im Gesetz determiniert sein, daß es nur einer logischen Deduktion, eines logischen Schlußverfahrens bedürfe¹⁶⁴. Nach dieser Ansicht wären also alle Tatbestandsmerkmale, die sich nicht zur unmittelbaren und logisch einwandfreien Subsumtion eignen, unbestimmt. Jedoch kann auch dem kritischen Beobachter nicht verborgen bleiben, daß die Vielschichtigkeit der möglichen Lebenssachverhalte einen so einfachen Schluß nicht zulassen kann.

Die wohl überwiegende Auffassung im Schrifttum berücksichtigt folglich, daß der Richter mehr als eine bloße Subsumtionsmaschine ist, er vielmehr auch auslegen muß. Nach dieser Auffassung wird daher gefordert, daß sich der Sinn eines Tatbestandsmerkmals durch Auslegung „eindeutig“¹⁶⁵ oder wenigstens „verlässlich“¹⁶⁶ ermitteln läßt. Diese Meinung räumt ein, daß eine Tatbestandsbestimmtheit nicht nur dann vorliegt, wenn sich das Gesetz unmittelbar anwenden läßt, sondern auch dann, wenn die gesetzlichen Begriffe ausgelegt werden; doch müsse das Gesetz wenigstens hinreichende

¹⁶¹ Wobei hierbei ein Anwalt mit einem verschiedenen Tätigkeitsgebiet trotz Ausbildung zum Volljuristen kaum genügen dürfte.

¹⁶² So auch *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen, S. 53.

¹⁶³ *Drost*, NJW 1955, S. 1255.

¹⁶⁴ *Class*, Eb. Schmidt-Festschrift, S. 136 f.

¹⁶⁵ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 103 Rdn 185.

¹⁶⁶ *LK-Gribbohm*, § 1 Rdn. 47.

Anhaltspunkte bieten¹⁶⁷, folglich eine feste und zuverlässige Grundlage bilden¹⁶⁸. Als unbestimmt gelten solche Gesetze, welche die konkrete Bestimmung des Tatbestandsinhaltes den rechtsanwendenden Instanzen überlassen¹⁶⁹. Pointiert könnte man sagen: Ein Gesetz ist dann unbestimmt, wenn der Richter das Gesetz nicht finden, sondern erfinden muß¹⁷⁰.

Noch etwas weiter geht die Rechtsprechung. Sie nimmt an, daß Begriffe, die der besonderen Auslegung bedürfen, nicht nur statthaft, sondern sogar notwendig sind¹⁷¹. Auf Termini, die der besonderen Auslegung der Richter bedürfen, könne nicht verzichtet werden¹⁷². Entsprechend dieser Anschauung hat das BVerfG in allen Fällen, in denen es zu der Frage der Vereinbarkeit von Strafnormen mit dem Bestimmtheitsgrundsatz Stellung nehmen mußte, die fraglichen Sätze für verfassungsgemäß gehalten¹⁷³.

Danach kann ein Gesetz nur dann unbestimmt sein, wenn es im Bereich des Rechtsstaates nicht ausreichend umgrenzbar¹⁷⁴, oder sachgerechter Abwägung nicht fähig ist¹⁷⁵. Nur dann, wenn das

¹⁶⁷ *Hellmuth Mayer*, Mat.I, S. 273, 276.

¹⁶⁸ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 103 Rdn. 185.

¹⁶⁹ *Roxin*, JuS 1964, S. 373, 381.

¹⁷⁰ *Baumann/Weber/Mitsch*, AT § 9 II 1.

¹⁷¹ BVerfGE 45, S. 363, 370; 4, S. 352, 358; BGHSt 11, S. 365, 377; 18, S. 102, 105; KG, JR 1965, S. 392f.

¹⁷² BVerfGE 45, S. 363, 371.

¹⁷³ Vgl. BVerfGE 4, S. 352, 354; 11, S. 234, 238; 14, S. 245, 252; 23, S. 265 ff; NJW 1969, S. 1164; NJW 1969, S. 1759; besonders schmerzhaft für das überwiegende Schrifttum war die Entscheidung des BVerfGE 45, S. 363 ff, in dem es die unbenannten besonders schweren Fälle des StGB mit dem Bestimmtheitsgrundsatz für vereinbar erklärt hat. Diese Entscheidung führte innerhalb der Rechtsprechung zum völligen Erliegen zweifelnder Gerichte, da, was häufig mißverstanden oder aber aus Praktikabilitätsgründen übergangen wird, den höherinstanzlichen Gerichten eine Art gesetzgeberische Kraft zugesprochen wird. Dies mag im Einzelfall zwar so sein, § 31 II S. 1 BVerfGG, stellt aber die Ausnahme dar. Aus diesem Grunde wird es noch einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem Urteil vom 21.6.1977 bedürfen.

¹⁷⁴ NJW 1952, S. 476.

¹⁷⁵ BGH NJW 1964, S. 1082, 1083.

Gebot der Ausschließlichkeit nicht mehr gewährleistet ist, also der Richter faktisch die gesetzgeberische Tätigkeit übernimmt, ist eine Unbestimmtheit zu bejahen¹⁷⁶.

(5) Kritik

Die Vertreter dieses Ansatzes beschränken sich bei ihren Erörterungen auf die Frage, ob die beiden herausgearbeiteten Kriterien vorliegen. Zwar mögen die beiden Merkmale an sich durchaus verständlichen Inhalts sein, die Frage ist aber, ob die Voraussetzung der Fragen, nämlich eine Begriffsbestimmung überhaupt, möglich ist.

Bereits *Larenz* hat im Anschluß an *Rickert* ausgeführt, daß man vom Inhalt der Wörter der Alltagssprache zwar eine allgemeine Vorstellung besitze, doch diese nur im Kern sicher sei, ihre Konturen dagegen zerfließen¹⁷⁷.

Ähnlich zeigt *Lemmel*¹⁷⁸ das Problem. Seitdem die Auslegungsmethoden, und hierbei insbesondere die teleologische, anerkannt seien, könne von einer Bestimmtheit von Begriffen nicht mehr gesprochen werden, denn diese erschlossen sich nun anerkanntermaßen immer aus dem Zusammenhang¹⁷⁹. Daraus folgt dann auch sein Versuch, eine bloße Wertgruppenbildung des Unrechts herbeizuführen.

Diese Bedenken sind zwar beachtenswert, im Ergebnis aber nicht durchgreifend. Sämtliche geäußerten Zweifel beruhen, was grundsätzlich richtig ist, auf Täterschutzgedanken. Was ein Täter nicht erkennen kann, weil Begriffe nie ohne Zweifel und Ungenauigkeiten bleiben, kann ihm auch nicht zur Last gelegt

¹⁷⁶ *Hub*, Die Ausgestaltung der besonders schweren Fälle, S. 21.

¹⁷⁷ *Methodenlehre*, S. 189 ff; *Engisch*, Einführung, S. 56 ff.

¹⁷⁸ a.a.O., S. 56 ff.

¹⁷⁹ *Lemmel*, a.a.O. S. 60.

werden. Der Tatbestand ist stets ein Problem der gesellschaftlichen Risikoverteilung für menschliches Verhalten¹⁸⁰.

Gewiß ist das aufklärerische Postulat absoluter Berechenbarkeit des Rechts illusorisch, dies ändert jedoch nichts an der rechtsstaatlichen Aufgabe, Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit des Rechts für den Bürger wenigstens als Ziel anzusteuern: Wer weiß, daß absolute Berechenbarkeit nicht realisierbar ist, handelt „kurzschlüssig“, wenn er wegen dieser Einsicht auf das Ziel relativer Berechenbarkeit verzichtet.

Der entscheidende Aspekt ist aber der des Schutzes des Einzelnen vor richterlicher Willkür¹⁸¹. Je präziser die Strafgesetze abgefaßt sind, desto enger ist der Entscheidungsspielraum des Richters.

Auch dieser seit der Aufklärung anerkannte¹⁸² Grundgedanke des Bestimmtheitsgebotes ist keineswegs durch heutige rechtstheoretische Erkenntnisse überholt: Zwar ist die richterliche Gesetzesauslegung der Natur der Sache nach grundsätzlich die rechtsschöpferische Konkretisierung des gesetzlichen Regelungsrahmens; demgemäß bestimmen Gesetzgeber und Judikatur in arbeitsteiligem Zusammenwirken, was strafbar ist. Es gibt daher keine absolute Gesetzesbestimmtheit der Strafbarkeit. Davon unberührt bleibt indes der Verfassungsauftrag des Art. 103 Abs. 2 GG an die Legislative, das Ziel möglichst weitgehender Gesetzesbestimmtheit zu verfolgen.

Folglich stehen der bisherigen Vorgehensweise keine durchgreifenden Zweifel entgegen, so daß eine Überprüfung der Gesetzesbestimmtheit anhand der oben bezeichneten Kriterien zu erfolgen hat.

b) Geltung für besonders schwere Fälle

Die bisherigen Erörterungen setzten stillschweigend voraus, daß das Bestimmtheitsgebot auch auf die „besonders schweren Fälle“

¹⁸⁰ *Calliess*, JZ 1975, S. 112.

¹⁸¹ *Jescheck*, Lehrbuch, S. 108.

¹⁸² Siehe *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, Rdn. 87, 89, 90.

anwendbar ist. Wie aber bereits erörtert, handelt es sich bei den besonders schweren Fällen um Deliktsfolgen, nicht aber um Tatbestandsmerkmale¹⁸³. Die sich somit vorab stellende Frage ist, ob das Bestimmtheitsgebot auch auf die Deliktsfolgen einer Straftat anwendbar ist, oder aber nur für deren Tatbestandsvoraussetzungen. Nach h.M. beansprucht Art. 103 Abs. 2 GG Geltung nicht nur für die Tatbestandsvoraussetzungen von Strafnormen, sondern auch für deren Strafdrohung¹⁸⁴ oder genauer, für den sich aus der Norm ergebenden Strafrahmen; daher beinhaltet die Verfassungsnorm den Satz:

„Nullum crimen et nulla poena sine lege.“

Eine andere, ältere Auffassung nimmt hingegen an, Art. 103 Abs. 2 GG erfasse nur die Tatbestandsvoraussetzungen; verfassungsrechtlich garantiert sei allein der Satz „nullum crimen sine lege“, „nulla poena sine lege“ hingegen nicht.¹⁸⁵ Hierzu wird ausgeführt:

Gegen die h.A. spreche der Wortlaut des Gesetzes; denn in Art. 103 Abs. 2 GG sei nur die gesetzliche Bestimmtheit der „Strafbarkeit“ gefordert, also nicht der „Strafe“¹⁸⁶. Zwar habe § 2 Abs. 1 StGB i.d.F. von 1871 den Satz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ enthalten; diese Normierung habe aber ausdrücklich die gesetzliche Bestimmtheit der „Strafe“ verlangt. Da Art. 103 Abs. 2 GG in der geltenden Fassung¹⁸⁷ nun lediglich von der „Strafbarkeit“ spreche, sei die verfassungsrechtliche Garantie auf den Satz „nullum crimen sine lege“ beschränkt.

¹⁸³ Siehe oben S. 27.

¹⁸⁴ BVerfGE 45, S. 363, 371; 25, S. 269, 285; *Maunz/ Dürig/ Herzog*, Art 103 Rdn. 195; *Sax*, S. 1011 f; *Sch/Sch/Eser*, § 1 Rdn 23; *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 21 ff., 32; *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 564.

¹⁸⁵ *Welzel*, Lehrbuch, S. 20; *Schröder*, Mezger-Festschrift, S. 415, 420; *Peters*, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen StGB zu regeln? Verh. des 41. Dt. Juristentages (1955), I., 2. Halbbd., S. 23.

¹⁸⁶ *Peters*, a.a.O.; *Welzel*, a.a.O..

¹⁸⁷ nach dem Vorbild von Art. 116 Weimarer Reichsverfassung.

Dem steht aber die Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 2 GG entgegen¹⁸⁸. Die Benennung der „Strafbarkeit“ umfaßte auch die Deliktsfolgen¹⁸⁹. Der Begriff der „Strafbarkeit“ wurde wortwörtlich dem Art. 116 der WRV entnommen. Dort gab es zwar beachtliche Stimmen, die den Begriff nicht auch die Deliktsfolgen umfassen lassen wollten. Bei den Beratungen setzte man sich aber in vollem Bewußtsein dieser Gefahr aus. Denn sowohl im Rechtspflegeausschuß, wie auch im Hauptausschuß meldete sich der Abgeordnete *Zinn* zu Wort, der meinte, daß mit dem Begriff der Strafbarkeit auch die Strafandrohung umfaßt sei. Damit gab man sich dann zufrieden¹⁹⁰.

Eine Interpretation dahingehend, daß der Verfassungsgesetzgeber die Straffolgen ausgeklammert wissen wollte, ist also nicht haltbar. Auch der Normtext des GG steht der h.M. nicht entgegen. Denn der mögliche Wortsinn der Formulierung „Strafbarkeit“ deckt noch die Einbeziehung der Strafdrohung; Straftatbestand und Strafdrohung gehören ja zusammen¹⁹¹.

Zudem erfordert der Sinn des Art. 103 Abs. 2 die Einbeziehung auch der Straffolgen, denn erst mit der Strafdrohung bringt der Gesetzgeber den Unwertgehalt zum Ausdruck. Zudem ist für den Täter meist gleichwertig, ob er sich überhaupt strafbar gemacht hat oder wie hoch er bestraft werden kann.¹⁹²

c) Umfang der Geltung

¹⁸⁸ Zur Entstehungsgeschichte von *Doemming*, JöR 1951, S. 741 ff.

¹⁸⁹ *Maunz/ Dürig/ Herzog*, a.a.O.; *Sch/Sch/Eser*, a.a.O..

¹⁹⁰ *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt, S. 217; v. *Doemming*, JöR 1951, S. 741 ff.

¹⁹¹ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 103 Rdn 195.

¹⁹² Statt aller *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt, S. 218.

Große Teile der Literatur sind jedoch auch bei Befürwortung einer generellen Anwendbarkeit hinsichtlich des Umfanges der Geltung von Art. 103 Abs. 2 GG für die Strafzumessungsgründe zurückhaltend¹⁹³. Das Strafzumessungsrecht werde nämlich durch das Schuldprinzip, nicht aber durch die sonst geltende strenge Gesetzesbindung beherrscht¹⁹⁴. Aus diesem Grunde müßten im Rahmen der besonders schweren Fälle als Strafzumessungsregeln andere, niedrigere Anforderungen gestellt werden, als an die Bestimmtheit von Tatbeständen. Der strenge Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit gelte lediglich für die Strafbarkeitsvoraussetzungen, nicht aber für die Straffolgen. Für den Täter sei zunächst wichtig, ob sein Verhalten überhaupt staatlicher Sanktion unterliegt. In welcher Höhe diese dann ausfalle, sei nur noch von sekundärer Wichtigkeit und nicht mehr an den selben strengen Maßstäben zu messen¹⁹⁵.

Zu unterschiedlich strengen Anforderungen an die Bestimmtheit von Deliktsvoraussetzungen und Deliktsfolgen kann man jedoch nur gelangen, wenn man davon ausgeht, daß sich beide unter diesem Aspekt isoliert betrachten lassen. Dies wäre aber eine unzulässige Vereinfachung, der man entgegenhalten muß, daß nur die Verbindung von Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge das Strafgesetz ausmacht. Einerseits ist jeder Tatbestand ein Stück vorweggenommener Strafzumessung, andererseits werden die Strafbarkeitsvoraussetzungen durch die Strafzumessung gewichtet und in sich aufgegliedert¹⁹⁶. Weite Strafraumen sind häufig ein Indiz für unbestimmt gehaltene Straftatbestände. Unterlassene

¹⁹³ *Krahl*, Tatbestand und Rechtsfolge, S. 127; keine Stellungnahme bei *SK-Rudolphi*, § 1 Rdn. 15 ff; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 1 Rdn 6; Das BVerfG (E25, S. 269, 285 f.) wird immer so verstanden, daß es das Bestimmtheitsgebot auf die Strafzumessungsgründe für anwendbar halte. Tatsächlich bezog es sich in seiner Entscheidung aber nur auf die Höhe der Strafandrohung, nicht aber auf die Strafzumessungsgründe als solche.

¹⁹⁴ BVerfGE 25, S. 269, 285 f, das Art. 103 Abs. 2 GG aus dem Schuldgrundsatz herleitet; *Roxin*, AT, S. 130 f.; § 5 VIII 2 Rdn. 82.

¹⁹⁵ Hierzu auch *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 22.

¹⁹⁶ *Kausch*, Der Staatsanwalt, § 7, 1. b).

Präzisierungen und Differenzierungen im Tatbestandsbereich müssen daher in der Strafzumessung nachgeholt werden. Die Kriterien, die hierfür in der Strafzumessung herangezogen werden, sind vielfach dieselben, an denen sich auch der Gesetzgeber bei der Schaffung differenzierter Tatbestände auszurichten hätte¹⁹⁷. Derselbe Gesichtspunkt kann also als Strafzumessungsgrund und als Tatbestandsmerkmal auftauchen¹⁹⁸. Besteht aber ein solches Wechselverhältnis¹⁹⁹ zwischen Strafbarkeitsvoraussetzungen und Deliktsfolgen, dann muß dies auch Rückwirkungen auf die Anforderungen an den Grad der Bestimmtheit der Rechtsfolge haben²⁰⁰. Es kann nicht geduldet werden, daß sich der Gesetzgeber den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes an die Tatbestandsfassungen dadurch entziehen kann, daß er mittels weiter Strafrahmen oder unbenannter Strafänderungsgründe auf der Rechtsfolgenseite ausweicht.

Die besonders schweren Fälle sind folglich an den gleichen Maßstäben zu messen wie Tatbestandsmerkmale.

d) Verletzung des Bestimmtheitsgebotes

Die Rechtsfigur der besonders schweren Fälle ist also anhand der durch die Rechtsprechung und herrschender Lehre aufgestellten Kriterien der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit²⁰¹, sowie der Möglichkeit rein logischer Subsumtion und eindeutiger Sinnermittlung zu überprüfen. Danach ist eine Strafvorschrift dann noch hinreichend bestimmt, wenn und soweit sich ihr ein klarer

¹⁹⁷ *Kausch*, a.a.O.

¹⁹⁸ So auch *Maiwald*, Gallas-Festschrift, S. 148: „Ist unter der Voraussetzung des Schuldprinzips jeder Tatbestand immer schon ein Stück vorweggenommener Strafzumessung, so ist offensichtlich, daß die beiden Begriffe *keine Gegensätze* bezeichnen können“.

¹⁹⁹ So auch *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt, S. 218.

²⁰⁰ *Gropp*, AT, § 2 3..

²⁰¹ So z.B. bei *Wahle*, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 108; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, Rdn 133.

gesetzgeberischer Schutzzweck entnehmen läßt und der Wortlaut einer beliebigen Ausdehnung der Interpretation immer noch Grenzen setzt. Folglich ist eine Vorschrift nur dann unbestimmt, wenn es nicht möglich ist, sie auf einen bestimmten Kern zu reduzieren²⁰².

²⁰² *Roxin*, AT § 5 VIII Rdn 75.

(1) *Bundesverfassungsgericht*

Das Bundesverfassungsgericht hat in zwei Entscheidungen zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 103 Abs. 2 GG besonders Stellung genommen. Die grundlegende Entscheidung war der Beschluß des 2. Senats vom 21.6.1977²⁰³. Dort führte er aus, daß die Verwendung der Rechtsfigur „besonders schwerer Fall“ verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei²⁰⁴, insbesondere nicht gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot verstoße. Dieses Gebot dürfe nicht übersteigert werden, da die Gesetze anderenfalls zu starr und kasuistisch würden und der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht mehr gerecht werden könnten²⁰⁵. Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit bedeute daher nicht, daß der Gesetzgeber gezwungen sei, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit rein deskriptiven, exakt erfaßbaren Tatbestandsmerkmalen zu umschreiben²⁰⁶. Gegen diese Gesetzgebungstechnik bestünden jedenfalls dann keine Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung, eine zuverlässige Grundlage für die Anwendbarkeit der Norm gewinnen lasse. Hierbei ließ der Senat auch offen, ob die Rechtsfigur anhand der scharfen Voraussetzungen, wie sie für Straftatbestände gelten, oder anhand der gegebenenfalls gemäßigten Voraussetzungen bei Rechtsfolgenbestimmungen zu überprüfen ist. Daß die Anlegung des schärferen Rahmens richtig

²⁰³ BVerfGE 45, S. 363 ff. Dieser Beschluß war der Startschuß für die flächendeckende Ausbreitung der besonders schweren Fälle. So scheint sich insbesondere der Gesetzgeber und wohl auch die überwiegende Mehrheit der Gerichte seit dieser, nunmehr über 20 Jahre zurückliegenden Entscheidung keine eingehenden Gedanken mehr zur Möglichkeit der Verletzung des Bestimmtheitsgebotes gemacht zu haben (So auch *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 564).

²⁰⁴ BVerfGE 45, S. 363, 371.

²⁰⁵ BVerfG, a.a.O..

²⁰⁶ BVerfGE 4, S. 352, 358; 11, S. 234, 237; 28, S. 175, 183.

war, haben obige Ausführungen ergeben. Nach Ansicht des Gerichts ließen sich die Voraussetzungen, unter denen ein besonders schwerer Fall anzunehmen ist, anhand der zu § 46 entwickelten Kriterien unschwer ermitteln. Danach sei die Rechtsfigur unbedenklich.

Eine weitere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁰⁷, welche aber durch den 1. Senat erging, hielt den unbenannten besonders schweren Fall des Totschlages, welcher lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht, hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmtheit für unbedenklich. Zur Begründung verwies das Bundesverfassungsgericht auf die Entscheidung des 2. Senates. Während in jenem Falle eine Entscheidung unter Anwendung des § 94 Abs. 2 erging, welchem noch zwei Regelbeispiele zur Konkretisierung des besonders schweren Falles zur Seite standen²⁰⁸, mußte das Gericht nun eine Norm anwenden, zu deren Konturierung keine Regelbeispiele vorhanden waren. Dieses Fehlen sah das Gericht aber durch die Nähe zu § 211 als ausgeglichen an. Der Mordtatbestand enthalte mit seiner ebenfalls absoluten Strafdrohung Hinweise dafür, welchen Unrechts- und Schuldgehalt der Gesetzgeber für diese absolute Rechtsfolge voraussetzen wollte. Daraus ergäben sich hinreichend sichere Auslegungskriterien auch für § 212 Abs. 2²⁰⁹. Nach *Krahl*²¹⁰ ist durch diese Entscheidungen

²⁰⁷ BVerfG JR 1979, S. 28 ff.

²⁰⁸ Hierbei mißversteht der erste Senat jedoch den zweiten. Dieser hatte nämlich nicht behauptet, daß die Regelbeispiele als Anhaltspunkte für die Annahme eines besonders schweren Falles dienten, sondern nur ein zusätzliches Kriterium neben der auch ohne diese Beispiele gegebenen Gesetzesbestimmtheit darstellten.

²⁰⁹ Nach BGH NStZ 1983, S. 407 ist die Strafzumessung beim Totschlag in zwei Stufen vorzunehmen: Zunächst hat das Gericht festzustellen, ob ein Regelfall, ein besonders schwerer oder ein minder schwerer Fall der vorsätzlichen Tötung gegeben ist. In einem zweiten Schritt ist dann die Strafe innerhalb des so ermittelten Strafrahmens zuzumessen.

²¹⁰ *Krahl*, Tatbestand und Rechtsfolge, S. 129 f. Danach habe das BVerfG zu anderen Fällen, z.B. des Betruges, der Untreue oder der Urkundenfälschung bislang nicht Stellung nehmen müssen. Es könne denjenigen nicht zugestimmt

jedoch auf keine Verallgemeinerung zu schließen, daß die besonders schweren Fälle mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar sind. Dies ist insbesondere deshalb nicht möglich, als das Bundesverfassungsgericht in beiden seiner Entscheidungen nach Merkmalen im Umfeld der besonders schweren Fälle suchte, an die es eine Auslegung, wann ein besonders schwerer Fall gegeben ist, anlehnen konnte²¹¹. Im Hinblick auf einen besonders schweren Fall, dem keine zusätzlichen Merkmale im Umfeld zur Seite standen, hat das BVerfG aber keine Entscheidung getroffen.

(2) *Übrige Rechtsprechung*

Aus der Rechtsprechung jenseits der des Bundesverfassungsgerichts gibt es keine wesentlichen Zweifel an der Bestimmtheit der Rechtsfigur mehr. Üblicherweise wird im Rahmen einer Anwendung eines besonders schweren Falles ein kurzer Hinweis auf dessen Bestimmtheit aufgrund der obigen Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen gegeben.

Diese Zurückhaltung der Judikatur ist im Grunde jedoch verständlich, da sich Anhaltspunkte für eine Änderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht

werden, welche die verfassungsrechtliche Problematik unbenannter Strafzumessungsgründe aufgrund der genannten beiden Entscheidungen für die Strafrechtspraxis als entschieden betrachten. Die Verfassungsmäßigkeit der besonders schweren Fälle sei eine offene verfassungsrechtliche Frage. Es sei wohl kein Zufall, daß der Gesetzgeber mit dem 6. StrRG zahlreiche unbenannte besonders schwere Fälle anhand von Regelbeispielen exemplifiziert habe, um dem Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht eher zu entsprechen, dies aber bei § 212 Abs. 2 angesichts der genannten Verfassungsgerichtsentscheidung nicht für rechtsstaatlich erforderlich gehalten habe. Seiner Ansicht nach sei dies wegen der absoluten Strafandrohung beim unbenannten besonders schweren Fall des Totschlags eine rechtsstaatlich unerträgliche Situation.

²¹¹ Daß eine solche Anlehnung an andere Merkmale nichts anderes, als eine verbotene Analogie ist, wird später näher erläutert werden.

andeuten. Daß die übrigen Gerichte tatsächlich eine Bestimmtheit der Rechtsfigur der besonders schweren Fälle annehmen, ist aber durchaus zu bezweifeln. Dies insbesondere deshalb, als entgegen der Entscheidung des 1. Senats nach früherer Rechtsprechung²¹² die Annahme eines besonders schweren Falles im Rahmen von § 212 Abs. 2 wegen der „Nähe“ zu den Mordmerkmalen unzulässig war. Es müßten vielmehr zusätzliche schulderhöhende Momente hinzutreten, die das Minus gegenüber dem Mord ausglich. Der besonders schwere Fall des Totschlags müsse das Unrechtsgewicht eines Mordes erreichen²¹³; die Schuld des Totschlägers müsse ebenso schwer wiegen wie die eines Mörders²¹⁴. Umstände, die das Unrecht entsprechend erhöhen könnten, seien das Vorliegen des direkten Tötungsvorsatzes oder, nach einer auf das Bundesverfassungsgericht zuschwenkenden, neueren Entscheidung des BGH²¹⁵, nunmehr auch die Nähe zu einem gesetzlichen Mordmerkmal. Eine Gegenüberstellung der sich im Kern entgegenstehenden Entscheidungen macht deutlich, daß die Rechtsprechung sich durch das Bundesverfassungsgericht hat so beeindrucken lassen, daß sie früher vertretende Zweifel aus Praktikabilitätsgründen nunmehr zurückstellt.

(3) *Literatur*

(a) Vertreter der Wahrung des Bestimmtheitsgebotes

*Wahle*²¹⁶, der eine Strafnorm dann als bestimmt ansieht, wenn sie nur den Wertverletzungstypus hinreichend wiedergibt²¹⁷, sieht das Bestimmtheitsgebot als gewahrt an. Denn dieser

²¹² BGH NStZ 1981, S. 258; BGH NJW 1981, S. 2310.

²¹³ BGH NStZ 1991, S. 431.

²¹⁴ BGH NJW 1981, S. 2310.

²¹⁵ BGH Urteil v. 21.9.1999 1 StR 186/99.

²¹⁶ Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 110 ff.

²¹⁷ Ebenso *Sax*, S. 1009, Ähnlich *Nesemann*, Problematik der besonders schweren Fälle, S. 23.

Wertverletzungstypus sei bereits im Grundtatbestand bestimmt festgelegt. Die Rechtsfigur des besonders schweren Falles bezwecke, lediglich ein Verhalten das eine qualifizierte Verletzung des schon bestimmten Wertes darstelle umschreibend zu erfassen²¹⁸, nicht aber diesen „Wertverletzungstypus“ erst selbst zu erschaffen. Mit Einführung und Akzeptanz der teleologischen Auslegung oder der Auslegung von „Lücken intra legem“ habe man sich von der mathematischen Verlässlichkeit des Strafgesetzbuches ohnehin verabschiedet²¹⁹. Die Frage nach dem „Ob“ der Strafbarkeit könne gerade auch infolge der richterlichen „Urteilssubjektivität“ nicht durch bloße Subsumtion restlos und unter Ausschluß allen Zweifels entschieden werden²²⁰. Die „Voraussehbarkeit“ der Strafbarkeit sei daher eine relative Größe, die in der Praktikabilität ihre Grenzen finde²²¹. Seiner Auffassung nach sei durch die von der Rechtsprechung geschaffene „Formel“ der Anwendung des erhöhten Strafrahmens eine hinreichende Beschreibung erreicht. Verfassungsrechtliche Bedenken vollends ausräumen könnten jedoch seiner Auffassung nach die Kombination von besonders schweren Fällen mit Regelbeispielen. Denn diese stellten im Rahmen einer Exemplifikationsmethode die Möglichkeit weiterer Konkretisierung dar²²².

²¹⁸ *Wahle*, a.a.O., S. 111; *Sax*, S. 1003; Strafschärfungsgründe „betreffen nur Modalitäten des äußeren Strafvollzugs oder der inneren Tateinstellung in bezug auf einen Typus strafwürdigen Unrechts, der, wie es Art. 103 Abs. 2 fordert, gesetzlich bestimmt ist“.

²¹⁹ GA 69, S. 161, 167.

²²⁰ *Wahle*, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 109.

²²¹ *Wahle*, a.a.O.; *Schröder*, Mezger-Festschrift, S. 415, 428.

²²² *Wahle*, a.a.O., S. 111; insofern tendiert auch schon *Wahle* in die differenzierende Richtung von *Calliess*, der eine Bestimmtheit nur dann annehmen möchte, wenn den besonders schweren Fällen auch Regelbeispiele zur Seite gestellt werden, jedoch mit dem Unterschied, daß er eine Unbestimmtheit der besonders schweren Fälle ohne Regelbeispiele nicht annehmen möchte.

*Hettinger*²²³ hält die Rechtsfigur der besonders schweren Fälle ebenfalls für eine zulässige Konstruktion. Dahinter steht die Erwägung, daß dem Gesetzgeber, wenn er schon weite Strafrahmen mit entsprechend großem Spielraum für den Richter schaffen dürfe, auch eine Unterteilung dieses Strafrahmens nicht verwehrt sein könne²²⁴. Die Intention einer solchen Gesetzgebungsmethode sei es, die aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit weit gefaßten Strafrahmen durch bestimmte Wertgruppen wieder einzuschränken und so auch dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsanwendungsgleichheit Genüge zu leisten. Ob diesem Ziel – die Strafzumessungsaufgabe einerseits zu erleichtern, andererseits den Richter auch zu leiten – durch die Verwendung der Technik der besonders schweren Fälle wirklich beizukommen ist, stehe auf einem anderen Blatt, berühre jedoch nicht die Frage der Verfassungsmäßigkeit. Wenn es dem Gesetzgeber erlaubt sei, den Strafrahmen des § 212 ohne weitere gesetzliche Differenzierung von 6 Monaten bis zu 15 Jahren zu erstrecken, so könne ihm nicht verwehrt sein, diesen Strafrahmen durch Beschreibung bestimmter für relevant gehaltener Kriterien zu unterteilen. Daher dehnten die Strafrahmenänderungsgründe den Strafrahmen eines Delikts nicht aus, sondern versuchten nur, dem infolge seiner Abstraktheit weit geratenen Tatbestand durch materiell gemeinte Gesichtspunkte eine gewisse Orientierung und Verlässlichkeit zu geben. Auch wenn diese Gesetzgebungsmethode tatsächlich nichts anderes als die

²²³ Doppelverwertungsverbot, S. 206.

²²⁴ *Zipf* (Die Strafzumessung S. 12) geht in seiner Auffassung noch weiter: „Durch unbenannte Strafänderungsgründe tritt in Wahrheit nichts anderes ein als eine getarnte generelle Strafrahmenerweiterung. Dies kann auch gar nicht anders sein, weil der Gesetzgeber eben keine Definitionsmerkmale vorgibt, die zur Wahl des Sonderstrafrahmens führen. Dadurch, daß der Gesetzgeber von einem Normalstrafrahmen Sonderstrafrahmen nur nach diesen unbenannten Wertgruppen abspaltet, erreicht er im Ergebnis nichts wesentlich anderes, als wenn er den Strafrahmen von vornherein erweitert. Das Problem der überweiten Strafrahmen im geltenden deutschen Strafrecht wird dadurch nicht gelöst, sondern höchstens verschleiert.“

Kaschierung der gesetzgeberischen Unfähigkeit sei, so ändere dies doch nichts an der Zulässigkeit der Methode.

Schröder folgte einem ähnlichen Ansatz²²⁵. Er ging zunächst von der Voraussetzung aus, daß der Grundsatz des *nulla poena sine lege* nur das „Ob“ der Strafe erfasse, nicht aber die konkrete Höhe der Sanktion²²⁶. Auch wenn dieser Ansatz, insbesondere aus einer Täterschutzsicht, äußerst fraglich ist, man danach nämlich jede gesetzliche Sanktion für gedeckt hielte²²⁷, so beinhaltet sie doch zumindest auch die Aussage, daß eine Anwendung besonders schwerer Fälle dann zuzulassen ist, wenn sie zur Differenzierung innerhalb eines allgemein anerkannten Strafrahmens dienen soll. Denn der Gesetzgeber müsse imstande sein, einen weiten Strafrahmen zu zerlegen und den einen Teil den leichten und den anderen den schweren Fällen vorzubehalten, ohne selbst zwischen beiden eine endgültige und feste Grenze zu ziehen²²⁸. Seiner Auffassung nach bestehe kein sachlicher Unterschied zwischen den damals noch gegebenen „schweren Fällen“²²⁹ auf der Tatbestandsseite und einer Strafdrohung, die auf Zuchthaus oder Gefängnis lautet. Auf die heutige Fassung des StGB übertragen würde seine Aussage verkürzt so lauten: Kein Unterschied zwischen besonders schweren Fällen auf der Tatbestandsseite und Strafdrohung zwischen Geldstrafe und Gefängnis. Denn wenn ein einheitliches Grunddelikt mit weitem Strafrahmen zulässig ist, bei dem die Abstufung innerhalb dieses Delikts ausschließlich Aufgabe der Strafzumessung ist, können keine Bedenken dagegen erhoben werden, daß dieser Strafrahmen in zwei engere aufgeteilt wird und die untere Hälfte den leichteren, die obere den schwereren vorbehalten bleibt, auch ohne daß zugleich das Gesetz die Grenzziehung dem Richter entzieht und den Anwendungsraum des

²²⁵ *Schröder*, Mezger-Festschrift, S. 415, 420.

