

Affenpinscher in Aspik – Teil 1*

Zur Blankettstrafgesetzgebung im Nebenstrafrecht

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Thomas Bode**, Wiss. Mitarbeiter Dr. **Stefan Seiterle**, Frankfurt (Oder)**

I. Hinführung

Sind das Inverkehrbringen von Hyänensteaks, die Labrador-entrecôtegewinnung zum Zwecke des Verzehrs in mittelbarer Täterschaft und die Anstiftung zum versuchten Verkauf gedünsteter Pavianohren nach deutschem Recht strafbar? Ja, dem ist tatsächlich so. Die erstgenannte Tathandlung ist nach § 58 Abs. 1 Nr. 18, Abs. 6 i.V.m. § 34 S. 1 Nr. 1, 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 LFGB i.V.m. §§ 23 Abs. 1 Nr. 10, 22 Abs. 1a Tier-LMHV strafbar, die zweite nach §§ 58 Abs. 1 Nr. 18, Abs. 4 i.V.m. § 34 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 LFGB i.V.m. §§ 23 Abs. 1 Nr. 10, 22 Abs. 1a Tier-LMHV i.V.m. §§ 22, 23 Abs. 1, 26 StGB (auf die Nennung der dritten Parapherkette sei aus Platzgründen verzichtet).

Seit dem 1. September 2005 gilt das Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch – LFGB). Das LFGB enthält in §§ 58, 59 zahlreiche Bestimmungen, die die Strafbarkeit in Bezug auf Lebens- und Futtermittel sowie Bedarfsgegenstände regeln, wenn diese zumindest dazu bestimmt sind, in „Verkehr“ gebracht zu werden. Es geht also um den Umgang mit Dingen, die als Nahrungsmittel oder Kosmetik dienen können oder auf andere Weise als Vorprodukte – und sei es bloß als Futtermittel für weiterverbreitende Tiere – in diesen Endprodukten enthalten sein werden.

Allein der jeweils erste Absatz der §§ 58, 59 LFGB ist in 18 bzw. 21 Nummern unterteilt, die jeweils abstrakt auf die Gesamtstrafvorschrift inhaltlich ausfüllende Elemente verweisen, die in bestimmten EG-Verordnungen oder Rechtsverordnungen zu finden sind,¹ welche wiederum auf Grundlage von Ermächtigungen im LFGB erlassen wurden; strafbar ist sogar das Zuwiderhandeln gegen aufgrund dieser Verordnungen erlassenen vollziehbaren Anordnungen.²

Bemerkenswert an dieser Gemengelage ist, dass dem Rechtsanwender zunächst einmal vollkommen verborgen bleibt, ob und ggf. welche Rechtsverordnungen aufgrund welcher Ermächtigungen mit ggf. welchen Strafvorschriften

erlassen wurden. Es ist offenkundig, dass solcherlei Strafgesetzgebung in Konflikt mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG geraten kann.

Von den genannten Vorschriften ist insbesondere das durch § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB und die entsprechende Verweisung in §§ 22 Abs. 1a, 23 Tier-LMHV unter Strafe gestellte Verbot der Gewinnung und Inverkehrbringung von Hunde-, hundeähnlichem³, Katzen-, katzenähnlichem⁴ und Affenfleisch interessant. Denn dieses strafrechtliche Verbot – das auch die eingangs genannten Verhaltensweisen wie zum Beispiel Labradorsteakgewinnung erfasst – stellt nicht nur im Hinblick auf seinen Charakter als „Blankettstrafgesetz“⁵ und der damit zusammenhängenden zweifelhaften Bestimmtheit ein Problem dar. Es ist vielmehr insgesamt ein Musterbeispiel missglückter Gesetzgebung und bietet unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel gleich mehrere Gründe für Kritik, die wir im Folgenden erläutern werden.

Zunächst wird jedoch die Problematik der Blankettstrafgesetze⁶ in den Blick genommen. Darunter versteht man Gesetze, die auf andere Normen verweisen, deren Übertretung durch das Blankettgesetz mit Strafe bedroht ist.⁷ Das vollständige strafbegründende Gesetz entsteht erst durch die Verknüpfung der Blankettstrafnorm mit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und dem korrespondierenden (nur materiell gesetzlichen) Ausfüllungsakt durch den Verordnungsgeber.⁸ Die Zulässigkeit von Blankettstrafgesetzgebung ist insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Vorbehalts des Gesetzes zu diskutieren und hier vor allem bezüglich der Teilaspekte Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzeskompetenz.

* Der zweite Teil des Beitrages folgt in ZIS 3/2016.

** Dr. *Thomas Bode* ist Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsinformatik (Prof. *Dr. Gerhard Wolf*) an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder). Dr. *Stefan Seiterle* ist Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, insbesondere Internationales Strafrecht und Strafrechtsvergleichung, Rechtsphilosophie (Prof. *Dr. Dr. h.c. Jan C. Joerden*) an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

¹ Sog. Außenverweisungen. Zu weiteren Beispielen vgl. *Hohmann*, ZIS 2007, 39.

² Etwa eine Anordnung, die das Inverkehrbringen bestimmter Futtermittel verbietet oder die Betriebsschließungen betrifft, § 58 Abs. 1 Nr. 17 lit. a Var. 2 LFGB i.V.m. einer Anordnung nach Art. 54 Abs. 1 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004.

³ Sog. Canide, zu denen etwa Füchse und Wölfe gehören.

⁴ Sog. Felide wie Hyänen und Schleichkatzen.

⁵ Zur Begründung des Begriffs: *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 1872, S. 74.

⁶ Vgl. dazu nur die jüngst erschienenen Monographien *Schützendübel*, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012; *Schuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012; *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, 2008; sowie bereits *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000; vgl. auch jüngst *Bülte*, JuS 2015, 769.

⁷ *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos* Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 16 Rn. 18.

⁸ Vgl. *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 1 Rn. 3 m.w.N.; *Rotsch*, in: *Momsen/Grützner*, Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2013, 1. Kap., B. Rn. 14.

II. Vorbehalt des bestimmten Gesetzes

Das Strafrecht steht unter dem Vorbehalt des hinreichend bestimmten förmlichen und verhältnismäßigen⁹ Strafgesetzes.¹⁰

1. Bestimmtheit als Rechtssicherheit für die Bürger

Der Bestimmtheitsgrundsatz ist insbesondere im Strafrecht zunächst unter dem Aspekt der Rechtssicherheit für die Bürger als primäre Normadressaten bedeutsam.¹¹ Jeder, der dem deutschen (Straf-)Recht unterworfen ist, muss aus dem Gesetz erkennen können, welches Verhalten strafbar ist, vgl. Art. 103 Abs. 2 GG. Im Hinblick darauf ist eine hohe Normkomplexität mit verschiedenen Verweisungen der Normenklarheit abträglich.

Der Begriff der Normenklarheit bringt zum Ausdruck, welches Maß an Bestimmtheit vom Gesetzgeber bei der Abfassung der Vorschrift zu erwarten ist. Um das Problem adäquat zu betrachten, ist es notwendig, insoweit den Aspekt der Normenklarheit von dem der Normenkomplexität zu trennen.

Zwar betreffen beide Begriffe im Ergebnis die „Verständlichkeit“, sie beschreiben jedoch unterschiedliche Grenzasperte. Ist eine Norm unklar formuliert, ist die Gesetzesanwendung unsicher, weil der Gesetzgeber zu wenig an Information für den Rechtsanwender bereitstellt. Die Norm kann aber auch unverständlich sein, weil die gesetzliche Regelung zu komplex ist und der Gesetzgeber den Rechtsunterworfenen mit zu viel bzw. widersprüchlicher Information verunsichert: Blankettnormen haben etwa dann eine unverständliche – da zu hohe – Informationsdichte, wenn sie durch eventuell im Rang gestaffelte oder in unklarer Weise gegeneinander abgrenzbare Regelungen ausgefüllt werden müssen.¹² Die formal zunächst einfach konzipiert erscheinenden gesetzlichen Regelungen werden dann mit diesem Rechtsmaterial quasi „geflutet“ und es kann zu einem undurchdringli-

chen „Regelungsdschungel“¹³ kommen, vergleichbar einer formal hoch komplex aufgebauten Norm, die viele geschriebene Querverweise enthält. Natürlich kann eine solche Komplexität auch durch die Verweisung auf rangniedere Normen befördert werden.

Die im Fall des hier untersuchten „Fleischverbots“ sehr hohe Komplexität des Tatbestandes des § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB entsteht insbesondere durch eine Kombination verschiedener Faktoren, nämlich

- die große Anzahl der Tatbestandsvarianten;
- den hohen Abstraktionsgrad des gesetzlichen Tatbestandes, der nur einen Verweis auf Verordnungen auf Grundlage von Ermächtigungen aus dem LFGB enthält;
- die parlamentsgesetzliche Teilausfüllung dieses Tatbestandes durch eine Ermächtigungsgrundlage, die einen sehr weiten Rahmen für zu erwartende Verordnungen setzt (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 LFGB);
- die mangelnde Nachvollziehbarkeit der mehrgliedrigen Verweisungskette und die damit einhergehende schwere Auffindbarkeit der Ermächtigungsgrundlage und insbesondere der ausfüllenden Rechtsverordnung.

In dem hier untersuchten Fall wird zudem die Verständlichkeit durch den besonderen Adressatenkreis der Norm beeinflusst.

Im Einzelnen:

a) Komplexität und Aussagekraft des Tatbestandes

Nach § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB macht sich strafbar, wer „einer Rechtsverordnung nach § 10 Abs. 4 Nr. 1 Buchstabe b, d oder Buchstabe e, § 13 Abs. 1 Nr. 1 oder 2, § 22, § 32 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 3, jeweils auch in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Nr. 2, oder § 34 S. 1 Nr. 1 oder 2 oder einer vollziehbaren Anordnung aufgrund einer solchen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit die Rechtsverordnung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.“ § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB sieht also eine Strafbarkeit aufgrund von Rechtsverordnungen vor, die auf elf verschiedenen Ermächtigungsgrundlagen des LFGB beruhen können.¹⁴ Nimmt man noch die möglichen vollziehbaren Anordnungen aufgrund einer solchen Rechtsverordnung hinzu, deren Verletzung in § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB ebenfalls mit Strafe bedroht ist, wachsen die Möglichkeiten bereits hier gleichsam ins Unendliche. Der Tatbestand erschöpft sich zudem zunächst in der bloßen Angabe der Paragraphenziffern der möglichen Ermächtigungsgrundlagen für Rechtsverordnungen („einer

⁹ Die allgemeinen Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit werden in der materiellen Rechtmäßigkeit der Verordnungsausfüllung thematisiert werden, unten B. III. 2.

¹⁰ Vgl. Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, Rn. 71 ff. m.w.N.; vgl. auch Piroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht, Bd. 2, 30. Aufl. 2014, Rn. 280 ff.

¹¹ Vgl. zu den zwei unterschiedlichen Ausprägungen des rechtstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes bei Verweisungen Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, S. 175 ff.; zum Verhältnis des allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes zu den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG siehe Nierhaus, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 170. Aktualisierung, Stand: Dezember 2014, Art. 80 Abs. 1 Rn. 285, speziell zur Problematik der Ausfüllung von Strafbanketten durch Verordnungen Rn. 295; Grundsätzliches zum Bestimmtheitsgrundsatz auch bei Bode, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2012, S. 209 f. In grundsätzlicher Hinsicht (sehr) kritisch u.a. Schünemann, Nulla poena sine lege, 1978, S. 4; Rotsch, ZJS, 2008, 132.

¹² Daher für eine Gleichsetzung der Begriffe Normenklarheit und Normenbestimmtheit Towfigh, Der Staat 2009, 29 (33 f.).

¹³ Towfigh, Der Staat 2009, 29 (34), der zusätzlich aus dem Englischen den Begriff der „Hyperlexie“ übernimmt und weitere Fallgruppen der Komplexität wie z. B. die „Polytelie“ (Zweckvermischung) erörtert; eine ähnliche Metapher formuliert Fuß, in: Kruse (Hrsg.), Festschrift für Paulick zum 65. Geburtstag, 1973, S. 293 (316): „undurchdringliches Verweisungsgestrüpp“.

¹⁴ Siehe zur Veranschaulichung auch das Schaubild auf S. 105.

Rechtsverordnung nach § 10 Abs. 4 Nr. 1 Buchstabe b, d“ etc.).

