

Schriften zum Strafrecht

Heft 26

Studien zum
Gesetzesvorbehalt im Strafrecht

Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots

Von

Dr. Volker Krey

o. Professor an der Universität Trier



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

VOLKER KREY

Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht

Schriften zum Strafrecht

Band 26

Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht

Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots

Von

Dr. Volker Krey

o. Professor an der Universität Trier



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03946 7

Meinen Eltern in Dankbarkeit

Vorwort

In einer Zeit, die mir durch die Tendenz zur Stärkung der Richtermacht gegenüber dem Gesetz gekennzeichnet zu sein scheint, gilt es sich zurückzubesinnen auf jene Verfassungsnormen und -prinzipien, die der Richtermacht Schranken ziehen. Zu ihnen zählt namentlich der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt (Art. 103 II GG), aus dem das strafrechtliche „Analogieverbot“ hergeleitet wird; dieses steht im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit. Sie ist im wesentlichen auf dem Stand von 1975/76.

Mein besonderer Dank gilt meinem Lehrer, Herrn Prof. Dr. G. Warda, der das Entstehen der Arbeit von Beginn an verständnisvoll und mit wertvollen Anregungen gefördert hat. Für die kritische Durchsicht des Manuskripts habe ich meinen Mitarbeitern, Herrn Akademischer Rat Dr. H.-L. Günther und Herrn Richter W. Weiss zu danken. Zugleich schulde ich ihnen sowie meinen Mitarbeitern Referendarin M. Fröhlinger, stud. jur. G. Hoffmann und meiner Sekretärin K. Weidmann Dank für die Hilfe beim Korrekturlesen.

Der Justizminister Rheinland-Pfalz, Herr O. Theisen, und der Freundeskreis der Universität Trier haben sich großzügig an den Druckkosten beteiligt. Ihnen möchte ich auch an dieser Stelle danken.

Schließlich möchte ich auch Herrn Senator Prof. Dr. J. Broermann für die freundliche Aufnahme meiner Schrift in sein Verlagsprogramm Dank sagen.

Trier, im Dezember 1976

Volker Krey

Inhaltsübersicht

Einleitung	19
-------------------------	----

Erster Abschnitt

PROBLEMSTELLUNG

Kapitel 1

Herkömmliche Unterscheidung zwischen richterlicher Rechtsfindung secundum und praeter legem und ihre Bedeutung

§ 1. Darlegung dieser Differenzierung	24
I. Rechtsfindung secundum legem	24
II. Rechtsfindung praeter legem	24
§ 2. Bedeutung der Differenzierung zwischen Rechtsfindung secundum und praeter legem für die Gesetzesbindung des Richters im Strafrecht	26
I. Der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt — Art. 103 II GG —	26
1. Bedeutung des Analogieverbots	27
2. Geltungsbereich des Analogieverbots	29
a) Materielles Strafrecht	30
b) Strafprozessrecht	35
c) Ordnungswidrigkeitenrecht	36
II. Der Gesetzesvorbehalt des öffentlichen Rechts	37
1. Bedeutung dieses Gesetzesvorbehalts	37
2. Reichweite des öffentlich-rechtlichen Gesetzesvorbehalts im Strafrecht	41
§ 3. Grenzziehung zwischen der richterlichen Rechtsfindung secundum und praeter legem	43
I. Zur übergreifenden Bedeutung dieser Problemstellung	43
1. Strafrecht	43
2. Öffentliches Recht	44
3. Zivilrecht	44
II. Zu den Abgrenzungskriterien im einzelnen	45
1. Abstellen auf den Wortsinn des Gesetzes als Auslegungsschranke	45
2. Gegner der Lehre vom Gesetzeswortsinn als Grenze der Rechtsfindung secundum legem	49

3. Der gesetzliche bzw. gesetzgeberische Regelungszweck als zusätzliche Auslegungsschranke neben dem Wortsinn des Gesetzes 53

Kapitel 2

Zum Zusammenhang der Unterscheidung zwischen richterlicher Rechtsfindung secundum und praeter legem mit hergebrachten Vorstellungen von der Gesetzesanwendung als Erkenntnisakt

