

Juristische Methodenlehre

Möllers

5. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-80273-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

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

II. Die grammatische Auslegung

(→ § 5 Rn. 13).⁹⁸ Umstritten ist, wie bei Art. 17 Abs. 1 MAR (§ 15 Abs. 1 WpHG aF) der Begriff „unverzüglich“ auszulegen ist; § 121 BGB gilt wohl nicht (→ § 6 Rn. 24).

Bei einer **widerlegbaren Vermutung** wird das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen vermutet, deren Beweis grundsätzlich dem Kläger obliegt.⁹⁹ Kann der Beklagte diese Vermutung nicht widerlegen, unterliegt er im Prozess. Mit anderen Worten: Dem Beklagten wird die Beweislast für das Nichtvorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen auferlegt. 52

So wird nach § 891 Abs. 1 BGB die Richtigkeit des Grundbuchs vermutet. Nach § 613 S. 1 BGB wird vermutet, dass die Dienste des Arbeitnehmers im Zweifel in Person zu leisten sind. Bei der Tierhalterhaftung wird gem. § 834 S. 2 BGB das Verschulden des Tierhalters vermutet. 53

Die **unwiderlegbare Vermutung** schließt dagegen jegliche Entlastungsmöglichkeit aus. Sie gilt unabhängig davon, ob sie den Tatsachen entspricht. 54

Nach § 1566 Abs. 1 BGB wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt. Nach § 1566 Abs. 2 BGB wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben. In diesen Fällen darf – abgesehen von der Härteklausele des § 1568 BGB – keine Ehe gegen einen Scheidungswilligen fortgeführt werden. – S. etwa §§ 108 Abs. 2 S. 2, 119 Abs. 2, 177 Abs. 2 S. 2, 812 Abs. 2, 1923 Abs. 2 BGB.

Die **Fiktion** hat mit der unwiderlegbaren Vermutung gemeinsam, dass der Gesetzgeber die Rechtsfolge zwingend vorgibt. Der Beweis des Gegenteils ist nicht zulässig. Während bei der Vermutung das Vermutete gegeben sein kann, unterstellt der Gesetzgeber bei der Fiktion einen Umstand, welcher der Wirklichkeit nicht entspricht.¹⁰⁰ Oft benutzt der Gesetzgeber hierfür den Begriff „gilt“. 55

Gem. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB gilt das Grundbuch zugunsten des Gutgläubigen als richtig, obwohl es objektiv falsch ist. – Bis zum Jahre 1969 lautete § 1589 Abs. 2 BGB: „Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt“,¹⁰¹ was im biologischen Sinne grober Unfug ist, da der Vater das Kind gezeugt hat. Mit der Regelung wollte der Gesetzgeber verhindern, dass nichteheliche Kinder Erbensprüche geltend machen. Inzwischen ist das nichteheliche Kind dem ehelichen erbrechtlich gleichgestellt.¹⁰² – Grundsätzlich beginnt die Rechtsfähigkeit mit Vollendung der Geburt, § 1 BGB. Damit auch das Ungeborene (die Leibesfrucht, der sog. *nasciturus*) erben kann, formuliert § 1923 Abs. 2 BGB: „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren.“¹⁰³ 56

b) Normative und deskriptive Begriffe

Wenn der Gesetzgeber auf Legaldefinitionen, Vermutungen und Fiktionen verzichtet hat, ist der Rechtsbegriff auszulegen. Dies geschieht mit Hilfe der Rechtsliteratur und Rechtsprechung sowie den einschlägigen Auslegungsfiguren. Generell wird zwischen 57

⁹⁸ Der Wortlaut von § 1 Abs. 1 S. 1 UWG lautet: „Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen.“

⁹⁹ *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1996, Rn. 90; *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 10. Aufl. 2021, § 6 Rn. 35.

¹⁰⁰ *MüKo-ZPO/Pritting*, 6. Aufl. 2020, § 292 Rn. 8.

¹⁰¹ *Müller-Erzbach* JhJ 61 (1912), 343 (359); *Engisch/Würtenberger/Otto*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 36.

¹⁰² S. Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder (Erbrechtsgleichstellungsgesetz – ErbGleichG) v. 16.12.1997, BGBl. I 2968.

¹⁰³ Weiteres Beispiel aus einem öffentlichen Schwimmbad: § 1: Der Zutritt zur Umkleide für Frauen ist nur Frauen gestattet. § 2: Der Bademeister *gilt* als Frau im Sinne von § 1; Fall nach *Zippelius/Würtenberger*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 29.

