

Emanuel Cohen

# Im Zweifel für die Strafe?

Der Umgang mit dem Legalitätsprinzip im materiellen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes



Emanuel Cohen  
Im Zweifel für die Strafe?



Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich von A. Donatsch, D. Jositsch, F. Meyer,  
C. Schwarzenegger, B. Tag und W. Wohlers

**Emanuel Cohen**

## **Im Zweifel für die Strafe?**

**Der Umgang mit dem Legalitätsprinzip im  
materiellen Strafrecht unter besonderer  
Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes  
und des Analogieverbotes**

## **Zürcher Studien zum Strafrecht**

Diese Reihe setzt zusammen mit den

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Zürcher Studien zum Privatrecht

Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte

Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

die Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft fort.

Abdruck der der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich vorgelegten Dissertation.

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, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2015  
ISBN 978-3-7255-7371-4

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

© Fotografie: Frank Mäder, 2008

Meinen Eltern und Rebecca



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Verlauf meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers an der Universität Zürich entstanden. Sie wurde am 4. März 2015 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation abgenommen.

Für das Gelingen dieser Arbeit durfte ich auf eine grosse Unterstützung in meinem gesamten Umfeld zurückgreifen. In erster Linie gehört mein Dank meinem Doktorvater Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers. Er hat mich während der Erstellung der vorliegenden Arbeit fortwährend unterstützt. Durch die nahrhaften, regen Diskussionen mit ihm, seine grosse Gesprächsbereitschaft und seine äusserst konstruktiven Rückmeldungen hat er mich stets vorwärts gebracht, zu neuen Gedankengängen angeregt und motiviert. Ebenfalls möchte ich mich bei Prof. Dr. iur. Marc Thommen für sein grosses Engagement als Zweitgutachter und seine wertvollen Anregungen bedanken.

Zudem geht mein Dank an meine Eltern und meine Partnerin MLaw Rebecca Schneebeli, welche mich nicht nur bei der Niederschrift meiner Dissertation unterstützten, sondern immerzu mit Rat und Tat an meiner Seite standen und stehen. Ihnen gilt mein grösster Dank und Ihnen ist auch die vorliegende Arbeit gewidmet.

Männedorf, im April 2015

Emanuel M. A. Cohen



# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort</b> .....	<b>VII</b>
<b>Inhaltsübersicht</b> .....	<b>IX</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>XI</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>XVII</b>
<b>Materialienverzeichnis</b> .....	<b>XXXVII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XXXIX</b>
<b>Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>Erster Teil    Überblick über das Legalitätsprinzip gemäss                   Art. 1 und Art. 2 StGB</b> .....	<b>7</b>
A.    Geltungsbereich des Legalitätsprinzips.....	9
B.    Begriff des Gesetzes, der Strafe sowie der Massnahme.....	12
C.    Einzelaspekte des Legalitätsprinzips.....	15
D.    Würdigung .....	23
<b>Zweiter Teil    Zielsetzungen des Legalitätsprinzips</b> .....	<b>27</b>
A.    Einleitung .....	29
B.    Zielsetzungen .....	32
<b>Dritter Teil    Umsetzung des Legalitätsprinzips aus Sicht des                   Gesetzgebers</b> .....	<b>39</b>
A.    Bindung des Gesetzgebers an das Legalitätsprinzip .....	41
B.    Sprache als Instrument der Rechtswissenschaft.....	44
C.    Bestimmtheit von Strafnormen .....	66

---

D. Schlussfolgerungen .....	142
<b>Vierter Teil    Umsetzung des Legalitätsprinzips aus Sicht des                           Rechtsanwenders .....</b>	<b>145</b>
A. Auslegung von Rechtsnormen .....	147
B. Grenzen der Rechtsanwendung und der Auslegung im Strafrecht .....	170
<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>205</b>
<b>Stichwortverzeichnis.....</b>	<b>209</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	<b>VII</b>	
<b>Inhaltsübersicht</b> .....	<b>IX</b>	
<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>XI</b>	
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>XVII</b>	
<b>Materialienverzeichnis</b> .....	<b>XXXVII</b>	
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XXXIX</b>	
<b>Einleitung</b> .....	<b>1</b>	
<b>Erster Teil</b>	<b>Überblick über das Legalitätsprinzip gemäss Art. 1 und Art. 2 StGB</b> .....	<b>7</b>
A.	Geltungsbereich des Legalitätsprinzips.....	9
B.	Begriff des Gesetzes, der Strafe sowie der Massnahme.....	12
	I. Gesetz als Ermächtigungsgrundlage.....	12
	II. Unterscheidung von Strafen und Massnahmen .....	13
C.	Einzelaspekte des Legalitätsprinzips.....	15
	I. Bestimmtheitsgebot .....	15
	1. Gesetzliche Grundlage als Ausgangspunkt .....	15
	2. Anforderungen an die Bestimmtheit .....	17
	II. Analogieverbot .....	18
	1. Begriff .....	18
	2. Zulässigkeit einer sinngemässen Auslegung über den Wortlaut hinaus .....	19
	III. Ausschluss von Gewohnheitsrecht .....	21
	IV. Rückwirkungsverbot.....	22
D.	Würdigung .....	23

<b>Zweiter Teil</b>	<b>Zielsetzungen des Legalitätsprinzips .....</b>	<b>27</b>
A.	Einleitung .....	29
B.	Zielsetzungen .....	32
	I. Schutz vor Willkür.....	32
	II. Rechtssicherheit.....	33
	III. Rechtsgleichheit.....	35
	IV. Steuerungsfunktion .....	37
<b>Dritter Teil</b>	<b>Umsetzung des Legalitätsprinzips aus Sicht des Gesetzgebers .....</b>	<b>39</b>
A.	Bindung des Gesetzgebers an das Legalitätsprinzip .....	41
B.	Sprache als Instrument der Rechtswissenschaft .....	44
	I. Einleitung .....	44
	II. Kommunikation mittels Sprache .....	45
	III. Offenheit der Sprache .....	46
	1. Das semantische Dreieck .....	46
	2. Gründe der Offenheit .....	49
	a) Mehrdeutigkeit von Zeichen.....	49
	aa) Mehrdeutigkeit von Wörtern.....	49
	bb) Mehrdeutigkeit von Phrasen und Sätzen.....	50
	cc) Auflösung von Mehrdeutigkeit durch den Kontext.....	50
	b) Vagheit von Begriffen .....	51
	c) Porosität von Begriffen.....	52
	3. Sprache und Kognition.....	52
	IV. Unterscheidung zwischen Intension und Extension .....	54
	1. Bedeutung in der Sprachwissenschaft.....	54
	2. Bedeutung für die Rechtswissenschaft.....	55
	V. Das Drei-Kandidaten-Schema .....	57
	VI. Rechtssprache .....	59
	1. Das Verhältnis der Rechtssprache zur Alltagssprache .....	59
	2. Terminologie der Rechtssprache.....	63

---

VII.	Schlussfolgerungen für die Formulierung von Strafnormen .....	64
C.	Bestimmtheit von Strafnormen .....	66
I.	Einflussgrößen der Bestimmtheit von Strafnormen .....	68
1.	Anforderungen aufgrund des Bestimmtheitsgebots .....	68
a)	Forderung nach Präzision .....	68
b)	Forderung nach Verständlichkeit.....	69
aa)	Das «Hamburger Verständlichkeitsmodell» und das Verständlichkeitsmodell nach GROEBEN .....	69
bb)	Adressatengerechte Formulierung von Gesetzen.....	73
c)	Verhältnis von Präzision und Verständlichkeit .....	76
2.	Anforderungen aufgrund des Flexibilisierungsbedürfnisses bei der Rechtsanwendung .....	78
3.	Anforderungen aufgrund des Erfordernisses beständiger Gesetze.....	83
a)	Grenzen der Präzision von Begriffen durch ihre Porosität.....	83
b)	Ordnungs- und Stabilisierungsfunktion von Strafgesetzen.....	84
4.	Schlussfolgerungen .....	85
II.	Kriterien genügender Bestimmtheit.....	86
1.	Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	87
a)	Die Kriterien im Überblick.....	89
aa)	Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte.....	89
bb)	Die Normadressaten.....	92
cc)	Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte .....	93
dd)	Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung.....	95
ee)	Erst bei der Konkretisierung im Einzelfall mögliche und sachgerechte Entscheidung .....	97
b)	Schlussfolgerungen.....	97
2.	Kriterien nach SCHÜNEMANN .....	99
3.	Kriterien nach LENCKNER und nach SEEL.....	101
4.	Kriterien nach KOHLMANN .....	103
III.	Schlussfolgerungen.....	105
1.	Faktoren der Bestimmtheit von Strafnormen .....	105

2.	Herausforderung, Kriterien für die optimale Bestimmtheit von Strafnormen zu finden .....	106
IV.	Instrumente des Gesetzgebers zur adäquaten Formulierung von Strafnormen .....	107
1.	Legaldefinitionen .....	107
a)	Begriff.....	107
b)	Funktion von Legaldefinitionen und ihre Grenzen .....	109
2.	Kasuistische Methode .....	111
a)	Begriff.....	111
b)	Würdigung .....	113
3.	Konkretisierung durch Verordnungen.....	114
a)	Arten von Verordnungen und ihre jeweiligen Funktionen .....	114
b)	Würdigung .....	116
4.	Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln .....	119
a)	Unbestimmte Rechtsbegriffe .....	119
b)	Generalklauseln .....	120
c)	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Zulässigkeit von Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe .....	122
d)	Konsequenzen der Verwendung von Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe .....	126
e)	Würdigung .....	128
5.	Exemplifizierende Methode .....	129
a)	Begriff.....	129
b)	Vor- und Nachteile .....	130
6.	Blankettstrafnormen .....	132
a)	Begriff.....	132
b)	Funktion.....	132
c)	Unterscheidung nach Art des Verweises .....	133
aa)	Blankettverweise auf Verfügungen.....	133
bb)	Blankettverweise auf Gesetzes- und/oder Verordnungsnormen .....	134
d)	Die Problematik von Blankettstrafnormen .....	134
e)	Die vom Bürger erwartete Selbständigkeit.....	136
f)	Würdigung .....	138
7.	Systematik.....	139
a)	Systematik innerhalb der Strafnormen .....	140
b)	Systematik des Rechts als Ganzes .....	140
D.	Schlussfolgerungen .....	142

<b>Vierter Teil</b>	<b>Umsetzung des Legalitätsprinzips aus Sicht des Rechtsanwenders .....</b>	<b>145</b>
A.	Auslegung von Rechtsnormen .....	147
I.	Grammatikalische Methode.....	148
1.	Der Wortlaut als Ausgangspunkt der Auslegung .....	148
2.	Dreisprachigkeit der Gesetzgebung .....	149
II.	Systematische Methode .....	151
1.	Die Analyse des Sinnzusammenhangs von Normen .....	151
2.	Das innere und äussere System des Rechts .....	152
3.	Verfassungskonforme Methode .....	154
III.	Historische Methode .....	155
1.	Die Ambivalenz des gesetzgeberischen Willens.....	156
2.	Die subjektiv-historische und die objektiv-historische Interpretation des Gesetzes .....	157
IV.	Teleologische Methode.....	160
1.	Zweckermittlung als Ziel der teleologischen Methode .....	160
a)	Die Unterscheidung von Sinn und Zweck einer Norm.....	160
b)	Ermittlung des Zwecks einer Norm.....	161
2.	Sonderfall der teleologischen Reduktion .....	163
3.	Die Schwierigkeit der «richtigen» Zweckermittlung .....	164
V.	Das Auslegungsergebnis und die Kombination der einzelnen Methoden.....	166
B.	Grenzen der Rechtsanwendung und der Auslegung im Strafrecht .....	170
I.	Analogieverbot .....	172
1.	Begriff .....	172
2.	Abgrenzung der Analogie zur Auslegung im Strafrecht .....	173
a)	Unterscheidung zwischen Wortsinn und Wortlaut .....	174
b)	Unterscheidung mittels des Drei-Kandidaten- Schemas .....	175
3.	Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Analogieschlusses im Allgemeinen .....	177
4.	Grenze der erlaubten zur verbotenen Analogie nach der Rechtsprechung und Lehre.....	179
5.	Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	182

---

a) Beispiele eines als zulässig eingestuften Analogieschlusses.....	182
b) Beispiele einer Verneinung eines Analogieschlusses.....	184
6. Zwischenfazit .....	185
7. Wortlaut als Grenze der erlaubten Gesetzesanwendung .....	189
a) Funktionen des Wortlauts .....	189
b) Befürworter der Wortlautgrenze im Strafrecht.....	190
c) Kritik an der Wortlautgrenze .....	192
II. Würdigung .....	194
1. Verhältnisse haben sich seit der Inkraftsetzung einer Norm geändert.....	199
2. Der Gesetzgeber hat einen spezifischen Fall nicht geregelt oder befand sich in einem Irrtum .....	200
3. Redaktionsfehler .....	201
4. Conclusio .....	203
<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>205</b>
<b>Stichwortverzeichnis.....</b>	<b>209</b>

## Literaturverzeichnis

- ALBRECHT PETER-ALEXIS, Die vergessene Freiheit, Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 2. Aufl., Berlin 2006. (zit. ALBRECHT, Freiheit)
- ALBRECHT PETER, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–28 BetmG), 2. Aufl., Bern 2007. (zit. ALBRECHT, BetmG)
- ALBRECHT PETER, Die persönliche Einstellung des Richters zum Gesetz als dominanter Faktor der Urteilsfindung, ZStrR 121 (2003), S. 336 ff. (zit. ALBRECHT, Urteilsfindung)
- ARISTOTELES, Nikomachische Ethik, Auf der Grundlage der Übersetzung von Eugen Rolfes, Bien Günther (Hrsg.), 4. Aufl., Hamburg 1985.
- ARNTZ REINER/PETER SANDRINI, Präzision versus Vagheit: Das Dilemma der Rechtssprache im Lichte von Rechtsvergleich und Sprachvergleich, in: Antia Bassegy Edem (Hrsg.), Indeterminacy in Terminology and LSP, Studies in honour of Heribert Picht, Amsterdam/Philadelphia 2007, S. 135 ff.
- ARZT GUNTHER, Einführung in die Rechtswissenschaft, Grundlagen mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht, 2. Aufl., Basel 1996. (zit. ARZT, Einführung)
- ARZT GUNTHER, Über den Nutzen der Rechtsunsicherheit, recht 2011, S. 166 ff. (zit. ARZT, Rechtsunsicherheit)
- AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Deutschsprachige Ausgabe von La juridiction constitutionnelle en Suisse, übersetzt von Nanni Rojas, Basel 1984.
- BALDUS MANFRED, Die Einheit der Rechtsordnung, Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Diss. Frankfurt am Main 1993/94, Berlin 1995.
- BALLOD MATTHIAS, Verständliche Wissenschaft, Ein informationsdidaktischer Beitrag zur Verständlichkeitsforschung, Tübingen 2001.
- BAUMANN JÜRGEN, Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958, S. 394 ff. (zit. BAUMANN, Wortbedeutung)
- BAUMANN MAX, Recht – Sprache – Medien oder Die Notwendigkeit der interdisziplinären Öffnung der Rechtswissenschaft, LeGes 3/1995, S. 11 ff. (zit. BAUMANN, Sprache)
- BAUMBERGER SILVANO, Die Grenzen des Legalitätsprinzips im Steuerrecht, AJP 2012, S. 903 ff.
- BEAUCAMP GUY, Verständlichkeit und Bestimmtheit – Zwei Welten?, Rechtstheorie 2011, S. 21 ff.