Idealerweise findet der Rechtsunterworfenen von dieser Norm ausgehend die einzige sinnvollerweise in Betracht kommende Ermächtigungsgrundlage in Gestalt des § 34 LFGB, weil diese immerhin dem Gesundheitsschutz zu dienen bestimmt ist und der Bürger zumindest auf die Idee kommen könnte, dass sein Vorhaben etwas mit Gesundheitsgefahren zu tun haben könnte. Auch diese Suche dürfte aber bereits mit größeren Schwierigkeiten verbunden sein, denn wenn der Betroffene vom LFGB ausgeht, muss er sich eigentlich erst einem intensiven Studium der in Betracht kommenden Kombinationsmöglichkeiten bis hinunter auf die Verordnungsstufe widmen.¹⁵

Über die Verweisung auf § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB und den wiederum dort in Bezug genommenen § 1 Nr. 1 LFGB wird der Norminhalt dann zwar schon auf der Ebene der formalen Gesetze immerhin etwas klarer. Liest man diese Ermächtigungsgrundlage (§ 34 S. 1 Nr. 1 LFGB) als gleichsam dislozierten Teil des Tatbestandes also mit, ist zwar wenigstens ein grober Rahmen gezogen: Entsprechende Verordnungen dürfen nur zum Zweck des Gesundheitsschutzes erlassen werden und nur das Herstellen und Inverkehrbringen etc. von Lebensmitteln betreffen. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Konturen des möglicherweise strafbaren Verhaltens sehr undeutlich bleiben.¹⁶

Der Betroffene weiß nämlich auch durch diese Eingrenzungen nicht mehr, als dass er sich irgendwie strafbar machen kann, wenn er in der Lebensmittelwirtschaft tätig ist und Anforderungen nicht beachtet, die auch nur mittelbar dem Gesundheitsschutz dienen.¹⁷ Welchen Inhalt diese Anforderungen haben, teilt ihm der Gesetzgeber nicht mit. Vielmehr weiß der (formelle) Gesetzgeber noch nicht einmal selbst, welche Anforderungen gemeint sind, denn diese Entscheidung hat er gerade dem Ordnungsgeber überlassen (was die Verweisung zu einer dynamischen Verweisung macht). Wesentliches inhaltliches Gepräge erhält der Straftatbestand also sowohl für den Gesetzgeber als auch für den Betroffenen erst durch die Normen der verschiedenen Rechtsverordnungen, auf die er mittelbar verweist.¹⁸

¹⁵ Vgl. zu dieser Suche auch unten III. 1.

¹⁶ Damit fällt die Vorschrift etwa im Vergleich zur Regelung des § 48 Abs. 1 Nr. 2 WeinG – die noch als verfassungsgemäß in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG angesehen wird (*Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, 161. Lfg., Stand: Juli 2015, WeinG § 48 Rn. 1; BT-Drucks. 12/6060, 62; kritisch [vornehmlich jedoch hinsichtlich der Verknüpfung mit EU-Regelungen] *Kühne*, ZLR 1996, 369 [374]) – im Konkretisierungsgrad ab, weil hier auch die möglichen Handlungen und nicht nur die mit der Norm verfolgten Zwecke bereits auf der Ebene der Ermächtigungsgrundlagen relativ detailliert beschrieben und nicht nur pauschal benannt werden, vgl. § 13 Abs. 3 WeinG.

¹⁷ Vgl. dazu unten III. 2. b).

¹⁸ Der Unterschied zu dem unten (III. 1.) näher beleuchteten Zitiergebot besteht in der Herangehensrichtung: Während bezüglich der Frage der Normenklarheit aus dem Bestimm-

Zurück zu der Situation des Rechtssuchenden: Mit dem Auffinden des § 34 S. 1 Nr. 1 LFGB (und mit ihm des § 1 LFGB) ist dessen Suche zunächst einmal an einem zwangsläufigen Ende angekommen, ohne dass er auch nur eine konkrete Ahnung erhalten hätte, welche Handlungen im Lebensmittelbereich als strafbar angesehen werden. Denn das LFGB enthält an keiner Stelle einen Hinweis auf die Tier-LMHV und die dort enthaltenen Strafvorschriften. Nur durch eine Suche auf „gut Glück“ oder mit professioneller Unterstützung kann der Bürger das einschlägige Verbot des § 22 Abs. 1a Tier-LMHV finden. Schließlich enthält er erst über die Rückverweisungsklausel¹⁹ des § 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV zum Blankett des § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB die Gewissheit, dass eine Übertretung des Verbots auch tatsächlich strafbewehrt ist und nicht nur mildere Sanktionen nach sich ziehen soll.

An dieser Stelle könnte nun eingewandt werden, dass der Adressat bei seiner Suche nach dem, was Recht ist, wahrscheinlich nicht mit dem Blankettgesetz beginnen, sondern in der konkreteren Verordnung nachschauen wird, um sich über die Grenzen des Erlaubten bei der Fleischverarbeitung zu informieren. Über den Weg von der Verordnung zum Blankettgesetz ist die Grundlage der Strafbarkeit tatsächlich wesentlich leichter nachzuvollziehen, da hier ja in dem auf das Verbot (§ 22 Abs. 1a Tier-LMHV) folgenden Paragraphen (§ 23 Abs. 1 Nr. 10 Tier-LMHV) die Grundlage der Strafbarkeit durch die Rückverweisung auf § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB eindeutig zu erkennen ist. Nach unserer Auffassung muss aber gerade vom eigentlichen Strafgesetz ausgehend der Tatbestand ohne Probleme erfasst werden können.²⁰ Den Bürger darauf zu verweisen, den Normenkomplex gleichsam rückwärts zu lesen, wäre nicht statthaft. Es darf von dem rechtsunterworfenen Bürger nicht erwartet werden, dass er mit der Regelung von Straftaten in Verordnungen rechnet. Dies verstieße gegen den Sinn und Zweck der Artt. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG, die die Regelung der Strafbarkeit durch Parlamentsgesetze verlangen und erwarten lassen. Auch der Verweis auf einen möglichen leichteren Auslegungsweg von der Verordnung zum Blankettgesetz änderte somit nichts an der Verletzung des Bestimmtheitsgebots unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit.

Der Gang des geschilderten Verweisungsweges gleicht vielmehr einem mühsamen Puzzlespiel nach Zufallsprinzip und dürfte zumindest einem Rechtsunkundigen nicht zumutbar sein. Insbesondere ist unklar, wie diesem der Sprung vom

heitsgebot von der gesetzlichen Blankettnorm zur Verordnung hin klar erkennbar sein muss, was unter Strafe steht, ist es bei der Frage des Zitiergebots umgekehrt: Ausgangspunkt der Betrachtung ist hier die Verordnung, aus der sich die in Anspruch genommenen Ermächtigungsgrundlagen erkennen lassen müssen.

¹⁹ Wodurch das Strafgesetz zu einer sog. qualifizierten Blankettnorm wird, vgl. zur Terminologie *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl. 2013, §§ 95 ff. AMG Rn. 53.

²⁰ Ebenso *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 258.

LFGB zur Tier-LMHV („einer Rechtsverordnung nach [...] § 34 S. 1 Nr. 1“ ist alles, was ihm § 58 Abs. 1 Nr. 18 und überhaupt das gesamte LFGB an Hilfestellung gibt) gelingen soll.²¹

b) Verständlichkeit und Adressatenbezug

Es kommt erschwerend hinzu, dass sich die hier untersuchten Normen vornehmlich an Rechtsunkundige aus dem fleischverarbeitenden Gewerbe richten dürften; dabei wird es sich zudem oftmals um Bürger nichtdeutscher Herkunft handeln, da die im Gesetz genannten Fleischsorten im Inland aus der Mode gekommen sind – bzw. im Fall der Affen nie verzehrt wurden –, in einigen Ländern aber durchaus einen festen Platz in der traditionellen Küche haben.²²

aa) LFGB als „Expertenrecht“?

Die für die Verfassungsmäßigkeit von Blankettstrafgesetzen ins Feld geführte Argumentation, es handele sich dabei regelmäßig um Expertenrecht,²³ das von hoch qualifizierten Spezialisten ohne Probleme beherrscht werde, weshalb an die Bestimmtheit geringere Anforderungen gestellt werden könnten, kann hier zu keiner anderen Beurteilung führen, im Gegenteil. Denn selbst wenn man dem Ansatz folgte, dass in Fällen von „Expertenrecht“ niedrigere Maßstäbe an die Normenbestimmtheit angelegt werden könnten, könnte dies doch allenfalls für die Leitungsebene von Großbetrieben, nicht jedoch auf Kleingewerbetreibende oder deren Angestellte²⁴ sowie Private zutreffen. Folgerichtig haben etwa *Satzger* und *Langheld* – wobei *Satzger* einem derart kenntnisproportionalen Bestimmtheitsmaßstab im Grundsatz zustimmt²⁵ – im Fall der Strafbarkeit der Weitergabe und Verschaffung von Grundstoffen nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 GÜG das Argument „Expertenstrafrecht“ nicht gelten lassen, da es sich „an jedermann und eben nicht nur an eine bestimmte Experten-Gruppe“ richte.²⁶ Auch das BVerfG hat in seinen Entschei-

dungen im Hinblick auf die Normenverständlichkeit nach Adressatenkreis differenziert.²⁷

Für §§ 8 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 2 S. 1 MOG i.V.m Verordnung Nr. 3950/92 (Steuerverkürzung in der Milchwirtschaft) hat das Gericht beispielsweise deswegen die Verfassungsgemäßheit angenommen, weil die Tat nach Meinung des Gerichts eine vorgelagerte Normkenntnis notwendig voraussetze. Bei den Verstößen gegen die hier behandelten Regelungen im Lebensmittelhygienerecht ist ein solches Junktim demgegenüber nicht gegeben. Nach den oben erwähnten persönlichen Besonderheiten der Betroffenen erschiene ein Verweis auf die Vorhersehbarkeit vielmehr als nachgerade zynisch.

Die Regelungen erweisen sich gerade auch unter Berücksichtigung des wahrscheinlichen tatsächlichen Adressatenkreises als hyperkomplex und damit unverständlich, das strafbewehrte Verhalten kann nicht mehr auf zumutbare Weise bestimmt werden.²⁸ Hielte man diese Situation für akzeptabel, würde man dadurch eine Informationspflicht des Rechtsunterworfenen statuieren, durch deren Verletzung er zugleich – bei entsprechendem Verhalten – den Blanketttatbestand erfüllen würde.²⁹

bb) Scheinausweg Verbotsirrtum

Eng mit der Frage einer Informationspflicht hängt die nach der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums zusammen. Denn man könnte erwägen, das Problem der Hyperkomplexität und mangelnden Normnachvollziehbarkeit über die Anwendung der Regelungen über den Verbotsirrtum gem. § 17 StGB zumindest auf faktischer Ebene zu entschärfen, und auf diese Weise bezüglich der Zulässigkeit solcher Normen zu mehr Großzügigkeit gelangen. In Fällen wie den beschriebenen dürften Verbotsirrtümer sogar den absoluten Regelfall, individuelle Unrechtseinsicht bei der Anstiftung zum Pavianohrverkauf demgegenüber eine Seltenheit darstellen.

Aus der Tatsache, dass die Informationsmöglichkeiten schlecht sind, folgt allerdings nicht notwendig, dass der resultierende Verbotsirrtum auch vermeidbar ist. Auch der Hinweis auf eine großzügige(re) Auslegung des § 17 Abs. 1 StGB im Nebenstrafrecht³⁰ würde das Problem aber nur auf

²¹ *Hecker* sieht diese Überkomplexität für einen vergleichbaren Parallellfall noch nicht erreicht. Erst die ins Unionsrecht verweisende Ermächtigung in § 62 Nr. 1 LFGB ergebe mit § 13 Nr. 2 LFGB „schier undurchdringliches Verweisungsgerüpp“, das die Grenze der verfassungsmäßigen Bestimmtheit überschreite. Insoweit scheint *Hecker* die Problematiken der Verständlichkeit und die Kompetenzabgrenzung übrigens zusammen zu behandeln.

²² *Britton*, Chimpanzee and Red Colobus, *The Ecology of Predator and Prey*, 1998, S. 57 f.

²³ *Satzger* (Fn. 20), S. 263; zust. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 11 Rn. 28.

