

Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa

Von Professor Dr. Dr. **Uwe Scheffler**, Frankfurt/Oder*

Einleitung: Zwischen Kasuistik und Generalisierung

Vor gut einem Vierteljahrhundert hat *Heinrich Honsell*, der Wanderer zwischen deutschen, österreichischen und schweizerischen Rechtsfakultäten¹, in seiner Salzburger Antrittsvorlesung „Vom heutigen Stil der Gesetzgebung“ konstatiert: Man habe schon in der Antike „erkannt, daß der Gesetzgeber zwischen der Skylla einer über das Ziel hinauschießenden, die Gefahr ungewollter Verallgemeinerung heraufbeschwörenden Abstraktion und der Charybdis einer das Ziel nie erreichenden, notwendig unvollständigen Kasuistik den richtigen Weg finden muß“².

Nun zeigt diese Beschreibung schon, dass es havarieträchtig wäre, etwa mit dem leider „heute nahezu vergessene[n] ... ‚Papst‘ des Prozeßrechts“³ *Adolf Wach* kurz zu meinen, „mit der fortschreitenden Kultur“ müsse sich die Strafgesetzgebungstechnik „von der Kasuistik zur Generalisierung“ erheben⁴. Kasuistik ist zwar sicher ein Relikt, solange eine Norm einen Sachverhalt nicht verallgemeinert, sondern sich damit begnügt, nur einen speziellen Fall zu regeln. Die oft zitierte Regelung in der *lex salica* aus dem 6. Jahrhundert über die Verwundung am Kopfe, bei der drei Knochensplitter oberhalb des Gehirnes hervortreten⁵, möge als Beispiel dienen – vielleicht aber auch § 266 a Abs. 3 des heutigen deutschen StGB, das Veruntreuen von Arbeitsentgelt.

* Nahezu unveränderte, lediglich mit Anmerkungen versehene Fassung des Referats, das der Verfasser auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt/Oder am 6. 5. 2005 gehalten hat. Die dem Referat zugrundeliegende, weit ausführlichere Untersuchung ist zur Veröffentlichung in der von *Vormbaum* herausgegebenen Schriftenreihe *Juristische Zeitgeschichte – Kleine Reihe* vorgesehen.

¹ *Heinrich Honsell* ist bzw. war als Professor an den Universitäten Bielefeld, Salzburg und Zürich tätig.

² *Honsell*, Vom heutigen Stil der Gesetzgebung, Salzburger Universitätsreden Heft 67, 1979, S. 6.

³ *K.-P. Schroeder*, Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz, 2001, S. 161, 171.

⁴ *Wach*, Legislative Technik, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. VI, 1908, S. 38.

⁵ „Wenn jemand einen Menschen derart am Kopfe verwundet, dass das Gehirn hervortritt und drei Knochensplitter oberhalb des Gehirnes herauskommen, werde er zu 1 800 Pfennigen gleich 45 Schillingen verurteilt“; hier zit. n. *Gergen*, JA 2004, 365.

Aber Kasuistik lässt sich nicht auf „das Haften am Einzelnen ..., das Verzetteln im Zufälligen“⁶ reduzieren. Ein kurzer Blick in das immer weiter anschwellende deutsche StGB zeigt schon, dass sich so manche voluminöse Regelung wie etwa beim Kindesmissbrauch oder beim Diebstahl durch das Auftürmen von Erschwerungsgründen erklärt – man könnte von vertikaler Kasuistik sprechen: Ein Tatbestand wird zersplittert durch die Abspaltung zahlreicher Varianten, die eine besondere, speziell festgelegte Strafe verdienen. Bei anderen Normen – etwa der Pornographie – beruht die Fülle dagegen auf der Nebeneinanderstellung verschiedenster Einzelfälle, das Gesetz nennt jede Modalität detailliert; dies könnte man dementsprechend also als horizontale Kasuistik bezeichnen.

Dass auch solche Kasuistik immer ein Relikt darstellt, sollte man nicht vorschnell behaupten. Selbst dort, wo der Gesetzgeber horizontal verschiedene Einzelfälle auf einer Ebene nebeneinander stellt, ohne zu versuchen, sie generalisierend „unter einen Hut“ zu bekommen, bleibt ein Gewinn an Bestimmtheit in Betracht zu ziehen. Und soweit – vertikale Kasuistik – zahlreiche schwerere Fälle vom Grunddelikt abgeschieden werden, mag anzuführen sein, dass dies der Gleichheit der Rechtsanwendung dient⁷.

Honsell bemerkte damals zu seinem Bild der von Generalisierung und Kasuistik so gefährlich umsäumten Meeresenge, wo das Ausweichen vor der einen Gefahr unweigerlich die Annäherung an die andere zur Folge hat⁸, seine Warnungen würden leider auch zu jener Zeit „nichts gelten“. Und zumindest auf das materielle Strafrecht, namentlich auf den Besonderen Teil bezogen will ich hinzufügen, dass die Mahnung, den „richtigen Weg“, den Königsweg des Fürsten von Ithaka auf seiner Odyssee zu finden, für die begonnene Phase der Schaffung gesamteuropäischer Strafrechtsnormen immer noch nichts an Aktualität verloren hat – im Gegenteil: Es besteht mehr Anlass zur Sorge denn je. Die Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland atmet wieder den Geist alter Zeiten – genauer: Zwei früher unbekannte Gesetzestechniken ziehen das StGB in den Strudel der Kasuistik.

Nur mit diesem, im Rahmen der kaum noch überschaubaren Diskussionsbeiträge der letzten Jahre zu Chancen und Gefahren der Europäisierung so gut wie überhaupt nicht näher betrachteten Aspekt⁹ will ich mich im Folgenden befassen.

⁶ *Wach* (Anm. 4), S. 37; ähnlich *ders.*, DJZ 1910, 109.

⁷ Vgl. *Noll*, JZ 1963, 300; *F.-C. Schroeder*, GA 1990, 99.

⁸ Ähnlich *Noll*, JZ 1963, 300: „Dilemma“.

⁹ Siehe aber – allerdings mit jeweils anderer Blickrichtung – *Satzger*, JuS 2004, 943 ff.; *Eckstein*, ZStW 117 (2005), S. 125 ff.

I. Aufklärerisches Ideengut – Eine Rückbesinnung

1. Von *Montesquieu* zum PreußALR von 1794

Die moderne Diskussion um die richtige Gesetzgebungstechnik¹⁰ leitete zunächst lange Zeit *Montesquieus* bekannter Ausspruch, dass der Richter nur der „Mund des Gesetzes“ zu sein habe¹¹. Hierdurch erhielt die kasuistische Gesetzgebungstechnik, offenbar dem Richter weniger Spielraum lassend als die generalisierende, vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungspostulats einen theoretischen Überbau: Genauso wie es zu verhindern galt, dass die Exekutive die Judikative kontrolliert, war auch zu besorgen, dass die Dritte Gewalt die Legislative respektiert.

Dieser Gedanke wurde von den Potentaten des Aufgeklärten Absolutismus begierig aufgegriffen, da er die Stellung des Monarchen als obersten Gesetzgeber festigte¹². Die praktische Konsequenz der Forderung nach der Reduzierung des Richters zu einem Subsumtionsautomaten war dann auch ein ausdrückliches Auslegungsverbot, wie es etwa für das PreußALR verfügt wurde¹³: Der Richter musste stattdessen, wenn er „den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft“ fand, „seine Zweifel der Gesetzcommission anzeigen“¹⁴.

Infolgedessen wurde die von *Christian Wolff*¹⁵ schon Anfang des 18. Jh. propagierte Idee, im Wege einer kontinuierlichen Gesetzesrevision eine fort-

¹⁰ Siehe hierzu und zum folgenden ausführlich *Mertens*, Gesetzgebungstechnik im Zeitalter der Kodifikationen, 2004, insbes. Teil C.

¹¹ *Montesquieu*, *Esprit des loix*, 1748, Buch XI, Kap. VI: „Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ...“

¹² Deutlich etwa bei *Friedrich II*, Kabinettsorder vom 14. April 1781, zit. n. *Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, S. 86 f. Fn. 26: „... werden wir nicht gestatten, daß irgendein Richter ... Unsere Gesetze zu interpretieren, auszudehnen oder einzuschränken, viel weniger neue Gesetze zu geben, sich einfallen lasse ...“; näher *Küper*, Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 60 ff.

¹³ Einl. § 46 PreußALR: „Bey Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter keinen anderen Sinn beilegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhang derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes deutlich erhellt.“ Man sollte hier wohl besser von einem strikt an den Willen des Gesetzgebers gebundenen Auslegungsgebot sprechen, das nur anders ermittelte Interpretationen untersagte – sog. *interpretatio authentica*.

¹⁴ Einl. § 47 PreußALR (sog. *référé législatif*). Die richterliche Anfragepflicht vor der Entscheidung wurde durch Kabinettsorder vom 8. März 1798 abgeschafft; nach wie vor musste aber der Richter „diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz sofort anzeigen“ (Einl. § 50 PreußALR).

¹⁵ Näher zu ihm *Timme*, JuS 2004, 1042 ff.

schreitende Vervollständigung der Gesetze zu erreichen, zu einer der „Lieblingsideen der aufklärerischen Gesetzgebungstechnik“¹⁶.

Kein Wunder, dass vor solchem Hintergrund immer voluminösere Gesetze – der strafrechtliche Teil des PreußALR hatte 1577 Paragraphen, allein 75 regelten den Diebstahl¹⁷, davon vier ausschließlich die Wegnahme von Leichen¹⁸ – durch noch umfangreichere Entwürfe übertroffen wurden¹⁹. Man wolle offenbar „für jede Grille der Unterthanen ein Gesetz geben“²⁰, lauteten erste kritische Einwände²¹.

2. Von *Feuerbach* zum BayStGB von 1813

a) *Feuerbachs Ideen*

Jedenfalls traten diesem „naiven“²² kasuistischen Konzept schon früh im 19. Jahrhundert mit *Savigny*²³ und vor allem mit *Paul Johann Anselm Feuerbach*²⁴ Gesetzgebungstheoretiker entgegen, die erkannten, dass jede neue Ausnahme oder Modifikation einer Grundregel nur immer weitere Abgrenzungs- und Auslegungsschwierigkeiten bringt. Bildlich vorgestellt: Der Keil, der in einen Spalt, in eine Lücke gesteckt wird, lässt an den Seiten jeweils

¹⁶ *Mertens* (Anm. 10), S. 331.

¹⁷ Th. II Tit. XX §§ 1108 ff. PreußALR.

¹⁸ Th. II Tit. XX §§ 1152 ff. PreußALR.

¹⁹ So umfasste der „Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten“ *Kleinschrods* von 1802 nicht weniger als 2972 Paragraphen (auf den materiell-rechtlichen Teil entfielen 1563 Paragraphen).

²⁰ *Schlosser*, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, 1789, S. 331.

²¹ Freilich ist zu beachten, dass die hohe Paragraphenzahl im PreußALR wie auch bei *Kleinschrod* (s. Anm. 19) auch darauf zurückzuführen ist, dass jedem Satz ein eigener Paragraph zugewiesen wurde (vgl. den kürzesten Diebstahlsparagraphen des PreußALR, Th. II Tit. XX § 1146: „Eben das gilt von Entwendungen der Fische aus Hälden, Privatseen, oder Teichen“); *Feuerbach* bemerkte zum Entwurf *Kleinschrods*: „Jede, auch die kleinste nähere Bestimmung, die oft durch ein einziges Wort, am gehörigen Ort eingeschaltet, hätte ausgedrückt werden können, erhält ihre eignen Paragraphen, die, oft Zwischensätze getrennt, erst wieder in ein gediegenes Ganzes eingeschmolzen werden müssen, wenn die Totalvorstellung daraus hervorgehen soll“ (*Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, 1804, Theil 1, S. 21); s. dazu auch *Mertens* (Anm. 10), S. 414 Fn. 544, S. 432 Fn. 622.

²² *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 17 III 1.

²³ *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 21 f.

²⁴ *Feuerbach* (Anm. 21), S. 10 ff.

neue Lücken offen; man kann dies unendlich oft wiederholen – es entstehen nur immer wieder neue, freilich kleinere Lücken.

Und das Ideal der Vollständigkeit lässt sich nun mal schon aus Gründen der Logik niemals mit Kasuistik – dann „wird die Gesetzgebung eben durch ihre Ausführlichkeit unvollständig und voll Lücken seyn“²⁵ –, sondern nur „in der Allgemeinheit und Vollständigkeit allgemeiner Regeln“²⁶ erreichen, wie es *Feuerbach*, der trotz seiner anerkannten Größe vielleicht sogar immer noch unterschätzte Riese unseres Faches²⁷, einmal formulierte.

Nun besteht weiter das Problem, dass eine sehr ins Detail gehende Regelungstechnik mit dem Ideal von allgemeinverständlichen Gesetzen in Konflikt gerät: „Kasuistische Regelungen sind immer umfangreicher als generelle und beanspruchen schon allein deswegen mehr Verständniskapazität beim Adressaten“, hat *Peter Noll* dies zusammengefasst²⁸. Kein Diebstahlsparagraf beispielsweise kann insoweit mit dem 8. Gebot konkurrieren. Namentlich in Ansehung seiner Psychologischen Zwangstheorie legte gerade *Feuerbach* auf solche prägnanten Gesetze größten Wert: Man müsse ansonsten, schrieb er, „erst den Haufen (und für den sind doch wohl zunächst die Strafgesetze gegeben) ein collegium juris criminalis hören lassen, ehe wir von ihm Kenntniß dieser Strafdrohungen und eine bestimmte Furcht vor denselben fordern und erwarten können“²⁹.

Für das Strafrecht besteht das besondere Problem jedoch darin, die Alternative, eine generalisierende Regelungstechnik, mit dem Bestimmtheitsgebot in Einklang zu bringen. Generalisierung birgt nun mal die Gefahr zu großer Vieldeutigkeit, von „Kautschukbegriffen“ in sich, wie *Adolf Wach*, dessen fast 100 Jahre alte Analyse der „Legislativen Technik“ in der „Vergleichenden Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts“ immer noch inspirierend ist, es einmal formulierte³⁰.