- § 1. Rechtsfindung secundum und praeter legem als Stufen des rechtsschöpferischen Anteils des Richters an der Bildung des Entscheidungsobersatzes 55
- I. Rechtsfindung secundum legem 55
1. Zur Subsumtion als rein logischem Schluß 55
2. Rechtsschöpferischer Charakter der Gesetzesauslegung? 56
- a) Zum Auslegungsbild in dogmengeschichtlicher Sicht 56
- b) Zum Verständnis der Gesetzesauslegung als Erkenntnisakt im heutigen Schrifttum 67
- II. Rechtsfindung praeter legem 76
- § 2. Zur Unterscheidung zwischen Rechtsfindung secundum legem und Rechtsfortbildung 77
- I. Darlegung dieser Differenzierung 77
- II. Zur vermittelnden Ansicht von Larenz 78

Kapitel 3

Zur Deutung der Gesetzesauslegung als normbildendem (normvollendendem) Akt

- § 1. Die Konkretisierung von Generalklauseln als normbildender (normvollendender) Akt 80
- I. Zum Begriff der Generalklausel 81
- II. Die Generalklausel als gesetzliche Ermächtigung zur Bildung richterlichen Fallrechts 81
1. Gründe für die Verwendung von Generalklauseln bei der Gesetzgebung 82
2. Zur Konkretisierung von Generalklauseln als Normergänzung 87
3. Generalklauseln und richterliches Fallrecht 90
4. Zusammenfassung 96
- § 2. Zur normbildenden (normvollendenden) Bedeutung der Auslegung kasuistischer Regelungen 97
- I. Zum Begriff der kasuistischen Regelung 97
- II. Unbestimmte und normative Rechtsbegriffe als gesetzliche Ermächtigung zur richterlichen Rechtsfortbildung im Sinne einer Normvollendung 97

Inhaltsübersicht 11

1. Die Auslegung unbestimmter und normativer Rechtsbegriffe als Normergänzung	97
2. Gesetzesnormen mit unbestimmten und normativen Rechtsbegriffen als Ermächtigung zur normvollendenden Bildung richterlichen Fallrechts	100
3. Die Strafrechtsnorm als Produkt arbeitsteiligen Zusammenwirkens von Gesetzgebung und Rechtsprechung bei der Normbildung	101

Kapitel 4

Kritische Stimmen zur herkömmlichen Differenzierung zwischen Rechtsfindung secundum und praeter legem

§ 1. Zur Kritik an der Unterscheidung zwischen Rechtsfindung secundum und praeter legem	108
I. Mennicken	108
II. Esser	108
III. Kriele	109
IV. Hans-Peter Schneider	110
§ 2. Konsequenzen dieser Kritik für den Gesetzesvorbehalt des Strafrechts (Art. 103 II GG) und des öffentlichen Rechts?	110

Zweiter Abschnitt

DIE GESETZESNORM ALS REGELUNGSRAHMEN FÜR DIE RICHTERLICHE RECHTSFINDUNG SECUNDUM LEGEM

Kapitel 5

Zur Deutung der Gesetze als Regelungsrahmen

§ 1. Die Rechtsnorm als gesetzliche Ermächtigung zur Rechtsfortbildung innerhalb ihres Rahmens	113
I. Zum Wesen der Rechtsnorm	113
II. Zur Deutung der Rechtsnorm als Regelungsrahmen im Schrifttum	116
1. Oskar v. Bülow	116
2. Esser	116
3. Friedrich Müller	117
4. Lemmel	117
5. Nickel	117
6. Arthur Kaufmann	117
7. Wolfgang Meyer	118
8. Niklas Luhmann	118
§ 2. Zum Verhältnis der hier vertretenen Ansicht zu Kelsens Normverständnis	121

I. Kelsens Deutung der Gesetzesnorm als Regelungsrahmen	121
II. Kritik	124

Kapitel 6

Der „mögliche Wortsinn“ des Gesetzes als formale Begrenzung des gesetzlichen Regelungsrahmens

