

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1433

Der Zweifel im Staatsrecht

Von

Walter Leisner



Duncker & Humblot · Berlin

WALTER LEISNER

Der Zweifel im Staatsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1433

Der Zweifel im Staatsrecht

Von

Walter Leisner



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
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18068-4 (Print)
ISBN 978-3-428-58068-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
A. Der Begriff des „Zweifels“ im Staatsrecht – Allgemeines	15
I. „Recht“ und „Zweifel“	15
1. Ein begrifflicher Gegensatz?	15
2. Der Zweifel als Gegenstand des Rechts	15
II. „Unmöglich“, „zweifellos“: Attribute einer Rechtslage	16
III. „Recht im Zweifel“	16
1. „Zweifel“ als Gegenstand der Normanwendung	16
2. Zweifelsauflösung als Rechtsproblem	17
B. Auslegung als Klärung des Zweifels im Recht	18
I. Auslegung als Rechts-Klärung	18
1. Auslegung: Verdeutlichung	18
2. „Auslegung“ als „Klärung“: Raum für „Zweifel im Recht“	19
II. Auslegung als rechtlicher Zweifelsausschluss	20
1. Grundsätzlich kein „Zweifel als solcher im Recht“	20
2. Auslegung: Ausschluss von allem Zweifelhaftem im Recht	20
III. Auslegung: Politik statt Recht – statt Krieg?	21
1. Ein anderes Staatsrecht?	21
2. Ende von Recht und Staat – in Politik (?)	21
IV. Der „Zweifel“, das „in dubio pro...“ als Recht: Das Programm der Untersuchung	22
1. Die Fragestellung: Auslegung von „Zweifel“	22
2. Auslegung von „Zweifel“ als Rechts(geltungs)erweiterung: In welche Richtungen?	22
C. Freiheit (Libertas) als Bereich des „Zweifels“ – Ein(heitlicher) rechtsbindungs-freier Raum?	23
I. „Freiheit“ „kraft Rechts“	23
1. Grundrechtliche Freiheiten	23
2. Rechtsbestimmte „einzelne Freiheitsräume“	23

II. „Raum des Zweifels“ – Rechtlich „kein einheitlicher Freiheitsraum“	24
1. Keine einheitliche Verfassungs-Freiheit – nur Einzelfreiheiten	24
2. „Großer rechtsfreier Raum“: ohne rechtsdogmatische Definitionen	25
D. Einzelfreiheit(sregelung)en als „Rechts-Räume des institutionellen Zweifels“	26
I. „Rechtliches Zweifeln“	26
1. Der rechtliche Zweifel als Rechtskategorie	26
2. Mehrere Rechtszweifel	26
II. Nebeneinander von Einzel-Zweifels-Räumen	27
1. Eigenständiges Entstehen	27
2. Ohne notwendigen Zusammenhang	28
III. Einzelne Rechts-Zweifel: stets in(nerhalb) rechtlicher Gesamtschau	28
1. Rechtliche Bereichsordnung: immer (eine) „Gesamtnormierung“	28
2. „Rechts-Zweifel“: aber stets „einzelne“ innerhalb dieser rechtlichen Gesamtordnung	29
3. Gegenstand von „Rechts-Zweifel(n)“: nicht „(die) Eine, Große Freiheit“	29
IV. Tendenz: (immer) zahlreichere weitere Rechts-Zweifel	30
1. Mehr Einzelräume des Zweifels	30
2. Erweiterte Einzelräume des Zweifels	30
V. Gesamttendenz der Entwicklung: „Recht – ein Raum des Zweifels“?	31
E. Zweifelsregelungen im gegenwärtigen Verfassungsrecht	32
I. Keine normative(n) Bindungsverschärfung(en) durch Zweifelsbestimmung(en)	32
1. Bedeutung der „Verfassung als Normwerk“	32
2. „In dubio pro reo“: (eine) Verfassungsbestimmung mit Norm-Vorrang	32
3. Nicht aber unter Bindungsverschärfung ihres Inhalts	33
II. Keine normativen Bindungsabschwächungen durch Zweifelsregelungen	33
1. Argumente für solche	33
2. Gegenposition – im Folgenden	34
III. Zweifelsnormen in der Verfassung: nur Regelungsverdichtungen	34
1. Zweifelsregelungen: Normale Verfassungsbestimmungen	34
2. Zweifelsregelungen: nur normative inhaltliche Verdichtungen des Verfassungsrechts	34
IV. „In dubio...“ als Zweifelsregelung	35
1. „Im Zweifel“: zwei oder mehrere Entscheidungen	35
2. „Zweifel“ als Vergünstigungsbegriff	36

