

ALBIN ESER

Zur Abgrenzung von Auslegung und Analogie

Kommentar aus deutscher Sicht

Zur Abgrenzung von Auslegung und Analogie

Kommentar aus deutscher Sicht

ALBIN ESER*

Wenn man vorausgegangene Referate und Diskussionen kommentieren soll, kann man leicht versucht sein, im Falle von Zustimmung alles wiederholend zu paraphrasieren oder im Falle von Ablehnung ein eigenes Koreferat zu halten – beides verbunden mit der kaum erwünschten Folge, dass der Kommentar länger wird als das zu Kommentierende. Um dieser Versuchung zu entgehen, möchte ich mich auf vier Punkte beschränken, bei denen ich weiteren Klärungsbedarf sehe oder ergänzende Hinweise hilfreich sein könnten. Das betrifft folgende Fragen: Was ist eigentlich abzugrenzen (I)? Warum erscheint eine solche Abgrenzung erforderlich (II)? Wie und nach welchen Kriterien ist abzugrenzen (III)? Gibt es nicht nur zwischen Auslegung und Analogie, sondern bereits innerhalb der Auslegung gewisse Grenzen (IV)?

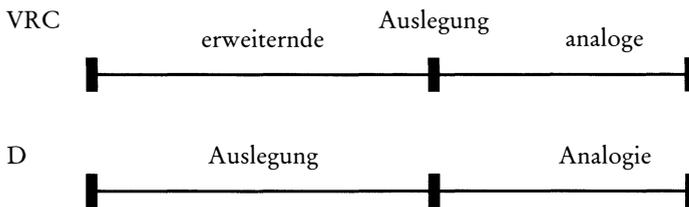
I. Gegenstand: Was ist voneinander abzugrenzen?

Dass bereits diese Frage ein Problem sein kann, lässt sich an der unterschiedlichen Fassung der Titel der vorangehenden Vorträge demonstrieren. Während das Tagungsprogramm für beide Vorträge von „Die Unterscheidung zwischen weiter Auslegung und Analogie“ spricht, ist der chinesische Beitrag von *Jun Feng* mit „Die Abgrenzung zwischen der erweiternden und der analogen Auslegung“ und der deutsche Kommentar von *Walter Perron* mit „Die Unterscheidung zwischen Auslegung und Analogie“ überschrieben. Damit weicht *Perron* von der Formulierung im Tagungsprogramm lediglich insoweit ab, als er die Auslegungsgrenze nicht von vorneherein auf die zwischen „weiter Auslegung“ und Analogie einschränken will, sondern das Auslegungsproblem ganz allgemein zwischen Auslegung und Analogie

* Professor Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, Direktor em. am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg.

angesiedelt sieht. Ihm gegenüber scheint *Feng* in der Analogie schon gar keine eigene, von bloßer Auslegung zu unterscheidende Kategorie zu erblicken, sondern in der Analogie lediglich eine Unterform der Auslegung zu sehen, mit der Folge, dass sich die Abgrenzungsprobleme von vorneherein innerhalb der „Auslegung“ abspielen, wobei die kritische Grenze zwischen der „erweiternden“ und der „analogen“ Auslegung zu ziehen ist. Ganz in diesem Sinne ist im Beitrag von *Feng* denn auch immer wieder von der „Abgrenzung beider Auslegungsformen“ die Rede.

Grob schematisch lassen sich diese terminologisch-begrifflichen Unterschiede zwischen den chinesischen und deutschen Auffassungen vielleicht folgendermaßen darstellen:



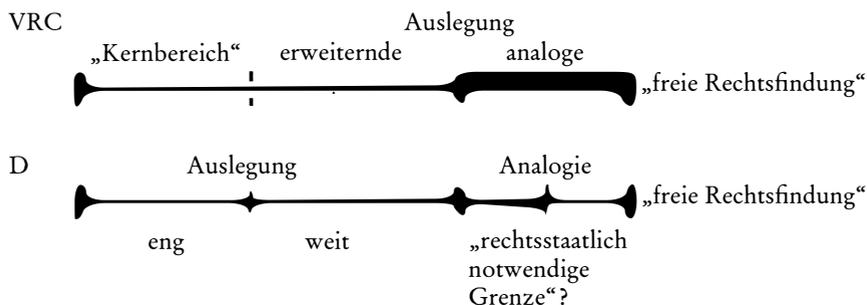
Was allerdings bei der chinesischen Fokussierung auf diese beiden Auslegungsformen offen bleibt, ist die Frage, ob und inwieweit der „erweiternden“ bereits eine andere noch nicht erweiterte Form der Auslegung vorgelagert ist und wie dann diese Auslegungsformen voneinander abzugrenzen wären. Nachdem diese Frage weder im Referat von *Feng* behandelt noch in der anschließenden Diskussion ausdrücklich zur Sprache gekommen war, hat sich aus einem anschließenden Gespräch ergeben, dass als „erweiternd“ die über den „Kernbereich“ des Wortlauts hinausgehende Auslegung zu verstehen sei.

Ähnlich war zu den deutschen Beiträgen die Frage offen geblieben, ob und inwieweit innerhalb der (von der Analogie abzugrenzenden) Auslegung möglicherweise auch noch zwischen einer „engen“ und einer „weiten“ zu unterscheiden wäre.

Angesichts der unverkennbaren Unterschiedlichkeit dieser beiden Ansätze könnte es für den chinesischen Betrachter interessant sein zu erfahren, dass die übliche deutsche Grenzziehung zwischen (noch zulässiger) Auslegung und (im Strafrecht verbotener) Analogie nicht von allen Autoren in gleicher Weise so gezogen wird. Um aus einem vielstimmigen Kreis von abweichenden Meinungen lediglich zwei hervorzuheben, sei zum einen an die Schrift von *Walter Sax* über „Das strafrechtliche ‚Analogieverbot‘“ erinnert, wo die Möglichkeit einer Abgrenzung zwischen Auslegung und Analogie überhaupt geleugnet und stattdessen die eigentliche Aufgabe darin gesehen wird, die grundsätzlich nicht verbotene Analogie von unzulässiger

„freier Rechtsfindung“ abzugrenzen¹. Wieder andere meinen, nicht zwischen Auslegung und Analogie, sondern innerhalb der Analogie die rechtsstaatlich notwendige Grenze ziehen zu sollen².

Dementsprechend sind die vorangehenden Schemata folgendermaßen zu ergänzen:



Sicherlich wird solchen Abgrenzungsversuchen zuzugestehen sein, dass die Grenzziehung zwischen noch zulässigem Auslegen eines Gesetzes und verbotener Rechtsschöpfung schwerlich an „exakten“ oder konstanten Größen ablesbar ist. Gleichwohl erscheint mir die Grenzziehung immer noch am ehesten mit den Kategorien von (zulässiger) Auslegung und (verbotener) Analogie erreichbar zu sein: indem Auslegung noch innerhalb des durch den Tatbestand gezogenen begrifflichen Rahmens bleibt, während durch Analogie das Gesetz auf einen von diesem nicht geregelten Fall ausgedehnt wird.³

II. Gründe: Warum ist eine Abgrenzung zwischen Auslegung und Analogie wichtig und was ist ihre praktische Bedeutung?

In dieser Hinsicht sind im deutsch-chinesischen Vergleich unterschiedliche, wenn nicht sogar gegenläufige Entwicklungstendenzen zu beobachten.

Auf der einen Seite ist in Deutschland strafbegründende oder strafverschärfende Analogie zulasten des Täters nicht nur durch einfaches Gesetz

¹ Walter Sax, Das strafrechtliche „Analogieverbot“, Göttingen 1953, S. 94 ff., 142 ff.

² In diesem Sinne namentlich Arthur Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“, 2. Auflage Heidelberg 1982, S. 57 ff. Zu weiteren gleichgerichteten Stimmen oder ähnlichen Auffassungen vgl. den Meinungsüberblick bei Albin Eser, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Auflage München 2006, § 1 Rn. 55.