²²⁶ Gesetz und Richter im Strafrecht, S. 26 ff.

²²⁷ Also von einer Geldstrafe bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe.

²²⁸ *Schröder*, a.a.O.

²²⁹ Welche im am 1.1.1975 durch die besonders schweren Fälle abgelöst wurden.

schweren Teils abschließend bestimmt. Wenn der Gesetzgeber schon auf der Seite der strafmodifizierenden Voraussetzungen eine gewisse Elastizität für geboten halte, so müsse dies auch für die Straffolgen gelten²³⁰.

(b) Vertreter der Unbestimmtheit

Die berühmt gewordene Aussage des Alternativ-Entwurfs²³¹ findet auch heute noch regen Zuspruch unter den Literaten: „Wo der Gesetzgeber selbst höheres Unrecht oder höhere Schuld durch qualifizierte Tatbestände nicht eindeutig zu umschreiben vermag, sollte er dem Richter auch nicht die Generalklausel der besonders schweren Fälle hinwerfen, ob er sie nun mit Regelbeispielen geringfügig aufhellt, oder nicht.“ Der Literatur, wie auch der Rechtsprechung sei es nicht gelungen, die Kriterien des „besonders schweren Falles“ auch nur einigermaßen exakt zu umreißen, obwohl das Strafrecht seit langem besonders schwere Fälle kenne. Auch die zum Zeitpunkt des Entwurfes in der Diskussion befindliche Legaldefinition (§ 62 des E 1962) leiste diese erforderliche Präzisierung nicht. Zudem stehe die Verwendung der Technik der unbenannten besonders schweren Fälle auch der Bemühung entgegen, das richterliche Ermessen sinnvoll zu beschränken²³².

Maiwald sieht mit den besonders schweren Fällen das Bestimmtheitsgebot in Gefahr geraten²³³. Die genaue Festlegung einer Strafhöhe sei ein legitimer Anspruch des Bürgers an den Gesetzgeber²³⁴. Er sieht den Zweck des Bestimmtheitsgebotes in der Realisierung des Schuldprinzips. Daher könne von Schuld nur gesprochen werden, wenn der Täter sich über das strafrechtliche

²³⁰ *Schröder*, Mezger-Festschrift, S. 415, 421 f.

²³¹ AT, 1969.

²³² Alternativ-Entwurf, AT 1969, S. 119.

²³³ *Maiwald*, NStZ 1984, S. 433, 440.

²³⁴ *Maiwald*, Gallas-Festschrift, S. 136, 147.

Verbotensein seiner Handlung Gewißheit verschaffen könne. Und das sei nur der Fall, wenn die Strafe durch ein (...) Gesetz bestimmt sei²³⁵. Weil die Strafe auch stets etwas sein solle, das die sozial-ethische Mißbilligung proportional zum schuldhaft verwirklichten Unrecht zum Ausdruck bringt, sie also nicht wertneutrale soziale Hygiene darstelle, sei es notwendig, daß die Repräsentation der Staatsbürger im Parlament die sozial-ethischen Maßstäbe vorentscheidet, an denen das Handeln des Einzelnen gemessen wird. Die Strafschärfung mittels der Rechtsfigur der besonders schweren Fälle bezwecke nur eine Kaschierung einer generellen Strafrahmenerweiterung²³⁶, welche ihrerseits erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliege.

*Freund*²³⁷ lehnt die Anwendung der besonders schweren Fälle deshalb ab, weil sie keinen hinreichenden Versuch darstellen, das Postulat größtmöglicher, wenn auch nicht absoluter Gesetzesbestimmtheit zu erreichen. Diese Gesetzgebungstechnik widerstreite dem rechtsstaatlichen Erfordernis, daß die sachgerechte Bestimmung der Rechtsfolge jedenfalls im Rahmen des Möglichen und Angemessenen bereits durch den dazu legitimierten Gesetzgeber zu erfolgen habe und nicht in zu weitem Maße dem Gesetzesanwender übertragen werden dürfe²³⁸. Die entscheidenden Weichen bei der Rechtsfolgenkonkretisierung müsse der Gesetzgeber selbst stellen. Denn sonst könne die angewandte Regelungstechnik der besonders schweren Fälle als Freibrief für den Gesetzesanwender verstanden werden, die ihm angemessene Rechtsfolge willkürlich dem Grundstrafrahmen oder dem Strafrahmen für besonders schwere Fälle zu entnehmen.

Calliess, der die Rechtsnatur der besonders schweren Fälle tatbestandlich einordnen möchte²³⁹, ist der Auffassung, daß das

²³⁵ *Maiwald*, a.a.O.

²³⁶ So auch *Wahle*, GA 69, S. 161.

²³⁷ ZStW 109 (1997), S. 470.

²³⁸ *Freund*, a.a.O..

²³⁹ siehe hierzu oben S. 21.

Bestimmtheitsgebot verletzt sei²⁴⁰. Eine Annahme oder Ablehnung eines besonders schweren Falles beruhe nur auf dem durch die Gerichte betriebenen Begründungs- und Abwägungsaufwand. Dies führe aber zu einer Beliebigkeit der Entscheidungen²⁴¹. Jedoch hält er die Anwendung der besonders schweren Fälle in Verbindung mit Regelbeispielen für zulässig, da diese als Tatbestandsmerkmale eine hinreichende Konkretisierung der Erschwerungsgründe darstellen würden, die unmittelbare Bindungswirkung entfalten²⁴². Er möchte daher den Regelbeispielen Tatbestandscharakter zuweisen, so daß die „in der Regel“-Formulierung so zu verstehen sei, daß nur bei Vorliegen der Regelbeispiele ein besonders schwerer Fall anzunehmen ist²⁴³. Die unbenannten besonders schweren Fälle sind seiner Auffassung nach verfassungswidrig, da sie den entscheidenden Wertverletzungstypus der Tat nicht hinreichend deutlich machen und umschreiben. Der Gesetzgeber habe es versäumt, zunächst die Erschwerungsgründe in generalisierender Weise zu benennen um sie dann im einzelnen zu exemplifizieren, sondern er habe gleich im Anschluß an die vage Formel des „besonders schweren Falles“ Einzelfälle als Regelbeispiele für den besonders schweren Fall selber aufgeführt²⁴⁴.

Nach *Wessels*²⁴⁵ kranken die unbenannten Strafschärfungsgründe an ihrer konturenlosen Unbestimmtheit. Mit dem Prinzip der Rechtssicherheit seien sie unvereinbar, weil der Gesetzgeber bei ihnen auf jede Beschreibung der erschwerenden Umstände verzichtet und es völlig der Wertung des Richters überlassen habe, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Fall als ein „besonders schwerer“ einzustufen sei.

²⁴⁰ *Calliess*, JZ 1975, S. 112, 117.

²⁴¹ *Calliess*, NJW 1998, S. 929, 931.

²⁴² *Calliess*, a.a.O..

²⁴³ *Calliess*, JZ 1975, S. 112, 117.

²⁴⁴ Hierzu die Übersicht bei *Krämer*, Regelung des schweren Diebstahls, S. 33 ff.

²⁴⁵ *Maurach-Festschrift*, S. 295, 296.

Auch *Zieschang* hat erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Wahrung des Bestimmtheitsgebotes²⁴⁶. Jedoch will er diese aufgrund der Entscheidungen des BVerfG zurückstellen, da die strafrechtliche Praxis wohl kaum von ihren Entscheidungen abweichen wird. Mit dieser Äußerung wird die voranschreitende Resignation der Literatur deutlich, aus Gründen der Praktikabilität der Rechtsprechung zu folgen, da diese trotz erheblicher und lang andauernder Proteste andere Ansichten nicht mehr zur Kenntnis zu nehmen scheint²⁴⁷.

(4) *Stellungnahme*

An den Gesetzgeber richtet sich das Verbot, inhaltlich unbestimmte Strafgesetze zu erlassen. Er muß die Voraussetzungen der Strafe so bestimmen, daß das Gesetz eine zuverlässige Grundlage für die Rechtsprechung bietet²⁴⁸.

²⁴⁶ Jura 1999, S. 561, 564.

²⁴⁷ Auch *Bruns* (JR 1979, S. 28, 30) ist der Ansicht, daß die unbenannten besonders schweren, wie auch die minder schweren Fälle lediglich „Generalklauseln“ darstellen, die im Rahmen der §§ 212, 213 einen Strafraum von 6 Monaten bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe eröffnen, lediglich verschwommen konturiert durch die Mordmerkmale. Daher ist auch er der Auffassung, daß diese Gesetzgebungsmethode mit der Verfassung nicht im Einklang steht. Von einer hinreichenden Gesetzesbestimmtheit zu sprechen, stellt seiner Auffassung nach nur ein Lippenbekenntnis dar.

²⁴⁸ So auch *Freund* in seiner ablehnenden Stellungnahme zur Ausweitung der Regelungstechnik der besonders schweren Fälle durch das 6. StrRG (ZStW 109 (1997), S. 455, 470). Bemerkenswert ist, daß *Freund* wohl der einzige Vertreter der Strafrechtslehrer bei den Beratungen des 6. StrRG war. Trotz seiner deutlichen sowie einleuchtenden Kritik erhielt diese aber keinerlei Resonanz seitens des Gesetzgebers. Dies mag damit zu erklären sein, daß er die Anwendung der Technik der Regelbeispiele als eine Verbesserung gegenüber den unbenannten schweren Fällen darstellte, was sicherlich richtig ist. Dies mag den Gesetzgeber zu dem Schluß verleitet haben, seine Wahl der Technik werde erhebliche Probleme lösen und sei daher voranzutreiben. Daß vielzählige Schwierigkeiten jedoch nicht überwunden würden, blieb ihm scheinbar verborgen.

Ob die besonders schweren Fälle mit dem Bestimmtheitsgebot zu vereinbaren sind, hat den oben bereits herausgearbeiteten Kriterien zu folgen. Hierbei sind Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit sowie die Möglichkeit rein logischer Subsumtion maßgebend.

Das Gesetz spricht im Rahmen der Straferhöhungen immer nur von „besonders schweren Fällen“. Es normiert also nicht, unter welchen Voraussetzungen ein Täter mit einer Bestrafung nach dem erhöhten Rahmen eines besonders schweren Falles zu rechnen hat. Es ist zwar zutreffend, daß das Gesetz im Rahmen der Grundtatbestände eine Bestimmtheit beinhalten mag, also eine Bestimmtheit dergestalt besitzt, **daß** ein Verhalten strafbar ist. Der erhöhte Strafrahmen der besonders schweren Fälle ist aber in der geltenden Fassung des StGB nicht, insbesondere auch durch das 6.StrRG, an irgendwelche gesetzlich normierten Voraussetzungen gebunden. Dabei machte das Reformgesetz auch nicht Gebrauch von der im Entwurf 1962 vorgeschlagenen Generalklausel, die ihrerseits noch erhebliche Zweifel an einer inhaltlichen Bestimmung offengelassen hätte. Vielmehr verließ sich der Gesetzgeber auf die inhaltliche Präzisierung im Rahmen einer Einzelfallkasuistik durch die Rechtsprechung sowie darauf, daß das Bundesverfassungsgericht an der scheinbar abschließenden Entscheidung zur inhaltlichen Bestimmtheit festhalten werde. Angesichts dieses Befundes nimmt es nicht wunder, daß man heute vielfach den Bestimmtheitsgrundsatz als *Konkretisierungsgebot an die Judikatur* versteht, und zwar in dem Sinne:

Es sei Aufgabe des Richters, unbestimmt formulierte Straftatbestände im Wege der Normkonkretisierung (Auslegung) hinreichend zu präzisieren²⁴⁹.

Dem stehen aber massive Bedenken gegenüber. Es ist bereits fraglich, ob eine Generalklausel einer Auslegung überhaupt fähig ist. Nimmt man nämlich den Wortsinn des Begriffes „Auslegen“ hinzu, so ergibt sich, daß der aus der Auslegung ergebende Inhalt dem

²⁴⁹ Dunkel, Vermögensbetreuungspflicht, S. 182-189; Maurach/Zipf, S. 122; Lenckner, JuS 1968, S. 308 f; Sax, S. 1010.

auslegungsbedürftigem Begriff selber innewohnen muß. Eine offene Generalklausel, die jeder Interpretation zugänglich ist, kann hingegen selber nicht ausgelegt, sondern muß überhaupt erst mit Inhalt gefüllt werden²⁵⁰. Eine leere Hülse einer Generalklausel wird daher nicht konkretisiert, also inhaltlich präzisiert, sondern überhaupt erst als Norm faßbar gemacht. Zum anderen darf ein Konkretisierungsauftrag an die Judikatur nicht zu einer Verwässerung der Bindung des Gesetzgebers an das Bestimmtheitsgebot führen²⁵¹.

Darüber hinaus sind die durch die Rechtsprechung herausgearbeiteten Auslegungskriterien für die Annahme eines besonders schweren Falles im Schrifttum im Hinblick auf ihre Unbestimmtheit häufig kritisiert worden²⁵². Dieser Kritik ist zuzustimmen, da die gesetzliche Ungenauigkeit weder durch eine gefestigte Rechtsprechung, noch durch eine Gesetzesauslegung oder den Normenzusammenhang derart konkretisiert werden kann, daß die an sich zu fordernde gesetzliche Bestimmtheit der besonders schweren Fälle durch eine interpretatorische, also eine Bestimmbarkeit der Voraussetzungen des gegenüber dem Grunddelikt erhöhten Strafrahmens ersetzt worden wäre²⁵³.

Der Ansatz argumentiert zudem am eigentlichen Problem vorbei. Denn er beinhaltet immer auch die Möglichkeit, daß durch den Gesetzgeber verabschiedete unbestimmte und damit verfassungswidrige Gesetze durch eine Konkretisierung des Gesetzesanwenders wieder in die Verfassung „zurückgeholt“ werden können. Dem muß aber widersprochen werden. Art. 103 Abs. 2 GG verlangt eine gesetzliche Bestimmtheit der Merkmale und nicht

²⁵⁰ Im Ergebnis ebenso *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 103 Abs. 2, Rdn 187.

²⁵¹ *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, S. 127 f.

²⁵² Insbesondere *Maiwald* (NStZ 1984, S. 433, 440), der meint, daß die besonders schweren Fälle auch durch die Konkretisierung durch die Rechtsprechung nicht hinreichend bestimmt würden.

²⁵³ So aber insbesondere BVerfGE 26, S. 41, 43; 45, S. 363, 371 f; 48, S. 48, 56; Zustimmend z.B. BGHSt 28, S. 312, 313; *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen, S. 195; *Loos*, JuS 1979, S. 700 Anm. 7; *LK-Tröndle*, 10 Aufl., § 1 Rdn. 55.

lediglich die Bestimmbarkeit durch den Richter, welche methodisch nicht an feste Regeln gebunden ist²⁵⁴. Der Begriffssinn muß sich durch Auslegung „eindeutig“²⁵⁵ oder wenigstens „verlässlich“²⁵⁶ ermitteln lassen. Als unbestimmt gelten solche Gesetze, welche die konkrete Bestimmung des Tatbestandsinhaltes den rechtsanwendenden Instanzen überlassen²⁵⁷. Die mit der Entscheidung des BGH²⁵⁸ entwickelte Formel²⁵⁹, die in leicht abgewandelter Form durch den E 1962 fast Gesetz geworden wäre, läßt letztlich eine inhaltliche Präzisierung der Generalklausel offen und überläßt es dem Ermessen des Tatrichters, wann dieser einen besonders schweren Fall bejahen oder verneinen möchte. Dies setzt aber ein wertendes Vorverständnis voraus, das im Gesetz keinen hinreichenden Ausdruck gefunden hat. Die Rechtsprechung hat den besonders schweren Fall lediglich in Form einer Generalklausel näher umschreiben können²⁶⁰. Die Annahme oder Ablehnung eines besonders schweren Falles stellt folglich auf eine nicht überprüf- oder gar voraussehbare Gesamtwürdigung der Tat und der Tatumstände sowie die Täterpersönlichkeit ab²⁶¹. Es wäre daher möglich, daß die

²⁵⁴ *Krahl*, Bestimmtheitsgrundsatz, S. 406 f; zur wiederholt im Schrifttum geäußerten Kritik *Wolf*, JuS 1996, S. 189, 194 f.

²⁵⁵ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art 103 Rdn 185.

²⁵⁶ *LK-Tröndle*, 10. Aufl., § 1 Rdn. 55.

²⁵⁷ *Roxin*, JuS 1964, S. 373, 381.

²⁵⁸ BGHSt 29, S. 319 ff.

²⁵⁹ Daß die Rechtsprechung eine solche „Formel“ zur inhaltlichen Präzisierung der unbestimmten Begrifflichkeiten geschaffen hat, zeigt bereits, daß sie an die Stelle des Gesetzgebers getreten ist.

²⁶⁰ *Lemmel* (a.a.O., S. 181) spricht insoweit von einem versteckten Fehlen einer gesetzgeberischen Wertung, wenn der Gesetzgeber nicht zu erkennen gibt, was Rechtens sein soll. Der Gesetzgeber könne dann nämlich einer eigenen Entscheidung entgehen, indem er so allgemeine Begriffe verwende, daß der Richter in ihnen keinerlei Anhaltspunkte für seine Tätigkeit findet. In der Literatur wurden solche Begriffe auch schon als „Blankettbegriffe“ (*Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 121) oder als „Regulative“ (*Henkel*, Mezger-Festschrift, S. 302 ff) beschrieben.

²⁶¹ So auch schon BGHSt 28, S. 318, 319.

Gerichte aufgrund einer gesellschaftlichen „Mode“ unvermittelt bestimmte Umstände als besonders schwere qualifizieren könnten²⁶². Es bedürfte zu einer im Ergebnis vollkommen überraschenden Entscheidung lediglich einer etwas ausführlicheren Begründung. Darüber hinaus ist die durch den BGH verwendete Formel in sich nicht schlüssig. Denn sie stellt unter anderem auf die „erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle“ ab. Wann ein Fall erfahrungsgemäß vorkommt, ist jedoch nicht konkret zu bestimmen. Nicht der Gesetzgeber, sondern der rechtsanwendende Richter definiert und bestimmt die Voraussetzungen, wann ein erhöhter Strafraum angewendet wird²⁶³. Die derzeitige Regelung der besonders schweren Fälle erfordert eine richterliche Entscheidung, die nicht mehr durch einen auf logischer Subsumtion beruhenden Akt der Erkenntnis gewonnen wird, sondern auf einen Akt des Ermessens hinausläuft. Die Prämisse der Rechtsprechung und der Vertreter der Wahrung des Bestimmtheitsgebotes lautet: Wo das Gesetz neben den Regelstrafrahmen besonders schwere Fälle kennt, erfaßt der Regelstrafrahmen nur den erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fall²⁶⁴. Jedoch ist der Regelfall ebenso wie der „theoretische Durchschnittsfall“ nicht als Maßstab für in den Strafrahmen einzuordnende Fälle geeignet²⁶⁵. Er ist in concreto nicht

²⁶² So forderte im November 2000 aus gegebenem Anlaß Fernsehmoderator *Wickert*, daß Straftaten, die aus nationalsozialistischen Motiven begangen würden, durch die Gerichte endlich als besonders schwere eingestuft werden sollten. Auch wenn nicht deutlich wurde, ob er damit „besonders schwere Fälle“ meinte, so wäre ein solcher Weg nach der geltenden Gesetzesfassung durchaus begehbar. So verständlich dies in dem aufgezeigten Falle auch erscheinen mag, so wichtig ist es aber für einen Rechtsstaat in einer wehrhaften Demokratie, auch den nicht „mittig“ orientierten Bürgern im Rahmen geltenden Rechts Verlässlichkeit des Staates zu garantieren.

²⁶³ Dies führt auch zu massiven Problemen im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip. Näheres aber dazu unten S. 78 ff.

²⁶⁴ Zur Vorstellung der h.M. von der Bedeutung der Wertgruppenbildung vgl. nur *Bruns*, Strafzumessungsrecht, S. 103 ff.

²⁶⁵ *Hettinger*, Doppelverwertungsverbot 1. Teil VIII. 3; *Foth* (Salger-Festschrift Fn. 7) meint, diese Technik beinhalte einen Zirkelschluß. Denn die Strafe muß

formulierbar²⁶⁶, hat sich vielmehr als Fiktion erwiesen. Ausschlaggebend kann immer nur das Gesamtbild der Tat sein, für das die erschwerenden und mildernden Umstände nur Teilfaktoren sind, die einer Gesamtwertung zugeführt werden müssen²⁶⁷.

Wenn auch der BGH und die ihm folgende h.M. sich insoweit auf die Motive des Gesetzgebers berufen²⁶⁸, so können doch die Ergebnisse, die auf Grundlage dieser Gesetzgebung zu erzielen sind, nicht besser sein als diese Grundlage selbst²⁶⁹. Und sie ist scheinrational, wie *Frank*²⁷⁰ zutreffend bemerkt, und vermag dem Richter keine Führung zu geben²⁷¹.

Auch die Argumentation des BVerfG²⁷², daß eine kasuistische Regelung der Vielschichtigkeit des Lebens nicht gerecht würde, vermag nicht zu überzeugen. Es ist zwar zutreffend, daß zu enge gesetzliche Normierungen hinsichtlich unzähliger Begehungsvarianten nicht genügen können. Die Schwierigkeiten in der gesetzgeberischen Ausführung zur Regelung komplexer Inhalte

dann erhöht werden, wenn sie erhöht werden muß, weil sie sonst zu milde wäre.

²⁶⁶ *Zipf*, JR 1976, S. 511, 513 f.

²⁶⁷ *Dreher*, ZStW 77, S. 220, 229. Jedoch ist *Dreher* (a.a.O., S. 232) der Auffassung, daß eine hinreichende gesetzliche Bestimmtheit dann gegeben ist, wenn die im E 1962 unter § 62 aufgezeigte Formel in den allgemeinen Teil des StGB aufgenommen wird.

²⁶⁸ *Hettinger*, a.a.O. Teil B. III. und IV.

²⁶⁹ So auch *Zipf*, Die Strafmaßrevision, S. 28 f.: „Die Methode der unbenannten Privilegierungsgründe ist aber nun einmal ein eine völlig unzulängliche Strafrahmenschaffungsmethode des Gesetzgebers. Wer sie nüchtern durchdenkt, kann nicht verwundert sein, daß nicht mehr aus ihr herauszuholen ist, als der Gesetzgeber in sie investiert hat.“

²⁷⁰ *Frank*, NJW 1977, S. 686.

²⁷¹ *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, S. 549; Ähnlich argumentiert auch *Zipf* (Die Strafmaßrevision, S. 29), wenn er meint, daß nur durch eine Vertatbestandlichung von Strafzumessungsfaktoren der Gesetzgeber eine engere Führung und Bindung des Richters erreicht, nie aber durch mildernde Umstände und an-dere Bequemlichkeiten. Auch er hält die besonders schweren Fälle für unbestimmt.

²⁷² E 45, S. 363 ff.

kann aber nicht Legitimationswirkung für ein Gesetzgebungskonzept liefern, welches offenbar nicht mit dem GG vereinbar ist. Wenn die Rechtsprechung in Haftungsprozessen eine Exculpation nicht über die Einhaltung des derzeitigen technischen Standards zuläßt, so kann ein verfehltes Gesetzgebungskonzept nicht seine Rechtfertigung darin finden, daß derzeit scheinbar kein besseres zur Hand ist. Betrachtet man insbesondere die erste Entscheidung des BVerfG, so ergibt sich der Eindruck, daß es keine Entscheidung über die Frage treffen wollte, ob denn die besonders schweren Fälle unbestimmt sind. Vielmehr ging es dem Gericht in seinen Entscheidungen nur darum, daß es die Folgen einer etwaigen Nichtigkeit der Rechtsfigur für den täglichen Rechtsverkehr für unerträglich gehalten hat. Aus diesem Grunde meinte es, eine Verfassungswidrigkeit ablehnen zu müssen. Es ging ihm tatsächlich mehr darum, das Bestimmtheitsgebot an die vermeintlichen praktischen Bedürfnisse anzugleichen, als die geltenden Normen anhand des Bestimmtheitsgebotes zu überprüfen.

*Hettinger*²⁷³ hat einen beachtenswerten Gedanken, um eine Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes zu bejahen, schränkt seine ursprünglich weite These aber „durch die Hintertür“ wieder zugunsten des Art. 103 Abs. 2 GG ein. Sein Ansatz ist der, daß, von einer Unbedenklichkeit eines weiten Strafrahmens ausgehend, er die Unterteilung dieses Rahmens mittels besonders schwerer und leichter Fälle für möglich erachtet, die dann quasi als Korsettstangen den weiten Rahmen tragen sollen. Dabei ist er der Auffassung, daß die Eröffnung der Strafrahmen „durch Beschreibung bestimmter für relevant erachteter Kriterien“ zu erfolgen hat²⁷⁴. In diesem Zusammenhang räumt er selber ein, daß diese Kriterien bestimmt, und nicht willkürlich sein können. Nichts anderes ermöglichen aber die besonders schweren Fälle.

Auch nicht zu halten ist die Auffassung von *Montenbruck*, die besonders schweren Fälle mit Hilfe einer halbabstrakten

²⁷³ Doppelverwertungsverbot, S. 207.

²⁷⁴ *Hettinger*, a.a.O., S. 207 5. Zeile.

Betrachtungsweise einer Bestimmtheit zuführen zu wollen²⁷⁵. Seine Ausführungen sind zwar in sich schlüssig, sie gehen jedoch von einer in Wahrheit nicht gegebenen Voraussetzung aus, daß zumindest die einzelnen Strafzumessungsgesichtspunkte bestimmt sind, denn dann wäre der konkrete Strafzumessungssachverhalt nur eine Zusammenstellung einiger dieser Einzelgesichtspunkte²⁷⁶. Die Voraussetzung aber, nämlich die Bestimmbarkeit zumindest der einzelnen Gesichtspunkte muß auch unter einer generalisierenden Betrachtungsweise ausscheiden. Die Zuordnung sämtlicher Straferschwerensgründe des StGB unter die von *Montenbruck* genannten fünf Rubriken mag zwar durchaus möglich sein, die eigentliche Frage für eine inhaltliche Bestimmtheit muß aber anders herum lauten. Beinhaltet die Kategorisierung in fünf Gruppen auch immer eine Bestimmtheit für die einzelnen Umstände, die einen besonders schweren Fall dann auslösen können? Dies muß aber verneint werden, denn praktisch jeder Umstand, der mehr oder minder erheblich die Strafwürdigkeit des Täters erhöht, ist unter einer der fünf Gruppen einzuordnen. Folglich ist eine Bestimmbarkeit mittels halbabstrakter Generalisierung nicht möglich.

(5) Zwischenergebnis

Die besonders schweren Fälle werden wegen ihrer unzureichenden Bestimmtheit unverändert kritisiert²⁷⁷. Sie haben keinerlei Wertgehalt, sind vielmehr Anweisungen an den Richter, „in freier Würdigung der konkreten Umstände das richtige Ergebnis selbst zu finden“. In ihnen verzichtet der Gesetzgeber auf Normgebung. Sie

²⁷⁵ Strafrahmen und Strafzumessung, S. 95 ff.

²⁷⁶ Besonders lesenswert, da sehr anschaulich, ist der Vergleich mit dem Lottosystem 6 aus 49. *Montenbruck*, a.a.O., S. 96.

²⁷⁷ *Baumann/Weber*, AT, S. 637 f; § 40 II 1, S. 641; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, S. 128; *Jescheck/Weigend*, S. 872; *LK-Gribbohm*, § 1 Rn 63; *Jakobs*, AT, S. 178; *Roxin*, AT, S.130; *Schünemann*, „nulla poena sine lege?“, S. 37 f; *Dreher*, ZStW 77 (1965), S. 231.

stellen lediglich leere Hülsen dar, die der Ausfüllung durch den Richter bedürfen. Der Richter findet das Recht nicht mehr, er erfindet es.

Die durch den Gesetzgeber immer mehr bevorzugte Technik der besonders schweren Fälle ist daher eine dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht standhaltende Idee.

3. Das Analogieverbot

Von den Rechtssätzen, die in dem Satze „nulla poena sine lege“ vereinigt sind, richtet sich an die Rechtsprechung in erster Linie das Analogieverbot, also das Verbot, ein Strafgesetz auf einen Fall anzuwenden, der nicht von seinem Wortlaut her gedeckt ist²⁷⁸. Der Richter darf keine Normschöpfung betreiben und die Aufgaben des Gesetzgebers usurpieren, da ihm für diese Aufgabe aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips die Legitimation fehlt²⁷⁹. Dieses Verbot schränkt für das Strafrecht die Anwendung der teleologischen Auslegungsmethode ein: Nur innerhalb des Bereiches, der durch den Gesetzeswortlaut abgesteckt ist, darf sich die Auslegung des Gesetzes an dessen ratio ausrichten. Die Bestrafung einer Tat, welche der Wortlaut nicht erfaßt, ist ausgeschlossen, auch wenn die ratio legis auf sie zutrifft²⁸⁰ (Sog. Wortlautgrenze). Folglich bedeutet das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 eine Schranke für die Rechtsfindung *praeter legem*, d.h. die *gesetzesergänzende Lückenfüllung*²⁸¹.

Früher konnte zweifelhaft sein, ob der Satz „nulla poena sine lege“ ein solches Verbot enthält, heute hingegen nicht mehr. Im Jahre 1935 wurde der § 2 dahin abgeändert, daß strafwürdige Taten, auf die der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft, zu sanktionieren

²⁷⁸ Kindhäuser, AT, S. 45; Schmidhäuser AT, S. 3, 26 f; Köhler, AT, S. 90 ff.

²⁷⁹ Schünemann, a.a.O., S. 17.

²⁸⁰ Schünemann, a.a.O., S. 4.

²⁸¹ Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, Rn 116; Krey, AT Rdn 85.

seien²⁸². Nach 1945 wurde diese Vorschrift beseitigt²⁸³, und es wurde dem § 2 eine Fassung gegeben, die mit der ursprünglichen übereinstimmte²⁸⁴. Dies kann nicht anders gedeutet werden als eine Absage an jede Anwendung von Strafgesetzen über ihren Wortlaut hinaus²⁸⁵.

In Art. 103 Abs. 2 GG kommt folglich die Grundentscheidung unserer Rechtsordnung zum Ausdruck, daß das Strafrecht eine fragmentarische, lückenhafte Struktur aufweisen soll²⁸⁶. Es soll lieber so grobmaschig sein, daß etliche Verbrecher entkommen, als so engmaschig, daß sich einzelne harmlose Bürger darin verfangen. Eine Analogiefindung würde insbesondere auch die dem Grundsatz des Art. 103 Abs. 2 zugrundeliegende generalpräventive Wirkung verfehlen. Weiß ein Täter vor Tatbegehung nicht, daß sein Verhalten strafbar ist, so kann ihn eine Strafbarkeit auch nicht von seinem Verhalten abbringen. Zudem widerspräche es dem Schuldprinzip, den Täter aufgrund einer Regelung zu bestrafen, die für ihn nicht ersichtlich war.

Das Analogieverbot zieht also die Grenze zwischen zulässiger Auslegung und unzulässiger Überdehnung des durch den Gesetzgeber geregelten Sachverhalts²⁸⁷.

Daß der Richter nicht, wie *Montesquieu* noch meinte²⁸⁸, nur der Mund des Gesetzes ist, wird nicht mehr bestritten. Der Gesetzgeber

²⁸² Durch die Änderung vom 28.6.1935 erhielt das Gesetz folgende Fassung: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbare Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“

²⁸³ Gesetz des Kontrollrates vom 30.1.1946.

²⁸⁴ 3. StrÄndG v. 4.8.1953.

²⁸⁵ Dennoch leugnet *Sax* die Existenz eines Analogieverbotes (Das strafrechtliche Analogieverbot S. 152.); in diesem Sinne auch *W. Hassemer*, Tatbestand und Typen, S. 162, 165; *Jakobs*, AT, 4/35 ff.

²⁸⁶ *Arzt*, JuS 1972, S. 385, 386; *Naucke*, AT, S. 65.

²⁸⁷ *Haft*, AT § 5, 3.

²⁸⁸ Vom Geist der Gesetze, 11. Buch, Kap. 6.

schaft mit dem Wortlaut einer Vorschrift einen Regelungsrahmen, der durch den Richter konkretisierend ausgefüllt wird²⁸⁹. Dabei wird der Rahmen durch den möglichen umgangssprachlichen Wortsinn des Gesetzes abgesteckt, während der Richter innerhalb dieses Rahmens die Auslegung unter Berücksichtigung der nächstliegenden Wortbedeutung, der Vorstellung des historischen Gesetzgebers und des gesetzssystematischen Zusammenhanges nach dem Zweck des Gesetzes vornimmt. Die Bindung an die Wortlautgrenze ist keineswegs willkürlich, sie folgt vielmehr aus den Grundlagen des Gesetzlichkeitsprinzips. Denn eine den Wortlaut überschreitende Strafrechtsanwendung verstößt gegen die staatliche Selbstbindung beim Einsatz der Strafgewalt und entbehrt der demokratischen Legitimation²⁹⁰.

Die sich stellende Frage ist daher, ob die Formulierung „in der Regel“ im Rahmen der besonders schweren Fälle oder die bloße Bezeichnung als „besonders schweren Fall“ bei den unbenannten Fällen eine verbotene Analogiebildung darstellt, oder sich im Rahmen der zulässigen Auslegung bewegt. „Hub“²⁹¹ ist der Auffassung, daß die „in der Regel“-Formulierung gerade die Möglichkeit schaffen sollte, auch nicht in den Regelbeispielen aufgeführte Umstände als besonders schwere Fälle einstufen zu können. Durch die Voraussetzungen des damals im Raume stehenden § 62 des E 1962²⁹², der faktisch durch die obergerichtliche Rechtsprechung Anwendung findet, sei insbesondere auch durch Verbindung mit den Regelbeispielen die Gewähr dafür gegeben, daß kein Sachverhalt

²⁸⁹ Eingehend und instruktiv darüber *Krey*, Studien, S. 113 ff; über die Schranken richterlicher Rechtsfortbildung mit vielen Beispielen und grundsätzlicher Übereinstimmung mit der hier vertretenen Position ebenfalls *Krey*, ZStW 101 (1989), S. 838.

²⁹⁰ *Neuner*, Die Rechtsfindung, S. 134, 138.

²⁹¹ Die Ausgestaltung der besonders schweren Fälle, S. 153.

