

## § 8 Dynamische Elemente der (Un-)Bestimmtheit von Strafnormen

Die Analyse des Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 103 Abs. 2 GG) in seinen Ausprägungen des Rückwirkungsverbots, des Bestimmtheitsgebots und des Parlamentsvorbehalts<sup>1</sup> in § 7 zeigte den bestehenden strafverfassungsrechtlichen Rahmen auf. Zugleich spiegelte sie jeweils eine statische Sicht auf Normen wider: Widerspricht eine Strafvorschrift diesen Garantien, so ist sie nämlich nach herkömmlicher Sicht grundsätzlich *ab initio* verfassungswidrig und nichtig.<sup>2</sup> Auf das Bestimmtheitsgebot zugeschnitten und überspitzt formuliert: Die Verfassungskonformität eines solchen Straftatbestands steht und fällt damit, ob er zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens hinreichend bestimmt war, nicht ob er aktuell<sup>3</sup> bestimmt genug ist.

Diese statische Sicht auf die Bestimmtheit von Strafnormen soll nachfolgend, zugespitzt auf Straftatbestände des Besonderen Teils, auf den Prüfstand gestellt werden: Kann eine ursprünglich zu unbestimmte Strafnorm zwischenzeitlich bestimmt genug geworden sein? Kann eine ursprünglich hinreichend bestimmte Strafvorschrift im weiteren Verlauf zu unbestimmt werden?

Eine klare Möglichkeit, diese Fragen zu bejahen, sei indes an dieser Stelle ausgeklammert. Denn derartige Veränderungen können sich offensichtlich dann ergeben, wenn sich der Maßstab der Prüfung »von außen«<sup>4</sup> verändert. Bezogen auf die bereits oben eingenommene verfassungsrechtsprechungsnahe Perspektive ist das dann gegeben, wenn sich die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG fortentwickelt und dabei die Maßstäbe entweder verschärft oder aber abgeschwächt werden.<sup>5</sup> Der Fokus wird nachfolgend

1 Gleich ob man diesen isoliert oder als Teil des Bestimmtheitsgebots interpretiert, § 7 III. 3.

2 Siehe bereits oben, auch zur zentralen Ausnahme (bloße Unvereinbarkeitserklärung), § 2 III. 2. a) aa) sowie, bezogen auf die Fehlerfolgen des Art. 103 Abs. 2 GG, G. Nolte/Aust, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 165; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 135; Wolff, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 134 Rn. 26; Schmitz, in: MK-StGB<sup>4</sup>, § 1 StGB Rn. 109 ff.

3 Gleich ob sich dieses »aktuell« auf den Entscheidungszeitpunkt (v.a. in Bezug auf abstrakte Normenkontrollen) oder aber auf den Tatzeitpunkt (v.a. im Hinblick auf die freiheitssichernde Funktion des Bestimmtheitsgebots) beziehen möge; siehe hierzu noch unten § 8 I. 2. sowie § 8 II. 2.

4 Zu einer in den Maßstäben angelegten Dynamik siehe noch unten § 8 I. 4.

5 Zu derartigen Entwicklungslinien in der Rechtsprechung des BVerfG siehe oben § 7.

stattdessen darauf gerichtet, ob sich der Prüfungsgegenstand und die Anwendung der Maßstäbe auf diesen im Verlauf der Zeit verändern.<sup>6</sup> Denn nur hieraus kann sich *innerhalb* des materiellen Strafrechts eine dynamische (Un-)Bestimmtheit von Strafvorschriften herausbilden.

### I. Nachträgliche Bestimmtheit

Von einer (nur) nachträglichen Bestimmtheit eines Straftatbestands lässt sich sprechen, wenn dieser zum Zeitpunkt seines Erlasses den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht genüge, er diesen aber zu einem späteren Zeitpunkt<sup>7</sup> entspricht.

#### 1. Abschichtungen

Zunächst sind jedoch mehrere Abschichtungen geboten:

##### a) *Generalisierende Perspektive des Art. 103 Abs. 2 GG*

Wie oben herausgearbeitet, darf die Bestimmtheit im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG nicht vollständig mit der konkreten, individuell-subjektiven Vorhersehbarkeit des Verbotenseins des betreffenden Verhaltens gleichgesetzt werden. Vielmehr ist in Bezug auf die freiheitssichernde Funktion des strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots ein generalisierender Maßstab anzulegen mit der Folge, dass selbst aus der Perspektive eines »Durchschnittsadressaten« undurchdringbare »Grauzonen« eines Straftatbestands nicht zwingend einen Verfassungsverstoß am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG darstellen. Allerdings ist in derartigen Fällen besonderes Augenmerk auf die Frage eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (§ 17 Satz 1 StGB) zu richten.<sup>8</sup> Das hat für die hiesige Fragestellung zur Folge, dass die Norm bereits ursprünglich hinreichend bestimmt gewesen sein kann, selbst wenn

---

6 Soweit diskutiert wird, ob sich das »Alter des Gesetzes« auf das Maß der erforderlichen Bestimmtheit auswirkt (vgl. *G. Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 110 m.w.N.), stritt dies vor allem für einen schärferen Maßstab (dann aber *ab initio*) bei neu erlassenen Normen. Es führte jedoch nicht zu einer Veränderung des Maßstabs, bezogen auf ein- und dieselbe Norm, im Laufe der Zeit. Zum Sonderproblem vorkonstitutioneller Gesetze siehe noch unten in Fn. 42.

7 Zur Frage, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist, siehe noch unten § 8 I. 2.

8 Ausführlich oben § 7 II. 3. c) cc).

einem Beschuldigten in einem konkreten Strafverfahren ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zuzugestehen ist. Derartige Entscheidungen legen daher nicht notwendigerweise eine Unbestimmtheit oder (nur) nachträgliche Bestimmtheit der Strafvorschrift nahe; sie können aber – etwa durch Begründung einer neuen Fallgruppe<sup>9</sup> – zu einer weiteren Präzisierung der Vorschrift beitragen.

b) *Nachträgliche Gesetzgebung*

Ebenfalls kein hier zu vertiefender Fall liegt vor, wenn einer zunächst verfassungswidrig unbestimmten Strafvorschrift durch Korrekturgesetzgebung eine hinreichend bestimmte Gestalt gegeben wird. Verurteilungen wegen eines Verstoßes gegen die ursprüngliche Strafvorschrift<sup>10</sup> beruhen auf einer verfassungswidrigen Strafvorschrift und sind verfassungswidrig ergangen; sie können daher im Wege der Wiederaufnahme (§ 79 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. §§ 359 ff. StPO) beseitigt werden. Daher kann Korrekturgesetzgebung nicht zu einer nachträglichen Bestimmtheit der Ursprungsnorm beitragen, sondern allenfalls zur Bestimmtheit der Neufassung der Norm.

Nahe hiermit verwandt sind Fälle, in denen die Auslegung einer Strafvorschrift durch Veränderung einer systematisch nahestehenden Vorschrift beeinflusst und hierdurch präzisiert wird. Bedeutsam können hier nur Veränderungen formeller Gesetze (und dort vor allem der Strafgesetze bzw. der Kodifikationen, in denen die Strafvorschrift enthalten ist)<sup>11</sup> sein, weil im Hinblick auf die Verantwortung des Parlamentsgesetzgebers nur das Zusammenspiel formeller Gesetze berücksichtigungsfähig ist. Dann ist – für Fallgestaltungen ab Inkrafttreten dieser Änderungen – alleine auf die neue Rechtslage abzustellen und basierend auf dieser die Frage einer hinreichenden Bestimmtheit zu beurteilen.

---

9 Vgl. *Cornelius*, GA 2015, 101 (120 f.), indes mit Ablehnung des Lösungswegs über § 17 StGB.

10 Da dies – bezogen auf die Verbotsnorm – der Tatzeitpunkt ist (siehe § 7 I. 2. b) cc)), kann eine Korrektur des Gesetzeswortlauts bis zum Entscheidungszeitpunkt den Verfassungsverstoß auch nicht heilen, ohne gegen das absolute strafverfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot zu verstoßen. Dies gilt selbst dann, wenn es an einem Vertrauenstatbestand des Beschuldigten fehlen sollte.

11 Vgl. oben § 7 II. 3. b) bb).

## 2. Relevanz des Zeitpunkts

Um sich der Frage zu nähern, inwieweit eine nachträgliche Präzisierung berücksichtigungsfähig sein kann, lohnt sich eine Differenzierung anhand der beiden Funktionen des Bestimmtheitsgebots und zudem eine Berücksichtigung der verfassungsprozessualen Perspektive:

### a) ... hinsichtlich der kompetenzsichernden Funktion

Im Hinblick auf die kompetenzsichernde Funktion des Bestimmtheitsgebots (Zuständigkeitsabgrenzung)<sup>12</sup> erweisen sich nämlich Konkretisierungen, die seitens der Exekutive und der Judikative nach Erlass der Norm vorgenommen werden, von vornherein als unbehelflich: Denn die originäre Pflicht des parlamentarischen Gesetzgebers, Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs vorzugeben, trifft ihn selbst und ist weder derogier- noch delegierbar.<sup>13</sup> Die demokratische Fundierung würde ausgehöhlt und die Schutzrichtungen dieser Funktion *ad absurdum* geführt, wenn man eine Korrektur durch die anderen Gewalten zuliebe – unabhängig von der Frage, ob diese Anlass, Zweck und Grenzen dadurch klar definieren, dass sie die Norm bis an die Grenze des (unbestimmten!) Wortlauts hin auslegen oder aber Restriktionen vornehmen. Zudem könnten derartige Korrekturen grundsätzlich<sup>14</sup> nicht dieselbe Bindungswirkung entfalten wie (jedenfalls<sup>15</sup>) ein Parlamentsgesetz, das eine solche Restriktion anordnet.

