

Einführung in das juristische Denken und Arbeiten

von Dozent Jens Ph. Wilhelm, Hochschule der Sächsischen Polizei (FH)

- durchgesehener u. gekürzter Sonderdruck für die Deutsche SchülerAkademie 2006-1.4 -

Inhaltsverzeichnis

- Inhaltsverzeichnis	1
- Abkürzungsverzeichnis	3

<u>Einleitung</u>	4
-------------------------	---

TEIL I: RECHTSTHEORETISCHE UND RECHTSPHILOSOPHISCHE GRUNDLAGEN

1. <u>Rechtstheoretische Grundlagen</u>	6
1.1. Die Rechtsnorm	6
a) Der Begriff der Rechtsnorm	6
b) Abgrenzungsfragen: Rechtsnormen, soziale Normen, Moral	6
c) Die Struktur der Rechtsnormen	7
u.a. Generalklausel, Blankettnorm, unbestimmter Rechtsbegriff, Ermessen, Beurteilungsspielraum	
1.2. Die Rechtsquellen	8
a) Die Rechtsquellen des nationalen (deutschen) Rechts	9
u.a. Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung, Verwaltungsvorschrift, Gewohnheitsrecht, Richterrecht	
b) Die Rechtsquellen des Völkerrechts	10
c) Die Rechtsquellen des Rechts der europäischen Gemeinschaften	10
1.3. Die Hierarchie der Rechtsnormen	11
a) Die Normenpyramide (Stufenbaulehre)	11
b) Konkurrenzregeln	12
u.a. lex-superior-, lex-specialis-, lex-posterior-Regel; harmonische Konkordanz (Grundrechtskollision)	
2. <u>Rechtsphilosophische Grundfragen</u>	12
2.1. Die Aufgaben des Rechts: Die Trinität des Rechts	12
2.2. Die Gerechtigkeitstheorien	13
2.3. Recht und Unrecht	14
u.a. Radbruchsche Formel	

TEIL II: EINFÜHRUNG IN DIE JURISTISCHE METHODENLEHRE

3. <u>Subsumtionstechnik</u>	16
a) Die Subsumtion als juristischer Syllogismus	16
b) Das Subsumtionsschema	16
c) Die Subsumtion als rechtlich strukturierte Sachverhaltsbewertung	16
4. <u>Gesetzesauslegung (Hermeneutik) und juristische Argumentation (Rhetorik)</u>	17
4.1. Grundlagen	17
a) Auslegungsbedürftigkeit der Rechtsbegriffe und -sätze	17
b) Subjektive und objektive Auslegung oder Auslegung in "denkendem [Gesetzes-]Gehorsam"? ..	18
c) Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Auslegung von Gesetzen und Rechtsgeschäften	20
d) Exkurs: Symbolische Gesetzgebung	21
4.2. Die klassischen Auslegungsmethoden	21
a) Die grammatische bzw. grammatikalische Auslegung	21
u.a. Andeutungstheorie, Wortlautgrenze (natürlicher bzw. möglicher Wortsinn); extensive und restriktive Auslegung	
b) Die systematische Auslegung	23
u.a. Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	

c)	Die historische (bzw. genetische) Auslegung	24
d)	Die teleologische Auslegung u.a. teleologische Reduktion bzw. Extension	24
e)	Exkurs: Rechtsvergleichung als "fünfte" Auslegungsmethode?	25
4.3.	Die normerhaltende Auslegung u.a. Verfassung als objektive Wertordnung; verfassungskonforme, gemeinschaftsrechtskonforme und völkerrechtskonforme Auslegung	26
4.4.	Rechtsfortbildung durch Lückenschließung u.a. richterliche Aufgabe der Rechtsfortbildung, Rechtslücken; Fallgruppen der Rechtsfortbildung und Lückenschließung	27
4.5.	Juristische Argumentation: Die klassischen Schlußformen der juristischen Logik	30
a)	Analogieschluß (argumentum a simile)	30
b)	Umkehrschluß (argumentum e contrario)	31
c)	Größenschluß (auch: Erst-recht-Schluß, argumentum a fortiori)	31
d)	Schluß zum Absurden (argumentum ad absurdum)	31
4.6.	Exkurs: Das Gesetzlichkeitsprinzip	31
a)	Bedeutung und Entstehung des Gesetzlichkeitsprinzips	31
b)	Die vier Garantiefunktionen des Strafrechts Schriftlichkeitsprinzip, Bestimmtheitsgebot, Analogieverbot, Rückwirkungsverbot	32

TEIL III: EINFÜHRUNG IN DIE FALLBEARBEITUNG

5.	<u>Die juristische Prüfungsarbeit</u>	34
a)	Aufgabentypen	34
b)	Warum überhaupt Rechtsgutachten?	34
c)	Gutachten- und Urteilsstil	35
6.	<u>Die Fallbearbeitung: Die Schritte zur (klausurmäßigen) Falllösung</u>	35
(1)	Aufgabenstellung erfassen: <i>Wonach ist gefragt?</i>	36
(2)	Sachverhalt erfassen: <i>Was hat sich zugetragen?</i>	36
(3)	Lösungsskizze erstellen: <i>Wie sieht der Lösungsweg aus, wo liegen die Problemschwerpunkte?</i>	37
(4)	Niederschrift: <i>Was ist bei der Subsumtion bzw. Formulierung zu beachten?</i>	38
7.	<u>Die Formalien einer juristischen Arbeit</u>	40
a)	Die äußere Gestaltung	40
b)	Die Gliederung	40
c)	Das Literaturverzeichnis	42
d)	Literaturhinweise (Fußnoten)	43
8.	<u>Fallbeispiel: "Wand-Fall"</u>	44

ANHANG: MATERIALIEN

1.	Materialien zum Themenkreis "Recht und Gerechtigkeit"	48
-	Textauszüge aus: <i>Hans Kelsen</i> , Reine Rechtslehre; <i>ders.</i> , Das Problem der Gerechtigkeit; <i>Gustav Radbruch</i> , Rechtsphilosophie; <i>ders.</i> , Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht	
-	Entscheidungsauszüge aus: <i>BGHSt</i> 39, 1 - Mauerschützen I; <i>BVerfGE</i> 95, 96 - DDR-Grenzregime	
2.	Materialien zum Themenkreis "Gesetzesauslegung"	56
-	Gesetzestexte zur Gesetzesauslegung; reichsgerichtliche Definition der Eisenbahn (<i>RGZ</i> 1, 247)	
-	Textauszug: <i>Konrad Hesse</i> , Grundzüge des Verfassungsrechts ... (§ 2: Verfassungsinterpretation)	
-	Entscheidungsauszüge: <i>BVerfGE</i> 7, 198 - Lüth; <i>BVerfGE</i> 45, 187 - Lebenslange Freiheitsstrafe	
3.	Materialien zum Themenkreis "Richterrecht - Rechtsfortbildung"	69
-	Entscheidungsauszüge: <i>BVerfGE</i> 34, 269 - Soraya; <i>BGHSt</i> (GS) 30, 105 - Rechtsfolgenlösung	
4.	Materialien zum Themenkreis "Die Garantiefunktion des Strafgesetzes"	79
-	Entscheidungsauszüge: <i>BVerfGE</i> 73, 206 - Sitzblockade I; <i>BVerfGE</i> 92, 1 - Sitzblockade II	
-	Gesetzestexte zum Gesetzlichkeitsprinzip und zur Problematik der Verjährung von NS-/SED-Verbrechen	

Abkürzungsverzeichnis

Nicht aufgeführt werden allgemein übliche Abkürzungen (wie etwa Bd., Bsp., bzw., ders., d.h., sog., u.s.w., u.U., vgl., z.B.). Zeitschriftennamen ist ein * vorangestellt.

a.A.	anderer Ansicht	EuGRZ	*Europäische Grundrechte-Zeitschrift	PJZS	Polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen (der Europäischen Union)
abl.	ablehnend				
Abs.	Absatz	EUV	Vertrag über die Europäische Union		
abw.	abweichend				
a.E.	am Ende	EuVV	Vertrag über eine Europäische Verfassung	PolG	Polizeigesetz
a.F.	alte Fassung			RG	Reichsgericht
AG	Amtsgericht	EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (heute: EGV)	RGBL. I, II	Reichsgesetzblatt Teil I, II
Anm.	Anmerkung			RGSt	Sammlung der Entscheidungen des RG in Strafsachen
arg.	argumentum (Argument aus ...)				
Art.	Artikel (Plural: Artt.)	Fn.	Fußnote		
AT	Allgemeiner Teil	FS	Festschrift	RGZ	Sammlung der Entscheidungen des RG in Zivilsachen
AWG	Außenwirtschaftsgesetz	GA	*Goldammer's Archiv für Strafrecht		
BAG	Bundesarbeitsgericht			Rn.	Randnummer
Bem.	Bemerkung (= Anmerkung)	GBL.	Gesetzblatt	RNZ	*Rhein-Neckar-Zeitung
Beschl.	(Gerichts-) Beschluß	GG	Grundgesetz	Rspr.	Rechtsprechung
Bespr.	Besprechung	GS	Großer Senat	RsprEinhG	Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz	GVG	Gerichtsverfassungsgesetz	S.	Satz, auch: Seite
Bf.	Beschwerdeführer	h.L.	herrschende Lehre	SJZ	*Süddeutsche Juristen-Zeitung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	Hlbbd.	Halbband	SK	Systematischer Kommentar
BGBL. I, II	Bundesgesetzblatt Teil I, II	h.M.	herrschende Meinung	st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
BGH	Bundesgerichtshof	Hrsg. (Hg.)	Herausgeber	StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
BGHSt	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen	Hs.	Halbsatz	StGB	Strafgesetzbuch
		i.e.	im einzelnen	StPO	Strafprozeßordnung
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen	i.d.F.	in der Fassung	str.	streitig (= strittig)
		IGH	Internationaler Gerichtshof	StrafR	Strafrecht
		IPbürgR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	StrRG	Strafrechtsreformgesetz (Gesetz zur Reform des Strafrechts)
BJagdG	Bundesjagdgesetz	i.V.m.	in Verbindung mit	StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
BT	Besonderer Teil; auch: Bundestag	i.w.S.	im weiteren Sinne	StVÄndG	Strafverfahrensänderungsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	JA (JABl)	*Juristische Arbeitsblätter	Tbd.	Teilband
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerfG	JR	*Juristische Rundschau	TVG	Tarifvertragsgesetz
		Jura	*Juristische Ausbildung	UrhG	Urheberrechtsgesetz
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz	JuS	*Juristische Schulung	Urt.	Urteil
		JW	*Juristische Wochenschrift	Verh.	Verhandlungen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht	JZ	*Juristenzeitung	VerjG	Verjährungsgesetz
bw	baden-württembergisch	Kap.	Kapitel	VersG	Versammlungsgesetz
DJT	Deutscher Juristentag	LG	Landgericht	VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Drs.	Drucksache	lit.	litera (= Buchstabe)	VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
DRZ	*Deutsche Rechtszeitschrift	LK	Leipziger Kommentar	wistra	* Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer. Strafrecht.
E 1962	Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches von 1962	MDR	*Monatsschrift für deutsches Recht	ZPO	Zivilprozeßordnung
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom)	m.M.	Mindermeinung	ZStW	*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
		m.w.N.	mit weiteren Nachweisen		
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl	n.F.	neue Fassung, auch: neue Folge		
		NJ	*Neue Justiz		
EGStGB	Einführungsgesetz zum StGB	NJW	*Neue Juristische Wochenschrift		
		NStZ	*Neue Zeitschrift für Strafrecht		
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft	OGHSt	Rechtsprechung in Strafsachen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone		
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention				
entspr.	entsprechend	OLG	Oberlandesgericht		

EINLEITUNG

Wer vor die Aufgabe gestellt wird, einen Lebenssachverhalt rechtlich zu würdigen oder ein bestehendes Problem rechtsgestaltend zu "lösen", der wird schnell erkennen, daß dies kein leichtes Unterfangen ist, zumal es meist nur darum gehen kann, *eine* rechtlich *vertretbare* und möglichst auch *interessengerechte* Antwort auf die sich stellenden Fragen zu finden, denn eine eindeutige, wahrhaft gerechte oder einzig richtige Lösung wird es selten geben. Bei der Rechtsfindung geht es zunächst um *Rechtsanwendung*, womit hier (als umfassender Begriff) neben der Gesetzesauslegung im engeren Sinne auch die Anwendung sonstiger Rechtssätze (etwa von Richterrecht, Gewohnheitsrecht) sowie die Auslegung von Rechtsgeschäften (etwa privaten oder öffentlich-rechtlichen Verträgen) gemeint ist. Daneben kann der Prozeß der Rechtsfindung aber - bei einer Rechtslücke - auch ein solcher der *Rechtsschöpfung* sein.

Der Vorgang der Rechtsfindung wirft einige allgemeine Fragen auf, die hier kurz skizziert seien, um die praktische Relevanz der nachfolgend vermittelten rechtsphilosophischen, rechtstheoretischen und rechtsmethodischen Grundkenntnisse aufzuzeigen - und das nicht nur für die Prüfungsklausur:

- Welches Ziel hat die Rechtsfindung?

Das ist zum einen die Frage, inwieweit die Anwendung des Rechts auf konkrete Streitfälle oder Problemlagen sich als ein (verfassungs)rechtlich determinierter, rational kontrollierbarer und kontrollierter Prozeß erweist und zum anderen, inwieweit die Umsetzung generell-abstrakt formulierter Rechtsnormen im Wege juristischer Subsumtion aufgrund der normativ vorgegebenen Wertungen(auch) zu einer sachgerechten Entscheidung führt. Insofern geht es um die Frage nach der Methodik des Rechts und nach den Aufgaben des Rechts, hier vor allem nach der Gerechtigkeit und der Suche nach den dem Recht zugrundeliegenden Gerechtigkeitstheorien. Wenn eine Aufgabe des Rechts die Verwirklichung der Gerechtigkeit ist, so ist - nicht zuletzt angesichts der jüngeren deutschen Vergangenheit - zugleich zu fragen, welche Rolle ihr bei der Rechtssetzung und -findung zukommt, um so die Grenzen des Rechts (d.h. seiner Geltung und Bindungswirkung wie auch seiner Auslegung und Anwendung) zu erkennen und ein erneutes Entarten zur Rechtsperversion zu vermeiden.

- Welche Arbeitsschritte sind hierbei zu bewältigen?

Der zuweilen mühsame Prozeß der Rechtsfindung ist stets ein mehrstufiger. Dabei beginnen die Schwierigkeiten nicht selten damit, daß die eigentliche "Fallfrage" erst noch herausgearbeitet und zuweilen hierzu auch der Sachverhalt noch weiter erarbeitet werden muß. Keineswegs einfacher ist das anschließende Aufsuchen der möglicherweise einschlägigen Rechtssätze und dann deren Anwendung auf den Sachverhalt im Wege der sog. Subsumtion (also der Prüfung, ob sich der Sachverhalt unter die hierzu näher zu definierenden [Tatbestands-]Merkmale der Rechtsnorm einordnen [= subsumieren] läßt, wozu es meist der Auslegung der Rechtsnorm bedarf). Das so gefundene, positive oder negative Ergebnis stellt dann die Antwort auf die Fallfrage dar (und insofern die Lösung der Aufgabe).

- Lassen sich Sachverhaltsfeststellung und Rechtsfindung bzw. Rechtsanwendung trennen?

In der Rechtspraxis ist oft die Sachverhaltsfeststellung aufwendiger als die Rechtsanwendung im engeren Sinne. Dies berechtigt aber nicht, rechtsmethodische sowie rechtsdogmatische Fragen in der Ausbildung oder bei der praktischen Arbeit zu vernachlässigen. Denn neben der materiellrechtlichen Seite eines Falls, d.h. der Beantwortung der aufgeworfenen Sach-, sprich: Fallfragen, ist schon das Erarbeiten des Sachverhalts praktische *Rechtsanwendung*, die wesentlich durch das formale oder Verfahrensrecht bestimmt wird. Wie sehr der Rechtsfindungsprozeß durch das mit der Sachverhaltsfeststellung einsetzende Verfahren und damit durch dessen rechtliche Ausgestaltung bestimmt wird, zeigen etwa die Regeln über die Beweiserhebung, Beweisverwertung und Beweislast. Wenn nachstehend die materiell- und formalrechtlichen Fragen als solche der einzelnen Fachdisziplinen auch weitgehend außen vor bleiben, so bilden die abgehandelten Fragen der Rechtstheorie und -methodik, ja selbst die Rechtsphilosophie doch auch für diese das Fundament, vor allem, indem sie das juristische "Handwerkszeug" liefern.

- Gibt es eigentlich eine *einheitliche Methode* der Rechtsanwendung oder bestehen innerhalb der Rechtswissenschaften *verschiedene Methoden*?

Wenngleich man angesichts der verschiedenen Fachdisziplinen von einer Mehrheit der Rechtsanwendungsmethoden sprechen kann, so greifen diese doch zum einen auf ein einheitliches Methodenarsenal zurück und zum anderen gibt es ungeachtet im einzelnen bestehender Besonderheiten¹⁾ keineswegs eine Methodenbeliebigkeit. Die Methodenfrage ist im übrigen auch keine wissenschaftstheoretische, sondern eine praktische nach der Entscheidungsfindung (man denke etwa an die richterliche Rechtsfortbildung).

Die Frage nach der Methodenwahl ist dabei eine solche nach der rationalen Kontrolle der Rechtsanwendung, nach deren (wissenschaftlicher) Objektivierbarkeit oder ihrer Abhängigkeit von den jeweiligen sozialen und ökonomischen Umständen (Zeitgeist) bzw. dem Vorverständnis des Rechtsanwenders, letztlich auch nach der Machtverteilung unter den konkurrierenden Gewalten der Legislative, Exekutive und der Judikative. Insofern ist die Methodenfrage eine Verfassungsfrage nach der realen Gewaltentrennung vor allem zwischen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und der ebenso wie die Verwaltung gesetzesgebundenen Rechtsprechung. Man könnte auch sagen, es geht um die "Herrschaft der Gesetze" als Demokratieprinzip oder als aristokratisch-oligarchische Richterherrschaft. Indem die Methodenlehre nachvollziehbar den methodischen Rechtsanwendungsprozeß offenlegt, leistet sie einen Beitrag

- zur *Gewaltenteilung*, da so erkennbar wird, ob die Gesetzesbindung der Rechtsanwender (Art. 20 Abs. 3 GG) und hier insbesondere die Abhängigkeit der Rechtsanwendung von den *gesetzlichen* Wertungen beachtet oder mißachtet wurde,
- zur *Gleichbehandlung* und *Rechtssicherheit*, da die Rechtsanwendung und auch die Rechtsfortbildung allgemein und gleich erfolgen soll,
- zur *Überprüfbarkeit* des Rechts, da erst über die erfolgte Begründung die Entscheidung der Kritik zugänglich wird,
- zur *Selbstkontrolle* und damit Selbsterkenntnis der Rechtsanwender,
- zur *Rechtsstaatlichkeit* und gibt so der Rechtsanwendung ihre "innere Moralität".

Die vorliegende Einführung in das juristische Denken und Arbeiten will auf dem Weg der Rechtsfindung und Falllösung ein Wegweiser sein. Sie soll mit der juristischen Methodik der Rechtsanwendung sowie der gutachtlichen Fallbearbeitungstechnik (als der Grundform jeglichen juristischen Arbeitens), daneben aber auch mit den das Fundament der Rechtsanwendung bildenden Grundlagen der Rechtslehre und einigen Grundfragen der Rechtsphilosophie vertraut machen.

Deshalb sollen in einem *ersten Teil* zunächst die *rechtstheoretischen Grundlagen* des Rechts erörtert und sodann *rechtsphilosophischen Grundfragen* nachgegangen werden.

Der *zweite Teil* ist den *methodischen Fragen der Rechtsanwendung* gewidmet, also der Subsumtionstechnik, der Gesetzesauslegung sowie der juristischen Argumentation als dem Handwerkszeug des Juristen. Hierbei ist auch auf die Fragen der Lückenschließung und Rechtsfortbildung einzugehen.

Im nachfolgenden *dritten Teil* soll von der Rechtsanwendung der Schritt hin zur Falllösung erfolgen und in die (*Gutachten-*)*Technik der Fallbearbeitung* eingeführt werden, die natürlich auch die formale Seite juristischen Arbeitens umfassen muß. Er schließt ab mit einem Fallbeispiel, das in Ergänzung zu den Beispielen im Methodenteil das "Wie" des juristischen Arbeitens verdeutlichen soll.

Der abschließende *Materialienanhang* soll vor allem anhand von Quellentexten, meist gerichtlichen Entscheidungen, zum vertiefenden Studium anregen: nämlich zum Nachdenken über das Recht und vor allem zum eigenen juristischen Arbeiten.

¹ Im Strafrecht gelten zum Beispiel die Sonderregelungen der Unschuldsvermutung mit dem Zweifelsatz "in dubio pro reo", des Gesetzlichkeitsprinzips "nullum crimen, nulla poena sine lege" sowie der Selbstbelastungsfreiheit "nemo tenetur se ipsum accusare/prodere".

TEIL I: RECHTTHEORETISCHE UND RECHTSSPHILOSOPHISCHE GRUNDLAGEN

1. Rechtstheoretische Grundlagen

1.1. Die Rechtsnorm

a) Der Begriff der Rechtsnorm

Der Begriff der *Norm* kommt aus dem Lateinischen, wo "norma" das Winkelmaß ist und zugleich im übertragenen Sinne die Richtschnur, Norm oder Regel meint. Somit erfolgte von der Herstellung maßgerechter Werkstücke eine Übertragung auf das menschliche Handeln, als dessen Steuerungsinstrument und Prüfungsmaßstab die Norm nun dient.

Formal² lassen sich *Rechtsnormen* definieren als - zumindest mittelbar (dazu unten 1.2.a) - hoheitliche Anordnungen, die - anders als etwa ein Vertrag oder Verwaltungsakt - für eine unbestimmte Vielzahl von Personen (Normadressaten) und ohne Rücksicht darauf, ob diese der Norm zugestimmt haben, allgemein verbindliche Regelungen enthalten. Folgt man dieser üblichen Definition, so ergibt sich das Problem der nichtstaatlichen Rechtsnormen (vom [eigenständigen] Kirchenrecht über das Tarifrecht bis zum Völkerrecht [als internationalem Recht]), des Gewohnheitsrechts und nicht zuletzt des Richterrechts. Im folgenden wird deshalb mit *Recht* die Summe der geltenden, d.h. vom Gesetzgeber erlassenen und/oder von den Gerichten angewandten Normen gemeint (somit "quid sit iuris" [was sei Recht] statt "quid est ius" [was ist Recht]).

Normtheoretisch läßt sich die Rechtsnorm durch die folgenden drei Grundelemente bestimmen:

- (1) Der Rechtssatz ist eine generell adressierte Norm.
- (2) Der Rechtssatz ist eine bedingte Norm, d.h. er besteht aus einer deskriptiven Beschreibung seiner Anwendungsvoraussetzungen (= Tatbestand) sowie aus einer Sollens- und Verhaltensanforderung (= Rechtsfolge).
- (3) Der Rechtssatz bringt eine Wertung zum Ausdruck.

b) Abgrenzungsfragen: Rechtsnormen, soziale Normen, Moral

Die Rechtsnormen sind verhaltensbestimmende *Sollensnormen* und stehen somit im Gegensatz zu den *Seinsnormen* der Naturwissenschaften, die der Beschreibung der Gesetzmäßigkeiten der Natur dienen.

Als Sollensnormen sind die Rechtsnormen vor allem abzugrenzen

- zu den *sozialen Normen* der Sozialwissenschaften, die einerseits - aufgrund empirischer Beobachtung - das menschliche Verhalten und andererseits das Wirken dieser Verhaltensweisen für das gesellschaftliche Zusammenleben beschreiben (etwa die Sanktionierung abweichenden Verhaltens im Wege sozialer Kontrolle);

² Wesentlich schwerer ist eine *materiale* Definition des Rechts, denn bei der inhaltlichen Bestimmung der Wesensmerkmale des Rechts ist zu beachten, daß neben den materiellen Rechtsnormen, den sog. *Primärnormen*, stets auch formale Rechtsetzungs- (sog. Erkenntnisregeln) und Rechtsdurchsetzungsregeln (sog. Erzwingungsregeln), die sog. *Sekundärnormen*, Bestandteil einer Rechtsordnung sind. (Auch diese können zur Definition des Rechts herangezogen werden, doch ist zu beachten, daß eine solche rein formale Definition oder auch materiale Begründung der Rechtsgeltung, also ein rein legalistisches Prinzip, insofern versagen muß, als das Recht gerade auch durch die Macht, die reale Chance seiner Durchsetzbarkeit, bedingt ist, wie etwa revolutionäre Umstürze oder die sog. *normative Kraft des Faktischen* zeigen.) Als "Wesensmerkmale" des Rechts werden angesehen,

- die Zwangsdurchsetzung durch den Staat (staatliches Gewaltmonopol)
- die Rechtsdurchsetzung im Wege eines förmlichen Verfahren (insbesondere Gerichtsverfahren, aber auch Verwaltungsverfahren; Entscheidungsfindung und -vollstreckung)
- die schriftliche Fixierung des Rechts (wenngleich nicht unbedingt erforderlich),
- die Rechtsetzung in einem besonderen Verfahren als demokratische Legitimation des Rechts und
- die Ausrichtung auf die Verwirklichung der Gerechtigkeit,
- ferner die Rechtssicherheit als eine Eigenart des Rechts, die aus seiner Erzwingbarkeit und inhaltlichen Fixierung folgt und auch die Möglichkeit umfaßt, daß der einzelne (notfalls zwangsweise) sein Recht durchsetzen kann.

- ferner zu der *Moral* als Inbegriff moralischer Normen, Werturteile und Institutionen - kurz: sittlicher Wertmaßstäbe -, die auf kultureller Erfahrung, Religion oder philosophischer Anschauung gründen und ein Regelsystem für menschliches Verhalten enthalten.

Dabei können Rechts- und Moralnormen auf gemeinsamen Wertvorstellungen (Grundwerten) beruhen. Ein gewisses Minimum verbindlicher, grundsätzlich anerkannter Sozialmoral ist insofern sogar Bedingung des Rechts, dessen Wertmaßstäbe sittlich guten, billigen oder gerechten Handelns es mitbestimmt (und diese Wertmaßstäbe werden ihrerseits durch die Rechtsanwendung gefestigt). Hingegen ist die Forderung nach der "Einheit von Recht und Moral" ein Kennzeichen totalitärer (meist: Unrechts-) Systeme.

Die wesentlichen Unterschiede zwischen Recht und Moral bestehen in der Gewährleistung der Verbindlichkeit sowie Durchsetzbarkeit des Rechts mittels staatlichen Zwangs, während die Moralnormen - ungeachtet der bestehenden sozialen Kontrolle und Sanktionen - auf der inneren Freiheit zur Einsicht (Moralität) des Handelnden beruhen.

c) Die Struktur der Rechtsnormen

Die Rechtsnormen sind als Konditionalsätze ausgestaltet bzw. lassen sich zu solchen umformulieren (sog. *Imperativentheorie*), nämlich daß bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestands eine bestimmte Rechtsfolge eingreift ("wenn ... [= Tatbestand], dann ... [= Rechtsfolge]").

Zu beachten ist, daß der Begriff des Tatbestands in zweierlei Hinsicht verwendet wird: *Im engeren Sinne* meint Tatbestand die Normvoraussetzungen (also, wie soeben dargestellt, das Gegenstück zur Rechtsfolge). Daneben bezeichnet man bei den unerlaubten Handlungen im Zivilrecht sowie bei den strafbaren Handlungen im Strafrecht auch die gesamten deliktischen Voraussetzungen als (Delikts- oder Straf-) Tatbestand (*im weiteren Sinne*).

Dabei kann man unterscheiden zwischen vollständigen und unvollständigen Rechtsnormen: Während - die *vollständigen Rechtsnormen* Gebots-, Verbots- oder Erlaubnissätze aufstellen, deren Anwendungsvoraussetzungen sie ebenso umschreiben (= Tatbestand) wie sie das geforderte Verhalten (= Rechtsfolge) bestimmen, - ergeben die *unvollständigen Rechtsnormen* (z.B. Legaldefinitionen oder Fiktionen, auch Rechtsprinzipien wie Treu und Glauben in § 242 BGB) erst im Zusammenwirken mit anderen Rechtssätzen einen rechtlichen Imperativ.

Teilweise wird begrifflich abweichend auch zwischen *Grundnormen* und *Ergänzungsnormen* (insbesondere Legaldefinitionen, Verweisungen, Fiktionen) unterschieden.

Als Normarten lassen sich unter anderem unterscheiden Gebots-/Verbotsnormen, Ausnahmevorschriften (z.B. Rechtfertigungsgründe), Zweckprogramme (Zielvorgaben), Ermächtigungsnormen, *Legaldefinitionen* (= gesetzliche Begriffserläuterungen [z.B. in §§ 11 StGB, 157 StPO], teilweise als sog. Klammerdefinition [z.B. in § 110a Abs. 2 StPO für die "Legende"]), *Fiktionen* (= im Gesetz wird - quasi als gesetzliche Lüge - entgegen der Wirklichkeit eine Tatsache als gegeben bzw. nicht gegeben festgelegt [= fingiert] und so die Anwendung eines sonst nicht eingreifenden Rechtssatzes ermöglicht; meist umschrieben mit "gilt als ...", z.B. in § 96 BGB) und Vermutungsregeln (z.B. § 1006 Abs. 1 BGB).

Im Hinblick auf die gesetzestechnische Ausgestaltung von Rechtsnormen sind vor allem nachfolgende Erscheinungsformen des Rechts bzw. Rechtsbegriffe von Bedeutung:

- **Generalklauseln** sind Rechtsnormen, die - in der Regel unter Verwendung allgemeiner bzw. wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe - nur einen allgemeinen Grundsatz aufstellen, um so die Anwendbarkeit auf eine Vielzahl von Fällen sicherzustellen und dadurch das Recht von einer Vielzahl von Einzelregelungen zu entlasten. Die konkrete Inhaltsbestimmung im Einzelfall bleibt somit letztlich den Gerichten (unter Mithilfe der Rechtswissenschaft) überlassen. Bedeutende Generalklauseln enthalten §§ 138, 826 BGB ("gute Sitten"), §§ 157, 242 BGB ("Treu und Glauben"), die "Rechtswidrigkeitsklausel" in § 240 Abs. 2 StGB oder als Ermächtigungsnormen die polizeilichen Generalklauseln (§§ 1, 3 bw. PolG bzw. sächs. PolG) sowie die Zuständigkeits- und (seit StVÄndG 1999 auch) Befugnisnormen für die Staatsanwaltschaft und Polizei im strafverfahrensrechtlichen Ermittlungsverfahren (§§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO).

- **Blankettnormen** sind Rechtsvorschriften, die zwar eine Rechtsfolge festlegen, aber für die nähere Bestimmung der Tatbestandsvoraussetzungen auf andere Rechtsquellen (insbesondere Ausführungsvorschriften) Bezug nehmen. (Dabei ist eine entsprechende Ermächtigungsnorm zum Erlaß der blankettausfüllenden Rechtsnorm erforderlich, meist ist sie in der Blankettnorm selbst enthalten.) Wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes (dazu unten 4.6) müssen bei Blankettstrafgesetzen (z.B. §§ 184, 315a Abs. 1 Nr. 2 StGB; 34 Abs. 4 AWG) die wesentlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit schon aus der Blankettnorm selbst ersichtlich sein, während die Detailregelung der (unter Umständen auch untergesetzlichen) blankettausfüllenden Normen vorbehalten bleiben kann³); im übrigen müssen für den Betroffenen aufgrund seiner Vertrautheit mit dem in Bezug genommenen Rechtsgebiet die blankettausfüllenden Normen erkennbar sein, wobei nach h.M. für ihn auch eine Informationspflicht besteht. Hierbei sind auch sog. gestufte Blankette sowie dynamische Verweisungen (beachte § 2 Abs. 3 StGB) zulässig. Die blankettausfüllenden Normen sind bei allen dogmatischen Fragen grundsätzlich als Teil der Blankettnorm anzusehen und zu berücksichtigen.
- **Unbestimmte Rechtsbegriffe** sind solche, deren Inhalt nicht durch einen fest umrissenen Tatbestand ausgefüllt wird, sondern bei der Rechtsanwendung auf einen bestimmten Sachverhalt im Einzelfall in tatsächlicher (z.B. Begriff der "Dunkelheit" oder "Nacht") oder rechtlicher Hinsicht (z.B. "berechtignte Interessen", "Gemeinwohl", "verwerflich", "Gefahr im Verzug") einer Fixierung, oft durch Wertausfüllung, bedarf.

Die Gesetzesbindung der Exekutive kann weiter durch das gesetzliche Einräumen von *Ermessen* oder eines *Beurteilungsspielraums* gelockert sein. Die gerichtliche Kontrolle der Exekutive wird hierdurch - anders als bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe - begrenzt, da der Exekutive insoweit das Recht zur Letztentscheidung zukommt:

- **Ermessen** meint dabei, daß bei Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestands die Exekutive auf der Rechtsfolgenseite zwischen verschiedenen Verhaltensweisen wählen kann, sei es hinsichtlich des "ob" des Einschreitens (*Entschließungsermessen*, z.B. beim Opportunitätsprinzip) oder der zu treffenden Maßnahme (*Auswahlermessen*, z.B. der Wahl der Eingriffsmaßnahme im Polizeirecht).
- Bei einem **Beurteilungsspielraum** wird hingegen der Exekutive auf der Tatbestandsseite ein Frei- raum gerichtlich nicht überprüfbarer Wertung und Einschätzung eingeräumt (z.B. bei Prüfungs- oder Prognoseentscheidungen, beamtenrechtlichen Beurteilungen).

1.2. Die Rechtsquellen

Am Anfang jeder Rechtsanwendung steht das Aufsuchen der einschlägigen Rechtssätze (meist: Rechtsnormen), innerhalb der Gesamtrechtsordnung des nationalen Rechts (bzw. bei gegebenem Auslandsbezug: der beteiligten nationalen Rechte) und unter Umständen sogar des internationalen Rechts, wobei letzteres auch bereits unmittelbar in das nationale Recht hineinwirken kann (wie dies etwa im deutschen Recht zumindest für die "allgemeinen Regeln des Völkerrechts" nach Art. 25 GG und für das sog. supranationale Recht der europäischen Gemeinschaften gilt [vgl. Artt. 23, 24 Abs. 1 GG]).

Im deutschen Recht unterscheiden wir folgende großen Normkomplexe:

- das *Öffentliche Recht* mit dem Verfassungs- und Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht, Finanz- und Steuerrecht, Strafrecht und den Verfahrensrechten,
- sowie das *Privatrecht* mit dem Bürgerlichen Recht (im engeren Sinn), Handels- und Wirtschaftsrecht (im weiteren Sinn) sowie dem Arbeitsrecht.

Dabei besteht ein Beziehungsgeflecht innerer und äußerer Verknüpfungen zwischen den Normen einer Rechtsordnung, weshalb diese auch als ein *Rechtssystem* bezeichnet werden kann. Nicht zuletzt wegen dieser vielfältigen Verknüpfungen ist bei der Rechtsanwendung im Sinne eines "Schweifens des Blickes" zu verfahren und folgendes zu beachten:

³ Vgl. *BVerfG*, NStZ-RR 2002, 22; zur Problematik des Bestimmtheitsgebots bei Blankettnormen zur Umsetzung europäischen Rechts siehe *Niehaus*, *wistra* 2004, 206.

- » (1) Begnügen Sie sich nie mit dem Lesen einer einzelnen Gesetzesvorschrift, auch wenn sie die gewünschte Rechtsfolge anordnet.
 (2) Lesen Sie alle Vorschriften des Regelungsbereiches, in dem die Vorschrift mit der gewünschten Rechtsfolge steht.
 (3) Erinnern Sie sich ferner an alle Vorschriften, die ähnliche Regelungsprobleme betreffen oder konkurrierende Rechtsfolgen anordnen. Versuchen Sie aus dem Vergleich der Vorschriften den speziellen Zweck der anzuwendenden Norm zu erkennen.« (Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 142)

a) Die Rechtsquellen des nationalen (deutschen) Rechts

Innerhalb der deutschen Rechtsordnung sind folgende **Normarten** als Rechtsquellen anerkannt:

- (*Förmliche*) **Gesetze**, seien es Verfassungsgesetze des Bundes bzw. der Länder oder sonstige, sog. "einfache" Parlamentsgesetze
- **Rechtsverordnungen** [sind durch die vollziehende Gewalt (Exekutive) nach Art. 80 Abs. 1 GG aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm erlassene Rechtssätze, deren Inhalt, Zweck und Ausmaß durch die Ermächtigungsnorm bestimmt sein muß]
- **Satzungen** [sind autonome Rechtssätze öffentlich-rechtlicher Körperschaften zur Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben (z.B. der Gemeinden, Universitäten)]
- **Verwaltungsvorschriften/-richtlinien** [sind durch die vollziehende Gewalt erlassene innerbehördliche normkonkretisierende Dienstanweisungen (zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsauslegung und -anwendung durch die Behördenmitarbeiter), sog. Binnenrecht ohne Rechtssatzqualität im engeren Sinn]
- **Gewohnheitsrecht** [es wird begründet durch eine einheitliche und dauerhafte Übung (= Rechtspraxis oder Gewohnheit), die von der gemeinsamen Rechtsüberzeugung (= Rechtsgeltungswillen) der Handelnden getragen wird⁴]; was Gewohnheitsrecht ist, wird durch die letzten zuständigen Gerichtsinstanzen erkannt, weshalb die Abgrenzung zum sog. Richterrecht Streitig ist]
- **Richterrecht** [sind in höchstrichterlichen oder letztinstanzlichen Entscheidungen verwendete Rechtssätze ohne gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Geltungsgrund, hierzu gehören insbesondere auch durch höchstrichterliche Rechtsprechung begründete (neue) Rechtssätze (die sich regelmäßig zu einer ständigen Rechtsprechung verfestigen); diese Rechtssätze sind mit die Folge der richterlichen Aufgabe, auch in noch nicht oder erst unvollkommen normierten Rechtsbereichen Entscheidungen - und damit Wertungen - zu treffen (insofern: Aufgabe der Rechtsfortbildung als Grundlage des Richterrechts, dazu unten 4.4)].

Das Richterrecht ist zu unterscheiden von der ausdrücklichen *gesetzlichen Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen*, die das deutsche Recht (insbesondere zur Wahrung der Rechtseinheitlichkeit) für die folgenden Fälle kennt:

- autoritative Verfassungsauslegung durch das Bundesverfassungsgericht (§ 31 BVerfGG, nach Abs. 2 sogar mit Gesetzeskraft) bzw. durch die Landesverfassungsgerichte;
- sog. Vorabentscheidungsverfahren zur autoritativen Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts (z.B. Art. 234 EGV);
- Entscheidungen aufgrund bestehender Vorlagepflichten bei divergierenden Rechtsauffassungen der Oberlandesgerichte (z.B. § 121 Abs. 2 GVG) bzw. in oder zwischen den Höchstgerichten (Anrufung der Großen Senate bzw. Vereinigten Großen Senate nach § 132 Abs. 2, 3 GVG bzw. des Gemeinsamen Senats der obersten Bundesgerichte nach RsprEinhG);
- Bindung der Untergerichte bei Aufhebung und Zurückverweisung einer Sache (z.B. § 358 Abs. 1 StPO);
- Zulassungszwang für Revisionen bei grundsätzlicher Bedeutung und Divergenzentscheidungen (z.B. § 132 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 VwGO).

Wenn auch den Entscheidungen der Höchstgerichte, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts, nicht nur über das sog. Richterrecht eine zunehmende Bedeutung im deutschen Rechtsleben zukommt, so unterscheidet sich dieses doch grundlegend von dem **angelsächsischen Fallrecht (case-law)**. Im Gegensatz zum kontinental(europäischen) Rechtskreis (*civil law*) wird der anglo-amerikanische Rechtskreis des *common law* (immer noch) stark durch die überlieferte Rechtspraxis, sprich: richterliche Judikate geprägt. So sind die Untergerichte an die Rechtsgrundsätze früherer Entscheidungen (Präjudizien, *precedents*) der Obergerichte gebunden (*stare decicis*). Allein

⁴ Vgl. *Institutionen* 1.2.9: "Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur." (= Ungeschrieben kommt Recht zustande, wenn es durch Übung gebilligt worden ist. Denn langwährende Gewohnheit, die von denen, die sie üben, übereinstimmend gebilligt wird, kommt einem Gesetz gleich.)

das Höchstgericht kann von dem von ihm aufgestellten Präjudiz abweichen, es aufheben (*overrule*) und dadurch neues Recht schöpfen (für den vorliegenden Fall und die zukünftige Rechtslage). Die Bindung der Untergerichte reicht allerdings nur soweit, wie die Urteilsausführungen die Entscheidung tragen (*ratio decidendi, holding*), sie gilt also nicht für "obiter dicta". Eine große praktische Bedeutung kommt dabei dem "distinguishing" zu, indem Abweichungen zu den Präjudizien herausgearbeitet werden, um so unter Betonung der Besonderheiten des Einzelfalls abweichend entscheiden zu können. Die Rechtsfortbildung erfolgt im anglo-amerikanischen Rechtskreis also im Zusammenspiel der Gerichte mit dem Gesetzgeber (und zunehmend durch Kodifikation wichtiger Rechtsbereiche), wobei allerdings wieder allein die Auslegung durch die höchstgerichtlichen Entscheidungen - nicht der gesetzgeberische Wille als solcher - bindend ist.

Ungeachtet ihres privatrechtlichen Ursprungs zählen auch die (aufgrund hoheitlicher Anerkennung als Rechtsnormen einzuordnenden) Tarifverträge (vgl. § 4 Abs. 1 TVG; zumindest soweit nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt) und die Betriebsvereinbarungen (§ 77 BetrVG) sowie die staatlich konzessionierten "Allgemeinen Vertragsbedingungen" (str.; z.B. Allgemeine Beförderungsbedingungen) als *sonstige Rechtsnormen* zu den Rechtsquellen.

Zu den Rechtsquellen im weiteren Sinne sind auch die folgenden **Rechtsakte** als nichtnormative Erscheinungsformen des Rechts zu zählen, nämlich als

- *Rechtshandlungsformen der Exekutive*: öffentlich-rechtliche Verträge (§ 54 VwVfG), Verwaltungsakte und Allgemeinverfügungen (§ 35 VwVfG) sowie Pläne (str., meist formal als Rechtsnorm ergehend; z.B. Flächennutzungsplan);
- *Rechtshandlungsformen der Judikative*: (Gerichts-) Urteile und Beschlüsse (tw. auch normverwerfender Art, so z.B. bei Normenkontrollen untergesetzlichen Landesrechts nach § 47 VwGO)
- und als *Rechtshandlungsformen Privater*: Verträge, Satzungen privat-rechtlicher Körperschaften (z.B. Vereinssatzung) und sonstige Rechtsgeschäfte.

Hingegen ist das sog. **Juristenrecht** (= Rechtslehre, Literatur) richtigerweise keine Rechtsquelle, sondern allenfalls eine Rechtserkenntnis- oder Hilfsquelle, auch wenn der Gesetzgeber gelegentlich die Klärung einer offenen Rechtsfrage ausdrücklich der Rechtsprechung und (!) Rechtslehre überläßt.

b) Die Rechtsquellen des Völkerrechts (vgl. Art. 38 IGH-Statut)

- Völkerrechtliche Verträge (vgl. hierzu die sog. Wiener Vertragsrechtskonventionen)
- Völkergewohnheitsrecht
- Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts
- Rechtserkenntnisquellen (sog. Hilfsquellen), nämlich:
 - Richterliche Entscheidungen
 - Völkerrechtslehre
 - Resolutionen von Staatenkonferenzen und internationalen Organisationen (sog. *soft-law*)
- Rechtsetzung durch internationale Organisationen

c) Die Rechtsquellen des Rechts der europäischen Gemeinschaften (sog. Europarecht i.e.S.)

aa) Primäres Gemeinschaftsrecht:

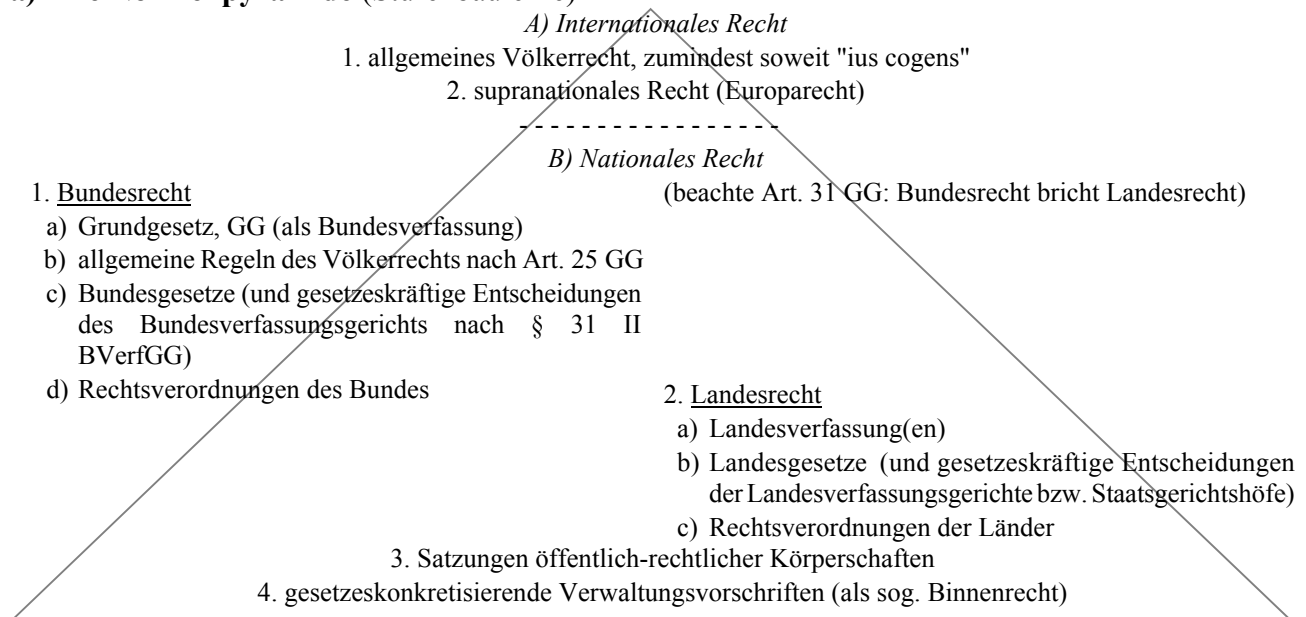
- Gründungsverträge (*Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* [EWGV; jetzt: *Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, EGV], *Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft* [Euratom, EAGV], früher zudem: *Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl* [Montanunion, EGKSV⁵]; künftig: *Vertrag über eine Verfassung für Europa* [EuVV]) nebst den Anlagen, Anhängen und Protokollen zu den Verträgen
- sowie deren spätere Ergänzungen und Änderungen (u.a. *Einheitliche Europäische Akte* [EEA], *Vertrag über die Europäische Union* [sog. Vertrag von Maastricht, EUV] sowie die sog. Verträge von Amsterdam und von Nizza)

⁵ Da die sog. Montanunion von vornherein nur auf 50 Jahre angelegt war, trat der EGKSV am 23.7.2002 außer Kraft.

- Allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts (z.B. der gemeinschaftliche Standard der Grundrechte⁶⁾)
- bb) Völkerrechtliche Abkommen der Gemeinschaften und allgemeine Regeln des Völkerrechts
- cc) **Sekundäres Gemeinschaftsrecht**
 - siehe derzeit Art. 249 EGV n.F. (= Art. 189 EWGV):
 - Verordnungen (allgemein bindend)
 - "Grundverordnungen" des Rats
 - Durchführungsverordnungen der Kommission (vgl. Artt. 202, 211 EGV n.F. = Artt. 145, 155 EWGV)
 - Richtlinien (grds. nur die Mitgliedstaaten bindend)
 - siehe auch sog. Rahmenbeschlüsse nach Art. 34 Abs. 2 Satz 2 lit. b EUV (im Rahmen der PJZS)
 - Entscheidungen (für die Adressaten verbindlich)
 - Empfehlungen und Stellungnahmen (unverbindlich)
 - künftig - nach der Europäischen Verfassung - siehe Artt. I-33 ff EuVV:
 - Europäisches Gesetz, s.a. Art. I-34 EuVV (allgemein geltend und bindend; entspricht den bisherigen Verordnungen)
 - Europäisches Rahmengesetz, s.a. Art. I-34 EuVV (grds. nur die Mitgliedstaaten bindend; entspricht den bisherigen Richtlinien)
 - Europäische Verordnung (allgemein geltend, Bindungswirkung aber rechtsaktabhängig; ohne bisheriges Äquivalent, dient der Durchführung der Gesetzgebungsakte und einzelner Verfassungsbestimmungen)
 - Europäischer Beschluß, s.a. Art. 1-35 EuVV (für die Adressaten verbindlich; entspricht der bisherigen Entscheidung)
 - Empfehlungen und Stellungnahmen (unverbindlich; wie bisher)

1.3. Die Hierarchie der Rechtsnormen

a) Die Normenpyramide (Stufenbaulehre)



Aus dem Stufenbau der Normen folgt, daß rangniederes Recht, welches ranghöherem Recht widerspricht, rechtsunwirksam ist (*lex superior derogat legi inferiori*); soweit das rangniedere Recht in seiner Entstehung von ranghöherem Recht abhängt, ergibt sich dies auch daraus, daß es dann nicht mehr von seiner Ermächtigungsnorm gedeckt ist.

⁶ Siehe hierzu Art. 6 EUV. Beachte, daß die *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* als solche, da bloße Proklamation, rechtlich nicht verbindlich ist. Sie wird aber als Teil II Bestandteil der sog. Europäischen Verfassung (= Artt. II-61 bis II-114 EuVV) sein.

b) Konkurrenzregeln

Die Rechtsordnung ist nicht zuletzt angesichts der Vielgestaltigkeit der Rechtsquellen (Normen) und deren unterschiedlicher Entstehungszeit keineswegs in sich widerspruchsfrei. Zur Lösung der mitunter zwischen einzelnen, sich widersprechenden Rechtsnormen bestehenden Normkonflikte haben sich nachfolgende Konkurrenzregeln herausgebildet, nämlich

- der Vorrang des höherstehenden vor dem rangniederen Recht (*lex superior derogat legi inferiori*),
- der Vorrang der spezielleren vor der allgemeineren Norm (*lex specialis derogat legi generali*)
- und der Vorrang der jüngeren vor älteren Gesetzen (zeitliche Gesetzeskonkurrenz: *lex posterior derogat legi priori*).

Daneben gilt - begrenzt - der Grundsatz der "Einheit und Widerspruchsfreiheit des Rechts bzw. der Rechtsordnung" (vgl. dazu unten 4.2.b). Er dient der Herstellung einer harmonisierenden Interpretation unter Berücksichtigung aller vorhandenen Wertungsmaßstäbe.

Hingewiesen sei hier noch auf den Sonderfall der sog. *Grundrechtskollision*, in dem die Grundrechtsausübung eines Grundrechtsträgers auf Kosten der Grundrechtsausübung eines anderen Grundrechtsträgers geht: Angesichts der fehlenden Hierarchie der Grundrechte (von der - zunehmend umstrittenen - Sonderstellung der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG einmal abgesehen) bedarf es einer Lösung dieses Konfliktfalls. Sie erfolgt nach h.M. im Wege einer situationsabhängigen Güterabwägung, nämlich welchem Grundrecht im konkreten Fall der Vorrang gebührt. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist dabei nicht die völlige Verdrängung eines der beiden miteinander kollidierenden Grundrechte, sondern der Versuch, die Gegensätze durch Herstellung einer sog. *harmonischen Konkordanz* (Konrad Hesse, s.u. S. 59) schonend auszugleichen; läßt sich dies nicht erreichen, so ist unter Berücksichtigung der falltypischen Gestaltung und der besonderen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat (vgl. BVerfGE 35, 202 [225] - Lebach I).

2. Rechtsphilosophische Grundfragen

2.1. Die Aufgaben des Rechts: Die Trinität des Rechts

Das Recht soll nicht nur den Rechtsfrieden zwischen den Parteien wiederherstellen und ihnen Rechtsicherheit geben, sondern vor allem zweckmäßig und materiell gerecht sein (sog. *Trinität des Rechts*). Dabei können sich, wie die landläufige Unterscheidung von "recht haben und recht bekommen" zeigt, zwischen den erstrebten Zielen der Gerechtigkeit, der Zweckmäßigkeit und der Rechtsicherheit (zu deren Definition sogleich) Konflikte ergeben, die, wie zu zeigen sein wird, auch bei der Frage nach den Grenzen des Rechts, dem Verhältnis von Recht und Unrecht, eine Rolle spielen.

- **Rechtssicherheit** meint in erster Linie die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit rechtlicher Gebote und ihrer Anwendung (nicht zuletzt aufgrund inhaltlich eindeutiger und nach Möglichkeit dauerhafter Gesetze sowie einer entsprechend gleichmäßigen Rechtsanwendung durch die Gerichte), daneben aber auch die Effektivität der Rechtsordnung (nämlich daß die Gebote und Verbote der Gemeinschaft auch durchgesetzt, ihnen Geltung verschafft wird), so daß der einzelne auch "sein" Recht bekommt.
- **Zweckmäßigkeit** bedeutet, daß durch das Recht auch die durch es bezweckten Ziele erreicht werden, es insofern praktikabel sowie interessengerecht ist.
- **Gerechtigkeit** "ist diejenige Eigenschaft einer Handlung, eines Handlungsobjekts, einer Norm oder eines Normensystems, durch die eine gute Ordnung des Ausgleichs und der Verteilung von Gütern und Lasten oder von Rechten und Pflichten bewahrt oder hergestellt wird"⁷.

Ist die *Gerechtigkeit* als (ein) Ziel des Rechts auch unumstritten - für die römischen Juristen waren Recht und Gerechtigkeit geradezu untrennbar miteinander verbunden -, so fällt es doch angesichts der großen Spannweite und Vielfalt älterer wie neuerer (nicht nur normativer) Gerechtigkeits-theorien schwer, die Frage nach der Gerechtigkeit rational zu entscheiden. Nach der Theorie des

⁷ Ralf Dreier, JuS 1996, 580.

Wertrelativismus ist sie sogar unentscheidbar, da ethische und damit auch Gerechtigkeitsfragen hiernach als "letzte" Wertüberzeugungen nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig seien und über ihre Durchsetzung allein der politische Macht- und Meinungskampf entscheide. Die vorstehende Definition der Gerechtigkeit ist somit nur eine mögliche unter vielen. Zudem kann die Gerechtigkeit als eine Tugend des einzelnen (als subjektive Gerechtigkeit, etwa im Sinne von Redlichkeit und Ehrbarkeit), aber auch als eine solche von Normen verstanden werden. In unserem Zusammenhang interessiert die Frage nach der (objektiven) Gerechtigkeit rechtlicher Regelungen. Ihr nachzugehen gebietet nicht zuletzt die jüngste deutsche Vergangenheit, die angesichts zweier totalitärer Unrechtsregime zu der nicht nur ethischen, sondern auch rechtlichen Auseinandersetzung mit der Frage zwingt, ob bzw. inwieweit die "Rechts"ordnungen des Nationalsozialismus bzw. SED-Sozialismus als "Recht" anzuerkennen sind (dazu unten 2.3).

