

# §§ 1-37

5. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-81311-5  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

anknüpfen, sondern (erst) an eine bereits verhängte Strafe. Letzteres betrifft etwa gesetzlich vorgesehene Berufsverbote wie die **Inhabilitätsregelungen** des § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG, die durch das MoMiG<sup>40</sup> erweitert wurden und für die § 3 Abs. 2 EGGmbHG keine Übergangsregelung vorsieht, so dass der (neue) § 6 Abs. 2 GmbHG eine den Verurteilten belastende Rückwirkung entfaltet. Bei solchen gesetzlich angeordneten Berufsverboten handelt es sich nicht um „Maßregeln der Besserung und Sicherung“, so dass es insoweit nicht darauf ankommt, ob man die Ausnahmevorschrift des § 2 Abs. 6 StGB für verfassungskonform hält (→ Rn. 80 f.). Solche an einen bestimmten Strafausspruch anknüpfenden Normen stellen aber auch keine „Strafgesetze“ im Übrigen dar,<sup>41</sup> auch wenn ihre Wirkung bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden muss (→ § 46 Rn. 55 mwN). Sie sind eher dem Gefahrenabwehrrecht zuzuordnen, so dass nicht das spezielle Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG, sondern „nur“ das allgemeine, dem Rechtsstaatsprinzip zugehörige Rückwirkungsverbot einschlägig ist.<sup>42</sup> Entsprechendes gilt für die Voraussetzungen eines **Tätigkeitsverbots** wie etwa in § 72a SGB VIII. – Wenn tätigkeitsverbotende Vorschriften allerdings ihrerseits sanktioniert sind, ihre Voraussetzungen also auch (blankettausfüllende) Voraussetzungen einer Straf- oder Bußgeldnorm sind, gehören sie zwingend zu den „Gesetzen“ iSd § 2. Dies ist zB bei § 25 JArbSchG<sup>43</sup> der Fall, da ein Verstoß gegen das dort normierte Verbot für bestimmte verurteilte Personen, Jugendliche zu beschärfen, über § 58 Abs. 2 JArbSchG bußgeldbewehrt ist und unter den Voraussetzungen des § 58 Abs. 5, 6 JArbSchG eine Straftat darstellt.

**3. Beginn der Gesetzesgeltung.** Nach Art. 82 GG müssen Gesetze im BGBl. ver- **16**  
kündet werden. Sofern ein Gesetz bestimmt, dass es mit dem Tag seiner Verkündung in Kraft tritt, ist zweifelhaft, ob es bereits mit Beginn des Tages der Verkündung iSd § 2 Abs. 1 gilt,<sup>44</sup> mit dem exakten Verkündungszeitpunkt<sup>45</sup> oder mit Ablauf des Verkündungstages.<sup>46</sup> Für diesen letzten Zeitpunkt spricht schon der Umstand, dass Fristen, die an ein bestimmtes Ereignis gebunden sind, mit Ablauf des Tages beginnen, an dem das Ereignis eintritt.<sup>47</sup> Hier kommt hinzu, dass aus Gründen des Vertrauensschutzes Straftatbestände erst dann Geltung beanspruchen können, wenn die betroffenen Bürger wenigstens theoretisch die Möglichkeit gehabt haben, sich über ihr Inkrafttreten zu informieren.<sup>48</sup>

## II. Gesetzesänderungen während der Tatbegehung (Abs. 2)

Abs. 2 bestimmt, dass bei einer Gesetzesänderung noch während der Tatbegehung das **17**  
bei Beendigung der Tat geltende Recht anzuwenden ist. Mit „Beendigung der Tat“ ist nicht der Zeitpunkt iSd „Beendigungslehre“ gemeint, der nach verbreiteter Ansicht ua für den Beginn der Strafverfolgungsverjährung entscheidend ist.<sup>49</sup> „Beendigung der Tat“ iSd Abs. 2 knüpft vielmehr an den Tatzeitpunkt des Abs. 1 (→ Rn. 11 ff.) an; gemeint ist also die Beendigung des tatbestandsmäßigen Verhaltens.<sup>50</sup> Damit enthält der Absatz – entgegen dem ersten Anschein – **keine eigenständige Regelung**.<sup>51</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob man unter Abs. 2 nur die Fälle einer Änderung einer schon bestehenden Strafdrohung<sup>52</sup> oder auch die Einführung eines neuen Straftatbestandes<sup>53</sup> subsumiert. Abs. 2 betrifft ohne-

<sup>40</sup> Gesetz vom 23.10.2008 (BGBl. I 2026).

<sup>41</sup> Str., aA Bittmann NSTZ 2009, 113 (119); Leplow PStR 2009, 250 (251).

<sup>42</sup> Vgl. dazu Hinghaus/Höll/Hüls/Ransiek wistra 2010, 291.

<sup>43</sup> Gesetz vom 12.4.1976 (BGBl. I 965), zuletzt geänd. durch Art. 2 Gesetz vom 16.7.2021 (BGBl. I 2970).

<sup>44</sup> So für das Zivilrecht RG 7.12.1917 – Rep. II. 293/17, RGZ 91, 339 (340).

<sup>45</sup> So RG 4.1.1923 – III 660/22, RGSt 57, 49 (50 f.).

<sup>46</sup> So LK-StGB/Dannecker/Schuh Rn. 40 unter Hinweis auf „in dubio pro reo“.

<sup>47</sup> Vgl. nur Art. 82 Abs. 2 GG, § 187 Abs. 1 BGB.

<sup>48</sup> Ebenso LK-StGB/Dannecker/Schuh Rn. 40; SK-StGB/Jäger Rn. 8; NK-StGB/Kargl Rn. 13.

<sup>49</sup> Vgl. zu diesem Beendigungszeitpunkt → § 78a Rn. 5 mwN.

<sup>50</sup> Vgl. LK-StGB/Dannecker/Schuh Rn. 54 mwN.

<sup>51</sup> Vgl. Jakobs Strafr AT 4/58: „Sachlich bedeutungslos“; zustimm. SK-StGB/Jäger Rn. 9.

<sup>52</sup> So zB NK-StGB/Kargl Rn. 15; SK-StGB/Jäger Rn. 12.

