



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Das nationale Milderungsgebot gem. § 2 Abs. 3 Strafgesetzbuch unter dem Einfluss des europäischen Milderungsgebots des Art. 49 Abs. 1 S. 3 Grundrechtecharta der Europäischen Union“**

Dissertation vorgelegt von Deborah Stäbler-Kleindieck

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker

Zweitgutachter: Prof. Dr. Ralph Ingelfinger

Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und  
Strafprozessrecht

Die dieser Arbeit zugrunde liegende Problemstellung ist denkbar einfach: Kommt es zwischen Tatbegehung und Urteilszeitpunkt zur Einführung eines milderen Gesetzes, so ist der Straftäter im Entscheidungszeitpunkt auf Grundlage der milderen Strafvorschrift zu verurteilen. Dies wird im nationalen Recht durch § 2 Abs. 3 StGB geregelt. Auf Unionsebene wurde der *lex mitior*-Grundsatz im Jahr 2009 in Art. 49 Abs. 1 S. 3 der Europäischen Grundrechtecharta positiv-rechtlich verankert. Die Beurteilung der jeweiligen Milderungsgebote zueinander wird nicht zuletzt durch die seit jeher in Literatur und Rechtsprechung umstrittene Verankerung sowie die Ausprägung des nationalen Milderungs- und Meistbegünstigungsgebots verkompliziert. Auch im Hinblick auf den Umfang und die Ausgestaltung des unionalen Milderungsgebots sind noch viele Fragen offen, die im Rahmen dieser Arbeit vertieft werden und mögliche Lösungsansätze dieser aufgezeigt werden. Der Gewährleistungsinhalt und die Voraussetzungen für das Eingreifen des nationalen sowie unionalen Strafmilderungsgrundsatzes sind Gegenstand dieser Arbeit.

## **Einführung**

Die Relevanz des nationalen Strafrechtsgrundsatzes zeigt sich auch und nicht zuletzt, wenn die Rechtslage nicht durch wohlüberlegtes Legiferieren verändert wird, sondern die günstigere Rechtslage Ergebnis eines gesetzgeberischen Versehens ist. Ein solches gesetzgeberisches Versehen unterlief dem Gesetzgeber bei der Anpassung der nationalen Strafvorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes an die europäischen Vorgaben der Marktmissbrauchsverordnung und der zugehörigen zweiten Marktmissbrauchsrichtlinie durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz. Durch die fehlerhafte Anpassung der nationalen Blankettstrafgesetze an die Vorschriften der europäischen Verordnung waren zahlreiche nach der unionsrechtlichen Verordnung als sanktionswürdig und -bedürftig qualifizierte Verhaltensweisen für einen Tag nicht mit Strafe bedroht. Das Entstehen einer auch nur kurzen Strafbarkeitslücke zwischen dem Tatzeitpunkt und dem Urteilszeitpunkt hat nach dem nationalen Meistbegünstigungsgebot des § 2 Abs. 3 StGB zur Folge, dass alle noch nicht abgeurteilten Taten auch nach Einführung einer erneuten Strafbarkeit dieses Verhaltens bis zum Urteilszeitpunkt nicht mehr strafbar sind. Bereits im Rahmen der Einführung wird auf die unterschiedlichen Reaktionen auf diese Anpassungsproblematik in Literatur und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie des Bundesverfassungsgerichts eingegangen.

## **1. Kapitel**

Im ersten Kapitel „Rechtsgrundlage und Anwendungsbereich des unionalen Milderungsgebots im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung“ widmet sich die Arbeit der in Einzelheiten hoch umstrittenen Frage, ab wann die Mitgliedsstaaten an die Vorgaben der Grundrechtecharta gebunden sind und wann von der „Durchführung des Rechts der Union“ gesprochen werden kann. Hierbei wird auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (u.a. „*Taricco I* und *II*“) sowie die wichtigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (u.a. „*Recht auf Vergessen I* und *II*“) zur Anwendung der Chartarechte im Mehrebenensystem vertieft thematisiert und gewürdigt. Bei der Umsetzung von EU-Richtlinien und der Durchführung von EU-Verordnungen – auch bei vorhandenen Umsetzungs- und Gestaltungsspielräumen – liegt grundsätzlich eine „Durchführung von Unionsrecht“ im Sinne des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh und ab dem Zeitpunkt der Umsetzungspflicht damit eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Chartagrundrechte vor.