²⁵ *Feuerbach* (Anm. 21), S. 11.

²⁶ *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft – Eine Antrittsrede, 1804, S. 71.

²⁷ Vgl. *Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach – Ein Juristenleben, 2. Aufl. 1957, S. 168: „... genialste[r] Gesetzgeber unter den deutschen Juristen“; *Küper*, im Vorwort der von ihm herausgegebenen Aphorismensammlung *Feuerbachs* (Reflexionen – Maximen – Erfahrungen, 1992): „... das Genie unter den großen Juristen des 19. Jahrhunderts ...“

²⁸ *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 268.

²⁹ *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Bestimmungen des positiven peinliches Rechts, Theil 2, 1800, S. 202 Fn.

³⁰ *Wach* (Anm. 4), S. 41.

Man kann das Suchen nach einer halbwegs gefahrlosen Durchfahrt zwischen Skylla und Charybdis deutlich bei *Feuerbach* erkennen: Die „Hauptfäden, welche eine Gesetzgebung tragen, ... fehlen, wo die von [dem Gesetzgeber] aufgestellten Begriffe in vager Allgemeinheit ohne scharf bezeichnete Grenzen hin und her schwanken“; denn dann habe der Richter „die Freiheit, dasjenige, was seines Dafürhaltens der Gesetzgeber hätte denken sollen und können, für das zu nehmen, was er wirklich gedacht habe“³¹. *Feuerbach* blieb aber andererseits dabei, dass die gewünschte Anwendungssicherheit nicht durch einen kasuistischen Stil erreicht werden dürfe: Ein „mit verwirrenden Kleinigkeiten überladenes Werk wird den Richter betäuben, statt zu erleuchten“³². Nur ein kombinierender Mittelweg zwischen diesen zwei „Abwegen“³³ könne es also bringen.

b) *Die Umsetzung: „Erläuternde“ Kasuistik im BayStGB*

Infolge dieser Überlegungen wird dann auch in dem wesentlich auf *Feuerbach* zurückgehenden BayStGB von 1813 vor allem der Allgemeine Teil mit vorher nicht gekanntem Detailreichtum und großer Präzision ausgefüllt, um den Besonderen Teil von kasuistischen Regelungen zu entlasten. Er umfasste auch abzüglich der Rechtsfolgenbestimmungen noch über 100 der insgesamt 459 Artikel des materiellrechtlichen Teils. Und im Besonderen Teil war das BayStGB einer, so könnte man es nennen³⁴, „erläuternden Kasuistik“ verfassen: Es stellt häufig zunächst einmal eine allgemeine Regel abstrakt auf³⁵ und hebt dann gegebenenfalls genau beschriebene Begehungsformen hervor, denen jeweils spezifische Strafzumessungsvorgaben zugeordnet werden³⁶.

³¹ *Feuerbach*, Biographischer Nachlaß, hrsg. v. L. *Feuerbach*, 2. Aufl., Bd. 1, 1853, S. 216.

³² *Feuerbach* (Anm. 31), S. 219; s. auch *ders.* (Anm. 21), S. 13 ff.

³³ *Feuerbach* (Anm. 31), S. 218.

³⁴ Vgl. *Mertens* (Anm. 10), S. 288, 294.

³⁵ Bspw. Art. 209 BayStGB: „Wer wissentlich ein fremdes bewegliches Gut ohne Einwilligung des Berechtigten, jedoch ohne Gewalt an einer Person, eigenmächtig in seinen Besitz nimmt, um dasselbe rechtswidrig als Eigenthum zu haben, ist ein Dieb.“

³⁶ Nun war das nicht unbedingt ein neuer Gedanke. Schon mit Kabinettsorder vom 27. Juli 1780 hatte *Friedrich II* den Plan für das PreußALR gebilligt, dass „bey jeder Materie die allgemeinen Grundsätze und Regeln vorausgeschickt, und einer jeden ihre Bestimmungen und Ausnahmen mit möglichster Praecision untergeordnet werden“ (Kabinettsorder vom 27. Juli 1780, zit. n. *Mertens* [Anm. 10], S. 289 Fn. 8). Und dementsprechend rühmte sich *Svarez*, selbst im PreußALR die Menge der einzelnen Fälle „auf gewisse allgemeine Grundsätze“ zurückgeführt zu haben (*Svarez*, Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein? [Berlinische Mschr. Bd. 12, 1788], in: Vorträge über Recht und Staat, hrsg. v. C. und G. *Kleinbeyer*, 1960, S. 628 f.). *Feuerbach* setzte diesen Gedanken jedoch weit konsequenter um.

Feuerbachs Gesetzbuch war nicht zuletzt deshalb, mit *Gustav Radbruch* gesprochen, „groß, bahnbrechend und vorbildlich“³⁷.

II. Deutsche Strafgesetzgebung – Ausgewählte Probleme

Das RStGB von 1871 war sodann der Zwerg, der, auf den Schultern des Riesen *Feuerbach* und seines Gesetzes stehend, noch weiter ins Land schauen konnte. Es gelang dort, die Paragraphenzahl nochmals deutlich zu reduzieren. Der Besondere Teil enthielt – ohne die Übertretungen – nur noch 280 Vorschriften mit einer Tatbestandslänge von oftmals nur 3, 4 oder 5 Druckzeilen.

Zwar gab es damals auch noch groteske horizontal-kasuistische Ausreißer: § 90 Abs. 1 Nr. 2 RStGB beispielsweise nannte als Tatobjekte nacheinander „Festungswerke, Schiffe oder andere Fahrzeuge der Kriegsmarine, Kassen, Zeughäuser, Magazine oder andere Vorräthe von Waffen, Schießbedarf oder anderen Kriegsbedürfnissen ... sowie Brücken und Eisenbahnen“. § 275 RStGB wiederholte nicht weniger als dreimal die Tatobjekte „Stempelpapier“, „Stempelmarken“, „Stempelblankette“, „Stempelabdrücke“ und „gestempelte Briefcouverts“. § 308 RStGB begann mit der lange gültigen Aufreihung „Gebäude, Schiffe, Hütten, Bergwerke, Magazine“. Schließlich wäre auch § 266 RStGB zu nennen, bei den Tatsubjekten zahlreiche Berufe wie Wäger, Messer, Bracker, Schauer und Stauer einzeln aufzählend.

1. Diebstahlskasuistik als Sündenfall

Dennoch war das Konzept *Feuerbachs* weitgehend umgesetzt – bis auf einen nicht zu unterschätzenden Punkt: Der Diebstahl samt seinen Erschwerungen – ein Problem vor allem der vertikalen Kasuistik. Den hatte aber auch schon *Feuerbach* in seinem Strafgesetzbuch nicht in den Griff bekommen; es enthielt trotz „Abspeckung“ gegenüber früheren Gesetzen³⁸ noch immer über 20 verschiedene Diebstahlsvorschriften³⁹.

³⁷ *Radbruch* (Anm. 27), S. 85.

³⁸ Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, hrsg. von C. J. A. *Mittermaier*, § 323 (S. 526) Fn. 1: „Verschiedene, in der PGO. noch besonders genannte Arten der Entwendung ... sind entweder nach den Grundsätzen der übrigen Arten des Diebstahls zu bestrafen oder gehören ... gar nicht zum Diebstahl, oder sind ... hinsichtlich ihrer Bestrafung bloß nach den Particulargesetzen und Gewohnheiten zu beurtheilen.“

³⁹ Siehe Art. 209–228, 379–381 BayStGB.

a) § 243 RStGB von 1871

Stattdessen blieb § 243 RStGB eher ein verdünnter Aufguss der „schier endlosen Aufzählungen“⁴⁰ von qualifizierten Diebstahlvarianten des Preuß-StGB von 1851⁴¹ – und war damit, mit *Maurach* gesprochen, ein „Musterfall unerfreulicher Kasuistik“⁴². Schon *Adolf Wach* goss am Ausgangspunkt der Strafrechtsreform die „Lauge des Spotts“⁴³ über die „Fülle von Widersinn“, die „hochgradigen Absurditäten“, die „üblen Erzeugnisse“ und das „Lächerliche“ des Katalogs des § 243 RStGB aus⁴⁴.

Vielleicht wäre dies anders geworden, hätten sich die Väter des RStGB hier an *Feuerbachs* späteren Versuchen orientieren können. *Feuerbach* war seit 1814 Richter⁴⁵ – ein für ihn „ganz unbekannt[e] Wirkungskreis“, in

⁴⁰ *Mertens* (Anm. 10), S. 295 Fn. 37; s. nur etwa in § 217 PreußStGB gleich die Nr. 1: „In folgenden Fällen soll die Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten sein: 1) wenn Ackergeräthschaften oder Thiere, welche zum Ackerbau gebraucht werden, von dem Felde, Thiere von der Weide, Wild aus umzäunten Gehegen, Fische aus Teichen oder Behältern, Bienenstöcke von dem Stande, Tuche, Linnen, Gewebe oder Garne von dem Rahmen oder von der Bleiche gestohlen werden ...“

⁴¹ Vgl. insbes. § 218 PreußStGB: „Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren und Stellung unter Polizeiaufsicht tritt in folgenden Fällen ein: 1) wenn aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude Gegenstände gestohlen werden, welche dem Gottesdienst gewidmet sind; 2) wenn der Diebstahl in einem bewohnten Gebäude entweder zur Nachtzeit oder von zwei oder mehreren Personen begangen wird; 3) wenn in einem Gebäude oder in einem umschlossenen Raum vermittelst Einbruchs oder Einsteigens gestohlen wird; 4) wenn der Diebstahl dadurch bewirkt wird, daß zur Eröffnung eines Gebäudes oder der Zugänge eines umschlossenen Raumes, oder zur Eröffnung der im Inneren befindlichen Thüren oder Behältnisse falsche Schlüssel angewendet werden; 5) wenn auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze, einer Wasserstraße oder Eisenbahn, oder in einem Postgebäude oder dem dazu gehörigen Hofraume, oder auf einem Eisenbahnhofe, eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen des Transports gehörende Sache, mittelst Abschneidens oder Ablösens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel oder durch Anwendung falscher Schlüssel gestohlen wird; 6) wenn Sachen, welche eine blödsinnige Person oder ein Kind unter zwölf Jahren an oder bei sich führt, gestohlen werden; 7) wenn der Dieb oder einer der Diebe, oder einer der Theilnehmer am Diebstahle Waffen bei sich führt; 8) wenn zu dem Diebstahle zwei oder mehrere Personen als Urheber oder Theilnehmer mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl verbunden haben; 9) wenn der Diebstahl während einer Feuers- oder Wassernothe an den gefährdeten oder geflüchteten Sachen begangen wird.“

⁴² *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl. 1969, S. 214.

⁴³ zu *Dohna*, MschrKrimBiol 1938, 190.

⁴⁴ *Wach* (Anm. 4), S. 38 f., 43; s. auch die Glosse von *Maurach* („*Reginhardus Muraquensis-Monacensis*“), JZ 1962, 380.

⁴⁵ *Feuerbach* war 1814 nach längeren Querelen vom Ministerium an das Appellationsgericht nach Bamberg versetzt worden, s. näher *Radbruch* (Anm. 27), S. 93 ff.

dem er, wie er empfand, „den Lehrling und den Meister zu gleicher Zeit zu spielen“ hatte⁴⁶. *Feuerbach* regte, nun praktisch konfrontiert mit seiner Gesetz gewordenen Kopfgeburt, selbst eine Korrektur des ausgefertigten Diebstahlsrechts bei seinem Ministerium an⁴⁷. In seinem weitgehend unbekanntem, lange Zeit verschollenen, erst von *Radbruch* wiedergefundenen⁴⁸ Entwurf eines revidierten BayStGB von 1824⁴⁹ bemühte er sich, „umfassendere Vollständigkeit mit größerer Kürze und höherer Klarheit [zu] vereinigen“⁵⁰. *Feuerbach* lockerte in seinem Entwurf die speziellen Diebstahlsvarianten und unterschied nur noch in zwei Artikeln zwischen „ausgezeichneten“ Diebstählen⁵¹ und solchen „unter erschwerenden Umständen“⁵², die beide allerdings wiederum kasuistisch formuliert waren; so wurden immer noch etwa „Perlenmuscheln“⁵³ als Tatobjekt explizit genannt.

Wie dem auch sei. Jedenfalls muss nachdenklich stimmen, dass ausgerechnet der Diebstahl „von jeher besonders anfällig“⁵⁴ für kasuistische Sündenfälle zu sein scheint. Bloßer Zufall? Vielleicht sollte man einmal hinterfragen, ob das nicht auch eine Frage des Blickwinkels sein kann: Die Klassifizierung eines Tatbestandes als kasuistisch oder aber als generalisierend ist bis zu einem gewissen Grad relativ. Warum sprechen wir nicht von horizontal-kasuistischer Gesetzgebung, wenn wir heute im Rahmen der Vermögensdelikte trotz jeweils gleicher Strafandrohung zwischen Wegnahme als Diebstahl und Weggabe als Betrug differenzieren, nicht Raub, Räuberischen Diebstahl und Räuberische Erpressung zusammenfassen oder Begünstigung von Hehlerei unterscheiden? Denkt jemand an vertikale Kasuistik, weil der Raub aus dem Diebstahl hervorgehoben wird, und die Erpressung aus der Nötigung?

⁴⁶ *Feuerbach* (Anm. 31), S. 283.

⁴⁷ *Radbruch* (Anm. 27), S. 112 f.; s. auch *Schubert*, Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824, 1978, S. 193.

⁴⁸ Näher *Schubert* (Anm. 47), S. 16; s. auch *Radbruch* (Anm. 27), S. 166.

⁴⁹ *Feuerbach* erhielt Anfang August 1824 einen Auftrag vom damaligen bayerischen Justizminister *Zentner* zur Umarbeitung des BayStGB, ging mit Begeisterung ans Werk, wurde aber Anfang 1825 vom Minister aufgefordert, von einem amtlichen Auftrag nichts zu erwähnen, sondern so zu tun, als hätte er sich in Privatarbeit dieser Aufgabe gewidmet. *Feuerbach* ging hierauf nicht ein und stellte auch der nun eingesetzten Gesetzeskommission seinen Entwurf nicht zur Verfügung. Siehe näher *Radbruch* (Anm. 27), S. 164 f.; *Schubert* (Anm. 47), S. 15 f.