<sup>53</sup> So zB Schönke/Schröder/Hecker Rn. 13; Jakobs Strafr AT 4/58 ff.

hin nur Dauerdelikte und in Fortsetzungszusammenhang stehende Delikte – soweit dieser Fall nach den vom BGH dazu aufgestellten Grundsätzen<sup>54</sup> noch möglich sein sollte (ein entsprechender Fortsetzungszusammenhang wurde seitdem nicht mehr bejaht). Aber selbst für die Dauerdelikte entfaltet Abs. 2 letztlich keine Wirkung, obwohl sie nach hM einheitlich zu beurteilen sind.<sup>55</sup> Das liegt daran, dass Abs. 2 **keine Ausnahme vom allgemeinen Rückwirkungsverbot** beinhaltet.<sup>56</sup>

- 18 – **Wird ein bestimmtes Verhalten erst während seiner Verwirklichung strafbar**, so dass ein Teil der Tatbestandsverwirklichung noch außerhalb des Geltungszeitraums des Strafgesetzes liegt, bleibt das Verhalten **straflos** (§ 1). Anderenfalls handelte es sich um eine rückwirkende Gesetzesanwendung, die weder von Abs. 2 bezweckt noch überhaupt zulässig wäre.<sup>57</sup> Entsprechendes gilt für den Fall der Heraufstufung einer Ordnungswidrigkeit zu einer Straftat.<sup>58</sup>
- 19 – Tritt **während der Tatbegehung eine Verschärfung der Strafdrohung** in Kraft, gilt für den Täter dennoch das bei Beginn der Tat geltende mildere Recht (§ 1), da sonst ebenfalls das Gesetz rückwirkend angewendet würde. Dies ist unabhängig davon, ob der Grundtatbestand verschärft oder ein neuer Qualifikationstatbestand eingeführt wird.<sup>59</sup>
- 20 – Führt die Rechtsänderung dagegen zu einer **Milderung der Strafdrohung**, gilt nach Abs. 3 (vorbehaltlich § 2 Abs. 4) für die Tat das mildere Gesetz.<sup>60</sup>
- 21 – Lediglich dann, wenn die Gesetzesänderung nicht eine unteilbare Tat, sondern wie bei den **Dauerdelikten** eine Vielzahl im Prinzip unterscheidbarer Tatbestandsverwirklichungen betrifft, die als eine Tat abgeurteilt werden, kann der **Täter aus dem neuen Straf-tatbestand verurteilt** werden. Handelt es sich bei dem neuen Recht um das mildere, folgt dies wiederum aus Abs. 3. Führt die Rechtsänderung dagegen zu einer Strafverschärfung, entspricht die Verurteilung aus dem neuen Gesetz der Aussage von § 1, da der Täter auch jenes verletzt hat. Trotz der einheitlichen Aburteilung der vor und nach der Strafverschärfung liegenden Teilakte dürfen aber bei der Strafzumessung die vor der Gesetzesänderung liegenden Teilakte nur mit dem Gewicht berücksichtigt werden, das sie vor der Änderung hatten. Das **Rückwirkungsverbot** gilt also auch insoweit.<sup>61</sup>

### III. Vorrang des mildesten Gesetzes (Abs. 3)

- 22 **1. Allgemeines.** Führt eine Gesetzesänderung nach Tatbegehung dazu, dass die Rechtslage verschärft wird, folgt aus dem allgemeinen Rückwirkungsverbot, dass das neue Recht nicht auf den Täter angewendet werden kann. Nach Abs. 1 würde das Tatzeitrecht allerdings auch dann für den Täter gelten, wenn inzwischen ein milderes Gesetz in Kraft getreten ist. § 2 Abs. 3 ordnet deshalb als Ausnahme zu Abs. 1 an, dass in einem solchen

<sup>54</sup> Vgl. BGH 3.5.1994 – GSSt 2 u. 3/93, BGHSt 40, 138 = NJW 1994, 1663.

<sup>55</sup> Näher dazu BGH 17.2.1967 – 4 StR 461/66, BGHSt 21, 203 (204) = NJW 1967, 942; BGH 11.6.1974 – 4 StR 165/74, VRS 47, 178 (179); Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch Vor § 52 Rn. 81; Fischer Rn. 3; Maurach/Zipf Strafr AT Teilband 1 § 11 Rn. 11.

<sup>56</sup> Unstreitig, vgl. nur OLG Karlsruhe 19.3.2001 – 2 Ws 193/00, wistra 2001, 434; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 393; LK-StGB/Dannecker/Schuh Rn. 48 mwN; SK-StGB/Jäger Rn. 9 ff.; Jakobs Strafr AT 4/59.

<sup>57</sup> OLG Karlsruhe 19.3.2001 – 2 Ws 193/00, wistra 2001, 434; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 396; Schönke/Schröder/Hecker Rn. 13; NK-StGB/Kargl Rn. 14; Jakobs Strafr AT 4/59.

<sup>58</sup> BGH 22.10.1986 – 2 StR 412/86, wistra 1987, 73; Schönke/Schröder/Hecker Rn. 12; NK-StGB/Kargl Rn. 15; SK-StGB/Jäger Rn. 12.

<sup>59</sup> Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 396 f.; Jakobs Strafr AT 4/61. – Missverständlich insoweit Schönke/Schröder/Hecker Rn. 12.

<sup>60</sup> Ebenso Jakobs Strafr AT 4/60.

<sup>61</sup> BGH 17.9.1999 – 2 StR 301/99, wistra 1999, 465; BayObLG 3.11.1995 – 4 St RR 224/95, BayObLGSt 1995, 188 = wistra 1996, 78; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 396 f.; Fischer Rn. 3; Schönke/Schröder/Hecker Rn. 12 mwN; NK-StGB/Kargl Rn. 15 mwN; SK-StGB/Jäger Rn. 11 f. mwN; Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger Rn. 12 f.; Jakobs Strafr AT 4/61 mwN – AA BGH 15.10.1979 – AnwSt (R) 3/79, BGHSt 29, 124 (129) = NJW 1980, 897 für ehrengerichtliche Sanktionen (die allerdings nach hier vertretener Ansicht nicht unter das Gesetzlichkeitsprinzip des § 1 fallen; → § 1 Rn. 26).

Fall das mildere Gesetz („lex mitior“) für den Täter gilt. Das damit geltende „**Meistbegünstigungsprinzip**“<sup>62</sup> soll verhindern, dass der Täter noch aus einem Tatbestand verurteilt wird, den der Gesetzgeber selbst nicht mehr für angemessen erachtet.<sup>63</sup> Allerdings ist der Gesetzgeber frei, im Einzelfall etwas anderes zu bestimmen;<sup>64</sup> Abs. 3 genießt nach der Rechtsprechung des BVerfG keinen verfassungsrechtlichen Schutz<sup>65</sup> (→ Rn. 24), ist aber Teil der Schutzgarantie des Art. 49 Abs. 1 GRCh (→ Rn. 72). Insofern schrumpfen die Freiräume des Gesetzgebers, das „Meistbegünstigungsprinzip“ einzuschränken (→ Rn. 26).