§ 1. Zum möglichen Wortsinn des Gesetzes als Auslegungsgrenze	127
I. Rechtsprechung und Lehre zur Wortlautgrenze	127
1. Befürworter der Ansicht vom möglichen Wortsinn der Rechtsnorm als Auslegungsgrenze	127
a) Lehre	127
b) Rechtsprechung	134
2. Kritische Stimmen zur These, der mögliche Wortsinn des Gesetzes sei Auslegungsgrenze	140
a) Lehre	140
b) Rechtsprechung	144
II. Eigene Stellungnahme	146
§ 2. Zur Orientierung am heutigen „Sprachgebrauch des täglichen Lebens“ bei der Feststellung des möglichen Wortsinns der Rechtsnorm	154
I. Der allgemeine Sprachgebrauch als Auslegungsgrenze	154
II. Zur Orientierung am heutigen Sprachgebrauch	162
§ 3. Beispiele für die Überschreitung oder „Unterschreitung“ der Wortlautschränke im Strafrecht	163
I. Überschreitung	163
1. Wortsinnüberschreitungen bei der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BGH	163
2. Norminterpretationen im Schrifttum, die den Rahmen des möglichen Wortsinns überschreiten	164
II. „Unterschreitung“ des möglichen Wortsinns	167
§ 4. Ausnahmen von der Wortlautgrenze?	168
I. Stellungnahmen in Rechtsprechung und Lehre	168
1. Druckfehler	168
2. Redaktionsversehen	169
II. Kritik	171
1. Druckfehler	171
2. Redaktionsversehen	171

Inhaltsübersicht	13
III. Ergebnis	172

Kapitel 7

Die rechtspolitische Wertentscheidung des Gesetzgebers als materiale Begrenzung des gesetzlichen Regelungsrahmens

§ 1. Zum Streit zwischen objektiver und subjektiver Auslegungstheorie ..	173
I. Meinungsstand	174
1. Subjektive Theorie	174
2. Objektive Theorie	175
3. Methodensynkretismus der Rechtsprechung	176
4. Vermittelnde Ansichten zum Streit zwischen subjektiver und objektiver Theorie	179
5. Kritische Stimmen zur herkömmlichen Auslegungstheoretik ..	181
II. Eigene Stellungnahme	182
1. Auslegung als gegenwartsbezogene Ausfüllung des gesetzli- chen Regelungsrahmens	182
2. Die rechtspolitische Wertung des Gesetzgebers als Auslegungs- schränke	184
3. Anmerkung zur „Andeutungstheorie“	186
4. Ergebnis	187
5. Beispiele für die Auslegungsschränke „rechtspolitische Wert- entscheidung des Gesetzgebers“	187
§ 2. Die rechtspolitische Wertentscheidung des Gesetzgebers als Leitlinie und Schranke der Gesetzesauslegung	188
§ 3. Zum Problem der Feststellung der gesetzgeberischen Wertentschei- dung	190
§ 4. Ausnahmen von der Begrenzung der Gesetzesauslegung durch die rechtspolitische Wertung des Gesetzgebers?	192

Kapitel 8

Rechtsfindung secundum legem als Normbildung innerhalb des Bereichs gesetzlicher Regelungsrahmen

§ 1. Die Unterscheidung richterlicher Rechtsfortbildung innerhalb gesetzli- cher Regelungsrahmen von der außerhalb solcher Rahmen erfolgenden und ihr Verhältnis zur herkömmlichen Differenzierung zwischen Rechtsfindung secundum und praeter legem	195
§ 2. Differenzierung zwischen der Feststellung des gesetzlichen Rege- lungsrahmens und seiner Ausfüllung bei der Rechtsfindung secundum legem	197

Dritter Abschnitt

**ART. 103 II GG UND DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHE
GESETZSVORBEHALT ALS SCHRANKEN FÜR DIE PRAETER
LEGEM ERFOLGENDE RECHTSFINDUNG IM STRAFRECHT**

Kapitel 9

**Zur Bedeutung des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts als Schranke
für die Rechtsfortbildung außerhalb gesetzlicher Regelungsrahmen**

§ 1. Rechtsprechung und Lehre zum Verständnis des strafrechtlichen Analogieverbots	199
I. Zur herrschenden Deutung des strafrechtlichen Analogieverbots	199
II. Kritische Stimmen	200
III. Bindung des Richters an den „Willen des historischen Gesetzgebers“ im Geltungsbereich des Art. 103 II GG?	202
IV. Zusammenfassung	203
§ 2. Art. 103 II GG als Verbot strafbegründender oder -schärfender Rechtsfortbildung außerhalb gesetzlicher Regelungsrahmen	204
I. Normtheoretische Begründung	204
II. Verfassungsrechtliche Begründung	206
1. Zum Grundgedanken des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts	206
a) Schutz der individuellen Freiheit vor richterlicher Willkür	207
b) Strafrechtliches Analogieverbot und demokratisches Prinzip	210
2. Folgerungen aus dem Grundgedanken des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts für dessen Verständnis	213
a) Schutz der individuellen Freiheit vor richterlicher Willkür	213
b) Demokratisches Prinzip	214
III. Zusammenfassung	214