³ So im Anschluss an die Rspr. und vorherrschende Meinung die schon bislang von mir vertretene und auch von Bernd Hecker aufrechterhaltene Formulierung in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Auflage München 2010, § 1 Rn. 54.

(nach den §§ 1, 2 Strafgesetzbuch) verboten, sondern dies sogar verfassungsrechtlich (in Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz) verankert, wobei eine Verletzung dieser Garantie mittels Verfassungsbeschwerde auch gerichtlich angefochten werden kann (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a Grundgesetz).

Auch dient dies, wie von *Perron* näher dargestellt, mehrfachen Zwecken: so in erster Linie für den Bürger, dem erkennbar sein soll, was bei Strafe verboten ist. Dementsprechend soll er darauf vertrauen dürfen, dass er nicht im Nachhinein für eine Tat bestraft werden kann, deren Verboten- oder Gebotensein er zum Zeitpunkt seines Verhaltens nicht kennen konnte.

Über den Schutz des Bürgers hinaus liegt das Analogieverbot aber auch im staatlichen Interesse: so vor allem zur Gewährleistung der Gewaltenteilung, indem nämlich der Gesetzgeber bestimmen soll, was in einem Land verboten oder erlaubt ist, während der Richter lediglich im Einzelfall darüber zu befinden hat, ob die Grenzen des Erlaubten überschritten sind und der Rechtsverletzer dafür zur Verantwortung zu ziehen ist.

Schaut man auf die Praxis, so ist es aber gerade dieser Vorrang der Legislative, der in steigendem Grade an Bedeutung verliert. Wie sich vor allem dem Beitrag von *Lothar Kuhlen* entnehmen lässt, werden die Strukturen der traditionellen Gewaltenteilung in zweierlei Hinsicht zum Nachteil der Legislative verwischt. So zum einen zugunsten der Exekutive, indem sich vor allem im Bereich des sogenannten „Blankettstrafrechts“ der Gesetzgeber immer mehr mit der Aufstellung allgemeiner Blankettverbote begnügt und deren konkrete Ausfüllung der Exekutive überlässt. Das hat für den Bürger zur Folge, dass er nicht bereits aus dem vom Parlament erstellten Gesetz, sondern erst aus den dazu von der Verwaltung erlassenen Verordnungen erfahren kann, was verboten oder erlaubt ist. In staatlicher Hinsicht entgleitet damit die Kontrolle der Grenzen des Strafrechts immer mehr der Legislative zugunsten einer schwerer kontrollierbaren Exekutive. Andererseits wächst mit der Tendenz zu sehr allgemein gefassten und einer näheren Bestimmung bedürftigen strafrechtlichen Verboten der Judikative eine immer größere Macht zu: indem nämlich das Bundesverfassungsgericht immer mehr darauf verzichtet, unbestimmte Strafvorschriften einfach für verfassungswidrig zu erklären, um stattdessen den Gerichten die Präzisierung des Gesetzes aufzuerlegen⁴. Auch durch das damit dem Richter auferlegte, diesen aber zugleich auch privilegierende Präzisierungsgebot wird von der Legislative allgemeine Strafgewalt an die Judikative abgegeben – mit der Folge, dass damit auch von dieser Seite her die traditionelle Gewaltenteilung aufgeweicht wird.

⁴ Vgl. dazu insbesondere die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2010 S. 3209ff.

Auf der anderen Seite ist in der Volksrepublik China das strafrechtliche Analogieverbot nicht verfassungsrechtlich verankert. Auch stellt sich dort das Problem der Gewaltenteilung insofern nicht, als eine solche in der von der Vorherrschaft einer Einheitspartei geprägten Verfassung ohnehin nicht vorgesehen ist. Umso mehr mag es überraschen, mit welcher Intensität in den chinesischen Beiträgen die verbreitete Praxis der „justiziellen Interpretationen“ diskutiert und kritisiert wird. Was in einer gewissen Parallele dazu in Deutschland durch die blankettausfüllenden Verordnungen der Exekutive geschieht, wird in China der Judikative überlassen.