⁵⁰ *Feuerbach*, zit. n. *Radbruch* (Anm. 27), S. 165.

⁵¹ Buch 2 Hauptstück 7 Art. 8 BayStGB-E 1924.

⁵² Buch 2 Hauptstück 7 Art. 6 BayStGB-E 1924.

⁵³ Buch 2 Hauptstück 7 Art. 2 Nr. 3 BayStGB-E 1924.

⁵⁴ *Mertens* (Anm. 10), S. 295.

Die Vermögensdelikte machen seit jeher den überwältigenden Teil der Kriminalität aus. Diebstahl ist das mit weitem Abstand am häufigsten vorkommende Delikt. Macht nicht diese empirische Betrachtung schon verständlich, dass hier ein besonderes Bedürfnis nach Differenzierung besteht, anders als bei Delikten, wo die Varianten mangels Masse vielleicht phantasiereich ausgedacht werden müssten und kaum einmal zum Tragen kämen?

Damit eröffnet sich nun aber die Frage, warum es dann dem Gesetzgeber seit jeher so häufig zu misslingen scheint, beim Diebstahl akzeptierte Unterscheidungen zu treffen, dass schon *August Geyer*, gelobt als „guter Kenner auch der ausländischen Rechtssysteme“⁵⁵, vom „Erbübel der kasuistischen Behandlung“⁵⁶ sprach.

Um wenigstens die „Fülle von Widersinn“ im alten § 243 StGB Makulatur werden zu lassen – etwa zur Schließung der beklagten Lücke in Nr. 2⁵⁷, sofern der Dieb die mit einer Schutzvorrichtung versehene Sache zunächst mitsamt dieser wegnimmt und sie erst später aufbricht⁵⁸ – hätte es jedenfalls kaum mehr als dreier berichtigender Worte des Gesetzgebers bedurft⁵⁹.

b) § 243 StGB i. d. F. des 1. StrRG von 1969

Der deutsche Reformgesetzgeber ging stattdessen den von *Kohlmann* zu Recht sogleich gescholtenen Weg der „Kaschierung gesetzgeberischer Unfähigkeit“⁶⁰: Bekanntlich wurde § 243 StGB 1969 in einen (zunächst⁶¹) durch sechs Regelbeispiele benannten (Besonders⁶²) Schwere Fall umgewandelt – eine Gesetzgebungstechnik, die das StGB damals ansonsten nur in einem Randbereich enthielt⁶³.

Hauptargument gegen die bloße Überarbeitung der missglückten Qualifikationstatbestände war bei § 243 StGB deren zu enge und damit nicht

⁵⁵ Österreichisches Biographisches Lexikon 1815–1950, Bd. 1, 1957, Stichwort: Geyer, August.

⁵⁶ *Geyer*, Besprechung des Entwurfs eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen für die nicht-ungarischen Länder Österreichs vom Jahre 1867, 1867, S. 197.

⁵⁷ § 243 Nr. 2 a.F. StGB: „... wenn aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen wird ...“

⁵⁸ Siehe BGHSt. 14, 291; s. auch *Bockelmann*, JZ 1951, 296 ff.

⁵⁹ So auch *Hirsch*, Festschrift für Gössel, 2002, S. 294: „... der Gesetzgeber [hätte] den Widerspruch leicht korrigieren können“; s. auch *Zieschang*, Jura 1999, 567.

⁶⁰ *Kohlmann*, JZ 1970, 591; dagegen *Wessels*, Festschrift für Maurach, 1972, S. 309.

⁶¹ § 243 Abs. 1 Nr. 7 wurde erst 1989 in das StGB eingefügt.

⁶² Das Wort wurde erst durch das EGStGB 1975 eingefügt.

⁶³ Die Regelbeispieltechnik war 1968 im 8. StrÄndG in §§ 94 Abs. 2, 95 Abs. 3, 99 Abs. 2, 100 Abs. 3, 100a Abs. 4 StGB verwendet worden.

erschöpfende Regelung. Es ging zuvörderst um die Vermeidung von möglichen Bestrafungslücken⁶⁴, wengleich auch zumeist eilfertig hinzugefügt wurde, dass die „schmiegsame“⁶⁵ Regelbeispieltechnik auch „Härten“ zu vermeiden helfe⁶⁶.

Niemand⁶⁷ dachte daran, die „Widersinnigkeiten“ im alten § 243 StGB durch die Herausnahme von Erschwerungen aufzulösen⁶⁸. Die Norm wurde auch kaum kürzer⁶⁹, indem man sich etwa auf Regelbeispiele im Sinne weniger „Leitgedanken“ zur Illustration beschränkte und so für den Verzicht auf Abgeschlossenheit und damit Bestimmtheit wenigstens Prägnanz und Übersichtlichkeit gewonnen hätte. Folglich setzte die gewählte Umformulierung des Qualifikationstatbestandes nicht dessen Umwandlung in Regelbeispiele voraus.

Letztlich musste aber beim Diebstahl bisher eher selten der „Unterthan büßen ..., was der Gesetzgeber verschuldet hat“, wie *Feuerbach* die wortlautüberschreitende Auslegung kommentierte⁷⁰: „... die Generalklausel hat kaum praktische Bedeutung“⁷¹.

2. Vertikale Kasuistik: Regelbeispiele

Jedenfalls leiteten die Regelbeispiele des § 243 StGB im Bereich der gesetzlichen Strafschärfungen die allgemeine Renaissance der kasuistischen Technik ein. Seitdem wurde es wieder Mode, vertikal alles Mögliche abzuspalten und das StGB mit einem Arsenal an Sonderstrafrahmen aufzurüsten. Man

⁶⁴ Vgl. Begr. BReg E 1962, BT-Drucks. IV/650 S. 400: „Der Vorteil liegt darin, daß der Richter ... Taten, die sich nicht unter die Beispiele bringen lassen, ihnen aber nach Schwere des Unrechts und der Schuld nahestehen, ebenfalls aus dem schwereren Rahmen strafen kann ...“

⁶⁵ Begr. BReg E 1962, BT-Drucks. IV/650 S. 400.

⁶⁶ Begr. BReg E 1962, BT-Drucks. IV/650 S. 184; s. auch S. 400.

⁶⁷ Siehe aber zu *Dohna*, MschrKrimBiol 1938, 191.

⁶⁸ Immerhin war die vor allem kritisierte Lücke in Nr. 2 erst dadurch entstanden, dass der BGH (BGHSt. 1, 158), die Intention des Gesetzgebers ignorierend, die reichsgerichtliche Rechtsprechung (RGSt. 4, 164; 8, 364; 70, 360) korrigierte und das Tatbestandsmerkmal „umschlossener Raum“ auch bei fehlender Verbundenheit mit der Erdoberfläche als erfüllt ansah (näher *Hirsch*, Festschrift für Gössel, S. 294).

⁶⁹ § 243 Abs. 1 StGB enthielt (zunächst) sechs Nummern, dazu kam § 244 StGB; näher *Ruß*, in: LK, 10. Aufl. 1988, § 243 Rdn. 4.

⁷⁰ *Feuerbach* (Anm. 21), Theil 2, 1804, S. 34.

⁷¹ *Hirsch*, Festschrift für Gössel, S. 294; s. auch *Meyer-Göfner*, bei: *Dietmeier*, ZStW 110 (1998), S. 409.

schaue sich nur einmal die teilweise grotesk aufgeblähten Qualifikationen beim Kindesmissbrauch⁷² oder den lächerlichen § 244 a StGB⁷³ an!

a) *Umwandlung von Qualifikationen: Angst vor Strafbarkeitslücken?*

Konzentrieren möchte ich mich aber weiter nur auf die Regelbeispiele. Zwar scheinen beide Spielarten problemlos austauschbar zu sein⁷⁴, wie etwa die

⁷² Bis 1974 war das StGB bei der Umschreibung der „Unzucht mit Kindern“ in § 176 Abs. 1 Nr. 3 noch mit ganzen 17 Worten ausgekommen („... mit Personen unter vierzehn Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt oder dieselben zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet.“). Hier hat sich inzwischen in der Tat das *Wolffsche* Ideal einer kontinuierlichen Gesetzesrevision insoweit realisiert, als dass ein Einzelvorkommnis, der sog. Rosenheimer Fall (BGH NStZ 1998, 403), 2004 zur Einfügung des Abs. 5 in § 176 StGB geführt hat (s. Entwurf CDU/CSU SexualdelÄndG, in: BT-Drucks. 15/29 S. 10; vgl. dazu *Amelung/Funcke-Auffermann*, StraFo 2004, 267: „Dieser Fall deckt jedoch entgegen der Meinung des Koalitionsentwurfes keine Strafbarkeitslücke auf. Vielmehr handelt es sich um bloße Beweisprobleme, welche jedoch niemals die Schaffung eines neuen Tatbestandes rechtfertigen können. § 176 Abs. 5, 1. Alt. StGB n.F. ist daher verfehlt“; s. auch *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1069). Zudem erfasst er nun etwa durch Verweis auf Abs. 4 Nr. 3 ganz konkret auch zusätzlich u. a. noch denjenigen, der jemandem ein Kind für das Einwirken „durch Schriften ..., um es zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es ... vor ... einem Dritten vornehmen ... soll, ... nachzuweisen verspricht“ – die Pönalisierung der Vorbereitung einer Vorbereitungshandlung, vielleicht so noch nie in der Realität vorgekommen.

⁷³ Der Gesetzgeber des OrgKG von 1992 hielt es mit der Einführung dieser Qualifikation einer Diebstahlsqualifikation für nötig, bei gleichbleibender Höchststrafe von zehn Jahren Freiheitsstrafe die Mindeststrafe des Bandendiebstahls gem. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB von sechs Monaten auf ein Jahr Freiheitsstrafe zu erhöhen, wenn die Tat gleichzeitig entweder § 243 Abs. 1 Satz 2 (am Rande: Diese „wunderbare Metamorphose“ [*Gössel*] von § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB zu einem Tatbestand bestärkt nicht nur den Verdacht des Etikettenschwindels durch Regelbeispiele, sondern bringt auch Verwerfungen bei atypischen Fällen) oder § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder aber dessen Nr. 3 erfüllt. Diese aus dem Gesetz nur nach genauem Hinsehen zu entnehmende Abweichung von § 52 StGB reduziert sich also schon auf die Aussage, dass bei Bandendiebstahl nicht eine Strafe nahe der Mindeststrafe verhängt werden darf, liegen noch weitere Diebstahlserschwerungen vor – der Richter wird für diese hilfreiche Orientierung sicherlich sehr dankbar sein. Nun bestimmt aber § 244 a Abs. 2 StGB, dass in minder schweren Fällen des Schweren Bandendiebstahls die Mindeststrafe doch wieder nur sechs Monate beträgt (vgl. *Noll*, Festschrift für Germann, 1969, S. 171: Die „Aufhebung einer gesetzlichen Kasuistik durch eine anschließende Ermessensklausel ist in der Gesetzgebung häufig und bildet meistens ein Indiz für eine Unsicherheit in der gesetzgeberischen Wertung“), so dass der Normbefehl des § 244 a StGB nunmehr vollständig lautet: Werden beim Bandendiebstahl gem. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB noch weitere Diebstahlserschwerungen erfüllt, darf der Richter eine Strafe am unteren Rand von dessen Strafrahmen nur im minder schweren Fall verhängen ...

⁷⁴ Vgl. auch *Rieß*, Festschrift für Gössel, 2002: „legislatorische[r] Zufall“; ähnlich *Eschelbach*, in: KMR, 35. Lfg. 2003, § 363 Rdn. 30.

Geschichte des (Wohnungs-) Einbruchsdiebstahls⁷⁵ zeigt. Dennoch gibt es hier Besonderes zu bemerken:

Der Gesetzgeber hat bekanntlich seit dem Sündenfall des § 243 StGB von der Regelbeispieltechnik namentlich im 6. StrRG ausgiebig Gebrauch gemacht und Regelbeispiele an zahllose Tatbestände teils ausdrücklich, teils auch durch Verweisungen angehängt.

Die Bedeutung der Angst vor Strafbarkeitslücken scheint sich zwar dadurch unterstreichen zu lassen, dass in den Vorarbeiten zum 6. StrRG auch geplant war, die Qualifikationen gerade der Gefährlichen Körperverletzung im damaligen § 223a StGB, der wohl nach § 243 StGB bedeutsamsten Erschweris, in Regelbeispiele umzuwandeln. In den Materialien findet sich dazu jedoch wenig Konkretes⁷⁶. Man betonte vielmehr stolz, die Technik „moderner Strafgesetzgebung“ zu verwenden. Das stützt eine andere Interpretation:

b) Beschreibung Besonders Schwere Fälle: „Ergebnis spielerischer Freude“?

In der Mehrzahl der Fälle wurden nämlich im Zuge des 6. StrRG Regelbeispiele nicht zur Verdrängung vermeintlich zu „starrer“ Qualifikationen gebildet⁷⁷. Auch wurde kein Strafrahmen durch die Hinzufügung von Regelbeispielen verschärft⁷⁸. Vielmehr hob der Gesetzgeber mit leichter Hand bisher unbenannte Besonders Schwere Fälle ausdrücklich durch Regelbeispiele hervor⁷⁹ bzw. erweiterte schon vorhandene⁸⁰; sie konnten die Straf-

⁷⁵ Näher *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, S. 173; *Hirsch*, Festschrift für Gössel, S. 289 Fn. 12.

⁷⁶ Siehe aber Begr. BRegE 6. StrRG, BT-Drucks. 13/8587 S. 1: „Eine Vielzahl von Strafvorschriften wird geändert, ergänzt oder neu gefasst, um Strafbarkeitslücken zu schließen ...“

⁷⁷ Das geschah letztendlich nur in dem eher unbedeutenden § 292 StGB, wo in Abs. 2 die bisherige Qualifikation (Abs. 3 a.F.) der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Jagdwilderei als Regelbeispiel in schon bestehende Regelbeispiele eingegliedert wurde.