Unter Umständen kann sich die Rechtslage im Zeitraum zwischen Tatbegehung und „Entscheidung“ (→ Rn. 27 f.) auch mehrfach und dergestalt ändern, dass sich ein „**Zwischengesetz**“<sup>66</sup> als das für den Täter günstigste darstellt (Bsp.: Das Tatzeitrecht sieht eine Höchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe vor, ein „Zwischengesetz“ nur von 2 Jahren, das im Entscheidungszeitpunkt geltende Gesetz von 3 Jahren). Von der ganz hM wird Abs. 3 mit Recht so interpretiert, dass dann das Zwischengesetz dasjenige ist, das für den Täter als das mildeste „gilt“.<sup>66</sup> Diese Aussage erstreckt sich auch auf die Verjährung einer Tat, wenn in dem Zeitraum zwischen Begehung der Tat und Aburteilung zeitweilig ein Gesetz gegolten hat, nach dem die Tat bei Aburteilung bereits verjährt gewesen wäre.<sup>67</sup> Auf diese Weise wird vermieden, dass die Zufälligkeit des Zeitpunkts der Aburteilung des Täters darüber entscheidet, ob er in den Genuss einer für ihn günstigeren Gesetzeslage kommt oder nicht.<sup>68</sup> Denn wäre er zum Geltungszeitpunkt des „Zwischengesetzes“ abgeurteilt worden, hätte dieses für ihn gegolten – bzw. wäre er freizusprechen gewesen. Das Gesetz beugt so auch einer denkbaren „Missbrauchsmöglichkeit“ der Strafverfolgungsbehörden vor<sup>69</sup> und entspricht somit dem Willkürverbot.<sup>70</sup> Insofern kann man die Geltung des „Zwischengesetzes“ auch als Ausfluss des allgemeinen Rückwirkungsverbots interpretieren, nach dem ein späteres, schärferes Gesetz (das Gesetz im Entscheidungszeitpunkt) grds. nicht zurückwirken darf.<sup>71</sup> Deshalb kann auch nicht nach einem milderen Zwischengesetz rückwirkend für bestimmte Zeiträume die Geltung des alten, schärferen Rechts angeordnet werden.<sup>72</sup> Unabhängig davon folgt die Einbeziehung von „Zwischengesetzen“ aber schon aus dem Wortlaut von § 2 Abs. 3, der die „Anwendung“ (→ Rn. 8) des mildesten Gesetzes ohne Rücksicht darauf anordnet, dass es noch im Entscheidungszeitpunkt gilt.<sup>73</sup>

Das **BVerfG** hat allerdings für den Bereich der Ordnungswidrigkeiten bereits zweimal entschieden, dass eine zwischenzeitliche (vom Gesetzgeber unbeabsichtigte) Sanktionslosigkeit von Verfassungen wegen nicht ausschließt, den Täter bei später wieder bestehender Ahndbarkeit noch mit einem Bußgeld zu belegen (zB bei Verweis auf eine blankettausfüllende EU-Richtli-

<sup>62</sup> Schroeder FS Bockelmann, 1979, 785 (790).

<sup>63</sup> Vgl. RG 18.3.1888 – Rep. 3485/90, RGSt 21, 294; Schönke/Schröder/Hecker Rn. 14 mwN; SK-StGB/Jäger Rn. 13, 28; Maurach/Zipf Strafr AT Teilband 1 § 12 Rn. 12. Siehe auch Jahn/Brodowski FS Neumann, 2017, 883 (885 f.) mwN.

<sup>64</sup> Vgl. BGH 2.4.1996 – GSSt 2/95, BGHSt 42, 113 (119 f.) = wistra 1996, 264 (266).

<sup>65</sup> So ausdrücklich BVerfG 18.9.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 (3770).

<sup>66</sup> Vgl. nur BGH 23.7.1992 – 4 StR 194/92, NStZ 1992, 535; Grünwald FS Arthur Kaufmann, 1993, 433 (434 f.); LK-StGB/Dannecker/Schuh Rn. 66 f. mwN; Schönke/Schröder/Hecker Rn. 14, 27 mwN; NK-StGB/Kargl Rn. 22 f. mwN; SK-StGB/Jäger Rn. 14 f.; Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger Rn. 16; Jakobs Strafr AT 4/68; Jescheck/Weigend Strafr § 15 IV. 5.

<sup>67</sup> Vgl. BGH 7.6.2005 – 2 StR 122/05, BGHSt 50, 138 = NStZ 2006, 32 mAnm Mitsch NStZ 2006, 33.

<sup>68</sup> Vgl. NK-StGB/Kargl Rn. 23.

<sup>69</sup> Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger Rn. 15.

<sup>70</sup> Stäbler-Kleindieck, Das nationale Milderungsgebot, S. 85.

<sup>71</sup> So Grünwald FS Arthur Kaufmann, 1993, 433; Ch. Schröder FS Mehle, 2009, 597 (604 ff.) mwN; LK-StGB/Dannecker/Schuh Rn. 67 mwN; SK-StGB/Jäger Rn. 15. – AA BVerfG 18.9.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 (3770); 29.11.1989 – 2 BvR 1491 u. 1492/87, BVerfGE 81, 132 (135) = NJW 1990, 1103; Schönke/Schröder/Hecker Rn. 27; vgl. auch Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 429 ff.

<sup>72</sup> Zu der insoweit problematischen Regelung des § 39 Abs. 2 BNatSchG i dF des 2. Gesetzes zur Änderung des BNatSchG vom 30.4.1998 (BGBl. I 823), vgl. Pfohl wistra 1999, 161 (166).