Hieran anschließend werden die rechtlichen Wurzeln des unionsrechtlichen Milderungsgebots in Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR aufgezeigt sowie der Anwendungsbereich und Umfang dessen dargestellt. Auch das Verhältnis zu den Menschenrechten in Art. 7 EMRK sowie der

Rechtsprechung des EGMR in der Entscheidung „Scoppola/Italien“ wird aufgezeigt. So folgt der lex-mitior-Grundsatz aus Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh und Art. 7 EMRK aus dem Gedanken rechtsstaatlichen Strafens. Durch die Anwendung des milderen Gesetzes bis zum Urteilszeitpunkt soll der Straftäter vor einer unverhältnismäßigen und willkürlichen Strafe und Strafbarkeit geschützt werden. Die Einführung einer milderen Strafe entzieht dem Richter im Urteilszeitpunkt die Legitimation zur Anwendung des schärferen Tatzeitrechts.

Sodann werden die Voraussetzungen für das Eingreifen des unionsrechtlichen Grundsatzes skizziert. Keine Voraussetzung für die Anwendung des lex-mitior-Grundsatzes ist, dass die Gesetzesänderung auf einem Wandel der Rechtsauffassung des unionalen oder nationalen Gesetzgebers beruht. Eine legislatorische Willensäußerung ist für den Eintritt der Begünstigungswirkung ausreichend. Sein Gewährleistungszeitraum beginnt mit der Tatbegehung und endet mit der Rechtskraft der Verurteilung des Täters. Die Begünstigungswirkung des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh umfasst sowohl die Änderung der Strafbarkeitsvoraussetzungen als auch der Rechtsfolgen. Als „milderes Gesetz“ im Sinne des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh kommen mildere nationale Strafvorschriften, EU-Verordnungen sowie strafbarkeitsbegünstigende Richtlinien in Betracht. Grundsätzlich besteht erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist eine Pflicht zur Anwendung der milderen Vorschrift. Im Einzelfall kann jedoch bei Vorliegen einer nationalen Vorschrift im sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie eine Berücksichtigungspflicht der Richtlinienvorgaben bestehen. Dem Wortlaut der Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh und Art. 7 EMRK lässt sich keine Gewährleistung der Meistbegünstigung entnehmen. Die Berücksichtigung milderer Zwischengesetze lässt sich jedoch aus dem rechtlichen Grundgedanken des Art. 49 GRCh im Willkürverbot ableiten. In Einklang mit Art. 52 GRCh wird die Anwendung des milderen Zwischengesetzes jedenfalls dann eingeschränkt werden können, sofern die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Täters auf das Eingreifen der milderen Zwischenrechtslage nicht gegeben ist.

Abschließend widmet sich die Arbeit im ersten Kapitel noch der Frage nach der Einschränkung des unionsrechtlichen Milderungsgrundsatzes durch eine Sonderregelung für Zeitgesetze. Eine Sonderregelung für Zeitgesetze ist dem Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh nicht zu entnehmen. Eine solche ist aber in engen Grenzen mit dem rechtlichen Grundgedanken der Vorschrift sowie deren Einschränkung gem. Art. 52 GRCh i.V.m. Art. 7 EMRK vereinbar. Kann dem Tatzeitgesetz unmittelbar eine befristete Geltung entnommen werden oder kann durch die Beschreibung eines bestimmten Ereignisses klar auf den Geltungszeitraum geschlossen werden, greift dessen fortwährende Anwendung nicht in den Schutzbereich des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh sowie Art. 7 EMRK ein.