§ 4 Wortlaut, Systematik und Geschichte als klassische Auslegungsmethoden

normativen und deskriptiven Begriffen unterschieden. Normative Begriffe sind juristische Fachausdrücke (*termini technici*), die sich auf Wertungen oder Abstraktionen beziehen und unabhängig von einer Wirklichkeitsebene sind.¹⁰⁴ Normative Begriffe weichen oft vom allgemeinen Sprachgebrauch ab und sind durch das Gesetz selbst ausgefüllt. Der juristische Laie verwechselt regelmäßig Besitzer und Eigentümer oder setzt diese gleich. Eine „Leihgebühr“ wird erhoben, obwohl juristisch eine Verwahrung oder eine Miete vorliegt.

- 58 Normative Begriffe sind beispielsweise Gestaltungsrechte wie Kündigung, Aufrechnung, Rücktritt. Der juristische Begriff des „Schadens“ ist vielfältig besetzt und kennt etwa den materiellen und immateriellen oder den natürlichen und den normativen Schadensbegriff.¹⁰⁵ Der Werkunternehmer schuldet nach § 631 BGB den Erfolg seines Werkes. Jedem Juristen ist bekannt, dass die Leihe unentgeltlich ist (§ 598 BGB) und dass Besitz (§ 854 BGB) und Eigentum (§ 903 BGB) zu unterscheiden sind.
- 59 Deskriptive Begriffe sind Begriffe, die auf einen Wirklichkeitssachverhalt¹⁰⁶ verweisen, also wirkliche oder wirklichkeitsartige, grundsätzlich wahrnehmbare oder erfahrbare Objekte beschreiben. Ihr Sinn ergibt sich bereits aus ihnen selbst heraus. *Engisch* nennt Mensch, Tod, Dunkelheit oder Geschwindigkeit. Zu prüfen ist dann, ob das Gesetz auf den allgemeinen Sprachgebrauch zurückgreift.¹⁰⁷ Schnell wird man aber merken, dass auch für diese Begriffe der rechtliche Kontext maßgeblich ist, zB wann der Tod oder die Geburt eines Menschen eintritt (→ § 6 Rn. 18 ff.). Überspitzt könnte man sagen, dass alle Tatbestandsmerkmale normativ sind.¹⁰⁸

c) Enge (restriktive) und weite (extensive) Auslegung des Tatbestandsmerkmals

- 60 Die enge (restriktive) und weite (extensive) Auslegung bewegen sich noch innerhalb des Wortlauts. Im Strafrecht gilt das strikte Analogieverbot, daher ist auch die Frage entscheidend, wann noch innerhalb des Wortlauts eine sog. weite Auslegung vorgenommen werden kann. Eine weite Auslegung ist noch zulässig, während die den Wortlaut übersteigende Analogie nicht mehr möglich ist.
- 61 *Salzsäure*: Lässt sich unter den Begriff der „Waffe“ gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB subsumieren, weil sich der Sprachgebrauch seit Inkrafttreten des StGB gewandelt hat (→ § 6 Rn. 13) – Ein weiteres Beispiel für die weite Auslegung des Begriffs des gefährlichen Werkzeuges bildet der „beschuhte Fuß“.¹⁰⁹
- 62 *Gegenbeispiele*: Wie gezeigt, wurde der Sitzstreik im Sitzblockadenfall, der nur eine psychische, aber keine körperliche Gewalt bei dem Opfer auslöste, nicht mehr als extensive Auslegung des Gewaltbegriffs verstanden (→ § 4 Rn. 78). – Das strafrechtliche Analogieverbot verbietet es, eine Niere als „wichtiges Glied des Körpers“ anzusehen¹¹⁰ oder den Zusammenschluss von zwei Personen als „Vereinigung“ gem. § 129 StGB zu qualifizieren.¹¹¹

¹⁰⁴ Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 74 f.

¹⁰⁵ Für einen Überbl. s. Grüneberg/Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, Vorb. vor § 249 Rn. 9 ff. Auch → § 7 Rn. 54 ff.

¹⁰⁶ Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 68.

¹⁰⁷ Engisch/Würtenberger/Otto, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 161 f.

¹⁰⁸ E. Wolf, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931, S. 56 ff.; vgl. auch Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 11, 59.

¹⁰⁹ BGH 11.2.1982 – 4 StR 689/81, BGHSt 30, 375 (377) – beschuhter Fuß und → unten § 7 Rn. 57.

¹¹⁰ BGH 15.8.1978 – 1 StR 356/78, BGHSt 28, 100 (102) – Niere zu § 224 Abs. 1 StGB aF: „Wollte man ein inneres Organ als ‚Glied‘ bezeichnen, so würde das die Grenze einer zulässigen Wortlautauslegung überschreiten.“

¹¹¹ BGH 11.10.1978 – 3 StR 105/78 (S), BGHSt 28, 147 (148) – Vereinigung.