3. „Im Zweifel“: Vergünstigungsinhalt „Freiheit von ...“	36
4. „Im Zweifel Freiheit“ – nur Freistellung von einer bestimmten Rechts-Regelung	36
5. „Im Zweifel für den Angeklagten“	37
V. Keine Erweiterung des einzelnen Rechts-Zweifels zur „Großen Rechts-Freiheit“	38
1. Recht auf Freiheit: ein Großes Recht?	38
2. Zweifelsgegenstand Freiheit: ein (solcher) rechtlicher Großbereich?	38
3. Geltendes Staatsrecht dagegen: Keine „Große Freiheit“ – daher: „Kein Großer Rechtszweifel“	39
F. Folgerungen für die normative Qualität des rechtlich geregelten Einzel-Zweifels im gegenwärtig geltenden Recht	40
I. Normative Qualität des In dubio pro reo (Idpr)	40
1. „In dubio“: eine Verfassungsnorm	40
2. Idpr: eine verfassungsrechtliche Spezialnorm	41
3. Idpr: Verfassungsnorm-Wirkung: nur auf einen Teil des StPO-Rechts	41
II. Folgen aus Idpr für die einfache Gesetzgebung	42
1. Nicht weniger Schutz durch Idpr bei Änderungen einfachen Gesetzesrechts	42
2. Zulässigkeit neuer strafrechtlicher Tatbestände in einfachem Gesetzesrecht	43
3. In dubio pro reo – Verfassungsnorm-Wirkung nur im Strafrecht	43
III. Idpr-Wirkungen im materiellen Strafrecht?	44
1. Beispiele möglicher „neuer strafbarer Handlungen“	44
2. Das „Privileg des dubium“: nicht strafrechtlich, wohl aber strafprozessual wirksam	44
G. Ergebnis zum „Zweifel im einzelnormativ geregelten (Staats-)Recht“	46
I. „Zweifel“: ein Rechtsphänomen	46
1. „Zweifel“ im allgemeinen Sprachgebrauch	46
2. „Zweifel“ – Begriff des Rechts	46
3. „Zweifel“: keine allgemein-gesellschaftliche Erscheinung	47
4. „Zweifel“: Nur (als) Rechtsbegriff	47
II. „Zweifel“: (nur) Vorstufe (s)einer rechtsprozessualen Lösung	48
1. „Zweifel“: ein „prozessualer Begriff“	48
2. „Zweifel“ – als solcher kein Rechtsgegenstand	48
3. „Zweifel“ – im „Prozess Weg als Ziel“?	49
4. Rechts-Prozess: Schöpferischer Zweifel?	49
5. Strafprozess: „Bereit zur Freiheit“	50

III. „Institutionell geregeltes (Staats-)Recht“: eine in sich geschlossene geistige Welt	50
1. Geistiges Ordnungsergebnis der Betrachtung des „Rechts-Zweifels“	50
2. Rechtliches Ordnen – Gegensatz zu „offener“ menschlicher Wahrnehmung	51
3. Solches Recht: Nicht bereits „Ordnung“, nur Instrument zu deren Schaffung	51
H. Der rechtlich nicht einzel-institutionell normierte Zweifel im Staatsrecht	52
I. „Rechtlich geordnete Welt“ – nur einer der Räume menschlichen Lebens – „Leben“ auch Gegenstand außerrechtlicher Betrachtung	52
II. Das „Weite Leben“ außerhalb des Rechts	52
III. „Der Zweifel im Staatsrecht“ als Raum dieses „weiten Lebens“	53
IV. Dieses „weite Leben“ als ein „Un-Gewisses“, darin „wesentlich Zweifelhaftes“	53
I. Der rechtlich nicht näher geregelte Zweifel in der Verfassung	55
I. „Zweifel“ und „Recht“: Kein wesentlicher begrifflicher Gegensatz	55
1. „Recht: zweifelsfrei“	55
2. Zweifel im Recht – als Recht	55
3. Zweifel: Recht in fortdauernder Wirksamkeit	56
II. Zweifel als allgemeiner Verfassungsbegriff	56
1. Zweifeln: ein verfassungsrechtliches (immer) Weiter-Denken in Bewegung	56
2. „Zweifel“: Dynamik ohne rechtliches Endziel	56
III. Zweifel im Recht: fortdauernd wirkend	57
1. „Zweifeln“: Bewegt – bewegend	57
2. Demokratischer Zweifel: Ständiges Weiterdenken der Staatlichkeit in rechtlicher Bewegung	57
IV. Demokratie als „Staatsform der Dauer-Bewegung“	58
1. „Angekommen endlich“: der „Staat“ beim „Volk“ (?)	58
2. Demokratischer Staat – gerade Dauer-Bewegung als Staatsform	58
V. Zweifel: „Demokratische Dauerbewegung in Staatlichkeit“	59
1. „Zweifel“: Weiter-führende Staatlichkeit	59
2. „Zweifel“ – Zustand der Unsicherheit	59
VI. Zweifeln: Bewegtheit als „ständiges Novum“	60
1. Zweifel: ein Perpetuum mobile im Recht?	60
2. Zweifel – eine Angst-Vorstellung	60
3. Zweifel: Bewegung zu „Immer wieder (etwas) Neuem“	61

