

Verfassungsbeschwerde gegen Strafurteile

vorgänge 12/1967, S. 449-451

Im nachfolgenden Artikel untersucht der Verfasser, viele Jahre Strafrichter, jetzt Jugendrichter in Bielefeld, das Problem der erweiternden, „analogen“ Gesetzesauslegung durch Strafgerichte und erläutert die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde gegen solche Urteile. Der Autor hat seinen Beitrag, der in kürzerer Form auch in den NJW (Heft 35/1967) erschien, für die Veröffentlichung in den vg neu gefaßt.

Der ordentliche Rechtsweg endet beim Bundesgerichtshof oder bei einem Oberlandesgericht. Diese sind als Revisionsgerichte die letzten Instanzen des traditionellen Strafprozesses, ihre Rechtsprechung wird nicht mehr kontrolliert. Das hat, wie viele Beispiele beweisen, in zahlreichen Fällen zu einer Erweiterung gesetzlicher Straftatbestände geführt, deren Übereinstimmung mit dem Gesetz mehr als zweifelhaft ist. Diewissen-schaftliche Kritik hat das nicht verhindern können oder wollen, sie wurde, wenn sie sich meldete, von den hohen Gerichten mehr oder weniger lässig abgetan oder ignoriert und nur selten widerlegt. Inwieweit das Bewußtsein der Letztinstanzlichkeit zum Glauben an die eigene Unfehlbarkeit verleitet, mag hier auf sich beruhen. Unverkennbar ist jedoch, daß die erweiternde Gesetzesauslegung oft genug auf obrigkeitlich-autoritär oder, so vor allem im Sexualstrafrecht, auf konfessionell einseitig orientierten, mittelalterlich anmutenden Anschauungen fußt, die weder von dem Wandel der Staatsauffassung zur rechtsstaatlich-demokratischen noch von dem der sexuellen Sitten und von den Erkenntnissen der Sexualwissenschaften berührt worden sind.

Seit 1951 sind die Revisionsgerichte nicht mehr die letzte Instanz, seitdem gibt es ein Rechtsmittel auch gegen ihre Urteile: die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Mit ihr können allerdings keine rein strafrechtlichen Fehler gerügt werden, sondern nur Verstöße gegen die Verfassung. Nun verletzt aber die Erweiterung strafgesetzlicher Tatbestände durch die Gerichte die Verfassung, und diese Verletzung kann mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden: die Verfassung enthält nämlich das verfassungsbeschwerdefähige Grundrecht, daß die Strafbarkeit einer Tat nur durch Gesetz, also nicht durch das Gericht, bestimmt werden darf. Das bedeutet ein Verbot der strafrechtlichen Analogie zuungunsten des Angeklagten. Dieses Verbot wird bei jeder Gesetzeserweiterung übertreten. Unter Analogie versteht der Jurist die Anwendung eines Gesetzes auf einen Fall, der nicht der vom Gesetz angenommene Fall selbst, sondern ihm nur ähnlich ist. Ordnete zum Beispiel der Gesetzgeber die Preisbindung von Äpfeln an, so wäre es Analogie, wenn die Gerichte auch Birnen für preisgebunden erklären würden.

Die Gerichte sind bei ihrer erweiternden Gesetzesanwendung nach und nach bei vielen Analogien angelangt. Der Mehrzahl unserer sonst so hellwachen Verteidiger ist das bisher entgangen, jedenfalls enthält die amtliche Sammlung des BVerfG noch keine Entscheidung über eine Verfassungsbeschwerde zum Analogieverbot. Das ist nicht zuletzt damit zu erklären, daß die Gerichte es verstanden haben, die Analogien zu verschleiern, indem sie den Analogiebegriff einengten und die Analogien für einfache „ausdehnende“ Gesetzesauslegung ausgaben.

In dem folgenden Beitrag wird untersucht, wie die klassische juristische Literatur die Begriffe der Analogie und der ausdehnenden Auslegung konzipiert, und vergleicht diese Konzeption mit der der Gerichte. Sodann zeigt er in aktuellen Beispielen aus der Rechtsprechung Verstöße gegen das Analogieverbot auf.

Im Strafrecht ist durch § 2 Abs. 1 StGB die Analogie gegen den Angeklagten verboten. Die Strafbarkeit der Tat muß gesetzlich bestimmt sein, und zwar durch ein formelles Gesetz. Gewohnheitsrecht aus richterlicher Rechtsfortbildung ist keine Grundlage für die Schaffung neuer Straftatbestände oder die Erhöhung von Strafdrohungen.(1) Durch Art. 103 Abs. 2 GG und § 90 BVerfGG ist diese Garantie zum mit der Verfassungsbeschwerde ausgestatteten Grundrecht erhoben worden. Die Einhaltung des Analogieverbots unterliegt damit der Kontrolle des Verfassungsgerichts.

