

# **Goldammer's Archiv für Strafrecht**

Begründet 1853

Herausgegeben von  
**Paul-Günter Pötz**

Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz a. D.

**5** Mai 2000  
147. Jahrgang

Seiten 205–256  
ISSN 0017-1956



**R. v. Decker**

Hüchzig

## Zum Begriff des mildesten Gesetzes (§ 2 Abs. 3 StGB)

Von Wissenschaftl. Referentin Dr. Sabine Gieß, Freiburg/Br. 1

Nach § 2 Abs. 3 StGB wird bei einer Gesetzesänderung zwischen Tat- und Entscheidungszeit das mildeste Gesetz angewendet. Diese Regelung durchbricht das grundsätzlich im Strafrecht geltende Tatzeitprinzip<sup>2</sup>. Während dieses Milderungsgebot des intertemporalen Strafrechts in früheren Jahren Gegenstand intensiver Auseinandersetzungen war<sup>3</sup>, ist es in jüngerer Zeit eher an den Rand des Interesses gerückt. Durch die Geltung europäischer Rechtsakte im nationalen Strafrecht erhält die Frage nach dem »mildesten Gesetz« neue Aktualität.

### I. Europäisches Recht und nationales Strafrecht

Das europäische Recht wirkt auf verschiedenen Ebenen durch unterschiedliche Rechtsquellen auf das nationale Recht ein<sup>4</sup>.

#### 1. Rechtsquellen des europäischen Gemeinschaftsrechts

Von größter Bedeutung – auch für das Strafrecht – ist derzeit (noch) das europäische Gemeinschaftsrecht, wenngleich die in der sog. 3. Säule der Union erlassenen Rechtsakte immer mehr an Bedeutung gewinnen<sup>5</sup>. Europäisches Gemeinschaftsrecht wird auf der Grundlage der Gemeinschaftsverträge<sup>6</sup> durch die Gemeinschaftsorgane (Rat, Europäisches Parlament, EG-Kommission) geschaffen. Die maßgebliche Entscheidungsfunktion kommt – trotz der zwischenzeitlich erfolgten Stärkung des Europäischen Parlaments – noch immer dem Rat der Europäischen Gemeinschaft als der Vertretung der Regierungen der Mitgliedstaaten zu<sup>7</sup>.

Das Gemeinschaftsrecht steht als supranationales Recht über dem nationalen Recht<sup>8</sup>. Ob es eines zusätzlichen Umsetzungsaktes für eine Geltung im nationalen Recht bedarf, hängt grundsätzlich von der Art der Rechtsquelle ab:

1 Ich danke Helge Elisabeth Zeitler für wertvolle Diskussionen.

2 Nach Tiedemann (FS f. Peters, 1974, S. 193ff.) soll auch im Strafrecht grundsätzlich das Entscheidungszeitrecht und nicht das Tatzeitstrafrecht gelten. Gegen eine Klassifizierung in ein Regel-Ausnahme-Verhältnis spricht sich Schroeder (FS f. Bockelmann, 1979, S. 789) aus.

3 Vgl. dazu unten I. 2. a).

4 Vgl. dazu beispielsweise: Jung, StV 1990, 509ff.; sehr kritisch zu dieser Wirkung Albrecht/Braun, KritV 1998, 470ff.

5 Zur Wirkung von Rechtsakten der sog. 3. Säule (früher: »Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres«, heute: »Justizielle und polizeiliche Zusammenarbeit«) auf das nationale Recht vgl. beispielsweise: Pechstein/Koenig, Die Europäische Union, 2. Aufl., 1998, Rdnr. 350ff.

6 EGV, EAV, EGKS.

7 Vgl. zum Rechtssetzungsverfahren Streinz, Europarecht 3. Aufl., 1996, Rdnr. 438ff.

8 Dazu ausf.: Geiger, EGV, Art. 5 EGV, 2. Aufl., 1995, Rdnr. 17ff.; Schmidt in von der Groeben, Art. 189 EGV, Rdnr. 2ff., 5. Aufl., 1997.

Die EG-Verordnung »gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat«<sup>9</sup>. Im Gegensatz dazu bestimmt Art. 249 Abs. 3 EGV, daß die EG-Richtlinie lediglich für den »Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich« ist. Sie überläßt den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel<sup>10</sup>. Dementsprechend müssen Richtlinienvorschriften grundsätzlich in innerstaatliches Recht umgesetzt werden. In Kraft tritt eine Richtlinie gem. Art. 254 Abs. 2 EGV aber bereits nach Abschluß des europäischen Rechtssetzungsverfahrens<sup>11</sup>.

#### 2. Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das nationale Strafrecht

Das Wechselverhältnis zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Strafrecht wird – wegen der fehlenden Kompetenz der EG im Bereich des Strafrechts – vor allem durch das Konzept des sog. funktionalen spill-over geprägt<sup>12</sup>: Das heißt, das europäische Gemeinschaftsrecht modifiziert das nationale Strafrecht (nur) insoweit, als der Vorrang des Gemeinschaftsrechts dies gebietet. Eine solche Modifikation erfolgt oft nicht offen, sondern resultiert aus der Kollision sich widersprechender gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Regelungen. Steht beispielsweise der Wahrnehmung der durch den EG-Vertrag gewährten Niederlassungsfreiheit in einem anderen Mitgliedstaat eine nationale Strafvorschrift entgegen, so ist diese insoweit unwirksam<sup>13</sup>. Der durch eine EG-Vorschrift Berechtigte kann sich auf diese Unwirksamkeit vor dem (Straf-)Gericht berufen, das seinerseits dem EuGH eine entsprechende Frage in einem Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV<sup>14</sup> vorlegen kann. Dieses Wechselverhältnis von EG-Recht und nationalem Strafrecht ist problematisch, weil das Strafrecht durch eine klare Rechtslage gestaltet sein muß<sup>15</sup>. Darauf wurde bereits in der deutschen Literatur hingewiesen<sup>16</sup>.

9 Art. 249 Abs. 2 EGV.

10 Nichtsdestoweniger sind die darin niedergelegten Regelungen oftmals so detailliert, daß das nationale Gesetz durch den europäischen Rechtsakt praktisch vorgegeben ist.

11 Der Zeitpunkt des Inkrafttretens ist in der Regel ausdrücklich in der Richtlinie selbst festgelegt; andernfalls tritt die Richtlinie am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft, bzw., falls sich die Richtlinie nicht an alle Mitgliedstaaten richtet, nach ihrer Bekanntmachung an diejenigen, für die sie bestimmt ist.

12 Zum Begriff des funktionalen spill-over: Tomza, The Politics of Justice, in: Barrett (ed.), Justice Cooperation in the European Union, Dublin 1997, S. 50f.; vgl. a.: Thomas, NJW 1991, 2233. Aufst. zu anderen Einflüssen des Europarechts auf das Strafrecht siehe, ZStW 103 (1991) 956ff.; Dannecker, JURA 1998, 84f.