²⁴ Die für die selbstständige Betätigung im Gastronomie-gewerbe notwendige vierstündige „Unterrichtung im Gaststättengewerbe“ durch eine IHK nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 Gaststättengesetz („Bouletten-“ oder „Klopsschein“) macht aus den Teilnehmern noch keine Experten für Lebensmittelrecht. Für eine Kenntnispflicht eines Metzgers aber *Joecks*, Studienkommentar StGB, 11. Aufl. 2014, § 17 Rn. 7.

²⁵ *Satzger* (Fn. 20), S. 263 f.

²⁶ *Satzger/Langheld*, HRRS 2011, 460 (464).

²⁷ BVerfG, wistra 2010, 396 (402 ff.); siehe außerdem BVerfGE 26, 186 (204); 48, 48 (56 f.).

²⁸ Vgl. *Satzger* (Fn. 20), S. 246.

²⁹ *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 53.

³⁰ Diese Auffassungen halten die Anforderungen der Rspr. an die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums insbesondere im Nebenstrafrecht für überzogen, weil die Bürger eben nicht allein durch Anspannung ihres Gewissens die Verbotenheit ihres Tuns erkennen können, siehe z.B. *Rüping/Koch*, DAR 1999, 400; vgl. auch *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 7), § 17 Rn. 60 f.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 25 Rn. 59; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2011, § 10 Rn. 90 f.; ob der Täter in unserem Fall den von *Joecks* als Voraussetzung für die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums angedeuteten „Appell“ zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit

die Ebene des Einzelfalles verlagern. Dort kann das generelle Bestimmtheitsproblem jedoch nicht überzeugend gelöst werden, auch wenn die strenge Wirkung der Strafandrohung so zumindest für Härtefälle praktisch entschärft sein dürfte.

c) *Dynamische Verweisung „ins Blaue hinein“*

Ein abschließendes Problem für die Adressaten ergibt sich aus der Dynamik der Ordnungsgebung.³¹ Hat der Normadressat etwa im Jahre X den Parcours vom Gesetz zu den entsprechenden Verordnungen durchlaufen, kann sich die Strecke im nächsten Jahr bereits wieder völlig verändert haben, da der Gesetzgeber bei der dynamischen Verweisung ja gerade nicht auf den Wortlaut einer (existierenden) Verordnung zu einem bestimmten Zeitpunkt Bezug genommen hat. Die für den Gesetzgeber wünschenswerte Dynamik der Verweisung ist also im Hinblick auf die Rechtssicherheit auch deswegen problematisch, weil der Rechtsunterworfenen im Prinzip mit tagesaktuellen Änderungen der Gesamtbestimmung rechnen muss. Mit diesem Aspekt ist somit weniger die aktuell-tatsächliche Verständlichkeit, als vielmehr der zeitliche Unsicherheitsfaktor hinsichtlich der Geltungsdauer in den Blick genommen. Die Hauptrolle spielt das Dynamikelement der Verweisung daher erst im Rahmen der Diskussion der Bestimmtheit unter dem Aspekt der Gewaltenteilung.

d) *Zwischenfazit*

Die Festlegung der Tatbestände im Lebensmittelstrafrecht durch dynamische Verweisungen „ins Blaue hinein“ ist mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gesetzesbestimmtheit zumindest hinsichtlich des gegenständlichen Verbots kaum zu vereinbaren. Strukturell führen bereits die mannigfachen Kombinationsmöglichkeiten von § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB, die dort in Bezug genommenen Ermächtigungsgrundlagen im LFGB selbst sowie die entsprechenden Verordnungen dazu, dass die Ausfüllung, und damit der eigentliche Inhalt der Blanketttatbestände, nur äußerst schwer nachvollzogen werden kann. Sich dieses Verständnis auf dem beschriebenen hyperkomplexen Weg (vgl. dazu auch das Schaubild, S. 105) verschaffen zu müssen, ist für das Verbot der Gewinnung und Inverkehrbringung von Hunde-, Katzen- und Affenfleisch zum menschlichen Verzehr noch weniger zumutbar, weil es

sich bei den meisten Betroffenen nicht um Juristen oder Fachexperten, sondern um tendenziell Rechtsunkundige aus dem fleischverarbeitenden Gewerbe handeln dürfte.

2. *Dimension der Gewaltenteilung – insb. Art. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG*

Der Vorbehalt des bestimmten Gesetzes ist mit dem Gesichtspunkt der Verständlichkeit der Norm bzw. mit der Frage der Rechtssicherheit noch nicht erschöpft, denn es ist im Hinblick auf das Demokratie- und Republikprinzip zur Sicherung der Gewaltenteilung darüber hinaus zu beachten, ob der richtige Normgeber die Strafvorschrift erlassen hat: Judikative und Exekutive ist es verboten, die normativen Voraussetzungen für Strafe festzulegen.³²

Dieser zweite Aspekt des Gesetzesvorbehalts³³ kann durchaus zu anderen Ergebnissen führen als der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, denn auch eine (gut) verständliche Strafverordnung kann vom falschen Normgeber erlassen worden sein. Insoweit ist es zumindest missverständlich, beide Fragen gemeinsam als Ausprägungen des Bestimmtheitsgrundsatzes zu begreifen.³⁴ Der Aspekt der Rechtssicherheit betrifft streng genommen nur die Frage der Verständlichkeit, nicht aber jene der Kompetenzabgrenzung.³⁵ Bei ersterem geht es darum, wie bestimmt eine Norm sein muss, bei letzterer darum, wer bestimmt, was in einem Strafgesetz geregelt ist.

In Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG bedeutet dies, dass sich der Fokus von der inhaltlichen Bestimmtheit zur Frage der gesetzlichen Bestimmtheit verschiebt. Im Zusammenhang mit Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG geht es darum zu klären, ob und inwieweit (nur) der formelle (d.h. der parlamentarische) Gesetzgeber den Tatbestand bestimmen darf oder ob dieser auch in materiellen Gesetzen festgelegt bzw. näher ausgestaltet werden kann. Das ist bei dynamischen Verweisungen, wie sie hier in Rede stehen, besonders problematisch, weil der parlamentarische Gesetzgeber dabei nur rudimentäre Vorgaben macht und weite Teile dem Ordnungsgeber überlässt.

Teilweise werden dynamische (Außen-)Verweisungen im Bereich des Strafrechts generell für verfassungswidrig gehalten, weil der Verwaltung auf diesem Wege eine unzulässige

(Joecks, in: Joecks/Miebach [Fn. 28], § 17 Rn. 41) spürt, wird wohl regelmäßig zumindest zweifelhaft sein. Entscheidend ist an dieser Stelle allerdings nicht die plausible Kritik aus der Literatur, sondern die für den Bürger durch die gefestigte Rspr. konkretisierte Rechtslage. Man wird dem Bürger kaum erklären können, sein Verbotsirrtum sei im Sinne dieser Rspr. grundsätzlich durch eine Kombination aus Gewissensanspannung und Gesetzesstudium vermeidbar, wenn unbestimmte Strafnormen der beschriebenen Art zulässig wären.

³¹ Siehe zu der Unterscheidung zwischen dynamischen und statischen Verweisungen Schenke, NJW 1980, 743; Enderle (Fn. 6), S. 180 f.; Freund (Fn. 19), §§ 95 AMG ff. Rn. 52; vgl. auch Heghmanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, S. 98 ff.

³² BVerfGE 75, 329 (345). Allgemein: „Das Parlament soll sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können, daß es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, daß schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll“, BVerfGE 1, 14 (60).

³³ Siehe zu der „Doppelnatur“ des Bestimmtheitsgrundsatzes auch Nolte, in: Herausgeber? (Hrsg.), Titel?, Kommentar?, Bd. ?, 6. Aufl. 2010, Art. 103 Rn. 140 m.w.N., mit einer Tendenz zur stärkeren Betonung des Rechtssicherheitsaspektes.

³⁴ So aber etwa Debus (Fn. 6), S. 263 f.

³⁵ In diesem Sinne indirekt auch Satzger (Fn. 20), S. 256, der das Kompetenzkriterium ebenfalls als eigenständigen Aspekt des Art. 103 Abs. 2 GG begreift.

„Blanko-Vollmacht“ ausgestellt werde.³⁶ *Bülte* hat sich demgegenüber jüngst für eine verfassungskonforme Umdeutung der dynamischen in statische Verweisungen ausgesprochen.³⁷ Wäre dieser Vorschlag überzeugend, verlöre die Problematik der dynamischen Verweisungen an Brisanz. Eine verfassungskonforme Umdeutung ist allerdings ähnlich schweren Bedenken ausgesetzt wie eine verfassungskonforme Reduktion,³⁸ da dem Gesetzgeber entgegen seinem erklärten Willen ein anderer Wille untergeschoben wird. Im Ergebnis unterscheidet sich diese Ansicht nur insoweit von der vorgenannten, als sie den Stand der Verweisung zum Gesetzgebungszeitpunkt einfriert und nicht zur vollständigen Verfassungswidrigkeit der Norm käme. Das Dynamikelement der Verweisung wäre aber nach beiden Unteransichten verfassungswidrig und die entsprechenden Regelungen damit (insoweit) nichtig.

Für das hiesige Beispiel des strafbewehrten Fleischgewinnungsverbots kommt zudem entscheidend eines hinzu: Die Verordnung bestand nicht bereits vor Erlass des Strafgesetzes, auf die der Gesetzgeber dann bloß Bezug genommen und sich damit lediglich den in diesem Fall nur formal fremden Inhalt zu Eigen gemacht hätte.³⁹ In § 58 Abs. 1 Nr. 18 LFGB wurde ein Zuwiderhandeln vielmehr durch eine erst noch von einem Bundesminister zu erlassende Rechtsverordnung für strafbar erklärt, die dieser zudem jederzeit ändern kann. Eine verfassungskonforme „Umdeutung“ ist somit mangels Bezugsobjekt gar nicht denkbar.⁴⁰

Ob die Ansicht, die grundsätzlich von einer Verfassungswidrigkeit dynamischer Verweisungen bei der Strafgesetzgebung ausgeht, zu überzeugen vermag, hängt insbesondere von der Frage ab, ob Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG (auch) für die (straf-)gesetzliche Androhung von Freiheitsbeschränkungen einen strengeren Kompetenzmaßstab anlegt als denjenigen, der sich nach Ansicht der h.M. aus Art. 103 Abs. 2 GG ergibt. Letztgenannte Vorschrift verlangt nämlich nur die gesetzliche Bestimmtheit der Strafnorm vor Begehung der Tat, schweigt dabei allerdings zu der Frage, welcher Normgeber die Bestimmung vorgenommen haben muss – während Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG ausdrücklich regelt, dass die Freiheit der Person nur „auf Grund eines förmlichen Gesetzes [...] beschränkt werden“ darf. Für die Frage, wer bestimmt, ist somit letztlich der verfassungsrechtliche Stellenwert des Art. 104 Abs. 1 GG entscheidend.

³⁶ Vgl. *Satzger* (Fn. 20), S. 255, mit zahlreichen Nachweisen zu den kritischen Stimmen (Fn. 1208).

³⁷ *Bülte*, JuS 2015, 769 (772); *Krey*, EWR 1981, 109 (152 ff.).

³⁸ Vgl. kritisch zur verfassungskonformen Reduktion *Bode* (Fn. 11), S. 64 f.

³⁹ Diese Art der „statischen“ Verweisungen wird allgemein zu Recht für unproblematisch erachtet, vgl. nur v. *Münch/Mager*, Staatsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2009, Rn. 400 m.w.N.; sie kommt i.Ü. im Bereich des Strafrechts praktisch selten vor, siehe *Enderle* (Fn. 6), S. 88.

⁴⁰ Solche dynamischen Verweisungen „ins Blaue hinein“ stellen eine noch einmal verschärfte Problematik der Blankettstrafgesetzgebung dar, siehe dazu bereits oben II. 1. c).

a) *Artt. 103 Abs. 1, 104 Abs. 1, 80 GG*

Für die Klärung entscheidend ist die grundsätzliche Bestimmung des Verhältnisses der angesprochenen Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 104 Abs. 1 GG. Nicht außer Betracht bleiben kann in diesem Zusammenhang außerdem Art. 80 GG, der allgemeine Voraussetzungen der Zulässigkeit der Regelung von Gesetzesmaterie in Rechtsverordnungen benennt.