II. Die grammatische Auslegung

d) Allgemeiner Sprachgebrauch

Zuletzt ist der allgemeine Sprachgebrauch zu prüfen, auf den in der Rechtsprechung relativ oft verwiesen wird. Dabei wird auf das Verständnis des rechtsunkundigen Normadressaten abgestellt.¹¹² Bisher ist noch wenig geklärt, wie ein solcher allgemeiner Sprachgebrauch zu einem bestimmten Begriff des Gesetzes festgestellt werden kann. Sicherlich ist es selten ausreichend, wenn der Richter kraft eigener Fachkompetenz einen bestimmten Sprachgebrauch für maßgeblich erachtet.¹¹³ Oft nutzen Gerichte zur Objektivierung *Nachschlagewerke* wie den Duden oder ein etymologisches Wörterbuch (zB Grimms Wörterbuch).¹¹⁴ Der Zweck des Mängelrechts beim Reisevertrag ist es etwa, den Reisenden vor unliebsamen Abweichungen des Reiseprogramms zu schützen. Ob ein Gecko ein Reisemangel darstellt, hatte ein Gericht mit Hilfe von Brehms Tierlexikon festgestellt.¹¹⁵ Allerdings wird daran kritisiert, dass Standardnachschlagewerke zwar den Sprachgebrauch widerspiegeln oder auch prägen, aber keinen Schluss auf die Üblichkeit¹¹⁶ bzw. die Wortlautgrenze¹¹⁷ zulassen.

Denkbar sind deshalb empirische Vorgehensweisen wie **demoskopische Untersuchungen**, also die Befragung einer relevanten Anzahl der Bevölkerung. Dies ist im Markenrecht der Fall, wo § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG für Zeichen und Angaben ausdrücklich auf den allgemeinen Sprachgebrauch verweist (→ § 5 Rn. 94). Darüber hinaus kann man **Datenbanken** abfragen. In den USA hatte eine solche Abfrage gezeigt, dass der allgemeine Sprachgebrauch bei „carries a firearm“ davon ausgeht, dass die Waffe am Körper getragen wird und nicht im Handschuhfach.¹¹⁸ In Deutschland existiert für eine Abfrage das deutsche Referenzkorpus des Instituts für deutsche Sprache.¹¹⁹ Man wird sich allerdings fragen müssen, wann der Aufwand lohnt: Eher nicht, wenn der juristische Sprachgebrauch dem allgemeinen Sprachgebrauch vorgeht, mit großer Wahrscheinlichkeit, wenn der allgemeine Sprachgebrauch die Grenze der Auslegung im Strafrecht bildet (→ § 4 Rn. 76). Der BGH hat beispielsweise Pilze als Pflanzen im Sinne des BtMG angesehen. Dies widerspricht zwar den Vorgaben der Biologie, die Pilze als eigenständige Kategorie einordnen. Entscheidend sei aber der allgemeine Sprachgebrauch, der Pilze als Pflanze qualifiziere. Ausdrücklich verwies der BGH hierfür auf eine Recherche im Internet.¹²⁰

DIE FACHBUCHHANDLUNG

¹¹² BAG 13.12.2007 – 6 AZR 145/07, BAGE 125, 208 (212) – Vertretungszusatz: allgemeiner, nichtjuristischer Sprachgebrauch.

¹¹³ Zutreffend OLG Koblenz 15.3.2006 – 1 Ss 341/05, NStZ-RR 2006, 218 (219 f.) – Zauberpilze: „Es liegt auf der Hand, dass für die Feststellung des Wortsinns aus Sicht des Bürgers [...] weder die subjektive Vorstellung noch der aktuelle Stand der Allgemeinbildung eines Richters [...] maßgeblich sein kann.“

¹¹⁴ Vgl. Hamann, in: Vogel, Zugänge zur Rechtssemantik, 2015, S. 184 ff. Exemplarisch OLG Koblenz 15.3.2006 – 1 Ss 341/05, NStZ-RR 2006, 218 ff. – Zauberpilze.

¹¹⁵ Das LG Frankfurt aus Brehms Tierlexikon: „Brehm schreibt: Einen widerwärtigen Eindruck aber rufen Geckos nur bei dem hervor, welcher sich nicht die Mühe gibt, ihr Treiben zu beachten“. Brehm bezeichnet sie als Haustiere im vollsten Sinne des Wortes, treuer noch als Mäuse und jedenfalls nützlicher. Damit wurde im Ergebnis ein Reisemangel verneint. S. dazu LG Frankfurt a. M. 13.1.1992 – 2/24 S 274/91, NJW-RR 1992, 630 (631) – Gecko als Reisemangel.

¹¹⁶ Hamann, in: Vogel, Zugänge zur Rechtssemantik, 2015, S. 184, 199 f. mit dem schönen Vergleich, dass man auch aus Kochbüchern nicht erfahren könnte, was tatsächlich in Deutschlands mittags gegessen wird.

¹¹⁷ Lorenz/Pietzcker/Pietzcker NStZ 2005, 429 (434).