Kapitel 10

Reichweite des strafrechtlichen Analogieverbots

§ 1. Zum Geltungsbereich des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts im materiellen Strafrecht	215
I. Deliktsfolgen	215
1. Strafen	215
2. Maßregeln der Besserung und Sicherung	218
3. Auflagen und Weisungen	220
a) Auflagen (§ 56 b StGB)	220
b) Weisungen (§§ 56 c, 56 d StGB)	221
II. Straftatbestand	221
1. Zu Welzels These der Ausklammerung von „Abgrenzungsformeln“ aus dem Schutzbereich des Analogieverbots	221

2. Zur Problematik der §§ 315 I Nr. 4, 315 b I Nr. 3 StGB („ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff“)	223
3. Unechte Unterlassungsdelikte	225
4. Blankettstrafgesetze	226
5. Zum Analogieverbot bei Akzessorietät strafrechtlicher Begriffe zum Zivilrecht bzw. öffentlichem Recht	227
III. Allgemeiner Teil	228
IV. Strafzumessungsrecht (Regelbeispiele für „besonders schwere Fälle“)	237
§ 2. Zur Geltung des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts im Strafverfahrensrecht	237
I. Ordnungsgeld, Ordnungshaft	237
II. Anwendbarkeit im Bereich der Normen über die Verfolgbarkeit des Täters?	238

Kapitel 11

Der öffentlich-rechtliche Gesetzesvorbehalt als Schranke für die Rechtsfortbildung außerhalb gesetzlicher Regelungsrahmen im Strafrecht

§ 1. Reichweite des öffentlich-rechtlichen Gesetzesvorbehalts im Strafrecht	240
§ 2. Der Gesetzesvorbehalt des öffentlichen Rechts als „Analogieverbot“	241
I. Normtheoretische Erwägungen	241
II. Parallelität des öffentlich-rechtlichen Gesetzesvorbehalts zum strafrechtlichen	242
III. Grundgedanke des öffentlich-rechtlichen Gesetzesvorbehalts	243
1. Schutz der individuellen Freiheit vor obrigkeitlicher Willkür	243
2. Demokratisches Prinzip	243
IV. Ergebnis	244
Thesen	246
Literaturverzeichnis	249
Sachregister	266

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	=	anderer Ansicht
aaO	=	am angegebenen Ort
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
AE	=	Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches
a. E.	=	am Ende
a. F.	=	alte Fassung
AG	=	Amtsgericht
Anm.	=	Anmerkung
AöR	=	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	=	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	=	Allgemeiner Teil
BayObLG	=	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVGH	=	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BFH	=	Bundesfinanzhof
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	=	Bundesgesetzblatt (Teil, Seite)
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGH St	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BT	=	Besonderer Teil
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	=	Der Betrieb
Diss.	=	Dissertation
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	=	Deutsche Richterzeitung
DVBl	=	Deutsches Verwaltungsblatt
E 1962	=	Entwurf eines Strafgesetzbuchs (Bundestagsvorlage)
EGStGB	=	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
FamRZ	=	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GA	=	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GG	=	Grundgesetz
GS	=	Großer Senat
GVG	=	Gerichtsverfassungsgesetz
h. A.	=	herrschende Ansicht
h. L.	=	herrschende Lehre
h. M.	=	herrschende Meinung
i. d. F.	=	in der Fassung
i. S. v.	=	im Sinne von
JA	=	Juristische Arbeitsblätter
JöR	=	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	=	Juristische Rundschau
JuS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung
LK	=	Leipziger Kommentar
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht

n. F.	= neue Fassung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Öst. RichterZ	= Österreichische Richterzeitung
OGHSt	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	= Oberlandesgericht
RG	= Reichsgericht
RG St	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
SchwZStrR	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SJZ	= Süddeutsche Juristen-Zeitung
SK	= Systematischer Kommentar zum StGB
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
StuW	= Steuer und Wirtschaft
StVG	= Straßenverkehrsgesetz
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

§ 1. In der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre unterscheidet die herrschende Auffassung bekanntlich drei *Stufen* richterlicher Rechtsfindung: Die Rechtsfindung *secundum* legem (Auslegung), *praeter* legem (gesetzesergänzende Lückenfüllung) und *contra* legem (Gesetzeskorrektur, Auflehnung des Richters gegen das Gesetz)¹. Mit dieser herkömmlichen Differenzierung verbinden sich unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesbindung des Richters im wesentlichen zwei Fragenkomplexe:

1. Ist die Rechtsfindung *praeter* legem im Geltungsbereich des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts („nullum crimen sine lege“, Art. 103 II GG) und des öffentlichrechtlichen Gesetzesvorbehalts (nach dem hoheitliche Eingriffe in die Rechte des Bürgers nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen dürfen)² ausgeschlossen?

Soweit man dies bejaht, stellt sich die Anschlußfrage nach der *Abgrenzung* zwischen Rechtsfindung *secundum* und *praeter* legem.

2. Ist durch die Verfassungs- und Gesetznormen, nach denen die Richter „dem Gesetz unterworfen“ (Art. 97 I GG; §§ 1 GVG, 25 DRiG) bzw. „an Gesetz und Recht gebunden“ (Art. 20 III GG) sind, die Rechtsfindung *contra* legem verboten?

Soweit man das annimmt, gelangt man zum Problem der Abgrenzung der — durch diese Normen nicht berührten — Rechtsfindung *praeter* legem von der *contra* legem erfolgenden.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit wird der erstgenannte Problembereich sein, und zwar soweit er das (materielle und formelle) *Strafrecht* betrifft; dagegen werden die Probleme der Rechtsfindung *contra* legem

¹ So insbesondere *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 105, 134; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 17 - 19, 21 f. Anm. 17, 31 ff., 197; *Säcker*, ARSP 1972, S. 216, 227, 235; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 574; *Krey*, NJW 1970, S. 1908; *Prümm*, JuS 1975, S. 302; *Roth-Stielow*, Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, S. 32, 34, 42, 83, 89; *Bender*, JZ 1957, S. 599 f.; *Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, S. 62; *Schack*, JuS 1961, S. 269, 272 - 273; *Fuss*, Zur richterlichen Prüfung von Gesetz und Gesetzesanwendung, S. 15 (a. E.); vgl. weiter *Eckardt*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, S. 71. Siehe auch *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm, S. 74 f., 170, 215.

Larenz (Methodenlehre, S. 350 ff., 402 ff.) nennt neben der „Auslegung“ und der „Ausfüllung von Gesetzeslücken“ als dritte Stufe richterlicher Rechtsfindung die „Rechtsfortbildung über den Plan des Gesetzes hinaus (gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung)“.

Zur Kritik an dieser herkömmlichen Unterscheidung der drei Stufen richterlicher Rechtsfindung im neueren Schrifttum vgl. *Kapitel 4*.

² Dazu unten, *Kapitel 1*, § 2 II 1; *Kapitel 11*.

hier nicht behandelt. So verlockend es auch sein mag, eine Monographie zur „Gesetzesbindung des Richters“ in Angriff zu nehmen, die beide Fragenkomplexe umfaßt, also die Einschränkung der Richtermacht durch Gesetzesvorbehalte einerseits und die Problematik der Auflehnung des Richters gegen das Gesetz andererseits, — ein solches Vorhaben ließe sich nicht in *einer* Monographie verwirklichen, sollte diese nicht nach ihrem Umfang jedes Maß sprengen.

§ 2. *Thema unserer Abhandlung ist also die Frage der Beschränkung der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem im Strafrecht durch Gesetzesvorbehalte*, wobei neben dem strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt auch der Gesetzesvorbehalt des öffentlichen Rechts für hoheitliche Eingriffe zu berücksichtigen sein wird; denn wo solche Eingriffe im Bereich des materiellen oder formellen Strafrechts erfolgen, ohne von Art. 103 II GG erfaßt zu werden

— z. B. im Strafprozeßrecht Zwangsmaßnahmen wie die Festnahme nach § 127 StPO —,

ist der öffentlichrechtliche Gesetzesvorbehalt einschlägig³.

Ungeachtet jener Berücksichtigung des öffentlichrechtlichen Vorbehalts des Gesetzes wird aber im Mittelpunkt der Arbeit die Frage stehen, ob (und wieweit) der *strafrechtliche* Gesetzesvorbehalt die richterliche Rechtsfindung praeter legem ausschließt, während jener öffentlichrechtliche Vorbehalt des Gesetzes nur am Rande behandelt wird: Die Frage, ob der öffentlichrechtliche Gesetzesvorbehalt ein Analogieverbot enthält

— und zwar in dem Sinne, daß er dort, wo es um die Begründung oder Verschärfung hoheitlicher Eingriffe in die Rechte des Bürgers geht, die behördliche oder richterliche Rechtsfortbildung praeter legem⁴ ausschließt —,

geht zwar auch den Strafrechtler an, etwa im Hinblick auf strafprozessuale Grundrechtseingriffe; diese Frage in monographischer Breite zu klären, ist aber nicht seine Aufgabe, sondern die des Öffentlichrechtlers. Daher beschränkt sich die vorliegende Arbeit darauf, zu dem Problem der Begrenzung der behördlichen und richterlichen Rechtsfindung durch den öffentlichrechtlichen Gesetzesvorbehalt den *Meinungsstand zu umreißen und den eigenen Standpunkt sowie die Begründung dafür zu skizzieren*.

§ 3. Hauptgegenstand der vorliegenden Monographie ist also die Problematik, ob (und wieweit) der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem durch den strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt (Art. 103 II GG) Schranken gezogen sind; und *insoweit ist die Abhandlung nichts ande-*

³ Vgl. unten, *Kapitel 1, § 2 II 2; Kapitel 11, § 1.*

⁴ Und erst recht die *contra legem* erfolgende.

res als eine Monographie zur Bedeutung des strafrechtlichen „Analogieverbots“⁵:

Von den vier Verboten, die der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt nach Art. 103 II GG beinhaltet, nämlich Rückwirkungsverbot, Verbot allzu unbestimmter Strafgesetze, Verbot strafbegründenden bzw. -schärfenden Gewohnheitsrechts sowie Analogieverbot⁶, betrifft nur *letzteres* unsere Frage nach der Zulässigkeit der richterlichen gesetzesergänzenden Lückenfüllung im Strafrecht, während die anderen drei Verbote jene Frage nicht zum Gegenstand haben. Dies gilt auch für das Verbot strafbegründenden bzw. -schärfenden Gewohnheitsrechts; denn bei der Anwendung von gewohnheitsrechtlichen Rechtssätzen geht es nicht um richterliche Rechtsfindung *praeter legem*, vielmehr schließen einschlägige Normen des Gewohnheitsrechts die Annahme einer Regelungslücke als Voraussetzung der Rechtsfindung *praeter legem* aus⁷: Notwendige Bedingung für das Bestehen einer solchen Lücke ist nämlich, daß der zu entscheidende Fall unter keine „passende Rechtsnorm“, sei es des geschriebenen Rechts (Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen), sei es des Gewohnheitsrechts, subsumiert werden kann.

Von jenen vier Verboten des Art. 103 II GG soll daher allein das *Analogieverbot* Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

Danach läßt sich das Thema unserer Abhandlung dahin präzisieren: *Ihr Hauptgegenstand ist die Problematik des strafrechtlichen Analogieverbots.*

Das Schwergewicht der Arbeit wird dabei zum einen auf der Frage nach dem Wesen der Gesetzesauslegung und damit zugleich auf der nach dem Wesen der auszulegenden Gesetzesnorm liegen, da beide Fragen untrennbar zusammengehören, zum anderen auf der Abgrenzung zwischen Gesetzesauslegung und gesetzesergänzender Lückenfüllung; dies deswegen, weil wir zu dem Ergebnis gelangen, daß sowohl der strafrechtliche wie auch der öffentlichrechtliche Gesetzesvorbehalt in ihrem Geltungsbereich die richterliche Rechtsfindung — soweit es um Strafbegründung (oder Strafschärfung) bzw. um sonstige Eingriffe in die Rechtssphäre des Bürgers geht — auf den Bereich der Norminterpretation beschränken und die gesetzesergänzende Lückenfüllung ausschließen.

§ 4. Daß bereits zwei strafrechtliche Habilitationsschriften das Analogieverbot des Art. 103 II GG zum Gegenstand hatten — nämlich die

⁵ Was mit diesem Begriff gemeint ist, wird die folgende Untersuchung (insbesondere in *Kapitel 1, § 2 I 1* und *Kapitel 9*) ergeben.

⁶ Siehe unten, *Kapitel 1, § 2 I*.

⁷ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 39; *Engisch*, Der Begriff der Rechtslücke, S. 88.