

Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen

Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB

Von Prof. Dr. **Luís Greco**, LL.M. (München), Berlin

I. Einleitung

Art. 103 Abs. 2 GG könnte sich in seiner Dimension als Bestimmtheitsgebot gerade im Umbruch befinden. Die über mehrere Generationen hinweg an die Verfassungsrechtsprechung gerichtete Kritik, sie habe die Bestimmung zur zahnlosen Programmvorschrift reduziert,¹ scheint beim BVerfG endlich Gehör zu finden. Nach einer Reihe von Entscheidungen, die mit der Anerkennung des (an die Gerichte adressierten) Präziserungs- und Verschleifungsgebots kulminierten,² wendete sich das BVerfG auch dem Gesetzgeber zu und erklärte § 10 Abs. 1, 3 RiFiEtikettG des Rindfleischetikettierungsgesetzes für verfassungswidrig.³ Dieses historische

¹ Vgl. *Naucke*, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973, S. 19 f.: „Der Gesetzgeber kann Generalklauseln im Strafrecht formulieren, ohne die drohende oder belehrende Gebärde jener besorgen zu müssen, die auf das Grundgesetz geschworen haben.“; *Schünemann*, Nulla poena sine lege, 1978, S. 6: Das Bestimmtheitsgebot als „Tiefpunkt des nulla-poena-Satzes“; ferner *Krahl*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986, S. 104 ff., 277 und passim; *Süß*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 207; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 432 f., 436, 451: „trauriges Bild“; *Kuhlen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 94; *ders.*, in: Murmann (Hrsg.), Recht ohne Regeln?, 2011, S. 19 (22); *Roxin*, JÖR 2011, 1 (24); siehe auch *Kühl*, in: H. Schneider/Kahlo/Kleszczewski/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008, 2008, S. 61 (67).

² BVerfGE 126, 170 (197); zu dieser Entscheidung im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot bzw. auf das Präziserungs- und Verschleifungsverbot *Krüger*, NStZ 2011, 369; *Kuhlen*, in: Hilgendorf (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013, S. 45 (59 ff.); *ders.*, JR 2011, 248; *ders.*, in: Saliger/Isfen/Kim/Mylōnopulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 943; *Schulz*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 305; *Krell*, ZStW 126 (2014), 902; siehe auch BVerfG NJW 2013, 365 (366 f.). Der Ausdruck „Verschleifung“ geht wohl auf *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563 (570, 585) zurück.

³ BVerfG NJW 2016, 3648 (auf Grundlage des Vorlagebeschlusses des LG Berlin, NZWiSt 2016, 112 mit Bspr. *Bülte*); siehe hierzu *Brand/Kratzer*, JR 2018, 422; *Cornelius*, NStZ 2017, 682; *Dannecker*, ZIS 2017, 723; *Hecker*, NJW 2016, 3653; sowie (vor Ergehen des Beschlusses des BVerfG) *Freund/Rostalski*, GA 2016, 443; *Hoven*, NStZ 2016, 377;

Ereignis – soweit ersichtlich ist es unter der Geltung des Grundgesetzes bisher nur einmal zu einer Nichtigkeitsklärung einer Strafvorschrift wegen unzureichender Bestimmtheit gekommen⁴ – könnte ein Zeichen für die Bereitschaft sein, aus der Programmvorschrift wieder eine vollwertige Rechtsnorm zu machen⁵ – ein Signal, dass es sich lohnen könnte, die Frage nach dem genauen Gehalt des Bestimmtheitsgebots erneut aufzugreifen.

Mit den diesbezüglichen Bemühungen, an denen es freilich nicht gefehlt hat, soll die vorliegende Reflexion beginnen (u. II.). Eine kursorische Bilanz lässt den Verdacht entstehen, dass diese Bemühungen deshalb von geringem Erfolg waren, weil sie in einem bestimmten Sinne zu anspruchsvoll waren: Sie wollten den gesamten Bereich dessen, was das Bestimmtheitsgebot gebietet, bestimmen. Dieser Verdacht wird zugleich als Wegweiser für den eigenen Versuch zur Konturierung des Bestimmtheitsgebots dienen (u. III.): weiterführend wird womöglich nur eine bescheidene Vorgehensweise sein, die nicht mehr – aber auch nicht weniger – als eine Bestimmung eines Teilbereichs des Bestimmtheitsgebots intendiert. Dieser bescheidene Versuch wird darin bestehen, im Bestimmtheitsgebot zumindest auch ein Verbot der vorausschauenden Inkaufnahme von teleologischen Reduktionen durch den Gesetzgeber zu erkennen; dieses Verbot ist sodann zu begründen (u. III. 1.), zu präzisieren (u. III. 2.) und an drei neueren Strafgesetzen (insbesondere § 217 und § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB) zu exemplifizieren (u. III. 3.).

II. Ein Rückblick

1. Insbesondere, aber nicht nur in den 60er und 70er Jahren erfolgten mehrere bemerkenswerte Vorschläge, das Be-

Kretschmer, ZIS 2016, 763. Vgl. davor BVerfGK 17, 273 (291 ff.), die Verfassungsmäßigkeit von § 370 AO i.V.m. § 12 Abs. 1 MOG bestätigend, und BVerfG NStZ-RR 2002, 22, wo die Verfassungsmäßigkeit der Blankettnorm des inzwischen abgelösten § 1 Abs. 1 Nr. 2 Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes bejaht wird; BVerfG NJW 2010, 754 (755, Rn. 19, 22 ff.) lässt offen, ob der Begriff der „erheblichen Ruhestörung“ aus §§ 4, 15 Abs. 1 Nr. 4 BerlLImSchG dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt.

⁴ Vgl. BVerfGE 78, 374 (383 ff.) zu § 15 Abs. 2 lit. a des Fernmeldeanlagengesetzes (FAG), der es unter Strafe stellte, Fernmeldeanlagen unter Verletzung von nicht näher spezifizierten „Verleihungsbedingungen“ zu betreiben; siehe auch *Birkenstock*, Die Bestimmtheit von Straftatbeständen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen, 2004, S. 108 f.; *Paeffgen*, StraFo 2007, 442; *Gropp*, in: Jaeckel/Zabel/Zimmermann (Hrsg.), Grundrechtspolitik und Rechtswissenschaft, Beiträge aus Anlass des 70. Geburtstags von Helmut Goerlich, 2015, S. 105 (114 ff.).

⁵ Skeptischer *Brand/Kratzer*, JR 2018, 422.

stimmtheitsgebot zu aktivieren, über die einige Lehrbücher immer noch kursorisch berichten.⁶ Diese Versuche galten sämtlich der Tatbestandsseite (nullum-crimen) des Bestimmtheitsgebots; auf sie allein konzentriert sich auch die vorliegende Reflexion.⁷

a) So setzten sich mehrere Autoren dafür ein, dass der Gesetzgeber verpflichtet sei, sich um größtmögliche Bestimmtheit zu bemühen.⁸ Dagegen ist aber kritisch zu erinnern,⁹ dass das präzisere Gesetz nicht notwendig das bessere Gesetz ist; ein Seitenblick auf die Diebstahlsdefinitionen des englischen Rechts belegt dies besonders augenfällig.¹⁰

b) Man könnte in diesem Einwand einen Hinweis auf das Erfordernis einer Abwägung erkennen: Ein unbestimmtes Strafgesetz wäre solange hinnehmbar, wie das Interesse an Einzelfallgerechtigkeit das Art. 103 Abs. 2 GG zugrundeliegende Rechtssicherheitsinteresse überwiegt.¹¹ In der Sprache

⁶ Insbesondere *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 71 ff.

