

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich von A. Donatsch, D. Jositsch, C. Schwarzenegger,  
B. Tag und W. Wohlers

Damian K. Graf

# Praxisänderung im Strafrecht

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII
Rechtsquellenverzeichnis .....	XXIII
Literaturverzeichnis.....	XXV
I. Literatur zum Thema.....	XXV
II. Randliteratur.....	XXVII
Materialienverzeichnis.....	XXXIII
<b>1. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>2. Praxisänderung.....</b>	<b>15</b>
I. Vorbemerkung: Verhältnis Praxisänderung – Rückwirkung.....	15
II. Ausgangslage .....	17
III. Definition der Termini «Praxis» und «Praxisänderung» .....	21
1. Praxis.....	21
2. Praxisänderung .....	23
IV. Kategorien von Praxisänderungen.....	29
V. Zulässigkeit von Praxisänderungen.....	31
1. Schranken in Lehre und Rechtsprechung .....	31
A. Ernsthafte und sachliche Gründe.....	31
B. Grundsätzliche Praxisänderung.....	32
C. Kein Verstoss gegen Treu und Glauben.....	33
2. Tangierte Verfassungsprinzipien.....	34
A. Rechtsgleichheit .....	34
a. Inhalt .....	34
b. Rechtsgleichheit und Praxisänderungen.....	35
c. Rechtskontinuität .....	37
B. Vertrauensschutz.....	37
a. Inhalt .....	37

aa.	<i>Vertrauensgrundlage</i> .....	38
bb.	<i>Berechtigtes Vertrauen in das Verhalten staatlicher Behörden</i> .....	38
cc.	<i>Vertrauensbetätigung des Betroffenen</i> .....	39
dd.	<i>Interessenabwägung</i> .....	40
ee.	<i>Rechtswirkungen</i> .....	40
b.	<i>Vertrauensschutz und Praxisänderungen</i> .....	41
aa.	<i>Gerichtspraxis als Vertrauensgrundlage</i> .....	41
bb.	<i>Berechtigtes Vertrauen in die Rechtsprechung</i> .....	42
cc.	<i>Strafrechtliches Verhalten als Vertrauensbetätigung</i> .....	43
dd.	<i>Interessenabwägung</i> .....	43
ee.	<i>Rechtswirkungen</i> .....	43
ff.	<i>Konsequenzen</i> .....	44
C.	<i>Legalitätsprinzip</i> .....	44
a.	<i>Inhalt</i> .....	44
b.	<i>Legalitätsprinzip und Praxisänderungen</i> .....	47
D.	<i>Rechtssicherheit</i> .....	49
a.	<i>Inhalt</i> .....	49
b.	<i>Rechtssicherheit und Praxisänderungen</i> .....	50
E.	<i>Rechtsfortbildung</i> .....	52
3.	<i>Konklusion</i> .....	53
VI.	<i>Typologie bundesgerichtlicher Praxisänderungen</i> .....	57
1.	<i>Bessere Erkenntnis der ratio legis</i> .....	57
2.	<i>Änderung der Rechtsanschauung</i> .....	58
3.	<i>Wissenschaftliche Kritik</i> .....	59
4.	<i>Abweichende kantonale Rechtsprechung</i> .....	60
5.	<i>Veränderung nicht-juristischer Grundlagen bzw. neue wissenschaftliche Erkenntnisse</i> .....	61
6.	<i>Weitere Gründe</i> .....	62
A.	<i>Praktisches Ungenügen der bisherigen Entscheidungsnorm</i> .....	62
B.	<i>Anpassung an die Erfordernisse der EMRK</i> .....	63
C.	<i>Änderung aufgrund einer – u.U. voraussichtlichen – Gesetzesrevision</i> .....	64
D.	<i>Irrtum im Präjudiz oder Unkenntnis eines zuvor ergangenen Präjudizes</i> .....	65