13 EuGH Strafrecht gegen Riesen, Rs. 5/83 Slg. 1983, 4233; vgl. zu den anderen Freiheiten EuGH Strafrecht gegen Bodessa u. a. vbd. Rs. C-358/93 und C-416/93, Slg. I-1995, 361ff.

14 Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 177 EGV a.F. sichern – als Inzidentverfahren – dem EuGH das »Auslegungsmonopol« für alle Fragen des Gemeinschaftsrechts, indem die nationalen Gerichte verpflichtet (und berechtigt) werden, dem europäischen Gericht für ihr Urteil erhebliche Vorräte betreffend das Gemeinschaftsrecht vorzulegen.

15 Dementsprechend verlangt § 1 StGB, daß ein strafbegründendes Gesetz in entsprechender Form Bestandteil der nationalen Rechtsordnung geworden ist, Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., 1999, § 1 Rdnr. 2a.

16 Vgl. beispielsweise Thomas, NJW 1991, 2234f.

### 3. Unmittelbare Wirkung nicht umgesetzter Richtlinienvorschriften

Entgegen der im EG-Vertrag niedergelegten Regelung des Art. 189 Abs. 3 EGV a.F. kommt der EG-Richtlinie heute eine sehr viel weitergehende Wirkung im nationalen Recht zu. Dies beruht auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht<sup>17</sup> und der Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien<sup>18</sup>. Nach der Rechtsprechung des EuGH – und der herrschenden Lehre im deutschen Schrifttum<sup>19</sup> – können Richtlinienvorschriften trotz der Regelung in Art. 189 Abs. 3 EGV für den einzelnen insofern unmittelbar Wirkung erlangen, als er sich darauf in einem Rechtsstreit gegenüber einem säumigen Mitgliedstaat vor Gericht berufen darf<sup>20</sup>. Voraussetzung ist, daß die Richtlinienvorschriften (trotz Fristablaufs) noch nicht ordnungsgemäß in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind und daß sie inhaltlich unbedingt sowie hinreichend genau sind, um im Einzelfall angewendet werden zu können<sup>21</sup>.

Diese Rechtsprechung beruht vorrangig auf zwei Erwägungen: *Erstens* soll sich der einzelne auf Vorschriften einer Richtlinie berufen können, um dadurch die größtmögliche Effektivität des Gemeinschaftsrechts zu sichern (sog. *effet utile*)<sup>22</sup>. *Zweitens* sollen sich die Mitgliedstaaten nicht gegenüber dem Bürger auf ihre eigene Pflichtverletzung, nämlich die nicht ordnungsgemäße Umsetzung einer Richtlinie, berufen können (sog. *estoppel-Prinzip*)<sup>23</sup>. Der EuGH hat dementsprechend die unmittelbare Wirkung von Richtlinien dahingehend eingeschränkt, daß sich der Staat nicht zu Lasten des Bürgers auf eine unmittelbare Wirkung berufen dürfe<sup>24</sup> und daß sich Private untereinander nicht auf die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie berufen können<sup>25</sup>. Während über die erstere Einschränkung weitgehend Einigkeit herrscht, ist die letztere Einschränkung in der Literatur heftig umstritten<sup>26</sup>.

17 *EuGH Costa v. ENEL* Rs. 6/64 Slg. 1964, 1141; *EuGH Internationale Handelsgesellschaft* Rs. 11/70 Slg. 1970, 1125; *EuGH Simmenthal II*: Rs. 106/77 Slg. 1978, 629; *Lenz*, DVBl 1990, 905.

18 Grundlegend dazu *EuGH van Gend & Loos* Rs. 26/62 Slg. 1963, I; *Geiger* (Fn. 8) Rdnr. 17 ff.

19 *Jarass*, NJW 1990, 2420; *Bach*, JZ 1990, 1108.

20 St. Rspr. *EuGH Grad* Rs. 9/70, Slg. 1970, 825 ff.; *EuGH S.A.C.E.* Rs. 33/70; *EuGH Van Duyn* Rs. 41/74 Slg. 1974, 1337; *EuGH Becker* Rs. 8/81 Slg. 1982, 52 ff.

21 *EuGH Van Duyn* (Fn. 20), 1337 (1349); *EuGH Becker* (Fn. 20), 52 (70). Durch diese Rechtsprechung sollen die Richtlinien zu ihrer – in Art. 189 Abs. 2 EGV a.F. – vorgesehenen Wirkung verholten werden, indem sie auch in einem nationalen Rechtsstreit geltend gemacht werden können (*EuGH Ratti* Rs. 148/78, Slg. 1979, 1642).

22 *EuGH Van Duyn* (Fn. 21), 1337 (1349); *EuGH Ratti* (Fn. 21), 1642; *EuGH Becker* (Fn. 20), 70; *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 18 m. w. n. in Fn. 52.

23 Generalanwalt *Lenz* in *EuGH* Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839 (1855).

24 *EuGH Kolpinghuis Nijmegen* Rs. 80/86 Slg. 1987, 3969 (3985 ff.); *Brechmann* (Fn. 22), S. 20.

25 *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streit*, Die Europäische Union, 4. Aufl., 1993, S. 211; *Classen*, EuZW 1993, 87; *Ehlers*, DVBl 1991, 607; *Jarass*, NJW 1991, 2666; *Leitao*, RTDE 1981, 433 ff.; *Timmermanns*, CMLR 1979, 541 f.; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht 5. Aufl., 1995, Rdnr. 366–368.

26 Der Rechtsprechung des EuGH stimmen u. a. die in Fn. 25 Genannten zu. Dagegen sprechen sich beispielsweise aus: *Bach*, JZ 1990, 1115; *Curth*, CMLR 1990, 722; *Müller-Graff*, NJW 1993, 20 f.; *Nico-layser*, EuR 1986, 370 f.; *Richter*, EuR 1988, 394 ff.; *Spannowsk*, JZ 1994, 333.

Diese Rechtsprechung des EuGH gilt – im Prinzip<sup>27</sup> – auch für das Strafrecht, obwohl die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft für diesen Bereich keine Rechtssetzungskompetenz übertragen haben<sup>28</sup>. Denn das Gemeinschaftsrecht geht – wie eingangs erwähnt – dem nationalen Recht vor. Das Strafrecht kann insoweit keine Sonderrolle beanspruchen<sup>29</sup>.

