

# Strafverfassungsrechtliche Anforderungen an die Strafgerichte bei der Tatbestandsauslegung

Von Rechtsanwalt Dr. **Sebastian Bürger**, LL.M. (Auckland), Sindelfingen

*Es gibt Entscheidungen, da erinnert man sich an Goethes Worte: „Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter“.<sup>1</sup> So geschehen beim Lesen der Entscheidung des BGH vom 23.7.2019 – 1 StR 433/18.<sup>2</sup> Die strafverfassungsrechtlichen Implikationen dieses Zitats ergeben sich aus Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot und dem aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Analogieverbot.*

## I. Strafverfassungsrechtliche Vorgaben des Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG)

Die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den konkreten Fall ist Sache der dafür zuständigen Fachgerichte. Eine verfassungsrechtliche Grenze zieht jedoch das in Art. 3 Abs. 1 GG verortete Willkürverbot. Das Gericht darf hiernach das Recht nicht in einer Weise auslegen oder anwenden, die sich als objektiv willkürlich erweist. Hierzu genügt es noch nicht, dass die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler enthalten. Hinzukommen muss vielmehr, dass diese bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und sich deshalb der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen.<sup>3</sup>

Daraus wird ersichtlich, dass es jedenfalls bei der Auslegung einer Strafnorm nur in extremen Ausnahmefällen zu einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG kommen wird. Zu unterscheiden von der in Art. 3 Abs. 1 GG zu verortenden Frage der Zulässigkeit der gewählten Auslegung ist die Frage, ob die Begriffsbestimmung überhaupt noch zulässige Auslegung oder nicht bereits eine jenseits dieser Grenzen liegende Analogie darstellt.

## II. Strafverfassungsrechtliche Vorgaben des Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG)

Das Bundesverfassungsgericht zeigt in seiner Entscheidung zum Straftatbestand des § 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB (Betreiben einer genehmigungsbedürftigen Anlage i.S.d. Bundes-Immissionsschutzes ohne die nach diesem Gesetz erforderliche Genehmigung)<sup>4</sup> unter Berufung auf seine bisherige Rechtsprechung auf, welche Anforderungen das verfassungsrechtlich durch Art. 103 Abs. 2 GG determinierte Bestimmtheitsgebot an den Gesetzgeber stellt und welche Zwecke diese Verfassungsnorm verfolgt.

Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so hinreichend konkret zu umschreiben, dass sich Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände aus dem Wortlaut ergeben oder jeden-

falls durch Auslegung ermitteln lassen.<sup>5</sup> Nur dann kann die Strafnorm überhaupt geeignet sein, den mit ihr verfolgten legitimen Zweck zu erreichen, den Normadressaten zur Befolgung der von der Strafnorm in Bezug genommenen Verhaltensnorm anzuhalten. Insoweit muss der Gesetzgeber bei der Formulierung von Strafnormen den verfassungsrechtlich determinierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einhalten.

Art. 103 Abs. 2 GG richtet sich aber nicht nur an den Gesetzgeber. Das BVerfG betont den doppelten Zweck des Bestimmtheitsgebots. Einerseits sollen die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und in welchem Maße mit Strafe bedroht ist.<sup>6</sup> Art. 103 Abs. 2 GG hat insoweit eine freiheitsgewährende Funktion. Andererseits soll Art. 103 Abs. 2 GG gewährleisten, dass die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten und dessen Gewicht im Voraus<sup>7</sup> durch den Gesetzgeber und nicht erst nachträglich von der vollziehenden oder rechtsprechenden Gewalt gefällt wird.<sup>8</sup> Art. 103 Abs. 2 GG enthält damit einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen.<sup>9</sup> Insbesondere im Hinblick auf die freiheitssichernde Funktion des Art. 103 Abs. 2 GG korrespondiert mit dem an den Gesetzgeber gerichteten strikten Bestimmtheitsgebot ein an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie.<sup>10</sup>

In diesem Sinne schließt Art. 103 Abs. 2 GG freilich eine Verwendung von Begriffen nicht aus, die in besonderem Maße der Deutung bzw. Konkretisierung durch den Richter bedürfen.<sup>11</sup> Wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen ist es unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzli-

<sup>1</sup> Goethe, *Zahme Xenien*, 2. Buch.

<sup>2</sup> BGH NSTZ-RR 2019, 388.