¹¹⁸ So die *dissenting opinion* von Ginsburg ua in: *Muscarello v. United States* 524 U.S. 125 (139, 143) (1998) – Beisichtragen einer Waffe; *Mouritsen* 5 BYU L. Rev. 1915 (1946 ff.) (2010) sowie → § 6 Rn. 90; für Deutschland s. Lorenz/Pietzcker/Pietzcker NStZ 2005, 429 f. AA aber die Mehrheitsmeinung der Richter, welche den Angeklagten verurteilte, *Muscarello v. United States* 524 U.S. 125 (132 ff.) (1998) – Beisichtragen einer Waffe.

¹¹⁹ <https://www.ids-mannheim.de/digspra/kl/projekte/korpora/>.

¹²⁰ BGH 25.10.2006 – 1 StR 384/06, NJW 2007, 524 (526) – Pflanzenbegriff des Betäubungsmittelrechts; hierzu Kudlich/Christensen/Sokolowski, in: F. Müller, Politik, [Neue] Medien und die Sprache des Rechts, 2007, S. 119, 124 ff.

- 65 **Vertiefung** – *Viren*: In der Tierärztlichen Hochschule wurde mit Viren des Typs leptospira bratislava experimentiert. Eine Studentin infizierte sich mit dem Virus und erkrankte schwer. Sie möchte Schadensersatz nach § 833 S. 1 BGB. Zu Recht?¹²¹

3. Die Eindeutigkeitsregel des Wortlauts (Acte-clair-Doktrin, literal rule, textualism) als Auslegungsfigur

- 66 Die Eindeutigkeitsregel besagt: Wenn der Wortlaut eindeutig ist, sind die übrigen Auslegungskriterien überhaupt nicht zu berücksichtigen. Sie findet sich schon in den Digesten¹²² und in neuzeitlichen Büchern.¹²³ Historisch betrachtet entfaltete die strenge Wortlautauslegung ihre volle Blüte mit der Begriffsjurisprudenz (→ § 4 Rn. 105). Gelegentlich wird diese Eindeutigkeitsregel vom BVerfG¹²⁴ und von Teilen der deutschen Rechtsliteratur immer noch vertreten.¹²⁵ Ebenso kennt man die Eindeutigkeitsregel in anderen Staaten, etwa in Österreich.¹²⁶ In Frankreich ist die Eindeutigkeitsregel als *Acte-clair* oder *Sens-clair*-Theorie bekannt.¹²⁷ In England existierte ursprünglich die *literal rule* oder *plain meaning rule*, wonach der natürliche Wortsinn eines Begriffs im Zweifel vorzugswürdig ist. In eindeutigen Fällen ist dann eine weitere Prüfung nicht mehr erforderlich. Wenn in Deutschland der Bundespräsident 40 Jahre alt sein muss, kann ein 23-jähriger nicht gewählt werden (→ § 1 Rn. 66). Hier ist man schon vom allgemeinen Sprachgebrauch im Begriffskern (→ § 4 Rn. 46). Auch ist die Vermutung nicht widerlegt, weil es kein rechtliches Argument gibt, das die These stützt, dass auch ein 23-jähriger Bundespräsident werden kann. Deswegen ist das Ergebnis eindeutig. Es wird aber weiter unten gezeigt, dass die Eindeutigkeitsregel oft nur eine Vermutungsregel darstellt, die durch teleologische Überlegungen zu entkräften ist (→ § 6 Rn. 2 ff.).
- 67 Noch extremer ist die in den USA prominent vertretene Lehre vom *textualism*. Diese Lehre hält nicht nur am Wortlaut der Norm fest. Darüber sind die Begriffe so auslegen, wie sie im Zeitpunkt des Gesetzes nach dem allgemeinen Sprachgebrauch verstanden wurden. Dazu sind etwa die Lexika der damaligen Zeit zu konsultieren.¹²⁸ Zudem nutzen sie den systematischen Kontext.¹²⁹

DIE FACHBUCHHANDLUNG

¹²¹ Zur Lösung → § 15 Rn. 8.

¹²² Wenn in den Worten keine Doppeldeutigkeit ist, darf man die Frage nach dem Willen nicht zulassen – *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*, Paul. D. 32,25,1. Zudem existiert die Regel: *Interpretatio cessat in claris* – Bei Klarheit gibt es keine weitere Interpretation, s. *Schott*, in: Schröder, Theorie der Interpretation von Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, 2001, S. 155 ff.; *Honsell ZfPW* 2016, 106 ff.

¹²³ S. Codex Maximilianus Bavaricus Civilis, 1756, Cap. I, § 9 S. 1: „Deutliche Gesetz und Ordnungen soll man nicht auszulegen suchen, sondern die Worte bey ihrer gewöhnlich und landläufiger Bedeutung ohne Verdrehung belassen.“

¹²⁴ BVerfG 24.4.1952 – 1 BvR 36/52, BVerfGE 1, 263 (264) – Bezirksschornsteinfeger: „Für eine Interpretation des Gesetzes ist nur dann Raum, wenn der Wortsinn zweifelhaft erscheint; das ist hier nicht der Fall. Der Gesetzgeber hat vielmehr [...] eindeutig [...] eine Ausnahmebestimmung getroffen. Daran ist das Gericht gebunden.“

¹²⁵ *Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 114 Fn. 6; *Gern VerwArch* 80 (1989), 415 (436); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 632.