2.2. Die Gerechtigkeitstheorien

Hier können nicht die verschiedenen ideengeschichtlichen bzw. rechtsphilosophischen Lehren der Begründung der Rechtsgeltung und der Gerechtigkeitskriterien im einzelnen dargestellt werden. Hier sollen nur die wesentlichen Entwicklungslinien dargestellt werden, soweit sie bei der Abgrenzung von Recht und Unrecht eine Rolle spielen. Es sind dies die natur- (bzw. vernunft-)rechtlichen Ansätze, die heute vor allem als ein Instrument zur Bewältigung von Ausnahmelagen im Recht und weniger als rechtsphilosophische Erklärungsansätze der Rechtsordnung vertreten werden, sowie der rechtspositivistische Ansatz:

- Die **Naturrechtstheorien** (im weiteren Sinne) versuchen aus für (vor-)gegeben angenommenen Tatsachen - etwa einer von der Natur vorgegebenen oder kraft göttlichen Willens bestehenden Ordnung, auch im Sinne des *Vernunftrechts* als durch rational begründete Moralurteile begründete Vernunftordnung.
- Der **rechtswissenschaftliche Positivismus** (oder: Gesetzespositivismus) anerkennt als Recht nur die staatlich gesetzten Rechtssätze. Einzige Rechtsquelle ist für ihn der normsetzende Wille des staatlichen Gesetzgebers, von dem sich die anderen anerkannten Rechtssätze der Exekutive bzw. Judikative ableiten; allein maßgebender Geltungsgrund der Rechtsnormen ist ihr formal verfassungsgemäßes Zustandekommen - einer weiteren, insbesondere "inhaltlichen" Begründung sind sie weder bedürftig noch fähig, da der Gesetzgeber bei der Rechtsetzung nicht an materiale Rechtsgrundsätze, moralische oder ethische Grundwerte als etwaige Kriterien "richtigen" oder "gerechten" Rechts gebunden ist.

Definiert man - wie heute meist - das Recht rein formal als staatlich gesetztes, d.h. *positives Recht* (von lat. positum = gesetzt), wird damit die Anerkennung vorstaatlicher oder außergesetzlicher, insofern überpositiver Rechtssätze naturrechtlicher oder vernunftrechtlicher Herleitung (zunächst einmal) verneint. Soweit innerhalb eines solchen positiven Systems gleichwohl ausnahmsweise auf überpositives Recht Bezug genommen, dieses anerkannt wird, wird es über den Erkenntnisvorgang oder das Anerkennungsverfahren allerdings zugleich Teil des positiven Rechts und insofern positiviert. (Dies ist auch der vorherrschende theoretische Ansatz bei der Begründung universeller Grundfreiheiten und Menschenrechte, die als bestehende nicht staatlich verliehen, sondern lediglich [an-]erkannt werden.)

Wenn hiernach auch keine "inhaltliche" Kontrolle der Rechtsordnung stattfindet, so kann sich doch bei einem Abweichen von den grundlegenden, allgemein anerkannten Standards der Sozialmoral bzw. Menschenrechte und Grundfreiheiten die - unter Umständen revolutionär rechtfertigend wirkende - moralische Pflicht zur Nichtbeachtung und Auflehnung gegen derartiges "Un-"Recht ergeben. Dies zeigt, daß das Problem staatlichen Macht- oder Rechtsmißbrauchs sich allein mit rechtlichen Mitteln nicht lösen läßt. Bei totalitären Entgleisungen oder ähnlichen grundlegenden Wandlungen des Rechts wird denn auch regelmäßig natur- oder vernunftrechtlichen Überlegungen "entlegitimierende" Bedeutung beigemessen. So auch bei der Frage nach der "Rechtsnatur" bzw. Anerkennung der totalitären Rechtsordnungen des Nationalsozialismus bzw. SED-Sozialismus. Dabei sind jene Fälle rechtlich unproblematisch, die schon vor der entsprechenden Rechtsordnung, soweit man sie ernst nimmt, als

willkürliche Rechtsüberschreitung anzusehen sind - und diese Fälle sind, wie die jüngste deutsche Vergangenheit zeigt, in totalitären Regimen keineswegs selten.

Versucht man durch Rechtsvergleichung und Betrachtung der Rechtsgeschichte Kriterien für eine gerechte "Rechts"ordnung zu gewinnen, so gelangte man wohl zu den folgenden:

- (1) Selbstbestimmung als Ausdruck der Menschenwürde und Freiheit des einzelnen,
- (2) Gleichheit im Sinne von Gleichbehandlung, Sachgemäßheit, Verhältnismäßigkeit und Fairneß (oder andersherum: als Abwesenheit von Willkür und ungerechtfertigter Ungleichbehandlung), auch im Sinne einer "billiger" (*aequitas*) Einzelfallentscheidungen fähigen und diese anstrebenden Ordnung,
- (3) ein Mindestmaß an Rechtssicherheit (d.h. Vorhersehbarkeit und Dauerhaftigkeit) und
- (4) Abwägung der sozialen Folgen staatlichen Handelns. (Vgl. *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 386)

2.3. Recht und Unrecht

Rechtssätze enthalten Wertungen, die im Hinblick auf die angestrebten Zwecke der zugrundegelegten Wertordnung zweckmäßig oder unzweckmäßig, angemessen oder unangemessen, gerecht oder ungerecht, nicht aber objektivierbar *wahr* oder *falsch* sein können. Als gesetzliche Wertungen sind sie für alle Adressaten der Rechtsnorm verbindlich. Das sind neben den Bürgern auch die Rechtsanwender in der Verwaltung und den Gerichten sowie - begrenzt - sogar der Gesetzgeber (vgl. Artt. 20 Abs. 3; 97 Abs. 1; 79 Abs. 3 GG). Dabei können sich - gerade bei eklatant ungerechten gesetzlichen Wertungen - Konflikte ergeben, die neben den zuvor erörterten Fragen nach den Zielen des Rechts sowie nach Recht und Gerechtigkeit die nach den Grenzen des Recht, d.h. nach Recht und Unrecht, aufwerfen.

Für den *Rechtspositivismus* (hier im Sinne strikter Trennung von Recht und Moral) stellt sich die Frage der Gerechtigkeit als ein Kriterium des Rechts nicht, stellt er doch die Rechtsqualität eines Normensystems allein anhand formaler, rechtstheoretischer Kriterien fest.⁸⁾ In der deutschen Rechtswissenschaft des letzten Jahrhunderts herrschte zunächst der juristische Positivismus vor, der im Sinne der Rechtssicherheit eine Beachtung auch ungerechten Rechts fordert(e), so etwa auch bei *Gustav Radbruch*⁹⁾ (1878-1949). Infolge seiner Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Diktatur sprach sich *Radbruch* kurz nach dem Zweiten Weltkrieg allerdings für eine Differenzierung aus, indem er zwar grundsätzlich auch ungerechtes Recht als verbindliches Recht betrachtet, diesem aber im Falle krassen Unrechts die Rechtsgeltung und, wenn Gerechtigkeit im Sinne der gleichen Behandlung Gleichens nicht einmal erstrebt wird, den Charakter des Rechts überhaupt abspricht¹⁰⁾. Die von ihm geprägte (und später nach ihm benannte) sog. **Radbruchsche Formel** besagt: "Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahingehend zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat."¹¹⁾ Dieser Ansatz wurde später von der deutschen höchstgerichtlichen Rechtsprechung bei der rechtlichen Auseinandersetzung mit den beiden deutschen Unrechtsregimen übernommen und ist heute wohl in der Rechtswissenschaft vorherrschend, wenn auch keineswegs unumstritten.

Als Kritiker ist vor allem *Herbert L. A. Hart*¹²⁾ hervorgetreten, der im rechtspositivistischen Sinne für eine strikte Unterscheidung zwischen Rechtspflicht und Moralpflicht eintritt: Danach kann jede beliebige Norm, auch die moralisch ver-

⁸⁾ Siehe hierzu etwa *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 50 f.; *ders.*, Das Problem der Gerechtigkeit, ebenda, S. 357 ff. (ŷ Materialien).

⁹⁾ Siehe hierzu etwa *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932, § 10, S. 81 ff. (ŷ Materialien).

¹⁰⁾ Somit differenziert Radbruch zwischen einerseits ungerechtem, (nur) unrichtigem Recht (sog. Unerträglichkeitsformel) und andererseits gewolltem gesetzlichem Unrecht als Nichtrecht (sog. Verleugnungsformel). In die Rechtsprechung Eingang gefunden hat der erste Ansatz der Unerträglichkeitsformel, während Radbruch selbst dem zweiten Ansatz im Hinblick auf die nationalsozialistische Rechtsperversion besondere Bedeutung zumaß.

¹¹⁾ *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 (107) (ŷ Materialien).

¹²⁾ *Herbert L. A. Hart*, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: *ders.*, Recht und Moral. Drei Aufsätze, Göttingen 1971, S. 14 (39 ff).

werflichste, positives Recht und damit rechtlich verbindlich sein. Damit sei aber noch nichts darüber gesagt, ob man ihr auch moralisch Gehorsam schulde. Vielmehr gebe es eine moralische Pflicht, grob ungerechten Gesetzen den Gehorsam zu verweigern - dies ganz im Bewußtsein der Konsequenzen, die im Ungehorsamsfalle zu tragen seien. (Hierdurch werde nebenbei auch das moralische Bewußtsein der Bevölkerung gestärkt, indem der einzelne stets kritisch "außerhalb des offiziellen Systems" das Gehorsamsproblem zu entscheiden habe.)

Dem wird wohl zu Recht entgegengehalten, der fragliche Konflikt zwischen Recht und Moral sei - angesichts der Unabdingbarkeit der Positivierung des Rechts unter heutigen gesellschaftlichen Bedingungen - kein individueller, ausschließlich moralischer Gewissenskonflikt, sondern auch ein allgemeiner und rechtlicher Konflikt.¹³ Im übrigen erscheint zweifelhaft, ob die Differenzierung zwischen Moral und Recht nicht insofern zu einer keineswegs ungefährlichen Infragestellung der Rechtsordnung führen kann, wenn moralisch gerechtfertigtes, aber rechtlich verbotenes Verhalten einfach als gerechtfertigt und somit zum Widerstand berechtigt angesehen wird, ohne daß insoweit die in einer rechtsstaatlich verfaßten Demokratie nur in Ausnahmefällen erreichte Grenze gesetzlichen Unrechts erreicht wäre¹⁴ (merke: als verfassungswidrig erkannt Recht ist schon systemimmanent kein "Recht").¹⁵

Bei der Frage der rechtlichen Bewältigung von gesetzlichem Unrecht, nämlich ob bzw. inwieweit eine ungerechte Rechtsordnung durch nachfolgende oder andere Rechtsordnungen anzuerkennen ist, geht es - zum einen um die Bestimmung möglichst allgemeingültiger Kriterien ungerechten Rechts, - zum anderen um die Frage der Legitimation rückwirkender Verwerfung von Recht im Hinblick auf das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot.

Die Kriterien gesetzlichen Unrechts werden, bereits bei *Radbruch*, vielfach unter Rückgriff auf überstaatliche Rechtsnormen bestimmt, nämlich ob ein Verstoß gegen dem allgemeinen Völkerrecht zuzurechnende internationale Gewährleistungen fundamentaler Menschenrechte und Grundfreiheiten bzw. ein völkerrechtliches Verbrechen (sog. *international crime*) vorliege (vgl. zu letzteren nunmehr Artt. 5-8 des [Rom-]Statuts des internationalen Strafgerichtshofs). Dies hat den Vorteil, nicht auf unbestimmte natur- oder vernunftrechtliche Formeln oder Moralvorstellungen zurückgreifen zu müssen, sondern an Rechtsnormen anknüpfen zu können (mögen diese auch Ausdruck gegenwärtiger natur- oder vernunftrechtlicher Erkenntnis angeborener individueller Rechte bzw. Schranken staatlicher Willkür sein). Als allgemeine Kriterien oder Basis eines der Freiheit und Gleichheit verpflichteten "Rechts-"Staates sind die Gewährleistung des staatlichen Gewaltmonopols, die Achtung der Gewaltenteilung, die Anerkennung bürgerlicher, politischer und sozialer Rechte, d.h. die Achtung fundamentaler Menschenrechte und Grundfreiheiten, sowie eine demokratisch verfaßte Staatsordnung anzusehen (vgl. auch die am Ende von S. 14 genannten Kriterien).

Ein Vorteil des Rechtspositivismus bei der rechtlichen Aufarbeitung staatlichen Unrechts ist dessen stärker realistische Betrachtung und "Ehrlichkeit" (evaluative Offenheit) im Hinblick auf das Erfordernis einer ausdrücklichen, gesetzlich legitimierten Einführung einer rückwirkenden Bestrafung, die wohl überwiegend als an sich zulässig angesehen wird und dies nach internationalem Recht auch ist (Artt. 15 IPbürgR, 7 EMRK). Dieser Weg ist allerdings nach deutschem Grundrechtsverständnis (Art. 103 Abs. 2 GG, zum deutschen Vorbehalt zu Art. 7 EMRK s.u. S. 31 Fn. 34) durch das weiterreichende, strenge Rückwirkungsverbot des Grundgesetzes verbaut, was wohl einer der tragenden Gründe für die vorherrschende, eher naturrechtliche Argumentation im Sinne der *Radbruchschen Formel* ist.

¹³ Vgl. *Ralf Dreier*, Recht und Gerechtigkeit, in: Funkkolleg Recht, Studienbegleitbrief 2, Weinheim 1982, S. 35.

¹⁴ Innerhalb des demokratischen Verfassungsstaates des Grundgesetzes (mit den die Legitimität der Rechtsordnung begründenden Grundelementen des staatlichen Gewaltmonopols, der Gewaltenteilung, eines effektiven Schutzes elementarer Menschenrechte und effektiver demokratischer Mitwirkungsrechte) wurde im Rahmen der sog. Notstandsverfassung auch das *Widerstandsrecht gegen Bestrebungen, die verfassungsmäßige Ordnung zu beseitigen*, normiert und in Art. 20 Abs. 4 GG verankert. Seine Voraussetzungen umschreibt das Bundesverfassungsgericht wie folgt: "Wenn es angesichts des grundgesetzlichen Systems der gegenseitigen Hemmung und des Gleichgewichts staatlicher Gewalten und des wirksamen Rechtsschutzes gegen Verfassungsverstöße und -verfälschungen von Staatsorganen ein dem Grundgesetz immanentes Widerstandsrecht gegen einzelne Rechtswidrigkeiten gibt, so sind an seine Ausübung jedenfalls folgende Anforderungen zu stellen: (1) Das Widerstandsrecht kann nur im konservierenden Sinne benutzt werden, d.h. als Notrecht zur Bewahrung oder Wiederherstellung der Rechtsordnung. (2) Das mit dem Widerstandsrecht bekämpfte Unrecht muß offenkundig sein. (3) Alle von der Rechtsordnung zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe müssen so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, daß die Ausübung des Widerstandes das letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechts ist." (*BVerfGE* 5, 85 - KPD-Verbot)

¹⁵ Siehe zum Ganzen *Lothar Kuhlen*, Normverletzungen im Recht und in der Moral, in: *Michael Baurmann/Hartmut Kliemt* (Hrsg.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, Freiburg 1990, S. 63, insbesondere S. 86 ff.

TEIL II: EINFÜHRUNG IN DIE JURISTISCHE METHODENLEHRE

3. Subsumtionstechnik

a) Die Subsumtion als juristischer Syllogismus

Die Anwendung von Rechtsnormen auf einen bestimmten Sachverhalt bezeichnet man als *Subsumtion*, (was Einordnung des Sachverhalts [als "Untersatz"] unter die Norm [als "Obersatz"] bedeutet). Der Sachverhalt wird unter einen Tatbestand (etwa ein Delikt) subsumiert, indem in einem mehrstufigen logischen Schlußverfahren (sog. *Syllogismus* im Sinne der Syllogistik des *Aristoteles*) geprüft wird, ob die einzelnen Tatbestände des Sachverhalts die gesetzlichen Begriffsmerkmale der Norm erfüllen, so daß die gesetzlichen Rechtsfolgen auf den Sachverhalt anwendbar sind.

Mit der Subsumtion erfolgt zugleich eine Bewertung dieses Sachverhalts anhand der Maßstäbe des gesetzlichen Tatbestands (und teilweise auch im Hinblick auf dessen Rechtsfolge). Dazu sind die konkretisierten Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers als "Zweck" der Norm im Wege der Auslegung (dazu unten 4.) zu ermitteln.

b) Das Subsumtionsschema

Der *Subsumtionsvorgang* im engeren Sinne erfolgt seiner logischen Abfolge nach in vier Schritten, die sich beschreiben lassen als

- (1) Aufwerfen der *Subsumtionsfrage* (sie wird im Rahmen der Methodik der Fallbearbeitung ebenfalls als "Obersatz" [im weiteren Sinne, besser wäre: Einleitungssatz] bezeichnet, wobei dieser stets aus der Gegenüberstellung von dem zu beurteilenden Sachverhalt[sausschnitt] und der zu prüfenden Rechtsnorm zu bilden ist),
- (2) Erarbeiten der *Definition* der anzuwendenden Rechtsnorm,
- (3) eigentliche *Subsumtion* (= Anwendung der Rechtsnorm [Obersatz im engeren Sinne] auf den Sachverhalt [Untersatz]) und
- (4) Formulieren des *Ergebnisses* (auch als *Schlußsatz* bezeichnet).

Eine schulmäßige Subsumtion sähe dann etwa wie folgt aus:

- "Max und Moritz könnten eine Bande i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB bilden."
[= Formulieren der Fallfrage (Subsumtionsfrage), wobei dem zu prüfenden Tatbestandsmerkmal der zu beurteilende Sachverhaltsausschnitt zugeordnet wird]
- "Eine Bande ist ein auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung beruhender, auf eine gewisse Dauer zur Begehung mehrerer selbständiger, im einzelnen noch unbestimmter Taten angelegter Zusammenschluß mehrerer Personen. Streitig ist dabei, ob es hierfür dreier Personen bedarf oder bereits ein Zusammenschluß von zwei Personen ausreicht. ... Daher ist der [neueren] Rechtsprechung zuzustimmen, daß erst drei Personen eine Bande bilden können¹⁶."
[= Aufstellen der juristischen Definition des zu prüfenden Tatbestandsmerkmals]
- "Max und Moritz taten sich zwar zusammen, um gemeinsam wiederholt zu stehlen. Da sie aber nur zu zweit sind, ... "
[= Vergleich der abstrakten juristischen Definition (Obersatz) mit dem konkreten Sachverhaltsausschnitt (Untersatz)]
- "... bilden Max und Moritz keine Bande."
[= Festhalten des hierbei gewonnenen Subsumtionsergebnisses (= Schlußsatz)]

c) Die Subsumtion als Problem rechtlich strukturierter Sachverhaltsbewertung

Die Rechtsanwendung besteht neben dem tatsächlichen wie rechtlichen Erfassen und Gliedern des Sachverhalts (also der in der Praxis bedeutsamen "Arbeit am Sachverhalt") vor allem in dem (bei der juristischen Ausbildung im Vordergrund stehenden) Erarbeiten der juristischen Definitionen der einzelnen Tatbestandsmerkmale während der Subsumtion, damit die Definitionen auf den konkreten Sachverhalt "passen" und die Subsumtionsfrage durch den bloßen Vergleich von Ober- und Untersatz entschieden werden kann. Insofern erschöpft sich der Subsumtionsvorgang nicht in einem einfachen Vergleichen von Sachverhalt und Rechtsnorm, sondern ist vielmehr gekennzeichnet durch ein ständi-

¹⁶ Siehe hierzu *BGHSt* 46, 321 (325).

ges "Hin- und Herwandern des Blickes" (*Karl Engisch*) zwischen Sachverhalt und Rechtssatz, bis die passende(n) Norm(en) und Definition(en) gefunden sind. So steht am Beginn der Falllösung die Suche des einschlägigen Rechtssatzes, und zwar nicht von dessen Tatbestand, sondern von der nach der Aufgabenstellung gefragten Rechtsfolge her. (Dies gilt auch, wenn ein Sachverhalt allgemein rechtlich zu bewerten und dazu die passenden Rechtsnormen zu finden sind, denn diese sind von ihrer Rechtsfolge und erst dann von ihrem Tatbestand her herauszusuchen.) Erst wenn jener Rechtssatz gefunden ist, dessen Rechtsfolge die Ausgangsfrage beantwortet, kann der Einleitungssatz formuliert und mit der Subsumtion begonnen werden. Bei dieser muß regelmäßig der dem gesetzlichen Tatbestand entnommene Rechtsbegriff ausgelegt werden (dazu unten 4.). Dieser Prozeß der Annäherung und Entwicklung der Definition bzw. Lösung ist (mehr oder weniger ausführlich) auch für den Adressaten eines Rechtsgutachtens oder einer Entscheidung nachvollziehbar darzulegen.

Die Einzelschritte der Rechtsanwendung (oder Subsumtion im weiteren Sinne) sind somit

- (1) die Sachverhaltsfeststellung,
- (2) das Aufsuchen der maßgeblichen Rechtsnorm(en),
- (3) die eigentliche Subsumtion des Sachverhalts unter die einschlägigen Rechtsnormen (auch unter Berücksichtigung der Gesamtrechtsordnung) und
- (4) der Ausspruch der Rechtsfolge(n) als Ergebnis des Gesamtsubsumtionsvorgangs.

Nun greift die Rechtsfolge aber nur dann ein - d.h. der Rechtssatz ist anwendbar -, wenn *alle* für die Rechtsfolge *notwendigen* Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind. Da meist mehrere Normen und Tatbestandsmerkmale zu prüfen sind, ist der Prüfungsablauf hierzu zu strukturieren, zumal viele Tatbestandsmerkmale ihrerseits über die Rechtsfolgen anderer Normen definiert werden, deren Tatbestandsvoraussetzungen dann wiederum zu prüfen sind. Für die Falllösung sind also regelmäßig mehrere Subsumtionsvorgänge nebeneinander bzw. ineinander verschachtelt erforderlich. Der Lösungsweg besteht somit aus einem aufeinander bezogenen Normengerüst ineinander greifender Rechtssätze. Das heißt, die Rechtsanwendung erfordert strukturiertes Denken. Bei der Falllösung ist deshalb besonders auf ein dogmatisch und normativ sauberes, korrekt strukturiertes und in sich logisch schlüssiges Vorgehen zu achten, kurz: der Aufbau muß stimmen!

Der Lösungsweg ist dann "richtig", wenn er die gesetzlichen Rechtsstrukturen und Normbeziehungen zutreffend abbildet, wobei auch der Sachlogik und den allgemeinen dogmatischen Lehren eine wichtige Bedeutung zukommt. Bei einem falschen Ansatz wird bei folgerichtigem Vorgehen meist auch das Ergebnis "falsch" sein, der Weg dorthin kann aber in sich richtig sein, was bei der Bewertung durchaus positiv berücksichtigt werden kann. Und weil die Begründung fast wichtiger als das Ergebnis ist, führt das auf einem falschen Weg erreichte, aber zufällig "richtige" Ergebnis regelmäßig gleichwohl zu einer negativen Bewertung.

4. Gesetzesauslegung (*Hermeneutik*) und juristische Argumentation (*Rhetorik*)

4.1. Grundlagen

a) Auslegungsbedürftigkeit der Rechtsbegriffe und -sätze

Bereits wegen der Sprachgebundenheit des Rechts bedürfen Rechtsnormen der *Auslegung*, um so ihren Sinngehalt bestimmen zu können. Denn Begriffe sind oft mehrdeutig oder unbestimmt, und selbst gleiche Begriffe können im jeweiligen Normkontext Bedeutungsunterschiede aufweisen, ganz abgesehen davon, daß zwischen dem Entstehungs- und dem Anwendungszeitpunkt ein Bedeutungswandel erfolgt sein kann. Hinzu kommt, daß auch die Vielgestaltigkeit der - im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes oft nicht vorhersehbaren - Lebenssachverhalte, die zu beurteilen und hierzu unter einen Gesetzestatbestand zu subsumieren sind, dessen Auslegung erfordert. Dies gilt für *normative* (= wertende) wie für *deskriptive* (= beschreibende) Merkmale (z.B. für den normativen Begriff der "Beleidigung", aber auch für den deskriptiven Begriff "Mensch" im Hinblick auf den Beginn und das Ende des Lebens).

Hatte man zu Beginn der Kodifikationsbestrebungen in der Zeit der Aufklärung noch angenommen, die Lebenswirklichkeit gegebenenfalls mittels einer umfangreichen Kasuistik rechtlich umfassend und abschließend erfassen zu können, so zeigte sich alsbald, daß die Gesetze nicht nur ihrem vermeintlich eindeutigen Wortlaut nach auf einen Fall *anzuwenden*,

sondern hierzu *auszulegen* waren. Dazu erachtete man den Richter nach damaligem Gewaltenteilungsverständnis aber zunächst gar nicht für befugt.¹⁷⁾ Die in frühen Kodifikationen (vgl. etwa §§ 46 ff der Einleitung zum *Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten* von 1794 und §§ 6-8 des österreichischen *Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches* v. 1.6.1811) enthaltenen Handreichungen zur Gesetzesauslegung sind denn auch vor dem Hintergrund landesherrlichen Mißtrauens gegenüber einer den gesetzgeberischen Willen durch Auslegung "verfälschenden" Justiz (und Rechtswissenschaft) zu sehen.¹⁸⁾ Heute wird solch eine "Eindeutigkeitsregel" (auch: *sens-clair-doctrine* oder *plain-meaning-rule*), wonach eine (klar und eindeutig formulierte) Gesetzesnorm keiner Auslegung zugänglich sei, als unhaltbar abgelehnt, nicht zuletzt da Sprache niemals dauerhaft eindeutig sein kann. Denn ihr Aussagegehalt kann sich mit dem Wandel des Umfelds verändern und muß zudem auch im Kontext anderer, später ergangener oder höherrangiger Normen gesehen werden, von Redaktionsversehen und möglichen Wertungswidersprüchen einmal ganz abgesehen¹⁹⁾.

In diesem Zusammenhang sei auch daran erinnert, daß der juristische Sprachgebrauch von dem normalen Alltagssprachgebrauch abweichen kann, wie etwa bei den Begriffen "Eigentum" und "Besitz". Dabei versteht es sich von selbst, daß bei der Auslegung der Gesetze eine spezifisch fachbegriffliche Wortbedeutung der natürlichen vorzuziehen ist. Dies gilt ungeachtet dessen, daß meist davon die Rede ist, die Grenze jeglicher Auslegung werde durch den "natürlichen" Wortsinn gezogen (besser ist es, hier von dem "möglichen Wortsinn" zu sprechen und in diesen einen etwaigen fachsprachlichen einzu-beziehen, jedenfalls soweit dieser bei Erlaß der Norm bereits bestand; näher hierzu unten 4.2.a).

Daß der Gesetzgeber sich bei der Rechtsetzung zuweilen einer besonderen Rechtssprache bedient, kollidiert zwar mit dem Ziel, daß die Rechtsnormen eigentlich aus sich heraus für alle Rechtsunterworfenen verständlich sein sollten. Die erforderliche Präzision der Rechtssprache bedingt hier aber Abstriche an der Allgemeinverständlichkeit, übrigens nicht anders, als dies in anderen Fachwissenschaften selbstverständlich ist.

Bestehen verschiedene Auslegungsmöglichkeiten, was häufig, aber keineswegs immer der Fall ist, so muß der Rechtsanwender sich mit diesen auseinandersetzen und sich, soweit ergebnisrelevant, argumentativ für eine von ihnen entscheiden. Faktisch reduziert sich die Notwendigkeit eigener Gesetzesauslegung allerdings nicht unerheblich dadurch, daß sich für viele Begriffe bereits eine allgemein anerkannte Auslegung (Definition) herausgebildet hat, auf die oft zurückgegriffen werden kann. Nur soweit dies nicht der Fall ist, weil eine Rechtsfrage umstritten oder ein Rechtsproblem neu ist, ist der Rechtsanwender zur eigenen argumentativen Auslegung des Rechts gezwungen. Dies gilt natürlich auch dann, wenn bei ihm Zweifel an der Richtigkeit oder der Geeignetheit einer Definition aufkommen.

In der Rechtspraxis wird man sich bei der Rechtsanwendung und somit -auslegung vor allem an der höchstgerichtlichen Rechtsprechung orientieren, denn schließlich obliegt letztlich den Gerichten die verbindliche Entscheidung von Streitigkeiten. Da in der juristischen Ausbildung aber die Schulung des juristischen Denkens im Vordergrund steht, wird von dem Studenten eine umfassende Problemanalyse unter Einbeziehung der in der Lehre und unter- wie obergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Meinungen erwartet - dafür begnügt man sich aber auch mit einer "vertretbaren" (d.h. unter seriösen Juristen diskussionswürdigen) Lösung. Daß der Student um die Auslegungsarbeit nicht herumkommt und sich dabei auch nicht einfach auf andere (etwa die Rechtsprechung) berufen darf, ist durchaus sinnvoll, denn selbst der Praktiker kommt in seiner Arbeit nicht an der Auslegung vorbei. Das gilt nicht nur bei der Arbeit mit neuen Gesetzen oder Problemen, sondern schon dann, wenn er sich mit anderen über eine Rechtsfrage auseinandersetzen muß und diese von seiner Ansicht überzeugen will, etwa um eine Rechtsprechungsänderung herbeizuführen.

b) Subjektive und objektive Auslegung oder Auslegung in "denkendem [Gesetzes-]Gehorsam"?

Es gehört zu den Merkwürdigkeiten der juristischen Methodenlehren, daß diese meist zwischen dem *Auslegungsziel* - und hier zwischen der *subjektiven* und der *objektiven Auslegung* - und zwischen den *Auslegungskriterien oder -methoden*, nämlich der Auslegung nach dem Wortsinn (grammatische Auslegung), der Systematik (systematische Auslegung), der Entstehungsgeschichte (historische bzw. genetische Auslegung) oder dem Sinn und Zweck der Norm (teleologische Auslegung) unterscheiden. Zu überzeugen vermag diese Trennung eigentlich nicht, zumal sie weder in der Theorie (nämlich bei

¹⁷⁾ Vgl. *Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu* (1689-1755; Vom Geist der Gesetze, 11. Buch, Kap. 6): "Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi." [Die Richter sind nichts anderes als der Mund, der die Worte des Gesetzes verkündet.], und *Cesare Beccaria* (1738-1794; Dei delitti e delle pene, 1764): "Nicht einmal die Befugnis, das Strafgesetz auszulegen, kann bei den Strafrichtern beruhen, und zwar aus dem Grunde, weil sie nicht Gesetzgeber sind."

¹⁸⁾ Das Publikationspatent v. 19.10.1813 zum Bayerischen Strafgesetzbuch, erlegte gar "allen Staatsdienern und Privatgelehrten" ein Kommentierungsverbot auf und beschränkte die Richter auf die Benutzung der "amtlichen Anmerkungen".

¹⁹⁾ Siehe hierzu die Beispiele bei *Bernd Rüthers*, *Rechtstheorie*, 2. Aufl., München 2005, Rn. 732.

der Darlegung der Auslegungskriterien) noch in der Praxis richtig durchgehalten wird - und auch nicht sinnvoll erscheint.

Unstreitig ist Ziel der Auslegung, die Bedeutung des Gesetzes zu erkennen. Dies geschieht regelmäßig mittels der vorgenannten klassischen Auslegungsmethoden (dazu unten 4.2). Ebenso unzweifelhaft ist wegen der Gesetzesunterworfenheit der Gerichte (Art. 97 Abs. 1 GG) und der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG, sog. Vorrang der Gesetze), daß Ausgangspunkt jeder Auslegung das Gesetz (und geltende Recht) sein muß, das zugleich die Grenzen der Auslegung gegenüber der Rechtsfortbildung kennzeichnet. Streitig kann somit nur sein, welche Wertigkeit den einzelnen Auslegungskriterien untereinander zukommt und mit welchen Vorgaben bzw. aus welcher Blickrichtung (etwa entstehungs- oder geltungszeitlich) diese anzuwenden sind.²⁰⁾

Es mag naheliegen den gesetzgeberischen Willen für maßgeblich zu erachten und insofern *subjektiv* auszulegen, wobei sich sogleich die Fragen stellen, wie bzw. ob dieser überhaupt zu erkennen ist, was bei einer Divergenz zwischen dem gesetzgeberischen Willen und dem Gesetzestext (bei mißglückter Gesetzgebung) und was beim Altern des Gesetzes (also geänderten Umständen) gelten soll.

Ein Beispiel mißglückter Gesetzgebung lieferte das 6. StrRG mit seiner Begründung zur Auslegung des mitgeführten gefährlichen Werkzeugs in §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB n.F.. Der Gesetzgeber meinte, es könne insoweit auf den Werkzeugbegriff aus § 223a StGB a.F. (= § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F.) zurückgegriffen werden, verkannte dabei aber, daß dort neben der objektiven Beschaffenheit auch auf die konkrete Art seiner Verwendung (als Angriffs- oder Verteidigungsmittel) abgestellt wird. Auf eine solche Verwendungsabsicht kann es ausweislich der Gesetzssystematik (siehe das mit Verwendungsabsicht - zum Brechen des Widerstands - bei sich geführte sonstige Werkzeug oder Mittel in Nr. 1 lit. b) hier aber gerade nicht ankommen (zum Ganzen *Wilfried Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Heidelberg 2005, S. 445 ff).

Nach anderer - und gegenwärtig in der Rechtsprechung und Literatur vorherrschender - Ansicht, soll *objektiv* ausgelegt werden, d.h. Ziel der Auslegung soll nicht der (subjektive) Wille des Gesetzgebers, sondern gleichsam der (objektive) Wille des Gesetzes selbst sein, also der normative Gesetzeszweck oder -zweck. Kann sich aber der in der Norm zum Ausdruck kommende Regelungssinn oder -zweck derart verselbständigen, und vor allem, woran soll er dann als "objektivierter" zu erkennen sein?

Die Notwendigkeit objektiver Auslegung wird meist damit begründet, veränderte Umstände könnten dazu führen, daß ein Gesetz seinen gesetzgeberischen Normzweck nur mehr unzureichend oder gar nicht mehr erreichen könne. Das stimmt sicherlich, doch wäre dies im Einzelfall darzulegen. Denn eigentlich bedarf jede Abweichung von dem ursprünglichen Gesetzeszweck der Rechtfertigung - und diese zu liefern, ist auch Aufgabe der Auslegung. Die Auslegung muß daher von dem Willen des damaligen Gesetzgebers ausgehen, so wie dieser Wille seinen Niederschlag in dem Gesetz gefunden hat. So wichtig hiernach der durch den Gesetzgeber verfolgte Gesetzeszweck für die Auslegung ist, so zutreffend erscheint es jedoch, im Zweifels- bzw. Konfliktfall zwischen subjektiver und objektiver Auslegung (also insbesondere bei Wandel der Rechtstatsachen oder der rechtlichen Wertungen) mit der herrschenden Meinung die objektiv-teleologische Auslegung der subjektiv-historischen vorzuziehen, *soweit* dem der mögliche Wortsinn und die Gesetzssystematik nicht entgegenstehen. Insofern könnte man auch sagen, daß mittels der Auslegung der Gesetzeszweck erkannt werden soll, für den der Wortlaut, die Systematik und die Historie Hinweise geben können. Es bedarf also einer abwägenden Betrachtung anhand aller vier Auslegungskriterien. Keineswegs darf die *Auslegung* unterderhand und unter Berufung auf einen objektivierten Gesetzeszweck zum verdeckten *Hineinlegen* verkommen. Denn selbst eine Bezugnahme auf den vermeintlich objektiven Gesetzeszweck kann nicht verdecken, daß dieser erst Ergebnis einer eigenen wertenden Suche nach der Normbedeutung ist und insofern recht subjektiv sein kann.

BVerfGE 11, 126 (130): "Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundätzen ermittelten Auslegung [= Wortlaut und Sinnzusammenhang der Vorschrift] bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können." Der historische Wille des Gesetz-

²⁰⁾ Siehe dazu etwa *Karl Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., Stuttgart 2005, S. 108 ff, 123 f Fn. 47; *Bernd Rütters*, Rechtstheorie, a.a.O., Rn. 717 ff, 796 ff; *Rolf Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl., Köln 2005, S. 41 ff.

gebers kann "nur insoweit berücksichtigt werden, als er im Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat."

BVerfGE 54, 277 (297 f.): "Zumal bei zeitlich neuen und sachlich neuartigen Regelungen kommt den anhand des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei der Auslegung zu, sofern Wortlaut und Sinnzusammenhang der Norm Zweifel offenlassen. Über die erkennbare Regelungsabsicht darf die Auslegung in solcher Lage nicht hinweggehen. Dies gilt allerdings nur für die in dieser Regelung erkennbar ausgeprägten und in ihr angelegten Grundentscheidungen, Wertsetzungen und Regelungszwecke; konkrete Vorstellungen, die von Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern der gesetzgebenden Körperschaften über die nähere Bedeutung oder Reichweite einer einzelnen Bestimmung, eines Normbestandteils oder eines Begriffs und ihrer Handhabung wie Wirkung geäußert werden, stellen für die Gerichte jedenfalls nicht eine bindende Anleitung dar, so erhellend sie im Einzelfall für die Sinnermittlung auch sein mögen (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., S. 316 f.). Sie sind als solche nicht schon Inhalt des Gesetzes."

In der Praxis werden die objektive und die subjektive Auslegung oft zu gleichen Ergebnissen führen, und seltsamerweise stellt das Bundesverfassungsgericht zwar auf die objektive Auslegung ab, mißt aber dem historischen Argument bei der Gesetzesauslegung oft entscheidendes Gewicht bei. Der unterschiedliche methodische Ansatz bleibt allerdings bedeutsam, wenn es um die Frage der Abgrenzung der Auslegung von der Rechtsfortbildung, sprich Rechts(neu)schöpfung geht.

Denn wie gezeigt, kann die Bezeichnung als "objektive" Auslegung nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese ebenso wenig objektiv ist wie andere Auslegungsmethoden. Im Gegenteil öffnet sie mittels der "magischen Kraft des Zauberes" "Rechtsidee" (Karl Engisch) die Auslegung ausdrücklich für den subjektiven Willensakt des Rechtsanwenders und verwischt die notwendige Grenzziehung zwischen Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch richterliche Normsetzung. Indem sich das Bundesverfassungsgericht zur objektiven Auslegungstheorie bekennt, sichert es sich einen größeren rechtspolitischen Handlungsspielraum, da es sich so einen weiten Spielraum zur Durchsetzung eigener richterlicher Wertungen eröffnet. Indem es sich dabei den Mantel vermeintlicher Auslegung umhängt, braucht es sich nicht offen zur normsetzenden richterlichen Rechtsfortbildung zu bekennen und erspart sich entsprechenden Begründungsaufwand.

Ist somit bei der Gesetzesauslegung zwar der Regelungszweck des Gesetzgebers herauszufinden, jedoch in "denkendem Gehorsam" (Philipp Heck) zu verwirklichen, so müssen zunächst die regelungsbedürftige Sachlage verstanden und die gesetzlichen Wertungen müssen richtig erfaßt werden:

"Was wollten die Normsetzer mit der Rechtsnorm bewirken? Welchen Lebenssachverhalt wollten sie und mit welchem Gestaltungsziel regeln?"

Jedoch ist zu berücksichtigen, daß sich seit Erlaß der Norm einerseits die sozialen, ökonomischen und technologischen Fakten und Strukturen und andererseits die gesellschaftlichen Wertvorstellungen oder auch normativen Grundwertungen - etwa infolge Verfassungs- oder Rechtswandels - verändert haben können, die für eine abweichende Auslegung sprechen können:

"Was bedeutet die anzuwendende Norm heute im Anwendungszeitpunkt, besonders im Hinblick auf mögliche Veränderungen in den genannten Bereichen?"

Soweit es an gesetzlichen Wertungen fehlt, tritt praktisch an deren Stelle eine eigene, letztlich richterliche Wertung zur Lückenschließung, mag auch zur (Selbst-)Rechtfertigung auf die "Rechtsidee", "Natur der Sache", "objektive Vernunft", "sachlogische Struktur", "Typenreihe", den "Willen des Gesetzes", die "Gerechtigkeit" oder gar das "Naturrecht" zurückgegriffen werden. Die Maßgeblichkeit des Normzwecks sollte dann durch die Ziele der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung, der Verwirklichung von Gerechtigkeit sowie der Interessenbefriedigung ergänzt werden.

c) Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Auslegung von Gesetzen und Rechtsgeschäften

Während für Rechtsgeschäfte besondere gesetzliche Auslegungsregeln bestehen (vgl. für Willenserklärungen und Verträge §§ 133, 157 BGB), fehlen entsprechende Regelungen für die Gesetzesauslegung. Trotz mancher Gemeinsamkeiten, vor allem dem Bestreben, das wirklich Gewollte zu ermitteln und insofern nicht am Buchstaben festzukleben (vgl. die Regel "*falsa demonstratio non nocet*" [= eine Falschbezeichnung schadet nicht]), so unterscheidet sich die Auslegung von Gesetzen und Rechtsgeschäften doch schon vom zu berücksichtigenden Adressatenkreis her: hier das allgemeine Gesetz, dort die Willenserklärungen der Handelnden. Dabei kann bei nicht empfangsbedürftigen Erklärungen allein der Wille des Erklärenden maßgeblich (und die Erklärung insofern nur ein Hilfsmittel) sein, während bei empfangsbedürftigen Erklärungen, insbesondere Verträgen, die Auslegung aus dem Empfängerhorizont maßgeblich ist, also die Frage, wie ein verständiger, sorgfältig wahrnehmender Adressat die an ihn gerichtete Erklärung verstehen durfte. Demgegenüber kann der

an alle gerichtete Rechtssatz nicht unterschiedliche Verständnishorizonte berücksichtigen, wenn er eine einheitliche, gleichbleibende Regelung erreichen will.

d) Exkurs: Symbolische Gesetzgebung

Hingewiesen sei noch auf die Problematik sog. *symbolischer Gesetzgebung*. Darunter zu verstehen sind vor allem politisch motivierte Gesetzesänderungen, denen letztlich mehr eine deklaratorische oder formale, denn materielle Bedeutung zukommt, da die bestehende materielle Rechtslage durch sie der Sache nach eigentlich nicht geändert wird oder werden soll. Zuweilen führt ein derartiger (überflüssiger) Eingriff in das Normgefüge aber zu erheblichen Auslegungs- und auch dogmatischen Problemen.

Als Beispiel sei § 90a BGB angeführt, wonach Tiere (zumindest zivilrechtlich) keine Sachen sind, allerdings wie solche behandelt werden sollen, was im Strafrecht hinsichtlich der Qualifizierung von Tieren als Sachen zu Verunsicherungen führte. Unklar sind auch die Auswirkungen der neuen Formulierung "Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig." in § 1631 Abs. 2 BGB auf die weitere Anerkennung eines elterlichen Züchtigungsrechts im Strafrecht, da trotz Ächtung der Gewalt als Erziehungsmittel eine "Kriminalisierung der Familie" nicht angestrebt war.²¹⁾

4.2. Die klassischen Auslegungsmethoden

Im Anschluß an die von *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861) entwickelte klassische Methodenlehre unterscheidet man noch heute vier Auslegungsmethoden, nämlich die grammatische, die systematische, die teleologische und die historische Auslegung.

Savigny hatte in Anknüpfung an die Methoden des klassischen römischen Rechts wie des italienischen Rechts des Mittelalters vier verschiedene, einander gleichwertige "Auslegungselemente" herausgearbeitet, nämlich das grammatische ("Darlegung der von dem Gesetzgeber angewendeten Sprachgesetze"), das logische ("Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältnis, in welchem die einzelnen Teile zueinander stehen"), das historische ("die Bezogenheit des Gesetzes auf den Rechtszustand, wie er zur Zeit des Erlasses des Gesetzes hinsichtlich der konkreten Materie, die durch das Gesetz geregelt wird, besteht") und das systematische Element der Auslegung ("den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft").

a) Die grammatische Auslegung

Die *grammatische* (bzw. *grammatikalische*, auch *sprachliche*) *Auslegung* versucht den Gesetzessinn ausgehend von dem *natürlichen Wortsinn* nach dem allgemeinen wie auch nach dem besonderen juristischen Sprachgebrauch zu erschließen.

Die Probleme der Wortlautauslegung bestehen im Feststellen des zutreffenden Wortverständnisses²²⁾ und hierbei der Abgrenzung von Gesetzesauslegung (im eigentlichen Sinne) und Rechtsfortbildung.

Nach der sog. *Andeutungstheorie* sollen bei unklarem bzw. mehrdeutigem Wortlaut einer Norm nur solche Auslegungsergebnisse zulässig sein, die im Wortlaut einen - wenn auch unvollkommenen - Ausdruck gefunden haben, insofern in der Norm "angedeutet" sind.²³⁾ Dem entgegen steht die heute vorherrschende Auffassung, die anstelle des Buchstabengehorsams den "denkenden Gehorsam" des Rechtsanwenders setzt (wobei die Abgrenzung zur Rechtsfortbildung Streitig sein kann).

Soweit üblicherweise ausgeführt wird, daß der "natürliche" (= umgangssprachliche) Wortsinn die Grenze (noch) zulässiger Auslegung darstelle (und somit die Grenze zur Rechtsfortbildung markiere), ist dies dann fragwürdig, wenn hiernach eine besondere fachsprachliche Bedeutung gegenüber der umgangssprachlichen Bedeutung unbeachtet bleiben müßte. Richtigerweise wird man aber die Grenze des "natürlichen" Wortsinns als die des "möglichen" Wortsinns unter Einbeziehung eines *spezifisch* juristischen Sprachgebrauchs verstehen müssen, jedenfalls soweit dieser im Zeitpunkt der Normset-

²¹⁾ Zu den Tieren im Strafrecht siehe *Wilfried Küper*, JZ 1993, 435; *Eva Graul*, JuS 2000, 215; zum elterlichen Züchtigungsrecht siehe *Karl Lackner/Kristian Kühn*, StGB, 25. Aufl., München 2004, § 223 Rn. 11; *Walter Kargl*, NJ 2003, 57; *Claus Roxin*, JuS 2004, 177.

²²⁾ Zu den Problemen der Ermittlung des Wortsinns und dem Vorschlag einer empirischen Sprachgebrauchsanalyse siehe *Jörn Lorenz/Manja Pietzcker/Franz Pietzcker*, NStZ 2005, 429.

²³⁾ Die Andeutungstheorie ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund des oben dargestellten Streits zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegung zu sehen, indem sie eine Bindung der objektiven Auslegung an das Gesetz sicherzustellen versucht.

zung bereits bestand und an diesen angeknüpft wurde. Nur dann erscheint die obige Aussage zutreffend, der im übrigen besondere Bedeutung im Strafrecht zukommt, wo aufgrund des Gesetzlichkeitsprinzips die Schranke des "möglichen Wortsinns" von Verfassungen wegen (Art. 103 Abs. 2 GG = § 1 StGB) als äußerste Auslegungsgrenze zu beachten ist.

Allerdings wird die Auslegungsgrenze des möglichen Wortsinns bei Art. 103 Abs. 2 GG meist aus der Sicht des Normadressaten und damit unter Abstellen auf den Alltagssprachgebrauch gewonnen. Das ist im Hinblick auf den strafrechtlichen Nullum-crimen-Satz an sich zutreffend, spricht aber nicht gegen die Einbeziehung spezifischer Rechtsbegriffe und soll eigentlich - wie etwa der Fall der "Entgrenzung" des strafrechtlichen Gewaltbegriffs (insbesondere in § 240 StGB, dazu *BVerfGE* 92, 1 - Sitzblockade II ÿ Materialien) zeigt - nur ein späteres Auseinanderentwickeln von Rechts- und Umgangssprache durch Herausbilden eines abweichenden juristischen Sprachgebrauchs zu Lasten des Bürgers verhindern.

Beispiele: In *BGHSt* 1, 1 war zu entscheiden, ob die einem anderen in das Gesicht geschüttete Salzsäure als "Waffe" i.S.d. § 223a Abs. 1 StGB a.F. (vgl. nun § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F.) anzusehen sei. Der Bundesgerichtshof, der nach alter Rechtslage (entgegen der h.L.) die Waffe als Oberbegriff zum "gefährlichen Werkzeug" ansah, bejahte dies, da nach dem allgemeinen Sprachgebrauch mittlerweile neben mechanisch wirkenden Mitteln auch chemisch wirkende Mittel wie z.B. Salzsäure hierunter verstanden werden könnten (auch wenn sie keine Waffen im technischen Sinne, also nach dem Waffengesetz, waren). Seit dem 6. StrRG kommt insofern allerdings auch eine Einordnung der chemisch wirkenden Mittel als "Gifte" im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB n.F. in Betracht (so *Schroeder* in: *Reinhard Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald*, Strafrecht BT, Tbd. 1, 9. Aufl., Heidelberg 2003, § 9 Rn. 15; an der bisherigen Rechtsprechung festhaltend *Urs Kindhäuser*, Strafrechtsgesetzbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2004, § 224 Rn. 12; *Wilfried Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, a.a.O., S. 429 f). Während die (geladene) *Schreckschußwaffe* nach alter Rechtslage weder "Schußwaffe" war noch - soweit sie nicht im konkreten Fall potentiell gefährlich eingesetzt wurde - als "gefährliches Werkzeug" i.S.d. §§ 244 Abs. 1 Nr. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. angesehen wurde (sondern wie andere "Scheinwaffen" behandelt wurde), soll sie heute generell dem Waffenbegriff der §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a; 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB n.F. unterfallen, sofern beim Abfeuern der Explosionsdruck nach vorne austritt, so *BGHSt* (GS) 48, 197 (= *NJW* 2003, 1677). Neben dem Wortlaut wird hierfür vor allem teleologisch (erhebliche Gefährlichkeit, insbesondere beim Naheinsatz) und systematisch (erweiterter Waffenbegriff des § 1 Abs. 2 Nr. 1 WaffG n.F. i.V.m. Anlage 1 Abschn. 1 Unterabschn. 1 Nr. 1 sowie Nr. 2 und Nr. 2.7) argumentiert, während in der Literatur dies im Hinblick auf den allgemeinen Waffenbegriff kritisiert wird, da es insofern an der allgemeinen Bestimmung zur Verletzung fehle (vgl. zum Ganzen *Wilfried Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, a.a.O., S. 429 f).

Bei Graffiti war früher umstritten, ob diese als Sachbeschädigung i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB a.F. anzusehen waren oder als bloße (verunstaltende) Zustandsveränderung entgegen dem Eigentümerinteressen zwar schutzwürdig sein mochten, aber vom natürlichen Wortlaut einer (substanzverletzenden oder zumindest gebrauchsbeeinträchtigenden) Beschädigung nicht mehr erfaßt wurden (soweit ihre Beseitigung nicht mittelbar zu Substanzverletzungen führte, str.). Der Bundesgerichtshof (vgl. *BGHSt* 29, 129 = *NJW* 1980, 350) folgte unter Verweis auf die Wortlautgrenze letzterer, engen Auslegung, was schließlich den Gesetzgeber zu dem 39. StrÄndG mit einer Änderung der §§ 303, 304 StGB bewog (BGBl. 2005 I, S. 2674).

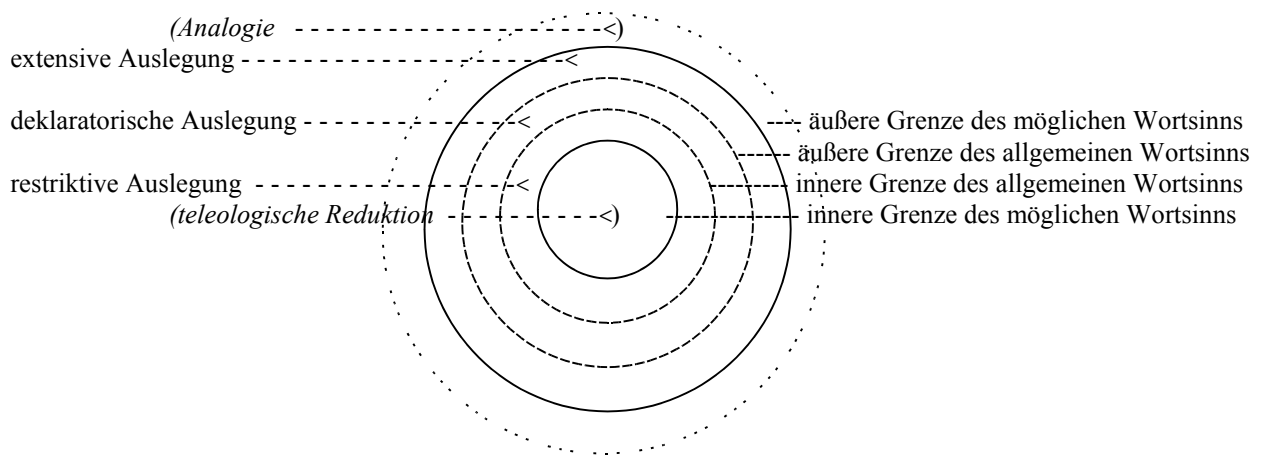
Abstellend auf die möglichen, verschieden weiten Wortbedeutungen unterscheidet man

- die *restriktive Auslegung* (als einschränkende Auslegung auf den Vorstellungskern des Ausdrucks)
Beispiel: Zur verfassungsrechtlich gebotenen restriktiven Auslegung des Heimtückemerkmals beim Mord (§ 211 StGB) siehe *BVerfGE* 45, 187 - lebenslange Freiheitsstrafe (ÿ Materialien) und *BGHSt* [GS] 9, 385; 11, 139.
- und die *extensive Auslegung* (als ausdehnende Auslegung unter Miteinbeziehung des Randbereichs einer Norm).

Ob eine restriktive oder extensive Auslegung geboten ist, ergibt sich im Strafrecht etwa aus dem angestrebten Rechtsgüter- bzw. Opferschutz (wobei allerdings zu beachten ist, daß der Strafrechtsschutz nur ein fragmentarischer und das Strafrecht *ultima ratio* ist).

Bewegen sich die weite bzw. die enge Auslegung *im* Rahmen der Wortbedeutung, so stellt die erweiternde Auslegung *über* den Wortlaut hinaus eine Analogie und die Begrenzung *entgegen* dem Wortsinn eine teleologische Reduktion dar.

Graphisch lassen sich die verschiedenen Bereiche der Wortlautauslegung wie folgt darstellen (im Anschluß an *Philipp Heck* wird bei der Wortlautauslegung auch häufig das Bild vom unstreitigen *Begriffskern* und den diesen umgebenden *Begriffshof* zweifelhafter Begriffsbedeutungen verwendet):



Die Wortlautauslegung wird dadurch erschwert, daß dieselben Begriffe zuweilen in verschiedenen, unter Umständen sogar im selben Gesetz unterschiedlich verwendet werden. Denn die vielbeschwo-rene Idealvorstellung der *Einheit der Rechtsordnung* gilt nicht uneingeschränkt²⁴.

b) Die systematische Auslegung

Die *systematische Auslegung* leitet den Sinn der Norm aus dem Systemzusammenhang ab, sei es aus der Gesamtregelung der betroffenen Norm oder aus dem Regelungszusammenhang mit anderen Rechtssätzen der Kodifikation oder Gesamtrechtsordnung (etwa indem geprüft wird, ob der Begriff einheitlich verwendet wird). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, daß keine Rechtsnorm für sich alleine steht, sondern im speziellen wie allgemeinen Regelungskontext zu sehen ist und alle Rechtssätze ein einheitliches System der Rechtsordnung bilden sollen (insofern soll der *Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung* gelten).