### 4. Begrenzung durch das strafrechtliche Rückwirkungsverbot

Die unmittelbare Wirkung nicht umgesetzter Richtlinienvorschriften im nationalen Strafrecht wird jedoch nach allgemeiner Ansicht durch das strafrechtliche Rückwirkungsverbot begrenzt:

a) Der EuGH selbst hat die unmittelbare Wirkung von Richtlinienvorschriften für das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht unter die (immantenen) Schranken des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes des Gesetzlichkeitsprinzips bzw. der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbots gestellt<sup>30</sup>. Diese Grenzen hat das Gericht wie alle »gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsätze« – aus den nationalen Rechtsordnungen durch »wertende Rechtsvergleichung« ermittelt<sup>31</sup>: Nach der – innerhalb der Kasuistik zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Strafrechts als obiter dictum entwickelten – Doktrin gebietet das Legalitätsprinzip als allgemeiner Rechtsgrundsatz<sup>32</sup>, der den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zugrunde liegt und in Art. 7 EMRK verankert ist<sup>33</sup>, »daß eine Richtlinie für sich allein und unabhängig von zu ihrer Durchführung erlassenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht die Wirkung haben kann, die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften einer Richtlinie verstoßen, festzulegen oder zu verschärfen«<sup>34</sup>. Mit anderen Worten: Niemand soll aufgrund eines Verhaltens,

27 Zu den Modifikationen vgl. nachfolgend I.

28 *Darnecker* in: *Eser/Hüber*, Strafrechtsentwicklung, 1995, S. 2004; *Ligeti*, 39 Acta Juridica Hungarica 1998, 58 f. Ausführlich dazu *Böve*, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 55 ff.

29 Der EuGH selbst hat an der Geltung aller Gemeinschaftsrechtsakte auch im Bereich des Strafrechts nie Zweifel geäußert. Er hat grundsätzlich nicht danach unterschieden, »ob das innerstaatliche Verfahren, in dem der Vorabentscheidungsantrag gestellt worden ist, ein Strafverfahren oder ein anderes Verfahren ist«, da »das Gemeinschaftsrecht ... nicht verschiedene Geltung haben [kann], je nachdem auf welchem Gebiet des innerstaatlichen Rechts es seine Wirkungen zeitigen kann« (*Italienische Staatsanwaltschaft/Sail* Rs. 82/71, Slg. 1972, 119, vgl. a.: *EuGH Strafverfahren gegen Röser* Rs. 238/84, Slg. 1986, 806, Rdnr. 15; vgl. a.: *EuGH Cowan* Rs. 186/87, Slg. 1989 Rz. 29). Vgl. dazu auch *Hugger*, NSIZ 1993, 421 ff.; *Heise*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Strafrecht, 1998, S. 46.

30 *EuGH Regina Kirk* Rs. 63/83, Slg. 1984, 2689, Rdnr. 21 und 22; *EuGH Pretore von Salò gegen Unbe-kanni* Rs. 14/86, Slg. 1987, 2545 Rdnr. 19; *EuGH Kolpinghuis Nijmegen* Rs. 80/86, Slg. 1987, 3968, Rdnr. 13; ebenso Generalanwalt *Colomer* in *EuGH Strafverfahren gegen X*, vbd. Rs. C-7/495 und C-129/95, Slg. I – 1996, 6611 (6621); vgl. a.: *EuGH Fedesa* vbd. Rs. C-331/88, Slg. 1990, 4023 Rdnr. 42. Das entspricht der Doktrin, daß sich der Staat nicht zu Lasten des Bürgers auf eine unmittelbare Wirkung berufen dürfe, vgl. dazu *EuGH Kolpinghuis Nijmegen* a.a.O., 3969 (3985 f.); *Brechmann* (Fn. 22), S. 20.

31 Vgl. dazu ausführlich *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 357 ff.

32 Zur Geltung des Prinzips der *lex certa* vgl. Generalanwalt *Colomer* (Fn. 30), 6611 (6623).

33 *EuGH Strafverfahren gegen X* (Fn. 30), 6611 Rdnr. 25; *EuGH Fedesa* (Fn. 30).

34 *EuGH Kolpinghuis Nijmegen* (Fn. 30), Rdnr. 13.

das nur in einer Richtlinie als strafwürdig bestimmt wird, dessen tatbestandliche Umschreibung aber (noch) nicht in einen innerstaatlichen Straftatbestand umgesetzt wurde, strafrechtlich belangt werden<sup>35</sup>.

In *Kolpinghuis Nijmegen*<sup>36</sup> wurde einem Getränkeheranten vorgeworfen, eine Blankettnorm des niederländischen Lebensmittelrechts dadurch verletzt zu haben, daß er Wasser auf Lager gehalten habe, das als Mineralwasser etikettiert war, obwohl es nicht der Definition von Mineralwasser in der Richtlinie 80/777/EWG entsprach. Die Richtlinie war zum fraglichen Zeitpunkt nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden, obwohl die dafür gesetzte Umsetzungsfrist abgelaufen war. Auf die Vorlage des niederländischen Strafgerichts entschied der EuGH, daß die Pflicht zur gemeinschaftsfreundlichen Auslegung dort ende, wo eine solche »Auslegung«<sup>37</sup> eine strafrechtliche Verantwortlichkeit über den Wortlaut des (nationalen) Straftatbestandes hinaus begründen würde<sup>38</sup>. Die Anerkennung des Gesetzlichkeitsprinzips verbiete es, daß eine Person aufgrund eines Verhaltens, das in einer Richtlinie als strafwürdig bestimmt, aber noch nicht in einen innerstaatlichen Straftatbestand umgesetzt wurde, bestraft werden könne<sup>39</sup>.

Offen blieb in dieser Rechtsprechung bisher, ob das Gesetzlichkeitsprinzip lediglich vor einer nachträglichen Strafbarkeitsbegründung und -erweiterung durch eine Modifikation der Tatbestände des Besonderen Teils der nationalen Rechtsordnungen oder beispielsweise auch vor der reziproken Einschränkung von Erlaubnissen oder aber einer Änderung einer gefestigten Rechtsprechung schützen soll.

b) Die Einschränkung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinienvorschriften im Bereich des Strafrechts durch das in der EuGH-Rechtsprechung entwickelte Legalitätsprinzip wurde in der Literatur weitgehend begrüßt<sup>40</sup>. Es herrscht Einigkeit darüber, daß verfassungsrechtlich garantierte Strafrechtsprinzipien Vorrang vor der richtlinienkonformen Auslegung haben müssen<sup>41</sup>. Das folgt für viele schon daraus, daß insofern ohnehin lediglich

35 Vgl. dazu *EuGH Strafverfahren gegen X* (Fn. 30), Rdnr. 25, sowie die Ausführungen des Generalanwalts Rdnr. 53 ff. (S. 6622). Zur Entwicklung der Grundrechtsprechung des EuGH im allgemeinen vgl. beispielsweise *Dallien*, CMLR 1990, 761 ff.

36 *EuGH Rs. 80/86*, Slg. 1987, 3968.

37 Hier gilt es zu beachten, daß der Auslegungsbegriff des EuGH sehr weiter gefaßt ist und auch solche Rechtsfindungen noch umfaßt, die nach deutscher Lehre bereits als Rechtsfortbildung angesehen würden. Vgl. dazu ausführlich *Anweiler* (Fn. 31), 40 ff.

38 *EuGH Pretore von Salò gegen Unbekannt* (Fn. 30), 2545; *EuGH Kolpinghuis Nijmegen* (Fn. 30), 3968; *EuGH Strafverfahren gegen X* (Fn. 30), 6636; ebenso *Everling*, ZGR 1992, 377, 384 f.