¹²⁶ VfGH 17.6.1963 – B 44/63, VfSlg. 4442, 316 (317).

¹²⁷ C.C., 23 août 1985, n 85–197 DC: „règles constitutionnelles, claires et précises, qui n'appellent aucune interprétation“. Zur *école de l'exégèse*, welche die Buchstabentreue betonte, s. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. I, 1975, S. 431 ff.; *Bergel*, Méthodologie juridique, 3^e éd. 2018, Nr. 145.

¹²⁸ Etwa von den Richtern *Scalia* und *Easterbrook*; s. *Scalia/Garner*, Reading Law, 2012, S. 16 ff., Nr. 7; *Easterbrook* 17 Harv.J.L.&Pub.Pol'y. 61 ff. (1994); *Eskridge, Jr.* 37 UCLA L. Rev. 621 (623) (1990). → § 6 Rn. 90.

¹²⁹ *Easterbrook* 17 Harv. J.L.&Pub.Pol. 61 (64) (1994).

4. Wortlautgrenze und Analogieverbot

a) Die vier Ausformungen des Gesetzlichkeitsprinzips

In Anlehnung an das Begriffskern- und Begriffshofmodell (→ § 4 Rn. 44 ff.) kann der Bereich des möglichen Wortlauts dabei in zweierlei Ausprägung verlassen werden. Zum einen kann die Wortlautgrenze – auch bildlich gesprochen – nach außen hin überschritten werden, indem ein Sachverhalt unter die Norm gefasst wird, der außerhalb des Begriffshofs liegt; zum anderen kann die Wortlautgrenze unterschritten werden, indem ein Sachverhalt, der im Bereich des Begriffshofs liegt, aus dem Anwendungsbereich der Norm herausgenommen wird.¹³⁰ In beiden Fällen wird insoweit der sprachliche Bedeutungskern der Norm korrigiert, einmal erweiternd, einmal einschränkend.¹³¹ 68

Das Gesetzlichkeitsprinzip wurde als wichtiger Grundsatz schon eingangs vorgestellt (→ § 1 Rn. 34 ff.). Aus dem Wortlaut sowie aus dem Sinn und Zweck des Art. 103 Abs. 2 GG haben sich im Einzelnen vier eng miteinander verbundene Ausformungen¹³² des Gesetzlichkeitsprinzips eingebürgert. Mit dem Analogieverbot (*nulla poena sine lege stricta*) und dem Gewohnheitsrechtsverbot (*nulla poena sine lege scripta*) wird über das „ob“ einer formell-gesetzlichen Grundlage für eine Bestrafung eine Aussage getroffen. Sie sind in erster Linie an die Gerichte adressiert. Die anderen beiden Ausformungen richten sich zuvorderst an den Gesetzgeber:¹³³ Der Bestimmtheitsgrundsatz (*nulla poena sine lege certa*) stellt Anforderungen an das „wie“ des zu schaffenden Strafgesetzes auf, dh er regelt die Reichweite des strengen Gesetzesvorbehalts des Art. 103 Abs. 2 GG. Schließlich gilt das Verbot rückwirkender Bestrafung (*nulla poena sine lege praevia*). 69

b) Das Analogieverbot (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

aa) Im Strafrecht ist die Wortlautgrenze wegen des Gesetzlichkeitsprinzips von entscheidender Bedeutung. Ohne gesetzliche Grundlage darf ein Täter nicht bestraft werden (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Eine analoge Anwendung einer Norm auf einen gesetzlich nicht geregelten Fall zulasten des Täters ist nicht zulässig (→ § 1 Rn. 53). Im Dritten Reich wurde das Analogieverbot modifiziert und damit praktisch aufgehoben. § 2 StGB lautete: „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 unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“¹³⁴ 70

Damit wurde anstelle juristischer Auslegung das „gesunde Volksempfinden“ zur obersten Richtlinie erklärt.¹³⁵ In der Folgezeit wurde von dem Recht zur Analogie reger Gebrauch gemacht, etwa als die Vergiftung mehrerer im Privateigentum stehender Bienenvölker als gemeinschädliche Sachbeschädigung bestraft wurde, obwohl § 304 StGB von der Zerstörung „von Gegenständen zum öffentlichen Nutzen“ spricht,¹³⁶ oder ein 71

¹³⁰ Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S. 48.

¹³¹ Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S. 47.

¹³² Begriff nach NK-StGB/Hassemer/Kargl, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 13.

¹³³ Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 7.