<sup>3</sup> BVerfGE 4, 1 (7); 81, 132 (137); 87, 273 (278 f.); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 12.9.1995 – 2 BvR 2475/94 = NJW 1996, 1049; BVerfG, Beschl. v. 9.3.2020 – 2 BvR 103/20, Rn. 64.

<sup>4</sup> BVerfGE 75, 329 (340 ff.).

<sup>5</sup> BVerfGE 75, 329 (341), mit Verweis auf frühere Judikate; vgl. weiterhin BVerfGE 8, 274 (307); 80, 1 (20 f.), 106, 1 (19); 113, 167 (269).

<sup>6</sup> Vgl. auch BVerfGE 75, 329 (341); 126, 170 (195) m.w.N.; BVerfG NJW 2016, 3648 (3649); BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 74.

<sup>7</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit von Rückverweisungsklauseln unter kritischer Betrachtung der Rspr. des BVerfG *Dannecker*, ZIS 2016, 723 (727 ff.).

<sup>8</sup> BVerfGE 71, 108 (116); 92, 1 (13); BVerfG NJW 2015, 2949 (2954).

<sup>9</sup> BVerfGE 75, 329 (341); vgl. auch BVerfGE 78, 374 (382).

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15 = NJW 2016, 3648 (3649), zur Verfassungswidrigkeit von § 10 Abs. 1, 3 RiFiEtikettG; hierzu insbes. *Bülte*, BB 2016, 3075; weiterhin: BVerfGE 14, 174 (185); 73, 206 (234); 75, 329 (340); zum Verhältnis von Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot *Kuhlen*, in: *Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen* (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007*, S. 89.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 77 mit zahlreichen weiteren Nachw.

chen Tatbestand fällt oder nicht. Dass Strafnormen in unterschiedlicher Weise ausgelegt werden können oder die strafgerichtliche Verurteilung auf einer Auslegung der Strafnorm beruht, die von früheren gerichtlichen Entscheidungen abweicht, begründet ebenfalls noch keinen Verstoß gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Bestimmtheitsgebot,<sup>12</sup> sondern ist Ausdruck des hermeneutischen Charakters jeder Norminterpretation.<sup>13</sup>

Das BVerfG lässt es insoweit genügen, dass Begriffe ihre konkrete Bestimmtheit erst durch eine gefestigte Rechtsprechung erhalten.<sup>14</sup> Gleichwohl spricht das BVerfG in diesem Zusammenhang zutreffend von „Präzisierung“ durch die Rechtsprechung.<sup>15</sup> Denn jedenfalls im Regelfall muss der Normadressat anhand der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht. Zumindest aber muss er das Risiko einer Ahndung erkennen können.<sup>16</sup> Dabei muss der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso genauer festlegen und präzisieren bestimmen, je schwerer die von ihm angedrohte Strafe ist.<sup>17</sup>

Das bedeutet keine Aufweichung des Bestimmtheitsgebots. Vielmehr gibt das BVerfG dem an den Gesetzgeber gerichteten Bestimmtheitsgebot und dem an die Rechtsprechung gerichteten Analogieverbot klare Konturen. Das Bestimmtheitsgebot ist gewahrt, wenn der Gesetzgeber die Grenzen strafbaren Verhaltens hinreichend deutlich gezogen hat, wenn sich das strafbare Verhalten mithin allein aus den unmittelbaren Strafvorschriften und den von diesen in Bezug genommenen Verbots- oder Gebotsnormen bestimmen lässt. Geht die Begriffsbestimmung durch den Strafrichter darüber hinaus, wird die Entscheidung über die Sanktionsbedürftigkeit eines Verhaltens nicht generell-abstrakt durch den Gesetzgeber, sondern durch die rechtsprechende Gewalt für den konkreten Einzelfall getroffen. Das Analogieverbot begrenzt die Deutungshoheit der Rechtsprechung auf den Rahmen, den der Gesetzgeber ihr mit seinem sich aus dem Wortlaut der Norm ergebenden verobjektivierten Willen setzt. Die Auslegung endet an der Grenze des möglichen Wortsinns.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> BVerfGE 95, 96 (132), BVerfG NJW 1990, 3140; BVerfG NJW 2008, 3205 (3206).