Man knüpft bei der systematischen Auslegung an die

- *äußere* oder *formale Systematik* des Gesetzes (hierbei werden bei der Auslegung etwa die amtliche Überschrift der Vorschrift, der Regelungszusammenhang mit dem entsprechenden Gesetzesabschnitt oder die Stellung innerhalb des Gesetzes berücksichtigt).
- und die *innere Systematik* des Gesetzes an (darunter fallen neben der sog. Einheit der Rechtsordnung etwa die Ausstrahlungswirkung der "objektiven Wertordnung des Grundgesetzes" auf das einfache Recht [dazu unten 4.3; st. Rspr. seit *BVerfGE* 1, 14 (32 f); insbesondere 7, 198 (205 ff) - Lüth y Materialien] oder die geltenden Konkurrenzregeln *lex specialis derogat legi generali* und *lex posterior derogat legi priori* sowie *lex superior derogat legi inferiori* [dazu oben 1.4.b]).

Beispiele: Das Merkmal des "Sich-Verschaffens" in § 259 StGB setzt, wie das gesetzliche Beispiel des "Ankau-fens" zeigt, einen einverständlichen (derivativen) Erwerb vom Vortäter voraus (vgl. *BGHSt* 42, 196 [197 f]).

Der Tatbestand des § 315b StGB bedarf nach h.M. im Hinblick auf § 315c StGB der einschränkenden Auslegung: Da § 315c StGB abschließend bloße Fehlleistungen des Fahrzeugführers in der Bewältigung des fließenden und ruhenden Verkehrs erfaßt, kann sich § 315b StGB nach der Gesetzessystematik nur auf von außen kommende Eingriffe beziehen und somit bei der Teilnahme am fließenden Straßenverkehr nur den bewußten zweckwidrigen, verkehrsfrendlichen Einsatz des Fahrzeugs in Schädigungsabsicht erfassen (sog. verkehrsfremder Eingriff; vgl. *BGHSt* 28, 88 f; 48, 233 [237]), da (nur) dieser einem Außeneingriff gleichkommt.

Dafür, daß Tiere unter die "Sachen" im Sinne des Strafrechts fallen (dazu oben 4.1.d), läßt sich systematisch mit §§ 324a Abs. 1 Nr. 1, 325 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 4 Nr. 1 StGB argumentieren ("Tiere, Pflanzen oder andere Sachen"); dem steht auch § 325a Abs. 2 StGB ("ihm nicht gehörende Tiere oder fremde Sachen") nicht entgegen, da hier die Eigentumsverhältnisse (erfaßt sind auch wildlebende Tiere!) eine andere Formulierung erfordern.

²⁴ Siehe etwa das Beispiel auf S. 19 unten. Ferner sei auf die folgenden unterschiedlichen Bedeutungen der gleichen Begriffe in verschiedenen Normbereichen verwiesen: So steht der objektive Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts in § 276 Abs. 2 BGB im Gegensatz zum subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff des Strafrechts; der Beginn des "Menschen" wird im Zivilrecht (§ 1 BGB: mit "Vollendung der Geburt") anders als im Strafrecht definiert (arg. § 217 StGB a.F. "in der Geburt": ab den Eröffnungswehen); der Begriff der "Nacht(zeit)" weicht in § 292 Abs. 2 StGB (von der Abend- bis zur Morgendämmerung), § 19 Abs. 1 Nr. 4 BJagdG (1½ Stunden nach Sonnenuntergang bis 1½ Stunden vor Sonnenaufgang) und in § 104 Abs. 3 StPO (= § 188 Abs. 1 ZPO: 1.4.-30.9.: 21-4 Uhr, 1.10.-31.3.: 21-6 Uhr) voneinander ab.

c) Die historische (bzw. genetische) Auslegung

Die *historische Auslegung* (nach anderer Terminologie: *genetische Auslegung*, dazu sogleich) fragt nach den Motiven, Wertmaßstäben und Normzwecken, die für den Erlaß der Norm maßgebend waren und so den ursprünglichen Gebotsinhalt festlegten. Sie zieht zur Deutung der Norm den allgemeinen geschichtlichen Zusammenhang, in dem das Gesetz steht, und seine besondere Entstehungsgeschichte heran, über die insbesondere die Gesetzesmaterialien²⁵⁾ Aufschluß geben.

Teilweise wird allerdings abweichend unter *historischer Auslegung* allein die rechts- oder gesetzgebungsgeschichtliche Auslegung anhand früherer (Vorgänger-)Normen verstanden (wie war das früher geregelt?) und ihr die hier vorgestellte *genetische Auslegung* (anhand der Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien) gegenübergestellt.²⁶⁾

Soweit, wie oben dargestellt, in der Methodenlehre zwischen einer subjektiven und einer objektiven Auslegung unterschieden wird, erklärt die *subjektive Auslegung*, die hier dargestellte historische (= genetische) Auslegung ausgehend von dem Willen des historischen Gesetzgebers für verbindlich. Die (entstehungszeitliche) subjektive Auslegung wird deshalb teilweise auch mit der historischen Auslegung gleichgesetzt.

Angesichts oftmals veränderter Zeitumstände erfordert die historische Auslegung neben der Auseinandersetzung mit den rechtspolitischen Absichten und Steuerungszielen des Gesetzgebers (also den hinter der Normsetzung stehenden Motiven, die sich im Gesetzgebungsverfahren durchgesetzt haben) auch jene mit dem historisch-gesellschaftlichen ("Erforschung der kausalen Interessensfaktoren" [*Ph. Heck*]) und dem geistes- sowie dogmengeschichtlichen Kontext (wobei auf einen womöglich veränderten Sprachgebrauch zu achten ist). Steht hiernach der historische Normzweck fest, so ist zu überprüfen, ob er auch im Anwendungszeitraum noch verbindlich ist. Insofern gilt: je jünger ein Gesetz ist, um so größere Bedeutung kommt der historischen Auslegung zu (zumindest dann mit der teleologischen Auslegung übereinstimmende Ergebnisse liefern sollte).

d) Die teleologische Auslegung

Die *teleologische Auslegung* ermittelt den (heutigen; dazu sogleich) Sinn und Zweck der Norm.

Fehlen konkrete Angaben über den Regelungszweck der Norm oder des zugehörigen Gesetzes im Gesetz selbst, so kann häufig der Blick in die amtliche Begründung zu dem Gesetz weiterhelfen. Daneben helfen oft allgemeine Überlegungen wie die Frage nach der Sachgerechtigkeit, aber auch Gerechtigkeit der Regelung, nach ihrer Effektivität und Praktikabilität, eine Folgenkontrolle, die Berücksichtigung des Sinnzusammenhangs zwischen Tatbestand und zugehöriger Rechtsfolge, die Vermeidung etwaiger Gesetzeskollisionen oder auch die Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Im Strafrecht wird vornehmlich auf das durch die Norm geschützte Rechtsgut abgestellt, daneben spielen auch kriminalpolitische Erwägungen und die Straffolgen eine Rolle bei der teleologischen Auslegung.

Der Streit zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegung bei der Feststellung des Normzwecks kann auch als ein Streit um die entstehungszeitlich historische (= subjektive) und geltungszeitlich teleologische (= objektive) Auslegung verstanden werden. Da heute die objektive Auslegung vorherrschend ist, wird entsprechend meist der heutige objektivierte Wille oder Zweck des Gesetzes als maßgebend angesehen. Teilweise wird die teleologische Auslegung auch mit der *objektiven Auslegung* gleichgesetzt.

Beispiele: Umstritten ist das Verhältnis zwischen (der jüngeren - und insofern vorgehenden - Norm) des § 148 Abs. 1 StPO als Grundregel des sog. Verteidigerprivilegs und (der damals bereits bestehenden Norm des) § 97 Abs. 2 S. 3 StPO (Ausnahme von der Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen bei Beteiligungsvorwurf). Wenn auch während der Beratungen im Gesetzgebungsverfahren zu § 148 Abs. 1 StPO hervorgehoben wurde, daß der garantierte Verkehr zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten "uneingeschränkt, unbeauf-

²⁵⁾ Zu nennen sind hier vor allem als Quellen die Drucksachen des Bundestags und des Bundesrats sowie die Stenographischen Berichte beider Gremien, auch des Rechts- oder Vermittlungsausschusses, soweit verfügbar. Eine gute Übersicht über den Gang der Gesetzgebung vom Regierungsentwurf bis zum Gesetz - mit Zugriff auf die zugehörigen Materialien - gibt die im Internet verfügbare Datenbank des Deutschen Bundestags (dip / GESTA): <http://dip.bundestag.de>.

²⁶⁾ So *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik. Bd. I: Grundlagen, Öffentliches Recht, 8. Aufl., Berlin 2002, S. 272 ff.

sichtigt, völlig frei" sein müsse und nicht "auch nur im geringsten beschränkt" sein dürfe, so lehnte der Bundesgerichtshof doch eine entsprechende einschränkende Auslegung des § 97 Abs. 2 StPO ab, da diese keinen hinreichenden Ausdruck im Gesetz gefunden habe. Vielmehr ergebe sich aus einer objektiven Auslegung des § 148 StPO entsprechend deren Sinn und Zweck, daß der Verkehr nur für Zwecke der Verteidigung völlig frei sein soll, nicht aber darüber hinausgehend, soweit der Verdacht besteht, daß der Verteidiger Beteiligter an den Straftaten des Beschuldigten ist bzw. diese weiter fördert (BGH, NJW 1973, 2035 f).

Für die §§ 244 Abs. 1 Nr. 2 und 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. ("Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel") war streitig, ob sie auch eine *Scheinwaffe* erfassen. Die h.L. verneinte dies, weil es an der für die Strafschärfung erforderlichen objektiven Gefährlichkeit fehle. Die Rechtsprechung hingegen stellte auf den bei dem Opfer erweckten Eindruck der Gefährlichkeit ab. Nach anderer Ansicht reichte bei § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. eine Scheinwaffe wegen des hierdurch begründeten zusätzlichen (strafschärfenden) Nötigungselements aus, nicht aber bei § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F., da dort das Nötigungselement bereits im Raub als Grundtatbestand enthalten ist. Seit dem 6. StrRG werden nach h.L. in §§ 244, 250 StGB n.F. die Scheinwaffen als "sonstige [d.h. ungefährliche] Werkzeuge oder Mittel" jeweils von Abs. 1 Nr. 1 lit. b erfaßt. Auslegungsprobleme ergeben sich angesichts der Neufassung allerdings hinsichtlich der zu einer Verletzung gänzlich ungeeigneten, nur infolge täuschenden Einsatzes als Drohungsmittel einsetzbaren ungefährlichen Gegenstände (z.B. Lippenpflegestift, s. BGH, NJW 1996, 2663 - Labello), die bisher von der Rechtsprechung aus dem Tatbestand herausgenommen wurden (der Gesetzgeber wollte dieser teleologischen Tatbestandsrestriktion allerdings nicht entgegenreten; BT-DRs 13/9064 S.18). (Zum Ganzen Wilfried Küper, Strafrecht Besonderer Teil, a.a.O., S. 451 ff)

Die teleologische Auslegung liefert zwei bedeutende Argumentationsmuster einengender oder erweiternder Auslegung: die *teleologische Reduktion* (= Restriktion) und die *teleologische Extension*.

- Bei der **teleologischen Reduktion** wird der gesetzliche Regelungsbereich als zu weit empfunden und deshalb - entgegen dem Wortlaut - allgemein oder für Ausnahmefälle auf jene Fälle eingegrenzt, die er vom Normzweck her erfassen soll (und damit werden jene Lebenssachverhalte ausgegrenzt, die nach dem Normzweck nicht erfaßt sein sollen).

Beispiel: Siehe etwa obigen Labello-Fall, BGH, NJW 1996, 2663.

- Umgekehrt wird bei der **teleologischen Extension** der Normtatbestand als zu eng empfunden und daher - im Rahmen des möglichen Wortsinns - auf weitere Lebenssachverhalte ausgeweitet; insofern handelt es sich um einen Grenzfall zur Gesetzesanalogie (der Abgrenzung der extensiven oder weiten Auslegung von der erweiternden analogen Anwendung kommt dabei im Hinblick auf das strafrechtliche Analogieverbot [dazu unten 4.6] einige Bedeutung zu).

Beispiele: Nach der Rechtsprechung soll § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB neben den Fällen des berechtigten und entschuldigten Entferns vom Unfallort auch den (vergleichbaren) Fall des unvorsätzlichen Sich-Entferns erfassen, sofern der Täter noch innerhalb eines zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs von dem Unfall Kenntnis erlangt hat (BGHSt 28, 129; krit. h.L.).

Zur (überschrittenen) Grenze zwischen zulässiger extensiver Auslegung und verbotener Analogie bei der Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 StGB siehe BVerfGE 92, 1 - Sitzblockade II (y Materialien).

e) Exkurs: Rechtsvergleichung als "fünfte" Auslegungsmethode?

Das Zusammenwachsen der Staaten, die zunehmenden Interdependenzen aufgrund der Globalisierung und Internationalisierung zwingen häufig zur Auseinandersetzung mit "anderen" Rechtsordnungen und regen zugleich zum System- oder Rechtsvergleich an. Zudem ist festzustellen, daß das internationale Recht (mit einer teilweise abweichenden Methodik) zunehmend auf das nationale Recht einwirkt, insbesondere im Menschenrechtsschutz oder Kriegs- und Humanitätsrecht (vgl. die internationale Strafgerichtsbarkeit), aber auch durch das supranationale Recht der europäischen Gemeinschaften. Dem ist, wie zu zeigen sein wird, zuweilen durch eine sog. völkerrechtsfreundliche oder gemeinschaftsrechtsfreundliche Auslegung Rechnung zu tragen (dazu unten 4.3). Insofern stellt sich die Frage, ob die zunehmende Abhängigkeit von und Berührung mit anderen Rechtsordnungen, nicht die Einbeziehung der Rechtsvergleichung in den Kanon möglicher Auslegungsmethoden nahelegt, wenn nicht in einigen Bereichen (wie etwa beim Menschenrechtsschutz) sogar erforderlich macht. (Soweit die historische Auslegung sich mit einer früheren Rechtslage auseinandersetzt, ist dies an sich schon ein Fall der Rechtsvergleichung.)

Die Rechtsvergleichung als Wissenschaftsdisziplin liefert etwa Antworten auf die Frage, wie eine ausländische Rechtsordnung gleiche Rechtsfragen (funktional) löst, welche vergleichbaren oder abweichenden Rechtsinstitute diese hierfür (formal-institutionell) bereitstellt und aufgrund welcher - möglicherweise abweichenden - sozialen, kulturellen, religiösen und politischen Verhältnisse.

4.3. Normerhaltende Auslegung

Aus der Hierarchie der Rechtsnormen (Stufenbaulehre) folgt nicht nur, daß rangniedere Normen, die ranghöheren widersprechen, rechtsunwirksam sind, sondern auch, daß Normen niederer Rangstufe soweit möglich so auszulegen sind, daß sie solchen höherer Rangstufen nicht widersprechen. Kommen nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte mehrere Bedeutungen in Betracht, so sind jene auszuschließen, die nicht im Einklang mit der höheren Norm stehen bzw. es ist jene vorzuziehen, die deren Wertentscheidungen besser entspricht. Es geht somit einerseits um die maximale Verwirklichung der Wertmaßstäbe der höherrangigen Norm und andererseits um die Geltungserhaltung der entsprechenden rangniederen Norm.

Die wichtigsten Fallgruppen normerhaltender Auslegung sind die folgenden:

- Nach der sog. **verfassungskonformen Auslegung** ist jene Auslegung vorzuziehen, die am besten den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht; zugleich soll jedoch die Regelungsabsicht des Gesetzgebers so weitgehend aufrechterhalten werden, wie dies nach den Maßstäben der Verfassung möglich ist (*BVerfGE* 8, 210 [221]; 9, 194 [200]). Sie scheidet dort aus, wo sie mit dem Wortlaut und klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde; die entsprechende Norm ist dann verfassungswidrig und nichtig (*BVerfGE* 18, 97 [111]; 35, 263 [280]); bei nachkonstitutionellen Gesetzen haben die Fachgerichte dann nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht die Rechtsfrage zur Entscheidung vorzulegen).

Beispiele: Da Art. 8 Abs. 1 GG ausdrücklich das Recht garantiert, sich *ohne* Anmeldung und Erlaubnis (friedlich und ohne Waffen) zu versammeln, begegnet die in § 14 Abs. 1 VersG für öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel (also dem wichtigsten Fall der Versammlungsfreiheit) pauschal aufgestellte (und nach § 26 Nr. 2 VersG zudem strafbewehrte) Anmeldepflicht erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken (die sich auch nicht über Art. 8 Abs. 2 GG ausräumen lassen, da die Anmeldefreiheit wesentlicher Inhalt der Grundrechtsgarantie ist). Das Bundesverfassungsgericht hat hier im Wege der verfassungskonformen Auslegung des § 14 Abs. 1 VersG sog. Spontandemonstrationen von der Anmeldepflicht ausgenommen und die Anmeldefrist für sog. Eilversammlungen verkürzt; auch soll der *bloße* Verstoß gegen die Anmeldepflicht keine Auflösung der Versammlung nach § 15 Abs. 2 VersG rechtfertigen (vgl. *BVerfGE* 69, 315 [349, 351] - Brokdorf; 85, 69 [74] - Eilversammlung). Zur verfassungskonformen Auslegung des Mordtatbestands (§ 211 StGB) wegen der zwingenden Rechtsfolge lebenslanger Freiheitsstrafe siehe *BVerfGE* 45, 187 - lebenslange Freiheitsstrafe - und *BGHSt* (GS) 30, 105 - Rechtsfolgenlösung (y Materialien)

In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, daß nach h.M. die Verfassung eine "*objektive Wertordnung*" begründet (*BVerfGE* 7, 198 [205] - Lüth y Materialien), die quasi die gesamte Rechtsordnung überwölbt. Den grundlegenden Wertentscheidungen der Verfassung, vor allem den Staatszielbestimmungen und den Grundrechten kommt insofern hinsichtlich der gesamten Rechtsordnung eine *Ausstrahlungs-* und *Gestaltungswirkung* zu. Hieraus ergibt sich auch die Begründung der sog. *mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte*, d.h. die Geltung und Einwirkung der verfassungsrechtlichen Wertmaßstäbe auch in den bzw. auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten (nämlich über die Interpretation der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe sowie über die Berücksichtigung der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes bei der Auslegung des sog. einfachen Rechts).

- Die **gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung** dient zum einen der Berücksichtigung der Wertungen des Primärrechts der europäischen Gemeinschaften bei der Auslegung des Sekundärrechts und zum anderen der europarechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts angesichts des Anwendungsvorrangs der supranationalen Normen des europäischen Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht (auch gegenüber dem Verfassungsrecht, str.).
- So soll mit der sog. **richtlinienkonformen Auslegung** eine Anwendung des nationalen Rechts in Übereinstimmung mit entsprechenden europarechtlichen *Richtlinien* gewährleistet werden, und zwar nicht erst nach deren - unter Umständen mangelhaften - Umsetzung in das nationale Recht, sondern - soweit möglich - auch schon zuvor, jedenfalls nach Verstreichen der Umsetzungsfrist.²⁷⁾

²⁷⁾ Zur richtlinienkonformen Auslegung siehe *Rudolf Streinz*, *Europarecht*, 6. Aufl. 2003, Rn. 403 ff. Zu beachten ist, daß eine richtlinienkonforme Auslegung - ebenso wie im Fall sog. unmittelbarer Wirkung einer Richtlinie - keine im nationalen Recht zuvor nicht bestehende Pflicht oder Strafbarkeit begründen kann.

(Die *Richtlinien* der europäischen Gemeinschaften [dazu oben 1.3.c] entfalten grundsätzlich innerstaatlich keine unmittelbare Wirkung gegenüber den Rechtsunterworfenen, sondern binden nur die Mitgliedstaaten, denen sie die Anpassung des nationalen Rechts an die in der Richtlinie vorgegebenen Ziele binnen bestimmter Umsetzungsfristen gebieten, s. Art. 249 EGV n.F. = Art. 189 EWGV.)

- Entsprechend dient die sog. **völkerrechtskonforme** oder **völkerrechtsfreundliche Auslegung** der Wahrung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland, auch soweit diese keine (unmittelbare) innerstaatliche Wirkung entfalten und nur "staatengerichtet" sind; dadurch soll nicht zuletzt eine internationale Verantwortlichkeit des Staates vermieden werden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, daß nach Art. 25 GG die "allgemeinen Regeln des Völkerrechts" (also das Völkergewohnheitsrecht und die Allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, dazu oben 1.3.b) innerstaatlich unmittelbar gelten und (zumindest, str.) den einfachen Gesetzen vorgehen.

Beispiel: *BVerfGE* 74, 358 (370): "Die Unschuldsvermutung ist eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips und hat damit Verfassungsrang. Sie ist auch kraft Art. 6 Abs. 2 EMRK Bestandteil des positiven Rechts der Bundesrepublik Deutschland im Range eines Bundesgesetzes (vgl. *BVerfGE* 19, 342 [347]; 22, 254 [265]; 25, 327 [331]; 35, 311 [320]). Wenn das Bundesverfassungsgericht sich zur Definition der Unschuldsvermutung auf den Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 EMRK bezogen hat (*BVerfGE* 35, 311 [320]), der in der Bundesrepublik den Rang von Verfassungsrecht nicht genießt, so beruht dies auf der rechtlichen Wirkung, die das Inkrafttreten der Konvention auf das Verhältnis zwischen den Grundrechten des Grundgesetzes und ihnen verwandten Menschenrechten der Konvention hat. Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt, eine Wirkung, die die Konvention indes selbst ausgeschlossen wissen will (Art. 60 EMRK). Deshalb dient insoweit auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes. Auch Gesetze - hier die Strafprozeßordnung - sind im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen und anzuwenden, selbst wenn sie zeitlich später erlassen worden sind als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag; denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will."

4.4. Rechtsfortbildung durch Lückenschließung

Die Bindung an Gesetz und Recht nach Artt. 20 Abs. 3; 97 Abs. 1 GG erfaßt alle Rechtsanwender, neben der Exekutive also auch die Judikative. Entsprechend den Grundsätzen der Demokratie, der Gewaltenteilung, der Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen und der Rechtssicherheit sind die Gerichte daher keineswegs frei in ihrer Rechtsprechung, sondern an die gesetzlichen Bewertungsmaßstäbe (Recht als gesetzliche Interessenbewertung) gebunden, zudem sind sie - wie die Verwaltung - einem Begründungszwang unterworfen, um so die Kontrollierbarkeit und Kritisierbarkeit ihrer Entscheidungen sicherzustellen.

Allerdings kommt den Gerichten auch die Aufgabe der richterlichen **Rechtsfortbildung** zu (vgl. *BVerfGE* 34, 269 [286 ff] - Soraya y Materialien), also die Befugnis zur Schaffung von Rechtssätzen bei Bestehen einer primären oder sekundären Regelungslücke, indem das Gericht diese "nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundiert allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft" ausfüllt (vgl. *BVerfGE* 9, 338 [349]). Denn die Gerichte haben nicht nur *alle* ihnen unterbreiteten Sachverhalte zu entscheiden²⁸), sondern diese möglichst auch einer sachgerechten Lösung zuzuführen. Diesem Ziel mögen die angesichts einer fehlenden Regelung an sich gebotene Klagabweisung oder das durch Auslegung zu erzielende unbillige Ergebnis aber nicht entsprechen, weshalb begrenzt die strenge Gesetzesbindung der Judikative gelockert und der Weg zur Rechtsfortbildung (durch Richterrecht) als Akt der Rechtsschöpfung eröffnet wurde. Ausgeschlossen ist diese im Strafrecht zu Lasten des Täters durch das *Gesetzlichkeitsprinzip* (dazu unten 4.6), ferner allgemein bei abschließenden gesetzlichen Regelungen durch enumerative Aufzählung der Anwendungsfälle.

²⁸ Vgl. Art. 4 des französischen Code Civil von 1804: "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice." (= Ein Richter, der unter dem Vorwand einer fehlenden, absonderlichen oder unzureichenden gesetzlichen Regelung ein Urteil verweigert, macht sich einer Justizverweigerung schuldig und kann insofern belangt werden.)

Der richterlichen Rechtsfortbildung geht mitunter eine entsprechende Rechtspraxis der Normadressaten voraus. Angesichts des gerichtlichen Entscheidungsmonopols steht allerdings die Befugnis richterlicher Rechtsfortbildung meist im Vordergrund der methodischen Betrachtungen. Doch sind die Anwendungsfälle und -voraussetzungen bei der Grenzziehung zwischen bloßer Rechtsanwendung (durch Auslegung im engeren Sinne) und der Schöpfung *neuen* Rechts dieselben wie zwischen der Rechtsfortbildung und dem Rechtsbruch bzw. der Rechtsbeugung.

Anwendungsfälle der Rechtsfortbildung sind

- die Fälle der Behebung von Formulierungsfehlern und Redaktionsversehen,
- das Schließen von Gesetzeslücken durch **Rechtsfortbildung intra legem** (= gesetzesimmanente Rechtsfortbildung) oder **praeter legem** (= neben dem Gesetz, also gesetzesergänzend)
- und ausnahmsweise sogar der *Gesetzesberichtigung* oder **Rechtsfortbildung contra legem** (= gegen das Gesetz, somit ein Fall der Gesetzesabweichung oder gar Gehorsamsverweigerung), etwa durch das Schließen von Anschauungslücken (also bei nicht erkannten bzw. damals noch nicht erkennbaren Gesetzeslücken), bei verkannten bzw. veränderten Regelungsbedürfnissen, bei gescheiterten Regelungszielen der Gesetzgebung (beachte den Grundsatz *cessante rationae legis, cessat lex ipsa* [= mit Wegfall des Normzwecks entfällt auch die Norm selbst]) oder bei grundlegend gewandelten Lebenssachverhalten und Wertvorstellungen. Aber eine solche Gesetzeskorrektur ist (nur!) dann zulässig, wenn

- (1) die Tatsachengrundlagen sich maßgeblich geändert haben, die Regelungsziele der Gesetzgebung weggefallen sind oder die geltenden Wertvorstellungen grundlegend andere geworden sind,
- (2) *und* davon auszugehen ist, daß der Gesetzgeber bei Anschauung der konkreten, von ihm zu beurteilenden veränderten Interessenlage aufgrund der geltenden Rechtsgrundsätze und verbindlichen Regelungsziele eine abweichende Regelung treffen würde,
- (3) *wobei* eine Abwägung vorzunehmen ist zwischen einerseits dem Rechtssicherheitsinteresse der Betroffenen und andererseits den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs, der Zweckmäßigkeit und den Gerechtigkeitvorstellungen.

Sie ist als Akt "richterlicher Widerstandes" nach dem Grundgesetz ferner insoweit unzulässig, als hierfür das Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG vorgesehen ist.²⁹⁾

Beispiele für richterliche Gesetzeskorrektur:

Anerkennung und Entwickeln der zivilrechtlichen Regeln zum Fehlen und Wegfall der Geschäftsgrundlage (sog. *clausula rebus sic stantibus*) entgegen den Motiven seit *RGZ* 100, 130 u. 103, 332 (dazu *Jauernig* in: *Othmar Jauernig*, BGB, 8. Aufl., München 1997, § 242 Rn. 64 ff), siehe jetzt: § 313 BGB n.F.

Anwendung von Regelungen über den rechtsfähigen Verein auch auf den nichtrechtsfähigen Verein entgegen § 54 BGB (vgl. *BGHZ* 50, 328; *Jauernig* in: *Othmar Jauernig*, BGB, 11. Aufl., München 2004, § 54 Rn. 3, 5-15) Zuerkennung eines Schadensersatz-/Schmerzensgeldanspruchs bei schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen entgegen §§ 253, 847 Abs. 1 BGB a.F. (st. Rspr. seit *BGHZ* 26, 349 - Herrenreiter; *BGH*, NJW 1965, 685 - Soraya; *BGHZ* 39, 124 - Fernsehansagerin). Vgl. nun § 253 Abs. 1, 2 BGB n.F.; das Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19.7.2002 soll trotz Nichtberücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht bei Einfügen des § 253 Abs. 2 BGB n.F. deren Fortgeltung nicht entgegenstehen (so BT-Drs. 14/7752, S. 49, 55).

Allen Fällen der Rechtsfortbildung gemein ist die Notwendigkeit einer **Lückenschließung**. Die gängige (aber nicht ganz genaue) Definition der *Gesetzeslücke* als "planwidrige Unvollständigkeit der Gesetzesordnung gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung", wirft zunächst die Frage nach den Bewertungskriterien der Lückenfeststellung und sodann nach den maßgeblichen Wertungen bei der Lückenschließung auf.

Schon zu Beginn des Kodifikationszeitalters hatte der Gesetzgeber das Lückenproblem erkannt und in die Kodifikationen bzw. Publikationspatente neben den oben angesprochenen Interpretationsverboten auch entsprechende Pflichten zur Anzeige bestehender Gesetzeslücken aufgenommen (beide wurden allerdings alsbald wieder aufgehoben).

²⁹⁾ Normverwerfungsbefugnisse der einfachen Gerichte bestehen nur bei *vorkonstitutionellem Recht* (zur Frage der Einordnung als vorkonstitutionelles Recht siehe *Dieter Leipold*, NJW 2003, 2657; *Rüthers*, Rechtstheorie, a.a.O., Rn. 764 m. Fn. 689) und im Rahmen des Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO; im übrigen besteht ein verfassungsrechtliches Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts bei allen nachkonstitutionellen Gesetzen im Wege der abstrakten [Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 u. 2a GG] oder der konkreten [Art. 100 GG] Normenkontrolle.

Man unterscheidet

- *primäre* (= anfängliche) und *sekundäre* (= nachträgliche) *Lücken*,
- *offene* und *verdeckte Lücken* (je nachdem, ob allgemein eine Regelung fehlt oder ob eine vorhandene Regelung das Fehlen einer Ausnahmeregelung verdeckt)

sowie zwischen

- *planwidrigen* oder *unbewußten Lücken*

Beispiel: Die positive Forderungsverletzung und das Verschulden bei Vertragsschluß (*culpa in contrahendo* = c.i.c.) waren beide ursprünglich im BGB nicht geregelt und sind im Wege der Rechtsfortbildung begründet worden (näher zu beiden unten 4.5.a).

und *planvollen* oder *bewußten Lücken*, wobei hier zu beachten ist,

- ob der Gesetzgeber ihre Schließung bewußt der Wissenschaft und Praxis überlassen (quasi überantwortet) hat, da er die erkannten regelungsbedürftigen Interessenlagen und Fallgruppen (noch) nicht selbst regeln wollte

Beispiel: So etwa im Strafrecht die Frage der Strafbarkeit des sog. Erlaubnistatbestandsirrtums.

- oder ob er den Sachverhalt deshalb ungeregt ließ, weil er insofern in Abgrenzung zu ähnlichen Sachverhalten gerade keine entsprechende Regelung, sondern eine andere treffen wollte; in Fällen derart "beredten Schweigens" liegt gar keine Rechtslücke vor und eine Lückenschließung scheidet aus.

Im weiteren Sinne können auch die *Generalklauseln* und weitgefaßten *unbestimmten Rechtsbegriffe* als geplante Lücken angesehen werden, die kraft dieser "Delegationsnormen" (*Ph. Heck*) durch den Richter zu schließen sind.

Teilweise werden die erkannten Rechtslücken nach ihren Erscheinungsarten unterschieden, wobei dieser begrifflichen Differenzierung allerdings keine weitergehende (materiellrechtliche) Bedeutung zukommt:

- Als sog. *Formulierungslücken* werden offenkundige Lücken bezeichnet.
- Ihnen stehen sog. *Wertungslücken* gegenüber, die erst aufgrund teleologischer Auslegung als Lücken erkannt werden.
- *Normlücken* betreffen einzelne unvollständige oder unklare Rechtsnormen. Ein Anwendungsfall stellt die "Ausnahmelücke" oder "teleologische Lücke" (regelmäßig eine sog. Wertungslücke) dar, wenn ein Ausnahmefall nicht als solcher erfaßt wird, sondern ebenfalls - sinnwidrig - der Grundregel unterfällt.
- *Gesetzeslücken* betreffen nach dem Wertungsplan des Gesetzgebers fehlende Gesetzesregelungen.
- *Kollisionslücken* entstehen durch einander sich widersprechende, aber nicht gegenseitig ausschließende Regelungen in einem Gesetz, so daß ein Sachverhalt unter zwei Normen mit gegensätzlichen Rechtsfolgen subsumiert werden kann.
- *Rechts- oder Gebietslücken* umschreiben das Fehlen einer gesetzlichen Regelung für einen gesamten Lebenssachverhalt, der nach den Erfordernissen des Rechtsverkehrs und den Erwartungen der Rechtsgemeinschaft geregelt sein muß.

Beispiel: Als nach Ablauf der Übergangsfrist des Art. 117 Abs. 1 GG am 31.3.1953 das dem Gleichberechtigungsgesetz widersprechende Recht außer Kraft trat, war bis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.6.1957 die Lücke durch Rechtsfortbildung zu schließen. Heute ist das Arbeitskampfrecht mangels Kodifikation noch weitgehend Richterrecht.

Die *Lückenschließung* erfolgt häufig im Wege des Analogieschlusses oder auch des Umkehrschlusses, durch teleologische Reduktion oder durch typisierenden Fallvergleich (d.h. durch die Bildung von Fallgruppen bzw. Typenreihen ähnlicher oder gleicher Interessenlagen mit entsprechend angenäherten normativen Beurteilungsmaßstäben; näher dazu sogleich unter 4.5). Wenig tauglich ist hingegen ein Abstellen auf die "Natur der Sache"³⁰ bzw. das "Wesen" einer Rechtsfigur oder Einrichtung als Argumentationsansatz. Denn mangels Bestimmtheit der verwendeten Begriffe erweisen sich diese Ansätze

³⁰ Im Anschluß an *Heinrich Dernburg* wird die "Natur der Sache" meist wie folgt umschrieben: "Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an der positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist." (Pandekten, Bd. 1, 7. Aufl., Berlin 1902, S. 84).

zur Lückenschließung ungeachtet ihrer "wissenschaftlichen" Begründungsmuster als Scheinargumente - und als mögliche, verdeckte Einfallstore einer "unbegrenzten Auslegung" oder eines "Umdenkens der Begriffe".

Als eine treffliche Anleitung zur Rechtsanwendung und Lückenschließung kann Art. 1 des Schweizer Zivilgesetzbuches angesehen werden. Dort heißt es: "Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."

4.5. Juristische Argumentation: Die klassischen Schlußformen der juristischen Logik

a) Analogieschluß (*argumentum a simile*)

Analogie nennt man die entsprechende Anwendung einer Rechtsnorm auf einen von dem Gesetz nicht erfaßten, ähnlichen Fall. Durch den *Analogieschluß* (*argumentum a simile*) wird somit eine Regelungslücke geschlossen, indem bei im wesentlichen ähnlich gelagerten Sachverhalten auf den unregulierten Sachverhalt eine für einen anderen Sachverhalt bestehende und verallgemeinerungsfähige Regelung entsprechend angewandt wird.

Voraussetzungen einer analogen oder entsprechenden Anwendung sind:

- (1) das Bestehen einer - meist planwidrigen - primären (anfänglichen) oder sekundären (nachträglichen) Gesetzeslücke,
- (2) eine auf einen vergleichbaren Fall anwendbare Rechtsnorm und
- (3) deren Analogiefähigkeit³¹.

Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist zunächst durch Auslegung zu ermitteln.

Beispiele: Nach h.M. findet die Regelung des § 35 Abs. 2 StGB auf alle Fälle eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes analoge Anwendung, da bei unvermeidbarer, irriger Annahme einer Entschuldigungslage der Motivationsdruck den Schuldvorwurf generell entfallen läßt (*Karl Lackner/Kristian Kühl*, StGB, a.a.O., § 35 Rn. 13).

Nach h.L. ist der persönliche Strafaufhebungsgrund rechtzeitiger Berichtigung aus § 158 StGB auf die Delikte des Vortäuschens einer Straftat (§ 145d StGB) bzw. der Falschverdächtigung (§ 164 StGB) entsprechend anwendbar, da beide übereinstimmende Zwecke wie bei der Falschaussage (§§ 153 ff StGB) verfolgen (*Karl Lackner/Kristian Kühl*, StGB, a.a.O., § 145d Rn. 10 u. § 164 Rn. 10).

- Bei der **Gesetzesanalogie** wird der analog angewandte Rechtssatz einer bestimmten anderen Rechtsnorm entnommen,
- bei der **Rechtsanalogie** wird er aus verschiedenen, untereinander tatbestandlich ähnlichen Rechtsnormen abgeleitet (so wurden ursprünglich z.B. die Rechtsfiguren der positiven Forderungsverletzung [p.F.V bzw. p.V.V.³²] und des Verschuldens bei Vertragsschluß [sog. *culpa in contrahendo* = c.i.c.³³] begründet).

³¹ Der Satz "singularia non sunt extendenda" (= Ausnahmenvorschriften dürfen nicht [also auch nicht per analogiam] ausgedehnt werden) ist allerdings kein Dogma, da stets im Einzelfall zu klären ist, ob eine Analogie oder ein Umkehrschluß angebracht ist - und das hängt davon ab, ob die fragliche Regelung ihrem Normzweck nach wirklich abschließend sein soll.

³² Das (alte) Schuldrecht kannte vor Inkrafttreten des *Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes* als Leistungsstörungen im Allgemeinen Schuldrecht nur die beiden Rechtsinstitute *Unmöglichkeit* (§§ 275, 279-282, 306-309, 232-235 BGB a.F.) und *Verzug* (§§ 284 ff, 326 BGB a.F.), ferner im Besonderen Schuldrecht die sog. *Gewährleistungsrechte* wegen mangelhafter Leistung (z.B. §§ 440 Abs. 1, 651 Abs. 1 BGB a.F.). Da hiernach wesentliche Leistungsstörungenprobleme ungeregelt waren, entwickelten Rechtsprechung und Literatur lückenfüllend und rechtsfortbildend das Institut der *positiven Forderungsverletzung* (in Rechtsanalogie zu §§ 286, 326; 280, 325 BGB a.F., s. *BGHZ* 11, 83), worunter alle Pflichtverletzungen im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses verstanden wurden, die weder Unmöglichkeit noch Verzug herbeiführten und deren Folgen auch nicht von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften erfaßt wurden. Wesentliche Anwendungsfälle waren Fälle fahrlässiger Schlechtleistung und Nebenpflichtverletzungen.

Das neue Schuldrecht enthält nun in § 280 Abs. 1 BGB n.F. die *Pflichtverletzung* als einheitlichen, übergeordneten Leistungsstörungstatbestand, der zur Schadensersatzleistung verpflichtet (s. i.e. §§ 280 ff BGB n.F.; zur Integration auch der Gewährleistungsregeln siehe etwa §§ 437, 634 BGB n.F.).

³³ Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat das zugrundeliegende vorvertragliche Schuldverhältnis in § 311 Abs. 2 u. 3 BGB n.F. Eingang in das Gesetz gefunden, ohne allerdings subsumtionsfähige Tatbestände zu liefern; Anspruchsgrundlage für Schadensersatz aus c.i.c. ist § 280 BGB n.F.

Der Analogieschluß ist im Strafrecht zu Lasten des Täters (also zur Strafbegründung oder Strafschärfung) verboten, § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG (dazu unten 4.6.).

b) Der Umkehrschluß (*argumentum e contrario*)

Der *Umkehrschluß* (*argumentum e contrario*) ist - als Gegenstück zum Analogieschluß - der Schluß von der Regelung eines geregelten Falles auf die umgekehrte Regelung des nicht geregelten Falles. Der Umkehrschluß wird dann als zwingend angesehen, wenn die Voraussetzungen des geregelten Falles nicht nur hinreichende, sondern notwendige Bedingungen der Rechtsfolge sind, bei ihrem Nichtvorliegen also die Rechtsfolge auch nicht in analoger Anwendung eingreifen soll. Es handelt sich dann um Fälle sog. "beredten" oder "qualifizierten" Schweigens des Gesetzes.

Beispiel: Nach h.M. findet § 35 Abs. 2 StGB aber keine Anwendung auf den Irrtum über den rechtlichen Umfang eines Entschuldigungsgrundes (der allgemein als unbeachtlich angesehen wird), denn der Gesetzgeber habe in § 35 Abs. 2 StGB eben nur den Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des Notstandes für beachtlich erklärt (vgl. *Theodor Lenckner/Walter Perron* in: *Adolf Schönke/Horst Schröder*, StGB, 26. Aufl., München 2001, § 35 Rn. 45).

c) Der Größenschluß (auch: Erst-recht-Schluß, *argumentum a fortiori*)

Der dem Analogieschluß verwandte *Größenschluß* (auch als *Erst-recht-Schluß*, *argumentum a fortiori* bezeichnet)

- ist meist der Schluß vom Größeren auf das Geringere (*argumentum a maiore ad minus*),

Beispiel: Da die vorsätzliche Beihilfe zur Selbsttötung (mangels ausdrücklicher Regelung und somit fehlender strafbarer Haupttat) straflos ist, muß nach h.M. erst recht - aus Gründen der Widerspruchsfreiheit des Rechts - auch die fahrlässige Förderung der Selbsttötung straflos sein (*BGHSt* 24, 342; vgl. *Karl Lackner/Kristian Kühl*, StGB, a.a.O., Vor § 211 Rn. 11).

- doch kann auch umgekehrt vom Geringeren auf das Größere (*argumentum a minore ad maius*) geschlossen werden.

Beispiel: Verbietet eine Prüfungsordnung bereits das Mitführen unerlaubter Hilfsmittel und sanktioniert dies mit dem Ergebnis "nicht bestanden", so gilt dies erst recht für den Gebrauch solcher Hilfsmittel.

d) Der Schluß zum Absurden (*argumentum ad absurdum*)

Mit dem *Schluß zum Absurden* (*argumentum ad absurdum*) wird aus der offensichtlichen Unrichtigkeit des Ergebnisses die Unrichtigkeit des Ausgangssatzes abgeleitet. Damit steht er dem Umkehrschluß nahe.

Beispiel: Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB im sog. Nötigungsnotstand wird meist deshalb abgelehnt, da dann eine Gegenwehr des Angegriffenen ausgeschlossen wäre, was unhaltbar erscheint (str., vgl. *Johannes Wessels/Werner Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 34. Aufl., Heidelberg 2004, Rn. 443).

4.6. Exkurs: Das Gesetzlichkeitsprinzip

a) Bedeutung und Entstehung des Gesetzlichkeitsprinzips (§ 1 StGB, Artt. 103 II GG, 7 EMRK³⁴)

Die Vorschrift des § 1 StGB ("Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde") normiert in wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 103 Abs. 2 GG den Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz; sog. *Gesetzlichkeitsprinzip*). Dieses Grundprinzip des geltenden deutschen Strafrechts gilt für den Straftatbestand sowie die Strafdrohung und begründet die *Garantiefunktion des Strafrechts*.

³⁴ "Art. 7 EMRK. (1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, daß jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war." Die Bundesrepublik Deutschland hat Art. 7 Abs. 2 unter dem Vorbehalt ratifiziert, daß er nur in den Grenzen von Art. 103 Abs. 2 GG angewendet wird.

Der *nullum-crimen*-Satz gilt nach h.M. nicht für prozeßrechtliche Vorschriften des Strafrechts (z.B. Strafantragserfordernis, Verjährungsvorschriften; *BGHSt* 6, 155; *BVerfGE* 25, 269 - str.). Dort greift nur das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG) als allgemeiner Rechtsgrundsatz ein, der u.a. auch Gebote der Bestimmtheit, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes umfaßt.

Der lateinische Satz "*nulla poena sine lege*" wurde von *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775-1833) zu Beginn des 19. Jahrhunderts ausgehend von dessen *Theorie des psychologischen Zwangs* geprägt.³⁵⁾ Nach dieser soll der sinnliche Antrieb zur Tat dadurch aufgehoben werden, daß jeder wisse, auf seine Tat werde unausbleiblich ein Übel folgen, welches größer ist als seine Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur Tat entspringt. Dieser psychologische Zwang setze eine der Rechtsverletzung vorhergehende gesetzliche Strafdrohung (wie auch nachfolgende Vollstreckung des angedrohten Übels) voraus, weshalb *Feuerbach* den ausnahmslos geltenden strafrechtlichen Grundsatz "Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (*Nulla poena sine lege*)"³⁶⁾ aufstellte. *Franz von Liszt* (1851-1919) bezeichnete hiernach das Strafrecht als die "*Magna Charta des Verbrechers*", da kriminalpolitische Absicht und strafrichterlicher Wille aufgrund der Garantiefunktion des Strafrechts am Gesetz ihre Grenze finden. Heute sind als tragende Säulen des Gesetzlichkeitsprinzips die Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit der Person (im klassischen Sinne), das Gewaltenteilungsprinzip, der Präventionsgedanke (generelle Erkennbarkeit der Strafbarkeit) sowie das Schuldprinzip (Möglichkeit individueller Erkennbarkeit als Voraussetzung des Schuldprinzips) zu nennen.

b) Die vier Garantiefunktionen des Strafrechts

Die einzelnen Ausprägungen (Garantien) des *nullum-crimen-Satzes* sind folgende:

- *Nullum crimen sine lege scripta*, das sog. **Schriftlichkeitsprinzip**, d.h. das Strafrecht ist (grundsätzlich) auf die geschriebenen, von den zuständigen Gesetzgebungsorganen erlassenen Gesetze beschränkt. Dabei sind sog. *Blankettstrafgesetze* (dazu oben 1.1.c), die für den Straftatbestand auf ein anderes Gesetz verweisen, zulässig. Ausgeschlossen ist demnach strafbegründendes oder strafschärfendes Gewohnheitsrecht, wobei umstritten ist, ob hiervon auch entsprechende dogmatische Lehren zum Allgemeinen Teil erfaßt werden (ablehnend wohl die herrschende Lehre, jedoch gilt nach *BGHSt* 42, 235 [241] das Verbot gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung auch im Allgemeinen Teil; die hier meist als Beispiel für Gewohnheitsrecht angeführte Rechtsfigur der *actio libera in causa* hat der Bundesgerichtshof mittlerweile für die Straßenverkehrsdelikte verworfen [*BGHSt* 42, 325], ansonsten aber aufrechterhalten [*BGH*, JR 1997, 391; NStZ 1999, 448; 2000, 584]). Strafbarkeitseinschränkendes oder -ausschließendes Gewohnheitsrecht hingegen ist erlaubt, so etwa die gewohnheitsrechtliche Derogation (Beseitigung) von Strafgesetzen, die Anerkennung gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe (z.B. rechtfertigende Einwilligung, Züchtigungsrecht, Pflichtenkollision, übergesetzlicher entschuldigender Notstand).
- *Nullum crimen sine lege certa*, das sog. **Bestimmtheitsgebot**, d.h. das bei Strafe verbotene Verhalten und die jeweils angedrohte Strafe müssen bestimmt beschrieben werden. Demnach sind die Straftatbestände möglichst genau unter Vermeidung dehnbare Begriffe zu fassen, eindeutige Rechtsfolgen anzudrohen sowie die Spannbreite der Strafraumen auf ein überschaubares Maß zu begrenzen. Die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe und von Generalklauseln wird hierdurch ebenso wenig von vornherein ausgeschlossen wie die Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale (neben solchen rein deskriptiver Natur), soweit ihnen durch Auslegung oder aufgrund gefestigter (höchstrichterlicher) Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für einen bestimmten Anwendungsbe- reich gegeben ist.
- *Nullum crimen sine lege stricta*, das sog. **Analogieverbot**, d.h. eine analoge Anwendung strafrechtlicher Normen zur Begründung der Strafbarkeit oder Strafe ist unzulässig.³⁷⁾ Die Grenze zwischen

³⁵⁾ Der menschenrechtliche Gedanke des Gesetzlichkeitsprinzips findet sich allerdings etwa bereits in der *Bill of Rights von Virginia* v. 12.6.1776 (Art. 8), der französischen *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 26.8.1789 (Art. 8), im österreichischen *Allgemeinen Gesetzbuch über Verbrechen* von Joseph II. von 1787 (sog. *Josephina*; §§ 1, 13) und dem *Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten* von 1794 (Teil II, 20. Titel, § 9).

³⁶⁾ *Paul Johann Anselm von Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801, §§ 17, 18, 24 (ab der 3. Aufl. §§ 12-14, 20).

³⁷⁾ Wenn heute teilweise ein strafrechtliches Analogieverbot verneint wird (vgl. *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. 2004, § 3 Rn. 31 ff), so liegt dem vor allem ein abweichendes Verständnis von Auslegung und Analogie und der Bedeutung der Wortlautgrenze zugrunde.

erlaubter Auslegung und verbotener Analogie wird durch den "möglichen Wortsinn" gezogen. Das Analogieverbot gilt grundsätzlich für alle Strafbarkeitsvoraussetzungen (unrechts- und schuldbe gründende Merkmale, persönliche Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, objektive Bedingungen der Strafbarkeit) und alle Sanktionen, aber nicht für die Prozeßvoraussetzungen. Strittig ist, ob es nur für die Tatbestände des Besonderen Teils oder auch für die Regelungen des Allgemeinen Teils gilt (bejahend *BGHSt* 42, 158 [161], str. insbesondere zur Einschränkung von Erlaubnis- und Privilegierungsgründen).

Eine Analogie zugunsten des Täters (*in bonam partem*) ist erlaubt (etwa bei Strafmilderungs-, Strafaufhebungs- und Strafausschließungsgründen).

- *Nullum crimen sine lege praevia*, das sog. **Rückwirkungsverbot** (vgl. § 2 StGB), d.h. eine Rückwirkung von Strafbarkeit und Strafe [nicht der Maßregeln der Besserung und Sicherung, § 2 Abs. 6 StGB] zum Nachteil des Täters ist unzulässig. Erfaßt wird nur die rückwirkende Änderung des Gesetzes, nach h.M. aber nicht die Anwendung einer geänderten richterlichen Auslegung auf vor dem Rechtsprechungswandel liegende Sachverhalte (*BGHSt* 21, 157; *BVerfG*, *NStZ* 1990, 537).

Neben dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot besteht der allgemeine rechtsstaatliche Grundsatz des **Vertrauensschutzes**, der ansonsten die Frage der Zulässigkeit der Rückwirkung von Gesetzen regelt: Dabei wird zwischen *echter Rückwirkung* (d.h. ein Gesetz greift nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände ein; sie ist grundsätzlich unzulässig) und *unechter Rückwirkung* (d.h. es wird ein Tatbestand geregelt, der zwar vor Gesetzesverkündung begonnen wurde, aber noch nicht vollständig abgeschlossen war; sie ist regelmäßig zulässig) unterschieden. Im Falle einer rückwirkenden Regelung sind regelmäßig aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angemessene Übergangsregelungen zu treffen. Da die Änderung der (höchst-richterlichen) Rechtsprechung keine Änderung des Gesetzes darstellt gelten nach h.M. die Regeln über den Schutz des Vertrauens nicht unmittelbar, doch können auch insofern Aspekte des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen sein.

TEIL III: EINFÜHRUNG IN DIE FALLBEARBEITUNG

5. Die juristische Prüfungsarbeit

a) Die Aufgabentypen

In der juristischen Ausbildung lassen sich verschiedene Aufgabentypen unterscheiden. Zum einen kann ein abstraktes, mitunter aber auch konkretes Rechtsproblem, ähnlich wie in einem Lehrbuch *allgemein* zu erörtern sein (sog. *Aufsatzklausur*). Zum anderen kann eine konkrete Sachverhaltslage *fallbezogen* auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen sein, meist in Form einer Entscheidung vorbereitenden umfassenden Rechtsgutachtens (sog. *Gutachtenklausur*), mit Fortschreiten der Ausbildung zunehmend aber auch als Entwurf einer hierzu ergehenden behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung (sog. *Urteilklausur*). Letztlich kann *rechtsgestaltendes* Arbeiten gefordert sein, indem der Bearbeiter entweder für eine konkrete, unter Umständen auch abstrakte Sachverhaltslage bestehende rechtliche Handlungsmöglichkeiten aufzeigen (sog. *Anwaltsklausur*) oder für diese Lage Regelungsvorschläge erarbeiten soll, etwa Verwaltungsvorschriften, Verordnungen oder - seltener - Gesetze. Während rechtsgestaltendes Arbeiten eher mit bestimmten (subjektiven) Zielvorgaben verbunden ist, steht bei den ersteren Klausurtypen (Aufsatz-, Gutachten-, Urteilklausur) die objektive Rechtsbetrachtung im Vordergrund - die natürlich auch Ausgangspunkt jeder zielorientierten Rechtsgestaltung ist.

Daß die sog. Gutachtenklausur die "studentenfreundlichste" Aufgabenvariante von allen Klausurtypen darstellt, versteht sich wohl von selbst. Denn hier überwiegt der eher "reproduzierende" Aufgabenteil gegenüber den zu erbringenden kreativen Aufgabenelementen ("Transferleistungen"). Dabei erfüllt allerdings schon diese meistverbreitete rechtswissenschaftliche Aufgabenart sämtliche Anforderungen an kognitives Lernen (vgl. die sog. Bloom'sche Taxonomie), angefangen bei dem Wissen reproduzierenden "Kennen", über das das Wissen reorganisierende "Verstehen" und den "Transfer" des Wissens durch (Rechts-)Anwendung bis hin zur Problemlösung/-beurteilung (mit den Unterstufen der Analyse, Synthese und Bewertung).

b) Warum überhaupt Rechtsgutachten?

Wie erwähnt, werden in der juristischen Ausbildung meist Übungsarbeiten in Form rechtsgutachterlicher Fallösungen verlangt. Dies ist kein Zeichen von Praxisferne, sondern gerade Ausdruck der Praxisbezogenheit der juristischen Ausbildung. Denn jeder Rechtsanwender, auch der Richter und selbst der Gesetzgeber muß, bevor er (s)eine Entscheidung trifft, den zu beurteilenden Sachverhalt erst einmal gedanklich "durchprüfen", d.h. auf seine tatsächlichen und rechtlichen Probleme abklopfen. Grundlage der dogmatische Stoffdurchdringung ist dabei methodisch stets - zumindest als Eingangsstufe - das Rechtsgutachten, da es der sicherste und schnellste Weg zur Lösung von Rechtsfragen ist. Je nach Kenntnisstand sowie erlangter Routine erfolgt diese gutachtliche Prüfung und dabei Abwägung gegebener alternativer Lösungsansätze rein gedanklich oder aber schriftlich in Form eines mehr oder weniger ausführlichen Gutachtens (Lösungsskizze). Da selbst vermeintlich einfache Fälle durchaus schwierige Rechtsfragen aufwerfen und letztlich sogar ein anderes als das zunächst gedachte Ergebnis bedingen können, sollte jeder Sachverhalt sorgfältig anhand des Gesetzestextes geprüft und dieser dabei Merkmal für Merkmal durchgegangen werden (wobei etwaige vorhandene Aufbauschemata Hilfestellung leisten können).

Selbstverständlich wird sich ein Praktiker bei der Rechtsanwendung meist davon leiten lassen, wie er bereits früher einmal - etwa während seiner Ausbildung - ein Problem unter Berücksichtigung der verschiedenen möglichen Auslegungen oder Theorien begründet entschieden hat. Dabei muß er aber auch später - zumindest im Rahmen seiner Fortbildung - seine gewählten Lösungsansätze immer wieder (selbst)kritisch hinterfragen (können!), zuweilen sogar ändern. Im übrigen muß auch jeder Praktiker seine Lösung nach außen vertreten, und das heißt: *begründen* können. Dazu muß er sich näher mit den Einwänden - und das heißt letztlich: mit Gegenargumenten aus der Literatur und Rechtsprechung - befassen, um so den Adressaten seiner Entscheidung überzeugen, dessen gegenteilige Rechtsansichten entkräften zu können. Selbst die in der Praxis etwa für die Strafverfolgungs- oder Verwaltungsbehörden - zumindest faktisch - bestehende Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung oder an Verwaltungsrichtlinien befreit hiervon nicht völlig. Denn die Rechtsprechung kann sich ändern (gerade der eigene Fall kann hierzu den notwendigen Anlaß geben), und etwaige Verwaltungsrichtlinien können die Bindung an das höherrangige Recht, insbesondere an die Gesetze, schon gar nicht aufheben (unter Umständen ist der handelnde Beamte sogar zur Remonstration verpflichtet). Weil das Recht sich nicht nur mittels der Gesetzgebung, sondern auch der Rechtsanwendung weiter entwickelt und neuen oder veränderten Lebenssachverhalten anpaßt, muß es

immer wieder im konkreten Fall neu erkannt werden. Und hierfür stellt die juristische Methodik nicht nur die juristische Hermeneutik (= Auslegung) und Rhetorik (= Argumentation), sondern auch die Gutachtentechnik zur Verfügung.