²⁹² Der Wortlaut des § 62 sollte wie folgt lauten: „Ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn Umstände, die zur Tat gehören oder ihr vorausgehen, oder das Verhalten des Täters nach der Tat das Unrecht und die Schuld wesentlich erhöhen.“ Bei *Wahle*, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 13.

einen besonders schweren Fall zu begründen vermag, der nicht vom Gesetzgeber als solcher gewollt war. Ob ein besonders schwerer Fall vorläge, sei daher eine reine Auslegungsfrage und habe mit Analogie nichts zu tun. *Hub*²⁹³ vergleicht die besonders schweren Fälle mit den Qualifikationstatbeständen. Sie ist der Auffassung, daß § 62 mit seinen Voraussetzungen einer echten Qualifikation vergleichbar ist, so daß eine Analogie nicht in Frage komme.

Diese Auffassung ist so wohl nicht haltbar denn sie verkennt mehrerlei. Zum einen ist schwer nachvollziehbar, wie die Formulierung des § 62 aus dem E 1962 eine abschließende Umfassung aller möglichen Erschwerungsumstände beinhalten soll. Die Vorschrift ist geprägt von unbestimmten Rechtsbegriffen, die sich selbst nach ganz erheblicher Würdigung auch nicht im Ansatz als eindeutig bestimmen lassen. Wie auch *Hub* zeigt, bestand damals, und das hat sich bis heute nicht geändert, erheblicher Klärungsbedarf der Normbegriffe. Zum anderen, und das verwundert im Hinblick auf das Erscheinungsjahr der Arbeit im Jahre 1971, wurde § 62 – wohl aus guten Gründen – nie in Gesetzesform gegossen, so daß die heutige Auslegung der besonders schweren Fälle sich an ihr wohl schwerlich wird orientieren können.

Zum anderen übersieht sie, daß die besonders schweren Fälle mit den Qualifikationstatbeständen gerade nicht vergleichbar sein sollten. Dort wäre nämlich die Regelung durch Tatbestandsmerkmale eine abschließende, während durch die Einführung der besonders schweren Fälle gerade erreicht werden sollte, daß dieses geschlossene System durch den Richter gestreckt werden konnte. Durch eine unbestimmt gehaltene Formulierung sollte daher versucht werden, die zwingende, aber zugleich fragmentarische Struktur in Fällen grober Unbilligkeit entsprechend anzupassen.

Wessels möchte eine Analogie ebenfalls verneinen mit der Begründung, daß zwar eine Analogie gegeben sei, sich der Analogieschluß aber nicht auf die tatbestandlichen Voraussetzungen

²⁹³ A.a.O., S. 154.

eines Strafschärfungsgrundes beziehe²⁹⁴. Daher seien die Streitfragen im Hinblick auf die Auslegung der einzelnen Merkmale des § 243 zwar nicht obsolet geworden, eine Bedeutung bestehe hingegen nicht mehr, da nunmehr die nicht mehr durch die Auslegung erfaßten Fälle als anderer schwerer Fall einzustufen seien.

Wie bereits in dem durch das LG Stuttgart entschiedenen Fall²⁹⁵ stellt die Formulierung der besonders schweren Fälle insbesondere in Verbindung mit den Regelbeispielen den gesetzgeberischen Versuch dar, die an sich durch den Richter gegen die Verfassung verstoßende Analogie auf gesetzgeberische Füße zu stellen und damit zu legalisieren. Daher wird im Rahmen mit den besonders schweren Fällen auch gerne von einer gesetzgeberischen Analogieermächtigung gesprochen²⁹⁶. Im Fall des LG Stuttgart war ein Regelbeispiel des § 243 nach der Entscheidung des Revisionsgerichtes nicht gegeben. Daher beschritt das LG den Weg der höheren Bestrafung des Täters über den Umweg der Annahme eines sonstigen besonders schweren Falles. Dem LG ist dabei entgegen der vielfach geäußerten Kritik von Seiten der Literatur nur der Vorwurf zu machen, die Regelung des § 243 nicht nach Art. 100 GG erneut dem BVerfG vorgelegt zu haben²⁹⁷. In der Sache hat sich das Gericht hingegen im Rahmen des ihm zur Sanktionierung vorgegebenen einfachgesetzlichen Rechtsrahmens gehalten. Nicht die Entscheidung, sondern das Regelungsinstrument als solches ist fehlerhaft. Denn es stellt nichts anderes als die Schaffung der Voraussetzung dar, grundsätzlich vom Wortlaut insbesondere der Regelbeispiele nicht erfaßte Konstellationen – über die Auffangklausel des besonders schweren Falles – der Strafschärfung unterwerfen zu können. Dabei handelt es sich aber um nichts anderes als die Umgehung des

²⁹⁴ *Wessels*, Maurach-Festschrift, S. 295, 300, Fn. 29.

²⁹⁵ Siehe oben S. 17.

²⁹⁶ *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 563.

²⁹⁷ Der BGH hat jedoch in seiner Entscheidung BGHSt 33, S. 370, 377 das Analogieverbot für nicht verletzt gehalten, ohne dieses Ergebnis näher zu begründen.

Analogieverbotes²⁹⁸. Nicht nur mit einer Qualifikation, sondern vom Ausgangspunkt auch mit einem besonders schweren Fall geht eine Verschärfung der angedrohten Sanktion einher. Bei der Qualifikation handelt es sich um abschließend genannte Fallkonstellationen, die unbestritten nicht im Wege der Analogie ergänzt werden dürfen. Ausdrücklich hatte der BGH zu § 243 a.F., der ursprünglich als Qualifikation ausgestaltet war²⁹⁹, entschieden, Art. 103 Abs. 2 GG verbiete dem Richter, an-dere ähnlich verwerfliche Fälle – im konkreten Fall den Diebstahl des gesamten Fahrzeugs – unter § 243 a.F. zu fassen³⁰⁰. Dagegen eröffnet nun die Kombination von besonders schwerem Fall und Regelbeispielen diese Möglichkeit: Liegen im Einzelfall die Voraussetzungen eines Regelbeispiels nicht vor, so können über die Rechtsfigur des besonders schweren Falles derartige Konstellationen vom Grundsatz her aufgefangen werden. Formal ist damit zwar dem Gesetzlichkeitsprinzip genüge getan; tatsächlich liegt aber eine Umgehung dieses Prinzips vor. Denn nun werden über die Rechtsfigur des besonders schweren Falles all diejenigen Fälle erfaßt, welche die Regelbeispiele nicht unmittelbar erfüllen, aber in ihrer Schwere vergleichbar sind.

Nur von einer unzulässigen Analogie zu sprechen, würde aber in der Sache immer noch zu kurz greifen. Analogie stellt die Übertragung einer rechtlichen Regel auf einen im Gesetz nicht geregelten Fall im Wege des Ähnlichkeitsschlusses dar³⁰¹. Diese Ähnlichkeit ist im Rahmen der besonders schweren Fälle aber nicht erforderlich. Sie stellen, selbst wenn sie mit Regelbeispielen versehen sind, nicht auf die Vergleichbarkeit der normierten und erfüllten Tatumstände ab, sondern erfordern lediglich erhöhtes Unrecht. Eine solche Zulassung einer Analogie geht daher über den Inhalt des Begriffes weit hinaus, läßt nämlich die Tatumstände unberührt und orientiert sich nur an der Erfüllung erhöhten Unrechts. Die besonders schweren Fälle führen daher zu einer Verquickung von Tat- und

²⁹⁸ Zieschang, a.a.O..

²⁹⁹ Dreher, 31. Aufl. § 243 1).

³⁰⁰ BGH NJW 1956, S. 271.

³⁰¹ Roxin, AT § 5 II.

Schuldgesichtspunkten. Eine solche geht aber über die eigentliche Analogie hinaus. Die Regelung der besonders schweren Fälle stellt daher nicht nur eine Kaschierung gesetzgeberischer Unfähigkeit³⁰² sondern auch die Tarnung verfassungsrechtlicher Unzulässigkeit dar. Zwar ist in der Begründung zum Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1962 ausgeführt³⁰³, Vorteil der Umwandlung von einer Qualifikation in Regelbeispiele sei, daß der Tatrichter nicht gezwungen sei, jede Tat, die unter eines der Beispiele fällt, als besonders schwere zu bestrafen. Abgesehen davon, daß es aber auch besonders schwere Fälle ohne Regelbeispiele gibt, darf nicht die Kehrseite der Medaille vergessen werden³⁰⁴. Daß nämlich – nicht explizit geregelte – vergleichbare Fälle der schärferen Sanktion unterworfen werden können, so wie es im Sicherungsetikettenfall dann erfolgte. Wenn die Begründung zum E 1962 ausführt, die „schmiegsame“ Regelung vermeide Ungerechtigkeiten³⁰⁵, dann wird dadurch das zwar vom Ausgangspunkt zu befürwortende Bemühen um eine Individualisierung der Sanktion deutlich, gleichzeitig jedoch das zwingend zu beachtende Verbot der Analogie zu Lasten des Täters ausgehöhlt³⁰⁶.

Auch das Bundesverfassungsgericht gesteht indirekt zu, daß es sich um eine Analogiebildung handelt³⁰⁷. Es spricht zwar von Auslegung innerhalb der üblichen und zulässigen Auslegungskriterien, maßgebender Aspekt für die Auslegung sei aber die Berücksichtigung des Normzusammenhanges. Wann eine Berücksichtigung des Normzusammenhanges aber lediglich eine Auslegung und nicht Analogie darstellt, hängt davon ab, ob die „auszulegenden“ Begriffe überhaupt auslegbar sind, oder ob sie nur ein Einfallstor für richterliche Rechtsfindung darstellen. Dazu bedarf es einer

³⁰² *Kohlmann*, JZ 1970, S. 590, 591.

³⁰³ Begründung zum Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1962, S. 400.

³⁰⁴ Was durch den Gesetzgeber wohl auch gesehen und als Vorteil eingestuft wurde (Siehe Begründung zu E 1962, S. 400).

³⁰⁵ E 1962, S. 400, 402.

³⁰⁶ *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 564.

³⁰⁷ BVerfGE 45, S. 363, 372.

zumindest näherungsweise Greifbarkeit des auslegungsbedürftigen Begriffes³⁰⁸. Absolute Eindeutigkeit ist selbstverständlich hierfür nicht erforderlich, denn dann bedürfte es keiner Auslegung mehr. Jedoch muß der Begriff zumindest greifbare Anhaltspunkte für seine Sinnfüllung geben. Wie sich aber im Rahmen der Bestimmtheitsprüfung ergeben hat, sind solche Anhaltspunkte im Rahmen der besonders schweren Fälle gerade nicht gegeben, sondern sie stellen nur mit Inhalt zu füllende leere Hülsen dar.

Der erste Senat des BVerfG macht ebenfalls deutlich, daß die geführte Argumentation auch dem Analogieverbot nicht standhalten kann³⁰⁹. Wenn die Rechtsfolge von § 211 und § 212 Abs. 2 gleich ist, und die Tatbestände sich zumindest in der Tötung eines Menschen gleichen, so stellt eine Orientierung an den Mordmerkmalen für die Bejahung des § 212 Abs. 2 nichts anders als den Versuch dar, die nicht von § 211 erfaßten Fälle über § 212 Abs. 2 wieder der lebenslangen Freiheitsstrafe zuzuführen. So führt denn auch *Bruns*³¹⁰ aus, daß niemand die Gefahr ausschließen könne, daß – zumal nach der vom BVerfG nahegelegten restriktiven Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 211 – die damit eingeleitete Entwicklung durch das Umschalten auf die wenig kontrollierbare Ebene des § 212 Abs. 2 unterlaufen wird.

Daß die besonders schweren Fälle, ausgestattet mit oder ohne Regelbeispiele eine Umgehung des Analogieverbotes darstellen, wird noch deutlicher, wenn man die frühere gesetzgeberische Tätigkeit in die Erwägungen mit einbezieht. Nachdem das Reichsgericht bei elektrischem Strom die Sachqualität verneint hatte, reagierte der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 248c. Zur Füllung der bisherigen Pönalisierungslücken wurden auch die §§ 263a oder 261 eingefügt. Eine solche Nachbesserung durch gesetzgeberische Tätigkeit erübrigt sich hingegen bei den besonders schweren Fällen, da bei dieser Gesetzgebungstechnik Fälle mit vergleichbarem

³⁰⁸ Sonst gelangt man schnell wieder zum „Schurkenparagrafen“. Wer ein Schurke ist, ist ebenfalls ein auslegungsfähiger Begriff.

³⁰⁹ JR 1979, S. 28.

³¹⁰ JR 1979, S. 28, 30.

Unrechtsgehalt der Strafschärfung unmittelbar unterworfen werden können womit das Analogieverbot tatsächlich umgangen wird. Der im Grundsatz mit der Natur einer Strafvorschrift verbundene Gesichtspunkt, nicht alle möglichen Fallkonstellationen erfassen zu können, will man nicht gegen das Gesetzlichkeitsprinzip verstoßen, wird somit ausgehöhlt.

Eine Rettung der Rechtsfigur, wie durch *Calliess*³¹¹ vorgeschlagen, könnte darin zu finden sein, daß die besonders schweren Fälle verfassungskonform auszulegen sind. Danach darf ein besonders schwerer Fall immer nur bei Vorliegen eines Regelbeispiels angenommen werden, ein anderer besonders schwerer Fall hingegen nicht. Von der Indizwirkung der Regelbeispiele kann danach nur zugunsten des Beschuldigten abgewichen werden. Dann würde aber von der Struktur der besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen abgewichen, was mit deren Zielsetzung nicht vereinbar ist³¹². Die besonders schweren Fälle wären dann den Qualifikationstatbeständen mit Strafmilderungen der Sache nach näher, als den besonders schweren Fällen.

Auch einem Bedeutungswandel des Analogieverbotes dahingehend, daß die Regelbeispiele „erlaubte innertatbestandliche Analogie“³¹³ normieren, da der Rechtssicherheit heute im Interesse der Realisierung von Einzelfallgerechtigkeit ein geringeres Gewicht zukomme, ist nicht zuzustimmen³¹⁴. Zwar ist es zutreffend, daß der Gesetzgeber heute der Einzelfallgerechtigkeit bzw. flexiblen Einzelfallentscheidung einen größeren Stellenwert zumißt, als er dies früher durch abschließend gefaßte Qualifikationstatbestände bei der Festlegung strafehöhender Tatumstände getan hat. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, daß das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG neu oder anders zu interpretieren sei, damit die Verfassungsmäßigkeit der besonders schweren Fälle gewahrt bleibt. Dies würde eine unzulässige Relativierung rechtsstaatlicher

³¹¹ JZ 1975, S. 112, 117.

³¹² *Zipf*, Die Strafzumessung, S. 15.

³¹³ *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt, S. 237; *Sch/Sch/Eser*, § 1 Rdn. 29.

³¹⁴ So aber *Eser*, a.a.O..

Grundsätze, die verfassungsrechtlich verbürgt sind, entsprechend den jeweiligen Intentionen des Gesetzgebers bedeuten.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die besonders schweren Fälle nicht nur gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen, sondern auch eine analoge sowie eine über analoge Anwendung hinausgehende Strafschärfung ermöglichen. Sie sind folglich auch aus diesem Gesichtspunkt heraus abzulehnen.

4. Rückwirkungsverbot

Als weiterer Betrachtungspunkt des Art. 103 Abs. 2 GG ergibt sich die Vereinbarkeit mit dem Rückwirkungsverbot³¹⁵. Dieses unterscheidet sich von den übrigen Rechtssätzen dadurch, daß es nicht ein demokratischer Grundsatz ist, da es gerade die Entscheidungsgewalt des Gesetzgebers beschränkt. Sein Grundgedanke wird offenbar, wenn man sich die Gefahren vor Augen führt, die bestünden, wenn es dieses Verbot nicht gäbe – und die sich regelmäßig dann realisiert haben, wenn es durchbrochen wurde. Kann der Gesetzgeber mit den Strafgesetzen auch vergangene Taten erfassen, so ist zu befürchten, daß er Gesetze unter dem Eindruck geschehener Einzelfälle aufstellt, sie auf diese zuschneidet und dabei, auch wenn er Gerechtigkeit anstrebt, zu Wertungen gelangt, die sich bei distanzierter Betrachtung als verfehlt erweisen. Hier also ist der Gesetzgeber in der Gefahr, in der sich der Richter sonst befindet, nur mit dem Unterschied, daß die Gerichte bei Bewältigung der Einzelfälle Fixpunkte in den gesetzlichen Normen haben, an die sie gebunden sind.

Die Schwierigkeit ergibt sich bei den besonders schweren Fällen daraus, daß die eigentliche Wertfüllung einer Norm nicht mehr durch den Gesetzgeber, als vielmehr durch den Richter vollzogen wird. Denn welche Umstände einen besonders schweren Fall begründen, wird, wie bereits dargelegt, nicht mehr durch den Gesetzgeber

³¹⁵ Zur Herleitung des Prinzips siehe *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, Rdn. 126 - 129.

hinreichend bestimmt, sondern durch die Judikative mit Leben gefüllt³¹⁶. Der Gesetzgeber schafft also mit den besonders schweren Fällen Normen, die nur formal dem Rückwirkungsverbot genügen. Denn faktisch bedeuten diese, daß der Rechtsprechung, nachdem die Tat begangen wurde, nunmehr die Möglichkeit eröffnet wird, durch die Annahme eines besonders schweren Falles Umstände als strafscharfend einzuordnen, die bisher für den erhöhten Strafrahmen als nicht ausreichend angesehen wurden. Ein Verhalten, was dem Gesetzgeber aufgrund von Art. 103 GG verwehrt ist. „Denn nur das Gesetz, nicht der Richterspruch ist die maßgebliche Richtschnur dafür, was verboten oder erlaubt ist.“³¹⁷ Die Schaffung der besonders schweren Fälle dient folglich dazu, gesetzgeberisch verbotenes Handeln über den Umweg richterlicher Ermessenserwägungen in das Strafrecht nachträglich einzuführen. Dieser Versuch muß aber ebenfalls an der Verfassungswidrigkeit scheitern. Die richterliche Annahme von sonstigen besonders schweren Fällen verletzt damit das grundgesetzlich garantierte Rückwirkungsverbot³¹⁸.

Mitunter auch aus diesem Grunde gibt es Stimmen, die einen Wandel der Rechtsprechung nur für die Zukunft zulassen wollen. So erwägt *Dürig*, daß die Gerichte eine beabsichtigte Rechtsprechungsänderung nur gutachtlich aussprechen dürfen, der Entscheidung des konkret vorliegenden Falles jedoch noch die alte Auslegung der Vorschrift zugrundelegen müßten³¹⁹. *Kohlmann* hat diesen Gedanken aufgegriffen; nach seiner Ansicht sollten die Gerichte neue Rechtserkenntnisse, die sich für den Bürger nachteilig auswirken, in dem konkreten Fall, bei dessen Beurteilung sie zu der neuen

³¹⁶ Für *Krahl* (Bestimmtheitsgrundsatz S. 52, insb. S. 53) ist der Schluß, daß ein unbestimmtes Gesetz auch gegen das Rückwirkungsverbot verstößt, zwingend.

³¹⁷ *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 80 ff; OLG *Frankfurt* NJW 1969, S. 1634 ff.

³¹⁸ So insbesondere *Calliess* (JZ 1975, S. 112, 117), der aufgrund seiner Annahme, daß es sich bei den besonders schweren Fällen um Tatbestandsmerkmale handelt, zu diesem Schluß kommen muß.

³¹⁹ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 3 Rdn. 405; *Henze*, Die Abgrenzung, S. 264.

Rechtskenntnis gelangt seien, noch nicht anwenden; sie sollten in diesen Fällen von Strafe absehen, aber in einer „Von-nun-an-Klausel“ die neue Rechtsprechung bekannt geben³²⁰. Auch *Mattil*³²¹ und *Knittel*³²² möchten einen Wandel der Rechtsprechung bzw. des Richterrechts dem Rückwirkungsverbot unterstellen. Nur mit Einschränkungen, aber ebenfalls entgegen der herrschenden Lehre, teilen *Baumann*, *Hanack* und *Schröder* diese Anschauung. *Baumann* will das Rückwirkungsverbot dann Wirkung für die Rechtsprechung entfalten lassen, wenn sie so schwerwiegend sind, daß ein Eingreifen des Gesetzgebers zu erwarten wäre³²³. Und *Schröder* hielt eine Rückwirkung von Rechtsprechungsänderungen dann für unzulässig, wenn eine völlig konforme Rechtsprechung ihre Entscheidung zu bestimmten Fragen formelhaft festgelegt hat³²⁴. Alle Autoren lehnen die h.M. mit derselben Begründung ab: Eine Änderung der Gesetzesinterpretation brauche sich sachlich durch nichts von einer formalen Normänderung zu unterscheiden³²⁵; ein starker Umschwung in der Rechtsprechung wiege unter Umständen mehr als eine geringfügige Gesetzesänderung; psychologisch sei es gleichgültig, ob die Änderung durch Gesetz oder durch die Rechtsprechung herbeigeführt werde³²⁶; wer nach bisheriger Auffassung mit Freispruch rechnen konnte, müsse an der Wirksamkeit des Art. 103 Abs. 2 GG irre werden³²⁷.

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß „Lex“ im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG immer nur das Strafgesetz selbst sein kann. Wollte man die

³²⁰ Bestimmtheitsgebot, S. 290, 321; zustimmend *Hanack*, JZ 1970, S. 44 mit Anm. 38.

³²¹ GA 1965, S. 129, 140.

³²² Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung (1965), S. 29 f; ferner *Messmer/Bergschneider*, DAR 1967, S. 45 ff; *Boers*, NJW 1967, S. 1310 f.

³²³ *Baumann/Weber/Mitsch*, AT § 9 III 1, S.132.

³²⁴ *Sch/Sch/Schröder*, 20. Aufl. § 2 Rdn. 15a.

³²⁵ *Hanack*, JZ 1967, S. 297, 300; ähnlich *Boers*, NJW 1967, S. 1310 f.

³²⁶ *Mattil*, a.a.O., S. 140.

³²⁷ Ähnlich *Kohlmann*, a.a.O., S. 274.

rückwirkende Anwendung von Rechtsfortbildung verbieten, so würde sie insgesamt unmöglich gemacht werden. Denn sie verdankt ihre Existenz und ihren weiteren Ausbau gerade dem Umstand, daß die Gerichte bei der Entscheidung über in der Vergangenheit liegende Fälle ständig rechtsfortbildend tätig werden. Auch *Dürigs* Vorschlag, daß den Gerichten lediglich gestattet werden dürfe, beabsichtigte Rechtsprechungsänderungen für die Zukunft gutachtlich zu äußern³²⁸, oder die Einführung der „Von-nun-an-Klausel“ *Kohlmanns*³²⁹ wäre nur in wenigen Fällen realisierbar. Denn oft sind sich die Gerichte ihrer rechtsschöpferischen Tätigkeit gar nicht bewußt. Welche Gerichte sollten darüber hinaus die Rechtsfortbildung vornehmen dürfen? *Kohlmann* meint, daß dies primär der BGH sein müsse; er hat jedoch keine Bedenken, auch den Instanzgerichten eine Rechtsfortbildung in der beschriebenen Form zu gestatten³³⁰. Problematisch ist aber, wie diese den Bürgern zur Kenntnis gebracht werden soll oder wie bei Zeitgleichheit von verschiedenen Gerichten zu entscheiden wäre. Es unterläge dem Zufall, welcher Fall nach fortgebildetem und welcher nach altem, aber gutachtlich geändertem Recht entschieden würde.

Eine derartige gutachtliche Tätigkeit der Gerichte widerspräche zudem auch dem Wesen unserer Rechtsordnung. Die rechtsschöpferische Tätigkeit der Gerichte muß auf das Finden der richtigen Entscheidung für den konkret vorliegenden Einzelfall beschränkt bleiben; die Rechtsfortbildung sowie die Schaffung von Rechtsinstituten, die in der Zukunft für weitere ähnliche Fälle Bedeutung erlangen, kann immer nur ein Nebenergebnis dieser Rechtsprechung sein. Eine gutachtliche Äußerung, in der Zukunft werde in anderer Weise entschieden werden, wäre dagegen eine bewußte Rechtssetzung, für welche den Gerichten das Mandat fehlt. Die Unbestimmtheit der gesetzlichen Regelung in Verbindung mit der Wertfüllung der Regelungen durch die Rechtsprechung stellt jedoch

³²⁸ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 3 Rdn. 405.

³²⁹ Bestimmtheitsgebot, S. 290.

³³⁰ A.a.O., S. 291.

eine Verletzung des Rückwirkungsverbotes dar. Der Gesetzgeber umgeht durch die Instrumentalisierung der Rechtsprechung das Problem, daß er selber nicht in der Lage ist, hinreichend konkrete Merkmale für besonders schwere Fälle aufzustellen. Denn durch diese offen gestalteten Strafnormen müssen die Gerichte die Entscheidungen treffen, welche ihnen im Einzelfall als gerecht erscheinen. Erscheinen deshalb, als daß dies nicht immer der Fall sein muß. Darum ist es angezeigt, daß der Gesetzgeber in seiner Distanz von den Einzelfällen die Entscheidung treffen muß, welches Verhalten mit welchem Strafmaß sanktioniert werden soll³³¹. Mithin verstößt die Rechtsfigur der besonders schweren Fälle auch gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot.

5. Demokratieprinzip/Gewaltenteilungsprinzip

Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes verlangt, daß der Gesetzgeber in „grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst trifft“³³² (sog. Wesentlichkeitstheorie³³³); denn allein die Legislative besitzt eine unmittelbare demokratische Legitimation³³⁴. Demgemäß kann grundsätzlich nur der die Gesellschaft insgesamt vertretene parlamentarische Gesetzgeber das Recht in Anspruch nehmen, Straftatbestände zu normieren³³⁵. Denn in der Strafjustiz tritt dem einzelnen die staatliche Gemeinschaft unmittelbar und mit einem besonders hohen Anspruch entgegen, nämlich über Tat und Täter ein Unwerturteil zu fällen, an welches sich schwerwiegende Rechtsfolgen knüpfen. An die Legitimation zu einem solchen Urteil sind daher besonders hohe Anforderungen zu stellen. Nur der Repräsentant des Trägers der Staatsgewalt selbst besitzt diese Legitimation; in unserer Staatsordnung heißt dies: Nur

³³¹ Grünwald, ZStW 76, S. 1, 14.

³³² BVerfGE 49, S. 89, 126 f m.w.N. (Kalkar-Beschluß)

³³³ Stern, S. 812 ff.

³³⁴ BVerfG 49, S. 89, 125; Krey, Studien, S. 211; JZ 1978, S. 465, 467.

³³⁵ Grünwald, ZStW 1964, S. 13 f; Schünemann, S. 1.

die Volksvertretung. Der Satz „nulla poena sine lege“ ist somit in diesem Teil und in unserem heutigen Rechtssystem ein demokratischer Grundsatz.

Doch es tritt etwas weiteres hinzu. Im Strafrecht, in dem das Recht und die Sittlichkeit in engerer Beziehung stehen als in den übrigen Rechtsgebieten, ist die Gefahr besonders groß, daß in der sittlichen Entrüstung über eine Tat Rechtssätze aufgestellt werden, die einer nüchternen Betrachtung nicht standhalten³³⁶. Darum ist erforderlich, daß der Gesetzgeber in seiner Distanz von den Einzelfällen die Entscheidung getroffen hat, Taten dieser Art bestrafen zu wollen. Er bewertet die verschiedenen Umstände daher in abstracto, während der Richter die konkrete Tat zu beurteilen hat. Da der Gesetzgeber nur eine Regelung im voraus treffen und eine solche Regelung naturgemäß die vorkommenden Konstellationen nicht in ihren Einzelheiten und vielfältigen Abstufungen sachgerecht erfassen kann³³⁷, muß er sich darauf beschränken, den deliktischen Unwert einer Tat im groben zu bestimmen. Die endgültige Individualwertung muß er dem Richter überlassen. Diese Arbeitsteilung erweist sich aus Gerechtigkeitserwägungen als notwendig. Eine einseitige Verlagerung auf den Richter ist folglich nicht hinnehmbar³³⁸.

Hieraus erwächst die Frage, ob der Gesetzgeber mit Schaffung der besonders schweren Fälle dieser Arbeitsteilung gerecht wird und diese Regelungen daher eine ausreichende demokratische Legitimation besitzen.

Unstimmigkeiten herrschen nun aber über die Grenzen sinnvoller und sachgerechter Kompetenzverteilung, d.h. darüber, inwieweit der Gesetzgeber im Wege vorweggenommener Wertung dem Richter bindende Weisungen erteilen soll³³⁹. Dem Verfassungsrecht ist

³³⁶ Siehe hierzu bereits oben im Rahmen des Rückwirkungsverbotes.

³³⁷ Vgl. hierzu *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 3.

³³⁸ *Zipf*, Die Strafzumessung, S. 5.

³³⁹ Vgl. dazu die Verh. des 41. DJT I 2. Halbband (Gutachten von *Peters* und *Schröder*) sowie D S. 3 ff. (Referate von *Kalsbach* und *Sarstedt* sowie

insoweit keine genaue Richtlinie für den Gesetzgeber zu entnehmen, obwohl durch die Arbeitsteilung zwei Verfassungsgrundsätze – Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Einzelfall als wesentliche Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips³⁴⁰ – unmittelbar betroffen werden. Da sie verfassungsrechtlich gleichwertig sind, läßt sich kein allgemein gültiges Rangverhältnis aufstellen, nach dem sich der Gesetzgeber zu richten hat. Während *Warda* annimmt, daß ein Verstoß gegen diese Prinzipien bereits dann gegeben ist, wenn der Gesetzgeber die richterliche Entscheidungstätigkeit nicht hinreichend gebunden und damit die Rechtssicherheitsbelange vernachlässigt hat und eine solche Bindung keine nennenswerte Beeinträchtigung der Gerechtigkeitsbelange mit sich gebracht hätte³⁴¹, geht die weitere Auffassung davon aus, daß die gesetzgeberische Entscheidung erst bei Willkür fehlerhaft ist³⁴².

Letzterer Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Der demokratische Grundsatz, welcher durch die Wesentlichkeitstheorie veranschaulicht wird, besagt, daß die wesentlichen Entscheidungen, also insbesondere auch die Aufstellung von Strafgesetzen durch den Souverän oder dessen Vertreter zu erfolgen hat. Wenn hingegen ein Rangverhältnis zwischen den einzelnen Rechtsstaatsprinzipien nicht konstatiert werden kann, so ist dies sachlich zutreffend, beantwortet aber nicht die Frage, in welchem Umfange eine der drei Staatsgewalten die ihr zugewiesenen Aufgaben auf andere Staatsgewalten abwälzen darf³⁴³. Die Antwort hierauf ist vielmehr im Demokratieprinzip zu suchen. Danach sind alle³⁴⁴ wesentlichen Entscheidungen, also insbesondere auch die Aufstellung von Strafgesetzen durch den Gesetzgeber zu treffen. Ob ein Verhalten

Diskussionsbeiträge), ferner *Baumann*, ZStW 70, S. 227, 232 ff.; sowie *Schröder*, Mezger-Festschrift, S. 416 ff.

³⁴⁰ BVerfGE 2, S. 380, 403; 3, S. 225, 237; 7, S. 194, 196.

³⁴¹ ZStW 71, S. 252, 276, 280.

³⁴² BVerfGE 3, S. 225, 237; *Schröder*, Gesetz und Richter im Strafrecht, S. 29

³⁴³ So aber *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 7.

³⁴⁴ Eine Differenzierung zwischen leicht und schwer zu beantwortenden Fragen ist daher nicht vorgesehen.

unter Strafe gestellt wird, und in welchem Umfange die Sanktion auszufallen hat, ist daher primär durch die Legislative zu normieren. Erst wenn dieser grobe Umfang feststeht, kann der Richter eine individuelle „Feinabstimmung“ im Rahmen der Strafzumessung betreiben.

Daraus ergibt sich, daß die prinzipielle Strafbarkeit sowie der grobe Umfang der Strafhöhe durch die Legislative zu regeln und zu normieren ist. Erneut läßt sich aber feststellen, daß der Gesetzgeber eine solche Normierung nicht vorgenommen hat. Wie bereits erörtert, handelt es sich bei den besonders schweren Fällen um leere Hülsen, denen nur durch die Judikative, nicht aber durch den Gesetzgeber selbst, Leben eingehaucht wurde. Daher wird der Gesetzgeber seiner durch die „Wesentlichkeitstheorie“ erläuterten Pflicht zur Normierung des Wesentlichen nicht gerecht. Hierdurch kommt es zugleich auch zu einer Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips, welches zwar häufiger als Abwehrrecht gegenüber einem Übergreifen einer anderen Staatsgewalt gebraucht wird, sich darin jedoch nicht erschöpft, sondern auch eine Pflicht zum Tätigwerden einer Gewalt innerhalb ihres Aufgabenbereiches begründet.

Festzustellen bleibt, daß die besonders schweren Fälle auch dem Demokratieprinzip sowie dem Gebot der Gewaltenteilung nicht genügen können.

6. Zwischenergebnis

Die im Strafgesetzbuch verwandte Technik der besonders schweren Fälle ist mit dem Grundgesetz unvereinbar. Dennoch wird weder durch die Rechtsprechung noch durch große Teile in der Literatur, welche sich wegen der Entscheidungen der beiden Senate des Bundesverfassungsgerichtes in ihrer Auffassung sicher wähnen, die Verfassungswidrigkeit konstatiert³⁴⁵. Dies ist, obiger Argumentation folgend, überraschend, läßt sich aber mit der Komplexität der verschiedenen Einzelfragen erklären, welche sämtlich auch von

³⁴⁵ Z.B. Zieschang, Jura 1999, S. 561 ff.

„großen Namen“³⁴⁶ auch dahingehend entschieden werden, daß man eine Verfassungsmäßigkeit der Normen annehmen kann.

Zudem hat das Bundesverfassungsgericht mit seinen beiden Entscheidungen die Rechtsprechung hinsichtlich einer Vereinbarkeit der besonders schweren Fälle mit dem Grundgesetz derart konserviert, daß auch schon einzelne Strafrechtslehrer von einer Aus-einandersetzung mit der Problematik abrücken.³⁴⁷

Dies ändert jedoch nichts an dem Ergebnis der Unvereinbarkeit der besonders schweren Fälle mit Art. 103 Abs. 2 GG.

E. Frage der Vereinbarkeit der Rechtsfigur der besonders schweren Fälle als solcher mit Verfassungsrecht

Bis zu diesem Punkt der Untersuchung haben sich folgende Kernthesen ergeben:

1. Die besonders schweren Fälle sind nach der Wertung des § 12 Abs. 3 keine Tatbestände, sondern Strafzumessungsregeln.
2. Ihre derzeitige Fassung ist mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar.

Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit sollte den Gesetzgeber bereits zu einem Umschwenken seines Gesetzgebungskurses bewegen. Dann würde aber unberücksichtigt bleiben, daß sich sowohl die Praxis, als auch die Rechtsprechung aus praktischen Gesichtspunkten nicht so sehr von eigenen Bedenken leiten lassen, als durch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes. Und dieses hat in seinen zwei Entscheidungen positive Stellung zur Verfassungsgemäßheit der besonders schweren Fälle in ihrer derzeitigen Fassung genommen. Auch wenn diese Entscheidungen

³⁴⁶ So beispielsweise *Jescheck*, Marburger Strafrechtsgespräch, ZStW 110 (1998), S. 393, 412 f.