Der Verfassungsgeber hat in Art. 80 GG bestimmt, dass eine Verlagerung der Rechtssetzungskompetenz auf den Verordnungsgeber unter den dortigen Bedingungen gestattet ist. Insbesondere müssen „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden“ (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG). Artt. 103 Abs. 2 und 104 Abs. 1 GG stehen aber möglicherweise im Konflikt mit dieser Regelung, nämlich dann, wenn sie (ggf. ausnahmslos) ein formelles Gesetz verlangen würden.

Insgesamt muss insbesondere das Verhältnis von Art. 103 Abs. 2 und 104 Abs. 1 GG sowohl in der Rspr. als auch im Schrifttum als immer noch weitgehend ungeklärt gelten. Im Folgenden sollen die benannten Auslegungsmöglichkeiten strukturiert und ihre jeweiligen Konsequenzen kritisch erörtert werden, um auf diesem Wege einen Beitrag zu der notwendigen Verhältnisklärung zu leisten.

b) *Gewichtige Stimmen des Schrifttums: Art. 104 Abs. 1 GG ist auf materielle Strafvorschriften nicht anwendbar, sondern nur Art. 103 Abs. 2 und Art. 80 Abs. 1 GG*

Eine Auffassung im strafrechtlichen Schrifttum lehnt die Anwendbarkeit des Art. 104 Abs. 1 GG auf das materielle Strafrecht kategorisch ab. Als Argumentationstopoi dienen beinahe alle methodischen Mittel, angefangen mit dem Wortlaut über die Systematik bis zur historischen Auslegung.

aa) *Keine Unmittelbarkeit zwischen Strafgesetz und Freiheitsentzug*

So ist beispielsweise *Tiedemann* der Ansicht, dass weder Strafandrohung noch Strafurteil als solche „Freiheitsentzug“ bedeuten, und Art. 104 Abs. 1 GG also erst bei Vollstreckungsmaßnahmen einschlägig sei.⁴¹ *Heghmanns* argumentiert, dass Art. 104 Abs. 1 GG eine spezielle Ausprägung von Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG sei⁴² und darum nur den Vollzug der Strafe im Sinn habe. Straftatbestände als solche schränken nicht die Bewegungs-, sondern (lediglich) die Handlungsfreiheit ein. Nur erstere sei aber durch den Regelungsbereich des Art. 104 Abs. 1 GG erfasst.⁴³

Diese Argumentation kann allerdings nicht erklären, warum ausgerechnet Vollzugsgesetze von einer solchen Wich-

⁴¹ *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 252; vgl. auch *Rüping*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 11), Art. 104 Rn. 30; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 104 Rn. 1 ff.

⁴² Ebenso *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 104 Rn. 24, und bereits BVerfG 14, 171 (186).

⁴³ *Heghmanns* (Fn. 30), S. 93 m.w.N.

tigkeit sein sollten, dass sie nur durch das Parlament erlassen werden dürfen und nicht auch durch den Verordnungsgeber. Denn bei dem Strafvollzug handelt es sich letztlich um einen Annex zum materiellen Strafrecht und zum sonstigen Prozessrecht, weshalb im Hinblick auf die Wesentlichkeit⁴⁴ eines Eingriffs strengere Anforderungen insbesondere an das eigentliche Strafgesetz zu stellen sein sollten. Ein anderslautendes Ergebnis, wonach der Verordnungsgeber (immer) Strafgesetze erlassen dürfte, während die Formalien des Vollzugs aber ausschließlich vom Parlament geregelt werden müssten, würde diese grundlegende Wertung konterkarieren.

bb) Strafgesetz ist keine „Form“

Ein weiteres Wortlautargument bezieht sich auf die in Art. 104 Abs. 1 GG genannten „Formen“.⁴⁵ Art. 104 Abs. 1 GG sei ein bloßer Verweis auf die entsprechenden Strafvollstreckungsregelungen. Für das hier verhandelte Problem der Kompetenzabgrenzung im Bereich der materiellen Strafgesetzgebung entfalte die Vorschrift keine Wirkung. Mithin sei Art. 104 GG gar nicht für das materielle Strafrecht bedeutsam, sondern nur für das formelle Verfahrensrecht.

Auch diese Argumentation ist aber nicht zwingend. Enthält das Gesetz nämlich überhaupt keine dieser in Art. 104 GG angegebenen „Formen“, können diese naturgemäß auch nicht beachtet werden. Es wäre auch widersinnig, dass Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG „das Gesetz“ offenbar als materielle Grundlage und als Formerfordernis auffasst und dann aber nach dieser Ansicht ausschließlich eine Formsicherungsvorschrift sein soll. Der Wortlaut könnte hinsichtlich der Passage „nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes“ im Gegenteil sogar für das Erfordernis einer vollständigen Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber sprechen. Letztlich ist der Disput um den Wortlaut in diesem Fall unseres Erachtens daher nicht zielführend, vielmehr verstellt er den Blick auf die zentralen Erwägungen.

cc) Existenz des Art. 103 Abs. 2 GG

Verfassungssystematisch wird gegen eine weite Auslegung des Art. 104 Abs. 1 GG die Existenz des Art. 103 Abs. 2 GG in Stellung gebracht. Beträfe Art. 104 Abs. 1 GG bereits die Strafantrohung, würde, so diese Ansicht, für Art. 103 Abs. 2 GG keine eigenständige Bedeutung verbleiben.⁴⁶ Auch dieses Argument erscheint indes als wenig überzeugend, denn Art. 103 Abs. 2 GG hat schließlich keinen Selbstzweck. Wenn diese Vorschrift in Bezug auf Art. 104 Abs. 1 GG tatsächlich Redundanzen aufweisen sollte, ließe sich dem Verfassungsgeber ebenso gut mangelnde Sparsamkeit vorwerfen, anstatt Art. 104 Abs. 1 GG über den Wortlaut hinaus

zu beschränken bzw. Art. 103 Abs. 2 als entsprechende *lex specialis* anzusehen. Selbst wenn man aber den Erhalt einer eigenständigen Bedeutung des Art. 103 Abs. 2 GG für zwingend hielte, läge bereits in dem Rückwirkungsverbot und in der Auffangfunktion, mögliche Straftatbestände, die keine Freiheitsstrafe enthalten, zu erfassen, ein nicht völlig belangloser Gehalt des Art. 103 Abs. 2 GG.

dd) Möglichkeit der Kassation

Aus dem verfassungsmäßigen Vorrang der parlamentarischen Gesetzgebung vor der Verordnungsgebung folgt, dass Verordnungen jederzeit von dem parlamentarischen Gesetzgeber kassiert werden können und sich somit unerwünschte Folgen durch dynamische Verweisungen jederzeit korrigieren ließen.⁴⁷ Der Befund ist zutreffend, doch erscheint es wenig plausibel, dass gerade der Parlamentsgesetzgeber besonderes Augenmerk auf Erfolg und Auswirkung von Verordnungen legt, der sich schon zuvor nicht um die Details der Regelung kümmern wollte, sei es aus fehlendem Expertenwissen, sei es aus angenommener Überlastung. Würde das Parlament nun Ressourcen zur Überwachung des Regelungsfortgangs einsetzen, wäre dies inkonsequent. Wegen der erheblichen Tragweite, die Strafgesetze mit der Androhung von Freiheitsstrafe haben, ist es nicht ausreichend, dass der Parlamentsgesetzgeber diese nur normativ – wegen der von ihm erlassenen Ermächtigungsgrundlage und der bloßen Kassationsmöglichkeit durch neue Gesetze – zu verantworten hat bzw. selbst regeln könnte, er die ihm eingeräumten Möglichkeiten faktisch aber nicht wahrnimmt.

ee) Historische Auslegung

Näher an den inhaltlichen Kern der Frage, was der Verfassungsgeber mit Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG ursprünglich gewollt hat, führt die Untersuchung der Verfassungshistorie. Insoweit wird die restriktive Interpretation des Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG damit begründet, die Norm sei (lediglich) eine Verteidigung gegen willkürliche Polizeiakte, nicht jedoch gegen Rechtsverordnungen.⁴⁸ Darauf bezieht sich insbesondere das BayObLG, das im Grunde die rechtshistorische Bedeutung des Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG allein in seiner Wirkrichtung gegen Verwaltungsstrafe sieht, insbesondere in Bezug auf die „Institution der sog. Schutzhaft und die darauf beruhende Einrichtung der Konzentrationslager“.⁴⁹ Das BayObLG behauptet dann aber mit Verweis auf die andernfalls nicht gewährleistete gesetzgebungstechnische Effektivität, dass Rechtsverordnungen und Blankettstrafgesetze nicht gemeint seien.⁵⁰

Es mag nun durchaus zutreffen, dass hauptsächlich Verwaltungsakte und Realakte Anlass für die Schaffung von

⁴⁴ Die Wesentlichkeit orientiert sich dabei proportional am Maßstab der verfassungsrechtlichen Bedeutsamkeit, insbesondere der Art und Intensität eines durch das Gesetz erlaubten Grundrechtseingriffs, BVerfGE 109, 133 (188); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 104 Rn. 4.

⁴⁵ Jarass (Fn. 43), Art. 104 Rn. 5.

⁴⁶ Heghmanns (Fn. 30), S. 94.

⁴⁷ Heghmanns (Fn. 30), S. 88 f.

⁴⁸ Heghmanns (Fn. 30), S. 90.

⁴⁹ BayObLG, NJW 1962, 453 (455).

⁵⁰ BayObLG NJW 1962, 453 (454 ff.); ähnlich auch Heghmanns (Fn. 30), S. 93 f.

Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG waren.⁵¹ Damit ist die Frage aber noch nicht geklärt, ob Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG dem Wortlaut nach einen strengen Gesetzesvorbehalt für die gesamte Strafgesetzgebung fordert.

Die Materialien zur Verfassungsbegründung⁵² befassen sich nicht ausdrücklich mit dieser Frage. Vielmehr standen dort tatsächlich Einzelheiten der Verfahrensgarantien bei Verhaftungen im Zentrum der Debatte.⁵³ Aus diesem Umstand wird teilweise geschlossen, dass der Verfassungsgeber überhaupt kein Regelungsbewusstsein für einen strengen Gesetzesvorbehalt für das materielle Strafrecht hatte und Art. 104 Abs. 1 GG daher auch keine diesbezügliche Wertung untergeschoben werden dürfe.⁵⁴

Die Gegenauffassung scheint unseres Erachtens jedoch den wesentlichen Grund für die Restriktion des Art. 104 Abs. 1 GG nicht in seiner ganzen Tragweite anzuerkennen. Der mit der Vorschrift verfolgte Sinn des Verfassungsgebers wäre auf einen relativ konkreten Ursprungsanlass verengt, würde man ihn nur auf den Schutz vor „wilder“ (Schutz-)Haft durch formell ungesetzliche Verwaltungsakte beziehen. Die alternative Möglichkeit einer extensiven teleologischen Auslegung des Art. 104 Abs. 1 GG ist insbesondere deswegen vorzuzugswürdig, weil sie ein Mehr an Rechtssicherheit für die Bürger bedeutet und so die Intention des Verfassungsgebers nicht ändert, sondern konsequent zu Ende denkt: Der Normzweck besteht *cum grano salis* in dem Schutz des Bürgers vor Verwaltungswillkür. Dieser Zweck muss nun aber nicht auf den bei der Verfassungsgebung nachweislich diskutierten Anlass – hier der Begegnung von Willkür durch Verwaltungsakte – verengt verstanden werden. Auch die Verwendung von Rechtsverordnungen wurde zudem in der Zeit des Nationalsozialismus in rechtsstaatswidrigem Sinn zur Abkürzung der Strafgesetzgebung am Parlament vorbei verwendet.⁵⁵ Es kann auch effektiv keinen Unterschied machen, ob die Verwaltung eine individuelle wirksame Strafmaßnahme ausführt oder mit einer Verordnung viele Personen zugleich trifft.

Daher liegt es in dem Zielbereich der Verfassung, nicht nur Verwaltungsakte, sondern auch Verordnungen in den Anwendungsbereich des Art. 104 Abs. 1 GG einzubeziehen. Sinn und Zweck der Norm betreffen gleichermaßen Rechtsverordnungswillkür und Verwaltungswillkür.

⁵¹ Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, n.F. Bd. 1, 1951, S. 745 ff.

⁵² Büttner/Wettengel, Parlamentarischer Rat, Bd 13/1, S. CXII; Bd 13/2, S. 1438 ff., 1472 ff.