<sup>13</sup> Etwas anderes kommt freilich dann in Betracht, wenn die frühere Rechtsprechung durch ein „Mindestmaß an Kontinuität einen Vertrauenstatbestand begründen“ konnte, vgl. hierzu BVerfG HRRS 2011 Nr.737; *Dannecker/Schuhr*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 440.

<sup>14</sup> BVerfGE 75, 329 (344).

<sup>15</sup> BVerfGE 75, 329 (345).

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 71, 108 (114 f.); 78, 374 (381 f.); 92, 1 (12).

<sup>17</sup> BVerfGE 75, 329 (342); 126, 170 (196); BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 77.

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.11.2009 – 1 BvR 2717/08 = NJW 2010, 754 (755), den Wortsinn als unübersteigbare Grenze bezeichnend; siehe auch *Scheffler*, *JURA* 1996, 505. Vgl. zur Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht auch bereits *Baumann*, *MDR* 1958, 394; ausführlich zu verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung

Das hat zur Folge, dass auch besonders gelagerte Einzelfälle, wenn sie vom Wortlaut nicht erfasst sind, aus dem Anwendungsbereich einer Strafnorm herausfallen müssen, selbst wenn sie ähnlich strafwürdig erscheinen wie das pönalisierte Verhalten. Es ist Ausfluss des strengen Gesetzesvorbehalts, dass der Gesetzgeber entscheiden muss, ob eine Strafbarkeitslücke bestehen bleiben soll oder ob er diese Lücke durch eine neue Regelung schließt.<sup>19</sup> Gibt der Strafrichter damit einem Tatbestandsmerkmal einen Begriffsinhalt, der jenseits des möglichen Wortsinns liegt, so verstößt er gegen den strengen Gesetzesvorbehalt, wie er sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergibt, und verletzt spezifisches Verfassungsrecht.<sup>20</sup> Den vorgenannten Maßstäben hält das Urteil des BGH vom 23.7.2019 zur Auslegung des Begriffs des vollautomatischen Gewehres in Nr. 29c der Kriegswaffenliste nicht stand und verletzt Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>21</sup>

### III. Das Urteil des BGH vom 23.7.2019 – 1 StR 433/18

#### 1. Sachverhalt (*vereinfacht*)

Der Angeklagte bestellte als mit Waffenhandels- und -herstellungserlaubnis versehener Waffenhändler im Jahr 2005 insgesamt 400 Gewehre bei einem iranischen Unternehmen, welches u. a. zur Kriegsführung bestimmte vollautomatische Sturmgewehre des Typs AK 47 Kalaschnikow herstellte. Der Angeklagte ließ die später von ihm in Deutschland unter der Bezeichnung B. 47 vertriebenen Gewehre nach seinen Vorgaben fertigen. Zum einen wurde ein im Vergleich zu einem Originallauf einer AK 47 gleich aussehender, aber zwischen 7 und 10 mm längerer Lauf verbaut, weil das die Mindestlänge für eine Verwendung im Schießsport sei. Diese Abweichung hatte auf die Funktionsfähigkeit der Gewehre keine Auswirkungen. Der Lauf war, wie andere Läufe auch, für Dauerfeuer geeignet. Weitere Teile, die auch im AK 47 verbaut werden, wurden vor dem Zusammenbau derart abgeändert, dass kein Dauerfeuer, sondern lediglich die halbautomatische Abgabe von Einzelschüssen möglich war. 200 der 400 Gewehre ließ der Angeklagte als Repetiergewehre fertigen, sodass nicht einmal eine halbautomatische Schussabgabe

*Bettermann*, *Die verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren*, 1986; sowie grundlegend auch *Burmeister*, *Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung*, 1966; und *Eckardt*, *Die verfassungskonforme Auslegung*, 1964; weiterhin *Bleckmann*, *JZ* 1995, 685; weiterhin *Canaris*, in: *Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow* (Hrsg.), *Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer*, 2014, S. 141; *Kuhlen*, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, 2006.

<sup>19</sup> Vgl. auch BVerfGE 71, 108 (114 ff.); 73, 206 (234 ff.); 92, 1 (11 ff.); 105, 135 (157).

<sup>20</sup> Gleichzeitig stellt eine Auslegung eines strafbegründenden Merkmals jenseits des möglichen Wortsinns einen unverhältnismäßigen Eingriff in die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen des Betroffenen jedenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG dar.