## **2. Kapitel**

Im zweiten Kapitel „Rechtsgrundlage des deutschen Milderungs- und Meistbegünstigungsgrundsatzes“ erfolgt eine eingehende Prüfung der rechtlichen Verankerung des nationalen Strafrechtsgrundsatzes. Entgegen der herrschenden Meinung handelt es sich beim nationalen Milderungsgebot um einen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz. Das Rechtsphänomen des ungeschriebenen Verfassungsrechts wird unter Darstellung der unterschiedlichen methodischen Ansätze im Schrifttum eingehend untersucht und dessen Existenz im Ergebnis bejaht. Ein Grundsatz des Verfassungsrechts setzt nicht notwendigerweise eine textliche Verankerung in der Verfassungsurkunde voraus. Für die Anerkennung als ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz bedarf es aber einer inhaltlichen Rückanbindung an das geschriebene Verfassungsrecht. Die Existenz ungeschriebenen

Verfassungsrechts ist die Folge einer unabdingbaren fortwährenden Verfassungsinterpretation. Im Anschluss folgen rechtsphilosophische sowie straftheoretische Überlegungen. Danach besteht kein straftheoretisches Bedürfnis, den Täter nach Vorliegen einer Gesetzesänderung zwischen Tat- und Entscheidungszeitpunkt nach dem schärferen Tatzeitrecht zu bestrafen. Die Anwendung des Tatzeitgesetzes stünde vielmehr im Widerspruch zu den heute vorherrschenden straftheoretischen Ansätzen der Prävention und würde sich im Ergebnis als Akt reiner Vergeltung darstellen.

Es folgen Ausführungen zur rechtlichen Verankerung des nationalen Milderungsgebots. Dieses hat seine rechtlichen Wurzeln im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und im Gebot der Gleichheit sowie im Gesetzlichkeitsprinzip: Die Bestrafung des Täters auf Grundlage des Tatzeitrechts würde eine unverhältnismäßige und willkürliche Strafe darstellen. Das Milderungsgebot gewährleistet ein rechtsstaatliches Strafen und dient der materiellen Gerechtigkeit. Das Milderungsgebot trägt dem Gesetzlichkeitsprinzip Rechnung, indem es das Erfordernis einer zum Zeitpunkt der Verurteilung geltenden Ermächtigungsgrundlage durch die Regelung des zeitlichen Anwendungsbereichs der milderen Vorschrift komplettiert. Hieran schließt sich die Überlegung an, ob Bedenken gegen eine grundsätzliche Anwendung des Milderungsgebots aufgrund des Schuldgrundsatzes bestehen mit dem Ergebnis, dass denkbare Unterschreitung einer schuldangemessenen Strafe durch Anwendung des Milderungsgebots nicht der Maxime, dass die Schuld des Täters Grundlage der Strafzumessung ist, widerspricht. Im Anschluss hieran wird das nationale Milderungsgebot im Lichte des Gesetzlichkeitsprinzips untersucht. Die Garantien des Art. 103 Abs. 2 GG sind dogmatisch als Schranken-Schranken einzuordnen. Sie sind als äußerste Grenzen für staatliche Grundrechtseingriffe durch Strafen zu verstehen und lassen keine Durchbrechung zu. Jeder Eingriff in die Gewährleistungen des Art. 103 Abs. 2 GG stellt daher zugleich eine Verletzung dar.

Sodann wird das Milderungsgebot ins Verhältnis zum Rückwirkungsverbot gesetzt unter Einbeziehung der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache „Scoppola/Italien“ aus dem Jahr 2009. Nach der heutigen Interpretation des Art. 7 EMRK durch den EGMR umfasst dessen Gewährleistungsinhalt auch den Grundsatz des milderen Gesetzes. Der dogmatischen Herleitung des konventionsrechtlichen Milderungsgebots des Art. 7 EMRK aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und Rechtsklarheit kann im Grundsatz zugestimmt werden. Das nationale Milderungsgebot des § 2 Abs. 3 StGB findet seine verfassungsrechtliche Verankerung jedoch nicht nur im Gesetzlichkeitsprinzip sowie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern ist darüber hinaus auch Ausfluss eines willkürfreien Strafens. Die Auslegung des EGMR ist daher für das nationale Recht um den Grundsatz des willkürfreien Strafens zu erweitern.