<sup>73</sup> Vgl. Maurach/Zipf Strafr AT Teilband 1 § 12 Rn. 17 mwN; NK-StGB/Kargl Rn. 22; SK-StGB/Jäger Rn. 15; Mitsch, Anm. zu BGH 7.6.2005 – 2 StR 122/05, BGHSt 50, 138 = NStZ 2006, 32.

nie, die durch eine andere Richtlinie ersetzt wird, ohne dass der nationale Straf-/Ordnungswidrigkeitentatbestand zugleich angepasst wird).<sup>74</sup> **Der Gesetzgeber sei nicht gehindert, eine aufgetretene Sanktionslücke nachträglich mit Rückwirkung für die Zeit vor der Sanktionslücke zu schließen.** Dies hat das BVerfG im Wesentlichen damit begründet, das Meistbegünstigungsprinzip sei nicht Teil der Aussage des Art. 103 Abs. 2 GG. Eine zwingende Begründung dafür findet sich in den Beschlüssen des BVerfG allerdings nicht.<sup>75</sup> So hat es sich der BGH auch sehr leicht gemacht, als er diese Rechtsprechung in Anspruch nahm, um den (problematischen) § 137 Abs. 1 WpHG (rückwirkende Aufhebung der Geltung von § 2 Abs. 3 für Straftaten nach § 38 WpHG aF) für verfassungsrechtlich unproblematisch zu erklären.<sup>76</sup> Wieso es trotz – unstrittig geltendem – Rückwirkungsverbot zulässig sein soll, eine rückwirkende Strafbarkeit für zwischenzeitlich straflos gewordene Sachverhalte anzuordnen, bedürfte vor dem Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG einer eingehenden Begründung.

- 25 Freilich ist der äußerst knappe Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG in hohem Maße auslegungsbedürftig, weshalb „zwingende“ Begründungen nur eingeschränkt zu haben sind. Allerdings zeigen die neueren Judikate des EuGH und des EGMR (→ Rn. 1), dass sich unter Berücksichtigung der neueren Entwicklungen des Rechts in Europa sehr wohl – fast zwingende – Gesichtspunkte finden lassen, die das Meistbegünstigungsprinzip als Teil des traditionellen Bestimmtheitsgrundsatzes erscheinen lassen. Die Rechtsprechung des BVerfG erscheint vor diesem Hintergrund wenig überzeugend und rückwärtsgerichtet.<sup>77</sup> Bestehen bleibt zudem der Widerspruch zu § 4 Abs. 3 OWiG<sup>78</sup> bzw. zu § 2 Abs. 3 StGB. **Das BVerfG nimmt so willkürliche Ergebnisse in Kauf:** Wäre in der sanktionslosen Zwischenphase gegen den Beschuldigten wegen einer zuvor begangenen Tat ermittelt worden, so hätte dieses Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO iVm § 2 Abs. 3 eingestellt werden müssen. Dieses Verfahren dürfte nach Art. 103 Abs. 3 GG („ne bis in idem“) auch nach Wiederherstellung der Sanktionsbewehrung mit Rückwirkung nicht wieder aufgenommen werden. Dagegen darf nach dem BVerfG der Beschuldigte dann sanktioniert werden, wenn gegen ihn noch nicht in der Zwischenphase ermittelt worden ist (aus welchen Gründen auch immer). Dass die – mangelnde – „Geschwindigkeit“ der Ermittlungsbehörden über eine noch mögliche Verfolgbarkeit entscheidet, soll § 2 Abs. 3 gerade ausschließen.<sup>79</sup> Das BVerfG hat immerhin die – richtigerweise vorzunehmende – Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips auf diese Fälle auch nicht ausgeschlossen.<sup>80</sup>
- 26 Angesichts der Rechtsprechung des EuGH (→ Rn. 1) zum Meistbegünstigungsprinzip ist ohnehin dann, wenn der **Anwendungsbereich der Grundrechtecharta** nach Art. 51 Abs. 1 GRCh eröffnet ist, deren Vorrang zu berücksichtigen (→ Rn. 72). Einschränkungen des Meistbegünstigungsprinzips sind dann nur noch im Rahmen der Vorgaben des Art. 52 Abs. 1 GRCh möglich.<sup>81</sup>
- 27 Als milderer „Zwischengesetz“ kommt **auch ein „Zeitgesetz“** iSd Abs. 4 in Betracht. Dessen Regelungsinhalt (→ Rn. 59 f.) spricht nicht dagegen und der Zweck des „Meistbegünstigungsprinzips“ – Vermeidung von Zufälligkeiten im Hinblick auf den Zeitpunkt der

<sup>74</sup> BVerfG 18.9.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 (3770); 29.11.1989 – 2 BvR 1491 u. 1492/87, BVerfGE 81, 132 (135) = NJW 1990, 1103; offengelassen von BVerfG 3.5.2018 – 2 BvR 463/17, wistra 2018, 336 Rn. 31. – Zu Recht krit. Gaede wistra 2011, 365 (369 f.) mwN; Dannecker FS Schroeder, 2006, 761 (772 ff.) mwN; Ch. Schröder FS Mehle, 2009, 597 (604 ff.) mwN; Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger Rn. 17 mwN; Leipold/Tsambikakis/Zöller/Gaede Rn. 4 (unter Hinweis auf Art. 49 Abs. 1 S. 3 EU-Grundrechtecharta); mit Einschränkungen auch Schützendübel, Bezugnahme auf EU-Verordnungen, S. 80, 89 ff. mwN.

<sup>75</sup> Zu mutmaßlichen (apokryphen) Gründen Ch. Schröder FS Mehle, 2009, 597 (607 f.).

<sup>76</sup> BGH 8.8.2018 – 2 StR 210/16, NSZ-RR 2019, 49 (52).

<sup>77</sup> Vgl. Satzger FS Kühl, 2014, 407 (410 ff.); idS jetzt auch Jahn/Brodowski FS Neumann, 2017, 883 (87 f.) mwN; siehe auch Stäbler-Kleindieck, Das nationale Milderungsgebot, S. 93 ff., 114 ff. mwN, die jedoch ebenfalls eine verfassungsrechtliche Fundierung des Meistbegünstigungsprinzips verneint (S. 182 ff.).

<sup>78</sup> Hierzu Blaue ZJS 2014, 371 (374 f.) mwN.

<sup>79</sup> Ebenso Ch. Schröder FS Mehle, 2009, 597 (606 f.).

<sup>80</sup> Vgl. BVerfG 18.9.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 (3770) – zu § 8 Abs. 3 FPersG; BVerfG 29.11.1989 – 2 BvR 1491 u. 1492/87, BVerfGE 81, 132 (135) = NJW 1990, 1103 – zu §§ 7a, b FPersG.

<sup>81</sup> Leipold/Tsambikakis/Zöller/Gaede Rn. 4; zust. Dannecker FS Kindhäuser, 2019, 69 (78 ff.).