⁷⁸ Siehe aber § 266a Abs. 4 StGB durch das SchwarzArbBekG von 2002; in der Regel wählte der Gesetzgeber hierfür Qualifikationen; etwa bei der Einfügung von § 244a StGB durch das OrgKG von 1992, wo sogar der Regelbeispielcharakter des in Bezug genommenen § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB verlorengeht (s. dazu schon oben Anm. 73 sowie *Eisele* [Anm. 75], S. 174); im 6. StrRG s. § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB.

⁷⁹ § 263 Abs. 3 StGB (Betrug); § 266 Abs. 2 i.V.m. § 243 Abs. 2, § 263 Abs. 3 StGB (Untreue); § 267 Abs. 3 StGB (Urkundenfälschung); § 268 Abs. 5 i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB (Fälschung technischer Aufzeichnungen).

⁸⁰ § 240 Abs. 4 StGB (Nötigung).

barkeit also nicht ausweiten⁸¹. *Gössel* ist zuzustimmen, dass Regelbeispiele im 6. StrRG deshalb eher als „Ergebnis spielerischer Freude“⁸² zu sehen sind. Sie erfreuen sich gesetzgeberischer Beliebtheit, weil man aufgrund ihrer Unverbindlichkeit anscheinend nicht so viel falsch machen kann⁸³.

Nun ist die Ersetzung unbenannter Besonders Schwerer Fälle durch Regelbeispiele grundsätzlich durchaus anders zu beurteilen als die „besonders fragwürdige“⁸⁴ Ersetzung von Qualifikationen, weil hier kein Verlust, sondern sogar ein Gewinn an Bestimmtheit zu konstatieren ist – besser als gar nichts, könnte man sagen⁸⁵. Aber dieses gnädige Urteil gilt sicher nicht mehr, wenn Regelbeispielbildung ausschließlich als *l'art pour l'art* betrieben wird und zu kaum noch nachvollziehbaren Konstrukten führt:

So kann der Gesetzgeber gelegentlich, wie bei der Nötigung, kaum verbergen⁸⁶, dass er durchaus Mühe hat, seiner Phantasie genügend Regelbeispiele entspringen zu lassen – mit dem bemerkenswerten Ergebnis, dass sich der Sexuellen Nötigung in § 177 StGB nun die sexuelle Nötigung gem. § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB zugesellt⁸⁷.

Oder: Jetzt sind auch der Betrug und die Untreue durch fünf identische Regelbeispiele umrahmt – darunter auch eines (§ 266 Abs. 2 i. V. m. § 263 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 StGB), das den Versicherungsbetrug als Besonders Schweren Fall der Untreue hervorhebt – mit *Schünemann* gesprochen, „eine kapitale Fehlleistung des Gesetzgebers“⁸⁸.

⁸¹ Dort, wo der Gesetzgeber im 6. StrRG neue Strafraumen kreierte, machte er auch nicht von der Regelbeispieltechnik Gebrauch, sondern verwandte Qualifikationen; s. § 267 Abs. 4 StGB (Urkundenfälschung), § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB (Gefährliche Eingriffe in den Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr).

⁸² *Gössel*, Festschrift für Hirsch, 1999, S. 185 – und weiter: „... eine Freude am Spiel mit der Verfassungswidrigkeit freilich.“

⁸³ Ähnlich *Hirsch*, Festschrift für *Gössel*, S. 291.

⁸⁴ *Gössel*, Festschrift für Hirsch, S. 186; s. auch *Hirsch*, Festschrift für *Gössel*, S. 290.

⁸⁵ Vgl. *Noll*, JZ 1963, 301: Die Regelbeispielermethode „könnte allenfalls Bedenken erwecken insofern, als sie auch gestattet, zuungunsten des Täters über die kasuistische Aufzählung schwerer Fälle hinauszugehen. Solche Bedenken stehen freilich in weit größerem Maße dem geltenden Recht entgegen, das die Generalklausel der besonders schweren Fälle weder inhaltlich umschreibt ..., noch Beispielsfälle anführt, an denen der Richter sich in seiner Wertung orientieren kann.“

⁸⁶ Siehe näher *Nelles*, in: *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, Einführung in das 6. StrRG, 1998, Teil 3 Rdn. 19; vgl. auch *Fischer*, ZStW 112 (2000), S. 79 Fn. 30.

⁸⁷ Näher *Gössel*, Festschrift für Hirsch, S. 193 f.; *Fischer*, ZStW 112 (2000), S. 75 f.; *Scheffler/Matthies*, in: *Kriminalität im Grenzgebiet* Bd. 5/6, hrsg. v. *G. Wolf*, 2002, S. 392 f.

⁸⁸ *B. Schünemann*, in: LK, 11. Aufl. 1998, § 266 Rdn. 177: „Die Verweisung in § 266 Abs. 2 auf § 263 Abs. 3 stellt ... eine kapitale Fehlleistung des Gesetzgebers dar, die

Kurzum: Dem heutigen Gesetzgeber fehlt hier das *Feuerbachs*che Verständnis, die nötige Sensibilität für Gesetzgebungstechnik.

c) „*Technik moderner Strafgesetzgebung*“? – Eine Skizze

Versuchen wir deshalb eine kurze Skizze, wie Straferschwerungen geregelt sein müssten, um tatsächlich als „Technik moderner Strafgesetzgebung“ bestehen zu können:

aa) *Exklusive Enumerationen*

Das Ergebnis sowohl der Angst vor Strafbarkeitslücken als auch der spielerischen Freude ist heute zumeist ein zusammenhangloses Sammelsurium an kasuistischen Hervorhebungen. *Thomas Fischer* hat dies einmal treffend zu den Regelbeispielen des Nötigungstatbestandes formuliert, die „unverkennbar die Tendenz zur wahllosen Erweiterung nach Maßgabe rechtspolitischer Konjunkturen in sich“ trügen: „Die Welt ist voll von Handlungen, zu denen man ganz besonders ungern genötigt werden möchte.“⁸⁹ Und für andere Besonders Schwere Fälle, nicht zuletzt beim Diebstahl, lässt sich nichts anderes sagen: Man kann sich viele Spielarten besonders gemeiner Wegnahmen vorstellen.

Soweit man dennoch solche schlechte, weil auf Systematisierung verzichtende Kasuistik beibehalten will, verbieten sich jedoch als Regelbeispiele ausgewiesene Erschwerungen von selbst. Sie haben keine genügende Verankerung im Gesetz. Schon aus diesem Grund ist deshalb die bekannte Entscheidung des BGH zur Millionen-Beute durch Bundesbankbeamte⁹⁰ abzulehnen, wird doch dort ein unbenannter Besonders Schwerer Fall völlig losgelöst von den Regelbeispielen angenommen⁹¹.

bb) *Regelbeispiele und „Nur-aber-nicht-immer“-Technik*

Will der Gesetzgeber dagegen unbedingt eine „schmiegsame“⁹² Regelung, so kommt er nicht umhin, seine Erschwerungsgründe einem Leitgedanken,

man mit guten Gründen wegen offensichtlicher Unvernunft für rechtsstaatswidrig und somit nichtig erklären könnte“; s. auch *Eisele* (Anm. 75), S. 428.

⁸⁹ *Fischer*, ZStW 112 (2000), S. 79 Fn. 30.

⁹⁰ BGHSt. 29, 319.

⁹¹ Siehe aber *Montenbruck*, Strafrahen und Strafzumessung, 1983, S. 95 ff., 235, wonach „normfremde Regelbeispiele und Qualifikationen ... auf andere Tatbestände übertragbar“ sind; vgl. §§ 263 Abs. 3 Nrn. 2 und 4, 267 Abs. 3 Nrn. 2 und 4 StGB!

⁹² Begr. BReg E 1962, BT-Drucks. IV/650 S. 400.

einem „gemeinsamen Nenner“ zuzuordnen – und diesen auch ausdrücklich zu bezeichnen.

Beim Diebstahl lassen sich, einen Ansatz *Graf Dobnas*⁹³ weiterdenkend, die meisten Erschwerungen auf einen Grundgedanken zurückführen und dementsprechend auch gesetzgebungstechnisch behandeln: Es geht um die Wegnahme von besonders geschützten (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1, 2 StGB) bzw. besonders schützenswerten, aber im öffentlichen Interesse nicht besonders schützbaeren Sachen (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 4, 5, 6 StGB)⁹⁴, also um den erhöhten Diebstahlschutz desjenigen, dem nicht vorzuwerfen ist, den „Selbstschutz verabsäumt“⁹⁵ zu haben⁹⁶. Daraus folgte also, dass man durchaus daran denken dürfte⁹⁷, die „Sicherungsetiketten-Fälle“⁹⁸ als unbenannte Besonders Schwere Fälle anzuerkennen, weil es dort auch um die Überwindung einer besonderen Schutzvorrichtung, wenngleich auch nicht „gegen Wegnahme“ wie in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB, sondern „zur Wiedererlangung“ geht⁹⁹ – aber eben nicht die Millionenbeute durch Amtsträger.

⁹³ zu *Dohna*, MschrKrimBiol 1938, 190 ff.; dagegen *Bockelmann*, JZ 1951, 297 f.

⁹⁴ Vgl. die Begründung zu § 297 Nr. 6 E 1925, „daß die Gotteshäuser vielfach dauernd geöffnet, jedermann ohne weiteres zugänglich, die erwähnten Sachen häufig gerade wegen ihres Zweckes öffentlich und jedermann leicht erreichbar ausgestellt sind ...“; siehe dort auch zum Sammlungsdiebstahl: „Maßgeblich ist bei den Sammlungen, daß sie allgemein zugänglich sind“; zu § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB dürfte ein Hinweis auf § 323 c StGB genügen.

⁹⁵ zu *Dohna*, MschrKrimBiol 1938, 192; s. auch *Arzt*, JuS 1972, 517: „In § 243 Nrn. 1, 2 ist es der besondere Schutz der Sache, in § 243 Nr. 6 (abgeschwächt auch in Nrn. 4, 5) ist es die besondere Schutzlosigkeit des Opfers ...“

⁹⁶ Die Regelungen zu Gewerbsmäßigkeit (§§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a StGB) gehören in den Allgemeinen Teil, weil sie zahlreiche andere Delikte auch betreffen. Der Diebstahl von Waffen (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 StGB) betrifft zusätzlich durch das Waffenrecht abgegoltenes oder jedenfalls abzugeltes Unrecht (s. dazu *Kunert*, NStZ 1989, 451 f.); der Diebstahl mit Waffen (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB) ist als Vorfelddelikt des Raubes zu verstehen (*H. Schröder*, NJW 1972, 1834).

⁹⁷ Vgl. *Arzt*, JuS 1972, 516: „... ob die Exemplifizierung in § 243, also die Umschreibung, was regelmäßig als schwerer Fall anzusehen ist, für andere schwere Fälle ebenso Richtlinie sein kann, wie z. B. das verschlossene Behältnis Richtlinie für andere Schutzvorrichtungen bei § 243 Nr. 2 ist. Diesen Schluß halte ich für verfehlt. Er übersieht, daß das Nichtvorliegen des Regelbeispiels § 242 indiziert. Diese Indizwirkung darf nicht dadurch beschränkt werden, daß die Indizwirkung des Regelbeispiels (für § 243) auf analoge Fälle ausgedehnt wird ... auch in den Fällen, die den in den Regelbeispielen geregelten Fällen ähnlich sind, muß der Richter den schweren Fall (durch Vergleich mit § 242) begründen ...“

⁹⁸ Vgl. etwa OLG Stuttgart NStZ 1985, 76; OLG Düsseldorf NJW 1998, 1002.

⁹⁹ Ähnlich wohl *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 46 Rdn. 14 m. w. N.: „Wo zwar ein Regelbeispiel nicht erfüllt ist, aber einer der Schärfungsgründe, die in ihm Aus-

Verzichtet der Gesetzgeber auf das Voranstellen eines solchen gemeinsamen Nenners, so blieben nur Regelbeispiele möglich, die – wie zunächst von *Horst Schröder*¹⁰⁰ und sodann von *Calliess*¹⁰¹ ins Spiel gebracht – statt mit der Klausel „in der Regel“ mit der Einschränkung „nur, aber nicht immer“ versehen sind. Dies entspräche übrigens fast einer Gesetzestechnik, die sich, nahezu vergessen und damals wenig beachtet, schon gelegentlich im RStGB von 1871 durch das Wort „kann“ bei der Strafrahmenerhöhung fand¹⁰².

cc) *Wach'sche Exemplifikationen*

Will der Gesetzgeber jedoch partout eine beidseitige „Öffnungsklausel“, bleibt ihm nur eines: Er muss dann, wie es schon *Adolf Wach* vorgeschlagen hatte¹⁰³, eine Art Regelbeispielkatalog von „exemplifizierenden“ Fällen aufstellen, jedoch untergeordnet einem generalisierenden Kriterium, einem allgemeinen Rechtsgedanken – und nicht nur dem nichtssagenden „Besonders Schweren Fall“ wie *de lege lata*.

Adolf Wach wird, soweit er heute nicht vergessen ist, zu Unrecht als „Vater“ der Regelbeispieltechnik geehrt – ihm kommt aber das viel größere Verdienst zu, für diese verunglückte Technik gerade nicht verantwortlich zu sein, sondern mit dem „treffliche[n] Mittel der Exemplifikation“ etwas Besseres propagiert zu haben. Im Unterschied zur Regelbeispieltechnik, die mehr oder weniger ungeordnete Kasuistik nur scheinbar als „Besonders Schwere Fälle“ ordnend zusammenfasst, forderte *Wach*, „daß jene Einzelfälle ausnahmslos treffende Rechtsgedanken veranschaulichen, wie wiederum die Aufzählung selbst durch die hinzugefügte Generalisierung wesentlich Charakteristik empfangen muß ... Mit dem vagen Ausdruck ‚schwer‘ wäre nichts gesagt.“¹⁰⁴

druck gefunden haben, der Art oder dem Gewicht nach ... in gleichwertiger Weise zutrifft, liegt die Annahme eines besonders schweren Falles nahe.“

¹⁰⁰ *H. Schröder*, Gutachten für den 41. DJT, 1955, Bd. I, 2. Halbbd., S. 61 ff.