Ist keine gutachtliche Falllösung verlangt, sondern etwa eine *Entscheidung* (Urteilklausur) zu fertigen, so läßt sich das Gutachten einfach in eine (natürlich nicht mehr im Gutachtenstil - dazu sogleich - abzufassende) Entscheidung (z.B. Verwaltungsakt bzw. Verfügung) umformulieren bzw. die erforderliche Entscheidungsbegründung anhand der gefertigten Lösungsskizze - aber quasi in umgekehrter Richtung (zum Urteilsstil sogleich) - niederschreiben. Bei einer *Aufsatzklausur* hilft das gutachtliche Durchdringen der Problematik (in alle möglichen Richtungen!) beim Auffinden der relevanten Rechtsfragen, und dasselbe gilt für das *rechtsgestaltende Arbeiten*, bei dem das Handlungsziel die Frage- richtung vorgibt (allgemein ist hier etwa an folgende Fragen zu denken: Ist das verfolgte Ziel rechtmäßig? Wenn nein, wie läßt es sich gleichwohl am ehesten noch verwirklichen? Wenn ja, wie läßt es sich am leichtesten bzw. effektivsten/kostengünstigsten erreichen? Im Hinblick auf etwaige Fehlerfolgen ist klären, welche Fehler beachtlich sind und ob bzw. wie sie sich heilen lassen.).

c) Gutachten- und Urteilsstil

Kennzeichen des sog. *Gutachtenstils* ist das Aufwerfen von Fragen oder Hypothesen, die anschließend beantwortet bzw. untersucht werden. Das Gutachten wird daher - gedanklich oder ausdrücklich - im Konditional oder Konjunktiv formuliert ("könnte", "müßte", "zu prüfen ist, ob" etc.), es führt den Leser ausgehend von der Aufgabenstellung durch den Fall und seine Probleme bis hin zu der Lösung, die so vor ihm nach und nach entwickelt wird.

Ob dabei im Gutachtenstil streng schulmäßig die Subsumtion Schritt für Schritt nachvollzogen wird oder im verkürzten Gutachtenstil eine Direktsubsumtion erfolgt, ist für jede Tatbestandsvoraussetzung gesondert zu entscheiden und abhängig davon, wie problematisch sie ist.

Anders der sog. *Urteilsstil*, mit dem ein eingangs festgesetztes Ergebnis anschließend begründet wird. Das Urteil bzw. die sonstige Entscheidung besteht daher der Sache nach aus "denn-", "nämlich-" und "weil-Sätzen". Wenn auch das Urteil, wie grundsätzlich jede Entscheidung, eine vollständige Begründung liefern und sich angemessen mit den verschiedenen Rechtsstandpunkten auseinandersetzen muß, so ist der Richter bzw. der handelnde Beamte doch etwas freier, da er letztlich nur *eine* tragfähige (!) Begründung für seine Entscheidung geben muß (und hierbei unter Umständen auch Rechtsfragen offen lassen darf). Hingegen erfordert das Gutachten eine umfassende Erörterung des Falls, in ihm sind *alle* ernsthaft in Betracht kommenden Tatbestände bzw. Anspruchs- oder Ermächti- gungsgrundlagen zu prüfen.

Das Gutachten ist somit Voraussetzung für das Urteil etc., denn nur wer einen Sachverhalt von vorne nach hinten durch- dacht hat, kann eine Entscheidung treffen und begründen. Dabei ist das ein Urteil vorbereitende Gutachten übrigens regel- mäßig sogar komplizierter als das übliche Fallgutachten, da etwa der Richter noch die Beweissituation und Beweislast- verteilung berücksichtigen muß, weshalb etwa das Zivilrecht noch eine besondere gutachtliche Relationstechnik kennt.

6. Die Fallbearbeitung: die Schritte zur (klausurmäßigen) Falllösung

Bei jeder Fallbearbeitung - das gilt, wie oben gezeigt, für das Erstellen eines Rechtsgutachtens wie für das Verfassen einer Entscheidung (z.B. eines Verwaltungsakts oder auch Urteils) - lassen sich die fol- genden Arbeitsphasen unterscheiden:

- die *Einstiegsphase* mit dem Erfassen der Aufgabenstellung (wonach ist gefragt?) und des Sachver- halts (was ist geschehen?),
- die *Sammel- und Ordnungsphase* mit den gedanklichen Vorüberlegungen zur Falllösung (welche Tatbestände kommen in Betracht und welche Probleme stecken in dem Fall?),
- der *Gliederungsphase* mit dem Ausarbeiten einer aussagekräftigen Lösungsskizze bzw. Gliederung (wie sieht der Lösungsweg aus und wo liegen die Problemschwerpunkte?),
- der *Schreibphase* mit der Niederschrift, also dem anhand der Lösungsskizze erfolgenden Ausfor- mulieren der schriftlichen Lösung
- und der *Schlußphase* mit dem Durchlesen der Arbeit und letzten (kleinen) Korrekturen.

Mag die Bearbeitungszeit in Klausuren dem Bearbeiter auch oft zu knapp bemessen erscheinen, so reicht sie doch (ausgehend von einem durchschnittlichen Kenntnisstand [= Fachwissen und Problembewußtsein] und der allgemeinen fachlichen Eignung [= Denkvermögen bzw. Befähigung zur Transferleistung]) regelmäßig aus, *wenn* man die Schwerpunkte zutreffend setzt und vor allem sich die Zeit richtig einteilt, insbesondere nicht gerade drauflos schreibt. Natürlich benötigt man nicht nur Zeit zum Überlegen und Erarbeiten der Lösung, sondern auch zum Schreiben. Aber man kann ruhiger und flüssiger schreiben, wenn man dabei nicht erst noch die Lösung entwickeln muß und kein klares Ziel bzw. keinen als richtig erkannten Lösungsweg vor Augen hat. Verfolgte Irrwege erweisen sich bei einer voreiligen Niederschrift als kostspieliger an Zeit und Nerven denn beim Gliedern, muß doch das mühsam Ausformulierte verworfen und eine neue Lösung zu Papier gebracht werden (von den nicht selten so entstehenden - und übersehenen - Widersprüchen in der Arbeit einmal ganz abgesehen). Im übrigen kann, falls die Zeit doch nicht ausreichen sollte, eine vorhandene aussagekräftige Gliederung notfalls mit abgeben und bei einem entsprechenden Vermerk des Bearbeiters in die Bewertung miteinbezogen werden, während sonst der Bearbeiter am Ende der Bearbeitungszeit inhaltlich häufig viel weniger in seinen Händen hält. In Klausuren können (bei 120 bis 150 Minuten Bearbeitungszeit) auf die Einstiegs-, Sammel- und Ordnungs- sowie Gliederungsphase insgesamt zumindest 30 bis 45 Minuten eingeplant werden, so daß - je nach der zur Verfügung stehenden Zeit, der Problemdichte des Falls und dem persönlichen Schreibtempo - etwa zwei Drittel (maximal drei Viertel, mindestens aber die Hälfte) der Bearbeitungszeit für die Niederschrift zur Verfügung steht (bei einer fünfstündigen Klausur kann selbst im Strafrecht, wo regelmäßig viel zu schreiben ist, gut eine Stunde überlegt und gegliedert werden), denn auch hier gilt: Erst denken - dann handeln! Im Übrigen zählt die Qualität der Ausführungen, nicht die Quantität der abgelieferten Seiten!

(1) Aufgabenstellung erfassen: *Wonach ist gefragt?*

Mag es auch selbstverständlich erscheinen, so ist doch hervorzuheben, daß jede Bearbeitung einer Aufgabe von der Aufgabenstellung auszugehen hat, denn *nur* die aufgeworfenen Fragen - und *keine* anderen! - sind so exakt wie möglich zu beantworten. (Leider wird immer wieder hiergegen verstoßen.) Auch eine falsch verstandene Aufgabenstellung führt den Bearbeiter in die falsche Richtung. Deshalb sollte gleich der erste Blick des Bearbeiters dem Bearbeitervermerk (Fallaufgabe) gelten, um von Anfang an eine falsche Weichenstellung zu vermeiden. Zudem kann aus der Aufgabenstellung häufig zugleich die erste Subsumtions- oder Fallfrage abgeleitet werden. Nur wenn allgemein nach der Rechtslage bzw. (im Zivilrecht) den Ansprüchen oder (im Strafrecht) der Strafbarkeit der (d.h. aller³⁸) Beteiligten gefragt ist, muß sich der Bearbeiter selbst die maßgeblichen Fallfragen herausarbeiten (und dazu zunächst einen Überblick über den Sachverhalt und dessen rechtliche Einordnung verschaffen).

Die fehlende nähere Bezeichnung handelnder Personen durch Namen oder Buchstaben ist nicht unbedingt ein Zeichen dafür, daß diese für die Falllösung irrelevant sind, mag dies auch meist so sein. Bei mehreren Beteiligten wird die Prüfungsabfolge zudem keineswegs durch die alphabetische Reihenfolge ihrer Namen oder die Abfolge ihrer Erwähnung im Text bzw. in der Aufgabenstellung vorgegeben, doch kann letztere insofern einen Aufbauhinweis enthalten. Bauen mehrere Fragen aufeinander auf oder wird sonst dezidiert nach etwas gefragt, so sollte man sich tunlichst hieran orientieren.

(2) Sachverhalt erfassen: *Was hat sich zugetragen?*

Der zweite Arbeitsschritt dient dem Erfassen des Sachverhalts durch dessen (mindestens zweimaliges) genaues Lesen, um sich so alle fallrelevanten Details einzuprägen und deren Zusammenhänge zu erkennen. Hierbei sind auch innere Vorstellungen und mitgeteilte Einlassungen (liegen Irrtümer vor?) der Beteiligten sowie Datenangaben (greifen Fristen?) zu beachten. Bei umfangreichen Sachverhalten mit einer Vielzahl von Beteiligten oder Ereignissen ist das Anfertigen eines Zeitablaufplans bzw. einer Skizze anzuraten, auch damit einem keine Personenverwechslungen unterlaufen.

Bei dem Sich-Erarbeiten des Sachverhalts ist zu vermeiden, daß dieser zu bekannten Rechtsproblemen, Entscheidungen oder Fällen hin "verbogen" wird. Denn mit solch einer "Sachverhaltsquetsche" setzt sich der Bearbeiter nicht nur in Widerspruch zu dem mitgeteilten Sachverhalt, sondern erweist sich auch für das juristische Arbeiten als ungeeignet, kommt doch in der Praxis der Arbeit am Sachverhalt gegenüber der Lösung von Rechtsfragen meist eine viel größere Bedeutung zu. Nützlich ist es, sich beim (zweiten) Durchlesen am Rand des Sachverhalts oder besser auf einem gesonderten Blatt die Probleme des bzw. die rechtlichen Gedanken zum Fall zu notieren, denn häufig erweisen sich die spontanen Gedanken als die richtigen, werden später aber vergessen oder nicht mehr richtig untergebracht.

Nur wenn der mitgeteilte Sachverhalt ausnahmsweise streitig dargestellt ist (etwa bei unterschiedlichem Parteivorbringen im Zivilprozeß) und es somit der Bewertung der Beweistatsachen bedarf, darf

³⁸ Zur Strafbarkeit von Personen, nach der nicht gefragt ist, ist nur insoweit Stellung zu nehmen, als diese für die weitere Falllösung vorgreiflich ist (z.B. aus Akzessorietätsgründen oder inzidente Prüfung des Vorliegens eines rechtswidrigen Angriffs bei der Notwehr); dasselbe gilt für die Strafbarkeit Verstorbener, die grundsätzlich nicht zu prüfen ist.

diese erfolgen (vgl. die sog Beweisstation in einer zivilrechtlichen Relation). Wo dies nach den allgemeinen Beweisregeln (insbesondere der Frage nach der Beweislast) zu keinem eindeutigen Sachverhalt führt, ist - da der Bearbeiter ja keine ergänzende Beweisaufnahme durchführen kann - *alternativ* zu entscheiden (sog. *Alternativgutachten*).

Somit darf bei strafrechtlichen Gutachten der straf(verfahrens)rechtliche Grundsatz "*in dubio pro reo*" nur angewendet und damit die für den Angeklagten günstigere Möglichkeit zugrunde gelegt werden, wenn nach der Aufgabe feststeht, daß der Tathergang nicht genau geklärt werden kann (Situation der Hauptverhandlung nach Abschluß der richterlichen Beweisaufnahme) *und* zudem kein Fall der Wahlfeststellung oder der Postpondenz vorliegt.

In aller Regel enthält ein Sachverhalt keine für die Lösung irrelevanten Umstände. Jedoch kann er in dem einen oder anderen Punkt lückenhaft sein. Kommt es bei der Lösung auf bestimmte, nicht ausdrücklich mitgeteilte Umstände für die rechtliche Beurteilung an, so ist die Lücke zunächst nach der allgemeinen Lebenserfahrung unter Heranziehung aller Anhaltspunkte des Sachverhalts auszufüllen (sog. *Sachverhaltsergänzung*), unter Umständen ist die vorgenommene Ergänzung des Sachverhalts auch in der Niederschrift knapp festzuhalten. Ist eine solche Lückenschließung nicht möglich, sind die denkbaren Geschehensvarianten alternativ zu untersuchen (zum *Alternativgutachten* siehe oben).

So "tödlich" es sein kann, sich in Widerspruch zu dem mitgeteilten Sachverhalt zu setzen, so unklug ist es, diesen in einer Klausur bewertend (z.B. als "wenig lebensnah", "vollkommen praxisfern", "unzureichend") zu kommentieren. Der vorgegebene Sachverhalt ist so, wie er mitgeteilt wird, hinzunehmen. Er ist vor allem durch die vom Aufgabengsteller herausgesuchten Fallprobleme - die meist einem praktischen Fall entnommen sind - und dem Bemühen um eine knappe Schilderung bedingt. Abgesehen davon, daß ein mehrseitiger Sachverhalt oder vollständiger Aktenauszug (mit u.U. noch streitigem Vorbringen, dazu oben) selten im Interesse des Bearbeiters liegen wird, so kann selbst eine längere Falldarstellung die Lebenswirklichkeit regelmäßig nur verkürzt wiedergeben. Übrigens verdeutlicht Vorstehendes nur, wie wichtig in der Praxis eine gute aktenmäßige Aufarbeitung des Sachverhalts ist, denn auch dort ist zuweilen allein aufgrund der Aktenlage zu entscheiden.

(3) Lösungsskizze erstellen: *Wie sieht der Lösungsweg aus, wo liegen die Problemschwerpunkte?*

Der nächste, dritte Arbeitsschritt gilt dem Erstellen einer Lösungsskizze. Solch eine gedankliche Vorprüfung und rechtliche Durchdringung des Sachverhalts ist nicht nur bei der vergleichsweise offenen Fallfrage nach der Rechtslage, sondern für *jede* Falllösung *unabdingbar*.

Vor der Niederschrift ist deshalb zunächst ein Gliederungsgerüst zu erstellen, in dem nach und nach der Lösungsweg skizziert wird und vor allem die Problemschwerpunkte sowie -lösungen festgehalten werden. Eine gute Gliederung hilft, sich die Bearbeitungszeit richtig einzuteilen und ein aufgeregtes Niederschreiben der Falllösung mit zeitraubenden Irrwegen sowie unschönen Durchstreichungen oder unübersichtliche Nachträgen zu vermeiden.

Die gedankliche Prüfung des Falls beginnt mit dem Aufgliedern des Sachverhalts im Hinblick auf das anzufertigende Gutachten. Bei dem *Aufbau* des Gutachtens sind neben etwaigen zwingenden Aufbaueregeln auch die Zweckmäßigkeitsregeln zu beachten, und unter Umständen erfordert der Fall sogar ein Abweichen von den (auf den Normalfall zugeschnittenen!) Standardschemata. Selbstverständlich ist der Aufbau vor allem durch die Fallfrage bedingt: Die hiernach gesuchte Rechtsfolge bestimmt den zu prüfenden Tatbestand (im engeren wie im weiteren Sinne), der häufig an Umstände anknüpft, die ihrerseits über die Rechtsfolgen anderer Normen (und deren Tatbestände) definiert sind, was zu einer Kette normativ und dogmatisch logisch zwingend miteinander verbundener Rechtssätze führt, die zusammen den Lösungsweg ergeben. Insofern wird die Falllösung von hinten (dem gesuchten Ergebnis) nach vorne (zu dessen Voraussetzungen) entwickelt. Denn so wie am Anfang jene Einstiegsnorm bzw. jener Rechtssatz steht, deren bzw. dessen Rechtsfolge die Antwort auf die Fallfrage enthält und damit zu den zugehörigen Tatbestandsvoraussetzungen führt, gilt dies auch für alle anderen Normen in dieser Paragraphenkette. Schematisch läßt sich der Denkprozeß wie folgt darstellen:

+ ! Norm 2 [RF ! TB]

Sachverhalt ! Fragestellung ! Norm 1 [RF ! TB =))))))))))1

* . ! Norm 3 [RF ! TB =)))))))))) ,

* . ! Norm 4 [RF ! TB

.)))))))))))))))))))))))))))))))))))))))))))) < Ergebnis

Gewarnt sei in diesem Zusammenhang vor dem Lernen allein anhand von Schemata oder Checklisten, da diese dem Studierenden das selbständige Erarbeiten dieser logischen Normketten weitgehend abnehmen, so daß sein analytischer Verstand nicht geschult wird (der Rechtskundige sollte das in solchen Schemata sich abbildende, rechtlich und logisch

gebotene Frage-Antwort-Spiel ineinander greifender Normen und die dahinter stehenden dogmatischen Zusammenhänge erkennen).

Aus Vorstehendem ergibt sich, welche zentrale Bedeutung der Suche nach den passenden Normen, insbesondere (aber nicht nur!) der *Einstiegsnorm* zukommt. Dazu werden zunächst alle im passenden Gesetz von der Rechtsfolge her in Betracht kommenden Normen aufgesucht und dann zumindest kurz angeprüft, um keinen einschlägigen Tatbestand zu übersehen. Scheiden hiernach einige Tatbestände ganz offensichtlich und problemlos aus und gibt es keinen vernünftigen Grund für deren Prüfung, so werden sie nicht in das Gutachten übernommen.

Um die Einstiegsnorm zu finden, kann es sinnvoll sein, zunächst einmal eine sog. Normhypothese aufzustellen, also für sich selbst einen Rechtssatz (mit Tatbestand und Rechtsfolge) zu formulieren, der zu der Fallfrage und -aufgabe paßt. Von diesem ausgehend fällt es häufig leichter, die einschlägige(n) Norm(en) mit der (bzw. den) gesuchten abstrakten Rechtsfolge(n) zu finden.

Die verbleibenden Rechtssätze werden nun aufbaumäßig zutreffend zueinander in Beziehung gesetzt, somit eine (Grob-) *Gliederung* erstellt, die nach und nach zu einer Feingliederung ausgebaut wird, indem der Fall im einzelnen näher durchgeprüft und dabei der Lösungsweg stichwortartig festgehalten wird. Zu beachten ist schon hier, daß eine (nähere) Auseinandersetzung mit streitigen Rechtsfragen nur dann erfolgen darf - aber auch muß -, wenn sie für den Fall von Bedeutung sind (sog. Relevanzprüfung, s.u.). Die Gliederung darf sich übrigens nicht mit der bloßen Wiedergabe von Schemata begnügen, sondern muß die einzelnen Prüfungsschritte konkret fallbezogen nachzeichnen; bei den Fallproblemen kann dabei der Meinungsstand mit knappen Stichworten für die Argumente pro und contra bezeichnet werden, jedenfalls sollte die eigene Entscheidung festgehalten werden.

Bei dem Erarbeiten der Lösung ist auf Abweichungen des Falls von dem "Normalfall" und - fast noch mehr - auf Abweichungen von den dem Bearbeiter bekannten Fällen zu achten, um nicht vorschnell Fallprobleme zu übersehen bzw. in eine falsche Richtung zu laufen. Auch sollten etwaige in dem Sachverhalt (z.B. durch die Verwendung bestimmter Standardformulierungen) oder in der Aufgabenstellung bzw. einem Bearbeitervermerk (z.B. bei aufeinander aufbauenden Fallfragen mit Ergebnisunterstellungen) versteckt enthaltene Lösungshinweise erkannt werden. Ferner sollte am Ende der Gliederungsphase nochmals überprüft werden, ob alle lösungsrelevanten Details des Sachverhalts verwertet und alle anfangs notierten Gedanken in der Lösung berücksichtigt oder berechtigt (?) verworfen wurden.

Können eine Reihe von Sachverhaltsdetails (die nicht nur dem Kolorit dienen) und/oder der sich aufdrängenden Probleme in der eigenen Lösung nicht untergebracht werden, so sollte dies stutzig machen. Es ist zu prüfen, ob man sich ihre Verwertung durch eine Fehlentscheidung, eine fragwürdige Sachverhaltsergänzung oder eine verfolgte Mindermeinung selbst verbaut hat und ob deshalb nicht ein anderer Lösungsweg, ein Alternativ- oder ein Hilfsgutachten angezeigt wäre, um so diese Punkte in der Lösung noch berücksichtigen zu können. Andererseits könnte es sich auch um eine eher selten vorkommende Finte des Aufgabenstellers handeln. Grundsätzlich gilt allerdings, daß ein einmal eingeschlagener Lösungsweg konsequent weiter zu verfolgen ist und daß keine Lösungsalternativen angeboten werden dürfen - man hat sich zu entscheiden.

Vor allem wenn man sich an einem Punkt gegen eine gefestigte Rechtsprechung oder herrschende Meinung entscheidet und so schon früh oder problemunfreundlich aus dem Fall "aussteigt", sollte man erwägen, ausnahmsweise auch ungefragt ein Hilfsgutachten zu verfassen; zumindest sollte man aber an geeigneter Stelle vorhandenes Problembewußtsein durch das "Aufblitzenlassen von Wissen" (siehe unten) aufzeigen. Gewarnt sei in diesem Zusammenhang vor dem beliebten, arbeitsvereinfachenden "Totschlagen" von Problemen und dem insofern sehr "ergebnisbezogenen" problemfeindlichen Vorgehen, wenn dadurch - gemessen an dem Anspruch und Umfang der Arbeit bzw. der Bearbeitungszeit - kaum genügend einschlägiges Fachwissen präsentiert werden kann. Das wäre dann die falsche Taktik.

Soweit hiernach ein *Hilfsgutachten* gefertigt wird oder ohnehin vom Aufgabensteller (vorsorglich) gefordert wird, sollte man sich die hierzu hilfswise angenommene Tatsachen- bzw. Rechtslage klar machen, ggf. auch kurz festhalten, um nachfolgend sich nicht in Widerspruch zu dieser zu setzen.

(4) Niederschrift: Was ist bei der Subsumtion bzw. Formulierung zu beachten?

Erst jetzt erfolgt die Niederschrift als vierter Arbeitsschritt. Hierbei sind auch die vorgegebenen Formalien (dazu unten 7.) zu beachten. Zu warnen ist hier vor einem rein mechanischen Abklappern irgendwelcher Prüfungsschemata, die ohnehin nur eine Arbeitshilfe darstellen: In der Niederschrift sind die Schwerpunkte richtig zu setzen, und es ist vor allem nur auf die im konkreten Fall einschlägigen Punkte eines Schemas einzugehen. Die schriftliche Ausarbeitung muß eine ordentliche Subsumtion des Sachverhalts unter die einzelnen Tatbestände enthalten, wobei der Auslegung der

gesetzlichen Merkmale und der argumentativen Auseinandersetzung mit den in der Lehre und Rechtsprechung vertretenen Meinungen besondere Bedeutung zukommt. Hierbei empfiehlt es sich nicht, eine problematische Tatbestandsvoraussetzung sogleich unter Zuhilfenahme einer besonders ausgefeilten Definition des Gesetzesmerkmals zu bejahen oder abzulehnen, vielmehr sollte diese Definition ausgehend vom Normalfall erst am Fall(sachverhalt) erarbeitet werden.

Entsprechend den gesetzten inhaltlichen Schwerpunkten (= Fallproblemen) ist bei der Niederschrift der Gutachten-, verkürzte Gutachtenstil bzw. der gemischte Gutachten- und Urteilstils (auch als "Direktsubsumtion" des Sachverhalts unter den Tatbestand bezeichnet) zu verwenden, unter Umständen reicht sogar eine bloße urteilsstilähnliche Feststellung. Bei den zentralen Auslegungsproblemen sind die unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten nebst den zugehörigen Argumenten möglichst kurz und prägnant darzustellen, nach einer kritischen Stellungnahme ist eine eigene (begründete) Entscheidung zu treffen. Es genügt nicht, sich ohne Begründung einer fremden Meinung schlicht anzuschließen; ein bloßes Berufen auf andere Autoritäten ist unzulässig. Auf eine Begründung kann allenfalls bei längst ausgetragenen oder praktisch folgenlosen Meinungsstreitigkeiten sowie bei sonst heute ganz vorherrschenden Meinungen oder einhellig anerkannten Rechtsfiguren bzw. -konstruktionen verzichtet werden.

Ein Beachten der vier Subsumtionsschritte (dazu oben 3.) ist zwar für einen geordneten Gedankengang und in sich logischen Aufbau der Fallbearbeitung unumgänglich. Bei der Niederschrift der Subsumtion sind jedoch zur Erzielung einer flüssigen Darstellung Vereinfachungen gegenüber einem vollständigen, rein schematischen "schulmäßigen" Aufführen der einzelnen Subsumtionsschritte angebracht. So können etwa einzelne Subsumtionsschritte in der Gliederung aufgehen und offensichtlich gegebene Merkmale kurz festgestellt werden. Derartige Vereinfachungen verbieten sich aber bei den eigentlichen Problemen eines Falles. Dort ist neben der geordneten Darstellung des Subsumtionsvorgangs die Auslegung und die Darlegung sowie begründete Entscheidung des Meinungsstreits besonders wichtig. Denn für die Beurteilung einer Arbeit ist nicht das angesichts meist verschiedener vertretbarer Auslegungsmöglichkeiten mehr oder weniger zufällig mit der Musterlösung übereinstimmende Ergebnis, sondern der Weg dorthin maßgebend und dabei die richtige Gewichtung der Fallprobleme und die eigene Argumentation. Einer breiten, womöglich mehrfachen Nacherzählung bzw. Wiederholung des Sachverhalts oder des Gesetzeswortlauts bedarf es im Gutachten übrigens regelmäßig nicht, denn beides darf bei dem Leser durchaus als bekannt vorausgesetzt werden. Der Sachverhalt und das Gesetz sind nur insoweit anzuführen, als dies für das (leichtere) Nachvollziehen des Lösungswegs unabdingbar ist.

Eine Auseinandersetzung mit den streitigen Rechtsfragen darf einerseits nur, muß aber andererseits immer dann erfolgen, wenn sie für den Fall von Bedeutung ist (sog. *Relevanzprüfung*). Allerdings kann in einem Gutachten ein Streitpunkt auch ausnahmsweise einmal ausdrücklich offengelassen und insofern "*übersprungen*" werden, wenn ein nachfolgender Prüfungspunkt tatsächlich unzweifelhaft und rechtlich unstreitig nicht gegeben ist, so daß der Tatbestand letztlich ohnehin zu verneinen ist. Allerdings dürfen so nur wenige Prüfungspunkte übersprungen werden (regelmäßig scheidet also im Strafrecht ein "Weitsprung" vom objektiven Tatbestand in die Schuld aus). Keinesfalls sollte hierbei aber ein Problem völlig übergangen werden, vielmehr der Streit (gegebenenfalls nebst den unterschiedlichen Lösungsansätzen) zumindest kurz angesprochen und natürlich auch das "Springen" deutlich gemacht werden.

Zuweilen kann es angebracht sein, auf im konkreten Fall nicht relevante, aber zum Problemkontext gehörende Streitigkeiten kurz (!) hinzuweisen und so vorhandenes *Wissen "aufblitzen"* zu lassen. Doch sollte dies zurückhaltend geschehen, denn überflüssige Ausführungen können schaden, da sie von der Lösung wegführen.

Der eingeschlagene Lösungsweg muß für den Leser stets klar erkennbar und lückenlos nachvollziehbar sein, also vor ihm - in sich schlüssig - entwickelt werden. Dabei muß und darf der gewählte Aufbau (etwa wenn in der Literatur alternative dogmatische Ansätze und damit Prüfungsabfolgen vertreten werden) nicht begründet werden, denn auch insofern spricht das Gutachten für sich. Nicht nur hier sind abstrakte Vorbemerkungen zu vermeiden, vielmehr sind - soweit erforderlich - alle Probleme jeweils an der aufbaumäßig richtigen Stelle zu erörtern.

Bei der Niederschrift sind zumindest die Hauptprüfungsstufen durch Überschriften zu kennzeichnen, ansonsten ist der Text angemessen durch Absätze, Gliederungspunkte oder Spiegelstriche zu untergliedern (jedoch erfordert nicht jeder Satz, jeder Gedanke oder jede Meinung einen eigenen Absatz).

Die angewandten Normen sind jeweils genau zu zitieren (also nach Artikel/Paragraph, Absatz, Satz, ggf. Halbsatz, Nummer, Buchstabe, Variante etc.). Ferner sind rechtliche Fachausdrücke stets zutreffend entsprechend ihrer spezifischen Bedeutung zu verwenden. Nicht zuletzt sollte sich die Ausarbeitung durch einen guten sprachlichen Stil auszeichnen, vor allem verständlich sein (einfache, kurze Sätze, deren Sinn sich dem Leser sofort erschließt). Fremdwörter sollten vermieden werden, wenn man sich einfacher und klarer in deutscher Sprache ausdrücken kann. Abkürzungen im Text sollten vermieden werden.

Am Ende der Niederschrift sollte die Arbeit nochmals durchgelesen und insbesondere auf etwaige Personenverwechslungen, Auslassungen als auch auf eine korrekte Rechtschreibung und Zeichensetzung geachtet werden.

7. Die Formalien einer juristischen Arbeit

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die formalen *Grundanforderungen* rechtswissenschaftlichen Arbeitens, nicht zuletzt weil regelmäßig die einzelnen Dozenten, Fachbereiche oder Hochschulen die formalen Anforderungen an die bei ihnen anzufertigenden juristischen Arbeiten regeln, die gemäß der "lex-specialis-Regel" diesen allgemeinen Hinweisen vorgehen. Wenngleich die Formalien juristischen Arbeitens insofern, aber auch in der Fachliteratur, bestens und zahlreich dokumentiert sind, wird bedauerlicherweise durch die Studierenden doch mindestens ebenso häufig gegen sie verstoßen und damit bereits aus rein formalen Gründen eine Abwertung der eigenen Arbeiten in Kauf genommen. Dies müßte eigentlich nicht sein. Zuweilen wird auch nicht beachtet, daß innerhalb der verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen sich durchaus verschiedene Standards wissenschaftlichen Arbeitens herausgebildet haben, weshalb es z.B. nicht angehen kann, unbesehen die Zitiergewohnheiten der Natur-, Geistes- oder anderer Sozialwissenschaften zu übernehmen. Die juristische Fachkultur ist hier durchaus eine eigenständige und in ihren Anforderungen recht anspruchsvoll.

a) Die äußere Gestaltung

Für die *äußere Gestaltung* der Arbeit sind meist Regelungen vorgegeben. Grundsätzlich untergliedert sich die Arbeit in ein Titelblatt (mit den Angaben zur Arbeit und zum Verfasser), ggf. das Aufgabenblatt und die Ausarbeitung, bei wissenschaftlichen Arbeiten (u.a. Haus-, Seminar-, Diplomarbeiten) sind letzterer noch eine Gliederung (s.u.) und ein Literaturverzeichnis (s.u.) sowie unter Umständen ein Abkürzungsverzeichnis voranzustellen. Die Ausarbeitung sollte einen hinreichend breiten Korrekturrand (etwa 6 cm) aufweisen (am besten am rechten Blattrand), und die Seiten sind durchzunummerieren sowie fest miteinander zu verbinden (auch bei Haus- und Seminararbeiten reicht hierzu ein Schnellhefter oder eine Klemmappe vollkommen aus). Bei wissenschaftlichen Arbeiten, die regelmäßig mittels eines Computers (bzw. mit einer Schreibmaschine) zu erstellen sind, wird für die Ausarbeitung ein anderthalbzeiliger Zeilenabstand sowie eine "normale" Schriftgröße von 12 Punkten (12 pt = 10 cpi) im Text gefordert, die Fußnoten können engzeilig und mit kleinerer Schrifttype (10 pt = 12 cpi) geschrieben werden. Alle Übungsarbeiten (außer Examina) sind eigenhändig zu unterschreiben und ggf. mit einer in der Ausbildungs- und Prüfungsordnung vorgeschriebenen Versicherung zu versehen.

b) Die Gliederung

Die einer wissenschaftlichen Arbeit vorangestellte Gliederung verfolgt denselben Zweck wie die Lösungsskizze während der Gliederungsphase: sie soll den Aufbau und Gedankengang der Arbeit sowie die gesetzten Problemschwerpunkte auf einen Blick deutlich machen. Entsprechend sollen die einzelnen Gliederungspunkte den wesentlichen Inhalt des jeweiligen Abschnitts oder Unterabschnitts schlagwortartig kennzeichnen, ohne zugleich *Inhaltsangabe* zu sein. Anders als bei Seminararbeiten oder wissenschaftlichen Monographien (etwa Diplomarbeiten, Dissertations- oder Habilitationsschriften), in deren *Inhaltsverzeichnis* sämtliche mit einer Überschrift versehene Gliederungsabschnitte der Arbeit aufgeführt werden (und das zugleich die Funktion eines - regelmäßig fehlenden - Sachverzeichnisses übernimmt), verzeichnet die *Inhaltsübersicht* einer Hausarbeit nur die wichtigsten Gliede-

rungsabschnitte vollständig, die weiteren Untergliederungspunkte nur, soweit sie zum schnellen Erfassen der von dem Bearbeiter gesetzten Fallschwerpunkte bzw. dargestellten Fallprobleme erforderlich sind (dabei werden niedrige Gliederungsebenen - abweichend von der Untergliederung in der Arbeit - in der Inhaltsübersicht häufig nicht als solche, sondern nur auszugsweise bzw. zusammengefaßt unter Verwendung eines Spiegelstrichs ["-"] und mit knapper Problembezeichnung aufscheinen).

Eine zu ausführliche Gliederung ist bei Hausarbeiten ebenso zu vermeiden wie eine allzu kurze, kaum mehr aussagefähige Übersicht oder die bloße, sich ständig wiederholende Wiedergabe der Aufbaustufen eines Prüfungsschemas. Mehr als vier Gliederungsstufen werden in der Inhaltsübersicht selten erforderlich sein. Dabei ist die sorgfältige, möglichst knappe und präzise Formulierung der Gliederungspunkte nicht zuletzt zur Selbstkontrolle wichtig.

Als Reihenfolge der Untergliederung hat sich in den Rechtswissenschaften anstelle des numerischen Systems (1., 1.1., 1.2., 1.2.1. ...) folgendes Buchstaben-Zahlen-Schema eingebürgert: A. I. 1. a) aa) α) (1). Abweichend von dem üblichen Gliederungsschema können in einer Hausarbeit oder Klausur die geprüften Delikte oder Anspruchs- bzw. Ermächtigungsgrundlagen (sie liegen meist auf der Ebene der arabischen Nummern) auch von Anfang an fortlaufend durchnummeriert werden (s.u.), dies erleichtert in der Arbeit das Verweisen nach oben. Die einmal gewählte Anordnung muß logisch durchgehalten werden: jedem Buchstaben und jeder Zahl muß eine Gegenposition entsprechen (wer a) sagt, muß auch b) sagen); gibt es nur einen Untergliederungspunkt, so genügt das Einfügen eines Absatzes oder Spiegelstriches. Es ist darauf zu achten, daß gleichwertige Aufbaustufen gliederungstechnisch auch auf derselben Ebene stehen (so im Strafrecht etwa Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, während der objektive und der subjektive Tatbestand eine Gliederungsebene unter dem Tatbestand angesiedelt sind).

Zur Gliederung gehört schließlich die Angabe der Seiten, auf denen die jeweiligen Gliederungspunkte in der Ausarbeitung behandelt werden.

In der Ausarbeitung spiegelt sich die vorangestellte Gliederung (Gliederungsbuchstabe und -zahl sowie Abschnittsüberschrift) wieder, sie kann hier - wie gezeigt - durchaus noch weitergeführt werden. Der Text der Ausarbeitung selbst wird auch bei detaillierter Untergliederung übrigens nicht nach rechts eingerückt; der linke Rand bleibt vielmehr stets gleich breit.

Beispiel für eine "strenge" Gliederung:

A) Erster Handlungsabschnitt: Wegfahren mit dem Fahrrad	1
<u>Strafbarkeit des V</u>	1
1. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB	1
a) Tatbestand: gelockerter Gewahrsam des H	1
b) Rechtswidrigkeit, Schuld	2
2. Gebrauchsanmaßung, § 248b Abs. 1 StGB	2
B) Zweiter Handlungsabschnitt: Verkaufsverhandlungen mit K	3
I. <u>Strafbarkeit des V</u>	3
1. Unterschlagung, § 246 Abs. 1 (1. Fall) StGB	3
a) Tatbestand: Wiederholbarkeit der Zueignung	3
b) Rechtswidrigkeit, Schuld	5
2. Betrug zum Nachteil des K, § 263 Abs. 1 StGB	6
- fehlende Vollendung (Leistung Zug um Zug)	6
3. Versuchter Betrug zum Nachteil des K, §§ 22, 263 Abs. 1, 2 StGB	6
a) Tatentschluß: Eingehungsbetrug	6
b) unmittelbares Ansetzen	7
c) Rechtswidrigkeit, Schuld	7
d) Rücktritt: fehlgeschlagener Versuch	7
II. <u>Strafbarkeit des K</u>	8

Beispiel für eine "freiere" Gliederung:

A) Erster Handlungsabschnitt: Wegfahren mit dem Fahrrad	1
<u>Strafbarkeit des V</u>	1
1. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB	1
- gelockerter Gewahrsam des H	1
2. Gebrauchsanmaßung, § 248b Abs. 1 StGB	2

B) Zweiter Handlungsabschnitt: Verkaufsverhandlungen mit K	3
I. <u>Strafbarkeit des V</u>	3
3. Unterschlagung, § 246 Abs. 1 (1. Fall) StGB	3
- Wiederholbarkeit der Zueignung nach neuem Recht	3
4. Betrug zum Nachteil des K, § 263 Abs. 1 StGB	6
- fehlende Vollendung bei Leistung Zug um Zug	6
5. Versuchter Betrug zum Nachteil des K, §§ 22, 263 Abs. 1, 2 StGB	6
- Eingehungsbetrug	6
- Problem des unmittelbaren Ansatzens	7
- Rücktrittsausschluß da fehlgeschlagener Versuch	7
II. <u>Strafbarkeit des K</u>	8

c) Das Literaturverzeichnis

Das Literaturverzeichnis soll vollständigen Aufschluß geben über die in der Ausarbeitung zitierte Literatur. Hierzu sind alle Lehrbücher, Kommentare, Einzelschriften (Monographien), Aufsätze - auch Festschriftbeiträge -, Urteilsanmerkungen, Dissertationen usw. genau aufzuführen. Dagegen werden Entscheidungen bzw. Entscheidungssammlungen, Gesetzessammlungen und Gesetzesmaterialien nicht ins Literaturverzeichnis aufgenommen. Übrigens sind (Repetitoriums-, Lern- oder Vorlesungs-) Skripten grundsätzlich nicht zitierfähig.

Während bei Festschriften oder anderen Sammelwerken (nur) die jeweils zitierten Beiträge unter ihrem jeweiligen Verfasser angeführt werden, werden bei einem Gemeinschaftswerk mehrerer Autoren (z.B. bei einem Kommentar) die jeweiligen Bearbeiter nicht (zusätzlich) einzeln in das Literaturverzeichnis aufgenommen. Im übrigen wird bei mehreren Herausgebern (insbesondere bei mehr als drei Herausgebern) und teilweise auch bei einem Autorenkollektiv häufig nur der erstgenannte (Haupt-) Herausgeber/Autor angeführt und auf die weiteren durch "u.a." hingewiesen.

Das Literaturverzeichnis ist, nach Verfasseramen geordnet, durchgehend alphabetisch zu führen. Eine weitergehende Aufgliederung nach Gattungen (Lehrbücher, Kommentare usw.) empfiehlt sich nicht, da sie dem Leser die Übersicht erschwert (und den Verfasser mit unnützer Arbeit belastet).

Bei jeder im Literaturverzeichnis angeführten Veröffentlichung sind anzugeben:

- Zuname und Vorname des/der Autors/Autoren bzw. Herausgebers/Herausgeber (nicht aufzunehmen sind akademische oder sonstige Titel)
- genauer Titel der Schrift, des Aufsatzes, Festschriftbeitrages usw., dabei genügt die Angabe des Haupttitels (Untertitel, Generaltitel einer Festschrift sowie Angaben über die Schriftenreihe, in der ein Werk erschienen ist, sind entbehrlich)
- bei Büchern die Auflage, der Erscheinungsort und das Erscheinungsjahr (entbehrlich ist die Angabe des Verlages),
- bei Aufsätzen usw. die genaue Fundstelle in der jeweiligen Zeitschrift oder Festschrift.

Bei Zeitschriften sind die üblichen Abkürzungen zu verwenden und die Zitiergepflogenheiten zu beachten: Manche Zeitschriften werden nur nach Jahrgang und Seite angeführt (z.B. NJW, JZ, NStZ), bei anderen hat es sich eingebürgert, außerdem die Bandzahl zu nennen (z.B. ZStW), einige werden nur nach der Bandzahl zitiert (z.B. GA bis 1953). Im übrigen ist jedoch auf Einheitlichkeit zu achten.

Da Lehrbücher und Monographien abgekürzt zitiert werden, sollte die gewählte Abkürzung bereits im Literaturverzeichnis durch einen Zusatz (zit. ...) kenntlich gemacht werden.

Beispiele:

- *Küper, Wilfried*: Über das "zeitliche Verhältnis" der Hehlerei zur Vortat, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Wilfried Küper* u. *Jürgen Welp*, Heidelberg 1993, 467 (zit. *Küper*, Stree-Wessels-FS)
- *ders.*: Strafrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Heidelberg 2005 (zit. *Küper*, BT)
- *Leipziger Kommentar*: StGB. Leipziger Kommentar, 10. Aufl., hrsg. v. *Hans-Heinrich Jescheck* u.a., Berlin 1978-1989; 11. Aufl., hrsg. v. *Burkhard Jähnke* u.a., Berlin 1992 ff. (zit. LK¹⁰- bzw. LK¹¹-Bearbeiter)
- *Schönberger, Gritt*: Anmerkung zu LG Berlin, Beschl. v. 20.4.1998 - 509 Qs 15/98, in: NStZ 1999, 103
- *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: Strafrechtsgesetzbuch, 26. Aufl., München 1997 (zit. Schönke/Schröder-Bearbeiter)
- *Wessels, Johannes/Beulke, Werner*: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 33. Aufl., Heidelberg 2003 (zit. *Wessels/Beulke*, AT)
- *Wilhelm, Jens Ph.*: Das überklebte Wahlplakat, JuS 1996, 424
- *ders.*: Foltern - verboten, erlaubt oder gar geboten?, Die Polizei 2003, 198

d) Die Literaturhinweise (Fußnoten)

Soweit in der Arbeit fremde Gedanken wiedergegeben oder sonst verwertet werden, sind diese auch als solche durch die Angabe der Fundstelle zu belegen. Dem dienen die Literaturhinweise. Die Literaturhinweise weisen daher die gesamte in der Ausarbeitung tatsächlich verwertete Literatur nach, aber auch nur diese. Was nicht selbst gelesen und verwertet wurde, darf nicht als Belegstelle angeführt (und ins Literaturverzeichnis aufgenommen) werden. Vor der unüberprüften Übernahme von fremden Literaturhinweisen (sog. Blindzitate) kann nur gewarnt werden, denn nicht selten sind die Nachweise falsch, sei es, daß die Fundstelle falsch angegeben oder der Text von dem anderen Autor gar mißverstanden wurde.

Vermeiden Sie in der Ausarbeitung wörtliche Zitate (diese stehen in Anführungszeichen), und formulieren Sie eigenständig bzw. gebrauchen Sie die indirekte Rede. Wörtliche Zitate sollten nur verwendet werden, wenn ansonsten spezifische Aussageinhalte verlorengehen.

Literaturhinweise gehören stets in die Fußnoten. Es wirkt unübersichtlich, wenn sie in Klammern im Text stehen. (Soweit Autoren im Text genannt werden - und dies sollte auf die wenigen Fälle beschränkt werden, wo eine Ansicht durch einen Autor maßgebend geprägt wurde oder allein von ihm vertreten wird - kann der Autorenname zur besseren Übersichtlichkeit wie in den Fußnoten oder im Literaturverzeichnis durch Kursivschrift etc. hervorgehoben werden.) Die zum Text gehörenden Fußnoten müssen jeweils auf derselben Seite stehen (sonst sind es Endnoten). Sie werden entweder seitenweise (das erleichtert das nachträgliche Einfügen von Fußnoten und Auswechseln einzelner Seiten) oder fortlaufend numeriert (das erleichtert das Verweisen auf vorangehende Fußnoten). Da das Literaturverzeichnis die vom Bearbeiter verwendeten Schriften vollständig ausweist, werden sie in den Fußnoten üblicherweise abgekürzt - also nicht mit vollem Titel - zitiert.

Im einzelnen hat sich folgende **Zitierweise** eingebürgert:

- Kommentare werden nach Paragraphen und Anmerkungen bzw. Randnummern zitiert (z.B. *Preisendanz*, § 242 Anm. V.6; *Tröndle/Fischer*, § 212 Rn. 3). Bei Kommentaren, die von mehreren Autoren verfaßt sind, ist auch der jeweilige Bearbeiter anzugeben (z.B. *LK-Hirsch* [10. Aufl.], § 223 Rn. 6; *SK-StPO-Rogall*, § 81a Rn. 7; *Schönke/Schröder-Eser*, § 212 Rn. 2 oder *Eser* in: *Schönke/Schröder*).
- Während Monographien nur nach Seiten zitiert werden, sollten bei Lehrbüchern neben der Seite auch die (meist über mehrere Auflagen beibehaltenen) Gliederungspunkte (Paragraphen, Kapitel, Abschnitte ...) angegeben werden (z.B. *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 IV.5, S. 630). Soweit Lehrbücher mit Randnummern versehen sind, genügt deren Angabe, bei kapitelweiser Numerierung unter Voranstellung der Kapitelnummer (z.B. *Krey*, BT 1, Rn. 323; *Jakobs*, AT, 4/6; *Roxin*, AT, § 12 Rn. 43). Auf den Titel des Lehrbuchs oder der Monographie ist hinzuweisen, zweckmäßigerweise in Kurzform (z.B. *Roxin*, Täterschaft, 458).
- Bei Zeitschriftenaufsätzen, Festschriftbeiträgen und Urteilsanmerkungen genügt es, den Autorennamen und die Fundstelle in der jeweiligen Zeitschrift oder Festschrift anzugeben. Der Titel des Aufsatzes wird in der Fußnote nicht genannt. Es ist jeweils die Seite zu zitieren, auf der sich die einschlägigen Ausführungen befinden, und nicht nur die Anfangsseite des Aufsatzes, doch sollte auch diese angegeben werden (z.B. *Engisch*, *Gallas-FS* [1973], S. 163 [165]). Bei Festschriftbeiträgen ist zumindest dann das Erscheinungsjahr zu vermerken, wenn dem Geehrten mehrere Festschriften gewidmet sind. Auf die Unterscheidung zwischen einer Festschrift und einer Gedächtnisschrift sollte geachtet werden (etwa *Armin-Kaufmann-GedSchr.* [1989]).
- Bei Gerichtsentscheidungen muß stets - soweit abweichend - neben der Bezugsstelle auch die Anfangsseite der Entscheidung genannt werden, z.B. *BGHSt* 14, 386 (388); *LG Karlsruhe*, *NStZ* 1993, 543. Wenngleich im Hinblick auf Datenbankrecherchen empfehlenswert, konnte es sich noch nicht durchsetzen, bei Gerichtsentscheidungen stets auch die näheren Urteilsangaben (Entscheidungsart, Entscheidungsdatum und Aktenzeichen) mitzuteilen, z.B. *AG Weinheim*, *Beschl. v. 24.5.1995 - 5 Ls 31/94 - AK 46/94 = NStZ* 1996, 203. - Soweit Entscheidungen in der amtlichen Sammlung veröffentlicht wurden, sollten sie hiernach zitiert werden (gelegentlich ist aber der Abdruck in einer Zeitschrift ausführlicher). Bei mehreren Autoren gleichen Nachnamens (etwa *Armin Kaufmann*, *Arthur Kaufmann*, *Hilde Kaufmann*) ist stets der Vorname (zumindest abgekürzt) mit anzugeben. Wird mehrfach auf denselben Autor oder dieselbe Entscheidung verwiesen, dann sollte das beliebte "a.a. O." (= am angegebenen Ort) nur verwendet werden, wenn das gemeinte Zitat aus einer der unmittelbar vorhergehenden Fußnoten zweifelsfrei und ohne langes Suchen ersichtlich ist. Ansonsten sollte auf die entsprechende Fußnote verwiesen werden, z.B. s.o. Fn. 20.

8. Fallbeispiel: "Wand-Fall" (BGHSt 22, 235)

Sachverhalt: A stößt den Kopf der H heftig gegen eine Wand.

Aufgabe: Hat sich A hierdurch wegen einer Gefährlichen Körperverletzung (§ 224 StGB) strafbar gemacht?

A) Überlegungen zur Falllösung

(1) *Aufgabenstellung erfassen*: Während die Aufgabenstellung eindeutig ist, ...

(2) *Sachverhalt erfassen*: ... ist der Sachverhalt insofern unvollständig, als er keine näheren Aussagen über die Person des A, über etwaige eingetretene Tatfolgen (= Verletzungen) der H sowie über die subjektive Beziehung des A zur Tat enthält. Gleichwohl ist der Sachverhalt auch insofern eigentlich klar: A ist - mangels näherer entgegenstehender Angaben - erwachsen (insbesondere kein Kind, vgl. § 19 StGB), der *heftige* (!) Stoß gegen die Wand wird - wie nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu unterstellen ist - zu erheblichen Verletzungen geführt haben (nämlich zumindest zu einer Prellung, wenn nicht Platzwunde oder noch schwereren Krankheitsbildern), und A hat wohl auch absichtlich gehandelt. All dies ist ohne weiteres "lebensnah" in den Sachverhalt hineinzulesen und der Fallprüfung zugrunde zu legen.

(3) *Lösungsskizze erstellen*: Da hier konkret nach der Strafbarkeit des A wegen einer Gefährlichen Körperverletzung gefragt ist, steht der zu prüfende Tatbestand und damit der Einleitungssatz des Rechtsgutachtens bereits fest. Doch muß der Bearbeiter erkennen, daß es sich bei § 224 StGB um einen Qualifikationstatbestand zu der sog. einfachen Körperverletzung (§ 223 StGB) handelt ("Wer die Körperverletzung 1. durch ... begeht, ..."), so daß zusammen mit den Tatbildmerkmalen des § 224 StGB auch jene aus dem Grundtatbestand des § 223 StGB zu prüfen sind. Ferner muß der Bearbeiter wissen, daß eine Strafbarkeit ein (objektiv und subjektiv) tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten erfordert und als Begehungsform hier allein ein vollendetes vorsätzliches Begehungsdelikt in Betracht kommt. Aus alledem ergibt sich die Grundstruktur der Falllösung (Prüfungsaufbau = grobe Lösungsskizze).

Sodann erfolgt das gedankliche Durchprüfen der einzelnen Merkmale, anhand der bekannten oder einem Kommentar oder Lehrbuch entnommenen Definitionen (siehe unten). Alle von den verschiedenen Tatbestandsalternativen der §§ 223, 224 StGB ernsthaft in Betracht kommenden Merkmale werden nun in die Lösungsskizze übernommen, nämlich "körperliche Mißhandlung", "Gesundheitsschädigung"; "gefährliches Werkzeug", "lebensgefährdende Behandlung". Zugleich muß der Bearbeiter erkennen, daß es vorliegend vor allem auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Werkzeug" ankommt und hier auf die Streitfrage, ob auch ein nicht durch Menschenkraft beweglicher Gegenstand, gegen den ein menschlicher Körper gestoßen oder geworfen wird, als gefährliches Werkzeug angesehen werden kann. Der Streit ist mittels obiger Auslegungsmethoden zu entscheiden, wobei die einschlägige Literaturmeinungen und die Rechtsprechung in die Auseinandersetzung einzubeziehen sind.

Die Frage, ob auch ein unbeweglicher Gegenstand, gegen den ein menschlicher Körper gestoßen wird, als (gefährliches) Werkzeug anzusehen ist, wurde zunächst von dem Reichsgericht in *RGSt* 24, 372 (für die insofern gleichlautende Vorgängernorm des § 223a StGB) behandelt - und verneint. Die alte reichsgerichtliche Auslegung wurde von dem Bundesgerichtshof in *BGHSt* 22, 235 übernommen und in *BGH*, *NStZ* 1988, 361 bestätigt; zustimmend etwa *Karl Lackner/Kristian Kühl*, *StGB*, 25. Aufl. 2004, § 224 Rn. 4, und *Johannes Wessels/Michael Hettinger*, *Strafrecht* BT 1, 28. Aufl. 2004, Rn. 274. In seiner Kommentierung weist *Kühl* (a.a.O.) bei den angegebenen Belegstellen auf eine bestehende "andere Meinung" (aM) hin, die er allerdings für "zweifelhaft" (zw) erachtet; ebenso fällt bei den Ausführungen *Hettingers* (a.a.O.) sogleich auf, daß es offenbar einen Meinungsstreit gibt, da eine "herrschende Meinung" (hM) angeführt wird und er sich sogleich mit dem anderen "Teil der Lehre" auseinandersetzt. Der Bearbeiter muß sich nun entscheiden, welcher Meinung er folgen will, diese übernimmt er in seine Gliederung (zumindest ist sie wie hier durch "+" und "-" zu kennzeichnen).

Anhand der beiden nachfolgend auszugsweise abgedruckten Leitentscheidungen können gut die juristischen Auslegungsmethoden, nämlich die grammatische, systematische, teleologische und historische Auslegung, nachvollzogen werden. Die Entscheidung *BGHSt* 22, 375 ist dabei ein schönes Beispiel für den häufigen Widerstreit von teleologischer und am natürlichen Wortsinn orientierter grammatischer Auslegung: Mit der sog. Wortlautargumentation beruft sich der Bundesgerichtshof auf den natürlichen Sprachgebrauch als Auslegungsgrenze, während die Literatur (etwa *Rudolf Rengier*, *Strafrecht* BT 2, 6. Aufl. 2005, § 14 Rn. 15 f; *Walter Stree*, *Jura* 1980, 281 [284 f]) mit einer rechtsguts-/schutzzweckorientierten Auslegung das Urteil meist ablehnt.