Aburteilung – spricht dafür.<sup>82</sup> Sofern ein Straftatbestand für begrenzte Zeit dergestalt geändert wird, dass nunmehr höhere Anforderungen an das strafbare Verhalten gestellt werden oder die Sanktionsandrohung gesenkt wird, stellt er in dieser Form das „mildeste“ Gesetz dar, auch wenn absehbar ist, dass später wieder niedrigere Anforderungen gestellt werden bzw. eine höhere Strafe droht. Praktisch wird dies insbesondere, wenn ein Tatbestand auf eine außerstrafrechtliche Norm Bezug nimmt und diese geändert wird – auch deren Änderung stellt nach den allgemeinen Grundsätzen (→ Rn. 7, 37 ff.) eine Gesetzesänderung iSd Abs. 3 dar. Dieser Fall trat etwa ein bei der Modifizierung des Überschuldungsbegriffs iSd § 19 Abs. 2 InsO durch das FMStG (→ Rn. 44).

Der **Zeitpunkt der Entscheidung**, auf den § 2 Abs. 3 abstellt, ist der der **rechtskräftigen Aburteilung**. Dementsprechend ist auch noch in der Revisionsinstanz ein zwischenzeitlich in Kraft getretenes milderer Gesetz zu berücksichtigen (→ Rn. 87).

**2. Das mildeste Gesetz.** Entsprechend der umfassenden Interpretation von „Gesetz“ (→ Rn. 14) ist bei seiner Änderung unter Berücksichtigung **aller die Strafbarkeitsvoraussetzungen und die angedrohte Strafe beeinflussenden Umstände** zu prüfen, ob sich die alte oder die neue Rechtslage (unter Einschluss etwaiger „Zwischengesetze“ (→ Rn. 23) für den Täter günstiger darstellt. Dabei ist nach allgemeiner Ansicht **auf den konkreten Einzelfall abzustellen**, nicht auf einen generalisierenden Standpunkt,<sup>83</sup> weil es um die Frage nach der Geltung des Rechts für den konkreten Täter geht und darum, welche Rechtslage für ihn am günstigsten ist. Bei der Prüfung ist „das mildere Gesetz in seiner Gesamtheit anzuwenden“, der Günstigkeitsvergleich hat nicht nur Bedeutung für die Strafzumessung, sondern auch für den Schuldspruch.<sup>84</sup> Dies wurde zuletzt wieder deutlich durch das Fünfundzwanzigste Gesetz zur Änderung des StGB – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung,<sup>85</sup> das eine Reihe von Änderungen innerhalb der §§ 174 ff. zur Folge hatte, die im Vergleich zum alten Recht teils milder, teils schärfer ausfallen.<sup>86</sup>

**a) Nachträgliche Herabsetzung oder Entfall der Strafbarkeit.** Eindeutig ist die Rechtslage für den Täter dann günstiger geworden, wenn der **Straftatbestand nachträglich aufgehoben** oder jedenfalls die **Strafandrohung beschränkt** worden ist.<sup>87</sup> So ist zB § 261 Abs. 1 in der Fassung seit dem 18.3.2021 milder als § 261 Abs. 1 aF, weil der frühere Tatbestand eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten (bis zu fünf Jahren) vorsah, der jetzt geltende Tatbestand aber von Geldstrafe bis zu fünf Jahren reicht.<sup>88</sup> Zudem ist die Neufassung in Bezug auf Steuerhinterziehungen als Vortat deshalb das mildere Gesetz, weil die vormals in § 261 Abs. 1 S. 3 genannte Einbeziehung von „ersparten Aufwendungen und unrechtmäßig erlangten Steuererstattungen und -vergütungen“ nicht mehr vorgesehen ist.<sup>89</sup> Die Straffreistellung ist unabhängig davon, dass die Aufhebung der Strafnorm eventuell

<sup>82</sup> Vgl. dazu Schmitz wistra 2009, 369 (372 f.) mwN; ebenso Leipold/Tsambikakis/Zöller/Gaede Rn. 16; SK-StGB/Jäger Rn. 50. – AA Fromm/Gierthmühlen NZI 2009, 665 (667 f.); Dannecker/Knierim/Hagemeier/Knierim Rn. 55.

<sup>83</sup> Vgl. BGH 8.9.1964 – 1 StR 292/64, BGHSt 20, 22 (25); 9.10.1964 – 3 StR 32/64, BGHSt 20, 74 (75); 22.3.1983 – 1 StR 820/82, NSStZ 1983, 416; 13.1.1994 – 4 StR 481/93, wistra 1994, 142 (145); 12.8.1999 – 3 StR 277/99, NSStZ 2000, 49 (50); 23.11.2000 – 3 StR 225/00, wistra 2001, 105; Mazurek JZ 1976, 233 (234); Jakobs StrafR AT 4/77; Schönke/Schröder/Hecker Rn. 28 mwN; NK-StGB/Kargl Rn. 24 mwN; SK-StGB/Jäger Rn. 31 mwN.

<sup>84</sup> BGH 14.10.2014 – 3 StR 167/14, wistra 2015, 148 (150) mwN.

<sup>85</sup> Gesetz vom 4.11.2016 (BGBl. I 2460).

<sup>86</sup> Siehe dazu BGH 7.3.2017 – 1 StR 52/17, NSStZ 2017, 407; 4.4.2017 – 524/16, NSStZ-RR 2017, 242; 26.4.2017 – 2 StR 574/16, NSStZ-RR 2017, 277 (278); 9.5.2017 – 4 StR 366/16, NSStZ-RR 2017, 240 (241); 16.5.2017 – 3 StR 43/17, NSStZ 2018, 33.

<sup>87</sup> Vgl. nur BGH 1.12.1964 – 3 StR 35/64, BGHSt 20, 116 (119); OLG Köln 19.3.1991 – Ss 6/91, NSStZ 1991, 498; BayObLG 4.11.1975 – 5 St 205/75, NJW 1976, 527 (528); Schroeder FS Bockelmann, 1979, 785 (790 f.); Ch. Schröder ZStW 112 (2000), 44 (56); Schönke/Schröder/Hecker Rn. 19 mwN; NK-StGB/Kargl Rn. 25 mwN.

<sup>88</sup> BGH 8.8.2022 – 5 StR 372/21, BGSt 67, 130 = wistra 2023, 110 Rn. 10 f.; 10.11.2021 – 2 StR 185/20, wistra 2022, 247 Rn. 18.