¹⁰¹ *Calliess*, JZ 1975, 112; *ders.*, NJW 1998, 929 ff.; s. auch seinen Schüler *Krabl*, Tatbestand und Rechtsfolge, 1999, S. 162 f.

¹⁰² Dort hatte etwa die Fahrlässige Tötung in § 222 folgenden Abs. 2: „Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf fünf Jahre Gefängniß erhöht werden“; s. auch § 208 RStGB (Zweikampf) und § 293 RStGB (Wilderei).

¹⁰³ Näher *Wach* (Anm. 4), S. 37 ff.

¹⁰⁴ *Wach* (Anm. 4), S. 43 f.

Ich werde die Konzeption *Wachs*, neben *Feuerbach* die zweite nicht hoch genug einzuschätzende Lichtgestalt der deutschen Strafgesetzgebungslehre, noch für ein mit der Regelbeispieltechnik verwandtes neueres Phänomen im Bereich der horizontalen Kasuistik in Anspruch nehmen.

3. Horizontale Kasuistik: Schrotschüsse

Verlassen wir deshalb die vertikale Kasuistik. Horizontale Kasuistik, also das unsystematische Nebeneinanderstellen von einzelnen Begriffen, kann sich grundsätzlich auf alle Tatbestandsmerkmale beziehen. So finden sich auch heute etwa im Bereich der Tatobjekte gelegentlich immer noch merkwürdige Aufzählungen wie in § 149 und in § 275 StGB, die jeweils in Abs. 1 Nr. 1 „Platten, Formen, Drucksätze, Druckstöcke, Negative, Matrizen, Computerprogramme“ nennen. Oder auch § 318 Abs. 1 StGB: „Wasserleitungen, Schleusen, Wehre, Deiche, Dämme oder andere Wasserbauten oder Brücken, Fähren, Wege oder Schutzwehre oder dem Bergwerksbetrieb dienende Vorrichtungen zur Wasserhaltung, zur Wetterführung oder zum Ein- und Ausfahren der Beschäftigten“.

a) Umgangs- und Verbreitungsverbote

Eine regelrechte Renaissance der horizontalen Kasuistik lässt sich für die Tat-handlungen bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts zurückverfolgen. Es geht dabei um die sog. Umgangs- und Verbreitungsverbote, einen Tatbestandstyp, der jeden erdenklichen Verkehr mit bestimmten Dingen – z. B. Betäubungsmitteln, Waffen oder Schriften pornographischen, gewaltverherrlichenden oder volksverhetzenden Inhalts – pönalisieren soll. *Vogel* hat diese Technik – freilich ironisch – als „moderne“ Tatbestandsfigur bezeichnet¹⁰⁵. Auf die Gesetzestchnik bei solchen Normen, durchaus Parallelen zu den Regelbeispielen aufweisend, will ich mich nun konzentrieren. – Ein kurzer Überblick:

Schon das erste deutschen Betäubungsmittelgesetz von 1920 bedrohte jeden mit Strafe, der Drogen „einführt, ausführt, herstellt, verarbeitet, erwirbt, veräußert oder sonst in Verkehr bringt oder sie aufbewahrt, feilhält oder abgibt“¹⁰⁶. Das OpiumG von 1929¹⁰⁷ erweiterte diesen schönen Kata-

¹⁰⁵ *Vogel*, in: Strafrecht und Kriminalität in Europa, hrsg. von *Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal*, 2003, S. 44.

¹⁰⁶ § 8 Abs. 1 des Gesetzes zur Ausführung des internationalen Opiumabkommens, RGBl. (1921), S. 2.

¹⁰⁷ RGBl. I (1930), S. 215.

log noch um die Tathandlungen „Gewinnen“ und „Handeltreiben“¹⁰⁸, das BtMG von 1972¹⁰⁹ um das „Durchführen“ und das „Besitzen“¹¹⁰; das insofern noch aktuelle Gesetz von 1982 fügte schließlich das „Verschaffen in sonstiger Weise“ und das „Anbauen“ hinzu. Demzufolge werden nunmehr in § 29 Abs. 1 BtMG, vor allem in dessen Nr. 1¹¹¹, die Tathandlungen des verbotenen Umgangs mit Drogen mit einem Wust an Verben umschrieben, die abgefeuert nach Art einer Schrotladung die Absicht des Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, alles Strafwürdige schon irgendwie zu treffen. Es ist keinerlei Bemühen ersichtlich, die Tathandlungen randscharf voneinander abzutrennen. Praktisch jeder Umgang mit Betäubungsmitteln unterfällt vielmehr gewissermaßen vorsorglich gleich mehreren Tathandlungen gleichzeitig.

Oder: Das neue WaffenG nennt mehrfach in §§ 51 ff. diejenigen als zu Bestrafenden, der bestimmte Waffen „erwirbt, besitzt, überlässt, führt, verbringt, mitnimmt, herstellt, bearbeitet, instand setzt oder damit Handel treibt“ – genau zehn Verben für den Umgang mit Waffen¹¹². Diese Anhäufung von Tathandlungen findet sich sehr ähnlich schon in allen früheren Waffengesetzen.

Solche Normen gibt es aber nicht nur im Nebenstrafrecht, für das vielleicht „mildernde Umstände“ gelten könnten, sondern auch im „klassischen“ Strafrecht – freilich nicht seit jeher:

Das RStGB benötigte ursprünglich zur Umschreibung des Pornographieatbestandes nur ein paar Worte¹¹³. Die Tathandlung lautete noch halbwegs schlicht: „verkauft, vertheilt oder sonst verbreitet, ... ausstellt oder an-

¹⁰⁸ § 10 Abs. 1 Nr. 1.

¹⁰⁹ BGBl. I (1972), S. 1.

¹¹⁰ § 11 Abs. 1 Nrn. 2 und 4.

¹¹¹ „... Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft ...“

¹¹² Nicht vertieft werden soll, dass die Verständlichkeit durch eine exzessive Verweisungstechnik, zumal auch noch auf unübersichtliche Anlagen, völlig auf der Strecke bleibt. Besonders gruselig ist § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. entgegen § 2 Abs. 1 oder 3, jeweils in Verbindung mit Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.2.2 bis 1.2.4, 1.3.1 bis 1.3.3, 1.3.5, 1.3.7, 1.3.8, 1.4.1 Satz 1, 1.4.2 bis 1.4.4 oder 1.5.3 bis 1.5.5, einen dort genannten Gegenstand erwirbt, besitzt, überlässt, führt ...“

¹¹³ § 184 RStGB 1871: „Wer unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen verkauft, vertheilt oder sonst verbreitet, oder an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder anschlägt, wird ... bestraft.“

schlägt“ – dennoch das wortreichste Verbreitungsverbot des ursprünglichen RStGB. Deutlich unübersichtlicher wurde die Norm schon 1900 durch die sog „lex Heinze“¹¹⁴, wo „besondere Arten des Verbreitens“¹¹⁵ separat aufgeführt sowie „eine Reihe weiterer Vorbereitungs-handlungen“¹¹⁶ dem Tatbestand hinzugefügt wurden¹¹⁷. Das EGOWiG von 1968 machte hieraus sodann einen Katalog von 14 Tathandlungen¹¹⁸, der kaum verändert auch dem 4. StrRG zugrundegelegt wurde¹¹⁹. *Hirsch* gab zutreffend den Eindruck angesichts einer solchen „monströsen Strafbestimmung“ wieder, „der seit dem Feuerbach’schen Strafgesetzbuch von 1813 erfolgte Übergang zu griffigen Tatbestandsbildungen habe nicht stattgefunden“¹²⁰.

Den Höhepunkt der Verbenkumulation stellen aber wohl die „absolute[n] Herstellungs- und Verbreitungsverbot[e]“ in § 130 Abs. 1 Nr. 1 und § 131 Abs. 2 StGB dar, deren jeweils vierte Alternative, insoweit im Wortlaut völlig identisch, sich bei zugegebenermaßen etwas böswilliger Auflösung der dortigen Bezugnahmen wie folgt liest: „Wer volksverhetzende [bzw. gewaltverherrlichende] Schriften herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke zu verbreiten, öffentlich auszustellen, anzuschlagen, vorzuführen oder sonst zugänglich zu machen, einer Person unter achtzehn Jahren anzubieten, zu überlassen oder zugänglich zu machen, oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, wird bestraft.“

¹¹⁴ § 184 Abs. 1 Nr.1 StGB i.d.F. des G. v. 25. 6.1900: „... unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen feilhält, verkauft, verteilt, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder anschlägt oder sonst verbreitet, sie zum Zwecke der Verbreitung herstellt oder zu demselben Zwecke vorrätig hält, ankündigt oder anpreist ...“

¹¹⁵ *Schönke/Schröder*, StGB, 7. Aufl. 1954, § 184 Anm. 3 a.

¹¹⁶ *Heilborn*, GA 47 (1900), 281.

¹¹⁷ Siehe näher o. V., *Lex Heinze*, Bibliothek für Politik und Volkswirtschaft, Heft 3, 1901, hrsg. v. *Hieber* und *Patzig*, S. 5ff., 29ff.; *Mast*, Künstlerische und wissenschaftliche Freiheit im Deutschen Reich 1890–1901, 2. Aufl. 1986, S. 139 ff.

¹¹⁸ § 184 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1 a StGB i.d.F. des EGOWiG vom 24.5.1968: „... wer 1. unzüchtige Schriften verbreitet oder durch Ausstellen, Anschlagen, Vorführen oder in anderer Weise sonst allgemein zugänglich macht; 1a. unzüchtige Schriften herstellt, vervielfältigt, bezieht, vorrätig hält, ankündigt, anpreist, an einen anderen gelangen läßt, ... einführt oder ... auszuführen unternimmt ...“

¹¹⁹ § 184 Abs. 3 StGB: „Wer ... 1. verbreitet, 2. öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht oder 3. herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt ...“

¹²⁰ *Hirsch*, Gedächtnisschrift für H. Kaufmann, 1986, S. 157.

b) Angst vor Strafbarkeitslücken und spielerische Freude?

Feuerbach hatte noch infragegestellt, ob dann, wenn die „Merkmale in einander fließen“, überhaupt noch von einem Gesetz gesprochen werden sollte¹²¹. Der Weg der Generalisierung, der Versuch, sich der zu pönalisierenden Tathandlung über Worte wie „Umgang haben“, „Verkehren“¹²², „Vertreiben“¹²³ oder Ähnlichem zu nähern, wird nicht ansatzweise mehr unternommen. Anstelle von Übersichtlichkeit wird eine Unübersichtlichkeit durch, wiederum mit *Feuerbach* gesprochen¹²⁴, „spitzfindige kleinliche Distinktionen“ gewählt, die freilich die Gewissheit zu bringen scheint, dass vollständig alles pönalisiert wird.

Diese „Schrotschusstechnik“, wie ich sie nennen möchte, hat damit anscheinend das Problem gelöst, dass jedes kasuistische Gesetz grundsätzlich Lücken belässt, indem sie sicherheitshalber, vielleicht unter Zuhilfenahme eines Synonymlexikons, alle erdenklichen Tathandlungen enumerativ umschreibt. So wie die Regelbeispieltechnik das Analogieverbot zumindest tangiert, so berührt die Schrotschusstechnik den Bestimmtheitsgrundsatz: Eine konkrete, begrenzende Wortbedeutung wird nur vorgegaukelt.

Die Schrotschusstechnik versucht mittels ihres Flächenbombardements nicht einmal mehr die möglichst passgenaue Schließung von Lücken, sondern deren Überdeckung: Statt einen Keil in einen Spalt zu stecken, wird der Spalt großflächig zugedeckt.

Freilich glaubt man auch hier die schon bei der Regelbeispielbildung konstatierte „spielerische Freude“ – genauer: den von Sensibilität für Gesetzgebungstechnik unberührten beinahe sportlichen Ehrgeiz zu Lückenlosigkeit – zu erkennen:

Besonders deutlich ist dies geworden, als ein LG-Präsident in der NStZ die im Anfragebeschluss des 3. Strafsenats des BGH¹²⁵ vorgeschlagene monströse Definition zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln über viele

¹²¹ *Feuerbach* (Anm. 21), Teil 3, S. 12: „... sind dann die Gesetze – Gesetze?“

¹²² Vgl. Art. 3 Abs. 1 des schw. SprengstoffG: „Als Verkehr gilt jeder Umgang ..., insbesondere das Herstellen, Lagern, Besitzen, Einführen, Abgeben, Beziehen, Verwenden und Vernichten.“ Siehe auch – unübersichtlicher – § 3 Abs. 2 Nr. 2 des dt. SprengstoffG.

¹²³ Vgl. § 2 Abs. 2 RegFraktE eines Gesetzes zur Verhinderung des Mißbrauchs von Abhörgeräten (BT-Drucks. V/1643): „Vertrieb im Sinne dieses Gesetzes ist das Anbieten, Vorrätighalten zum Verkauf, Feilhalten und das Überlassen an andere sowie die Entgegennahme und das Aufsuchen von Bestellungen.“

¹²⁴ *Feuerbach* (Anm. 21), Teil 2, S. 94.

¹²⁵ BGH NStZ 2004, 105.