Die Analogie ist zu unterscheiden von der ausdehnenden Auslegung. Ausdehnende Auslegung ist zulässig

und nicht nachprüfbar. Alle Auslegungen, die sich in den Grenzen der ausdehnenden Auslegung halten, sind verfassungsrechtlich zulässig. Das Verfassungsgericht darf nicht die Auslegung, die es selber für richtig hält, an die Stelle der Auslegung des Strafgerichts setzen, auch dann nicht, wenn das Strafgericht das Gesetz ungünstiger für den Angeklagten auslegt, als es das Verfassungsgericht möchte, es sei denn, daß die Auslegung die Ausrichtung des gesamten Rechts auf die Wertordnung des Grundgesetzes verfehlt und dadurch Grundrechte des Verurteilten verletzt.(2)

Dagegen unterliegt die Analogie uneingeschränkt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Jede Analogie zum Nachteil des Angeklagten ist kraft Art. 103 Abs. 2 GG eine Grundrechtsverletzung. Teil der Kontrolle ist die Entscheidung der Frage, ob die Rechtsauffassung des Strafgerichts auf einer Analogie oder auf einer ausdehnenden Auslegung beruht. Denn, wenn das Verfassungsgericht an die Auffassung des Strafgerichts, daß es ausdehnend auslegt und nicht analogisiert, gebunden wäre, könnte das Strafgericht die Kontrolle umgehen.

Unter Analogie verstehen Enneccerus-Nipperdey (3) die Ausdehnung der Prinzipien des Gesetzes auf Fälle, die dem im Gesetz entschiedenen rechtsähnlich sind, das heißt ihnen in den maßgebenden Teilen gleichen, speziell unter Gesetzesanalogie die Anwendung des Grundgedankens eines Rechtssatzes auf Fälle, die sich von den im Gesetz entschiedenen nur in unwesentlichen, den Gedanken innerlich nicht berührenden Punkten unterscheiden. Die Analogie unterscheide sich begrifflich von der ausdehnenden Auslegung: diese stelle nur den Gedanken des Gesetzes gegenüber dem zu engen Ausdruck klar; die Analogie dagegen entwickle den Gedanken weiter, sie sei eine Fortbildung des Rechts in der vom Gesetz eingeschlagenen Richtung.

Die ausdehnende Auslegung darf also nur den Gesetzesausdruck richtigstellen, wenn er zu eng ausgefallen ist. Diese strenge Auffassung hat der BGH (4) nicht geteilt; er hat ausgeführt: „Ist aus dem Wortlaut und dem Sinn einer gesetzlichen Regelung erkennbar, daß sie für einen (wenn auch) nicht (ausdrücklich) erfaßten Sachverhalt in gleicher Weise gelten will wie für den im Gesetz (ausdrücklich) behandelten Fall, dann ist die Anwendung des Gesetzes auf jenen Sachverhalt eine erlaubte und gebotene Auslegung, der sich der Richter nicht entziehen darf.“

Liest man dies unter Weglassung des an sich überflüssigen Wortes ausdrücklich ? denn Gesetze regeln immer ausdrücklich und niemals stillschweigend ?, so erkennt man deutlich, wie viel weiter die Auffassung des BGH geht als die von Enneccerus-Nipperdey. Es soll hier nicht für oder wider eine dieser Auffassungen Stellung genommen, dafür aber sollen Beispiele angeführt werden, für die diese Auffassungen bedeutsam sind.

Nach der herkömmlichen Auslegung des Begriffs des falschen Schlüssels in § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB, ist der Schlüssel falsch, den der Berechtigte nicht zum Öffnen bestimmt hat.(5) Diese Auslegung kann man als subjektiv bezeichnen gegenüber einer möglichen objektiven, die als falsche Schlüssel alle die ansehen würde, die nicht zum Schloß gehören. Ob diese Auslegung richtiger ist als die subjektive, mag dahinstehen: ihre Grenze muß jede Auslegung dahin finden, daß der richtige Schlüssel nie der falsche sein kann. Nun hat aber der BGH (6) entschieden, daß der richtige Schlüssel falsch werde, und zwar dadurch, daß er gestohlen werde und daß der Berechtigte den Diebstahl bemerke. Das läuft auf den Satz hinaus: schwerer Diebstahl ist nicht nur der Diebstahl mit einem falschen Schlüssel, sondern auch mit dem richtigen, wenn er gestohlen wird und der Berechtigte den Verlust bemerkt. Daß der gestohlene richtige Schlüssel im Sinn von Enneccerus-Nipperdey ein anderer Fall ist als der falsche, daß es sich mithin hiernach um eine Analogie handelt, liegt auf der Hand. Die Auslegung bleibt nicht einmal im Rahmen der eigenen Auffassung des BGH vom Umfang der ausdehnenden Auslegung, denn wieso ergibt sich aus Wortlaut und Sinn des Gesetzes, daß es für diesen wesentlich anderen Sachverhalt „in gleicher Weise gelten will“? Es spricht viel dagegen. Denn es ist ein Unterschied, ob der Täter sich einen falschen Schlüssel anfertigt oder besorgt oder ob er sich den richtigen beschafft. Der Berechtigte kann sich gegen den Verlust seines Schlüssels schützen, gegen die Anfertigung eines falschen aber nicht. Eine Fortbildung des Rechts also nicht einmal in der vom Gesetz eingeschlagenen Richtung!