³⁴⁷ *Zieschang*, a.a.O..

keine Bewertung der Rechtsfigur insgesamt beinhalten³⁴⁸, so werden sie dennoch auch von vielen Autoren so verstanden³⁴⁹. Mit der erneuten schlüssigen Darlegung der Verfassungswidrigkeit der derzeitigen Ausgestaltung der besonders schweren Fälle wird man daher vermutlich nur die bloße Kenntnisnahme durch die Beteiligten erreichen können, nicht aber einen Kurswechsel insgesamt.

Auch aus diesem Grunde muß an dieser Stelle die weitergehende Frage gestellt werden, ob die derzeitig verfassungsrechtlich bedenkliche Ausgestaltung der besonders schweren Fälle durch eine Umformulierung in die Verfassungsmäßigkeit „zurückgeholt“ werden kann, oder ob dies nicht möglich ist. Denn wenn nur die derzeitige Ausgestaltung der besonders schweren Fälle problematisch ist, so könnte die Gesetzgebungstechnik als solche beibehalten werden und es müßte sich nur eine Diskussion über eine zulässige Ausgestaltung anschließen.

Die entscheidende Frage lautet daher: Ist die Figur der besonders schweren Fälle bei gegebenenfalls die Verfassungswidrigkeit heilenden Formulierungen überhaupt in der Lage, verfassungsrechtlichen Grenzen gegenüber bestehen zu können, die sich nicht aus der konkreten Ausgestaltung, als vielmehr aus normativen Gesichtspunkten ergeben. Oder aber stellt das Regelungskonzept der besonders schweren Fälle lediglich eine Umgehung der Anforderungen an Tatbestände dar, ohne aber einer qualitativen Unterscheidung zu entbehren? Wenn letzteres der Fall wäre, so läge nicht nur eine Unvereinbarkeit der aktuellen Fassung der besonders schweren Fälle mit geltendem Recht vor, sondern vielmehr eine Unvereinbarkeit der Rechtsfigur als solcher mit Verfassungsrecht.

1. Die Ausgangslage strafrechtlicher Sanktionierung

³⁴⁸ Siehe hierzu oben III D 2. d) (1).

³⁴⁹ *Tröndle/Fischer*, § 12 Rdn 11.

Die Ausgangslage für eine strafrechtliche Sanktionierung ist die, daß ein durch den Gesetzgeber vertypertes Verhalten mit einer konkreten Strafe oder mit einem Strafraum sanktioniert wird. D.h., daß ein Unrechtsverhalten durch den potentiellen Täter auf der Strafvoraussetzungsseite einem bestimmten Strafraum auf der Rechtsfolgenseite zugeordnet wird. Die Höhe des Strafraums bestimmt sich danach, für wie sanktionsbedürftig der Gesetzgeber ein bestimmtes Unrechtsverhalten hält. Die untere Strafraumgrenze erhält man hierbei dadurch, daß die Strafbarkeit der denkbar einfachsten Begehungsvariante mit entsprechender Strafe pönalisiert wird. Die Obergrenze wird durch eine entsprechende Evaluierung der strafwürdigsten Variante mit entsprechender Sanktion erreicht. Als Ergebnis einer solchen Gesetzesfindung erhält man einen Tatbestand (Qualitative Unrechtseinstufung), der einen die unterschiedliche Strafbarkeit berücksichtigenden Strafraum (Quantitatives Unrecht) auf Rechtsfolgenseite beinhaltet. Der vorgegebene Strafraum muß dann folgerichtig so gefaßt sein, daß sämtliche Begehungsvarianten des im Tatbestand vertyperten Unrechts einer angemessenen Sanktionierung zugeführt werden können.

Ergeben sich aber weitere Verhaltensweisen, für die der ursprünglich vorgegebene Strafraum nach Auffassung des Gesetzgebers nicht mehr ausreicht, so kann, soweit eine Vertypung dieser Unrechtsmerkmale noch nicht erfolgt ist, maximal eine Bestrafung an der Obergrenze des bereits geschaffenen Strafraums liegen. Eine weitergehende Bestrafung widerspräche der fragmentarischen Struktur strafrechtlicher Regelungen. Sie ist vielmehr nur dadurch möglich, daß diese neuen Varianten erneut in Tatbestände, also in eine vertypete Unrechtseinstufung, gegossen werden. Die Strafraumgrenzen dieser neuen Tatbestände müssen dann aber den bisherigen Fall, welcher in seinem Strafraum diese Deliktsvariante nicht mehr hinreichend sanktionierte, übersteigen. Der Strafraum muß daher an der Obergrenze des alten beginnen. Strafraumüberschneidungen verbieten sich jedoch, da sonst der alte Strafraum der „einfachen“ Variante für eine hinreichende

Sanktionierung auch der schwereren Fälle ausreichend gewesen wäre.

2. Widersprüche in der Rechtsprechung sowie den gesetzlichen Normen hinsichtlich der Einordnung der besonders schweren Fälle als Strafzumessungsregeln

Da die besonders schweren Fälle, wie ein Blick auf § 12 Abs. 3 deutlich macht, Strafzumessungsregeln sind, müßten sie der Struktur nach quantitatives Unrecht darstellen.

Eine genauere Betrachtung ergibt aber, daß sich die besonders schweren Fälle nicht bloß auf quantitative Unterscheidungen verschiedener Begehungsvarianten beschränken, sondern ihnen auch qualitative Unrechtsunterschiede innewohnen, an welche aber, aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Einordnung, geringere verfassungsrechtliche Anforderungen gestellt werden als an Tatbestände. Die besonders schweren Fälle stellen der Sache nach, wie sich herausstellen wird, Tatbestände dar, die keinerlei Vertypung von Unrecht beinhalten, sondern sich vielmehr in einer Generalklausel erschöpfen.

Zunächst sei hierbei die Rechtsprechung zu betrachten. Denn wie bereits eine erste Durchsicht der ergangenen Entscheidungen verdeutlicht, haben die Gerichte mit der Rechtsfigur der besonders schweren Fälle erhebliche praktische Probleme der Handhabung und Durchhaltung gesetzessystematisch eigentlich eindeutiger Vorgaben. Eine Betrachtung der ergangenen Entscheidungen verdeutlicht, daß auch die Rechtsanwender die besonders schweren Fälle nicht als bloße Strafzumessungsvorschriften begreifen³⁵⁰, sondern ihnen in vielerlei Hinsicht eine eigene Qualität und Tatbestandscharakter zuweisen.

³⁵⁰ Auch wenn sie nicht müde werden, immer wieder zu erwähnen, daß die besonders schweren Fälle nur Strafzumessungsregeln sind.

a) Einordnung der besonders schweren Fälle durch die Rechtsprechung

Auch wenn die Rechtsprechung immer wieder betont, daß die besonders schweren Fälle keine Tatbestandsmerkmale, also qualitative Unrechtseinstufungen darstellen, so ergibt eine genauere Betrachtung nicht diesen Eindruck. Den Unterschied zwischen Strafzumessungsregeln und Tatbeständen macht insbesondere aus, daß die Gerichte im Rahmen von Tatbeständen an das Vorliegen der Voraussetzungen der Norm gebunden sind, wohingegen sie bei der Einordnung der besonders schweren Fälle als Strafzumessungsvorschriften in erheblich minderem Umfang gebunden sein sollen. Im Bereich der Strafzumessung ist vielmehr eine Gesamtschau von Täter und Tatumständen anzustellen. Ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Vorliegen der gesetzlich umschriebenen Merkmale, die einen besonders schweren Fall begründen können und dem Vorliegen eines solchen Falles, ist daher der Struktur der Strafzumessungsgründe entsprechend nicht erforderlich. Jedoch neigen die Gerichte nur wenig zu Abweichungen in der einen oder anderen Richtung, möglicherweise, weil sie dann einer besonderen Begründungspflicht unterliegen würden (§ 267 Abs. 3 S. 3 StPO). Deshalb pflegen sie besonders schwere Fälle praktisch nur, aber immer dann anzuwenden, wenn ein Regelbeispiel verwirklicht ist³⁵¹. Eine Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles oder eines besonders schweren Falles mit Regelbeispielen ohne Verwirklichung eines solchen nimmt die Rechtsprechung, abgesehen von ganz wenigen Ausnahmefällen, jedoch nicht an. Sie versucht sich stets an die gesetzlichen Umschreibungen zu halten. Damit kommt sie aber mit ihrer Handhabung der besonders schweren Fälle derjenigen nahe, die bei Qualifikationen erforderlich ist. Pointiert muß man daher sagen, daß die Rechtsprechung die besonders schweren Fälle im Ergebnis wie Tatbestandsmerkmale behandelt. Dabei läßt es der BGH nicht an

³⁵¹ *Schmitt*, Tröndle-Festschrift, S. 313, 315.

Offenheit fehlen. Schon in BGHSt 26, 167, 173 wird der grundlegende Unterschied als eine „formale Frage der Gesetzgebungstechnik“ bezeichnet. BGHSt 29, 359, 368 billigt diese Sentenz und kann ebenfalls keinen „tiefgreifenden Wesensunterschied“ finden. Der vorläufige Höhepunkt ist in der Entscheidung BGHSt 33, 370, 374 angesiedelt. Unter Billigung der vorgenannten Stellungnahmen wird es, wenn auch nur für einen Sonderfall, als naheliegend bezeichnet, die Merkmale eines Regelbeispiels wie Tatbestandsmerkmale zu behandeln.

(1) Kriterien für die Annahme eines besonders schweren Falles

Der Gesetzgeber selbst hat an keiner Stelle normiert, wann ein besonders schwerer Fall anzunehmen ist. Ungleich dem § 62 des E 1962 überließ er dies in vollem Umfange der Rechtsprechung. Nach dieser liegt ein besonders schwerer Fall dann vor, wenn die objektiven und subjektiven Umstände der Tat selbst die erfahrungsgemäß vorkommenden und deshalb bei der Bildung des ordentlichen Strafrahmens berücksichtigten Fälle an Strafwürdigkeit so deutlich übertreffen, daß dieser Strafrahmen zum Ausgleich von Unrecht und Schuld nicht ausreicht³⁵². Dem hat sich ein Teil der Lehre angeschlossen³⁵³.

(2) Besonders schwere Fälle und Vorsatz

³⁵² BGHSt 2, S. 181, 182; 5, S. 124, 130; 29, S. 319, 322; NJW 1952, S. 234 Sp.1; NJW 1960, S. 1869 Sp. 2; GA 1963, S. 207; NJW 1964, S. 261 Sp. 2; NJW 1966, S. 894; NStZ 1981, S. 391; RGSt 69, S. 164, 169; 69, S. 240, 242; Auf diese Rechtsprechung weist auch das BVerfG hin E 45, S. 363, 372.

³⁵³ Jescheck/Weigend, AT S. 270; Tröndle/Fischer, § 46 Rdn. 88 ; Lackner, § 46 Rdn. 7; Sch/Sch/Stree, vor §§ 38 ff Rdn. 47; Maurach/Gössel/Zipf, S. 545 ff; Furtner, JR 1969, S. 11.

§ 16 Abs. 1 bestimmt, daß sich der Vorsatz des Täters auch auf die Tatumstände zu erstrecken hat, „....die die Strafbarkeit erhöhen.“ Die Voraussetzungen einer Strafnorm muß der Täter kennen, sofern er aus dem erhöhten Strafraum bestraft werden soll. Daher könnte man davon ausgehen, daß sich der Vorsatz des Täters auch auf Umstände erstrecken muß, die nicht zum gesetzlichen Tatbestand, sondern zu den Strafzumessungsregeln zu rechnen sind. § 16 Abs. 1 ist aber mit § 59 a.F. identisch. Die damalige Regelung fußte hingegen darauf, daß in der ursprünglichen Gestaltung der Straferhöhungsgründe durch das RStGB nur kasuistisch-abschließende Qualifizierungen strafscharfend verwendet wurden. Die Fassung konnte also noch gar keine Aussage darüber treffen, ob auch Vorsatz hinsichtlich der besonders schweren Fälle erforderlich ist.

Dennoch findet sich aber zum Teil im Schrifttum die Aussage, hinsichtlich der Regelbeispiele sei „Vorsatz erforderlich“³⁵⁴. Diese Sichtweise ist jedoch zu wenig differenziert: Die gesetzliche Ausgestaltung der §§ 15, 16 macht hinreichend deutlich, daß sich der Vorsatz auf die jeweiligen Tatbestandselemente beziehen muß. Da es sich aber bei den besonders schweren Fällen mit Regelbeispielen um Strafzumessungsvorschriften handelt, sind die §§ 15, 16 zumindest nicht unmittelbar anwendbar³⁵⁵; vielmehr kommt nur eine entsprechende Heranziehung der in §§ 15, 16 verkörperten Grundgedanken auch für den Bereich der Strafzumessung in Betracht³⁵⁶. Bei näherer Betrachtung bedarf es aber auch einer solchen analogen Anwendung von § 16 Abs.1 nicht, denn die fehlende Kenntnis ist im Rahmen der Bewertung der schuldhaften Tat ausreichend berücksichtigungsfähig. Wendet man die Vorsatzregeln unmittelbar an, führt dies in letzter Konsequenz dazu, die Indizwirkung eines Regelbeispiels bereits dann anzunehmen,

³⁵⁴ *Lackner*, § 46, Rdn. 12; *SK-Rudolphi*, § 16 Rdn. 8; *Sch/Sch/Cramer*, § 15, Rdn 27.

³⁵⁵ *Hirsch*, *ZStW* 84 (1972), S. 380, 387; *Wessels*, *Maurach-Festschrift*, S. 295, 300.

³⁵⁶ Siehe dazu *Sch/Sch/Stree*, § 46, Rdn 26 ff.

wenn der Täter von dessen Vorliegen lediglich irrtümlich ausgegangen ist³⁵⁷. Folglich ist es systematisch widersprüchlich, die besonders schweren Fälle den Strafzumessungsvorschriften zuzuordnen, dann aber das Erfordernis der Vorsätzlichkeit in unmittelbarer oder analoger Anwendung aufzustellen³⁵⁸.

Die Rechtsprechung nimmt üblicherweise zum Vorsatz bezüglich der besonders schweren Fälle keine Stellung. Dies liegt darin begründet, daß die Formel, nach der das Vorliegen besonders schwerer Umstände bejaht wird, auch immer subjektive Merkmale beinhaltet. So liegt ein besonders schwerer Fall nur dann vor, wenn das gesamte Tatbild nach einer Gesamtbewertung aller objektiven, *subjektiven* und die Persönlichkeit des Täters betreffenden Umstände, die der Tat selbst innewohnen oder die sonst im Zusammenhang mit ihr stehen, vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, daß die Anwendung des höheren Strafrahmens geboten erscheint³⁵⁹. Für die Rechtsprechung fehlt es daher an der Notwendigkeit, die besonders schweren Umstände objektiv zu bejahen, den besonders schweren Fall dann aber aufgrund fehlenden Vorsatzes scheitern zu lassen.

Dennoch unterlaufen der Rechtsprechung teilweise sprachliche Ungenauigkeiten, die ihre tatsächliche Einschätzung der besonders schweren Fälle widerspiegeln. So äußerte der BGH³⁶⁰, daß sich die Tat nicht nur auf eine geringwertige Sache „bezieht“. Diese Beziehung zwischen Tat und geringwertigem Objekt konnte aber in dem gegebenen Fall kein objektives Kriterium darstellen, sondern wurde erst durch die subjektive Verknüpfung des Täters hergestellt³⁶¹. Der BGH forderte daher ein vorsätzliches Verhalten, um aus dem höheren Strafrahmen zu bestrafen.

³⁵⁷ Hierzu unten noch genauer III E. 2. a) (3).

³⁵⁸ *Krahl*, Tatbestand und Rechtsfolge, S. 134.

³⁵⁹ BGHSt 28, S. 318, 319; zu minder schweren Fällen NStZ-RR 1998, S. 298; NStZ 1991, S. 529 f.

³⁶⁰ E 26, S. 104, 105.

³⁶¹ Sch/Sch/Eser, § 243 Rdn. 52.

Noch deutlicher wurde der BGH³⁶² in einem anderen Fall, als er den Täter nicht aus dem besonders schweren Fall bestrafte, weil er keine Kenntnis der Tatumstände hatte.³⁶³

Dem BGH folgend sind auch große Teile des Schrifttums davon überzeugt, daß die Umstände welche eine besondere Schwere des Falles objektiv begründen, vom Vorsatz des Täters umfaßt sein müssen³⁶⁴. Entgegen einer weiteren im Schrifttum verbreiteten Ansicht³⁶⁵, kann hinsichtlich eines Umstandes, der die besondere Schwere eines Falles begründen (und damit erst einmal den Sonderrahmen auslösen) soll, in subjektiver Hinsicht Fahrlässigkeit nicht ausreichen³⁶⁶. Denn hier handelt es sich nicht um Strafhöhenfestsetzung mit Rücksicht auf die „verschuldeten Auswirkungen der Tat“. Strafraumenbildende Umstände müßten – soweit das Gesetz schweigt (siehe aber § 311 Abs. 3) – immer vom Vorsatz umfaßt sein. Dies hat der BGH für die Merkmale der Regelbeispiele ausdrücklich festgestellt³⁶⁷. Für besonders schwere Fälle ohne Regelbeispiele kann nichts anderes gelten.

Diese Handhabung der besonders schweren Fälle durch den Bundesgerichtshof macht deutlich, daß er in den besonders schweren Fällen nicht nur Strafzumessungsregeln sieht, sondern vielmehr Umstände, deren Vorliegen der Tat insgesamt ein anderes Bild und Gepräge geben, also deren Qualität berühren. Fordert die

³⁶² VRS 18 S. 290.

³⁶³ *Gössel* (Tröndle-Festschrift, S. 357 ff) ist jedoch anderer Auffassung. Liegt nach ihm ein strafbestimmendes Element nicht vor, so kann es auch dann nicht zur Bewertung der schuldhaften Tat als besonders schwerwiegend herangezogen werden, wenn der Täter dieses strafbildende Element (vergeblich) verwirklichen wollte, also z.B. zum Einbruch i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 unmittelbar ansetzte. *Fabry* (NJW 1986, S. 15) versucht diesen Ansatz zwar zu retten. Dieser Versuch ist aber verfehlt, siehe *Maurach/Gössel*, AT 7. Aufl. § 40 Rn 122.

³⁶⁴ *SK-Horn*, § 212 Rn 37.

³⁶⁵ *Maiwald*, NStZ 1984, S. 433, 437; *Jakobs*, AT 8/43.

³⁶⁶ *SK-Horn*, Voraufgabe, § 46 Rn 61.

³⁶⁷ BGHSt 26, S. 176, 182; S. 244, 245.

Rechtsprechung aber Vorsatz hinsichtlich solcher Umstände, welche die Unrechtsqualität eines Deliktes berühren, so muß es sich ihrer Auffassung, der Sache nach, um Tatbestände handeln. Denn warum sollte bei einer bloß quantitativen Unterteilung des Unrechts ein Erfordernis des Vorsatzes für die Annahme eines besonders schweren Falles erforderlich sein.? Sowohl die Annahme wie auch die Ablehnung eines solchen Falles wären das Ergebnis einer Gesamtbetrachtung und nicht der Überprüfung des Vorliegens einzelner Merkmale, wie dies bei tatbestandlicher Unrechtsvertypung der Fall ist.

(3) Besonders schwere Fälle und Versuch

Auch die Handhabung der besonders schweren Fälle in Versuchskonstellationen verdeutlicht, daß die Rechtsprechung in ihnen nicht bloß quantitative Unrechtseinstufungen erblicken will. So hatte der BGH³⁶⁸ einen Fall zu entscheiden, in dem die Täter durch Entfernen von Fensterscheiben in eine Gaststätte einbrechen wollten, um dort Gegenstände zu entwenden, von der Polizei aber bereits zu einem Zeitpunkt gefaßt wurden, als sie lediglich die Einfassung einer noch im Fenster sitzenden Scheibe gelöst hatten. Der BGH führte unter der Heranziehung „allgemeiner Grundsätze des Strafrechts“ aus, die Annahme des Regelbeispiels „Einbrechen“ in § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 setze beim versuchten Diebstahl nicht voraus, daß der begonnene Einbruch gelungen sei. Es liege vielmehr nahe, die Regelbeispiele der besonders schweren Fälle „im Ergebnis wie ein Tatbestandsmerkmal“ zu behandeln³⁶⁹. Sie seien zumindest

³⁶⁸ BGHSt 33, S. 370; zu § 243 vor dem 6. StrRG.

³⁶⁹ BGHSt 33, S. 370, 374; Entgegen einer späteren Entscheidung hat der BGH (BGH NSTZ-RR 1997, S. 293) hingegen ausgeführt, daß es den Versuch eines besonders schweren Falles im System des Strafgesetzbuches nicht gebe, weil die Vorschriften über die besonders schweren Fälle, insbesondere die gesetzlichen Regelbeispiele, keine Tatbestände im engeren Sinne seien, sondern lediglich Strafzumessungsregeln enthielten.

„tatbestandsähnlich“. Regelbeispiele für besonders schwere Fälle unterschieden sich „im Wesen nicht tiefgreifend von selbständigen Qualifikationstatbeständen“. Daher sei die Wahl des Gesetzgebers nur noch eine Frage der „formalen Gesetzgebungstechnik“³⁷⁰. Die Umwandlung des § 243 von einer selbständigen Qualifikation in eine Strafzumessungsvorschrift sei nicht erfolgt, um die Reichweite der Vorschrift einzuschränken, „also zum Beispiel den versuchten Einbruch von der Qualifizierung gänzlich auszunehmen“³⁷¹. Der BGH ist der Ansicht, seine Auffassung ermögliche es, § 243 in Fällen des versuchten Diebstahls einfach und einheitlich anzuwenden. Überdies sei zu beachten, daß der Tatrichter wenigstens nicht gehindert sei, die Gesamttat als besonders schweren Fall außerhalb der Regelbeispiele anzusehen³⁷².

Diese Erwägungen halten einer Erörterung nicht stand. Der Beginn des Versuchs richtet sich nicht nach Gesichtspunkten, die ausschließlich im Rahmen der Strafzumessung von Bedeutung sind, sondern ist zu beurteilen bezogen auf die Verwirklichung eines bestimmten Straftatbestandes des besonderen Teils des Strafgesetzbuches. Eine Strafzumessung kann für sich genommen hingegen keine Auskunft darüber geben, ob vom Versuchsbeginn auszugehen ist; das beurteilt sich bezogen auf selbständige Tatbestände. Die Umwandlung der Qualifikation nach § 243 a.F. in eine Strafzumessungsvorschrift war zudem nicht nur, wie der BGH meint, ein Akt der formalen Gesetzgebungstechnik³⁷³, vielmehr hat sich damit ein qualitativer Wandel vollzogen. Strafzumessungsvorschriften entfalten überhaupt erst dann Bedeutung, wenn ein tatbestandliches, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Angeklagten *zuvor* festgestellt worden

³⁷⁰ BGHSt 33, S. 370, 374; 26, S. 167, 173.

³⁷¹ BGHSt 33, S. 370, 375.

³⁷² BGH NStZ-RR 1997, S. 293.

³⁷³ Zur weitergehenden Frage, welche Konsequenzen eine solche Auffassung im Hinblick auf die Existenzberechtigung von Qualifikationen hätte, siehe unten III E. 3. und 4.

ist³⁷⁴. Berücksichtigt man dies, dann kann die Teilverwirklichung von Regelbeispielen für sich genommen keine strafbarkeitsbegründende Wirkung haben. Anderenfalls würde wiederum gegen den nullum crimen-Grundsatz verstoßen, indem erst für die Strafzumessung, also für die Rechtsfolgenseite, bedeutsame Umstände zur Begründung der Strafbarkeit herangezogen würden. Nur Straftaten können hingegen versucht werden, nicht aber Strafzumessungsgründe³⁷⁵. Daß der BGH diese Möglichkeit des Versuchsbeginns dennoch zuläßt, versucht er mit dem Argument der „einfachen Anwendung“ des § 243 zu erklären. Dieses vermag jedoch nicht die sich aus der Natur der Regelbeispiele ergebenden Konsequenzen und ihre notwendige Abschichtung von den Qualifikationen zu überwinden; Gründe der Praktikabilität können über dogmatisch gebotene Differenzierungen nicht hinweghelfen.

Wenn der BGH meint, ein Regelbeispiel könne selbst dann angenommen werden, wenn es noch nicht vollständig erfüllt sei, dann bedeutet dies, daß von einer Teilverwirklichung der Regelbeispiele die gleiche Indizwirkung ausgeht, wie von deren vollständiger Erfüllung. Es ist jedoch nicht unwesentlich, ob der Täter ein erfolgsbezogenes Regelbeispiel bereits vollständig verwirklicht, oder mit dessen Verwirklichung erst begonnen hat³⁷⁶; eine Gleichsetzung, wie durch die Rechtsprechung geschehen, zeigt nur, daß die Regelbeispiele, und mit ihnen die besonders schweren Fälle, tatsächlich nichts anderes sind, als genau die gleichen Unrechtsvertypungen wie auch die Qualifikationen, freilich mit dem Unterschied der nicht abschließenden Aufzählung.

(4) Besonders schwere Fälle und Tatbeteiligung

³⁷⁴ Maiwald, Gallas-Festschrift, S. 137, 141.

³⁷⁵ Hirsch, ZStW 84 (1972), S. 380, 387; Arzt, StV 1985, S. 103, 104 f; Gössel, Tröndle-Festschrift, S. 357, 366; Degener, Festschrift für Stree und Wessels, S. 305, 309; Wessels, Lackner-Festschrift, S. 423, 426, 431.

³⁷⁶ Arzt, StV 1985, S. 104; Wessels, Lackner-Festschrift, S. 423, 432.

Immer wieder durch die Rechtsprechung vertreten wird auch die Ansicht, daß beim Teilnehmer strafbildende Faktoren über § 28 berücksichtigt werden können³⁷⁷. Erhält man das Postulat aufrecht, daß die besonders schweren Fälle keine Tatbestände sind, so ist diese Einordnung fehlerhaft. § 28 ist eine akzessorietätslockernde Vorschrift und kann nur im Bereich der existierenden Akzessorietät angewendet werden³⁷⁸, also nach der h.L. nur im Bereich der tatbestandsmäßig rechtswidrigen Haupttat – Strafzumessungsgründe gehören aber nicht dazu³⁷⁹. Die Akzessorietätsvorschriften beschäftigen sich mit der Zurechnung von tatbestandlich vertypeten Umständen, während Strafzumessungsregeln mit dem tatbestandlichen Typus nichts zu tun haben³⁸⁰. Die Anwendung wäre überdies entbehrlich, weil auch hier § 46 das von den Vertretern der ablehnenden Auffassung erstrebte Ergebnis ermöglicht³⁸¹: Fehlen beim Teilnehmer bestimmte straferschwerende Beweggründe, die beim Täter vorliegen, so ist dies im Rahmen des § 46 Abs. 2 S. 2 zugunsten des Teilnehmers zu berücksichtigen.

Hält die Rechtsprechung hingegen die Anwendung des § 28 für erforderlich, so zeigt sie hiermit lediglich, daß sie eine für das Ergebnis ebenso taugliche Anwendung des § 46 nicht als ausreichend erachtet. Dies läßt wiederum nur den Schluß zu, daß die besonders schweren Fällen für die Rechtsprechung nicht nur quantitativ ein „mehr“ gegenüber dem Grunddelikt bedeuten, sondern der Tat eine andere Qualität verleihen, der nur über die Akzessorietätslockerung beizukommen ist. Dies erstaunt um so mehr, als daß Strafzumessungsgründe nicht eine Tat, sondern bloß die Bestrafung betreffen sollen. Da die Regelung des § 28 etwas

³⁷⁷ Vgl. Nachweise bei *Tröndle/Fischer*, § 28 Rdn. 13; *Sch/Sch/Cramer*, § 28 Rdn. 6.

³⁷⁸ *Maiwald*, NStZ 1984, S. 433, 437; *Schröder*, NJW 1952, S. 649 f.

³⁷⁹ *Gössel*, Tröndle-Festschrift, S. 357, 366.

³⁸⁰ Anders *Otto*, JZ 1985, S. 21, 24, der zugesteht, daß mit den Regelbeispielen ein Unrechtstypus erfaßt werden sollte.

³⁸¹ *Maurach/Gössel/Zipf*, § 53 Rdn. 133 ff.

strukturell verschiedenes regelt, ist auch eine entsprechende Anwendung, wenn auch mit gewissen Modifikationen, nicht zu befürworten³⁸². Dies um so weniger, weil das „gewünschte“ Ergebnis einer gemilderten Strafhöhe ebenso im Rahmen des § 46 zu erreichen ist.

Auch im Rahmen der Mittäterschaft werden die besonders schweren Fälle im Ergebnis wie Tatbestandsmerkmale und somit wie vertyptes Unrecht behandelt³⁸³. Wenn der BGH³⁸⁴ zur Annahme einer sukzessiven Mittäterschaft Kenntnis der Umstände bei dem später hinzutretenden Täter zur Zurechnung des besonders schweren Falles fordert, so verdeutlicht dies nichts anderes, als daß an besonders schwere Fälle exakt dieselben Anforderungen gestellt werden, wie an Tatbestandsmerkmale. Somit wird auch aus diesem Blickwinkel deutlich, daß die besonders schweren Fälle für die Rechtsprechung tatsächlich nichts anderes darstellen als ein Alternativmodell zu den Qualifikationen, also den vertypten Täterschwernisgründen, lediglich flankiert mit der Möglichkeit einer Ermessensentscheidung des Gerichts.

(5) Besonders schwere Fälle und Konkurrenzen

Eine Einstufung der Strafzumessungsvorschriften der besonders schweren Fälle – nämlich im Sinne eines selbständigen Tatbestandes – zeigt sich auch daran, daß die Rechtsprechung davon ausgeht, der Einbruchdiebstahl³⁸⁵ und der Diebstahl besonders gesicherter Sachen gemäß §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr.1, 2 gehe einer Sachbeschädigung gemäß § 303 und auch einem Hausfriedensbruch

³⁸² So aber *Maiwald*, NStZ 1984, S. 433, 438.

³⁸³ *Mitsch*, S. 100.

³⁸⁴ StV 1994, S. 240.

³⁸⁵ Z.B. BayObLG NJW 1991, S. 3292, 3293.

gemäß § 123 im Wege der Konsumtion vor³⁸⁶. Verurteile der Richter aus § 243 und wende er dessen Strafraumen an, so habe er damit die Tatsache, daß der Täter in fremde Räume eingedrungen sei und fremde Sachen beschädigt habe, in die Gesamtwürdigung der Tat mit einbezogen; daher bedürfe es einer Verurteilung nach §§ 123, 303 nicht³⁸⁷.

Diese Einordnung ist jedoch dogmatisch nicht korrekt, weil eine Verwirklichung eines Regelbeispiels keine „Verletzung eines Strafgesetzes“ i.S.d. § 52 Abs. 1 darstellt³⁸⁸. Bei der Konsumtion geht es darum, daß ein gesetzlicher Tatbestand den Unrechtsgehalt der Verletzung eines anderen gesetzlichen Tatbestandes mitumfaßt, da letzterer typischerweise mitverletzt wird³⁸⁹. Die Frage der Konkurrenz stellt sich daher nur bei gesetzlichen Tatbeständen, nicht jedoch kann ein erst für die Strafzumessung relevanter Umstand im Sinne des § 243 gesetzliche Tatbestände im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängen³⁹⁰.

(6) Besonders schwere Fälle und Urteilstenorierung

Zudem sind Strafzumessungsvorschriften nicht im Tenor aufzuführen, weil die Zweckbestimmung des Tenors in der Kennzeichnung des begangenen Unrechts sowie der Verlautbarung

³⁸⁶ Lackner/Kühl, § 243, Rdn. 24; Otto, Grundkurs § 23 Rdn. 37; SK-Hoyer, § 243, Rdn. 58; Sch/Sch/Stree, § 243, Rdn. 59; Stratenwerth, AT, § 18, 2.; a.A. Gössel, Tröndle-Festschrift, S. 357, 366. Zu beachten ist hierbei, daß zu dem Zeitpunkt der Verkündung der Entscheidung der Wohnungseinbruchsdiebstahl nicht, wie nach dem 6. StrRG, eine eigenständige Qualifikation, sondern nur ein Regelbeispiel eines besonders schweren Falles darstellte.

³⁸⁷ Sch/Sch/Stree, § 243 Rdn. 59; Tröndle/Fischer, § 243 Rdn. 45 m.w.N..

³⁸⁸ Mitsch, BT 2, S. 104.

³⁸⁹ Lackner, vor § 52 Rdn. 27.

³⁹⁰ Zieschang (Jura 1999, S. 561, 566) wendet sich, da er richtigerweise an der systematischen Einordnung als Strafzumessungsregel festhält, gegen eine solche Konkurrenz.

der im Urteil getroffenen Anordnungen liegt. Die Erwähnung von Tatmodalitäten, die nach der Gesetzesfassung – anders als z.B. §§ 244, 250 – kein eigenes Unrecht darstellen, oder die allein für die Strafzumessung von Bedeutung sind, bedarf es bei Anlegung dieses Maßstabes ebenso wenig wie gerichtlicher Äußerungen ohne konstitutive Wirkung³⁹¹. Die Nennung besonders schwerer Fälle im Urteilstenor ist daher unangebracht.

Die zunächst als klärender Schritt empfundene, von beachtlichen Meinungen in der Literatur vorbereitete und gestützte Entscheidung des BGH, daß „§ 243 n.F. somit nur die Frage des Strafmaßes betrifft“³⁹², hat letztlich keine eindeutige Orientierung gebracht. Der BGH hat unter Hinweis auf den Charakter der Vorschrift als Strafzumessungsregel die Nennung im Tenor verneint. Dennoch neigen zahlreiche Gerichte dazu, die unbenannten Strafschärfungsgründe nicht nur in die angewandten Vorschriften, sondern auch in den Tenor aufzunehmen. So liest man in NJW 1970, 2120: „Ein schwerer Fall des Diebstahls im Sinne von § 243 darf im Urteilssatz als solcher gekennzeichnet werden“. Diese Praxis wurde auch durch die Entscheidung des BGH NJW 1977, 1830 bestärkt, der diese Urteilssprüche nicht mehr beanstandete. Auch wenn der 2. Strafsenat des BGH in einem Beschluß³⁹³ vom 12.10.77 ausdrücklich erwähnte, daß diese Praxis an der Einschätzung der Notwendigkeit der Nennung im Tenor nichts ändere, so zeigt auch diese Entwicklung, daß die Gerichte immer mehr dazu übergegangen sind, in den besonders schweren Fällen nicht Strafzumessungsvorschriften zu sehen, sondern vielmehr Beschreibungen von Unrecht eigener Art. Gerade die Nennung des besonders schweren Falles des Diebstahls, welcher durch das erste Gesetz zur Reform des Strafrechts³⁹⁴ seine Eigenständigkeit gegenüber § 242 eingebüßt hat, bedeutet nichts anderes als die Einordnung der Strafzumessungsregel als

³⁹¹ BGHSt 27, S. 287, 289.