¹³⁴ Neufassung des § 2 StGB im Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches v. 28.6.1935, RGBl. I 839. Zum Umfang und seinen Grenzen s. Kohlrausch, StGB, 35. Aufl. 1940, Einleitende Bestimmungen Nr. II.

¹³⁵ Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938, S. 332.

¹³⁶ RG 12.11.1937 – 4 D 498/37, RGS 72, 1 (4) – Bienenvolk: „Daß eine umfangreiche Vernichtung von Bienenvölkern, wie sie sich der Angeklagte hier hat zuschulden kommen lassen, nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient, ist klar.“

§ 4 Wortlaut, Systematik und Geschichte als klassische Auslegungsmethoden

Paar wegen Geschlechtsverkehrs zwischen „Ariern“ und Juden bestraft wurde,¹³⁷ obwohl sich das Paar gar nicht berührt hatte.¹³⁸

- 72 Aber auch nach Ende des Nationalsozialismus und der Wiedereinführung des strengen Analogieverbots des § 1 StGB haben Gerichte diesen Grundsatz verletzt.

Der BGH subsumierte ein Kraftfahrzeug unter den Begriff des „bespannten Fuhrwerks“ und formulierte in der Entscheidung: „Dem bloßen Wortlaut nach fällt ein Kraftfahrzeug, wie es die Angeklagten zur Ausführung des Forstdiebstahls verwendet haben, allerdings nicht unter die Vorschrift, wohl aber nach ihrem Sinn.“¹³⁹ Die alte Fassung des § 251 StGB verlangte, dass der Räuber „leichtfertig“ den Tod eines anderen verursachte. Der BGH bestrafte auch den Täter, der die Todesfolge vorsätzlich begangen hatte.¹⁴⁰ Inzwischen wurde § 251 StGB geändert und es ist erforderlich, dass der Täter den Tod „wenigstens leichtfertig“ verursachte.¹⁴¹ Die Wegnahme von Zahngoldbruchstücken aus den Verbrennungsrückständen in einem Krematorium wurde unter das Tatbestandsmerkmal Wegnahme von „Asche“ subsumiert und daher als Störung der Totenruhe gem. § 168 Abs. 1 StGB qualifiziert.¹⁴²

- 73 Dieses Phänomen findet sich auch in anderen Staaten: In England wurde ein Fahrrad unter die Bezeichnung „Wagen“ (*carriage*) subsumiert.¹⁴³ In den USA bestrafte der Court of Appeal wegen Diebstahls eines *motor vehicle*, obwohl das Tatobjekt ein Flugzeug war. Der Supreme Court hob die Entscheidung mit dem Hinweis auf den allgemeinen Sprachgebrauch auf, sodass in der Folgezeit das Gesetz auf den Diebstahl von Flugzeugen erweitert werden musste.¹⁴⁴

- 74 bb) Das BVerfG hat das Analogieverbot im Strafrecht in zahlreichen Urteilen präzisiert. Es verlangt, dass der Bürger die Strafbarkeit vorhersehen kann, ähnlich wie dies auch im anglo-amerikanischen Recht formuliert wird.¹⁴⁵ In der Sitzblockade-Entscheidung führt das BVerfG aus:

- 75 „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

¹³⁷ Vgl. § 2 des Gesetzes zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 15.9.1935 (BlutSchG), RGBl. I 1146 iVm § 11 der ersten AusführungsVO v. 14.11.1935, RGBl. I 1334: „nur der Geschlechtsverkehr“.

¹³⁸ RG 2.2.1939 – 2 D 817/38, RGSt 73, 94 (96) – „Rassenschande“: „Weder der Wortlaut des Gesetzes unter Berücksichtigung des Sprachgebrauchs noch der Zweck der gesetzlichen Regelung können zu der Einschränkung führen, daß eine vollendete Rassenschande nur unter Berühren des Körpers des anderen Teiles begangen werden könne. Es würde dem gesunden Volksempfinden und der zielbewußten deutschen Rassenpolitik widersprechen, solche Ersatzhandlungen schlechthin straflos zu lassen [...]“. Auch → § 14 Rn. 104 ff.

¹³⁹ BGH 13.9.1957 – 1 StR 338/57, BGHSt 10, 375 – Bespanntes Fuhrwerk.

¹⁴⁰ Obwohl er selbst ausführte: „Der Wortlaut des § 251 StGB stützt – für sich betrachtet – allerdings die Ansicht des vorlegenden Senats nicht.“, BGH 20.10.1992 – GSSt 1/92, BGHSt 39, 100 (103) – Vorsätzliche Herbeiführung der Todesfolge.

¹⁴¹ Eingeführt durch das 6. Strafrechtsreformgesetz (StrRG) v. 26.1.1998, BGBl. I 164.

¹⁴² BGH 30.6.2015 – 5 StR 71/15, BGHSt 60, 302 Rn. 5; krit. hierzu *Becker/Martenson* JZ 2016, 779 ff.