⁷ Zum Bestimmtheitsgebot bzgl. der Rechtsfolgen (nulla poena) *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 1 Rn. 22 ff.

⁸ Aus dem früheren Schrifttum *Kohlmann*, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafgesetzen, 1969, S. 252 ff., 266 ff., der auf Grundlage einer aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten allgemeinen „Maxime der höchstmöglichen Berechenbarkeit aller staatlichen Machtausübung“ ein Drei-Stufen-Schema (deskriptive Merkmale; im Rechtsraum verankerte normative Merkmale; im außerrechtlichen Raum verankerte normative Merkmale) formuliert hat, demzufolge es dem Gesetzgeber erst gestattet sei, auf eine spätere Stufe überzugehen, nachdem er die Möglichkeiten der jeweils früheren ausgeschöpft habe; *Lenckner*, JuS 1968, 304 (305); *Hamann*, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, 1963, S. 47 ff., 51; aus dem gegenwärtigen Schrifttum *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 1 Rn. 20; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 4/25 (mit Einschränkungen); *Jäger*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 1 Rn. 35; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 24; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 45.

⁹ Zu weiterer Kritik *Schünemann* (Fn. 1), S. 33 f.; *Herzberg*, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 31 (35 f.); *ders.*, ZIS 2011, 444 Fn. 5; *Roxin* (Fn. 6), § 5 Rn. 71; *ders.*, in: Hilgendorf (Fn. 2), S. 113 (134 f.); *Murmann*, in: Murmann (Fn. 1), S. 5 (7); *Kuhlen*, in: Kudlich/Montiel/Schuhr (Hrsg.), Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 429 (433).

¹⁰ Vgl. den englischen Theft Act (1968), Sections 1–6, die hier aus Raumgründen nicht niedergeschrieben werden können, weil dies mehr als eine Seite des vorliegenden Aufsatzes in Anspruch nehmen würde.

¹¹ *Seel*, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale und der Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 II GG),

der modernen Rechtstheorie formuliert: Das Bestimmtheitsgebot sei als „Rechtsprinzip“ (Gegenbegriff: Regel) ein Optimierungsgebot, dessen konkrete Durchschlagskraft immer im Widerstreit mit anderen, ebenfalls anerkannten Prinzipien zu bestimmen sei.¹² Es fragt sich aber, was vom Bestimmtheitsgebot übrig bleibt, wenn es nur noch als eine Überlegung neben vielen anderen zu berücksichtigen ist.¹³

c) Für *Schünemann*¹⁴ ist ein Tatbestand nur dann hinreichend bestimmt, wenn „der Anteil der noch hinreichend bestimmbar Tatbestandsmerkmale an der Begrenzung des strafbaren Verhaltens jedenfalls mehr als 50 %“ beträgt. Dagegen ist aber anzumerken, dass auch eine Unbestimmtheit von 49 % schwer erträglich sein dürfte.¹⁵

d) *Roxin*¹⁶ erklärt eine Vorschrift dann für hinreichend bestimmt, „wenn und soweit sich ihr ein klarer gesetzgeberischer Schutzzweck entnehmen lässt und der Wortlaut einer beliebigen Ausdehnung der Interpretation immerhin noch Grenzen setzt.“¹⁷ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen; angesichts des Umstands, dass *Roxin* kaum eine Vorschrift des geltenden Rechts, also weder die Beleidigung (§ 185 StGB), noch die niedrigen Beweggründe (§ 211 Abs. 2 StGB), noch die Sittenwidrigkeits- (§ 228 StGB) oder die Verwerflichkeitsklausel (§ 240 Abs. 2 StGB) als zu unbestimmt ablehnt, sondern erst den längst abgeschafften Übertretungstatbestand des groben Unfugs,¹⁸ scheint mit diesen Kriterien das letzte Wort indes noch nicht gesprochen zu sein.

2. Ferner: Für sich genommen justiziabel, scheint keiner der vier Vorschläge zu sein. Sie vermögen zwar darzulegen, weshalb *Belings* bekannter Schurkenparagraph („jeder

1965, S. 114 (124 ff., 133) und passim; *Schroth* in: Grewe (Hrsg.), Rechtskultur als Sprachkultur, 1992, S. 93 (97); siehe auch *Lenckner*, JuS 1968, 305.

¹² *A. H. Albrecht*, in: Degener/Hegmanns (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag, 2012, S. 1 (5); *Dannecker*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 195 f.; *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 11; *Kuhlen*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 89 (95); abl. *Pohlreich*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 191. Lfg., Stand: Juni 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 68.

¹³ Eine unzulässige Relativierung rügt auch *Roxin* (Fn. 6), § 5 Rn. 72.

¹⁴ *Schünemann* (Fn. 1), S. 35 ff.

¹⁵ Genau dieser Einwand bei *Roxin* (Fn. 6), § 5 Rn. 74; ähnl. *Schmitz* (Fn. 8), § 1 Rn. 45, dessen eigene Forderung einer 100 %igen Bestimmtheit aber nicht realisierbar ist.

¹⁶ *Roxin* (Fn. 6), § 5 Rn. 75.

¹⁷ Dem folgt *Herzberg* (Fn. 9), S. 54 f.; größtenteils *Gropp* (Fn. 12), § 3 Rn. 63; nahestehend *Müller-Dietz*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 171 (191).

¹⁸ *Roxin* (Fn. 6), § 5 Rn. 76 f.; inzwischen hält er die Sittenwidrigkeit aus § 228 StGB für verfassungswidrig, *Roxin*, in: Hilgendorf (Fn. 2), S. 137 f.

Schurke [...] wird bestraft¹⁹) verfassungswidrig unbestimmt ist – viel mehr aber auch nicht.

Die größtmögliche Bestimmtheit ist immer die, die man noch nicht hat; würde man sich diese Anforderung zu eigen machen, wäre kaum eine Vorschrift des BT als verfassungsgemäß anzusehen, es sei denn, man beschwöre den verfassungsrechtlichen *deus ex machina*, nämlich die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. – Abwägungen von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit gibt es potentiell so viele, wie Abwägende; die sich hieraus ergebende Notwendigkeit, zwischen den unterschiedlichen Abwägenden zu entscheiden, kann in einer parlamentarischen Demokratie ebenfalls nur im Sinne der Einschätzungsprärogative des demokratisch legitimierten Parlaments gelöst werden. – Die zahlenmäßige Quantifizierung des Bestimmtheitsgehalts einer Vorschrift erweckt den Eindruck einer Präzision, die in Wahrheit nicht existiert und die womöglich im Medium der Sprache nicht einmal mit sachverständiger Unterstützung erreichbar wäre.

