

Schriften zum Strafrecht

---

Band 253

**Grundlagen und Grenzen  
der Analogie *in bonam partem*  
im Strafrecht**

Von

**Juan Pablo Montiel**



**Duncker & Humblot · Berlin**

JUAN PABLO MONTIEL

Grundlagen und Grenzen der Analogie  
*in bonam partem* im Strafrecht

Schriften zum Strafrecht

Band 253

# Grundlagen und Grenzen der Analogie *in bonam partem* im Strafrecht

Von

Juan Pablo Montiel



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0558-9126  
ISBN 978-3-428-14200-2 (Print)  
ISBN 978-3-428-54200-0 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-84200-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Bernarda und Joaquina,  
„hay tantas cosas, yo sólo preciso dos“*



## Geleitwort

So groß die Einigkeit – in Deutschland schon auf Grund der positiv-rechtlichen Regelungen in Art. 103 II GG, § 1 StGB, aber auch in zahllosen anderen Rechtsordnungen – darüber ist, dass eine den Täter belastende Analogie im materiellen Strafrecht unzulässig ist, so wenig wird verbreitet über die Frage nachgedacht, wie es sich mit der Analogie „*in bonam partem*“ verhält. Wo die Frage angesprochen wird, wird die Zulässigkeit häufig – gleichsam im Wege eines knappen Umkehrschlusses – bejaht.

Dieses Ergebnis ist aber keinesfalls selbstverständlich: Zum einen ist beim Aufeinandertreffen von Freiheitssphären und Handlungsspielräumen immer daran zu denken, dass das, was der einen Seite (durch eine Analogie *in bonam partem*) gegeben wird, u.U. der anderen Seite genommen wird. Dieses Phänomen ist besonders deutlich im Bereich der Rechtfertigungsgründe, da die analoge Anwendung eines Rechtfertigungsgrundes zumindest auf den ersten Blick immer auch zugleich das Entfallen eines Notwehrrechts beim Gegenüber zur Folge zu haben scheint – dies übrigens als das Feld, in dem noch am meisten über begünstigende Analogien nachgedacht wird. Zum anderen berührt jede Analogie – und damit auch diejenige *in bonam partem*, zumal im Bereich der oft bewusst eng und ausnahmeartig gestalteten Gründe, welche auf verschiedenen Ebenen zur Strafflosigkeit führen können – die Gesetzesbindung des Strafrichters. Grund genug also, dieser Frage näher auf den Grund zu gehen.

Das vorliegende Buch wurde von *Juan Pablo Montiel* während der Zeit fertig gestellt, die er gerade als Stipendiat der Alexander von Humboldt-Stiftung an meinem Erlanger Lehrstuhl verbringt. Die Wurzeln des Werkes reichen freilich schon viel weiter zurück bis zu seiner Dissertation – indes wurde auch diese bereits in wichtigen Teilen während früherer Forschungsaufenthalte in Erlangen verfasst. Vor diesem Hintergrund erfüllt das Werk mich besonders mit Freude und Stolz, weil sein Thema sich auf diese Weise durch unsere gesamte, schon mehrere Jahre währende akademische und persönliche Freundschaft zieht. Dabei ist es nicht die einzige Frucht von *Juan Pablo Montiels* Forschungsaufenthalten in Deutschland und nicht der einzige Beleg seiner beeindruckenden Kenntnisse der dogmatischen Diskussion in Deutschland. Ich wünsche dem Werk die freundliche Aufnahme, die es mit Blick auf den wissenschaftlichen Impetus und den großen Fleiß des Verfassers verdient.

Erlangen, im Juni 2013

*Hans Kudlich*





## Vorwort

Das vorliegende Buch enthält die Hauptthesen meiner Schrift „*Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal (2009)*“, die in Spanien sowie auch in Kolumbien veröffentlicht wurde. Die ursprüngliche Projektidee bestand darin, eine deutschsprachige verkürzte Fassung des spanischsprachigen Textes herzustellen. Eine strenge Ausrichtung an der geltenden Lage des positiven Rechts in Deutschland sowie die Ergänzungen und Vertiefung meiner Argumente haben das vorliegende Werk aber sozusagen in eine „zweite Auflage“ verwandelt.