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007. (zit. BIAGGINI, OFK-BV, Art. x N y)
- BIAGGINI GIOVANNI, «Ratio legis» und richterliche Rechtsfortbildung, in: Die Bedeutung der «Ratio legis», Kolloquium der juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel 2001, S. 51 ff. (zit. BIAGGINI, ratio legis)
- BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht, Diss. 1989, Basel 1991. (zit. BIAGGINI, Richterrecht)
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011. (zit. AUTOR, in: Staatsrecht)
- BORER THOMAS G., Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten, Diss. Basel 1985, Basel 1986.
- BÖXLER BERNHARD, Markenstrafrecht, Geschichte – Akzessorietät – Legitimation – Perspektiven, Diss. Bayreuth 2012, Tübingen 2013.
- Brockhaus Enzyklopädie online, Brockhaus/wissenmedia in der inmediaONE] GmbH (Hrsg.), abrufbar unter: <<http://www.brockhaus-wissensservice.com>>. (zit. Brockhaus, Stichwort)
- BÜRKI CHRISTOPH, Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, Eine Untersuchung zum Verhältnis gerichtsorganisations- und verfahrensbezogener Gesetzmässigkeit und Prozesswirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Bund und im Kanton, Bern 2011.
- BUSSE DIETRICH, Die juristische Fachsprache als Institutionensprache am Beispiel von Gesetzen und ihrer Auslegung, in: HOFFMANN LOTHAR/KALVERKÄMPFER HARTWIG/WIEGAND HERBERT ERNST (Hrsg.), Fachsprachen, Ein internationales Handbuch zur Fachsprachenforschung und Terminologiewissenschaft = Languages for Special Purposes: An International Handbook of Special-Language and Terminology Research, 2. Halbband, Berlin 1998, S. 1382 ff. (zit. BUSSE, Fachsprache)
- BUSSE DIETRICH, Juristische Semantik, 2. Aufl. Berlin 2010. (zit. BUSSE, Semantik)
- BUSSE DIETRICH, Verständlichkeit von Gesetzestexten – ein Problem der Formulierungstechnik?, LeGes 2/1994, S. 29 ff. (zit. BUSSE, Verständlichkeit)
- BUSSE DIETRICH, Was ist die Bedeutung eines Gesetzestextes?, Sprachwissenschaftliche Argumente im Methodenstreit der juristischen Auslegungslehre – linguistisch gesehen, in: MÜLLER FRIEDRICH (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Berlin 1989, S. 93 ff. (zit. BUSSE, Bedeutung)
- BYDLINSKI FRANZ, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, bearbeitet von Peter Bydlinski, 2. Aufl., Wien 2012.

- CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, in: NEUNER JÖRG/GRIGOLEIT HANS CHRISTOPH (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, Gesammelte Schriften, NEUNER JÖRG/GRIGOLEIT HANS CHRISTOPH (Hrsg.), Band 1: Rechtstheorie, Berlin/Boston 2012, S. 3 f.
- CARNAP RUDOLF, Meaning and Necessity, A Study in Semantics and Modal Logic, Chicago 1947.
- CHRISTMANN URSULA/GROEBEN NORBERT, Textverstehen, Textverständlichkeit – Ein Forschungsüberblick unter Anwendungsperspektive, in: KRINGS HANS P. (Hrsg.), Wissenschaftliche Grundlagen der Technischen Kommunikation, Tübingen 1996, S. 129 ff.
- COHEN AMOS S., Zur Konzeption der Strassenverkehrssignalisation, in: MEYER-GRAMCKO FRITZ (Hrsg.), Verkehrspsychologie auf neuen Wegen: Herausforderungen von Strasse, Wasser, Luft und Schiene, Bonn 1999, S. 713 ff.
- COTTIER THOMAS, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, 2. Aufl., Chur/Zürich 1991.
- DANNECKER GERHARD, Das Verbot unbestimmter Strafen, Der Bestimmtheitsgrundsatz im Bereich der Deliktsfolgen, in: HEINRICH MANFRED et al. (Hrsg.), FS Roxin, Band I, S. 285 ff.
- Das neue Taschenlexikon, Band 15 Si–Sz, Bertelsmann Lexikon-Institut GmbH (Hrsg.), Gütersloh 1992. (zit. Das neue Taschenlexikon, Si, Stichwort)
- Das neue Taschenlexikon, Band 13 Q/R, Bertelsmann Lexikon-Institut GmbH (Hrsg.), Gütersloh 1992. (zit. Das neue Taschenlexikon, R, Stichwort)
- DAUM ULRICH, Rechtssprache – eine genormte Fachsprache, in: RADTKE INGULF (Hrsg.), Der öffentliche Sprachgebrauch, Band II, Die Sprache des Rechts und der Verwaltung, Stuttgart 1981, S. 83 ff.
- DEMKO DANIELA, Zur «Relativität der Rechtsbegriffe» in strafrechtlichen Tatbeständen, Diss. Potsdam 2000, Berlin 2002.
- DEPENHEUER OTTO, Der Wortlaut als Grenze, Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, Heidelberg 1988.
- DIECKMANN JOCHEN/MANDT BRIGITTE, Justiz und Sprache, 2001/2002, abrufbar unter: <<http://www.muenster.de/~texte/thomas/Justiz%20und%20Sprache.pdf>>.
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- DONATSCH ANDREAS/BLOCHER FELIX, Die Regelung der Meldepflicht nach Art. 20 BEHG im Zusammenhang mit dem indirekten Erwerb aus strafrechtlicher Sicht, Zugleich eine Auseinandersetzung zum Verhältnis zwi-

- schen strafrechtlicher Generalklausel und präzisierendem Verordnungsrecht, in: SETHE ROLF/HILTY RETO M./NOBEL PETER/ZÄCH ROGER (Hrsg.), FS Weber, Bern 2011, S. 275 ff.
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- DONATSCH ANDREAS (Hrsg.), StGB, Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2013. (zit. AUTOR, OFK-StGB)
- DÖNNINGHAUS SABINE, Die Vagheit der Sprache, Begriffsgeschichte und Funktionsbeschreibung anhand der tschechischen Wissenschaftssprache, Wiesbaden 2005.
- DÖRR OLIVER/GROTE RAINER/MARAUHN THILO (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2013. (zit. AUTOR, EMRK/GG)
- DUBS HANS, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, ZSR II 1974, S. 223 ff. (zit. DUBS, Bestimmtheit)
- DUBS HANS, Die «ratio legis» in der bundesgerichtlichen Argumentation, in: Die Bedeutung der «Ratio legis», Kolloquium der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel 2001 S. 21 ff. (zit. DUBS, ratio)
- Duden online, Bibliographisches Institut GmbH (Hrsg.), abrufbar unter: <[www.duden.de](http://www.duden.de)>. (zit. Duden, Stichwort)
- DUPUIS MICHEL/GELLER BERNARD/MONNIER GILLES/MOREILLON LAURENT/PIGUET CHRISTOPHE/BETTEX CHRISTIAN/STOLL DANIEL (Hrsg.), CP, petit commentaire, Basel 2012. (zit. DUPUIS et al., Art. x N y)
- ECKERT ANDREAS, Zum Tatbestand der geringfügigen Vermögensdelikte, Art. 172<sup>ter</sup> StGB, und dessen Anwendung in der Praxis, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, APARIUZ, Zürich 1999, S. 139 ff.
- EHRENZELLER BERHNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014. (zit. AUTOR, SGKomm)
- EHRENZELLER BERHNHARD/SCHWEIZER RAINER J./MASTRONARDI PHILIPPE/VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008. (zit. AUTOR, SGKomm 2008)
- EICKER ANDREAS, Zur Ermittlung des Bestimmtheitsgefälles von Strafvorschriften im Nebenstrafrecht, ZstrR 132 (2014), S. 168 ff.
- EISENBERG ULRICH, Kriminologie, 6. Aufl., München 2005.
- ENGISCH KARL, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., Stuttgart 2010.

- ESSER JOSEF, Grundsatz und Norm, 4. Aufl., Tübingen 1990. (zit. ESSER, Grundsatz)
- ESSER JOSEF, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main 1972. (zit. ESSER, Methodenwahl)
- FIOLKA GERHARD, Bemerkungen zu Bundesgericht, Kassationshof, 29.10.1988 i.S. R.F. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau, BGE 124 IV 286. Nichtigkeitsbeschwerde, AJP 1999, S. 620 ff.
- FLEINER-GERSTER THOMAS, Wie kann man einfache und verständliche Gesetze schreiben?, in: MÜLLER GEORG/RHINOW RENÉ A./SCHMID GERHARD/WILDHABER LUZIUS (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, FS Eichenberger, Basel 1982, S. 493 ff.
- FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1978.
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012.
- GARSTKA HANSJÜRGEN, Generalklauseln, in: KOCH HANS-JOACHIM (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Regensburg 1976, S. 96 ff.
- GERMANN OSCAR A., Auslegung und freie Rechtsfindung, ZStrR 1941, S. 134 ff. (zit. GERMANN, Rechtsfindung)
- GERMANN OSCAR A., Zum sogenannten Analogieverbot nach schweizerischem Strafgesetzbuch, ZStrR 61 (1946), S. 119 ff. (zit. GERMANN, Analogieverbot)
- GERMANN OSCAR A., Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band I: Allgemeiner Teil, Zürich 1953. (zit. Germann, AT)
- GIACOMETTI ZACCARIA, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960.
- GIGER HANS/FREI KATHRIN, Förderung oder Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit durch Verwendung von Radarwarnsystemen nach geltendem und geplantes Recht, AJP 2011, S. 1459 ff.
- GLESS SABINE, Strafe ohne Souverän, ZStrR 125 (2007), S. 24 ff.
- GRABER CHRISTOPH K., Geldwäscherei, Diss., Bern 1990.
- GRABHERR PETER, Zulässige Interpretation und verbotene Analogie nach schweizerischem Strafgesetzbuch, Diss., Thun 1952.
- GRAF DAMIAN, Praxisänderung im Strafrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011.

- GROEBEN NORBERT, *Leserpsychologie: Textverständnis – Textverständlichkeit*, Aschendorff/Münster Westfalen 1982.
- GROEBEN NORBERT/CHRISTMANN URSULA, *Textoptimierung unter Verständlichkeitsperspektive*, in: ANTOS GERD/KRINGS HANS P. (Hrsg.), *Textproduktion, Ein interdisziplinärer Forschungsüberblick*, Tübingen 1989, S. 165 ff.
- GRÜNWALD GERALD, *Bedeutung und Begründung des Satzes «nulla poena sine lege»*, ZStW 1964, S. 1 ff.
- HÄFELIN ULRICH, *Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes*, in: RIEMER HANS MICHAEL/WALDER HANS ULRICH/WEIMAR PETER (Hrsg.), *FS Hegnauer*, Bern 1986, S. 111 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010.
- HAFTER ERNST, *Lücken im Strafgesetzbuch*, ZStrR 1947, S. 133 ff. (zit. HAFTER, *Lücken*)
- HAFTER ERNST, *Festrede des Rektors Prof. Dr. Ernst Hafter, Keine Strafe ohne Gesetz*, in: *Universität Zürich Rektoratsrede und Jahresbericht 1921/1922*, Zürich 1922, S. 3 ff. (zit. HAFTER, *Rektoratsrede*)
- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, *Allgemeines Staatsrecht*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- HANDSTANGER MEINRAD V., *Zum Umgang mit der Unschärfe des Rechts*, in: *Jusletter IT vom 22. Februar 2011*.
- HASS-ZUMKEHR ULRIKE, *Die Arbeit des Redaktionsstabes der Gesellschaft für deutsche Sprache beim Deutschen Bundestag*, in: HASS-ZUMKEHR ULRIKE (Hrsg.), *Sprache und Recht*, Berlin 2002, S. 366 ff.
- HASSEMER WINFRIED, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NStZ 1989, S. 553 ff. (zit. HASSEMER, *Rechtsgüterschutz*)
- HASSEMER WINFRIED, *Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht*, in: GREWENDORF GÜNTHER (Hrsg.), *Rechtskultur als Sprachkultur, Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse*, Frankfurt am Main 1992, S. 71 ff. (zit. HASSEMER, *Sprechen*)
- HATZ HELMUT, *Rechtssprache und juristischer Begriff, Vom richtigen Verstehen des Rechtssatzes*, Stuttgart 1963.
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Band I*, Bern 2012. (zit. AUTOR/BK)

- HEGENBARTH RAINER, Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, Dargestellt am Beispiel der Lehre vom Wortlaut als Grenze der Auslegung, Königstein 1982.
- HILL HERMANN, Akzeptanz des Rechts – Notwendigkeit eines besseren Politikmanagements, JZ 1988, S. 377 ff. (zit. HILL, Akzeptanz)
- HILL HERMANN, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982. (zit. HILL, Gesetzgebungslehre)
- HOFFMANN LUDGER, Wie verständlich können Gesetze sein?, in: GREWENDORF GÜNTHER (Hrsg.), Rechtskultur als Sprachkultur, Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse, Frankfurt am Main 1992, S. 122 ff.
- HOFSTÄTTER PETER R., Einführung in die Sozialpsychologie, 4. Aufl., Stuttgart 1966.
- HOHMANN OLAF, Gedanken zur Akzessorietät des Strafrechts, ZIS 2007, S. 38 ff.
- HÖHN ERNST, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993. (zit. HÖHN, Methodik)
- HÖHN ERNST, Legalitätsprinzip und modernes Auslegungsverständnis, in: HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/MÜLLER GEORG/SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 157 ff. (zit. HÖHN, Legalitätsprinzip)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010. (zit. AUTOR, BSK I-ZGB, Art. x, N y)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011. (zit. Autor, BSK I-OR, Art. x N y)
- HUBER HANS, Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1953, ZBJV 1955, S. 161 ff.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.
- ILUK JAN, Die Verständlichkeit der deutschen, österreichischen, schweizerischen und polnischen Verfassung, Versuch einer komparatistischen Analyse, in: EICHHOFF-CYRUS KARIN M./ANTOS GERD (Hrsg.), Verständlichkeit als Bürgerrecht, Mannheim 2008, S. 136 ff.
- IPSEN JÖRN, Richterrecht und Verfassung, Diss. Göttingen 1974, Berlin 1975.
- ISENSEE JOSEF, Diskussion, in: GROSSFELD BERNHARD (Hrsg.), Unsere Sprache: Die Sicht des Juristen, Opladen 1990, S. 50 ff.

- JAAG TOBIAS, Die Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung, in: GAUCH PETER/THÜRER DANIEL (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 25 ff.
- JÄHNKE BURKHARD/LAUFHÜTTE HEINRICH WILHELM/ODERSKY WALTER (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Berlin 2003. (zit. AUTOR, LK, § x N y)
- JAKOBS GÜNTHER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zu rechnungslehre, Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin 1991.
- JESCH DIETRICH, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoreti scher und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 1957, S. 163 ff. (zit. JESCH, Rechtsbegriff)
- JESCH DIETRICH, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., Tübingen 1961. (zit. JESCH, Gesetz)
- JESCHECK HANS-HEINRICH/WEIGEND THOMAS, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
- JETZER LAURA, Das Bestimmtheitsgebot im Kartellstrafrecht, Am Beispiel der Entscheide Swisscom und Publigroupe, recht 2013, S. 169 ff.
- JOECKS WOLFGANG/MIEBACH KLAUS (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1–37, 2. Aufl., München 2011. (zit. Mü-KoStGB/AUTOR)
- JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Handkommentar, Bern 2010 (zit. AUTOR, UWG SHK, Art. x N y)
- KARPEN ULRICH, Die Pflicht zum notwendigen und zum guten Gesetz, in: HASS-ZUMKEHR ULRIKE (Hrsg.), Sprache und Recht, Berlin 2002, S. 38 ff.
- KAUFMANN ARTHUR, Analogie und «Natur der Sache», Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl., Hamburg 1982.
- KELLER HERMANN, Die Willkürbeschwerde, Aarau 1944.
- KELSEN HANS, Was ist Gerechtigkeit?, Stuttgart 2000.
- KESHELAVA TORNIKE, Der Methodenpluralismus und die ratio legis, Eine sprachkritische Untersuchung, Diss. Freiburg 2011, Basel 2012.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013.
- KILIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE/AEBI MARCELO F., Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Bern 2009.