Seiten kritisiert hat – und zwar, weil sie zwar das Fördern, Ankaufen, Erwerben, sich in sonstiger Weise Verschaffen, das Einführen, Ausführen, Feilhalten, Bestellungen Entgegennehmen oder Aufsuchen, das Veräußern, anderen Überlassen, sonst Inverkehrbringen sowie das Vermitteln des Erwerbs, des Vertriebs oder des Überlassens nennt, aber nicht zusätzlich das Anbauen, Herstellen, Besitzen, Durchführen, Abgeben, Ankündigen, Anpreisen von Betäubungsmitteln sowie das Eintreiben und Weiterleiten des Kaufpreises aufzähle; der Grundgedanke des BtMG sei doch, dass „jede Lücke geschlossen werden soll“¹²⁶.

c) *Exemplifikationen als „Technik moderner Strafgesetzgebung“ –
Eine weitere Skizze*

Nun soll nicht infragegestellt werden, dass im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz sogar einiges für horizontale Kasuistik sprechen mag, sofern ein generalisierender Begriff eher vage ist. Ob nämlich etwa Formulierungen wie in Art. 196 Abs. 1 des schweizerischen StGB oder in Art. 253 § 1 des polnischen Kodeks karny: „Wer mit Menschen Handel treibt“¹²⁷ selbst den neu in §§ 232ff. des deutschen StGB eingefügten Wortschwallen zum Menschenhandel gegenüber vorzugswürdig sind, kann man durchaus hinterfragen. Zudem ist daran zu erinnern, dass sich – anders als im Aufgeklärten Absolutismus – heute Potentaten in totalitären Staaten mit gleichgeschalteter Justiz nicht mehr durch Kasuistik vor der Dritten Gewalt schützen zu müssen meinen, sondern vielmehr generalisierende, mit vagen Bezeichnungen gespickte „flexible“ Gesetze als treffliches Mittel der Repression entdeckt haben, sich also mit der Dritten Gewalt zu schützen trachten.

Jedenfalls: Dem Gesetzgeber bleiben im Bereich der horizontalen Kasuistik, durchaus in Parallele zu den besprochenen Lösungen der vertikalen Kasuistik, drei gesetzestechnische Möglichkeiten zur Vermeidung von Schrotschüssen. – In Kürze:

Er kann zunächst einmal versuchen, durch randscharf abgetrennte Tathandlungen den gesamten Bereich abschließend zu regeln. Dies hat er etwa bei § 259 StGB – Sichverschaffen, Absetzen, Absetzenthelfen – oder bei der Trias der Korruptionshandlungen¹²⁸ umgesetzt.

¹²⁶ K. Weber, NStZ 2004, 68 ff.

¹²⁷ Genauer heißt es im poln. KK: „Wer Menschenhandel betreibt“.

¹²⁸ Fordern, Versprechenlassen und Annehmen bzw. Anbieten, Versprechen und Gewähren.

Der Gesetzgeber kann sich ferner – Strafrecht ist fragmentarisch! – die strafbedürftigsten Tathandlungen auswählen und – randscharf – nebeneinanderstellen. Beispiele wären etwa die Urkundenunterdrückung, § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB, („vernichtet, beschädigt oder unterdrückt“) oder der Versicherungsmisbrauch in § 265 Abs. 1 StGB („beschädigt, zerstört, in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt, beiseite schafft oder einem anderen überlässt“)¹²⁹.

Schließlich kann der Gesetzgeber – entsprechend der *Wach*'schen Exemplifikation bei den Strafschärfungen – den nicht genügend präzisen generalisierenden Oberbegriff zwar als Klammer verwenden, aber dazu kasuistische Tathandlungen beispielhaft aufzählen, tunlichst jedoch randscharf wie beim Verstrickungsbruch, § 136 Abs. 1 StGB („zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht oder in anderer Weise ganz oder zum Teil der Verstrickung entzieht“), und nicht wie etwa in den §§ 130 Abs. 1 Nr. 1 und 131 Abs. 2 StGB, wo vom „Verbreiten, öffentlich Ausstellen, Anschlagen, Vorführen oder sonst Zugänglichmachen“ die Rede ist.

Durch diese Technik wird in einer Art Wechselwirkung der generalisierende Oberbegriff genauso durch die beispielhaften Tathandlungen präzisiert, wie diese durch den Oberbegriff ihrerseits begrenzt werden¹³⁰.

III. Internationale Abkommen als Ausgangspunkt

Die Erläuternde Kasuistik *Feuerbachs* und *Wachs* Exemplifikationen können uns also heute noch den Weg weisen, die Bedürfnisse nach horizontaler sowie vertikaler Kasuistik, wie sie jedenfalls der deutsche Gesetzgeber offen-

¹²⁹ Weitere Beispiele im StGB für solche Sabotagedelikte wären § 87 Abs. 2 („zerstört, beschädigt, beseitigt, verändert oder unbrauchbar macht“), § 90a Abs. 2 („entfernt, zerstört, beschädigt, unbrauchbar oder unkenntlich macht“), § 104 Abs. 1 („entfernt, zerstört, beschädigt oder unkenntlich macht“), § 109e Abs. 1 („zerstört, beschädigt, verändert, unbrauchbar macht oder beseitigt“), § 133 Abs. 1 („zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht oder ... entzieht“), § 134 („zerstört, beseitigt, verunstaltet, unkenntlich macht oder in seinem Sinn entstellt“), § 283 Abs. 1 Nr. 1 und § 283d Abs. 1 Nr. 2 („beiseite schafft oder verheimlicht oder ... zerstört, beschädigt oder unbrauchbar macht“), § 283 Abs. 1 Nr. 6 und § 283b Abs. 1 Nr. 2 („beiseite schafft, verheimlicht, zerstört oder beschädigt“), § 303b Abs. 1 Nr. 2 („zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, beseitigt oder verändert“), § 316b Abs. 1 Nr. 3 und § 317 Abs. 1 („zerstört, beschädigt, beseitigt, verändert oder unbrauchbar macht“).

¹³⁰ Vgl. *W. Schönemann*, JZ 2005, 275: „normative Dialektik“.

bar verspürt, unter Wahrung von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot zu befriedigen. Freilich: Längst leben wir nicht mehr isoliert in heimeliger deutscher Rechtstradition und kochen nur unser eigenes Süppchen.

Ich hatte zunächst sogar gedacht, die Annahme, die Renaissance zumindest der horizontalen Kasuistik im deutschen Strafrecht sei auf europarechtliche Vorgaben oder jedenfalls auf (gemeinsame) internationale Einflüsse zurückzuführen, ließe sich flächendeckend einfach belegen. Immerhin ist verblüffend, blickt man etwa in die Kataloge von § 6 StGB oder von Art. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates über den Europäischen Haftbefehl¹³¹, dass man dort viele der hier bisher als kasuistisch gescholtenen Normen einträchtig nebeneinander versammelt findet! Und auch so manche der anderen dort aufgezählten Straftaten, etwa der Subventionsbetrug oder die Luftpiraterie, sind im deutschen Strafrecht nicht gerade wortkarg formuliert. Doch wie so häufig stellt sich bei näherem Hinsehen die Situation etwas weniger klar und eindeutig dar. Gleichwohl lässt sich die Annahme für die hier in den Mittelpunkt gestellte horizontale Kasuistik der Umgangsverbote letztlich doch sehr gut belegen.

1. Regelbeispieltechnik

Die Regelbeispieltechnik dagegen ist fraglos eine „deutsche Rechtsfigur“¹³². „Besonders Schwere Fälle“ wurden schon im VE 1909 als – wie gesagt, missverstandene – Konsequenz der Untersuchungen *Adolf Wachs* propagiert, die Aufzählungen von Exempeln erfolgte im E 1936 und die von Regelbeispielen ab dem E 1960.

Allerdings nehmen wir Deutschen an, in der Kunst der Strafgesetzgebung besonders weit fortgeschritten zu sein, so dass unsere Lösungen als Modell für ausländische Gesetzgeber dienen müssten; so erklärt sich auch die Behauptung bei Schaffung des 6. StrRG, dass die Regelbeispieltechnik die „in der modernen Strafgesetzgebung bevorzugte Technik“¹³³ wäre. *Hirsch* bemerkte dazu treffend: „Leider hat man zuvor keinen Blick über die Staatsgrenzen geworfen. Dann wäre nämlich aufgefallen, daß diese ... Form ‚moderner Strafgesetzgebung‘ in den seither geschaffenen neuen ausländi-

¹³¹ Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten, ABl. L 190/1 vom 18. 7. 2002.

¹³² *Hirsch*, Festschrift für Gössel, S. 298.

¹³³ Begr. RegFraktE 6. StrRG, BT-Drucks. 13/7164 S. 36.

schen Gesetzbüchern keine Nachahmung gefunden hat“¹³⁴ – etwa auch nicht im neuen Kodeks karny unserer polnischen Nachbarn. Die Schweiz hat allerdings 1975 Regelbeispielartiges („insbesondere“) an Art. 19 BetMG als Ziff. 2¹³⁵ sowie 1990 an den neu geschaffenen Geldwäschetatbestand¹³⁶ angehängt¹³⁷.

2. Schrotschusstechnik

Dafür fällt auf, dass die Schrotschusstechnik, die übrigens auch in dem zumeist so vorzüglich abstrahierenden schweizerischen StGB¹³⁸ und ebenfalls im österreichischen¹³⁹ und polnischen¹⁴⁰ Strafrecht – wenn auch nur gelegentlich – vorkommt, häufig in internationalen Übereinkommen Anwendung findet. Deren Schablonenwirkung für das nationale deutsche Recht lässt sich umfangreich belegen – ein (beispielhafter) Überblick:

1920 hielt diese Technik die ersten Male Einzug in das deutsche Strafrecht, und zwar interessanterweise wie bei den Regelbeispielen auch hier

¹³⁴ Hirsch, Festschrift für Gössel, S. 298.

¹³⁵ BBl. 1 (1973), S. 1352.

¹³⁶ Art. 305bis Ziff. 2 Abs. 2 schw. StGB.

¹³⁷ Siehe auch Art. 185 Ziff. 3 schw. StGB (Geiselnahme) („namentlich“); Art. 272 Ziff. 2 schw. StGB (Politischer Nachrichtendienst) („insbesondere“).

¹³⁸ Siehe insbes. Art. 135 (Gewaltdarstellungen) vom 23.6.1989 sowie Art. 197 Ziff. 3 (Pornographie) vom 21.6.1991: „herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt oder zugänglich macht“; Art. 179sexies (Abhörgeräte) vom 20.12.1968: „herstellt, einführt, ausführt, erwirbt, lagert, besitzt, weiterschafft, einem anderen übergibt, verkauft, vermietet, verleiht oder sonst wie in Verkehr bringt oder anpreist oder zur Herstellung solcher Geräte Anleitung gibt“; Art. 226ter Abs. 2 (Radioaktive Stoffe) vom 21.3.2003: „herstellt, sich verschafft, einem anderen übergibt, von einem anderen übernimmt, aufbewahrt, verbirgt oder weiterschafft“. Art. 19 Ziff. 1 schw. BtMG zählt sogar insgesamt 28 (!) Tathandlungen auf.

¹³⁹ Siehe etwa § 165 Abs. 2 (Geldwäscherei): neben „verbirgt oder ihre Herkunft verschleiert“ in Abs. 1 „an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet, oder einem Dritten überträgt“; § 207a Abs. 1 öst. StGB (Pornographische Darstellungen Minderjähriger): „herstellt oder ... einführt, befördert oder ausführt oder ... einem anderen anbietet, verschafft, überlässt, vorführt oder sonst zugänglich macht“.

¹⁴⁰ Siehe etwa Art. 121 § 1 KK (Massenvernichtungsmittel): „herstellt, sammelt, erwirbt, veräußert, aufbewahrt, transportiert oder versendet ...“; Art. 171 § 1 KK (Gefährliche Stoffe): „herstellt, verarbeitet, sammelt, besitzt, benutzt oder ... Handel treibt“ (dazu Buchala, in: Zoll, Kodeks karny, 1999, Art. 171 Rn. 3: „übertriebene Kasuistik“); Art. 183 § 1 KK (Abfall): „lagert, beseitigt, verarbeitet, entsorgt oder befördert“. In Art. 202 § 3 KK (harte Pornographie), ursprünglich das Herstellen, Anschaffen und Verbreiten nennend, wurde am 18.3.2004 neu das Aufzeichnen und öffentliche Präsentieren aufgenommen.

zunächst im (zumindest) „damals von der Theorie weniger beachtetem“¹⁴¹ Nebenstrafrecht:

Zur Unterzeichnung des 1912 geschlossenen Haager Abkommens zur „Opiumfrage“ wurde Deutschland erst durch den Versailler Vertrag¹⁴² gezwungen¹⁴³; infolgedessen kam es sodann 1920 zum Gesetz zur Ausführung des internationalen Opiumabkommens¹⁴⁴, das den Katalog der Tathandlungen aus diesem Vertrag¹⁴⁵ weitgehend übernahm. Die 1929 erfolgte Erweiterung um das „Gewinnen“ und das „Handeltreiben“ geht auf die Umsetzung des Genfer Opiumübereinkommens von 1925¹⁴⁶ zurück¹⁴⁷. Auch mit der zusätzlichen Aufnahme des „Besitzens“ durch das BtMG von 1972 kam der deutsche Gesetzgeber, wie er betonte¹⁴⁸, „einer ausdrücklichen Verpflichtung“ aus diesem Abkommen nach¹⁴⁹. Heute stimmt der Katalog in § 29 Abs. 1 BtMG weitgehend mit dem des Wiener Suchtstoffübereinkommens von 1988 überein, der das „Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern – gleichviel zu welchen Bedingungen – Vermitteln, Versenden – auch im Transit – Befördern, Ein-

¹⁴¹ *Hirsch*, Festschrift für Gössel, S. 300; ähnlich *Tiedemann*, Festschrift für Roxin, 2001, S. 1404.

¹⁴² Art. 295 Abs. 1: „Diejenigen der Hohen vertragschließenden Teile, die das Haager Opium-Abkommen vom 23. Januar 1912 noch nicht unterzeichnet oder nach der Unterzeichnung noch nicht ratifiziert haben, erklären sich damit einverstanden, das Abkommen in Kraft treten zu lassen und zu diesem Zwecke sobald wie möglich und spätestens binnen zwölf Monaten nach dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Vertrags die nötigen Gesetze zu erlassen.“

¹⁴³ Näher *Schütz-Scheifele*, Drogenkriminalität und ihre Bekämpfung, 1989, S. 8f.; *Ebert*, Das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne von § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, 1997, S. 3 ff.