Das Reichsgericht hat in **RGSt 24, 372** ausgeführt: »... rechtlich indes kann es keinen Unterschied machen, ... wenn umgekehrt der zu verletzende Mensch nach dem Willen des Täters derart in Bewegung gesetzt wird, daß er von dem Werkzeuge ergriffen und verletzt wird. ... Jeder in Übereinstimmung mit dem Willen des Täters die Körperverletzung bewirkende Gegenstand bleibt das Mittel der Verletzung, gleichviel ob derselbe mit dem zu Verletzenden oder dieser mit jenem in einer eine Verletzung herbeiführende Verbindung gebracht wird. In beiden Fällen ist mittels des Gegenstandes die Verletzung herbeigeführt, "ist mit ihm auf den Körper eingewirkt". ...

[RGSt 24, 373] ... ist daran ... festzuhalten, daß das in § 223a StGB bezeichnete Werkzeug an sich ein beweglicher Gegenstand sein muß. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß **sprachlich** ... zu den Werkzeugen alle Gegenstände gehören, die zu irgendwelchem Gebrauche, um das Werk zu erzeugen, dienlich sind, und daß insofern auch unbewegliche Gegenstände, wie z.B. eine Hebelade (Kran) oder eine Maschine, zu den Werkzeugen zu rechnen sind. Indes strafrechtlich kommen auch hier derartige unbewegliche Sachen bei der Frage, ob sie bei der Körperverletzung als Werkzeug gedient haben, nur soweit in Betracht, als jene Immobilien Bestandteile haben, die an sich wieder beweglich sind, wie insbesondere bei den Maschinen deren Getriebe. Die **legislatorischen Verhandlungen** ferner, die die gefährlichen Werkzeuge des § 223a StGB nur als eine Spezies des Gattungsbegriffes "Waffe" auffassen, ... bezeichnen als gefährliche Werkzeuge neben dem Messer, Stuhlbeine, Knüppel, schwere Hausschlüssel, Schlagringe und dergleichen mehr. ...

Nirgends ist die Rede davon, daß auch unbewegliche Sachen den Begriff eines Werkzeuges erfüllen. Ebenso läßt die im Strafgesetzbuche sich sonst vorfindende **Verwendung** sowohl **des Ausdrucks Werkzeug** ... als auch des Begriffes der Waffe ... unzweideutig erkennen, daß das Strafgesetz, wenn es von Waffen oder Werkzeugen spricht, nur solche Gegenstände im Auge hat, die wenigstens geeignet sind,

[RGSt 24, 374] in Bewegung gesetzt werden zu können.« (*Hervorhebungen durch den Verfasser*)

In **BGHSt 22, 235** argumentierte der Bundesgerichtshof wie folgt: »**[BGHSt 22, 236]** ... Die am Wortsinn des Wortes "Werkzeug" ausgerichtete **engere Auffassung** sieht als solches nur einen beweglichen Gegenstand an, der durch menschliche Kraft gegen einen Körper in Bewegung gesetzt werden kann, um ihn zu verletzen ... Dabei soll es allerdings gleichgültig sein, ob im besonderen Falle das Werkzeug gegen den Menschen oder der Mensch gegen das Werkzeug in Bewegung gesetzt wird ... Nach der **weiteren Auffassung** ist ein gefährliches Werkzeug jeder Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im gegebenen Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen ... Für diese weitere Auslegung würde sich das Merkmal "mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung" nur als Auffangtatbestand für solche lebensgefährlichen Körperverletzungen darstellen, die ohne Zuhilfenahme irgendeines Gegenstandes zugefügt werden (z.B. durch Würgen oder Schlag gegen die Halsschlagader).

Die engere Auslegung verdient den Vorzug. Das **natürliche Sprachempfinden** wehrt sich dagegen, eine feste Wand, den gewachsenen Boden oder einen Fels als "Werkzeug" zu bezeichnen. Die Beispiele aus der **Entstehungsgeschichte** des Gesetzes, die das Reichsgericht in RGSt 24, 372 angeführt hat, zeigen, daß auch die Gesetzgeber unter Werkzeugen nur solche Gegenstände verstanden haben, die durch menschliche Einwirkung irgendwie gegen einen menschlichen Körper in Bewegung gesetzt werden können. Dabei war von Anfang an nicht zweifelhaft, daß auch schwere, aber bewegliche Gegenstände, etwa schwere Maschinenteile, unter den Werkzeugbegriff fallen, dieser also nicht auf leicht zu handhabende Gegenstände, wie Waffen und Messer, beschränkt ist, die das Gesetz nur als besonders typische Beispiele für gefährliche Werkzeuge anführt. Die neuere Rechtsprechung zeigt allerdings die Neigung, den

[BGHSt 22, 237] sehr eng gefaßten **Werkzeugbegriff** des Reichsgerichts in anderer Beziehung **zu erweitern**. So gelten heute chemisch wirkende Mittel (BGHSt 1, 1 ...) oder ein auf den Menschen gehetzter Hund (BGHSt 14, 152 gegen RGSt 8, 315) unbestritten als gefährliche Werkzeuge i.S. des § 223a StGB. An der durch den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes gebotenen Grundauffassung, daß unbewegbare Gegenstände nicht zu den Werkzeugen in diesem Sinne gehören, ist jedoch bisher nicht gerüttelt worden. Allein der Umstand, daß eine weitere Auslegung dem Zweck der Strafschärfung vielleicht besser entsprechen würde (s. § 148 E 1962 ...), rechtfertigt es nicht, von der bisherigen Auffassung abzugehen, zumal da hierfür auch **kein zwingendes Bedürfnis** besteht. Körperverletzungen durch Stoßen gegen eine Wand, den Fußboden, durch Sturz aus einem Fenster und dgl. fallen, wenn sie das Leben des Verletzten gefährden, ohnehin unter § 223a StGB. Für leichtere Fälle reicht der Strafraum des § 223 StGB aus. Das Antragsersfordernis bildet kein entscheidendes Hindernis, da bei erheblicheren Verletzungen in der Regel das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu bejahen sein wird.« (*Hervorhebungen durch den Verfasser*)

Damit ergibt sich etwa folgende **Lösungsskizze** (wobei hier allein aus pädagogischen Gründen die Standarddefinitionen mittels Fußnoten mitgeteilt werden):

Strafbarkeit des A

Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) objektiver Tatbestand

aa) Grundtatbestand: körperliche Mißhandlung¹⁾ + / Gesundheitsschädigung²⁾ +

bb) Qualifikationstatbestand:

- Nr. 2: Wand als gefährliches Werkzeug³⁾? Problem der Beweglichkeit des Werkzeugs –

- Nr. 5: lebensgefährdende Behandlung⁴⁾ +

b) subjektiver Tatbestand: Tatbestandsvorsatz⁵⁾ +

2. Rechtswidrigkeit⁶⁾ +

3. Schuld⁷⁾ +

¹⁾ = üble, unangemessene Behandlung durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird

²⁾ = Hervorrufen eines krankhaften Zustandes

³⁾ = beweglicher (str.!) Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen

⁴⁾ = nach den konkreten Umständen objektiv geeignet, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen

⁵⁾ [verkürzt] = "Wissen und Wollen" hinsichtlich der Verwirklichung der gegebenen objektiven Tatbestandsmerkmale (hier des Grund- und des Qualifikationstatbestands!)

⁶⁾ = Nichteingreifen von Rechtfertigungsgründen (die Rechtswidrigkeit wird regelmäßig durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert)

⁷⁾ = (uneingeschränkte) persönliche Vorwerfbarkeit der Tat, sie ist gegeben bei voller Schuldfähigkeit des Handelnden und Nichteingreifen von Schuldminderungs-, Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründen

(4) *Niederschrift* = **Gutachten** (hier streng schulmäßig):

Indem A die H heftig mit dem Kopf gegen die Wand stieß, könnte er sich wegen einer Gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht haben.³⁹⁾

1. Tatbestand

a)aa) Dazu müßte er die H zunächst körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.⁴⁰⁾ Körperliche Mißhandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird. Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines krankhaften Zustandes. Das heftige Stoßen des Kopfes gegen die Wand stellt nicht nur eine solche sozialwidrige Behandlung dar, sondern führte - wie zu unterstellen ist - auch zu erheblichen Krankheitsbildern (z.B. erhebliche Prellung, Bluterguß oder Platzwunde), so daß beide Merkmale der Körperverletzung gegeben sind.

bb) Weiter müßte die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs (Nr. 2) oder einer lebensgefährdenden Behandlung (Nr. 5) erfolgt sein.

α) Als ein gefährliches Werkzeug (Oberbegriff) wird allgemein jeder Gegenstand angesehen, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁴¹⁾ Dies ist vorliegend angesichts des heftigen Stoßes des Kopfes gegen eine (Stein-)Wand der Fall. Fraglich ist aber, ob der Begriff des Werkzeugs auch bedeutet, daß der eingesetzte Gegenstand ein beweglicher sein muß, so daß die Wand als unbeweglicher Gegenstand kein gefährliches Werkzeug darstellte. Zwar kann es richtigerweise vom Schutzzweck der Norm her, besonders gefährliche Begehungsweisen zu erfassen, nicht primär darauf ankommen, ob etwa ein Stein als Verletzungsmittel gegen eine Person bewegt oder die Person gegen den Stein geführt wird. Aber während ein loser Stein zweifellos nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als Werkzeug angesehen werden kann, ist dies für eine feste steinerne Wand problematisch. Denn letztere ist nicht wie ersterer als solche durch menschliche Einwirkung bewegbar. Wenn auch seit dem 6. StrRG der Waffenbegriff nicht mehr als Oberbegriff, sondern nur als ein Beispiel eines Werkzeugs verwendet wird, so wird man doch regelmäßig die Beweglichkeit und das Bei-sich-Führen-Können (vgl. § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB) als eine wesentliche Eigenschaft des Werkzeugs ansehen müssen. Jede Erweiterung des Werkzeugbegriffs hierüber hinaus, die nicht mal mehr im Ansatz eine Bewegbarkeit desselben voraussetzt, ist als zu weitgehend abzulehnen. Zudem ergäben sich als Folge Abgrenzungsschwierigkeiten, etwa ob bei einem Stoß, durch den der andere fällt und auf den Steinboden aufschlägt,

³⁹⁾ ● Abweichend könnte auch zunächst das Grunddelikt der (einfachen) Körperverletzung vollständig durchgeprüft und erst im Anschluß auf die Qualifikationsmerkmale der Gefährlichen Körperverletzung eingegangen werden. Ein fortgeschrittener Student würde hier aber wie oben gleich den Qualifikationstatbestand (und in diesem den Grundtatbestand mit) prüfen.

⁴⁰⁾ ● In einem Gutachten sind stets alle in Betracht kommenden Tatbestandsmerkmale zu prüfen, auch wenn - wie hier - das Vorliegen einer der Tatbestandsalternativen zur Bejahung der Strafbarkeit ausreichte.

⁴¹⁾ ● Hier wird bewußt die Streitfrage, ob das Werkzeug ein bewegliches sein muß, bei der Definition noch ausgespart, um die Definition sodann weiter entwickeln zu können. Wer hier mit einer ausgefeilten Definition beginnt, muß diese anschließend in Frage stellen. Keineswegs darf *das* zentrale Fallproblem in der Subsumtion durch Anwenden einer "passend" gemachten (!) Definition übergangen werden.

zwischen der Verletzungshandlung und dem Verletzungsmittel eine bloße Kausalbeziehung ausreicht oder eine Finalbeziehung zu fordern ist, was letztlich zur Subjektivierung des Merkmals führte. Einer weiten Auslegung bedarf es hier aber schon deshalb nicht, da etwaig verbleibende, besonders strafwürdige Fälle durchaus zureichend durch die lebensgefährdende Begehungsweise erfaßt werden können. Da die Wand somit nicht als ein gefährliches Werkzeug anzusehen ist, scheidet die zweite Tatalternative (Nr. 2) hier aus.

β) Lebensgefährdend ist eine Behandlung (jedenfalls dann), wenn die Verletzungshandlung nach den konkreten Umständen des Falles objektiv geeignet ist, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen. Wenn hierfür auch keine lebensgefährdende Verletzung erforderlich ist, so wird doch teilweise eine konkrete Lebensgefahr gefordert, während die h.M. eine konkret-abstrakte Verletzungsgefahr für ausreichend erachtet. Der Sachverhalt ist insoweit offen, doch legt die hervorgehobene Heftigkeit des Stoßes selbst eine konkrete Verletzungsgefahr nahe, so daß der Streit hier dahinstehen kann.⁴²⁾

b) Somit ist, da von (zumindest bedingt) vorsätzlichem Handeln⁴³⁾ auszugehen ist und

2. auch **Rechtswidrigkeit** wie **Schuld** vorliegen,⁴⁴⁾

3. eine Strafbarkeit des A wegen Gefährlicher Körperverletzung gegeben.

Hinweise: Breite Sachverhaltswiederholungen sind grundsätzlich überflüssig, und fehlen deshalb hier. Auch könnten die Einführungssätze mit der Wiederholung der zu prüfenden gesetzlichen Merkmale unter *a)aa)* und *a)bb)* entfallen. Sie erleichtern aber - gerade dem Anfänger - die Orientierung, was im einzelnen zu prüfen ist.

⁴²⁾ ● Der hier nicht fallrelevante Streit wird daher nur angedeutet.

⁴³⁾ ● Auf die unscharfe Floskel "Vorsatz ist Wissen und Wollen" als Vorsatzdefinition sollte verzichtet werden. Besser ist das Feststellen der konkreten Vorsatzart, hier zutreffend: *zumindest* (!) bedingt vorsätzlich (es könnte auch Absicht angenommen werden).

⁴⁴⁾ ● Zur Rechtswidrigkeit und Schuld läßt sich nichts sagen, weshalb beides nur kurz festgestellt wird. Den Satz "Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit." sollte man dem Korrektor ersparen. Man könnte auch schreiben: "Rechtfertigungsgründe liegen nicht vor. Auch greifen für A weder Schuldminderungs-, Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe ein." Aber das ist unnötig aufwendig und verleitet in der Schuld zu weiter vereinfachenden, unvollständigen (!) Aussagen.

ANHANG: MATERIALIEN

1. Materialien zum Themenkreis "Recht und Gerechtigkeit"

- 1) **Hans Kelsen, Reine Rechtslehre**, 2. Aufl., Wien 1960: I. Recht und Natur, 6. Die Rechtsordnung, c) Das Recht als normative Zwangsordnung. Rechtsgemeinschaft und "Räuberbande", S. 50 f:

»Daß Gerechtigkeit kein das Recht von anderen Zwangsordnungen unterscheidendes Merkmal sein kann, ergibt sich aus dem relativen Charakter des Werturteils, demzufolge eine Gesellschaftsordnung gerecht ist. Da Augustinus [in Civitas Dei, IV.4] als gerecht nur eine Ordnung gelten läßt, wenn sie dem wahren Gott - das ist für ihn der jüdisch-christliche Gott, nicht aber den Göttern der Römer - gewährt, was ihm und nur ihm gebührt, nämlich die entsprechende Verehrung, die im Kultus zum Ausdruck kommt, kann die Ordnung, die nicht dieser Forderung entspricht, kein Recht und die von ihr konstituierte Gemeinschaft kein Staat, sondern nur eine Räuberbande sein. Damit ist dem römischen Recht der Rechtscharakter abgesprochen. Wird die Gerechtigkeit als Kriterium der als Recht zu bezeichnenden | normativen Ordnung angenommen, dann sind die kapitalistischen Zwangsordnungen der westlichen Welt, vom Standpunkt des kommunistischen Gerechtigkeitsideals, und die kommunistische Zwangsordnung der Sowjetunion, vom Standpunkt des kapitalistischen Gerechtigkeitsideals, kein Recht. Ein zu solcher Konsequenz führender Begriff des Rechts kann von einer positivistischen Rechtswissenschaft nicht akzeptiert werden. Eine Rechtsordnung mag vom Standpunkt einer bestimmten Gerechtigkeitsnorm aus als ungerecht beurteilt werden. Aber die Tatsache, daß der Inhalt einer Zwangsordnung als ungerecht beurteilt werden kann, ist jedenfalls kein Grund, diese Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung gelten zu lassen. Nach dem Sieg der französischen Revolution Ende des 18. Jahrhunderts sowie nach dem Sieg der russischen Revolution Anfang des 20. Jahrhunderts bestand in den anderen Staaten die deutliche Neigung, die durch die Revolution errichtete Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung ... zu deuten. ... Sobald jedoch die revolutionär errichteten Zwangsordnungen sich als dauernd wirksam erwiesen, wurden sie als Rechtsordnung ... anerkannt.«

-
- 2) **Hans Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit**, in: *ders.*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960 (Anhang): I. Die Normen der Gerechtigkeit, S. 357 ff:

»1. Gerechtigkeit ist eine Eigenschaft, die von verschiedenen Gegenständen ausgesagt wird. Zunächst von einem Menschen. Man sagt, ein Mensch, insbesondere ein Gesetzgeber oder Richter sei gerecht oder ungerecht. In diesem Sinn ist Gerechtigkeit als eine Tugend der Menschen dargestellt. Wie alle Tugend ist auch die Tugend der Gerechtigkeit eine moralische Qualität; und insofern liegt Gerechtigkeit innerhalb des Bereiches der Moral.

Die einem Menschen zugesprochene Eigenschaft oder Tugend der Gerechtigkeit äußert sich aber in seinem Verhalten, und zwar in seinem Verhalten gegenüber anderen Menschen, das heißt in seinem sozialen Verhalten. Das soziale Verhalten eines Menschen ist gerecht, wenn es einer Norm entspricht, die dieses Verhalten vorschreibt, das heißt als gesollt setzt und so den Gerechtigkeitswert konstituiert. Das soziale Verhalten eines Menschen ist ungerecht, wenn es einer Norm widerspricht, die ein bestimmtes Verhalten vorschreibt. Die Gerechtigkeit eines Menschen ist die Gerechtigkeit seines sozialen Verhaltens; und die Gerechtigkeit seines sozialen Verhaltens besteht darin, daß es einer den Gerechtigkeitswert konstituierenden und in diesem Sinne gerechten Norm entspricht. Diese Norm kann man als Gerechtigkeitsnorm bezeichnen. Da die Normen der Moral soziale Normen, das heißt Normen sind, die das Verhalten von Menschen gegenüber anderen Menschen regeln, ist die Gerechtigkeitsnorm eine Moralnorm; und so fällt der Begriff der Gerechtigkeit auch in dieser Hinsicht innerhalb des Begriffes der Moral.

Aber nicht jede Moralnorm ist eine Gerechtigkeitsnorm, nicht jede Norm einer Moral konstituiert den Gerechtigkeitswert. Als Gerechtigkeitsnorm kann nur eine Norm gelten, die eine bestimmte *Behandlung* eines Menschen durch einen anderen Menschen, insbesondere die Behandlung der Menschen durch einen Gesetzgeber oder Richter vorschreibt. Die Norm: man soll sich selbst nicht töten, kann die Norm einer Moral sein, die solches Verhalten wegen seiner üblen Wirkungen auf die Gemeinschaft verbietet, aber diese Norm kann nicht eine Gerechtigkeits-Norm sein, da sie nicht die Behandlung eines Menschen durch einen anderen Menschen vorschreibt; das heißt: Selbstmord kann als unmoralisch, nicht aber als ungerecht beurteilt werden. Aber, daß man Selbstmörder nicht auf einem allgemeinen Friedhof, sondern abgesondert bestattet oder den Versuch eines Selbstmordes bestraft, kann als gerecht oder ungerecht beurteilt, das heißt nach einer Norm beurteilt werden, die

eine bestimmte Behandlung von Menschen vorschreibt, das heißt | gebietet oder verbietet, und so einen Gerechtigkeitswert konstituiert, den Charakter einer Gerechtigkeitsnorm hat.

2. Gerechtigkeit ist somit die Eigenschaft eines spezifischen menschlichen Verhaltens, eines Verhaltens, das in der Behandlung anderer Menschen besteht. Das Urteil, daß ein solches Verhalten gerecht oder ungerecht ist, stellt Be-urteilung, Bewertung des Verhaltens dar. Das Verhalten, das ein in Zeit und Raum existentes Seins-Faktum ist, wird mit einer Gerechtigkeits-Norm, die ein Sollen statuiert, konfrontiert. Das Ergebnis ist ein Urteil, das entweder aussagt, daß das Verhalten so ist, wie es - gemäß der Gerechtigkeitsnorm - sein *soll*, das heißt: daß das Verhalten wertvoll ist, nämlich einen positiven Gerechtigkeitswert hat, oder daß das Verhalten nicht so, weil das Gegenteil davon ist, wie es - gemäß der Gerechtigkeitsnorm - sein soll, das heißt: daß das Verhalten wertwidrig ist, nämlich einen negativen Gerechtigkeitswert hat. Gegenstand der Be-urteilung, Bewertung ist ein Seins-Faktum. Nur ein Seins-Faktum kann, wenn konfrontiert mit einer Norm, als wertvoll oder wertwidrig beurteilt werden, kann einen positiven oder negativen Wert haben. Mit anderen Worten: Was bewertet wird, was wertvoll oder wertwidrig sein, einen positiven oder negativen Wert haben kann, ist die Wirklichkeit.

3. Dem scheint die Tatsache zu widersprechen, daß Gerechtigkeit - so wie Ungerechtigkeit - als Eigenschaft auch von Normen ausgesagt wird, daß man auch Normen als gut oder schlecht, gerecht oder ungerecht beurteilt, wenn man von einem guten oder schlechten, gerechten oder ungerechten positiven Recht spricht. Es scheint, daß man dabei die Normen des positiven Rechts mit einer Gerechtigkeitsnorm vergleicht, also eine Norm durch eine andere bewertet, und dabei zu dem Urteil gelangt, daß die Norm des positiven Rechts gerecht ist, wenn sie der Gerechtigkeitsnorm entspricht, sofern sie statuiert, was die Gerechtigkeitsnorm vorschreibt, oder daß sie ungerecht ist, wenn sie der Gerechtigkeitsnorm nicht entspricht, sofern sie das Gegenteil dessen statuiert, was die Gerechtigkeitsnorm vorschreibt. Dies setzt voraus, daß die Gerechtigkeitsnorm und die Norm des positiven Rechts zu gleicher Zeit als gültig angesehen werden. Dies ist aber nicht möglich, wenn beide Normen zueinander in Widerspruch, das heißt: miteinander in Konflikt stehen⁴⁵). Dann kann nur eine von beiden als gültig angesehen werden. Einer als gültig vorausgesetzten Gerechtigkeitsnorm gegenüber kann eine ihr wider-| sprechende Norm des positiven Rechtes nicht als gültig, einer als gültig vorausgesetzten Norm des positiven Rechts gegenüber kann eine ihr widersprechende Gerechtigkeitsnorm nicht als gültig angesehen werden. Dabei ist unter "Geltung" objektive Geltung zu verstehen. Daß eine Norm positiven, das heißt durch menschliche Akte gesetzten Rechtes "gilt", bedeutet, daß der subjektive Sinn des Aktes: daß sich Menschen in bestimmter Weise verhalten sollen, auch als sein objektiver Sinn gedeutet wird. Jeder Befehlsakt hat den subjektiven Sinn, daß sich derjenige, an den der Befehl gerichtet ist, in bestimmter Weise verhalten soll. Aber der subjektive Sinn nicht jedes Befehlsaktes wird als sein objektiver Sinn, das heißt: als verbindliche Norm gedeutet. Dadurch unterscheidet sich der Befehlsakt eines Straßenräubers von dem Befehlsakt eines Rechtsorganes. Unter welcher Bedingung der subjektive Sinn eines Befehlsaktes als sein objektiver Sinn, als verbindliche Norm, gedeutet wird, wurde im Vorhergehenden gezeigt.

Eine Beurteilung des positiven Rechts als gerecht oder ungerecht erfolgt insbesondere vom Standpunkt der Naturrechtslehre, derzufolge das positive Recht nur gilt, wenn es dem einen absoluten Gerechtigkeitswert konstituierenden Naturrecht entspricht. Nimmt man das an, dann kann eine naturrechtswidrige Norm positiven Rechts nicht als gültig angesehen werden. Es können nur naturrechtsgemäße Normen positiven Rechtes gelten. Wenn die Norm eines positiven Rechts nur insofern gilt, als sie dem Naturrecht entspricht, dann ist, was in der Norm des positiven Rechtes gilt, nur das Naturrecht. Das ist in der Tat die Konsequenz einer Naturrechtslehre, die neben, ja über dem positiven Recht die Geltung eines Naturrechts behauptet, und dabei den Geltungsgrund des positiven Rechts in diesem Naturrecht sieht. Das heißt aber: daß, dieser Theorie nach, in Wahrheit nur das Naturrecht, nicht das positive Recht *als solches* als gültig angesehen werden kann.

Es liegt somit hier überhaupt keine Bewertung des positiven Rechts durch das Naturrecht, das heißt die Beurteilung einer gültigen Norm durch eine andere Norm vor. Wie könnte auch eine Norm, die einen Wert konstituiert und jede gültige Norm konstituiert einen Wert -, wie könnte ein Wert bewertet werden, wie könnte ein Wert einen Wert oder gar einen negativen Wert haben! Ein wertvoller Wert ist ein Pleonasmus, ein wertwidriger Wert ein Widerspruch in sich selbst.

4. Von dieser Einsicht ausgehend muß der Sachverhalt geprüft werden, der vorliegt, wenn man von einem gerechten oder ungerechten positiven Recht spricht, wenn man Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit als Eigenschaft von gültigen Normen des positiven Rechts behauptet, wenn man sagt, daß man Normen des positiven

⁴⁵ »Da eine Norm weder wahr noch unwahr, sondern nur gültig oder ungültig sein kann, ist ein Normenkonflikt kein logischer Widerspruch im strikten Sinne. ... Wenn von einander "widersprechenden" Normen gesprochen wird, sind Normen gemeint, die miteinander in Konflikt stehen, so zwar, daß die eine vorschreibt, daß man sich in bestimmter Weise verhalten soll, die andere, daß man sich so nicht verhalten soll. Die Geltung der einen Norm ist mit der Geltung der anderen unvereinbar. Daher können beide nicht zugleich gelten. In diesem Sinne verwendet auch Kant das Wort "widersprechen". ...«

Rechts nach einer Gerechtigkeitsnorm beurteilt, mit einer Gerechtigkeitsnorm als Maßstab als gerecht oder ungerecht bewertet, dabei aber annimmt, daß die Geltung dieser Normen des positiven Rechts von ihrem Verhältnis zu der Gerechtigkeitsnorm nicht abhängig ist. In dieser Unabhängigkeit der Geltung des positiven Rechts von seinem Verhältnis zu einer Gerechtigkeitsnorm liegt der wesentliche Unterschied zwischen Naturrechtslehre und Rechtspositivismus.«

3) *Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Leipzig 1932, § 10, S. 81 ff

»Das Recht gilt nicht, *weil* es sich wirklich durchzusetzen vermag, sondern es gilt, *wenn* es sich wirksam durchzusetzen vermag, *weil* es nur dann Rechtssicherheit zu gewähren vermag. Die Geltung des positiven Rechts wird also gegründet auf die Sicherheit, die ihm allein zukommt, oder wenn wir den nüchternen Ausdruck "Rechtssicherheit" durch gewichtigere Wertformeln umschreiben wollen, auf den Frieden, den es zwischen streitenden Rechtsanschauungen stiftet, auf die Ordnung, die dem Kampfe aller gegen alle ein Ende setzt. ... Die Gerechtigkeit ist die zweite große Aufgabe des Rechts, die nächste aber Rechtssicherheit, Friede, Ordnung. ...

Aber das darf nicht das letzte Wort der Rechtsphilosophie über die | Geltungsfrage bleiben. Dargetan ist nur, daß auch Rechtssicherheit ein Wert ist und daß die durch das positive Recht gewährte Rechtssicherheit auch die Geltung ungerechten und unzweckmäßigen Rechts rechtfertigen kann. Nicht dargetan ist der unbedingte Vorrang der durch das positive Recht erfüllten Forderung der Rechtssicherheit vor den von ihm vielleicht unerfüllt gelassenen Forderungen der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit. Die drei Seiten der Rechtsidee sind gleichwertig, und in Fällen eines Widerstreits gibt es zwischen ihnen keine Entscheidung als die des Einzelgewissens. Die restlose Geltung alles positiven Rechts ist also jedem Einzelnen gegenüber nicht zu erweisen. Es wäre auch ein Wunder, wenn ein Wirkliches durch und durch Wert und Geltung hätte.

Das Einzelgewissen wird und darf meistens einen Verstoß gegen das positive Recht als bedenklicher einschätzen als das Opfer der eigenen Rechtsüberzeugung, aber es kann "Schandgesetze" geben, denen das Gewissen den Gehorsam verweigert. ...

Freilich: "Jedem *Juristen* soll jede vorhandene gesetzliche Verfassung und, wenn diese höheren Orts abgeändert wird, die nun folgende immer die beste sein" (Kant). Der *Richter*, der Auslegung und dem Dienste der positiven Rechtsordnung untertan, hat keine andere als die juristische Geltungslehre zu kennen, die den Geltungssinn, den Geltungsanspruch des Gesetzes der wirklichen Geltung gleich achtet. Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtens ist, und niemals, ob es auch gerecht sei. Man möchte freilich fragen, ob diese Richterpflicht selbst, dieses sacrificium intellectus, diese Blankohingabe der eigenen Persönlichkeit an eine Rechtsordnung, deren künftige Wandlungen man nicht einmal ahnen kann, sittlich möglich sei. Aber wie ungerecht immer das Recht seinem Inhalt sich gestalten möge - es hat sich gezeigt, daß es *einen* Zweck stets, schon durch sein Dasein, erfüllt, den der Rechtssicherheit. Der Richter, indem er sich dem Gesetze ohne Rücksicht auf seine Gerechtigkeit dienstbar macht, wird also trotzdem nicht bloß zufälligen Zwecken der Willkür dienstbar. Auch wenn er, weil das Gesetz | es so will, aufhört, Diener der Gerechtigkeit zu sein, bleibt er noch immer Diener der Rechtssicherheit. Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren läßt; denn das Dogma hat nur als Ausdruck des Glaubens, das Gesetz aber nicht nur als Niederschlag der Gerechtigkeit seinen Wert, sondern auch als Bürgschaft der Rechtssicherheit, und vornehmlich als solches ist es in die Hand des Richters gegeben. Ein gerechter Mann gilt mehr als ein nur rechtlicher, nur gesetzestreuer Mann, von "rechtlichen" Richtern aber pflegen wir nicht zu reden, sondern nur von "gerechten Richtern", denn ein rechtlicher Richter ist eben dadurch und nur dadurch auch schon ein gerechter Richter.

Aber dem Richter, der im Gewissen gebunden ist, alles gesetzte Recht als geltend zu betrachten, kann ein Angeklagter gegenüberstehen, den sein Gewissen bindet, ungerechtes oder unzweckmäßiges Recht als ungültig zu betrachten, obgleich es gesetzt ist. Das Recht kann ihm gegenüber seine Macht bewahren, aber seine Geltung niemals beweisen. Dieser Fall des "Überzeugungsverbrechers" erweist sich gerade dadurch, daß es für ihn keine Lösung gibt, als ein wahrhaft tragischer Fall. Pflicht forderte vom Täter Verbrechen, Pflicht fordert vom Richter die Bestrafung und vielleicht fordert sogar Pflicht, die für das aus Pflicht begangene Verbrechen verwirkte Bestrafung auf sich zu nehmen - um der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung willen. So hat Sokrates gedacht und gehandelt, als er es verschmähte, sich der Vollstreckung des Fehlurteils durch die Flucht zu entziehen. "Meinst du, daß ein Staat bestehen kann und nicht vielmehr vernichtet wird, in dem Urteile, die gefällt werden, keine Kraft haben, sondern durch einzelne Menschen ungültig gemacht und vereitelt werden?"«

4) *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 (107)

»III. Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung "Gesetz ist Gesetz" den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, daß es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht läßt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen. Dieses läßt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt. Freilich: *einen* Wert führt schon jedes positives Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich: es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zum mindesten Rechtssicherheit schafft. Aber Rechtssicherheit ist nicht der einzige und nicht der entscheidende Wert, den das Recht zu verwirklichen hat. Neben die Rechtssicherheit treten vielmehr zwei andere Werte: Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit. In der Rangordnung dieser Werte haben wir die Zweckmäßigkeit des Rechts für das Gemeinwohl an die letzte Stelle zu setzen. Keineswegs ist Recht alles das, "was dem Volke nützt", sondern dem Volke nützt letzten Endes nur, was Recht ist, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit erstrebt. Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Gesetz schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: sie ist einerseits vom Gemeinwohl gefordert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit. Daß das Recht sicher sei, daß es nicht heute und hier so, morgen und dort anders ausgelegt und angewandt werde, ist zugleich eine Forderung der Gerechtigkeit. Wo ein Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen einem inhaltlich anfechtbaren, aber positiven Gesetz und zwischen einem gerechten, aber nicht in Gesetzesform gegossenen Recht entsteht, liegt in Wahrheit ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit vor. Diesen Konflikt bringt großartig das Evangelium zum Ausdruck, indem es einerseits befiehlt: "Seid untertan der Obrigkeit, die Gewalt über euch hat", und doch andererseits gebietet, "Gott mehr zu gehorchen als den Menschen".

Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur "unrichtiges Recht", vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen. An diesem Maßstab gemessen sind ganze Partien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt.

... Damit war von vornherein ausgesprochen, daß nationalsozialistisches "Recht" sich der wesensbestimmten Anforderung der Gerechtigkeit, der gleichen Behandlung des Gleichen, zu entziehen gewillt war. Infolgedessen entbehrt es insoweit überhaupt der Rechtsnatur, ist nicht etwa unrichtiges Recht, sondern überhaupt kein Recht. Das gilt insbesondere von den Bestimmungen, durch welche die nationalsozialistische Partei entgegen dem Teilcharakter jeder Partei die Totalität des Staates für sich beanspruchte. Der Rechtscharakter fehlt weiter allen jenen Gesetzen, die Menschen als Untermenschen behandelten und ihnen die Menschenrechte versagten. Ohne Rechtscharakter sind auch alle jene Strafdrohungen, die ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Schwere der Verbrechen, nur geleitet von momentanen Abschreckungsbedürfnissen, Straftaten verschiedenster Schwere mit der gleichen Strafe, häufig mit der Todesstrafe, bedrohten. Alles das sind nur Beispiele gesetzlichen Unrechts.

Es darf nicht verkannt werden - gerade nach den Erlebnissen jener zwölf Jahre -, welche furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit der Begriff des "gesetzlichen Unrechts", die Leugnung der Rechtsnatur positiver Gesetze mit sich bringen kann. Wir müssen hoffen, daß ein solches Unrecht eine einmalige Verirrung und Verwirrung des deutschen Volkes bleiben werde, aber für alle möglichen Fälle haben wir uns durch die grundsätzliche Überwindung des Positivismus, der jegliche Abwehrfähigkeit gegen den Mißbrauch nationalsozialistischer Gesetzgebung entkräftete, gegen die Wiederkehr eines solchen Unrechtsstaates zu wappnen. ...«

5) **BGH, Urt. v. 3.11.1992 - 5 StR 370/92** = BGHSt 39, 1 (14 ff) - Mauerschützen I

Aus den Gründen: C.II.2.b) Von der Frage, ob das Verhalten der Angeklagten nach dem Recht der DDR, wie es in der Staatspraxis angewandt wurde, gerechtfertigt war, ist die andere Frage zu unterscheiden, ob ein so verstandener Rechtfertigungsgrund (§ 27 Abs. 2 des Grenzge-
[BGHSt 39, 15] setzes) wegen Verletzung vorgeordneter, auch von der DDR zu beachtender allgemeiner Rechtsprinzipien und wegen eines extremen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Rechtsfindung außer Betracht bleiben muß, und zwar auch dann, wenn die Prüfung des fremden Rechtfertigungsgrundes im Rahmen des § 2 Abs. 3 StGB stattfindet. Der Senat bejaht diese Frage.

Der in § 27 Abs. 2 des Grenzgesetzes genannte Rechtfertigungsgrund, wie ihn die damalige Staatspraxis, vermittelt durch die Befehlslage, handhabte, hat, sofern der Grenzübertritt auf andere Weise nicht verhindert werden konnte, das (bedingt oder unbedingt) vorsätzliche Töten von Personen gedeckt, die nichts weiter wollten, als unbewaffnet und ohne Gefährdung allgemein anerkannter Rechtsgüter die Grenze zu überschreiten. Die Durchsetzung des Verbots, die Grenze ohne besondere Erlaubnis zu überschreiten, hatte hiernach Vorrang vor dem Lebensrecht von Menschen. Unter diesen besonderen Umständen ist der Rechtfertigungsgrund, wie er sich in der Staatspraxis darstellte, bei der Rechtsanwendung nicht zu beachten.

aa) Allerdings müssen Fälle, in denen ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund als unbeachtlich angesehen wird, auf extreme Ausnahmen beschränkt bleiben. ...

bb) Ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund kann vielmehr nur dann wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unbeachtet bleiben, wenn in ihm ein offensichtlich grober Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit zum Ausdruck kommt; der Verstoß muß so schwer wiegen, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Wür-

[BGHSt 39, 16] de des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletzt (BGHSt 2, 234 [239]). Der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit muß so unerträglich sein, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat (*Radbruch*, SJZ 1946, 105 [107]). Mit diesen Formulierungen (vgl. auch BVerfGE 3, 225 [232]; 6, 132 [198 ff]) ist nach dem Ende der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft versucht worden, schwerste Rechtsverletzungen zu kennzeichnen. Die Übertragung dieser Gesichtspunkte auf den vorliegenden Fall ist nicht einfach, weil die Tötung von Menschen an der innerdeutschen Grenze nicht mit dem nationalsozialistischen Massenmord gleichgesetzt werden kann. Gleichwohl bleibt die damals gewonnene Einsicht gültig, daß bei der Beurteilung von Taten, die in staatlichem Auftrag begangen worden sind, darauf zu achten ist, ob der Staat die äußerste Grenze überschritten hat, die ihm nach allgemeiner Überzeugung in jedem Land gesetzt ist.

cc) Heute sind konkretere Prüfungsmaßstäbe hinzugekommen: Die internationalen Menschenrechtspakte bieten Anhaltspunkte dafür, wann der Staat nach der Überzeugung der weltweiten Rechtsgemeinschaft Menschenrechte verletzt. Hierbei ist der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (BGBl 1973 II 1534 - IPbürgR) von besonderer Bedeutung. Die DDR ist ihm im Jahre 1974 beigetreten (GBl DDR II 57); sie hat die Ratifizierungsurkunde am 8. November 1974 hinterlegt (GBl. aaO). Der Internationale Pakt (im Sprachgebrauch der DDR "Konvention über zivile und politische Rechte" genannt) ist für beide deutsche Staaten am 23. März 1976 in Kraft getreten (BGBl II 1068; GBl DDR II 108). Allerdings hat die DDR es unterlassen, den Pakt gemäß Art. 51 der DDR-Verfassung zum Anlaß für innerstaatliche Gesetzesänderungen zu nehmen und bei dieser Gelegenheit nach der genannten Verfassungsvorschrift von der Volkskammer "bestätigen" zu lassen. An der völkerrechtlichen Bindung der DDR ändert dieser Sachverhalt nichts. Ein Staat kann sich "nicht durch eine Berufung auf seine innerstaatliche Rechtsordnung der Erfüllung von ihm eingegangener Verpflichtungen entziehen" (Völkerrecht, Lehrbuch Berlin-Ost 1981 I S. 59); er ist "kraft Völkerrechts verpflichtet, im Bereich seiner innerstaatlichen Gesetzgebung entsprechend diesen Verpflichtungen zu handeln und sie zu erfüllen" (aaO). ...

[BGHSt 39, 19] (2) Das in Art. 12 IPbürgR bezeichnete Menschenrecht auf Ausreisefreiheit wurde durch das Grenzregime der DDR verletzt, weil den Bewohnern der DDR das Recht auf freie Ausreise nicht nur in Ausnahmefällen, sondern in aller Regel vorenthalten wurde. ...

[BGHSt 39, 20] (3) Insbesondere kann die durch die restriktiven Paß- und Ausreisevorschriften begründete Lage unter dem Gesichtspunkt der Menschenrechte nicht ohne Beachtung der tatsächlichen Verhältnisse an der Grenze gewürdigt werden, die durch "Mauer, Stacheldraht, Todesstreifen und Schießbefehl" (BVerfGE 36, 1 [35]) gekennzeichnet waren und damit gegen Art. 6 IPbürgR verstießen. ...

[BGHSt 39, 22] dd) Die Verletzung der in den Artikeln 6 und 12 des Internationalen Pakts garantierten Menschenrechte in ihrem spezifischen, durch die Verhältnisse an der innerdeutschen Grenze gekennzeichneten Zusammenhang macht es dem Senat unmöglich, bei der Rechtsanwendung die Vorschriften des § 27 des

Grenzgesetzes sowie des § 213 Abs. 3 StGB-DDR in dem Umfang, wie sie in der Staatspraxis der DDR verstanden worden sind, als Rechtfertigungsgrund zugrunde zu legen. ...

[BGHSt 39, 23] 3. Der Senat hatte sodann der Frage nachzugehen, ob § 27 des Grenzgesetzes mit Auslegungsmethoden, die dem Recht der DDR eigentümlich waren, so hätte ausgelegt werden können, daß die genannten Menschenrechtsverletzungen vermieden wurden; ein so eingegrenzter Rechtfertigungsgrund wäre mit Rücksicht auf Art. 103 Abs. 2 GG zu beachten. Die Prüfung ergibt, daß eine solche Auslegung möglich gewesen wäre, daß der so bestimmte Rechtfertigungsgrund jedoch das Verhalten der Angeklagten (Dauerfeuer mit bedingtem Tötungsvorsatz) nicht gedeckt hätte. ...

[BGHSt 39, 24] b) Eine an den Artikeln 6, 12 IPbürgR orientierte Auslegung des § 27 des Grenzgesetzes kann sich auf den genannten, in

[BGHSt 39, 25] Art. 30 Abs. 2 Satz 2 der DDR-Verfassung enthaltenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stützen; dieser Grundsatz hat in anderem Zusammenhang auch in § 26 Abs. 2 Satz 2, 3 des Grenzgesetzes sowie in seiner Formulierung, daß die Anwendung der Schußwaffe "die äußerste Maßnahme der Gewaltanwendung gegenüber Personen" sei (§ 27 Abs. 1 Satz 1 des Grenzgesetzes), Ausdruck gefunden.

[BGHSt 39, 26] c) Bei dieser Auslegung ist das Verhalten der Angeklagten nicht von dem Rechtfertigungsgrund des § 27 Abs. 2 des Grenzgesetzes gedeckt gewesen; sie haben danach auch nach dem Recht der DDR einen rechtswidrigen Totschlag begangen.

4. Nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit zur Tatzeit gesetzlich bestimmt war (Rückwirkungsverbot). Diese Verfassungsbestimmung verbietet die Bestrafung der Beschwerdeführer nicht. ...

[BGHSt 39, 29] b)bb) (2) ... Entscheidend ist, wie dargestellt, ob die Strafbarkeit "gesetzlich bestimmt war", bevor die Tat begangen wurde. Bei der Prüfung, ob es sich so verhalten hat, ist der Richter nicht im Sinne reiner Faktizität an diejenige Interpretation gebunden, die zur Tatzeit in der Staatspraxis Ausdruck gefunden hat. ... Ein Rechtfertigungsgrund, der das Verhalten der Angeklagten gerechtfertigt hätte, wurde zwar in der Staatspraxis, wie sie sich in der Befehlslage ausdrückte, angenommen; er durfte aber dem richtig interpretierten Gesetz schon damals nicht entnommen werden. Das Rückwirkungsverbot soll den Angeklagten vor Willkür schützen und die Strafgewalt auf den Vollzug der allgemeinen Gesetze beschränken (*Schreiber*, Gesetz und Richter S. 217); es schützt das Vertrauen, das der Angeklagte zur Tatzeit in den Fortbestand des damals geltenden Rechts gesetzt hat (*Rüping*, Bonner Kommentar - Zweitbearbeitung - Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 16 m.w.N.). Diese verfassungsrechtlichen Schutzrichtungen werden hier nicht verfehlt:

Die Erwartung, das Recht werde, wie in der Staatspraxis zur Tat-

[BGHSt 39, 30] zeit, auch in Zukunft so angewandt werden, daß ein menschenrechtswidriger Rechtfertigungsgrund anerkannt wird, ist nicht schutzwürdig. Es ist keine Willkür, wenn der Angeklagte, was die Rechtswidrigkeit seines Tuns angeht, so beurteilt wird, wie er bei richtiger Auslegung des DDR-Rechts schon zur Tatzeit hätte behandelt werden müssen. Nichts anderes könnte im übrigen im Ergebnis gelten, wenn ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund, der gleich gewichtigen Einwendungen ausgesetzt ist, überhaupt keiner Auslegung zugänglich wäre, die sich an den Menschenrechten orientiert.

6) **BVerfG, Beschl. v. 24.10.1996, 2 BvR 1851/94 u.a.** = BVerfGE 95, 96 = NJW 1997, 930 - DDR-Grenzregime

Leitsätze: 1. a) Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG ist absolut und erfüllt seine rechtsstaatliche und grundrechtliche Gewährleistungsfunktion durch eine strikte Formalisierung.

b) Es gebietet auch, einen bei Begehung der Tat gesetzlich geregelten Rechtfertigungsgrund weiter anzuwenden, wenn dieser im Zeitpunkt des Strafverfahrens entfallen ist. Ob und wieweit Art. 103 II GG auch das Vertrauen in den Fortbestand ungeschriebener Rechtfertigungsgründe in gleicher Weise schützt, wird nicht abschließend entschieden.

2. Das strikte Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG findet seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, welche die Strafgesetze tragen, wenn sie von einem an die Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden.

3. An einer solchen besonderen Vertrauensgrundlage fehlt es, wenn der Träger der Staatsmacht für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts die Strafbarkeit durch Rechtfertigungsgründe ausschließt, indem er über die geschriebenen Normen hinaus zu solchem Unrecht auffordert, es begünstigt und so die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise mißachtet. Der strikte Schutz von Vertrauen durch Art. 103 II GG muß dann zurücktreten.

Zum Sachverhalt: Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfassungsbeschwerden betrafen die Frage der Strafbarkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrates (NVR) der DDR sowie eines Angehörigen der DDR-Grenztruppen wegen der Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze.

Aus den Gründen: **C.II.** Art. 103 II GG ist nicht verletzt.

Die Bf. sehen einen Verstoß gegen Art. 103 II GG vor allem darin, daß die Strafgerichte ihnen die Berufung auf einen Rechtfertigungsgrund versagt haben, der sich aus den Vorschriften der DDR über das Grenzregime, wie sie in der Staatspraxis ausgelegt und angewendet wurden, zur Tatzeit ergab. ...

1.a) Art. 103 II GG ist eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (vgl. BVerfGE 78, 374 [382]). Dieses fundiert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt. Das Rechtsstaatsprinzip umfaßt als eine der Leitideen des Grundgesetzes aber auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (vgl. BVerfGE 45, 187 [246]). Für den Bereich des Strafrechts werden diese rechtsstaatlichen Anliegen in dem Grundsatz aufgenommen, daß keine Strafe ohne Schuld verwirkt wird. Dieser Grundsatz wurzelt zugleich in der vom Grundgesetz vorausgesetzten und in Art. 1 I und Art. 2 I GG verfassungskräftig geschützten Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Strafrechts zu achten hat (vgl. BVerfGE 25, 269 [284 f.]). Er liegt auch dem Art. 103 II GG zugrunde (vgl. BVerfGE 20, 323 [331]; 25, 269 [285]).

Art. 103 II GG sichert diese Ziele, indem er die Bestrafung wegen einer Tat nur zuläßt, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Begehung mit hinreichender Bestimmtheit in einem gesetzlichen Tatbestand mit Strafe bedroht ist. Art. 103 II GG schützt darüber hinaus vor der Verhängung einer höheren als der im Zeitpunkt der Tat gesetzlich angedrohten Strafe. Im Interesse von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit gewährleistet Art. 103 II GG, daß im Bereich des Strafrechts, auf dessen Grundlage der Staat in die Persönlichkeit auf das schwerwiegendste eingreifen darf, nur der Gesetzgeber die strafwürdigen Rechtsgutverletzungen bestimmt. Dies findet in Art. 103 II GG dadurch seinen Ausdruck, daß die rechtsstaatliche Gesetzesbindung zu einem strengen Parlamentsvorbehalt verschärft wird (vgl. BVerfGE 71, 108 [114]; 78, 374 [382]; st. Rspr.). Für den Bürger begründet Art. 103 II GG das Vertrauen darauf, daß der Staat nur ein solches Verhalten als strafbare Handlung verfolgt, für das der Gesetzgeber die Strafbarkeit und die Höhe der Strafe im Zeitpunkt einer Tat gesetzlich bestimmt hat. Der Bürger erhält damit die Grundlage dafür, sein Verhalten eigenverantwortlich so einzurichten, daß er eine Strafbarkeit vermeidet. Dieses Rückwirkungsverbot des Strafrechts ist absolut (vgl. BVerfGE 30, 367 [385]). Es erfüllt seine rechtsstaatliche und grundrechtliche Gewährleistungsfunktion durch eine strikte Formalisierung. Das ist ein Spezifikum unter den Garantien der Rechtsstaatlichkeit (vgl. Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 II Rn. 255 - Bearbeitungsstand: Dezember 1992).

1.b) Art. 103 II GG schützt davor, daß die Bewertung des Unrechtsgehalts der Tat nachträglich zum Nachteil des Täters geändert wird (vgl. BVerfGE 46, 188 [193]). Deshalb gebietet er auch, einen bei Begehung der Tat gesetzlich geregelten Rechtfertigungsgrund weiter anzuwenden, wenn dieser im Zeitpunkt des Strafverfahrens entfallen ist. Allerdings gilt für Rechtfertigungsgründe nicht - wie für den Straftatbestand und die Strafandrohung - der strikte Gesetzesvorbehalt. Strafrechtliche Rechtfertigungsgründe können auch gewohnheitsrechtlich oder durch Rechtsprechung Geltung erlangen. Sollen im Tatzeitpunkt anerkannte ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nachträglich außer acht gelassen werden, so stellt sich die Frage, ob und inwieweit Art. 103 II GG auch das Vertrauen in den Fortbestand solcher Rechtfertigungsgründe in gleicher Weise schützt. Diese Frage muß hier nicht allgemein entschieden werden. Denn im vorliegenden Fall wird ein - teils normierter, teils auf staatlicher Anordnung und Praxis beruhender - Rechtfertigungsgrund unter Voraussetzungen in Anspruch genommen, die Einschränkungen des absoluten Rückwirkungsverbots des Art. 103 II GG von Verfassungs wegen zulassen.

aa) Art. 103 II GG hat als Regelfall im Blick, daß die Tat im Anwendungsbereich des vom Grundgesetz geprägten materiellen Strafrechts der Bundesrepublik Deutschland begangen und abgeurteilt wird. In diesem Normalfall bietet das unter den Bedingungen der Demokratie, der Gewaltenteilung und der Verpflichtung auf die Grundrechte zustande gekommene und damit den Forderungen materieller Gerechtigkeit prinzipiell genügende Strafrecht die rechtsstaatliche Anknüpfung für den von Art. 103 II GG gewährten absoluten und strikten Vertrauensschutz.

bb) Dies gilt nicht mehr uneingeschränkt, wenn als Folge der Wiedervereinigung in der durch den Einigungsvertrag vereinbarten Regelung des Art. 315 EGStGB i. V. m. § 2 StGB gesetzlich vorgeschrieben ist, daß für die Beurteilung von Straftaten, die in der ehemaligen DDR begangen worden sind, das Strafrecht der DDR anzuwenden ist. ... Allerdings kann diese Rechtslage, nach der die Bundesrepublik ihre Strafgewalt unter Zugrundelegung von Recht eines Staates auszuüben hat, der weder die Demokratie noch die Gewaltenteilung noch die Grundrechte verwirklichte, zu einem Konflikt zwischen den unverzichtbaren rechtsstaatlichen Geboten des Grundgesetzes und dem absoluten Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG führen. Das strikte

Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG findet - wie dargelegt - seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, welche die Strafgesetze tragen, wenn sie von einem an die Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden. Diese besondere Vertrauensgrundlage entfällt, wenn der andere Staat für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts zwar Straftatbestände normiert, aber die Strafbarkeit gleichwohl durch Rechtfertigungsgründe für Teilbereiche ausgeschlossen hatte, indem er über die geschriebenen Normen hinaus zu solchem Unrecht aufforderte, es begünstigte und so die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise mißachtete. Hierdurch setzte der Träger der Staatsmacht extremes staatliches Unrecht, das sich nur solange behaupten kann, wie die dafür verantwortliche Staatsmacht faktisch besteht.

In dieser ganz besonderen Situation untersagt das Gebot materieller Gerechtigkeit, das auch die Achtung der völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte aufnimmt, die Anwendung eines solchen Rechtfertigungsgrundes. Der strikte Schutz von Vertrauen durch Art. 103 II GG muß dann zurücktreten. Anderenfalls

[**NJW 1997, 931**] würde die Strafrechtspflege der Bundesrepublik zu ihren rechtsstaatlichen Prämissen in Widerspruch geraten. Dem Bürger, der jetzt der Strafgewalt der Bundesrepublik unterliegt, wird die Berufung auf einen solchen Rechtfertigungsgrund verwehrt; im übrigen bleibt das Vertrauen darauf gewährleistet, nach dem Gesetz bestraft zu werden, das für ihn im Zeitpunkt der Tat galt.

cc) Ähnliche Konfliktlagen sind für die Bundesrepublik bereits bei der Beurteilung nationalsozialistischen Unrechts aufgetreten.

(1) In diesem Zusammenhang haben der Oberste Gerichtshof für die britische Zone und ihm folgend der BGH zu der Frage Stellung genommen, ob die Unbeachtlichkeit einer Norm wegen eines schweren Verstoßes gegen höherrangige Rechtsprinzipien nachträglich zur Strafbarkeit führen kann. Sie haben die Auffassung vertreten, es könne Vorschriften und Anordnungen geben, denen trotz ihres Anspruchs, Recht zu setzen, der Rechtscharakter abzuspochen sei, weil sie jene rechtlichen Grundsätze verletzen, die unabhängig von jeder staatlichen Anerkennung gelten; wer sich solchen Vorschriften entsprechend verhalte, bleibe strafbar (vgl. OGHSt 2, 231 ff; BGHSt 1, 391 [399]; 2, 173 [177]; 2, 234 [239]; 3, 110 [128]; 3, 357 [362 f]). Der BGH hat darauf hingewiesen, in solchen Fällen werde das Verhalten der Täter nicht an Maßstäben gemessen, die erst später allgemeine Geltung erlangt hätten. Auch werde ihnen nicht zugemutet, die Frage nach Recht oder Unrecht aufgrund zur Tatzeit nach nicht oder nicht mehr gültiger Maßstäbe beantworten zu müssen. Es sei nicht anzunehmen, daß den Tätern maßgebliche, für das menschliche Zusammenleben unentbehrliche Grundsätze, die zum unantastbaren Kernbereich des Rechts gehörten, nicht auch schon zur Tatzeit bekannt gewesen seien (vgl. BGHSt 2, 234 [349]).