39 *EuGH Strafverfahren gegen X* (Fn. 30), 6637, Rdnr. 25.

40 *Delmas-Marty*, *European Law Journal* 1998, 89 m. w. N. Nach *Hugger* (Fn. 29), S. 424, verstößt die (aus seiner Sicht auf Art. 5 EGV a. F. gegründete) Verpflichtung zur »strafweiternden« richtlinienkonformen Auslegung gegen Art. 103 Abs. 2 GG wegen Verletzung der Verweispflicht. Diese Kritik beruht aber auf einer angreifbaren Ausgangsposition, wie bereits durch *Böse*, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 430, und *Heise* (Fn. 29), S. 109 dargelegt wurde, da sich das Verhältnis von Art. 5 EGV a. F. und nationalen Straftatbeständen nicht mit dem Verhältnis eines Blankettnormensatzes und seiner Bezugsnorm vergleichen läßt.

41 *Dannecker*, JZ 1996, 873; *Heise* (Fn. 29), S. 150; *Jarass*, *EuR* 1991, 223; *Kertt*, (Österr.) *JurBI* 1999, 88. Auch *Müller-Graff*, der die unmittelbare Geltung von Richtlinienvorschriften unterstützt, nimmt aus seiner Forderung ausdrücklich das »sogenannte ungekehrte Vertikalverhältnis« aus (NJW 1993, 21). Nach *Streinz* (Fn. 7), Rdnr. 400, stehen einem durch eine nichtumgesetzte Richtlinie begründeten Strafanspruch die Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts entgegen.

eine beschränkte Kompetenzübertragung auf die Gemeinschaft erfolgt ist<sup>42</sup>. Lediglich *Richter*<sup>43</sup> kritisiert (in einer Anmerkung zu *Kolpinghuis Nijmegen*) die aus der Begrenzung folgende punktuelle Durchbrechung der Doktrin der unmittelbaren Wirkung von Richtlinienvorschriften. Nach seiner Ansicht wird die vom EuGH vorgenommene Differenzierung zwischen den Bürger begünstigenden und ihn belastenden Vorschriften generell dem autonomen Charakter des Gemeinschaftsrechts nicht gerecht<sup>44</sup>. Er fordert eine unmittelbare Wirkung aller dazu geeigneten Richtlinienbestimmungen, auch wenn sie den einzelnen belasten. Allerdings macht auch er den Vorbehalt, daß rechtsstaatliche Garantien zum Schutz des einzelnen nicht verletzt werden dürfen, ohne sich zu dem Problem des Verbots der rückwirkenden Gesetzesänderung im Strafrecht zu äußern.

c) Als *Zwischenergebnis* kann somit festgehalten werden, daß es durch die unmittelbare Wirkung von Richtlinienvorschriften zu verdeckten Modifikationen des Strafrechts kommen kann. Diese Einbuße an Transparenz der Rechtslage ist notwendige Folge der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien. Die Wirkung von Richtlinienvorschriften im nationalen Strafrecht darf sich aber jedenfalls insofern nicht belastend auf die Rechtsunterworfenen auswirken, als dadurch eine Strafbarkeit für ein Verhalten begründet oder erweitert würde, dessen tatbestandliche Umschreibung noch nicht in einen innerstaatlichen Straftatbestand umgesetzt wurde.

Ohne die Verdienste der EuGH-Rechtsprechung zur Verankerung von strafrechtlichen Grundrechten im Gemeinschaftsrecht schmälern zu wollen, müssen an dieser Stelle doch Zweifel dahingehend angemerkt werden, ob die Judikatur tatsächlich geeignet ist, dauerhaft dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot in allen seinen Funktionen gerecht zu werden. Die vom EuGH vertretene Linie entspricht zwar grundsätzlich dem in Deutschland vorherrschenden Verständnis, nach dem das Gesetzlichkeitsprinzip lediglich vor der gesetzlich nicht geregelten Bildung oder Verschärfung neuer Deliktstypen schützt, nicht aber vor »mittelbaren Strafbarkeitsweiterungen«, beispielsweise durch die gesetzlich nicht normierte Einschränkung von Rechtfertigungsgründen<sup>45</sup>. Da die für das Strafrecht einschlägigen europäischen Rechtsakte aber zumeist straffausschließende oder strafmildernde *Erlaubnissätze* im Nebenstrafrecht begründen<sup>46</sup>, erlangen die Argumente der Gegenseite<sup>47</sup> neues Gewicht: Denn wenn sich die Zulässigkeit einer Handlung aus einander ergänzenden nationalen Verbots- und europäischen Erlaubnissätzen ergibt, müssen die Rechtsunterworfenen auch auf die Geltung und Beständigkeit der letztgenannten Rechtsakte vertrauen dürfen bzw. muß die staatliche Strafgewalt durch deren Bestand gebunden sein.

42 Zum derzeitigen Meinungsstand vgl. *Heise* (Fn. 29), S. 126 f.

43 *Richter*, *EuR* 1988, 394 ff.

44 *Richter*, *EuR* 1988, 401 f.

45 *Amelung*, JZ 1982, 620; *Dreher*, Irrtum über Rechtfertigungsgründe, *Heinitz-FS*, S. 222; *Lenchner*, GA

1968, 9; *Kudolph-SK*, StGB, 26. Lfg., 6. Aufl. 1997, Rdnr. 20; Vgl. dazu *Supper*, Studien zur Notwehr

und »notwehrähnlichen Situation, 1973, S. 297; *Sch/Sch-Eser*, StGB, 25. Aufl., 1997, § 1 Rdnr. 14; *LK-Hirsch*, StGB, 10. Aufl., 1985, vor § 32 Rdnr. 36; *KK-Rogall*, OWiG, 1989, § 3 Rdnr. 23; *Krey*, Studien

zum Gesetzesvorbehalt, 1977, S. 233 ff.; *Roxin*, ZStW 93 (1981), 80.

46 Vgl. aber auch *Dannecker*, *JURA*, 1998, 84 f.

47 *Engels*, GA 1982, 120; *Kratzsch*, GA 1971, 65 ff.; s. a.: *LK-Tröndle*, StGB, 10. Aufl., 1985, § 2 Rdnr. 3;

*Sch/Sch-Eser* (Fn. 45), § 2 Rdnr. 3.