Wenn dies dort immer mehr als problematisch empfunden wird, so kann darin zweierlei zum Ausdruck kommen: Zum einen könnte es durch ein wachsendes menschenrechtliches Bemühen motiviert sein, dem Bürger durch möglichst klare Gesetze und nicht erst durch schwer vorausberechenbare Auslegungen der Justiz die Grenzen von verboten und oder erlaubt erkennbar zu machen. Zum anderen könnten auch gewisse gewaltenteilende Tendenzen dahinterstehen, indem die Macht und Verantwortung der Legislative gegenüber der Judikative gefördert werden soll. Diese gleichsam gegenläufigen Tendenzen in Deutschland und in China sind frappierend.

Bemerkenswert ist noch ein weiterer Unterschied. Für den deutschen Bereich wird nach der Einschätzung von *Perron* die praktische Bedeutung der Abgrenzung von Auslegung und Analogie erheblich überschätzt, zumal da sie nur für Extremfälle wichtig sei und solche oft auch skurril seien. Im Vergleich dazu überrascht von China sowohl die Vielfalt von Fällen wie auch offenbar die Unterschiedlichkeit der Meinungen, bei denen es um die zulässigen Auslegungsgrenzen geht. Vielleicht ist aber dieser Unterschied einfach daraus zu erklären, dass in der deutschen Praxis und Dogmatik die strittigen Fälle bereits in vielfacher Hinsicht „durchgepaukt“ sind, während man in China erst am Anfang der Bemühungen um die Grenzen zulässiger Auslegung steht.

Ein weiterer Punkt könnte in praktischer Hinsicht für beide Rechtsordnungen bedeutsam sein. Dabei geht es um das Spannungsverhältnis, in dem das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot zueinander stehen. Will man nämlich versuchen, das Bedürfnis für Analogie im Strafrecht dadurch zu unterbinden, dass man die strafrechtlichen Verbote möglichst konkret bestimmt und alle verbotswürdigen Fälle durch jeweils eigene Straftatbestände erfasst, so kann man in ein Dilemma geraten, mit dessen Auswirkungen man vor allem im Strafrecht der Vereinigten Staaten von Amerika zu kämpfen hat. Wie von *Perron* näher dargestellt, kann nämlich das Bemühen, alle verbotswürdigen Verhaltensweisen durch möglichst konkrete Tatbestände zu erfassen, leicht zu einer Überkriminalisierung und zu einer Vielzahl sich wechselseitig überschneidender Tatbestände führen. Deshalb wird der Gesetzgeber zwischen Alternativen zu wählen haben, von denen keine

voll befriedigen kann und deren unterschiedlicher Konsequenzen man sich daher bewusst sein muss: Je größeres Gewicht einerseits auf die möglichst präzise Bestimmtheit von Straftatbeständen gelegt wird, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit möglicher Regelungslücken, die man entweder nur mit erweiternder Auslegung bis hin zur Analogie oder mit immer weiteren Einzeltatbeständen wird schließen können – mit der Folge, dass man dann leicht bei einer Überregulierung enden kann. Oder der Gesetzgeber entscheidet sich für allgemeinere Tatbestände mit einem geringeren Bestimmtheitsgrad: Das mag zwar analoge Erweiterungen entbehrlich machen, doch wird damit weiten Auslegungstendenzen kaum Einhalt zu bieten sein.

III. Kriterien: Wie und wonach ist abzugrenzen?

Wo auch immer die Grenze zwischen erweiternder und analoger Auslegung (nach chinesischer Terminologie) oder zwischen Auslegung und Analogie (nach deutscher Begrifflichkeit) zu ziehen ist, man wird nicht darum herumkommen, Grenzkriterien zu bestimmen, bei deren Überschreitung man in den Bereich unzulässiger „freier Rechtsschöpfung“ gerät.

