

Deborah Stähler-Kleindieck

Das nationale Milderungsgebot des § 2 Abs. 3 StGB  
unter dem Einfluss des europäischen Milderungsgebots  
des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh



Nomos

DIKE 

# Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
I. Das deutsche Strafrecht unter dem Einfluss des Rechts der Europäischen Union	19
II. Das nationale und das unionale Milderungsgebot – ein erster Überblick über Gemeinsamkeiten und Unterschiede	20
III. Gang der Untersuchung	21
1. Kapitel: Rechtsgrundlage und Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Milderungsgebots im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung	22
I. Anwendungsbereich unionaler Grundrechte	24
1. Die „Durchführung des Rechts der Union“ gem. Art. 51 Abs. 1 GRCh	25
2. Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte auf unionsrechtlich nicht determiniertes Recht aufgrund der neueren Rechtsprechung des EuGH	27
3. Das Verhältnis der verschiedenen Grundrechteordnungen zueinander	29
a) Rechtsprechung des EuGH	30
b) Rechtsprechung des BVerfG	31
4. Kritik an der Auffassung des EuGH und Folgen eines weiten Anwendungsbereichs	35
5. Das Erfordernis eines „hinreichenden Zusammenhangs“	38
6. „Durchführung von Unionsrecht“ bei Sekundärrechtsakten	40
7. Die Anwendung unionaler Grundrechte im Lichte der Taricco I und II- Entscheidungen des EuGH	42
II. Anwendungsbereich und Umfang des Milderungsgebots in der Grundrechtecharta	46
1. Die rechtlichen Wurzeln des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh	46
2. Voraussetzungen für das Eingreifen des europäischen lex-mitior-Grundsatzes	49
a) Der Begriff der Strafe im Sinne des Art. 49 GRCh	52

b) Das Erfordernis einer Gesetzesänderung und die Bestimmung der „milderen Strafe“ im Sinne des Art. 49 Abs. 1 GRCh	53
(aa) Die „mildere Strafe“	53
(bb) Einführung der milderen Strafe „durch Gesetz“	55
c) Anforderungen an das Vorliegen einer Rechtsänderung im Sinne des Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh	58
(aa) Wandel der Rechtsauffassung als notwendige Voraussetzung des Milderungsgebots?	58
(bb) Kontinuität der Strafbarkeit als Voraussetzung für die Anwendung des neuen Strafgesetzes	62
d) Täterbegünstigende EU-Richtlinie als lex mitior	63
(aa) Erlass einer Richtlinie als Rechtsänderung im Sinne des Art. 49 Abs. 1 GRCh sowie tauglicher Gegenstand der lex-mitior	65
(bb) Allgemeine Voraussetzungen der richtlinienkonformen Auslegung sowie der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien	66
(cc) Die Berücksichtigung von Richtlinienvorgaben in zeitlicher Hinsicht	69
(1) Grundsätzliche Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Richtlinien	70
(2) Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist aufgrund des sog. Frustrationsverbots	72
(3) Die Berücksichtigung einer strafbarkeitsbegünstigenden Richtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist	74
e) Nationales unionsrechtswidrig eingeführtes Gesetz als lex-mitior	79
f) Meistbegünstigungsprinzip von Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh umfasst?	83
g) Die zeitliche Begrenzung der Anwendung des lex-mitior-Prinzips	86
3. Einschränkung des europäischen lex-mitior-Grundsatzes durch eine Sonderregelung für Zeitgesetze?	90
4. Grundrechtsträger des Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh	92
III. Zwischenergebnis	92