<sup>89</sup> OLG Saarbrücken 26.5.2021 – 4 Ws 53/21, NZWiSt 2021, 397 (398 f.) mAnm Bülte NZWiSt 2021, 399.

europarechtswidrig ist; dessen grundsätzlicher Anwendungsvorrang bedeutet nicht die Weitergeltung einer vom nationalen Gesetzgeber aufgehobenen Strafnorm.<sup>90</sup> Umgekehrt kann vorrangiges (weil unmittelbar anwendbares) europäisches Recht die Strafbarkeit nach nationalem Recht beseitigen.<sup>91</sup> Auch die Herabstufung einer Straftat zu einer Ordnungswidrigkeit führt zu einer günstigeren Rechtslage, und zwar unabhängig davon, ob die danach mögliche Geldbuße höher ist als die zuvor angedrohte Geldstrafe.<sup>92</sup> Wurden die Rechtsfolgen einer Straftat iÜ verändert, ist zu prüfen, ob das neue oder das alte Recht milder ist (→ Rn. 52 ff.). Ebenfalls besteht eindeutig eine mildere neue Gesetzeslage, wenn durch eine Gesetzesänderung die **Verjährungsfrist verkürzt** wurde und diese Frist bei Aburteilung bereits abgelaufen ist. Dies ist selbst dann der Fall, wenn bei Aburteilung bereits aufgrund einer erneuten Gesetzesänderung wieder eine längere Verjährungsfrist bestimmt ist, weil insoweit das „Zwischengesetz“ das relevante ist (→ Rn. 23).<sup>93</sup> Eine für den Täter günstigere Rechtslage im Hinblick auf die Verjährung kann sich auch ergeben, wenn ein Tatbestand, der für besonders schwere Fälle Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren vorsieht, dergestalt geändert wird, dass die Regelbeispiele zu Qualifikationstatbeständen hochgestuft werden und für den Grundtatbestand (nunmehr) § 78b Abs. 4 nicht mehr einschlägig ist: Hat der Täter allein den Grundtatbestand verwirklicht, ist nach § 2 Abs. 3 die neuere Rechtslage zugrunde zu legen, wenn danach Verjährung eingetreten ist.<sup>94</sup> Entfallen Qualifikationstatbestände, so ist der Täter selbstverständlich nur aus dem Grundtatbestand zu verurteilen; hierbei ist zu prüfen, ob der neue oder der alte Grundtatbestand milder ist (sofern nicht ausnahmsweise für den alten Tatbestand Abs. 4 einschlägig ist).<sup>95</sup> Ebenso ist die Einführung oder **Erweiterung von Rechtfertigungs-, Entschuldigung oder Strafaufhebungsgründen** als milderes neues Recht zu berücksichtigen, obwohl damit die Einschränkung der Rechte Dritter einhergehen kann.<sup>96</sup> – Umgekehrt ist die alte Rechtslage eindeutig milder und der Verurteilung zugrunde zu legen, wenn zB vorher einschlägige Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe nach der Tat verengt werden bzw. Strafaufhebungsgründe (zB § 371 AO – strafbefreiende Selbstanzeige)<sup>97</sup> oder Strafmilderungsgründe wie zB § 46b<sup>98</sup> durch die Neufassung erhöhte Anforderungen erhalten.

- 31 **b) Modifikation eines Tatbestands.** Hat der Gesetzgeber dagegen (lediglich) die **Tatbestandsvoraussetzungen modifiziert**, so dass die Tatbestandsverwirklichung auch nach neuem Recht noch strafbar ist, setzt die Rechtslage eine Prüfung in zwei Stufen voraus: Es ist zunächst **zu prüfen, ob sich die Gesetzesänderung als eine Fortsetzung der ursprünglichen Strafbarkeit darstellt oder als deren (ersatzlose) Streichung und Einführung eines neuen Straftatbestandes**. Denn da für diesen das allgemeine Rückwirkungsverbot gilt, bleibt der Täter im letzteren Fall unabhängig davon, ob das neuere Recht milder oder strenger sein sollte, straffrei.<sup>99</sup> Erst wenn feststeht, dass eine Kontinuität in der Strafbarkeit besteht, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das alte oder das neue Recht milder ist.

<sup>90</sup> EuGH 3.5.2005 – C-387/02, C-391/02, C-403/02, EuZW 2005, 369 (371) – Berlusconi mkritAnm Gross EuZW 2005, 371; zust. Dannecker FS Kindhäuser, 2019, 69 (74 f.) mwN.

<sup>91</sup> Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger Rn. 22 mwN.

<sup>92</sup> Vgl. BGH 24.11.1958 – KRB 2/58, BGHSt 12, 148 (152 ff., 159) = NJW 1959, 252 (253); OLG Saarbrücken 7.1.1974 – Ss 99/73, NJW 1974, 1009; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 528; NK-StGB/Kargl Rn. 25 mwN; SK-StGB/Jäger Rn. 40. – AA OLG Köln 14.4.1953 – Ss 1/53, NJW 1953, 1156; Sommer, Das „mildeste“ Gesetz, S. 114 ff.

<sup>93</sup> Vgl. BGH 7.6.2005 – 2 StR 122/05, BGHSt 50, 138 = StV 2005, 603 mwN.

<sup>94</sup> BGH 28.1.2010 – 3 StR 274/09, NJW 2010, 2365 (2366 f.).

<sup>95</sup> BGH 14.10.2014 – 3 StR 167/14, wistra 2015, 148 Rn. 30 ff. mwN.

<sup>96</sup> BVerfG 29.5.2019 – 2 BvR 2630/18, BA 2019, 330 Rn. 26 mwN; BGH 10.7.1975 – GSSt 1/75, BGHSt 26, 167 (171) = NJW 1975, 2214; NK-StGB/Kargl Rn. 24a; Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger Rn. 22.

<sup>97</sup> BGH 25.7.2011 – 1 StR 631/10, wistra 2011, 428 Rn. 51 f.

<sup>98</sup> BGH 25.11.2014 – 5 StR 527/14, wistra 2015, 99 Rn. 6.

<sup>99</sup> Vgl. BGH 10.7.1975 – GSSt 1/75, BGHSt 26, 167 (172 f.); Matt/Renzikowski/Basak Rn. 2; LK-StGB/Dannecker/Schuh Rn. 89; SK-StGB/Jäger Rn. 32; Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger Rn. 21; KK-OWiG/Rogall OWiG § 4 Rn. 26; Jakobs Strafr AT 4/73.