- KINDHÄUSER URS/NEUMANN ULFRID/PAEFFGEN HANS-ULRICH (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Band 1, 4. Aufl., Baden-Baden 2013. (zit. NK-StGB-AUTOR)
- KING ROBERT G., Fundamentals of Human Communication, New York 1991.
- KIRCHHOF PAUL, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, Berlin/New York 1987.
- KLATT MATTHIAS, Die Wortlautgrenze, in: LERCH KENT D. (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2, Recht verhandeln, Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Berlin 2005, S. 343 ff. (zit. KLATT, Wortlautgrenze)
- KLATT MATTHIAS, Theorie der Wortlautgrenze, Diss. Kiel 2003, Baden-Baden 2004. (zit. KLATT, Theorie)
- KLEIN WOLFGANG, Ein Gemeinwesen, in dem das Volk herrscht, darf nicht von Gesetzen beherrscht werden, die das Volk nicht versteht, in: LERCH KENT D. (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 1, Recht verstehen, Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht, Berlin 2004, S. 197 ff.
- KOCH HANS-JOACHIM (Hrsg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung, Frankfurt am Main 1977.
- KOHLMANN GÜNTER, Der Begriff des Staatsgeheimnisses (§ 93 StGB und § 99 Abs. 1 StGB a.F.) und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften (Art. 103 Abs. 2 GG), Köln 1969.
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2010.
- KRAMM MANFRED, Rechtsnorm und semantische Eindeutigkeit, Diss. Erlangen, München 1970.
- KREY VOLKER, Gesetzestreue und Strafrecht, Schranken richterlicher Rechtsfortbildung, ZStW 1989, S. 838 ff. (zit. KREY, Gesetzestreue)
- KREY VOLKER, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbotes, Berlin 1977. (zit. KREY, Gesetzesvorbehalt)
- KRONENBERG SABRINA, Der Bandenbegriff im schweizerischen Strafrecht, fp 2011, S. 50 ff.
- KUHLEN LOTHAR, Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, in: DANNECKER GERHARD/LANGER WINRICH/RANFT OTFRIED/SCHMITZ ROLAND/BRAMMSEN JOERG (Hrsg.), FS Otto, München 2007, S. 89 ff.

- LACHMAYER FRIEDRICH/PAVCNIK MARIJAN, Sprache und Recht (Strukturierung einiger offener Fragen), in: Jusletter IT 27. Februar 2012.
- LANGER INGHARD/SCHULZ VON THUN FRIEDEMANN/TAUSCH REINHARD, Verständlichkeit, in Schule, Verwaltung, Politik und Wissenschaft, München 1974.
- LARENZ KARL/CANARIS CLAUS-WILHELM, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Heidelberg 1995.
- LASSER INGEBOURG, Man kann Gesetze zugänglicher machen, in: HASS-ZUMKEHR ULRIKE (Hrsg.), Sprache und Recht, Berlin 2002, S. 368 ff.
- LAUFHÜTTE HEINRICH WILHELM/RISSING-VAN SAAN RUTH/TIEDEMANN KLAUS (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Erster Band, Einleitung; §§ 1 bis 31, 12. Aufl., Berlin 2007. (zit. LK-AUTOR, N x)
- LEIPOLD KLAUS/TSAMBIKAKIS MICHAEL/ZÖLLER MARK A. (Hrsg.), StGB Strafgesetzbuch, AnwaltKommentar, Bonn 2011. (zit. AnwK-StGB/AUTOR, § x N y)
- LEMMEL HANS-PETER, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, Diss. 1969 Hamburg, Berlin 1970.
- LENCKNER THEODOR, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz «nulla poena sine lege», JuS 1968, S. 304 ff.
- LERCH KENT D., Gesetze als Gemeingut aller, Der Traum vom verständlichen Gesetz, in: LERCH KENT D. (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 1, Recht verstehen, Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht, Berlin 2004, S. 225 ff. (zit. LERCH, Gesetze)
- LERCH KENT D., Ultra posse nemo obligatur, Von der Verständlichkeit und ihren Grenzen, in: EICHHOFF-CYRUS KARIN M./ANTOS GERD (Hrsg.), Verständlichkeit als Bürgerrecht?, Die Rechts- und Verwaltungssprache in der öffentlichen Diskussion, Mannheim/Wiesbaden 2008, S. 54 ff. (zit. LERCH, Verständlichkeit)
- LINKE ANGELIKA/NUSSBAUMER MARKUS/PORTMANN PAUL R., Studienbuch Linguistik, 5. Aufl., Tübingen 2004.
- LOOSCHELDERS DIRK/ROTH WOLFGANG, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996.
- MAEDER STEFAN, Dem Legalitätsprinzip die Hosen heruntergelassen, Anmerkungen zum «Nacktwanderer»-Urteil des Bundesgerichts, in: Jusletter 11. Juni 2012.

- MAHLMANN MATTHIAS, *Konkrete Gerechtigkeit, Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart*, Baden-Baden 2015.
- MAIWALD MANFRED, *Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele*, in: LACKNER KARL/LEFERENZ HEINZ/SCHMIDT EBERHARD/WELP JÜRGEN/WOLFF ERNST AMADEUS (Hrsg.), *FS Fallas*, Berlin/New York 1973, S. 137 ff.
- MEIER YVONNE, *Zwangsheirat, Rechtslage in der Schweiz, Rechtsvergleich mit Deutschland und Österreich*, Diss. Zürich, Bern 2010.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, *Der Richter als Gesetzgeber, Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Zürich 1951.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB*, Bern 1966. (zit. AUTOR/BK1966, Art. x N y)
- Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 2: Alv–Alz, Bibliographisches Institut AG (Hrsg.), 9. Aufl., Mannheim 1971. (zit. Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Stichwort)
- MICHEL HELMUT, *Die verfassungskonforme Auslegung*, JuS 1961, S. 274 ff.
- MIDDELSCHULTE CHRISTIANE, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und das Bestimmtheitsgebot*, Diss. Bielefeld 2006, Hamburg 2007.
- MONTESQUIEU CHARLES-LOUIS DE SECONDANT, BARON DE LA BRÈDE ET DE, *De l'esprit des lois, Texte établi avec une introduction, des notes et des variantes par Gonzague Truc, tome premier*, Paris 1956. (zit. MONTESQUIEU, tome premier)
- MONTESQUIEU CHARLES-LOUIS DE SECONDANT, BARON DE LA BRÈDE ET DE, *De l'esprit des lois, Texte établi avec une introduction, des notes et des variantes par Gonzague Truc, tome deuxième*, Paris 1956. (zit. MONTESQUIEU, tome deuxième)
- MÜLLER FRIEDRICH/CHRISTENSEN RALPH, *Juristische Methodik, Band I, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 11. Aufl., Berlin 2013.
- MÜLLER GEORG, *Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, Habil. 1978, Basel 1979.
- MÜLLER GEORG/MATTLE ADRIAN, *Bedeutung und Funktion von Rechtsnormen*, ius.full 2004, S. 279 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.

- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.
- NEUMANN ULFRID, Juristische Fachsprache und Umgangssprache, in: GREWENDORF GÜNTHER (Hrsg.), Rechtskultur als Sprachkultur, Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse, Frankfurt am Main 1992, S. 110 ff.
- NIGGLI MARCEL, Zur Problematik der Auslegung in Zivil- und Strafrecht, Analogie, Subsumtion, Selbstreferenz und Wortlautgrenze, AJP 1993, S. 154 ff. (zit. NIGGLI, Auslegung)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Der Wunsch nach lückenloser Strafbarkeit, fragmentarischer Charakter des Strafrechts und die Tücken des Zusammenspiels von Zivil- und Strafrecht, Zur geplanten Revision von Art. 141<sup>bis</sup> StGB, AJP 2010, S. 1155 ff. (zit. NIGGLI, Strafbarkeit)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Gezieltes Abspeichern ist Herstellen, in: Jusletter 1. November 2004. (zit. NIGGLI, Herstellen)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOF, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: HÄNER ISABELLE/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 51 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007. (zit. AUTOR, BSK I-StGB 2007, Art. x N y)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013. (zit. AUTOR, BSK I-StGB, Art. x N y)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013. (zit. AUTOR, BSK II-StGB, Art. x N y)
- NOLL PETER, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973. (zit. NOLL, Gesetzgebungslehre)
- NOLL PETER, Zur Gesetzestechnik des Entwurfes eines Strafgesetzes, JZ 1963, S. 297 ff. (zit. NOLL, Gesetzestechnik)
- NUSSBAUM HANS GEORG, Rahmenbedingungen der Verordnungsgebung: Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen, LeGes 2003, S. 9 ff.
- OGDEN C.K./RICHARDS I.A., Die Bedeutung der Bedeutung (The Meaning of Meaning), Eine Untersuchung über den Einfluss der Sprache auf das Denken und über die Wissenschaft des Symbolismus, Aus dem Englischen von Gert H. Müller, Frankfurt am Main 1974.

- OGG MARCEL, Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen, Diss., Zürich 2002.
- OGOREK REGINA, «Ich kenne das Reglement nicht, habe es aber immer befolgt!», Metatheoretische Anmerkungen zur Verständnisdebatte, in: LERCH KENT D. (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 1, Recht verstehen, Verständlichkeit, Missverständlichkeit von Recht, Berlin 2004, S. 297 ff.
- OTT EDWARD E., Täterduo als «Bande» bei Diebstahl, Raub und Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz?, ZstrR 1982, S. 328 ff.
- OTTO WALTER, Die Paradoxie einer Fachsprache, in: RADTKE INGULF (Hrsg.), Der öffentliche Sprachgebrauch, Band II, Die Sprache des Rechts und der Verwaltung, Stuttgart 1981, S. 44 ff.
- PAPIER HANS-JÜRGEN/MÖLLER JOHANNES, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122, S. 177 ff.
- PHILIPPS LOTHAR, Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen, in: Jusletter IT vom 5. Oktober 2011.
- POZO JOSÉ HURTADO, Droit pénal, Partie générale, Genf/Zürich/Basel 2008.
- PROBST THOMAS, Die Änderung der Rechtsprechung, Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den vereinigten Staaten (common law), Diss. St. Gallen 1992, Basel 1993. (zit. PROBST, Änderung)
- PROBST THOMAS, Die Grenzen des möglichen Wortsinns: methodologische Fiktion oder hermeneutische Realität?, in: HONSELL HEINRICH/ZÄCH ROGER/HASENBÖHLER FRANZ/HARRER FRIEDRICH/RHINOW RENÉ (Hrsg.), Privatrecht und Methode, FS Kramer, Basel 2004, S. 249 ff. (zit. PROBST, Grenzen)
- RAABE ANDREAS, Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Blankettstrafgesetzen am Beispiel der unzulässigen Marktmanipulation, Berlin 2007.
- RADBRUCH GUSTAV, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, S. 105 ff.
- RATHERT MONIKA, Sprache und Recht, Heidelberg 2006.
- RHINOW RENÉ, Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Basel 1979.
- RHINOW RENÉ/SHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009.
- RITTER WERNER, Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit – dargestellt am Beispiel des Polizeirechts, Diss. St. Gallen, Chur/Zürich 1994.

- RÖHL KLAUS F./RÖHL HANS CHRISTIAN, Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Köln/München 2008.
- ROTH ROBERT/MOREILLON LAURENT (Hrsg.), Code pénal I, Art. 1–110 CP, Commentaire Romand, Basel 2009. (zit. AUTOR/CR Art. x N y)
- ROXIN CLAUDIUS, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006. (zit. ROXIN, AT)
- ROXIN CLAUDIUS, Ein «neues Bild» des Strafrechtssystems, ZStW 1971, S. 369 ff. (zit. ROXIN, Strafrechtssystem)
- RÜTHERS BERND/FISCHER CHRISTIAN/BIRK AXEL, Rechtstheorie, 7. Aufl., München 2013.
- RÜTHERS BERND/HÖPFNER CLEMENS, Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode, JZ 2005, S. 21 ff.
- SÁNCHEZ-OSTIZ PABLO, Die Bedeutung von Legaldefinitionen für die Anwendung des Strafrechts, in: KUDLICH HANS/MONTIEL JUAN PABLO/SCHUHR JAN C. (Hrsg.), Gesetzlichkeit und Strafrecht, Berlin 2012, S. 69 ff.
- SAX WALTER, Das strafrechtliche «Analogieverbot», Eine methodologische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht, Habil. Köln 1952, Göttingen 1953.
- SCHILLIG MICHAEL, Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht, Diss. 2008, Berlin 2009.
- SCHINDELE MATTHÄUS, Der Grundsatz der Prospektverständlichkeit am Beispiel des Börsenzulassungsprospekts für den amtlichen Markt – eine Studie zur deutschen und US-amerikanischen Rechtslage, Diss. Augsburg 2007, München 2008.
- SCHLATTER CHRISTINA, Lebenserhaltung in der Neonatologie, Entscheidungsbefugnis, Entscheidungsfindung, Entscheidungsverantwortung, Diss. Zürich, Basel 2014.
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.
- SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.
- SCHMIDHÄUSER EBERHARD, Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie, in: SELMER PETER/VON MÜNCH INGO (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin/New York 1987, S. 231 ff. (zit. SCHMIDHÄUSER, Utopie)
- SCHMIDHÄUSER EBERHARD, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., Tübingen 1982, 1984. (zit. SCHMIDHÄUSER, AT)

- SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2006.
- SCHMIDT JÜRGEN, Einige Bemerkungen zur Präzision von Rechtssprache, in: ALBERT HANS/LUHMANN NIKLAS/MAIHOFFER WERNER/WEINBERGER OTA (Hrsg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Düsseldorf 1972, S. 390 ff.
- SCHMITT CHRISTIAN, Zur Ausbildung technischer Fachsprachen und Terminologie im heutigen Französisch, in: DAHMEN WOLFGANG/HOLTUS GÜNTER/KRAMER JOHANNES/METZELTIN MICHAEL (Hrsg.), Technische Sprache und Technolekte in der Romania, Romanistisches Kolloquium II, Tübingen 1989, S. 173 ff.
- SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2014. (zit. AUTOR, StGBKomm, § x N y)
- SCHUBARTH MARTIN, Erlöschen der Strafgewalt zufolge Verjährung – Konsequenzen für die Rechtsnatur der Verjährung und für Fragen der Auslieferung, ZStrR 129 (2011), S. 66 ff. (zit. SCHUBARTH, Verjährung)
- SCHUBARTH MARTIN, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 1. Band: Delikte gegen Leib und Leben, Art. 111–136 StGB, Bern 1982 (zit. SCHUBARTH, Kommentar 1. Band)
- SCHUBARTH MARTIN, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173–186 StGB, Bern 1984. (zit. SCHUBARTH, Kommentar 3. Band)
- SCHUHR JAN C., Analogie und Verhaltensnorm im Computerstrafrecht, Am Beispiel der Datenveränderung (§ 303a StGB und Art. 4 Convention on Cybercrime), ZIS 2012, S. 441 ff.
- SCHÜNEMANN BERND, Nulla poena sine lege?, Berlin/New York 1978.
- SCHWANDER VITAL, Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1964.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Skrupellos und verwerflich! Über Emotionen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Strafrecht, ZStrR 2000, S. 349 ff.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HUG MARKUS/JOSITSCH DANIEL, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.
- SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, LeGes 2008, S. 379 ff.