## II. Richtlinienvorschriften als mildestes Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB

Die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Richtlinienvorschriften das Milderungsgebot des intertemporalen Strafrechts in Deutschland auflösen können, läßt sich am besten anhand eines kürzlich dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren vorgelegten Falles erläutern:

### 1. Strafverfahren gegen *Ibiynka Awoyemi*

Das (belgische) Strafverfahren gegen *Ibiynka Awoyemi*<sup>48</sup> war wegen Fahrens ohne gültige Fahrerlaubnis eröffnet worden. Der Angeklagte, ein nigerianischer und damit ein sog. Drittstaatsangehöriger<sup>49</sup>, hatte in Großbritannien einen Führerschein nach EG-Muster erworben. Diesen EG-Führerschein hatte er nach einem Umzug nach Belgien nicht – wie dort vorgeblich – innerhalb eines Jahres gegen eine belgische EG-Fahrerlaubnis umgetauscht. Eine solche Umtauschpflicht war durch die EG-Richtlinie 80/1263/EWG vom 4. 12. 1980 zur Einführung eines EG-Führerscheins<sup>50</sup> vorgesehen<sup>51</sup>. Allerdings hatte der Rat – als Vertretung der EU-Mitgliedstaaten – zur Tatzeit bereits eine neue EG-Richtlinie 91/439/EWG<sup>52</sup> angenommen. Danach sollte eine Umtauschpflicht nicht mehr zwingend, sondern lediglich fakultativ bestehen<sup>53</sup>. Für die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht war erst ein späterer Zeitpunkt vorgesehen. Sie war auch zur Tatzeit noch nicht in das nationale belgische Recht inkorporiert. Der Angeklagte betrieb sich in dem Strafverfahren trotzdem darauf, daß er in den Genuß der neueren Richtlinienvorschrift kommen sollte, wonach sein Führerschein als eine in Belgien gültige Fahrerlaubnis gelten müßte. Das belgische Strafgericht legte daraufhin dem EuGH die Frage vor, ob sich der Täter auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist auf eine ihn begünstigende, weil straffausschließende Richtlinienvorschrift berufen könne.

In seiner Entscheidung erläuterte der EuGH, daß aus Sicht des Gemeinschaftsrechts nichts dagegen spreche, daß sich der Angeklagte unmittelbar auf die neue Richtlinienregelung berufe, um dadurch in den Genuß eines günstigeren Strafgesetzes zu kommen<sup>54</sup>. Der Mitgliedstaat sei durch die Vorgaben des europäischen Rechts weder gehindert, noch sei er verpflichtet, diese zu berücksichtigen<sup>55</sup>, vielmehr seien die nationalen Vorschriften über die Rückwirkung des günstigeren Strafgesetzes entscheidend. Wie diese

48 *EuGH* Rs. 230/94, *EuZW* 1999, 52 ff.  
49 Zu der Rechtslage in bezug auf EU-Staatsangehörige: *EuGH* *Skaniavi u. Chryssantakopoulos* Rs. C-193/94, *EuGH* Slg. 1996, I-929 = *EuZW* 1996, 317.

50 *ABl.* Nr. L 375 vom 31. 12. 1980, 1.

51 *Vgl.* Art. 8 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie.

52 *RL* vom 29. 7. 1991, *ABl.* L 237 vom 29. 7. 1991, 1.

53 *Vgl.* Art. 1 Abs. 2 und 8 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie.

54 *EuGH* *Strafverfahren gegen Ibiynka Awoyemi* Rs. 230/94, *EuZW* 1999, 52, *Rdnr.* 43 und 45.

55 *EuGH* (Fn. 54), *Rdnr.* 45.

Rechtsprechung mit der europäischen Rechtsquellenlehre<sup>56</sup> zu vereinbaren und ob sie mit Blick auf die Begründung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinienvorschriften, insbesondere der Bedeutung des »effet utile«, konsequent ist, bleibt fraglich, soll aber an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Von vorrangigem Interesse ist hier die Frage, was diese Rechtsprechung für das deutsche Recht bedeuten könnte:

### 2. Richtlinienvorschriften vor Ablauf der Umsetzungsfrist als mildestes Gesetz?

Nach § 2 Abs. 3 StGB ist das mildeste Gesetz anzuwenden, wenn das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert wird<sup>57</sup>. Als Gesetz in diesem Sinne zählt nach allgemeiner Ansicht das gesamte sachliche Strafrecht<sup>58</sup> einschließlich solcher außerstrafrechtlicher Normen, welche für die Bestimmung der Strafbarkeit notwendig sind, und des Gewohnheitsrechts<sup>59</sup>; somit sollten prinzipiell auch Richtlinienvorschriften, welche begünstigend auf das Strafrecht wirken, als Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB angesehen werden können.

a) Allerdings ist im einzelnen höchst umstritten, wann eine Modifikation einer außerstrafrechtlichen Norm überhaupt als *beachtliche Gesetzesänderung* im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB angesehen werden kann. Im wesentlichen werden dazu zwei Meinungen vertreten:

Nach einer Ansicht löst jede Änderung eines Bezugsstatbestandes das Milderungsgebot des § 2 Abs. 3 StGB aus<sup>60</sup>.

Nach der derzeit herrschenden Lehre und Rechtsprechung kann jedoch nicht jedwede Änderung einer außerstrafrechtlichen Norm als Gesetzesänderung im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB gewertet werden: Vielmehr ist danach zu differenzieren zwischen der Änderung einer Norm, welche ein Blankettstrafgesetz ausfüllt, und anderen Bezugsstatbeständen, die lediglich zu einer mittelbaren Strafrechtsänderung führten. Nur in bezug auf erstere ist weitgehend<sup>61</sup> unbestritten, daß eine den Täter begünstigende Modifikation im Rahmen von § 2 Abs. 3 StGB zu berücksichtigen ist<sup>62</sup>. Handelt es sich um andere Bezugsstatbestände, soll (mit verschiedensten Variationen im Detail) eine Unterscheidung danach vorgenommen werden, ob die Gesetzesände-

56 *Vgl.* dazu beispielsweise *EuGH Inter-Environment* Rs. C-129/96 Slg. 1997, I-7411.

57 *Roxin*, *Strafrecht* AT Band I, 3. Aufl. 1997, S. 117.

58 *SK-Rudolph* (Fn. 45), § 2 *Rdnr.* 8a.

59 *Dreher/Fischer* (Fn. 15), § 2 *Rdnr.* 8; *LK-Gribbohm*, *StGB*, 11. Aufl. 1992, § 2 *Rdnr.* 4.

60 *Darmerker* in: *de Boor / Pfeiffer / Schünemann*, *Parteispendenproblematik*, 1986, S. 96 ff; *Tiedemann*, *Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht*, 1985, S. 19 ff; *KK-Rogall* (Fn. 45), § 4 *Rdnr.* 9.