¹⁴⁴ RGBl. (1921), S. 2.

¹⁴⁵ Art. 10 Abs. 1 sowie Abs. 2 Buchst. b gem. der im RGBl. veröffentlichten deutschen Übersetzung: „... herstellen, einführen, verkaufen, vertreiben und ausführen ...“; Abs. 2 Buchst. c spricht auch noch von „jede[r] anderen Abgabe“.

¹⁴⁶ RGBl. II (1929), S. 407.

¹⁴⁷ Siehe Art. 2: „Die vertragschließenden Teile verpflichten sich, ... Gesetze und Vorschriften zur Sicherung einer wirksamen Kontrolle der Gewinnung, des Vertriebs und der Ausfuhr ... zu erlassen“; s. auch Art. 5: „Herstellung, Einkauf, Verkauf, Ausfuhr und Verwendung“ und Art. 6: „herstellen, einführen, verkaufen, vertreiben oder ausführen, sowie ... dieses Gewerbe oder diesen Handel betreiben ...“

¹⁴⁸ Begr. BRegE OpiumGÄndG, BT-Drucks. VI/1877 S. 9.

¹⁴⁹ Siehe Art. 7: „Die vertragschließenden Teile werden Maßnahmen ergreifen, um ... jeden Besitz ... zu untersagen“; s. auch das zeitnah (1973) transformierte (BGBl. II [1973], S. 1353) Einheitsübereinkommen über Suchtstoffe von 1961, das den „Besitz“ in einem erweiterten Katalog nennt (Art. 2 Abs. 5 Buchst. b: „Gewinnung, Herstellung, Ausfuhr, Einfuhr, ... Besitz ... Verwendung ... Handel“).

führen oder Ausführen“¹⁵⁰ das „Anbauen“¹⁵¹ und das „Besitzen oder Kaufen“¹⁵² von Betäubungsmitteln aufzählt¹⁵³.

Die Schrotschüsse in den deutschen Waffengesetzen gehen auf die Konferenz von Spa vom Juli 1920 zurück, wo die Siegermächte die sofortige Ablieferung aller im Privatbesitz befindlichen Waffen unter Androhung wirksamer Strafen verlangten¹⁵⁴. Als Folge des Abkommens von Spa verabschiedete der Reichstag im August 1920 das Gesetz über die Entwaffnung der Bevölkerung¹⁵⁵, wo es heißt: „... Militärwaffen herstellt, anbietet, feilhält, veräußert, erwirbt oder ihre Veräußerung und ihren Erwerb vermittelt ...“¹⁵⁶.

Bei der Pornographie erschließt sich der internationale Einfluss erst auf den zweiten Blick: Die Internationale Übereinkunft zur Bekämpfung der Verbreitung und des Vertriebs unzüchtiger Veröffentlichungen von 1925¹⁵⁷, die in Art. 1 nicht weniger als 16 Tathandlungen nennt¹⁵⁸, blieb lange Zeit ohne nationale Reflexion. Erst der E 1962¹⁵⁹ wollte den deutschen Pornographietatbestand erweitern; ausdrücklich auch, um durch die zusätzliche Aufzählung von Ein- und Ausfuhr einen „Gedanken“ aus der genannten internationalen Übereinkunft umzusetzen¹⁶⁰. Der so gewonnene Katalog

¹⁵⁰ Art. 3 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i.

¹⁵¹ Art. 3 Abs. 1 Buchst. a Ziff. ii.

¹⁵² Art. 3 Abs. 1 Buchst. a Ziff. iii.

¹⁵³ Vgl. Begr. BRegE AusführungsG Suchstoffübereinkommen 1988, BT-Drucks. 12/3533 S. 10: „Die meisten Bestimmungen des Übereinkommens erfordern bei uns keine neuen Rechtssetzungsmaßnahmen. So decken beispielsweise die §§ 29 und 30 BtMG die in dem Übereinkommen vorgesehenen Straftatbestände bereits weitgehend ab.“

¹⁵⁴ Protokoll der Konferenz von Spa vom 9. Juli 1920 über die militärischen Fragen: „... daß die Deutsche Regierung ... 2. eine Bekanntmachung erläßt, in der die sofortige Ablieferung aller in den Händen der Zivilbevölkerung befindlichen Waffen gefordert und im Falle von Zuwiderhandlungen wirksame Strafen angedroht werden.“

¹⁵⁵ RGBl. (1920), S. 1553.

¹⁵⁶ § 13 Abs. 1 Nr. 4.

¹⁵⁷ RGBl. II (1925), S. 288.

¹⁵⁸ „... anfertigt, vorrätig hält; ... einführt, befördert, ausführt oder einführen, ausführen oder befördern läßt oder auf andere Weise in den Verkehr bringt; ... Handel treibt, bei irgendeinem Geschäft über [pornographische Schriften usw.] mitwirkt, ... sie verbreitet, öffentlich ausstellt oder gewerbsmäßig vermietet; ... durch Anzeigen oder andere Mittel Personen bezeichnet, die sich mit einer der vorstehend aufgeführten strafbaren Handlungen befassen, ... durch Anzeigen oder andere Mittel bekanntmacht, auf welche Weise und durch wen [pornographische Schriften usw.] unmittelbar oder mittelbar bezogen werden können ...“

¹⁵⁹ BT-Drucks. IV/650.

¹⁶⁰ Begr. BRegE 1962, BT-Drucks. IV/650 S. 382.

wurde dann 1968, wiederum unter Berufung auf dieses Pornographieabkommen¹⁶¹, Gesetz.

So manche solcher Schrotschüsse haben sich zudem im deutschen Strafrecht fortgepflanzt. Zur nächsten Generation zählen etwa die exzessiven Tathandlungen in den §§ 130, 131 StGB: § 131 Abs. 1 a.F., der Vorläufer beider Vorschriften, kam 1974 in das StGB und entlieh seine Verben ausdrücklich dem Pornographietatbestand¹⁶².

IV. Europäische Zusammenhänge

In ihren tatsächlichen Auswirkungen war lange Zeit die Einflussnahme seitens des EG-Rechts weniger einschneidend auf die Formulierung strafrechtlicher Tatbestände. Insbesondere deshalb, weil den Europäischen Gemeinschaften keine originäre strafrechtliche Gesetzgebungskompetenz zustand, war insoweit das deutsche StGB zunächst von der Europäisierung „weitgehend unberührt geblieben“¹⁶³.

1. Amsterdamer Vertrag: Rahmenbeschlüsse – Eine Bestandsaufnahme

Einer originären Strafrechtssetzungskompetenz bedarf es jedoch nicht mehr, um Einfluss auf die Ausgestaltung nationaler Straftatbestände nehmen zu können. Im Rahmen der Dritten Säule der EU, der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, sind Maßnahmen der Rechtsharmonisierung möglich. Und seit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages 1999 macht Europa den Mitgliedsstaaten zunehmend mit dem neuen Instrument des Rahmenbeschlusses konkrete Vorgaben auch hinsichtlich der Formulierung von Tatbeständen in Form sog. Mindeststandards¹⁶⁴.

¹⁶¹ Siehe Schriftlicher Bericht Rechtsausschuss, BT-Drucks. V/2600, V/2601 S. 16.

¹⁶² Bericht und Empfehlungen des Sonderausschusses, BT-Drucks. VI/3521 S. 48.

¹⁶³ So noch *Kühl*, Festschrift für Söllner, 2000, S. 613; s. auch *Otto*, Jura 2000, 98; *Vogel*, GA 2002, 519.

¹⁶⁴ Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EUV: „... Rahmenbeschlüsse sind für die Mitgliedsstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Sie sind nicht unmittelbar wirksam ...“

a) *Schrotschüsse aus internationalen Abkommen*

Hier ist zunächst einmal zu konstatieren, dass die Schrotschusstechnik, soweit sie in diversen internationalen Abkommen schon Anwendung gefunden hatte, auch Vorbildwirkung für Rahmenbeschlüsse des Rates entfaltete:

So nennt der Rahmenbeschluss zur Festlegung von Mindestvorschriften im Bereich des Drogenhandels¹⁶⁵ vom 25. Oktober 2004 wortwörtlich und identisch aufgereiht die 17 Tathandlungen des Wiener Suchtstoffübereinkommens von 1988¹⁶⁶.

Oder: Der Rahmenbeschluss vom 29. Mai 2001 zur Geldfälschung¹⁶⁷ übernimmt seine Tathandlungen¹⁶⁸ fast genau aus dem Internationalen Abkommen zur Bekämpfung der Falschmünzerei von 1929¹⁶⁹.

Die in Art. 3 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses vom 22. Dezember 2003 zur Bekämpfung der Kinderpornographie¹⁷⁰ aufgezählten acht Tathandlungen¹⁷¹ entsprechen zum großen Teil denen des Fakultativprotokolls zum UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 25. Mai 2000¹⁷².

¹⁶⁵ Rahmenbeschluss 2004/757/JI zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels, ABl. L 335 vom 11.11.2004.

¹⁶⁶ Art. 2 Abs. 1 Buchst. a nennt „das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern – gleichviel zu welchen Bedingungen –, Vermitteln, Versenden – auch im Transit –, Befördern, Einführen oder Ausführen von Drogen“, die Buchstaben b bzw. c nennen noch das Anbauen bzw. das Besitzen und Kaufen.

¹⁶⁷ Rahmenbeschluss 2000/383/JI über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro, ABl. L 329/3 vom 14. 12. 2001.

¹⁶⁸ Art. 3 Abs. 1: „... a) betrügerische Fälschung oder Verfälschung von Geld ... ; b) betrügerisches Inumlaufbringen von ... Geld; c) das Einführen, Ausführen, Transportieren, Annehmen oder Sichverschaffen von ... Geld ...; d) betrügerisches Anfertigen, Annehmen, Sichverschaffen oder Besitzen von Gerätschaften ...“

¹⁶⁹ Art. 3: „... wer betrügerisch 1. ... Geld fälscht oder verfälscht; 2. wer betrügerisch ... Geld in Umlauf bringt; 3. wer ... Geld ... einführt, annimmt oder sich verschafft ...; 4. wer ... zu begehen versucht und ... teilnimmt; 5. wer betrügerisch Gerätschaften ... anfertigt, annimmt oder sich verschafft.“

¹⁷⁰ Rahmenbeschluss 2004/68/JI zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, ABl. L 13/44 vom 20. 1. 2004.

¹⁷¹ Herstellung, Vertrieb, Verbreitung, Weitergabe, Anbieten oder sonstiges Zugänglichmachen, Erwerb oder Besitz.

¹⁷² Art. 3 Abs. 1 Buchst. c: „das Herstellen, Vertreiben, Verbreiten, Einführen, Ausführen, Anbieten, Verkaufen oder Besitzen“.

Schließlich entspricht Art. 3 des Rahmenbeschlusses über Angriffe auf Informationssysteme¹⁷³ vom 24. Februar 2005, der als unter Strafe zu stellend Systemeingriffe durch „Eingeben, Übermitteln, Beschädigen, Löschen, Verstümmeln, Verändern, Unterdrücken oder Unzugänglichmachen von Computerdaten“ nennt, weitgehend den Tathandlungen¹⁷⁴ in Art. 5 der Cyber-Crime-Konvention des Europarates vom 23. November 2001.

b) Schrotschüsse wie in deutschen Gesetzen

Einige der Rahmenbeschlüsse haben sich nicht in hier interessierenden Änderungen des deutschen StGB niedergeschlagen, da dessen tatbestandliche Ausgestaltung schon den Maßgaben der Rahmenbeschlüsse entsprochen hatte:

So bleibt etwa die in Art. 1 Abs. 1 Buchst. f des Rahmenbeschlusses vom Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung¹⁷⁵ gewählte Formulierung zum Waffenumgang („Herstellung, Besitz, Erwerb, Beförderung oder Bereitstellung oder Verwendung“) hinter den Schrotschüssen im deutschen Waffenrecht in Formulierung wie Reichweite zurück.

Die im erwähnten Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Kinderpornographie¹⁷⁶ aufgezählten acht Tathandlungen fallen deutlich hinter dem 14er-Katalog des deutschen § 184b StGB ab.

Und schließlich hat das Bundesministerium der Justiz schon zur Umsetzung des genannten Rahmenbeschlusses zum Drogenhandel¹⁷⁷ erklärt, die deutsche Rechtslage entspreche bereits diesen Anforderungen¹⁷⁸.

c) Schrotschüsse als Vorbild für das nationale Recht

Aber häufiger gibt es die Beobachtung zu machen, dass die europäischen Rahmenbeschlüsse direkt das deutsche Recht mit Schrotschüssen versorgen:

¹⁷³ Rahmenbeschluss 2005/222/JI über Angriffe auf Informationssysteme, ABl. L 069 vom 16. 3. 2005.

¹⁷⁴ Eingabe, Übertragung, Beschädigung, Löschung, Unbrauchbarmachen, Änderung oder Unterdrückung von Computerdaten.

¹⁷⁵ Rahmenbeschluss 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung, ABl. L 164/3 vom 22. 6. 2002.

¹⁷⁶ Siehe Anm. 170.

¹⁷⁷ Siehe Anm. 165.

¹⁷⁸ Presseerklärung vom 25. 10. 2004.

Betrachten wir dazu zunächst die jüngste einschlägige Änderung des StGB: Der Rahmenbeschluss vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels¹⁷⁹ nennt in Art. 1 Abs. 1 als Tathandlungen „die Anwerbung, Beförderung, Weitergabe, Beherbergung und spätere Aufnahme einer Person“. Im Entwurf eines StrÄndG zur Umsetzung dieses Rahmenbeschlusses wurden diese Tathandlungen zunächst nicht übernommen. Man kann in der Begründung dazu lesen, „dass die dort genannten Tathandlungen ... je nach den Umständen des Einzelfalls als Mittäterschaft oder Beihilfe ... strafbar sind“¹⁸⁰. Der Rechtsausschuss hatte sodann aber die Aufnahme eines zusätzlichen Paragraphen vorgeschlagen¹⁸¹, der doch sämtliche Tathandlungen aus dem Rahmenbeschluss wörtlich übernimmt, „um noch verbleibende Lücken bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses zu schließen“¹⁸², was inzwischen auch als neuer § 223 a StGB so Gesetz geworden ist.