Was dazu aus der chinesischen und deutschen Lehre und Praxis berichtet wird, ergibt ein facettenreiches Bild, in dem sich im Detail vieles unterscheidet, in großen Strichen hingegen auch manches ähnelt. Ohne dies, schon um umfangreiche Wiederholungen zu vermeiden, hier im Einzelnen nachzeichnen zu wollen, lässt sich schlagwortartig feststellen, dass in beiden Rechtsordnungen dem Wortlaut maßgebliche Bedeutung beigelegt wird, während teleologischen Aspekten im chinesischen Recht offenbar weitaus weniger Raum gelassen wird, als ihnen in der deutschen Lehre und Praxis zugestanden wird.

Wie dann aber näherhin mit dem Wortlaut umzugehen ist, wird sich kaum zuverlässig vergleichen lassen, wenn man nicht die jeweils andere Sprache beherrscht. Statt hinsichtlich der zahlreichen Auslegungsbeispiele, die in den chinesischen Beiträgen zu finden sind, zu spekulieren, ob man nach deutscher Einschätzung in gleicher Weise noch Auslegung akzeptieren oder bereits unzulässige Analogie annehmen würde, möchte ich mich hier auf die Wiedergabe der mir maßgeblich erscheinenden Grenzkriterien zu beschränken: Danach ist hinsichtlich des Zwecks strafrechtlicher Tatbestände davon auszugehen, dass im Sinne der objektiv-teleologischen Methode bestmöglicher Schutz im Rahmen der (noch) möglichen Wortbedeutung zu ermitteln ist. Dabei wird jedoch nicht auf das einzelne Wort, sondern im Sinne „textueller Bedeutung“ auf seine Stellung innerhalb des konkreten Satzes im Rahmen des umgangssprachlichen Verständnisses abzuheben sein, sofern es sich nicht um eine rein fachsprachliche Beschreibung handelt. Dement-

sprechend bildet die nach dem Wortlaut äußerste begriffliche Grenze einer Strafnorm zugleich die Grenze für die interpretative Eigenwertung des Richters⁵.

IV. Auslegungsinterne Grenze: (nur) eng oder (auch) weit?

Aus deutscher Sicht scheint diese Frage kein Problem zu sein, kommt es hier doch nach allgemeiner Ansicht allein auf die „richtige Interpretation“ an, wobei es gleichgültig ist, ob sich die Strafbarkeit „einschränkend“ oder sie „ausdehnend“ auswirkt.⁶ Gleichwohl hat dies nicht zu bedeuten, dass man die Auslegung in jedem Falle bis zum äußersten Wortsinn betreiben könne. Vielmehr kann dem vollen Ausschöpfen des vollen Wortlauts einer Strafvorschrift der Wille des Gesetzgebers entgegenstehen. Wie von Perron anhand einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Untreue (§ 266 StGB) aufgezeigt, darf ein Verhalten, obwohl es vom Wortlaut des Strafgesetzes erfasst sein könnte, vom Gericht nicht für strafbar befunden werden, wenn dies dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde⁷. Doch selbst wenn sich diese teleologische Einschränkung des möglichen Wortlauts zugunsten des Täters strafbarkeitseinengend auswirkt, ändert dies nichts daran, dass nach deutscher Lehre und Praxis Strafgesetze sowohl eng wie weit ausgelegt werden können, solange sich dies im Rahmen des teleologisch zu interpretierenden Wortlauts hält.

Dies könnte in China insofern anders sein, als dort offenbar zwischen dem „Kernbereich“ eines Straftatbestandes und einem weiteren Deutungsrahmen unterschieden wird. Das hat zur Folge, dass darüber zu befinden ist, ob und inwieweit über den „Kernbereich“ hinaus eine „erweiternde“ Auslegung zulässig sein soll, ohne dass damit die Grenze zu „analoger“ Auslegung überschritten wird. Wie hart um diese Fragen gerungen wird und welche wichtige Rolle dabei die „justiziellen Interpretationen“ spielen, dafür liefern die chinesischen Beiträge eindrucksvolles Anschauungsmaterial.