3. Es erscheint angezeigt, hier inne zu halten, um eine Feststellung und einen Verdacht zu formulieren.

a) Die Feststellung: das geschilderte Meinungsspektrum scheint zwei Pole eines Dilemmas zu präsentieren, nämlich zwischen dem Abstrakten, Richtigen bzw. Selbstverständlichen (so die vierte Auffassung) einerseits, dem Konkreten, Interessanten bzw. Unzutreffendem andererseits (so die erste und dritte Auffassung). Irgendwo dazwischen ist die zweite Auffassung zu verorten, die der Abwägung, die aber weder interessant noch richtig ist.

b) Der Verdacht: womöglich beruht die Unzulänglichkeit aller bisherigen Versuche darauf, dass sie sich einer zu großen Aufgabe angenommen haben. Die allgemeine Bestimmung des Maßstabs für die gesetzliche Bestimmtheit von Strafgesetzen, bei dessen Überschreitung das Gesetz als gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßend für nichtig zu erklären ist, dessen Einhaltung aber den Gesetzgeber vor solcher Kritik immunisiert – das ist nicht gerade wenig. Mit anderen Worten: Die erwähnten Ansätze sind Versuche, notwendige und hinreichende Bedingungen für die Gesetzesbestimmtheit im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG zu formulieren und als solche zu anspruchsvoll.

III. Ein bescheidener neuer Anlauf: Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen

Die Feststellung und der Verdacht sind Richtschnur für das weitere Vorgehen. Es geht darum, einen Ansatz zu formulieren, der die zwei Pole des festgestellten Dilemmas vermeidet, also interessant und richtig ist. Der Ansatz sollte zudem den Mund nicht zu voll nehmen, also bescheiden bleiben, d.h. sich mit Kriterien beschränkter Reichweite begnügen. Als Ziel setzt sich der vorliegende Ansatz deshalb nicht mehr die Formulierung der notwendigen und hinreichenden Erfordernisse der Gesetzesbestimmtheit, sondern die Bestimmung

einer (von möglicherweise weiteren) minimalen Anforderung, die dieses Gebot aufstellt.

Man muss auch der Versuchung widerstehen, mit den Rationen (korrekt und pedantisch: *Rationibus*) des Gesetzlichkeitsprinzips bzw. des Bestimmtheitsgebots zu argumentieren, und dies weniger, weil es Gründe gibt, das von der h.M. gezeichnete Bild anzuzweifeln,²⁰ als wegen des hohen Abstraktionsgrades dieser Rationes, so dass die Argumentation mit ihnen kaum über das Selbstverständliche hinaus aussichtsreich erscheint.

Es soll ein Argument präsentiert werden (1.), das im Anschluss präzisiert (2.) und anhand von drei aktuellen neuen Strafbestimmungen erläutert werden soll (u. 3.).

1. Das Argument

a) Ein Gebot ist eine Verhaltensanweisung. Ein Gebot, ein irgendwie geartetes Verhalten vorzunehmen, kann sich nur an den richten, der das Verhalten überhaupt vornehmen kann. Ein Gebot, vorsichtig und rücksichtsvoll am Straßenverkehr teilzunehmen (§ 1 Abs. 1 StVO), richtet sich nur an den, der am Straßenverkehr teilnimmt; ein Gebot, nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu behandeln (§ 630a Abs. 2 BGB), richtet sich an den, der behandelt. Das Gebot, Bestimmtheitsanforderungen genügende Strafgesetze zu erlassen, muss sich also nur an den richten, der Strafgesetze erlässt, also an den Gesetzgeber.²¹

b) Wenn das Bestimmtheitsgebot eine Rechtsnorm und nicht eine bloße Programmvorschrift sein soll, muss es einen Gehalt haben. Mit anderen Worten: Das Bestimmtheitsgebot muss überhaupt etwas gebieten. Es muss eine mögliche Welt geben, deren Existenz mit diesem Gebot nicht in Einklang zu bringen wäre. Dass dies der Fall ist, haben wir bereits gesehen: Das Bestimmtheitsgebot untersagt zweifelsohne den Erlass des Schurkenparagrafen und (wohl auch) des groben Unfugs.

Soll diese Rechtsnorm aber nicht nur einen Gehalt, sondern auch einen Wert, also eine Relevanz in unserer heutigen Rechtsordnung haben, reicht es aber nicht aus, dass sie sich darin erschöpft, Erdachtes oder Vergangenes zu untersagen. Unter den der Norm widersprechenden möglichen Welten muss es auch solche geben, deren Realisierung heute vom Gesetzgeber auch ernsthaft in Betracht gezogen werden könnte. Man könnte es so formulieren: Die Norm muss nicht nur etwas bedeuten, sie muss für den heutigen Strafgesetzgeber von Bedeutung sein. Denn es ist nicht anzunehmen, eine hochrangige Verfassungsnorm spiele die bloß symbolische Rolle, etwas zu verbieten, was man ohnehin nicht mehr zu tun gedenkt.

²⁰ Ausführlich *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 253 ff.

²¹ Um Missverständnissen vorzubeugen: Das ist keine Stellungnahme gegen die Existenz eines an die Rspr. gerichteten Präzisionsgebots (dazu sogleich mehr), sondern nur die Selbstverständlichkeit, dass dieses Gebot nicht mit dem Gebot des Erlasses bestimmter Strafgesetze identisch ist.

¹⁹ *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 22; *ders.*, Methodik der Gesetzgebung, 1922, S. 60.

c) Von welcher Bedeutung kann das Bestimmtheitsgebot für den Gesetzgeber sein? Es muss bei dessen Tätigkeit, Strafgesetze zu erlassen, berücksichtigt werden. Strafgesetze erlassen, heißt zum einen, auf der Tatbestandsseite, ein Verhalten zu verbieten oder zu gebieten, zum anderen, auf der Rechtsfolgenseite, eine Sanktion anzudrohen. Da hier nur von der Tatbestandsseite die Rede ist, kann man letzteres außer Acht lassen. Das Verbot oder Gebot eines Verhaltens erfolgt dadurch, dass der Gesetzgeber es beschreibt, typisiert, also auf eine Liste von notwendigen und hinreichenden Bedingungen für dessen Vorliegen zurückführt.

Dieses Unterfangen ist alles andere als einfach. Die Gewinnung der einzelnen uns bekannten Tatbestände des Besonderen Teils ist Ergebnis einer langen geschichtlichen Entwicklung. Der Prozess lässt sich – mit rationalistisch-intuitionistischem Verlaub – als Versuch beschreiben, das vom Gesetzgeber intuierte spezifische Unrecht des unter Strafe zu stellenden Verhaltens auf eine Gruppe von Merkmalen zurückzuführen. Ziel des Gesetzgebers ist eine Entsprechung von intuiertem Unrechtsgehalt und aufgelisteten Merkmalen; im gebräuchlichen Begriff des Unrechtstatbestands steckt nichts anderes als diese Zielsetzung. Ein Strafgesetz, bei dem das gelingt, kann man als ein gutes Strafgesetz bezeichnen.

d) Erfolgsgarantien gibt es bei dem schweren Unterfangen, gute Strafgesetze zu erlassen, nicht. Probleme sind in zwei Richtungen denkbar: der Tatbestand kann entweder weiterreichen als das Unrecht, oder dieses nicht gänzlich abdecken, also entweder zu weit oder zu eng geraten. Das zweite Problem kann in einem System, das ein Analogieverbot kennt, nicht immer vom Gesetzesanwender, sondern nur vom Gesetzgeber selbst korrigiert werden. Dem ersten Problem, dem zu weit geratenen Tatbestand, muss man sich deshalb näher zuwenden.