³⁹² BGHSt 23, S. 254, 257.

³⁹³ BGHSt 27, S. 287, 290.

³⁹⁴ Vom 25.6.69.

Qualifikation³⁹⁵. Denn dann wäre eine Nennung im Urteil korrekt und erforderlich.

Die ergangenen Entscheidungen betrafen zwar immer besonders schwere Fälle mit Regelbeispielen, eine Entscheidung in der aufgezeigten Richtung scheint auch hinsichtlich unbenannter schwerer Fälle noch nicht ergangen zu sein; dies resultiert aber wohl weniger aus einer korrekten Einordnung der unbenannten besonders schweren Fälle, als vielmehr daraus, daß die Regelbeispiele mehr dazu verleiten, als eigens vertypstes Unrecht zu erscheinen. An der tatsächlichen Einordnung der unbenannten besonders schweren Fälle durch die Rechtsprechung ändert dies hingegen nichts. Aus diesem Grunde kann auch für die unbenannten besonders schweren Fälle nichts anderes gelten als für die Regelbeispiele.

(7) Bindung an Feststellungen bzgl. besonders schwerer Fälle bei Rechtsmitteln

Als letzter Betrachtungswinkel der Strafrechtspraxis kommt der einer Revisibilität der besonders schweren Fälle in Betracht. Eigentlich müßte es bereits erstaunen, daß überhaupt höchstrichterliche Entscheidungen zu den besonders schweren Fällen existieren. Dies deshalb, wenn man bedenkt, daß die Rechtsprechung die „besonders schweren Fälle“ als bloße Strafzumessungsregeln betrachtet, die Strafzumessung aber gerade der Bereich ist, in den der Revisionsrichter am wenigsten einzugreifen vermag³⁹⁶. Zwar hat die Rechtsprechung stets, auch bei der Strafzumessung, die „Rechtsgrundsätze“, gewissermaßen das Abstrakte, für revisibel gehalten. Aber bereits das Reichsgericht hat betont, daß das Vorliegen eines „besonders schweren Falles“ „im wesentlichen Tatfrage“³⁹⁷ und „an sich“³⁹⁸ dem tatrichterlichen Ermessen

³⁹⁵ Zieschang, Jura 1999, S. 561, 567.

³⁹⁶ Vgl. die Nachweise bei Wahle, Rechtsnatur der besonders schweren Fälle, S. 154, Fn. 509.

³⁹⁷ RG JW 1934, S. 2067.

vorbehalten sei; „im einzelnen“³⁹⁹ könne also das Revisionsgericht hier nicht eingreifen.

Indes bleibt die Strafzumessung mittels besonders schwerer Fälle nur in den unbenannten Fällen überwiegend unangetastet. Im Rahmen der Regelbeispiele wird hingegen eine reversible Entscheidung für möglich gehalten⁴⁰⁰. Denn die Indizwirkung der Regelbeispiele dürfe nur dann eingreifen, wenn die Regelbeispiele auch tatsächlich vorlägen. Das Regelbeispiel sei zwar „kein gesetzliches Merkmal der strafbaren Handlung“ i.S.d. § 267 Abs. 3 StPO⁴⁰¹. Die Urteilsgründe müßten sich aber darüber aussprechen, in welchen Tatsachen der Richter die gesetzlichen Merkmale des Regelbeispiels gefunden habe. Die nur beschränkte Überprüfbarkeit der Strafzumessung durch das Revisionsgericht⁴⁰² werde bei § 243 erst praktisch, wenn der Tatrichter trotz des Nichtvorliegens eines Regelbeispiels einen besonders schweren Fall bejahen oder trotz Vorliegens eines Regelbeispiels in concreto einen besonders schweren Fall verneinen wolle⁴⁰³.

Dabei räumt auch *Arzt*⁴⁰⁴ ein, daß die Indizwirkung der Regelbeispiele Teile der Strafzumessung in die Nähe von Tatbestandsmerkmalen bringe. Diese Beschreibung macht hinreichend deutlich, daß zumindest die Regelbeispiele als Ausschnitt der besonders schweren Fälle wie Tatbestandsmerkmale und nicht wie Strafzumessungsgesichtspunkte zu behandeln sind. Dies verrückt aber erneut die an sich eindeutige Zuordnung zu den Strafzumessungsregeln in den Bereich der Straf Voraussetzungen.

b) Zwischenergebnis

³⁹⁸ RG JW 1935, S. 204.

³⁹⁹ RG JW 1934, S. 2147.

⁴⁰⁰ *Arzt*, JuS 1972, S. 515, 516; BGHSt 29, S. 359 ff.

⁴⁰¹ *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 267 Anm. 7 C.

⁴⁰² Dazu *Zipf*, Die Strafmaßrevision, a.a.O..

⁴⁰³ *Arzt*, a.a.O., S. 516.

⁴⁰⁴ A.a.O..

Es hat sich gezeigt, daß die Rechtsprechung entgegen ihren nicht abreißen Bekundungen, daß besonders schwere Fälle auf Strafzumessungsseite stehen, diese tatsächlich tatbestandlich einordnet. Sie geht dabei stillschweigend von der Prämisse aus, daß die besonders schweren Fälle nicht nur ein quantitatives „Mehr“ an Unrecht, sondern auch ein qualitativ „Verschiedenes“ darstellen. Ihrer Auffassung nach verändern daher die besonders schweren Fälle nicht nur die konkrete Strafwürdigkeit des einzelnen, sondern sie schaffen ein eigenes, anderes Tatbild.

c) Einordnung der besonders schweren Fälle durch den Gesetzgeber

Obige Betrachtung der Rechtsprechung könnte der Gesetzgeber, und dies ist die letztlich zu erreichende Gewalt, jedoch damit unbeachtet lassen, daß er diese Handhabung als eigenmächtig durch die Rechtsprechung bezeichnet, er aber weiterhin an der Einordnung, wie in § 12 Abs. 3 normiert, festhalten möchte. Zu einer auch die Legislative überzeugende Argumentation wird man daher nur gelangen können, wenn man ihr selber diese fehlerhafte Einordnung wird nachweisen können. Denn dann ergäbe sich, daß die faktische Handhabung der besonders schweren Fälle als Tatbestände keinen eigenen Weg der Judikatur darstellt, sondern sich die Rechtsprechung mit dieser Qualifizierung vielmehr an die durch den Gesetzgeber eigentlich beabsichtigte Einordnung angepaßt hat.

(1) Strafraumenüberlappung

Die strafrechtlichen Sanktionen setzen sich zusammen durch eine Strafzumessung im weiteren Sinne mittels tatbestandlicher Vertypung gewisser Unrechtsverhaltensweisen sowie einer Strafzumessung im engeren Sinne durch den Richter.

Auf der ersten Stufe der Strafzumessung, also der tatbestandlichen Vertypung, muß der Gesetzgeber für das sanktionierte Verhalten

einen angemessenen Strafraumen schaffen⁴⁰⁵. Dies bedeutet, daß er zum einen genau darstellen und darlegen muß, welches Verhalten als solches er einer Bestrafung zuführen möchte. Wenn das Verhalten hinreichend spezifiziert wurde, muß der Gesetzgeber bei der Wahl des Strafraumens die vielfältigen Begehungsweisen, Motive und Beweggründe berücksichtigen. Denn in der Rechtsanwendung soll aus der Regelung ersichtlich sein, welches Verhalten mit Strafe innerhalb welcher Grenzen bedroht sein soll. Daß im Rahmen einer Strafzumessung vielfältige Unrechtfaktoren Berücksichtigung finden müssen, die im einzelnen nicht normierbar sind, bedarf keiner Darlegung. Die Berücksichtigung dieser Umstände hat jedoch in der Strafzumessung durch den Strafrichter zu erfolgen. Dies setzt aber voraus, daß vertypertes Unrecht mit hinreichenden Strafraumen zur Verfügung gestellt wird, an dem sich der Richter orientieren kann. Nachdem der Gesetzgeber einen Unrechtstatbestand geschaffen hat, muß er dann für das durch ihn vertyperte Unrecht einen angemessenen Strafraumen schaffen. Ist er der Ansicht, daß dieser Strafraumen gewissen Konstellationen einer bestimmten Unrechtserfüllung nicht genügt, so muß er einen logischerweise über dem bereits gegebenem Strafraumen eröffnen. Dies kann aber erneut nur dadurch geschehen, daß das Verhalten entsprechend „typisiert“ wird. Das Erfordernis einer solchen, weiteren Typisierung ergibt sich insbesondere aus der sog. Wesentlichkeitstheorie in Verbindung mit dem Demokratieprinzip⁴⁰⁶. Erst nach Schaffung eines neuen Sanktionsrahmens, welcher einer neuen Unrechtsvertypung zugeordnet wird, kann der Täter in der durch ihn erfüllten Begehungsvariante härter bestraft werden. Fraglich ist, wie die besonders schweren Fälle als nach § 12 Abs.3 einzuordnende Strafzumessungsregeln in dieses System strafrechtlicher Sanktionsnormen einzuordnen sind. Als Strafzumessungsregeln dürften sie keinerlei eigene Unrechtseinstufung beinhalten, da dies dem Tatbestand einer strafrechtlichen Norm vorbehalten bleiben

⁴⁰⁵ *Bruns*, Strafzumessungsrecht, S. 70 ff.

⁴⁰⁶ Siehe hierzu bereits oben III D. 5.

muß. Die besonders schweren Fälle dürfen lediglich Anhaltspunkte dafür bieten, welche konkrete Sanktion innerhalb des vorgegebenen Rahmens als angemessen anzusehen ist.

Die gesetzliche Normierung der besonders schweren Fälle selber, sei es mit oder ohne Regelbeispiele, unterliegt jedoch massiven Widersprüchen zu der insbesondere mit § 12 Abs. 3 aufgestellten Ausgangsthese, daß sie keine eigenständigen Deliktumschreibungen oder -vertypungen darstellen. Die besonders schweren Fälle bieten nicht nur Anhaltspunkte der konkreten Strafzumessung, sie eröffnen vielmehr einen eigenen Regelungsrahmen.

Sie werden mit Hilfe eines eigenen, eigenständigen Strafrahmens vom Grunddelikt abgeschichtet. Dies resultiert aus den nicht unerheblichen Überlappungen der Strafrahmen der Grunddelikte und ihrer besonders schweren Fälle⁴⁰⁷. Die Strafrahmen für besonders schwere Fälle schließen sich nicht bloß nach oben hin an, stellen also nicht nur ein „Mehr“ an Unrecht dar, sondern übernehmen einen großen Teil auch des Normalstrafrahmens⁴⁰⁸.

Die kriminalpolitische Berechtigung solcher Überlappungen ist zwar umstritten⁴⁰⁹. Insbesondere *Dreher* ist der Ansicht, daß die Rechtsfiguren des Grundtatbestandes und des besonders schweren Falles „Sinn und Profil“ verlieren, wenn die Rahmen auf allzu weite Strecken „parallel“ liefern⁴¹⁰. Jedoch lassen sich sicherlich gewisse

⁴⁰⁷ Ausnahme: § 212 Abs. 2, der allein „lebenslängliche Freiheitsstrafe“ für den Totschlag in einem besonders schweren Fall anordnet.

⁴⁰⁸ Die Überschneidungen veranlassen *Montenbruck* (Strafrahmen und Strafzumessung S. 95 ff) dazu, die besonders schweren Fälle als „halbabstrakte“ Fallgestaltungen zu bezeichnen, d.h. als typische Straferschwerungsgründe, da es nur durch den Verweis auf Typen möglich sei, den sich überschneidenden Strafrahmen Wertgruppen zuzuordnen. Aber auch diese Auffassung muß auf die materielle Frage die Antwort schuldig bleiben, warum es möglich ist, bei sich überschneidenden Strafrahmen für einen besonders schweren Fall eine geringere Strafe zu verhängen als für den Normalfall.

⁴⁰⁹ *Wahle*, a.a.O., S. 38.

⁴¹⁰ *Niederschr.*, Bd. V, S. 33.

Strafrahmenüberschneidungen nicht vermeiden⁴¹¹. Denn es ist Sinn und Zweck solcher Strafschichtungen, Übergänge zwischen verschiedenen Unrechts- und auch Schuldstufen zu ermöglichen. Wären solche Übergänge nicht möglich, das System vielmehr nur ein schroffes Aufeinanderschichten ergäbe, so würden sich häufig Brüche im Sanktionssystem ergeben. Um dies zu vermeiden, sind gewisse Überlappungen zuzulassen.

Die gesetzliche Schaffung von weitgehend identischen Strafrahmen kann aber nicht mit diesen Brüchen im Sanktionssystem erklärt oder gar gerechtfertigt werden. Der einfache Diebstahl ist mit einer Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu 5 Jahren strafbewehrt. Wäre der besonders schwere Fall ein bloßes Plus zu dem einfachen Diebstahl, also ein quantitatives Mehr, was nicht mehr durch den Grundstrafrahmen gedeckt wäre, so müßte die weitergehende Strafandrohung etwa dort ansetzen, wo der einfache Diebstahl aufhört, also bei 5 Jahren. Der besonders schwere Fall des Diebstahls beginnt aber bereits bei 3 Monaten, und überschneidet sich bis zu 5 Jahren mit dem Rahmen des einfachen Diebstahls. Erst darüber stellt sein Strafrahmen ein Mehr dar. Eine Strafe kann sich also nur in dem Falle ausschließlich aus dem einfachen Diebstahl ergeben, wenn der Täter zu einer Freiheitsstrafe von einem oder zwei Monaten verurteilt wird. Ansonsten könnte man immer auch aus § 243 bestrafen. Der besonders schwere Fall stellt also dem Grunde nach nur eine Erweiterung des möglichen Strafrahmens des einfachen Diebstahls dar⁴¹². Wollte man aber dem Grundtatbestand einen eigenen Geltungsbereich verschaffen, so ginge dies lediglich dadurch, daß dem besonders schweren Fall eine eigene Deliktsqualität zugebilligt würde. Denn dann stünden zwei unterschiedliche Delikte nebeneinander, die der Gesetzgeber in bestimmten Varianten für gleich sanktionswürdig gehalten hätte.

⁴¹¹ *Hirsch*, Marburger Strafrechtsgespräch 1997, ZStW 1998, S. 411.

⁴¹² Von einer generellen Strafrahmenerweiterung spricht auch *Zipf*, Die Strafmaßrevision, S. 28.

Die Überschneidung der Strafraumen insbesondere beim Diebstahl läßt damit die Vermutung entstehen, daß es sich bei dem besonders schweren Fall des Diebstahls nicht um einen besonders hoch zu bestrafenden Fall des Diebstahls handelt, sondern um ein eigenes, anderes Delikt, welches lediglich noch Elemente auch des Diebstahls beinhaltet. Der besonders schwere Diebstahl hat daher ein vom einfachen Diebstahl abweichendes Tatbild. Das Verhältnis des besonders schweren zum einfachen Diebstahl ist damit dem Verhältnis ähnlich, welches der Raub mit dem Diebstahl aufweist. Beide Spezialnormen beinhalten tatbestandlich den Diebstahl, mit dem Unterschied, daß beim Raub noch die Nötigung, beim besonders schweren Fall des Diebstahls ein indizierendes Regelbeispiel oder aber ein sonstiger besonders schwerer Umstand hinzutreten muß. Für die andere qualitative Unrechtseinstufung des besonders schweren Falles des Diebstahls spricht insbesondere auch, daß zwischen §§ 242 und 249 weniger Strafraumenüberschneidung besteht, als bei §§ 242 und 243⁴¹³.

Verhängt der Richter eine Strafe, die in den Normalstrafrahmen und den erhöhten Strafrahmen, also in den gemeinsamen Überschneidungsbereich fällt, so fragt es sich, ob er sie wegen des Grunddelikts oder wegen eines „besonders schweren Falles“ des verletzten Tatbestandes verhängt⁴¹⁴. Die Revisionsgerichte beantworten diese Frage dahin, daß das Urteil des Richters erkennen lassen müsse, daß er bei Vorhandensein zweier solcher sich überschneidender Strafrahmen jeden der beiden hinsichtlich der Anwendbarkeit bedacht habe, jedenfalls dann, wenn Umstände vorhanden sind, welche die Annahme eines besonders schweren Falles nahe legen⁴¹⁵. Wann dies der Fall ist, versucht der BGH durch

⁴¹³ Bei Raub: 4 Jahre; Bei einem besonders schweren Fall 4 Jahre und 10 Monate.

⁴¹⁴ Hierzu vgl. auch BGH JZ 1951, S. 754.

⁴¹⁵ Vgl. Darstellung der Rspr. bei *Mösl*, DRiZ 1979, S. 167 mit Fn 19; BGH GA 1980, S. 143.

seine bekannte Formulierung zu erklären⁴¹⁶. Diese löst aber das eigentliche Problem nicht, das durch die beiden überschneidenden Strafrahmen entsteht. Denn durch sie ergibt sich nur die Frage, für welche Fälle denn der ordentliche Strafrahmen zur Sühne nicht ausreicht, was wiederum nur so beantwortet werden kann, daß es eben die besonders schweren Fälle sind⁴¹⁷; das aber wußte man schon vorher. Wie bereits oben angesprochen, ist die gesetzgeberische Ausgangslage jedoch die folgende: Die Legislative muß für ein durch sie vertyptes Unrecht einen Strafrahmen darbieten, der sowohl eine angemessene Strafe für den einfachsten wie auch für den schwersten Fall des Grunddeliktes beinhaltet. Erst, wenn aufgrund außergewöhnlicher weiterer Umstände die höchstmögliche Strafe das vertypte Unrecht nicht mehr angemessen sanktionieren kann, bedarf es eines neuen, weitergehenden Strafrahmens.

Daher kann die Frage, innerhalb welchen Rahmens die korrekte Strafe zu finden ist, für den Richter nicht gleichgültig sein, denn auch etwaige Rahmenüberschneidungen werden vom Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen. Der Richter ist also gezwungen, eine Unterscheidung zu treffen. Ein Ergebnis kann aber nicht in der konkreten Strafwürdigkeit liegen, denn dies wäre die Strafe in bestimmter Höhe. Eine Eröffnung des über den Normalstrafrahmen hinausgehenden weiteren Strafrahmens muß daher an bestimmte Voraussetzungen gebunden werden. Diese Voraussetzungen müssen sich in ihrer Unrechtsqualität voneinander unterscheiden. Eine höhere Unrechtsquantität reicht hingegen nicht aus. Dies erfordert bereits der Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes in

⁴¹⁶ BGHSt 5, S. 124 (130): „Ein besonders schwerer Fall liegt dann vor, wenn die Tat bei Berücksichtigung aller Umstände die erfahrungsgemäß vorkommenden und deshalb vom Gesetz für den Spielraum des ordentlichen Strafrahmens schon bedachten Fälle an Strafwürdigkeit so übertrifft, daß der ordentliche Strafrahmen zur Sühne nicht ausreicht.“

⁴¹⁷ *Maiwald*, NStZ 1984, S. 433, 435; daher hat *Freund* (ZStW 109 (1997), S. 455, 471) auch die Verringerung der Strafrahmenüberschneidungen gefordert.

Verbindung mit der sog. „Wesentlichkeitstheorie“⁴¹⁸. Der Unterschied kann folglich nur in einem Tattypus, in verschiedenen tatbestandlichen Voraussetzungen liegen⁴¹⁹. Liegen daher Strafraumen vor, die in weiten Teilen mit der gleichen Strafmöglichkeit auf Sanktionsebene ausgestattet sind, und der Strafraumen des besonders schweren Falles noch über den Überschneidungsbereich mit dem Grunddelikt hinausgeht, so zeigt dies, daß der Gesetzgeber bei der Gestaltung der Strafraumen nicht von einer Differenzierung nach quantitativ leichteren und schwereren Fällen im Rahmen der Wertgruppe ausgegangen ist, den Unterschied also nicht in der konkreten Strafwürdigkeit des Täters, sondern allein im Tattypus oder Tatbild und damit im qualitativ anderen Unrecht gesehen hat⁴²⁰.

Würde dagegen eine den Deliktstypus ausdifferenzierende Regelung, die den gesetzlichen Strafraumen hinsichtlich der Mindest- und Höchststrafe unberührt läßt, vom Gesetzgeber getroffen werden, die er in Form des tatbestandlich abschließend vertypen Unrechts der Tat normiert und diese mit der Bewertung der Modifikation innerhalb des Delikts verbunden, so wäre dies ein Hinweis des Gesetzgebers auf eine quantitative Unterscheidung des Unrechts- und/oder Schuldgehalts, die strafrechtssystematisch den Strafzumessungstatsachen zuzuordnen wäre, da nämlich das Delikt qualitativ unverändert bliebe. Der Deliktstypus würde danach nicht verändert sondern lediglich quantitativ abgestuft werden, indem vom Gesetzgeber dem Richter eine Vorgabe gemacht würde, wo innerhalb des Strafraumens beispielhaft genannte Fälle ihrem Gewicht nach anzusiedeln sind. Sind jedoch besonders schwere Fälle bereits im Bereich milder „Normalbestrafung“ sanktionierbar⁴²¹, so wäre eine solche Normierung absurd. Denn es würde die Gerichte dazu

⁴¹⁸ Siehe zu den Einzelheiten die Ausführungen oben III D. 5.

⁴¹⁹ *Gallas*, Niederschr. Bd. XII S. 279.

⁴²⁰ So auch schon *Otto*, JZ 1985, S. 21, 24.

⁴²¹ Wie beispielsweise bei § 243, der auch eine Freiheitsstrafe von drei Monaten zuläßt.

auffordern, besonders schwere Fälle auch milde zu bestrafen. Eine solche Vorschrift stellt aber gesetzgeberischen Unfug dar.

In welcher merkwürdiger Weise der Gesetzgeber bisweilen vorgeht, machen besonders schwere Fälle deutlich, bei denen keine Erhöhung der Obergrenze, sondern eine Anhebung der Strafuntergrenze eintritt, wie z.B. § 129 Abs. 4 oder § 177 Abs. 2. So bedeutet die Anhebung der Mindeststrafe für besonders schwere Fälle in § 129 Abs. 4, daß – in Bezug auf die Freiheitsstrafe – der untere Bereich der Strafdrohung entfällt, während die Obergrenze unverändert bei 5 Jahren bleibt. Nun könnte man natürlich, obigem Abschnitt folgend, argumentieren, daß bei diesen Normen der Gesetzgeber nun endlich die Deliktsnatur als Strafzumessungsregel ernstgenommen habe und sich im Bereich des vertypten Strafrahmens hält. Nimmt man aber den Strafrahmen als kontinuierliches Wertschema nur einigermaßen ernst, so gehören besonders schwere Fälle von vornherein nicht in diesen Unwertbereich. Daß besonders strafwürdige „einfache“ Fälle bereits im oberen Bereich einer Strafdrohung anzusetzen sind, bedarf keines gesetzgeberischen Hinweises. Anders wäre die Gestaltung zu bewerten, wenn der Gesetzgeber nur Umstände benannt hätte, die er als besonders schwer angesehen haben möchte. So ist beispielsweise die Nennung der Regelbeispiele in § 177 Abs. 2 S. 2 durchaus als systemgerecht zu bezeichnen. Daß aber allgemein besonders schwere Fälle aus dem unteren Strafbereich herausgenommen werden sollen, wie dies Satz 1 normiert, ist ohnehin einleuchtend und zeigt nur, daß dies für den Gesetzgeber nicht fraglos war. Eine solche Auffassung ist aber nur dann verständlich, wenn man in dem besonders schweren Fall ein eigenes Delikt mit neuem, eigenen Strafrahmen erblickt.

Durch weitgehende Strafrahmenüberlappungen zwischen Grund- und besonders schweren Fällen hat daher der Gesetzgeber deutlich gemacht, daß die besonders schweren Fälle ein eigenes von den Normalstrahmens sich unterscheidendes Tatbild haben. Dies hat so auch schon *Zieschang*⁴²² gespürt, jedoch mit dem Unterschied, daß

⁴²² Jura 1999, S. 561, 566 2. Absatz vorletzter Satz.

er eine eigene Unrechtsvertypung der besonders schweren Fälle, den gesetzgeberischen Bekundungen folgend, abgelehnt hat.

(2) Betrachtung von der „Voraussetzungsseite“

Nicht nur von der Rechtsfolgenseite wird aber deutlich, daß die besonders schweren Fälle nicht nur quantitativ abgeschichtet werden. Anschaulich wird dies bei §§ 242, 243. Zur Wegnahmehandlung müssen besondere Umstände hinzutreten, die das Gesamtgeschehen in seiner sozialen und rechtlichen Bedeutung nicht nur als ein „mehr“, sondern auch etwas „anderes“ erscheinen lassen. So genügen nicht gehäufte Gelegenheitsdiebstähle, um das Verhalten als besonders strafwürdig einordnen zu können, sondern dieses erhält auch bei erstmaliger⁴²³ Handlung durch die Gewerbsmäßigkeit einen besonderen gesellschaftlichen Bedeutungsgehalt. Diese Einschätzung durch den Gesetzgeber ist auch im Rahmen von § 243 Abs. 1 Nr. 4 und 5 zu finden. Die dort bezeichneten Sachen sind nicht wegen ihres höheren Wertes, sondern wegen ihrer „Bedeutung“ in gesellschaftlichen Sinneszusammenhängen gesondert geschützt. Der Wert, welcher eine quantitative Bedeutung hinsichtlich des Unrechts darstellt, ist daher weniger entscheidend, als die besondere Art des Tatobjekts.

Einen weiteren Anhaltspunkt in diese Richtung bietet § 243 Abs. 2⁴²⁴. Wenn dort ein besonders schwerer Fall dann ausgeschlossen wird, wenn sich die Tat nur auf eine geringwertige Sache bezieht, so wird hierdurch nichts weiter als die qualitative Unrechtsunterscheidung des Gesetzgebers deutlich⁴²⁵. Im systematischen Zusammenhang des Gesetzes hat diese Bestimmung nur dann einen Sinn, wenn für die Abschichtung zwischen § 242 und § 243 nicht quantitative, sondern qualitative Gesichtspunkte maßgebend sind. Andernfalls würde es

⁴²³ *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rdn 231.

⁴²⁴ Zur Rechtsnatur des Absatz 2 Sch/Sch/Eser, § 243 Rdn. 49.

⁴²⁵ Eingefügt wurde Abs. 2 durch das EGStGB vom 2.3.1974 (BGBl. I v. 9.3.1974, S. 469 ff).

sich von selbst verstehen, daß die Geringwertigkeit der Sache einen besonders schweren Fall ausschließt. Soll aber im Rahmen des qualitativen Abschichtungsmaßstabes ein besonders schwerer Fall ausnahmsweise unter dem quantitativen Aspekt der Geringwertigkeit ausgeschlossen sein, so muß das Gesetz dies besonders regeln, was in § 243 Abs. 2 auch folgerichtig geschehen ist⁴²⁶.

Von der überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung⁴²⁷ und im Schrifttum⁴²⁸ wird den unbenannten besonders schweren Fällen die systematische Einordnung als Qualifikation mit dem Hinweis abgesprochen, daß sie nicht abschließend und verbindlich typisiertes Unrecht enthielten, sondern lediglich eine Strafrahmenerweiterung darstellten⁴²⁹. Dieser Argumentation wird entgegengesetzt⁴³⁰, daß sie mit der konditionalen Rechtssatzstruktur nicht im Einklang steht bzw. diese übergeht. In diesem Zusammenhang wird beispielsweise auf § 212 Abs. 2 hingewiesen, der besagt: „In besonders schweren Fällen **ist** auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.“ Dort bezeichne das Gesetz das Vorliegen des besonders schweren Falles als Rechtsvoraussetzung für die lebenslange Freiheitsstrafe. Der Richter sei dann, wenn er die Voraussetzungen eines besonders schweren Falles für gegeben hält, an die Anwendung des erhöhten Strafrahmens gebunden⁴³¹.

⁴²⁶ Auch in diesem Zusammenhang sei erneut auf das Vorsatzerfordernis hingewiesen. *Tröndle/Fischer* (§ 243 Rdn. 24) gibt hierzu ausführliche Erläuterungen, wie denn in den Fällen des fehlenden oder fälschlichen Vorsatzes zu verfahren ist. Wäre § 243 hingegen auch der Sache nach eine Strafzumessungsregelung, so wären Vorsatzausführungen hinsichtlich Absatz 2 entbehrlich.

⁴²⁷ BGHSt 2, S. 181; 3, S. 47; 4, S. 227; 20, S. 116, 120.

⁴²⁸ LK- *G. Hirsch*, Vor § 46 Rdn. 45; *Tröndle/Fischer*, § 46, Rdn. 88 ff; *Baumann/Weber/Mitsch*, S. 117.

⁴²⁹ *Schröder*, *Mezger-Festschrift*, S. 415 ff; *Sch/Sch/Stree*, Vorb. § 38 ff Rdn. 46; *Maiwald*, *NStZ* 1984, S. 433, 435.

⁴³⁰ So insbesondere auch *Calliess*, *NJW* 1998, S. 929, 933.

⁴³¹ Ebenso *Krahl*, a.a.O., S. 133.

Diese Auffassung, welche insbesondere durch *Calliess* vertreten wird, unterliegt jedoch einem Denkfehler. Er führt aus⁴³², daß eine tatbestandliche Ausgestaltung einer Regelung immer dann gegeben sei, soweit eine „Wenn-Dann“-Struktur vorliege. Die „Wenn-Sätze“ seien als Tatbestandsvoraussetzungen, die „Dann-Sätze“ als Rechtsfolgeregelungen zu verstehen, was insoweit unwidersprochen bleiben dürfte. Nicht haltbar hingegen ist seine Einfügung der besonders schweren Fälle in diese Struktur. *Calliess* läßt sich in seinen Ausführungen nicht von der rechtlich möglichen, als vielmehr von der tatsächlich erfolgenden Rechtsanwendung zu seinem Schluß geleiten. Zwar mag es sein, daß die Rechtsprechung in ihrer täglichen Anwendung eine konditionale Rechtsatzstruktur tatsächlich zugrunde legt⁴³³, davon bleibt aber die rechtliche Einordnung unberührt. Wenn *Calliess* meint, daß bei Vorliegen eines besonders schweren Falles die Strafe gezwungenermaßen eine höhere sein müsse, so verkennt er folgendes: Für die Einordnung eines Merkmals zu den Strafvoraussetzungen und den Strafzumessungsvorschriften kommt es auf die Ausgestaltung der Voraussetzungen an. *Calliess* selbst spricht davon, daß gewisse, „bestimmte Voraussetzungen“ gegeben sein müssen⁴³⁴. Maßgebend ist sein Begriff der „Voraussetzungen“. Es müssen *tatsächliche* Umstände gegeben sein, damit ein Fall als besonders schwerer anzusehen ist. Dies darf aber nicht mit der rechtlichen Qualifikation vieler Umstände zu einem besonders schweren Fall verwechselt werden. Die Einordnung als besonders schwerer Fall stellt mehr eine rechtliche Einordnung als die Beschreibung eines tatsächlichen Verhaltens dar. Eine solche tatsächliche Beschreibung ist aber für die Annahme einer „Wenn-dann-Struktur“ unentbehrlich. Daher ist die Argumentation von *Calliess* in sich nicht schlüssig. Den besonders schweren Fällen kann somit keine Tatbestandseigenschaft aufgrund einer konditionalen Rechtssatzstruktur zugeordnet werden.

⁴³² *Calliess*, NJW 1998, S. 929, 933.

⁴³³ Hierzu bereits III E. 2. a).

⁴³⁴ *Calliess*, NJW 1998, S. 929, 933.

Der Argumentation, daß die besonders schweren Fälle aufgrund ihrer nicht zwingenden Wirkung den Strafzumessungsvorschriften zuzuordnen sind, muß aber wiederum entgegengehalten werden, daß die Verbindlichkeit und Geschlossenheit einer Regelung⁴³⁵ sich zur Begründung der Tatbestandseigenschaft nur auf die formalen Rahmenbedingungen strafrechtlicher Regelungen bezieht. Der Gesichtspunkt einer zwingenden und abschließenden Regelung zur Erklärung der Tatbestandseigenschaft muß aber bereits dann versagen, wenn sich der Gesetzgeber über das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot im Strafrecht hinwegsetzt⁴³⁶. Wird aber die Entscheidung über die Strafbarkeit einer Handlung auf den Richter übertragen, indem diesem eine Generalklausel zur weitergehenden Konkretisierung überlassen wird, so ist hiermit wegen Fehlens des zwingenden und abschließenden Charakters der Regelung noch nichts darüber ausgesagt, inwiefern der besonders schwere Fall rechtssystematisch den Voraussetzungen oder den Folgen der Tat zuzuordnen ist⁴³⁷. Der genannte Aspekt führt vielmehr nur an die Beantwortung der Problemstellung heran, ob wegen des Fehlens des zwingenden und abschließenden Charakters einer gesetzlichen Festlegung ein Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht vorliegt. Es sagt dagegen nichts darüber aus, welche Regelungen im Strafrecht zwingend und abschließend gefaßt sein müssen. Eine gesetzliche Bestimmung kann also, auch wenn die genannten Merkmale nicht erfüllt sind, dem Tatbestand zuzuordnen sein, sofern sie die Voraussetzung der Strafbarkeit festlegt.

Die Strafrechtsdogmatik ist unter Bindung des Art. 103 Abs. 2 GG gefordert, gesetzliche Merkmale, welche die Voraussetzungen der Strafbarkeit betreffen, insbesondere bei einer systematisch unklaren Regelung nach inhaltlichen Kriterien als dem Tatbestand zugehörig einzuordnen. Geht man von diesem theoretischen Ansatz aus, so

⁴³⁵ So *Wahle*, a.a.O., S. 52 ff; *Braunsteffer*, Regelbeispielstechnik im Strafrecht, S. 23.

⁴³⁶ *Krahl*, a.a.O., S. 53.

⁴³⁷ *Wahle*, a.a.O., S. 65 ff; *Jakobs*, AT, S. 178, 6/99.

bedarf es einer Klärung, welche Merkmale der Tat zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG gehören. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit betreffen die Frage, ob ein Verhalten strafbar ist, oder nicht.