Jedenfalls scheint das chinesische Bemühen, bereits die „erweiternde Auslegung“ gewissen Beschränkungen zu unterwerfen, in einem internationalen Trend zu liegen. Das gilt sowohl für manche nationalen Rechtsordnungen, wie etwa die französische oder solche im Bereich des common law, als auch für manche internationalen Resolutionen, wonach den Täter belastende

⁵ Näher dazu Eser (o. Anm. 2), § 1 Rn. 43, 55 bzw. Eser/Hecker (o. Anm. 3), § 1 Rn. 43, 54.

⁶ Vgl. mit weiteren Nachweisen Eser (o. Anm. 2) § 1 Rn. 51.

⁷ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Band 126 (2010), S. 170, 198.

Vorschriften grundsätzlich eng auszulegen seien⁸. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte scheint mit seiner Deutung von Artikel 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention in die gleiche Richtung zu gehen, wenn er danach schon jede extensive Auslegung des Strafgesetzes zulasten eines Angeklagten für verboten erklärt⁹. Vor allem aber ist nach Artikel 22 Abs. 2 des Rom-Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof „die Begriffsbestimmung eines Verbrechens eng auszulegen“ (strictly construed), wobei „im Zweifelsfall zugunsten“ der betroffenen Person auszulegen ist. Mit dieser Heranziehung des „in dubio pro reo“-Grundsatzes könnte sich auch *Feng* bestätigt sehen, wenn er in seinem Teil III. 3 zu den Schritten der erweiternden Auslegung den Richter dazu verpflichtet will, im Zweifelsfall unzulässige Analogie anstatt erweiternde Auslegung anzunehmen. In dieser Weise den Zweifels-Grundsatz für die normative Auslegung von Gesetzen einzusetzen, ist allerdings aus deutscher Sicht ungewöhnlich, soll er doch traditionell nur bei Zweifeln in tatsächlicher Hinsicht dem Täter zugutekommen.

Noch in einem weiteren Punkt könnte China für sein Rechtsverständnis aus dem internationalen Recht Nutzen ziehen, und zwar im Hinblick auf die viel diskutierten „justiziellen Interpretationen“. Während nach deutschem Recht der „nullum crimen, nulla poena sine lege“-Grundsatz als Gesetzlichkeitsprinzip verstanden wird und dementsprechend strafrechtliche Verbote und Gebote der schriftlichen Form eines Gesetzes bedürfen, soll nach internationalen Konventionen genügen, dass eine Tat zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem „Recht“ strafbar war.¹⁰ Demnach kommt auch ungeschriebenes Gewohnheitsrecht, wie vor allem im Bereich des englischen common law, als Grundlage für Strafbarkeit in Betracht – mit der Folge, dass konsequenterweise nicht von „nullum crimen sine lege“, sondern von „nullum crimen sine iure“ zu sprechen wäre.¹¹

Dies könnte es nahe legen, die chinesischen „justiziellen Interpretationen“ als derartiges ungeschriebenes „Recht“ anzusehen. Dies ist jedoch lediglich als möglicher Deutungshinweis, nicht aber als Empfehlung zu

⁸ Vgl. die Nachweise in *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1996, S. 158.

⁹ EGMR im Fall *Streletz, Kessler und Krenz* (34044/96,35532197/44801/98), in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, S. 3305, 3307. Vgl. jedoch dazu auch *Albin Eser*, *Justizielle Rechte*, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage 2011 Art. 49 Rn. 25, auch abgedruckt in: *Albin Eser*, *Transnationales Strafrecht. Gesammelte Beiträge*, Berlin 2011, S. 93 – 160 (142f.).

¹⁰ In diesem Sinne bereits Artikel 7 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950, Artikel 15 des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte von 1966 wie neuerdings auch Artikel 49 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union von 2009.

¹¹ Näher dazu *Eser* (o. Anm. 9), Art. 49 Rn. 13 beziehungsweise *Transnationales Strafrecht* S. 137.

verstehen; denn dass solche richterlichen Strafbegründungsbefugnisse für Missbrauch offener und demokratischer Kontrolle weitgehend entzogen wären, ist in den chinesischen Beiträgen in eindrucksvoller Weise dargetan.