Dieses Buch wurde hauptsächlich in Rahmen eines Forschungsprojekts an der Universität de los Andes (Kolumbien), aber auch bei meinen Forschungsaufenthalten in Deutschland geschrieben. Dabei möchte ich an dieser Stelle dem Dekanat für Forschung der Universität de los Andes, dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und der Alexander von Humboldt-Stiftung für die großzügigen Forschungszuschüsse bzw. Stipendien ganz herzlich danken.

Einen besonderen Platz bei der Danksagung nehmen meine wissenschaftlichen Lehrer und Freunde Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez und Prof. Dr. Hans Kudlich ein. Dieses Buch ist deshalb implizit auch ihnen gewidmet. Ihre jahrelange wissenschaftliche Betreuung und persönliche Unterstützung machen meine beiden Lehrer zu „qualifizierten Teilnehmern“ an diesem Werk. Meine Denkweise über das Strafrecht und über die Arbeit an einer Hochschule ist immer noch von ihrer Persönlichkeit und ihren Gedanken geprägt.

Für die Hilfe bei der sprachlichen Überprüfung der Arbeit und der Formatierung des Textes möchte ich auch noch den damaligen und gegenwärtigen Mitarbeitern des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie der Universität Erlangen-Nürnberg, Frau Dr. Silke Noltensmeier, Herrn Dr. Jan Schuhr, Frau Jana Kuhlmann und ganz besonders Frau Ramona Herold sowie Herrn Michael Stolzenberger herzlich danken. Dank schulde ich schließlich Herrn Johann Melchior Reiser, der das letzte Kapitel ins Deutsche übersetzt hat, sowie den Mitarbeitern des Verlages für die freundliche und geduldige Betreuung.

Das Buch ist meiner Frau Bernarda und meiner kleinen Tochter Joaquina gewidmet: Ihre Liebe, Eintracht und Fröhlichkeit bringen ein Stück Himmel in unsere Familie und in mein tägliches Leben.

Erlangen, im Juni 2013

*Juan Pablo Montiel*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	17
-------------------------	----

## *Erstes Kapitel*

<b>Was ist die „Analogie“ <i>in bonam partem</i>?</b> .....	24
<b>A. Fragestellung: Verwendung des Wortes „Analogie“ im Strafrecht</b> .....	24
<b>B. Analogie zugunsten des Täters als Mittel zur Rechtsfortbildung im Strafrecht</b> .....	25
I. Strafgesetzesauslegung, Strafgesetzesanwendung und Strafrechtsfortbildung .....	25
II. Korrektur des Strafrechts und richterliche Rechtsschöpfung durch Analogie <i>in bonam partem</i> – die außerstrafrechtliche Rechtsanwendung und weitere ähnliche Rechtsfortbildungsmittel .....	33
<b>C. Voraussetzungen der Analogie <i>in bonam partem</i> im Strafrecht</b> .....	41
I. Einleitung .....	41
II. Das Vorliegen einer Ausnahmelücke .....	42
1. Begriff der „Ausnahmelücke“ .....	42
a) Lückenarten und Ausnahmelücken .....	42
b) Die Ausnahmelücken setzen eine gesetzgeberische Unaufmerksamkeit voraus – Zur Unterscheidung von Ausnahmelücken und bloßen Wertunstimmigkeiten. ....	48
2. Strafausschließende Generalregelungen und Anerkennung von Ausnahmelücken .....	51
III. Fehlen eines Strafrechtsfortbildungsverbots .....	56
<b>D. Arten der Analogie <i>in bonam partem</i></b> .....	60
I. Einführung in die Formen der analogischen Strafrechtsschöpfung zugunsten des Täters und strafrechtliche Grundsätze .....	60
II. Dreierlei Klassifikationen der Analogie <i>in bonam partem</i> .....	68
1. Fragestellung .....	68
2. Gesetzesanalogie <i>in bonam partem</i> : Begriff, Struktur und Fälle .....	71
3. Institutionsanalogie <i>in bonam partem</i> (Analogie <i>institutionis in bonam partem</i> ): Begriff, Struktur und Fälle .....	80
4. Rechtsanalogie <i>in bonam partem</i> : Begriff, Struktur und Fälle .....	90