¹⁴³ *Lord Goddard C.J.*, in: *Corkery v. Carpenter* [1951] 1.K.B. 102 (105): „[I]t is clear that the word ‚carriage‘ is wide enough to include a bicycle for this purpose“, hierzu *Vogenaue*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, S. 1045 f.

¹⁴⁴ S. die Entscheidung *McBoyle v. U.S.* 43 F.2d. 273 (274) (10th Cir. 1930), in der mit der ejusdem generis-Regel (→ § 4 Rn. 120) ein Flugzeug unter „motor vehicle“ subsumiert wurde; aufgehoben in *McBoyle v. U.S.* 283 U.S. 25 (1931) – Todesstrafe für jugendliche Straftäter.

¹⁴⁵ *United States v. Campos-Serrano* 404 U.S. 293 (297) (1971) mwN: „that one is not to be subjected to a penalty unless the words of the statue plainly impose it.“

II. Die grammatische Auslegung

bedroht ist. Sie soll andererseits gewährleisten, dass die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten im Voraus vom Gesetzgeber und nicht erst nachträglich von der vollziehenden oder rechtsprechenden Gewalt gefällt wird. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 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 vermeintlich**, 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.¹⁴⁶

cc) Aufgrund des Analogieverbots bildet der **allgemeine Sprachgebrauch** die Grenze für die Auslegung im Strafrecht. Art. 103 Abs. 2 GG garantiert die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten, deshalb ist die Grenze aus **dessen Sicht** zu bestimmen (→ § 4 Rn. 63).¹⁴⁷ Aufgrund des abschließenden Charakters der im StGB niedergeschriebenen Verbotsnormen und der daraus folgenden Strafflosigkeit aller nicht ausdrücklich pönalisierten Verhaltensweisen spricht man auch von der **Fragmentarität des Strafrechts**¹⁴⁸ bzw. vom Strafgesetzbuch als „magna charta des Verbrechers“¹⁴⁹. Dies ist Ausfluss des ultima ratio-Gedankens und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.¹⁵⁰

Die Vorgaben des Analogieverbots haben die Strafgerichte oft eingehalten, etwa als das Reichsgericht das Anzapfen von Strom nicht als Diebstahl ansah, da der Tatbestand des Diebstahls eine Sache und damit einen körperlichen Gegenstand verlangt.¹⁵¹ Um die Strafbarkeitslücke zu füllen, führte der Gesetzgeber daraufhin § 248c StGB ein.¹⁵² – Fügt der Täter dem Opfer schwere Verletzungen zu, indem er es gegen eine Gebäudewand oder den Fußboden stößt, hat er kein „gefährliches Werkzeug“ iSv § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB verwendet. So schreibt der BGH: „Das natürliche Sprachempfinden wehrt sich dagegen, eine feste Wand, den gewachsenen Boden oder einen Fels als ‚Werkzeug‘ zu bezeichnen.“¹⁵³

Den sog. vergeistigten Gewaltbegriff im Rahmen der Nötigung nach § 240 StGB hat das BVerfG in der Sitzblockade-Entscheidung für verfassungswidrig erklärt: Der Sitzstreik der Demonstranten löst beim Opfer nur eine psychische, aber keine körperliche Gewalt bei

¹⁴⁶ BVerfG 10.1.1995 – 1 BvR 718/89 ua, BVerfGE 92, 1 (12) – Sitzblockaden II; vorher bereits BVerfG 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82, BVerfGE 71, 108 (115) – Anti-Atomkraftplakette. Zur Ablehnung des Gewohnheitsrechts als Rechtsfigur → § 3 Rn. 26 ff.

¹⁴⁷ BVerfG 10.1.1995 – 1 BvR 718/89 ua, BVerfGE 92, 1 (12) – Sitzblockaden II; vorher schon BVerfG 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329 (341) – Verwaltungszakzessorietät im Umweltstrafrecht; BVerfG 20.12.1992 – 1 BvR 698/89, BVerfGE 87, 209 (224) – Tanz der Teufel.

¹⁴⁸ *Binding*, Lehrbuch Besonderer Teil, Bd. I, 2. Aufl. 1902, S. 20 ff.

¹⁴⁹ von *Liszt*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. II, 1905, S. 80.

¹⁵⁰ Roxin/*Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 97 ff.; hierzu *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 243 ff.; *Jahn/Brodowski* JZ 2017, 969 ff.

¹⁵¹ RG 1.5.1899 –, 739/99, RGSt 32, 165 (186 f.).

¹⁵² Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit v. 9.4.1900, RGBl. 228. Ebenso die Rechtslage in Österreich (§ 132 StGB) und der Schweiz (Art. 142 StGB).

¹⁵³ BGH 6.9.1968 – 4 StR 320/68, BGHSt 22, 235 (237 f.) – Wand zu § 223a Abs. 1 StGB aF.