In einem System, das ein Analogieverbot kennt und das an Subsumtionsautomatik bzw. Auslegungsverbote nicht mehr glaubt,²² ist die Restriktion des vom Gesetzgeber vorgegebenen Tatbestands mit Hinblick auf das von ihm anvisierte Unrecht das tägliche Brot der Strafrechtsanwendung, sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Wissenschaft. Der Gesetzgeber rechnet damit, dass seine Tatbestände durch die Arbeit von Richtern und Professoren an Konturen gewinnen, und insofern kann man nichts dagegen einwenden, wenn das BVerfG aus Art. 103 Abs. 2 GG ein an die Gerichte adressiertes Präzisierungsgesetz gewinnt.²³

Diese Restriktion bzw. Präzisierung kann, methodisch betrachtet, auf zweierlei Weise erfolgen: durch (restriktive) Auslegung, also secundum legem, oder durch Rechtsfortbildung, d.h. durch teleologische Reduktion, also praeter oder sogar contra legem. Restriktive Auslegung liegt vor, wenn

Fälle, auf die der Tatbestand bzw. dessen Merkmale möglicherweise passen, die also zum sog. Begriffshof gehören, ausgeschlossen werden; teleologische Reduktion hingegen, wenn es um Fälle geht, die vom Tatbestand oder dessen Merkmalen sicherlich erfasst werden, also zu dem sog. Begriffskern gehören.²⁴

Anhand von Beispielen: Auslegung liegt beispielsweise vor, wenn es heißt, dass ein Irrtum i.S.v. § 263 StGB eine positive Fehlvorstellung über Tatsachen voraussetzt, so dass das schlichte Fehlen einer Vorstellung bzw. die ignorantia facti, die i.S.v. §§ 16, 17 StGB durchaus einen Irrtum darstellt, nicht mehr genügt;²⁵ eine teleologische Reduktion ist hingegen das Hineinlesen der Vermögensverfügung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, dessen Aufgabe darin liegt, dem Betrug als Selbstschädigungsunrecht Konturen zu verleihen.²⁶ Ebenso ist es eine teleologische Reduktion (und keine Auslegung), wenn für die Geiselnahme und den erpresserischen Menschenraub (§§ 239a, 239b StGB) in Zwei-Personen-Verhältnissen bei der Tatvariante des Sich-Bemächtigen eine stabile Zwischenlage gefordert wird, um der vom Gesetzgeber ins Auge gefassten zweiaktigen Struktur dieser Unrechtsformen Rechnung zu tragen.²⁷

e) Und damit gelangen wir zum letzten, entscheidenden Schritt, der auf dem oben (a)–(d) vorbereiteten sicheren Boden vorgenommen werden kann. Restriktive Auslegung und Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion sind vor dem Analogieverbot zwar gleichwertig, nicht aber vor dem Bestimmtheitsgebot. Denn Rechtsfortbildung beruht in Wahrheit auf einer Kritik der durch den Gesetzgeber vorgenommenen Bestimmung des strafbaren Verhaltens. Durch Rechtsfortbildung schwingt sich der Rechtsanwender somit in einer bestimmten Hinsicht zum Gesetzgeber auf, insofern er die Aufgabe, das strafbare Verhalten zu bestimmen, den Tatbestand also zu Ende zu schreiben, auf eigene Verantwort-

²² Anders bekanntlich *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, in: *Firpo* (Hrsg.), *Opere*, Bd. 1, 1984, S. 15 ff. (zuerst 1764), § IV.

²³ Vgl. insb. BVerfGE 126, 170 (198); von einem „Postulat der Auslegungsbestimmtheit“ spricht *Kuhlen* (Fn. 12), S. 103; siehe auch *ders.* (Fn. 9), S. 433 ff.; *Satzger* (Fn. 8), § 1 Rn. 21: „Rechtsunsicherheitserhöhungsverbot“.

²⁴ Vgl. die Umschreibungen in *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 210 ff.; *Looschelders/Roth*, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, 1996, S. 261 ff.: „Einschränkung einer Norm gegen ihren Wortlaut“ (262); *T. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 2017, § 6 Rn. 115 ff., alle ohne eine Unterscheidung von Begriffskern und Begriffshof; für die Unterscheidung zwischen (extensiver und restriktiver) Auslegung und Analogie (teleologischer Extension bzw. Reduktion) auf Grundlage dieser Metaphorik *Koch/Rüssmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 199 ff.; *Schünemann*, in: *Kohlmann* (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, 1983, S. 169 (177 ff.); *ders.*, *Neumann/Herzog* (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, S. 239 (242 f., mit der Metapher eines Spiegeleis).

²⁵ So die h.M. spätestens seit RGSt 42, 40 (41); zum Ganzen m.w.N. *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 229 ff.

²⁶ Statt aller *Hefendehl* (Fn. 25), § 263 Rn. 273 ff.

²⁷ BGHSt 40, 350 (359); BGH NStZ 1996, 277; NStZ 2002, 31; NStZ 2003, 604 Rn. 2; NStZ 2006, 448 (449); NStZ-RR 2010, 173 f.

tung, ohne eine Rückanbindung an die vom Gesetzgeber vorgelegte Tatbestandsfassung, selbst wahrnimmt.

Unserer bescheidenen Zielsetzung zur Folge muss man hier nicht festlegen, wie weit das noch zulässig ist, sondern nur, ab wann das sicherlich nicht mehr der Fall ist. Eine Richtschnur könnte hier § 263 StGB bieten: mit der überkommenen, unzulänglichen Tatbestandsfassung aus dem RStGB v. 1871 haben wir über Jahrzehnte zwar zu leben gelernt; würde man aber heute ein neues StGB erlassen, erschiene es schwer erträglich, ein für das Tatunrecht zentrales Merkmal ungeschrieben zu lassen und auf eine teleologische Reduktion durch die Rechtsanwender zu setzen. Nicht nur fällen wir Urteile, deren Begründungen sich nicht auf die im Gesetz genannten Merkmale beziehen, sondern auf ein alternatives Schema; vor allem zeitigt diese (angesichts des damaligen Entwicklungsstands der Betrugsdogmatik wohl unverschuldete) gesetzgeberische Fehlleistung bis heute beträchtliche Folgen, die sich nicht einmal auf die einschlägige Strafvorschrift beschränken, wie aus der Diskussion über das Erfordernis einer Vermögensverfügung bei der Erpressung (§ 253 StGB) ersichtlich:²⁸ die einhellige Anerkennung eines zusätzlichen ungeschriebenen Merkmals beim Betrug ist nämlich eine wichtige Stütze für die Auffassung, die sich bei der Erpressung ebenso wenig mit den explizit geschriebenen Merkmalen begnügen möchte. Der gegenwärtige Gesetzgeber könnte es bei einer Neufassung des § 263 StGB besser, weshalb er es auch besser machen sollte. Dass er dies selbst anerkennt, erschließt sich aus seiner Formulierung des 1986 erlassenen Tatbestands des Computerbetrugs (§ 263a StGB), der als Pendant zur Verfügung die „Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs“ als explizites Tatbestandsmerkmal vorsieht.

Nun muss man versuchen, den sich in diesen Überlegungen äußernden Gedanken zu erfassen. Eine teleologische Reduktion ist sicherlich unproblematisch, wenn sie auf Erkenntnissen beruht, die erst nach dem Erlass des Strafgesetzes gewonnen werden. Hier hätte der Gesetzgeber schwerlich besser verfahren können. Spätestens in dem diametral entgegengesetzten Fall aber, in dem der Gesetzgeber die teleologische Reduktion antizipiert, mit ihr rechnet, und das Bedürfnis nach ihr durch eine einfach zu bewerkstellende Umformulierung des gesetzlichen Tatbestands (etwa durch die Einfügung des Worts „Verfügung“) hinfällig machen könnte, aber dies nicht tut, muss das Bestimmtheitsgebot verletzt sein. Hier unterlässt es der Gesetzgeber sehenden Auges, ein gutes Strafgesetz zu erlassen, d.h. ein Strafgesetz, bei dem eine Korrespondenz zwischen Tatbestand und Unrecht besteht, obwohl ihm dies ohne weiteres möglich gewesen wäre. Wenn das Bestimmtheitsgebot dies nicht untersagt, dann hat es vielleicht einen Gehalt, aber keinen Wert für den Strafgesetzgeber.