<sup>21</sup> Überdies liegen auch Verletzungen der Art. 3 Abs. 1, 12 und 14 GG nahe.

möglich war. Die vollautomatische Funktionsfähigkeit konnte nach dem Erwerb von frei verkäuflichen und im Internet für ca. 152 bis 165 € erhältlichen Ersatzteilen für die AK 47 hergestellt werden. Unter anderem im Internet sind entsprechende Videos für den Umbau verfügbar.

69 der 400 Gewehre verkaufte der Angeklagte bis zum 1.9.2010. Von den verbliebenen 331 Gewehren brachte der Angeklagte jeweils eine Musterwaffe der Halbautomatik und des Repetierers zur Postfiliale und versandte sie an das Beschussamt M, um die für das Inverkehrbringen in den Geltungsbereich des WaffG erforderliche Beschussprüfung durchführen zu lassen. Hierauf meldete sich das Beschussamt beim Angeklagten und teilte mit, dass es sich bei den Waffen um Kriegswaffen handeln könne, was derzeit geprüft werde. Die verbleibenden 329 Gewehre übergab der Angeklagte daraufhin am 30.12.2011 an Mitarbeiter eines von ihm beauftragten Frachtspeditionsdienstes, die die Waffen zu einer dem Angeklagten zuzuordnenden Firma in der Schweiz befördern sollte. Nach Abfertigung über das Hauptzollamt S. wurden die Waffen in die Schweiz verbracht und später im inzwischen gegen den Angeklagten geführten Strafverfahren beschlagnahmt.

Nachdem das Beschussamt die zwei Waffen an das LKA Bayern übersandt und dieses die Waffen mit Gutachten vom 30.1.2012 als Kriegswaffen eingestuft hatte, beantragte das LKA Bayern am 30.1.2012 beim BKA Feststellungsbescheide nach § 2 Abs. 5 WaffG. Das BKA blieb zunächst untätig. Erst auf Untätigkeitsklage des Angeklagten hin kam es vor dem Verwaltungsgericht Wiesbaden zu einem Vergleich, aufgrund dessen das BKA am 30.1.2018 zwei Feststellungsbescheide nach § 2 Abs. 5 WaffG erließ, in denen es aussprach, dass beide Waffen keine Kriegswaffen und auch nicht nach dem WaffG verboten seien. Bereits zuvor hatte das Bundesministerium für Wirtschaft und Inneres (BMWi) im Ermittlungsverfahren am 28.7.2015 gegenüber der Staatsanwaltschaft erklärt, dass es sich nach seiner Auffassung bei beiden Waffen nicht um Kriegswaffen handele. Die in der Schweiz gelagerten Waffen wurden im Mai 2015 von der Staatsanwaltschaft zusammen mit dem beauftragten Waffensachverständigen des LKA Bayern begutachtet. Dieser kam in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass die Waffen Kriegswaffen seien.

Im Strafverfahren wurde der Sachverständige mehrfach mit der ergänzenden Begutachtung beauftragt. Er war der einzige, der zu dem Ergebnis kam, dass die Waffen Kriegswaffen seien. Die sachverständigen Zeugen, unter anderem des BMWi, kamen hingegen zu dem Ergebnis, dass die Waffen keine Kriegswaffen seien, da es nicht möglich sei, die Waffen durch leicht zu bewerkstellende Ergänzungen von jedermann in vollautomatische Schusswaffen umzubauen.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> So das in Anlehnung an § 13a S. 2 KrWaffKontrG auch vom BGH zugrunde gelegte Prinzip der leichten Herrichtbarkeit (zum Begriff *Pottmeyer*, wistra 1996, 121), wie es der BGH bereits in früheren Entscheidungen (vgl. BGH, Urt. v. 19.2.1985 – 5 StR 780/84, 796/84 = NStZ 1985, 367) bei Einbau von Sicherungsvorkehrungen vertreten hat oder auch bereits das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.12.1983 – 1 WS

Zudem seien die Waffen nicht aus Kriegswaffen hergestellt worden.

Die Übersendung an das Beschussamt (Tat 1) wurde vom LG in erster Instanz als vorsätzliche unerlaubte Beförderung von Kriegswaffen gem. § 22a Abs. 1 Nr. 3 KrWaffKontrG i.V.m. §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 KrWaffKontrG und Teil B V. Nr. 29 lit. c der Anlage zu § 1 Abs. 1 KrWaffKontrG und die Versendung der übrigen 329 Gewehre in die Schweiz (Tat 2) als eine Ausfuhr von Kriegswaffen gem. § 22a Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 KrWaffKontrG i.V.m. §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 KrWaffKontrG und Teil B V. Nr. 29 lit. c der Anlage zu § 1 Abs. 1 KrWaffKontrG mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren geahndet, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Der BGH bestätigte das Urteil.

## 2. Rechtliche Würdigung des BGH

Die Strafbarkeit des Angeklagten hing entscheidend davon ab, ob die von ihm beförderten bzw. ausgeführten Gewehre Kriegswaffen waren. Der BGH bejahte dies. Nach seiner Auffassung handelt es sich sowohl bei den halbautomatischen Gewehren als auch bei den Repetiergewehren um vollautomatische Gewehre im Sinne der Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste. Hierfür sei es ausreichend, dass eine vollautomatische Schussabgabe nach Umbaumaßnahmen möglich ist. Nach Auffassung des BGH sind Gegenstände, die gattungsmäßig unter die Kriegswaffenliste fallen und deren Funktionstüchtigkeit nicht dauernd und endgültig aufgehoben ist, bei denen die Funktionsstörung vielmehr mit geringem Aufwand und verhältnismäßig einfachen Mitteln von jedermann behoben werden kann, der sich über die Möglichkeit dazu informiert, Kriegswaffen im Sinne des § 1 Abs. 1 KrWaffG. Das sei bei den Waffen des Angeklagten der Fall. Zur Begründung dieser Auffassung beruft sich der BGH auf ein Urteil des 5. *Senats* aus dem Jahr 1985<sup>23</sup> und einen Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2002.<sup>24</sup>

## IV. Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG

Mit dieser rechtlichen Bewertung überschreitet der BGH den möglichen Wortsinn des Merkmals Kriegswaffe. Seine Auslegung verletzt das aus dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG folgende Analogieverbot.

### 1. Begriffsbestimmung über Positivliste

Kriegswaffen im Sinne des Tatbestands des § 22a Abs. 1 KrWaffKontrG sind nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 KrWaffKontrG „zur Kriegsführung bestimmte Waffen“. Das Gesetz verweist hierzu auf die in der Anlage zum KrWaff-

1053 - 1055/83 = NStZ 1987, 565, oder das OLG München, Beschl. v. 28.9.1992 – 1 Ws 534-536/92, 1 Ws 757-759/92 = NStZ 1993, 243, bei der Frage angewandt haben, inwieweit eine in Einzelteile zerlegte Kriegswaffe noch dem Kriegswaffenbegriff unterfalle.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 19.2.1985 – 5 StR 780/84, 796/84 = NStZ 1985, 367.

<sup>24</sup> BVerfG, Beschl. v. 9.1.2002 – 2 BvR 2142/01 = AW-Prax 2003, 309.

KontrG (Kriegswaffenliste) aufgeführten Gegenstände. Es handelt sich insoweit um einen Blanketttatbestand. Die Positivliste legitimiert und limitiert damit die Strafbarkeit – vergleichbar den Anlagen I bis III zum BtMG. Die Rechtsanwendung wird hierdurch erleichtert, da anstelle einer Subsumtion unter einen materiellen Kriegswaffenbegriff lediglich ein Abgleich erforderlich ist, ob die konkrete Waffe auf der Kriegswaffenliste aufgeführt ist. Eine Kriegswaffe ist daher zunächst eine solche, die in ihrem gegenwärtigen Zustand in der Kriegswaffenliste genannt wird. Das traf auf die Waffen des Angeklagten jedoch nicht zu.

### *2. Erstreckung auf vorübergehenden Verlust von Begriffsmerkmalen*

In einer früheren Entscheidung hatte der 5. Senat darüber hinaus, wie der BGH zutreffend ausführt, anerkannt, dass eine Waffe auch dann noch unter den Begriff der Kriegswaffe fällt, wenn sie so verändert wurde, dass sie aktuell zwar *nicht mehr* Kriegswaffe ist, aber durch einfache Umbauarbeiten wieder zu einer solchen werden kann.<sup>25</sup> In der in Bezug genommenen Entscheidung ging es um Waffen, die für eine Armee konstruiert worden waren, bei denen aber ein eingebauter Sicherungshügel die Abgabe von Dauerfeuer verhinderte. Dauerfeuer konnte allein dadurch ermöglicht werden, dass der Sicherungshügel mit einer Feile abgeflacht wird. Tragend war für den BGH in der angeführten Entscheidung:

„Eine solche Waffe verliert diese Eigenschaft nicht schon dadurch, daß bei ihr Vorrichtungen eingebaut sind, die zwar ihre volle Funktionstüchtigkeit zunächst behindern, aber mit geringem Aufwand und verhältnismäßig einfachen Mitteln von jedermann beseitigt werden können, der sich über die Möglichkeit dazu informiert.“<sup>26</sup>

Das BVerfG hat in seinem vom BGH angeführten Beschluss vom 9.1.2002 bestätigt, dass ein solches Begriffsverständnis sich noch in den Grenzen der nach Art. 103 Abs. 2 GG noch möglichen Auslegung hält. Zweifel waren – und sind – jedoch angebracht, weil das System der Positivliste im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG eine erhöhte Klarheit schafft und damit der Rechtssicherheit dient, im Gegenzug aber den Gesetzgeber besonders fordert, Strafbarkeitslücken zu schließen.

### *3. Gleichsetzung mit der Möglichkeit des Erwerbs zwingender Begriffsmerkmale*

Der BGH stützt sich zwar auf die genannten Entscheidungen. Er geht mit seinem Begriffsverständnis jedoch weit über diese Auslegung hinaus. Ein vollautomatisches Gewehr nach Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste soll allgemein ein Gewehr sein, das mit geringem Aufwand und verhältnismäßig einfachen Mitteln von Jedermann so umgebaut werden kann, dass eine vollautomatische Schussabgabe möglich ist. Das Gewehr

muss damit nicht zunächst als vollautomatisches Gewehr hergestellt worden sein. Eine solches auf der sog. Bausatztheorie<sup>27</sup> aufbauendes Begriffsverständnis verletzt den bei der Auslegung von Strafnormen zu beachtenden verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG. Der BGH setzt in unzulässiger Weise die Wiederherstellung eines zunächst als Kriegswaffe nach der Kriegswaffenliste einzuordnenden Gegenstands mit der Möglichkeit, einen Gegenstand, der nicht auf der Kriegswaffenliste steht, zu einem solchen umzubauen, gleich. Das ist keine konkretisierende Spezifizierung mehr, die als verfassungsrechtlich im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG noch zulässige Spezifizierung der strafbegründenden Merkmale angesehen werden kann, wie sie das BVerfG in anderen Bereichen für zulässig erachtet.<sup>28</sup> Es ist eine noch weitergehende Ausweitung des Begriffs der Kriegswaffe als sie bereits in der Gleichsetzung von Bauteilen mit einer vollständig zusammengesetzten Kriegswaffe liegt.<sup>29</sup> Es ist keine zulässige Auslegung, sondern analoge Anwendung.

### *4. Außerachtlassung der gesetzlich angeordneten Ausnahmen*

Das gilt vor allem deswegen, weil die halbautomatischen Gewehre des Angeklagten bereits unter Nr. 29 lit. d Kriegswaffenliste fallen. Allein deswegen können sie nicht zugleich unter Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste subsumiert werden. Hinzu kommt, dass sie in ihrer halbautomatischen Version als Jagd- und Sportwaffen gem. Nr. 29 lit. d Kriegswaffenliste vom Begriff der Kriegswaffe ausgenommen sind.

Jagd- und Sportgewehre definieren sich nicht über spezifische Waffeneigenschaften, sondern über die Art des Einsatzes, zu dem sie bestimmt sind. Das ergibt sich aus Nr. 1.1 der Anlage 1 zu § 1 Abs. 4 WaffG. Die Zweckbestimmung entscheidet daher, ob eine Waffe Jagd- und Sportwaffe ist. Ist sie das, dann handelt es sich nicht um eine Kriegswaffe. Da es auf die Zweckbestimmung ankommt, spielt die Frage der Umbaumöglichkeit keine Rolle.

### *5. Außerachtlassung der begriffsimmanenten Zweckbestimmung*

Zudem kann ein halbautomatisches Gewehr aus weiteren Gründen nicht allein aufgrund der Umbaumöglichkeit in ein vollautomatisches Gewehr als Kriegswaffe im Sinne der Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste angesehen werden, sodass eine solche Bewertung gegen das Analogieverbot verstößt. Zum einen ist eine vollautomatische Waffe nicht gleichzusetzen mit einer Kriegsschusswaffe nach Nr. 29 Kriegswaffenliste. Das ergibt sich aus der Kategorisierung in Abschnitt 3 der Anlage 1 zu § 1 Abs. 4 WaffG. Dort sind Kriegsschusswaffen unter 1.1 gesondert neben vollautomatischen Schusswaffen

---

<sup>27</sup> Hierzu *Pottmeyer*, *wistra* 1996, 121.

<sup>28</sup> Vgl. etwa BVerfG, *Beschl. v. 4.5.1997 – 2 BvR 509/96, 2 BvR 511/96 = NStZ-RR 1997, 342 (343); BVerfG, *Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15 = BVerfGE 143, 38 (58); hierzu auch BGH, *Beschl. v. 7.8.2018 – 3 StR 345/17 = NStZ-RR 2019, 86 (87).***

<sup>29</sup> Kritisch hierzu bereits *Pottmeyer*, *wistra* 1996, 121 (122).

---

<sup>25</sup> BGH, *Urt. v. 19.2.1985 – 5 StR 780/84, 796/84 = NStZ 1985, 367.*

<sup>26</sup> BGH *NStZ 1986, 367.*

unter 1.2 aufgeführt. Zum anderen ist das KrWaffKontrG das Ausführungsgesetz zu Art. 26 Abs. 2 GG. Art. 26 Abs. 2 GG setzt tatbestandlich aber Waffen, die zur Kriegsführung bestimmt sind, voraus. Diese Zweckbestimmung ist daher auch bei der Auslegung der Begrifflichkeiten des KrWaffKontrG zu beachten. Waffen, die nicht zur Kriegsführung bestimmt sind, können keine Kriegswaffen sein.<sup>30</sup> Das KrWaffKontrG kann auf sie keine Anwendung finden. § 1 Abs. 1 KrWaffKontrG enthält diese Begriffsbestimmung ebenfalls. Sie wird nur dadurch verwässert, dass sich nach dem Wortlaut der Norm auch die Zweckbestimmung zur Kriegsführung allein aus der Aufnahme eines Gegenstands in die Kriegswaffenliste ergibt.

Ein solches Verständnis vom Zusammenspiel von § 22a Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 KrWaffKontrG und der Kriegswaffenliste widerspricht jedoch den Anforderungen an Art. 103 Abs. 2 GG, wie sie das BVerfG für Blankettstrafnormen herausgearbeitet hat. In ständiger Rechtsprechung betont das BVerfG:

„Legt die Blankettstrafnorm nicht vollständig selbst oder durch Verweis auf ein anderes Gesetz fest, welches Verhalten durch sie bewehrt werden soll, sondern erfolgt dies erst durch eine nationale Rechtsverordnung, auf die verwiesen wird, müssen daher nach Art. 103 Abs. 2 GG und – soweit Freiheitsstrafe angedroht wird – iVm Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aufgrund des Gesetzes und nicht erst aufgrund der hierauf gestützten Rechtsverordnung vorhersehbar sein“.<sup>31</sup>

Für die Aufnahme von Gegenständen in die Kriegswaffenliste muss aber die Bestimmung (nicht Eignung!) zur Kriegsführung gegeben sein. Gegenstände, die diese Bestimmung nicht haben, sind daher von der Kriegswaffenliste wieder zu entfernen. Die Kriegswaffenliste dient insoweit der Spezifizierung des in Art. 26 GG verwendeten Kriegswaffenbegriffs.

#### 6. Systematik des KrWaffG zu Herstellen und Verlust der Kriegswaffeneigenschaft

Zudem ergibt sich aus § 13a KrWaffKontrG, dass der Begriff der Kriegswaffe nicht auch Waffen erfassen kann, die nur zu einer Kriegswaffe, wie sie in der Kriegswaffenliste aufgeführt ist, umgebaut werden können, ohne dass sie zu einem früheren Zeitpunkt einmal eine Kriegswaffe waren. Denn aus der Definition der unbrauchbar gemachten Kriegswaffe in § 13a KrWaffKontrG als eine Kriegswaffe, die durch technische Veränderungen endgültig die Fähigkeit zum bestimmungsgemäßen Einsatz verloren hat und nicht mit allgemein gebräuchlichen Werkzeugen wieder funktionsfähig gemacht werden kann, ergibt sich, dass der Begriff der Kriegswaffe

die Fähigkeit zur Kriegsführung voraussetzt, mithin die bloße Möglichkeit, diese Fähigkeit durch Umbau zu erreichen, nicht genügt. Das KrWaffKontrG erfasst damit nur echte Kriegswaffen und unbrauchbar gemachte Kriegswaffen. Und ausgehend von § 13a KrWaffKontrG sind Kriegswaffen, die nur vorübergehend die Fähigkeit zum bestimmungsgemäßen Einsatz verloren haben und nicht mit allgemein gebräuchlichen Werkzeugen wieder funktionsfähig gemacht werden können, nicht als unbrauchbar gemachte, sondern als echte Kriegswaffen anzusehen.

Überdies stellt sich die Frage, wie diejenigen zu bestrafen sein sollen, die tatsächlich die Waffen so umbauen, dass sie die Eigenschaften einer Kriegswaffe nach Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste haben, wenn die Waffen in ihrem umbaufähigen Zustand bereits dem Begriff der Kriegswaffe unterfallen. Die eigens in § 22a Abs. 1 Nr. 1 KrWaffKontrG unter Strafe gestellte Herstellung von Kriegswaffen, die gerade die Fälle erfassen soll, in denen Kriegswaffen (wieder) funktionsstüchtig gemacht werden,<sup>32</sup> würde diese Fälle nicht mehr erfassen können. Denn wenn bereits eine Kriegswaffe vorliegt, kann sie nicht mehr „hergestellt“ werden.

#### V. Fazit

Das Instrument, mit dem der Gesetzgeber seinen nach Art. 103 Abs. 2 GG maßgeblichen Entscheidungswillen in die Fallentscheidung verlängern kann, ist das Wort. Art. 103 Abs. 2 GG ist mithin jedenfalls dann verletzt, wenn die Auslegung die Grenze des möglichen Wortsinns überschreitet. Das ist vorliegend der Fall. Der BGH hat die Grenzen der nach Art. 103 Abs. 2 GG noch zulässigen Auslegung überschritten, indem er halbautomatische Gewehre im Sinne der Nr. 29 lit. d Kriegswaffenliste, die zu vollautomatischen Gewehren umgebaut werden können, unabhängig von dem begriffsimmanenten Zweck „zur Kriegsführung bestimmt“ als vollautomatische Gewehre im Sinne der Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste angesehen hat. Diese rechtliche Gleichsetzung wirkt strafbegründend, da im Rahmen der Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste Jagd- und Sportwaffen nicht vom Kriegswaffenbegriff ausgenommen sind, wie das in Nr. 29 lit. d Kriegswaffenliste der Fall ist.

Unter den Begriff des vollautomatischen Gewehrs kann nach dem Wortsinn allenfalls noch ein solches halbautomatisches Gewehr fallen, das seine Eigenschaft als vollautomatisch nur vorübergehend verloren hat. Das aber setzt zweierlei voraus: Zum einen muss das Gewehr in der Vergangenheit einmal vollautomatisch gewesen sein. Das war unstreitig nicht der Fall. Zum anderen muss diese Eigenschaft ohne größeren Aufwand wiederherstellbar sein.<sup>33</sup> Inwieweit der Strafrichter das eigenständig beurteilen darf, wenn bereits ein allgemeinverbindlicher Feststellungsbescheid des BKA vorliegt, ist eine weitere Frage, die sich bei der Entscheidung des BGH stellt, auf die es in diesem Beitrag jedoch nicht mehr ankommen soll.

<sup>30</sup> Vgl. die insoweit vergleichbaren Ausführungen des BVerfG zur Spezifizierung des Betäubungsmittelbegriffs durch die Anlagen I bis III zum BtMG, BVerfG, Beschl. v. 4.5.1997 – 2 BvR 509/96, 2 BvR 511/96 = NSTz-RR 1997, 342 (343).

<sup>31</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 83 m.w.N.

<sup>32</sup> Vgl. Lampe, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 228. Lfg., Stand: Januar 2020, KrWaffG § 22a Rn. 3.

<sup>33</sup> Hierzu bereits BVerfG, Beschl. v. 9.1.2002 – 2 BvR 2142/01.