⁵³ Vgl. BVferGE 10, 302 (319). Vgl. z.B. Stenografisches Protokoll der 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, 6.12.1948. Vgl. zu einem Überblick über die Verhandlungen auch Cornelius, Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen, 2006, S. 245 ff.

⁵⁴ Vgl. dazu die Wiedergabe der Stellungnahme des BMJ in BVerfGE 14, 174 (177 f.).

⁵⁵ Vgl. etwa die Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten (RGBI. 1941, S. 759 ff.).

ff) Zwischenergebnis

Es ist materiell unbefriedigend, Art. 104 Abs. 1 GG gegen den Strich der Eingriffsintensität zu bürsten und auf sekundäre Verfahrensfragen zu begrenzen. Außerdem sprechen historische und systematische Gründe dafür, Art. 104 Abs. 1 GG als eindeutige Ausnahme für die Strafgesetzgebung von der generellen Zulässigkeit von nachträglich gesetzesausfüllender Verordnungsgebung zu begreifen.⁵⁶

gg) Verlagerung der Problemlösung in Art. 103 Abs. 2 GG

Die Ansicht, die Art. 104 GG für unanwendbar hält, dürfte, auf die Spitze getrieben, eigentlich nur den – schwachen – Maßstab des Art. 80 Abs. 1 GG annehmen,⁵⁷ was zur Folge hätte, dass der Bundestag im Prinzip die Regelung des gesamten materiellen Strafrechts auf den Verordnungsgeber übertragen dürfte.⁵⁸ Dies würde der Bedeutung der Strafan drohung bzw. Strafe als intensivem Freiheitseingriff jedoch auch nach Auffassung der Vertreter dieser Gruppe unter keinen Umständen gerecht, weshalb Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG in einer „strafrechtstypischen Verschärfung“ angewendet werden müsse.⁵⁹ Die Norm wird gleichsam mittels Art. 103 Abs. 2 GG angereichert, so dass sich hieraus ein beschränkter Parlamentsvorbehalt ergibt,⁶⁰ der im Sinne der Wesentlich-

⁵⁶ So ausdrücklich Dürig, NJW 1961, 1833; in Ansätzen Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 218 ff.; Debus (Fn. 6), S. 269 Fn. 1174 ff.: Rechtsgrundlage könne „nur ein förmliches Gesetz“ (*Hervorhebung* im Original) sein; Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 104 Rn. 9 f., der die Relativierung durch die Formel der „gewissen Spezifizierungen“ (siehe dazu ausführlich unten II. 2. c) aa) für unklar und bedenklich hält; Weidenbach, Die verfassungsrechtliche Problematik der Blankettstrafgesetze, 1965, S. 101 ff.; Lohberger, Blankettstrafgesetz und Grundgesetz, 1968, S. 130 ff.; die beiden letztgenannten Autoren führen zwar Gründe für einen Vorbehalt des Art. 104 Abs. 1 GG an, kommen dann doch zu dem Ergebnis, dass der parlamentarische Gesetzgeber „gewisse Spezifizierungen“ des Tatbestands dem Verordnungsgeber überlassen darf.

⁵⁷ Dafür Heghmanns (Fn. 30), S. 91.

⁵⁸ Vgl. Heghmanns (Fn. 30), S. 89.

⁵⁹ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 75. Lfg., Stand: September 2015, Art. 103 Rn. 210.

⁶⁰ Z.B. Degenhardt, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 64; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 103 Rn. 28; Schmidt-Aßmann (Fn. 58), Art. 103 Rn. 183; Tiedemann (Fn. 40), S. 253 ff.; Debus (Fn. 6), S. 264 f., unter Hinweis auf den Begriff „Gesetz“, was aber gerade wegen dessen Mehrdeutigkeit nicht überzeugend ist. Auch die Einschränkung, dass nur „gewisse Spezifizierungen“ dem Verordnungsgeber überlassen werden dürfen, wird teilweise mit Art. 103 Abs. 2 GG begründet, vgl. Debus (Fn. 6), S. 263, 270; Moll, Europäisches Strafrecht durch nationale Blankett-Strafgesetzgebung?, 1998, S. 148.

keitstheorie⁶¹ über die Vorgabe des isoliert betrachteten Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG hinausgeht. In dem Parlamentsgesetz müssen danach die geschützten Rechtsgüter ebenso angeben werden wie die wesentlichen Merkmale des bestraften Verhaltens.⁶²

Dieser Weg der „Anreicherung“ über die Kriterien der Wesentlichkeitstheorie ergibt nach unserer Interpretation allerdings kaum einen Unterscheid zur h.M.⁶³, die zwar Art. 104 Abs. 1 GG einbezieht, aber gestattet, dass „gewisse Spezifizierungen“ dem Ordnungsgeber überlassen werden dürfen.⁶⁴

Im Hinblick auf den geringen Unterschied im Ergebnis zur Anwendung des Art. 104 Abs. 1 GG durch die h.M. (siehe dazu sogleich) scheint uns der Weg allein über Art. 103 Abs. 2 GG somit unnötig und umständlich. Den Inhalt, den man wörtlich aus Art. 104 Abs. 1 GG entnehmen könnte, verlegt die entsprechende Ansicht in Art. 103 Abs. 2 GG, obwohl sie erkennt, dass Art. 103 Abs. 2 GG nach striktem Wortlaut und Historie ebenfalls kein Parlamentsgesetz verlangt.

hh) Zusammenfassung

Von Teilen des Schrifttums wird Art. 104 Abs. 1 GG die Geltung für das materielle Strafrecht vollständig abgesprochen. Die Norm wird vor dem Hintergrund eines mehrdeutigen Wortlauts mit Blick auf den konkreten Anlass der Normgenese eng verstanden. Gleichwohl verlangt diese Ansicht nicht nur die schwachen Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG, sondern liest strengere Anforderungen an Strafgesetzgebungsdelegation in Art. 103 Abs. 2 GG hinein, unter (teilweise unausgesprochener) Hinzunahme der Kriterien der „Wesentlichkeitstheorie“. Gegen den (völligen) Ausschluss von Art. 104 Abs. 1 GG als Maßstab für Strafgesetzgebung über das Strafvollzugsrecht hinaus lassen sich indes verschiedene Einwände formulieren, die sich auf den keineswegs eindeutigen Wortlaut, die ebenso wenig geklärte Normhistorie und insbesondere auf Schutzzweckerwägungen beziehen.

c) BVerfG und Teile der Literatur: Art. 104 Abs. 1 GG ist einschlägig, dynamische Verweisungen sind gleichwohl partiell zulässig

Verstünde man Art. 104 Abs. 1 GG – bei extensivem Verständnis der Verfassungshistorie – wörtlich, also so, dass über den konkreten Anlass ungesetzlicher Schutzhaft hinaus insgesamt vor Verwaltungswillkür geschützt werden soll, ließe sich daraus durchaus ableiten, dass Strafgesetze nicht nur bezüglich ihres wesentlichen Gehaltes (siehe dazu so-

gleich), sondern vollständig in Parlamentsgesetzen geregelt werden müssten.⁶⁵ Selbst diejenigen Vertreter, die Art. 104 Abs. 1 GG einen bedeutenden eigenständigen Gehalt zusprechen, gehen aber in aller Regel nicht so weit, ein solch restriktives Ergebnis zu bejahen.⁶⁶

Stattdessen wird Art. 104 Abs. 1 GG unter Führung der Judikate des BVerfG in einem Atemzug mit Art. 103 Abs. 2 und 80 Abs. 1 GG genannt,⁶⁷ so dass – ohne dass das Gericht zu diesem Normenzusammenspiel weiterführende Ausführungen gemacht hätte⁶⁸ – ein abgeschwächtes Ergebnis erzielt wird, das nur marginal strenger als das der ersten Auslegungsvariante⁶⁹ ist.⁷⁰

aa) Abstrakte Leitzätze des BVerfG – insb. Formel der „gewissen Spezifizierungen“

Das BVerfG hat dynamische Verweisungen unter dem Gesichtspunkt der Kompetenzabgrenzung zwar nicht per se als verfassungswidrige Regelungstechnik der Strafgesetzgebung gewertet,⁷¹ allerdings hat es bereits allgemein, nicht nur in Bezug auf die Strafgesetzgebung,⁷² durchaus eindringlich vor deren Gefahren gewarnt:

„Auch dynamische Verweisungen sind nicht schlechthin ausgeschlossen, wenngleich ein besonders strenger Prüfungsmaßstab im Einzelfall geboten sein kann. Bei fehlender Identität der Gesetzgeber bedeutet eine dynamische Verweisung mehr als eine bloße gesetzestechnische Vereinfachung; sie führt zur versteckten Verlagerung von Gesetzgebungsbefugnissen und kann daher Bedenken unter bundesstaatlichen, rechtsstaatlichen und demokratischen Gesichtspunkten ausgesetzt sein [...]“⁷³

⁶⁵ So *Dürig*, NJW 1961, 1833.

⁶⁶ Vgl. *Debus* (Fn. 6), S. 270 f.; so auch *Kistner*, DRiZ 1962, 119; *Lohberger* (Fn. 55), S. 148.

⁶⁷ BVerfGE 14, 245 (252); *Satzger* (Fn. 20), S. 255, *Ossenbühl*, DVBl. 1967, 401 (403 f.); *Arndt*, Jus 1979, 785; *Debus* (Fn. 6), S. 269, weist darauf hin, dass das BVerfG früher Art. 104 Abs. 1 GG separat prüfte (BVerfGE 14, 174 [186]) und sich die Prüfung der Artt. 104 Abs. 1, 103 Abs. 2, 80 Abs. 1 GG erst entwickelte.

⁶⁸ *Heghmanns* (Fn. 30), S. 94 f., relativiert diese Rspr. und zeigt zutreffend auf, dass Art. 104 Abs. 1 zugunsten des Art. 103 Abs. 2 GG in Folgeentscheidungen mehr und mehr in den Hintergrund rückte.

⁶⁹ Vgl. soeben II. 2. b).

⁷⁰ Vgl. *Debus* (Fn. 6), S. 270 f. („quantitative Verschärfung“), die sich selbst aber nicht eindeutig positioniert.

⁷¹ Zu den unterschiedlichen Modellen der Verweisungstechnik im Einzelnen siehe *Schützendübel* (Fn. 6), S. 239 ff., 308 ff.

⁷² BVerfGE 47, 285 (312).

⁷³ BVerfG, Urt. v. 29.4.2010 – 2 BvR 871/04 = HRRS 2011 Nr. 120, Abs. 39; vgl. auch *Ossenbühl*, DVBl. 1967, 401 (402 f.); v. *Münch/Mager* (Fn. 38), Rn. 401: „versteckte Verlagerung von Gesetzgebungsbefugnissen“.

⁶¹ BVerfGE 49, 89 (126 f.); BVerfGE 84, 212 (226); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 52 ff.

⁶² Vgl. *Heghmanns* (Fn. 30), S. 90.

⁶³ Siehe dazu unten II. 2. c).

⁶⁴ Ein signifikanter Unterschied zu beiden Ansichten ergibt sich jedoch im Vergleich zu der hier entwickelten extensiven Interpretation des Art. 104 Abs. 1 GG; siehe dazu unten II. 2. d).

Bei *Straftatbeständen* müsse schon im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 und 104 Abs. 1 GG ein (noch) schärferer Bestimmtheitsmaßstab angelegt werden als in Bereichen, die weniger stark in die Grundrechtsausübung eingreifen.⁷⁴ Der Gesetzgeber dürfe – und das ist ein entscheidender Punkt der BVerfG-Rspr. zu dieser Frage – daher allenfalls, aber immerhin, „gewisse Spezifizierungen“ des Tatbestandes delegieren.⁷⁵ Das lässt sich nicht anders verstehen, als dass der Verordnungsgeber lediglich Detailregelungen vornehmen darf,⁷⁶ alle substanziellen Aspekte jedoch bereits vom förmlichen Gesetzgeber geregelt werden müssen.⁷⁷ Nach Meinung des Gerichts soll eine Delegation etwa dann möglich sein, wenn „wechselnde und mannigfaltige Einzelregelungen“⁷⁸ erforderlich werden können.