61 Anders *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, 471 ff; *SK-Rudolph* (Fn. 45), § 2 *Rdnr.* 8b.

62 *St. Rspr.* seit *BGHSt* 20, 177; anders noch *BGHSt* 7, 294 und die *RG-Rspr.*; *LK-Gribbohm* (Fn. 59), § 2 *Rdnr.* 4; *K. Meyer*, *JR* 1975, 68 f.; *Samsori*, *Möglichkeiten einer legislativischen Bewältigung der Parteispendenproblematik*, 1983, S. 236; *Sch/Sch-Eser* (Fn. 45), § 2 *Rdnr.* 26; *SK-Rudolph* (Fn. 45), § 2 *Rdnr.* 8a (s. o. Fn. 58); alle m. v. n.

rung das Unrecht der Rechtsgutverletzung unberührt lasse oder nicht<sup>63</sup>. Bezogen auf den Beispielsfall würde das bedeuten: Das Fahren eines Kfz ohne die notwendige Fahrerlaubnis ist in Deutschland nach § 21 Abs. 1 StVG strafbar. Bei der Norm handelt es sich nicht um einen Blankettstrafbefehl<sup>64</sup>. Nach h. M. könnte sich ein Täter vor einem deutschen Gericht also nur dann erfolgreich gegen den Vorwurf des Fahrens ohne Fahrerlaubnis mit dem Hinweis auf seinen in einem anderen EU-Staat erworbenen EG-Führerschein verteidigen, wenn durch die einschlägige, noch nicht in innerstaatliches Recht umgesetzte Richtlinienvorschrift der Unrechtsgehalt des § 21 Abs. 1 StVG betroffen würde<sup>65</sup>. Worin der Unrechtsgehalt des § 21 Abs. 1 StVG letztlich liegt, soll hier nicht umfassend ergründet werden; es genügt, die grundsätzlichen Richtungen aufzuzeigen: Würde sich der Unrechtsgehalt in der Inkriminierung des Fahrens ohne gültige Fahrerlaubnis, der Bestrafung des »Ungehorsams«, erschöpfen<sup>66</sup>, so könnte der nachträgliche Wegfall der Umtauschpflicht nicht als beachtliche Gesetzesänderung im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB angesehen werden. Denn der ursprüngliche Gehorsamsverstoß, keine nationale Fahrerlaubnis im Verwaltungsverfahren beantragt zu haben, bliebe dann erhalten. Wäre das Unrecht aber darin begründet, daß ein (nach den nationalen Vorschriften) nicht zur Führung eines Kfz geeigneter und deshalb (abstrakt) gefährlicher Fahrer am Straßenverkehr teilnahme<sup>67</sup>, dann würde der Unrechtsgehalt des § 21 Abs. 1 StVG durch den Wegfall der Umtauschpflicht tangiert. Denn eine solche Pflicht kann nur dazu dienen, den zuständigen nationalen Behörden die Möglichkeit zu geben, die Geeignetheit eines Fahrzeugführers, der lediglich eine ausländische Fahrerlaubnis vorzuweisen hat, in jedem Einzelfall zu überprüfen. Eine solche Überprüfung würde aber in bezug auf Inhaber von EG-Führerscheinen wegfallen, da jeder nach EG-Muster erworbene Führerschein ohne Umtausch als innerstaatliche Fahrerlaubnis gälte<sup>68</sup>.

Alle diese Erwägungen sind nach der eingangs erstgenannten Ansicht<sup>69</sup> belanglos, denn danach müßte jede, also auch die durch einen Richtlinienerlaß bedingte, Änderung des Bezugstatbestandes das Milderungsgebot auslösen.

63 Dreher/Fischer (Fn. 15), § 2 Rdnr. 8; AK-Hassener, StGB, 1. Aufl. 1990, § 2 Rdnr. 37ff.; K. Meyer, JR 1975, 69; Mohrbotter, ZStW (88) 19, 956f.; Sanson (Fn. 62), S. 237; Sch/Sch-Eser (Fn. 45), § 2 Rdnr. 26 (s. o. Fn. 45); SK-Rudolph (Fn. 45), § 2 Rdnr. 8; Wenner, MDR 1974, 685; ders., MDR 1975, 162. Vgl. aber auch Jakobs (Fn. 61), 475, der auf die Beibehaltung der Identität der Strafvorschrift abstellt.

64 Der anderslautende Hinweis in LK-Gribohm (Fn. 59), § 1 Rdnr. 37, auf BVerfGE 14, 245 (252) bezieht sich auf das StVG i. d. F. vom 16. 7. 1957, BGBl. I, 710. Der dort zitierte § 21 StVG ist eine Vorgängerregelung des heutigen § 27 StVG.

65 Für eine teleologische Reduktion des § 21 Abs. 1 StVG zugunsten von Inhabern von EG-Führerscheinen auch nach der derzeitigen Rechtslage tritt Wasmuth ein (NZA 1988, 131ff.).

66 In diese Richtung gehen die Ausführungen in BGHS 19, 98 (99); BGH NJW 1960, 2299 (2300); Krämpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 157 Fn. 26. Dafür spricht auch die Ansicht, daß sich eines Verstoßes gegen § 21 StVG strafbar macht, wer nach Bestehen der Fahrprüfung, aber vor Aushändigung des Führerscheins ein Kfz führt, Jagusch/Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 34. Aufl., 1997, § 21 StVG Rdnr. 2.

67 Seidler, DAR 1983, 381ff.; Wasmuth, NZA 1988, 131.

68 S. dazu ausf. Wasmuth, NZA 1988, 131f.

69 Vgl. oben Fn. 60.

b) Folgt man den Ansichten, nach denen der Wegfall der Umtauschpflicht für Führerscheine grundsätzlich geeignet ist, in bezug auf § 21 Abs. 1 StVG das Milderungsgebot des intertemporalen Strafrechts auszulösen, so ist gleichwohl weiterhin zu prüfen, ob bereits das Inkrafttreten einer Richtlinie ausreicht, um den Täter in den Genuß des § 2 Abs. 3 StGB kommen zu lassen. Das erscheint zunächst zweifelhaft:

Der Wortlaut des § 2 Abs. 3 StGB fordert eine Änderung des Gesetzes, was zunächst nahelegt, daß eine formale Änderung des niedergelegten Gesetzes erfolgt sein muß. Nach allgemeiner Ansicht hindert diese Begrifflichkeit jedoch nicht daran, auch eine Änderung der *Rechtslage* einzubeziehen, wie die prinzipielle Qualifizierung von neuem Wohnheitsrecht als Gesetzesänderung in diesem Sinne zeigt. Eine Änderung der *Rechtslage* läge also jedenfalls nach Inkrafttreten der Richtlinie vor, da die Bundesrepublik ab diesem Zeitpunkt als EG-Mitgliedstaat verpflichtet ist, die (oft detaillierten) Richtlinienvorgaben innerhalb einer bestimmten Frist in innerstaatliches Recht umzusetzen. Inwieweit aber auch davor eine Änderung der europäischen Rechtslage im nationalen Strafrecht zu berücksichtigen ist, läßt sich aus der grammatikalischen Auslegung nicht eindeutig ergründen. Der historische Gesetzgeber (von 1973) hat die vorliegende Frage sicherlich nicht in dieser Perspektive reflektiert. Die ersten Urteile zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien stammen aus den achtziger Jahren. Daß der Gesetzgeber das Milderungsgebot umfassend<sup>70</sup> und nicht auf ausdrückliche Gesetzesänderungen beschränkt wissen wollte, ergibt sich aber wiederum aus der Akzeptanz von Wohnheitsrecht als milderem Gesetz.