Der Gedanke ist nur zur Hälfte neu. Gegen die von den Gerichten vertretene These, eine ständige Rspr. könne einem

²⁸ Gegen eine Verfügung bei § 253 StGB BGHSt 7, 252 (255); 14, 386 (390 ff.); 25, 224 (228); 41, 123 (125). Zum Meinungsstreit statt aller *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 253 Rn. 8 f.

unbestimmten Strafgesetz hinreichende Bestimmtheit verleihen, wird häufig erinnert, dies sei eine Preisgabe der Idee der gesetzlichen Strafbarkeitsbestimmung.²⁹ Das Verfassungsgericht spricht inzwischen vom Präzisierungsgesetz, was ähnliche Bedenken hervorrief; jetzt könne sich der Gesetzgeber definitiv von der ihm durch Art. 103 Abs. 2 GG auferlegten Aufgabe dispensieren.³⁰ Die hier entwickelte These möchte genau diese Gefahr unterbinden: Zumindest wenn es um den Erlass neuer Strafgesetze geht, darf sich der Gesetzgeber nicht selbst mit einem Verweis auf die Gerichte vom Bestimmtheitsgebot dispensieren. Dürfte er das, läge ein Gebot nicht mehr vor.

f) Langer Rede kurzer Sinn: Das Gebot, Strafgesetze zu erlassen, die Bestimmtheitsanforderungen genügen, enthält zumindest auch das Verbot, Strafgesetze zu erlassen, unter Voraussicht bzw. Inkaufnahme einer erforderlichen und vermeidbaren teleologischen Reduktion. Man könnte mit *Prittwitz* von Konstellationen „gewollter Unbestimmtheit“ sprechen.³¹

g) Als Zusatzargument ein Seitenblick: Es existiert eine bemerkenswerte, also selten problematisierte Kluft zwischen der laschen Rechtsprechung zu den Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG einerseits und den äußerst strengen Maßstäben zu insb. heimlichen Informationserhebungsmaßnahmen im Strafprozess- und Polizeirecht, die „lediglich“ in Art. 10, 13 GG oder in das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) eingreifen. Über die Berechtigung dieser Maßstäbe, auf die die „Verrechtlichungsextrakt“³² der letzten Jahrzehnte zurückführbar ist, soll kein Urteil gefällt werden. Es soll lediglich unterstützend daran erinnert werden, dass das BVerfG für verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeiten wie einen (ohnehin aus Art. 1 Abs. 1 GG folgenden) Kernbereichsschutz eine explizite gesetzliche Regelung verlangt.³³ Das BVerfG lehnt in einigen Fällen die Korrektur des Gesetzes durch verfassungskonforme Auslegung explizit ab.³⁴ Sogar für das hier vorgeschlagene subjektive Zusatzkriterium einer

²⁹ *Schünemann* (Fn. 1), S. 33; *Amelung*, NJW 1995, 2584 (2587); *Kühl*, in: Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, S. 117 (131); *Roxin*, JöR 2011, 24.

³⁰ *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Hrsg.) Strafrecht und Verfassung, 2010, S. 13 (23); *Basak*, ebenda, S. 71 (77 ff.).

³¹ Diskussionsbeitrag von *Prittwitz*, in: Kempf/Lüderssen/Volk/Jahn/Prittwitz/Schmidt (Hrsg.), Unbestimmtes Wirtschaftsstrafrecht und gesamtwirtschaftliche Perspektiven, 2017, 167.

³² Ausdruck von *Kloepfer*, JZ 1984, 685 (689); aufgegriffen von *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozess, 1992, S. 8; zum Ganzen aus dem neueren Schrifttum *Kingreen/Kühling*, JZ 2015, 213; *Bull*, Sinn und Unsinn des Datenschutzes, 2015, S. 55 ff.

³³ Etwa BVerfGE 109, 279 (328 ff.) – Lauschanagriff; 120, 274 (335 ff.) – Online-Durchsuchung; 141, 220 (295, 229 f.) – BKA-Gesetz.

³⁴ BVerfGE 141, 220 (312).

„Inkaufnahme“ der erforderlichen teleologischen Reduktion gibt es in dieser Rspr. Anzeichen, etwa wenn im Urteil über die KFZ-Kennzeichenerfassung die mangelnde gesetzliche Bestimmtheit u.a. mit dem Argument untermauert wurde, dass die Unsicherheiten dem Gesetzgeber bereits vor Erlass der Vorschrift bekannt waren (BVerfGE 120, 378 [424 f.]).

2. Präzisierung; insb. die Inkaufnahme bzw. Vorausannahme der teleologischen Reduktion

Die aufwändige, dafür aber sicher oder immerhin überprüfbar begründete These über den Mindestgehalt des Bestimmtheitsgebots als Verbot einer vorprogrammierten, aber vermeidbaren teleologischen Reduktion besteht genauer betrachtet aus fünf Gliedern, wovon nur das letzte an dieser Stelle noch präzisierungsbedürftig ist.

a) Das erste Glied, der Erlass von Strafgesetzen, ist Voraussetzung jeder Diskussion über Art. 103 Abs. 2 GG. Das zweite, die teleologische Reduktion, wurde oben (1. d) bereits definiert: das Ausscheiden von Fällen aus dem Begriffskern einer Rechtsnorm. Man könnte an dieser Stelle die alten Einwände gegen die Unterscheidbarkeit von Analogie und Auslegung in entsprechender Abwandlung herunterdeklinieren; zu ihnen muss aber nicht erneut Stellung genommen werden.³⁵ Die Erforderlichkeit einer teleologischen Reduktion ergibt sich aus den verschiedensten Gründen, die mit der Legitimation einer Bestrafung aus der jeweiligen Norm zusammenhängen und die zur Überzeugung führen, die Normfassung gehe zu weit. Weshalb eine Norm „zu weit“ geht, kann nur im Wege einer Untersuchung der Norm selbst, also des ihr zugrundeliegenden Unrechtsgehalt einerseits und ihrer Reichweite andererseits, geklärt werden, nicht aber vorab. Eine teleologische Reduktion ist für den Gesetzgeber vermeidbar, wenn eine alternative Gesetzesformulierung, bei der die Einschränkung, die erst durch die Rechtsanwender eingeführt werden soll, bereits im Wortlaut verankert ist, ohne größeren Aufwand möglich erscheint.³⁶

b) Notwendig ist insoweit allein noch eine Präzisierung der hier postulierten subjektiven Voraussetzung einer Missachtung des Bestimmtheitsgebots, nämlich der Voraussicht bzw. Inkaufnahme der teleologischen Reduktion.

aa) Die erste Frage wäre, ob es überhaupt einer subjektiven Voraussetzung bedarf. Liegt nicht schon beim Erlass eines Gesetzes, das einer vermeidbaren teleologischen Reduktion bedarf, ein objektiv schlechtes Gesetz vor? Warum ein zusätzliches, mit großen Unsicherheiten verbundenes subjektives Merkmal? Dies beruht auf der hier vorgezogenen bescheidenen Vorgehensweise: das Anliegen ist es allein, diejenige Schwelle zu erfassen, deren Erreichung den sicheren Schluss auf die Verletzung des Bestimmtheitsgebots gestattet.

bb) Es gilt also, den Gehalt der hier postulierten subjektiven Voraussetzung näher zu beschreiben.