Diese Skepsis gegenüber einer nachträglichen Heilung eines Bestimmtheitsverstößes wird zusätzlich durch eine verfassungsprozessuale Erwägung untermauert: Wird eine neu erlassene, aber zu unpräzise und unkonkret ge-

---

12 Siehe oben § 7 II. 1. a) sowie § 7 II. 3. a).

13 Vgl. oben § 7 III. 3.

14 Allenfalls der Weg des »Richterrechts« stellte eine rasch verfügbare Ausnahme dar; die Anerkennung von Richterrecht ist aber ihrerseits nicht unumstritten. Für die Herausbildung von Gewohnheitsrecht wären hingegen längere Zeiträume erforderlich. Siehe zu beidem oben § 1 V. 1. a) bei und mit Fn. 1306.

15 Eine Rechtsverordnung, die etwa zur Konkretisierung eines Blanketts erlassen wird, entfaltet als bloß materielles Gesetz ebenfalls nur eine reduzierte Bindungswirkung, obschon sie »Recht und Gesetz« i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG darstellt. Auch entbindet eine Rechtsverordnung den parlamentarischen Strafgesetzgeber nicht von der ihn selbst treffenden Pflicht, bereits im formellen Gesetz die »wesentliche[n] Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit [...] zu klären«, BVerfGE 126, 170 (195) sowie BVerfGE 143, 38 (Rn. 38); BVerfGE 153, 310 (Rn. 74).

fasste Strafnorm mit dieser Begründung<sup>16</sup> binnen Jahresfrist in einer Rechtsatzverfassungsbeschwerde angegriffen,<sup>17</sup> und würde das BVerfG sodann durch freischwebende<sup>18</sup> Auslegungsleitlinien die Bestimmtheit der Vorschrift erst herstellen, so würde es seine Rolle als Verfassungsgericht überschreiten und dabei diejenige kompetenzsichernde Funktion selbst verletzen, die es zu schützen verpflichtet ist. Zudem läge es dann widersprüchlicherweise in der Hand des angerufenen Gerichts, die erhobene Rechtsatzverfassungsbeschwerde nach Belieben unzulässig werden zu lassen.

Anders stellt sich die Situation dar, soweit Konkretisierungen der Auslegung aus sonstigem Verfassungsrecht folgen, und diese verfassungskonforme Auslegung zur Bestimmtheit der Strafvorschrift beiträgt.<sup>19</sup> Denn es ist originäre Aufgabe des BVerfG, auf die Einhaltung sämtlichen Verfassungsrechts hinzuwirken. Auch wäre jede Gestaltung oder Interpretation der Norm, die anderen Verfassungsnormen widerspricht, ohnehin weder dem Normgeber noch dem Norminterpreten gestattet. Zudem erfolgte eine solche Nachjustierung dergestalt, dass in den Entscheidungsgründen die *ab initio* richtige, weil (einzig) verfassungskonforme Auslegung herausgearbeitet wird. Angesichts der darin liegenden Fiktion führt dies aus der Perspektive des Rechts aber nicht zu einer bloß nachträglichen Bestimmtheit, vielmehr ist dies als ein Hinweis zu verstehen, wie sich die Norm – im Lichte des Verfassungsrechts, wie es durch das BVerfG interpretiert wird – von Anfang an als hinreichend bestimmt erweist.<sup>20</sup>

### b) ... hinsichtlich der freiheitssichernden Funktion

Ein wenig anders ist die Sachlage hinsichtlich der freiheitssichernden Funktion des Bestimmtheitsgebots (Erkennbarkeit der Voraussetzungen und des

16 Zur Rügefähigkeit am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG siehe oben § 7 II. 3. a) in Fn. 153.

17 Vgl. oben § 4 III. 2. e).

18 Siehe aber noch sogleich zu Situationen, in denen das BVerfG eine aus anderen Gründen verfassungskonforme Auslegung herausarbeitet.

19 Mithin ist aber erforderlich, »dass es jedenfalls eine Deutung der Vorschrift gibt, die der Verfassung entspricht«, BVerfGE 107, 104 (128). Dieser Fundstelle ist indes – entgegen *Beaucamp*, Rechtstheorie 42 (2011), 21 (59 f.) m.w.N. – nicht zu entnehmen, dass der aus der verfassungskonformen Auslegung resultierende Bestimmtheitsgewinn bei der wertenden Gesamtbetrachtung außer Betracht zu haben bleibe.

20 Exemplarisch hierfür möge – neben BVerfGE 33, 52 (69 f.) – BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 09.07.2019 – 1 BvR 1257/19 –, Rn. 17 stehen: Dort ergab sich die dem Bestimmtheitsgebot entsprechende Auslegung des § 26 Nr. 2 VersG zumindest auch aus einer Berücksichtigung der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG).

Umfangs des Eingriffs):<sup>21</sup> Aus Sicht des konkreten Normadressaten ist nicht eine historische Interpretation der Norm entscheidend – gar die Bestimmtheit zu einem Zeitpunkt, zu dem er noch nicht geboren war –, sondern er kann den Bedeutungsgehalt der Norm zu demjenigen Zeitpunkt zugrundelegen, zu dem er »sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheide[t]«. <sup>22</sup> Auch verfassungsprozessual erschiene dies als gangbar, da etwa im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde<sup>23</sup> ebenfalls auf die hinreichende Bestimmtheit zum Zeitpunkt der Tat abgestellt werden könnte. All dies ließe den Schluss zu, dass bezüglich dieser Funktion eine nur nachträgliche Bestimmtheit ausreicht.

Doch es ist zu beachten, dass beide Funktionen des Bestimmtheitsgebots ineinander verwoben sind; insbesondere dient die vorgenannte kompetenzsichernde Funktion auch der Freiheitssicherung.<sup>24</sup> Dies äußert sich auch darin, dass die Maßstabsbildung zur Frage, ob eine Norm noch hinreichend bestimmt ist, sowohl nach dem allgemeinen Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit als auch nach dem strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht nach diesen Funktionen differenziert, sondern eine ungeteilte, wertende *Gesamtbetrachtung* verlangt.<sup>25</sup> Es resultiert jedoch ein Spannungsverhältnis zwischen den beiden Funktionen, dem maßgeblichen Zeitpunkt und somit der Frage, ob eine nur nachträgliche Bestimmtheit der Vorschrift genügt.

### 3. Diffuse Rechtsprechung des BVerfG

Die strafverfassungsrechtliche Rechtsprechung des BVerfG<sup>26</sup> zur hier diskutierten Frage erscheint uneinheitlich:

Einerseits verwies das BVerfG bezogen auf § 360 Abs. 1 Nr. 11 StGB a.F. (grober Unfug) und § 185 StGB (Beleidigung) darauf, dass diese Tatbestände »zum überlieferten Bestand an Strafrechtsnormen gehör[en] und durch eine jahrzehntelange gefestigte Rechtsprechung hinreichend präzisiert worden«

---

21 Siehe oben § 7 II. 1. b) sowie § 7 II. 3. a).

22 Vgl. BVerfGE 123, 267 (413); BVerfGE 140, 317 (343).

23 Sowie auch im Fall einer »Richtervorlage« (Art. 100 Abs. 1 GG), sofern ein Gericht an der Bestimmtheit der Strafvorschrift hinreichend zweifelt.

24 Vgl. oben § 7 II. 1. a) a.E.

25 Siehe oben § 7 II. 1. b) sowie § 7 II. 3. a).

26 Zur insoweit ebenfalls nur diffus geklärten Berücksichtigungsfähigkeit in Bezug auf das allgemeine Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG VII Rn. 62; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier<sup>3</sup>, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 133; jew. m.w.N.

sind.<sup>27</sup> Später stützte das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit des § 13 Abs. 1 StGB auf eine Kombination aus der im Wortlaut enthaltenen »Anbindung an das Erfordernis normativ begründeter Pflichten« und der »auf langjähriger Tradition beruhende[n] einheitliche[n] und klare[n] richterrechtliche[n] Umschreibung möglicher Garantenstellungen«, welche die Erkennbarkeit des »Risiko[s] einer Bestrafung für den Normadressaten« sicherstelle;<sup>28</sup> es blendete aber dabei die kompetenzsichernde Funktion aus.

Andererseits aber ist im *Untreue*-Beschluss »unter C.I.«, d.h. im Maßstäbeteil, Folgendes zu vernehmen: Das Präziserungsgebot bedeute, »verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen«. Es greife (vor allem), wenn sich der »Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen« (!) bewegt habe, aber den Tatbestand dennoch »verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat«.<sup>29</sup> Daraus ist zu folgern, dass die Norm bereits bei ihrem Erlass eine (Mindest-)Bestimmtheit (vor allem zur Gewährleistung der kompetenzsichernden Funktion) aufweisen muss,<sup>30</sup> und eine nur spätere Präzisierung durch die Rechtsprechung gerade nicht ausreichend ist, um lediglich nachträglich eine Bestimmtheit der Norm herbeizuführen. In diesem Sinne wurde in den Entscheidungsgründen des *Untreue*-Beschlusses die an die Rechtsprechung gerichtete Pflicht auch negativ eingeleitet, namentlich, dass sie nicht »dazu beitragen [dürfe], bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, und sich damit noch weiter vom Ziel des Art. 103 Abs. 2 GG [zu] entfernen«.<sup>31</sup> Konkret heißt das, dass es Gerichten von Verfassungs wegen untersagt ist, »durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das kei-

27 BVerfGE 26, 41 (43); BVerfGE 93, 266 (292) – dort ist die Frage einer ursprünglichen Unbestimmtheit jedoch offengelassen; auch enthält der Begriff der Beleidigung bereits einen, wenn auch nur begrenzten, Bedeutungsgehalt.