*Zweites Kapitel*

<b>Die Grundlagen der Analogie <i>in bonam partem</i></b>	93
<b>A. Einleitung: Die Bedeutung des Gesetzlichkeitsprinzips als beschränkende Regel strafrechtlicher Staatsfunktionen</b> .....	93
<b>B. Grundlagen des Gesetzlichkeitsprinzips</b> .....	97
I. Rechtsstaatliche Wurzeln .....	97
1. Problemaufriss .....	97
2. Das Gesetzlichkeitsprinzip im klassischen Konstitutionalismus .....	97
3. Das Gesetzlichkeitsprinzip im Neukonstitutionalismus (radikaler und gemäßiger Neukonstitutionalismus) .....	105
II. Strafrechtliche Wurzel .....	116
1. Fragestellung .....	116
2. Ausrichtung an den Zwecken des Strafrechts und Begründung des Gesetzlichkeitsprinzips und der Analogie <i>in bonam partem</i> .....	120
3. Richterliche Beschränkung der Notwehrrechte aufgrund der Anerkennung übergesetzlicher Rechtfertigungsgründe .....	125
a) Fragestellung .....	125
b) Meinungsstand .....	126
c) Stellungnahme: Die Rechtfertigungsgründe als reine Ermächtigungen und der „doppelte Rückgriff“ auf die Analogie <i>in bonam partem</i> .....	131

*Drittes Kapitel*

<b>Grenzen der Analogie <i>in bonam partem</i> im Strafrecht</b>	139
<b>A. Einleitung: Die Bedeutung der Wurzeln des Gesetzlichkeitsprinzips bei der Begrenzung der Analogie zugunsten des Täters</b> .....	139
<b>B. Rechtsstaatliche Grenzen</b> .....	140
I. Fragestellung .....	140
II. Ausschluss der Rechtsanalogie <i>in bonam partem</i> .....	140
III. Rechtliche Natur und Reichweite der analogen Strafbefreiungs- und Strafmilderungsgründe .....	144
<b>C. Strafrechtliche Grenzen</b> .....	146
I. Einleitung: Ausnahmeregelungen und Analogieverbot .....	146
II. Der Ausnahmecharakter von Straffreistellung und Strafmilderung und das Analogieverbot .....	149
1. Einführung in die strafrechtlichen Ausnahmenvorschriften .....	149
2. Der Ausnahmecharakter der Straffreistellungs- und Strafmilderungsgründe nach dem institutionsbezogenen Kriterium und die Grenzen der Analogie <i>in bonam partem</i> .....	153

Inhaltsverzeichnis	13
a) Fragestellung	153
b) Exzeptionalität, Argumentationsverfahren bei der Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und Reichweite des Analogieverbots	156
3. Der Ausnahmecharakter der Straffreistellungsgründe und der Strafmilderungsgründe nach dem systembezogenen Kriterium und den Grenzen der Analogie <i>in bonam partem</i>	167
<b>Schlussfolgerungen</b>	170
<b>Literaturverzeichnis</b>	174
<b>Stichwortverzeichnis</b>	207

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Abschnitt
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CE	spanische Verfassung
CP	Código penal español (spanisches StGB)
CP it.	Código penal italiano (italienisches StGB)
d.h.	das heißt
f.	folgende(r) (Seite, Paragraph)
ff.	folgende (Seiten, Paragraphen)
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv
GG	Grundgesetz
GS	Gedächtnisschrift
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. v.	im Sinne von
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristen Zeitung
Law. Rev.	Law Review
LK	Leipziger Kommentar
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MüKo	Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
PE	Parte especial (Besonderer Teil)
PG	Parte general/Parte generale/Parte geral (Allgemeiner Teil)
PrFDG	Preussisches Gesetz betreffend den Forstdiebstahl
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
REDC	Revista española de Derecho constitucional
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RG	Reichsgericht
RGSt.	Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
s.	siehe
S.	Seite
SCCos	Sentenza Corte costituzionale della Repubblica italiana (Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichts)
Schönke/Schröder	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
s. o.	siehe oben
SSW-StGB	Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Kommentar
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español (Entscheidungen des spanischen Verfassungsgerichts)
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
StPO	Strafprozessordnung
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español (Entscheidung des spanischen Obersten Gerichtshofes)
u. a.	unter anderem



UmwG	Umwandlungsgesetz
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
vs.	versus
z. B.	zum Beispiel
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## Einleitung