- SEEL PAUL, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht und der Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 II GG), Diss., München 1965.
- SEELMANN KURT, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel 2012.
- SEILER HANSJÖRG, Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Bern 1994.
- SEISSL CHRISTIANE, Wirkebenen der Rechtssprache, in: Jusletter IT vom 22. Februar 2011.
- STÄCHELIN GREGOR, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis, Diss. Frankfurt am Main 1997, Berlin 1998.
- STEINMANN GEROLD, Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus Sicht von Vollzug und Rechtssetzung, Eine Untersuchung anhand ausgewählter Erlasse, Diss. 1981, Bern 1982.
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011. (zit. STRATENWERTH, AT)
- STRATENWERTH GÜNTER, Zum Streit der Auslegungstheorien, in: NOLL PETER/STRATENWERTH GÜNTER (Hrsg.), Rechtsfindung, Beiträge zur juristischen Methodenlehre, Festschrift für Oscar Adolf Germann, Bern 1969. (zit. STRATENWERTH, Auslegungstheorien)
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010.
- STRATENWERTH GÜNTER/KUHLEN LOTHAR, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 6. Aufl., München 2011.
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013.
- STROUHAL ERNST, Fachsprache Gesetz: Sind Verständlichkeit und juristische Präzision Gegensätze?, ZG 1986, S. 117 ff.
- TAG BRIGITTE, Tatbestandselastizität und Gesetzesbestimmtheit im Wirtschaftsstrafrecht, in: VON DER CRONE HANS-CASPAR/FORSTMOSE PETER/WEBER ROLF H./ZÄCH ROGER (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, FS Zobl, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 1 ff.
- THIEL MARKUS, Neuere Grundlagenfächer, § 12 Recht und Sprache, in: KRÜPPER JULIAN (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden 2011.
- TIEDEMANN KLAUS, Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem

- des Wirtschaftsstrafrechts, Habil. 1968, Tübingen 1969. (zit. TIEDEMANN, Tatbestandsfunktion)
- TIEDEMANN KLAUS, Verfassungsrecht und Strafrecht, Heidelberg 1991. (zit. TIEDEMANN, Verfassungsrecht)
- TOWFIGH EMANUEL VAHID, Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, Der Staat 2009, S. 29 ff.
- TRECHSEL STEFAN, Die «Umstände des besonderen Falles» in der Strafrechtspraxis, in: Juristische Abteilung der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaft und dem St. Gallischen Juristenverein (Hrsg.), Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, S. 183 ff. (zit. TRECHSEL, Umstände)
- TRECHSEL STEFAN et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008. (zit. AUTOR, PK-StGB 2008, Art. x N y)
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004.
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013. (zit. AUTOR, PK-StGB, Art. x N y)
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014.
- UHLMANN FELIX, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Habil. Basel, Bern 2005.
- UHLMANN FELIX/BINDER IRIS, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, LeGes 2009, S. 151 ff.
- VANOLLI ORLANDO, Stalking, Ein «neues» Phänomen und dessen strafrechtliche Erfassung in Kalifornien und in der Schweiz, Diss. Zürich 2008, Zürich/Basel/Genf 2009.
- VETTERLI LUZIA, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten, Überlegungen zu BGE 137 I 218 und gleichzeitig Denkanstösse zur Auslegung von Art. 141 StPO, ZStrR 2012, S. 447 ff.
- VON ARNAULD ANDREAS, Rechtssicherheit, Tübingen 2006.
- VON BONIN KONRAD, Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Recht und Sprache, in: WASSERMANN RUDOLF/PETERSEN JÜRGEN (Hrsg.), Recht und Sprache, Beiträge zu einer bürgerfreundlichen Justiz, Heidelberg 1983, S. 64 ff.
- VON BÜREN BRUNO, Bandenmässigkeit von Diebstahl und Raub, SJZ 1979, S. 43 f.

- VON LISZT FRANZ, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Zweiter Band, Berlin 1905.
- VON MANGOLDT HERMANN/KLEIN FRIEDRICH (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., München 1999. (zit. AUTOR/GGKomm, Art. x N y)
- WAIBLINGER MAX, Die Bedeutung des Grundsatzes «nullum crimen sine lege» für die Anwendung und Fortentwicklung des schweizerischen Strafrechts, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Festgabe der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristenverein, Bern 1955, S. 212 ff.
- WALKKAMM ANDREAS, Generalklauseln – Normen im Spannungsfeld von Flexibilität und Rechtsstaatswidrigkeit, Rechtstheorie 2008, S. 507 ff.
- WALTER HANS PETER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999, S. 157 ff. (zit. WALTER, Methodenpluralismus)
- WALTER ROBERT, Die Lehre von der Gesetzestechnik, ÖJZ 1963, S. 85 ff. (zit. WALTER, Gesetzestechnik)
- WANK ROLF, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., München 2011. (zit. WANK, Auslegung)
- WANK ROLF, Die juristische Begriffsbildung, München 1985. (zit. WANK, Begriffsbildung)
- WARDA GÜNTER, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Habil. Köln, Köln/Berlin/Bonn/München 1962.
- WASSERMANN RUDOLF, Recht und Verständigung als Element der politischen Kultur, in: WASSERMANN RUDOLF/PETERSEN JÜRGEN (Hrsg.), Recht und Sprache, Beiträge zu einer bürgerfreundlichen Justiz, Heidelberg 1983, S. 40 ff.
- WEBER-LEJEUNE STEFANIE, Legaldefinitionen unter besonderer Berücksichtigung des Umweltrechts, Diss., Berlin 1997.
- WEBER PETER JOHANNES/WIEDERKEHR RENÉ, Bundesgericht, Kassationshof, 25.9.2002, in Sachen A., B., C., etc. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau (BGE 129 IV 6), Nichtigkeitsbeschwerde, AJP 2003, S. 432 ff.
- WEISSENBERGER PHILIPPE, Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes (unter Berücksichtigung von Art. 260<sup>quater</sup> StGB, AJP 2000, S. 153 ff. (zit. WEISSENBERGER, Strafbestimmungen)
- WEISSENBERGER PHILIPPE, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz, Mit Änderungen nach Via Sicura, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015. (zit. WEISSENBERGER, Strassenverkehrsgesetz)

- WIDMER RAPHAEL, Vereinbarkeit besonderer Zentren für renitente Asylbewerber mit der Bewegungsfreiheit und den Garantien beim Freiheitsentzug, *Sicherheit & Recht* 2013, S. 17 ff.
- WIENERS-HORST BARBARA, Die Arbeit des Redaktionsstabes der Gesellschaft für deutsche Sprache beim Deutschen Bundestag, in: HASS-ZUMKEHR ULRIKE (Hrsg.), *Sprache und Recht*, Berlin 2002, S. 375 ff.
- WIPRÄCHTIGER HANS, Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen, *recht* 1995, S. 143 ff.
- WITTGENSTEIN LUDWIG, *Tractatus logico-philosophicus*, *Tagebücher 1914–1916*, Philosophische Untersuchungen, Werkausgabe Band I, Frankfurt am Main 2006.
- WOHLERS WOLFGANG, Gesetzeswortlaut und «ratio legis» im Strafrecht, in: *Die Bedeutung der «Ratio legis»*, Kolloquium der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel 2001, S. 79 ff. (zit. WOHLERS, ratio legis)
- WOHLERS WOLFGANG, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik «moderner» Gefährungsdelikte, *Habil.* 1999 Basel, Berlin 2000. (zit. WOHLERS, Deliktstypen)
- WOHLERS WOLFGANG/COHEN EMANUEL, Einfache und grobe Verkehrsregelverletzungen: Von Abgrenzungs- und anderen Schwierigkeiten, *Strassenverkehr*, 4/2012, S. 55 ff. (zit. WOHLERS/COHEN, Verkehrsregelverletzungen)
- WOHLERS WOLFGANG/COHEN EMANUEL, Verschärfte Sanktionen bei Tempoexzessen und sonstigen «elementaren» Verkehrsregelverletzungen, *Zur Auslegung der Art. 90 Abs. 3 und 4 sowie Art. 90a SVG*, *Strassenverkehr* 4/2013, S. 5 ff. (zit. WOHLERS/COHEN, Tempoexzesse)
- WOLFFERS ARTUR, Zum Legalitätsprinzip im schweizerischen Strafrecht, *ZBJV* 1986, S. 569 ff.
- YI SANG-DONG, Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung, *Das strafrechtliche Analogieverbot*, Frankfurt am Main 1992.
- ZÄCH ROGER, Bestimmtere und unbestimmtere Formulierung von Tatbestand und Rechtsfolge: Konsequenzen für die Rechtsanwendung, in: *Beiträge zur Methode des Rechts*, *St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, *Juristische Abteilung der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften/St. Gallischer Juristenverein* (Hrsg.), Bern 1981, S. 271 ff.
- ZELLER ERNST, *Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die juristische Praxis*, Zürich 1989.

ZIPPELIUS REINHOLD, Das Wesen des Rechts, Eine Einführung in die Rechtsphilosophie, 5. Aufl., München 1997. (zit. ZIPPELIUS, Wesen)

ZIPPELIUS REINHOLD, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012. (zit. ZIPPELIUS, Methodenlehre)

## Materialienverzeichnis

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985, Band II, S. 1009 ff. (zit. Botschaft, StGB 1985)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) sowie betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Landesversorgung (Strafbestimmungen) vom 24. April 1991, BBl 1991, Band II, S. 969 ff. (zit. Botschaft, StGB)

Botschaft zum Bundesgesetz zur Umsetzung von Artikel 123b der Bundesverfassung über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät vom 22. Juni 2011, BBl 2011, S. 5977 ff. (zit. Botschaft 123b)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997, Band I, S. 1 ff. (zit. Botschaft BV)

Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, Bundesamt für Justiz (Hrsg.), 3. Aufl., 2007 (abrufbar unter: <[http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat\\_buerger/legistik/gleitf-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/legistik/gleitf-d.pdf)>).

Legistisches Handbuch des Landes Steiermark, abrufbar unter: <<http://www.verwaltung.steiermark.at/cms/beitrag/11682114/74838392>>.



## Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
§§	Paragraphen
a	alt
a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AI	Appenzell Innerrhoden
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
AnwK	LEIPOLD KLAUS/TSAMBIKAKIS MICHAEL/ZÖLLER MARK A. (Hrsg.), StGB Strafgesetzbuch, Anwalt-Kommentar, Bonn 2011
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
APARIUZ	Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich
AR	Appenzell Ausserrhoden
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934, SR 952.0
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. März 1995, SR 954.1
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) vom 4. Oktober 1951, SR 812.121
BezGer	Bezirksgericht
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Deutschland)
bGS	bereinigte Gesetzessammlung Kanton Appenzell Ausserrhoden
BSK I-OR	HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011

BSK I-StGB	NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013
BSK I-StGB 2007	NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007
BSK II-StGB	NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013
BSK I-ZGB	HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
chap.	chapitre
CHF	Schweizer Franken
CR	ROTH ROBERT/MOREILLON LAURENT (Hrsg.), Code pénal I, Art. 1–110 CP, Commentaire Romand, Basel 2009
Der Staat	Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches Recht (Berlin)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
et al.	et alii
f.	folgende
ff.	folgende
Fn.	Fussnote
fp	forumpoenale (Bern)
FS	Festschrift
gem.	gemäss
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (Deutschland)

GSA	Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Innerrhoden
GTG	Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz, GTG) vom 21. März 2003, SR 814.91
Habil.	Habilitation
h.L.	herrschende Lehre
HMG	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000, SR 812.21
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
IPBPR	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
JSG	Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz, JSG) vom 20. Juni 1986, SR 922.0
JuS	Juristische Schulung (München)
JZ	JuristenZeitung (Tübingen)
km/h	Stundenkilometer
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251
KGTG	Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KGTG) vom 20. Juni 2003, SR 444.1
LeGes	Gesetzgebung & Evaluation (Bern)
LG	Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923, SR 935.51
lit.	litera
liv.	livre
LK	JÄHNKE BURKHARD/LAUFHÜTTE HEINRICH WILHELM/ODERSKY WALTER (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Berlin 2003
LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
m	Meter
m <sup>2</sup>	Quadratmeter

MDR	Monatszeitschrift für deutsches Recht (Köln)
m.H.	mit Hinweis
MüKoStGB	JOECKS WOLFGANG/MIEBACH KLAUS (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1–37, 2. Aufl., München 2011
N	Note, Randnote
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG) vom 1. Juli 1966, SR 451
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt)
NK-StGB	KINDHÄUSER URS/NEUMANN ULFRID/PAEFFGEN HANS-ULRICH (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Band 1, 4. Aufl., Baden-Baden 2013
no.	number
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (München)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OBV	Ordnungsbussenverordnung (OBV) vom 4. März 1996, SR 741.031
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer	Obergericht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Wien)
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002, SR 171.10
PBG	Bundesgesetz über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG) vom 20. März 2009, SR 745.1
PK-StGB	TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013
PK-StGB 2008	TRECHSEL STEFAN et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
Prof.	Professor
recht	recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung Praxis (Bern)
Rechtstheorie	Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Nor-

	men- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts (Berlin)
resp.	respektive
RS	Rechtsprechung in Strafsachen (Bern)
Rz	Randziffer
S.	Seite, Seiten
SA	société anonyme
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SLR	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
SO	Solothurn
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSV	Signalisationsverordnung (SSV) vom 4. September 1979, SR 741.21
StE	Der Steuerentscheid (Basel)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 SR 311.0
StGBKomm	SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2014
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
Strafrecht/AR	Gesetz über das kantonale Strafrecht des Kantons Appenzell Ausserrhoden, bGS 311
Strassenverkehr	Strassenverkehr: interdisziplinäre Zeitschrift (Zürich)
SVG	Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
TPF	Transports publics fribourgeois (TPF) SA
u.a.	unter anderem
UeStG	Übertretungsstrafgesetz (UeStG) vom 30. April 2006 (Kanton AI), GSA 311.000
UR	Uri
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983, SR 814.01
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, SR 241
UWG SHK	JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Handkommentar, Bern 2010
v.	versus
VGer	Verwaltungsgericht

vgl.	vergleiche
VRV	Verkehrsregelnverordnung (VRV) vom 13. November 1962, SR 741.11
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974, SR 313.0
WG	Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition (Waffengesetz, WG) vom 20. Juni 1997, SR 514.54
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung (München)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin/New York)

# Einleitung

Das materiell-strafrechtliche Legalitätsprinzip (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) markiert die Grenze «zwischen strafbarem und straflosem Verhalten»<sup>1</sup> und gilt als die strafrechtlich und rechtsstaatlich wichtigste Garantie.<sup>2</sup> Das Prinzip besagt, dass eine Strafe oder Massnahme nur wegen einer Tat verhängt werden kann, welche das Gesetz ausdrücklich zum Zeitpunkt ihrer Vornahme unter Strafe gestellt hat.<sup>3</sup>

Das Legalitätsprinzip soll es dem Bürger ermöglichen, die Rechtsfolgen seiner Handlungen abschätzen zu können.<sup>4</sup> Gleichzeitig werden dem Staat, welchem die Aufgabe zukommt, das Gesetz zu erlassen, anzuwenden und durchzusetzen, Grenzen gesetzt: Um einen Straftatbestand überhaupt anwenden zu können, muss das Strafgesetz in einem hierfür vorgesehenen demokratischen Verfahren zustande gekommen sein und der Rechtsanwender muss den konkreten Fall unter den abstrakt umschriebenen Tatbestand subsumieren können. Das Legalitätsprinzip dient daher als Schnittstelle der Gewaltenteilung im Staat. Es gebietet dem Gesetzgeber, möglichst bestimmte Strafnormen zu erlassen.<sup>5</sup> Dies ist denn auch die unerlässliche Voraussetzung für eine berechenbare Rechtsprechung und den Schutz des Bürgers vor staatlicher Willkür.<sup>6</sup> Die damit geschaffene Rechtssicherheit ist die Grundlage der Justiz für demokratisch legitimierte und strafrechtlich motivierte Grundrechtseinschränkungen.<sup>7</sup>

Aus dem Legalitätsprinzip werden vier Bedingungen für das Strafrecht abgeleitet: Eine gewisse Verhaltensweise darf nur dann mit einer Strafe oder Massnahme sanktioniert werden, wenn diese auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, die zum Zeitpunkt der Vornahme der strafbaren Handlung bereits in Kraft

---

<sup>1</sup> GLESS, S. 27; BAUMANN, Wortbedeutung, S. 395.

<sup>2</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 1 N 1; vgl. allgemein zum Rechtsstaat HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 444 ff.

<sup>3</sup> Art. 1 f. StGB.

<sup>4</sup> BGE 138 IV 13, 20: «Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.»; vgl. weiter BGE 119 IV 242, 244; BGer, Urteil vom 20.2.2014, 6B\_844/2013, E. 3.2; DONATSCH/TAG, § 4/1a; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 3; GRÜNWALD, S. 10.

<sup>5</sup> Vgl. GRÜNWALD, S. 6, welcher für den Gesetzgeber ein Verbot, «inhaltlich unbestimmte Strafgesetze zu erlassen» postuliert; ebenso TRECHSEL/NOLL, S. 52 f.; zum Bestimmtheitsgebot vgl. hinten S. 15 ff., 66 ff.

<sup>6</sup> GRÜNWALD, S. 6; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 4; WOHLERS, ratio legis, S. 86; GERMANN, Analogieverbot, S. 122; SEELMANN, S. 34.

<sup>7</sup> Vgl. zu den Zielsetzungen des Legalitätsprinzips hinten, S. 29 ff.

gesetzt war (Rückwirkungsverbot). Sodann muss die Strafnorm, unter welche diese Verhaltensweise subsumiert werden soll, das inkriminierte Verhalten genügend bestimmt umschreiben (Bestimmtheitsgebot), der Richter darf keinen Analogieschluss ziehen (Analogieverbot) und ist verpflichtet, kein Gewohnheitsrecht anzuwenden (Verbot von Gewohnheitsrecht).

Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot. Die Bestimmtheit von Gesetzen und die Frage nach der Zulässigkeit ihrer analogen Anwendung entscheiden den Grad der Determinierung der Rechtsanwendung. Im Gegensatz zum Rückwirkungsverbot und dem Verbot von Gewohnheitsrecht, welche beide eher starre Grenzen kennen, ist die konkrete Anwendung und Ausgestaltung des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes unklar, was mehrere Ursachen hat.

Das Recht ist auf Sprache angewiesen wie der «Fisch auf das Wasser.»<sup>8</sup> Folglich werden aber auch die Schwächen der Sprache ins Recht transponiert.<sup>9</sup> Sprache ist per se offen und unbestimmt. Sie kann mehrdeutig, vage und porös sein, sodass der Inhalt und der konkrete Anwendungsbereich einer Gesetzesbestimmung unklar sein können. Rechtsnormen können von Bürgern unterschiedlich interpretiert und verstanden und von Juristen unterschiedlich ausgelegt werden. Es kann nicht exakt festgelegt werden, ab wann eine Norm als genügend bestimmt gilt. Dies ist nicht nur abhängig vom Auge des Betrachters, sondern hängt von verschiedenen Faktoren ab. So verlangt die Beständigkeit und die Flexibilität der Gesetze eher offene und damit anpassungsfähige Normen, während das Bestimmtheitsgebot das Gegenteil fordert. Die Wahl des Bestimmtheitsgrades hängt damit primär von der Wertung des Gesetzgebers ab.

Das Verständnis des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes entscheidet darüber, wie viel Spielraum dem Rechtsanwender für die individuell-konkrete Entscheidung zugestanden wird. Je unbestimmter ein Gesetz ist und je eher Normen auf gleichartige, aber gesetzlich nicht geregelte Fälle analog angewendet werden dürfen, desto grösser ist dieser Spielraum. Dem Rechtsanwender ermöglicht dies eine grössere Autonomie bei der Abwägung der Argumente, um eine möglichst adäquate und einzelfallgerechte Entscheidung treffen zu können. Die Einzelfallgerechtigkeit steht aber dem Schutzgedanken des Legalitätsprinzips – der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns – entgegen. Unbestimmte Normen und Analogie lassen die Grenzen

---

<sup>8</sup> ISENSEE, S. 52; vgl. BAUMANN, Sprache, S. 13; RITTER, S. 123 f.; LACHMAYER/PAVCNIK, Rz 3; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 15 f.; WALTER, Gesetzestchnik, S. 87.

<sup>9</sup> Vgl. hinten S. 44 ff.

der Strafbarkeit undeutlich werden.<sup>10</sup> Damit müssen die Postulate des Legalitätsprinzips, welche in der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit und dem Schutz vor Willkür bestehen, gegen die Einzelfallgerechtigkeit abgewogen werden.

Das Legalitätsprinzip verlangt sowohl vom Gesetzgeber als auch vom Rechtsanwender mehrere, nicht leicht zu treffende Wertungen und Abwägungen. Im Zentrum der Überlegungen sollte stets der Schutzgedanke von Art. 1 f. StGB stehen, wie ihn das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung wie folgt festhält:

«Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.»<sup>11</sup>

Dieser Schutzgedanke stellt das zentrale Ziel des Legalitätsprinzips dar. Strafrecht soll für den Bürger voraussehbar sein, was allerdings eine Annahme darstellt und an sich nicht real überprüfbar ist. Es kann nicht bei jeder Norm oder bei jedem Strafverfahren eine Umfrage durchgeführt werden, wie die Bürger den Gesetzestext nun tatsächlich verstehen. Die Figur des (Durchschnitts)Bürgers ist – wie auch in anderen Bereichen im Strafrecht – eine fiktive. Sie ist aber wichtig, soll das Recht nicht nur bürgernah sein, sondern eben für den Bürger bzw. für jeden Rechtsunterworfenen eine sichere und voraussehbare Grundlage darstellen.

Für den Gesetzgeber bedeutet das Bestimmtheitsgebot, dass Strafnormen genügend bestimmt formuliert sein müssen. Dies bedingt eine sowohl präzise als auch verständliche Formulierung der Gesetze. Die vom Bundesgericht beurteilten Fälle zeigen, dass dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum zugestanden wird, sodass kaum je eine gesetzliche Formulierung als zu unbestimmt angesehen wird. Das Legalitätsprinzip wird zum Teil aber auch inflationär angerufen. Es handelt sich um Fälle von Verurteilungen, welche aufgrund einer klar genügend präzisen wie auch verständlichen Norm erfolgen. Von einem Beschwerdeführer wurde etwa die blankettausfüllende Norm von Art. 95 Abs. 1 SSV als zu unbestimmt angesehen. Diese Norm definiert den Begriff der Strassenreklamen legal wie folgt:

«Als Strassenreklamen gelten alle Werbeformen und anderen Ankündigungen in Schrift, Bild, Licht, Ton usw., die im Wahr-

---

<sup>10</sup> STEINMANN, S. 75.

<sup>11</sup> BGE 138 IV 13, 20; vgl. auch die Hinweise hinten in den Fn. 67 f.

nehmungsbereich der Fahrzeugführenden liegen, während diese ihre Aufmerksamkeit dem Verkehr zuwenden.»

Konkret ging es darum, dass der Beschwerdeführer zwei Anhänger mit Werbeaufschriften auf einer Liegenschaft so platzierte, dass die Aufschriften von der Autobahn A1 her zu sehen waren. Der Beschwerdeführer rügte u.a. eine Verletzung des Legalitätsprinzips, insbesondere, dass mobile und immobile Strassenreklamen aufgrund der Norm von Art. 95 Abs. 1 SSV nicht gleichgesetzt werden dürften.<sup>12</sup> Das Bundesgericht schützte die Verurteilung gem. Art. 114 Abs. 1 lit. a SSV (resp. aArt. 90 Ziff. 1 SVG).<sup>13</sup> In einem anderen Fall rügte die beschuldigte Person, dass § 20 Abs. 2 der Verordnung des Kantons Luzern zum Schutz der Moore zu unbestimmt sei.<sup>14</sup> Diese Norm sieht vor, dass, wer gegen bestimmte Vorschriften verstösst, «ohne dabei geschütztes Gebiet zu zerstören oder schwer zu beschädigen [...] gemäss § 53 Abs. 2 des Gesetzes über den Natur- und Landschaftsschutz mit Busse bis 20 000 Franken, in leichten Fällen bis 5000 Franken bestraft» wird. Konkret hatte die beschuldigte Person ein geschütztes Gebiet gedüngt bzw. Mist ausgeführt, ohne dass dabei das Gebiet zerstört oder beschädigt worden ist. Die beschuldigte Person war der Ansicht, dass diese Norm «für den Bürger nicht erkennen [lasse], dass auch ein Vorschriftenverstoss ohne irgendeine Schädigung des geschützten Gebietes strafbar sei, was das Bestimmtheitsgebot verletze.»<sup>15</sup> Das Bundesgericht schützte hier ebenfalls die Verurteilung des Beschwerdeführers: «Die Bestimmung lässt [...] gemäss den Erwägungen der Vorinstanz für jedermann hinreichend deutlich erkennen, dass auch ein Vorschriftenverstoss ohne irgendeine Schädigung des geschützten Gebietes strafbar ist.»<sup>16</sup> Diese Entscheide zeigen, dass das Geltendmachen einer Verletzung des Bestimmtheitsgebots teilweise als letzter Versuch eines Rettungsankerwurfes vor einer Verurteilung dient bzw. benutzt wird.<sup>17</sup>

Problematisch für den Schutzgedanken des Legalitätsprinzips sind dagegen diejenigen Fälle, in welchen die in einer Norm verwendeten Begriffe und Formulierungen derart vage sind, dass es tatsächlich schwierig ist, den konkreten Strafbarkeitsrahmen eindeutig festzulegen. So genügen nach der Recht-

---

<sup>12</sup> BGer, Urteil vom 27.10.2007, 6P.62/2007.

<sup>13</sup> BGer, Urteil vom 27.10.2007, 6P.62/2007, E. 3.5-6; der Beschwerdeführer wurde von der Vorinstanz gemäss aArt. 90 Ziff. 1 SVG verurteilt.

<sup>14</sup> BGer, Urteil vom 22.7.2010, 6B\_419/2010; Verordnung zum Schutz der Moore vom 2. November 1999, SLR Nr. 712c.

<sup>15</sup> BGer, Urteil vom 22.7.2010, 6B\_419/2010, E. 2.2.

<sup>16</sup> BGer, Urteil vom 22.7.2010, 6B\_419/2010, E. 2.5.

<sup>17</sup> Vgl. weiter BGE 119 IV 242, 244; 117 Ia 472, 480 f.; vgl. auch BGer, Urteil vom 15.7.2014, 6B\_1067/2013.

sprechung des Bundesgerichts Straftatbestände, welche einen groben Verstoß gegen Sitte und Anstand<sup>18</sup> oder eine Nötigung durch eine «andere Beschränkung [... der] Handlungsfreiheit»<sup>19</sup> unter Strafe stellen, den Bestimmtheitsanforderungen gem. Art. 1 StGB. Solche Straftatbestände mögen zwar dem Richter einen für den konkreten Fall – möglicherweise notwendigen – Spielraum verschaffen. Die Verwendung derart unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln führt aber zur Unberechenbarkeit der richterlichen Entscheidung.

Ebenso problematisch ist der Umgang mit dem Analogieverbot. Dieses besagt, dass der Rechtsanwender das Gesetz nicht auf ähnlich gelagerte, aber gesetzlich nicht geregelte Fälle anwenden darf. Das Bundesgericht erblickt die Grenze der erlaubten Rechtsanwendung in der «sinngemässen Auslegung». Massgebend ist damit «nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich namentlich aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann.»<sup>20</sup> Dies heisst nichts anderes, als dass jeder Sachverhalt, welcher vom Sinn des Gesetzes gedeckt ist, als strafbar taxiert werden kann. Ob dies der Fall ist, liegt aber im Auge des Betrachters. Damit erhält der Richter auch hier einen grossen Spielraum bei der Anwendung des Gesetzes.

Durch die Relativierung des Bestimmtheitsgebotes und das enge Verständnis des Analogieverbotes wird es nicht nur für den Bürger, sondern auch für den Juristen schwierig vorherzusehen, welche Verhaltensweisen strafbar sind und welche nicht. Damit stellt sich die Frage, ob tatsächlich keine bessere Lösung gefunden werden kann, welche sowohl der Notwendigkeit der Rechtsprechung, einzelfallgerecht entscheiden zu können, als auch dem Interesse an der Vorhersehbarkeit solcher Entscheide gerecht werden kann. Das Ziel der folgenden Untersuchung besteht darin zu klären, wie der Gesetzgeber und der Rechtsanwender mit dem Legalitätsprinzip optimal umgehen können, welche Möglichkeiten und Instrumente ihnen dabei zur Verfügung stehen und welche Vor- und Nachteile die einzelnen Vorgehensweisen mit sich bringen.

Die Arbeit ist in fünf Teile gegliedert. In den ersten beiden Teilen werden das Legalitätsprinzip und seine Zielsetzungen beleuchtet. Im dritten Teil liegt der Fokus auf dem Legalitätsprinzip aus Sicht des Gesetzgebers. Hier wird der Frage nachzugehen sein, wo die Grenzen sprachlicher Präzision und Verständlichkeit liegen, um Rückschlüsse auf das Bestimmtheitsgebot ziehen zu kön-

---

<sup>18</sup> Vgl. Art. 19 Strafrecht/AR, dazu hinten S. 123 ff.

<sup>19</sup> Art. 181 StGB.

<sup>20</sup> BGE 128 IV 272, 274; 127 IV 198, 200; BGer, Urteil vom 7.8.2003, 6S.74/2003, E. 3.1; Ebenso die Rechtsprechung im Verfassungs-, Verwaltungs- und Privatrecht sowie Sozialversicherungsrecht, vgl. dazu HÄFELIN, S. 111 ff.

nen. Im vierten Teil wird schliesslich das Legalitätsprinzip aus Sicht des Rechtsanwenders beleuchtet, um anschliessend herauszuarbeiten, wo Optimierungen im Umgang mit dem Legalitätsprinzip im materiellen Strafrecht möglich sind. Dies soll schliesslich die Frage klären, ob im Zweifel tatsächlich die Strafe oder doch ein Freispruch als der bessere bzw. gerechtere Weg erscheint.

# **Erster Teil**

## **Überblick über das Legalitätsprinzip gemäss Art. 1 und Art. 2 StGB**



## A. Geltungsbereich des Legalitätsprinzips

Das Legalitätsprinzip ist in der Schweiz in den Art. 1 und 2 StGB, Art. 5 Abs. 1, Art. 9, Art. 29 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. c BV sowie Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 IPBPR geregelt. Aufgrund der Verankerung im Bundesstrafrecht, im Staatsvertragsrecht und in der Verfassung bindet es sämtliche Organe des Bundes, der Kantone sowie der Gemeinden.<sup>21</sup>

Da das Legalitätsprinzip und seine Einzelaspekte dem Schutz der Bürger dienen, schützt es deren Rechtsposition. Insoweit ist das Legalitätsprinzip nur dann verletzt, wenn zu Lasten der beschuldigten Person entschieden wird. Zu ihren Gunsten darf hingegen stets vom Legalitätsprinzip abgewichen werden, beispielsweise durch die Einführung ungeschriebener Tatbestandsmerkmale oder übergesetzlicher Rechtfertigungsgründe.<sup>22</sup>

Das Legalitätsprinzip gilt sowohl für die Strafbarkeitsvoraussetzungen und dessen Rechtsfolgen, sprich für Strafen und Massnahmen, als auch für den Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts sowie für das Nebenstrafrecht.<sup>23</sup> Ausgenommen vom Legalitätsprinzip ist allerdings das Disziplinarstrafrecht. Dieses regelt Bereiche, «wo Menschen einer Ordnung unterworfen sind, die strenger ist als die für jedermann geltende Rechtsordnung»,<sup>24</sup> womit allerdings nicht Sonderdelikte gemeint sind.<sup>25</sup> Zu den vom Disziplinarrecht erfassten Personengruppen zählen etwa Militärangehörige, Strafgefangene, Beamte sowie Angehörige freier Berufe.<sup>26</sup> Das Bundesgericht führt dazu aus, dass das Disziplinarstrafrecht ausserhalb des Strafrechts stehe und das Legali-

---

<sup>21</sup> BGE 138 IV 13, 19 f.; 130 I 1, 5; 129 IV 276, 278; BGer, Urteil vom 17.3.2009, 1C\_140/2008, E. 7.3; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 8; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 1; DUPUIS et al., Art. 1 N 2 ff.; zur Verankerung im Völkergewohnheitsrecht vgl. KESHELAVA, S. 131.

<sup>22</sup> GERMANN, Analogieverbot, S. 122 f., 132 f., 137; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 4; WAIBLINGER, S. 225; GRABHERR, S. 20 f., 35 f.; SCHWANDER, N 112.

<sup>23</sup> BGE 134 IV 121, 128 f.; 129 IV 276, 278; TRECHSEL/NOLL, S. 53; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 7; WAIBLINGER, S. 234 f.; DUBS, Bestimmtheit, S. 229 f.; vgl. auch EICKER, S. 169; DUPUIS et al., Art. 1 N 8; POZO, N 146; NIGGLI/RIEDO, S 55; a.A. SCHWANDER, N 113 sowie GRABHERR, S. 18; die Anwendung des Legalitätsprinzips für das Nebenstrafrecht ergibt sich aus Art. 333 Abs. 1 StGB sowie im Verwaltungsstrafrecht aus Art. 2 VStrR; zu den Ausnahmen von Art. 2 Abs. 2 StGB (lex mitior) vgl. hinten, S. 22.

<sup>24</sup> TRECHSEL/NOLL, S. 36.

<sup>25</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 11.