**aa) HM: „Kontinuität des Unrechtstyps“ entscheidend.** Die hM will unter Heranziehung des Kriteriums der „Kontinuität des Unrechtstyps“ entscheiden, ob der Täter nach einer Gesetzesänderung noch bestraft werden kann. Diese Kontinuität soll dann gegeben sein, wenn „das Wesen des in dem früheren Gesetz beschriebenen Delikts in seinem Kern von der Gesetzesänderung unberührt geblieben ist“.<sup>100</sup> **Dieses Kriterium ist jedoch wegen seiner Unbestimmtheit abzulehnen.**<sup>101</sup> Schon die Heranziehung des „Wesens“ eines Delikts macht deutlich, dass auf diese Weise fast beliebige Ergebnisse möglich sind.<sup>102</sup> Ähnliches gilt für das Abstellen auf einen „Unrechtskern“,<sup>103</sup> dessen Umfang weit oder eng gezogen werden kann. Und selbst Anhänger der hM geben zu, dass „im Einzelfall schwer auszumachen sein“ könne, „ob eine Kontinuität des Unrechtstyps vorliegt“.<sup>104</sup> So hat denn auch der Große Senat des BGH, als er über die „Unrechtskontinuität“ einer Tat nach § 250 Abs. 1 Nr. 3, 5 idF des 1. StrRG<sup>105</sup> („Straßenraub“, „Raub zur Nachtzeit“) und einer Tat nach § 250 Abs. 1 Nr. 2 idF von Art. 19 Nr. 127 EGStGB<sup>106</sup> (Raub mit [ungeladener] Waffe) zu entscheiden hatte, sein eigenes, erstmals formuliertes Kriterium gleich verfehlt.<sup>107</sup> Der BGH rekurrierte hier – von ihm unbemerkt – auf den „Unrechtskern“ des Grundtatbestands § 249, indem er auf die Gemeinsamkeit der gewaltsamen Wegnahme abstellte.<sup>108</sup>

Zutreffend weist außerdem Kargl darauf hin, dass das Kriterium von der „Kontinuität des Unrechtstyps“ ein abstraktes, vom Einzelfall losgelöstes ist. Von der hM wird daher die Frage, ob die konkrete Tat des Täters nach geänderter Rechtslage noch strafbar ist, losgelöst vom Einzelfall beantwortet, was unter dem **Gesichtspunkt der Tatschuld** unzulässig ist.<sup>109</sup> Denn allein aus dem Umstand, dass ein Täterverhalten nach altem Recht strafbar war und nach neuem unter ähnlichen Voraussetzungen strafbar wäre, wird ohne weitere Begründung der unzulässige Schluss gezogen, einer der beiden Tatbestände (der mildere) müsse für den Täter gelten.<sup>110</sup> Nur so gelangen Rechtsprechung und Teile des Schrifttums sogar in solchen Fällen zu einer fortgeltenden Strafbarkeit, in denen das Täterverhalten nach neuem Recht unter ganz anderen Gesichtspunkten als vorher strafrechtlich erfasst wird. In einem solchen Fall besteht aber eine **Identität zwischen dem Gesetz zur Tatzeit und zum Entscheidungszeitpunkt** gerade nicht mehr.<sup>111</sup> Das ist nicht nur bei der Ersetzung der Tatmodalitäten von § 250 aF (→ Rn. 32) der Fall gewesen, sondern zB auch im Verhältnis von § 180 idF des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten<sup>112</sup> (Verbot der Kuppelei zum

<sup>100</sup> BGH 23.3.2017 – 1 StR 607/16, NStZ-RR 2017, 174; 10.7.1975 – GSSt 1/75, BGHSt 26, 167 (172) mabAnm Tiedemann JZ 1975, 692; BGH 23.9.1975 – 1 StR 436/75, JZ 1975, 702 (703 f.). Ebenso Loos JR 1975, 248 (249 f.); Mazurek JZ 1976, 233 ff.; Tiedemann FS Peters, 1974, 193 (202 ff.); Schönke/Schröder/Hecker Rn. 22; LK-StGB/Dannecker/Schuhf. Rn. 89 f.; im Grundsatz auch Ch. Schröder ZStW 112 (2000), 44 (58, 64 ff.).

<sup>101</sup> Ebenso NK-StGB/Kargl Rn. 29 ff.; SK-StGB/Jäger Rn. 32; iErg auch Schroeder FS Bockelmann, 1979, 785 (795 ff.); Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger Rn. 23; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 514 ff.; Jakobs StrafR AT 4/75.

<sup>102</sup> Vgl. dazu auch Scheuerle AcP 163 (1964), 429 (469 ff.).

<sup>103</sup> Vgl. NK-StGB/Kargl Rn. 29 f.

<sup>104</sup> Mazurek JZ 1976, 233 (235).

<sup>105</sup> Gesetz vom 25.6.1969 (BGBl. I 645 [655]).

<sup>106</sup> Gesetz vom 2.3.1974 (BGBl. I 469 [490]).

<sup>107</sup> So mit Recht NK-StGB/Kargl Rn. 29.

<sup>108</sup> Vgl. NK-StGB/Kargl Rn. 29 ff.; SK-StGB/Jäger Rn. 32; iErg auch Schroeder FS Bockelmann, 1979, 785 (795 ff.); Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger Rn. 23; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 514 ff.; Jakobs StrafR AT 4/75; ablehnend insoweit auch Vertreter der hM, vgl. nur BGH 4.2.1975 – 1 StR 688/74, zitiert in BGHSt 26, 167 (169 f.); Mohrbotter ZStW 88 (1976), 923; Blei JA 1976, 23 (28); Mazurek JZ 1976, 233 (234 f.); Schönke/Schröder/Hecker Rn. 23 mit zahlreichen wN; Maurach/Zipf StrafR AT Teilband 1 § 10 Rn. 16. – Wie der BGH dagegen Baumann/Weber/Mitsch/Eisele StrafR AT § 7 Rn. 50.

<sup>109</sup> NK-StGB/Kargl Rn. 30 f.; vgl. auch Jakobs StrafR AT 4/75.

<sup>110</sup> Vgl. SK-StGB/Jäger Rn. 32.

<sup>111</sup> Vgl. Schroeder FS Bockelmann, 1979, 785 (793 ff.); C. Schröder ZStW 112 (2000), 44 (57); NK-StGB/Kargl Rn. 27 ff.; KK-OWiG/Rogall § 4 Rn. 23. – Offengelassen von BGH 10.7.1975 – GSSt 1/75, BGHSt 26, 167 (171 ff.).

<sup>112</sup> Gesetz vom 18.2.1927 (RGBl. I 61 [63]).

Schutz der öffentlichen Sittlichkeit) zu § 180a Abs. 1 Nr. 2 idF des 4. StrRG<sup>113</sup> (Schutz der Prostituierten vor Ausbeutung)<sup>114, 115</sup>

**34 bb) Notwendigkeit der Fortgeltung der verletzten Verhaltensnorm.** Eine **fortgeltende Strafbarkeit** liegt nur dann vor, wenn **die vom Täter übertretene Verhaltensnorm weiterhin Geltung beansprucht**. Jede Rechtsänderung, die die Verhaltensnorm modifiziert oder gar durch eine andere ersetzt, lässt nur den Schluss zu, dass das Täterverhalten nach neuem Recht nicht mehr strafbar ist.<sup>116</sup> Die Möglichkeit, unter geänderter Rechtslage die frühere Tat zu bestrafen, setzt daher voraus, dass die **neue Verbotsnorm bereits vollständig in der bisherigen enthalten** war.<sup>117</sup>

**35** Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der **Bereich des Strafbaren** dadurch **erweitert** wird, dass ein den Tatbestand einschränkendes Merkmal entfällt, wie dies zB mit der Änderung des § 246 durch das 6. StrRG<sup>118</sup> – Entfall der „Gewahrsamsklausel“ – geschehen ist.<sup>119</sup> Das Gleiche gilt für den Fall, dass nur der **Bereich der möglichen Opfer ausgedehnt** wird und das konkrete Opfer bereits von der alten Gesetzesfassung geschützt wurde.<sup>120</sup>

**36** Die vom Täter verletzte Verbotsnorm bleibt aber auch dann mit der neuen identisch, wenn der **Bereich des Strafbaren beschränkt** wird und das vom Täter verwirklichte **Unrecht immer noch von dem neuen Tatbestand erfasst** wird.<sup>121</sup> Teilweise wird dies verneint, weil in einem solchen Fall die Strafbarkeit an bisher nicht gegebenen Tatbestandsmerkmalen festgemacht werde, die Identität daher unterbrochen sei. Zudem müsse dem Täter der Einwand erhalten bleiben, unter der Geltung des neuen Rechts hätte er sich anders verhalten, nämlich die limitierende Grenze der Strafbarkeit eingehalten.<sup>122</sup> Der Einwand überzeugt jedoch deshalb nicht, weil die Summe der nach dem neuen Recht verbotenen Verhaltensweisen eine Teilmenge des umfassenderen Verbots des alten Rechts darstellt. Freilich setzt die Bestrafung des Täters voraus, dass er evtl. **zusätzliche, strafbarkeitsbeschränkende Merkmale bereits bei Begehung der Tat gekannt** hat, wenn sie den Tatbestand qualitativ verändern (Bsp.: Das Tötungsverbot nach § 17 Nr. 1 TierSchG wird auf wildlebende Wirbeltiere beschränkt; der Täter muss bei der Tat wissen, dass er ein wildes Tier tötet.). Dieses Erfordernis entfällt, wenn die **Strafbarkeitseinschränkung lediglich quantitativer Art** ist, zB eine Bagatellgrenze bei den Vermögensdelikten eingeführt würde (bspw. der Betrug erst ab einem Schaden von 50 EUR strafbar wäre).<sup>123</sup> Hatte der Täter die Grenze bereits nach altem Recht überschritten, spielt der Umstand, dass er die neue Grenze nicht kannte (kennen konnte), keine Rolle, da es allein darauf ankommt, was der Täter getan hat, nicht darauf, was er (nach neuem Recht) straffrei hätte tun (bzw. lassen) können.

**37 cc) Blanketttatbestände.** Auch für Blanketttatbestände gilt grds. nichts anderes: Wird der Blanketttatbestand selbst geändert, gilt das Vorstehende ohne weiteres: Es ist zu prüfen,

<sup>113</sup> Gesetz vom 23.11.1973 (BGBl. I 1725 [1728 f.]).

<sup>114</sup> Weitere Beispiele bei Stäbler-Kleindieck, Das nationale Milderungsgebot, S. 214 f.; NK-StGB/Kargl Rn. 26.

<sup>115</sup> Ebenso Schroeder FS Bockelmann, 1979, 785 (797); SK-StGB/Jäger Rn. 32; Jakobs StrafR AT 4/73, Fn. 107. – AA (fortbestehende Strafbarkeit) OLG Köln 28.5.1974 – Ss 85/74, JR 1975, 247 mzustAnm Loos JR 1975, 248; KG 26.11.1975 – (1) Ss 122/75, NJW 1976, 813; Mazurek JZ 1976, 233 (235); Schönke/Schröder/Hecker Rn. 23.

<sup>116</sup> Vgl. Schroeder FS Bockelmann, 1979, 785 (796); Schünemann Nulla poena S. 26 f.; Sommer, Das „mildeste Gesetz“, S. 163 ff.; NK-StGB/Kargl Rn. 32 mwN; LK-StGB/Dannecker/Schuhf Rn. 101 f. mwN; SK-StGB/Jäger Rn. 32; ausführlich Jakobs StrafR AT 4/73 ff.

<sup>117</sup> Vgl. auch Satzger JURA 2006, 746 (750); Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB/Satzger Rn. 23, der auf die Laiensicht über die Fortgeltung der Verbotsnorm abstellt.

<sup>118</sup> Gesetz vom 26.1.1998 (BGBl. I 164).

<sup>119</sup> Vgl. Schroeder FS Bockelmann, 1979, 785 (798); SK-StGB/Jäger Rn. 10; NK-StGB/Kargl Rn. 32; Jakobs StrafR AT 4/74.

<sup>120</sup> Jakobs StrafR AT 4/74.

<sup>121</sup> Vgl. SK-StGB/Jäger Rn. 10; Jakobs StrafR AT 4/76.

<sup>122</sup> Vgl. Schroeder FS Bockelmann, 1979, 785 (796); Ch. Schröder ZStW 112 (2000), 44 (70 f.).

<sup>123</sup> Vgl. Jakobs StrafR AT 4/76; zust. SK-StGB/Jäger Rn. 32; NK-StGB/Kargl Rn. 32.