Hierunter sind zunächst die Tatbestandsmerkmale zu verstehen, die in ihrer Summe den Unrechtstatbestand ausmachen⁴³⁸. Diese Merkmale umschreiben die Gesetz gewordene Strafwürdigkeit eines Verhaltens. Wenn diese sich nicht mit einer gesetzlichen Vorschrift belegen läßt, so ist das Verhalten straflos⁴³⁹. Mittels der einzelnen Tatbestandsmerkmale wird das strafbare Handeln umschrieben⁴⁴⁰. Sie informieren den Bürger wie den Rechtsanwender abstrakt-generell über die Vorgänge in der Wirklichkeit, die bestraft werden, also eine durch menschliches Verhalten gestaltete Lebenssituation, die aufgrund des Gebots- und Verbotscharakters des Strafgesetzes die Strafbarkeit begründet. Für Qualifikationstatbestände gilt als strafscharfende Voraussetzung der Strafbarkeit Entsprechendes. So wird die Hehlerei durch das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit nach § 260 Abs. 1 Nr. 1 in ihren Voraussetzungen enger gefaßt und demgemäß mit einem höheren Strafrahmen sanktioniert. Qualifikationstatbestände unterscheiden sich von dem Grundtatbestand somit durch das Hinzufügen weiterer oder einzelner Strafbarkeitsvoraussetzungen, die nicht lediglich straf erhöhend wirken, sondern den Deliktstypus einengend spezifizieren. Mißt man die besonders schweren Fälle, und insbesondere die Regelbeispiele, an den inhaltlichen Kriterien der Strafbarkeitsvoraussetzungen so wird ersichtlich, daß diese substantiell von den Tatbestandsmerkmalen nicht unterschieden werden können. § 243 Nr. 1 und 2 sowie Nr. 4 - 7 stellen tatbezogene Unrechtsmerkmale auf. Nr. 3 mit der gewerbsmäßigen Begehungsform des Diebstahls ist ein gemischt tat-täterbezogenes Merkmal. Die Zuschreibung der Regelbeispiele in die Strafzumessung ist, orientiert an ihren

⁴³⁸ *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, S. 99.

⁴³⁹ Naucke, S. 61, § 2 Rdn. 4.

⁴⁴⁰ *Baumann/Weber/Mitsch*, a.a.O..

inhaltlichen Festlegungen und der Bedeutung der Tatbestandsmerkmale von Grund- und Qualifikationstatbeständen im StGB, nicht verständlich. Rechtssystematisch wird von der Rechtsprechung und überwiegenden Meinung im Schrifttum die Zuordnung der Regelbeispiele in die Strafzumessung an der Reduktion auf eine inhaltlich offene Indizwirkung der Beispiele gegründet. Diese Zuschreibung hält jedoch einer Unterscheidung von Tatbestand und Rechtsfolge mittels des Gesetzlichkeitsprinzips und der Bedeutung der Tatbestandsmerkmale nicht stand.

Bereits anschaulich wird dies, wenn man betrachtet, wie der Gesetzgeber im Rahmen des 6.StrRG den Wohnungseinbruchdiebstahl von einem besonders schweren Fall mit Regelbeispiel in eine Qualifikation umgewandelt hat. Denn hierbei ließ er den Wortlaut der Vorschrift unberührt jedoch gekürzt um die Regelanordnung⁴⁴¹. Die Anbindung der Regelbeispiele in den Strafzumessungsbereich scheint vielmehr willkürlich, und hat nur zum Ziel, einen Widerspruch mit dem Gesetzlichkeitsprinzip zu kaschieren⁴⁴².

Noch deutlicher konturiert sich dieses Bild, wenn man die Gesetzestexte der Tatbestände des besonderen Teils und die der Regelbeispiele nebeneinander legt. So ist bei einem Vergleich der Verhaltensbeschreibungen der Unrechtstatbestände des besonderen Teils des StGB sowie der Regelbeispiele ersichtlich, daß diese sich inhaltlich voneinander nicht grundsätzlich unterscheiden, sondern daß die Regelbeispiele verhaltensbeschreibende Ergänzungen normieren, die den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat erhöhen. Von ihren „Grundtatbeständen“ sowie anderen Tatbeständen des Besonderen Teils unterscheiden sich die Regelbeispiele nicht prinzipiell; sie beschreiben den Unrechts- und Schuldgehalt der Umstände, die die Tat qualifizieren. Dies erklärt auch die Leichtigkeit,

⁴⁴¹ Dabei hat der Gesetzgeber bis heute noch nicht seine Motive erläutert, wann er auf die besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen, und wann auf die Qualifikationen zurückgreift. Hierzu aber noch später III E. 8.

⁴⁴² Ähnlich *Freund*, ZStW 109, S. 470 f.

mit welcher der Wohnungseinbruchsdiebstahl zwischen den verschiedenen Regelungstechniken verschoben wurde.

Der qualifizierende Charakter der Regelbeispiele wird neben der Umwandlung des Wohnungsdiebstahls daran deutlich, daß das gewerbsmäßige Stehlen nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 und die als qualifizierter Tatbestand anerkannte gewerbsmäßige Hehlerei nach § 260 sich in ihren Formulierungen nur darin unterscheiden, daß der besonders schwere Fall gewerbsmäßigen Diebstahls nur „in der Regel“ vorliegen soll. Bei der gewerbsmäßigen Hehlerei besteht Übereinstimmung, daß diese eine Qualifikation, also einen Tatbestand und damit ein persönliches strafscharfendes Merkmal i.S.d. § 28 darstellt⁴⁴³, da § 260 abschließend gefaßt ist. Bei § 243 wird demgegenüber unabhängig von der Beschreibung des erhöhten Unrechts- und Schuldgehalts des Diebstahls in besonders schweren Fällen auf die lediglich indizielle Bedeutung der Regelbeispiele verwiesen, um die Einordnung und Klassifizierung als Strafzumessungsregel noch vornehmen zu können.

Des weiteren wird der Unrechts- und Schuldgehalt dadurch deutlich, als die Regelwirkung dann entfallen kann, wenn andere Strafzumessungsfaktoren diese kompensieren⁴⁴⁴. Die Tat müsse dann allerdings im konkreten Falle derart vom Normalfall eines Regelbeispiels abweichen, daß die Anwendung des erhöhten Strafrahmens als unangemessen erschiene⁴⁴⁵. Es kommt also nicht so sehr auf die Höhe der konkreten Strafe, als vielmehr die Eröffnung eines Strafrahmens an. Der Tatumstand muß die Gründe, die zur gesetzlichen Typisierung des Regelbeispiels geführt haben, auszuräumen vermögen.

Hieran wird deutlich, daß bei Abstellen auf den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat die besonders schweren Fälle mit und ohne Regelbeispiele unter Durchbrechung des Gesetzlichkeitsprinzips mit

⁴⁴³ BGH NStZ 1982, S. 29; Sch/Sch/Stree, § 260 Rdn. 4; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, S. 331.

⁴⁴⁴ BGHSt 23, S. 254, 257.

⁴⁴⁵ BGH NJW 1987, S. 2450.

Tatbestandsmerkmalen weitestgehend inhaltsgleich sind⁴⁴⁶. Stellt man für die strafrechtliche Einordnung als Qualifikationstatbestand oder lediglich als Strafzumessungsgrund auf das überwiegend vertretene, formale Kriterium einer zwingenden und abschließenden Regelung zur Erklärung der Tatbestandseigenschaft ab, so ist die beschriebene differenzierte strafrechtssystematische Behandlung im Rahmen des gewerbsmäßigen Diebstahls und gewerbsmäßiger Hehlerei vordergründig formal schlüssig, denn sie nimmt nicht Bezug auf den verhaltensbeschreibenden Charakter der Tatbestandsmerkmale, also auf den Unrechts- und Schuldgehalt einer Tat. Diese Gleichsetzung von rechtsstaatlichen Erfordernissen an die Qualität tatbestandlicher Benennung der Strafbarkeitsvoraussetzungen mit der strafrechtssystematischen Zuordnung von strafrechtlichen Regelungen übergeht aber die inhaltlichen Festlegungen, die auf Seiten des Tatbestandes und der Rechtsfolge vom Gesetzgeber und Richter unter Beachtung der Gesetzesbindung und des Gewaltenteilungsgrundsatzes zu treffen sind. Ähnlich schätzt dies auch *Maiwald*⁴⁴⁷ ein, der meint, daß der BGH eine „Wertgruppenbildung“ anstoßen wollte, um so zumindest ein Mindestmaß an inhaltlicher Bestimmtheit zu retten, Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung sicherzustellen und Willkür auszuschließen⁴⁴⁸. Dieser Versuch der Konkretisierung qua Schaffung gewisser Voraussetzungen durch den BGH eröffnet, daß

⁴⁴⁶ Sch/Sch/*Eser*, § 243 Rdn 2: „Verbrechenssystematisch handelt es sich bei den Merkmalen um Strafzumessungsregeln, die allerdings durch ihre Indizfunktion den Tatbestandsmerkmalen zumindest angenähert, ja diesen jedenfalls bei bloßem Versuch in BGHSt 33, S. 374 praktisch sogar gleichgestellt sind.“

⁴⁴⁷ A.a.O., S. 435.

⁴⁴⁸ Der Sache nach steht dieses Bestreben hinter all jenen Auffassungen, die für besonders schwere Fälle „zu einer Fallgruppendifferenzierung nach Graden der Strafwürdigkeit.....gelangen“ wollen; so *Timpe*, Strafmilderungen, S. 90. Der Autor befürchtet, daß anderenfalls auf jede Rechtssicherheit und Überprüfbarkeit der Ergebnisse verzichtet werden müsse (S. 71). Auch *Montenbruck* (a.a.O., S. 93 ff) bemüht sich um Rechtssicherheit, wenn er die besonders schweren Fälle „halbabstrakt“ fixieren möchte.

dieser bemüht ist, eine Unterscheidung zwischen Normalfall und besonders schwerem durch eine Tatbestandsbildung zu schaffen. Der Tatbestand mag zwar mit der sehr vage gefaßten Formulierung des Bundesgerichtshofes nicht bestimmt sein, sie stellt aber eine Voraussetzung für die Eröffnung des bestimmten Strafrahmens dar. Dieses Bestreben des BGH könnte man als eigenmächtig gegenüber dem Gesetzgeber bezeichnen. Denn nirgends in den Gesetzesberatungen bis zum 6. StrRG forderte der Gesetzgeber die 3. Gewalt zu einer Konkretisierung der besonders schweren Fälle auf. Mit dem 6. StrRG hat sich der Gesetzgeber aber offenbart. Denn dort stellte er bei der weiteren Schaffung von besonders schweren Fällen ausdrücklich auf die durch den BGH praktizierte Rechtsprechung ab, die ihrerseits den Versuch einer Tatbestandsbildung unternimmt. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber hat durch das 6. StrRG eingeräumt, daß die besonders schweren Fälle, da sie durch den BGH in Tatbestände gefaßt werden und er dies billigt sowie weiterhin fordert, nicht auf der Strafzumessungsseite, sondern der Sache nach auf der Tatbestandsseite einzuordnen sind.

Die besonders schweren Fälle stellen daher der Sache nach nichts anderes dar als Qualifikationen. Die durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung immer wieder betonte Einordnung der besonders schweren Fälle als Strafzumessungsregeln ist also nicht haltbar. Faktisch liegen bei besonders schweren Fällen Qualifikationstatbestände vor, die formal nur anders bezeichnet werden. Die Regelungstechnik der besonders schweren Fälle ist daher nur eine Frage der **Etikettierung**, nicht aber des sachlichen Unterschieds.

d) Zwischenergebnis

Folglich ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber entgegen seinen ausdrücklichen Bekundungen nicht nur das Handlungsinstrumentarium der Strafgerichte erweitern, sondern auch stillschweigend den besonders schweren Fällen einen eigenen

Deliktstypus zukommen lassen und sie nicht mehr nur den Strafzumessungsvorschriften zuordnen wollte.

Damit stellen die besonders schweren Fälle nicht eine bloße Frage der quantitativen Abstufung der Strafhöhe durch den Richter innerhalb eines Rahmens dar; vielmehr schlägt die Quantität in gewissem Umfange in eine Qualität um. Das Vorliegen eines besonders schweren Falles ist die gesetzlich festgelegte Voraussetzung⁴⁴⁹ für die Anwendung des erhöhten Strafrahmens, und letzterer erst ergibt die Möglichkeit der konkreten Strafzumessung⁴⁵⁰. Der Gesetzgeber macht sich bei der Festlegung der Strafrahmen bestimmte Vorstellungen über Unrechts- und Schuldgehalt von Verhaltensweisen. Hieran knüpft er die resultierende Strafe und deren Höhe an. Ohne diese bestimmten qualitativen und quantitativen Unrechts- und Schuldvorstellungen ist also eine Bestrafung aus einem erhöhten Strafrahmen nicht möglich.

Die besonders schweren Fälle sind also, wie auch die üblichen Qualifikationen vom Grundtatbestand durch einen eigenen, gesonderten Strafrahmen abgeschichtet; ihnen mangelt lediglich und im Prinzip eine Auflösung in die generalisierende bzw. generalisierungsfähige Einzelbeschreibung der tatbestandlichen Voraussetzungen. Solche Generalklauseln sind zwar in der Regel hergebrachter Hermeneutik kaum ohne Schwierigkeiten zu konkretisieren. Letztlich jedoch handelt es sich nur um eine andersartige Gesetzgebungstechnik, die zwar eine Änderung der „Arbeitsteilung“, aber keine Änderung der systematischen Strukturen indiziert. Dem folgend ist zu konstatieren, daß der Gesetzgeber mit

⁴⁴⁹ Diese Feststellung der faktischen ist jedoch nicht mit der rechtlichen Einordnung zu verwechseln. *Calliess* (NJW 1998, S. 929 ff) liegt mit seiner tatsächlichen Einordnung zwar richtig, systematisch ist sie aber nicht haltbar. (siehe oben III C. 1. d)).

⁴⁵⁰ Hiervon zu unterscheiden ist aber unbedingt die Praxis vieler Strafgerichte, die sich aufgrund des Gesamteindrucks vor genauer Subsumtion eine Strafe als angemessen überlegen und erst dann die gesetzliche Rechtfertigung im Rahmen gesetzlicher Bindung suchen.

seiner Art der Strafrahmenschaffung bei den besonders schweren Fällen diesen die Eigenschaft der Unrechts- und Schuldquantifizierungen genommen hat, und diesen systematisch als Strafzumessungsregeln einzuordnenden Vorschriften, eine eigene Unrechtsqualität hat zukommen lassen. Der Sache nach handelt es sich daher bei den besonders schweren Fällen um Tatbestände.

3. Differenzierung anhand von § 46 Abs. 2

*Gössel*⁴⁵¹ sieht ebenfalls die fehlerhafte tatsächliche Einordnung der besonders schweren Fälle, wobei er sich auf die mit Regelbeispielen ausgestalteten Fälle beschränkt. Er hält die Regelungstechnik ebenfalls für einen Teil der Strafzumessung. Für die Annahme eines besonders schweren Falles komme es ausschließlich auf die Tatschwere an. Daher entscheide sich die Frage, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt, letztlich anhand des anzuwendenden Maßstabes. Eine tatbestandliche Einordnung verwechsle hingegen Bewertungsgegenstand und Bewertungsmaßstab⁴⁵². Die sich stellende Frage nach dem Maßstab der Tatschwere habe das Gesetz aber in § 46 selbst beantwortet. Die in § 46 Abs. 2 aufgeführten Merkmale erlauben es im Regelfall, die Schwere der jeweiligen Straftat zu bewerten und dieser Bewertung eine konkrete Rechtsfolge zuzuordnen. Eine Differenzierung zwischen fehlerhafter Verwendung von Regelbeispielen, die eine Unrechtsqualität besitzen, und der korrekten Anwendung der Regelbeispiele als Strafzumessungsregeln habe sich daher an § 46 Abs. 2 zu orientieren⁴⁵³.

Lege man diesen Maßstab an die geltende Gesetzesfassung an, so werde bei dieser Berücksichtigung wohl auch die überwältigende Menge der Regelbeispiele keinen Bestand mehr haben können. So sei beispielsweise die Normierung des Regelbeispiels der Vergewaltigung in § 177 Abs. 2 S. 2 ein unzulässiges Kriterium, da in Wahrheit

⁴⁵¹ Hirsch-Festschrift, S. 183 ff.

⁴⁵² *Gössel*, a.a.O., S. 197.

⁴⁵³ *Gössel*, a.a.O.

unrechtsqualifizierende Merkmale erfaßt seien. Das Merkmal der Beeinträchtigung der Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern als Maßstab der Schwere der Straftat einer Störung öffentlicher Betriebe (§ 316 b Abs. 1 und 3 s. 2) sei dagegen durchaus geeignet, die Tatschwere zu messen. *Gössel* hält somit die Regelungstechnik der besonders schweren Fälle für eine generell nicht unzulässige Gesetzgebungsmethode, die aber in ihrer konkreten Anwendung durch den Gesetzgeber fehlerhaft ist. Sie sei daher insoweit zulässig, wie die Regelbeispiele dem Maßstab des § 46 Abs. 2 standhalten können.

Dem Ansatz *Gössels* ist im Ergebnis insoweit beizupflichten, wie er um eine restriktive Handhabung der besonders schweren Fälle und damit um eine Zurückdrängung der Rechtsfigur bemüht ist. Uneingeschränkt zuzustimmen ist ihm folglich insoweit, als er solche Regelbeispiele für unzulässig erachtet, die den Anforderungen des § 46 Abs. 2 nicht genügen können.

Seine weitergehende Annahme, die besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen seien aber dann zulässig, wenn sie den Anforderungen des § 46 Abs. 2 standhielten, ist wohl nicht haltbar. Denn eine Differenzierung der Unrechtsfaktoren an den Maßstäben des § 46 Abs. 2 erfordert, daß die Merkmale je einer der beiden möglichen Kategorien zugeordnet werden können. Eine solche Unterscheidung wird aber wohl nicht durchzuführen sein, weil unrechtsqualifizierende und -quantifizierende Merkmale einen nicht sauber trennbaren Überschneidungsbereich haben. So beinhaltet eine Aussage über eine erhöhte Unrechtsqualität praktisch auch immer eine quantitativ andere Einordnung. Und eine erhöhte Unrechtsquantität schlägt ab einem gewissen Umfang auch in eine verschiedene Qualität um. Eine Zulässigkeit von einer Differenzierung zwischen qualitativen und quantitativen Unrechtsgesichtspunkten abhängig zu machen, ist daher keine folgenswerte Methode.

Das Anliegen *Gössels*, die Regelungstechnik der besonders schweren Fälle zurückzudrängen, ist zwar im Ergebnis zu begrüßen, sie stellt

jedoch auf Differenzierungskriterien ab, die für eine Unterscheidung nur sehr eingeschränkt tauglich sind. Sie geht auch deshalb nicht weit genug, weil sich über seine Bedenken hinaus noch weitere ganz erhebliche systematische Friktionen ergeben.

4. Fragwürdigkeit der gesetzlichen Qualifikationstatbestände

Der Gesetzgeber hat im Rahmen des 6. StrRG bereits selber gezeigt, daß er die Problematik der Figur der besonders schweren Fälle spürt, wenn auch nicht sieht.

Folgt man der Argumentation der Rechtsprechung, wie dies wohl der Gesetzgeber des 6. StrRG getan hat, so führte er sich mit seinem eigenen Verhalten ad absurdum. Betrachtet man den Gesetzgebungsprozeß, so fällt auf, daß der Reformgesetzgeber in der ursprünglichen Fassung des 6. StrRG nur Vergehenstatbestände mit besonders schweren Fällen ausstatten wollte, während Verbrechen bei der Qualifikationsmethode verbleiben sollten⁴⁵⁴. Beeindruckt durch die heftige Gegenwehr von seiten der Wissenschaft wurde dieser ursprüngliche Gedanke jedoch verworfen. Anschließend erfolgte ein freies Verschieben der Strafschärfungen zwischen Qualifikationen und besonders schweren Fällen bis zur Verabschiedung des Gesetzes⁴⁵⁵. So sollte z.B. die gefährliche Körperverletzung (§ 223 a a.F.) ein besonders schwerer Fall der Körperverletzung mit Regelbeispielen werden⁴⁵⁶. Ebenso sollten die

⁴⁵⁴ Siehe hierzu das 1. Marburger Strafrechtsgespräch.

⁴⁵⁵ Dieses Verschieben machte den Eindruck, daß der Gesetzgeber die Aussage des BGH, es handele sich nur um eine Frage der formalen Gesetzgebungstechnik, ernst genommen hat.

⁴⁵⁶ § 223 Abs. 3 i.d.F. des 6. StrRG (Bundestagsdrucksache 13/7164 S. 5) vom 11.3.1997 sollte lauten: „In besonders schweren Fällen ist die Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. die verletzte Person durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt,
2. die Tat durch Beibringung von Gift, mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, mittels eines

qualifizierten Fälle der Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 2 a.F.) und der Aussetzung (§ 221 Abs. 2 und Abs. 3 a.F.) in Regelbeispiele besonders schwerer Fälle umgeformt werden⁴⁵⁷. Als weiteres Beispiel der vom Gesetzgeber euphorisch angestrebten Normierung von Regelbeispielen kann der besonders schwere Fall des Kinderhandels genannt werden⁴⁵⁸. Dieser Gesetzentwurf ist in der beschriebenen Form nicht Gesetz geworden, sondern im Rechtsausschuß des Bundestages auf Widerstand seitens der Rechtspraxis gestoßen, die sich ablehnend gegenüber den besonders schweren Fällen mit Regelbeispielen geäußert hat⁴⁵⁹. Im verabschiedeten 6. StrRG wurden die genannten qualifizierten Tatbestände des StGB a.F. in inhaltlich überarbeiteter Form beibehalten.

Die kaum zu beantwortende Frage, die sich der Gesetzgeber nun aber stellen muß ist, warum er sich durch die Wissenschaft so hat beeindrucken lassen, und wieder von seinem beabsichtigtem Weg abgewichen ist. Weiter noch: Warum wurden nicht sämtliche Strafschärfungen im StGB in besonders schwere Fälle umgewandelt. Wenn es nur eine Frage von „formaler Gesetzgebungstechnik“⁴⁶⁰ war, ist kein Grund ersichtlich, warum im StGB immer noch Qualifikationstatbestände vorhanden sind.

hinterlistigen Überfalls oder mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begeht, und dadurch die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung der verletzten Person verursacht, oder

3. die Tat als Amtsträger während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst begeht und dabei die Person körperlich schwer mißhandelt.“

⁴⁵⁷ Bundestagsdrucksache a.a.O., S. 5, 8.

⁴⁵⁸ § 236 Abs. 4 Gesetzentwurf des 6. StrRG, Bundestagsdrucksache, a.a.O., S. 7.

⁴⁵⁹ Protokoll des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages Nr. 88 vom 4.6.1997 mit Anlagen, S. 4, 16, 21, 22, 48; Anlage 55, 90, 120; hierzu auch *Calliess*, NJW 1998, S. 929, 930 f.

⁴⁶⁰ so BGHSt 33, S. 370, 374; 26, S. 167, 173.

Eine Antwort auf diese Frage ist wohl in den im ersten Teil dieser Arbeit skizzierten verfassungsrechtlichen Problemen im Hinblick auf die besonders schweren Fälle zu erblicken. In der Tat ist wohl kaum zu erklären, warum das LG Stuttgart⁴⁶¹ in einem Fall, in dem der besonders schwere Fall inhaltlich nicht durch ein Regelbeispiel indiziert wurde, gleichwohl einen solchen annehmen konnte, während eine Bestrafung, wäre § 243 eine Qualifikation gewesen, auch für die Rechtsprechung undenkbar gewesen wäre. Ein Verstoß gegen das Analogieverbot wäre aus allen Ecken erhalt. Wieso sollen aber gegenüber den besonders schweren Fällen andere Maßstäbe im Hinblick auf eine Verfassungsbindung angelegt werden, als an Qualifikationen, wenn beide Regelungstechniken inhaltlich, abgesehen von einer enumerativen Aufzählung der einzelnen Erschwerungsgründe, keine Unterschiede aufweisen. Sicherlich wird von den Verteidigern der Technik immer wieder die systematische Einstufung als Strafzumessungsregel ins Feld geführt. Zum einen haben aber obige Ausführungen verdeutlicht, daß es sich nicht um bloße Strafzumessung handelt, zum anderen haben sich die Vertreter für eine Beibehaltung der Regelungstechnik der besonders schweren Fälle noch nicht dazu geäußert, daß man sämtliche Qualifikationen durch besonders schwere Fälle ersetzen sollte. Diese Zurückhaltung hat ihren guten Grund und ist daher zu begrüßen.

In die gleiche Richtung muß argumentiert werden, wenn man die unterschiedliche Behandlung der besonders schweren Fälle und der Qualifikationen bezüglich des Bestimmtheitsgrundsatzes betrachtet. Obige Erörterungen haben verdeutlicht, daß bisher eine eingehende Diskussion dieser Problematik noch nicht stattgefunden hat. Dies auch insbesondere deshalb, als daß nach den Entscheidungen des BVerfG⁴⁶² große Teile der Literatur die Diskussion für erledigt ansahen⁴⁶³. Geht man aber davon aus, daß die besonders schweren Fälle zwingende Wirkung entfalten würden, wie dies bei den

⁴⁶¹ NStZ 1985, S. 28.

⁴⁶² E 45, S. 363; JR 1979, S. 28.

⁴⁶³ Statt aller *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 564.

Qualifikationen der Fall ist, so würde an der Unbestimmtheit der Regelung niemand zweifeln.

Zuletzt ist auch die unterschiedliche Handhabung im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot nicht zu erklären. Warum sollen Erschwerungsgründe ohne tatbestandliche Unrechtsvertypung rückwirkende Wirkung entfalten können, während solchen Vorschriften, die das Unrecht präzise spezifizieren, diese Rückwirkungsmöglichkeit aus guten Gründen versagt bleibt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß viele der speziell strafrechtlich wichtigen Prinzipien, welche der Verfassungsgesetzgeber dem Strafgesetz zugrunde gelegt hat, durch die Regelungstechnik der besonders schweren Fälle ausgehebelt werden. Begründet wird dies mit einer für die Praxis erforderlichen⁴⁶⁴ Flexibilität und Anpassungsfähigkeit, da die Normen zu starr und kasuistisch würden⁴⁶⁵.

Zum einen ist aber diese „Starrheit“ und „Kasuistik“ nicht nur zufällig in das Strafgesetzbuch hineingenommen worden. Dies war vielmehr das Resultat auch vieler historischer Erfahrungen, die ein „flexibles“ Strafrecht, insbesondere in einem totalitären Herrschaftssystem mit sich bringen können. Die Ausgangsposition der Berechenbarkeit, Voraussehbarkeit und der Ausschluß von Willkür sind aber heute nicht minder schützenswert als damals.

Zum anderen zeigen auch die Befürworter der besonders schweren Fälle, daß diese nicht den Platz der Qualifikationen einnehmen können, da anderenfalls die Regelungsfigur der Qualifikationen keinerlei Existenzberechtigung hätte. Diese wird aber von niemandem in Abrede gestellt. Betrachtet man das gesetzgeberische Verhalten einmal mit einiger Distanz, so machen insbesondere die Beratungen zum 6. StrRG folgendes deutlich: Wenn der Gesetzgeber für Vergehen die Technik der besonders schweren Fälle, für Verbrechen jedoch die der Qualifikationen anzuwenden plante, so wollte er im Rahmen der schweren Bestrafungen eine große Verfassungstreue insbesondere

⁴⁶⁴ Hierzu noch später III E. 7..

⁴⁶⁵ BVerfG a.a.O..

auch aus Täterschutzgesichtspunkten beweisen, im Rahmen der Vergehen, also der Kleinkriminalität, jedoch primär eine einfach handhabbare, weil an keine strikten Kriterien gebundene, Methode zur schnellen und scheinbar einzelfallgerechten Abstrafung schaffen. Dies bedeutet aber nichts anderes als eine „zwei-Klassen-Normierung“ von Straftatbeständen. Daß dies ein unhaltbarer Zustand ist, liegt auf der Hand. Denn der „Kleinkriminelle“ hat (mindestens) den gleichen Anspruch auf staatliche Zuverlässigkeit und Berechenbarkeit wie der „Schwerkriminelle“.

Der Gesetzgeber hat also durch die Belassung der Qualifikationstatbestände im StGB offenbart, daß die Rechtsfigur der besonders schweren Fälle keine Gesetzgebungsmethode ist, welche die Technik der Qualifikationen ersetzen könnte. Damit führte er sich aber, der immer wieder die Zulässigkeit und Tauglichkeit der besonders schweren Fälle herausgestellt und diese weiterhin eingesetzt hat, ad absurdum.

5. Stimmigkeit des Gesetzes

Aus der durch den Gesetzgeber tatsächlich vorgenommenen Einordnung der besonders schweren Fälle als Tatbestände resultiert das weitere verfassungsrechtliche Problem der Schlüssigkeit und Stimmigkeit gesetzgeberischer Normierungen. Wenn man einerseits nicht von der systematischen Einordnung der besonders schweren Fälle als Strafzumessungsregeln wegen der gesetzgeberischen Willensäußerung in § 12 Abs. 3 abkommen kann, andererseits aber die besonders schweren Fälle der Sache nach nichts anderes als Qualifikationen darstellen, so ergibt sich zwangsläufig die Konsequenz, daß die besonders schweren Fälle als Tatbestände strafzumessungsrechtlichen Regeln unterliegen sollen.

So beschränkt sich die Unterscheidung zu den Qualifikationen nur noch darauf, daß diese formaljuristisch anders zu betrachten sind, die Regelungen in besonders schweren Fällen oder in Qualifikationen somit nur noch verschiedene **Etikettierungen** darstellen. Daraus ergibt sich die Frage, ob man das rechtssystematische

Verhältnis von Grund- und Qualifikationstatbestand aufheben muß zugunsten einer Einordnung von Strafrechtssätzen als Strafzumessungsregeln, ob demzufolge gesetzliche Qualifizierungen und gesetzliche Strafzumessungsregeln strafrechtssystematisch austauschbar gleichwertig nebeneinander stehen können. Würde man eine inhaltliche und Unterscheidung von tatbestandlichen Qualifizierungen und Strafzumessungsregeln nicht als gegeben ansehen, so könnten sie gleichgesetzt werden. Abgesehen davon, daß sich der Gesetzgeber durch das Belassen der Qualifikationen im StGB neben den besonders schweren Fällen bereits ad absurdum geführt hat⁴⁶⁶, wirft sich dann aber die weitere Frage auf, ob dann, wenn man die besonders schweren Fälle, abgesehen von der formalen Einordnung, als Qualifikationen einordnet, nicht im Rahmen der Qualifikationen, wie auch bei den besonders schweren Fällen die Bildung lückenfüllender Analogie zulassen muß.

a) Gleichsetzung besonders schwerer Fälle und Qualifikationen

Aus obigen Ausführungen hat sich ergeben, daß die besonders schweren Fälle, seien sie mit oder ohne Regelbeispiele ausgestaltet, inhaltlich mit Qualifikationen weitestgehend übereinstimmen. Aus diesem Grunde spielt es scheinbar keine Rolle, ob sich der Gesetzgeber für die eine oder die andere Technik entschieden hat. Die immer wieder ausgebliebene Benennung der Motive des Gesetzgebers, warum er von der Regelbeispielstechnik Gebrauch gemacht hat⁴⁶⁷, könnte also in der Unterschiedslosigkeit ihren Grund haben.

Wenn die beiden Regelungstechniken inhaltlich aber keinerlei Unterschiede aufweisen, so müssen sie auch in weitergehenden Fragen gleichgesetzt werden können.

⁴⁶⁶ Hierzu bereits oben III E. 4.

⁴⁶⁷ Siehe hierzu *Hirsch*, ZStW 110 (1998), S. 393, 413.

b) Analogieerlaubnis auch für Qualifikationen

Aus der Feststellung heraus, daß die Regelungstechnik insgesamt nur eine Frage der gesetzgeberischen Etikette ist, müssen sich weitergehende Konsequenzen ergeben. Stellt man nämlich die herrschende Meinung hinsichtlich der Geltung der verfassungsrechtlichen Prinzipien, insbesondere des Analogieverbotes, bezüglich der Qualifikationen und der besonders schweren Fälle gegenüber, so ergibt sich folgende Friktion: Einerseits soll, und das wird immer wieder umfangreich dargelegt, das Analogieverbot auf die Qualifikationstatbestände Anwendung finden, andererseits soll das Verbot nicht hinsichtlich der Strafzumessungsregeln der besonders schweren Fälle gelten. Drittens hat sich nun aber ergeben, daß die besonders schweren Fälle nichts anderes darstellen als Qualifikationen, die nur abweichend etikettiert sind. Eine der drei Aussagen muß daher falsch sein, da sie sich im Konvolut widersprechen. Bisher konnte die herrschende Meinung sich immer auf die Unstimmigkeit der dritten Aussage stützen. Dies ist obigen Erörterungen entsprechend hingegen nicht möglich. Daher muß zu einer der Fragen Stellung genommen werden, ob denn das Analogieverbot entweder auch hinsichtlich der besonders schweren Fälle Geltung entfalten soll, oder aber, ob denn das Analogieverbot im Hinblick auf die Qualifikationsmerkmale durchbrochen werden kann.

Wie auch immer zu dieser Frage Stellung bezogen wird, sie führt in ein verfassungsrechtliches Dilemma. Bezieht man das Analogieverbot auch auf die besonders schweren Fälle, also nach § 12 Abs. 3 einzuordnende Strafzumessungsregelungen, so erwächst das Problem, daß dieses Verbot nicht für die Strafzumessung konzipiert ist. Es hat sich vielmehr herausgebildet, um die Judikative davor zu bewahren, Entscheidungen des Einzelfalles nicht ohne Deckung durch das Gesetz zu treffen. Bei der Strafzumessung im engeren Sinne kommt es aber gerade auf Einzelfallabwägungen an. Diese sollen lediglich in dem gesetzgeberisch vorgesehenen Rahmen geschehen. Das Analogieverbot soll daher schon bei der Frage der

Strafbarkeit, also von Unrecht und Schuld im Abstrakten, und nicht erst bei der Strafzumessung im engeren Sinne Wirkung entfalten. Eine Geltung des Analogieverbotes im Bereich der Strafzumessung ist deshalb schon nicht möglich. Zudem hätte die Annahme der Geltung des Analogieverbotes eine verfassungsrechtliche Unzulässigkeit der besonders schweren Fälle zur Folge⁴⁶⁸. Denn wenn auch die bisher immer noch die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit bescheinigende Meinung nunmehr eine unumschränkte Geltung der Prinzipien des Art. 103 Abs. 2 GG annehmen müßte, so käme sie nicht umhin, eine solche Verfassungswidrigkeit, wie sie bei „echten“ Qualifikationen fraglos wäre, zu bescheinigen⁴⁶⁹. Dies würde aber das Ende der Rechtsfigur der besonders schweren Fälle bedeuten. Der BGH hätte auf der Grundlage seiner Argumentation, die eine Unterscheidung von Strafbarkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen aufgibt, zugunsten einer Anwendung des Analogie- und Rückwirkungsverbotes beziehungsweise des Bestimmtheitsgebotes auf Strafzumessungsregeln votieren müssen. Dies aber entspricht nicht den Intentionen des BGH. Vielmehr sieht dieser in denjenigen Merkmalen der Tat, welche die Voraussetzungen einer erhöhten Strafbarkeit mit höherem Strafraum umschreiben, selbst wenn sie vom Gesetzgeber in Form eines herkömmlichen Qualifikationstatbestandes normiert werden, keine Strafbarkeitsvoraussetzungen, da diese „ihrer eigentlichen Funktion nach doch – ähnlich wie benannte Strafänderungsgründe – auf die Regelung der Folgen gleichgearteten erhöhten Unrechts abzielen“⁴⁷⁰. Da das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner Entscheidung⁴⁷¹ die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit herausgestellt hat, wird die herrschende Meinung dem wohl kaum widersprechen wollen. Daher bliebe nur die letzte Möglichkeit, um aus obiger Friktion herauszugelangen. Das Analogieverbot muß, soweit man an der Rechtsfigur der besonders schweren Fälle festhalten möchte, auch im

⁴⁶⁸ Hierzu eingehend unter III D.