VII. „Neuer Zweifel“ – schöpferisch	62
1. Zweifel – wirkend in einem Staatsrecht der „Neuen Demokratie“	62
2. Die Fragestellung der „Neuen Demokratie“	62
3. Dieser Neue Zweifel: „Woraus? Worin?“	63
4. „Der Neue Zweifel“ – schöpferisch, weil „immer neu“ schon in Bewegung . . .	63
5. Folge: Das Staatliche der Gegenwart: Zweifel als Schöpfung aus, daher in Bewegung	64
J. Zweifel: ein „rechtstranszendenter Begriff“ des Staatsrechts	66
I. Zweifel: ein „offenes Rechtsphänomen“	66
II. (Im) Zweifel: „Staatsrecht als Zustand offen zum Faktischen“	66
III. Zweifel: Staatsrecht im Lauf(en), Bewegung zu faktisch immer Neuem	67
1. Zweifel: Staatsrecht geöffnet zum Faktischen	67
2. Zweifel als ständiger Lauf	67
IV. Zweifel im Staatsrecht: Zielloses (Ab-)Laufen	67
1. Demokratie: Staatsform des Ewigen Zweifels	67
2. Staatsrecht der Demokratie: „Immer Neues“	68
3. Demokratie: Welt des Zweifels	68

Einleitung

1. Wenn etwas unter Menschen Beachtung findet, „formal“ für ihren menschlichen Willen, materiell als ein diesen motivierender Gegenstand, so spricht man von einer „wahrnehmbaren Erscheinung“, von einer „*Tatsache*“, einem Faktum.

Dessen Wirkung auf den (die) ihm Begegnenden löst zunächst bei diesen ein Registrieren aus: Das Phänomen wird „zur Kenntnis genommen als real existierend“, damit aber noch nicht auch schon als rechtlich wirkend. Der von ihm „tatsächlich angesprochene“, dergestalt mit ihm kon-frontierte Mensch, oder eine Mehrzahl von solchen – sie haben nun *zu entscheiden, ob* (überhaupt) und (bejahendenfalls) *wie*, in welcher Weise eine Reaktion auf diesen Impuls aus ihrer Sicht erfolgen kann oder gar soll, muss.

„Das menschliche Gegenüber einer solchen Tatsache(nlage)“ muss allerdings, ja es kann gar nicht immer auf diese reagieren, sein Verhalten „für die Zukunft dementsprechend ändern“. Nur wenn die neue Lage *eine Frage aufwirft, welche eine „menschliche Antwort“ erwartet, ja verlangt – nur dann muss ihr „Adressat“ feststellen (können), ob eine solche Reaktion als eine Rechtsfolge einzutreten hat oder eintreten kann, also in Form und mit (dem) Inhalt einer Norm – oder ob (lediglich) ein (bestimmtes) tatsächliches Verhalten seinerseits in Frage kommen kann.*

Allein die erstere Problematik ist Gegenstand der folgenden Untersuchung, nicht all das, was sich auf rein tatsächliche Effekte beschränkt im Leben des Menschen: *Es geht nur um den „Zweifel im Recht“.*

2. *Ein neu konstatiertes Faktum* stellt häufig eine Frage, welche *juristischer Beantwortung zugänglich ja bedürftig ist*. Nicht jedes solche Phänomen wirft aber einen Zweifel auf, der als solcher eine spezielle rechtliche Reaktion auslöst: „In der“, ja „in aller Regel“ bietet das Recht sogleich und zugleich eine juristisch gültige Antwort: eine Lösung in Form einer, ebenfalls juristischen, *Auslegung*.