<sup>26</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 11 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR.

tätsprinzip deswegen für das Disziplinarstrafrecht nur dann gelte, wenn dies ausdrücklich so festgelegt worden sei.<sup>27</sup>

Nicht erfasst vom Legalitätsprinzip sind des Weiteren auch Gerichtsstandsregeln, Prozessvoraussetzungen und fürsorgliche Massnahmen, welchen kein strafrechtlicher Charakter zukommt.<sup>28</sup>

Auf die Verjährung hingegen ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Legalitätsprinzip grundsätzlich anwendbar;<sup>29</sup> umstritten sind allerdings bestimmte Fallkonstellationen. Die Frage der Anwendbarkeit von Art. 1 f. StGB stellt sich dann, wenn der Gesetzgeber eine Verjährungsfrist für einen bestimmten Tatbestand verlängert oder wenn sich ein Täter durch mehrere Handlungen bzw. durch eine Handlungseinheit strafbar gemacht hat. In ersterem Fall stellt sich die Frage, ob die alte oder die neue, verlängerte Verjährungsfrist für die zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährten Straftaten gilt. Bei der zweiten Konstellation muss die Frage beantwortet werden, ab welchem Zeitpunkt die Verjährung zu laufen beginnt.

Hat der Täter mehrere Delikte zu unterschiedlichen Zeitpunkten verübt, beginnt die Verjährung gem. Art. 98 lit. b StGB bei einer natürlichen Handlungseinheit mit dem Tag, an welchem der Täter die letzte Tätigkeit ausgeführt hat. Dies ist mit dem Legalitätsprinzip vereinbar.<sup>30</sup> Hingegen lässt sich in solchen Konstellationen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Figur der sog. verjährungsrechtlichen Einheit nicht mit Art. 1 StGB vereinbaren, weshalb diese Rechtsfigur von der Rechtsprechung auch aufgegeben wurde.<sup>31</sup>

Zweifelhaft hingegen ist die Vereinbarkeit des Legalitätsgrundsatzes bei der durch den Gesetzgeber veranlassten Verlängerung einer Verjährungsfrist für zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährte Taten.<sup>32</sup> Damit wird rückwirkend die Verjährung verlängert. Die gesetzliche Grundlage hierfür findet sich in Art. 389 StGB. Danach kann durch den Gesetzgeber festgelegt werden, dass für Taten, welche zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung noch nicht verjährt

---

<sup>27</sup> BGE 97 I 831, 835; 73 I 289, 291; vgl. auch BGE 121 I 379; kritisch POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 15; COTTIER, S. 62; nach TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 11 gilt das Legalitätsprinzip jedenfalls im Disziplinarrecht dort nicht, wo es um eine Umschreibung des strafbaren Verhaltens geht.

<sup>28</sup> DONATSCH, OFK-StGB, Art. 1 N 20; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 11; STRATENWERTH, AT, § 4 N 8.

<sup>29</sup> BGE 131 IV 83, 92 ff.; noch anders BGE 97 I 831, 835.

<sup>30</sup> BGE 131 IV 83, 94; 131 IV 107, 113.

<sup>31</sup> BGE 131 IV 83, 92, 94 f.; 131 IV 107, 113.

<sup>32</sup> Vgl. ZURBRÜGG, BSK I-StGB, Art. 101 N 22.

sind, die neue Verjährungsfrist gilt, selbst wenn diese länger ist, als diejenige des alten Rechts.

Zuletzt stellte sich diese Frage für den Gesetzgeber bei der Umsetzung der Unverjährbarkeitsinitiative, welche mit der Volksabstimmung vom 30. November 2008 angenommen wurde und nun in Art. 123b BV geregelt ist. Danach sind die Verfolgung sexueller oder pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät und die Verfolgung der Strafe für solche Taten unverjährbar. Es stellte sich die Frage, ob Straftaten, welche am Stichtag der Annahme der Initiative am 30. November 2008 noch nicht verjährt waren, unverjährbar werden, obwohl das StGB bis anhin eine Verjährungsfrist vorgesehen hatte. Nach anfänglicher Ablehnung der Rückwirkung für die Unverjährbarkeit für derartige Straftaten seitens des Bundesrates<sup>33</sup> sieht die Botschaft zum Bundesgesetz zur Umsetzung von Art. 123b BV vor, dass für gewisse Straftaten bei sexuellen Handlungen mit Kindern keine Verjährung eintritt, selbst wenn diese Straftaten vor dem 30. November 2008 begangen wurden und zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt waren.<sup>34</sup> Einzig auf Straftaten, welche bereits zu diesem Zeitpunkt verjährt waren, soll die neue Regelung keine Anwendung finden, da dies mit dem Legalitätsprinzip als unvereinbar angesehen wird.<sup>35</sup> Diese Regelung ist nun in Art. 101 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 3 StGB übernommen worden. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist dies, wie KILIAS, KUHN, DONGOIS und AEBI zutreffend feststellen, höchst problematisch.<sup>36</sup> Wird die Verjährung als Teil der Voraussetzungen für eine Strafe i.S.v. Art. 1 StGB betrachtet, stellt eine solche Regelung eine Ausnahme des Rückwirkungsverbots dar.

---

<sup>33</sup> Vgl. Tagesschau des Schweizer Fernsehens vom 23.2.2009, Medienkonferenz der damaligen Justizministerin Widmer-Schlumpf, abrufbar unter: <[http://www.srf.ch/player/video?id=526c10cf-64f4-41bd-a07a-4be342b964ed%3bDCSext.zugang=videoportal\\_ahnlichevideos](http://www.srf.ch/player/video?id=526c10cf-64f4-41bd-a07a-4be342b964ed%3bDCSext.zugang=videoportal_ahnlichevideos)>.

<sup>34</sup> Botschaft 123b, S. 6005 f.

<sup>35</sup> SCHUBARTH, Verjährung, S. 74; Botschaft 123b, S. 6005 f.

<sup>36</sup> KILIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, N 1639.

## B. Begriff des Gesetzes, der Strafe sowie der Massnahme

Um den Sinngehalt des Legalitätsprinzips erfassen und dessen Einzelaspekte verstehen zu können, stellt sich zunächst die Frage, was mit Gesetz bzw. mit gesetzlicher Grundlage und was mit Strafe und Massnahme gemeint ist.

### I. Gesetz als Ermächtigungsgrundlage

Eine staatliche Einschränkung von Grundrechten verlangt gemäss Art. 36 Abs. 1 BV immer eine gesetzliche Grundlage, was auch durch Art. 1 StGB zum Ausdruck kommt. Demnach setzt die Verhängung einer Strafe oder Massnahme einen veröffentlichten<sup>37</sup> und schriftlichen Rechtssatz, d.h. eine beständige generell-abstrakte Norm voraus.<sup>38</sup> Zwar spricht das StGB von einem Gesetz, welches die Strafe oder Massnahme festlegen muss. Die Anforderungen an das Erfordernis der Gesetzesform einer Strafnorm, d.h. «ob ein im Gesetzgebungsverfahren beschlossener Rechtssatz erforderlich [ist] oder ob auch eine kompetenzgemäss erlassene Rechtsnorm niedriger Stufe»<sup>39</sup> ausreicht, richten sich allerdings nach der Schwere der angedrohten Strafe: Droht eine Strafnorm eine Freiheitsstrafe an, muss diese in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt sein,<sup>40</sup> was ebenfalls für angedrohte Geldstrafen gelten muss.<sup>41</sup> Insbesondere muss das Gesetz sich nicht nur über die Art der Strafe, sondern auch über deren wesentlichen Inhalt äussern, sprich über die Bandbreite der Strafe.<sup>42</sup> In Verordnungen dürfen dagegen keine Freiheitsstrafen als Sanktionen angedroht werden<sup>43</sup> und sie müssen den Rahmen wahren, welchen ihnen das Gesetz und die Verfassung vorgeben.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> BGE 112 Ia 107, 113; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 13.

<sup>38</sup> Vgl. etwa BGE 118 Ia 137, 139 f. sowie HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 308 f.; GRABHERR, S. 15 f.; GRAF, N 125; POZO/CR, Art. 1 N 10.

<sup>39</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 310.

<sup>40</sup> BGE 112 Ia 107, 112; 118 Ia 305, 319; 124 IV 23, 25; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 13; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 1 N 2 f.; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 28; COTTIER, S. 53 ff, 64; zur Frage der gesetzlichen Grundlage einer Inhaftierung sowie zur Ein- und Ausgrenzung vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 84 ff., 96.

<sup>41</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 28.

<sup>42</sup> BGE 99 Ia 262, 269; zur Bestimmtheit von Rechtsfolgen vgl. hinten S. 89 ff.

<sup>43</sup> BGE 129 IV 29, 32 f.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 13; DONATSCH/TAG, § 4/1; STRATENWERTH, AT, § 4 N 7.

<sup>44</sup> Vgl. etwa BGE 112 Ia 107, 113; 96 I 24, 29 sowie hinten S. 114 ff.

Als Schnittstelle zwischen Verordnung und Gesetz kann die Ersatzfreiheitsstrafe angesehen werden. Gemäss Art. 106 Abs. 2 StGB spricht der Richter für eine Übertretung i.S.v. Art. 103 StGB für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse eine Ersatzfreiheitsstrafe aus. Diesfalls wird auf der Grundlage einer Strafnorm in einer Verordnung eine Ersatzfreiheitsstrafe ausgesprochen. Da sich aber die eigentliche Grundlage im StGB findet (Art. 106 StGB), sind die rechtsstaatlichen Voraussetzungen für einen Freiheitsentzug gegeben.<sup>45</sup>

Eine Ausnahme vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist nur dann möglich, wenn ein Polizeinotstand vorliegt<sup>46</sup> oder sich ein Gesetz in Vorbereitung befindet. In letzterem Fall dürfen vorübergehend durch eine verfassungsunmittelbare Verordnung auch Freiheitsstrafen angedroht werden.<sup>47</sup>

## II. Unterscheidung von Strafen und Massnahmen

Eine Strafnorm charakterisiert sich zunächst dadurch, dass sie «formal den Verstoss gegen Verhaltensgebote mit Sanktionen verbindet.»<sup>48</sup> Dabei werden Sanktionen unterteilt in Strafen und Massnahmen.<sup>49</sup> Einer Sanktion wird Strafcharakter zugeschrieben, «wenn sie geschehenes Verhaltensunrecht ausgleicht und zugleich der Entstehung von künftigem präventiv entgegenwirkt.»<sup>50</sup> Rechtsfolge einer Strafe ist immer die Einschränkung von Freiheitsrechten, wobei der Schuldausgleich im Vordergrund steht.<sup>51</sup> In der Schweizer Strafgesetzgebung sind hierfür die Freiheitstrafe gem. Art. 40 f. StGB, die Geldstrafe gem. Art. 34 StGB, die Gemeinnützige Arbeit gem. Art. 37 StGB sowie die Busse gem. Art. 106 StGB vorgesehen.

Demgegenüber wird eine Massnahme nicht als Schuldausgleich angeordnet, sondern nur dann, wenn eine besondere Gefährlichkeit des Täters vorliegt und bekämpft werden soll, wobei auch eine Massnahme eine Einschränkung von Freiheitsrechten mit sich bringt.<sup>52</sup> Dabei werden sichernde Massnahmen und

---

<sup>45</sup> TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 13.

<sup>46</sup> TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 13; DONATSCH/TAG, § 4/1; zum Begriff und den Voraussetzungen des Polizeinotstandes sowie zur Polizeigeneralklausel vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2467, 2506 ff.; vgl. zum Notrecht weiter BGE 122 IV 258, 261 f.; 123 IV 36 ff.

<sup>47</sup> BGE 123 IV 29, 38 ff.; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 28.

<sup>48</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 11.

<sup>49</sup> Sog. Zweispurigkeit im Strafrecht, SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, § 2/1.

<sup>50</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 12; vgl. etwa BGE 128 I 346, 348.

<sup>51</sup> SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, §§ 1/1, 2/1.

<sup>52</sup> Vgl. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, §§ 1/1, 2/1.

andere Massnahmen unterschieden. Zu den sichernden Massnahmen zählen stationäre und ambulante Behandlungen gemäss Art. 59 ff. StGB sowie die Verwahrung gemäss Art. 64 StGB. Zu den anderen Massnahmen gehören die Friedensbürgschaft, das Berufsverbot, das Fahrverbot, die Veröffentlichung des Urteils sowie die Einziehung und die Verwendung zugunsten des Geschädigten gemäss Art. 66 ff. StGB.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Für einen Überblick über das Schweizer Sanktionensystem vgl. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, § 2/4.11.

## C. Einzelaspekte des Legalitätsprinzips

### I. Bestimmtheitsgebot

#### 1. Gesetzliche Grundlage als Ausgangspunkt

Eine Verurteilung setzt immer ein bestimmtes Verhalten voraus, welches tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft verübt wurde; es müssen sämtliche Merkmale eines Straftatbestandes erfüllt sein.<sup>54</sup> Diese Merkmale werden generell-abstrakt in Gesetzen und Verordnungen umschrieben und finden ihre Anwendung im konkreten Fall.

Die schweizerische Rechtsordnung, welche ganz im Sinne der kontinentaleuropäischen Rechtstradition mittels Kodifikationen klar zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung unterscheidet,<sup>55</sup> macht es unumgänglich, dass der Gesetzgeber nicht darauf verzichten kann, vage und allgemeine Rechtsbegriffe und offen formulierte Strafnormen zu verwenden. Die abstrakt gehaltenen Normen müssen durch die Gerichte interpretiert und ausgelegt werden. Den völlig unstrittigen und klaren Wortlaut gibt es nicht,<sup>56</sup> weshalb auch keine präzise und allgemeingültige Grenze zwischen unzulässiger Unbestimmtheit und zulässiger Bestimmtheit gezogen werden kann.<sup>57</sup>

Durch das Bestimmtheitsgebot soll der Bürger im Spannungsfeld zwischen Rechtssetzung, Rechtsanwendung, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit bestmöglich vor staatlicher Willkür geschützt werden.<sup>58</sup> Die Voraussetzungen für die Verhängung einer Strafe oder Massnahme sollen möglichst bestimmt und präzise in generell-abstrakter Weise umschrieben sein.<sup>59</sup> Dies gilt für sämtliche Voraussetzungen einer strafrechtlichen Sanktion,<sup>60</sup> wobei die Gesetzestexte in

---

<sup>54</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, § 4/1a; bei Schuldunfähigkeit kann aber u.U. eine Massnahme angeordnet werden, vgl. a.a.O., § 24/4.1.

<sup>55</sup> NIGGLI, Auslegung, S. 155; vgl. auch POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 4; HÄFELIN, S. 132; vgl. auch BUSSE, Semantik, S. 19; BUSSE, Bedeutung, S. 95; WASSERMANN, S. 42.

<sup>56</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 80; NIGGLI, Auslegung, S. 169; WOLFFERS, S. 578; DONATSCH/TAG, § 4/1a.

<sup>57</sup> STRATENWERTH, AT, § 4 N 14; WOLFFERS, S. 576.

<sup>58</sup> Vgl. DUBS, Bestimmtheit, S. 225; Zur Frage «Was ist Gerechtigkeit?» vgl. KELSEN, passim.

<sup>59</sup> TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 20; GRAF, N 125.

<sup>60</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 1 N 6 f.; DUBS, Bestimmtheit, S. 229 f.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB 2008, Art. 1 N 20, welche als krasses Beispiel für einen weiten Strafrahmen die falsche Anschuldigung nach Art. 303 Ziff. 1 StGB anführen. Wer sich danach strafbar macht, unterliegt einer Strafandrohung von einem Tagessatz Geldstrafe, welcher auch bedingt ausgesprochen werden könnte, bis hin zu 20 Jahren Freiheits-

den drei Amtssprachen gleichwertig sind.<sup>61</sup> Die in der Schweiz vorliegende Dreisprachigkeit der Gesetzgebung führt allerdings unweigerlich zu einer Aufweichung des Legalitätsprinzips. Dies insbesondere dann, wenn das Bundesgericht dem wahren Sinn der Norm den Vorzug vor dem für den Täter günstigsten Wortlaut gibt.<sup>62</sup>

Hinsichtlich der genügenden Bestimmtheit des Gesetzes sind insbesondere unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln und Blankettstrafnormen problematisch. Blankettstrafnormen legen nur den Strafrahmen fest und verweisen auf andere Normen, welche das Blankett ausfüllen. Beispiele solcher Normen sind Art. 292 StGB und Art. 90 SVG. Um die jeweilige Strafbarkeit zu begründen, müssen weitere Gesetzesnormen resp. Verordnungen hinzugezogen werden oder bei der Anwendung von Art. 292 StGB auch Verfügungen, d.h. individuell-konkrete Akte von Behörden resp. Beamten.<sup>63</sup> Insofern gehen aus den Strafbestimmungen alleine die Voraussetzungen der Strafbarkeit nicht hervor, sie müssen vielmehr immer zusammen mit anderen Normen gelesen und verstanden werden. Bei Blankettstrafnormen findet häufig eine Delegation von der Legislative an die Exekutive statt. Dabei müssen auch die herangezogenen sog. Bezugsnormen resp. Verfügungen dem Bestimmtheitsgebot genügen.<sup>64</sup> Insbesondere müssen die Erlasse veröffentlicht<sup>65</sup> resp. die Verfügungen korrekt eröffnet worden sein.