28 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01 –, Rn. 6; sowie zuvor BVerfGE 96, 68 (97 f.).

29 BVerfGE 126, 170 (198); BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –, Rn. 98; zudem aufgegriffen in BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 28.07.2015 – 2 BvR 2558/14 u.a. –, Rn. 64.

30 *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 80. Dieser Aspekt wird indes häufig missverstanden; siehe bereits oben § 7 II. 3. a) in Fn. 169.

31 BVerfGE 126, 170 (198); BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –, Rn. 98; zudem aufgegriffen in BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 28.07.2015 – 2 BvR 2558/14 u.a. –, Rn. 64.

ne klaren Konturen mehr erkennen lässt,«<sup>32</sup> eine ursprünglich gegebene (!) Bestimmtheit der Strafvorschrift auszuhöhlen.

Nun ließe sich streng formal damit argumentieren, erstgenannte Entscheidungen seien überholt und man habe dort jeweils auf Richterrecht verweisen können.<sup>33</sup> Doch erfolgt bei § 13 StGB die Herausbildung neuer Garantienpflichten nicht notwendigerweise in restriktiver, von Respekt gegenüber dem Gesetzgeber getragener Weise,<sup>34</sup> sodass der Verweis auf Richterrecht nicht über eine Zuständigkeitsüberschreitung seitens der Rechtsprechung hinweghelfen könnte. Vor allem aber ist darauf zu verweisen, dass in der Subsumtion (»unter C.II.«) im *Untreue*-Beschluss dem Straftatbestand (§ 266 Abs. 1 StGB) nur deswegen eine hinreichende Bestimmtheit attestiert wurde, weil der »Untreuetatbestand [...] eine konkretisierende Auslegung zu[lässt], die die Rechtsprechung in langjähriger Praxis umgesetzt und die sich in ihrer tatbestandsbegrenzenden Funktion als tragfähig erwiesen hat.«<sup>35</sup> Mithin enthielt sich das BVerfG an dieser Stelle einer Aussage, ob § 266 Abs. 1 StGB ursprünglich möglicherweise zu unbestimmt gewesen sein könnte, und stützte sich maßgeblich auf nachfolgende Präzisierungen durch die Rechtsprechung, die es dadurch zugleich als (alleinig) verfassungskonforme Auslegungen festigte.<sup>36</sup> Mehr noch: Über das an die Rechtsprechung gerichtete Präzisierungsgebot ergibt sich für das BVerfG eine Möglichkeit, die weitreichende Folge einer Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit der gesamten Strafvorschrift zu vermeiden, sondern stattdessen (aus seiner Sicht) zu einer Unbestimmtheit beitragende Urteile für verfassungswidrig zu erklären und *en passant* – wie im *Untreue*-Beschluss geschehen – eine von ihm favorisierte Auslegungsvariante mit verfassungsgerichtlichen Weihen

---

32 BVerfGE 126, 170 (198); BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –, Rn. 98; zudem aufgegriffen in BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 28.07.2015 – 2 BvR 2558/14 u.a. –, Rn. 64.

33 Zur Skepsis gegenüber Richterrecht im Kontext der kompetenzsichernden Funktion siehe bereits oben in Fn. 14.

34 Siehe aber das von *Gaede*, in: NK<sup>5</sup>, § 13 StGB Rn. 3 postulierte Restriktionsgebot; hiergegen *Burchard*, in: NK-WSS<sup>2</sup>, § 13 StGB Rn. 3: Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung genügt.

35 BVerfGE 126, 170 (208).

36 Eine entsprechende Bindungswirkung entfaltet dies – dank der angekündigten engmaschigen verfassungsgerichtlichen Kontrolle (BVerfGE 126, 170 [199 f.]) – nur gegenüber den Gerichten. Dem Gesetzgeber wäre es hingegen nicht unter Verweis auf Art. 103 Abs. 2 GG verwehrt, § 266 Abs. 1 StGB umzugestalten, solange dabei die übrigen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen gewahrt bleiben und die neue Norm (ebenfalls) bestimmt genug ist. Daher wäre es in diesem Kontext zumindest missverständlich, von einer Konstitutionalisierung des Untreuetatbestands zu sprechen.



zu versehen. Damit berücksichtigt die Rechtsprechung des BVerfG – anders als es der Obersatz des *Untreue*-Beschlusses nahelegt – im Hinblick auf die Bestimmtheit der Norm auch die nachfolgende Rechts- bzw. Rechtsprechungsentwicklung nach Erlass der Norm.

#### 4. Dynamisierung und Relativierung des Maßstabs

##### a) *Mindestvoraussetzung: im Wortlaut enthaltener Nukleus an Bestimmtheit*

Diese Berücksichtigungsfähigkeit nachfolgender Rechtsprechung ist jedoch – angesichts des soeben wiedergegebenen Obersatzes<sup>37</sup> – keineswegs damit gleichzusetzen, dass der Kontrolle des BVerfG (nach aktuellen Maßstäben) auch eine ursprünglich unbestimmte Vorschrift standhalten könnte, oder dass es gar bei neu erlassenen Straftatbeständen genügen würde, dass sich diese bloß nachträglich durch Rechtsprechung präzisieren ließen.<sup>38</sup> Denn dies wäre mit dem Nukleus der freiheitssichernden Funktion, sprich der aus Sicht der Normadressaten geforderten, grundsätzlichen Erkennbarkeit »anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift«<sup>39</sup> nicht vereinbar.<sup>40</sup> Erforderlich ist somit – worauf das BVerfG auch in Bezug auf § 13 Abs. 1 StGB hingewiesen hatte<sup>41</sup> – bereits *ab initio* ein Wortlaut,<sup>42</sup> durch den sich zumindest der Kern-

37 BVerfGE 126, 170 (198); aufgegriffen in BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 28.07.2015 – 2 BvR 2558/14 u.a. –, Rn. 64.

38 Ebenso – zu allgemeinen Maßstäben – *Beaucamp*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 21 (57 f.); *Papier/Möller*, *AöR* 122 (1997), 177 (190); ferner *Gassner*, *Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 128 f., 134 ff.; *Jehke*, *Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht*, S. 153 f.; vgl. zudem BVerfGE 93, 266 (292).

39 Siehe BVerfGE 153, 310 (Rn. 74) sowie ausführlich oben § 7 II. 3. b) sowie § 7 II. 3. c) cc).

40 Müsste man zunächst allen Normadressaten, weil die Norm zu unbestimmt ist, vermittelt über § 17 Satz 1 StGB Vertrauensschutz gewährleisten, wäre der vorgenannte Grundsatz in sein Gegenteil verkehrt.

41 Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01 –, Rn. 6: »nach dem Wortlaut des Gesetzes«.

42 Ob bei vorkonstitutionellen Gesetzen eine Bestimmtheit genügen könnte, die sich durch Rechtsprechung bis 1949 ergibt, ist zwar diskutabel (so *Gaede*, in: *AnwK*<sup>3</sup>, § 1 StGB Rn. 22; ferner *Gassner*, *Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 130; auch BVerfGE 93, 266 [292] streitet für eine Differenzierung bei vorkonstitutionellen Strafgesetzen). Allerdings ist zweifelhaft, ob sich vorkonstitutionelle Rechtsprechung, die dem verfassungsrechtlichen Rahmen

bereich des Strafbaren von dem Kernbereich des Strafflosen unterscheiden lässt. Da es an diesem Erfordernis in § 10 Abs. 1 RiFIEtikettG fehlte,<sup>43</sup> war diese Vorschrift daher verfassungswidrig. Ob diese Norm zwischenzeitlich – zwischen Inkrafttreten am 25. November 2000<sup>44</sup> und Nichtigkeitserklärung am 21. September 2016<sup>45</sup> vergingen knapp 16 Jahre – durch Rechtsprechung (oder durch Rechtsverordnung) näher präzisiert worden war, war schlicht irrelevant.

b) *Nachjustierung der Bestimmtheit (insbesondere Präzisierungsgebot)*

Die aufgezeigte Berücksichtigungsfähigkeit nachfolgender Rechtsprechung und das Gewicht, das das BVerfG dieser bei der Überprüfung von Strafvorschriften am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG zuschreibt, bedeutet aber zugleich, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein strengerer Maßstab an die Bestimmtheit der Vorschrift anzulegen ist – andernfalls könnte und müsste es diese, weil ohne Auswirkung auf die Bestimmtheit der Norm, aus seiner Betrachtung ausklammern. Es folgt daraus somit eine inhärente Zeitabhängigkeit bzw. Dynamisierung des Maßstabs, bei dem zum Zeitpunkt des Erlasses einer Vorschrift ein geringeres Maß an Bestimmtheit zu verlangen ist als bei einer langjährigen, von der Rechtsprechung rege angewendeten und von der Literatur sorgfältig wissenschaftlich begleiteten Strafvorschrift. Dabei verschiebt sich das Gewicht von der kompetenzsichernden hin zur freiheits-sichernden Komponente, sprich hin zur Erkennbarkeit für den Bürger.