Zur weiteren Klärung kann diese Rspr.⁷⁹ allerdings kaum beitragen. Es wird aus ihr nicht ersichtlich, wann konkret noch von Detailregelung gesprochen werden kann und wann bereits „wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit“⁸⁰ in der Verordnung geregelt werden, die aber eigentlich der Gesetzgeber selbst, in einem formellen Gesetz bestimmen muss.⁸¹ Ebenso wenig ist klar, unter welchen Umständen „wechselnde und mannigfaltige Einzelfallregelungen“ erforderlich sein könnten. Es wird lediglich auf den „Einzelfall“ verwiesen:

⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 29.4.2010 – 2 BvR 871/04 = HRRS 2011 Nr. 120, Abs. 56. Bei Strafgesetzen muss danach die „wesentliche“ Voraussetzung der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aus der Ermächtigung, nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung erkennbar sein, vgl. auch BVerfGE 14, 245 (251); 48, 56 f.; *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Fn. 58), Art. 80 Rn. 34; *Hellmann*, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010, 2010, S. 169 (187 f.); *Hohmann*, ZIS 2007, 38 (42 ff.); *Hilgendorf*, ZLR 2011, 303 (304); *Böse*, in: Amelung/Günther/Kühne (a.a.O.), S. 7; *Dannecker*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 160.

⁷⁵ So BVerfG, Urt. v. 29.4.2010 – 2 BvR 871/04 = HRRS 2011 Nr. 120.; vgl. BVerfGE 14, 174 (186 f.); 14, 245 (251); 22, 21 (25); 23, 265 (269); 75, 329 (342).

⁷⁶ *Schmitz* (Fn. 28), § 1 Rn. 54.

⁷⁷ Das Verhalten, das die Freiheitsbeschränkung letztlich bewirkt, sowie Art und Maß der Beschränkung müssen sich aus dem Gesetz selbst ergeben, seit BVerfGE 14, 245 (251), ständige Rspr, vgl. *Degenhart* (Fn. 59), Art. 104 Rn. 10; vgl. auch *Gusy*, NJW 1992, 457.

⁷⁸ Speziell zu Strafbestimmungen vgl. BVerfGE 14, 174 (185 f.); 32, 346 (362); 47, 109 (120); 51, 60 (70 f.); 73, 206 (234 f.); 75, 329 (341 f.); *Nierhaus* (Fn. 11), Art. 80 Rn. 295.

⁷⁹ Eine Übersicht über verschiedene Entscheidungen des BVerfG zu dem (vermeintlichen) Kriterium der „gewissen Spezifizierungen“ findet sich bei *Enderle* (Fn. 6), S. 211 ff.

⁸⁰ BVerfG NJW 1998, 669 (670).

⁸¹ BVerfG NJW 1998, 669 (670); vgl. auch *Kühl*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 815 (833).

„[...] Welche Anforderungen an das Ausmaß der erforderlichen Bestimmtheit im Einzelfall zu stellen sind, hängt von der Intensität der Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen und von der Eigenart des geregelten Sachverhalts ab, insbesondere auch davon, in welchem Umfang dieser einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist [...]“.⁸²

Das BVerfG ersetzt die Formulierung der „Spezifizierung“ also durch ebenfalls ungenaue Begriffe (Intensität, Eigenart, Umfang, Zugänglichkeit) und kann dem Rechtsanwender somit ebenso wenig trennscharfe Kriterien liefern.

bb) Dogmatische Indifferenz des BVerfG

Wie das Verhältnis zwischen den genannten Vorschriften der Artt. 104 Abs. 1, 103 Abs. 2 und 80 Abs. 1 S. 1 GG dogmatisch genau zu bestimmen ist, wird von dem Bundesverfassungsgericht nicht näher erörtert. Man begnügt sich damit, dass Art. 104 Abs. 1 GG ein wenig mehr Gewicht auf die Waage bringt und daher tendenziell ein „Mehr“ an Konkretisierung bereits im Parlamentsgesetz verlangt werden muss, als wenn man sich lediglich auf Artt. 80 Abs. 1 und 103 Abs. 2 GG stützen könnte bzw. müsste.⁸³

cc) Dogmatische Hilfen aus dem Schrifttum

(1) Wortlaut: Keine unmittelbare Regelung von Art. 104 Abs. 1 GG verlangt

Schützendübel, die die Auffassung des BVerfG insoweit stützt, führt gegen eine strenge Anwendung des Art. 104 Abs. 1 GG auf die materielle Strafgesetzgebung den Wortlaut der Norm an, nach dem eine Freiheitsbeschränkung „auf Grund eines förmlichen Gesetzes“ und nicht „durch Gesetz“ erfolgen müsse. Nur die Grundsatzentscheidung müsse also vom Parlament getroffen werden.⁸⁴

Diese Auslegung ist immerhin mit dem Wortlaut vereinbar, denn ein ermächtigendes Gesetz ist wenigstens ein Grund für eine ausfüllende Verordnung.⁸⁵ Die sophistische

⁸² BVerfGE wistra 2010, 396 (400).

⁸³ Kritisch dazu auch *Schuster* (Fn. 6), S. 268, 274, der zu Recht meint, dass Art. 104 Abs. 1 GG selbst eigentlich keine Grundlage für die Delegation näherer „Spezifizierungen“ an die Verwaltung biete und der Begriff in der Praxis nicht dazu führe, dass der parlamentarische Gesetzgeber schon aus sich heraus verständliche Ge- und Verbote setzen muss. *Schuster* positioniert sich dann aber nicht zur Frage des Verhältnisses der Artt. 104 Abs. 1, 103 Abs. 2, 80 Abs. 1 GG und trennt nicht klar zwischen Kompetenzabgrenzung und äußerer Bestimmtheit.

⁸⁴ *Schützendübel* (Fn. 6), S. 263; so auch *Heghmanns* (Fn. 30), S. 96, als maßgeblicher Vertreter der exklusiv auf Art. 103 Abs. 2 abstellenden Ansicht, der aber die – für ihn hypothetische – Geltung des Art. 104 Abs. 1 für materielle Strafgesetzte durchspielt: Die verlangte gesetzliche Grundlage werde im Prinzip auch durch eine Ermächtigung geliefert.

⁸⁵ So ähnlich *Debus* (Fn. 6), S. 271, die anführt, es gebe keinen Sprachgebrauch, der besage, dass „auf Grund“ mit „un-

Unterscheidung zwischen „durch“ und „auf Grund“ ist allerdings nicht überzeugend, da ein Gesetz niemals das direkte Mittel sein kann, um Freiheit zu beschränken. Die Freiheitsbeschränkung muss immer ausgeführt werden. Nicht das Gesetz, sondern Vollzugsbeamte und Gefängnisbauten beschränken unmittelbar die Freiheit. Triebe man dieses Argument auf die Spitze, hätte Art. 104 Abs. 1 GG daher überhaupt keinen Anwendungsbereich, da jedes Gesetz der Ausführung bedarf und nur mittelbar wirkt. *Schützendübel* müsste somit eigentlich die radikale Konsequenz der völligen Ablehnung der Anwendbarkeit des Art. 104 Abs. 1 GG auf Strafgesetzgebung ziehen, geht den Schritt aber nur halb und schließt sich der „Mischauflassung“ des BVerfG an.

(2) Furcht vor der Flucht in Generalklauseln

Auch *Weidenbach* hält Art. 104 Abs. 1 GG zwar für einschlägig, kommt aber ebenfalls zu dem Ergebnis, dass der parlamentarische Gesetzgeber „gewisse Spezifizierungen“ auf den Verordnungsgeber übertragen dürfe.⁸⁶ Er meint, dass man andernfalls gleichsam den Teufel mit dem Beelzebub austriebe: Der Gesetzgeber könnte ohne das Mittel der Delegation an den Verordnungsgeber die Flucht in Generalklauseln ergreifen. Der Bestimmtheit der Tatbestände werde damit nicht gedient. Die Regelung von Details durch den Verordnungsgeber sei der Bestimmtheit der Norm oft sogar förderlicher als die Alternative, die Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe durch die Rechtsprechung.

Dem ist aber zu entgegnen, dass es im Hinblick auf die Ausbalancierung der drei Gewalten einen veritablen Unterscheid macht, ob ein unabhängiges Gericht den Tatbestand auslegt oder ob der Verordnungsgeber diese Aufgabe übernimmt. In letzterem Fall kommt es zu einer Machtkonzentration der Exekutive. Stellt man in Rechnung, dass viele Parlamentsgesetze ohnehin weitgehend im ministeriellen Bereich ausgearbeitet werden, wird deutlich, wie schmal der tatsächliche Wirkungsbereich des Parlaments wird – bei gleichzeitiger Ausweitung des Einflusses der Exekutive.

(3) Deklaratorische Alibifunktion

Andere Vertreter der Schrifttums sind sogar der Meinung, dass Art. 104 GG keinen über die sich angeblich schon aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden Anforderungen hinausgehenden Gehalt aufweist,⁸⁷ womit Art. 104 Abs. 1 GG nur eine deklaratorische (Alibi-)Funktion zukäme.

Dies würde bedeuten, dass Art. 103 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG nur die allgemeinen Grundsätze der Wesentlich-

keitstheorie aufrufen. Das Wesentlichkeitskriterium fungiere als eine Art „Gleitregelung“, wonach der Gesetzgeber“ folgendermaßen verfahren müsse: Je schwerer die Strafe, desto genauer die Regelung.⁸⁸

Dem ist zumindest teilweise zu widersprechen. Die Variation des Bestimmtheitsgrundsatzes ist im Hinblick auf die Ausdifferenzierung der Rechtsfolge in der Strafzumessung nicht angemessen.⁸⁹ Grundsätzlich ist diese Ansicht bedenklich, weil sie die Problemlösung dem schillernden Wesentlichkeitsbegriff aufbürdet.

(4) Zusammenfassung der h.M.

Nach h.M. ist Art. 104 Abs. 1 GG durchaus auch auf das materielle Strafrecht anzuwenden. Allerdings wird die Norm nicht strikt verstanden, sondern im Sinne der Wesentlichkeitstheorie dergestalt aufgeweicht, dass Art. 104 Abs. 1 GG zusammen mit Art. 103 Abs. 2 und Art. 80 Abs. 1 GG nur verlange, dass der Gesetzgeber das Wesentliche eines Straftatbestandes (und dessen Rechtsfolge) selbst regelt. Ohne weitere dogmatische Begründung bedeutet dies für die h.M., dass dem Verordnungsgeber nur, aber immerhin „gewisse Spezifizierungen“ überantwortet werden dürfen.

d) Eigene Ansicht: Kollidierendes Verfassungsrecht auf den Punkt gebracht

aa) Grundsätzlicher totaler Parlamentsvorbehalt

Wie oben dargelegt, können die gegen die Anwendbarkeit des Art. 104 Abs. 1 GG vorgebrachten Argumente aus verschiedenen Gründen letztlich nicht überzeugen. Aus unseren Ausführungen folgt, dass Art. 104 Abs. 1 GG durchaus Auswirkungen auf die Strafgesetzgebung hinsichtlich materieller Gesetze hat.⁹⁰ Während wir insoweit einig mit der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts sind,⁹¹ sehen wir die weitere Lösung des BVerfG und seiner Adepten kritisch, nach der in jedem Fall zumindest die Regelung „gewisser Spezifizierungen“ durch den Verordnungsgeber gestattet ist.

Nach unserer Ansicht stellt Art. 104 Abs. 1 GG vielmehr eine Verschärfung des Art. 103 Abs. 2 dar, weil Art. 104 Abs. 1 GG ein förmliches Gesetz fordert, Art. 103 Abs. 2 GG aber nicht. Während 103 Abs. 2 GG folglich die Rechtssicherheit für die Bürger regelt, formuliert Art. 104 Abs. 1 GG eine Kompetenzabgrenzung zwischen Exekutive und Legislative, die den Bürger ebenfalls schützen soll. Der Umstand, dass Art. 103 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG leicht asynchron oder gar widersprüchlich erscheinen, weil Art. 103 Abs. 2 GG ein materielles Gesetz ausreichen lässt, Art. 104 Abs. 1 GG aber ein formelles fordert, erklärt sich aus dem genannten unterschiedlichen Regelungsansatz. Die Vorschrift

mittelbar“ gleichgesetzt werden müsse; ähnlich auch *Kistner*, DRiZ 1962, 119; *Lohberger* (Fn. 55), S. 148. Dagegen für ein engeres Verständnis im Ansatz *Karpen* (Fn. 55), S. 215, 218, der aber schließlich doch lieber dem Verordnungsgeber als den Gerichten die Bestimmung des Tatbestandes überlassen will (S. 219).