(1) Das Letzte, was sich an dieser Stelle empfiehlt, wäre eine Anleihe bei der Unterscheidung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Die mehr als 100 publizierten BGH-Entscheidungen allein seit 1980³⁷ belegen handgreiflich, dass es in diesem Feld bis heute nicht gelungen ist, den Rechtsanwendern klare Anweisungen zu bieten. Vor allem: Gegenstand der Vorsatzdogmatik sind, nach nicht unumstrittener,³⁸ jedoch herrschender und richtiger Auffassung, geistige Zustände, also innere Tatsachen eines handelnden Individuums; beim Gesetzgeber geht es um ein Kollektiv bzw. um eine Institution, das bzw. die geistige Zustände oder innere Tatsachen gar nicht aufweisen kann.

(2) Hier wird es deshalb allein darum gehen, Regeln zu bestimmen, die eine Zuschreibung von Wissen rechtfertigen. Der bescheidenen Zielsetzung entsprechend reicht es aus, wenn man zumindest einige dieser Regeln umschreiben kann.³⁹

(a) Das Wissen um die teleologische Reduktion darf erstens dann zugeschrieben werden, wenn dieses in der Gesetzgebungsbegründung selbst offen eingeräumt wird.

(b) Hier darf man aber nicht stehen bleiben; denn ein Verbot, das nur dann gilt, wenn seine Missachtung offen eingeräumt wird, ist in Wahrheit keines. Es muss also gestattet sein, das Wissen aus sonstigen Indizien herzuleiten, insbesondere daraus, dass das Erfordernis einer teleologischen Reduktion im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens, etwa im Bundesjustizministerium, in den Anhörungen im Bundestag oder in seinen Ausschüssen, derart zur Sprache kommt, dass es unpassend erscheint, auf sie in der Gesetzesbegründung überhaupt nicht einzugehen. Damit ist in der Tat eine Wertung erforderlich, was aber unschädlich erscheint, wenn man bedenkt, dass hier bereits ein objektiv schlechtes Strafgesetz erlassen wurde und es nur um die subjektive Komponente der Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG geht.

(c) Diese zwei Wissenszuschreibungsregeln dürften wohl konsensfähig sein. Ich würde auch für eine dritte Regel plädieren, gegen die ich aber Widerstand erwarte. Da davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber die fachkundige Öffentlichkeit bzw. die Wissenschaft zur Kenntnis nimmt, muss auch ein Korrekturbedarf, der im Wege anerkannter Medien der öffentlichen und insb. wissenschaftlichen Auseinandersetzung kundgetan wird, als dem Gesetzgeber bekannt angesehen werden. Das heißt noch nicht, dass bereits der Widerwille eines zunächst völlig unbeachteten Außenseiters ein vom Parlament beschlossenes Gesetz zu Fall bringen

³⁷ Versuch einer rationalen Rekonstruktion demnächst bei *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 12 Rn. 88a ff.

³⁸ Etwa *Hruschka*, in: Gössel/Kauffmann (Hrsg.), Strafrecht im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinkecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, 1985, S. 191 (201 f.); *Hassemer*, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 (300 ff.).

³⁹ Auf die Willenskomponente, die bereits beim Individuum höchst umstritten ist, muss im vorliegenden Zusammenhang erst recht verzichtet werden.

³⁵ *Greco*, GA 2016, 138 (149 ff.).

³⁶ Das ist beispielsweise bei Vorschriften des Allgemeinen Teils (man nehme nur § 13 StGB!) oder bei klassischen BT-Vorschriften wie etwa §§ 242, 185, 240 StGB nicht der Fall.

kann; summieren sich aber Stellungnahmen in diesem Sinne, entsteht eine nicht unbeachtliche Strömung – die darüber hinaus auch objektiv zutreffend ist, denn die teleologische Reduktion muss erforderlich sein, siehe oben – dann kann man nicht mehr zögern, von einer Kenntnis des Gesetzgebers von der Korrekturbedürftigkeit seines Werks zu sprechen.

(d) Wichtig erscheint eine weitere Präzisierung, für die es Vorbilder in der Irrtumsdogmatik gibt: Das Wissen um das, was man tut und verboten ist, ist nicht gleichzusetzen mit dem Wissen um das Verbot⁴⁰ und umso weniger mit dem Wissen um die juristische Einordnung dessen, was man tut und verboten ist.⁴¹ Es reicht, wenn man auf Grundlage der drei gerade genannten Regeln dem Gesetzgeber ein Wissen zuschreiben kann, eine Vorschrift zu erlassen, deren Handhabung etwas erfordert, was richtigerweise, und nicht notwendig auch nach seiner Auffassung, als teleologische Reduktion bezeichnet werden muss.

3. Drei Beispiele

Allein aus der Strafgesetzgebung der letzten Jahre lassen sich zwei sichere und ein mögliches Beispiel für neuere Gesetze nennen, die auf Grundlage des gerade entwickelten Maßstabs eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots verkörpern und deshalb für verfassungswidrig erklärt werden müssten.

a) Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung (§ 217 StGB)⁴²

Seinem Wortlaut nach erfasst der 2015 eingeführte Straftatbestand nicht bloß die vom Gesetzgeber anvisierten Selbsttötungsorganisationen,⁴³ sondern auch den ärztlich assistierten Suizid. Denn der Hausarzt, der seinem langjährigen Patienten bei dessen eigenhändiger Exekution des Selbsttötungswunschs Beistand leistet, wohl wissend, dass er immer wieder Patienten in ähnlicher Lage haben kann, will durchaus „die Wiederholung gleichartiger Taten zum Gegenstand seiner Beschäftigung machen“ und handelt auf Grundlage dieser der BT-Drucks. 18/5373, S. 12 entnommenen Definition durchaus „geschäftsmäßig“ i.S.v. § 217 StGB.⁴⁴ Der Fall

gehört also zum Begriffskern der Vorschrift. Das Ergebnis kann aber nicht hingenommen werden, weil Sterbewilligen dann letztlich nur noch der Sprung aus dem Fenster bleibt (teleologische Reduktion also erforderlich). In der Lehre wird deshalb versucht, die Vorschrift dadurch zu retten, dass man den ärztlichen assistierten Suizid ihrem Anwendungsbereich mittels teleologischer Reduktion entzieht;⁴⁵ aus hier vertretener Perspektive ist es genau dieses Reduktionsbedürfnis, was die Vorschrift vor Art. 103 Abs. 2 GG problematisch macht.⁴⁶ Es wäre technisch unschwer möglich gewesen, für die Straflosigkeit dieser Konstellation eine gesetzliche Regelung zu finden, wobei es hierfür im Gesetzgebungsverfahren sogar Vorbilder gab (teleologische Reduktion also vermeidbar).