Allerdings ist *diese*<sup>46</sup> Nachschärfung des Maßes der erforderlichen Bestimmtheit zugleich relativ, weil sie nur an die Rechtsprechung gerichtet ist. Besonders deutlich wird dies am Beispiel des im *Untreue*-Beschluss entwickelten Präzisierungsgebots: Verstößt ein Strafgericht gegen dieses Gebot und trägt dies nicht zur Präzisierung bei, so droht dessen Urteil für verfassungswidrig erklärt zu werden. Gleiches gilt für Entscheidungen, die aus

---

nicht unterworfen war, tatsächlich als äquivalenter Ausgleich erweist. Zudem ist unklar, inwiefern sich das StGB noch als vorkonstitutionell interpretieren lässt (§ 1 I. 1. c) bb)); auch wäre die Fortgeltung i.S.d. Art. 123 ff. GG anzuzweifeln, weil die Vorschrift Art. 103 Abs. 2 GG zum damaligen Zeitpunkt, bezogen auf den Wortlaut, widersprochen hatte.

43 BVerfGE 143, 38 (Rn. 50).

44 Vgl. Art. 3 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Rindfleischetikettierungsgesetzes, BGBl. 2000 I, S. 1510.

45 BVerfGE 143, 38.

46 Zur Frage einer Dynamisierung des Maßstabs auch für den Gesetzgeber siehe sogleich § 8 II.

einer bereits vorgenommenen Präzisierung auszubrechen<sup>47</sup> drohen.<sup>48</sup> Über die Urteilsverfassungsbeschwerde und die Möglichkeit, in den Urteilsgründen auf (alleinig) verfassungskonforme Auslegungen hinzuweisen,<sup>49</sup> besteht somit ein Mechanismus, der es dem Wechselspiel zwischen Strafgerichten und BVerfG ermöglicht, die Vorhersehbarkeit *der Rechtsprechung* zu einer Norm nachzuschärfen. Den Wortlaut der Vorschrift lässt dies selbstredend unberührt, und es führt auch – anders als bei einer Nichtigkeitserklärung – nicht zu einer Adressierung des Gesetzgebers, mittels einer Neufassung der Vorschrift die Bestimmtheit herzustellen oder zu verbessern.<sup>50</sup>

Lediglich in Situationen, in denen die Strafgerichte dem Präzisierungsgebot konsequent nicht nachkommen, ließe sich über eine andere Fehlerfolge nachdenken.<sup>51</sup> Allerdings verletzt »eine gesetzliche Regelung, gegen die in der Rechtsanwendungspraxis in verfassungswidriger Weise verstoßen wird, [...] nur dann auch selbst das Grundgesetz, wenn die verfassungswidrige Praxis auf die Vorschrift selbst zurückzuführen, mithin Ausdruck eines strukturbedingt zu dieser Praxis führenden normativen Regelungsdefizits ist.«<sup>52</sup> Demgemäß müsste die fehlende Präzisierungsfähigkeit bereits in der Strafvorschrift selbst angelegt sein. Dann aber fehlte es bereits an demjenigen Nukleus an Bestimmtheit, der bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift entnehmbar sein muss.<sup>53</sup>

---

47 Mithin dürfen Entscheidungen nur eine »folgerichtige« (vgl. BVerfGE 126, 170 [199]), weil den Vertrauensschutz gewährleistende (siehe § 7 I. 3. e)) Weiterentwicklung vornehmen.

48 Vgl. BVerfGE 126, 170 (229): Die »Maßgaben für die präzisierende [...] Auslegung [sind] strikt zu beachten«.

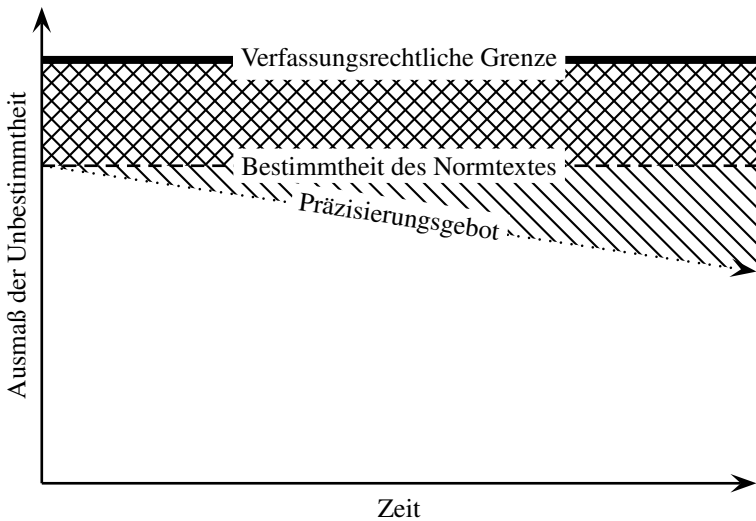
49 Vgl. – neben BVerfGE 126, 170 (208 ff.) – zudem Fn. 20.

50 Zu Strafgesetzgebung als Reaktion auf Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgebot siehe oben § 6 II. 3. a).

51 Strenger – eine Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung indiziere die Unbestimmtheit der Rechtslage – indes *Beaucamp*, Rechtstheorie 42 (2011), 21 (52 f.) sowie *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (192 ff.). Allerdings schloss die dort referenzierte Sitzblockadenentscheidung BVerfGE 92, 1 (18) nicht auf die Unbestimmtheit des § 240 Abs. 1 StGB, sondern darauf, dass die Strafgerichte zukünftig dem Präzisierungsgebot Rechnung zu tragen haben (BVerfGE 92, 1 [19]).

52 BVerfGE 133, 168 (233).

53 Siehe soeben § 8 I. 4. a).



Schematische Darstellung der Nachschärfung der Bestimmtheitsanforderungen, die aus dem Präziserungsgebot folgen: Strafurteile im schraffierten Bereich verstoßen gegen das (weit verstandene) »Analogieverbot«, Strafurteile im linierten Bereich gegen das »Präziserungsgebot«.

Abbildung 8.1: »Analogieverbot« und »Präziserungsgebot«

## 5. Zusammenführung

Nach alledem reicht eine *nur* nachträgliche Bestimmtheit eines Straftatbestands nicht aus. Bereits mit Inkrafttreten einer Strafvorschrift<sup>54</sup> muss diese, um verfassungsgerichtlicher Kontrolle standhalten zu können, am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG bestehen können. Daher ist ein Nukleus an Erkennbarkeit »anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift«<sup>55</sup> unverzichtbar.<sup>56</sup> Der Maßstab der geforderten Bestimmtheit ist aber zumindest dahingehend dynamisch und relativ, dass die Rechtsprechung – insbesondere vermittelt über das Präzisierungsgebot – zu einer Nachjustierung der Bestimmtheit, sprich zu einer aus Sicht der Normadressaten verbesserten Erkennbarkeit der Voraussetzungen und des Umfangs des Eingriffs beizutragen hat. Verstößt sie hiergegen, so drohen deren Entscheidungen wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erklärt zu werden (siehe auch Abbildung 8.1<sup>57</sup>). Die Strafnorm als solche – und damit auch etwaige Nachbesserungsobliegenheiten des Gesetzgebers – bleibt hiervon indes unberührt.

## II. Nachträgliche Unbestimmtheit

Von einer (nur) nachträglichen Unbestimmtheit eines Straftatbestands lässt sich umgekehrt sprechen, wenn dieser zum Zeitpunkt seines Erlasses den

54 Zur von *Gaede*, in: AnwK<sup>3</sup>, § 1 StGB Rn. 22 aufgeworfenen Differenzierung bei vorkonstitutionellem Strafrecht siehe oben in Fn. 42.

55 BVerfGE 153, 310 (Rn. 74).

56 So i.E. auch *Beaucamp*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 21 (57 f.); *Bröhmer*, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, S. 162 (jeweils mit Ausnahme bei Kodifikation von Richterrecht); *Gassner*, *Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 128 f., 134 ff.; *Middelschulte*, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und das Bestimmtheitsgebot*, S. 216 ff.; *Duttge*, *JZ* 2014, 261 (265); *Greco*, *ZIS* 2018, 475 (479); *Papier/Möller*, *AöR* 122 (1997), 177 (190); *Pohlreich*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 80; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 96; *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig<sup>7</sup>, Art. 103 GG Rn. 51; *Wolff*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 134 Rn. 58; *Dannecker/Schuhr*, in: *LK*<sup>13</sup>, § 1 StGB Rn. 201 (»insbesondere, soweit es sich um neuere Gesetze handelt«); *Satzger*, in: *SSW-StGB*<sup>5</sup>, § 1 StGB Rn. 23; *Schmitz*, in: *MK-StGB*<sup>4</sup>, § 1 StGB Rn. 57 ff.; *Basak*, in: *Brunhöber u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, S. 71 (79 ff.); *Kempf/H. Schilling*, *NJW* 2012, 1849 (1854).

57 Abgedruckt auf S. 634.

Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genüge, er diesen aber zu einem späteren Zeitpunkt<sup>58</sup> nicht länger entspricht.