⁸⁶ *Weidenbach* (Fn. 55), S. 120 ff.

⁸⁷ *Radtke*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.12.2015, Art. 104 Rn. 6; *Dannecker* (Fn. 73), § 1 Rn. 123.

⁸⁸ *Volkman*, ZRP 1995, 220 (224); *Schützendübel* (Fn. 6), S. 261 ff.

⁸⁹ Bezüglich des Aspektes der Verständlichkeit (siehe oben II. 1. b) ergibt ein gradueller Maßstab keinen Sinn.

⁹⁰ So auch *Karpen* (Fn. 55), S. 202; *Weidenbach* (Fn. 55), S. 43, vgl. auch BVerfG 14, 174 (185).

⁹¹ BVerfGE 14, 174 (186 f.).

des Art. 104 Abs. 1 GG ist also dem Wortlaut nach als spezielle Regelung des Art. 103 Abs. 2 GG zu verstehen.⁹²

Auch die Gewichte zwischen Art. 104 Abs. 1 und Art. 80 GG können nicht so austariert werden, dass man Art. 80 GG als allgemeine Ausgestaltung auch des in Art. 104 Abs. 1 GG genannten Gesetzesvorbehalts begreift und die strenge Regelung so unterminiert.

Vielmehr kommt Art. 80 GG erst zum Zuge, wenn geklärt ist, dass der Gesetzgeber im Sinne der Artt. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG das nach diesen Vorschriften Wesentliche selbst geregelt hat. Weil für Art. 104 Abs. 1 GG die Regelung von Gesetzen mit der Rechtsfolge der möglichen Freiheitsstrafe einen parlamentarischen Vorbehalt vorsieht, hat die Legislative grundsätzlich eine Alleinentscheidungspflicht. Durch diese „Delegationssperre“ ist dem Gesetzgeber der Weg, Strafrecht durch Verordnungen zu regeln, grundsätzlich verwehrt. Das heißt jedoch nicht, dass es keine Ausnahmen von diesem Grundsatz geben kann.

bb) Ausnahmen durch kollidierendes Verfassungsrecht – praktische Konkordanz

Art. 104 Abs. 1 GG selbst steht unter keinem Gesetzesvorbehalt. Gleichwohl verbleibt dem Strafgesetzgeber ein gewisser Spielraum für dynamische Verweisungen. Dieser Spielraum, und das ist die entscheidende Verschärfung gegenüber den oben dargelegten Auslegungsmöglichkeiten, eröffnet sich aber nur aus dem Gedanken des kollidierenden Verfassungsrechts. Dynamische Verweisungen sind im Strafrecht somit ausschließlich dann erlaubt (und ggf. sogar geboten), wenn sich aus der Verfassung selbst eine gegenläufige Pflicht des Staates zur Abkürzung des normalen Gesetzgebungsweges durch die Nutzung von Verordnungsermächtigungen entnehmen lässt. Solche Einschränkungen des Delegationsverbots könnten sich insbesondere daraus ergeben, dass andernfalls die Handlungsfähigkeit des (Straf-)Gesetzgebers in einer für die freiheitlich demokratische Grundordnung – und damit wieder für den Bürger, der ggf. durch die Gesetze in seinen Rechten geschützt wird – nachteiligen Weise leiden würde. Als betroffene Verfassungsbestandteile kommen insoweit das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) und als dessen Ausformung die Funktionsfähigkeit des Parlaments⁹³ in Betracht.

Zur Erläuterung: Der Staat muss seine Bürger insbesondere hinsichtlich der Rechtsgüter Leib und Leben vor Gefahren durch Dritte schützen. Die herrschende Verfassungsinterpretation geht davon aus, dass er dazu auch das Strafrecht nutzen kann und in Grenzbereichen sogar nutzen muss.⁹⁴ Strafen

⁹² Vgl. zur generellen Nachrangigkeit des Art. 80 GG gegenüber speziellen Gesetzesvorbehalten *Remmert* (Fn. 73), Art. 80 Rn. 70; v. *Arnould*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, S. 175; *Mann*, in: Sachs (Fn. 59), Art. 80 Rn. 4, 21.

⁹³ Vgl. BVerfGE 80, 188 (222, 234); 112, 118 (140); VG Berlin NJW 2002, 1063 (1065).

⁹⁴ BVerfGE 39, 1 (42); *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 197 Rn. 99; allgemein zu den Schutzpflichten BVerfGE 96, 56 (64), und aber verhalten zu deren

dürfen nur aufgrund von förmlichen Gesetzen verhängt werden. Das Parlament kann sich aber nicht nur mit Strafgesetzgebung beschäftigen, sondern muss auch seine weiteren verfassungsmäßigen Aufgaben wahrnehmen können. Wollte man von ihm verlangen, dass er jedes strafwürdige Verhalten gleichsam zu jedem Zeitpunkt selbst regeln muss, müsste er zwangsläufig wichtige andere Pflichten vernachlässigen.

Kommen die widerstreitenden Verfassungsrechte – Einhaltung der Vorgaben des schrankenlos formulierten Art. 104 Abs. 1 GG auf der einen Seite, Demokratieprinzip⁹⁵ und Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Bundestags⁹⁶ (und somit auch des Strafgesetzgebers) und dadurch mittelbar der mit dem Strafrecht geschützten Individual- und Allgemeinrechtsgüter auf der anderen Seite – auf abstrakter Ebene in eine „Pattsituation“, müssen sie im Wege „praktischer Konkordanz“ zu einem „sachgerechten Ausgleich“ gebracht werden.⁹⁷

cc) Praktische Konkordanz

Die Herstellung der praktischen Konkordanz erfolgt im Wege einer speziellen Verhältnismäßigkeitsprüfung, deren Kern ggf. eine (im Ergebnis auf die Angabe einer konkreten Ver-

Gewicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung BVerfGE 115, 320 (358); *Dietlein*, Die Lehre von den Grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 17; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, § 11; *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 357 ff.; *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2006, S. 307 ff.

⁹⁵ Siehe grundlegend *Böckenförde*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 289; *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 64 ff.

⁹⁶ Hier geht es zwar nicht um formale Zugangs- oder Rede-rechte (vgl. dazu *Kreil/Westphal*, AfP 2001, 458 [463, Fn. 68]), sondern um eine auch inhaltliche Überforderung durch Arbeitsüberlastung. Für diese materielle Funktionsfähigkeit kann aber nichts anderes gelten als für rein formale Aspekte: Die Garantie einer parlamentarischen Demokratie durch das Grundgesetz ergibt nur Sinn, wenn damit nicht nur eine formale Institution, sondern auch ein tatsächlich arbeitsfähiges Parlament verbürgt ist.

⁹⁷ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn 72; BVerfGE 83, 130 [143]; kritisch zum Erkenntniswert der praktischen Konkordanz als Kontrollmaßstab *Lerche*, in: Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S. 206; vgl. auch *Fischer-Lescano*, KJ 2008, 166; die von *Kunig* (Fn. 55), Art. 104 Rn. 10, favorisierte einfache Erforderlichkeitsprüfung greift insoweit aber zu kurz, weil sie der Reibungslosigkeit der Gesetzgebung kompromisslos Vorfahrt gegenüber der Arbeitsverpflichtung des Parlaments einräumt. – Zur generellen Lösung des Problems der Begrenzung der Strafgesetzgebung durch die Methode der praktischen Konkordanz vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 93), S. 356 Fn. 73.

einbarkeit der widerstreitenden Grundätze modifizierte) Angemessenheitsprüfung darstellt.⁹⁸

Wie beschrieben, stehen sich als kollidierende Verfassungswerte das Interesse an der Delegation einerseits und das Interesse an vollständiger Regelung durch den Parlamentsgesetzgeber andererseits gegenüber. Der Vergleich und die Herstellung des Ausgleichs zwischen diesen widerstreitenden Verfassungswerten muss möglichst konkret erfolgen, d.h. einzelfallbezogen und jeweils mit Blick auf den Grad (Dauer, Intensität) der Beeinträchtigungen.⁹⁹

(1) Delegationsinteresse

Das verfassungsrechtlich geschützte Interesse an einer Delegation der Tatbestandsausfüllung im Fall der Strafregelung hat seine Grundlage in dem – seinerseits aus dem Demokratieprinzip hervorgehenden und somit in Verfassungsrang stehenden – (Gemeinwohl-)Interesse an der Funktions- bzw. Arbeitsfähigkeit des Parlaments bzw. des parlamentarischen Gesetzgebers:

Der parlamentarische Gesetzgeber kann schon wegen der formalen Anforderungen des Grundgesetzes an das Gesetzgebungsverfahren nicht immer zeitnah auf tatsächliche Veränderungen im Regelungsbereich einer Norm reagieren. Die an den Gesetzgebungsprozessen Beteiligten arbeiten bisweilen aber auch dann behäbig, wenn ein schnelleres Vorgehen durchaus zulässig wäre.¹⁰⁰ Die durchschnittliche Dauer von Gesetzgebungsverfahren beträgt 220 Tage, und diese Spanne umfasst nur die Zeit von der Einbringung eines Gesetzesentwurfs in den Bundestag bis zur Verkündung des Gesetzes.¹⁰¹ Rechnet man noch die mitunter beträchtliche nötige Zeit für Vorarbeiten in den Fraktionen hinzu, zeigt sich deutlich, dass das Parlament schon aus strukturellen Gesichtspunkten keineswegs dazu befähigt ist, zeitnah auf emergierende Problemlagen zu reagieren. Diese strukturellen Verzögerungen können etwa durch die Organisation der Sitzungszeiten oder durch bestimmte parteipolitische Konstellationen begründet sein. Dieses Trägheitsmoment ist als „Nebenwirkung“ demokratischer Entscheidungsfindung oft unvermeidbar und wird billigend in Kauf genommen.

Die Problematik betrifft jedoch nicht nur die ggf. zu geringe zur Verfügung stehende Zeit. Die insgesamt durch Gesetz zu regelnde Materie wird insgesamt bereits seit Jahrzehnten immer komplexer und detailreicher.¹⁰² Der parlamentarische Gesetzgeber kann sich somit immer weniger mit allen Detailfragen befassen, weil dies andernfalls sehr schnell zu seiner völligen Überlastung führen würde.

⁹⁸ Hesse (Fn. 96), Rn. 318; Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985, S. 86; Gehne, Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip, 2011, S. 224.

⁹⁹ Vgl. Kreile/Westphal, AfP 2001, 458 (463, 465).

¹⁰⁰ Vgl. zum generellen Problem auch BVerfG wistra 2009, 270; BGH NJW 2009, 1682.

¹⁰¹ Siehe die tabellarische Übersicht bei Reutter, ZPol 2006, 1249 (1255); ders., ZParl 2007, 299 (309).

¹⁰² Vgl. Depenheuer, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, 2014, § 6 Rn. 18.

Festzuhalten ist somit zunächst, dass grundsätzlich ein verfassungsrechtlich geschütztes Interesse an der (Teil-)Delegation von Strafnormen auf untergeordnete Normgeber besteht.

(2) Allregelungsinteresse

Diesem Delegationsinteresse steht nun die – streng verstandene – Bestimmung des Art. 104 Abs. 1 GG gegenüber, wonach Strafgesetze im Prinzip vollständig durch die Legislative geregelt werden müssen (Allregelungsinteresse). Die verfassungsrechtliche Erwägung, dass der Parlamentsgesetzgeber im Strafrecht alles selbst zu regeln hat, beruht zunächst auf dem Gewaltenteilungsgrundsatz selbst. Hinzu kommt, dass das Strafrecht mit intensiven Grundrechtseingriffen verbunden ist – betroffen sein können die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 (allgemeines Persönlichkeitsrecht), Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 12 GG (im Fall eines Berufsverbots bzw. der einer Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit) – und somit aus einer Grundrechtsschutzperspektive zu verlangen sein könnte, dass die benannten Eingriffe unter keinen Umständen auf den Verordnungsgeber übertragen werden dürfen.