<b>3. Legalitätsprinzip und Rückwirkungsverbot .....</b>	<b>67</b>
I. Ursprung.....	67
1. Historie der Institute .....	67
A. Anfänge des Legalitätsprinzips .....	67
B. Anfänge des Rückwirkungsverbots.....	69
2. Entstehungsgeschichte Verfassung.....	72
3. Entstehungsgeschichte Strafrecht .....	73
A. Auf kantonaler Ebene.....	73
B. Auf Bundesebene .....	77
II. Funktion und Inhalt .....	81
1. Legalitätsprinzip .....	81
A. Funktion des Legalitätsprinzips .....	81
B. Würdigung der Funktionsansätze.....	82
C. Teilgehalte des strafrechtlichen Legalitätsprinzips .....	84
a. Nulla poena sine lege certa .....	84
b. Nulla poena sine lege stricta .....	86
c. Nulla poena sine lege scripta .....	89
d. Nulla poena sine lege praevia .....	90
2. Rückwirkungsverbot.....	90
A. Funktion .....	90
B. Inhalt und Schranken.....	91
III. Rückwirkende Praxisänderungen: Grundproblematik.....	95
<b>4. Lösungswege .....</b>	<b>97</b>
I. Konstitutionsrechtlicher Lösungsweg .....	97
1. Einleitung .....	97
2. Streiflichter auf Rechtsprechung und Lehre .....	98
A. Judikatur.....	98
a. Contra Rückwirkungsverbot .....	98
b. Pro Rückwirkungsverbot.....	100
B. Schrifttum.....	102
a. Contra Rückwirkungsverbot .....	102
b. Pro Rückwirkungsverbot.....	103
C. Rechtsmeinungen: Überblick .....	108
3. Tangierte Verfassungsprinzipien .....	109
A. Rechtsgleichheit und rückwirkende Praxisänderungen .....	109
B. Rechtskontinuität und rückwirkende Praxisänderungen .....	110

C.	Vertrauensschutz und rückwirkende Praxisänderungen.....	111
D.	Legalitätsprinzip und rückwirkende Praxisänderungen .....	113
E.	Rechtssicherheit und rückwirkende Praxisänderungen .....	117
F.	Rechtsfortbildung und rückwirkende Praxisänderungen.....	118
4.	Interessenabwägung.....	118
5.	Konklusion .....	120
II.	Konventionsrechtlicher Lösungsweg .....	123
1.	Einleitung .....	123
2.	Auslegungsgrundsätze interstaatlicher Konventionen .....	124
3.	Art. 7 EMRK .....	127
A.	Entstehungsgeschichte .....	127
B.	Funktion .....	128
C.	Inhalt .....	129
4.	Streiflichter auf Rechtsprechung und Lehre .....	132
A.	Judikatur.....	132
B.	Schrifttum.....	139
C.	Rechtsmeinungen: Überblick.....	142
5.	Art. 7 EMRK und rückwirkende Praxisänderungen .....	144
A.	Recht und Gesetz .....	144
B.	Würdigung der EKMR-/EGMR-Rechtsprechung .....	145
a.	Zulässige Auslegung.....	146
b.	Extensive Auslegung .....	147
c.	Anpassung an neue Entwicklungen .....	148
aa.	<i>Bestimmbarkeit der Auslegungsänderung</i> .....	148
bb.	<i>Vorhersehbare, unter die ursprüngliche Norm</i> <i>subsumierbare Auslegung</i> .....	149
C.	Fallbetrachtung ENKELMANN c. Schweiz.....	157
6.	Art. 15 Art. 1 IPBPR .....	159
7.	Konklusion .....	162
III.	Lösungsweg gestützt auf den Grundsatz nulla poena sine lege (Art. 1 StGB).....	165
1.	Einleitung .....	165
2.	Streiflichter auf Rechtsprechung und Lehre .....	166
A.	Judikatur.....	166
a.	Schweiz.....	166
b.	Deutschland .....	167
aa.	<i>Contra Rückwirkungsverbot</i> .....	167

	<i>bb. Pro Rückwirkungsverbot</i> .....	171
	c. Frankreich .....	173
B.	Schrifttum.....	174
	a. Schweiz.....	174
	<i>aa. Contra Rückwirkungsverbot</i> .....	174
	<i>bb. Pro Rückwirkungsverbot</i> .....	176
	b. Deutschland .....	178
	<i>aa. Contra Rückwirkungsverbot</i> .....	178
	<i>bb. Pro Rückwirkungsverbot</i> .....	182
	c. Frankreich .....	189
C.	Rechtsmeinungen: Überblick .....	194
	a. Schweiz.....	194
	b. Deutschland .....	195
	c. Frankreich .....	197
3.	Art. 1 StGB und rückwirkende Praxisänderungen.....	198
	A. Literalinterpretation.....	199
	a. Definition .....	199
	b. NIGGLIS Homologie/Analogie-Konzeption.....	201
	c. Die Termini «Gesetz» und «Rechtsprechung».....	205
	d. Konsequenzen .....	207
	B. Entstehungszeitliche Interpretation .....	207
	a. Definition .....	207
	b. Gesetzesmaterialien .....	208
	c. Ursprüngliche Funktion der Rechtsprechung.....	209
	d. Art. 1 Abs. 2 ZGB.....	212
	e. Konsequenzen .....	214
	C. Geltungszeitliche Auslegung.....	215
	a. Definition .....	215
	b. Missachtung des Bestimmtheitsgebots .....	216
	c. Abkehr vom Justizsyllogismus .....	221
	d. Bindungswirkung einer Praxis .....	223
	<i>aa. Grundsatz</i> .....	223
	<i>bb. Exkurs: Anwaltschaft</i> .....	226
	e. Veränderung Verhältnis Legislative – Exekutive .....	227
	f. Konsequenzen .....	230
	D. Teleologische Auslegung .....	232
	a. Definition .....	232