Übrig bleiben bei solchen juristischen Operationen aber eben doch faktische Situationen, in denen, für welche das allgemein geltende staatliche Recht keine überzeugende Lösung bereithält: Dann bleibt insoweit ein *juristisches dubium*, eine „zweifelhafte Rechtslage“. Tritt diese außerhalb der Rechtsordnung auf, ist ein solches dubium gar eine „*wesentlich außerrechtliche Erscheinung*“ – oder muss sie doch gesehen, (ein-)geordnet, behandelt werden als ein *Phänomen des Rechts*?

Für die Gegenwart ist eindeutig von der letzteren Betrachtungsweise auszugehen. Aus den Ursprüngen der Französischen Revolution heraus hat sich das Staats-Recht des 19. Jahrhunderts entfaltet aus punktuellen Befehlen, deren immer dichterem Geflecht zu etwas wie einem *ineinandergreifenden System von Normen*. So ist es an

die Stelle des früheren einen, souveränen, monarchischen Willens getreten. Wie dieser, aus seiner ihm innewohnenden souveränen Gestaltungskraft, für jede bislang unbekannte, daher normativ ungerichtete Situation sogleich die juristisch verbindliche Antwort hervorbringen konnte, so steht dazu nun das Staatsrecht bereit, „in Gestalt“ des von ihm (jeweils) bestimmten, „autorisierten“ Staatsorgans: *„Der Zweifel ist allgemein zu einem Raum des Rechts geworden, in dessen normpyramidaler Spitze zu einer juristischen Kategorie des Staatsrechts“*. Dieses stellt sich darin dar als eine „Rechtsslage in dubio“, so wie auf den ihm nach-/untergeordneten Rechtsstufen immer wieder, und häufig, unklare, rechtlich klärungsbedürftige und auch klärungsfähige Situationen festzustellen sind – und dann eben „juristisch zu bewältigen“.

Diese *„Auflösung eines Zweifels im Recht in Recht“*, einer „Rechtsslage in dubio in neues Recht“, gleich dem, in welches „eingebettet“ dem Juristen eine von ihm zu beurteilende zweifelhafte Lage begegnet – was bietet hier das Staatsrecht als sein(e) Instrument(e), als seine Kategorie(n), wenn sich ihm die Frage stellt „In dubio pro“? Wie hat Staatsrechts-Dogmatik versucht, auf ihrer Normstufe darauf eine Antwort zu geben?

Dies ist die Frage, die sich die nachfolgenden Ausführungen stellen: Werden sie zeigen, wie das Staatsrecht „aus dem Zweifel hinaus-führt“, das „dubium“ generell ins „unzweifelhafte Recht“, an dessen Spitze, damit ins Recht als solches?

3. a) Ansetzen soll das Folgende bei jenem „Zweifel“, welcher dem Juristen seit langem, seit jeher vielleicht als ein solcher bekannt, ja vertraut ist: bei dem „In dubio pro reo“. Dieses spricht ja auch menschlich ein besonders schweres, juristisch ein schwer-wiegenes Problem an:

Im Bereich des Strafens ist der Zweifel zuerst aufgetreten, mit der ganzen Macht des Rechts, dort, wo zum ersten Mal historisch ständig Geübtes zu rechtlich Verbindlichem geworden ist. Und nicht im materiellen Recht ist dies erfolgt, sondern im *rechtlichen Verfahren, im Strafprozess*: damit sollte auch (noch) der innerste menschliche Freiraum rechtlich erkannt, „erfasst“ werden. Was dort dann an Strafe verhängt wird, für welches als „strafrechtlich relevant eingestufte Verhalten“ – das mag die *staatliche materielle Strafgewalt* jeweils festsetzen, und auch, je nach politischem Bedarf, wieder ändern, in ihrem materiellen Strafrecht. *Wie und wann dies aber rechtlich wirken darf*, Rechtsgenossen be- oder entlastend – *das liegt im normativen Gestaltungsraum des Strafprozesses*, entsprechend den Grundsätzen, welche für diesen letzteren gelten: Sie verbieten die zeitliche Rückwirkung des materiellen Strafrechts, dessen belastende Anwendung in Fällen, in welchen die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine solche noch nicht eindeutig gegeben waren.