⁴⁶⁹ So im Ergebnis auch BGH NJW 1956, S. 271.

⁴⁷⁰ BGHSt 26, S. 167, 173

⁴⁷¹ E 45, S. 363 ff.

Bereich tatbestandlicher Qualifikationen eingeschränkt werden. Das heißt, daß die Qualifikationen, die mit den besonders schweren Fällen der Sache nach inhaltsgleich sind, der Handhabung der formal als Strafzumessungsvorschriften einzuordnenden besonders schweren Fälle anzupassen sind, um den geschilderten Widersprüchen zu entkommen.

Eine solche Einschränkung des Analogieverbotes würde zahlreiche Probleme des Besonderen Teils des StGB obsolet machen. Wenn im Rahmen des § 226 bisher streitig war, ob eine Bestrafung wegen Verlustes oder Gebrauchsuntauglichkeit einer Niere aus dem Qualifikationsstrafrahmen des § 226 (§ 224 a.F.) gegen das Analogieverbot verstößt⁴⁷², so wäre eine solche Diskussion bei einheitlicher systematischer Anwendung des Gesetzes unnötig. Denn dann könnte, den besonders schweren Fällen entsprechend, ein sonstiger Fall einer Qualifikation angenommen werden. Ganz ähnlich könnte die Diskussion bei der Auslegung des gefährlichen Werkzeugs in § 250 verlaufen. Daß ein solcher Weg zu massiven verfassungsrechtlichen Problemen führen wird, die an den Grundfesten der geltenden Strafrechtsordnung rütteln, ist dabei offensichtlich. Will man aber an den besonders schweren Fällen als Strafzumessungsregeln festhalten, so kann, abgesehen von der derzeitigen verfassungswidrigen Ausgestaltung der besonders schweren Fälle, nur durch eine Aushöhlung des Art. 103 Abs. 2 GG im Hinblick auf Qualifikationen massiven Widersprüchen beigegeben werden. Daß eine derartige Handhabung nicht im Interesse des Gesetzgebers und den Vertretern der bisher herrschenden Meinung sein kann, ist offenkundig und bedarf keiner näheren Darlegung.

Die Beschränkung der Aushöhlung des Analogieverbotes auf die Qualifikationen greift aber immer noch zu kurz. Die besonders schweren Fälle waren bei ihrer Erschaffung das Resultat der

⁴⁷² BGH, JZ 1978, S. 814; Anmerkung *Hirsch*, JZ 1979, S. 109 f; *Tröndle/Fischer*, § 226 Rdn. 6; *Sch/Sch/Stree*, § 224 Rdn. 2 zu § 224 a.F..

scheinbar unbefriedigenden und unflexiblen Qualifikationen. Sie sollten eine flexiblere Möglichkeit der Strafschärfung begründen.

Die Problematik der Schaffung von Strafnormen, welche alle gleich strafwürdigen Fälle erfassen sollen, gibt es aber in paralleler Weise auch bei der Vertypung sämtlicher Grundtatbestände, ohne daß daraus eine Ermächtigung der Richter zur Analogiebildung abgeleitet würde. Bei der schwierigen Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit unter Wahrung des Konkretisierungsgebotes handelt es sich daher nicht bloß um ein qualifikationstechnisches, sondern um ein Grundproblem des Strafrechts. Ermächtigt aber die bloße Existenz dieses Problems zu einer Aushöhlung des Analogieverbotes im Rahmen der Qualifikationen, so kann auch im Bereich der Grundtatbestände nichts anderes gelten.

Dann müßten aber sämtliche Grundtatbestände in Regelbeispiele geändert werden, die unter Berücksichtigung aller Umstände eine Anwendbarkeit eines Strafrahmens ermöglichen würden. Eine solche Ausgestaltung würde die oft diffizilen Auslegungsfragen obsolet machen. So könnte beispielsweise die bloße Sachentziehung zukünftig auch unter § 303 subsumiert werden, da das Maß an Unrecht zu einer Sachbeschädigung etwa gleich hoch ist. Auch die Normierungen der §§ 248 c, 261, 263 a könnten aus dem StGB entfernt werden, da eine Lückenhaftigkeit des früher geltenden Rechts nicht mehr angenommen werden müßte. Art. 103 Abs. 2 GG hätte folgerichtig im StGB seine Bedeutung verloren.

In einer solchen „Lösung“ des gordischen Knotens sei auch von dieser Stelle aus bereits massiv widersprochen. Die Idee der Tatbestandlichkeit des Strafrechts wäre zerstört; der Grundsatz *nulla poena sine lege* wäre praktisch aufgehoben⁴⁷³. Dieser Grundsatz hat sich zu einer der tragenden Säulen der Verfassung herausgebildet. Diese das sensible rechtsstaatliche Gebäude haltende Säule einer Rechtsfigur zu opfern, die mit Widersprüchen und dogmatischen Problemen überhäuft ist, stellt gesetzgeberischer Unsinn dar.

⁴⁷³ Welzel, JZ 1952, S. 72, 74.

Insbesondere aus diesem Grunde kann an der Rechtsfigur der besonders schweren Fälle nicht mehr festgehalten werden. Wie bereits erörtert, ergeben sich Verfassungsbrüche zum einen aus der konkreten Ausgestaltung der besonders schweren Fälle. Zum zweiten hat sich nunmehr ebenfalls gezeigt, daß die „moderne Gesetzgebungstechnik“⁴⁷⁴ zu ganz erheblichen weiteren Verfassungsbrüchen führt, die nicht in den besonders schweren Fällen selber angesiedelt sind sondern sich im Hinblick auf die Qualifikationen ergeben. Daher ist an der Figur der besonders schweren Fälle nicht mehr festzuhalten, sondern sie ist als mißlungen zu akzeptieren⁴⁷⁵ und durch eine neue Strafschärfungstechnik zu ersetzen.

6. Analoge Subdogmatik

Hirsch hat bereits vor Jahren, wenn damals auch nur auf die besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen beschränkt, geäußert⁴⁷⁶: Die Vorschrift des § 243 sei als mißlungen anzusehen. Die Vorschrift führe dazu, daß neben der Dogmatik der Verbrechensmerkmale noch eine komplette analoge Subdogmatik für das Gebiet der Strafzumessung nötig werde. Dies lasse nur allzu deutlich werden, daß der Gesetzgeber sich über die Verschiedenheit von vertypter Tatbestandsqualifizierung und bloßer Strafzumessungsregelung hinweggesetzt habe.

Auch wenn die Schwierigkeit einer dogmatischen Begründung keinen Grund dafür bieten sollte, von ihr abzulassen, so zeigt die über Jahre hinweg entwickelte und mit dem 6. StrRG durch den Gesetzgeber akzeptierte Subdogmatik, daß weder die Wissenschaft noch die Rechtsprechung dem „enfant terrible“⁴⁷⁷ haben Herr werden können. Dies liegt weniger in der Schwierigkeit der Regelungstechnik als in der unmöglichen Freiheit von gravierenden Widersprüchen

⁴⁷⁴ *Tröndle/Fischer*, § 46 Rdn. 90.

⁴⁷⁵ So schon *Hirsch*, ZStW 84, S. 380, 386.

⁴⁷⁶ ZStW 84, S. 380, 387.

⁴⁷⁷ *Dreher*, Niederschr., Bd. V, S. 27.

dogmatischer Natur. Eine saubere und zweifelsfreie Einordnung wird daher nie möglich sein. Aus diesem Grunde sind einige Autoren⁴⁷⁸ auch bereits der Ansicht, daß man bei den besonders schweren Fällen eine dogmatische, generalisierende Einordnung gar nicht erst versuchen sollte, sondern im Einzelfall interessengerecht entscheidet. Daß eine solche Resignation der Sache nicht von Nutzen ist, liegt auf der Hand, und darf daher nicht akzeptiert werden. Wenn eine Einordnung in unser Strafrechtssystem nicht möglich ist, so muß nach alternativen Lösungsmöglichkeiten jenseits einer Subdogmatik gesucht werden.

7. Bedenken an der Wirksamkeit der Technik der besonders schweren Fälle

Von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit losgelöst können auch die Vorteile der besonders schweren Fälle nicht unwidersprochen bleiben. Denn wenn immer wieder von dem Bedürfnis einer flexiblen Regelung gesprochen wird⁴⁷⁹, so ist damit noch nicht gesagt, daß ein solches tatsächlich existiert.

a) Praxisnotwendigkeit

Als Rechtfertigung für die Existenz der besonders schweren Fälle wird immer wieder die Notwendigkeit anschmiegsamer Regelungen genannt, die auch beim Vorliegen grundsätzlich strafwürdigeren Verhaltens eine geringere Sanktion erlauben⁴⁸⁰. Betrachtet man hingegen die Praxis dahingehend, inwieweit von dieser scheinbar notwendigen Regelung Gebrauch gemacht wird, so gelangt man zu einem anderen Ergebnis. Die veröffentlichten Entscheidungen der letzten Jahre offenbaren, daß von der Möglichkeit eines besonders schweren Falles, ohne daß auch gleichzeitig ein Regelbeispiel erfüllt

⁴⁷⁸ *Fabry*, NJW 1986, S. 15, 17.

⁴⁷⁹ *Hohmann/Sander*, Rdn. 124 ff.

⁴⁸⁰ So insbesondere auch das BVerfG (E 45, S. 363), welches kasuistische Regelungen für untauglich hielt.

wäre, praktisch keinerlei Gebrauch gemacht wird. Umgekehrt wird bei Vorliegen eines Regelbeispiels fast immer ein besonders schwerer Fall angenommen⁴⁸¹. Bei der Annahme unbenannter besonders schwerer Fälle ist die Rechtsprechung auch aufgrund der vom Bundesgerichtshof gestellten hohen Anforderungen sehr zurückhaltend. So beschränkt sich die Annahme solcher Fälle auf wenige „Ausreißer“, die anders nach Auffassung des einzelnen Strafgerichts nicht hoch genug hätten sanktioniert werden können. Von einer notwendigen Regelung für die Rechtsprechung kann hingegen keine Rede sein. Die inhaltlich flexible Regelbeispielstechnik ist daher nur scheinbar praktikabel und einzelfallgerecht⁴⁸². Insbesondere wurde auch durch die Praxis moniert, daß die inhaltlich offene Regelung der besonders schweren Fälle eines erheblichen Begründungs- und Abwägungsaufwandes bedürfe, der bei einer eindeutigen Einordnung der erschwerenden Umstände in Qualifikationen nicht notwendig wäre⁴⁸³.

Mithin macht die Rechtsprechung von der Figur der besonders schweren Fälle in der Praxis kaum Gebrauch. Dies mag zum einen an dem erhöhten Begründungsaufwand liegen, zum anderen aber auch daran, daß tatsächlich keinerlei praktisches Bedürfnis für die Regelungen besteht, die eine Bestrafung aus dem niedrigeren Rahmen zulassen. Denn eine Abweichung von der Straferschwerung der besonders schweren Fälle ist nur dann erforderlich, wenn der neue Strafrahmen eine angemessene Bestrafung nicht mehr zuließe. Weitaus der größte Teil der besonders schweren Fälle sind aber auch nach der Schärfung noch Vergehenstatbestände. Im Rahmen von Vergehen gibt es aber bereits prozeßual vielfältige Möglichkeiten, um den erhöhten Strafrahmen erst gar nicht zur Anwendung kommen zu lassen. Hierbei sei nur auf die §§ 153 ff StPO hingewiesen. Aber auch wenn eine Verurteilung aus dem besonders schweren Fall die Konsequenz wäre, so könnte immer noch eine niedrige konkrete

⁴⁸¹ So auch *Meyer-Goßner*, Marburger Strafrechtsgespräch *Dietmeier*, ZStW 110 (1998), S. 393, 409.

⁴⁸² *Krahl*, a.a.O., S. 157.

⁴⁸³ *Krahl*, a.a.O..

Strafe gewählt werden, welche zur Bewährung ausgesetzt werden könnte (§ 56 Abs. 1).

Ein ernsthaftes sanktionsrechtliche Problem könnte der Mangel an einem ausreichend geringem Strafraumen daher nur im Bereich der Verbrechenstatbestände herbeiführen. Folglich kann im Hinblick auf die Regelungstechnik der besonders schweren Fälle nur dann von einer Praxisnotwendigkeit gesprochen werden, wenn es sich um Verbrechenstatbestände handelt, welche in der geltenden Gesetzesfassung meistens als Qualifikationen ausgestaltet sind. Daß bei den wenigen, als Verbrechen ausgestalteten besonders schweren Fällen der Richter aber noch seltener von der indizierten Strafschärfung wird abweichen wollen liegt zwar auf der Hand. Dennoch müßte, sollte ein lückenlos praktikables und verfassungsrechtlich unbedenkliches Strafschärfungssystem geschaffen werden, auf dieses Problem noch näher eingegangen werden⁴⁸⁴.

Von einer unbedingten Praxisnotwendigkeit zu sprechen ist aber unzutreffend.

b) Verminderter Opferschutz

Zudem scheint es, daß die Betrachtung der besonders schweren Fälle aus Opferschutzgesichtspunkten noch nicht eingehend geführt worden ist. Denn die Flexibilität der Strafregelung kann ganz erheblich auch zu einer Schwächung des strafrechtlichen Opferschutzes führen⁴⁸⁵. Hierzu sei nur das Beispiel der Vergewaltigung genannt. Mit der Umwandlung durch das 33. StrÄndG vom 1.7.1997 wurde die Vergewaltigung des § 177 a.F. StGB als ein das tatbestandliche Unrecht der sexuellen Nötigung (§ 177 a.F.) qualifizierender Spezialfall⁴⁸⁶ beseitigt und zu einem Regelbeispiel eines besonders schweren Falles herabgestuft. (§ 177

⁴⁸⁴ Hierzu später V. B.

⁴⁸⁵ Gössel, Hirsch-Festschrift, S. 183, 186.

⁴⁸⁶ Gössel, BT 1, § 24 Rdn. 23.

Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB i.d.F. des 6. StrRG). Die Begründung des Gesetzgebers für diese Umwandlung war, daß „das Opfer“ durch die Gleichstellung „besonders erniedrigender sexueller Handlungen“ mit „dem erzwungenem Beischlaf“ umfassend und damit besser geschützt werde. Das ist zwar richtig, nicht aber die amtliche Begründung, die ausführt, daß der erhöhte Schutz gerade durch die Änderung der Regelungstechnik herbeigeführt werden sollte⁴⁸⁷. Wurde nämlich die erzwungene Vollziehung des Beischlafs als ein gegenüber sonstigen sexuellen Handlungen qualifiziertes spezielles tatbestandliches Unrecht angesehen und mit der zwingenden Mindeststrafe von zwei Jahren Freiheitsentzug geahndet, so kann der Richter nunmehr trotz Vollziehung des Beischlafes einen besonders schweren Fall verneinen und den damit für sonstige abgenötigte sexuelle Handlungen vorgesehenen niedrigeren Strafrahmen anwenden, womit zugleich die vereinfachte Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56 Abs. 2 eröffnet wird. Bedenkt man, daß der Gesetzgeber nicht selten eine erhöhte Strafdrohung mit besserem Opferschutz gleichstellt⁴⁸⁸, so erscheint die Behauptung des besseren Opferschutzes aufgrund der mit der Regelbeispielstechnik erreichten Möglichkeit zur Wahl eines milderen Strafrahmens bei der Vergewaltigung inkonsistent. Daraus ergibt sich aber insgesamt ein weiteres Problem der Technik der besonders schweren Fälle, daß diese nämlich mit der Möglichkeit der Ausnahme einer Straferhöhung immer auch ein Stück des Opferschutzes nehmen. Folglich erscheint es widersprüchlich, einerseits die Strafe mit Hilfe eines besonders schweren Falles zu erhöhen, in einem Zuge aber auch eine Ausnahmemöglichkeit zuzubilligen, also den Schutz teilweise wieder zurückzunehmen. Dann hätte es aber einer verschärften Regelung aus Gründen des Opferschutzes nicht bedurft.

⁴⁸⁷ BT-Drucks. 13/7324, Begründung A 3, S. 5 f.

⁴⁸⁸ Vgl. Begründung zu §§ 176 ff im Entwurf eines 6. StrRG, BT-Drucksache 13/8587, S. 31.

8. Motive des Gesetzgebers, wann er besonders schwere Fälle, und wann er Qualifikationen annimmt

Ein weiterer Anknüpfungspunkt gesetzgeberischer Unsicherheit läßt sich erkennen, wenn man die Beratungen zu sämtlichen Gesetzesvorhaben hinzuzieht, welche eine Regelung von besonders schweren Fällen, seien sie mit oder ohne Regelbeispiele, zum Inhalt hatten. An keiner Stelle nahm der Gesetzgeber zu der Frage Stellung, warum er in dem konkreten Falle auf die Regelungstechnik zurückgriff. Vielmehr entbehren seine Beratungen sämtlicher Erörterungen, mit welcher Argumentation denn die besonders schweren Fälle den Qualifikationen vorzuziehen sind. Wie bereits *Hirsch*⁴⁸⁹ im Marburger Strafrechtsgespräch 1997 äußerte, müsse der Gesetzgeber Kriterien angeben, die die Verwendung der besonders schweren Fälle zulassen. Bislang hätten Zufall oder der Novellierungszeitpunkt diktiert, wo die besonders schweren Fälle verwendet würden. Aus dieser Äußerung läßt sich bereits erkennen, daß der Gesetzgeber bei der Auswahl der Gesetzgebungstechniken weniger logischer Argumentation, als vielmehr einer scheinbar „neueren“, oder „bevorzugten Gesetzgebungstechnik“ folgen wollte. Diese gesetzgeberische Orientierungslosigkeit wurde während des Gesetzgebungsprozesses zum 6. StrRG erneut offenbar. In diesem Zusammenhang wurde, wie bereits erwähnt, über einen langen Zeitraum zwischen der Technik der Qualifikationen und den besonders schweren Fällen mit Regelbeispielen gewechselt. Hierbei sei nur beispielhaft die ursprüngliche Fassung der Körperverletzung genannt, die aufgrund der Proteste aus der Wissenschaft wieder in eine Qualifikationsform gegossen wurde. Eine Gesetzgebungstechnik immer nur von scheinbarer Mode abhängig zu machen, ist ein äußerst problematischer Zustand, der verdeutlicht, daß sich der Gesetzgeber und insbesondere die Gesetzesvorlagen vorbereitenden Personen noch nicht über die dogmatischen Unterschiede der verschiedenen Regelungstechniken bewußt geworden sind. Hiervon

⁴⁸⁹ ZStW 110 (1998), S. 393, 413.

zu unterscheiden ist hingegen die sachliche Unterschiedslosigkeit⁴⁹⁰. Inoffiziell scheint die Begründung, wie sich aus der ursprünglichen Fassung ergab, dahin zu gehen, daß im Bereich der Kleinkriminalität, also den Vergehenstatbeständen die Regelungstechnik der besonders schweren Fälle die vorzugswürdige sei. Die sich hieraus ergebenden Probleme einer „Zwei-Klassen-Rechtsstaatlichkeit“ wurden bereits aufgezeigt. Folglich wird der Gesetzgeber diese Motive wohl nicht bestätigen. Dann müssen aber andere Gründe den Ausschlag geben, welche Gesetzgebungstechnik gewählt wird. Diese zu nennen, wird Aufgabe des Gesetzgebers sein.

9. Problematik des Doppelverwertungsverbotes

Zudem sei noch auf das sich aus den bisherigen Erörterungen ergebende Problem der Doppelverwertung von Tatsachen einzugehen. Danach darf bei der Strafzumessung ein für die Tatbestandsbildung maßgebender Gesichtspunkt nicht noch einmal berücksichtigt werden (§ 46 III)⁴⁹¹. D.h., daß sämtliche Tatbestandsmerkmale mit ihrer Erfüllung den ihnen innewohnenden Gesinnungsunwert absorbieren und dieser Grund nicht mehr im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden darf⁴⁹².

Der Unrechts- und Schuldgehalt ist auf Seiten des Tatbestandes zu normieren und der Richter ist bei der Strafzumessung lediglich dazu berufen, diese bezogen auf eine Einzeltat zu konkretisieren, so daß eine bestimmte Strafe innerhalb des Strafrahmens festgelegt werden kann.

Aus obigen Erörterungen ergibt sich somit die Frage, inwieweit das Verbot der Doppelverwertung im Bereich der besonders schweren Fälle Anwendung finden muß. Zunächst scheint dieses Verbot nicht von Relevanz⁴⁹³, da es sich bei den besonders schweren Fällen um

⁴⁹⁰ Siehe oben III E. 2. c).

⁴⁹¹ *Arzt*, JuS 1972, S. 385, 386.

⁴⁹² Hierzu insgesamt *Maurach/Gössel/Zipf*, S. 547 f.

⁴⁹³ *Zipf* (Die Strafmaßrevision S. 28 f) ist der Auffassung, daß die besonders schweren Fälle insgesamt für eine Strafzumessung ein unlösbares Problem darstellen. Denn seiner Auffassung nach ist eine Strafzumessung im weiteren

Strafzumessungsgesichtspunkte handelt⁴⁹⁴. Konstruktiv kann man diese Ansicht daher damit begründen, daß bei der Schärfung des Strafrahmens gegenüber dem Grunddelikt in einer „Wertgruppe“ nur das Strafzumessungsermessen des Richters, das ihm sonst zur Verfügung gestanden hätte, gesetzlich beschränkt wurde. Bedenkt man hingegen, daß die besonders schweren Fälle der Sache nach Tatbestände jedoch mit der Etikette von Strafzumessungsregeln sind, ohne aber eine Vertypung von Unrechtsmerkmalen zu beinhalten, so erwächst das unlösbare Problem, daß für die Inhaltsfüllung der Generalklausel, welche dann einen schärferen Strafrahmen nach sich zieht, sämtliche der Gesichtspunkte heranzuziehen sind, welche später im Rahmen der Strafzumessung „im engeren Sinne“ zur weiteren Strafbemessung Bedeutung erlangen. Damit geraten die besonders schweren Fälle zwischen die Mauern der Tatbestands- und der Rechtsfolgenreise. Einerseits gehören sie zur Rechtsfolgenreise, andererseits sind sie aber auch ein Stück vorweggenommene gesetzgeberische Strafzumessung, welche an, wenn auch unbestimmte, Voraussetzungen gebunden ist. Sie ergeben somit auch ein Stück der den Tatbeständen innewohnenden Zurechnung, wann ein Verhalten als erhöht strafwürdig einzustufen ist. Die Schwere der Tat soll hingegen erst als quantitativer Maßstab innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zum Zuge kommen, der die Qualität des Verhaltens generalisierend bewertet. Aus diesem Grunde ist es durchaus als kritisch zu bewerten, daß die besonders schweren Fälle als Strafzumessungsregeln diesem Verbot nicht unterfallen sollen. Dies ist jedoch die derzeitige gesetzssystematische korrekte Lösung. Berücksichtigt man hingegen zusätzlich, daß sie faktisch etwas anders sind, als sie systematisch darstellen, so ist die bisherige

und im engeren Sinne unmöglich. Eine konkrete Zumessung von Strafe könne nur erfolgen, wenn bereits der Strafrahmen abgeklärt sei. Zur Klärung dieses Strafrahmens müßten aber bei den besonders schweren Fällen sämtliche Gesichtspunkte Berücksichtigung finden, die einen besonders schweren Fall begründen oder ausschließen können, da die Tat insgesamt zu bewerten sei.

⁴⁹⁴ Aus diesem Grunde hält auch *Bruns*, Meyer-Festschrift, S. 353, 371, ein Problem für nicht gegeben.

Handhabung des Doppelverwertungsverbot kritisch zu hinterfragen.

III. Zwischenergebnis der Zulässigkeit besonders schwerer Fälle

Es läßt sich daher feststellen, daß die Gesetzestechnik der besonders schweren Fälle und Regelbeispiele auf nichts anderes als eine Umgehung wesentlicher Verfassungsprinzipien hinausläuft, indem nicht in den Regelbeispielen normierte vergleichbare Fälle über die Auffangklausel „besonders schwerer Fall“ dennoch der Strafschärfung unterworfen werden können, so daß es sich bei dieser Technik um ein nicht legitimes Gesetzgebungskonzept handelt.

Auch wenn im Rahmen obiger Ausführungen größtenteils auf besonders schwere Fälle mit Regelbeispielen eingegangen wurde, so darf dies nicht zu der Täuschung führen, daß das Übel in den Regelbeispielen zu sehen ist. Eine Streichung der Regelbeispiele und eine bloße Normierung unbenannter besonders schwerer Fälle würde die Situation nicht verbessern, sondern sogar verschlimmern, da sich dann der Gesetzgeber seiner ihm zufallenden Aufgabe, strafbares Verhalten zu normieren, gänzlich entledigt und dem Richter noch nicht einmal mehr Leitlinien der Strafzumessung für die Annahme eines besonders schweren Falles geben würde⁴⁹⁵. Die Kritik an den besonders schweren Fällen mit Regelbeispielen ergibt sich daher genauso, und sogar verschärft im Rahmen der unbenannten Fälle.

Die besonders schweren Fälle verletzen wesentliche Verfassungsprinzipien des Art. 103 Abs. 2 GG. So berücksichtigen sie nicht die Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes, da sie keine inhaltliche Erfordernisse stellen, unter welchen Voraussetzungen besonders schwere Fälle angenommen werden sollen. Mangels Normierung bestimmter Voraussetzungen ist auch das Analogieverbot verletzt, denn der Richter kann den erhöhten

⁴⁹⁵ Dietmeier, ZStW 110 (1998), S. 393, 410; Zieschang, Jura 1999, S. 561, 567.

Strafrahmen mit etwas größerem Begründungsaufwand immer eröffnen, wenn er ihn im Einzelfall für geboten erachtet. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine klassische Analogie, bei der ein Ähnlichkeitsschluß vorliegen muß. Im Rahmen der besonders schweren Fälle ist nicht nur ein vergleichbares Verhalten erfaßbar, sondern sämtliche Begehungsweisen, die nur in ihrem quantitativen Unrecht erhöht sind. Aus der Struktur der besonders schweren Fälle resultieren zudem Verstöße gegen das Rückwirkungsverbot sowie das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip.

Darüber hinaus ergeben sich aber erhebliche normative Unstimmigkeiten. Die aufgrund von § 12 Abs. 3 als Strafzumessungsregeln einzuordnenden besonders schweren Fälle stellen der Sache nach eben keinen Teil der Rechtsfolgen-, sondern der Tatbestandsseite dar. Dieser Schluß ergibt sich zwingend bei der Betrachtung der erheblichen Strafrahmenüberlappungen zwischen den Grundtatbeständen und den besonders schweren Fällen. Hierdurch räumt der Gesetzgeber ein, daß Unterschiede nicht in der Unrechtsquantität, sondern in der Qualität zu erblicken sind. Dieser Schluß wird zudem unterstützt durch eine Betrachtung der Voraussetzungsseite, bei der rein quantitative Veränderungen des Unrechts eben keinen besonders schweren Fall auslösen, sondern an die Umstände besondere qualitative Anforderungen zu stellen sind. Dies wird bestätigt durch den zwingenden Ausschluß besonders schwerer Fälle bei einer Geringwertigkeit des Tatobjekts im Rahmen von § 243 Abs. 2 oder die Verwendung identischer Begrifflichkeiten bei Qualifikationen und besonders schweren Fällen⁴⁹⁶.

Die Rechtsfigur stellt also der Sache nach nichts anderes dar, als einen Tatbestand, ohne aber das sanktionierte Unrecht zu vertypen. Der Unterschied zwischen den beiden Strafschärfungsmethoden ist vielmehr nur eine Frage der Etikettierung. Wenn sie aber der Sache nach nichts anderes als Tatbestände ohne vertypertes Unrecht darstellen, so ergeben sich erhebliche Widersprüche beim Vergleich mit der Strafschärfung der Qualifikationen, deren

⁴⁹⁶ Z.B. der Gewerbsmäßigkeit bei § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 und § 260.

Lösungsmöglichkeit bei Beibehaltung der Gesetzgebungstechnik der besonders schweren Fälle derzeit nur darin bestehen kann, daß der Grundsatz des „nulla poena sine lege“ auch für die Qualifikationen eingeschränkt werden muß. Eine solche Gleichsetzung würde aber immer noch zu kurz greifen, da die Schaffung hinreichend konkreter Strafnormen bei Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit kein spezifisches Strafschärfungsproblem darstellt, sondern vielmehr auch bei jeder Normierung der Grundtatbestände auftritt. Folglich muß die Geltung des „nulla-poena-Satzes“ auch im Rahmen dieser Grundnormen eingeschränkt werden mit der Folge, daß sämtliche Tatbestände der Regelungstechnik der besonders schweren Fälle unterworfen werden müßten. Dies würde einer Aufgabe des Verfassungsprinzips, daß keine Strafe ohne Gesetz ergehen darf, gleichkommen. Eine solche Aufgabe wäre zwar massiv zu beanstanden, man kommt aber nicht an ihr vorbei, will man an der Regelungstechnik der besonders schweren Fälle festhalten.

Das Ziel der besonders schweren Fälle, seien sie unbenannt oder mit Regelbeispielen flankiert, die Individualisierung der Strafrahmeneröffnung, ist vom Ausgangspunkt her grundsätzlich zu begrüßen, jedoch führt dieser Weg zu Konflikten mit dem Gesetzlichkeitsprinzip gemäß Art. 103 Abs. 2 GG, so daß er aus diesem Grunde als verfehlt und unzulässig zu verwerfen ist.

IV. Eigene Lösungsansätze

*Fabry*⁴⁹⁷ ist der Auffassung, die bestehenden Probleme nicht einer Anwendung der besonders schweren Fälle entgegenstehen zu lassen. Eine systematische Zuordnung der besonders schweren Fälle sei gar nicht möglich, weil sie bei Erfüllung systematischer Bedürfnisse zu praktischen Unzuträglichkeiten und bei Erfüllung praktischer Bedürfnisse zu systematischen Friktionen führen müssen. Daher meint er, daß die Regelungstechnik akzeptiert werden sollte und vielmehr nach Anwendungskriterien zu suchen sei, die unabhängig

⁴⁹⁷ NJW 1986, S. 15, 17.

von systematischer Zuordnung sind⁴⁹⁸. Eine solche Gleichgültigkeit hinsichtlich dogmatischer wie auch praktischer Probleme mag sich ein „Praktiker“ erlauben dürfen. Dies darf aber die Strafrechtswissenschaft nicht davon abhalten, Lösungen für die unstreitig bestehenden Probleme zu suchen. Hierzu ist sie sogar berufen.

A. Lösungsmöglichkeiten für Strafschärfungen

Daß in manchen Fällen der gesteigerte Unrechtsgehalt nicht durch die strafrechtlichen Grunddelikte mit ihren Normalstrafrahmen hinreichend umfaßt werden kann, dürfte unwidersprochen bleiben⁴⁹⁹. Wie aber die bisherigen Untersuchungen ergeben haben, stellen die besonders schweren Fälle, seien sie mit oder ohne Regelbeispiele versehen, keine taugliche Lösungsmöglichkeit dar. So sind die unbenannten Strafschärfungsgründe ebenso abzulehnen wie die Strafschärfungen mit Hilfe der exemplifizierenden Methode der Regelbeispiele. So bleibt denn als Möglichkeit der Strafschärfung die der Qualifikationen. Diese Methode wurde vor Einführung der besonders schweren Fälle als „Musterfall unerfreulicher Kasuistik“⁵⁰⁰ und „äußerst unglückliche Rechtsfigur“⁵⁰¹ getadelt, da die starre

⁴⁹⁸ Hierzu führt er aus: „Das Dilemma wird bleiben, solange dieser Weg gesucht wird. Es wird sich lösen, wenn die gesetzgeberische Entscheidung als das hingenommen wird, was sie sein wollte, nämlich eine auf Einzelfallgerechtigkeit zielende Handhabe und nicht ein auf Erfüllung gesetzssystematischer und dogmatischer Bedürfnisse ausgerichteter Beitrag. Soweit der Gesetzgeber eine gesetzssystematische Entscheidung treffen wollte, ist dies in § 12 III StGB geschehen. Darüber hinaus hat er ersichtlich die Ausdeutung der Regelbeispielfälle der problemorientierten – topischen – Argumentation überlassen.“

⁴⁹⁹ Allein eine Blick in das Gesetz bei §§ 249, oder § 211 zeigt, daß nur die „Grundformen“ deliktischen Verhaltens nicht ausreichend sein können.

⁵⁰⁰ *Wessels*, Maurach-Festschrift, S. 295.

⁵⁰¹ *Maurach*, Nachtrag I 1970, S. 16.

Regelung in Einzelfällen zu äußerst ungerechten Ergebnissen führte. Die besonders schweren Fälle haben sich aber als verfassungsrechtlich verfehlt erwiesen. Diesen Schwächen der Regelungstechnik bei Strafschärfungen ist nur durch eine abschließende und bestimmte Normierung als Qualifikationen beizukommen. Denn von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, die mehr auf der mißglückten Formulierung einzelner Tatbestandsmerkmale als auf der Untauglichkeit einer ganzen Methode beruhen, bietet die Strafschärfung mittels Qualifizierungen einen tauglichen Ansatz für Strafschärfungen. Insbesondere bestehen im Hinblick auf die generelle Regelungstechnik der Qualifikationen keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken, wie sie den besonders schweren Fällen entgegenstehen. Die sich über die Jahre herausgebildeten Anforderungen im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot sowie Analogie- und Rückwirkungsverbot unterliegen keinen durchgreifenden Bedenken.