Auch eine systematische Auslegung des § 2 Abs. 3 StGB führt nicht zu einem eindeutigen Ergebnis. Denn der Begriff der Gesetzesgeltung und -änderung variiert sowohl zwischen § 1 StGB und § 2 StGB<sup>71</sup> als auch innerhalb des § 2 StGB. Ein interessantes Argument könnte sich aus einer Gegenüberstellung der Begriffe des Gesetzes, das »bei der Beendigung der Tat gilt«, und des Gesetzes, das »vor der Entscheidung geändert« ist, gewinnen lassen, wenn man argumentieren wollte, daß lediglich im ersten Fall, in dem das Gesetz ausdrücklich genannt ist, eine formale Inkraftsetzung gewollt ist (was sich aber ohnehin schon aus dem Gesetzlichkeitsprinzip ergibt), und in letzterem Falle jede (Rechts-)Änderung genügt. Damit würde aber ohnehin nur die bereits allgemein vertretene Ansicht noch einmal begründet, und die unter-

70 Dementsprechend muß nach dem heute geltenden § 2 Abs. 3 StGB, anders als nach dem früher geltenden § 2 Abs. 2 StGB i. d. F. von 1871 und 1953, eine Gesetzesmilderung bei jeder Art der Entscheidung berücksichtigt werden, vgl. dazu ausf. LK-Gribohm (Fn. 59), § 2 Rdnr. 17.

71 Während sich § 1 StGB und § 2 Abs. 1 StGB auf formelle Gesetze und Rechtsverordnungen beziehen, umfaßt § 2 Abs. 3 StGB (wie bereits erwähnt) die gesamte Rechtslage. Dem Verhältnis von § 2 Abs. 3 StGB und dem strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzip wird neben der Feststellung, daß der zugrunde gelegte Gesetzesbegriff nicht inhaltlich gleich sei (beispielsweise LK-Gribohm [Fn. 59], § 2 Rdnr. 4) wenig Aufmerksamkeit gewidmet, obwohl ein Zusammenhang immer wieder hergestellt wird (s.: Dreher/Fischer [Fn. 15], § 2 Rdnr. 7; Flämig, Steuerrecht als Dauerrecht, 1985, S. 75; LK-Gribohm [Fn. 59], § 2 Rdnr. 1). Aus diesen Aussagen kann man aber lediglich schließen, daß das Milderungsgebot des intertemporalen Strafrechts das Rückwirkungsverbot nicht zwangsläufig tangieren muß, daß also insofern eine »überschießende Innentendenz« besteht.



Abs. 3 StGB mit rechtsstaatlichen Erwägungen<sup>78</sup>. Sinn und Zweck des Milderungsgebots streiten damit (nach beiden Ansichten) dafür, daß eine unbedingte und hinreichend bestimmte, den Täter begünstigende Richtlinienvorschrift auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist als mildestes Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB gelten sollte. Denn schon durch die Annahme einer Richtlinie erkennt der Rat – als Vertretung der Mitgliedstaaten – die neuere, bessere Regelung an<sup>79</sup>. Nach Inkrafttreten der Richtlinie<sup>80</sup> ist der nationale Gesetzgeber (aufgrund von Art. 249 Abs. 3 i. V. m. Art. 10 EGV) hinsichtlich der Erreichung der dort – oftmals detailliert – beschriebenen Ziele gebunden<sup>81</sup>. Würde eine unbedingte und hinreichend bestimmte Richtlinienvorschrift zum Entscheidungszeitpunkt nicht beachtet, so würde eine Person aufgrund einer Norm verurteilt werden, die zwar im nationalen Recht noch besteht, die aber auf europäischer Ebene bereits modifiziert bzw. gestrichen ist und innerhalb einer bestimmten Zeit durch den nationalen Gesetzgeber ebenfalls modifiziert bzw. gestrichen werden muß<sup>82</sup>. Diese Erwägungen greifen letztlich auch gegen die Bedenken im Hinblick auf eine schwindende Rechtsklarheit durch, deretwegen § 2 Abs. 3 StGB prinzipiell für die Berücksichtigung einer Gesetzesmilderung fordert, daß »das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert ist«<sup>83</sup>.

c) Dementsprechend läge eine Gesetzesänderung im Sinne des § 3 Abs. 2 StGB nach hier vertratener Ansicht bereits nach Inkrafttreten einer Richtlinie vor, welche nicht in innerstaatliches Recht umgesetzte, unbedingte und hinreichend bestimmte, den Täter begünstigende Vorschriften umfaßt. Ob diese Gesetzesänderung beachtlich und damit geeignet ist, das Milderungsgebot des intertemporalen Strafrechts auszulösen, muß gegebenenfalls in jedem Einzelfall bestimmt werden.

### III. Fazit

Die vorrangige Geltung des europäischen Gemeinschaftsrechts im nationalen (Straf-)Recht hat zur Konsequenz, daß auch nicht in nationales Recht umgesetzte Richtlinienvorschriften als mildestes Gesetz im Sinne des Art. 2 Abs. 3 StGB in Betracht kommen, wenn die Vorschriften unbedingte und hinreichend bestimmt sind.

78 Kohtrausch-Lange (Fn. 75), ebda.

79 Zum Rechtssetzungsverfahren auf EG-Ebene vgl. Streinz (Fn. 7).

80 Vgl. dazu Art. 254 EGV.

81 Daß auch innerstaatliche Gesetzgebungsvorhaben nicht ohne rechtliche Auswirkungen sind, zeigt die Rechtsprechung des BVerfG zu der Frage der Aufhebung des Vertrauensschutzes des Bürgers in eine bestimmte Gesetzgebung, nach der auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem ein Gesetz als Entwurf in den Bundesrat oder Bundestag eingebracht wird, ist. St. Rspr. seit BVerfGE 13, 261 (272f.); BVerfGE 23, 12 (33); 72, 200 (261).

82 Für eine Interpretation des § 2 Abs. 3 StGB in diesem Sinne spricht auch, daß (mit Ausnahme eines Zeitgesetzes) ein sog. milderes Zwischengesetz, also eine Regelung, welche nach der Tatzeit in und vor der Entscheidung außer Kraft getreten ist, zugunsten des Täters berücksichtigt werden muß. Vgl. BGH NSZ 1992, 535 (536); Jakobs (Fn. 61), 4/68; Sch/Sch-Eser (Fn. 45), § 2 Rdnr. 29, Jeschke/Weigend (Fn. 75), S. 141; vgl. aber auch BVerfG NJW 1990, 1103.