Auch am Wissen um den Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot lässt sich nicht ernsthaft zweifeln, denn hier kommen die ersten beiden Wissenszurechnungsregeln zum Zug. Der Gesetzgeber räumt in der Gesetzesbegründung selbst ein, den ärztlich assistierten Suizid nicht kriminalisieren zu wollen; er glaubt aber, dass in diesen Fällen das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit nicht verwirklicht sein wird:⁴⁷ „Eine Strafbarkeit ist ferner auch nach der Neufassung nicht gegeben, wenn im Einzelfall nach sorgfältiger Untersuchung und unter strikter Orientierung an der freiverantwortlich getroffenen Entscheidung einer zur Selbsttötung entschlossenen Person Suizidhilfe gewährt wird. Der vorliegende Tatbestand stellt schließlich klar, dass im Einzelfall und aus altruistischen Motiven erfolgende Fälle von Hilfestellung bei der Selbsttötung nicht erfasst sind. [...] Sollte im Einzelfall aber gleichwohl von diesem Personenkreis Suizidhilfe gewährt werden, geschieht dies typischerweise gerade nicht ‚geschäftsmäßig‘, also in der Absicht, dies zu einem wiederkehrenden oder dauernden Bestandteil der Beschäftigung zu machen“ (S. 18). Das, was der Gesetzgeber hier als Auslegung darstellt, ist aber bereits teleologische Reduktion. Bereits nach der ersten Regel lässt sich ihm daher ein Wissen um die exzessive Reichweite der Vorschrift zuschreiben.

Ferner hat ein Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens bereits deutlich auf die Problematik hingewiesen.⁴⁸ Ein nicht Gesetz gewordener Entwurf schlug eine explizite Regelung des ärztlich assistierten Suizids vor.⁴⁹ Auch die zweite Regel kommt somit zum Tragen.

Im Ergebnis: § 217 StGB, ob sonst verfassungsrechtlich zulässig, rechtsethisch legitim oder kriminalpolitisch angezeigt, weist ein Formulierungsproblem auf, das die Vorschrift in eine unabweisbare Kollision mit Art. 103 Abs. 2 GG bringt. Es wäre daher ein segensreiches Zeichen für den Bestimmtheitsgrundsatz, wenn das BVerfG die anhängige Ver-

⁴⁰ Sog. Schuldtheorie, siehe statt aller *Roxin* (Fn. 6), § 21 Rn. 6 m.w.N.

⁴¹ Das Fehlen dieses Wissens heißt Subsumtionsirrtum, siehe wieder *Roxin* (Fn. 6), § 12 Rn. 101 ff.

⁴² Genau diese Vorschrift und das ihr immanente Bestimmtheitsproblem erwähnt auch *Salditt*, in: *Jahn/Kudlich/Streng* (Fn. 31), S. 167 als Beispiel für die von *Prittwitz* angeführte Kategorie der gewollten Unbestimmtheit.

⁴³ BT-Drs. 18/5373, S. 11 f.

⁴⁴ Siehe auch *Weigend/Hoven*, *GesR* 2016, 537 (539 f.), mit dem Vorschlag einer „einschränkenden Auslegung“ des Begriffs der Geschäftsmäßigkeit: diese sei nur zu bejahen, wenn eine „spezifisch und singulär auf Suizidassistenz ausgerichtete Einrichtung“ vorliegt. Das ist nicht nur teleologisch fragwürdig (offenes Tor für Gesetzesumgehungen), sondern – vor allem – eine Ausscheidung einer zum Begriffskern gehörenden Fallgruppe, also als teleologische Reduktion zu qualifizieren.

⁴⁵ So insbesondere *Kubicjel*, *ZIS* 2016, 396.

⁴⁶ Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit der Vorschrift äußern auch *Duttge*, *NJW* 2016, 120 (122), *Eidam*, *medstra* 2016, 17 (20 f.), und *Gaede*, *medstra* 2016, 65 (66), mit in der Sache weitgehend übereinstimmender Begründung.

⁴⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 12.

⁴⁸ Wissenschaftliche Dienste, *WD* 3-3000-188/15, S. 11.

⁴⁹ BT-Drs. 18/5374.

fassungsbeschwerde in diesem Sinne entscheiden und den Gesetzgeber damit zur Ernstnahme seiner verfassungsrechtlichen Pflichten aus Art. 103 Abs. 2 GG anhalten würde.⁵⁰

b) *Sonstige Fertigkeiten i.S.v. § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB*

Wer etwa in der Absicht, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat in Zukunft zu begehen, einen Sprachkurs besucht, „lässt sich unterweisen [...] in einer sonstigen Fertigkeit“, die der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat dient, verwirklicht also dem Wortlaut nach den Tatbestand dieser 2009 eingeführten Strafbestimmung gegen die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat. Es lässt sich aber nicht ernsthaft vertreten, dass der Besuch eines Sprachkurses bereits ein strafbares Verhalten darstellt. Mit einer solchen Tatbestandsfassung, die mit *Hefendehl* als „Pönalisierung des Neutralen“ beschrieben werden kann⁵¹ und die von anderen als Gesinnungsstrafrecht kritisiert wird,⁵² kann man nur dann zurecht kommen, wenn man sie auf dasjenige reduziert, was der Gesetzgeber mit dem Merkmal erfassen wollte: „das Sichunterweisenlassen in der ‚logistischen‘ Begehung einer in Absatz 1 genannten Tat“, „z.B. das Auskundschaften des Tatortes, die Beschaffung gefälschter Dokumente oder eines Fluchtfahrzeugs.“⁵³ Der Ausschluss des Neutralen aus der Vorschrift ist aber nichts anderes als eine teleologische Reduktion, die erforderlich ist und, wie schon an den Erläuterungen in der Gesetzesbegründung ersichtlich, ohne größeren Aufwand zu vermeiden gewesen wäre: man hätte nur diese Erläuterungen in die Tatbestandsfassung einfügen müssen.

Auf diese Problematik wurde in der Wissenschaft noch vor Gesetzeserlass wiederholt hingewiesen;⁵⁴ nach der oben vorgeschlagenen dritten Regel ist ein Wissen des Gesetzgebers um das Problem also zu bejahen. Unabhängig von eventuellen weiteren Problemen der Vorschrift ist festzuhalten, dass die Kriminalisierung des Erwerbs „sonstiger Fertigkeiten“ Art. 103 Abs. 2 GG verletzt und aus diesem Grund verfassungswidrig ist.⁵⁵

c) *Das sog. Geschäftsherrenmodell in § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB*

Man nehme zuletzt – jedoch als nur mögliches Beispiel einer Verletzung des Verbots gewollter Unbestimmtheit – die 2015 in Kraft getretene Neufassung des Tatbestands der Korruption im privaten Sektor, die in (wohl vermeintlicher) Befolgung von EU-Vorgaben jetzt unabhängig von einer Wettbewerbssituation die gegen den Willen des Geschäftsherrn erfolgende Vorteilsannahme durch einen Angestellten oder Beauftragten unter Strafe stellt. In aller Kürze und wohlweisend, dass viele umstrittene Punkte ausgeblendet werden: Dem Wortlaut nach werden bloße Vertragsbrüche beim Bezug von Waren und Dienstleistungen kriminalisiert, also Pflichtverletzungen ohne Vermögensnachteil, was angesichts der Existenz der Untreue (§ 266 StGB) im deutschen Recht, die einen solchen Nachteil verlangt, einen Wertungswiderspruch bedeutet. Befürworter der Bestimmung schlugen bereits vor ihrem Erlass vor, die tatbestandskonstitutive Pflichtverletzung teleologisch auf wettbewerbsbezogene Pflichten zu reduzieren.⁵⁶ Hierauf erwiderte *Schünemann* ganz im hier vertretenen Sinne: „Die fürwahr bizarre Idee, einen falsch formulierten Vorschlag nicht durch die richtige Formulierung zu korrigieren, sondern mit Auslegungskünsten zu verharmlosen, bedarf keines weiteren Kommentars.“⁵⁷