Anders liegt die Problematik bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln. Diese enthalten sprachlich offene Formulierungen, sodass die Interpretationen dieser Normen in grösserem Masse dem Richter überlassen wird. Dem Bürger bleibt hier verwehrt, aus dem Gesetz sichere Rückschlüsse darauf ziehen zu können, wo konkret die Grenze der Strafbarkeit verläuft.<sup>66</sup>

Das Bundesgericht beurteilte etwa den Sachverhalt, dass X in der Nähe von Herisau/AR nackt wanderte. Nach Art. 19 Strafrecht/AR wird mit Busse bestraft, wer «in anderer Weise öffentlich Sitte und Anstand grob verletzt» bzw. nach der Marginalie, wer sich unanständig benimmt («Unanständiges Benehmen»). Der bereits vom OGer AR nach dieser Strafvorschrift verurteilte X

---

strafe. Ebenfalls problematisch sind die gesetzlich geregelten Fälle von Massnahmen ohne zeitliches Limit gegen oben, vgl. dazu auch hinten S. 91 f.

<sup>61</sup> Vgl. dazu hinten S. 149 ff.

<sup>62</sup> Vgl. WOLFFERS, S. 591.

<sup>63</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 29; vgl. etwa BGE 125 IV 35, 37; 132 IV 76, 86; 124 IV 286, 288 ff. sowie hinten S. 131 ff.

<sup>64</sup> Vgl. etwa DUBS, Bestimmtheit, S. 227 sowie hinten S. 131.

<sup>65</sup> TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 13.

<sup>66</sup> Vgl. dazu ausführlich hinten S. 119 ff.

gelangte mit dem Antrag, er sei freizusprechen, ans Bundesgericht. Dieses sah die Begriffe «grob», «Sitte» und «Anstand» nicht als zu unbestimmt an und bestätigte die Verurteilung von X.<sup>67</sup>

Da es sich insbesondere bei den Begriffen «Sitte» und «Anstand» um stark wertausfüllungsbedürftige Begriffe handelt, obliegt die Festlegung der Grenze zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit dem Rechtsanwender. Aus dem Gesetz selbst lässt sich nicht erkennen, welche Verhaltensweisen strafbar sind und welche nicht. Damit lässt das Bundesgericht dem Gesetzgeber einen grossen Spielraum, was die Bestimmtheit von gesetzlichen Begriffen anbelangt.

## 2. Anforderungen an die Bestimmtheit

Welche Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtsbegriffen und damit an Strafnormen zu stellen sind, hängt nach Auffassung des Bundesgerichts von verschiedenen Faktoren ab, so

«unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung.»<sup>68</sup>

Entscheidend, um dem Bestimmtheitsgebot Genüge zu tun, ist nach dem Bundesgericht, dass das Gesetz so präzise formuliert ist, «dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.»<sup>69</sup> Dabei ist es allerdings dem Gesetzgeber unbenommen, «allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen.»<sup>70</sup> Insofern setzt die hinreichende Bestimmtheit einer Strafnorm voraus, dass das Gesetz präzise und verständlich

---

<sup>67</sup> BGE 138 IV 13.

<sup>68</sup> BGE 138 IV 13, 20; 132 I 49, 58; 128 I 327, 339 f.; vgl. dazu auch POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 45; zu diesen Kriterien vgl. ausführlich hinten S. 87 ff.

<sup>69</sup> BGE 138 IV 13, 20; BGE 119 IV 242, 244; 117 Ia 472, 480; Ebenso hält der EGMR, Case of Kokkinakis v. Greece, Application no. 14307/88, Urteil vom 25.5.1993, § 52, zu Art. 7 Abs. 1 EMRK fest: «This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable.»

<sup>70</sup> BGE 138 IV 13, 20.

formuliert ist. Verwendet das Gesetz allerdings vage und allgemeine Ausdrücke und Begriffe, überlässt der Gesetzgeber in mehr oder weniger erhöhtem Masse dem Rechtsanwender die Entscheidungen darüber, welche Verhaltensweisen strafbar sind.<sup>71</sup>

## II. Analogieverbot

### 1. Begriff

Mittels Analogie wird bei der Auslegung von Rechtsnormen eine konkrete Fallkonstellation unter eine Rechtsnorm subsumiert, deren Wortlaut diesen Fall nicht oder nur ähnlich regelt, aber vom Sinn her miterfasst. Es wird demnach für einen ähnlichen Tatbestand dieselbe Rechtsfolge angeordnet.<sup>72</sup> Im Gegensatz dazu handelt es sich um erlaubte extensive Auslegung, wenn sich die Subsumtion im Rahmen des Wortlauts bzw. möglichen Wortsinns hält.<sup>73</sup>

Für den Strafrichter bedeutet das Analogieverbot, dass er durch Analogie keine neuen Straftatbestände schaffen darf, wodurch ihm eine «selbständig wertende Rechtsfindung»<sup>74</sup> verwehrt wird.<sup>75</sup> Es wird ihm untersagt, eine Entscheidung auf eine Norm zu stützen, welche für den konkreten Fall nicht vorgesehen wurde bzw. den konkreten Fall allenfalls nur analog regelt.<sup>76</sup> Die Grenze zwischen erlaubter extensiver Auslegung und verbotener Analogie ist allerdings schwierig zu ziehen.<sup>77</sup> Nach dem Bundesgericht ist die sinngemässe und damit die extensive Auslegung des Gesetzes auch zu Lasten der beschuldigten Person erlaubt,<sup>78</sup> selbst wenn diese vom Wortlaut abweicht.<sup>79</sup> Dieser bildet aber nur den Ausgangspunkt der Gesetzesanwendung.

«Selbst ein klarer Wortlaut bedarf [...] der Auslegung, wenn er vernünftigerweise nicht der wirkliche Sinn des Gesetzes sein kann. Massgebend ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern

<sup>71</sup> Vgl. auch DUPUIS et al., Art. 1 N 14.

<sup>72</sup> GERMANN, Analogieverbot, S. 135; vgl. dazu ausführlich hinten S. 172 ff.

<sup>73</sup> KRAMER, S. 207; HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 13; vgl. die Hinweise hinten in der Fn. 1033.

<sup>74</sup> GERMANN, Analogieverbot, S. 131.

<sup>75</sup> TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 24.

<sup>76</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 31; STRATENWERTH, AT, § 4 N 29 f.

<sup>77</sup> HAFTER, Lücken, S. 141; WAIBLINGER, S. 237 f.; vgl. weiter BGE 128 IV 272, 274; 127 IV 198, 200; vgl. dazu hinten S. 172 ff.

<sup>78</sup> BGE 138 IV 13, 20; 137 IV 99, 100; BGE 103 IV 129; vgl. auch GERMANN, Analogieverbot, S. 125.

<sup>79</sup> Ebenso GERMANN, Analogieverbot, S. 136.

dessen Sinn, der sich namentlich aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann.»<sup>80</sup>

## 2. Zulässigkeit einer sinngemässen Auslegung über den Wortlaut hinaus

Als Instrument dieser sinngemässen Auslegung lässt das Bundesgericht den Analogieschluss zu. Dabei hält es allerdings weiter fest, dass der «Sinn und Zweck einer Strafnorm» nicht mit dem «Bestreben, ein strafwürdiges Verhalten tatsächlich auch zu bestrafen»,<sup>81</sup> vermengt bzw. gleichgesetzt werden darf.<sup>82</sup> Nicht erlaubt ist daher die Ausfüllung von eigentlichen Gesetzeslücken, es sei denn, sie erfolgt zu Gunsten der beschuldigten Person.<sup>83</sup>

Dass das Bundesgericht die Grenze des Analogieverbots nicht beim Wortlaut zieht, ist nicht unumstritten. Die Befürworter einer Wortlautgrenze halten fest, dass für den Bürger einzig der Wortlaut eine genügend klare Grundlage sein kann, um sich zu orientieren und sein Verhalten danach richten zu können. Als Argument der Bindung an den Wortlaut wird dabei auch der in Art. 1 StGB enthaltene Begriff «ausdrücklich» angeführt. Ausdrücklich meint dabei nicht nur, dass eine Strafnorm in Schriftform vorliegen muss,<sup>84</sup> sondern dass der Rechtsanwender an den Wortlaut nicht als Ausgangspunkt, sondern als äussere Grenze der möglichen Auslegung gebunden ist.<sup>85</sup>

Die Begrenzung der Rechtsanwendung durch den Gesetzessinn hat zur Folge, dass nicht mehr eindeutig entschieden werden kann, was alles unter das Gesetz subsumiert werden kann und was nicht. Das Bundesgericht weist denn in seiner Rechtsprechung dem Analogieverbot auch keine einheitliche Bedeutung zu. So kommt in gewissen Fällen dem Sinn des Gesetzes tatsächlich eine klar dominierende Funktion gegenüber dem Gesetzeswortlaut zu. In einem Ent-

---

<sup>80</sup> BGE 128 IV 272, 274; 127 IV 198, 200; BGer, Urteil vom 7.8.2003, 6S.74/2003, E. 3.1; ebenso die Rechtsprechung im Verfassungs-, Verwaltungs- und Privatrecht sowie im Sozialversicherungsrecht, vgl. dazu HÄFELIN, S. 111 ff.

<sup>81</sup> BGE 128 IV 272, 274; 127 IV 198, 200.

<sup>82</sup> BGE 128 IV 272, 274; 127 IV 198, 200; vgl. auch TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 24; GERMANN, Analogieverbot, S. 131.

<sup>83</sup> Vgl. etwa BGE 103 IV 129, 130 sowie bereits vorne S. 9.

<sup>84</sup> GRAF, N 126.

<sup>85</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 87 ff.; NIGGLI, Auslegung, S. 166 ff.; WOLFFERS, S. 585 ff.; a.A. TRECHSEL/NOLL, S. 48: «berichtigende Auslegung» im Sinne der ratio legis; WAIBLINGER, S. 246; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 1 N 9 auch mit Hinweis auf die Problematik der Dreisprachigkeit der Schweizer Gesetzgebung; vgl. dazu auch hinten S. 189.

scheid aus dem Jahre 1995 urteilte das Bundesgericht etwa, dass das Telefon als Übertragungsmittel unter die Begriffe Radio und Fernsehen subsumiert werden könne,<sup>86</sup> was eine Überschreitung des möglichen Wortsinns darstellt. In einem anderen Entscheid aus dem Jahre 1961 wurde entschieden, dass irrtümlich gutgeschriebenes Buchgeld eine fremde bewegliche Sache i.S.v. aArt. 141 StGB darstellt: Das Bundesgericht erachtete es aufgrund des Sinnes des Gesetzes, «wie er sich aus den dem Gesetz innewohnenden Wertungen und seinem Zweckgedanken logisch»<sup>87</sup> ergibt, als zulässig, dass eine Forderung unter den Begriff der Sache subsumiert werden kann. Begründet wurde dies damit, dass Art. 141 aStGB «die rechtswidrige Aneignung irrtümlich (zu viel) bezahlten Geldes bei Kauf, Lohnzahlung, Geldwechsel»<sup>88</sup> schützen wolle und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten die Übertragung einer Forderung einer Barzahlung gleich komme und damit Art. 1 StGB nicht entgegenstehe.<sup>89</sup> Diese Rechtsprechung wurde in der Folge bestätigt, obwohl an Forderungen kein Eigentum im Sinne des Sachenrechts begründet werden kann.<sup>90</sup> Diese Entscheidung korrigierte der Gesetzgeber in der Folge, indem er den heutigen Art. 141<sup>bis</sup> StGB einfügte, welcher die Strafbarkeit desjenigen regelt, welcher Vermögenswerte, welche ihm ohne seinen Willen zugekommen sind, verwendet.<sup>91</sup>

Der Vorzug des Wortlauts gegenüber dem Gesetzessinn hingegen findet sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichts etwa in einem Urteil über eine «Schwarzfahrt» in einem öffentlichen Verkehrsmittel: Die beschuldigte X fuhr ohne gültiges Ticket auf einer Buslinie der Freiburger Verkehrsbetriebe TPF. Dabei hätte sie ihren Fahrschein an einem Ticketautomaten lösen müssen, welcher die Gültigkeitsdauer des Tickets selbst auf dieses druckt. Nach aArt. 57 Abs. 1 lit. a PBG machte sich aber nur strafbar, wer «ohne gültigen Fahrausweis ein Fahrzeug auf einer Strecke benützt, auf der sie oder er den Fahrausweis selbst hätte entwerten müssen»<sup>92</sup>. Das Bundesgericht sah diesen Wortlaut als derart eng und bestimmt an – und damit implizit auch den Sinn dieser Strafnorm –, dass die Richter weder den Sachverhalt unter diese Norm subsumierten noch die Norm analog anwendeten und X freisprachen.<sup>93</sup>

<sup>86</sup> BGE 121 IV 109; vgl. dazu kritisch DONATSCH/TAG, § 4/1a, insb. Fn. 74; GRAF, N 130.

<sup>87</sup> BGE 87 IV 115, 118.

<sup>88</sup> BGE 87 IV 115, 119; vgl. dazu auch ALBRECHT, Urteilsfindung, S. 348.

<sup>89</sup> BGE 87 IV 115, 119 f.; vgl. zur Kritik zu diesem Entscheid WOHLERS, ratio legis, S. 90; NIGGLI, Strafbarkeit, S. 1155 ff.

<sup>90</sup> BGE 116 IV 134.

<sup>91</sup> Vgl. Botschaft, StGB, S. 1007.

<sup>92</sup> AS 2009, S. 5631, 5648.

<sup>93</sup> BGE 137 IV 99 = Pra 100 (2011) Nr. 121.

### III. Ausschluss von Gewohnheitsrecht

Das Legalitätsprinzip setzt ein Gesetz oder eine Verordnung<sup>94</sup> als Grundlage für eine Verurteilung voraus (Art. 1 StGB),<sup>95</sup> womit es dem Strafrichter verwehrt ist, eine Verurteilung auf Gewohnheitsrecht zu stützen. Darunter wird ungeschriebenes Recht verstanden, welches andauernd über eine längere Zeit der Übung entspricht und mit der Rechtsüberzeugung der Behörden wie auch der betroffenen Bürger kongruiert. Das Verbot, Gewohnheitsrecht zu Lasten der beschuldigten Person anzuwenden, ist dann verletzt, wenn «der vom Gesetz gezogene Rahmen der Strafbarkeit überschritten wird.»<sup>96</sup> Die Strafbarkeit wird demnach – auch in Abgrenzung zum Begriff der gefestigten Rechtsprechung – solange nicht durch Gewohnheitsrecht begründet, wie eine Grundlage im Gesetz vorhanden ist.<sup>97</sup>

Das Verbot von Gewohnheitsrecht gilt nur dann, wenn es täterbelastende, sprich strafbegründende oder strafverschärfende Auswirkungen hat.<sup>98</sup> Nach STRATENWERTH verbleiben damit drei Anwendungsmöglichkeiten von Gewohnheitsrecht: Erstens kann die Strafbarkeit gewohnheitsrechtlich ausgeschlossen werden, wie etwa durch Strafausschliessungsgründe oder durch die Aufhebung von überholten Straftatbeständen. Zweitens kann die Strafbarkeit gemildert werden und schliesslich können seiner Meinung nach drittens gewisse Definitionen von Schlüsselbegriffen oder eine bestimmte Art der Auslegung zu Gewohnheitsrecht werden.<sup>99</sup> Da sich allerdings letzteres immer auf geschriebenes Recht stützt, ist es durchaus fraglich, ob es sich hier noch um Gewohnheitsrecht handelt.

---

<sup>94</sup> Vgl. vorne S. 12 f.

<sup>95</sup> Vgl. vorne S. 9 ff.