Fraglich könnte sein, ob die bestehenden besonders schweren Fälle nicht oder nur mit außergewöhnlichem Aufwand in Qualifikationen umgewandelt werden könnten. Aber abgesehen davon, daß zur Wahrung des Grundgesetzes erhöhte Gesetzgebungsmühen kein Hindernis darstellen dürfen, ist zu bedenken, daß es durchaus möglich ist, die besonders schweren Fälle, seien sie mit oder ohne Regelbeispiele versehen, in Qualifikationen umzuwandeln. Dies zeigte nicht zuletzt das 6. StrRG. Bis zu dessen Inkrafttreten war der Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 a.F.) nur als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall ausgestaltet. Die Begründung zum 6. StrRG hatte ausgeführt, es handele sich um eine Straftat, die tief in die Intimsphäre der Opfer eindringe und zu ernststen psychischen Störungen führen könne. Nicht selten seien Wohnungseinbrüche mit Gewalttätigkeiten gegen Menschen und Verwüstungen der Einrichtungsgegenstände verbunden; daher sei die Mindeststrafe von drei auf sechs Monate zu erhöhen. Gesetzestechnisch geschehe dies in der Weise, daß die bislang in § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 enthaltene Regelung zum Einbruchdiebstahl in Wohnungen in § 244 Abs. 1 eingestellt und so ein Strafrahmen von

Freiheitsstrafe nicht unter sechs Monaten bis zu zehn Jahren eröffnet werde⁵⁰². Damit wurde die Strafzumessungsregelung zum Wohnungseinbruchsdiebstahl wieder in eine Qualifikation umgeformt. Auch das häufige Wechseln des Gesetzgebers zwischen Qualifikationen und besonders schweren Fällen als Reaktion auf die heftigen Regungen in der Strafrechtswissenschaft im Gesetzgebungsprozeß macht deutlich, daß er durchgreifende Bedenken gegen eine Umgestaltung nicht hatte. Er wich durch jeden Einzelfall nur ein wenig von seiner „bevorzugten Gesetzgebungstechnik“⁵⁰³ ab. An der Umwandlungsmöglichkeit kann daher eine Änderung der besonders schweren Fälle nicht scheitern. Für den hier vertretenen Standpunkt sprechen insbesondere auch historische Gesichtspunkte. So ist zu beachten, daß das StGB von 1871 nur qualifizierte Tatbestände kannte nicht aber besonders schwere Fälle⁵⁰⁴; erst in der NS-Zeit kam es zu einem starken Anwachsen der unbenannten Strafschärfungsgründe. Besonders schwere Fälle sind daher keine mit einem Strafgesetzbuch verbundene Notwendigkeit. Vielmehr hätten die besonders schweren Fälle mit Verabschiedung des Grundgesetzes aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG aus dem Strafgesetzbuch gestrichen werden müssen⁵⁰⁵. Auch andere Strafgesetzbücher bestätigen das. Insbesondere das österreichische Strafrecht hat durchweg enge Strafrahmen und keine unbenannten Strafänderungsgründe, womit auch die Regelbeispielstechnik von vornherein keinen Ansatzpunkt hat. Selbst benannte Strafänderungsgründe sind äußerst selten. Folgt man dem Ansatz der Qualifikationen, so sind diese derart zu normieren, daß – unter Beachtung des Bestimmtheitsgebotes – „Ungereimtheiten“ tunlichst vermieden werden⁵⁰⁶. Die

⁵⁰² BT-Drucks. 13/7164, S. 43.

⁵⁰³ BT-Drucks. 13/8587, S. 36.

⁵⁰⁴ Siehe hierzu näher oben und *Maiwald*, NStZ 1984, S. 433.

⁵⁰⁵ Auf das Fehlen eines Praxisbedürfnisses wurde bereits oben ausführlich hingewiesen.

⁵⁰⁶ Am Rande angemerkt sei, daß die Qualifikationstatbestände im unmittelbaren systematischen Zusammenhang mit ihren „Grunddelikten“ zu

Schwierigkeiten, die hierbei im Rahmen von § 243 a.F. in der Praxis aufgetaucht sind, sollten durch entsprechende Umformulierungen der Qualifikation vermieden werden können⁵⁰⁷. Ergeben sich dann bei der Qualifikation noch Wertungswidersprüche, muß der Gesetzgeber – wie auch bei jedem anderen Straftatbestand – über eine Änderung des Wortlauts reflektieren. Auch die kritisierte Lückenhaftigkeit des Strafrechts vermag keine andere Einschätzung herbeizuführen, denn diese ist keine Schwäche des fragmentarischen Systems, sondern in ihrer Struktur gerade die Stärke. Wie bereits zu Beginn erörtert, ist es in einem rechtsstaatlichen Strafrechtssystem wünschenswerter, mehrere Täter durch die groben Maschen des Justiznetzes fallen zu lassen, als daß sich auch nur einer in den zu feinen Maschen verfängt⁵⁰⁸. Dem steht nicht das fehlende Verständnis für empfundene Ungerechtigkeiten in Einzelfällen entgegen, sondern die Forderung nach für einen Rechtsstaat unentbehrliche Rechtssicherheit zur Seite.

B. Erfordernis eines Korrektivs

Hält man an dem Ausgangspunkt fest, daß zulässige Strafschärfungen nur über die Regelungstechnik der Qualifikationen zu erreichen sind, ergibt sich jedoch wieder das Problem, welches bei der Schaffung der besonders schweren Fälle durch den nachkonstitutionellen Gesetzgeber von Bedeutung war. Da die Qualifikationen nur, aber auch immer dann den erhöhten Strafrahmen eröffnen, wenn sie tatbestandlich erfüllt sind, ist nunmehr eine Ablehnung der Qualifikationen aufgrund milder wirkender Gesamtumstände nicht mehr möglich. Dies ist zunächst

bilden und zu normieren sind. Eine pauschale Regelung sämtlicher Qualifikationstatbestände im Allgemeinen Teil verbietet sich jedoch. Vgl. im einzelnen hierzu *Dreher*, ZStW 77, S. 220, 226 f.

⁵⁰⁷ *Hirsch*, ZStW 84 (1972), S. 380, 387.

⁵⁰⁸ *Arzt*, JuS 1972, S. 385, 386.

rechtsstaatlich nicht zu beanstanden, birgt aber die Gefahr weiterer, als ungerecht empfundener Entscheidungen⁵⁰⁹.

In einem nächsten Schritt muß es also um die Lösung des bekannten Phänomens gehen, die Strenge des generalisierenden Gesetzes durch individuelle Betrachtung zu lockern⁵¹⁰. An einem Beispiel aus dem Bereich des Diebstahls gezeigt: Stiehlt der Täter zwar mittels Einbruchs, aber doch aus einer gewissen Notlage heraus, so muß der Richter im Bereich der Qualifikationen einen qualifizierten Diebstahl annehmen.

Ließe man die Qualifikationen ohne Korrelat stehen, so wäre eine Berücksichtigung solch besonderer Umstände nur durch folgende zwei Korrekturen möglich.

Zum einen könnte es über den Zusammenhang zwischen Strafrahmen und Tatbestand zu Bestrebungen seitens der Rechtsprechung kommen, die nicht möglichen Milderungen über die Tatbestandsauslegung zu erreichen. Auch wenn dies, wie zum bisher einzigen Male geschehen, im Rahmen der restriktiven Auslegung des § 211 vom BGH praktiziert wurde, so ist doch zweifelhaft, ob sich hinter den Entscheidungen ein wohlüberlegter „Rechtssprechungsakt“ verbarg⁵¹¹. Davon abgesehen kann aber die Flucht in die Rechtsprechung für den Gesetzgeber kein legitimes Gesetzgebungskonzept darstellen, denn wie bereits der Alternativ-Entwurf 1962 meinte, sollte der Gesetzgeber dem Richter keine mit Inhalt zu füllenden Klauseln vorwerfen, wenn er selber nicht in der Lage ist, höheres Unrecht eindeutig zu umschreiben⁵¹². Daher soll er auch keine Straftatbestände so weit fassen, daß eine tragbare Anwendung nur dadurch sichergestellt werden kann, daß die Rechtsprechung schärfere und eingrenzende Kriterien aufstellt.

⁵⁰⁹ So führt auch *Dreher* (ZStW 77, S. 220, 237) aus, daß ein Weg über die Qualifikationen nur dann führen kann, wenn der Gesetzgeber die normierten Umstände für so gravierend hält, daß trotz aller denkbaren mildernden Umstände die erhöhte Mindeststrafe immer noch gerecht erscheint.

⁵¹⁰ *Zieschang*, Jura 1999, S. 561, 567.

⁵¹¹ BVerfGE 45, S. 187, 267; ausführlich dazu *Tröndle/Fischer*, § 211 Rdn. 3.

⁵¹² S. 119.

Daher bleibt, so man denn den Qualifikationen keine weitere Korrekturmöglichkeit zur Seite stellen möchte, nur die Möglichkeit, den Strafraumen nach unten hin zu erweitern, so daß auch die „weniger schweren“ Fälle der Qualifikationen noch mit angemessener Strafe belegt werden könnten. Die Qualifikationen sollen also von der Unrechtsvertypung her identisch bleiben, lediglich die Möglichkeiten einer richterlichen Strafzumessung sollen erweitert werden. Dieser Gedanke ist jedoch ebenfalls zu verwerfen. Denn bei einer Strafraumenerweiterung nach unten, wird das gesamte Einordnungsgefüge verschoben und ein neues Bewertungssystem geschaffen⁵¹³. Wurde durch die bisherigen Strafraumengrenzen der „Regelfall“ eines qualifizierten Falles festgelegt, so ändert sich dieser Normalfall mit einer Rahmenerweiterung nach unten in eben diese Richtung. Der Rechtsanwender wird in verhältnismäßig leichten Fällen nicht in die Mitte des Strafspektrums greifen, sondern die Strafe im unteren Bereich ansiedeln. Daß dieser Bereich aber nur für außergewöhnliche Fälle geschaffen wurde und daher im Regelfall der Strafbemessung nicht berücksichtigt werden sollte, wird praktisch nicht durchführbar sein.

Einer Änderung der Straferschwerungen in Qualifikationen kann folglich nicht mit einem Verbleiben innerhalb dieses Systems durch inhaltliche Modifikationen beigegeben werden. Vielmehr ist den Qualifikationen ein weiteres Regelungsinstrument zur Seite zu stellen, welches die Unrechtsvertypung sowie den engen Strafraumen unberührt läßt, dennoch in besonders gelagerten Einzelfällen ein Absehen vom erhöhten Strafraumen möglich macht und so quasi als „Notventil“ wirkt.

Daß eine „Hintertür“ aus der tatbestandlichen Strafschärfung notwendig ist, wird von vielen Literaten gesehen. Stellvertretend hierfür sei allein auf den Arbeitskreis zum 6. StrRG hingewiesen⁵¹⁴, der zwar ausdrücklich die Möglichkeit der Verneinung der qualifizierenden Umstände forderte, einen eigenen Vorschlag jedoch

⁵¹³ *Zipf*, Die Strafmaßrevision, S. 30 f.

⁵¹⁴ *Freund*, ZStW 109 (1997), S. 471.

noch nicht unterbreiten konnte, sondern sich darauf beschränkte, für die Regelung eine entsprechend tragfähige Begründung zu fordern.

Die konkrete Ausgestaltung eines solchen „Notventils“ ist in zweierlei Hinsicht denkbar.

1. Privilegierungen

Ein Ansatz zur Bildung eines Korrektivs könnte in der Schaffung von Privilegierungen zu sehen sein. Diese Überlegung resultiert aus der Zusammenziehung folgender zwei Gesichtspunkte:

1. Privilegierungen stellen das Spiegelbild der unbedenklichen Qualifikationen dar und könnten daher Zweifel an einer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit ausräumen.
2. Ein wirkliches Problem einer notwendigen Strafmilderung ergibt sich nur im Bereich der Verbrechen. Im Vergehensbereich ist hingegen eine angemessene Bestrafung im Rahmen der gegebenen Strafrahmen sowie der prozessualen Möglichkeiten der §§ 153 StPO hinreichend möglich, so daß eine Normierung in diesem Bereich keinerlei praktische Relevanz hätte⁵¹⁵.

Im Rahmen der Bildung von Privilegierungen ist daher bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen der Verbrechenscharakter einer Vorschrift in ein Vergehen umzuqualifizieren. Dem muß aber zunächst die Überlegung vorab gestellt werden, ob denn diese Problematik tatsächlich nur im Qualifikationsbereich auftreten kann. Dies wird man verneinen müssen, da bereits Grundtatbestände, die einen Verbrechenscharakter haben, zu ganz ähnlichen Unbilligkeiten führen können. Diskutiert man daher an dieser Stelle die Möglichkeit

⁵¹⁵ III. E. 7. a).

einer Umwandlungsprivilegierung derart, daß Verbrechen in Vergehen umqualifiziert werden können, so muß dies über den Rahmen der Qualifikationen mit Verbrechenscharakter hinaus für sämtliche Verbrechen gelten. Denn alle Verbrechen des StGB, und nicht nur die Qualifikationstatbestände, unterliegen dem Problem, daß sie unter Berücksichtigung sämtlicher Tatumstände durchaus zu einer unangemessenen Bestrafung führen können. Die Möglichkeit einer Privilegierung kann daher nicht nur auf die Qualifikationen beschränkt bleiben.

Das im Rahmen einer Privilegierung erwachsende Problem ist aber offenkundig. Zum einen ist der Richter aufgrund der Natur der Privilegierungen nunmehr gezwungen, den Verbrechensstrafrahmen zu verneinen⁵¹⁶. Er kann also nicht mehr die Umstände des Einzelfalles, außer im Rahmen der Strafzumessung im engeren Sinne, berücksichtigen. Zum anderen bedeutet die Einfassung in Privilegierungen auch, daß jenseits dieser abschließend erfaßten Fälle keinerlei Umstände im Rahmen einer Herabsetzung schon des Strafrahmens Berücksichtigung finden können.

Es kommt noch ein weiteres hinzu: Im Bereich der Strafschärfungen haben sich über die Jahre typische Tatbegehungsweisen herausgebildet, welche wegen der kriminellen Energie und der objektiven Gefährlichkeit besonders strafwürdig sind. Eine Normierung von Straferschwerensgründen ist dem Gesetzgeber folglich möglich, ohne daß erhebliche Lücken im Sanktionssystem auftauchen würden. Die Strafschärfungsgründe sind mithin nicht unfassbar vielzählig sondern normierbar. Zudem wären einzelne Lücken aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten heraus hinnehmbar, da auch die Grundtatbestände mit ihren weiten Rahmen die tatbestandlich nicht mehr erfaßten Fälle noch angemessen sanktionieren könnten.

⁵¹⁶ Hier sei nur der studentische Merkspruch erwähnt: Privilegierung sperrt Qualifizierung.

Bei Strafmilderungsgesichtspunkten ist die Situation aber eine andere, denn diese sind erheblich schwerer lückenlos zu erfassen. Die Motive und Umstände, welche eine Tat als minder strafwürdig erscheinen lassen, liegen sehr häufig im Bereich des Außergewöhnlichen, so daß diese umfassend zu normieren praktisch nicht möglich ist. Wählt man dennoch die Strafmilderungsmöglichkeit der Privilegierungen, so führt dies aufgrund ihrer notwendigerweise fragmentarischen Struktur dazu, daß im Einzelfall sehenden Auges unbillige Entscheidungen ergehen müssen, die den Täter zu hart bestrafen würden. Dem Richter bliebe dann gegebenenfalls der Ausweg über eine Analogiebildung, um eine angemessene Strafe begründen zu können. Eine solche Überlegung aber direkt in die Gesetzgebungserwägungen miteinzubeziehen kann keine zufriedenstellende Lösung zur Schaffung einer Strafmilderungsmethode darstellen. Die fragmentarische Struktur des Strafgesetzbuches, welche aus Täterschutzgesichtspunkten im Bereich der Qualifikationen unbedingt erforderlich ist, würde daher zu erheblichen Unbilligkeiten im Privilegierungsbereich führen. Aus diesem Grunde können im Bereich der Strafmilderungen die Privilegierungen nur in besonders gelagerten Fällen, wie beispielsweise im Rahmen von §§ 212, 216, eine taugliche Regelungstechnik zur Aufhebung unangemessen hoher Strafraumen bieten.

Ein zu verallgemeinerndes Konzept für sämtliche Verbrechenstatbestände können sie aber eben aufgrund ihrer abschließenden und fragmentarischen Struktur nicht darstellen.

2. „Offene“ Strafmilderungen

Eine weitere Möglichkeit, ein „Notventil“ zu schaffen, wäre die Hinzufügung eines offen gehaltenen „negativen“ Merkmals⁵¹⁷. Offen

⁵¹⁷ So nannte es bereits *Montenbruck* (Strafraumen und Strafzumessung, S. 93); zu einer präziseren Erörterung des Problems gelangte er hingegen nicht, sondern machte in seiner Bemerkung am Rande deutlich, daß er eine Lösungsmöglichkeit erahnte, ohne sie aber näher spezifizieren zu können.

gehalten deshalb, als die Klausel sämtliche der Fälle erfassen müßte, die nach dem Gesamtbild aller Umstände eine andere Beurteilung erfordern würden. Dabei würde nicht wie bei den Privilegierungen der Versuch gemacht, alle denkbaren Umstände explizit zu normieren, sondern sich in Umkehr von der Figur der besonders schweren Fälle auf die Schaffung einer Generalklausel beschränkt. Die Ausgestaltungen eines solchen Merkmals könnten sehr verschieden aussehen, ohne sich aber im Ergebnis wesentlich voneinander zu unterscheiden. *Calliess*⁵¹⁸ äußerte im Rahmen seiner Erörterung der Wirkung der besonders schweren Fälle, daß diese im Sinne von „Nur, aber nicht immer“ zu verstehen seien. In diesem Sinne könnte auch eine Strafmilderungsklausel ausgestaltet werden. *Maiwald*⁵¹⁹ schlägt hingegen eine Wiedereinführung mildernder Umstände vor. Eine noch andere Ausgestaltung könnte in der verstärkten Ausweitung der minder schweren Fälle liegen.

Die „nur aber nicht immer Klausel“ ist in dieser Fassung eine völlig neue Idee, die aber erhebliches dogmatisches Grundklärungsbedürfnis nach sich ziehen würde. So weiß auch *Calliess* noch nicht, wie diese Klausel zu handhaben wäre. Es kam ihm vielmehr darauf an, einen Umgang mit der derzeitigen Gesetzesfassung innerhalb zulässiger Grenzen zu ermöglichen, so daß zunächst auf andere Möglichkeiten Zugriff genommen werden sollte. Die Wiedereinführung der Figur der mildernden Umstände stellt keine probate Methode dar, denn sie ist abgeschafft worden, weil sie keinen sachlichen Unterschied zu den minder schweren Fällen aufwies⁵²⁰. Ein probater Ansatz ist in ihr folglich nicht zu sehen.

In großem Umfang sind aber im geltenden StGB bereits die sogenannten minder schweren Fälle beheimatet⁵²¹. Da sich erheblicher Widerspruch gegen diese Rechtsfigur noch nicht geregt

⁵¹⁸ JZ 1975, S. 112, 117; *Calliess*, NJW 1998, S. 929, 935; so auch *Schröder*, *Mezger-Festschrift*, S. 421, 427.

⁵¹⁹ NStZ 1984, S. 433, 438.

⁵²⁰ *Sch/Sch/Schröder*, 17. Aufl. 1974, Vorb. § 13 Rdn 44.

⁵²¹ Z.B. § 213 oder § 239 Abs. 5.

hat, könnte eine Lösung der Ausgestaltung des Notventils hierin zu sehen sein.

Jedoch müssen sich diese „offenen“ Strafmilderungen erneut der Kritik stellen, die auch schon im Zusammenhang mit den besonders schweren Fällen geäußert wurde. Denn die Generalklauseln sind erneut unbestimmt, analogieermächtigend sowie rückwirkungsfähig. In diesem Zusammenhang sei auf die Entscheidung des BGH aus 1996 hingewiesen, die im Rahmen des § 24 StGB erging⁵²². Dort führte er aus, daß eine Einengung der Rücktrittsvorschrift über ihren Wortlaut hinaus im Ergebnis nichts anders darstelle, als unzulässige Analogie⁵²³. Wenn dem Täter eine Strafmilderung, oder gar eine Strafbefreiung aufgrund einer Versagung derselben nicht zugute komme, so stelle sich dies für ihn wie eine Strafschärfung oder Strafbegründung dar. Auch *Hirsch*⁵²⁴ wies bereits vor Jahren darauf hin, daß eine Einschränkung von Rechtfertigungsgründen über ihren Wortlaut hinaus eine unzulässige Analogie darstelle. Die dortige Argumentation muß auch im Bereich der minder schweren Fälle Anwendung finden können.

Die minder schweren Fälle, seien sie mit oder ohne Regelbeispiele versehen, erlauben dem Richter im konkreten Falle mit Hilfe zusätzlichen Begründungsaufwandes von der höheren Strafe des Grunddelikts oder der Qualifikation nach seinem Ermessen abzusehen. Diese Konstellation unterscheidet sich daher nicht wesentlich von den besonders schweren Fällen, bei denen der Richter mit erhöhtem Begründungsaufwand eine verschärfte Strafe annehmen konnte. Wenn ein Täter aufgrund einer analogen Anwendung unbenannter Strafmilderungsgründe nicht bestraft wird, so bedeutet dies zwar eine Analogie zugunsten des Täters, die somit zulässig wäre. Die gleichzeitige Versagung eben dieser analogen Strafmilderung bedeutet aber für einen anderen Täter eine Strafschärfung.

⁵²² BGH 42, S. 158, 160; dazu *Jäger*, NStZ 1998, S. 161 ff; *Tröndle/Fischer*, § 22 Rdn. 37.

⁵²³ So auch *Grünwald*, ZStW 76 (1964), S. 1, 3 f.

⁵²⁴ *Hirsch*, Strafrechtliche Probleme, S. 405 ff.

In diese Richtung argumentiert auch *Maiwald*⁵²⁵, der unter Ablehnung des Alternativentwurfes⁵²⁶ meint, daß die rechtspolitische Situation keine andere sei für die Fälle, daß keine Strafschärfungen sondern Strafmilderungen betroffen seien. Erhalte der Täter eine milde Strafe, weil zu seinen Gunsten ein „minder schwerer Fall“ angenommen werde, so erscheine dazu die Strafe jenes anderen Täters als die strengere, dem der Richter dies nicht zubilligt. Daher sei es nur eine Frage des Standpunktes, ob man die „minder schweren Fälle“ als zugunsten oder zuungunsten des Täters wirkend betrachtet. Der Richter stehe in jedem konkreten Falle vor der Frage, ob der Angeklagte milder oder strenger zu behandeln sei⁵²⁷. Wer daher festlegen könne, wann eine Strafmilderung nicht zur Anwendung kommt, könne damit indirekt die Strafschärfung bewirken⁵²⁸. Es mache keinen Unterschied, ob die Strafschärfung durch die Annahme eines besonders schweren Falles eintritt, oder aber durch die Versagung eines minder schweren Falles. Rechtspolitisch wäre die Situation daher bei den minder schweren Fällen dieselbe wie bei den besonders schweren Fällen⁵²⁹. Dieser Argumentation steht aber der Sinn und Zweck des Analogieverbotes entgegen. Danach soll der Täter gegen willkürliche Eingriffe der staatlichen Strafgewalt geschützt werden. Bei etwaigen Strafmilderungen geht es jedoch nicht um staatliche Eingriffe ohne

⁵²⁵ Gallas-Festschrift, S. 137, 150 f.

⁵²⁶ Begründung zu § 60.

⁵²⁷ *Maiwald*, a.a.O..

⁵²⁸ *Kausch*, Der Staatsanwalt, S. 163; anders hingegen *Krahl* (a.a.O. S. 162), der ohne nähere Begründung eine täterbegünstigende Analogie im Rahmen der Regelbeispielstechnik annehmen will.

⁵²⁹ Hierbei sei darauf hingewiesen, daß *Calliess* (NJW 1998, S. 929, 935) insoweit einem Denkfehler unterliegt. Wenn er meint, daß die besonders schweren Fälle mit einer „Nur-aber-nicht-immer“-Klausel versehen werden sollten, so birgt dieser Ansatz die gleichen Probleme. Denn der Richter müßte auch in dieser Konstellation immer überlegen, ob er die „Nur-aber-nicht-immer“-Klausel annehmen möchte. Dies ermöglicht aber erneut eine Analogiebildung, die auf der einen Seite mildernd wirken kann, bei Versagung aber strafschärfende Wirkung entfaltet.

gesetzliche Normierung, sondern um die Ablehnung vor an sich legitimer Sanktion mittels ungeschriebenen Rechts. Wie obige Ausführungen ergeben haben, sind besonders schwere Fälle zwar systematisch als Strafzumessungsvorschriften einzuordnen, inhaltlich stellen sie aber nichts anders dar, als Tatbestände ohne vertypertes Unrecht. Gegen diese mangelnde Vertypung mit der Folge nicht unerheblicher Strafschärfungen sowie die damit einhergehenden systematischen Friktionen richtet sich die Kritik. Hiervon nicht in gleichem Umfange betroffen sind aber die strafmildernden Strafzumessungsvorschriften. Sie bedürfen keinerlei Vertypung, da diese nur zur Rechtfertigung staatlicher Eingriffe notwendig ist. Bei einer Strafmilderung im Rahmen der minder schweren Fälle soll aber kein neuer, höherer Strafrahmen eröffnet werden, sondern unterhalb der Schwelle des an sich eröffneten Strafrahmens sanktioniert werden.

Darüber hinaus ist die Vielzahl an strafmildernden Erwägungen so hoch, daß eine Vertypung der einzelnen Umstände gar nicht möglich wäre. Dies ist im Rahmen der Strafmilderungen auf Zumessungsseite aber auch nicht nötig. Auch das Bundesverfassungsgericht⁵³⁰ hat mehrfach ausgeführt, daß Täter im Hinblick auf Strafzumessungsgesichtspunkte keinerlei Vertrauensschutz genießen, so daß im Rahmen strafmildernder Strafzumessungsgesichtspunkte eine Grundrechtsbindung nicht im gleichen Umfange gegeben ist, wie auf strafschärfender Tatbestandsbildungsseite.

Ließe man eine strafmildernde Analogie und Unbestimmtheit strafrechtlicher Regelungen nicht zu, so wäre das Ergebnis eine Strafschärfung in den Fällen, in denen eine Strafmilderung angebracht gewesen wäre. Eine Versagung analoger Strafmilderung, um Benachteiligungen anderer zu vermeiden, führt daher zu einer formalen Gleichbehandlung, tatsächlich aber zu einer Benachteiligung der milder zu bestrafenden Täter. Dies wäre rechtsstaatlich sicherlich nicht zu beanstanden, würde im Ergebnis

⁵³⁰ BVerfGE 11, S. 238.

aber dazu führen, daß der Zustand wiederhergestellt würde, wie er vor Einführung der besonders schweren Fälle als „unerträglich“ bezeichnet wurde.

Dieser Argumentation folgt auch *Schröder*, der das Problem der unzulässigen Analogiebildung nur im Bereich der Strafschärfungen ansiedeln möchte⁵³¹. Daher könnten Milderungen, die nur zugunsten des Täters wirken, außer Betracht bleiben.

Auch der Einwand, daß sich mit der Schaffung analogieermächtigender Vorschriften wie den minder schweren Fällen der Bezugspunkt der Gerichte vom Normalfall auf den minder schweren Fall verschiebt und sich die Analogiefrage nun mit umgekehrten Vorzeichen stellt, ist im Ergebnis nicht durchgreifend. Dies würde die Grundstruktur der Regelungen nicht hinreichend berücksichtigen.

Durch die Ausgestaltung der Grundtatbestände sowie der Straferschwerungsgründe in Qualifikationen regelt der Gesetzgeber verbindlich, welche Umstände er grundsätzlich in dem beschriebenen Maße für strafwürdig erachtet. Der Richter ist somit grundsätzlich an den eröffneten Grund- oder Qualifikationsstrafrahmen gebunden. Bedenkt man zudem, daß die Rechtsprechung bereits im Rahmen der besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen diesen faktisch eine tatbestandliche Funktion zugeordnet hat, so wird sie mit der Bindungswirkung der Qualifikationen auf sicheren Boden zurückkehren. Die minder schweren Fälle werden danach Ausnahmefälle darstellen, die nur in außergewöhnlichen Fällen zur Anwendung kommen werden. Diese Fälle werden dann bereits so augenfällig sein, daß eine andere als eine mildere Entscheidung für das Rechtsgefühl unerträglich sein wird. Das Gericht wird bei einer Sanktion deshalb immer vom Grund- oder Qualifikationstatbestand ausgehen und es sich somit an diesen Strafrahmen als Ausgangspunkt der Betrachtung orientieren. Nur ausnahmsweise wird es dann dem Täter einen gewissen „Rabatt“ innerhalb der Bestrafung als außergewöhnlichem Fall gewähren. Den

⁵³¹ Mezger-Festschrift, S. 415, 420.

minder schweren Fall daher als Ausgangspunkt strafrechtlicher Beurteilung zu betrachten, würde der Handhabung durch die Gerichte nicht gerecht werden.

Zusammenfassend ist zu konstatieren, daß die Einwände hinsichtlich der besonders schweren Fälle im Bereich der minder schweren Fälle nicht in gleichem Umfange eingreifen können. Eine Strafmilderung muß geringeren Anforderungen unterliegen als eine Strafschärfung, zumal bei ihnen die denkbaren Milderungsumstände von größerer Vielfalt sind, als im Bereich der Strafschärfungsgründe. Würde man für die Milderungen jedoch die gleichen Anforderungen stellen, wie bei den Qualifikationen, sie also als Privilegierungen ausgestalten, so hätte dies notwendigerweise eine fragmentarische Struktur zur Folge. Eine solche mag im Bereich der Qualifikationen aus Täterschutz Gesichtspunkten notwendig sein, eine allgemeine Geltung hätte aber zur Konsequenz, daß die Gerichte sehenden Auges ungerechte Strafen verhängen müßten. Folglich sind der Idee der minder schweren Fälle nicht die gleichen Bedenken entgegenzustellen, wie den besonders schweren Fällen.

V. Ergebnis der Untersuchung

Die Rechtsfigur der besonders schweren Fälle mit oder ohne Regelbeispiele ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Sie verstößt nicht nur gegen das Analogieverbot, sondern auch gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, das Rückwirkungsverbot sowie gegen das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip. Erhebliche Bedenken müssen sich auch hinsichtlich des Doppelverwertungsverbot ergeben, wenn man die tatsächliche Einordnung der Rechtsprechung sowie des Gesetzgebers in die Überlegungen mit einbezieht. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die besonders schweren Fälle mit oder ohne Regelbeispiele versehen sind, da diese das Problem der Möglichkeit einer Annahme auch anderer besonders schwerer Fälle

nicht abwenden, sondern die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit nur „tendenziell“ verbessern.

Das Problem der besonders schweren Fälle ist aber nicht allein in der Verfassungswidrigkeit, sondern in der Rechtsfigur als solcher zu sehen. Entgegen § 12 III sowie unzähliger Bekenntnisse der Rechtsprechung, daß es sich um Strafzumessungsregeln handelt, sind die besonders schweren Fälle der Sache nach Tatbestände, ohne aber vertypertes Unrecht zu beinhalten. Die damit einhergehenden Friktionen führen dazu, daß das Analogieverbot im Rahmen der Qualifikationen eingeschränkt werden muß da die besonders schweren Fälle der Sache nach Qualifikationen darstellen ohne daß für sie das Analogieverbot gelten soll. Sie sind Qualifikationen mit der Etikettierung einer Strafzumessungsregel. Die Idee der Rechtsfigur der besonders schweren Fälle stellt folglich eine insgesamt untragbare Strafschärfungsmethode dar.

Eine Lösung des Problems, daß der Grundstrafrahmen nicht für alle Verhaltensweisen eine hinreichende Sanktionierung ermöglicht, ist vielmehr in gesetzlich vertyperten, enumerativ genannten Begehungsweisen im Rahmen von Qualifikationen zu finden, da diesen keine entsprechenden Unzulänglichkeiten innewohnen, sondern sie eine insgesamt zulässige und praktisch handhabbare Figur ohne das Erfordernis subdogmatischer Hilfskonstruktionen darstellen. Das sich weiter ergebende Problem einer zwingenden Wirkung, welche in besonders gelagerten Fällen zu einer grob unbilligen Bestrafung führen muß, kann nicht durch die Schaffung von Privilegierungen erfolgen. Da vielfältige Milderungsaspekte denkbar sind, wäre eine umfassende Normierung aller Gesichtspunkte nicht möglich. Dies hätte eine fragmentarische Struktur zur Folge, welche in der Konsequenz die Gerichte verpflichten würde, sehenden Auges unbillige Entscheidungen zu treffen. Eine Lösung ist daher nur durch die Schaffung von offenen Generalklauseln in Form von minder schweren Fällen denkbar. Diese unterliegen nicht den gleichen Bedenken wie die besonders schweren Fälle, da es sich bei ihnen um täterbegünstigende Vorschriften handelt. Daher ist die Interessenlage eine verschiedene, welche eine

Analogiebildung zuläßt ohne aber den grundsätzlichen Bewertungsmaßstab zu ändern.

Daß der bisherige Weg des Gesetzgebers hinsichtlich der besonders schweren Fälle nicht der geeignete war, haben obige Ausführungen in mehrerlei Hinsicht gezeigt. Auch selber hat der Gesetzgeber innerhalb des Gesetzgebungsprozesses zum 6. StrRG offenbart, daß er die Unzulänglichkeiten der Regelungstechnik spürt. Der nächste Schritt muß die Erkenntnis sein, mit der Folge der Ersetzung der alten Methode durch Qualifikationen. In einem letzten Schritt müssen dann minder schwere Fälle in vermehrtem Umfange in das StGB aufgenommen werden.

Wenn der Gesetzgeber das vorgeschlagene Konzept umsetzen wird, bestünde nun endlich die reelle Chance, die langjährige Diskussion und Unsicherheit zu beenden. Es bleibt zu hoffen, daß er sich mit den vorgebrachten Einwänden ernsthaft auseinandersetzen wird, um dann die notwendigen Konsequenzen zu treffen. Der bisher gewählte Weg der Strafschärfungen ist, wie bereits *Hirsch*⁵³² äußerte, als verfehlt zu betrachten, und nicht zu retten. Er ist daher alsbald durch das vorgeschlagene Lösungskonzept zu ersetzen.

⁵³² ZStW 84, S. 380, 387.

Lebenslauf

Am 2. Oktober 1974 wurde ich als Sohn von Wolfhard Horn und Wemy Horn-Jäger in Aachen geboren.

Dort besuchte ich von 1981 die Grundschule und von 1985 die Viktoriaschule Aachen wo ich 1994 das Abitur ablegte. Während des Schuljahres 1991-1992 besuchte ich die Brownsville Area High School und machte den High School-Abschluss. Nach meinem Zivildienst begann ich im Wintersemester 1995/96 das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln. Am 20.03.2000 legte ich mein erstes juristisches Examen beim Justizprüfungsamt in Köln ab. Mit dem 01.09.2000 wurde ich Rechtsreferendar in Aachen.

Vom Sommersemester 1996 bis 1998 war ich studentische Hilfskraft im Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln. Seit dem 01.10.1998 bin ich bei Alpmann & Schmidt in Münster tätig.

Meine Frau, Anke Horn, geb. Cierniak, und ich heirateten am 28.06.1999.