(2) Das BVerfG war bisher mit dem Problem des "gesetzlichen Unrechts" nur im außerstrafrechtlichen Bereich befaßt. Es hat in Betracht gezogen, daß in Fällen eines unerträglichen Widerspruchs des positiven Rechts zur Gerechtigkeit der Grundsatz der Rechtssicherheit geringer zu bewerten sein kann als der der materiellen Gerechtigkeit. Es hat dazu auf die Ausführungen von Gustav Radbruch (SJZ 1946, 105 ff...), insbesondere die sog. Radbruchsche Formel, Bezug genommen (vgl. BVerfGE 3, 225 [232 f]; 6, 132 [198 f]; 6, 389 [414 f]). Dabei hat es mehrfach betont, daß eine Unwirksamkeit des positiven Rechts auf extreme Ausnahmefälle beschränkt bleiben muß und eine bloß ungerechte, nach geläuterter Auffassung abzulehnende Gesetzgebung durch das auch ihr innewohnende Ordnungselement noch Rechtsgeltung gewinnen und so Rechtssicherheit schaffen kann (vgl. BVerfGE 6, 132 [199]; 6, 389 [414 f]). Indessen habe gerade die Zeit nationalsozialistischer Herrschaft gezeigt, daß der Gesetzgeber schweres "Unrecht" setzen könne (vgl. BVerfGE 3, 225 [232]; 23, 98 [106]) und deshalb einer Norm wegen unerträglichen Widerspruchs zur Gerechtigkeit von Anfang an der Gehorsam zu versagen sei (vgl. BVerfGE 23, 98 [106]; 54, 53 [67 f]).

2. Die angegriffenen Entscheidungen genügen dem zu 1 dargelegten verfassungsrechtlichen Maßstab.

a) Der BGH hat seine Rechtsprechung nun bei der Beurteilung der sog. Regierungskriminalität während des SED-Regimes in der DDR fortentwickelt (vgl. BGHSt 39, 1 [15 ff]; 39, 168 [183 f]; 40, 218 [232]; 40, 241 [244 ff]). Sie liegt auch den angegriffenen Entscheidungen zugrunde. Danach muß ein Rechtfertigungsgrund bei der Rechtsanwendung unbeachtet bleiben, wenn er die vorsätzliche Tötung von Personen deckte, die nichts weiter wollten, als unbewaffnet und ohne Gefährdung allgemein anerkannter Rechtsgüter die innerdeutsche Grenze zu überschreiten. Denn ein solcher Rechtfertigungsgrund, der einer Durchsetzung des Verbots, die Grenze zu überschreiten, schlechthin Vorrang vor dem Lebensrecht von Menschen gibt, sei wegen offensichtlichen, unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte unwirksam. Der Verstoß wirke so schwer, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletze. In einem solchen Fall müsse das positive Recht der Gerechtigkeit weichen.

Das Verhältnis der in diesem Maßstab verknüpften Kriterien der Radbruchschen Formel und der völkerrechtlich geschützten Menschenrechte hat der BGH dahin umschrieben, daß zu den wegen ihrer Unbestimmbarkeit schwer zu handhabenden Kriterien der Radbruchschen Formel konkretere Prüfungsmaßstäbe hinzugekommen seien, weil die internationalen Menschenrechtspakte Anhaltspunkte dafür böten, wann der Staat nach der Überzeugung der weltweiten Rechtsgemeinschaft Menschenrechte verletzt.

b) Diese Bewertung entspricht dem Grundgesetz. Sie kann sich auch auf das Urteil des BVerfG vom 31.7.1973 zum Grundlagenvertrag stützen. Darin wird festgestellt, daß die Praxis der DDR an der innerdeutschen Grenze unmenschlich und Mauer, Stacheldraht, Todesstreifen und Schießbefehl mit der Übernahme vertraglicher Pflichten durch die DDR unvereinbar sind (vgl. BVerfGE 36, 1 [353]).

c) Gegen das Ergebnis, daß der nach der Staatspraxis bestehende Rechtfertigungsgrund für die Tötung von "Grenzverletzern" als extremes staatliches Unrecht unbeachtlich ist, können die Bf. nicht einwenden, das Recht auf Leben und das Recht auf Freizügigkeit seien nach den Vorschriften des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte nicht vorbehaltlos gewährleistet; auch demokratische Rechtsstaaten westlicher Prägung sähen in ihren gesetzlichen Vorschriften unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere im Zusammenhang mit der Verfolgung und Festnahme von Straftätern, den Schußwaffengebrauch ausdrücklich vor. Zwar trifft es zu, daß die gesetzlichen Vorschriften der DDR, soweit sie den Schußwaffengebrauch an der innerdeutschen Grenze regelten, den Vorschriften der Bundesrepublik über die Anwendung unmittelbaren Zwangs im Wortlaut entsprachen. Die in den angegriffenen Urteilen getroffenen Feststellungen ergeben jedoch, daß die Gesetzeslage von Befehlen überlagert war, die für eine Eingrenzung des Schußwaffengebrauchs nach den Maßstäben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes keinerlei Raum ließen und den Angehörigen der Grenztruppen vor Ort die Auffassung ihrer Vorgesetzten, letztlich des Nationalen Verteidigungsrates, vermittelten, Grenzverletzer seien zu "vernichten", wenn der Grenzübertritt mit anderen Mitteln nicht verhindert werden könne. Die Unterordnung des Lebensrechts des einzelnen unter das staatliche Interesse an der Verhinderung von Grenzübertritten führte zur Hintansetzung des geschriebenen Rechts gegenüber den Erfordernissen politischer Zweckmäßigkeit. Sie war materiell schwerstes Unrecht.

2. Materialien zum Themenkreis "Gesetzesauslegung"

1) Auszug aus dem *Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten* (1794)

»Einleitung. I. Von den Gesetzen überhaupt.

Auslegung der Gesetze.

§ 46. Bey Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beylegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes, deutlich erhellet.

§ 47. Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteyen zu benennen, seine Zweifel der Gesetzcommission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen.

§ 49. Findet der Richter kein Gesetz, welcher zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach den in dem Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandnen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß, erkennen.

§ 50. Er muß aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz so fort anzeigen.

§ 51. Sollte durch dergleichen Anzeige in der Folge ein neues Gesetz veranlaßt werden, so kann dasselbe doch auf die vorher schon gültig vollzognen Handlungen keinen Einfluß haben.«

2) Auszug aus dem schweizerischen *Zivilgesetzbuch* vom 10.12.1907

»Art. 1. Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz kein Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.«

3) Die reichsgerichtliche Definition der Eisenbahn i.S.d. § 1 Haftpflichtgesetzes (Auszug aus: *RG*, Urt. v. 17.3.1879 - Rep I. 23/80 = *RGZ* 1, 247 [251 ff])

Es war die (durch das Reichsgericht bejahte) Rechtsfrage zu entscheiden, ob der Betrieb einer vorübergehend bei Bauarbeiten zu Zwecken des Materialtransports installierten Betriebsbahn als *Betrieb einer Eisenbahn* i.S.d. § 1 Abs. 1 Haftpflichtgesetzes anzusehen ist. Dieser lautete "Wird bei dem Betrieb einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Betriebsunternehmer dem Geschädigten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

»Sprachlich bedeutet Eisenbahn ganz allgemein eine Bahn von Eisen zwecks Bewegung von Gegenständen auf derselben. Verknüpft man diesen Wortlaut mit dem Gesetzeszweck, und erwägt man, daß die eigenartige Nützlichkeit und gleichzeitig Gefährlichkeit des metallischen Transportgrundes, in der (durch dessen Konsistenz, sowie durch dessen, das Hindernis der Reibung vermindernde Formation und Glätte gegebenen) Möglichkeit besteht, große Gewichtsmassen auf jenem Grunde fortzubewegen und eine verhältnismäßig bedeutende Geschwindigkeit der Transportbewegung zu erzeugen, so gelangt man im Geiste des Gesetzes zu keiner engeren Bestimmung jener sprachlichen Bedeutung des Wortes Eisenbahn, um den Begriff eines Eisenbahnunternehmens im Sinne des §. 1 des Gesetzes [= Haftpflichtgesetz] zu gewinnen, als derjenigen:

"Ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport großer Gewichtsmassen beziehungsweise die Erzielung einer verhältnismäßig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Elektrizität, thierischer oder menschlicher Muskelthätigkeit, bei geneigter Ebene der Bahn auch schon der eigenen Schwere der Transportgefäße und deren Laden u.s.w.) bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismäßig gewaltige (je nach den Umständen nur in bezweckter Weise nützliche, oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist."«

Als Antwort hierauf wurde in der Rechtswissenschaft folgende Definition des Reichsgerichts entwickelt: "Ein Reichsgericht ist eine Einrichtung, welche dem allgemeinen Verständnis entgegenkommen sollende, aber bisweilen durch sich nicht ganz vermeiden haben lassende, nicht ganz unbedeutende bzw. verhältnismäßig gewaltige Fehler im Satzbau der auf der schiefen Ebene des durch verschnörkelte und ineinandergeschachtelte Perioden ungenießbar gemachten Kanzleistils herabgerollten Definitionen, welche das menschliche Sprachgefühl verletzende Wirkungen zu erzeugen fähig sind, liefert." (zitiert nach *Fritjof Haft*, Aus der Waagschale der Justitia, 3. Aufl. 2001, S. 21)

4) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (= 21. Aufl. 1999), S. 20 ff = Rn. 49 ff

»§ 2 Verfassungsinterpretation

[Rn 49] Verfassungsinterpretation im hier zu erörternden engeren Sinne wird notwendig und zum Problem, wenn eine verfassungsrechtliche Frage zu beantworten ist, die sich an Hand der Verfassung nicht eindeutig entscheiden läßt. Wo Zweifel nicht bestehen, wird nicht interpretiert und bedarf es auch oft keiner Interpretation. ...

[Rn 51] *Aufgabe der Interpretation* ist es, das verfassungsgemäß "richtige" Ergebnis in einem rationalen und kontrollierbaren Verfahren zu finden, dieses Ergebnis rational und kontrollierbar zu begründen und auf diese Weise Rechtsgewißheit und Voraussehbarkeit zu schaffen ...

[Rn 53] Die herkömmliche Interpretationslehre sucht in aller Regel den (objektiven) Willen der Norm oder den (subjektiven) Willen des Normgebers zu ermitteln, indem sie den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, den systematischen Zusammenhang der Norm, die Geschichte der Regelung und den Sinn und Zweck, das "telos", die "ratio" der Norm ins Auge faßt. Dem auf diese Weise ohne Rücksicht auf das zur Entscheidung stehende konkrete Problem festgestellten Inhalt der Norm soll dann der zu regelnde Lebenssachverhalt im Wege des syllogistischen Schlusses subsumiert und auf diese Weise die Entscheidung gefunden werden. Dem Anspruch nach besteht Interpretation - auch Verfassungsinterpretation - also prinzipiell im bloßen Nachvollzug eines präexistenten (objektiven oder subjektiven) Willens, der durch jene Methoden unabhängig von dem zu lösenden Problem mit objektiver Gewißheit ermittelt werden kann.

[Rn 54] Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich ausdrücklich auf den Boden dieser Lehre gestellt. Es entscheidet sich, wenn auch nicht eindeutig, für die "objektive Theorie" der Interpretation: "Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den

diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit der nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können." (*BVerfGE* 1, 299 [312], st. Rspr) Diesem Auslegungsziel dienen nach den Worten des Gerichts "die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung)" (*BVerfGE* 11, 126 [130]), wobei diese Auslegungselemente einander stützen und ergänzen, indem z.B. aus dem Sinnzusammenhang oder der Entstehungsgeschichte auf die Wortbedeutung oder den Zweck der Norm geschlossen wird.

[Rn 55] Schon erstes näheres Zusehen zeigt indessen die Fragwürdigkeit dieser Lehre.

[Rn 56] Das *Ziel der Interpretation* kann nur bedingt in der Ermittlung eines in der Verfassung vorgegebenen objektiven oder subjektiven "Willens" bestehen. Ganz abgesehen von der Fragwürdigkeit der Grundlagen dieser These ... bedeutet ein solcher Ausgangspunkt nichts anderes als eine Verschleierung der wirklichen Sachlage. Denn in Fällen, für deren Lösung die Verfassung keine eindeutigen Maßstäbe enthält, d.h. aber in allen Fällen der Verfassungsinterpretation, haben die Verfassung oder der Verfassungsgeber in Wahrheit noch nicht entschieden, sondern nur mehr oder weniger zahlreiche unvollständige Anhaltspunkte für die Entscheidung gegeben. Wo nichts Eindeutiges gewollt ist, kann kein wirklicher, sondern allenfalls ein vermuteter oder fiktiver Wille ermittelt werden, und darüber vermögen auch alle Verlegenheitsformeln wie etwa die vom "denkenden Gehorsam" des Interpreten nicht hinwegzuhelfen. Die Ermittlung des vorgegebenen objektiven Willens der Verfassung oder des subjektiven Willens des Verfassungsgebers als "Ziel" der Auslegung betrachten, heißt also, etwas nachvollziehen wollen, was nicht real präexistent ist ...

[Rn 57] Auch die einzelnen "*Methoden*" der *Interpretation* geben für sich betrachtet keine zureichenden Richtlinien. Der Wortlaut sagt häufig noch nichts Eindeutiges über die Wortbedeutung und läßt die Frage entstehen, wonach - etwa dem allgemeinen oder einem speziellen juristischen Sprachgebrauch, der jeweiligen Funktion des Begriffes - sich diese Bedeutung bestimmt. "Systematische Interpretation" kann unterschiedlich gehandhabt werden, je nachdem, ob der formale Zusammenhang der Einordnung der Norm an einer bestimmten Stelle des Gesetzes oder ihr sachlicher Zusammenhang ins Auge gefaßt wird. "Teleologische Interpretation" ist kaum mehr als ein Blankett, weil mit der Regel, daß nach dem Sinn eines Rechtssatzes zu fragen ist, nichts für die entscheidende Frage gewonnen ist, wie dieser Sinn zu ermitteln sei. Unklar ist schließlich das Verhältnis der einzelnen Methoden zueinander. Es ist eine offene Frage, welcher von ihnen jeweils zu folgen oder der Vorzug zu geben ist, vollends, wenn sie zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

[Rn 58] Die Bedenken, die hier auftreten, müssen sich verstärken angesichts der Tatsache, daß die Praxis verfassungsrechtlicher Interpretation sich von den von ihr selbst anerkannten Interpretationsregeln oft weit entfernt. ...

[Rn 60] Verfassungsinterpretation ist *Konkretisierung*. Gerade das, was als Inhalt der Verfassung noch nicht eindeutig ist, soll unter Einbeziehung der zu ordnenden "Wirklichkeit" ... bestimmt werden. ...

[Rn 61] Konkretisierung setzt ein "Verstehen" des Inhalts der zu konkretisierenden Norm voraus. Dieses läßt sich nicht von dem "Vorverständnis" des Interpreten und von dem jeweils zu lösenden konkreten Problem ablösen. ...

[Rn 63] Wegen [der] Vor-Urteilshaftigkeit allen Verstehens, kommt es darauf an, die Antizipationen des Vorverständnisses nicht einfach zu vollziehen, sondern sie selber bewußt zu machen und zu begründen ...

[Rn 68] Da das "*Normprogramm*" im wesentlichen im Text der zu konkretisierenden Norm enthalten ist, ist es in seiner für die Problemlösung maßgeblichen Bedeutung im Wege der Textinterpretation zu erfassen. In diesem Zusammenhang gewinnen die herkömmlichen Auslegungs-"Methoden" ihren Stellenwert: Wort-, historische, genetische und systematische Interpretation ermöglichen die Herausarbeitung von Konkretisierungselementen, wobei namentlich die historischen, genetischen und systematischen Gesichtspunkte helfen können, mögliche Sinnvarianten in dem vom Wortlaut abgesteckten Spielraum zu präzisieren; der "teleologische" Gesichtspunkt vermag zwar eine wesentliche Fragerichtung anzuzeigen, doch ermöglicht er für sich allein keine ausreichende Antwort, weil "Sinn und Zweck" der Vorschrift nur insoweit einwandfrei festzulegen sind, als sie mit Hilfe der anderen Elemente belegt werden können. ...

[Rn 69] Regelmäßig ermöglicht die bloße Textinterpretation noch keine hinreichende Konkretisierung. Hier ist die problembezogene Herausarbeitung von Gesichtspunkten des "*Normbereichs*" unverzichtbar: ... [D.h. es gilt die] Wirklichkeit konkreter Sachverhalte ... in ihrer sachlichen, oft auch in ihrer rechtlich geformten Gestalt und Eigenart zu erfassen. ...

[Rn 70] Leitende und begrenzende Bedeutung für die Heranziehung, Zuordnung und Bewertung der so erarbeiteten Gesichtspunkte der Problemlösung kommt den *Prinzipien der Verfassungsinterpretation* zu. ...

[Rn 71] Hierher gehört zunächst das Prinzip der *Einheit der Verfassung* ... [D.h. es ist nicht] nur auf die einzelne Norm, sondern immer auch auf den Gesamtzusammenhang zu sehen, in den sie zu stellen ist; alle Verfassungsnormen sind so zu interpretieren, daß Widersprüche zu anderen Verfassungsnormen vermieden werden.

...

[Rn 72] In engem Zusammenhang damit steht das *Prinzip praktischer Konkordanz*: verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Wo Kollisionen entstehen, darf nicht in vorschneller "Güterabwägung" oder gar abstrakter "Wertabwägung" eines auf Kosten des anderen realisiert werden. Vielmehr stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe einer Optimierung: *beiden* Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können. Die Grenzziehungen müssen daher im jeweiligen konkreten Falle verhältnismäßig sein; sie dürfen nicht weiter gehen als es notwendig ist, um die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen. ...

[Rn 73] Ein [weiteres] Prinzip der Verfassungsinterpretation ist der Maßstab *funktioneller Richtigkeit*. ... [D.h.] das auslegende Organ ... darf nicht durch die Art und Weise und das Ergebnis seiner Interpretation die Verteilung der [durch die Verfassung zugeordneten] Funktionen [= Kompetenzen] verschieben. ...

[Rn 74] Ein Prinzip der Bewertung der Relevanz der erarbeiteten Gesichtspunkte ist der *Maßstab integrierender Wirkung*: ... [D.h. es ist] denjenigen Gesichtspunkten der Vorzug zu geben, die [in den verfassungsgemäßen Bahnen] einheitsstiftend und -erhaltend wirken. ...

[Rn 75] [Schließlich ist] ... die *normative Kraft der Verfassung* ... [zu beachten. D.h.] bei der Lösung verfassungsrechtlicher Probleme [ist] denjenigen Gesichtspunkten der Vorzug zu geben, die unter den jeweiligen Voraussetzungen den Normen der Verfassung zu optimaler Wirkungskraft verhelfen.

[Rn 77] *Grenzen der Verfassungsinterpretation* ... [liegen dort], wo die Möglichkeiten eines sinnvollen Verständnisses des Normtextes enden oder wo eine Lösung in eindeutigen Widerspruch zum Normtext treten würde. ...«

5) Die Verfassung als objektive Wertordnung: *BVerfG*, Urt. v. 15.1.1958 - 1 BvR 400/51 = BVerfGE 7, 198 - Lüth

Leitsätze: 1. Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.

2. Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. Er ergreift vor allem Bestimmungen zwingenden Charakters und ist für den Richter besonders realisierbar durch die Generalklauseln.

3. Der Zivilrichter kann durch sein Urteil Grundrechte verletzen (§ 90 BVerfGG), wenn er die Einwirkung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht verkennt. Das BVerfG prüft zivilgerichtliche Urteile nur auf solche Verletzungen von Grundrechten, nicht allgemein auf Rechtsfehler nach.

4. Auch zivilrechtliche Vorschriften können "allgemeine Gesetze" im Sinne des Art. 5 II GG sein und so das Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung beschränken.

5. Die "allgemeinen Gesetze" müssen im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung für den freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt werden.

6. Das Grundrecht des Art. 5 GG schützt nicht nur das Äußern einer Meinung als solches, sondern auch das geistige Wirken durch die Meinungsäußerung.

7. Eine Meinungsäußerung, die eine Aufforderung zum Boykott enthält, verstößt nicht notwendig gegen die gegen Sitten im Sinne des § 826 BGB; sie kann bei Abwägung aller Umstände des Falles durch die Freiheit der Meinungsäußerung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

Zum Sachverhalt: Der Bf., damals Vorsitzender des Hamburger Presseamts, wandte sich im Jahre 1950 mehrfach öffentlich gegen Veit Harlan, den Regisseur des antisemitischen Propagandafilms "Jud Süß" und forderte Verleiher, Kinobesitzer und das Publikum auf, dessen neuen Film "Unsterbliche Geliebte" zu boykottieren. Auf die Klage zweier Filmgesellschaften (Produzentin und Verleiherin) verurteilte das Landgericht den Bf. gestützt auf § 826 BGB wegen sittenwidriger Aufforderung zum Boykott dazu, künftig solche Boykottaufrufe bei Vermeidung einer Geld- oder Haftstrafe zu unterlassen. Der Bf. legte gegen dieses Urteil Berufung zum Obergericht ein und erhob zugleich Verfassungsbeschwerde, die Erfolg hatte.

[BVerfGE 7, 203] Aus den Gründen: B.II.1. Das Urteil des Landgerichts, ein Akt der öffentlichen Gewalt in der besonderen Erscheinungsform der *rechtsprechenden* Gewalt, kann *durch seinen Inhalt* ein Grundrecht des Beschwerdeführers nur verletzen, wenn dieses Grundrecht bei der Urteilsfindung zu beachten war.

Das Urteil untersagt dem Beschwerdeführer Äußerungen, durch die er andere dahin beeinflussen könnte, sich seiner Auffassung über das Wiederauftreten Harlans anzuschließen und ihr Verhalten gegenüber den von ihm gestalteten Filmen entsprechend einzurichten. Das bedeutet objektiv eine Beschränkung des Beschwerdeführers in der freien Äußerung seiner Meinung. Das Landgericht begründet seinen Ausspruch damit, daß es die Äußerungen des Beschwerdeführers als eine unerlaubte Handlung nach § 826 BGB gegenüber den Klägerinnen betrachtet und diesen daher auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen

[BVerfGE 7, 204] Rechts einen Anspruch auf Unterlassung der Äußerungen zuerkennt. So führt der vom Landgericht angenommene bürgerlichrechtliche Anspruch der Klägerinnen durch das Urteil des Gerichts zu einem die Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers beschränkenden Ausspruch der öffentlichen Gewalt. Dieser kann das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nur verletzen, wenn die angewendeten Vorschriften des bürgerlichen Rechts durch die Grundrechtsnorm inhaltlich so beeinflußt werden, daß sie das Urteil nicht mehr tragen.

Die grundsätzliche Frage, ob Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht einwirken und wie diese Wirkung im einzelnen gedacht werden müsse, ist umstritten (...). Die äußersten Positionen in diesem Streit liegen einerseits in der These, daß die Grundrechte ausschließlich gegen den Staat gerichtet seien, andererseits in der Auffassung, daß die Grundrechte oder doch einige und jedenfalls die wichtigsten von ihnen auch im Privatrechtsverkehr gegen jedermann gälten. Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG kann weder für die eine noch für die andere dieser extremen Auffassungen in Anspruch genommen werden; die Folgerungen, die das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 10. Mai 1957 - NJW 1957, S. 1688 - aus den Entscheidungen des BVerfG vom 17. und 23. Januar 1957 (BVerfGE 6, 55 und 6, 84) in dieser Hinsicht zieht, gehen zu weit. Auch jetzt besteht kein Anlaß, die Streitfrage der sogenannten "Drittwirkung" der Grundrechte in vollem Umfang zu erörtern. Zur Gewinnung eines sachgerechten Ergebnisses genügt folgendes:

Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen

[BVerfGE 7, 205] Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte. Dem entspricht es, daß der Gesetzgeber den besonderen Rechtsbehelf zur Wahrung dieser Rechte, die Verfassungsbeschwerde, nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt hat.

Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will (BVerfGE 2, 1 [2]; 5, 85 [134 ff., 197 ff.]; 6, 32, [40 f.]), in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt (...). Dieses Wertsystem das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlichrechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.

Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches

[BVerfGE 7, 206] Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.

Der Einfluß grundrechtlicher Wertmaßstäbe wird sich vor allem bei denjenigen Vorschriften des Privatrechts geltend machen, die zwingendes Recht enthalten und so einen Teil des *ordre public* - im weiten Sinne - bilden, d.h. der Prinzipien, die aus Gründen des gemeinen Wohls auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen verbindlich sein sollen und deshalb der Herrschaft des Privatwillens entzogen sind. Diese Bestimmungen haben nach ihrem Zweck eine nahe Verwandtschaft mit dem öffentlichen Recht, dem sie sich ergänzend anfügen. Das muß sie in besonderem Maße dem Einfluß des Verfassungsrechts aussetzen. Der Rechtsprechung bieten sich zur Realisierung dieses Einflusses vor allem die "Generalklauseln", die, wie § 826

BGB, zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außer-zivilrechtliche, ja zunächst überhaupt außerrechtliche Maßstäbe, wie die "guten Sitten", verweisen. Denn bei der Entscheidung darüber, was diese sozialen Gebote jeweils im Einzelfall fordern, muß in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat. Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die "Einbruchstellen" der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden (...).

Der Richter hat kraft Verfassungsgebots zu prüfen, ob die von ihm anzuwendenden materiellen zivilrechtlichen Vorschriften in der beschriebenen Weise grundrechtlich beeinflußt sind; trifft das zu, dann hat er bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebende Modifikation des Privatrechts zu beachten. Dies ist der Sinn der Bindung auch des Zivilrichters an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG). Verfehlt er diese Maßstäbe und beruht sein Urteil auf der Außerachtlassung dieses verfassungsrechtlichen Einflusses auf die zivilrechtlichen Normen, so verstößt er nicht nur gegen objektives Verfassungsrecht, in-

[BVerfGE 7, 207] dem er den Gehalt der Grundrechtsnorm (als objektiver Norm) verkennt, er verletzt vielmehr als Träger öffentlicher Gewalt durch sein Urteil das Grundrecht, auf dessen Beachtung auch durch die rechtsprechende Gewalt der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat. Gegen ein solches Urteil kann - unbeschadet der Bekämpfung des Rechtsfehlers im bürgerlich-rechtlichen Instanzenzug - das BVerfG im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufen werden.

Das Verfassungsgericht hat zu prüfen, ob das ordentliche Gericht die Reichweite und Wirkkraft der Grundrechte im Gebiet des bürgerlichen Rechts zutreffend beurteilt hat. Daraus ergibt sich aber zugleich die Begrenzung der Nachprüfung: es ist nicht Sache des Verfassungsgerichts, Urteile des Zivilrichters in vollem Umfange auf Rechtsfehler zu prüfen; das Verfassungsgericht hat lediglich die bezeichnete "Ausstrahlungswirkung" der Grundrechte auf das bürgerliche Recht zu beurteilen und den Wertgehalt des Verfassungsrechtssatzes auch hier zur Geltung zu bringen. Sinn des Instituts der Verfassungsbeschwerde ist es, daß *alle* Akte der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt auf ihre "Grundrechtsmäßigkeit" nachprüfbar sein sollen (§ 90 BVerfGG). Sowenig das BVerfG berufen ist, als Revisions- oder gar "Superrevisions"-Instanz gegenüber den Zivilgerichten tätig zu werden, sowenig darf es von der Nachprüfung solcher Urteile allgemein absehen und an einer in ihnen etwa zutage tretenden Verkennung grundrechtlicher Normen und Maßstäbe vorübergehen.

2. Die Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht scheint im Falle des Grundrechts der freien Meinungsäußerung (Art. 5 GG) anders gelagert zu sein. Dieses Grundrecht ist - wie schon in der Weimarer Verfassung (Art. 118) - vom GG nur in den Schranken der "allgemeinen Gesetze" gewährleistet (Art. 5 Abs. 2). Ohne daß zunächst untersucht wird, welche Gesetze "allgemeine" Gesetze in diesem Sinne sind, ließe sich die Auffassung vertreten, hier habe die Verfassung selbst durch die Verweisung auf die Schranke der allgemeinen Gesetze den Geltungsanspruch des Grundrechts von vornherein auf den Bereich beschränkt, den ihm die Gerichte durch ihre Auslegung dieser Gesetze noch belassen. Das Ergebnis dieser Auslegung müsse, soweit es eine Beschränkung des Grundrechts darstelle, hingenommen werden und könne deshalb niemals als eine "Verletzung" des Grundrechts angesehen werden.

Dies ist indessen nicht der Sinn der Verweisung auf die "allgemeinen Gesetze". Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l'homme nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 [205]). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (Cardozo).

Aus dieser grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat ergibt sich, daß es vom Standpunkt dieses Verfassungssystems aus nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz (und damit zwangsläufig durch die Rechtsprechung der die Gesetze auslegenden Gerichte) zu überlassen. Es gilt vielmehr im Prinzip auch hier, was oben allgemein über das Verhältnis der Grundrechte zur Privatrechtsordnung ausgeführt wurde: die allgemeinen Gesetze müssen in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben, führen muß, auf jeden Fall gewahrt bleibt. Die gegenseitige Beziehung zwischen Grund-

[BVerfGE 7, 209] recht und "allgemeinem Gesetz" ist also nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die "allgemeinen Gesetze" aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die "allgemeinen Gesetze" zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen. ...

3. Der Begriff des "allgemeinen" Gesetzes war von Anfang an umstritten. Es mag dahinstehen, ob der Begriff nur infolge eines Redaktionsversehens in den Artikel 118 der Reichsverfassung von 1919 gelangt ist (...). Jedenfalls ist er bereits während der Geltungsdauer dieser Verfassung dahin ausgelegt worden, daß darunter alle Gesetze zu verstehen sind, die "nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten", die vielmehr "dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen", dem Schutze eines

[BVerfGE 7, 210] Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat (...).

Wird der Begriff "allgemeine Gesetze" so verstanden, dann ergibt sich zusammenfassend als Sinn des Grundrechtsschutzes:

Die Auffassung, daß nur das Äußern einer Meinung grundrechtlich geschützt sei, nicht die darin liegende oder damit bezweckte Wirkung auf andere, ist abzulehnen. Der Sinn einer *Meinungsäußerung* ist es gerade, "geistige Wirkung auf die Umwelt" ausgehen zu lassen, "meinungsbildend und überzeugend auf die Gesamtheit zu wirken" (...). Deshalb sind Werturteile, die immer eine geistige Wirkung erzielen, nämlich andere überzeugen wollen, vom Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt; ja der Schutz des Grundrechts bezieht sich in erster Linie auf die im Werturteil zum Ausdruck kommende eigene Stellungnahme des Redenden, durch die er auf andere wirken will. Eine Trennung zwischen (geschützter) Äußerung und (nicht geschützter) Wirkung der Äußerung wäre sinnwidrig.

Die - so verstandene - Meinungsäußerung ist als solche, d. h. in ihrer rein geistigen Wirkung, frei; wenn aber durch sie ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut eines anderen beeinträchtigt wird, dessen Schutz gegenüber der Meinungsfreiheit den Vorrang verdient, so wird dieser Eingriff nicht dadurch erlaubt, daß er mittels einer Meinungsäußerung begangen wird. Es wird deshalb eine "Güterabwägung" erforderlich: Das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden. Ob solche überwiegenden Interessen

[BVerfGE 7, 211] anderer vorliegen, ist auf Grund aller Umstände des Falles zu ermitteln.

4. Von dieser Auffassung aus bestehen keine Bedenken dagegen, auch Normen des bürgerlichen Rechts als "allgemeine Gesetze" im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG anzuerkennen. Wenn das bisher in der Literatur im allgemeinen nicht geschehen ist (...), so kommt darin nur zum Ausdruck, daß man die Grundrechte lediglich in ihrer Wirkung zwischen Bürger und Staat gesehen hat, so daß folgerichtig als einschränkende allgemeine Gesetze nur solche in Betracht kamen, die staatliches Handeln gegenüber dem einzelnen regeln, also Gesetze öffentlich-rechtlichen Charakters. Wenn aber das Grundrecht der freien Meinungsäußerung auch in den Privatrechtsverkehr hineinwirkt und sein Gewicht sich hier zugunsten der Zulässigkeit einer Meinungsäußerung auch dem einzelnen Mitbürger gegenüber geltend macht, so muß auf der andern Seite auch die das Grundrecht unter Umständen beschränkende Gegenwirkung einer privatrechtlichen Norm, soweit sie höhere Rechtsgüter zu schützen bestimmt ist, beachtet werden. ...

6) Verfassungskonforme Auslegung: BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 - 1 BvL 14/76 (LG Verden) = BVerfGE 45, 187 - Lebenslange Freiheitsstrafe⁴⁶⁾

Leitsätze: 1. Die lebenslange Freiheitsstrafe für Mord (§ 211 Abs. 1 StGB) ist nach Maßgabe der folgenden Leitsätze mit dem Grundgesetz vereinbar:

2. Nach dem gegenwärtigen Stand der Erkenntnisse kann nicht festgestellt werden, daß der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe gemäß den Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes und unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Gnadenpraxis zwangsläufig zu irreparablen Schäden psychischer oder physischer Art führt, welche die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verletzen.

⁴⁶⁾ Zur Umsetzung dieser Entscheidung siehe unten S. 73 die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur sog. Rechtsfolgenlösung (BGHSt 30, 105).

3. Zu den Voraussetzungen eines menschenwürdigen Strafvollzugs gehört, daß dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden. Die Möglichkeit der Begnadigung allein ist nicht ausreichend; vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckung eines lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich zu regeln.

4. Die Qualifikation der heimtückischen und der zur Verdeckung einer anderen Straftat begangenen Tötung eines Menschen als Mord gemäß § 211 Abs. 2 StGB verletzt bei einer an dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten restriktiven Auslegung nicht das Grundgesetz.

Gründe: Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob die lebenslange Freiheitsstrafe für den Mörder, der die Tat heimtückisch oder um eine andere Straftat zu verdecken, begeht, mit dem Grundgesetz vereinbar ist. ...

B. Die Vorlage ist zulässig. ...

[BVerfGE 45, 223] C. § 211 StGB ist in dem hier zu prüfenden Umfang nach Maßgabe der folgenden Ausführungen und in der sich daraus ergebenden restriktiven Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar.

I.1. Die lebenslange Freiheitsstrafe stellt einen außerordentlich schweren Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen dar. Die Freiheit der Person, die Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG als unverletzlich garantiert, wird durch diese Strafe, die an der Spitze des Strafenkatalogs des geltenden Strafrechts steht, auf die Dauer entzogen. Das Verdikt "lebenslänglich" im strengen Wortsinn bedeutet die endgültige Ausschließung des Straftäters aus der Gesellschaft der freien Bürger. Durch den Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe wird nicht nur das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG eingeschränkt, sondern es werden - je nach Lage des einzelnen Falles - auch zahlreiche andere in der Verfassung garantierte Grundrechte betroffen. Dies macht Gewicht und Bedeutung der verfassungsrechtlichen Fragestellung deutlich.

Freilich kann in das Recht der persönlichen Freiheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit wird jedoch durch die Verfassung in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Der Gesetzgeber muß bei der Ausübung der ihm erteilten Ermächtigung sowohl die Unantastbarkeit der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG), das oberste Prinzip der verfassungsmäßigen Ordnung, als auch weitere Verfassungsnormen, insbesondere den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und das Gebot der Rechts- und Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG) beachten. Ist schon die Freiheit der Person ein so hohes Rechtsgut, daß sie nur aus besonders gewichtigem Grund eingeschränkt werden darf (BVerfGE 22, 180 [219]), so bedarf der lebenslange Entzug dieser Freiheit einer besonders strengen Prüfung am Maßstabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Innerhalb dieser Grenzen bleibt Raum für die Gestaltung durch den Gesetzgeber. Die lebenslange Freiheitsstrafe wirft unter dem Gesichtspunkt der Rolle des Strafrechts in der modernen Gesellschaft eine Reihe rechts- und kriminalpolitischer Fragen auf. Deren Entscheidung obliegt dem Gesetzgeber.

[BVerfGE 45, 224] Er hat sich bisher für die Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei schwersten Delikten entschieden. Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen der Vorlage nur zu prüfen, ob diese Entscheidung mit der Verfassung vereinbar ist. ...

[BVerfGE 45, 227] ... **II.1.** Achtung und Schutz der Menschenwürde gehören zu den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes. Die freie menschliche Persönlichkeit und ihre Würde stellen den höchsten Rechtswert innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung dar (vgl. BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 30, 173 [193]; 32, 98 [108]). Der Staatsgewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen die Verpflichtung auferlegt, die Würde des Menschen zu achten und sie zu schützen.

Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und zu entfalten. Diese Freiheit versteht das Grundgesetz nicht als diejenige eines isolierten und selbstherrlichen, sondern eines gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Individuums (vgl. BVerfGE 33, 303 [334] m.w.N.). Sie kann im Hinblick auf diese Gemeinschaftsgebundenheit nicht "prinzipiell unbegrenzt" sein. Der

[BVerfGE 45, 228] Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht; doch muß die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben (BVerfGE 30, 1 [20] - Abhörurteil). Dies bedeutet, daß auch in der Gemeinschaft grundsätzlich jeder Einzelne als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt werden muß. Es widerspricht daher der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen (vgl. BVerfGE 27, 1 [6] m.w.N.). Der Satz "der Mensch muß immer Zweck an sich selbst bleiben" gilt uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete; denn die unverlierbare Würde des Menschen als Person besteht gerade darin, daß er als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibe.

Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, auf dem höchste Anforderungen an die Gerechtigkeit gestellt werden, bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne. Der Grundsatz "nulla poena sine culpa" hat den Rang eines Verfassungssatzes (BVerfGE 20, 323 [331]). Jede Strafe muß in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen (BVerfGE 6, 389 [439]; 9167 [169]; 20, 323 [332]; 25, 269 [285 f.]). Das Gebot zur Achtung der Menschenwürde bedeutet insbesondere, daß grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen verboten sind (BVerfGE 1, 332 [348]; 6, 389 [439]). Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruch gemacht werden (BVerfGE 28, 389 [391]). Die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen müssen erhalten bleiben. Aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ist daher - und das gilt insbesondere für den Strafvollzug - die Verpflichtung des Staates herzuleiten, jenes Existenzminimum zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht. Mit einer so **[BVerfGE 45, 229]** verstandenen Menschenwürde wäre es unvereinbar, wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne daß zumindest die Chance für ihn besteht, je wieder der Freiheit teilhaftig werden zu können.

Bei allem darf nicht aus den Augen verloren werden: Die Würde des Menschen ist etwas unverfügbares. Die Erkenntnis dessen, was das Gebot, sie zu achten, erfordert, ist jedoch nicht von der historischen Entwicklung zu trennen. Die Geschichte der Strafrechtspflege zeigt deutlich, daß an die Stelle grausamer Strafen immer mildere Strafen getreten sind. Der Fortschritt in der Richtung von roheren zu humaneren, von einfacheren zu differenzierteren Formen des Strafens ist weitergegangen, wobei der Weg erkennbar wird, der noch zurückzulegen ist. Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht, kann daher nur auf dem jetzigen Stande der Erkenntnis beruhen und keinen Anspruch auf zeitlose Gültigkeit erheben.

2. Prüft man nach diesen Maßstäben Inhalt und Auswirkungen der lebenslangen Freiheitsstrafe, so ergibt sich, daß ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG nicht vorliegt.

a) Das Landgericht begründet die Verletzung der Menschenwürde hauptsächlich mit dem Hinweis auf wissenschaftliche Untersuchungen über Persönlichkeitswandelungen im Strafvollzug und auf die Strafvollzugerfahrung, daß bei langjährigem Freiheitsentzug persönlichkeitschädigende Folgen auftreten, die "nach einer unterschiedlich beurteilten Haftdauer von 10, 15, 20 oder jedenfalls 25 Jahren bei praktisch jedem Strafgefangenen ein Stadium erreichen, das durch Abflauen guter Affekte, Resignation, Stumpfheit und Gleichgültigkeit eine Persönlichkeitsveränderung bewirkt, die in Lebensuntauglichkeit Unschuldssophisterei, präsenilem Begnadigungswahn und häufig in Verblödung endet."

Eigene Erhebungen zu dieser Frage hat das Landgericht nicht angestellt. Prüft man das von ihm bezeichnete und das übrige einschlägige Schrifttum nach, so ergeben sich erhebliche Zweifel,

[BVerfGE 45, 230] ob die angeführten Belege für die behaupteten Schadenswirkungen der lebenslangen Freiheitsstrafe methodisch und sachlich derart fundiert sind, daß sich daraus verfassungsrechtliche Folgerungen für die Beurteilung der gesetzgeberischen Entscheidung herleiten ließen. ...

[BVerfGE 45, 235] b) Auch die in diesem Verfahren durchgeführte Beweisaufnahme hat zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt. Die in der mündlichen Verhandlung zur Frage der durch den Vollzug lebenslanger Freiheitsstrafe verursachten Schäden angehörten Sachverständigen sind zu ähnlich verschiedenen Schlußfolgerungen gekommen, wie sie schon dem Schrifttum zu entnehmen waren. ...

[BVerfGE 45, 237] ... Immerhin läßt sich in Würdigung aller Umstände nicht gänzlich ausschließen, daß nach einer mit den bisher vorliegenden Erkenntnissen noch nicht abschließend zu konkretisierenden Haftzeit in manchen Fällen deformierende Persönlichkeitsveränderungen in der Haft befürchtet werden müssen.

c) Bei einer derartigen Sachlage ist für die verfassungsgerichtliche Nachprüfung Zurückhaltung geboten (vgl. BVerfGE 37, 104 [118]; 43, 291 [347] m.w.N.). Zwar ist dem Bundesver-

[BVerfGE 45, 238] fassungsgericht der Schutz der Grundrechte gegenüber dem Gesetzgeber übertragen. Das Gericht ist daher bei seiner Prüfung nicht an die Rechtsauffassung des Gesetzgebers gebunden. Soweit dabei jedoch Wertungen und tatsächliche Beurteilungen des Gesetzgebers von Bedeutung sind, kann sich das Gericht über sie grundsätzlich nur hinwegsetzen, wenn sie widerlegbar sind. Allerdings erscheint es bedenklich, daß auch dann, wenn schwere Grundrechtseingriffe in Frage stehen, Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen zu Lasten des Grundrechtsträgers gehen sollen. Wenn das Bundesverfassungsgericht dennoch hinsichtlich etwaiger Haftschäden einen Verstoß gegen die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde verneint hat, so waren hierfür hauptsächlich folgende Gründe maßgeblich:

aa) Die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe findet ihre verfassungsrechtlich notwendige Ergänzung in einem sinnvollen Behandlungsvollzug. Die Vollzugsanstalten sind auch bei den zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Gefangenen verpflichtet, auf deren Resozialisierung hinzuwirken, sie lebensstüchtig zu erhalten und

schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzugs und damit auch und vor allem deformierenden Persönlichkeitsveränderungen entgegenzuwirken. Dabei handelt es sich um verfassungsrechtlich fundierte Vollzugsaufgaben, die sich aus der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Unantastbarkeit der Menschenwürde herleiten. Werden diese Aufgaben von den Vollzugsanstalten im gebotenen Maße erfüllt, leisten sie einen wesentlichen Beitrag dazu, etwa drohenden Persönlichkeitsveränderungen bei den Gefangenen entgegenzuwirken.

Schon bisher war der Strafvollzug in der Bundesrepublik nicht mehr reiner "Verwahrvollzug", sondern es wurde ein auf die Resozialisierung der Gefangenen hin ausgerichteter "Behandlungsvollzug" angestrebt. Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen des Strafvollzugs. Das Gericht hat mehrfach betont, daß die Forderung nach Resozialisierung verfassungsrechtlich dem **[BVerfGE 45, 239]** Selbstverständnis einer Gemeinschaft entspreche, die die Menschenwürde in den Mittelpunkt stelle und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet sei. Dieses Resozialisierungsinteresse ergebe sich für den Straftäter aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG. Der verurteilte Straftäter müsse die Chance erhalten, sich nach Verbüßung seiner Strafe wieder in die Gemeinschaft einzuordnen (BVerfGE 35, 202 [235 f.] - Lebach; 36, 174 [188]). Es sei Aufgabe des Staates, im Rahmen des Zumutbaren alle gesetzlichen Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig seien, beim Gefangenen dieses Vollzugsziel zu erreichen.

Geht man davon aus, daß auch dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleiben muß, je seine Freiheit wiedererlangen zu können, so muß ihm folgerichtig auch ein Anspruch auf Resozialisierung zustehen, mag für ihn auch erst nach langer Strafverbüßung die Aussicht bestehen, sich auf das Leben in Freiheit einrichten zu müssen (vgl. hierzu die Entscheidung BVerfGE 40, 276 [284], die einen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Mörder betraf). Denn auch in solchen Fällen kann der Vollzug der Strafe die Voraussetzungen für eine spätere Entlassung schaffen und dem Verurteilten die Wiedereingliederung in die Gesellschaft erleichtern. ...

[BVerfGE 45, 241] bb) Nach den getroffenen Feststellungen ist die volle Verbüßung der lebenslangen Freiheitsstrafe eine seltene Ausnahme. Die zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten werden - außer wenigen Fällen, in denen die Sozialprognose ungünstig und aus Gründen der öffentlichen Sicherheit der weitere Vollzug der Strafe geboten ist - vorzeitig im Gnadenwege entlassen. Daraus ergibt sich eine weitere wesentliche Begrenzung der Gefahr schwerwiegender Persönlichkeitsveränderungen. Die festgestellte Begnadigungspraxis der Bundesländer in einem Zeitraum von 30 Jahren zeigt, daß von den 702 freigelassenen Gefangenen nur wenige vor 10 Jahren (48) und auch nur wenige nach einer extremen Haftdauer von bis zu 30 Jahren (27) begnadigt wurden. Die Masse der Begnadigungen vollzieht sich zwischen dem 15. und 25. Haftjahr. Im Durchschnitt errechnet sich eine Haftdauer von ungefähr 20 Jahren (vgl. hierzu auch die Antwort der Bundesregierung vom 26. Oktober 1973 auf eine Anfrage von Abgeordneten der CDU - BT-Drs. 7/1171 - und Albrecht, Die soziale Reintegration "Lebenslänglicher" im Spannungsverhältnis von Recht und Gnade, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform [MschrKrim] 1973, S. 198 ff.).

Schließlich weist der Bundesminister der Justiz in seiner Stellungnahme darauf hin, daß in den letzten Jahren nahezu alle Bundesländer dazu übergegangen seien, die Gnadenfrage nach einer gewissen Haftzeit von Amts wegen zu prüfen. Er führt dies auf die zunehmende Kritik an der Gnadenpraxis bei der lebenslangen Strafe sowie die Handhabung im westeuropäischen Ausland zurück. ...

[BVerfGE 45, 242] ... d) Die Menschenwürde wird auch dann nicht verletzt, wenn der Vollzug der Strafe wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Gefangenen notwendig ist und sich aus diesem Grunde eine Begnadigung verbietet. Es ist der staatlichen Gemeinschaft nicht verwehrt, sich gegen einen gemeingefährlichen Straftäter durch Freiheitsentzug zu sichern. Dabei ist es im vorliegenden Zusammenhang verfassungsrechtlich unerheblich, ob der Freiheitsentzug als Sicherungsmaßnahme oder als Strafe verhängt und vollzogen wird. Daß bei der Bestimmung der Gefährlichkeit eines Straftäters der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden muß und auch in solchen Ausnahmefällen die Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes einzuhalten sind, bedarf keiner näheren Begründung.

III. Der Vorlagebeschluß weist darauf hin, daß die Träger des Gnadenrechts ihre Entscheidungen nach freiem Ermessen treffen, daß es keine gesetzliche Regelung der Begnadigungsvoraussetzungen und kei-

[BVerfGE 45, 243] nen Anspruch auf Begnadigung gibt und daß nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Entscheidung über den Gnadenerweis von Verfassungs wegen nicht gerichtlich nachprüfbar ist (BVerfGE 30, 352 - keine Justitiabilität von Gnadenentscheidungen; ander für den Widerruf eines Gnadenerweises: BVerfGE 30, 111; weitergehend jedoch BayVerfGH n.F. 18, 140; HessStGH, NJW 1974, S. 791).

Dem vorliegenden Gericht ist darin zuzustimmen, daß der gegenwärtige Rechtszustand, wonach die lebenslange Freiheitsstrafe nur im Wege der Begnadigung ausgesetzt oder erlassen werden kann, zu rechtsstaatlichen Bedenken Anlaß gibt. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet eine Verrechtlichung der Entlassungspraxis.

1. Das Gnadenrecht steht dem Bundespräsidenten, in den Ländern den Ministerpräsidenten, im Saarland dem Ministerrat und in den Stadtstaaten den Senaten zu. Dadurch ergibt sich eine verschiedene Handhabung des Gnadenrechts. Insbesondere führt dies dazu, daß die Verurteilten in den einzelnen Bundesländern verschieden lange Verbüßungszeiten hinter sich bringen müssen, bevor sie mit einer gnadenweisen Entlassung aus der lebenslangen Freiheitsstrafe rechnen können. So liegt die durchschnittliche Vollzugsdauer in der Zeit vom 8. Mai 1945 bis zum 31. Dezember 1975 nach den Mitteilungen der Länder in Hamburg bei ungefähr 16 Jahren, in Berlin bei 17 1/2 Jahren, in Baden-Württemberg bei etwa 18 Jahren, in Bayern, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Saarland und Schleswig-Holstein zwischen 20 und 21 Jahren, in Nordrhein-Westfalen zwischen 21 und 22 Jahren und in Rheinland-Pfalz bei etwas über 22 Jahren. Die Ungleichheit wird besonders deutlich, wenn in einer Haftanstalt Gefangene aus verschiedenen Ländern untergebracht sind. ...

[BVerfGE 45, 245] ... 4.a) Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe hat sich insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Art. 1 Abs. 1 GG und des Rechtsstaatsprinzips gezeigt, daß ein menschenwürdiger Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe nur dann sichergestellt ist, wenn der Verurteilte eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance hat, zu einem späterem Zeitpunkt die Freiheit wiedergewinnen zu können; denn der Kern der Menschenwürde wird getroffen, wenn der Verurteilte ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit jegliche Hoffnung, seine Freiheit wiederzuerlangen, aufgeben muß. Um diese Aussicht, die den Vollzug der lebenslangen Strafe nach dem Verständnis der Würde der Person überhaupt erst erträglich macht, in einer Weise abzusichern, die verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, genügt das Institut der Begnadigung allein nicht.

Dem Sachverständigen M.-D. ist zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, daß sich die Gnadenentscheidung in weitem Umfang zu einer Prognoseentscheidung hinsichtlich der Gefährlichkeit des Täters entwickelt habe. Sie erfüllt damit eine Aufgabe, die schlechterdings nicht Sache des Gnadenträgers sein kann. Die Begnadigung ergeht in einem internen Verfahren das

[BVerfGE 45, 246] keine justzförmigen Garantien kennt. Die Gnadenpraxis der Länder läßt zwar die große Sorgfalt erkennen, mit der die Gnadenentscheidungen vorbereitet werden. Dennoch bestehen im Verfahren und in der Bestimmung des Entlassungszeitpunktes erhebliche Unterschiede, ohne daß die Gründe dafür einer Nachprüfung zugänglich sind.

Das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den Leitideen, die den Gesetzgeber unmittelbar binden; das ergibt sich aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 über die Bindung der Einzelgewalten und der Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes. Zwar enthält dieses Prinzip nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 7, 89 [92 f.]; 25, 269 [290]; 28, 264 [272]; 35, 41 [47]; NJW 1977, S. 892 [893]) keine für jeden Sachverhalt in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote oder Verbote von Verfassungsrang; dieser Verfassungsgrundsatz bedarf vielmehr der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten, wobei fundamentale Elemente des Rechtsstaates und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen gewahrt bleiben müssen. Bei dem hier vorliegenden Sachverhalt, bei dem es um eine Entscheidung über eine für den Betroffenen schwerwiegende Frage von existentieller Bedeutung geht, gebieten sowohl das Prinzip der Rechtssicherheit als auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit, daß die Voraussetzungen, unter denen die lebenslange Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich geregelt werden. Die Ausgestaltung im einzelnen muß allerdings in dem durch die Verfassung gezogenen Rahmen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen bleiben. ...

[BVerfGE 45, 251] ... Nach alledem kann nicht von einem Bruch mit dem Schuldgrundsatz gesprochen werden, weil dieser bereits bisher die Möglichkeit einer vorzeitigen bedingten Entlassung miteinschloß. Vielmehr ist der in der Strafvollzugskommission vertretenen Ansicht beizupflichten (vgl. Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd. 1, 1967, S. 21), daß auch eine dogmatisch vielleicht inkonsequent erscheinende Regelung kriminalpolitisch richtig sein könne. Im übrigen hat Professor M.-D. bei seiner Anhörung darauf hingewiesen, daß die sogenannte Aussetzungslösung Strafrecht und Strafvollzugsrecht wieder in Einklang bringe. Denn dann komme bereits im Strafgesetzbuch zum Ausdruck, daß lebenslange Freiheitsstrafen von Rechts wegen keineswegs restlos vollstreckt werden müßten. Die oben erwähnten Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes, die auf die Resozialisierung des Straffälligen abzielten, erhielten nunmehr auch im Hinblick auf den zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten ihren Sinn.

Eine andere Frage ist es, ob die vorzeitige Entlassung ausschließlich an einer günstigen Sozialprognose und einer gewissen Mindestverbüßungszeit orientiert werden sollte. Diese Zweifel am bisher vorliegenden Referentenentwurf sprechen aber nicht entscheidend gegen eine gesetzliche Regelung, weil auch bei der Entlassung Lebenslänglicher neben der Sozialprognose andere Kriterien für die Entlassung gesetzlich geregelt werden könnten. Es wäre beispielsweise daran zu denken, bei der Festlegung des Entlassungszeitpunktes auch den Unrechts- und Schuldgehalt der zugrunde liegenden Mordtat zu berücksichtigen. Eine derartige Differen-

zierungsmöglichkeit könnte dem besonderen Charakter des jeweiligen Einzelfalls gerecht werden. Es ist Aufgabe des Strafgesetzgebers, hier eine sinnvolle Regelung zu finden.

[BVerfGE 45, 252] Ein wesentliches Bedenken könnte allerdings die etwaige Verminderung der Abschreckungswirkung sein. Insoweit haben aber Dreher (a.a.O., S. 339) und in der mündlichen Verhandlung M.-D. darauf hingewiesen, daß die derzeitige Begnadigungspraxis in der Bevölkerung bereits zu der weitverbreiteten Auffassung geführt habe, die lebenslange Freiheitsstrafe sei eben doch nur dem Namen nach, nicht aber in der Wirklichkeit lebenslänglich. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die im Strafvollzug gebräuchliche Redensart: "Lebenslänglich ist auch vergänglich". Angesichts dieser bereits weitverbreiteten Einstellung würde eine gesetzliche Regelung sich nicht als schwerwiegende zusätzliche Beeinträchtigung des Rechts- und Sicherheitsgefühls der Bevölkerung auswirken. Es hätte die gesetzliche Regelung daher weniger eine "Erosion der Strafe" zur Folge als eine offene Fixierung des bereits weitgehend bestehenden tatsächlichen Zustandes. Schließlich können auch Schwierigkeiten bei der Ausgestaltung der bedingten Entlassung nicht entscheidend ins Gewicht fallen; diese Schwierigkeiten ergeben sich in gleicher Weise bei der bedingten Aussetzung durch Gnadenerweis.

5. Aus den dargelegten Erwägungen folgt die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, eine entsprechende gesetzliche Regelung einzuführen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gebührt dem Gesetzgeber bei in der Entwicklung begriffenen Komplexen, zu denen die Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe und ihres Vollzugs gehört, eine angemessene Frist zur Sammlung von Erfahrungen. Mängel einer Regelung geben erst dann Anlaß zum verfassungsgerichtlichen Eingreifen, wenn der Gesetzgeber eine spätere Überprüfung und Verbesserung trotz ausreichender Erfahrungen für eine sachgerechtere Lösung unterläßt (vgl. BVerfGE 43, 291 [321]). Dieser Spielraum muß dem Gesetzgeber auch hier eingeräumt werden.