## 1. Abschichtungen

Auch hier sind die oben herausgearbeiteten Abschichtungen in Erinnerung zu rufen, namentlich die Unbeachtlichkeit späterer Gesetzgebung<sup>59</sup> und der Einzelfallcharakter der Zuerkennung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums, der auf einer unklaren oder unvorhersehbaren Rechtslage beruht: Dieser ist wegen der generalisierenden Perspektive des Art. 103 Abs. 2 GG nicht gleichzusetzen mit der Unbestimmtheit der zugrundeliegenden Strafvorschrift.<sup>60</sup> Am Beispiel: Dass der Irrtum eines Arztes im Hinblick auf die Beschneidung eines männlichen Kleinkindes, er habe diese wegen einer Einwilligung der Eltern vornehmen dürfen, unvermeidbar war,<sup>61</sup> bedeutet nicht, dass § 223 StGB – oder auch die Einwilligung – unbestimmt und daher verfassungswidrig sind.

Zudem führt es – wie dargelegt – nicht zu einer nachträglichen, zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift führenden Unbestimmtheit, wenn die Rechtsprechung eine an sich hinreichend bestimmte und weiter konkretisierungsfähige Strafvorschrift unter Verstoß gegen das Präzisionsgebot verschleift oder wenn es zu Anwendungsschwierigkeiten oder Vollzugsdefiziten in der Praxis kommt.<sup>62</sup> Denn hierzu müsste, wie erwähnt, die Unbestimmtheit bereits in der Norm angelegt, diese also *ab initio* unbestimmt sein.

Ebenfalls kein Fall nachträglicher Unbestimmtheit im hiesigen Sinne ist es, wenn zwischen Erlass der Norm und deren – auf die Unbestimmtheit gestützten – Verwerfung durch das BVerfG etliche Jahre liegen.<sup>63</sup> Zwar kann eine solche Vorschrift – vor allem, wenn ihre Verfassungswidrigkeit lange verborgen bleibt – erhebliche Wirkungen entfalten und unter Umständen schon zu zahlreichen rechtskräftigen Verurteilungen geführt haben.<sup>64</sup> Doch es ist zu unterscheiden, ob das BVerfG – wie im Fall des § 10 RiFIEtikettG – die Norm wegen einer bereits ursprünglich bestehenden Unbestimmtheit für

---

58 Zur Frage, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist, siehe noch unten § 8 II. 2.

59 Siehe oben § 8 I. 1. b).

60 Siehe oben § 8 I. 1. a).

61 LG Köln StV 2012, 603.

62 Siehe oben § 8 I. 4. b).

63 Vgl. oben bei und mit Fn. 44 f. zu den knapp 16 Jahren zwischen Erlass des § 10 RiFIEtikettG und BVerfGE 143, 38.

64 Indes mit der Möglichkeit der Wiederaufnahme nach der verfassungsgerichtlichen Nichtigkeitserklärung, § 79 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. §§ 359 ff. StPO.

nichtig erklärt, oder ob sich die Unbestimmtheit erst aus einem nachträglich eintretenden Umstand bzw. einer nachträglichen Entwicklung ergibt.

## 2. Relevanter Zeitpunkt

Damit ist zugleich die Frage nach dem relevanten Zeitpunkt aufgeworfen. Dieser liegt notwendigerweise nach dem Erlass bzw. Inkrafttreten der Vorschrift und ist sonst nicht weiter eingegrenzt, sondern dadurch definiert, dass ab diesem Zeitpunkt die wertende Gesamtbetrachtung vom Ergebnis hinreichender Bestimmtheit zu nicht hinreichender Bestimmtheit konvertiert. Hiervon zu trennen ist aber die Frage, ob es einem Täter zum Vorteil gereichen soll, wenn diese wertende Gesamtbetrachtung erst *nach* seiner Tat umschlägt. Dagegen spräche zwar, dass aus Sicht der kompetenzsichernden und vor allem aus Sicht der freiheitssichernden Funktion, die auf die Erkennbarkeit aus Adressatensicht abstellt, die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG zu diesem Zeitpunkt (noch) gegeben war. Doch in dem Verfassungswidrigwerden der Vorschrift wird man eine Rechtsänderung sehen müssen, die im Lichte des § 2 Abs. 3 StGB beachtlich ist und sich daher, so noch kein rechtskräftiges Strafurteil vorliegt,<sup>65</sup> zu Gunsten des Beschuldigten auswirkt.

## 3. Dynamische Kriterien des Bestimmtheitsmaßstabs

### a) Strafverfassungsrechtliche Herleitung

In der wertenden Gesamtbetrachtung, ob eine Strafvorschrift dem strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG entspricht, sind eine Mehrzahl an Kriterien mit einzubeziehen.<sup>66</sup> Von diesen unterliegen zumindest einige dem Wandel der Zeit und enthalten daher ein dynamisches Moment.<sup>67</sup>

So ist anerkannt, dass die Prognose sich rasch ändernder tatsächlicher Verhältnisse eine geringere Bestimmtheit legitimieren kann.<sup>68</sup> Dies liegt etwa nahe bei einer unklaren technischen Entwicklung, deren Möglichkeiten

65 Zur Frage der Auswirkungen auf rechtskräftige Verurteilungen – auch für *vor* diesem Zeitpunkt ergangene – im Lichte des § 79 Abs. 1 BVerfGG siehe noch unten § 8 II. 4. b).

66 Siehe oben § 7 II. 3. a) m.w.N.

67 Dies im Grunde anerkennend auch *Gassner*, Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 133, wenngleich mit gegenläufiger Konsequenz.

68 Eindrücklich BVerfGE 49, 89 (133).

für die Straftatbegehung dem Gesetzgeber nur schemenhaft erkennbar sind, sodass von einer noch »fehlenden Regelungsreife«<sup>69</sup> gesprochen werden kann. Auch bei einem neuartigen Kriminalitätsphänomen mag aufgrund der Rückwirkungssperre eine rasche Regelung geboten sein. Haben sich aber mit weiterem Zeitverlauf die tatsächlichen Verhältnisse stabilisiert und klare Verhaltensmuster herausgebildet, so entfällt dieser Grund für eine Relativierung der Bestimmtheitsanforderungen. In gleicher Weise ist der Erkenntnisgewinn in der Rechtswissenschaft und im politischen Diskurs berücksichtigungsfähig, namentlich sofern sich – möglicherweise erst nach Jahren oder Jahrzehnten – die Existenz »möglicher Regelungsalternativen«<sup>70</sup> zeigt. Dann ist dem Gesetzgeber die ursprüngliche, unbestimmte Normfassung zwar nicht vorzuwerfen,<sup>71</sup> im Lichte neuer rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse aber die erkannte Regelungsalternative in die Gesamtabwägung (neu) mit einzustellen.<sup>72</sup> Des Weiteren kann sich die gesellschaftliche Bedeutung eines Regelungsgegenstands<sup>73</sup> im Laufe der Zeit verändern, was sich beispielsweise an – auch strafrechtsrelevanten – Fragen des Tier- und des Klimaschutzes, der Konkurrenz der Verkehrsmittel im Straßenraum,<sup>74</sup> des Umgangs mit sogenannten Whistleblowern oder des Infektionsschutzes zeigt.<sup>75</sup> Weil diese Faktoren selbst zeitabhängig sind, können sie dazu führen, dass die Anforderungen, die an die Bestimmtheit einer Strafvorschrift zu stellen sind, im Laufe der Zeit ansteigen,<sup>76</sup> und damit zu einem Umschwenken der wertenden Gesamtbetrachtung führen: Eine ursprünglich (noch) bestimm-

---

69 Burchard, StV 2019, 637 (641), dort wie hier im Sinne einer fehlenden Regelungsreife bezogen auf eine *noch* bestimmter formulierte Strafvorschrift.

70 BVerfGE 126, 170 (196).

71 Indessen allein auf Regelungsalternativen zum Zeitpunkt des Erlasses der Norm abstellend *Beaucamp*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 21 (55).

72 In diese Richtung auch *Bröhmer*, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, S. 168 (»nachträglich konkretisierend«).

73 BVerfGE 150, 1 (Rn. 194).

74 Am Beispiel: Ist die Priorisierung des Autoverkehrs einerseits, der sehr fragmentarische Schutz von Fußgängern vor konkreten Gefährdungen in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB (nur Fußgängerüberwege, nicht aber Hofeinfahrten) andererseits noch zeitgemäß?

75 Zutr. *Burchard*, StV 2019, 637 (641 f.), der insoweit von einer »Dynamisierung« der Wesentlichkeit bzw. (in Fn. 53) von einer »Dynamisierungsmöglichkeit der Abwägung« spricht.