In der gegenwärtigen Strafrechtslehre herrscht weitgehend Einigkeit über die Reichweite des Analogieverbots, wonach nur die Strafbegründung und die Strafschärfung (d.h. Analogie *in malam partem* oder zulasten des Täters) von diesem Verbot erfasst sind, nicht aber die auf Analogie beruhende richterliche Schöpfung von Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs-, Strafausschließungs- und Strafmilderungsgründen (d.h. Analogie *in bonam partem* oder zugunsten des Täters)<sup>1</sup>. Es ist zu betonen, dass die Zulässigkeit der Analogie *in bonam partem* im Strafrecht überhaupt keine von der Lehre und der Rechtsprechung anerkannte *neue* Ausnahme vom Gesetzlichkeitsprinzip ist<sup>2</sup>, vielmehr handelt es sich hierbei um ein Hauptstück der Entwicklung der modernen Strafrechtsdogmatik.

Seit Beginn des 20. Jahrhunderts ist das Thema für die strafrechtliche Lehre und dort insbesondere für die Fortbildung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen im vorhandenen gesetzlichen System von großer Bedeutung. Aufgrund der im RStGB in diesem Bereich existierenden Lücken wurde der Gesetzgeber seit jeher stark kritisiert und wenngleich diese Lücken im StGB nur noch in kleinerem Maße vorhanden sind, sieht es sich bei der Regulation der Strafreferungsgründe doch einem ähnlichen Problem ausgesetzt.

Nach der alten Rechtslage konnten viele tatbestandsmäßige Taten, die in einer Notlage begangen wurden, nicht gerechtfertigt werden, da das RStGB keine ent-

---

<sup>1</sup> Vgl. u. a. *Roxin*, in: ders., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, S. 106, 107; *ders.*, AT, I, § 5, Rn. 40–44; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 136; *Rengier*, AT, § 4, Rn. 34; *Baummann/Weber/Mitsch*, AT, § 9, Rn. 99, 100; *Maurach/Zipf*, AT, I, § 10, Rn. 21; *Schmidhäuser*, Lehrbuch, § 5, Rn. 24; *Wessels/Beulke*, AT, § 2, Rn. 54; *Kindhäuser*, AT, § 3, Rn. 6; *Gropp*, AT, § 2, Rn. 9; *Fuchs*, AT, Abs. 4, Rn. 32; *MüKo-Schmitz*, § 1, Rn. 55; *Köhler*, M. AT, S. 94; *Hassemer*, *Persona y Derecho* (1996) 35, S. 150; *ders.*, *Tatbestand*, S. 165; *ders.*, *Einführung*, § 27, S. 270; *Jakobs*, AT, Abs. 4, Rn. 44; *Groß*, *Die strafrechtliche*, S. 73–74; *Kuhlen*, *Die verfassungskonforme*, S. 102; *Noll*, *Übergesetzliche*, S. 2, 3; *Erb*, *ZStW* (1996) 108, S. 271; *Hellmann*, *Die Anwendbarkeit*, S. 102; *Krey*, AT, § 3, Rn. 105; *Günther*, *Strafrechtswidrigkeit*, S. 298; *LK/Gribbohm*, § 1, Rn. 77; *Watzka*, *Die Zumutbarkeit*, S. 98, 99; *Bockelmann/Volk*, AT, S. 16; *Delitala*, *Rivista Italiana di Diritto penale* (1936), S. 605 ff.; *Antolisei*, PG, S. 307; *Mir Puig*, PG, Abs. 4, Rn. 42; *ders.*, *Introducción*, S. 320 ff.; *Luzón Peña*, PG, I, S. 93, 137; *ders.*, in: *Luzón Peña/Mir Puig* (Hrsg.), *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, S. 34; *Baldó Lavilla*, in: *Roxin-FS*, S. 382; *Ferrerres Comella*, *El principio*, S. 94; *Gimbernat Ordeig*, *Concepto y método*, S. 61; *Silva Sánchez*, *Aproximación*, S. 193 f.; *ders.*, *El nuevo*, S. 74; *Atienza*, *Sobre la analogía*, S. 184; *de Queiroz*, *Separado del n° VII de „Archivos do Ministerio de Justicia e Negocios interiores“*, S. 20; *de Figueiredo Dias*, PG, I, S. 193.