Nahe an eine Analogie reicht auch die Auslegung des Merkmals der Vermögensschädigung im Betrugstatbestand, daß schon die bloße Gefährdung des Vermögens eine Schädigung sei, auch wenn ein konkreter Schaden nicht entstehe.(7) Sinn und Wortlaut des Gesetzes legen hier keineswegs zwingend nahe, daß es auch die bloße Gefährdung meint, denn zur Schädigung gehört nun einmal der Schaden.

Einen weiteren Fall einer Auslegung, die möglicherweise eine Analogie ist, bietet die Rechtsprechung zu § 176 Nr. 3 StGB. Danach ist das Verleiten von Kindern unter vierzehn Jahren zur Vornahme oder Duldung

unzüchtiger Handlungen strafbar. Als unzüchtig gelten Handlungen in wollüstiger Absicht, die das allgemeine Schamgefühl verletzen. Eine unzüchtige Handlung des Kindes soll es sein, wenn es einer unzüchtigen Handlung des Täters geflissentlich zusieht.(8) Das widerspricht sich. Das Kind, das geflissentlich zusieht, handelt nicht in wollüstiger Absicht, da es dieser Absicht gar nicht fähig ist; mag das bei Kindern, die sich der Altersgrenze von vierzehn Jahren nähern, zweifelhaft sein, bei sechs- oder siebenjährigen, häufigen Opfern, unterliegt es keinem Zweifel. Sie können nur zur Duldung, nicht zur Vornahme unzüchtiger Handlungen verleitet werden. Abgesehen von dieser inneren Unstimmigkeit scheint auch diese Rechtsprechung auf einer Analogie, zumindest im Sinne von Enneccerus-Nipperdey, zu beruhen. Wenn das Kind einer unzüchtigen Handlung zusieht, so bleibt der Täter der, der unzüchtig handelt, das Kind ist kein handelnder, sondern ein zusehender Teil. Das bedeutet aber: strafbar soll nicht nur sein, wer ein Kind zur Vornahme oder Duldung unzüchtiger Handlungen, sondern auch, wer es zum Zuschauen bei unzüchtigen Handlungen verleitet. Das ist bei genauem Zusehen also wieder ein anderer Fall als der, den das Gesetz regelt. Was für das Zusehen bei unzüchtigen Handlungen gilt, gilt natürlich erst recht für das Zuhören bei unzüchtigen Reden.(9)

Bei der Würdigung dieser Rechtsprechung ist zweierlei zu beachten. In der Regel werden die gesetzlichen Tatbestände nicht auf einen Schlag, sondern in Etappen ausgedehnt; beim ersten Mal knüpft die Auslegung am Gesetz selbst an, beim zweiten und dritten Mal aber an der erweiterten Auslegung, die auf Grund der präjudiziellen Kraft der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit dem Gesetzestatbestand verwechselt wird. Der zweite Schritt ist vielleicht wirklich nur eine ausdehnende Auslegung des ersten, gleichwohl kann er im Verhältnis zum Ursprungstatbestand schon eine, Analogie sein.

Das zweite ist, daß oft, insbesondere beim Tatbestandsmerkmal der Unzüchtigkeit, unbestimmte Rechtsbegriffe im Spiel sind. Der unbestimmte Rechtsbegriff im Strafrecht ist ein verfassungsrechtliches Problem für sich. Schon Welzel (10) hat erkannt, daß von ihm der Rechtsstaatlichkeit im Strafrecht die größte Gefahr droht. Läßt der Gesetzgeber ein Tatbestandsmerkmal unbestimmt und überläßt die Abgrenzung dem Richter, so überläßt er ihm damit entgegen der Verfassung die Bestimmung der Strafbarkeit. Es ist zweifelhaft, wie weit das nach Art. 103 Abs. 2 GG = § 2 Abs. 1 StGB zulässig ist,(11) denn der Richterspruch, der die gesetzgeberische Aufgabe zu Ende führt, ist kein Gesetz. Deshalb hat der BayVerfGH (12) ein Gesetz, das es für strafbar erklärte, gegen die gesetzliche Ordnung zu verstoßen oder gegen die Interessen der Streitkräfte zu handeln, für ungültig erklärt. Die Frage, ab der althergebrachte Tatbestand des § 360 Nr. 11 StGB, „wer groben Unfug verübt“, sich hiervon wesentlich unterscheidet, sei nur aufgeworfen.

Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe hat zwei Aspekte: einmal den, ob und inwieweit der Gesetzgeber ihn verwenden darf, und zum andern den, wie der Strafrichter ihn auszulegen hat. Beides unterliegt der Nachprüfung durch das Verfassungsgericht. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind nicht selten. Abgesehen vom Staatsschutzrecht, das fast nur darauf aufgebaut ist, finden wir solche Begriffe in zahlreichen Tatbeständen, beispielsweise in der Beleidigung (§ 185 StGB) ? hier ist der gesamte Tatbestand ein einziger unbestimmter Begriff ?, im Sittlichkeitsstrafrecht ? im Merkmal der Unzüchtigkeit ?, bei der Nötigung (§ 240 StGB) ? im Merkmal der Verwerflichkeit ?, bei der Untreue (§ 266 StGB) ? im „Mißbrauch“ vermögensrechtlicher Befugnisse ? und sogar beim Mord (§ 211 StGB) ? in den niedrigen Beweggründen. Auch viele Tatbestände des Verkehrsstrafrechts hat der Gesetzgeber unbestimmt gelassen. Ob eine verfassungsgerichtliche Überprüfung dieser gesetzgeberischen Praxis zur Ungültigerklärung von Gesetzen führen könnte, kann hier nicht vorweggenommen werden. Zu vermuten ist jedoch, daß die Verfassungsgerichte aus Art. 103 Abs. 2 GG gewisse Postulate an den Gesetzgeber herleiten werden, etwa die Tatbestandsmerkmale so genau wie möglich zu bestimmen, unbestimmte Rechtsbegriffe nur bei zwingender Notwendigkeit zu verwenden und sie selbst dann so genau wie möglich zu fassen. Als Beispiel für eine solche Präzisierung soll nur die Ersetzung des Begriffs der unzüchtigen durch den der sexuellen Handlung angeführt werden.

Es ist nicht zu erwarten, daß die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Strafrecht für völlig unzulässig angesehen werden wird. Denn letztlich ist fast jeder Begriff auslegungsfähig und insoweit eben nicht restlos bestimmt. Dann aber werden die Verfassungsgerichte Regeln verfassungskonformer Auslegung auch für den unbestimmten Begriff entwickeln müssen.(13) Ausdehnung durch Analogie ist bei ihm ebenso verboten wie beim bestimmten, aber weitaus schwerer ? vielleicht sogar überhaupt nicht ? zu fassen und nachzuweisen, weil die Grenzen eben verschwimmen. Aber vorhanden sind sie. Wie sie konkretisiert

werden können, steht noch dahin. Innerhalb der Grenzen ist das Strafgericht in der Auslegung frei, verfügt es also über einen Auslegungsspielraum. Aber die Überschreitung des Spielraums ist nachprüfbar, ebenso wie die Überschreitung eines rechtlichen Ermessensspielraumes, wie er bei der Strafzumessung oder im Verwaltungsrecht besteht. Neben der Ermessensüberschreitung wird auch der zum Nachteil des Angeklagten sich auswirkende Ermessensfehler nachprüfbar sein, also Verstöße gegen die Wertordnung der Verfassung oder auch gegen Denkgesetze.

1 Schönke-Schröder, StGB, 12. Aufl., § 2 Anm. 24.

2 BVerfGE 12, 113, 124 = NJW 61, 819.

3 Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., § 58.

4 BGHSt. 8, 70 = NJW 55, 1444; Klammern vom Verfasser.

5 RGSt. 52, 84.

6 BGH, NJW 67, 834 = MDR 67, 414.

7 Rechtsprechungsnachweis bei Schwarz-Dreher, StGB, 27. Aufl., § 263 Anm. 5 B a.

8 RGSt. 73, 249; BGHSt. 7, 48 = NJW 55, 597.

9 BGHSt. 15, 118 = NJW 60, 2250.

10 Deutsches Strafrecht, 9. Aufl., S. 21.

11 Wohl verneinend Schönke-Schröder, aa0.

12 BayGVBl. 52, 9; zitiert nach Welzel aa0.

13 Einen Anfang stellt die in Fußn. 2 angeführte Entscheidung dar.

<https://www.humanistische-union.de/publikationen/vorgaenge/12-1967/publikation/verfassungsbeschwerde-gegen-strafurteile/>

Abgerufen am: 16.08.2026