76 Soweit beständige Rechtsprechung zur Präzisierung einer Vorschrift beiträgt, führt das darin innewohnende dynamische Element hingegen allenfalls zu einer (leichteren bzw. erstmaligen) Erfüllung des notwendigen Maßes an Bestimmtheit, ohne die Anforderungen nachzuschärfen. Siehe hierzu oben § 8 I. 4. b).



te Strafvorschrift kann sich daher zu einem späteren Zeitpunkt (erstmalig) als verfassungswidrig unbestimmt erweisen.<sup>77</sup>

b) *Verstärkung durch Argumentation zur Reichweite von Generalklauseln im Gefahrenabwehrrecht*

Für diese dynamische Sichtweise des strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots streitet auch eine Parallele zum Gefahrenabwehrrecht: Dort wird die Frage diskutiert, wann ein Regelungsgegenstand nicht länger über gefahrenabwehrrechtliche Generalklauseln erfasst werden kann, sondern einer speziellen Regelung – etwa in legistischer Gestalt einer Standardmaßnahme – bedarf. So hatte das BVerfG in seiner Kammerentscheidung zur Dauerobservation ausgeführt, es handele sich um eine »neue Form einer polizeilichen Maßnahme«. Sodann betonte es die vorübergehende Lückenschlussfunktion der Generalklausel bei »im Grunde genommen näher regelungsbedürftigen Maßnahmen« und führte aus, dass es »dann in der Verantwortung des Gesetzgebers [liege,] hierauf zu reagieren oder in Kauf zu nehmen, dass solche Maßnahmen von den Gerichten auf Dauer als von der geltenden Rechtslage nicht als gedeckt angesehen werden.«<sup>78</sup> Ähnlich auf ein zeitliches Element abstellend hatte das BVerwG ausgeführt, dass sich die Polizei nicht auf die Generalklausel stützen dürfe bei einer »verwickelten, in das Gebiet der Weltanschauungen hineinreichenden, abwägenden Wertung einer Mehrzahl verschiedener Schutzinteressen«, bei der eine konkrete Regelung durch den Gesetzgeber abgewartet werden könne. Denn damit nehme sie »letztlich eine Entscheidung vorweg, die [...] nur der Gesetzgeber in Ge-

77 Ebenfalls für eine dynamische Perspektive streitend *Burchard*, StV 2019, 637 (641 f.); a.A. und allein auf die Rechtssicherheit abstellend *Gassner*, Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 133. Zu den Konsequenzen – auch im Lichte des § 79 Abs. 1 BVerfGG – siehe noch sogleich § 8 II. 4. b).

78 BVerfG, Beschl. v. 08.11.2012 – 1 BvR 22/12 –, Rn. 25; siehe auch – zu §§ 28, 32 IfSG – OVG Münster COVuR 2020, 423 (Rn. 39 f.); VG Bremen, Beschl. v. 26.03.2020 – 5 V 553/20 –, BeckRS 2020, 5927, Rn. 23: »Liegen neue und in dieser Form vom Gesetzgeber nicht bedachte Bedrohungslagen vor, ist daher jedenfalls für eine Übergangszeit der Rückgriff auf die Generalklausel auch dann hinzunehmen, wenn es zu wesentlichen Grundrechtseingriffen kommt«; ferner *Andrea Kießling*, in: Kießling, § 28 IfSG Rn. 64: »höchstens übergangsweise [...], bis der Gesetzgeber Zeit hatte, die neue Maßnahme als Standardmaßnahme zu regeln«.

setzesform zu treffen hat.«<sup>79</sup> Damit sind Fragen einer Regelungsfähigkeit<sup>80</sup> und einer Regelungsbedürftigkeit aufgerufen.<sup>81</sup> Letztere orientiert sich vorrangig an der Schwere des Grundrechtseingriffs,<sup>82</sup> daneben aber auch an Typik,<sup>83</sup> Häufigkeit<sup>84</sup> und gesellschaftlicher Relevanz,<sup>85</sup> mithin an den aus der Bestimmtheits- und auch Wesentlichkeitslehre bekannten Kriterien.<sup>86</sup>

Die von der Gegenansicht – ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel sei stets möglich – vorgebrachten Argumente überzeugen jedenfalls bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen nicht: Dass sie historisch gewach-

---

79 BVerwGE 10, 164 (166); aufgegriffen in BVerwGE 115, 189 (193 ff.). Bemerkenswerterweise hatte der Gesetzgeber knapp vor der BVerwG-Entscheidung diese Frage mit einer Neufassung des § 41a GewO einer Regelung zugeführt, worauf sich sodann auch die Strafrechtsprechung in BGHSt 15, 361; BGHSt 16, 343; BGHSt 17, 309 bei der Auslegung des § 184 Abs. 1 Nr. 3a StGB a.F. stützte, bis – nach einer erneuten Neufassung des § 41a GewO – BGHSt 23, 241 einen Rechtsprechungswandel begründete.

80 Vgl. *Möstl*, in: BeckOK-POR Hessen<sup>27</sup>, Vorbem. PolR Rn. 101c: »nach einer angemessenen Zeit der Beobachtung und Erprobung der bislang atypischen Maßnahme«; siehe ferner *Schucht*, Generalklausel und Standardmaßnahme, S. 451 ff. (mit maximal einjähriger Übergangs- bzw. vierjähriger Erprobungsphase); *Lambiris*, Klassische Standardbefugnisse im Polizeirecht, S. 80 ff.; *Butzer*, VerwArch 2002, 506 (523); *Greve*, VR 2020, 181 (184). Zutr. weist *Schoch*, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 228 darauf hin, dass dennoch eine »Kodifikationsreife« und eine »Kodifikationspflicht« zu unterscheiden sind.

81 So *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht<sup>12</sup>, § 5 Rn. 22 ff.; *Schoch*, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 227; vgl. auch *Guckelberger*, in: Gröpl/Guckelberger/Wohlfarth (Hrsg.), Landesrecht Saarland<sup>3</sup>, § 4 Rn. 147 (jedenfalls bei »Dauerproblem«) sowie *Hebeler/Reimer*, in: Hermes/Reimer (Hrsg.), Landesrecht Hessen<sup>10</sup>, § 5 Rn. 170 f. zur Sperrwirkung von Standardmaßnahmen.

82 *Butzer*, VerwArch 2002, 506 (523); *Schoch*, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 230.

83 *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht<sup>12</sup>, § 5 Rn. 22 ff.

84 Zu den letztgenannten Kriterien indes krit. (aber vor BVerfG, Beschl. v. 08.11.2012 – 1 BvR 22/12 – entschieden) BVerwGE 129, 142 (Rn. 31 ff.): »Der Ansicht, grundrechtsrelevantes polizeiliches Eingriffshandeln, das den atypischen Bereich verlassen habe und in bestimmten Gefahrenlagen häufig praktiziert werde, verlange stets nach einer gesetzlichen Spezialermächtigung [...], folgt der Senat nicht«.

85 Angelegt in *Kugelmann*, Verwaltung 2014, 26 (36): »gesellschaftliche Herausforderungen«.

86 Im gleichen Sinne *Möstl*, in: BeckOK-POR Hessen<sup>27</sup>, Vorbem. PolR Rn. 101c: »Gebot der grundrechtlichen Wesentlichkeitslehre [...], schwerwiegende Grundrechtseingriffe ab dem Zeitpunkt ihrer Typisierbarkeit [...] einer speziellen und präziseren Regelung zuzuführen.« Siehe auch *Butzer*, VerwArch 2002, 506 (521 ff.); *Kugelmann*, Verwaltung 2014, 26 (36) sowie – bezogen auf §§ 28, 32 IfSG a.F. – insbes. *Greve*, VR 2020, 181 (184); *Andrea Kießling*, in: Kießling, § 28 IfSG Rn. 64.

sen ist,<sup>87</sup> trägt bei neuartigen Situationen nichts bei; der Rechtssicherheit zuträglich ist die Generalklausel ohnehin und vor allem aus der Adressantenperspektive nicht;<sup>88</sup> und die wertende Gesamtbetrachtung ist der grundrechtlichen Bestimmtheits- und Wesentlichkeitsdogmatik ohnehin immanent, sodass Abgrenzungsschwierigkeiten hinzunehmen sind.<sup>89</sup>

Schließlich trat auch im Kontext der infektionsschutzrechtlichen Generalklauseln (§§ 28 Abs. 1, 32 IfSG) und deren weitreichender Nutzung zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie<sup>90</sup> immer deutlicher die Forderung zu Tage, »sobald die Krise bewältigt ist oder je länger die Krise anhält und Zeit für detaillierte Anpassungen bleibt, zu prüfen, ob § 28 I 1, 2 IfSG etwa durch weitere, nicht abschließende Beispiele, die die jetzigen Erfahrungen reflektieren, präzisiert werden kann.«<sup>91</sup> Bezeichnenderweise kam es bereits rasch zu einer ersten Konkretisierung,<sup>92</sup> auch auf Drängen des BayVGH,<sup>93</sup> sodann zu einer weiteren Konkretisierung der gesetzlichen Eingriffsgrundlagen, (auch) um Bedenken im Hinblick auf die Normenklarheit und Normenbestimmtheit auszuräumen.<sup>94</sup>

87 So *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht<sup>5</sup>, § 6 Rn. 15; *Beaucamp*, JA 2017, 728 (729).

88 So aber die – die Behördensicht einseitig hervorhebende – Gegenargumentation bei *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht<sup>11</sup>, Rn. 49; *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht<sup>5</sup>, § 6 Rn. 15; *Beaucamp*, JA 2017, 728 (729).

89 A.A. *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht<sup>5</sup>, § 6 Rn. 15; *Beaucamp*, JA 2017, 728 (729).

90 Sehr krit. hierzu, unter Heranziehung der Wesentlichkeitstheorie, etwa *Heinig* u.a. JZ 2020, 861 (869); *Katzenmeier*, MedR 2020, 461 (462 f.); *C. Möllers*, VerfBlog v. 26.03.2020; *Volkman*, NJW 2020, 3153 (3156 ff.).