2. Kapitel: Rechtsgrundlage des deutschen Milderungs- und Meistbegünstigungsgrundsatzes	93
I. Rechtsgrundlage des nationalen Milderungsgebots	94
1. Ungeschriebenes Verfassungsrecht und Verfassungskonkretisierung	95
a) Das Grundgesetz, eine abgeschlossene Kodifikation?	96
b) „Ungeschriebenes Verfassungsrecht“ und Verfassungskonkretisierung	99
(aa) Der Begriff des ungeschriebenen Verfassungsrechts bei H.A. Wolff	102
(bb) Ungeschriebenes Verfassungsrecht und Verfassungsgewohnheitsrecht	106
(cc) Ungeschriebenes Verfassungsrecht zwischen Verfassungsdogmatik und Verfassungstheorie	109
(dd) Zwischenergebnis	111
2. Verfassungsrang des Milderungsgebots	114
a) Recht und Gerechtigkeit	115
b) Strafreoretische Aspekte für die Anwendung des Milderungsgebots	119
c) Das Milderungsgebot als Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Strafrecht	125
d) Bedenken gegen eine grundsätzliche Anwendung des Milderungsgebots aufgrund des Schuldgrundsatzes?	130
(aa) Identität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit dem Schuldgrundsatz?	132
(bb) Schulduntergrenze als Bestandteil des Schuldgrundsatzes	136
e) Das Milderungsgebots als Ausfluss des Gleichheitsgebots aus Art. 3 GG	141
3. Das Milderungsgebot im Lichte des Gesetzlichkeitsprinzips	147
a) Art. 103 Abs. 2 GG als Schranken-Schranke	151
b) Das Verhältnis des Rückwirkungsverbots zum Milderungsgebot – Gesetzlichkeitsprinzip inkl. Rückwirkungsgebot?	154
(aa) Wirkung der Entscheidungen des EGMR	156
(bb) Inhalt und Umfang des Art. 7 EMRK, Art. 15 Abs. 1 S. 3 IpbpR und Art. 49 Abs. 1 GRCh	160
(1) Inhalt und Umfang von Art. 7 EMRK nach Ansicht des EGMR im Urteil Scoppola/Italien	161
(2) Erste kritische Anmerkungen	163

c)	Das Erfordernis einer gültigen Ermächtigungsgrundlage im Zeitpunkt der Urteilsverkündung	164
(aa)	Recht und Zeit	165
(bb)	Geltung und Anwendbarkeit von Rechtsnormen im deutschen Rechtssystem	166
(1)	Inkrafttreten und zeitlicher Geltungsbereich von Normen	167
(2)	Außerkräfttreten von Normen	168
(3)	Anwendungsbereich von Normen	170
(cc)	Geltung der Rechtsnorm – Anforderungen an eine Ermächtigungsgrundlage für die Strafverhängung aus staatsrechtlicher und materiell-strafrechtlicher Sicht	172
(dd)	Das Regelungssystem des § 2 StGB als Anwendungsvorschrift	176
(1)	Das Verständnis des Art. 103 Abs. 2 GG – Ausgangspunkt der Überlegungen	176
(2)	§ 2 Abs. 1 StGB – grundsätzliche Anwendbarkeit des Tatzeitrechts	179
(3)	§ 2 Abs. 3 StGB – Berücksichtigung des sachlich mildesten Gesetzes	180
(4)	Zwischenergebnis	181
d)	Übertragbarkeit der Auslegung des EGMR auf die Ausgestaltung des Art. 103 Abs. 2 GG	181
II.	Rechtsgrundlagen des Meistbegünstigungsgrundsatzes	182
1.	Vertrauensschutz, Täuschungsfreiheit und Willkürverbot – Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG bei Ausschluss der Meistbegünstigung?	184
a)	Das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG	186
b)	Der Ausschluss der Meistbegünstigung im Lichte des Rückwirkungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG	191
2.	Die Verletzung des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots aus Art. 20 Abs. 3 GG durch Ausschluss der Meistbegünstigungswirkung	194
a)	Differenzierung zwischen Milderung des Straftatbestandes und der Rechtsfolgen einer Strafvorschrift für die Frage der Rückwirkung	195
b)	Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Täters auf die mildere Zwischenrechtslage	197
c)	Kein Überwiegen des Gemeinwohlinteresses	201