(3) Spezielle Konkordanz – Subsidiarität der Verordnungsdelegation

Wie lassen sich nun Delegationsinteresse und Allregelungsinteresse im Wege praktischer Konkordanz jeweils möglichst weitreichend zur Geltung bringen? Nach dem hier vertretenen Verständnis des Art. 104 Abs. 1 GG müssen an die Abschwächung der aus Art. 104 Abs. 1 GG hervorgehenden Garantien hohe Anforderungen gestellt werden. Die Verlagerung von Detailspezifikationen auf den Verordnungsgeber – auch bezüglich der Strafgesetzgebung – lässt sich in der Folge allenfalls dann rechtfertigen (sie kann dann u.U. sogar geboten sein), wenn die Regelungsmöglichkeit des Gesetzgebers an praktische Grenzen stößt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn er Prognoseentscheidungen hinsichtlich sich dynamisch entwickelnder Tatsachen treffen muss.

Ein Beispiel für eine zumindest im Hinblick auf die Dynamik zulässige Delegation ist das Betäubungsmittelstrafrecht.¹⁰³ Wäre dem parlamentarischen Gesetzgeber hier ein totales Delegationsverbot auferlegt, müsste er bzgl. der Listen mit den verbotenen Betäubungsmitteln unter Umständen jede Woche mehrfach neu entscheiden, ob ein neues Medikament oder ein anderer neu entwickelter Stoff unter das BtMG fallen soll oder nicht. Daraus könnte sich ein absurdes „Katz- und-Maus-Spiel“¹⁰⁴ zwischen Gesetzgeber und Drogendesigern entwickeln, bei dem Letztere in sitzungsfreien Parla-

¹⁰³ Vgl. auch BVerfG NJW 1992, 107; BVerfG NJW 1997, 1910 (1911).

¹⁰⁴ Einen anderen Vergleich aus dem Tierreich zieht diesbezüglich Patzak, NStZ 2011, 498 (503): „Wettlauf zwischen Hase und Igel“.

mentsperioden – und erst recht in der Parlamentarischen Sommerpause – klar die Oberhand behielten.¹⁰⁵

Um den Spezifika der Strafgesetzgebung gerecht zu werden, muss zu dem allgemeinen „Trägheitsproblem“ der Gesetzgebung allerdings ein weiteres Kriterium treten, damit eine Delegation auf den Verordnungsgeber legitim sein kann. Dieses lässt sich sinnvollerweise in dem Erfordernis konkretisieren, dass zum Zeitpunkt des Erlasses des Parlamentsgesetzes eine in ihren Details erkennbare Gefahrenlage vorliegen muss. Diese Lage muss zudem derart dynamisch und schadensgeneigt sein, dass die Sorge um schutzbedürftige Rechtsgüter jeweils keinen Aufschub der Gesetzesänderung duldet.¹⁰⁶ Die Lage muss zu einer unmittelbaren Feinsteuerung durch den Verordnungsgeber geradezu „zwingen“. Schließlich muss der Gesetzgeber seine Kapazitäten der Vorsteuerung bereits ausgereizt haben.

Dieses auf den Einzelfall abstellende strikte Prüfungsprogramm ließe sich für die Praxis dadurch operabel gestalten, dass der Umfang der erlaubten Delegationsmaterie vom Grad der Dynamik der Regelungsmaterie abhängig gemacht würde.

¹⁰⁵ Dass auch der Verordnungsgeber nicht immer schnell genug reagiert und reagieren kann, steht dabei auf einem anderen Blatt. Exemplarisch für die diesbezüglichen Schwierigkeiten stehen die sog. Legal Highs: Drogen, die aber nicht als solche, sondern als Kräutermischungen, Lufterfrischer, Badesalze etc. vertrieben werden und die ständig neue Varianten erfahren, die sehr rasch den Markt erreichen. Allein im Jahr 2014 wurden durch die 28. BtMÄndVO 32 neue Substanzen verboten, ohne dass sich dadurch das Problem auch nur annähernd gelöst hätte (vgl. Patzak, NStZ 2011, 498 [503]: „erweist sich das Betäubungsmittelstrafrecht als stumpfes Schwert“). Erwogen wird nunmehr ein sog. Stoffgruppenverbot (vgl. BT-Drs. 18/2550 v. 17.09.2014), mit dem man zwar gewissermaßen progressiv bislang noch unbekannte oder noch nicht einmal entwickelte Drogen erfassen könnte, solange sie nur eine bestimmten Stoffgruppe angehören, vgl. Rössner/Wenkel, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, Vor §§ 211 ff. Rn. 84), das aber seinerseits auf rechtliche, z.T. auch verfassungsrechtliche Bedenken stößt.

¹⁰⁶ Während diese Begründung darauf hinausläuft, dass der Parlamentsvorbehalt nur bei Sachzwängen im Einzelfall durchbrochen werden darf, nimmt Heghmanns (Fn. 30), S. 89 f. m.w.N., eine pauschale Delegationsbefugnis des Gesetzgebers auch für Regelungsdetails an und argumentiert damit, dass der Gesetzgeber mit der Vielfältigkeit der Regelungsmaterie „vermutlich schon zeitlich hoffnungslos“ überfordert sei, wenn er das Lebensmittelstrafrecht im Detail selbst regeln würde. Dieses Argument zieht jedoch seine Überzeugungskraft zunächst nur aus der behaupteten faktischen Unregelbarkeit und der unausgesprochenen Untragbarkeit einer speziellen strafrechtlichen Bearbeitung dieses Bereichs. Die erste Konsequenz ist aber eben nur eine bloße Behauptung und die zweite appelliert im Hinblick auf gesetzgeberischen Bedarf und Vernünftigkeit (Heghmanns [Fn. 30], S. 90, dort Fn. 214 m.w.N.) mit praktischen Beispielen letztlich an ein Evidenzgefühl.

Je dynamischer der Regelungsbereich also wäre, desto größere Teile des Tatbestandes dürften auf den Verordnungsgeber verlagert werden.¹⁰⁷ Dies kann allerdings nur bis zu einer gewissen Grenze gelten: Selbst die größte Dynamik in einem Regelungsbereich kann und darf den formellen Gesetzgeber nicht von seiner Pflicht entbinden, die wesentlichen und entscheidenden Vorgaben selbst zu machen.

(4) Zwischenergebnis

Es lassen sich somit vier Bedingungen für eine erlaubte Verlagerung der Tatbestandspezifizierung vom Strafgesetzgeber auf den Verordnungsgeber formulieren.

Erstens muss eine (zu) dynamische Tatsachenentwicklung in dem entsprechenden Regelungsbereich zu konstatieren sein, die eine ständig wechselnde Detailregelung erfordert.

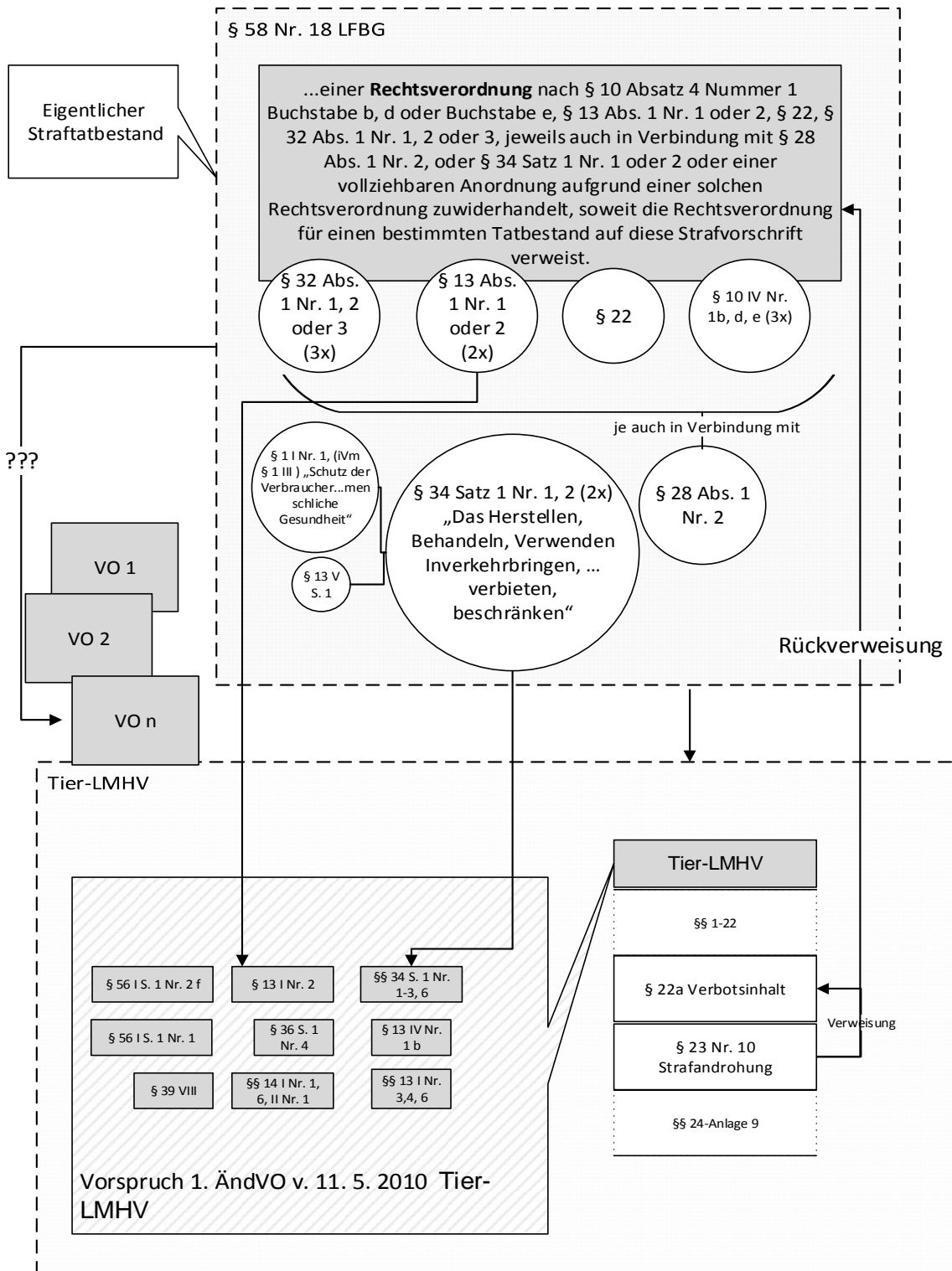
Zweitens muss eine kaum beherrschbare, weil ebenfalls dynamische Gefahrenlage vorliegen, die eine Delegation der Bestimmung der tatbestandsausfüllenden Elemente auf den Verordnungsgeber geradezu erzwingt, weil der „träge“ Parlamentsgesetzgeber dazu gar nicht in der Lage wäre.

Daraus ergibt sich drittens notwendig als weitere Voraussetzung, dass diejenigen Tatbestandsmerkmale, die sich auf die zum Zeitpunkt des Normerlasses bekannten Tatsachen beziehen – zumindest jenseits einer Bagatellgrenze –, bereits von dem parlamentarischen Gesetzgeber geregelt werden müssen.

Schließlich müssen die objektiven Kriterien für den Modifikationsrahmen, der dem Verordnungsgeber eingeräumt wird, so weit wie möglich ebenfalls schon durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst festgelegt werden.

¹⁰⁷ Hinsichtlich der Details herrscht hier zwischen den Autoren eine kleine Uneinigkeit. Während Seiterle bei einer weitgehend statischen Regelungsmaterie einen delegationsoffenen Bagatellbereich wie etwa exakte Maßangaben bei Grenzwerten im Umweltstrafrecht belassen möchte und somit auf gewisse Weise die Anforderungen des BVerfG und der h.M. („gewisse Spezifizierungen“) streng beim Wort nimmt (dazu, dass die Vertreter dieser Auffassung dies in der Regel gerade nicht tun, welcher Umstand auf den Kern der Problematik zielt, siehe unten II. 3. c) bb), vertritt Bode den radikaleren Ansatz und sieht auch bezüglich der fachlichen bzw. technischen Spezifika den Gesetzgeber in der Pflicht, den Tatbestand bis in die tiefsten Kleinigkeiten selbst zu bestimmen, die Delegation auf die Exekutive sei kein Spar-, sondern ein Notmittel. Letztlich werden sich beide Ansichten indes zumeist nicht wesentlich unterscheiden, da in den fraglichen Tatbeständen oftmals zumindest eine „gewisse Dynamik“ festzustellen sein wird und somit auch Bode dann bestimmte Delegationen von Detailfragen erlauben würde.

Schaubild



Schaubild