§ 4 Wortlaut, Systematik und Geschichte als klassische Auslegungsmethoden

dem Opfer aus. Es liegt eine unzulässige Ausdehnung des Gewaltbegriffs vor.¹⁵⁴ – Der Missbrauch von Scheck- oder Kreditkarten konnte nicht wegen Betrugs oder Untreue gem. §§ 263, 266 StGB bestraft werden, weil in diesen Fällen weder „ein Irrtum erregt“ noch „eine Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“, verletzt wurde. Der Gesetzgeber führte daraufhin den § 266b StGB ein.

- 79 dd) Zulässig bleibt jedoch neben einer täterbegünstigenden Analogie¹⁵⁵ im materiellen Strafrecht nach herrschender Meinung auch eine täterbelastende Analogie strafprozessualer Normen, insbesondere der StPO.¹⁵⁶ Allerdings kann aus dem Rechtsstaatsprinzip ein Analogieverbot im Einzelfall abzuleiten sein.¹⁵⁷

c) Das Verbot unbestimmter Strafgesetze (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

- 80 Die Strafbarkeit muss aus Gründen der Rechtssicherheit durch förmliches Gesetz „bestimmt“ sein. Aus dem Bestimmtheitsgebot (*nulla poena sine lege certa*) folgt zweierlei: Zum einen ist es exklusive Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers, die die Strafbarkeit im Wesentlichen lenkenden Entscheidungen selbst zu treffen. Die Grundentscheidung über Strafe und Strafbarkeit darf nicht der Verwaltung und Rechtsprechung überlassen werden. Diese sind vielmehr auf die Anwendung des Gesetzes beschränkt.¹⁵⁸ Art. 103 Abs. 2 GG greift damit nicht zuletzt die bereits im Rahmen des allgemeinen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1, 3 GG entwickelte *Wesentlichkeitslehre* (→ § 13 Rn. 88) auf. Das Bestimmtheitserfordernis bezieht sich dabei nicht nur auf den strafbarkeitsbegründenden Tatbestand (*nullum crimen*), sondern auch auf die Deliktfolgen (*nulla poena*), dh Art und Rahmen der Sanktion.¹⁵⁹
- 81 Zum anderen muss der Gesetzgeber das strafbare Verhalten hinreichend klar formulieren. Unbestimmte Strafgesetze sind verfassungswidrig und können somit vom Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 1 GG für nichtig erklärt werden. Unbestimmtheit liegt aber nicht schon automatisch mit Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs im Gesetz vor. Art. 103 Abs. 2 GG verbietet nicht die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Generalklauseln als solche.¹⁶⁰ Denn auch im Strafrecht besteht ein legitimes rechtspolitisches Bedürfnis nach abstrakt formulierten tatbestandlichen Verhaltensweisen, um vor dem Hintergrund des technischen Fortschritts strafwürdige Sachverhalte ahnden zu können. Würde man unbestimmte Rechtsbegriffe gänzlich verbieten, drohte der Gesetzgeber aufgrund langwieriger förmlicher Gesetzgebungsverfahren im Strafrecht hinterherzuhinken. Die Folge wären unbillige Strafbarkeitslücken. Gleichzeitig muss sich der Gesetzgeber aber im Klaren darüber sein, dass er unter Einhaltung des Gesetzlichkeitsprinzips niemals alle möglichen Fallkonstellationen erfassen können. Derartige Strafbarkeitslücken mögen im Einzelfall dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden zuwiderlaufen, sind aber hinzunehmen und können nur Anlass für gesetzgeberische Reformen sein.

¹⁵⁴ BVerfG 10.1.1995 – 1 BvR 718/89 ua, BVerfGE 92, 1 (17) – Sitzblockaden II.

¹⁵⁵ BeckOK-GG/Radtke, 52. Ed. 15.08.2022, Art. 103 Rn. 39 mwN.

¹⁵⁶ StRspr, s. BVerfG 12.4.2005 – 2 BvR 581/01, BVerfGE 112, 304 (315) – Global Positioning System mwN; Möstl, in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 179 Rn. 56.

¹⁵⁷ Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 43; MüKo-StPO/Kudlich, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 92 ff.; zur Diskussion auch Jäger GA 2006, 615 ff.; Wolter GA 2016, 316 ff.

¹⁵⁸ Zur Ausnahme der sog. Blankettstrafgesetze s. ausführlich LK-StGB/Dannecker, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 148 ff.; BVerfG 25.7.1962 – 2 BvL 4/62, BVerfGE 14, 245 (252) – § 21 StVG aF.

¹⁵⁹ BVerfG 21.6.1977 – 2 BvR 308/77, BVerfGE 45, 363 (371 f.); Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 11.

¹⁶⁰ StRspr, s. BVerfG 15.3.1978 – 2 BvR 927/76, BVerfGE 48, 48 (56); BVerfG 10.1.1995 – 1 BvR 718/89 ua, BVerfGE 92, 1 (14) – Sitzblockaden II.