[BVerfGE 45, 253] IV. Wenn der Gesetzgeber die lebenslange Freiheitsstrafe als eine notwendige und angemessene Sanktion für schwerste Tötungsdelikte ansieht, so verstößt dies nicht gegen das verfassungsrechtliche Gebot des sinn- und maßvollen Strafens (vgl. BVerfGE 28,386 [391]).

1. Das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt mit Sinn und Zweck des staatlichen Strafens befaßt, ohne zu den in der Wissenschaft vertretenen Straftheorien grundsätzlich Stellung zu nehmen. Auch im vorliegenden Fall besteht kein Grund, sich mit den verschiedenen Straftheorien auseinanderzusetzen; denn es kann nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein, den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft von Verfassungen wegen zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat in den Strafrechtsreformgesetzen seit 1969 zu den Strafzwecken ebenfalls nicht abschließend Stellung nehmen wollen und sich mit einer begrenzt offenen Regelung begnügt, die keiner der wissenschaftlich anerkannten Theorien die weitere Entwicklung versperren wollte (vgl. BT-Drs. V/4094, S. 4 f.; Dreher, StGB, 36. Aufl. 1976, Anm. 3 und 4 zu 46 StGB; Lackner, § 3 StGB - eine Fehlleistung des Gesetzgebers?, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin-New York 1973, S. 117, 121, 136). Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, die - allerdings mit verschiedenen gesetzten Schwerpunkten - versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen. Dies hält sich im Rahmen der dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen zukommenden Gestaltungsfreiheit, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung nicht nur den Schuldgrundsatz betont, sondern auch die anderen Strafzwecke anerkannt. Es hat als allgemeine Aufgabe des Strafrechts bezeichnet, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung des

[BVerfGE 45, 254] Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht werden als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet (vgl. BVerfGE 32, 98 [109]; 28, 264 [278]).

2. Das vorliegende Gericht führt aus, die lebenslange Freiheitsstrafe sei nach den vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Strafzwecken nicht gerechtfertigt. Sie habe nicht die vom Gesetzgeber angenommene Abschreckungswirkung, sei als Sicherung gegen mögliche Rückfalltäter in den meisten Fällen überflüssig und widerspreche dem verfassungsrechtlich fundierten Anspruch auf Resozialisierung. Auch zur Sühne und Vergeltung sei die lebenslange Freiheitsstrafe nicht geeignet.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Eine Prüfung am Maßstab der vom Bundesverfassungsgericht anerkannten und im wesentlichen der herrschenden Vereinigungstheorie entsprechenden Strafzwecke ergibt vielmehr, daß die lebenslange Freiheitsstrafe als Sanktion für schwerste Tötungsdelikte zum Schutz des menschlichen Lebens als eines überragenden Rechtsguts eine wichtige Funktion erfüllt, den heute im Volke lebenden Wertvorstellungen entspricht und gleichzeitig ein bewußtseinsbildendes Unwerturteil verdeutlicht. Diese Sanktion steht einer späteren Resozialisierung nicht rückfallgefährdeter Mörder keineswegs entgegen und entspricht der Schuldausgleichs- und Sühnefunktion der Strafe. Insgesamt gesehen ist daher die lebenslange Freiheitsstrafe bei Mord keine sinnlose Strafe. ...

[BVerfGE 45, 259] V.1. Nach dem Schuldgrundsatz, der aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG (Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen) sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, müssen Tatbestand und Rechtsfolge - gemessen an der Idee der Gerechtig-

[BVerfGE 45, 260] keit - sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (vgl. BVerfGE 20, 323 [331]; 25, 269 [286]; 27, 18 [29]). Die angedrohte Strafe hat daher in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters zu stehen; die verhängte Strafe darf die Schuld des Täters nicht übersteigen. Wo die Tat verschiedene Grade des Verschuldens und der Schwere aufweisen kann, muß dem Richter grundsätzlich die Möglichkeit gelassen werden, die Strafe dem anzupassen (vgl. BayVerfGH n. F. 3, 109 [114]; ebenso Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954, S. 32; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960, S. 13). Ein gegen das verfassungsrechtliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit verstößendes Strafgesetz könnte nicht Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung sein (BVerfGE 6, 389 [439]).

2. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob es mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist, für jeden Fall der heimtückischen Tötung und der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat ausschließlich die lebenslange Freiheitsstrafe anzudrohen. Diese Frage ist vor allem auch deshalb aufzuwerfen, weil der Gesetzgeber mit Ausnahme des Mordes (§ 211 StGB) und des Völkermordes (§ 220a Abs. 1 Nr. 1 StGB) regelmäßig einen Strafraum eröffnet, innerhalb dessen das erkennende Gericht am Maßstab der in § 46 StGB genannten Strafzumessungsgründe die im konkreten Einzelfall angemessene Strafe zu ermitteln hat. Das vorliegende Gericht fordert auch bei der Strafandrohung für Mord einen Strafraum, der es dem Richter ermöge, im Einzelfall die Strafe dem Unwertgehalt der Tat und der Schuld des Täters anzupassen, damit er nicht gezwungen sei, eine ihm unangemessen hoch erscheinende Strafe zu verhängen (vgl. hierzu auch Sarstedt, Verh. des 41. DJT [1955], Bd. II, D 43).

Hierbei muß allerdings berücksichtigt werden, daß die absolute Strafandrohung einen Beitrag zur Rechtsicherheit und gleichmäßigen Bestrafung der Straftäter darstellt. Erfahrungs-

[BVerfGE 45, 261] gemäß weichen die Strafmaße auch bei ähnlichen Voraussetzungen von Gericht zu Gericht nicht unerheblich voneinander ab. Der Richter ist im allgemeinen milder als der Gesetzgeber und neigt bisweilen dazu, der schwersten Strafe auch in den Fällen möglichst auszuweichen, in denen sie der Gesetzgeber angewandt wissen wollte. Diese Neigung ist um so größer, je höher die gesetzliche Mindeststrafe ist (vgl. Röhl, a.a.O., S. 187). Gerade bei einem so schwerwiegenden Verbrechen wie dem Mord ist es ein durch das Gebot der materiellen Gerechtigkeit gerechtfertigtes Anliegen, auf eine möglichst gleichmäßige Strafpraxis hinzuwirken. Freilich ist einzuräumen, daß die Anwendung einer starren Strafandrohung schon wegen des darin liegenden Schematismus im Einzelfall zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann. Die absolute Androhung einer so schweren Strafe ist nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn dem Richter von Gesetzes wegen die Möglichkeit offenbleibt, bei der Subsumtion konkreter Fälle unter die abstrakte Norm zu einer Strafe zu kommen, die mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Das ist jedoch - wie die mündliche Verhandlung ergeben hat - unter Berücksichtigung der Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches und im Wege einer verfassungskonformen restriktiven Auslegung des § 211 StGB, insbesondere der Mordmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken", möglich. ...

[BVerfGE 45, 262] c) Die Anwendung der so interpretierten Norm des § 211 StGB mag zwar in einzelnen Grenzfällen immer noch zu unverhältnismäßigen Härten führen. Der Senat ist allerdings der Meinung, daß dies für die im Vorlagebeschluß festgestellte Tötungshandlung nicht zutrifft. Es mögen aber immerhin noch Fälle erfaßt werden, denen nicht das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit der Tat anhaftet, das einen lebenslangen Freiheitsentzug als verhältnismäßig erscheinen läßt. Im Gegensatz zur überwiegenden Auffassung im Schrifttum und zu einer früheren Rechtsprechung (vgl. Eser, a.a.O., § 211 Rn. 6; Lange, a.a.O., § 211 Rn. 3 und das dort weiter angeführte Schrifttum; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, S. 284; Eb. Schmidt, DRZ 1949, S. 241 [245]; Jescheck, JZ 1957, S. 386 ff.) hat der Bundesgerichtshof (BGHSt 9, 385 [389]; 11, 139 [143] - jeweils Großer Senat für Strafsachen) eine zusätzliche Prüfung, ob die Gesamtwürdigung der Tat, insbesondere die Gesinnung des Täters, eine "besondere Verwerflichkeit" ergebe, nicht zugelassen. Der Bundesgerichtshof hält ein solches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für untauglich, weil es die klare Abgrenzung des Mordtatbestands und damit den besonderen Rechtsschutz gefährde, den die staatliche Gemeinschaft dem Leben ihrer Glieder als ihrem höchsten Rechtsgut schulde.

Damit bleibe, so wird dem entgegengehalten, ein zu weit geratener Mordtatbestand übrig (vgl. Riess, NJW 1968, S. 628). Als Beispiele hierfür werden u.a. angeführt, daß Mord angenommen werde, auch wenn eine entschuldbare heftige Gemütsbewegung, die in schweren, dem Täter vom Opfer zugefügten Kränkungen ihre Ursache gehabt habe, den Täter zur Tat getrieben habe (BGHSt 11, 139) oder wenn der Täter sich während oder

sofort nach Vollendung der strafbaren Handlung zur Tötung hinreißen lasse, obwohl in einem solchen Fall der Tötungsgedanke den Täter oft urplötzlich überkomme. Bedenklich mag es auch erscheinen, daß der Bundesgerichtshof (BGHSt 8, 216) für die Frage, ob Heimtücke anzunehmen ist, darauf abgestellt hat, ob eine Mutter, die ihr Kind mit einem Schlafmittel tötet,

[BVerfGE 45, 263] dieses Mittel dem Opfer unvermischt eingibt oder der Nahrung beimengt.

Indessen ist eine solche Auslegung des § 211 StGB und seiner einzelnen Tatbestandsmerkmale nicht zwingend. Wortlaut und Sinngehalt dieser Bestimmung lassen eine noch engere Auslegung zu, die sicherstellt, daß auch in solchen Grenzfällen keine unverhältnismäßig hohe Strafe verhängt werden muß. Dies haben in der mündlichen Verhandlung die Sachverständigen Dr. J., B. und S. ausführlich dargelegt. Es wird auch durch das oben angeführte Schrifttum bestätigt. Welcher Weg dabei im einzelnen zu beschreiten ist, ist eine Frage der einfachen Gesetzesauslegung und obliegt daher den zuständigen Strafgerichten. Ob die Mordmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken" weiter einengend dahin auszulegen sind, daß bei dem ersteren ein verwerflicher Vertrauensbruch verlangt und bei dem letzteren Verdeckungsabsicht nur dann angenommen wird, wenn die Mordtat im voraus geplant ist, oder ob das generell umschriebene Merkmal "besondere Verwerflichkeit der Tat" wieder eingeführt oder gar eine andere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und absoluter Strafordrohung entsprechende Interpretation gefunden wird, darüber zu entscheiden, ist Aufgabe des für die Auslegung der Strafrechtsnormen letztlich zuständigen Bundesgerichtshofs. Bei einer derartigen Auslegung, die mit dem Wortlaut des § 211 Abs. 2 StGB vereinbar ist und der Vorschrift einen vernünftigen, dem erkennbaren Gesetzeszweck nicht zuwiderlaufenden Sinn beläßt, ist die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung zu bejahen.

3. Materialien zum Themenkreis "Richterrecht - Rechtsfortbildung"

1) Aufgabe der richterlichen Rechtsfortbildung (Allgemeines Persönlichkeitsrecht): *BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 - 1 BvR 112/65* = BVerfGE 34, 269 - Soraya

Leitsatz: Die Rechtsprechung der Zivilgerichte, wonach bei schweren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Ersatz in Geld auch für immaterielle Schaden beansprucht werden kann, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

Sachverhalt: Eine deutsche Wochenillustrierte druckte ein von einer Journalistin frei erfundenes "Exklusiv-Interview" mit der geschiedenen Ehefrau des damaligen Schahs von Persien, Prinzessin Soraya, ab, das angebliche Äußerungen der Prinzessin zu ihrem Privatleben enthielt. Auf ihre Klage hin bekam die Prinzessin Schadensersatz in Höhe von 15.000 DM wegen Vorliegens einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung zugesprochen. Die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: **[BVerfGE 34, 279] C.** Die Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet.

I.1. Das gerichtliche Verfahren, in dem die angegriffenen Entscheidungen ergangen sind, war eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, die nach der Privatrechtsordnung zu entscheiden war. Das

[BVerfGE 34, 280] Bundesverfassungsgericht hat die Auslegung und Anwendung des bürgerlichen Rechts als solche nicht nachzuprüfen. Die in den Grundrechtsnormen der Verfassung enthaltene objektive Wertordnung wirkt jedoch auch auf das Privatrecht ein; sie gilt als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts. Die Beachtung dieser "Ausstrahlungswirkung" der Verfassung sicherzustellen, obliegt dem Bundesverfassungsgericht. Es prüft deshalb, ob die Entscheidungen der Zivilgerichte auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Reichweite und Wirkkraft eines Grundrechts beruhen oder ob das Entscheidungsergebnis selbst Grundrechte eines Beteiligten verletzt (s. dazu allgemein BVerfGE 7, 198 [205 ff.]; 18, 85 [92 f.]; 30, 173 [187 f., 196 f.]; 32, 311 [316]).

Im vorliegenden Fall wenden die Beschwerdeführer sich nicht nur gegen das Ergebnis der zivilgerichtlichen Entscheidungen; sie beanstanden vor allem den Weg, auf dem die Gerichte zu diesem Ergebnis gelangt sind. Die Beschwerdeführer bestreiten, daß es dem Richter angesichts seiner Bindung an das Gesetz gestattet sei, in Fällen dieser Art Schadensersatz in Geld zuzusprechen. Dies nötigt zu einer Besinnung auf Wesen und Grenzen der richterlichen Tätigkeit, wie sie im Grundgesetz vorgezeichnet sind. Es ist hier zu prüfen, ob Entscheidungen dieses Inhalts auf dem Wege judizieller Rechtsfindung gewonnen werden konnte. Der Richter kann die Wertvorstellungen des Grundgesetzes nicht in beliebiger Weise in seinen Entscheidungen zur Geltung bringen. Er würde die Verfassung auch verletzen, wenn er zu einem Ergebnis, das den Wertvorstellungen der Verfassung entspräche, auf einem methodischen Wege gelangte, der die dem Richter bei der Rechtsfindung gezogenen

verfassungsrechtlichen Grenzen mißachtete. Auch eine so getroffene Entscheidung müßte vom Bundesverfassungsgericht beanstandet werden.

2. Anspruchsgrundlage im vorliegenden Zivilrechtsstreit war § 823 Abs. 1 BGB. Der Bundesgerichtshof bezieht in den Kreis der dort genannten Rechte auch das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" ein, wobei er sich auf seine feststehende, in der Entschei-

[BVerfGE 34, 281] dung vom 25. Mai 1954 (BGHZ 13, 334) näher begründete Rechtsprechung beruft; in dem Verhalten der Beschwerdeführer sieht er eine Verletzung dieses Rechts. Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die "Richtigkeit" dieser Rechtsprechung zu beurteilen, soweit ihre Begründung und Weiterentwicklung im Bereich der zivilrechtlichen Dogmatik verbleibt. Es genügt festzustellen, daß das - vom Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch abgelehnte - allgemeine Persönlichkeitsrecht sich im Lauf einer jahrzehntelangen Erörterung in der Wissenschaft durchgesetzt hat und nach der in der erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vollzogenen Anerkennung nunmehr zum festen Bestandteil unserer Privatrechtsordnung geworden ist (vgl. hierzu u.a. den erwähnten Gesetzentwurf BT-Drs. III/1237, Begründung S. 6 f.; Nipperdey im Handbuch "Die Grundrechte", Bd. IV, Hlbbd. 2, 1962, S. 830; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 1967, S. 5 ff.; Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Art. 1 Abs. I Rn. 38).

Das Bundesverfassungsgericht hat keinen Anlaß, dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von Verfassungs wegen entgegenzutreten. Das Wertsystem der Grundrechte findet seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde (BVerfGE 6, 32, 41; 7, 198, 205). Ihr gebührt Achtung und Schutz von seiten aller staatlichen Gewalt (Art. 1 und 2 Abs. 1 GG). Solchen Schutz darf vor allem die private Sphäre des Menschen beanspruchen, der Bereich, in dem er allein zu bleiben, seine Entscheidungen in eigener Verantwortung zu treffen und von Eingriffen jeder Art nicht behelligt zu werden wünscht (BVerfGE 27, 1, 6). Diesem Schutzzweck dient im Bereich des Privatrechts auch die Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; sie füllt Lücken im Persönlichkeitsschutz aus, die hier trotz Anerkennung einzelner Persönlichkeitsrechte verblieben und im Laufe der Zeit aus verschiedenen Gründen immer fühlbarer geworden waren. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der

[BVerfGE 34, 282] Rechtsprechung der Zivilgerichte nie beanstandet (s. besonders BVerfGE 30, 173 [194 ff.]; 34, 118 [135 f.] sowie Beschluß vom 31. Januar 1973 - 2 BvR 454/71 - Abschn. B II 2).

3. § 823 Abs. 1 BGB ist ein "allgemeines Gesetz" im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG (BVerfGE 7, 198 [211]; 25, 256 [263 ff.]). Gehört das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach der verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung dieser Bestimmung zu den hier aufgeführten Rechten, so kommt ihm nach dem Willen der Verfassung die Fähigkeit zu, das Grundrecht der Pressefreiheit, auf das sich die Beschwerdeführer berufen, einzuschränken. Diese potentielle Wirkkraft des allgemeinen Gesetzes erhält hier, wie dargelegt, eine verfassungsrechtliche Verstärkung aus dem Schutzauftrag der Art. 1 und 2 Abs. 1 GG. Auf der anderen Seite ist die grundlegende Bedeutung der Pressefreiheit für die freiheitlich-demokratische Ordnung nicht außer acht zu lassen. Sie behält ihr Gewicht bei der Abwägung, die stattzufinden hat, wenn ein Konflikt zwischen den verfassungsrechtlichen geschützten Interessenbereichen der Parteien eines Zivilrechtsverhältnisses zu lösen ist (BVerfGE 25, 256 [263]; 30, 173 [196 f.]). Bei dieser Abwägung kann das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht schlechthin den Vorrang beanspruchen; von der Pressefreiheit kann je nach der Gestaltung des konkreten Falls eine restriktive Wirkung auf die aus dem Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Ansprüche ausgehen (BVerfGE 7, 198 [208 f.]).

4. Die angegriffenen Entscheidungen haben dem Schutz der Persönlichkeitssphäre der Klägerin des Ausgangsverfahrens den Vorrang vor der Pressefreiheit zugebilligt. Hiergegen bestehen nach dem festgestellten Sachverhalt keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Danach haben die Beschwerdeführer in einem Organ der Unterhaltungs- und Sensationspresse ein erdichtetes Interview mit der Klägerin veröffentlicht, in dem Vorgänge aus ihrem Privatleben so dargestellt wurden, als habe sie die Klägerin selbst geschildert. Hierin sehen die Gerichte ein unbefugtes Eindringen in den privaten

[BVerfGE 34, 283] Lebensbereich der Klägerin, die allein darüber zu befinden habe, ob und in welcher Form sie Vorgänge ihres Privatlebens der Öffentlichkeit zugänglich machen wolle.

In der Tat können sich bei dieser Sachlage die Beschwerdeführer für ihr Vorgehen nicht auf die Pressefreiheit berufen. Zwar geht es zu weit, der Unterhaltungs- und Sensationspresse den Schutz dieses Grundrechts überhaupt zu versagen, wie dies das Landgericht unter Berufung auf einzelne Stimmen im Schrifttum tut. Der Begriff "Presse" ist weit und formal auszulegen; er kann nicht von einer - an welchen Maßstäben auch immer ausgerichteten - Bewertung des einzelnen Druckerzeugnisses abhängig gemacht werden. Die Pressefreiheit ist nicht auf die "seriöse" Presse beschränkt (Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 5 Rn. 128 f.; vgl. auch BVerfGE 25, 296, 397 und - für den Rundfunk - BVerfGE 12, 205 [260]). Daraus folgt jedoch nicht, daß der Schutz des Grundrechts jedem Presseorgan in jedem rechtlichen Zusammenhang und für jeden Inhalt seiner Äußerungen in gleicher Weise zuteil werden müßte. Bei der Abwägung zwischen der Pressefreiheit und anderen verfassungs-

rechtlich geschützten Rechtsgütern kann berücksichtigt werden, ob die Presse im konkreten Fall eine Gelegenheit von öffentlichem Interesse ernsthaft und sachbezogen erörtert, damit den Informationsanspruch des Publikums erfüllt und zur Bildung der öffentlichen Meinung beiträgt oder ob sie lediglich das Bedürfnis einer mehr oder minder breiten Leserschicht nach oberflächlicher Unterhaltung befriedigt.

Hier stand dem Schutzbedürfnis der privaten Sphäre der Klägerin ein überwiegendes Allgemeininteresse an der öffentlichen Erörterung der in dem Interview behandelten Angelegenheiten nicht gegenüber. Ein Recht der Leser, durch erfundene Darstellungen über das Privatleben einer zeitweilig in das Licht der Öffentlichkeit getretenen Persönlichkeit "unterrichtet" zu werden, besteht nicht. Zu einer wirklichen Meinungsbildung - wenn man ein Interesse daran auch in diesem Bereich als berechtigt anerkennen will - kann ein erfundenes Interview nichts beitragen.

[BVerfGE 34, 284] Der Schutz der Privatsphäre verdient gegenüber Presseäußerungen dieser Art unbedingt den Vorrang.

II. Beschränkt ein "allgemeines Gesetz" potentiell die Pressefreiheit, so bestimmt sich die Art und Weise, in der eine solche Beschränkung wirksam werden kann, allein nach dem Inhalt dieses Gesetzes. Das bedeutet vor allem: nur die Sanktionen, zu denen das Gesetz ermächtigt, können gegen das Presseorgan verhängt werden und seine Freiheit wirksam beschränken. Hier setzt die Rüge der Beschwerdeführer an: sie machen geltend, es gebe kein "allgemeines Gesetz", das bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Ersatz des immateriellen Schadens in Geld vorsehe, ja durch § 253 BGB werde ein solcher Anspruch ausdrücklich ausgeschlossen. Die Gerichte hätten deshalb mit der Zuerkennung solcher Schadensersatzansprüche die Grenze überschritten, innerhalb deren die Verfassung ihnen die Beschränkung der Pressefreiheit erlaube; sie hätten überdies eine Sanktion verhängt, die materiell die Pressefreiheit verletze, da sie sich einseitig gegen die Presse richte und diese mit einem unkalkulierbaren Risiko belaste, das auf die Dauer existenzgefährdend wirken müsse. Damit seien Wesen und Bedeutung der Pressefreiheit im freiheitlich-demokratischen Staatswesen grundsätzlich verkannt.

Auch gegenüber diesen Ausführungen ist vorweg zu betonen, daß es nicht zur Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts gehört zu beurteilen, ob sich die vom Bundesgerichtshof aus der angenommenen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abgeleitete Rechtsfolge vom Boden der zivilrechtlichen Dogmatik aus begründen läßt, mit anderen Worten, ob es zivilrechtlich möglich und geboten war, auf dem durch die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts beschrittenen Wege weiterzugehen und diesem Recht den in § 847 BGB für verwandte Tatbestände vorgesehenen Schutz durch Zubilligung eines Schadensersatzanspruchs zuteil werden zu lassen.

[BVerfGE 34, 285] Das Bundesverfassungsgericht hat sich auch hier auf die Prüfung der verfassungsrechtlichen Aspekte dieser Rechtsprechung zu beschränken. Dabei stellen sich hier die Fragen: einmal, ob das materielle Ergebnis der Entscheidungen bereits als solches das Grundrecht der Pressefreiheit verletzt, und weiter, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, dieses Ergebnis trotz Fehlens einer eindeutigen Grundlage im geschriebenen Recht durch richterliche Entscheidung herbeizuführen.

Die Prüfung beider Fragen ergibt, daß gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, soweit sie den hier angegriffenen Entscheidungen zugrunde liegt, verfassungsrechtliche Bedenken nicht zu erheben sind.

III. Es liegt in der Natur der Dinge, daß Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor allem auch von Organen der Presse begangen werden können, da ihr die technischen Mittel der Informationserlangung und -verbreitung zu Gebot stehen und damit auch das Eindringen in die Privatsphäre des Bürgers verhältnismäßig leicht gemacht wird. Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen aber, daß die Zivilgerichte die von ihnen entwickelten Regeln zum Schutze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts außerhalb des Bereichs der Presse anwenden (vgl. etwa BGHZ 26, 349; 30, 7; 35, 363). Schon aus diesem Grund liegt kein "Sonderrecht gegen die Presse" vor.

Die Verhängung übermäßig strenger Sanktionen, zu denen unter Umständen auch unvorhersehbar hohe Schadensersatzansprüche gehören könnte, würde allerdings die Pressefreiheit verfassungswidrig einschränken, besonders wenn die rechtlichen Voraussetzungen solcher Ansprüche nicht klar definiert wären. Um einen Fall dieser Art handelt es sich indessen hier nicht. Ersatz immateriellen Schadens in Geld ist eine unserer Rechtsordnung nicht grundsätzlich fremde Sanktionen, wie § 253 BGB selbst erkennen läßt. In § 847 BGB ist sie für die Verletzung anderer in § 823 BGB bezeichneter Rechtsgüter ebenso vorgesehen

[BVerfGE 34, 286] wie in einigen Spezialgesetzen. Im Laufe der Entwicklung der Rechtsprechung haben die Fallgruppen, in denen Ersatz für den immateriellen Schaden geleistet werden muß, klare Konturen gewonnen. Der Schadensersatzanspruch hat subsidiären Charakter; die Gerichte sprechen eine Geldentschädigung nur zu, wenn eine Wiederherstellung in natura, etwa durch Zubilligung eines Unterlassungs- oder Widerrufsanspruchs,

nicht möglich oder nach Lage des Falles nicht ausreichend ist; von einer "Kommerzialisierung der Ehre" kann ernstlich nicht die Rede sein. Da erhebliche Beeinträchtigungen der Persönlichkeitssphäre und schweres Verschulden gefordert werden, ist Vorsorge getroffen, daß die Sorgfaltsanforderungen an eine verantwortungsvoll arbeitende Presse nicht überspannt werden und daß nicht für jede Ungenauigkeit oder objektiv unrichtige Information gehaftet werden muß. Ein Blick auf die Rechtsprechung zeigt schließlich, daß - wie auch im vorliegenden Fall - die zuerkannten Schadensersatzbeträge ihrer Höhe nach sich in angemessenen Grenzen halten, besonders wenn man berücksichtigt, daß das den Schadensersatzanspruch begründende Verhalten des Presseorgans seinerseits in aller Regel von wirtschaftlichen Interessen bestimmt wird. Das Risiko, dem die Presse durch die Rechtsprechung ausgesetzt wird, überschreitet somit nicht das zumutbare Maß. In dem hier zu beurteilenden Fall wird dies besonders deutlich; das Maß an Sorgfalt, das aufzuwenden ist, um die Verbreitung eines erfundenen Interviews zu verhindern, ist niemals unzumutbar.

IV.1. Die traditionelle Bindung des Richters an das Gesetz, ein tragender Bestandteil des Gewaltentrennungsgrundsatzes und damit der Rechtsstaatlichkeit, ist im Grundgesetz jedenfalls der Formulierung nach dahin abgewandelt, daß die Rechtsprechung an "Gesetz und Recht" gebunden ist (Art. 20 Abs. 3). Damit wird nach allgemeiner Meinung ein enger Gesetzespositivismus abgelehnt. Die Formel hält das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig

[BVerfGE 34, 287] und immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung. Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden. Eine solche Auffassung würde die grundsätzliche Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, ein Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreichbar ist. Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den "fundierte[n] allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft" (BVerfGE 9, 338 [349]).

Diese Aufgabe und Befugnis zu "schöpferischer Rechtsfindung" ist dem Richter - jedenfalls unter Geltung des Grundgesetzes - im Grundsatz nie bestritten worden (vgl. etwa R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 100, 1971, und dazu Redeker, NJW 1972, S. 409 ff., jeweils mit

[BVerfGE 34, 288] weiteren Nachweisen). Die obersten Gerichtshöfe haben sie von Anfang an in Anspruch genommen (vgl. etwa BGHZ 3, 308 [315]; 4, 153 [158]; BAG 1, 279 [280 f.]). Das Bundesverfassungsgericht hat sie stets anerkannt (vgl. etwa BVerfGE 3, 225 [243 f.]; 13, 153 [164]; 18, 224 [237 f.]; 25, 167 [183]). Den Großen Senaten der obersten Gerichtshöfe des Bundes hat der Gesetzgeber selbst die Aufgabe der "Fortbildung des Rechts" ausdrücklich zugewiesen (s. z.B. § 137 GVG). In manchen Rechtsgebieten, so im Arbeitsrecht, hat sie infolge des Zurückbleibens der Gesetzgebung hinter dem Fluß der sozialen Entwicklung besonderes Gewicht erlangt.

Fraglich können nur die Grenzen sein, die einer solchen schöpferischen Rechtsfindung mit Rücksicht auf den aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit unverzichtbaren Grundsatz der Gesetzesbindung der Rechtsprechung gezogen werden müssen. Sie lassen sich nicht in einer Formel erfassen, die für alle Rechtsgebiete und für alle von ihnen geschaffenen und beherrschten Rechtsverhältnisse gleichermaßen gälte.

2. Für die Zwecke dieser Entscheidung kann die Fragestellung auf das Gebiet des Privatrechts beschränkt werden. Hier sieht sich der Richter der großen Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber, die seit über 70 Jahren in Kraft steht. Das ist in doppeltem Sinn von Bedeutung: einmal wächst mit dem "Altern der Kodifikation" (Kübler, JZ 1969, S. 645), mit zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung notwendig die Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts. Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaft-

lich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung des Gesetzes die **[BVerfGE 34, 289]** Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, "Recht" zu sprechen, verfehlen will. Zum anderen stoßen, wie die Erfahrung zeigt, gesetzgeberische Reformen gerade dann auf besondere Schwierigkeiten und Hemmnisse, wenn sie zu Änderungen eines der großen Gesetzgebungswerke führen sollen, die das Bild der Rechtsordnung im ganzen so prägen wie die Kodifikation des Privatrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch. ...

[BVerfGE 34, 291] ... Ein Ergebnis aber, das auf einem zivilrechtlich zumindest diskutablen, jedenfalls den Regeln zivilrechtlicher Hermeneutik nicht offensichtlich widersprechenden Wege gewonnen wurde, kann von der Verfassung her nicht beanstandet werden, wenn es gerade der Durchsetzung und dem wirksamen Schutz eines Rechtsgutes dient, das diese Verfassung selbst als Mittelpunkt ihre Wertsystems ansieht. Dieses Ergebnis ist "Recht" im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG - nicht im Gegensatz, sondern als Ergänzung und Weiterführung des geschriebenen Gesetzes. ...

[BVerfGE 34, 292] ... Gegen die Methode der Rechtsfindung des Bundesgerichtshofs kann auch deshalb von Verfassungs wegen nichts eingewendet werden, weil sie sich vom geschriebenen Gesetz nur in dem zur Rechtsverwirklichung im konkreten Fall unerläßlichen Maße entfernt. Der Bundesgerichtshof hat den § 253 BGB weder im ganzen als nicht mehr bindendes Recht betrachtet noch gar als verfassungswidrig kennzeichnen wollen (eine Möglichkeit, die ihm, da es sich um vorkonstitutionelles Recht handelt, offengestanden hätte). Er hat das in der Bestimmung zum Ausdruck kommende Enumerationsprinzip unangestastet gelassen und lediglich die Fälle, in denen der Gesetzgeber bereits die Erstattung immateriellen Schadens verfügt hat, um einen Fall erweitert, in dem ihm die Entwicklung der Lebensverhältnisse, aber auch ein jus superveniens von höherem Rang, nämlich die Artikel 1 und 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, diese Entscheidung als zwingend gefordert erscheinen ließ. Der Bundesgerichtshof und die ihm folgenden Gerichte haben damit nicht das System der Rechtsordnung verlassen und keinen eigenen rechtspolitischen Willen zur Geltung gebracht, sondern lediglich Grundgedanken der von der Verfassung geprägten Rechtsordnung mit systemimmanenten Mitteln weiterentwickelt ...

2) Rechtsfortbildung contra legem: *BGH (GS)*, Beschl. v. 19.5.1981 - GSSt 1/81 (LG Münster) = BGHSt 30, 105 - Rechtsfolgenlösung⁴⁷⁾

Leitsatz: Auch wenn in Fällen heimtückischer Tötung außergewöhnliche Umstände vorliegen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, ist wegen Mordes zu verurteilen. Es ist jedoch der Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuwenden.

Gründe: I. Der 4. Strafsenat hat gemäß § 137 GVG dem Großen Senat für Strafsachen folgende Rechtsfrage vorgelegt:

Ist im Hinblick auf die Entscheidung BVerfGE 45, 187 das Mordmerkmal der Heimtücke entgegen den Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen

[BGHSt 30, 106] BGHSt 9, 385 und 11, 139 zu verneinen, wenn der Täter zur Tat dadurch veranlaßt worden ist, daß das Opfer ihn oder einen nahen Angehörigen schwer beleidigt, mißhandelt und mit dem Tode bedroht hat, und die Tatausführung über die bewußte Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers hinaus nicht besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig) ist?

II.1. In dem Verfahren, das Anlaß zur Anrufung des Großen Senats für Strafsachen gegeben hat, ist vom Tatgericht folgender Sachverhalt festgestellt worden:

Im Januar 1978 drang Sahap S. in die Wohnung des Angeklagten, seines Neffen, ein und nötigte dessen Ehefrau mit vorgehaltener Pistole zum außerehelichen Beischlaf. Auf Grund dieser Vergewaltigung löste sich die Ehefrau des Angeklagten innerlich von ihm, weil es sein Onkel war, der sich an ihr vergangen hatte. Sie versuchte, die Scheidung ihrer bis dahin harmonischen Ehe zu erreichen. Erst im Oktober 1978 offenbarte sie dem Angeklagten, was geschehen war.

⁴⁷⁾ Siehe hierzu auch oben S. 62 die zuvor ergangene grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungskonformen restriktiven Auslegung des Mordtatbestands (BVerfGE 45, 187).

Der Angeklagte, wie sein Onkel türkischer Staatsangehöriger, war fassungslos, weinte vor Verzweiflung und sagte seiner Frau, er werde Rache nehmen. Er stellte seinen Onkel in der Folgezeit jedoch nicht zur Rede. Wegen der ihr angetanen Schmach unternahm die Frau des Angeklagten drei Selbstmordversuche, den letzten Ende Februar 1979. Am Vormittag des 3. März 1979 trafen Sahap S. und der Angeklagte zufällig auf der Straße zusammen. Der Angeklagte forderte die Rückzahlung eines Restdarlehens. Sahap S. soll sich daraufhin mit der von ihm begangenen Vergewaltigung gebrüstet und geäußert haben, er werde auch den Angeklagten "vögeln" und ihn töten. Der Angeklagte solle verschwinden. Es kann sein, daß Sahap S. dem Angeklagten eine in Papier gewickelte Pistole oder einen wie eine Pistole wirkenden anderen Gegenstand vor das Gesicht hielt und dabei sagte, der Angeklagte solle nach Hause gehen, er lebe "noch zwei Wochen, zwei Tage oder zwei Stunden".

[BGHSt 30, 107] Daheim überdachte der Angeklagte die Situation. Er vergegenwärtigte sich, daß Sahap S. eine Belastung für ihn und seine Ehe darstellte und daß der Onkel seine Ehre und die Ehre seiner Frau gröblichst verletzt hatte. Der Angeklagte faßte den Entschluß, Sahap S. zu töten. Er steckte eine Selbstladepistole ein und eröffnete seiner Frau: "Heute ist sein letzter Tag, ich werde ihn umbringen, wenn ich ihn treffe." Dann ging er zu einem Lokal, in dem er seinen Onkel vermutete und tatsächlich antraf. Sahap S. spielte mit drei türkischen Landsleuten Karten. Der Angeklagte grüßte zu ihm hin und stellte sich an die Theke. Er nahm wahr, daß sein Onkel seine ungeteilte Aufmerksamkeit dem Kartenspiel widmete, und war sich bewußt, daß Sahap S. "keinerlei Angriff" von ihm erwartete. Das war dem Angeklagten "durchaus recht". Er zog die Pistole und feuerte 14 bis 16 Schuß auf seinen Onkel ab, der tödlich getroffen wurde.

2. Das Schwurgericht hat den Angeklagten wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Es hat angenommen, daß er Sahap S. heimtückisch tötete.

Der 4. Strafsenat hat gegen diese Annahme rechtliche Bedenken. Er möchte der Sachbeschwerde des Angeklagten stattgeben. Zur Fortbildung des Rechts hält er jedoch eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen über die von ihm formulierte Rechtsfrage für erforderlich. Zur Begründung seiner Auffassung hat der 4. Strafsenat ausgeführt:

Auf Grund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord vom 21. Juni 1977 (BVerfGE 45, 187) könne "Heimtücke als Merkmal besonders verwerflicher Tatausführung nicht schon in jedem Ausnutzen wie auch immer begründeter Arg- und Wehrlosigkeit aus wie auch immer gearteten Motiven gesehen werden". Heimtücke liege jedenfalls dann nicht vor, "wenn der Täter ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen von dem später Getöteten zugefügte Mißhandlung, schwere Beleidigung

[BGHSt 30, 108] oder Todesdrohung zu der Tat veranlaßt worden und die Art seiner Tatausführung nicht Ausdruck von Verschlagenheit ist". Die genannten Tatanlässe stellten in der Regel erheblich ins Gewicht fallende strafmildernde Umstände dar. Bei Totschlag könnten sie zur Annahme eines minder schweren Falles (§ 213 StGB) führen.

Der 4. Strafsenat folgert: Was Sahap S. dem Angeklagten und dessen Ehefrau angetan habe, schließe es aus, die Tat des Angeklagten "als besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig)" zu werten. Sie vermöge deshalb "bei Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht zu rechtfertigen".

Der 4. Strafsenat bemerkt abschließend: Die Rechtsauffassung, die der Große Senat für Strafsachen in früheren Entscheidungen (BGHSt 9, 385 und 11, 139) vertreten habe, stehe zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in einem kaum auflösbaren Widerspruch. Diese Rechtsauffassung würde zur Verwerfung der Revision und damit zur Bestätigung einer Strafe führen, die der 4. Strafsenat für unverhältnismäßig hoch halte. Zwar sei er der Auffassung, daß die früheren Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts "ihrer Bindungswirkung entkleidet" worden sind. Aber der von ihm formulierten Vorlegungsfrage komme grundsätzliche Bedeutung zu, und die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen in dieser Frage sei zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

3. Der Generalbundesanwalt hat vorgeschlagen, die dem Großen Senat für Strafsachen vorgelegte Rechtsfrage wie folgt zu beantworten:

Auch im Hinblick auf die Entscheidung BVerfGE 45, 187 kann das Mordmerkmal der Heimtücke entsprechend den Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen in BGHSt 9, 385 und 11, 139 bejaht wer-

[BGHSt 30, 109] den, wenn der Täter zu der Tat dadurch veranlaßt worden ist, daß das Opfer ihn oder einen nahen Angehörigen schwer beleidigt, mißhandelt und mit dem Tode bedroht hat, und die Tatausführung über die bewußte Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers hinaus nicht besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig) ist.

Der Generalbundesanwalt hat seinen Vorschlag im wesentlichen wie folgt begründet: Eine Einschränkung des Mordtatbestands, wie sie der vorliegende Senat erstrebe, sei von Verfassungs wegen nicht geboten. Das Bundesverfassungsgericht habe in den Entscheidungen zur absoluten Strafdrohung des § 211 StGB die von der Rechtsprechung bisher nicht zugelassene Prüfung der besonderen Verwerflichkeit der Tat nicht als notwendige Voraussetzung einer verfassungskonformen Anwendung des Tatbestands angesehen. Es habe diese Prüfung nur als eine von mehreren Möglichkeiten restriktiver Gesetzesauslegung genannt. Soweit das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus mit dem Begriff der besonderen Verwerflichkeit der Tat Schuldangemessenheit und Verhältnismäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe "zum Ausdruck gebracht" habe, handele es sich nicht um ein Kriterium, das bei der Auslegung und Anwendung des Mordtatbestands im Einzelfall von Verfassungs wegen unabdingbar sei. Denn die besondere Verwerflichkeit der Tat "als Rechtfertigung des Gesetzgebers, einen gesonderten, mit erhöhter absoluter Strafdrohung ausgestatteten Tötungstatbestand zu schaffen", sei nicht gleichzusetzen mit einem bei dessen Auslegung im Einzelfall erforderlichen, ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal. Die vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich gebilligte absolute Strafdrohung und das Erfordernis generalisierender Strafgesetze schlossen Abweichungen vom "Musterfall" eines typischen Mordes notwendigerweise ein.

[BGHSt 30, 110] Ausgangspunkt einer verfassungskonformen Begrenzung des Tatbestandsmerkmals "Heimtücke" sei demnach allein der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Wenn ganz außergewöhnliche Umstände in der Tat oder der Person des Täters nicht erkennbar seien, die eine lebenslange Freiheitsstrafe im Blick auf den Schuldgrundsatz als unvertretbar erscheinen ließen, habe der Strafrichter von den grundlegenden Wertungen des Gesetzgebers auszugehen und die lebenslange Freiheitsstrafe für schuldangemessen zu erachten. Außergewöhnliche Gründe, die der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe von Verfassungs wegen entgegenstünden, weise der Vorlegungsfall nicht auf.

III.1. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem genannten Urteil eine "am verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte restriktive Auslegung" der Tatmodalitäten der Heimtücke und der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat als eine der Voraussetzungen der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord angesehen (BVerfGE 45, 187 Leitsätze 1 und 4). Seiner Auffassung liegt der folgende Gedankengang zugrunde:

Strafdrohungen müßten in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen. Wo die tatbestandsmäßige Handlung und ihr Erfolg verschiedene Grade der Schwere des Unrechts und des Verschuldens aufweisen können, müsse dem Richter grundsätzlich die Möglichkeit flexibler Reaktion eingeräumt werden. Nach der geltenden Fassung des Mordtatbestands stelle sich insbesondere die Frage, ob es mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sei, für jeden Fall der heimtückischen Tötung und der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat ausschließlich lebenslange Freiheitsstrafe anzudrohen (BVerfGE aaO S. 260). Diese Androhung sei in der Rechtswirklichkeit allerdings weniger absolut, als es auf den ersten Blick den Anschein habe. Berücksichtige man die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs - insbesondere die Strafmilderungsmög-

[BGHSt 30, 111] lichkeiten bei verminderter Schuldfähigkeit (§§ 21, 49 Abs. 1 StGB) und bei versuchtem Mord (§ 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB) - und die Bestimmungen des Jugendgerichtsgesetzes (insbesondere § 106 Abs. 1 JGG), so zeige sich, daß der Gesetzgeber es schon durch allgemein strafrechtliche Regelungen ermöglichen, besonderen Umständen in der Person des Täters oder in der Tat Rechnung zu tragen. Auf Grund dieser Regelungen und im Wege einer verfassungskonformen restriktiven Auslegung des § 211 StGB, insbesondere der Mordmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken", könne der Richter im Einzelfall zu einer Strafe kommen, die mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sei (BVerfGE aaO S. 261).

Das Bundesverfassungsgericht erkennt zwar an, daß die Rechtsprechung die genannten Mordmerkmale "schon bislang einschränkend ausgelegt" habe (BVerfGE aaO S. 262). Es nimmt aber dennoch an, daß auf der Grundlage der bisherigen Interpretation des § 211 StGB unverhältnismäßige Härte "in einzelnen Grenzfällen" nicht ausgeschlossen sei, wenn und weil ihnen "nicht das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit der Tat anhaftet, das einen lebenslangen Freiheitsentzug als verhältnismäßig erscheinen läßt" (BVerfGE aaO S. 266). Der Große Senat für Strafsachen hat bisher die Auffassung vertreten, § 211 Abs. 2 StGB umschreibe abschließend die (geschlossenen) Tatbestände der Tötungsverbrechen, die das Gesetz als besonders verwerflich beurteile; deshalb komme eine zusätzliche Verwerflichkeitsprüfung nicht in Betracht (BGHSt 9, 385 [389]; 11, 139 [143]). Wenn das Bundesverfassungsgericht auch andeutet, daß dieser Standpunkt der Überprüfung bedarf, so läßt es doch die Frage offen, welcher Weg im einzelnen zu beschreiten ist, um sicherzustellen, daß lebenslange Freiheitsstrafe nicht in Fällen verhängt werden muß, in denen sie als unverhältnismäßig erschiene. Diesen Weg zu finden, sei die Aufgabe des für die Auslegung der Strafrechtsnormen letztlich zuständigen

[BGHSt 30, 112] Bundesgerichtshofs. Er habe darüber zu entscheiden, ob der Einzelfall eine abschließende Gesamtwürdigung nach dem Kriterium der "besonderen Verwerflichkeit der Tat" erfahren solle, ob das einzelne Mordmerkmal weiter einzuengen sei (das Mordmerkmal "heimtückisch" dadurch, daß man auch einen "verwerflichen Vertrauensbruch" verlange) oder ob mit Hilfe eines anderen methodischen Ansatzes dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und absoluter Strafdrohung Rechnung getragen werde (BVerfGE aaO S. 267).

2. Der durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts dem Bundesgerichtshof überlassenen Aufgabe, den methodischen Weg zu bestimmen, der es ermöglicht, den Anwendungsbereich der lebenslangen Freiheitsstrafe so einzugrenzen, daß dem Grundsatz der schuldangemessenen, gerechten Strafe in jedem Einzelfall entsprochen werden kann (vgl. Eser JR 1981, 177 [180 Anm. 43a]), hat der Große Senat für Strafsachen sich so weit zu unterziehen, wie es die Vorlegungsfrage verlangt. Sie betrifft ausschließlich die Tatmodalität der heimtückischen Begehungsweise. Für die in dieser Eingrenzung zu lösende Aufgabe sind weitere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von Interesse. Es hat in einem Beschluß vom 24. April 1978 - 1 BvR 425/77 (JR 1979, 28 mit Anm. von Bruns) festgestellt, daß § 212 Abs. 2 StGB mit dem Grundgesetz vereinbar ist, und es hat mit Beschluß vom 25. Oktober 1978 - 1 BvR 983/78 (BVerfGE 50, 5) in einem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eindeutigen Fall der Heimtücke gebilligt, daß das Schwurgericht dieses Mordmerkmal angenommen und den erheblich vermindert schuldfähigen Täter zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt hat, obgleich er "lediglich das Überraschungsmoment", nicht aber "vorhandenes Vertrauen" (Gesichtspunkte, denen insbesondere von Eser in Schönke/Schröder, StGB 20. Aufl. § 211 Rn. 26 die Bedeutung von Abgrenzungskriterien beigelegt wird) ausnutzte.

[BGHSt 30, 113] IV.1. Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat den Weg der Einengung des Heimtückemerkmals durch inhaltliche Präzisierung des Begriffs der Arglosigkeit beschritten. Im Gegensatz zu früheren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHSt 7, 218 [221]; 20, 301 [302]; 23, 119 [120]; BGH GA 1967, 244 [245]) beantwortet er die Frage, "mit welcher Entwicklungsmöglichkeit das Opfer rechnen muß, damit seine Arglosigkeit entfällt" (Geilen, Gedächtnisschrift für Horst Schröder S. 235, 239), dahin, daß es weder mit einem Angriff auf sein Leben oder auf seine körperliche Unversehrtheit noch überhaupt mit Tötlichkeiten zu rechnen brauche. Es genüge, daß es nicht ohne Arg sei. Ohne Arg sei es aber schon dann nicht, wenn der Tötungshandlung "eine in offener Feindschaft geführte Auseinandersetzung unmittelbar" vorausgehe (BGHSt 27, 322 [324]; vgl. auch BGH, Urt. vom 24. Mai 1978 - 2 StR 724/77, wiedergegeben von Rengier MDR 1979, 969 [973]). Mit dem Ende einer solchen Auseinandersetzung gewinne das Opfer seine Arglosigkeit zurück, wenn es durch sein Verhalten zu erkennen gebe, daß es keine Feindseligkeit mehr erwarte. Es komme nicht darauf an, ob es nunmehr begründetermaßen arglos sein dürfe, sondern darauf, ob es in seinem Verhalten Arglosigkeit zeige (BGHSt 28, 210, 211; vgl. hierzu auch BGH NJW 1980, 792; BGH, Urt. vom 23. Mai 1978 - 5 StR 664/77; aA Arzt JR 1979, 7 [12]).

Es läßt sich nicht bestreiten, daß in den tragenden Gründen der Entscheidung BGHSt 27, 322 ein "Bruch mit der bisherigen Begründungslinie" liegt (Geilen aaO S. 246; M.-K. Meyer JR 1979, 441 [442]; Rengier aaO). Der am "hinterrücks überfallenen Opfer" orientierte Schutz- und Gefährlichkeitsgedanke (vgl. BGHSt 11, 139 [143/144]) verliert an Bedeutung, wenn schon das feindselige Streitgespräch heimtückische Tötung entfallen läßt, falls die Tat "unmittelbar" aus ihm hervorgeht. Die Frage liegt nahe, ob der Begriff der Arglosigkeit noch "psychologische Substanz" (Geilen aaO S. 242) besitzt, wenn nur in Worten zum Ausdruck kommende Feindseligkeit beim Opfer akutes Gefährdungs-

[BGHSt 30, 114] bewußtsein nicht hervorruft und nicht hervorzurufen braucht, aber dennoch geeignet sein soll, ihm die Arglosigkeit zu nehmen. Nicht zu Unrecht weist Eser (JR 1981, 177 [181]) darauf hin, daß eine offen feindselige (verbale) Konfrontation "angesichts der im Nahraum überaus häufigen Gewöhnungsaspekte" für das Opfer durchaus kein Anlaß sein muß, mit einem Angriff auf sein Leben zu rechnen. Es ist nicht Sache des Großen Senats für Strafsachen, die für und gegen BGHSt 27, 322 sprechenden Gesichtspunkte, die eine definitorische Grenzkorrektur betreffen, welche für den Vorlegungsfall ohne Bedeutung ist, in diesem Beschlusse umfassend zu erörtern. Auf der Grundlage der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen wird jedoch die Frage zu stellen sein, ob die normative Restriktion des Begriffs der Arglosigkeit, die vom 2. Strafsenat vorgenommen worden ist, zu einer bedenklichen Tatbestandsverschiebung geführt hat, durch die einerseits Terrain heimtückischen Handelns unnötig preisgegeben worden ist, andererseits der kritische Bereich erheblich geminderter Schuld nur am Rande - durch das "affektnahe Kriterium vorangegangener Feindseligkeit" (Eser aaO S. 182) - erfaßt wird.

2. Das Bundesverfassungsgericht hat auf zwei Lösungsansätze hingewiesen, die im Schrifttum bevorzugt werden. Die Anhänger des einen wollen im Wege der sogenannten Typen- oder Tatbestandskorrektur trotz heimtückischer Begehungsweise Mord verneinen, wenn eine Tötungshandlung auf Grund umfassender Gesamtwürdigung aller Tatumstände und der Täterpersönlichkeit als nicht besonders verwerflich erscheint (so z.B.

Eser in Schönke/Schröder, StGB 20. Aufl. § 211 Rn. 10; Eser JR 1981, 177 [183]; Geilen JR 1980, 309 ff.; Lange, Gedächtnisschrift für Horst Schröder S. 217 ff.; Rieß NJW 1968, 628 [630]). Die Anhänger des anderen Lösungsansatzes wollen heimtückische Tötung nur bejahen, wenn der Täter durch seine Tat einen (besonders) "verwerflichen Vertrauensbruch" begeht (so z.B. Blei, Strafrecht II 11. Aufl. § 6 II 2a; Eser in Schönke/Schröder aaO Rn. 26; Hassemer JuS 1971, 626 [630]);

[BGHSt 30, 115] Kohlrausch/Lange, StGB 43. Aufl. § 211 Anm. VIII 5; Otto, Grundkurs BT § 4 II; Schaffstein, Festschrift für Hellmuth Mayer S. 419, 428; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht S. 232 ff.). Beide Lösungsansätze stehen für einen Teil ihrer Vertreter nicht in einem Verhältnis der Exklusivität, sondern liefern die Kriterien für eine "Doppelkorrektur" (vgl. Kohlrausch/Lange aaO; Lange aaO S. 225; Eser JR aaO Anm. 70). Gegen jeden von ihnen bestehen schwerwiegende Bedenken.

a) Die - nicht nur für Fälle der Heimtücke, sondern für alle Tatmodalitäten des Mordes Geltung beanspruchende - Lehre von der Typenkorrektur vermag für die von ihr geforderte (je nach ihrer positiven oder negativen Fassung als tatbestandsbegründend oder tatbestandsausschließend angesehene) Gesamtwürdigung keine festen Maßstäbe anzugeben. Das Kriterium der "besonderen Verwerflichkeit" ist von generalklauselartiger Weite und stellt infolgedessen Berechenbarkeit und Gleichmäßigkeit der die Tatbestandsfrage betreffenden Rechtsanwendung in einem zentralen Bereich des Strafrechts in Frage. Wie im Einzelfall die (nur noch indizielle) Bedeutung eines Mordmerkmals im Rahmen der Gesamtwürdigung zu veranschlagen wäre, ist völlig ungewiß und hängt nicht zuletzt von der subjektiven Einschätzung der "Mordqualität" des Merkmals ab. Was der Große Senat für Strafsachen im Jahre 1957 gegen das "vage Kriterium der besonderen Verwerflichkeit" (Arzt JR 1979, 7 [9]) einwandte - "die Rechtsprechung würde zu unsicher und ungleichmäßig" (BGHSt 11, 139 [143]) -, trifft nach wie vor zu (gegen eine "gesamtwürdigende Typenkorrektur" wenden sich z. B. auch Dreher/Tröndle, StGB 40. Aufl. § 211 Rn. 2; Jähnke in LK 10. Aufl. vor § 211 Rn. 37; Lackner in Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1980 Bd. II M 25, 36; Maurach/Schröder, Strafrecht BT I, 6. Aufl., § 2 III A 3a; Rengier MDR 1979, 969 [972] und MDR 1980, 1 [6]).

b) Die Ansicht, die das Wesen der Heimtücke in einem (besonders) "verwerflichen Vertrauensbruch" findet, muß

[BGHSt 30, 116] sich entgegenhalten lassen, daß sie wegen der Vieldeutigkeit des Vertrauensbegriffs ebenfalls zu einer unsicheren und ungleichmäßigen Rechtsprechung in der Tatbestandsfrage führt, gerade in Grenzfällen keinen Fortschritt erbringt und - weil zwischen Vertrauensbruch und gesteigertem Unwert der Tat nicht ohne weiteres eine Kongruenz besteht (Jähnke aaO § 211 Rn. 50) - einerseits den Mordtatbestand unangemessen ausdehnt, andererseits in nicht billigerswerter Weise einschränkt. Tötungshandlungen wie diejenigen, die Gegenstand der Entscheidungen BVerfGE 50, 5 und BGHSt 28, 210 waren, würden aus dem Anwendungsbereich des § 211 StGB herausfallen. Es erscheint "unerträglich, den Überfall auf einen Ahnungslosen allein deshalb nicht als heimtückisch anzusehen, weil Täter und Opfer bis dahin in keiner persönlichen Beziehung zueinander gestanden haben" (BGHSt aaO S. 212; gegen den Vertrauensbruch als Voraussetzung heimtückischen Handelns z. B. auch Arzt aaO S. 11; Dreher/Tröndle aaO Rn. 6c; Geilen, Gedächtnisschrift für Horst Schröder S. 235, 249 ff.; Jähnke aaO; Maurach/Schröder aaO § 2 III B 2c; Rengier MDR 1980, 1 [4]).