	b. Schutzfunktion des Rückwirkungsverbots .....	232
	c. Schutzfunktion der Norm.....	233
	d. Telos und rückwirkende Praxisänderungen .....	235
	e. Konsequenzen .....	237
	E. Konstitutionskonforme Auslegung .....	237
	F. Konventionskonforme Auslegung.....	239
	G. Konklusion.....	240
	H. Analogieschluss zu Gunsten der beschuldigten Person.....	241
	a. Inhalt .....	241
	b. Echte und unechte Lücken .....	244
	c. In casu: Vorliegen einer Lücke? .....	245
	d. Konsequenzen .....	247
IV.	Lösungsweg gestützt auf den Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) .....	249
1.	Einleitung .....	249
2.	Art. 21 StGB.....	250
A.	Grundsatz .....	250
B.	Unkenntnis der Rechtswidrigkeit: Das Unrechtsbewusstsein.....	252
C.	Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums .....	253
D.	Auswahl der Auskunftsperson .....	257
E.	Kausalität zwischen Nichterkundigung und Irrtum.....	258
3.	Streiflichter auf Rechtsprechung und Lehre .....	259
A.	Judikatur .....	259
a.	Schweiz.....	259
b.	Deutschland .....	263
B.	Schrifttum.....	266
a.	Schweiz.....	266
aa.	<i>Contra Rückwirkungsverbot</i> .....	266
bb.	<i>Pro Rückwirkungsverbot</i> .....	267
b.	Deutschland .....	268
aa.	<i>Contra Rückwirkungsverbot</i> .....	268
bb.	<i>Pro Rückwirkungsverbot</i> .....	270
C.	Rechtsmeinungen: Überblick .....	273
a.	Schweiz.....	273
b.	Deutschland .....	274
4.	Art. 21 StGB und rückwirkende Praxisänderungen.....	275
A.	Grundsätzliche Anwendbarkeit.....	275

B.	Wahndelikt .....	277
C.	Heilung des Unrechtsbewusstseins .....	278
D.	Fallkonstellationen .....	280
a.	Strafbegründende Praxisänderung .....	280
aa.	<i>Einheitliche Rechtsprechung</i> .....	280
bb.	<i>Uneinheitliche Rechtsprechung desselben Gerichts</i> .....	281
cc.	<i>Uneinheitliche Rechtsprechung gleichrangiger Gerichte</i> .....	282
dd.	<i>Uneinheitliche Rechtsprechung rangungleicher Gerichte</i> .....	284
b.	Strafverschärfende Praxisänderung .....	285
c.	Praxisänderung betreffend schuldunabhängige Elemente .....	285
d.	Strafbegünstigende und -befreiende Praxisänderung .....	286
5.	Konklusion .....	286
<b>5. Würdigung der Lösungswege .....</b>		<b>289</b>
<b>6. Einwände und Einzelfragen .....</b>		<b>295</b>
I.	Einwände gegen den Lösungsvorschlag .....	295
1.	Keine Relevanz des Problembereichs .....	295
2.	Prozessuale Hindernisse .....	296
A.	Problemstellung .....	296
B.	Prozessuale Durchführbarkeit de lege lata .....	298
C.	Anklageerhebung .....	302
D.	Exkurs: Notwendigkeit eines objektivierten Verfahrens de lege ferenda? .....	304
3.	Wortlaut von Art. 1 StGB .....	307
4.	Methodeneinwand .....	308
5.	Funktionsdifferenz .....	310
6.	Fehlender Vertrauensschutz .....	312
7.	Unvermeidbarkeit der Rückwirkung .....	314
8.	Erstarrung der Rechtsfortbildung .....	315
9.	Verhältnis Rückwirkungsverbot – Bestimmtheitsgebot .....	316
II.	Einzelfragen .....	319
1.	Zeitpunkt der Rechtsverbindlichkeit von Praxisänderungen .....	319
2.	Beschränkung in sachlicher Hinsicht? .....	321

A. Grundsatz .....	321
B. Strafmass .....	322
3. Beschränkung im Anwendungsbereich? .....	323
4. Erstmalige Praxisänderung unter dem Gesichtspunkt der Rückwirkung und des Bestimmtheitsgebots .....	324
5. Praxisänderung als Revisionsgrund? .....	326
III. Realisierung des Verbots rückwirkender Praxisänderungen .....	329
<b>7. Ergebnisse .....</b>	<b>333</b>
<b>8. Résultats .....</b>	<b>341</b>