Bei einer anderen deutschen Vorschrift hat ein Rahmenbeschluss ebenfalls schon deutliche Spuren hinterlassen: § 263 a Abs. 3 StGB, mit den schönen Tathandlungen Herstellen, Verschaffen, Feilhalten, Verwahren und Überlassen wurde 2003 in Umsetzung des Rahmenbeschlusses vom 28. Mai 2001 zu unbaren Zahlungsmitteln¹⁸³, der in Art. 4 „betrügerisches Anfertigen, Annehmen, Sichverschaffen, Verkaufen, Weitergeben ... oder Besitzen“¹⁸⁴ nennt, in das StGB eingefügt.

¹⁷⁹ Rahmenbeschluss 2002/629/JI zur Bekämpfung des Menschenhandels, ABl. 2002 L 203/1 vom 1. 8. 2002.

¹⁸⁰ Begr. RegFraktE, BT-Drucks. 15/3045 S. 8.

¹⁸¹ § 233 a Abs. 1 StGB (Förderung des Menschenhandels): „Wer einem Menschenhandel nach § 232 oder § 233 Vorschub leistet, indem er eine andere Person anwirbt, befördert, weitergibt, beherbergt oder aufnimmt ...“

¹⁸² Beschlussempfehlung und Bericht Rechtsausschuss, BT-Drucks. 15/4048 S. 13.

¹⁸³ Rahmenbeschluss 2001/413/JI zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbrauchbaren Zahlungsmitteln, ABl. L 149/1 vom 2. 6. 2001.

¹⁸⁴ Vgl. Begr. zu § 263 a Abs. 3 StGB RegE 35. StrÄndG, BR-Drucks. 564/03, S. 15 f.: „Diese Vorverlagerung der Strafbarkeit dient der Umsetzung von Artikel 4 Absatz 2 zweiter Spiegelstrich des Rahmenbeschlusses. Dieser verpflichtet die Mitgliedstaaten, das vorsätzliche betrügerische Anfertigen, Annehmen, Sichverschaffen, Verkaufen, Weitergeben an eine andere Person oder Besitzen von Computerprogrammen, deren Zweck die Begehung von Computerstraftaten ist, als Straftaten auszugestalten. Entsprechend soll nach dem neuen Absatz 3 [§ 263 a StGB] bestraft werden, wer zur Vorbereitung eines Computerbetruges solche Computerprogramme, deren objektiver Zweck die Begehung einer solchen Straftat ist, herstellt, sich oder einem anderen verschafft, feilhält, verwahrt oder andern überlässt“; kritisch dazu *Eckstein*, ZStW 117 (2005), S. 133 f. m. w. N.; s. auch *Sanchez-Hermosilla*, CR 2003, 776 f.

Man kann annehmen, dass dem jüngsten, schon erwähnten Rahmenbeschluss über Angriffe auf Informationssysteme¹⁸⁵ ein ähnliches Schicksal bevorsteht: Das Bundesministerium der Justiz hat schon angekündigt¹⁸⁶, dass § 303 b StGB¹⁸⁷ „angepasst“ werden müsse¹⁸⁸.

2. Verfassungsvertrag: Rahmengesetze – Ein Ausblick

Die europarechtliche Einflussnahme auf die Formulierung deutscher Straftatbestände wird in Zukunft nicht mehr den Umweg über die nur auf völkerrechtlicher Ebene wirksamen Rahmenbeschlüsse gehen müssen, sofern der EU-Verfassungsvertrag in Kraft tritt. Dann hätte die EU künftig die Kompetenz, mit dem Rechtsinstrument der so bezeichneten Rahmengesetze¹⁸⁹ auch unmittelbar als Rechtsetzerin tätig zu werden.

Mit der europäischen Gesetzgebungskompetenz für Rahmengesetze würde sich der europäische Einfluss inhaltlich über den heutigen engen Bereich hinaus ausweiten, der bislang vor allem durch Art. 280 Abs. 1 EGV und Art. 31 Abs. 1 Buchst. e EUV – Schutz der EU-Finanzinteressen, Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und des Terrorismus¹⁹⁰ – gekennzeichnet ist. Hat der Rat diese Begrenzung auch nicht allzu ernst genommen¹⁹¹, so beschränkten sich die erwähnten Rahmenbeschlüsse doch weitgehend¹⁹² nur auf die Abarbeitung der in den Schlussfolgerungen des

¹⁸⁵ Siehe Anm. 173.

¹⁸⁶ Pressemitteilung vom 24.2.2005.

¹⁸⁷ § 303 b Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 303 a Abs. 1 StGB: „löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert“; § 303 b Abs. 1 Nr. 2 StGB: „zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, beseitigt oder verändert“.

¹⁸⁸ Vgl. *Sanchez-Hermosilla*, CR 2003, 776 (zu Art. 5 der Cyber-Crime-Konvention des Europarates): „Im deutschen Strafrecht dürfte hier eine Erweiterung von § 303 b (Computersabotage) notwendig sein, um auch private Computersysteme zu schützen.“

¹⁸⁹ Art. I-33 Abs. 1 Unterabs. 2 VerfV: „Das Europäische Rahmengesetz ist ein Gesetzgebungsakt, der für jeden Mitgliedsstaat, an den es gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, den innerstaatlichen Stellen aber die Wahl der Form und der Mittel überlässt.“

¹⁹⁰ Vgl. Art. 31 Abs. 1 Buchst. e EUV: „... strafbarer Handlungen ... in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel“; Art. 280 Abs. 1 EGV „... Betrügereien und sonstige gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft gerichtete rechtswidrige Handlungen ...“

¹⁹¹ Vgl. *Wolter*, Festschrift für Kohlmann, 2003, S. 696: „... ohne daß man die Begrenzung von Art. 31 I e EUV ... ernst nimmt“; s. näher *B. Schönemann*, GA 2002, 503 ff.

¹⁹² Näher *Vogel* (Anm. 105), S. 43.

Europäischen Rates von Tampere 1999 genannten Kriminalitätsbereiche¹⁹³. Vogel hat völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass es somit bislang „unverkennbar“ ist, „dass sich die europäische Kriminalpolitik auf für sie interessante ‚moderne‘ Gebiete mit typischen Zügen des ‚modernen‘ Strafrechts konzentriert“ hat¹⁹⁴.

Zwar wird der Zuständigkeitsbereich¹⁹⁵ im VerfV zunächst einmal in einem dem Europäischen Haftbefehl vergleichbaren Katalog nicht sehr viel ausführlicher aufgeschlüsselt¹⁹⁶. Die Liste ist jedoch nicht erschöpfend. Der Rat könnte durch Europäischen Beschluss weitere Kriminalitätsbereiche bestimmen¹⁹⁷. Weigend hat schon in Dresden dargelegt, dass sich damit dann letztlich grundsätzlich der gesetzgeberische Zugriff der EU „auf alle Straftaten – den einfachen Taschendiebstahl gegenüber Landsleuten vielleicht ausgenommen – erstreckt“¹⁹⁸.

¹⁹³ Nr. 48: „... vertritt der Europäische Rat die Ansicht, daß sich in bezug auf das nationale Strafrecht die Bemühungen zur Vereinbarung gemeinsamer Definitionen, Tatbestandsmerkmale und Sanktionen zunächst auf eine begrenzte Anzahl von besonders relevanten Bereichen, wie Finanzkriminalität (Geldwäsche, Bestechung, Fälschung des Euro), illegaler Drogenhandel, Menschenhandel, insbesondere die Ausbeutung von Frauen, sexuelle Ausbeutung von Kindern, High-Tech-Kriminalität und Umweltkriminalität, konzentrieren sollen.“

¹⁹⁴ Vogel (Anm. 105), S. 55: „Vielfach geht es um ‚moderne‘ Tatbestandstypen wie z. B. Gefährdungs- oder Organisationsdelikte, die andere und leichter nachweisbare Zurechnungsstrukturen aufweisen als ‚klassisches‘ Strafrecht (wie bei der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung). Häufig sollen Verhaltensweisen inkriminiert werden, die weit im Vor- oder Nachfeld konkreter Schädigung liegen (wie beim Drogenstrafrecht oder bei der Geldwäsche). Nicht selten sind die in Frage stehenden Bereiche in hohem Maße politisch-moralisch aufgeladen und eignen sich dazu Sündenbockmechanismen auszulösen (wie bei der Kinderpornographie). Und schließlich dürften einige der Harmonisierung zugeführte Bereiche eher ‚symbolisches‘, nicht wirklich effektives Strafrecht betreffen (wie bei der strafrechtlichen Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit).“

¹⁹⁵ Art. III-271 Abs. 1 Unterabs. 1 VerfV: „... Bereiche[n] besonders schwerer Kriminalität ..., die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie von gemeinsamen Grundlagen ausgehend zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben.“

¹⁹⁶ Art. III-271 Abs. 1 Unterabs. 2 VerfV: „Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.“ Siehe auch Abs. 2: „... wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind ...“

¹⁹⁷ Art. III-271 Abs. 1 Unterabs. 3 VerfV.

¹⁹⁸ Weigend, ZStW 116 (2004), S. 283.

Kommt es aber über die „Modethemen“ hinaus auch zur Ausweitung auf nicht konsensuale Themen, dürften Lösungen kaum – wie oftmals im nationalen Gesetzgebungsverfahren – qua „Kampfabstimmung“, sondern im Wege des Kompromisses, wie in EG/EU im Bereich der Einstimmigkeit schon immer unverzichtbar und internationalem Souveränitätsverständnis entsprechend, gesucht werden. Und Kompromisse führen, ich erinnere nur an die Gesetzgebungsgeschichte des deutschen Pornographieparagrafen i. d. F. des 4. StrRG von 1974, zu kasuistischen Zersplitterungen; jeder bekommt seine „Extrawurst“¹⁹⁹. Dies könnte längst nicht nur Folgerungen in den hier heute exemplarisch angesprochenen Bereichen haben.

Vor allem aber stellte die Tätigkeit der EU als Rechtssetzerin auf dem Gebiet des Strafrechts aus einem anderen Grund eine völlig neue Qualität der Europäisierung dar: *Weigend* hat in Dresden weiter schon darauf hingewiesen, dass vergleichbar der konkurrierenden Gesetzgebung des Grundgesetzes die Mitgliedsstaaten nur soweit und solange zuständig bleiben²⁰⁰, „wie die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat oder entschieden hat,

¹⁹⁹ Die wirre Kasuistik des (damaligen) § 184 Abs. 1 StGB (vgl. dagegen die deutlich kürzeren Abs. 1 [„Wer öffentlich pornographische Inhalte in einer Art und Weise präsentiert, durch die eine Person, die dies nicht wünscht, deren Wahrnehmung aufgedrängt wird, ...] und Abs. 2 [„Wer einem Minderjährigen unter 15 Jahren pornographische Inhalte präsentiert oder Gegenstände solchen Charakters zugänglich macht, ...] des Art. 202 des poln. KK) mit sage und schreibe 39 verschiedenen Verbreitungsstatbeständen im Bereich der sog. einfachen Pornographie (*Hanack*, NJW 1974, 7: „Die gesetzliche Regelung erfasst, in einem geradezu ungeheuerlich ausdifferenzierten Katalog ... etwa: das Anbieten oder Überlassen ‚im Einzelhandel außerhalb von Geschäftsräumen‘ ‚in Kiosken oder anderen Verkaufsstellen, die der Kunde nicht zu betreten pflegt‘, ‚im Versandhandel‘, ‚in gewerblichen Leihbüchereien‘, ‚Lesezirkeln‘, das Zeigen bei ‚öffentlichen Filmvorführungen gegen ein Entgelt ...‘, das ganz oder überwiegend für diese Vorführung verlangt wird‘, das Verbreiten durch ‚Rundfunk‘“) beruhte auf der unbedingten Konsenssuche im damaligen Gesetzgebungsverfahren, stellte einen „christlich-sozial-liberale(n) Kompromiß“ (*Becker*, MDR 1974, 179) dar (näher *Scheffler*, in: Das Strafgesetzbuch, Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Supplementband I, hrsg. v. *Vormbaum* und *Welp*, 2005, S. 220f. m. w. N.) – und zeigt, das nur am Rande, die Schwäche selbst ausuferndster Kasuistik auf, wird doch heute Pornographie durch die Neuen Medien und nicht mehr über die in § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB genannten „Leihbüchereien“, „Lesezirkel“ (*Hörnle*, KritV 2003, 304: „in unserer Zeit keine Hauptverdächtigen in Sachen Jugendgefährdung“) oder durch „Rundfunk“ (vgl. sofern den neuen § 184c StGB) verbreitet (*Hörnle*, a. a. O., S. 299: „... spiegeln Mediennutzgewohnheiten wieder, die damals für die an pornographischen Inhalten interessierten Personen im Vordergrund standen“).

²⁰⁰ Art. I-11 Abs. 2 Satz 1 VerfV: „Alle der Union nicht in der Verfassung übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.“

diese nicht auszuüben“²⁰¹. Und die europarechtlichen Kommentatoren trauen sich kaum die wichtigste Konsequenz daraus laut auszusprechen: Dass nämlich zukünftig nationales Strafrecht unanwendbar sein werden würde, soweit es Europäischen Rahmengesetzen entgegensteht²⁰²!

²⁰¹ Weigend, ZStW 116 (2004), S. 280.

²⁰² Siehe Ohler, in: Streinz u. a., Die neue Verfassung für Europa, 2005, S. 68: „Ungeachtet dessen steht zu erwarten, dass Europäischen Rahmengesetzen ... unter den gleichen Voraussetzungen und im gleichen Umfang wie EG-Richtlinien und Entscheidungen unmittelbare Wirkung zukommt und nationales Recht daher, soweit aufgrund der Unbedingtheit und Bestimmtheit unionsrechtlicher Vorschriften eine Kollision mit diesen feststellbar ist, entgegenstehendes nationales Recht jedenfalls nicht angewendet werden darf.“