V.1. Das Heimtückemerkmal kennzeichnet eine besonders gefährliche Begehungsweise. Wer einen anderen (in feindseliger Willensrichtung - vgl. BGHSt 9, 385, 390) heimtückisch tötet, verübt, weil er sein Opfer "hinterücks überfällt" (BGHSt 11, 139 [144]), auf Grund seines Vorgehens einen Mord. Schon und allein in diesem Vorgehen liegt das gesteigerte Unrecht. Aber weil das tatbestandsmäßige Handeln sich in der vorsätzlichen Lebensvernichtung auf heimtückische Weise erschöpft, werden in der Verbotsmaterie die Schuldkomponenten, die den Anknüpfungstatbestand der Strafzumessung bilden (vgl. Lackner, StGB 14. Aufl. Bem. III 4 vor § 13), nur unzulänglich erfaßt. Fälle wie BGHSt 3, 183 (oder BGHSt 9, 385, BGH NJW 1966, 1823; 1978, 709; BGH, Urt. vom 21. Juni 1978 - 3 StR 56/78 - bei Holtz MDR 1978, 805; der Vorlegungsfall) einerseits und BGHSt 2, 60 (oder BGHSt 2, 251; 23, 119; 28, 210;

[BGHSt 30, 117] BVerfGE 50, 5) andererseits lassen auf der Ebene des Tatbestands keine Differenzierung zu, weil das Unrecht des Tötens unter bewußter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ihnen allen anhaftet. Sie unterscheiden sich aber erheblich in Momenten der Schuld (z.B. der affektiven Antriebslage, den Beweggründen, der Gesinnung des Täters oder seiner Belastung durch Provokation oder Konflikt). Aus dem Vorliegen und der konkreten Beschaffenheit solcher Schuldmomente erwachsen die "Grenzfälle" (BVerfGE 45, 187 [266/267]), in welchen die Frage der Verhältnismäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe Berechtigung gewinnt. Die bisherige Rechtsprechung hat Entlastungsfaktoren, die das Ausmaß der Schuld verringern, nur mittelbar - im Rahmen der Prüfung der inneren Tatseite heimtückischen Handelns - erfaßt (vgl. BGHSt 6, 120 [121]; 6, 329 [331]; 11, 139 [144]; BGH NJW 1966, 1823 [1824]; 1978, 709 [710]; BGH, Urt. vom 21. Juni

1978 - 3 StR 56/78 - bei Holtz MDR 1978, 805; BGH GA 1979, 337 [338]). Diese Erfassung auf der Ebene des inneren Tatbestands hat scharfe Kritik erfahren, soweit sie als Mittel einer die Nichtanwendung des Mordtatbestands bezweckenden "Vermeidungsstrategie" (Eser JR 1981, 177, 180) erschien und in einer über § 212 StGB hinausgehenden "Talfahrt" (Geilen JR 1978, 341 [342]) zur Anwendung des § 213 StGB und zu als unverhältnismäßig niedrig angesehenen Strafen führte. Die strengen Anforderungen, die von der Rechtsprechung an den Heimtückeversatz gestellt werden, sind aber durchaus keine bloße "Behelfskonstruktion", durch welche eine Verwerflichkeitsprüfung mit "psychologischen Fiktionen" verdeckt wird (so Geilen JR 1980, 309 [312]). Sie haben ihren sachlichen Grund darin, daß die Heimtücke als normatives Tatbestandsmerkmal ein Sinnverständnis oder - was nichts anderes besagt - eine Bedeutungskennntnis des Täters voraussetzt, weil nur unter dieser Voraussetzung die Rede davon sein kann, daß er sich zur Tötung mit Rücksicht auf die für die Tat ausführung gegebene günstige Situation entschlossen, die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewußt

[BGHSt 30, 118] ausgenutzt habe (Herdegen, BGH-Festschrift S. 195, 203/204; Jähnke in LK 10. Aufl. § 211 Rn. 47). Das Sinnverständnis kann fehlen, auch wenn der Täter die tatsächlichen Umstände, welche seine Tötungshandlung zu einer objektiv-heimtückischen machen, nicht verkennt. Der Mangel des Sinnverständnisses kann die Folge gerade derjenigen Momente sein, die für das Ausmaß der Schuld von wesentlicher Bedeutung sind. Der Kritik ist allerdings zuzugeben, daß subjektive Entlastungsfaktoren, auch wenn sie - wie im Vorlegungsfall (vgl. Eser aaO S. 178) - für die innere Tatseite keine Rolle spielen, nach Erfassung und Bewertung im Rahmen der Strafzumessung drängen (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StGB: "Beweggründe", "Ziele", "Gesinnung").

2. Die absolute Strafdrohung für Mord (§ 211 Abs. 1 StGB) schließt Zumessungserwägungen aus. Die verfassungskonforme Rechtsanwendung gebietet ihre Ersetzung durch einen für solche Erwägungen offenen Strafrahmen, wenn die Tatmodalität der heimtückischen Begehungsweise mit Entlastungsmomenten zusammentrifft, die zwar nicht nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zu einer mildereren Strafdrohung führen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe aber als mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar erscheint (ähnlich Geilen JR 1980, 309, 314, der aber in erster Linie die "allgemeine Verwerflichkeitskontrolle" vertritt; Maurach/Schroeder, Strafrecht BT I 6. Aufl. § 2 III A 3c und B 2c, bb; Rengier MDR 1980, 1, 3). Allerdings kann nicht jeder Entlastungsfaktor, der nach § 213 StGB zur Annahme eines minder schweren Falles zu führen vermag, genügen (aA Rengier aaO). § 213 StGB ist dem Tatbestand des Totschlags zugeordnet. Deshalb und weil nach dieser Vorschrift eine Privilegierung verhältnismäßig leicht zu erreichen ist (vgl. Jähnke aaO § 213 Rn. 4; Geilen aaO S. 315/316), kann ihr nicht der passende Maßstab entnommen werden. Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den

[BGHSt 30, 119] Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, daß jener "Grenzfall" (BVerfGE 45, 187 [266, 267]) eintritt, in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich geminderter Schuld unverhältnismäßig wäre.

Eine abschließende Definition oder Aufzählung der in Fällen heimtückischer Tötung zur Verdrängung der absoluten Strafdrohung des § 211 Abs. 1 StGB führenden außergewöhnlichen Umstände ist nicht möglich. Durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motivierte, in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus "gerechtem Zorn" (vgl. BGH MDR 1961, 1027) auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten können solche Umstände aufweisen, ebenso Taten, die in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben.

3. Die bisherige Rechtsprechung hat punktuell - in dem Erfordernis der "feindlichen Willensrichtung" - Beweggründe des Täters berücksichtigt und heimtückische Tatbegehung verneint, wenn er "zum Besten" des Opfers zu handeln glaubte (BGHSt 9, 385 [390]; BGH NJW 1978, 709; BGH, Urt. vom 17. Dezember 1980 - 3 StR 433/80 - bei Holtz MDR 1981, 267). Der Große Senat für Strafsachen führt diesen Ansatz, wenn auch nicht auf der Tatbestandsseite, fort. Er nimmt, wie dargelegt, mit Hilfe des Kriteriums der "außergewöhnlichen Umstände, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint", eine Ergänzung der Rechtsfolgenseite des Mordparagrafen vor, die aus folgenden Gründen anderen Lösungen gegenüber den Vorzug verdient:

a) Sie engt den Tatbestand der Heimtücke nicht weiter ein und stellt seine Bestimmtheit und die Gleichmäßigkeit der ihn betreffenden Rechtsanwendung nicht in Frage. Allein gesetzliche Merkmale entscheiden nach wie vor darüber, wel-

[BGHSt 30, 120] che Tötungshandlung als Mord, welche als Totschlag einzustufen ist.

b) Die den Tatbestand des Mordes nicht berührende Ergänzung der Rechtsfolgenseite führt nicht zur Anwendung des Strafrahmens des § 213 StGB, weil diese Vorschrift dem Tatbestand des Totschlags zugeordnet ist,

sondern zur Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB (vgl. 5.). Damit werden unverhältnismäßig niedrige Strafen in Fällen vermieden, in denen das Mordmerkmal der Heimtücke die Abwägung der straferschwerenden und der strafmildernden Umstände entscheidend mitbestimmt.

4. Die Anwendung eines generalklauselartigen Kriteriums innerhalb dieser Strafrahmen- und Strafzumessungslösung ist im Hinblick auf entsprechende gesetzliche Regelungen auch im Bereich der Tötungsdelikte (§ 212 Abs. 2 StGB; zweite Alternative des § 213 StGB) unbedenklich. Sie ermöglicht in allen in Betracht kommenden Heimtückefällen die Verhängung der schuldangemessenen Strafe.

5. In Fällen, in denen auf Grund besonderer gesetzlicher Milderungsgründe Strafmilderung vorgeschrieben oder zugelassen ist, tritt an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe von drei bis fünfzehn Jahren (§ 49 Abs. 1 Nr. 1, § 38 Abs. 2 StGB). Vom Gesetz nicht in die Regelung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB einbezogenen außergewöhnlichen Umständen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, kann keine geringere Wirkung als den gesetzlichen Milderungsgründen beigemessen werden, die sich (wie etwa in Fällen des § 13 Abs. 2, des § 17 Satz 2 oder des § 21 StGB) aus der Berücksichtigung bestimmter schuld mindernder Umstände ergeben. Sie führen infolgedessen ebenfalls zur Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB, und zwar zwingend, weil das verfassungsrechtliche Übermaßverbot keine Ausnahmen kennt. Dieser Strafrahmen gestattet es, dem Bewertungsgegensatz, der sich daraus ergibt, daß einerseits das Mordmerkmal der Heimtücke vorliegt, andererseits schuld mindernde Umstände von Gewicht

[BGHSt 30, 121] gegeben sind, in jeder Ausprägung, die er im Einzelfall erfährt, Rechnung zu tragen.

VI. Der Große Senat für Strafsachen hat die Frage, ob die verfassungskonforme Rechtsfortbildung, die er für erforderlich hält, im Wege richterlicher Rechtsschöpfung vorgenommen werden kann, mit folgenden Erwägungen bejaht:

Auf Grund der Wertvorstellungen der Verfassung und des sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat das Bundesverfassungsgericht eine Regelungslücke festgestellt, die zwar nicht als ursprüngliche "planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes" (vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz S. 39; Engisch, Einführung in das juristische Denken 7. Aufl. S. 141; Krey JZ 1978, 361 [364/365]; Larenz, Festschrift für Heinrich Henkel S. 31, 40) angesehen werden kann (aA Geilen JR 1980, 309 [314]), die aber einer solchen Unvollständigkeit auf Grund eines Wandels der Rechtsordnung gleichzuachten ist (vgl. Engisch aaO S. 145; Larenz aaO S. 41). Die Behebung dieser Lücke hat das Bundesverfassungsgericht dem Bundesgerichtshof überlassen. Dem Großen Senat für Strafsachen ist es nicht verwehrt, sie dadurch zu schließen, daß er in Heimtückefällen auf der Rechtsfolgenseite des Mordes (§ 211 Abs. 1 StGB) an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe den Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB treten läßt, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, die das Ausmaß der Täterschuld erheblich mindern (vgl. BVerfGE 34, 269 [290]).

VII. Die vorgelegte Rechtsfrage, so wie sie formuliert worden ist, muß verneint werden, weil heimtückische Begehungsweise und damit der Mordtatbestand durch die vom 4. Strafsenat genannten Entlastungsmomente keine Änderung ihrer Voraussetzungen erfahren. Ihre Beantwortung ist jedoch auf die das Recht fortbildende und für den Vorlegungsfall wesentliche Aussage zu erstrecken, daß diese Entlastungsmomente, wenn sie das Gewicht außergewöhnlicher Umstände haben, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint,

[BGHSt 30, 122] zur Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB führen. In der Sache stimmt der vorliegende Senat mit dieser Auffassung weitgehend überein. Sie ist so zusammenzufassen, wie aus dem Leitsatz ersichtlich.

4. Materialien zum Themenkreis "Die Garantiefunktion des Strafgesetzes"

1) **Bestimmtheit der Nötigung: BVerfG, Urt. v. 11.11.1986 - 1 BvR 713/83 u.a.** = BVerfGE 73, 206 = NJW 1987, 43 - Sitzblockaden I (= Mutlangen)

Leitsätze: 1.a) Soweit in § 240 StGB Nötigungen mit dem Mittel der Gewalt unter Strafe gestellt werden, genügt die Normierung durch den Gesetzgeber dem aus Art. 103 II GG folgenden Bestimmtheitsgebot. ...

2.a) Die Verfassung gebietet nicht, die Teilnahme an derartigen Sitzdemonstrationen sanktionslos zu lassen. § 240 StGB ist jedoch in dem Sinne verfassungskonform auszulegen und anzuwenden, daß die Bejahung nötiger Gewalt im Falle einer Erstreckung dieses Begriffs auf solche Sitzdemonstrationen nicht schon zugleich die Rechtswidrigkeit der Tat indiziert. ...

Zum Sachverhalt: Die Bf. hatten sich dagegen gewehrt, daß ihre Teilnahme an Sitzblockaden vor militärischen Einrichtungen, die sich gegen die Nachrüstung gerichtet hatten, wegen Nötigung (§ 240 StGB) bestraft worden waren.

Aus den Gründen: ... **I.** In Rechtsprechung und Literatur ist nicht nur die verfassungsrechtliche, sondern vor allem die strafrechtliche Beurteilung von Sitzdemonstrationen der vorliegenden Art umstritten. ...

II. In den Ausgangsverfahren haben die Gerichte die Bf. wegen Nötigung gem. § 240 StGB bestraft. Soweit durch diese Vor-

[**NJW 1987, 44**] schrift Nötigungen mit dem Mittel der Gewalt unter Strafe gestellt werden, ergibt die verfassungsgerichtliche Überprüfung, daß die Normierung des § 240 StGB durch den Gesetzgeber dem aus Art. 103 II GG folgenden Bestimmtheitsgebot für Strafbestimmungen genügt. Auch die weitere Interpretation des Gewaltbegriffes in der Rechtsprechung überschreitet nach Meinung von vier Richtern nicht die Grenzen, die das Grundgesetz für die Auslegung strafrechtlicher Vorschriften zieht; nach Meinung der vier anderen Richter ist es hingegen mit dem aus Art. 103 II GG herleitbaren Analogieverbot unvereinbar, wenn Gerichte die Gewaltalternative des § 240 StGB auf Handlungen der vorliegenden Art erstrecken.

1. Art. 103 II GG gewährleistet, daß eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Das BVerfG hat sich mit dieser Verfassungsnorm in zahlreichen Entscheidungen befaßt und schon früh klargestellt, daß sich ihre Bedeutung nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Strafbegründung erschöpft (BVerfGE 14, 174 [185]; st. Rspr.). In späteren Entscheidungen ist herausgearbeitet worden, daß Art. 103 II GG ein für die Gesetzgebung wesentliches Bestimmtheitsgebot sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie enthält. Aus Anlaß eines Falles, in dem Art. 103 II GG durch unzulässige Auslegung der angewandten Strafnorm verletzt worden war, hat das BVerfG die Grundsätze seiner bisherigen Rechtsprechung wie folgt zusammengefaßt (BVerfGE 71, 108 [114 ff.]; vgl. auch BVerfGE 47, 109 [123 f.]; 64, 389 [393 f.]).

Art. 103 II GG verpflichtet den Gesetzgeber - neben dem hier nicht zu erörternden Rückwirkungsverbot -, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, daß Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck. Es geht einerseits um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Im Zusammenhang damit soll andererseits sichergestellt werden, daß der Gesetzgeber über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 II GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, über die Voraussetzungen einer Bestrafung selbst zu entscheiden.

Wenn hiernach Strafvorschriften in der dargelegten Weise bestimmt sein müssen, so schließt dies nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen. Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. Auch ist es wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen unvermeidlich, daß in Grenzfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Jedenfalls im Regelfall muß der Normadressat aber anhand der gesetzlichen Regelung voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist. In Grenzfällen ist auf diese Weise für ihn wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar. Unter diesem Aspekt ist für die Bestimmtheit einer Strafvorschrift in erster Linie der für den Adressaten erkennbare und verstehbare Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes maßgebend.

Das Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit schließt nach der Rechtsprechung eine analoge oder gewohnheitsrechtliche Strafbegründung aus. Dabei ist "Analogie" nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechts-"Anwendung", die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Art. 103 II GG zieht der Auslegung von Strafvorschriften eine verfassungsrechtliche Schranke. Da Gegenstand der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen immer nur der Gesetzestext sein kann, erweist dieser sich als maßgebendes Kriterium: Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Wenn, wie gezeigt, Art. 103 II GG Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten verlangt, so kann das nur bedeuten, daß dieser Wortsinn aus der Sicht des Bürgers zu bestimmen ist.

Daraus folgt: Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich (und notwendig) erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren. Führt erst eine über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausgehende "Interpretation" zu dem Ergebnis der Strafbarkeit eines Verhaltens, so darf dies nicht zu Lasten des Bürgers gehen. Die Gerichte müssen daher in Fällen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr erfaßt sind, zum Freispruch gelangen. Dies gilt auch dann, wenn als Folge der wegen des

Bestimmtheitsgebots möglichst konkret abzugrenzenden Strafnorm besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, mag auch das Verhalten in ähnlicher Weise strafwürdig erscheinen. Insoweit muß sich der Gesetzgeber beim Wort nehmen lassen. Es ist seine Sache zu entscheiden, ob er die sich aus einer möglichen Strafbarkeitslücke ergebende Lage bestehen lassen oder eine neue Regelung schaffen will. Den Gerichten jedenfalls ist es durch Art. 103 II GG verboten, dieser Entscheidung vorzugreifen.

An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Auch im Schrifttum wird ihr - abgesehen von hier nicht interessierenden Einzelheiten - weitgehend zugestimmt (vgl. die Nachweise bei *Krahl*, Die Rspr. des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im StrafR [Art. 103 II GG], 1986, S. 220 ff.). Gewarnt wird allerdings vor der Gefahr, die Rechtsprechung könne zu einem Verbalbekenntnis werden, da sie dazu neige, die Möglichkeit von Verletzungen des Bestimmtheitsgebots und des Analogieverbots im Einzelfall allzu großzügig zu beurteilen (*Krahl*, aaO, S. 412).

2. Eine Prüfung des § 240 StGB am Maßstab des Art. 103 II GG ergibt unter Anwendung der dargelegten Grundsätze zunächst, daß jedenfalls die Normierung der Gewaltalternative durch den Gesetzgeber nicht zu beanstanden ist. ... Dabei verwendet er mit dem Begriff der Gewalt ein sprachlich verständliches Merkmal, das auch in zahlreichen anderen Strafvorschriften vorkommt, das zwar für eine Auslegung offen sein mag, dessen Tragweite sich aber durch eine an Wortlaut und Gesetzeszweck orientierte Auslegung in einer für den Bürger hinreichend vorhersehbaren Weise ermitteln läßt.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Nötigungstatbestandes ist weiter bedeutsam, daß nach der gesetzlichen Regelung auch eine Nötigung mit dem Mittel der Gewalt nur dann strafbar sein soll, wenn sie rechtswidrig erfolgt. ...

[**NJW 1987, 45**] Wie immer der Begriff der Verwerflichkeit zu verstehen sein mag: Es ist nicht zu verkennen, daß durch die Verwerflichkeitsregel des § 240 II StGB die Entscheidung darüber, was im Einzelfall als Nötigung zu bestrafen ist, in erheblichem Umfang auf den Richter verlagert wird. Damit entsteht die Gefahr, daß nicht mehr die vor der Tat getroffene Konfliktregelung des Gesetzgebers, sondern die nach der Tat vom Richter empfundene Strafwürdigkeit zur Grundlage der Bestrafung wird. Demgemäß wird im Schrifttum bezweifelt, ob die Regelung hinreichend bestimmt im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 103 II GG ist (...). Die Bedenken werden gefördert durch eine Formulierung des Großen Senats des BGH für Strafsachen, der dem Richter bei der Anwendung des § 240 StGB ausdrücklich Wertungen anstelle des Gesetzgebers zuerkannte (BGHSt 2, 194 [195 f.]). Bei diesen Bedenken bleibt indessen außer acht, daß es sich bei der strittigen Verwerflichkeitsregel - unabhängig von ihrer strafrechtlichen Einordnung - um ein tatbestandsregulierendes Korrektiv handelt, das die Strafbarkeit der durch andere Merkmale umschriebenen Nötigungshandlung beschränkt und dessen Anwendung sich insoweit zugunsten des Täters auswirkt. Da diese Einschränkung von den Umständen des jeweiligen Falles abhängt, entzieht sie sich einer im voraus bestimmbar umschreibung in ähnlicher Weise wie die Güterabwägung im Falle des Notstandes (§ 34 StGB) oder der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB). In derartigen Fällen ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber sich mit sprachlich verständlichen wertungsabhängigen Begriffen begnügt und deren Anwendung im Einzelfall dem Richter überträgt ...

3. Verfassungsrechtlich zweifelhaft kann nach alledem nicht schon die normative Regelung durch den Gesetzgeber, sondern allenfalls deren Auslegung durch die Gerichte sein ...

[**NJW 1987, 47**] III. Die Verfassung gebietet es nach übereinstimmender Ansicht des Senats nicht, Sitzdemonstrationen der vorliegenden Art sanktionslos zu lassen. ...

1. Wenn der Gesetzgeber Sitzdemonstrationen der vorliegenden Art als Ordnungswidrigkeit oder auch als strafwürdiges Unrecht einstuft, dann ist das verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Die Bf. verstehen ihre Aktionen als kollektive Kundbarmachung von Meinungen durch symbolische Handlungen, nämlich als zwar ohnmächtigen, aber aufsehenerregenden Protest gegen den lebensgefährlichen atomaren Rüstungswettlauf und damit als Ausübung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit (vgl. dazu BVerfGE 69, 315 [343]). Ihre Sitzblockaden fallen nicht schon deshalb aus dem Geltungsbereich dieses Grundrechts heraus, weil ihnen eine mit dem Mittel der Gewalt begangene Nötigung zur Last gelegt wird. Zwar gewährleistet Art. 8 GG nur das Recht, sich "friedlich" zu versammeln (vgl. dazu BVerfGE 69, 315 [359 f.]). Der verfassungsrechtliche Begriff der Unfriedlichkeit kann aber nicht mit dem von der Rechtsprechung entwickelten weiten Gewaltbegriff des Strafrechts gleichgesetzt werden. Dagegen spricht bereits, daß die Verfassung die Unfriedlichkeit in gleicher Weise wie das Mitführen von Waffen bewertet, also ersichtlich äußerliche Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa Gewalttätigkeiten oder aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen meint und die Anwendbarkeit des Grundrechts nicht davon abhängig macht, ob eine Behinderung Dritter gewollt ist oder nur in Kauf genommen wird. Jedenfalls besteht angesichts der weiten Fassung des Gesetzesvorbehalts in Absatz 2 des Art. 8 GG keine Notwendigkeit, den Begriff der Friedlichkeit eng zu verstehen und damit den Geltungsbereich der Grundrechtsgewährleistung von vornherein derart einzuschränken,

daß der Gesetzesvorbehalt weitgehend funktionslos wird (...). Sofern sich die Teilnehmer auf passive Resistenz beschränken und insoweit friedlich bleiben, wird auch im Schrifttum überwiegend davon ausgegangen, daß Sitzblockaden als Versammlungen i. S. von Art. 8 GG behandelt werden können. Damit steht in Einklang, daß auch das Versammlungsgesetz nur Versammlungen mit gewalttätigem oder aufrührerischem Verlauf als unfriedlich behandelt (§§ 5 Nr. 3, 13 I Nr. 2).

Die Heranziehung des Art. 8 GG führt indessen nicht dazu, die Sitzblockaden der Bf. als rechtmäßig einzustufen. Der erwähnte Absatz 2 des Art. 8 GG sieht ausdrücklich vor, daß der Gesetzgeber das Grundrecht für Versammlungen unter freiem Himmel beschränken darf. Im Rahmen dieser Regelungsbefugnis darf er auch Sanktionen gegen gezielte Verkehrsbehinderungen anordnen. Jedenfalls gehört zu den grundrechtsbeschränkenden und verfassungsrechtlich zulässigen Einschränkungen die Vorschrift des § 15 Versammlungsgesetzes, wonach eine Versammlung bei einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit aufgelöst werden darf (vgl. dazu BVerfGE 69, 315 [352 f.]). Eine solche Auflösung ist in Fällen der vorliegenden Art auch dann statthaft, wenn § 15 Versammlungsgesetzes in der gebotenen Weise im Lichte der grundlegenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit angewendet wird. Dabei kann davon ausgegangen werden, daß die Versammlungsfreiheit grundsätzlich die Selbstbestimmung über Art und Ort der Veranstaltung umfaßt (BVerfGE 69, 315 [343]) und insoweit ein Recht zur Mitbenutzung der im Allgemeingebrauch stehenden Straße einschließt. Auch trifft der Hinweis der Bf. zu, daß mit jeder Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit unvermeidbar gewisse nötige Wirkungen in Gestalt von Behinderungen verbunden sind, da Dritte am Versammlungsort durch das körperliche Verweilen von Demonstranten zwangsläufig verdrängt werden. Derartige Behinderungen und Zwangswirkungen werden aber nur so weit durch Art. 8 GG gerechtfertigt, wie sie als sozial-adäquate Nebenfolge mit rechtmäßigen Demonstrationen verbunden sind und sich auch durch zumutbare Auflagen nicht vermeiden lassen. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn die Behinderung Dritter nicht nur als Nebenfolge in Kauf genommen, sondern beabsichtigt wird, um die Aufmerksamkeit für das Demonstrationsanliegen zu erhöhen. Insoweit hat der BGH schon im Laepple-Urteil zutreffend dargelegt, daß die Verfassung zwar breiten Spielraum für öffentliche Einflußnahmen eröffnet, daß aber niemand befugt sei, die öffentliche Aufmerksamkeit durch gezielte und absichtliche Behinderung zu steigern (BGHSt 23, 46 [56 f.]). Dies berechtigt vielmehr die Polizei zum Einschreiten gegen die Störer und zur Auflösung der Versammlung, um den Rechten der behinderten Dritten Geltung zu verschaffen, wenn deren Behinderung über eine Geringfügigkeit hinausgeht. Jedenfalls mit dieser rechtmäßigen Auflösung, die auch in den vorliegenden Fällen angeordnet worden ist, entfällt Art. 8 GG als denkbarer Rechtfertigungsgrund für die Durchführung von Sitzblockaden.

b) Diese Sitzblockaden lassen sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt des zivilen Ungehorsams als zulässige Ausübung staatsbürgerlicher Rechte bewerten.

Unter zivilem oder bürgerlichem Ungehorsam wird - im Unterschied zum Widerstandsrecht gegenüber einem Unrechtssystem - ein Widerstehen des Bürgers gegenüber einzelnen gewichtigen staatlichen Entscheidungen verstanden, um einer für verhängnisvoll und ethisch illegitim gehaltenen Entscheidung durch demonstrativen, zeichenhaften Protest bis zu aufsehenerregenden Regelverletzungen zu begegnen ...

2) Wortlautgrenze der Auslegung (Entgrenzung des Gewaltbegriffs): *BVerfG*, **Beschl. v. 10.01.1995 - 1 BvR 718/89, 719/89, 722/89, 723/89** = BVerfGE 92, 1 = NJW 1995, 1141 - Sitzblockaden II

Leitsatz: Die erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 I StGB im Zusammenhang mit Sitzdemonstrationen verstößt gegen Art. 103 II GG.

Zum Sachverhalt: Die Bf. nahmen 1983 an einer Sitzblockade vor einem Sondermunitionslager der Bundeswehr teil, in dem atomare Kurzstreckenraketen stationiert waren, Mit der Aktion sollte gegen die (aufgrund des sog. Nato-Doppelbeschlusses erfolgte) Stationierung der Raketen protestiert werden. Zugleich richtete sie sich gegen die beim Amtsgericht laufenden Strafverfahren wegen anderer Blockadeaktionen. Im Zuge der Aktion wurden im Verlauf eines Tages mehrfach Bundeswehrfahrzeuge an der Einfahrt in das Lager oder an der Ausfahrt hieraus gehindert; die jeweiligen Blockierer - darunter auch die Bf. - wurden durch Polizeieinsatzkräfte von der Straße getragen. Die Bf. wurden deshalb wegen gemeinschaftlich begangener Nötigung zu einer Geldstrafe verurteilt.

Aus den Gründen: **B. I.** Die angegriffenen Entscheidungen des LG und des OLG verstoßen gegen Art. 103 II GG.

1. Die Bedeutung von Art. 103 II GG hat das BVerfG bereits in mehreren Verfahren dargelegt (vgl. zuletzt BVerfGE 71, 108 [114 ff.]; 73, 206 [234 ff.]). Danach enthält diese Regelung nicht nur ein Rückwirkungsverbot für Strafvorschriften. Sie verpflichtet den Gesetzgeber vielmehr auch, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, daß Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen. Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck. Sie soll einerseits sicherstellen, daß die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Sie soll andererseits gewährleisten, daß die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten im voraus vom Gesetzgeber und nicht erst nachträglich von der vollziehenden oder der rechtsprechenden Gewalt gefällt wird. Insoweit enthält Art. 103 II GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der die Strafgerichte auf die Rechtsanwendung beschränkt.

Das schließt allerdings nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die in besonderem Maß der Deutung durch den Richter bedürfen. Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. Ferner ist es wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen unvermeidlich, daß in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Jedenfalls im Regelfall muß der Normadressat aber anhand der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist. In Grenzfällen ist auf diese Weise wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar.

Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist "Analogie" nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Da Gegenstand der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen immer nur der Gesetzestext sein kann, erweist dieser sich als maßgebendes Kriterium: Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Da Art. 103 II GG die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantieren will, ist die Grenze aus dessen Sicht zu bestimmen.

Der Gesetzgeber hat also zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich (und notwendig) erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren. Würde erst eine über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausgehende Deutung zur Strafbarkeit eines Verhaltens führen, so müssen sie zum Freispruch gelangen. Dies gilt auch dann, wenn infolge des Bestimmtheitsgebots besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, obwohl sie ähnlich strafwürdig erscheinen mögen wie das pönalisierte Verhalten. Es ist dann Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er die Strafbarkeits-
[NJW 1995, 1142] lücke bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will.

2. § 240 StGB ist hinsichtlich der - hier allein einschlägigen - Gewaltalternative mit Art. 103 II GG vereinbar.

a) Die Nötigungsvorschrift des § 240 StGB stellt nach h.M. Angriffe auf die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung unter Strafe. Die Freiheit der Willensentschließung und noch mehr die der Willensbetätigung unterliegt allerdings vielfältigen gesellschaftlichen Zwängen, die keineswegs alle als Unrecht gelten oder gar strafwürdig erscheinen. Der Gesetzgeber hat daher die Strafbarkeit auf die Verwendung bestimmter Mittel beschränkt. In seiner ursprünglichen Fassung stellte § 240 StGB die Nötigung "durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" unter Strafe (vgl. zu Vorgeschichte und Änderungen des Gesetzestextes *Fabricius*, Die Formulierungsgeschichte des § 240 StGB, 1991). Durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.5.1943 (RGBl I, 339) wurde der Drohungstatbestand unter Rückgriff auf Vorarbeiten der Weimarer Zeit ausgeweitet. Strafbar war danach die "Drohung mit einem empfindlichen Übel". Zur Begrenzung des so erweiterten Tatbestands wurde gleichzeitig ein neuer Abs. 2 eingefügt, demzufolge die Tat rechtswidrig war, "wenn die Anwendung der Gewalt oder die Zufügung des angedrohten Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht". Dadurch sollte klargestellt werden, daß es weder auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Nötigungsmittels oder des Nötigungszwecks für sich allein ankam, sondern auf die Unangemessenheit der Verbindung von Mittel und Zweck im konkreten Fall (vgl. Schäfer, LK, 10. Aufl. 1989, § 240 Rn. 1). Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 (BGBl I, 735) hielt an der Ausweitung der Drohungsalternative fest, stellte aber den Maßstab für die Beurteilung des Zweck-Mittel-Verhältnisses von "gesundem Volksempfinden" auf "Verwerflichkeit" um. Durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25.6.1969 (BGBl I, 645) wurden die angedrohten Strafen gemildert.

b) Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 11.11.1986 (BVerfGE 73, 206 - Mutlangen), das ebenfalls Sitzdemonstrationen vor militärischen Einrichtungen betraf, die aus Protest gegen die atomare Nachrüstung stattfanden, § 240 StGB für vereinbar mit Art. 103 II GG erklärt, und zwar sowohl hinsichtlich des Gewaltbegriffs in Abs. 1 als auch der Verwerflichkeitsklausel in Abs. 2 dieser Vorschrift (BVerfGE 73, 206 [236 - 239]). Darauf wird verwiesen. Ob daran auch bezüglich des Abs. 2 in vollem Umfang festzuhalten ist, bedarf hier keiner Entscheidung.

3. Dagegen verstößt die Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 I StGB durch die Strafgerichte gegen Art. 103 II GG. Im Unterschied zur Verfassungsmäßigkeit der Norm war die Verfassungsmäßigkeit der Auslegung in dem Urteil vom 11.11.1986 (BVerfGE 73, 206) streitig geblieben. Während vier Richter keinen Grund zur verfassungsrechtlichen Beanstandung dieser Auslegung sahen (BVerfGE 73, 206 [242 - 244]), hielten die vier anderen Richter sie für unvereinbar mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (BVerfGE 73, 206 [244 - 247]). Die Entscheidung in dem damaligen Verfahren beruhte unter diesen Umständen auf § 15 III 3 BVerfGG. Die verfassungsrechtliche Frage selber ist jedoch unentschieden geblieben (vgl. BVerfGE 76, 211 [217]). Sie wird nunmehr im Sinn der Unvereinbarkeit beantwortet.

a) Den angegriffenen Entscheidungen liegt das Verständnis des Gewaltbegriffs zugrunde, das sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Lauf der Zeit entwickelt hat. Diese Entwicklung ist durch die abnehmende Bedeutung der Entfaltung körperlicher Kraft auf seiten des Täters und die wachsende Bedeutung der bei dem Opfer eintretenden Zwangswirkung gekennzeichnet (vgl. *Blei*, JA 1970, 19, 77, 141; *Schäfer*, LK, § 240 Rn. 7). Anfangs war unter Gewalt allein eine physische Einwirkung des Täters auf das Opfer, die bei diesem als körperlicher Zwang wirkte, verstanden worden, während es sich bei der Drohung um psychische Einwirkungen handelte, die vom Opfer als seelischer Zwang empfunden wurden. Zwar hat die Rechtsprechung bis heute daran festgehalten, daß Gewalt im Sinn des Nötigungstatbestands nur beim Einsatz körperlicher Kraft vorliegt. Doch ist das Maß der aufgewandten Kraft, die für nötig gehalten wird, damit von Gewalt gesprochen werden kann, stetig verringert und das Erfordernis einer körperlichen Zwangswirkung beim Nötigungsoffer gänzlich aufgegeben worden.

Den heutigen Stand der Rechtsprechung markiert das Laepple-Urteil des BGH aus dem Jahr 1969 (BGHSt 23, 46 [54]). Danach setzt Gewalt i.S. von § 240 I StGB nicht den "unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte" voraus. Es genügt vielmehr, daß der Täter "nur mit geringem körperlichen Kraftaufwand einen psychisch determinierten Prozeß" beim Opfer in Lauf setzt. Für die Strafbarkeit kommt es dabei entscheidend auf das "Gewicht der ... psychischen Einwirkung" an. Diese Interpretation, die gewöhnlich als "Vergeistigung" oder "Entmaterialisierung" des Gewaltbegriffs bezeichnet wird, findet ihren Grund in dem Bestreben, die Willensfreiheit in wirksamer Weise auch gegenüber solchen strafwürdigen Einwirkungen zu schützen, die zwar sublimer, aber ähnlich wirksam wie körperlicher Kraftaufwand sind (vgl. BGHSt 1, 145 [147]; 8, 102 [103]; BVerfGE 73, 206 [242]).

Diese Ausweitung des Gewaltbegriffs durch die Rechtsprechung ist sowohl in der strafrechtlichen als auch in der verfassungsrechtlichen Literatur umstritten (vgl. die umfassenden Nachweise in BVerfGE 73, 206 [232 f.]). Das Mutlangen-Urteil des BVerfG hat die erhoffte Klärung wegen der Stimmengleichheit im Senat nicht herbeigeführt. Die Ausführungen zum Gewaltbegriff haben vielmehr ihrerseits Kritik gefunden (...), die je nach Standpunkt die tragende oder die nichttragende Auffassung betrifft.

b) Bei einer erneuten Überprüfung ist das BVerfG mit fünf zu drei Stimmen zu der Auffassung gelangt, daß die den angegriffenen Entscheidungen zugrundeliegende Auslegung des Gewaltbegriffs mit Art. 103 II GG unvereinbar ist.

Der Begriff der Gewalt, der im allgemeinen Sprachgebrauch mit unterschiedlicher Bedeutung verwendet wird, muß hier im Zusammenhang des Normgefüges verstanden werden. Der Gesetzgeber wollte in § 240 StGB nicht jede Zwangseinwirkung auf den Willen Dritter unter Strafe stellen. Andernfalls wären auch zahlreiche Verhaltensweisen, die im Sozialleben, etwa im Erziehungswesen, in der Arbeitswelt oder im Verkehrsbereich, teils erforderlich, teils unvermeidlich sind, der Strafdrohung unterfallen. Um das zu vermeiden, hat er sich nicht damit begnügt, das pönalisierte Verhalten als Nötigung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu beschreiben, sondern die Strafbarkeit einer derartigen Handlung von der Wahl bestimmter Nötigungsmittel abhängig gemacht, nämlich Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel. Eine Ausweitung der Mittel im Wege der Interpretation, etwa auf List oder Suggestion, scheidet nach einhelliger Auffassung in Judikatur und Literatur aus. Das gilt selbst dann, wenn diese Mittel eine ähnliche Wirkung auf das Nötigungsoffer haben wie die beiden im Gesetz pönalisierten.

Art. 103 II GG setzt aber nicht nur der Tatbestandsergänzung, sondern auch der tatbestandsausweitenden Interpretation Grenzen. Die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber die pönalisierten Mittel bezeichnet hat, darf nicht dazu führen, daß die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird.

Da die Ausübung von Zwang auf den Willen Dritter bereits im Begriff der Nötigung enthalten ist und die Benennung bestimmter Nötigungsmittel in § 240 II StGB die Funktion hat, innerhalb der Gesamtheit denkbarer Nötigungen die strafwürdigen einzugrenzen, kann die Gewalt nicht mit dem Zwang zusammenfallen, sondern muß über diesen hinausgehen. Deswegen verband sich mit dem Mittel der Gewalt im Unterschied zur Drohung

von Anfang an die Vorstellung einer körperlichen Kraftentfaltung auf seiten des Täters. Zwangseinwirkungen, die nicht auf dem Einsatz körperlicher Kraft, sondern auf geistig-seelischem Einfluß beruhen, erfüllen u.U. die Tatbestandsalternative der Drohung, nicht jedoch die der Gewaltanwendung. An der Körperlichkeit als Gewaltmerkmal hat die Rechtsprechung seitdem zwar festgehalten, auf die Kraftentfaltung jedoch so weitgehend verzichtet, daß nunmehr bereits die körperliche Anwesenheit an einer Stelle, die ein [NJW 1995, 1143] anderer einnehmen oder passieren möchte, zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Gewalt genügt, falls der andere durch die Anwesenheit des Täters psychisch gehemmt wird, seinen Willen durchzusetzen.

Das Tatbestandsmerkmal der Gewalt wird dadurch in einer Weise entgrenzt, daß es die ihm vom Gesetzgeber zugedachte Funktion, unter den notwendigen, unvermeidlichen oder alltäglichen Zwangseinwirkungen auf die Willensfreiheit Dritter die strafwürdigen zu bestimmen, weitgehend verliert. Es bezieht zwangsläufig zahlreiche als sozialadäquat betrachtete Verhaltensweisen in den Tatbestand ein, deren Strafbarkeit erst durch das Korrektiv der Verwerflichkeitsklausel in § 240 II StGB ausgeschlossen wird. Der BGH hat sich deshalb veranlaßt gesehen, der Ausweitung des Gewaltbegriffs dadurch zu begegnen, daß er auf das "Gewicht" der psychischen Einwirkung abgestellt hat. Damit wird die Eingrenzungsfunktion aber einem Begriff aufgebürdet, der noch weit unschärfer ist als der der Gewalt. An einer befriedigenden Klärung, wann eine psychische Einwirkung gewichtig ist, fehlt es daher auch. Der Verweis auf das Korrektiv der Verwerflichkeit ist deswegen nicht geeignet, die rechtsstaatlichen Bedenken zu zerstreuen, denen die Ausweitung des Gewaltbegriffs durch die Rechtsprechung begegnet.

Die Auslegung des Gewaltbegriffs in der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat folglich gerade jene Wirkungen, die zu verhüten Art. 103 II GG bestimmt ist. Es läßt sich nicht mehr mit ausreichender Sicherheit vorhersehen, welches körperliche Verhalten, das andere psychisch an der Durchsetzung ihres Willens hindert, verboten sein soll und welches nicht. In demjenigen Bereich, in dem die Gewalt lediglich in körperlicher Anwesenheit besteht und die Zwangswirkung auf den Genötigten nur psychischer Natur ist, wird die Strafbarkeit nicht mehr vor der Tat generell und abstrakt vom Gesetzgeber, sondern nach der Tat im konkreten Fall vom Richter aufgrund seiner Überzeugung von der Strafwürdigkeit eines Tuns bestimmt. Das eröffnet beträchtliche Spielräume bei der Strafverfolgung von Nötigungen. Die unterschiedliche Behandlung von Blockadeaktionen aus Protest gegen die atomare Nachrüstung einerseits und solchen zum Protest gegen Werksstilllegungen, Gebührenerhöhungen, Subventionskürzungen oder Verkehrsplanungen andererseits belegt dies. Darauf hat auch der 4. Strafsenat des BGH in seiner Stellungnahme aufmerksam gemacht.

Die Ungewißheit, die dem erweiterten Gewaltbegriff anhaftet, ist auch nicht durch ein im Lauf der Zeit gefestigtes Verständnis seiner Bedeutung entfallen, ...

Die erforderliche Bestimmtheit ergibt sich auch nicht daraus, daß aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung zumindest das Risiko der Bestrafung erkennbar ist. ...

Schließlich läßt sich die Ausweitung des Gewaltbegriffs auch nicht damit rechtfertigen, daß andernfalls unerwünschte Strafbarkeitslücken aufträten. ...

3) Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern von 1813

"**Art. 1.** Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein gewisses Uebel gedrohet hat, ist diesem gesetzlichen Uebel als seiner Strafe unterworfen. Und so wenig erlittene Strafe die Entschädigung aufhebt oder schmälert, so wenig tilgt oder mindert geleisteter Ersatz die verdiente Strafe."

4) (Reichs-) Strafgesetzbuch i.d.F. vom 15.5.1871 (RGBl. S. 127)

"§ 2. (1) Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

(2) Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden."

Vgl. die abweichende Fassung der **Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919** (RGBl. S. 1383): "**Art. 116.** Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde."

5) Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe vom 29.3.1933 (RGBl. I, S. 151)

[sog. *Lex van der Lubbe*, ergangen aufgrund des Ermächtigungsgesetzes "zur Behebung der Not von Volk und Reich" vom 24.3.1933 (RGBl. I, S. 141) mit dem Ziel der Verurteilung von *Marinus van der Lubbe* wegen des Reichstagsbrandes vom 27.2.1933]

"Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird:

§ 1. § 5 der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (RGBl. I, S. 83) gilt auch für Taten, die in der Zeit zwischen dem 31. Januar und dem 28. Februar 1933 begangen sind.

§ 2. Ist jemand wegen eines gegen die öffentliche Sicherheit gerichteten Verbrechens zum Tode verurteilt, so kann die Regierung des Reichs oder des Landes, durch deren Behörden das Urteil zu vollstrecken ist, anordnen, daß die Vollstreckung durch Erhängen erfolgt."

Die *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28.2.1933* (RGBl. I, S. 83) lautete (Auszug):

"Aufgrund des Art. 48 Abs. 2 der Reichsverfassung wird zur Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte folgendes verordnet: ...

§ 5. Mit dem Tode sind die Verbrechen zu bestrafen, die das Strafgesetzbuch in den §§ 81 (Hochverrat), 229 (Giftbeibringung), 303 (Brandstiftung), 311 (Explosion), 312 (Überschwemmung), 315 Abs. 2 (Beschädigung von Eisenbahnanlagen), 324 (gemeingefährliche Vergiftung) mit lebenslangem Zuchthaus bedroht. ...

§ 6. Diese Verordnung tritt mit dem Tage der Verkündung in Kraft."

6) Auszug aus dem sog. Reichstagsbrand-Urteil des RG vom 23.12.1933 (15 J 86/33 - XII M 42/33)

"Das ... Gesetz vom 29. März 1933 hebt für den von ihm geregelten Fall den Grundsatz des § 2 Abs. 1 StGB - eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde - auf, nicht dagegen den Art. 116 RVerf. - eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Denn nicht die Strafbarkeit der aufrührerischen Brandstiftung (wie des Hochverrats) ist rückwirkend bestimmt, sondern lediglich die Strafe für die schuldhaftige Verwirkung des bereits vorher strafbaren Tatbestandes erhöht. Der § 2 Abs. 1 StGB kann aber formell durch den Gesetzgeber jederzeit - auch unbeschadet seines Fortbestandes für den Regelfall - durch entgegenstehende Gesetzesbestimmung im Einzelfall außer Kraft gesetzt werden und könnte das als einfaches Reichsgesetz selbst dann, wenn der Gesetzgeber nicht wie hier nach dem Gesetz vom 24. März 1933 auch zum Erlaß verfassungsändernder Reichsgesetze als Regierungsgesetze befugt wäre. Der Gesetzgeber ist aber auch inhaltlich nicht gehindert, für das Gebiet des Strafrechts, jedenfalls soweit die Strafbarkeit einer Handlung zur Zeit der Tat feststand, die von ihm selbst aufgestellte Schranke, die die Änderung [richtig wohl: Anwendung] einer zur Zeit der Tat noch nicht angedrohten Strafe verbietet, beiseite zu schieben und an die Stelle der zur Zeit der Tat angedrohten eine schärfere Strafe zu setzen. Ein Grundsatz der Nichtrückwirkung ist, soweit es sich nicht um die Anordnung der Strafbarkeit, sondern lediglich um eine Strafschärfung handelt, dem Strafrecht nicht wesentlich und besteht nicht. Grundsätzliche Rückwirkung findet sich in älteren - auch deutschen - wie noch geltenden Strafrechtssystemen mehrfach (Einzelheiten bei *Traeger* "Zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes" in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Berlin 1908; *Liebmann* Allgem. Teil, VI. Band §§ 3 bis 6 und 9). Auch die deutsche Gesetzgebung der Nachkriegszeit kennt sie in der Verordnung vom 6. Februar 1924 über Vermögensstrafen und -bußen in Art. XIV Abs. 4. Rückwirkung strafschärfender Bestimmungen wird auch im übrigen - mag auch der Zweck der Generalprävention, jedenfalls soweit die abschreckende Wirkung der Norm, nicht die der Strafe in Frage kommt, rückwirkend nicht mehr erreichbar sein - gerade auch vom Standpunkt des Strafrechts im nationalsozialistischen Staat mit Recht angeordnet. Ein grundsätzlicher Anspruch des Täters auf die Zeit der Tat angedrohte Strafe - deren Art und Höhe sein Vorsatz nicht einmal zu umfassen braucht - etwa als Gegenstück zu den wohlverworbenen Rechten des Privatrechts kann nicht anerkannt werden. Das staatliche Interesse erfordert vielmehr, daß das der vermutlich besseren Einsicht des Gesetzgebers entsprungene spätere Gesetz sofort und möglichst umfassend angewendet wird ...".

7) Strafgesetzbuch i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28.6.1935 (RGBl. I, S. 839)

"§ 2. Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbare Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

§ 2a. (1) Die Strafbarkeit einer Tat und die Strafe bestimmen sich nach dem Recht, das zur Zeit der Tat gilt. ..."

8) Gesetz gegen erpresserischen Kindesraub vom 22.6.1936 (RGBl. I, S. 493)

"Art. 1. Hinter § 239 des Strafgesetzbuches wird als § 239a folgende Vorschrift eingefügt:

"§ 239a. Wer in Erpressungsabsicht ein fremdes Kind durch List, Drohung oder Gewalt entführt oder sonst der Freiheit beraubt, wird mit dem Tode bestraft.

Kind im Sinne dieser Vorschrift ist der Minderjährige unter 18 Jahren."

Art. 2. Dieses Gesetz tritt mit Wirkung vom 1. Juni 1936 in Kraft."

9) Die Problematik der Verjährung bei der Strafverfolgung von NS-Verbrechen

a) StGB i.d.F. vom 15.5.1871 (RGBl. S. 127)

"§ 67. **Strafverfolgungsverjährung.** (1) Die Strafverfolgung von Verbrechen verjährt, wenn sie mit dem Tode oder mit lebenslanglichem Zuchthaus bedroht sind, in zwanzig Jahren; wenn sie im Höchstbetrage mit einer Freiheitsstrafe von einer längeren als zehnjährigen Dauer bedroht sind, in fünfzehn Jahren; wenn sie mit einer geringeren Freiheitsstrafe bedroht ist, in zehn Jahren. ..."

§ 68. **Unterbrechung der Strafverfolgungsverjährung.** (1) Jede Handlung des Richters, welche wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet ist, unterbricht die Verjährung.

(2) Die Unterbrechung findet nur rücksichtlich desjenigen statt, auf welchen die Handlung sich bezieht.

(3) Nach der Unterbrechung beginnt eine neue Verjährung.

§ 69. **Ruhen der Verjährung.** (1) Die Verjährung ruht während der Zeit, in welcher auf Grund gesetzlicher Vorschrift die Strafverfolgung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann. ..."

b) Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen vom 13.4.1965 (BGBl. I, S. 315)

[siehe hierzu: BVerfGE 25, 269 (286 ff.) = NJW 1969, 1059]

"§ 1. **Ruhen der Verfolgungsverjährung.** (1) Bei der Berechnung der Verjährungsfrist für die Verfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind, bleibt die Zeit vom 8. Mai 1945 bis zum 31. Dezember 1949 außer Ansatz. In dieser Zeit hat die Verjährung der Verfolgung dieser Verbrechen geruht.

(2) Absatz 1 gilt nicht für Taten, deren Verfolgung beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits verjährt ist."

c) StGB i.d.F. des 9. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4.8.1969 (BGBl. I, S. 1065)

"§ 66. **Arten der Verjährung.** ... (2) Die Strafverfolgung von Verbrechen nach § 220a (Völkermord) und die Vollstreckung von Strafen wegen Völkermordes (§ 220a) verjähren nicht.

§ 67. **Strafverfolgungsverjährung.** (1) Die Strafverfolgung von Verbrechen, die nicht in § 66 Abs. 2 genannt sind, verjährt in

1. dreißig Jahren, wenn sie mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind, ..."

d) StGB i.d.F. des 16. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 16.7.1979 (BGBl. I, S. 1046)

"§ 78. **Verjährungsfrist.** ... (2) Verbrechen nach § 220a (Völkermord) und nach § 211 (Mord) verjähren nicht. ..."

10) Die Problematik der Verjährung bei der Strafverfolgung von SED-Verbrechen

a) Art. 315a EGStG, eingefügt durch den Einigungsvertrag vom 31.8.1990, BGBl. II, S. 889 [954])

"Art. 315a. Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung für in der Deutschen Demokratischen Republik verfolgte und abgeurteilte Taten. ¹Soweit die Verjährung der Verfolgung oder der Vollstreckung nach dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik bis zum Wirksamwerden des Beitritts nicht eingetreten war, bleibt es dabei. ²Die Verfolgungsverjährung gilt als am Tag des Wirksamwerdens des Beitritts unterbrochen; § 78c Abs. 3 des Strafgesetzbuches bleibt unberührt."

b) Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten (Verjährungsgesetz) vom 26.3.1993 (BGBl. I, S. 392)

"Artikel 1. Zweites Gesetz zur Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen (Zweites Berechnungsgesetz). Bei der Berechnung der Verjährungsfrist für die Verfolgung von Taten, die während der Herrschaft des SED-Unrechtsregimes begangen wurden, aber entsprechend dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen der Staats- und Parteiführung der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik aus politischen oder sonst mit wesentlichen Grundsätzen einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbaren Gründen nicht geahndet worden sind, bleibt die Zeit vom 11. Oktober 1949 bis 2. Oktober 1990 außer Ansatz. In dieser Zeit hat die Verjährung geruht."

c) Art. 315a EGStGB (aktuelle Fassung; zu früheren Fassungen s.o. a) und unten die Anm.)

"Art. 315a. Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung für in der Deutschen Demokratischen Republik verfolgte und abgeurteilte Taten. (1) ¹Soweit die Verjährung der Verfolgung oder der Vollstreckung nach dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik bis zum Wirksamwerden des Beitritts nicht eingetreten war, bleibt es dabei. ²Dies gilt auch, soweit für die Tat vor dem Wirksamwerden des Beitritts auch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland gegolten hat. ³Die Verfolgungsverjährung gilt als am Tag des Wirksamwerdens des Beitritts unterbrochen; § 78c Abs. 3 des Strafgesetzbuches bleibt unberührt.

(2) Die Verfolgung von Taten, die in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet begangen worden sind und die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bis zu fünf Jahren bedroht sind, verjährt frühestens mit Ablauf des 2. Oktober 2000, die Verfolgung der in diesem Gebiet vor Ablauf des 2. Oktober 1990 begangenen und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedrohten Taten frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 1995.

(3) Verbrechen, die den Tatbestand des Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches) erfüllen, für welche sich die Strafe jedoch nach dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik bestimmt, verjähren nicht."

Anmerkungen:

- Abs. 1 S. 2 eingefügt durch das "Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten" (Verjährungsgesetz) vom 26.3.1993 (BGBl. I, S. 392), bisheriger Satz 2 wurde zu Satz 3

- Abs. 2 und 3 angefügt durch das "Gesetz zur Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen" (2. Verjährungsgesetz) vom 27.9.1993 (BGBl. I, S. 1657), bisheriger Textteil wurde zu Absatz 1; hiernach lautete Abs. 2:

"Die Verfolgung von Taten, die vor Ablauf des 31. Dezember 1992 in dem in Art. 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet begangen worden sind und die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bis zu fünf Jahren bedroht sind, verjährt frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 1997, die Verfolgung der in diesem Gebiet vor Ablauf des 2. Oktober 1990 begangenen und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedrohten Taten frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 1995.";

siehe auch: "**Artikel 2 [2. VerjG]. Anwendungsbereich.** Artikel 315a Abs. 2 und 3 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch in der Fassung des Artikels 1 [d. 2. VerjG] gilt nicht für Taten, deren Verfolgung bei Inkrafttreten dieses Gesetzes [2. VerjG; 30.9.1993] bereits verjährt ist."

- Abs. 2 geändert durch Art. 1 des "Gesetzes zur weiteren Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen ..." (3. Verjährungsgesetz) vom 22.12.1997 (BGBl. I, S. 3223); siehe auch: "**Artikel 2 [3. VerjG]. Anwendungsbereich.** Artikel 315a Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch in der Fassung des Artikels 1 [d. 3. VerjG] gilt nicht für Taten, deren Verfolgung bei Inkrafttreten dieses Gesetzes [3. VerjG; 31.12.1997] bereits verjährt ist."