91 *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1099); in diese Richtung etwa auch *Trute*, jM 2020, 291 (295); *Papier*, DRiZ 2020, 180 (183); *J. Bethge*, VerfBlog v. 24.03.2020 (Vermeidung von »aktionistische[n] Notstandsmaßnahme[n] der Politik«). Krit. zu einem Aufschub indes *Heinig* u.a. JZ 2020, 861 (869). Hingegen hegte *Andrea Kießling*, in: *Kießling*, § 28 IfSG Rn. 64 bereits nach sechs Monaten Bedenken, ob die Frist für eine nachjustierende Konkretisierung der Befugnisse nicht schon abgelaufen sei; demgegenüber OVG Münster COVuR 2020, 423 (Rn. 41): Es besteht »[n]och kein[...] unmittelbare[r] gesetzgeberische[r] Handlungsbedarf, selbst wenn der Gesetzgeber bereits erste Änderungen am Infektionsschutzgesetz vorgenommen hat, um rechtliche Zweifel an den schon getroffenen Maßnahmen zu beseitigen.«

92 BGBl. 2020 I, S. 587 (590). Ob es sich dabei aber tatsächlich ausschließlich um eine Anpassung »aus Gründen der Normenklarheit« handelte (BT-Drs. 19/18111, S. 24), ist – mit *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1099) – anzuzweifeln. Krit. zum Detailgrad des IfSG nach dieser Änderung indes *Andrea Kießling*, JUWISS v. 24.03.2020; *Andrea Kießling*, in: *Kießling*, § 28 IfSG Rn. 64; *C. Möllers*, VerfBlog v. 26.03.2020.

93 BayVGH, Beschl. v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360, Rn. 28 ff. (mit bemerkenswerter Berücksichtigung von in naher Zukunft möglichen gesetzlichen Änderungen).

94 BGBl. 2020 I, S. 2397 (2400 ff.).

Nun ist der Grad der Unbestimmtheit bei gefahrenabwehrrechtlichen Generalklauseln gewiss nicht mit typischen Mängeln der Bestimmtheit bei Strafvorschriften gleichzusetzen.<sup>95</sup> Doch während hier »nur« das allgemeine Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit sowie die Wesentlichkeitstheorie zu beachten sind, ist im Strafrecht stets der Grundrechtseingriff in das Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung<sup>96</sup> und das – beide vorgenannte Aspekte verbindende<sup>97</sup> – strafverfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG als bereichsspezifische, ggf. »besonders strikt[e]« Ausprägung der vorgenannten Verfassungsprinzipien zu beachten.<sup>98</sup> Daher erscheinen sowohl die Argumentation, wie sich eine gefahrenabwehrrechtliche Generalklausel angesichts einer Dynamik im Laufe der Zeit für zu unbestimmt erweisen kann, einen bestimmten Sachverhalt (noch) zu regeln, als auch die leitenden Kriterien (Regelungsfähigkeit und Regelungsbedürftigkeit im Lichte der Eingriffsintensität, Häufigkeit, Typik und gesellschaftlicher Relevanz) einem Transfer zugänglich.

### c) Zusammenführung

Eine Strafvorschrift, die zum Zeitpunkt ihres Erlasses im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG (noch) bestimmt genug war, kann im Verlauf der Zeit zu unbestimmt werden. Dies beruht darauf, dass mehrere Kriterien, die in der wertenden Gesamtbetrachtung zur Klärung dieser Frage heranzuziehen sind, selbst dem Wandel der Zeit unterliegen, und somit zu einem Umschwenken des Bestimmtheitsgrades von »noch« bestimmt zu »nicht mehr« bestimmt genug führen können.<sup>99</sup> Dabei dürfte es sich jedoch – nach aktueller Prognose – um seltene Ausnahmefälle handeln, zumal die Bestimmtheit etlicher Straftat-

---

95 Siehe aber eine vor gut 100 Jahren in der Münchener Räteregierung formulierte Regelung: »10. Jeder Verstoß gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft. 11. Die Art der Strafen steht im freien Ermessen des Richters« (wiedergegeben bei *von Beling*, ZStW 40 [1919], 511 ff.; hierzu auch *Engisch*, Einführung in das juristische Denken<sup>12</sup>, S. 177). Für ein weiteres (hypothetisches, evident verfassungswidriges) Gegenbeispiel siehe oben § 7 II. 2. c) in Fn. 147.

96 Siehe oben § 1 II. 2. b) aa) (2).

97 Siehe oben § 7 III. 3.

98 Siehe hierzu, auch zur Frage der Tragfähigkeit dieser Formulierung u.a. aus BVerfGE 126, 170 (195), oben § 7 II. 3. sowie § 7 III. 3.

99 A.A. – zu allgemeinen Maßstäben – indes *Gassner*, Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 133, gestützt auf die Rechtssicherheit, sowie *Jehke*, Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, S. 154, gestützt auf die Befürchtung, »die Objektivität von Aussagen über gesetzliche Bestimmtheit vollständig [...] verneinen« zu müssen.

bestände, insbesondere »klassischer« Erfolgsdelikte wie §§ 212, 223 StGB, durch dynamische Elemente kaum angegriffen wird. Möglich erscheint eine solche Konversion vor allem bei generalklauselartig formulierten Tatbeständen wie etwa § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB, mit denen der Gesetzgeber auf ein (zumindest damals) unzureichend erforschtes Phänomen – das Stalking – zunächst weit reagierte, aber nunmehr den Tatbestand weiter nachjustieren<sup>100</sup> oder auf die Generalklausel gänzlich verzichten könnte.<sup>101</sup> Weiteres Beispiel, hier mit Fokus auf eine zunächst unklare technische Entwicklung, ist § 303b Abs. 1 StGB mit dem Merkmal der »Datenverarbeitung, die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist«.<sup>102</sup> Daneben streitet auch bei Tatbeständen, deren Erkennbarkeit sich von deren Wortlaut entfernt hat oder deren gesellschaftliche Bedeutung sich durchgreifend gewandelt hat, manches für eine zunehmende Unbestimmtheit.

#### 4. Anwachsen zur Verfassungswidrigkeit

Die aus den genannten Faktoren resultierende Dynamik bedeutet zugleich, dass ein Umschlagen von »bestimmt« zu »unbestimmt« nicht plötzlich geschieht, sondern getreu der *Sorites*-Paradoxie<sup>103</sup> als eine über Graustufen verlaufende Entwicklung zu verstehen ist.<sup>104</sup> Diese Entwicklung dürfte vieltalig (*Burchard* spricht von »rechtspraktische[n] Gestaltungsmöglichkeiten«) und mit zunehmender Deutlichkeit in Erscheinung treten, von mahnenden Bedenken der Rechtswissenschaft über zweifelnde instanz- und obergerichtliche Rechtsprechung<sup>105</sup> hin zu Versuchen des BVerfG, mittels

100 So in Bezug auf das Cyberstalking im Jahr 2021 erfolgt, Anhang A VII. 21.

101 Vgl. *Valerius*, in: BeckOK-StGB<sup>35</sup>, § 238 StGB Rn. 12.1; *Schöch*, NStZ 2013, 221 (222) zur praktischen Irrelevanz des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB a.F. bzw. Nr. 8 n.F.

102 Für originäre Verfassungswidrigkeit dieses Merkmals und daher des Tatbestands *Zaczyk*, in: NK<sup>5</sup>, § 303b StGB Rn. 1, 5.

103 Vgl. *Schnapp*, Logik für Juristen<sup>7</sup>, § 28.

104 Vgl. – für die umgekehrte Konstellation – *Beaucamp*, Rechtstheorie 42 (2011), 21 (57): »quasi über Nacht«.

105 Vgl. *Burchard*, StV 2019, 637 (642 in Fn. 53): »Warnungen« durch obiter dicta [...], welche die ein sich zur Zeit abzeichnendes Wesentlichwerden einer gesetzgeberischen Normierung oder Präzisierung von Rechtfertigungsgründen in die rechtspolitische und rechtsdogmatische Diskussion bringen.« In diesem Sinne ließe sich auch BGHSt 52, 257 (Rn. 32) interpretieren, wenngleich die darin geäußerte Kritik an der Tatbestandsfassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB bislang ungehört geblieben ist: »Die sich hieraus ergebenden Misslichkeiten sind gegebenenfalls durch eine adäquate Neufassung des Gesetzes zu beseitigen. Bis zu einer derartigen gesetzlichen Neuregelung wird es indes für besondere Sachverhaltsvarianten – soweit nach den

des Präzisierungsgebots die Rechtsprechung aufzufordern, auf eine Stärkung der Bestimmtheit hinzuwirken,<sup>106</sup> oder auch bestimmte weitgehende Auslegungen für verfassungswidrig zu erklären. Zudem kann das BVerfG, wenn es die Bestimmtheitsbedenken für (noch) nicht durchschlagend erachtet, den Gesetzgeber in einem *obiter dictum* zur Nachjustierung auffordern.

a) ... mit Abhilfemöglichkeit des Strafgesetzgebers

Reagiert der Gesetzgeber – insbesondere auf einen solchen Hinweis des BVerfG hin – rechtzeitig und justiert die Bestimmtheit der Vorschrift nach, so wird ein Anwachsen der Unbestimmtheit zur Verfassungswidrigkeit vermieden. Es lässt sich auch, so Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit anwachsen, davon sprechen, dass eine verfassungsrechtlich fundierte Nachbesserungspflicht des Strafgesetzgebers besteht, da er eine verfassungskonforme Rechtslage schuldet, nicht nur ein einmalig verfassungskonformes Gesetz.<sup>107</sup> Kommt der Strafgesetzgeber dieser Nachbesserungspflicht nicht nach, so hat er es »in Kauf zu nehmen,«<sup>108</sup> wenn das BVerfG (im Rahmen einer Richter-vorlage oder einer Urteilsverfassungsbeschwerde) die Normbeständigkeit<sup>109</sup> durchbricht und eine Strafvorschrift für verfassungswidrig erklärt wird.

b) ... mit Verfassungswidrigkeit ex nunc

Erklärt das BVerfG eine Norm für verfassungswidrig, so geschieht dies grundsätzlich deklaratorisch und rückwirkend.<sup>110</sup> Zugleich – auch, wenn das BVerfG eine Norm bloß für unvereinbar mit dem GG erklärt – ist dann der Wiederaufnahmegrund des § 79 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. §§ 359 ff. StPO

---

anerkannten Auslegungskriterien möglich – weiterer Präzisierungen des Tatbestands durch die Rechtsprechung bedürfen«. Zudem sei an diejenigen (indes ebenfalls nicht auf einer solchen Dynamik beruhenden) Bestimmtheitsbedenken erinnert, die im Untersuchungszeitraum zu einer Strafgesetzgebung führten; hierzu oben § 6 II. 3. a).