Eben dies spricht der *strafverfahrensrechtliche Satz* „In dubio pro reo“ an, ausdrücklich für die Voraussetzung eines „Zweifels“, der sich in einer Auslegung des materiellen Strafrechts nicht ausräumen lässt: *Seine Wirksamkeit ergibt sich dann (allein) aus Verfahrensrecht*. Hier aber steht der Zweifel nicht zur gestaltenden, insbesondere nicht zur Änderungsdisposition jeder Gesetzgebung auf deren jewei-

liger Normstufe: Für den strafrechtlichen Bereich jedenfalls hat dieses „In dubio“ Verfassungsrang, zugunsten, zum Schutz des Angeklagten – pro reo; *der Begriff „Zweifel“ ist „verfassungsfest“*: Hier ist er es „ausdrücklich“, in diesem engen Bereich des Strafens.

b) Diese verfassungsrechtliche Qualität, eine ihr entsprechende erhöhte, vielleicht gar höchste Normwirkung des „In dubio“, *sie könnte diesem Rechtssatz nur genommen werden*, durch eine ebenso klare, ausdrückliche „*lex contraria*“: Generell für jeden Zweifel, worauf immer er sich bezöge, oder für einen bestimmten, materiell engeren Regelungsbereich, müsste dann vorgesehen sein/werden, dass einem bestimmten Menschen gegenüber, für eine gewisse Menschengruppe, oder gar für Jedermann, *im Zweifelsfall nicht in einem besonderen, einem eindeutigen rechtlichen Sinn „Recht zu finden“ festzustellen sei, also „In dubio (auch) contra einen Rechtsgenossen“ entschieden werden könne*.

Eine derartige Gesetzgebung ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, sie ist *rechtsdogmatisch nicht unmöglich*. So könnte etwa verordnet werden, dass auch im Strafprozess ein dort auftretender Anwendungszweifel von Normen stets nach den allgemein geltenden juristischen Interpretationsregeln zu behandeln sei, wie schwierig dies auch sein, und selbst wenn das rechtliche Ergebnis als unbefriedigend erscheinen möchte, menschlich „politisch“. *Ein rechtsnormativ speziell wirkendes „In dubio“ muss es also de iure nicht geben*, weder für strafrechtliche noch für andere rechtliche Fragen.

Diese Problematik stellt sich aber praktisch nicht als ein staatsrechtliches Problem. In dem (engen) Bereich des „pro reo“ ist ein solches Verfassungs-Sonderrecht in langer Tradition derart fest und eindeutig anerkannt (worden), selbst unter wechselnden materiellen strafrechtlichen Ordnungen, dass ein mit „In dubio“ eingeleiteter Rechtssatz jedenfalls kein Verfassungsproblem (mehr) aufwirft, wenn dies je ein solches war. „In dubio“ ist eben rechtsbegrifflich grundsätzlich möglich als Geltungsform eines bereichsspezifischen Rechtssatzes.

4. Als ein solcher kann einer mit „In dubio“ eingeleiteten rechtlichen Feststellung auch durchaus die *Normqualität einer Verfassungsbestimmung zukommen*, wenn eine solche Bestimmung die dafür allgemein vorgesehenen konstitutionellen Voraussetzungen erfüllt. Auch dies ist bei „In dubio pro reo“ seit langem, unwidersprochen der Fall, eben für den eng einschränkenden Raum der Geltung des Satzes.

Dann aber stellt sich für das „In dubio pro reo“ mit normlogischer Notwendigkeit auch die grundsätzliche Erweiterungsfrage: Kann, könnte nicht auch hier ein „In dubio...“ noch weiter, vielleicht gar noch viel weiter geltungsmäßig ausgedehnt werden, bis (hin) zu anderen rechtlichen Anwendungsräumen? Wenn dem dubium schon einmal eine „normative Erweiterungskraft“ staatsrechtlich zuerkannt worden ist – in dubio pro reo – kann „eine solche“, „als eine „allgemeine“ (an)erkannt, nicht noch stärker wirken, bis in „weitere Räume“, und welche sind dies, könnten dies sein? Könnte „*Rechtsgeltung im Zweifel*“ dann nicht als eine so allgemeine juristische Kategorie eingesetzt werden, dass sich in ihr *die normative Kraft eines All-*