3. Der Meistbegünstigungsgrundsatz als Ausfluss des Willkürverbots?	203
III. Zwischenergebnis und Folgerungen für die weitere Untersuchung	206
3. Kapitel: Die Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 StGB im Lichte des europäischen lex-mitior-Grundsatzes	207
I. Der Begriff des Gesetzes und entscheidender Zeitraum der Gesetzesänderung	207
1. Begriff des Gesetzes	207
2. Beendigung der Tat	208
II. Das Erfordernis einer Gesetzesänderung sowie der Kontinuität des Unrechts für den Vergleich der Rechtslagen im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB	209
1. Aufhebung von Deliktstatbeständen, Milderung von Deliktsfolgen oder Schaffung neuer Strafausschließungsgründe	210
2. Veränderung einzelner Tatbestandmerkmale oder Qualifikationen	210
a) Ansicht der Rechtsprechung des BGH	211
b) Einschränkungsversuche durch die Literatur	216
(aa) Erfordernis identischer Bestrafungsvoraussetzungen	216
(bb) Übereinstimmung von Schutzzweck und Angriffsrichtung, „Unrechtserheblichkeit“ als entscheidendes Kriterium?	220
(cc) Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Kontinuitätsersfordernis und kritische Würdigung der Ansätze im Schrifttum	222
3. Änderung blankettausfüllender Normen als Gesetzesänderung im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB	226
a) Begriff und Funktion der Blankettstrafgesetzgebung	227
b) Wirkung einer Verweisung auf Blankettgesetz und Ausfüllungsnorm	231
c) Abgrenzung der Blankettstrafgesetze zu rechtsnormativen Tatbestandsmerkmalen	232
d) Einschränkungsversuche und Kriterien des Schrifttums bei der Änderung der ausfüllenden Vorschrift	236
(aa) Qualifikation der blankettausfüllenden Norm als Zeitgesetz im Sinne des § 2 Abs. 4 StGB	237

(bb)	Beschränkung auf Änderungen des „Gehorsams“	238
(cc)	Beschränkung des Anwendungsbereichs auf lediglich „unrechtserhebliche“ Änderungen der blankettausfüllenden Norm	240
(dd)	Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 2 Abs. 3 StGB auf die Änderung des Schutzzwecks und der Angriffsrichtung	241
(ee)	Erfordernis einer „günstigeren Rechtslage“	242
(ff)	Uneingeschränkte Anwendung des § 2 Abs. 3 StGB bei Änderung der ausfüllenden Vorschrift	243
(gg)	Stellungnahme	244
4.	Die Anpassung des WpHG und die Folgen aus Sicht des nationalen und europäischen Meistbegünstigungsgebots	246
a)	Vorliegen einer Ahnungslücke am 02.07.2016	247
b)	Der Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 03.05.2018	250
5.	Vorliegen einer „Gesetzes“-änderung im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB bei mittelbaren Rechtsänderungen	251
III.	Täterbegünstigende Gesetzesänderung	255
1.	Ermittlung des „mildesten“ Gesetzes im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB	255
a)	Allgemeine Aussagen zum Verhältnis der Straffolgen zueinander	256
b)	Grundsatz strikter Alternativität	258
c)	Getrennte Rechtsfolgenprüfung im Schrifttum	259
d)	Stellungnahme	260
2.	Ermittlung des „milderen“ Gesetzes im Sinne des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh	261
IV.	Kein Zeitgesetz im Sinne des § 2 Abs. 4 StGB	262
1.	Definition und Notwendigkeit einer Sonderregelung für Zeitgesetze	262
2.	Kritik an den „Zeitgesetzen im weiteren Sinne“ und Vereinbarkeit des § 2 Abs. 4 StGB mit deutschem Verfassungsrecht	265
3.	Vereinbarkeit der Sonderregelung für Zeitgesetze mit dem Milderungs- und Meistbegünstigungsgebot als verfassungsrechtlichem Grundsatz	268

4. Die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 4 StGB im Lichte des europäischen Verfassungsrechts	270
a) Anwendbarkeit der Sonderregelung für Zeitgesetze durch teleologische Reduktion des europäischen lex-mitior-Grundsatzes	271
b) Ausschluss der Sonderregelung für Zeitgesetze im Einflussbereich europäischer Vorschriften über § 2 Abs. 4 S. 2 StGB	271
c) Die Vereinbarkeit einer Ausnahmeregelung für Zeitgesetze mit Art. 52 GRCh und Art. 7 EMRK	272
(aa) Art. 52 Abs. 3 GRCh als „Transferklausel“ oder kumulative Anwendbarkeit der Schrankenregelungen der EMRK neben Art. 52 Abs. 1 GRCh	275
(bb) Art. 7 EMRK als ein Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh entsprechendes Recht	277
(cc) Schutzbereich und Rechtfertigungsvoraussetzungen eines Eingriffs bei kumulativer Anwendung der Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh und Art. 7 EMRK	283
d) Stellungnahme	285
4. Kapitel: Thesen	288
I. Der unionsrechtliche lex-mitior-Grundsatz	288
II. Das nationale Milderungs- und Meistbegünstigungsgebot	289
III. Zur kumulativen Anwendbarkeit des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh, Art. 7 EMRK und des nationalen Milderungsgebots	292
Literaturverzeichnis	295