106 Vgl. oben § 7 II. 3. a).

107 Vgl. oben § 4 II. 3.

108 So die Formulierung in BVerfG, Beschl. v. 08.11.2012 – 1 BvR 22/12 –, Rn. 25 zur Dauerobservation.

109 Und damit einen Aspekt der Rechtssicherheit, der hier aber mit anderen Verfassungsgrundsätzen konkurriert; dies übersehend *Gassner*, Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 133.

110 Siehe oben in Fn. 2.

gegeben.<sup>111</sup> Das hat zur Konsequenz, dass sämtliche rechtskräftige Verurteilungen, die auf dieser verfassungswidrigen Norm fußen, beseitigt werden können, ja müssen. Das hätte beispielsweise im Kontext des *Untreue*-Beschlusses bedeutet, dass – so das BVerfG den Straftatbestand des § 266 Abs. 1 StGB für verfassungswidrig erklärt hätte – abertausende an Verurteilungen seit 1949 sich nachträglich, mit unabsehbaren Folgen,<sup>112</sup> als verfassungswidrig herausgestellt hätten. In der hier erörterten Fallgestaltung einer *nur* nachträglich verfassungswidrigen Strafvorschrift erweist sich dies indes als besonders misslich, weil im Vorfeld ergangene, rechtskräftige<sup>113</sup> Verurteilungen auf einer verfassungskonformen Grundlage beruhten. Doch dies ist der entscheidende Punkt: In derartigen Fällen fehlt es an einem Beruhen i.S.d. § 79 Abs. 1 BVerfGG,<sup>114</sup> sodass eine Wiederaufnahme für »Altfälle« ausnahmsweise ausscheidet.

Zudem hat das BVerfG in der Vergangenheit bereits die Möglichkeit genutzt, unverändert fortgeltende Normen – konkret Besoldungsvorschriften – erst ab einem bestimmten Jahr für verfassungswidrig zu erklären.<sup>115</sup> Auch dies böte die Möglichkeit, die Dynamik hin zur Unbestimmtheit dadurch zum Ausdruck zu bringen, dass eine Strafvorschrift trotz unverändertem Wortlaut erst ab einem (notwendigerweise dezisionistisch<sup>116</sup>) bestimmten Datum für verfassungswidrig erklärt wird.

## 5. Zusammenführung

Im Rahmen der wertenden Gesamtbetrachtung, ob eine Strafvorschrift dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG entspricht, sind auch Faktoren zu berücksichtigen, die einer Dynamik unterliegen.<sup>117</sup> Daraus folgt, dass eine ursprünglich (noch) bestimmte Vorschrift im Verlauf der Zeit, ohne

111 Siehe oben – auch zu Ausnahmen bei Fortgeltungsanordnungen – § 2 III. 2. a) aa).

112 Man denke neben den Ressourcen, welche die Strafjustiz für Wiederaufnahmeverfahren hätte aufbringen müssen, auch an die Rückabwicklung von Verfallsentscheidungen.

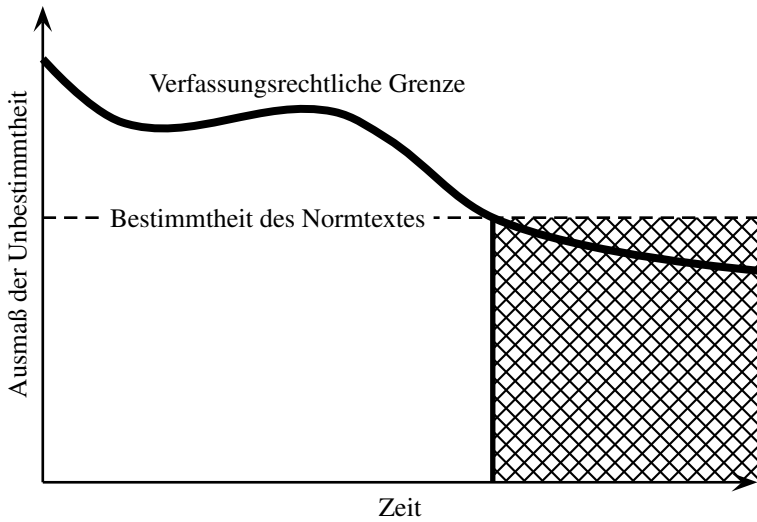
113 Andernfalls folgte aus § 2 Abs. 3 StGB die Pflicht, die mildere, hier zum Freispruch führende Rechtslage zum Entscheidungszeitpunkt zu berücksichtigen; siehe hierzu oben § 8 II. 2.

114 Zu diesem revisionsrechtlich auszulegenden Merkmal siehe *H. Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 79 BVerfGG Rn. 35.

115 BVerfGE 155, 1 (Tenor Nr. 1 lit. a): »soweit sie ... vom [...] bis zum [...] die Besoldungsgruppen R 1 und R 2 im Land Berlin betrifft«.

116 Vgl. erneut die *Sorites*-Paradoxie.

117 Siehe soeben § 8 II. 3.



Schematische Darstellung des Unbestimmt-Werdens einer Strafvorschrift aufgrund einer Dynamik des verfassungsrechtlichen Maßstabs.

Abbildung 8.2: Dynamische Unbestimmtheit



dass es zu Textänderungen des Strafgesetzes kommt, zu unbestimmt werden kann (siehe Abbildung 8.2<sup>118</sup>). Insbesondere kann hierzu beitragen, wenn eine Vorschrift zunächst wegen »fehlender Regelungsreife«,<sup>119</sup> unbekannter Regelungsalternativen, unklarer technischer, gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Entwicklungen vergleichsweise offen bzw. generalklauselartig formuliert wurde, sich aber im Verlauf der Rechtsanwendung Typizitäten herausbilden, die einer normenklarerer und normenbestimmteren Regelung zugänglich sind. Auch gesellschaftlicher Wandel oder eine sich vom Wortlaut der Strafvorschrift entfernende Rechtsanwendung kann Bedenken bezüglich der Bestimmtheit der Strafvorschrift anwachsen lassen.<sup>120</sup>

Da der Strafgesetzgeber stets eine verfassungskonforme Rechtslage schuldet, besteht eine – an ihn gerichtete – verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht,<sup>121</sup> solch drohendes »Umkippen« einer Vorschrift hin zu deren Verfassungswidrigkeit durch rechtzeitige Korrekturgesetzgebung abzuwenden. Genügt er dieser Pflicht nicht, so kann eine Strafvorschrift ab dem Zeitpunkt des »Umkippens« – mit Wirkungen nach § 79 Abs. 1 BVerfGG (nur) für rechtskräftige Verurteilungen ab diesem Zeitpunkt – für verfassungswidrig erklärt werden.<sup>122</sup>

Wegen dieser Nachbesserungspflicht führt das strafverfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG bei Bestimmtheitsdefiziten zu einer Dynamik des Strafrechts, die sich bisher nur in Ansätzen manifestiert hat, namentlich soweit die Rechtsprechung auf potentielle Bestimmtheitsdefizite hingewiesen hat.<sup>123</sup> Indes zeigte sich auch, dass die (Neu-)Entwicklung besserer Regelungsalternativen dazu beitragen kann, eine Strafvorschrift nunmehr als zu unbestimmt erscheinen zu lassen. Dies unterstreicht die bei rechtswissenschaftlicher und kriminalpolitischer Argumentation bestehende Wichtigkeit, nicht nur die bestehende Rechtslage als zu unbestimmt zu kritisieren, sondern zugleich Vorschläge zu unterbreiten, wie sich politische Zielvorstellungen in Anbetracht des verfassungsrechtlichen Rahmens normenbestimmter und normenklarer formulieren lassen.

Es erweist sich somit – hier im Kontext des Bestimmtheitsgebots – als eine (Zukunfts-)Aufgabe oder zumindest Obliegenheit der Strafrechtswissenschaft, Regelungsalternativen eines *noch* besseren Strafrechts (im hiesigen

118 Abgedruckt auf S. 646.

119 Burchard, StV 2019, 637 (641).

120 Siehe soeben § 8 II. 4.

121 Siehe soeben § 8 II. 4. a) sowie oben § 4 II. 3.

122 Siehe soeben § 8 II. 4. b).

123 Siehe hierzu oben § 6 II. 3. a).

Kontext:<sup>124</sup> eines noch normenklarer und normenbestimmter formulierten Strafrechts) zu entwickeln. Denn dies vermag, wie aufgezeigt, den verfassungsrechtlichen Rahmen zu dynamisieren und somit dazu beizutragen, die Evolution des Strafrechts noch stärker in verfassungsorientierte Bahnen zu lenken.

---

124 Unbeschadet der Möglichkeiten der Strafrechtswissenschaft, auch im Übrigen Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten.