

Der zeitliche Geltungsbereich von Strafgesetzen und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Von Prof. Dr. Gerhard Danecker, Bayreuth

Der verehrte Jubilar hat sich mit dem zeitlichen Geltungsbereich der Strafgesetze bereits Ende der 70er Jahre in grundlegender Weise auseinander gesetzt und sich nicht gescheut, der Literatur entgegenzutreten, die den Begriff des zeitlichen Geltungsbereichs der Strafgesetze bereits damals aufgegeben und den gesamten Komplex im Rahmen des Rückwirkungsverbots behandelt hat. Zu Recht sah der Jubilar hierin den Verlust der Systematik des Gesamtkomplexes, ein „Verkümmern“ der Rückwirkung des neuen milderen Rechts zu einer „Ausnahme vom Rückwirkungsverbot“, unter welche die Aufhebung von Strafgesetzen nur mittels einer komplizierten Auslegung subsumiert werden kann. Deshalb stellte er sich der Aufgabe, die Regelungen über den zeitlichen Geltungsbereich mit denjenigen zum „räumlichen“¹ oder „persönlichen“ Geltungsbereich in Beziehung zu setzen, um so die Ausgangspunkte der gesetzlichen Regelungen sichtbar zu machen. Ihm gebührt das Verdienst, aufgrund einer strukturellen Betrachtung der Problematik das System des § 2 StGB aufgezeigt und besser verständlich gemacht zu haben.² Daher seien ihm die folgenden Ausführungen zu seinem 70. Geburtstag gewidmet.

I. Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze wird durch verschiedene Grundsätze geprägt: Es geht um das Zusammenspiel des Grundsatzes „lex posterior derogat legi priori“ zum einen mit dem Grundsatz „nullum crimen sine lege“, speziell in seinen Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips, des Bestimmtheitsgebots und des Rückwirkungsverbots, und zum anderen mit dem „lex mitior“-Grundsatz.³ Dass es bei den sich stellenden Fragen nicht nur um Alltags-, sondern um Grundlagenprobleme geht, zeigen die großen Debatten, die in jüngerer Zeit um § 2 StGB geführt worden sind:⁴ die rückwirkende Verlängerung der Verjährungsfrist für NS-Morde,⁵ die sogenannte Parteispendenaffäre,⁶ die strafrechtliche Beur-

teilung „staatsverstärkter“ Kriminalität in der früheren DDR⁷ und das Strafrecht der Außenwirtschaft und der Finanzsanktionen,⁸ das zunehmend an praktischer Bedeutung gewinnt. Hinzu kommen mehrere Entscheidungen des EuGH zum zeitlichen Geltungsbereich von Strafgesetzen, in denen sich das Gericht mit dem Verhältnis des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts zum strafrechtlichen Milderungsgebot und zum Verbot der strafbegründenden bzw. -verschärfenden (unmittelbaren) Wirkung einer Richtlinie auseinander setzen musste.⁹ Angesichts der Komplexität der einzuhaltenden Garantien und Regeln ist es unverzichtbar, zunächst die rechtstheoretische Seite des Problems in den Blick zu nehmen, um anschließend auf die einzelnen Regelungen und ihren Gehalt einzugehen.

II. Strafrechtliche Gesetzesänderungen richten sich nach den allgemeinen Regeln über das In-Kraft-Treten und die Derogation von Gesetzen.¹⁰ Für ihre Geltung müssen alle Gesetze von dem zuständigen Organ in einem ordnungsgemäßen Verfahren erlassen, ausgefertigt und in der vorgeschriebenen Form verkündet worden sein (Art. 82 GG). Außerdem müssen sie in Kraft getreten und geblieben sein und dürfen nicht in Widerspruch zu einer geltenden ranghöheren Rechtsquelle stehen.¹¹ Die Derogation von Gesetzen, das „Außergeltungtreten“, kann durch Zeitablauf, durch förmliche Aufhebung oder nachträgliche Kollision mit einer Norm gleichen

¹ Schroeder, GA 1968, 353 ff.

² Schroeder, in: Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 785 f.

³ Eingehend dazu Danecker, Das intertemporale Strafrecht, 1992, S. 191 ff.

⁴ Hassemer/Kargl, in: NK-StGB, 2. Aufl. 2005, § 2 Rn. 10.

⁵ Arndt, JZ 1965, 145 ff.; Bemann, JuS 1965, 333 ff.; Grünwald, MDR 1965, 521 ff.; Klug, JZ 1965, 149 ff.; Lüderssen, in: ders., Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen, 1981, S. 143; Naucke, ZRP 1969, 8 ff.; Schreiber, ZStW 1980 (1968), S. 348 ff.

⁶ Bergmann, NJW 1986, 233 ff.; Danecker, in: de Boor/Pfeiffer/Schünemann (Hrsg.), Parteispendenproblematik, 1986, S. 91 ff.; Engelhardt, DRiZ 1986, 88 ff.; Flämig, Steuerrecht als Dauerrecht, 1985; Kunert, NStZ 1982, 276 ff.; Tiedemann, NJW 1986, 2475 ff.; ders., NJW 1987, 1247 ff.; Tiedemann/Dannecker, Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht dargestellt am Beispiel der Abzugsfähigkeit von Parteispenden, 1985, S. 23 ff.

⁷ BGHSt 39, 1 ff.; 39, 168 ff.; 39, 353 ff.; 40, 48 ff.; 40, 113 ff.; 40, 241 ff.; 41, 10 ff.; 41, 101 ff.; 41, 157 ff.; 48, 77; BVerfGE 95, 96 ff.; EGMR, NJW 2001, 3035; CCRP, NJW 2004, 2005 ff.; Albrecht, Die vergessene Freiheit, 2003, S. 52; Naucke, KritV 2000, 132 ff.; vgl. auch Schroeder, NStZ 1993, 216 ff.; ders., NJW 2000, 3017 ff.

⁸ Bilsdorfer, NJW 2003, 2281 ff.; Danecker/Freitag, ZStW 116 (2004), S. 797 ff., 815 f.; Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, 2004, S. 107 ff.; Schünemann, GA 2002, 502 ff.; BFH, NJW 2004, 1127 f.

⁹ EuGH, Slg. 1996, I-04631 Rn. 12 (Allain); EuGH, Slg. 2004, I-01005 Rn. 26 (Saetti und Frediani); EuGH, Slg. 1995, I-361 Rn. 9 (Bordessa); EuGH, Slg. 1995, I-4821 Rn. 14 (Sanz de Lera u.a.); EuGH, Slg. 1996, I-929 Rn. 17 (Skanavi und Chryssanthakopouzlos); EuGH, Slg. 1998, I-6781 ff.; EuZW 1999, 52 ff. (Awoyemi); EuGH, EuZW 2005, 997 ff. (Berlusconi u.a.) mit Anm. Gross, EuZW 2005, 371 ff. und Satzger, JZ 2005, 998 ff.; vgl. auch Gleß, GA 2000, 224 ff.

¹⁰ Danecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 191 ff. m.w.N.

¹¹ Zur Rechtsgeltung im Verfassungsstaat vgl. Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung. Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie, 1977, S. 53 ff. m.w.N.; zu den verschiedenen Geltungsbegriffen vgl. R. Schreiber, Die Geltung von Rechtsnormen, 1966, S. 58 ff.

oder höheren Ranges erfolgen. Dabei stellt das Außerkrafttreten durch Zeitablauf eine Ausnahmeerscheinung dar, die voraussetzt, dass die Geltungsdauer gesetzlich befristet war (sog. Zeitgesetz im engeren Sinne¹²). In der Regel setzt die Derogation von Gesetzen einen späteren Rechtssetzungsakt voraus, durch den die bisher bestehende Vorschrift aufgehoben wird. Hierfür besteht zum einen die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber eine Norm durch einen späteren Rechtsakt ausdrücklich aufhebt, und zum anderen, dass er die Rechtslage durch einen ranggleichen oder ranghöheren Rechtssatz bestimmt. Da die Geltung eines Gesetzes auf dem Willen des Gesetzgebers beruht und durch Verabschiedung der „lex posterior“ der gesetzgeberische Wille, der für die Geltung des alten Rechts konstitutiv war, aufgegeben wird, kommt das alte Gesetz grundsätzlich ganz in Wegfall. Nur die neue Regelung beansprucht alleinige und umfassende Geltung. Die allgemeinen Regeln über das In-Kraft-Treten und die Derogation von Gesetzen gelten auch für Strafgesetze und werden durch § 2 Abs. 1 StGB nicht ersetzt, denn hierbei handelt es sich um eine Vorschrift, die allein den zeitlichen Anwendungsbereich und nicht auch den Geltungsbereich betrifft.¹³

In der strafrechtlichen Literatur wird gleichwohl § 2 Abs. 1 StGB teilweise als Rechtsgeltungsregelung verstanden, die entgegen dem Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ die Fortgeltung strafrechtlicher Normen anordnen soll.¹⁴ Dies kann aus verschiedenen Gründen nicht überzeugen: In einer Demokratie ist der Wille des Volkssouveräns unverzichtbare Grundlage für die Geltung eines Gesetzes. Dieser Wille entfällt durch ein späteres Gesetz. Wenn durch ein allgemeines Gesetz, wie es § 2 Abs. 1 StGB ist, dieser Grundsatz generell außer Kraft gesetzt werden soll, scheitert dies daran, dass staatsrechtliche Grundlagen wie der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ einer generellen, nicht nur einen konkreten Einzelfall betreffenden Entscheidung des Gesetzgebers entzogen sind. Der Gesetzgeber kann lediglich im Einzelfall anordnen, dass ein bestimmtes Gesetz weitergelten soll, und so in Bezug auf Einzelregelungen die Fortgeltung der bisherigen Regelung anordnen. Ein allgemeines Gesetz, das den Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ für ein ganzes Rechtsgebiet wie das Strafrecht außer Kraft setzen soll, wobei Ausstrahlungen auf andere Rechtsgebiete nicht außer Betracht bleiben dürfen, ist hingegen nicht mit einer demokratischen Rechtsordnung vereinbar. Wenn man bei blankettausfüllenden Gesetzen § 2 Abs. 1 StGB als Rechtsgeltungsregel verstände, wären auch die durch Strafnormen in Bezug genommenen Regelungen dem „lex posterior derogat legi priori“-Grundsatz entzogen und gälten fort. Entweder kommt man dann zu einer gespaltenen Rechtsgeltung, was mit den staatsrechtlichen Grundlagen der Gesetzeslehre nicht vereinbar ist, oder es wird zu einer Frage des Anwendungsbereichs einer Regelung, nämlich ob sie nur in den außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten noch zum Tragen kommt. Vergegenwärtigt man sich schließlich, dass das Straf-

recht nicht nur durch Blankettverweisungen außerstrafrechtliche Normen in Bezug nimmt, sondern dass darüber hinaus auch andere Regelungen die Strafrechtslage bestimmen können, so wird deutlich, dass § 2 Abs. 1 StGB bei der Interpretation als Rechtsgeltungsregelung letztlich zum Grundsatz und der „lex posterior“-Satz zur Ausnahme würde. Selbst wenn ein Strafgesetz ausdrücklich aufgehoben wird, müsste es aufgrund von § 2 Abs. 1 StGB, sofern man hierin eine strafrechtliche Geltungsregel sieht, fortgelten. Der Gesetzgeber konnte sich jedoch durch § 2 Abs. 1 StGB nicht der Kompetenz entledigen, ein Strafgesetz vollständig außer Kraft zu setzen. Schließlich spricht gegen die Einordnung von § 2 Abs. 1 StGB als Rechtsgeltungsregel, dass durch diese Vorschrift das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG bestätigt wird. Bei Art. 103 Abs. 2 GG handelt es sich aber nach ganz h.M. um ein Grundrecht des Bürgers, das der staatlichen Machtausübung Grenzen setzt,¹⁵ und nicht um eine Rechtsgeltungsregel. Außerdem wird in § 2 Abs. 1 StGB klargestellt, dass sich die Strafe und ihre Nebenfolgen nach dem Gesetz bestimmen, das zur Zeit der Tat gilt. Eine dahingehende Aussage, dass ein Gesetz, das zwischen Tat und Verurteilung aufgehoben oder geändert worden ist, weiterhin gilt, enthält § 62 Abs. 1 StGB nicht. Es handelt sich also nicht um eine Rechtsgeltungsregel.

Wenn gegen die hier vertretene Auffassung geltend gemacht wird, ein außer Kraft gesetztes Strafgesetz könne als „Nichtrecht“ nicht mehr angewendet werden, wird verkannt, dass aufgehobene Rechtsnormen sich als limitierende Faktoren für jüngere Gesetze erweisen können, wenn dies erforderlich ist, um Grundrechtseingriffe zu vermeiden. In solchen Fällen wird die Neuregelung durch das vorausgehende Gesetz inhaltlich begrenzt. Hierfür bedarf es nicht der Fortgeltung früherer Gesetze; es reicht eine Einschränkung des zeitlichen Anwendungsbereichs des jüngeren Gesetzes aus, und die Rechtsfolgen können weiterhin nach dem inzwischen aufgehobenen Gesetz bestimmt werden. Die Anwendung eines nicht (mehr) gültigen Gesetzes ist im Übrigen der Rechtsordnung keineswegs fremd, wie die Rechtslage bezüglich verfassungswidriger Gesetze zeigt, die bis zur Verwerfung durch das Bundesverfassungsgericht von den Gerichten anzuwenden sind und Rechtswirkungen hervorbringen.¹⁶

III. Vom „zeitlichen Geltungsbereich“ einer Norm ist ihr „zeitlicher Anwendungsbereich“ zu unterscheiden. Beim zeitlichen Anwendungsbereich geht es nicht um die Frage, ab wann und wie lange eine Norm gilt, sondern darum, in welchem Zeitraum sich die von dem Tatbestand erfassten Sachverhalte und Vorgänge ereignet haben müssen, um die Regelung anwenden zu können. Wenn ein Gesetz Rechtsfolgen an vergangene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen knüpft, die sich noch während der Geltung des früheren Gesetzes ereignet haben, liegt ein Fall der Rückwirkung vor. Wenn der Anwendungsbeginn eines Gesetzes auf einen Tag nach In-

¹² Näher dazu Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 442 f.

¹³ Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 230.

¹⁴ Vgl. nur Schmitz, in: MüKo StGB, 2003, § 2 Rn. 5.

¹⁵ Vgl. nur Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2000, Art. 103 II Rn. 14.

¹⁶ Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 207 f.

Kraft-Treten der neuen Regelung verlegt wird, ist das Gesetz mit seinem In-Kraft-Treten zwar gültig, aber noch nicht anwendbar. Die Anordnung der zeitlichen Anwendung betrifft somit nicht die Gültigkeit der Norm, sondern deren materiellen Inhalt.¹⁷ Die Normen betreffend die Geltung sind also den Regelungen, die den materiellen Inhalt bestimmen, vorgelagert.

Für die hier getroffene Unterscheidung zwischen „Geltung“ und „Anwendung“ spricht die Stimmigkeit und die größere Klarheit.¹⁸ Zwar kann auch ein „Anzuwenden sein“ als „Gelten für“ verstanden werden. Dieser weite Geltungsbegriff, der Formulierungen wie „anzuwenden“, „sich bestimmen nach“, „zu entscheiden sein nach“ umfasst und der sich auch in der Überschrift des § 2 StGB findet, sollte zugunsten des die Rechtslage klarer umschreibenden engen Geltungsbegriffs aufgegeben und von der Anwendung einer Norm unterschieden werden.

Die Anwendung des Rechts ist im Strafrecht den Strafverfolgungsorganen vorbehalten. Zwar richten sich Strafnormen mit den in ihnen enthaltenen Verboten an den Einzelnen, und für diesen muss die Strafbarkeit zum Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung vorhersehbar sein. Die Aburteilung, d.h. die Anordnung der Bestrafung, kann jedoch nur von den staatlichen Organen vorgenommen werden, und diese können sich nur auf das jeweils in Kraft befindliche Gesetz stützen, das einen Eingriff in die Rechte des Einzelnen vorsieht (Vorbehalt des Gesetzes).¹⁹ In Kraft ist aber zum Zeitpunkt der Verurteilung nur noch die später erlassene Vorschrift; die frühere Regelung hat entsprechend dem Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“²⁰ ihre Geltung verloren.²¹ Dennoch bleibt die frühere Regelung auf die zur Zeit ihrer Geltung begangenen Taten anwendbar. Diesbezüglich kann von einer „Nachwirkung des alten Rechts“ gesprochen werden,²² die insbesondere im Rahmen einer rückwirkenden Strafschärfung als Grenze der Rechtsanwendung Bedeutung erlangt. Hingegen kann eine Norm wie § 2 StGB als einfachrechtliche Regelung nicht zur (Fort-)Geltung im engeren Sinne eines Gesetzes für den Bereich des Strafrechts führen.²³

IV. Die Notwendigkeit einer klaren Unterscheidung zwischen Geltung im engeren Sinne und Rechtsanwendung wird be-

¹⁷ *Aschke*, Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem, 1987, S. 18 f.

¹⁸ So *Schroeder*, in: Festschrift für Bockelmann, S. 785, 787.

¹⁹ *Schröder*, ZStW 112 (2002), S. 44, 48 f.

²⁰ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1976, § 15 IV 2a.

²¹ *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 194, 226 ff.; *Tiedemann*, in: Festschrift für Peters, 1974, S. 203 ff.; *Tiedemann/Dannecker*, Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht, S. 13.

²² *Schroeder*, in: Festschrift für Bockelmann, S. 785, 788.

²³ So aber *Schönke/Schröder/Eser*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2001, § 2 Rn. 2; zustimmend *Schröder* ZStW 112 (2002), S. 44, 50. Zu der Streitfrage, ob grundsätzlich das neuere Recht oder das Tatzeitrecht anwendbar ist, vgl. den Überblick bei *Schröder*, ZStW 112 (2002), S. 44, 46 ff. m.w.N.

sonders deutlich, wenn nationales Recht und Gemeinschaftsrecht in Kollision zueinander geraten und dem Gemeinschaftsrecht dann der Vorrang gebührt.²⁴ So musste sich der EuGH mit der Frage auseinandersetzen, ob das strafrechtliche Milderungsgebot auch dann eingreift, wenn ein Mitgliedstaat eine strafrechtliche Norm, zu deren Statuierung er aufgrund einer Richtlinie verpflichtet ist,²⁵ aufgehoben hat und nach der neuen nationalen Regelung Strafflosigkeit eingetreten ist. Die konkreten Vorlagefragen betrafen italienische Strafverfahren gegen drei Beschuldigte, unter anderem gegen *Silvio Berlusconi*, den Ministerpräsidenten Italiens, gegen die der Vorwurf der Bilanzfälschung erhoben worden war. Die einschlägigen Straftatbestände sind durch ein „decreto legislativo“ vom April 2002 durch Einfügung von zusätzlichen Tatbestandsmerkmalen, Geringfügigkeitsklauseln und Strafantragserfordernissen sowie durch Herabsetzung des Strafmaßes, mit der Folge der Verkürzung der Verjährungsfristen, wesentlich entschärft worden, so dass bei Anwendung des neuen Rechts zum Teil keine Strafbarkeit mehr gegeben oder zumindest Verjährung eingetreten war. Allerdings war fraglich, ob die entschärften Strafvorschriften noch den einschlägigen gemeinschaftlichen Richtlinien zum Gesellschaftsrecht entsprachen und insbesondere mit Art. 6 erster Gedankenstrich der Ersten Richtlinie 68/151/EWG²⁶ vereinbar waren, nach dem die Mitgliedstaaten „geeignete Maßregeln für den Fall an[d]rohen müssen[, dass die vorgeschriebene Offenlegung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung unterbleibt“]. Fraglich war insbesondere, welche Auswirkungen ein Verstoß der neuen italienischen Vorschriften gegen die Richtlinien zum Gesellschaftsrecht im Rahmen der nationalen Strafverfahren hatte. Deshalb entschlossen sich die italienischen Gerichte zu einem Vorlageverfahren zum EuGH.

Generalanwältin *Kokott*²⁷ kommt in ihren Schlussanträgen zu dem Ergebnis, dass aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts weiterhin die frühere strafrechtliche Regelung anwendbar sei: Die Neuregelung komme infolge des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht zum

²⁴ Grundlegend EuGH Slg. 1986, I-0806 Rn. 15 (*Röser*); Slg. 1998, I-7637 (*Bickel*); zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch vor dem nationalen Strafrecht *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2005, § 9 Rn. 1 ff.

²⁵ Zur Kompetenz der Europäischen Union, die Mitgliedstaaten auch zur Schaffung nationaler Strafrechtsnormen zu verpflichten, vgl. *Albrecht/Braun*, KritV 2001, 312, 319 f.; *Bleckmann*, Festschrift für Stree und Wessels, 1993, S. 106, 111; *Dannecker/Streinz*, in: Rengeling: EUDUR, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 8 Rn. 62 ff.; *Sieber*, ZStW 103 (1991), S. 957, 963; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 26; *Vogel*, in: *Dannecker* (Hrsg.), Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, 1993, S. 170, 172.

²⁶ Erste Richtlinie des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikel 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. Nr. L 065 vom 14.3.1968, 8 ff.

²⁷ Schlussanträge vom 14.10.2004.

Tragen. Ein nachträglich erlassenes gemeinschaftsrechtswidriges Strafgesetz stelle kein anwendbares Gesetz dar. Damit wird sowohl die Anwendbarkeit des neuen Gesetzes als der milderen Regelung als auch die Wirkung des nationalen Aufhebungsaktes verneint, mit der Folge, dass das frühere Strafgesetz fortbesteht, also nach wie vor gelten soll. Dies bedeutet, dass der Vorrang des Gemeinschaftsrechts zur Rechtsgeltung des vom italienischen Gesetzgeber durch die Gesetzesänderung ausdrücklich außer Kraft gesetzten Gesetzes führen soll. Begründet wird dies damit, dass fast alle Mitgliedstaaten das Gebot der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes kennen und dieser Grundsatz auch international anerkannt sei. Zudem habe er Eingang in das sekundäre Gemeinschaftsrecht gefunden, etwa in die Regeln über Verwaltungsanktionen wegen Unregelmäßigkeiten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Gemeinschaft. Auch in Art. 49 Abs. 1 Satz 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sei er aufgenommen worden. Daher handele es sich nicht nur um einen rein nationalen, sondern um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts, der auf das zur Durchführung von EG-Richtlinien erlassene nationale Recht anzuwenden sei. Außerdem stützt sich die Generalanwältin auf die *ratio legis* des Milderungsgebots: In einem Fall mit Bezug zum Gemeinschaftsrecht rechtfertige sich die rückwirkende Anwendung des milderen Strafgesetzes nur dann, wenn der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gewahrt bleibe, wenn also auch die Wertvorstellungen des Gemeinschaftsgesetzgebers berücksichtigt würden und die gewandelten Anschauungen des nationalen Gesetzgebers mit den Vorgaben des Gemeinschaftsgesetzgebers im Einklang stünden. Es sei nicht ersichtlich, weshalb dem Einzelnen rückwirkend die veränderte Bewertung des nationalen Gesetzgebers über die Strafwürdigkeit seines Verhaltens zugute kommen solle, wenn diese Bewertung den unverändert fortbestehenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zuwiderlaufe.²⁸ Verstoße nämlich der nationale Gesetzgeber beim Erlass eines neuen, milderen Strafgesetzes gegen die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, so fördere er nicht die Kohärenz der anwendbaren Bestimmung, sondern gefährde die Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Daher bestehe in einem solchen Fall kein Anlass, von einem fundamentalen rechtstaatlichen Grundsatz wie dem der Gesetzmäßigkeit der Strafen eine Ausnahme zu machen. Im Gegenteil gebiete es die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung, dem vorrangig anwendbaren Gemeinschaftsrecht zur Durchsetzung zu verhelfen. Selbstverständlich – so die Generalanwältin – entfielen auch die Strafzwecke der Generalprävention und Spezialprävention nicht, wenn ein Verhalten lediglich nach Ansicht des nationalen Gesetzgebers straffrei bleiben soll, während für dasselbe Verhalten von Gemeinschaftsrechts wegen unverändert wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen angedroht sind.²⁹ Auf den Punkt gebracht könne man sagen, dass ein nachträglich erlassenes gemeinschaftsrechtswidriges Strafgesetz gar kein anwendbares milderes Strafgesetz darstelle.³⁰

²⁸ Generalanwältin Kokott, Schlussanträge, Rn. 162.

²⁹ Generalanwältin Kokott, Schlussanträge, Rn. 164.

³⁰ Generalanwältin Kokott, Schlussanträge, Rn. 164.

Der EuGH³¹ kommt zu dem entgegengesetzten Ergebnis: Der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes gehöre zu den gemeinsamen Verfassungs Traditionen der Mitgliedstaaten. Hieraus folge, dass dieser Grundsatz als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts anzusehen sei, die der nationale Richter zu beachten habe, wenn er das nationale Recht anwende. Dabei stelle sich allerdings die Frage, ob der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes auch dann gelte, wenn er gegen andere gemeinschaftsrechtliche Regeln verstoße. Für die Zwecke der Ausgangsverfahren komme es auf diese Frage jedoch nicht an, weil die fragliche Gemeinschaftsregel in einer Richtlinie enthalten sei, auf die sich die Justiz gegenüber einem Einzelnen im Rahmen eines Strafverfahrens berufe. Eine Richtlinie dürfe aber nicht dazu führen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Angeklagten festzulegen oder zu verschärfen.³²

Satzger³³ wirft beiden Lösungen vor, dass jede von ihnen einen Ausgleich zwischen dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts, dem Prinzip der „*lex mitior*“ und dem Verbot der strafbegründenden bzw. -schärfenden (unmittelbaren) Wirkung einer Richtlinie nur unter völliger Preisgabe eines der Prinzipien erreiche. Der EuGH hebele die wohl grundlegendste Maxime der Gemeinschaftsrechtsordnung aus, um zu verhindern, dass ein Beschuldigter nach dem zum Tatzeitpunkt geltenden (!) Strafgesetz verurteilt wird. Nüchtern betrachtet müsse dies erstaunen, weil der „*lex mitior*“-Grundsatz, der das nachträgliche Strafgesetz überhaupt erst berücksichtigungsfähig werden lasse, in den meisten nationalen Rechtsordnungen nicht einmal verfassungsrechtlich garantiert werde.³⁴ Satzger wählt zutreffend als Ausgangspunkt seiner Überlegungen den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und legt dar, dass eine echte Kollisionslage zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht vorliegen müsse, dass also die Lösung eines konkreten Falles unter Heranziehung der nationalen Rechtsordnung zwangsläufig zu einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts führen müsse. Dies erfordere, dass das in Frage stehende Gemeinschaftsrecht „unmittelbar anwendbar“ sei. Er überprüft, ob die neu eingeführten Vorschriften der Art. 2621 f. Cc mit der Verpflichtung nach Art. 10 EG, wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen einzuführen, kollidiert. Voraussetzung für diese Verpflichtung der Mitgliedstaaten sei die unmittelbare Anwendbarkeit, die aber nicht gegeben sei, da die Neufassung des Art. 2621 f. Cc nicht dem unmittelbar anwendbaren Minimalgehalt der Richtlinien und der Loyalitätspflicht gemäß Art. 10 EG entgegenstehe. Daher habe sich das von EuGH und Generalanwältin breit erörterte Problem der strafbarkeitsbegründenden Wirkung der Richtlinien bzw. der Anwendbarkeit des „*lex mitior*“-Grundsatzes gar nicht stellen können.³⁵

³¹ EuGH, EuZW 2005, 369 ff. (*Berlusconi*).

³² So die ständige Rechtsprechung seit dem Urteil EuGH, Slg. 1987, 3969, Rn. 13 (*Kolpinhuis Nijmwegen*).

³³ Satzger, JZ 2005, 998 ff.

³⁴ Satzger, JZ 2005, 998, 1000.

³⁵ Satzger, JZ 2005, 998, 1000 f.

Der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie vorgelagert ist jedoch die Frage, ob sich der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts bei einer nationalen Norm auch auf die in dieser Norm liegende derogierende Wirkung erstreckt. Dies hätte zur Folge, dass eine nationale Norm für rein inländische Sachverhalte außer Kraft gesetzt wäre, während dieselbe Regelung für grenzüberschreitende und die Europäische Union betreffende Sachverhalte fortbestünde, also in Geltung wäre. Damit käme der Europäischen Union gleichsam die Kompetenz zu, die Fortgeltung von Strafnormen für gemeinschaftsrechtlich relevante Fälle anzuordnen. Durch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen vorzusehen, könnten die betroffenen Bereiche der Strafkompentenz des nationalen Gesetzgebers durch gemeinschaftsrechtliche Rechtsakte entzogen werden, wenn nur hinreichend detaillierte Vorgaben – Tendenzen hierzu sind auf Gemeinschaftsebene bereits festzustellen³⁶ – getroffen werden. Eine solche Kompetenz auf dem Gebiet des Strafrechts wird von der ganz h.M. jedoch zutreffend verneint. Sowohl in der Rechtsprechung des EuGH³⁷ und des BGH³⁸ als auch in der einschlägigen Literatur³⁹ besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Mitgliedstaaten beim Abschluss der Verträge von Rom der Europäischen Gemeinschaft keine originäre Kompetenz zur Schaffung eines supranationalen Strafrechts übertragen haben.⁴⁰ Zwar wird teilweise geltend gemacht, dass das Strafrecht nicht schlechthin aus dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgeschlossen werden dürfe, weil die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, ihr nationales Recht in den Dienst der Integration zu stellen und sich die Annahme eines absoluten

³⁶ Näher dazu *Dannecker*, ZStW 117 (2005), S. 697 ff.

³⁷ EuGH, Slg. 1981, 2595, 2618 (*Casati*); EuGH, Slg. 1989, 221 f. (*Cowan/Trésor public*).

³⁸ BGHSt 25, 190; vgl. auch BGHSt 27, 182; 41, 131 f.

³⁹ *Albrecht/Braun*, KritV 1998, 460, 471; *Cuerda*, in: Schünemann/Suárez González (Hrsg.), Bausteine eines europäischen Wirtschaftsrechts, 1994, S. 367, 368 ff.; *Dannecker/Streinz*, in: Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 54 ff.; *Dannecker*, JZ 1996, 869; *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung, 2000, S. 335 ff.; *Kaiafa-Gbandi*, KritV 1999, 162, 165 f.; *Schulz*, in: Europäisierung des Rechts, 1996, S. 189; *Streinz*, in: *Dannecker* (Hrsg.), Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungssanktionen in der EU, 1994, S. 219, 220 ff.; *Tiedemann*, NJW 1993, 23 ff.; *Vogel*, GA 2002, 517, 525; *Weigend*, StV 2001, 63, 67; a.A. *Böse*, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 56; *Heitzer*, Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 136 ff.; *Pache*, Der Schutz der finanziellen Interessen der EG, 1994, S. 341. Zusammenfassend *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 4 Rn. 83 ff.

⁴⁰ BGHSt 27, 182; 41, 131 f.; *Böse*, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 54 ff.; *Gröblichhoff*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 141; *Pühs*, Der Vollzug des Gemeinschaftsrechts, 1997, S. 276 f., jeweils m.w.N.

Souveränitätsvorbehalts bei den Mitgliedstaaten aus integrativer Sicht als kontraproduktiv erweise.⁴¹ Dennoch ist weitgehend anerkannt, dass die vertragsschließenden Staaten die Ausübung einer so wesentlichen Befugnis wie die Androhung und Verhängung echter Kriminalstrafen ohne eine entsprechende ausdrückliche Ermächtigung der Europäischen Gemeinschaft nicht überlassen haben.⁴² In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass das Bundesverfassungsgericht zu Recht in seiner Maastricht-Entscheidung⁴³ den Ansatz, der Europäischen Gemeinschaft über Art. 308 EG immer neue Kompetenzen zuzuweisen, abgelehnt und die Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen der Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen und einer Vertragsänderung hervorgehoben hat.⁴⁴

Hinzu kommt, dass eine Erstreckung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts auch auf die derogierende Wirkung im Ergebnis über einen bloßen Anwendungsvorrang hinausginge und damit zum Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts führen würde. Eine so weitreichende Wirkung des Gemeinschaftsrechts hat der EuGH jedoch stets abgelehnt⁴⁵ und dem Gemeinschaftsrecht lediglich Anwendungsvorrang zugesprochen, der die Geltung des nationalen Rechts unberührt lässt. Daher kann auch nicht der Auffassung *Satzgers* gefolgt werden, dass im Falle einer unmittelbaren Anwendbarkeit eines Minimalgehalts des EG-Rechts die Strafbarkeit erhalten bleibe, wenn ein die Strafbarkeit einschränkendes oder aufhebendes nationales Gesetz gemeinschaftswidrig ist. Eine Kollision mit den gemeinschaftsrechtlichen Minimalanforderungen kann nie, auch nicht bei Vorliegen der Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit, die derogierende Wirkung einer nationalen Strafvorschrift ausschließen. Wenn ein nationales Strafgesetz entgegen der Verpflichtung aus Art. 10 EG aufgehoben oder durch ein milderes Gesetz außer Kraft gesetzt wird, ist die Geltung der früheren Strafnorm beseitigt. Das Vorrangprinzip ist von vornherein nicht darauf gerichtet, eine im nationalen Recht

⁴¹ *Zuleeg*, JZ 1992, 762; zustimmend *Appel*, in: *Dannecker* (Hrsg.), Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungssanktionen in der Europäischen Union, S. 177.

⁴² Vgl. *Dannecker*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 339, 346 ff.; *Dannecker/Streinz*, in: Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 8 Rn. 55; *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung, S. 309 ff.; *Gärditz*, wistra 1999, 293; *Gröblichhoff*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften, S. 141.

⁴³ BVerfGE 89, 155.

⁴⁴ Lediglich in Bezug auf Art. 280 Abs. 4 EG ist umstritten, ob hierin eine strafrechtliche Kompetenz für einen sehr begrenzten Bereich besteht; zur Sonderstellung des Schutzes der finanziellen Interessen im Rahmen der supranationalen Strafrechtskompetenzen vgl. *Fromm*, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, passim.

⁴⁵ Grundlegend EuGH, Slg. 1964, 1251, 1270 (*Costa/ENEL*).

bestehende oder entstandene Lücke durch hinzugedachtes nationales Recht zu füllen.⁴⁶

Auch der EuGH setzt in der „*Berlusconi*“-Entscheidung voraus, dass die derogierende Wirkung der nationalen Strafnorm von der zur Sanktionierung verpflichtenden Richtlinie unberührt geblieben ist, wenn dargelegt wird, dass die fragliche Gemeinschaftsregel, welche die Mitgliedstaaten zu wirksamen, abschreckenden und verhältnismäßigen Sanktionen verpflichtete, in einer Richtlinie enthalten sei, auf die sich die Justiz gegenüber einem Einzelnen im Rahmen eines Strafverfahrens berufe. Eine Richtlinie dürfe aber nicht dazu führen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Angeklagten festzulegen oder zu verschärfen. Daher stelle sich in den Ausgangsfällen die Frage nicht, ob der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes auch dann gelte, wenn er gegen andere gemeinschaftsrechtliche Regeln verstoße.

Hier wird deutlich, dass die systematische Einordnung des Milderungsgebots als bloße Ausnahme zu dem fundamentalen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Strafen („*nulum crimen, nulla poena sine lege*“), weil rückwirkend ein anderes Gesetz angewandt wird als das zum Tatzeitpunkt geltende – so Generalanwältin *Kokott*⁴⁷ in Übereinstimmung mit der h.M. in Deutschland⁴⁸ –, den Blick auf die Probleme eher verstellt als erhellt, wie der Jubilar bereits im Jahre 1979 zu Recht angemahnt hat.⁴⁹ Das Milderungsgebot kam, wie der EuGH zutreffend annimmt, nur insoweit zum Tragen, als es eine Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips ist. Die Lösung des Falles ergibt sich aus den Regelungen über die Rechtsgeltung und das Gesetzlichkeitsprinzip, das eine gültige Rechtsgrundlage zum Urteilszeitpunkt erfordert. Daher gehen auch die im Ansatz zutreffenden Argumente der Generalanwältin *Kokott* zur *ratio legis* des Milderungsgebots ins Leere.

V. Eine andere Fallkonstellation liegt vor, wenn sich das Gemeinschaftsrecht begrenzend auf eine nationale Strafnorm auswirkt, ohne dass das nationale Gesetz geändert worden ist. Auch in solchen Fällen stellt sich die Frage nach dem zeitlichen Anwendungsbereich des Strafrechts, also nach dem Zeitpunkt, ab dem sich eine aus dem Gemeinschaftsrecht ergebende Milderung aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts strafbegrenzend auswirkt. Da das Strafgesetz nicht geändert wird, sondern lediglich ein Anwendungsvorrang für das Gemeinschaftsrecht besteht, können die nationalen Regelungen über die Anwendung des milderen Rechts, die eine Gesetzesänderung voraussetzen, nach dem Gesetzeswortlaut keine unmittelbare Anwendung finden. Wenn es sich beim Milderungsgebot jedoch um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts handelt, müssen auch Veränderungen der Rechtslage, die sich infolge

des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts ergeben, zugunsten des Täters berücksichtigt werden. Denn die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die allgemeinen Rechtsgrundsätze bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen und die darin getroffenen Vorgaben einzuhalten.

Mit dieser Problematik musste sich der EuGH im Fall „*Awoyemi*“ befassen und zum strafrechtlichen Milderungsgebot Stellung nehmen, weil eine nationale Strafnorm gegen eine Richtlinie verstoßen hat, deren Umsetzungsfrist jedoch noch nicht abgelaufen war.⁵⁰ Der EuGH bejahte das Eingreifen des strafrechtlichen Milderungsgebots, um eine möglichst rasche und effektive Umsetzung des Gemeinschaftsrechts in nationales Recht durchzusetzen. Auf den Aspekt des Zeitgesetzes ging er dabei nicht ein, obwohl in Folge der Umsetzungsfrist für die Richtlinie die Nichtanwendung des nationalen Strafrechts zeitlich absehbar geworden war und damit die Gefahr bestand, dass die Strafnorm ihre verhaltenssteuernde Wirkung verlieren könnte.

Der EuGH legte dar, dass es das Gemeinschaftsrecht nicht verbiete, dass nationale Gerichte für die Zwecke der Anwendung des nationalen Rechts nach einem Grundsatz ihres Strafrechts die günstigeren Bestimmungen des EG-Rechts berücksichtigt, auch wenn das Gemeinschaftsrecht keine dahin gehende Verpflichtung enthält.⁵¹ Generalanwalt *Léger* hatte in seinen Schlussanträgen vom 16.7.1998 unter Verweis auf die frühere Rechtsprechung des EuGH⁵² die Frage, ob es sich beim Milderungsgebot um einen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz handelt, verneint.⁵³ Entsprechend kam auch der EuGH zu dem Ergebnis, dass keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten bestehe, das Milderungsgebot zu berücksichtigen.⁵⁴ Vielmehr seien die nationalen Vorschriften über die Rückwirkung des günstigeren Strafgesetzes entscheidend.

Inzwischen ist der EuGH einen Schritt weiter gegangen und hat sich der Auffassung von Generalanwältin *Kokott*⁵⁵ in der Entscheidung „*Berlusconi*“ im Ergebnis angeschlossen und den strafrechtlichen Milderungsgrundsatz als allgemeinen Rechtsgrundsatz qualifiziert, den der nationale Richter zu beachten hat, wenn er das nationale Recht anwendet.⁵⁶ Während der EuGH allerdings davon ausging, dass der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gehöre und deshalb einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstelle,⁵⁷ verneinte die Generalanwältin die Zugehörigkeit zu den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ausdrücklich.

⁵⁰ EuGH, EuZW 1999, 52 ff. (*Awoyemi*); vgl. auch EuGH EuZW 2000, 89 f. (*Arblade und Leloup*); eingehend dazu *Gleß*, GA 2000, 224, 230 ff.

⁵¹ EuGH, EuZW 1999, 52, 54 Rn. 38 (*Awoyemi*).

⁵² EuGH, Slg. 1995, I-361 Rn. 9 (*Bordessa*); EuGH, Slg. I-1996, 929 Rn. 17 (*Skanavi und Chryssanthakopouzlos*).

⁵³ Generalanwalt *Léger*, Schlussanträge, Slg. 1998, I-6784, Rn. 31 und 32 (*Awoyemi*).

⁵⁴ EuGH, Slg. 1998, I-6784, Rn. 31 und 32 (*Awoyemi*).

⁵⁵ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, Rn. 157.

⁵⁶ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, Rn. 69.

⁵⁷ EuGH, EuZW 2005, 369 ff., Rn. 68.

⁴⁶ *Satzger*, JZ 2005, 998, 1000.

⁴⁷ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, Rn. 135, 147, 159; zustimmend *Gross*, EuZW 2005, 371, 373.

⁴⁸ Vgl. nur *Schröder*, ZStW 112 (2000), S. 44, 45 m.w.N.

⁴⁹ *Schroeder*, in: Festschrift für Bockelmann, S. 785 f.

Sie begründet die Zugehörigkeit zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vielmehr damit, dass die meisten der 25 Mitgliedstaaten der Europäischen Union – mit Ausnahme Irlands und des Vereinigten Königreichs – diesen Grundsatz anerkennen. Dieser Grundsatz, der auch in Art. 15 Abs. 1 Satz 3 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) garantiert wird,⁵⁸ habe in den meisten Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keinen Verfassungsrang,⁵⁹ aber bereits seit einiger Zeit Eingang in das sekundäre Gemeinschaftsrecht gefunden und sei in die Charta der Grundrechte aufgenommen worden. Bezüglich der Hintergründe des Milderungsgebots führte die Generalanwältin aus, dass es sich um eine Ausnahme zu dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Strafen darstelle, weil rückwirkend ein anderes Gesetz angewandt werde als das zum Tatzeitpunkt geltende. Dieser Ausnahme lägen letztlich Billigkeitserwägungen zugrunde, welche nicht den gleichen hohen Rang haben könnten wie der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Strafen, der aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit folge. Deshalb habe der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung milderer Strafgesetze in den meisten nationalen Rechtsordnungen keinen Verfassungsrang, sondern sei einfachgesetzlich verankert.

Was die Hintergründe des Milderungsgebots anbetrifft, können diese Ausführungen nicht unwidersprochen bleiben. Das strafrechtliche Milderungsgebot beruht auf dem Grundgedanken, dass in einem der Gegenwart angehörenden Urteil nicht die durch den Wandel der Rechtsanschauung überwundene Strenge der Vergangenheit zum Ausdruck gelangen soll, und damit auf einem Gebot der Gerechtigkeit, einen Wandel der Auffassungen über Recht und Unrecht oder über die Schwere einer Tat und damit über die Strafwürdigkeit auch für frühere Taten dem Täter zugute kommen zu lassen.⁶⁰ Der Richter soll nicht in die Lage gebracht werden, nach einer Norm zu verurteilen, die im Widerspruch zu der einer Gesetzesänderung zugrunde liegenden gewandelten Rechtsüberzeugung des Gesetzgebers steht. Er soll das „neuere, jetzt als das vernünftiger, bessere, humaner erachtete Strafrecht“ anwenden.⁶¹ Auf diese Weise wird die Kohärenz der Rechtsordnung gewahrt.

Weiterhin sind Fälle denkbar, in denen die Strafdrohung aus general- oder spezialpräventiven Gründen zu hoch erachtet und deshalb vom Gesetzgeber herabgesetzt wird. In diesen Fällen enthält das neue Recht die richtigere, geläuterte kriminalpolitische Konzeption und trägt den Anforderungen der Strafbedürftigkeit und der Angemessenheit der Strafdrohung als Ausprägungen des rechtsstaatlichen Willkürverbots und der Verhältnismäßigkeit Rechnung. In diesen Fällen entspricht die Berücksichtigung nachträglicher Strafrechtsmilde-

runge ebenso den rechtsstaatlichen Grundsätzen wie das Verbot der Rückwirkung von Strafschärfungen.

Demgegenüber sieht Generalanwältin *Kokott*, wie bereits dargelegt, im Milderungsgebot nur eine Ausnahme zum fundamentalen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Strafen. Diese Ausnahme soll auf Billigkeitserwägungen beruhen, welche nicht den gleichen hohen Rang haben könnten wie etwa der Geltungsgrund für den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Strafen.⁶²

Die Absicherung des Milderungsgebots mit Billigkeitserwägungen kann jedoch nicht überzeugen.⁶³ Die Besonderheit von Billigkeitsentscheidungen liegt im Erfordernis einer persönlichen Wertung, die es ermöglicht, in Fällen, „deren besondere, eigenartige Merkmale sie derart vom Durchschnitt abheben, dass sie der rechtlichen Gleichbehandlung durch die abstrakte Norm widerstreben und wegen ihrer relevanten Ungleichheit eine ihrer Eigenheit entsprechende Beurteilung und Lösung fordern, [...] dem besonderen Einzelfall sein Recht zu gewähren.“⁶⁴ Billigkeitsentscheidungen berichtigen die Allgemeinheit des Gesetzes⁶⁵ und passen eine Regel infolge neuer Erkenntnisse, Erfahrungen, Gerechtigkeitsvorstellungen oder Sozialverhältnisse den veränderten Umständen an. Es wird eine neue Regel gesetzt, die zukünftig auf alle Fälle, auf welche derselbe „Billigkeitsgesichtspunkt“ zutrifft, anzuwenden ist.⁶⁶ Beim Milderungsgebot wird demgegenüber nicht im Einzelfall ein neues, eigenes Gesetz gesucht, das sich schließlich gleichfalls zu einem allgemeinen Gesetz erheben lässt, sondern der Einzelfall unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Normen entschieden. Damit handelt es sich aber um eine Gerechtigkeits- und nicht um eine Billigkeitsentscheidung.⁶⁷ Das Milderungsgebot ist somit eine Ausprägung verhältnismäßiger Gerechtigkeit,⁶⁸ wie sie auch in Art. 15 Abs. 1 S. 4 IPBPR völkerrechtlich garantiert wird.⁶⁹ Die Berücksichtigung nachträglicher Strafmilderungen entspricht daher – ebenso wie das Verbot der Rückwirkung von Strafschärfungen – rechtsstaatlichen Grundsätzen.

Demnach kann festgehalten werden, dass das Milderungsgebot dem Erfordernis, dass zum Urteilszeitpunkt eine gesetzliche Eingriffsermächtigung vorliegen muss, die in Kraft und damit gültig ist, also dem Gesetzlichkeitsprinzip

⁵⁸ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, Rn. 156.

⁵⁹ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, Rn. 160. Das Milderungsgebot hat nur in Portugal, Frankreich, Luxemburg, Estland, Slowakei, Slowenien und Tschechien Verfassungsrang; *Gross*, EuZW 2005, 371, 372.

⁶⁰ *Schroeder*, in: Festschrift für Bockelmann, S. 785, 789; vgl. auch *Mohrbotter*, ZStW 88 (1976), S. 923 ff., 935.

⁶¹ So schon RGSt 21, 294.

⁶² So Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, Rn. 159 f.

⁶³ So Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, Rn. 160.

⁶⁴ *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, 2. Aufl. 1977, S. 421.

⁶⁵ *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie, 1971, S. 179 ff.

⁶⁶ *Weinberger*, in: Festschrift für Marcic, Bd. 1, 1974, S. 409, 424.

⁶⁷ Vgl. auch *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1956, S. 123.

⁶⁸ *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 410 ff.; *Schroeder*, in: Festschrift für Bockelmann, S. 785, 789; *Tiedemann*, in: Festschrift für Peters, 1974, S. 195.

⁶⁹ Näher dazu *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 424 ff.

Rechnung trägt⁷⁰ und darüber hinaus den Anforderungen der verhältnismäßigen Gerechtigkeit entspricht. Damit ist dem EuGH zuzustimmen, dass das Milderungsgebot den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten entspricht, auch wenn es nicht ausdrücklich in den Verfassungen der Mitgliedstaaten normiert ist. Beide Rechtsgedanken – Gleichheitsprinzip und verhältnismäßige Gerechtigkeit – müssen gleichermaßen im Gemeinschaftsrecht gelten.⁷¹ Wenn allerdings *Schröder* den Rechtsgedanken des § 2 Abs. 3 StGB, der das Meistbegünstigungsprinzip enthält, nur in Fällen angewandt wissen will, in denen eine Richtlinie nicht nur das „Wie“ der Strafbarkeit modifiziert, sondern die Strafbarkeit als solche beseitigt,⁷² ist diese Einschränkung mit dem Gerechtigkeitsgehalt des Milderungsgebots nicht vereinbar. Denn auch die Strafbedürftigkeit ist Ausprägung des den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten entsprechenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Besonderheiten wirft der Fall „*Awoyemi*“ noch insoweit auf, als die Umsetzungsfrist für die Richtlinie noch nicht abgelaufen war. Durch die Umsetzungsfrist bei Richtlinien soll den nationalen Gesetzgebern lediglich eine unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten unabdingbare Frist eingeräumt werden; in materieller Hinsicht ist hingegen die Anwendung des richtlinienwidrigen Gesetzes mit In-Kraft-Treten der Richtlinie nicht mehr erwünscht. Der europäische Gesetzgeber hat bereits eine andere rechtliche Grundanschauung getroffen, und diese muss auch durchgesetzt werden. Wenn aber eine nationale Gesetzesänderung nicht auf der besonderen Zeitgebundenheit des Gesetzes, sondern auf einem Wandel der Rechtsanschauung beruht, ist eine Einschränkung des Milderungsgebots nicht vertretbar. Dieses Ergebnis stimmt im Übrigen mit der h.M. zum nationalen Recht überein, nach der die Sonderregelung für Zeitgesetze (§ 2 Abs. 4 StGB) im Falle einer geänderten Rechtsanschauung nicht anwendbar ist,⁷³ sondern das Milderungsgebot eingreift. Damit kann festgehalten werden, dass der EuGH mit seiner Rechtsprechung in der Entscheidung „*Awoyemi*“ dem Gebot verhältnismäßiger Gerechtigkeit Rechnung trägt.

VII. Eine weitere Frage stellt sich in Bezug auf den Anwendungsbereich, der dem Milderungsgebot unterliegt. Als milderes Gesetz kommt das gesamte sachliche Strafrecht einschließlich außerstrafrechtlicher Normen, die für die Bestimmung der Strafbarkeit notwendig sind, in Betracht. Somit sollten prinzipiell auch Richtlinien, welche begünstigend auf das Strafrecht wirken, als Gesetze angesehen werden, um dem Milderungsgebot zur umfassenden Geltung zu verhelfen.

⁷⁰ *Vogel*, in: Tiedemann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, 2002, S. 91, 95; dies verkennt *Gross*, EuZW 2005, 371, 373.

⁷¹ *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 299.

⁷² *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 299.

⁷³ *Rudolphi*, in: SK StGB, Stand: Juni 2004, § 2 Rn. 16; *Schönke/Schröder/Eser*, StGB, § 2 Rn. 40; *Schmitz*, in: MüKo StGB, 2005, § 2 Rn. 40 ff.

Allerdings ist im nationalen Recht umstritten, wann eine Modifikation einer außerstrafrechtlichen Norm als beachtliche Gesetzesänderung im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB anzusehen ist. Während nach einer Mindermeinung auf alle Änderungen eines Bezugstatbestandes das Milderungsgebot angewendet werden soll,⁷⁴ ist nach h.M. zwischen der Änderung einer Norm, welche ein Blankettstrafgesetz ausfüllt, und anderen Bezugstatbeständen, welche lediglich zu einer mittelbaren Strafrechtsänderung führen, zu differenzieren.⁷⁵ Unstreitig ist, dass die Änderung von blankettausfüllenden Normen stets zu berücksichtigen ist.⁷⁶ Bei anderen Bezugstatbeständen soll hingegen danach unterschieden werden, ob die Gesetzesänderung das Unrecht der Rechtsgutsverletzung⁷⁷ bzw. den Unrechtskern⁷⁸ unberührt lässt. Hinter dieser Differenzierung verbirgt sich die schon vom Reichsgericht vorgenommene Unterscheidung zwischen der „Änderung der Rechtsanschauung“⁷⁹ und der „Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen“⁸⁰ des Strafrechts. Wenn Gesetzesänderungen aus Gerechtigkeitserwägungen vorgenommen werden, sind sie stets als Milderungen zu berücksichtigen. Wenn die Rechtsänderungen hingegen gerechtigkeitsneutral sind, sollen sie nicht zu einer Milderung führen.⁸¹ Bei dieser Abgrenzung ist jedoch zu beachten, dass jede Gesetzesänderung, die zu einer geringeren Belastung für den Bürger führt, grundsätzlich auch eine Bewertungsänderung beinhaltet.⁸² Daher ist das Milderungsgebot stets anzuwenden, zumal im Strafrecht erhöhte Anforderungen an die Rechtssicherheit und an die Vorhersehbarkeit von Strafnormen einschließlich der auf außerstrafrechtliche Regelungen verweisenden Normen gelten.⁸³ Deshalb sind auch gemeinschaftsrechtliche Regelungen, die aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts zu einer Milderung der Rechtslage im Strafrecht führen, generell als gesetzliche Milderungen zu berücksichtigen.

Würde man Einschränkungen des Milderungsgebots in Abhängigkeit vom Unrechtsbezug des Gemeinschaftsrechts

⁷⁴ *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 475 ff.

⁷⁵ *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 4/70 ff.; zustimmend *Samson*, wistra 1983, 234, 237.

⁷⁶ Vgl. nur BGHSt 20, 177, 180 ff.; *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 492 f.

⁷⁷ So *Schröder*, ZStW 112 (2000), S. 44, 64 ff.

⁷⁸ *Schönke/Schröder/Eser*, StGB, § 2 Rn. 26.

⁷⁹ RGSt 32, 112.

⁸⁰ RGSt 46, 308.

⁸¹ Näher dazu *Käckell*, Die Bedeutung des Strafgesetzbegriffs in der Lehre von der strafrechtlichen Rückwirkung, 1915, S. 95 f.; *Mezger*, ZStW 42 (1921), S. 348, 356 f., jeweils m.w.N.

⁸² *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 489.

⁸³ BVerfGE 5, 31; 8, 302; *Tiedemann*, in: Festschrift für Peters, S. 193, 201 f. unter Berufung auf *Affolter*, Das intertemporale Recht. Das Recht der zeitlich verschiedenen Rechtsordnungen, Bd. I, Teil 1, Geschichte des intertemporalen Strafrechts, 1902, S. 625 Fn. 2 und *Scheerbarth*, Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte (so genannte Rückwirkung von Gesetzen), 1961, S. 94.

vornehmen, so könnte und müsste der nationale Richter mittels Bestimmung des geschützten Rechtsguts über den Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Milderungsgebots entscheiden, wie anhand der Auswirkungen der EG-Richtlinie 91/439/EWG,⁸⁴ über die in dem „*Awoyemi*“-Verfahren entschieden werden musste, gezeigt werden kann: In diesem Verfahren ging es um das Fahren ohne belgische Fahrerlaubnis in Belgien. *Ibinynka Awoyemi* hatte jedoch in Großbritannien einen Führerschein nach EG-Muster erworben und lediglich versäumt, diesen innerhalb eines Jahres gegen eine belgische EG-Fahrerlaubnis umzutauschen. Nach der damals geplanten EG-Richtlinie 91/439/EWG sollte eine Umtauschpflicht nicht mehr zwingend, sondern lediglich fakultativ bestehen (Art. 1 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie). Wäre *Awoyemi* in Deutschland mit dem britischen Führerschein gefahren, so hätte sich die Frage gestellt, ob sich das Unrecht des Fahrens ohne Fahrerlaubnis in der Inkriminierung des Fahrens ohne gültige Fahrerlaubnis, also im bloßen Ungehorsam, erschöpft und deshalb eine mildere Wirkung abzulehnen wäre, oder ob das Unrecht darin liegt, dass ein nach den nationalen Vorschriften nicht zur Führung eines Kfz geeigneter und deshalb abstrakt gefährlicher Fahrer am Straßenverkehr teilnimmt. Im letzteren Falle würde der Unrechtsgehalt durch den Wegfall der Umtauschpflicht tangiert, und eine Milderung wäre anzuerkennen. Um das Milderungsgebot nicht von solchen Differenzierungen

des nationalen Rechts abhängig zu machen, sollte bei strafbarkeitsbegrenzenden Richtlinien des Gemeinschaftsrechts das Milderungsgebot wegen der erhöhten Anforderungen an die Rechtssicherheit bei Vorschriften, die die Rechtsgeltung und den zeitlichen Geltungsbereich betreffen, generell angewendet werden. Auf diese Weise kann außerdem sichergestellt werden, dass dem vorrangig anwendbaren Gemeinschaftsrecht zur Durchsetzung verholpen wird.

VIII. Die Rechtsfragen, die sich bei der Bestimmung des zeitlichen Geltungsbereichs von Strafgesetzen im Zusammenhang mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts stellen, können nicht durch die nationalen Regelungen des § 2 StGB geklärt werden, wie es in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor kontrovers diskutiert wird. Vielmehr ist es erforderlich, das Zusammenspiel der Grundsätze „*lex posterior derogat legi priori*“, „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ und „*lex mitior*“ zunächst losgelöst von den nationalen Regelungen zu bestimmen, denn hierbei handelt es sich um allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, die von den Mitgliedstaaten zu beachten sind und die am Vorrang des Gemeinschaftsrechts teilhaben. Auf diese Weise kann erreicht werden, dass die Grundstrukturen des zeitlichen Geltungsbereichs von Strafgesetzen deutlich werden und auf dieser Grundlage Lösungen erarbeitet werden, die rechtsstaatlichen Anforderungen gerecht werden.

⁸⁴ ABl. Nr. L 375 vom 29.7.1980, 1.