Komplettiert werden die Ausführungen zum Gesetzlichkeitsprinzip mit einer vertieften Auseinandersetzung mit der Frage der Rechtsgeltung. Die Geltung von Gesetzen bestimmt sich ausschließlich nach den Vorschriften des Staatsrechts. Die zeitliche Anwendung von Strafvorschriften wird dagegen von § 2 StGB bestimmt. Die Regelung des § 2 Abs. 1 StGB ordnet den sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich des Tatzeitgesetzes bis zum Entscheidungszeitpunkt als verbindlich an. Hingegen ist die Regelung des § 2 Abs. 3 StGB im Fall einer Gesetzesänderung zwischen Tat- und Entscheidungszeitpunkt die maßgebliche Vorschrift. Sie zieht zur Entscheidung über den zeitlichen Anwendungsbereich einer Strafvorschrift ein sachliches Kriterium heran, welches im sachlich mildesten Anwendungsbereich liegt. Dieser wird von § 2 Abs. 3 StGB für den Entscheidungszeitpunkt als maßgeblich angeordnet mit der Folge, dass auch der zeitliche Anwendungsbereich der betreffenden Vorschrift den Entscheidungszeitpunkt umfasst.

Abschließend widmet sich die Arbeit diesem Kapitel den rechtlichen Wurzeln des Grundsatzes von der Anwendung des mildesten Gesetzes. Der Meistbegünstigungsgrundsatz entspringt dem Gedanken des Vertrauensgrundsatzes und der Täuschungsfreiheit. Die Meistbegünstigungswirkung wird von § 2 Abs. 3 StGB verbindlich angeordnet. Die Außerachtlassung des Meistbegünstigungsgrundsatzes ohne gesetzliche Ermächtigung durch den Richter ist als Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG zu werten. Darüber hinaus kann ein rückwirkender Ausschluss der Meistbegünstigungswirkung aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung im Einzelfall einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 20 Abs. 3 GG sowie gegen das Gleichheitsgebot aus Art. 3 GG darstellen. Die damit vom Einzelfall abhängige Disponibilität der Meistbegünstigungswirkung steht einer Qualifizierung des Meistbegünstigungsgrundsatzes als ungeschriebener Verfassungsrechtsgrundsatz entgegen.

### 3. Kapitel

Das dritte Kapitel der Arbeit widmet sich den Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 StGB im Lichte des europäischen lex-mitior-Grundsatzes. Die Anwendung des Milderungs- und Meistbegünstigungsverbots setzt eine Gesetzesänderung nach Tatbegehung voraus. Der Begriff des Gesetzes in § 2 StGB ist weit zu verstehen und orientiert sich am Begriff des Gesetzes in Art. 103 Abs. 2 GG. Maßgeblicher Zeitraum für die Berücksichtigungspflicht einer mildereren Gesetzeslage ist vom Zeitpunkt der Beendigung der Tat bis zur Rechtskraft der letztinstanzlichen Entscheidung.

Im Rahmen der Arbeit wird zwischen der Aufhebung eines Deliktatbestandes, der Milderung von Deliktsfolgen sowie der Schaffung neuer Strafausschließungsgründe differenziert. Das vielschichte Meinungsspektrum in Literatur und Rechtsprechung wird anhand von erfolgten Gesetzesänderungen aufgezeigt und jeweils Stellung genommen. Im Ergebnis wird festgestellt, dass eine Gesetzesänderung im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB nicht nur einen abstrakten Vergleich zwischen der alten und der neuen Rechtslage erfordert. Eine Gesetzesänderung kann nur angenommen werden, sofern nach Einführung des neuen Gesetzes eine objektive und subjektive Identität zwischen der alten und der neuen Rechtslagen bejaht werden kann. Das Erfordernis einer objektiven und subjektiven Identität folgt aus dem Schuldgrundsatz. Darüber hinaus findet die Begünstigungswirkung des § 2 Abs. 3 StGB auf jede Änderung einer blankettausfüllenden Norm Anwendung. Das Milderungs- und Meistbegünstigungsgebot findet nach zutreffender Ansicht im Schrifttum auf normative Tatbestandsmerkmale dann Anwendung, sofern sich die Gesetzesänderung auf die Strafbedürftigkeit des verhaltenskonkretisierenden Tatbestandsmerkmals auswirkt. Auch ist es für die Begünstigungswirkung des § 2 Abs. 3 StGB nicht entscheidend, ob es sich um eine unmittelbare oder mittelbare Gesetzesänderung handelt. Maßgeblich und zugleich ausreichend ist, dass die Gesetzesänderung auf einem gesetzgeberischen Willensakt beruht. Das Milderungs- und Meistbegünstigungsgebot findet daher auch auf nur mittelbar wirkende gesetzliche Strafmilderungen Anwendung.