Das Gesetz wurde aber kommentarlos erlassen⁵⁸ und deshalb bleibt aus hiesiger Perspektive nur noch die Hoffnung, man möge erkennen, dass die systemwidrige und von Niemandem gewollte Bestrafung der versuchten Untreue heute nur über eine teleologische Reduktion des § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu vermeiden ist; und dass die Verteidiger der angeblich gesetzesrettenden teleologischen Reduktion ihren Standpunkt sowohl in anerkannten Fachzeitschriften (dritte Regel) als auch vor dem Bundesjustizministerium vertreten haben (zweite Regel),⁵⁹ so dass man wiederum mit einer bewussten Missachtung des Bestimmtheitsgebots durch den Gesetzgeber zu tun hat. Nicht einmal die Befolgung europäischer Vorgaben erteilt hierfür einen Dispens.⁶⁰

⁵⁰ Der Beschluss im Eilrechtsschutzverfahren (BVerfG NJW 2016, 558 mit Bspr. *Fateh-Moghadam*, MedR 2016, 716; *Weißer*, ZJS 2016, 525) widmet aber der hier hervorgehobenen Problematik einen einzigen Satz (Rn. 16 a.E.; zutreffende Kritik bei *Fateh-Moghadam*, a.a.O., 716).

⁵¹ *Hefendehl*, in: *Hefendehl* (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, S. 89, mit der Überschrift: „Über die Pönalisierung des Neutralen – zur Sicherheit“.

⁵² *Radtke/Steinsiek*, ZIS 2008, 392; *Eisele*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Aufl. 2016, § 2 Rn. 86 (erst aber zu § 89a Abs. 2a StGB); abl. zu diesem Vorwurf BGH JR 2017, 650 Rn. 37 ff. mit krit. Bspr. *Ambos*, JR 2017, 655.

⁵³ BT-Drs. 16/12428, S. 15.

⁵⁴ Siehe etwa die Kritik von *Radtke/Steinsiek*, ZIS 2008, 392.

⁵⁵ Im Ergebnis auch *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling*, NSZ 2009, 597; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 89a Rn. 42 m.w.N.; anders (bzgl. des gesamten Tat-

bestands, ohne auf die „sonstigen Fertigkeiten“ spezifisch einzugehen) BGHSt 59, 218 (221 ff.), just aber auf Grundlage einer am objektiven Tatbestand ansetzenden „verfassungskonformen“ teleologischen Reduktion (239 f. [!]); BGH JR 2017, 650 Rn. 25 ff.

⁵⁶ *Kubiciel*, ZIS 2014, 667 (669 ff.); *Dannecker/Schröder*, ZRP 2015, 48; die Erforderlichkeit einer teleologischen Reduktion bestreitet aber *Krack*, ZIS 2016, 83 (87).

⁵⁷ *Schünemann*, ZRP 2015, 70; siehe auch *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193 (194) bereits lange vor Erlass der Vorschrift.

⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 18/4350, S. 21; BR-Drs. 25/15, S. 21.

⁵⁹ Bei der in Fn. 56 zitierten Abhandlung von *Kubiciel* handelt es sich um einen Ausschnitt aus einer beim Bundesministerium der Justiz eingereichten Stellungnahme zum Gesetzesentwurf.

⁶⁰ Vgl. *Greco*, GA 2017, 195 (198 f.).

IV. Zusammenfassung; abschließende Bemerkungen

1. Das Bestimmtheitsgebot verbietet dem Strafgesetzgeber den Erlass von zu weiten Strafgesetzen unter Inkaufnahme, dass teleologische Reduktionen zur Einschränkung dieser Vorschrift auf ein erträgliches Maß erforderlich sein werden. Eine teleologische Reduktion liegt vor, wenn die Vorschrift auf Fälle nicht angewandt wird, die von ihrem Wortlaut eindeutig erfasst werden. Die teleologische Reduktion wird in Kauf genommen, wenn der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ihre Erforderlichkeit einräumt (1. Regel), oder wenn sie im Gesetzgebungsverfahren (2. Regel) sowie in vor Gesetzeserlass publizierten wissenschaftlichen Abhandlungen (3. Regel) zur Sprache kommt. Diese Kriterien gestatten den Schluss, dass das Bestimmtheitsgebot bei § 217 StGB (wegen des ärztlichen assistierten Suizids), bei den „sonstigen Fertigkeiten“ aus § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB (wegen der Pönalisierung des Neutralen wie etwa eines Sprachkursbesuchs) und (möglicherweise) bei der Neufassung von § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB (Kriminalisierung der „versuchten Untreue“ durch ein vom Wettbewerb losgelöstes „Geschäftsherrenmodell“) verletzt wurde.

2. Sicherlich steckt im Bestimmtheitsgebot viel mehr als nur das, was gerade ausgearbeitet wurde. Hier bemühte man sich nur um das Verbot, also um einen kleinen (negativen) Teil eines viel umfassenderen Rechtsinstituts, dessen Gehalt sich selbstverständlich nicht im Negativen erschöpft. In seiner positiven, buchstäblichen Gebotsdimension dürfte das Bestimmtheitsgebot in Wahrheit weniger mit der handlungsbezogenen Sprache von Pflichten als mit der charakterbezogenen Sprache von Tugenden zu erfassen sein.⁶¹ Das Bestimmtheitsgebot und der ganze *nullum-crimen*-Satz wären demnach ein Ausdruck einer anzustrebenden Haltung des Gesetzgebers, einer Haltung der Besonnenheit, des Ernstes, sogar der Weisheit. Ein weiser Gesetzgeber kriminalisiert nicht aus Impuls, sondern nach reiflicher Überlegung. Eine solche Deutung erklärt auch, weshalb die Justiziabilität des Bestimmtheitsgebots bisher kaum gelingen konnte: Tugenden sind als Ideale unerreichbar, sie kennen keine Grenze nach oben,⁶² weshalb die nur unvollkommene Verwirklichung der von ihnen gezeichneten Bilder einem kaum zum Vorwurf gereichen kann.

Die Einsicht darin, dass das Bestimmtheitsgebot als Ideal auch Unerreichbares „gebietet“ – genauer wäre das Wort „vorzeichnet“ – darf aber nicht den Blick dafür verstellen, dass es zugleich, zu einem kleinen, aber durchaus vorhandenen Teil ganz konkrete Verhaltensweisen verbietet. Es verbietet dem Gesetzgeber, dass dieser bewusst das Ideal verleugnet bzw. sich von ihm verabschiedet, dass er wissentlich zu extensiv kriminalisiert, in der Hoffnung, andere werden es schon richten. Spätestens dort, wo der Gesetzgeber sehenden

Auges einen Tatbestand formuliert, dessen Reichweite nur nach einer von den Rechtsanwendern zu leistenden teleologischen Reduktion erträglich ist, muss diese Linie gezogen werden. Denn ein Gebot, wovon man sich einseitig durch Berufung auf andere befreien kann, ist kein solches.

⁶¹ Zu einem Versuch, tugendethische Überlegungen im Strafprozessrecht zu rezipieren, *Greco*, in: Zöllner/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 61.

⁶² Vgl. *Greco* (Fn. 61), S. 85 mit den entsprechenden Nachweisen aus dem philosophischen Schrifttum.