83 Hervorhebung durch Verf.

schiedliche Wortwahl würde letztlich wohl auch überstrapaziert. Denn es ließe sich mit Verweis auf die vom Gesetzgeber getroffene Wortwahl (»vor der Entscheidung geändert«) auch entgegengesetzt argumentieren: nämlich daß damit sichergestellt werden sollte, daß eine Rechtsänderung grundsätzlich erst dann berücksichtigt werden solle, wenn sie in (innerstaatliches) Gesetz umgesetzt worden ist. Hier könnte in gewisser Hinsicht eine Parallele zum Erlaß von Rechtsverordnungen im deutschen Recht<sup>72</sup> sowie zu Gesetzentwürfen gezogen werden. Allein, diese Parallele greift im europarechtlichen Rahmen nicht durch, da bloße – nicht in staatliches Recht umgesetzte – Rechtsverordnungen oder Gesetzesentwürfe im Gegensatz zu in Kraft getretenen Richtlinien grundsätzlich keinerlei rechtliche Bindungswirkung entfalten<sup>73</sup>. Demgegenüber verpflichten in Kraft getretene Richtlinien – wie bereits erläutert – die Mitgliedstaaten, die darin statuierten Zielvorstellungen nach Ablauf einer bestimmten Frist in innerstaatliches Recht umzusetzen. Ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Richtlinie (also noch vor deren Umsetzung in innerstaatliches Recht) sind die mitgliedstaatlichen Organe – und dabei insbesondere auch die nationalen Gerichte – bereits verpflichtet sicherzustellen, daß das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel nicht durch zwischenzeitlich ergriffene Maßnahmen ernstlich in Gefahr gerät<sup>74</sup>.

Mit Blick auf das Argument der Gefährdung der Rechtsklarheit durch die Berücksichtigung nicht in innerstaatliches Recht umgesetzter Richtlinienvorschriften ist weiterhin zu bemerken, daß der Strafrichter nach Ablauf der Umsetzungsfrist ohnehin verpflichtet ist, die unbedingten und hinreichend bestimmten Richtlinienvorschriften auch ohne klarstellendes Gesetz anzuwenden.

Ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage, ob unbedingte und hinreichend bestimmte Richtlinienvorschriften als mildestes Gesetz zu berücksichtigen sind, wird damit die teleologische Auslegung: Sinn und Zweck des rückwirkenden Milderungsgebots ist nach herrschender Lehre, daß durch die Anwendung des günstigeren, zur Zeit der Rechtsanschauung geltenden Rechts sichergestellt wird, daß der Wandel der Rechtsanschauung aus Gründen der Gerechtigkeit<sup>75</sup> bzw. der Durchsetzung einer neuen kriminalpolitischen Bewertung des Gesetzgebers<sup>76</sup> zur Geltung verholten wird. Nach einer anderen, von Tiedemann vertretenen Ansicht gilt ohnehin grundsätzlich das Entscheidungszeitstrafrecht, so daß lediglich das Verbot der belastenden Rückwirkung gerechtfertigt werden müßte<sup>77</sup>. Er begründet das Milderungsgebot des § 2

72 Vgl. dazu im Hinblick auf strafbegründende Vorschriften auf: LK-Grißbrohm (Fn. 59), § 2 Rdnr. 9.

73 Eine Ausnahme hiervon gilt insofern, als solche Akte nach herrschender Ansicht geeignet sind, eine Vertrauensschutzposition der Bürger zu zerstören, vgl. st. Rspr. seit BVerfGE 13, 261 (272f.); BVerfGE 23, 12 (33); 72, 200 (261).

74 EuGH Inter-Environment (Fn. 56) Rdnr. 44ff.

75 Jeschke/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1996, S. 140; Frank, StGB, 18. Aufl. 1994, § 2 V; Kohtrausch-Lange, StGB, 43. Aufl., § 2 VII; Mohrbutter, ZStW 88 (1976), 935; SK-Rudolph (Fn. 45), § 2 Rdnr. 8.

76 Schroeder in FS f. Bockelmann, 1979, S. 789; vgl. a. Flämig (Fn. 71), S. 76f.

77 Tiedemann (Fn. 2), S. 197.

Das ergibt sich *nach* Ablauf der Umsetzungsfrist für eine Richtlinie bereits aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts und dem Prinzip des »effet utile« sowie dem »estoppel«-Grundsatz. Ist die Umsetzungsfrist für eine Richtlinie noch nicht abgelaufen, so sprechen zwar gute Gründe (darunter zuvörderst die Rechtsklarheit) dagegen, solche Vorschriften beim strafrechtlichen Urteil als mildestes Gesetz zu berücksichtigen. Jedoch streiten Sinn und Zweck des § 2 Abs. 3 StGB dafür, daß sich ein Angeklagter auch schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist auf eine Richtlinienvorschrift als mildestes Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB berufen darf. Denn nach Inkrafttreten einer Richtlinie ist die Umsetzung der darin enthaltenen unbedingten und hinreichend bestimmten Vorschriften lediglich eine Frage der Zeit. Würden solche Vorschriften, die zum Zeitpunkt der Verurteilung bereits für die, aber nicht in den Mitgliedstaaten bindend sind, im Urteil nicht berücksichtigt, würde der tragende Gedanke des § 2 Abs. 3 StGB verletzt, wonach eine Rechtsänderung als das neuere, »jetzt als das vernünftiger, bessere, humaner erachtete Strafrecht [...] ausschließlich« anwendbar sein soll<sup>84</sup>.

## Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)

Heft 5, 147. Jahrgang, 2000, Seiten 205–256

### Inhalt

#### Abhandlungen

- Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung*  
 Von Professor Dr. Klaus Laubenthal und  
 wissenschaftl. Assistent Dr. Helmut Baier, Würzburg . . . . . 205
- Zum Begriff des mildesten Gesetzes (§ 2 Abs. 3 StGB)*  
 Von wissenschaftl. Referentin Dr. Sabine Gieß, Freiburg/Br. . . . . 224

#### Schrifttum

- Wilfried Küper, *Strafrecht – Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*. 3. Aufl.  
 (Ulfrid Neumann) . . . . . 237
- Wolfgang Naucke, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozeßrecht*  
 (Eric Hilgendorf) . . . . . 238
- Stefan Sinner, *Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht*  
 (Reinhard Böttcher) . . . . . 240
- Schinemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*  
 (Ulrich Eisenberg) . . . . . 242
- Gary Smith / Avishai Margalit (Hrsg.), *Amnestie oder Die Politik der Erinnerung in der Demokratie*  
 (Karl-Heinz Groß) . . . . . 243
- John Graham / Trevor Bennett, *Strategien der Kriminalprävention in Europa und Nordamerika*  
 (Hans Joachim Schneider) . . . . . 245
- Höflich/Schriever, *Grundriß Vollzugsrecht*. 2. Aufl.  
 (Ernst-Peter Hartwig) . . . . . 247
- Hemming Rosenau, *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag*. 2. Aufl.  
 (Claus Dieter Classen) . . . . . 249
- Jörg Wolff / Margreth Egelkamp / Tobias Mulot, *Das Jugendstrafrecht zwischen Nationalsozialismus und Demokratie. Die Rückkehr zur Normalität*.  
 (Wolfgang Feuerhelm) . . . . . 252
- Stefan Gosepath / Georg Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*  
 (Frank Dietmeier) . . . . . 254

<sup>84</sup> RGSSt 21, 294 (295); vgl. a. Rüping, NSZ 1984, 450.