Im Anschluss widmet sich die Arbeit der Prüfung des „mildesten Gesetzes“. Die für den Täter mildeste Strafe im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB ist durch eine getrennte Rechtsfolgenprüfung zu ermitteln. So sind jeweils für den Schuldspruch, die Strafdrohung und die Strafzumessung, die Vorschriften des Allgemeinen Teils sowie für die Nebenfolgen getrennt zu prüfen, welche die mildeste Rechtslage ist. Nur die getrennte Rechtsfolgenprüfung wird dem Rückwirkungsverbot gerecht und verhindert eine Schlechterstellung des Täters durch die Wahl des Urteilszeitpunktes. Die getrennte Rechtsfolgenprüfung ermöglicht auch die sachgerechte

Ermittlung der milderer Strafe im Sinne des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh. Durch die Instrumente der unionalen Gesetzgebung werden den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Art und Weise der Sanktionierung teilweise große Spielräume eingeräumt. Durch die getrennte Rechtsfolgenprüfung wird der Einfluss der Mitgliedstaaten auf den Eintritt der Begünstigungswirkung durch die unterschiedlichen Sanktionierungsmöglichkeiten auf das notwendige Maß reduziert.

Abschließend vertieft die Arbeit die verfassungsrechtliche Zulässigkeit sowie die hieraus resultierenden Anforderungen an eine nationale Sonderregelung für Zeitgesetze in § 2 Abs. 4 StGB. Die Sonderregelung für Zeitgesetze in § 2 Abs. 4 StGB umfasst nur sog. Zeitgesetze im engeren Sinne. Die weite Auslegung dieser Sonderregelung verstößt gegen das verfassungsrechtliche Milderungsgebot. Nur im Fall einer klaren Vorhersehbarkeit des Zeitgesetzcharakters für den Täter zum Tatzeitpunkt verstößt die ausnahmsweise Außerachtlassung des milderer Entscheidungszeitrechts nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Willkürverbot. Hieran anknüpfend setzt sich die Arbeit vertieft mit den im Schrifttum diskutierten Lösungsansätzen in Bezug auf eine etwaige Einschränkung des unionsrechtlichen lex-mitior-Grundsatzes in Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh sowie des konventionsrechtlichen lex-mitior-Grundsatzes aus Art. 7 EMRK auseinander, woran sich eine vertiefte Stellungnahme anschließt. Die Einschränkung des Art. 49 Abs. 1 GRCh bestimmt sich nach Art. 52 GRCh, die Einschränkung des konventionsrechtlichen lex-mitior-Grundsatzes ist in Art. 7 EMRK selbst geregelt. Die Qualifizierung des Art. 52 Abs. 3 GRCh als Transferklausel ist wegen des Charakters der EMRK als Rechtserkenntnisquelle für das Unionsrecht abzulehnen. Es kommt daher zu einer kumulativen Anwendung der Schrankenregelungen der beiden Grundsätze. Mangels Einschränkung der Gewährleistungen des Art. 7 EMRK setzt sich dessen höherer Gewährleistungsschutz gegenüber der Einschränkungsmöglichkeit des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh nach Art. 52 Abs. 1 GRCh durch. Eine Sonderregelung für Zeitgesetze kann im Durchführungsbereich von Unionsrecht daher nur Bestand haben, sofern diese Ausnahmeregelung nicht in den Schutzbereich des Art. 7 EMRK fällt. Nicht umfasst ist eine Regelung vom Schutzbereich des europäischen lex-mitior-Grundsatzes nur, sofern die Anwendung des Tatzeitgesetzes für den Täter verhältnismäßig, nicht willkürlich, bestimmbar sowie vorhersehbar ist. Dies vermag nur eine von Beginn an ausdrücklich befristete Vorschrift zu leisten.

#### **4. Kapitel**

Im vierten und letzten Kapitel werden die Ergebnisse der Arbeit in 23 Thesen zusammengefasst. Die Thesen sind thematisch in Thesen in Bezug auf das unionsrechtliche lex-mitior-Gebot, das nationalen Milderungs- und Meistbegünstigungsgrundsatzes sowie die kumulative Anwendbarkeit der Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh, Art. 7 EMRK und des nationalen Milderungsgebots unterteilt.