<sup>2</sup> *Anders Creus*, PG, § 64.

sprechende Notstandregelung enthielt. Obwohl die zivilrechtlichen Notstandsregeln einige sachbezogene Fälle lösten, blieben diejenigen, in denen der Täter aufgrund einer Notsituation in die körperliche Unversehrtheit und das Leben eines anderen eingreift, ohne eine rechtfertigende Regelung, und zwar sowohl im Straf- wie auch im Zivilrecht<sup>3</sup>. Hier bestand eine „Lücke“, die der Strafrichter mittels *übergesetzlichen* Rechts auszufüllen hatte. Ausgehend von der Analogie *in bonam partem* fügte das RG den *übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand* neben die damals bereits gesetzlich bestehenden Rechtfertigungsgründe ein.<sup>4</sup> Trotz seines richterlichen Ursprungs wurde er allgemein von der Strafrechtslehre anerkannt<sup>5</sup> und von der Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des StGB 1975 angewendet<sup>6</sup>. Auch bei den Regelungen des RStGB zu den Schuldausschließungsgründen spielte die richterliche Rechtsschöpfung eine herausragende Rolle: Innerhalb der Fahrlässigkeitsdelikte konnte nunmehr die Schuld dadurch ausgeschlossen werden, dass die Idee der „Unzumutbarkeit“ ein Prüfungspunkt wurde (und nach wie vor ist), obwohl § 54 RStGB nicht anwendbar war<sup>7</sup>. Eine weitere Erweiterung erfuhr das vorhandene System von Schuldausschließungsgründen einige Zeit später durch richterliche Rechtsfortbildung seitens des OGH und des BGH, die eine *übergesetzliche* schuldausschließende Wirkung auch für die entschuldigende *notstandähnliche Lage*<sup>8</sup> und den Verbotsirrtum<sup>9</sup> entwickelt hat.

Das Zurückgreifen auf die Analogie *in bonam partem* und die sich hierauf gründende richterliche *Rechtsfortbildung* aus dem gesetzlich vorhandenen System von Strafbefreiungsgründen hin zu *übergesetzlichem* Recht wurde in den jeweiligen Entwicklungsphasen der Strafrechtsdogmatik vom damaligen Diskus-

---

<sup>3</sup> Wachinger, in: Frank-FS, I, S. 247; Würzburger, Das Recht, S. 79; Jescheck/Weigend, AT, S. 359; Roxin, AT, I, § 16, Rn. 2; Freund, AT, § 3, Rn. 77; Bergenroth, Der *übergesetzliche*, S. 7; Mezger, Tratado, I, S. 432, 433; Eser, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, I, S. 54 f. Auch die Rechtsprechung, vgl. RGSt. 61, 252. Zur damaligen Diskussion über die Zurückweisung einer analogischen Ausdehnung von zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen, vgl. Grünhut, ZStW (1931) 51, S. 458. Diese Analogie bejahend aber Broglio, Der strafrechtliche, S. 10, v. Hippel, Deutsches, S. 229.

<sup>4</sup> Das RG benutzte den Ausdruck „*übergesetzlicher rechtfertigender Notstand*“ zum ersten Mal in seinem Urteil vom 28. Februar 1928, vgl. RGSt. 62, S. 46.

<sup>5</sup> Vgl. u.a. Schmidt, ZStW (1929) 49, S. 354 ff.; Wachinger, in: Frank-FS, I, S. 481; Grünhut, ZStW (1931) 51, S. 462 ff. Über die damalige Diskussion, s. Bergenroth, Der *übergesetzliche*, S. 11 ff.

<sup>6</sup> Vgl. u.a. RGSt. 34, S. 447; RGSt. 59, S. 406; RGSt. 61, S. 244 ff.; BGHSt. 2, S. 194 ff.

<sup>7</sup> Nach der herrschenden Auffassung fand eine solche Entschuldigungsschöpfung in RGSt. 30, S. 25 ff. statt, vgl. u.a. Wittig, JZ (1969), S. 546. Es ist aber hervorzuheben, dass das RG hier den Ausdruck „Strafausschließungsgrund“ anstatt „Entschuldigungsgrund“ benutzte.

<sup>8</sup> OGH-Urteil, MDR (1949), S. 370 ff., obwohl in diesem Urteil der Ausdruck „Strafausschließungsgrund“ statt „Entschuldigungsgrund“ steht.

<sup>9</sup> BGHSt. 2, S. 205 ff.

sionsstand begünstigt. Diese Anerkennung von übergesetzlichen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen ging einher mit einem Anstieg der materiellen Begründungen für Rechtswidrigkeit und Schuld<sup>10</sup>. In diesem Zusammenhang dürfen die Geltung der richterlichen Strafbefreiungsgründe im Rahmen der Diskussion über die Grundlagen der Rechtfertigung (*Zwecktheorie vs. Güterabwägungstheorie*)<sup>11</sup> und die Rolle der *Zumutbarkeit* und der *Unzumutbarkeit* bei der Gestaltung des Schuldvorwurfs<sup>12</sup> nicht außer Acht gelassen werden. So wurde dieses übergesetzliche Recht in einer Entwicklungsphase der Strafrechtsdogmatik geschaffen, in der die Unrechts- und die Schuldbewertung nicht mehr einzig von der formellen Rechtsordnung abhängig waren, sondern auch von außergesetzlichen Kriterien. Die Analogie *in bonam partem* war dann während der ersten fünfzig Jahre des letzten Jahrhunderts ein von Lehre und Rechtsprechung akzeptiertes richterliches Werkzeug, das hilfreich war, das damals geltende Strafrecht fortzubilden, wenn seine strenge Anwendung axiologisch und kriminalpolitisch untaugliche Folgen hervorgerufen hat, und dadurch letztlich tatbestandsmäßige Taten bestraft wurden, obwohl sie materiell nicht rechtswidrig oder der Täter aufgrund besonderer Umstände entschuldigt war.

Daraus lässt sich freilich nicht der Schluss ziehen, dass die Analogie zugunsten des Täters eine Art „Museumsstück“ ohne aktuelle Bedeutung ist. Obwohl das geltende Strafrecht ein weit reichendes System an Strafbefreiungs- und Strafmilderungsgründen enthält, können gesetzliche Lücken auftreten, die durch eine Analogie *in bonam partem* aufgefüllt werden müssen. So ist z. B. das Fehlen einer spezifischen Regelung im StGB, die Ausnahmensituationen wie die Folter in *ticking time-bombs*-Fällen<sup>13</sup> oder den Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs befriedigend löst<sup>14</sup>, ein klares Signal, dass die Realität den Gesetzgeber hinter sich ließ. Dies deckt axiologische Lücken auf, bei denen man über Rechtsfortbildung nachdenken muss. So erwägt die Strafrechtslehre auch in heutiger Zeit, etwa §§ 16<sup>15</sup> und 17<sup>16</sup> StGB bis zum Erlaubnistatbestandsirrtum und

---

<sup>10</sup> Die Beziehung zwischen dem Auftreten der übergesetzlichen Rechtfertigungsgründe und die Entwicklung der materiellen Rechtswidrigkeit betonend, *Roxin*, AT, I, § 14, Rn. 9; *Schmidt*, ZStW (1929) 49, S. 354; *Wachinger*, in: Frank-FS, I, S. 481; *Molina Fernández*, Antijuridicidad, S. 49 ff.; *mutatis mutandis* über die Entschuldigung und den materiellen Schuldbegriff, *Moos*, ZStW 2004 (116), S. 895; *Melendo Pardos*, El concepto, S. 172 ff.

<sup>11</sup> Vgl. u. a. *Jansen*, Pflichtenkollisionen, S. 23 ff.; *Marx*, Grundprinzipien, S. 6; *Schmidt*, E., SJZ (1949), S. 565.

<sup>12</sup> Vgl. *Frank*, Sobre la estructura, S. 43 ff.; *Freudenthal*, Culpabilidad, S. 85 ff.; *Goldschmidt*, La concepción, S. 123.

<sup>13</sup> *Wittreck*, DÖV (2003), S. 876.

<sup>14</sup> Ich nenne nur *NK-Neumann*, § 34, Rn. 77 ff.; *Roxin*, ZIS (2011), S. 562 f.; *Kindhäuser*, AT, § 21, Rn. 14; *Kühl*, AT, § 12, Rn. 94; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10, Rn. 114; *Pawlik*, JZ (2004), S. 1051.

<sup>15</sup> Vgl. u. a. *Köhler*, M., AT, S. 327; *Kühl*, AT, § 13, Rn. 70 ff.; *Roxin*, AT, I, § 14, Rn. 64; *Kindhäuser*, AT, § 29, Rn. 26.