<sup>96</sup> STRATENWERTH, AT, § 4 N 25; nach SEELMANN, S. 36 kann innerhalb dieses vom Gesetz gezogenen Rahmens Gewohnheitsrecht entstehen und ist zulässig; vgl. weiter POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 25; POZO/CR, Art. 1 N 34 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 12; vgl. auch STRATENWERTH, AT, § 4 N 23; im Gegensatz zum Strafrecht muss der Richter im Zivilverfahren Gewohnheitsrecht von Amtes wegen anwenden. Dabei ist es dem Richter sogar möglich, contra legem zu entscheiden, HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 20 ff.

<sup>97</sup> STRATENWERTH, AT, § 4 N 25, POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 24.

<sup>98</sup> STRATENWERTH, AT, § 4 N 24.

<sup>99</sup> STRATENWERTH, AT, § 4 N 26 f.

## IV. Rückwirkungsverbot

Das Rückwirkungsverbot ergibt sich direkt aus dem Legalitätsprinzip und wurde explizit in Art. 2 Abs. 1 StGB kodifiziert. Es regelt den zeitlichen Geltungsbereich von Strafnormen und besagt, dass jemand nur für eine Tat verurteilt werden darf, welche zum Zeitpunkt ihrer Begehung bereits unter Strafe gestellt war. Das Rückwirkungsverbot will verhindern, «dass der Gesetzgeber nachträglich die Lage des Täters verschlimmern kann.»<sup>100</sup> Massgebender Zeitpunkt für die Anwendbarkeit einer Strafnorm ist dabei die Tatbegehung, d.h. das Täterverhalten und nicht etwa der Erfolgseintritt.<sup>101</sup>

Das Rückwirkungsverbot gilt für sämtliche Revisionen von Strafnormen.<sup>102</sup> Dabei erfährt es eine Ausnahme durch die *lex mitior* i.S.v. Art. 2 Abs. 2 StGB. Diese regelt den Fall der Gesetzesänderung zwischen Tatbegehung und Verurteilung. Dabei findet das für den Täter mildere Gesetz Anwendung.<sup>103</sup> Die Regel der *lex mitior* erfährt allerdings wiederum Ausnahmen. Sie ist nicht anwendbar auf Zeitgesetze, deren Anwendungsdauer von Anfang an beschränkt wird, auf Verwaltungsnormen sowie auf Massnahmen.<sup>104</sup>

Eine weitere Ausnahme des Rückwirkungsverbot – und damit einhergehend auch des Verbots von Gewohnheitsrecht – findet sich in Art. 7 Abs. 2 EMRK. Danach darf jemand für eine Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft werden, «die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.»<sup>105</sup>

<sup>100</sup> BGE 105 IV 7, 9; TRECHSEL/VEST, PK-StGB, Art. 2 N 2.

<sup>101</sup> STRATENWERTH, AT, § 4 N 10; TRECHSEL/VEST, PK-StGB, Art. 2 N 4; DONATSCH/TAG, § 5/1.1; Das Täterverhalten umfasst dabei noch nicht den Tatentschluss (vgl. BGE 72 IV 132, 134), aber die Beendigung der Tat (BGE 107 IV 1, 2).

<sup>102</sup> Vgl. TRECHSEL/VEST, PK-StGB, Art. 2 N 3; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 2 N 4.

<sup>103</sup> Zum Vergleich der Schwere zwischen altem und neuem Sanktionsrecht vgl. TRECHSEL/VEST, PK-StGB, Art. 2 N 11.

<sup>104</sup> Vgl. TRECHSEL/VEST, PK-StGB, Art. 2 N 9, 10, 12.

<sup>105</sup> Vgl. auch POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 2 N 10 ff. zur Rechtsprechung des EGMR.

## D. Würdigung

Dem Legalitätsprinzip kommt die Aufgabe zu, strafbares Verhalten zu begrenzen. Dabei lassen sich zwei Funktionen unterscheiden: Das Rückwirkungsverbot hat zum Ziel, dass niemand aufgrund einer Strafnorm verurteilt werden darf, welche zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht kodifiziert war. Dagegen legen das Bestimmtheitsgebot, das Analogieverbot sowie das Verbot von Gewohnheitsrecht den Rahmen für die Ausgestaltung und die damit einhergehende Auslegung von Strafnormen fest. Dabei sind diese Teilprinzipien miteinander derart eng verknüpft, dass sie durch Wechselwirkungen gar voneinander abhängig sind. Das Bestimmtheitsgebot dient als Basis für das Analogieverbot, denn ein Analogieschluss kann nur dort gezogen werden, wo die im Wege der Auslegung zu ermittelnden Grenzen der Strafbarkeit überschritten sind. Verwendet das Gesetz allerdings derart vage und allgemeine Begriffe, dass jegliches Verhalten darunter subsumiert werden könnte, würden das Analogieverbot wie auch das Verbot von Gewohnheitsrecht ins Leere laufen.

Nach der Rechtsprechung müssen Strafnormen derart formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen seiner Handlungen abschätzen kann.<sup>106</sup> Das Legalitätsprinzip soll dadurch eine genügend bestimmte Verhaltensrichtlinie für den Bürger bieten und es ihm ermöglichen, die Grenzen zwischen Strafflosigkeit und Strafbarkeit erkennen zu können.<sup>107</sup> Diese Zielsetzung kann allerdings nur dann verwirklicht werden, wenn das Legalitätsprinzip sowohl vom Gesetzgeber wie auch vom Rechtsanwender beachtet wird. Für den Gesetzgeber bedeutet dies, dass ihm eine Pflicht erwächst, Straftatbestände genügend bestimmt zu formulieren, während der Rechtsanwender sämtliche Aspekte des Legalitätsprinzips zu berücksichtigen hat.

Dass der Bürger tatsächlich die Grenze der Strafbarkeit aus dem Gesetz klar entnehmen kann, ist allerdings nicht einwandfrei sichergestellt. Einerseits ist es dem Gesetzgeber unbenommen, allgemeine und vage Begriffe zu verwenden, was dann ein Werturteil des Rechtsanwenders notwendig macht. Andererseits bindet sich das Bundesgericht nicht an den Wortlaut von Strafnormen, sondern an den Sinn des Gesetzes.<sup>108</sup> Sinn wird definiert als «Bedeutung, Zweck, geistiger Gehalt einer sprachlichen Wendung.»<sup>109</sup> Dieser geistige Gehalt einer Strafnorm steht weder im Gesetz noch lässt er sich abstrakt festle-

---

<sup>106</sup> Vgl. vorne die Nachweise in Fn. 4.

<sup>107</sup> Vgl. etwa DUBS, Bestimmtheit, S. 245.

<sup>108</sup> Vgl. etwa BGE 128 IV 272, 274; 127 IV 198, 200; BGer, Urteil vom 7.8.2003, 6S.74/2003, E. 3.1.

<sup>109</sup> Das neue Taschenlexikon, Si, Stichwort «Sinn».

gen. So verwendet das Bundesgericht den Begriff des Herstellens i.S.v. Art. 197 Ziff. 3 StGB für das Herunterladen von illegaler Pornographie.<sup>110</sup> Es mag zwar zutreffen, dass durch das Herunterladen einer Datei eine neue, identische Datei auf dem eigenen Computer hergestellt wird<sup>111</sup> und ebenso mag aus rechtspolitischer Sicht hier eine unbefriedigende Gesetzeslücke durch die Rechtsprechung gefüllt worden sein.<sup>112</sup> Doch kann bezweifelt werden, dass der Bürger die Folgen seines Verhaltens aufgrund dieser Formulierung des Gesetzes hätte erkennen können, nämlich dass er durch das Herunterladen einer Datei Pornographie hergestellt hat,<sup>113</sup> auch wenn der Download einer Datei als möglicher Wortsinn des Begriffs des Herstellens angesehen werden kann.

Ebenso problematisch sind gesetzliche Formulierungen wie die «andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit» i.S.v. Art. 181 StGB, welche aufgrund des Bestimmtheitsgebotes durch das Bundesgericht restriktiv ausgelegt wird,<sup>114</sup> oder die Strafbarkeit aufgrund von «Unfug an öffentlichen Sachen oder privatem Eigentum»<sup>115</sup>. Solche und andere unbestimmte Formulierungen bilden Bestandteil sämtlicher Gesetzesnormen und bedürfen der Auslegung. Mit dem Legalitätsprinzip soll dem Richter zwar verwehrt werden, «selbständig wertende Rechtsfindung»<sup>116</sup> zu betreiben. Den klaren und bestimmten Wortlaut, welcher derart bestimmt ist, dass er keiner Auslegung bedarf, gibt es aber nicht.<sup>117</sup> Gesetzestexte bedürfen immer der Auslegung durch den Rechtsanwender. Insofern steht der Richter «in einem Spannungsfeld zwischen Gesetzestreue und Verantwortung für sinnvolle, gerechte Entscheidungen im Einzelfall.»<sup>118</sup> Er muss interpretieren, darf aber kein neues Recht schaffen.

Das Bundesgericht anerkennt die Vorteile einer flexiblen Rechtsanwendung. Dem Rechtsanwender wird die Möglichkeit zugestanden, über den Wortlaut hinaus das Gesetz zu interpretieren. Damit legitimiert das Bundesgericht die Zulässigkeit der Korrektur von gesetzgeberischen Fehlern oder das Fehlen von gesetzlichen Strafbestimmungen, um so der Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Beispielsweise lag einem Urteil des Bundesgerichts der Sachverhalt zugrunde, dass X seine Stieftochter mehrfach zur Vornahme von sexuellen Handlungen an ihm gezwungen hatte. Es verurteilte X u.a. wegen mehrfacher

<sup>110</sup> BGE 131 IV 16; vgl. dazu die treffende Kritik von NIGGLI, Herstellen, Rz 1 ff.

<sup>111</sup> Vgl. BGE 131 IV 16, 20 f.

<sup>112</sup> NIGGLI, Herstellen, Rz 14.

<sup>113</sup> NIGGLI, Herstellen, Rz 13.

<sup>114</sup> Vgl. etwa BGE 129 IV 348, 351 f.; 129 IV 262, 264 sowie die Nachweise hinten S. 126 f.

<sup>115</sup> Vgl. etwa Art. 17 der Ordnungsbussenliste der Gemeinde Birmensdorf.

<sup>116</sup> GERMANN, Analogieverbot, S. 131.

<sup>117</sup> Vgl. STEINMANN, S. 35 ff.; ROXIN, AT, § 5 N 27; vgl. dazu hinten S. 79 f.

<sup>118</sup> HÄFELIN, S. 138.

sexueller Nötigung i.S.v. Art. 189 Abs. 1 StGB, obwohl im Tatbestand das strafbare Verhalten als Nötigung zur «Duldung» und nicht zur «Vornahme» bezeichnet wird. Das Bundesgericht nahm eine

«berichtigende Auslegung von Art. 189 Abs. 1 StGB [...] in dem Sinne [vor], dass die Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus nicht nur die Nötigung zur Duldung, sondern, entsprechend ihrem Sinn und Zweck und dem Willen des Gesetzgebers, auch die Nötigung zur Vornahme von sexuellen Handlungen erfasst.»<sup>119</sup> Die Versagung der Anwendung der Strafnorm würde sonst zu «sachwidrigen und offenkundig stossenden Ergebnissen führen.»<sup>120</sup>

Damit hat sich das Bundesgericht zu Gunsten der Gerechtigkeit im Einzelfall und zu Ungunsten des Wortlauts entschieden.<sup>121</sup>

Dem Bundesgericht war hier wohl selbst klar, dass es durch diesen Entscheid mit dem Legalitätsprinzips in Konflikt gerät. Es hielt in seinem Entscheid sogar fest, dass der Gesetzgeber sein Versehen bei Gelegenheit korrigieren sollte.<sup>122</sup> Der Entscheid stammt aus dem Jahre 2001. Der Wortlaut dieser Strafnorm wurde aber bislang nicht korrigiert. Sowohl der Entscheid als auch das Untätigbleiben des Gesetzgebers zeigen, dass dem Legalitätsprinzip in solchen Fällen keine grosse Beachtung geschenkt wird.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> BGE 127 IV 198, 203.

<sup>120</sup> BGE 127 IV 198, 203.

<sup>121</sup> Vgl. zu diesem Entscheid hinten S. 183, 201 f.

<sup>122</sup> BGE 127 IV 198, 203.

<sup>123</sup> In Bezug auf das Bestimmtheitsgebot: POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 49; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 20: «geringe praktische Bedeutung».



## **Zweiter Teil**

### **Zielsetzungen des Legalitätsprinzips**



## A. Einleitung

Das Strafrecht schränkt die bürgerliche Freiheit ein, indem es durch die Androhung und Durchsetzung von Sanktionen in die Grundrechte der Bürger eingreift und dadurch von bestimmtem unerwünschtem Verhalten abhalten soll.<sup>124</sup> Durch das allgemeine Legalitätsprinzip, welches im materiellen Strafrecht im Grundsatz *nulla poena sine lege* Ausdruck findet,<sup>125</sup> soll dem Rechtsunterworfenen ermöglicht werden, das vom Staat bzw. der Gesellschaft unter Strafe gestellte Verhalten im Voraus zu erkennen und sich entsprechend zu verhalten. Damit hat das Legalitätsprinzip auch eine freiheitssichernde Funktion, denn nur anhand genügend klar bestimmter Grenzen können die Rechtsunterworfenen erkennen, wie sie ihre Grundrechte ausüben können.<sup>126</sup>

Das strafrechtliche Legalitätsprinzip auferlegt dem Staat Schranken, welche die Strafverfolgung und die Frage nach Strafbarkeit klar ordnen sollen.<sup>127</sup> Gerät der Bürger mit dem Gesetz in Konflikt, hat er wie auch die Öffentlichkeit die Möglichkeit, die Rechtmässigkeit des Verfahrens und die Frage der Strafbarkeit zu überwachen,<sup>128</sup> weil durch das Legalitätsprinzip die Voraussetzungen der Durchsetzung des Strafrechts an «von der Person unabhängige und auf sachlichen Gründen beruhende»<sup>129</sup> generell-abstrakte Normen gebunden sind. Damit soll einerseits der Bürger vor Willkür und rechtsungleicher Behandlung geschützt sowie staatliches Handeln berechenbar und voraussehbar gemacht werden.<sup>130</sup> Andererseits wird damit aber auch eine gewisse Steuerungswirkung erzielt und der Bürger vor ungerechtfertigten Eingriffen des Staates und anderer Menschen geschützt. Mithin erfüllt der Grundsatz der Legalität sowohl rechtsstaatliche wie auch demokratische Funktionen.<sup>131</sup>

---

<sup>124</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 3, 5; WAIBLINGER, S. 224 f.; vgl. auch WOHLERS, *ratio legis*, S. 86; EICKER, S. 169 f.; vgl. auch LEMMEL, S. 161; DUPUIS et al., Art. 1 N 1.

<sup>125</sup> BGer, Urteil vom 17.3.2009, 1C\_140/2008, E. 7.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 370; WOLFFERS, S. 589; OGG, S. 113.

<sup>126</sup> BEAUCAMP, S. 40; vgl. auch POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 3; KIRCHHOF, S. 25; LK-DANNECKER, § 1 N 239.

<sup>127</sup> LEMMEL, S. 163.

<sup>128</sup> LEMMEL, S. 158, 161 f.; vgl. auch SEILER, S. 352 ff.; BORER, S. 77 f.

<sup>129</sup> POPP/LEVANTE, BSK I-StGB 2007, Art. 1 N 3, 5.

<sup>130</sup> BGE 128 I 113, 121; 123 I 1, 3 f.; 109 Ia 273, 283; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 3; WAIBLINGER, S. 224; GERMANN, Analogieverbot, S. 122; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 4; vgl. auch ZIPPÉLIUS, *Methodenlehre*, S. 13.

<sup>131</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 371; STEINMANN, S. 77; SEILER, S. 329 ff.; KREY, *Gesetzestreue*, S. 864; TOWFIGH, S. 63; LK-DANNECKER, § 1 N 242; BORER, S. 77; NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 71; ROXIN, AT, § 5 N 20; KLATT, *Theorie*, S. 22 f.;

Die Umsetzung dieser Zielsetzungen, welche mit dem strafrechtlichen und auch dem allgemeinen Legalitätsprinzip verfolgt werden, erfordert die Trennung von gesetzgebender und Gesetzesanwendender Gewalt.<sup>132</sup> Die Gewaltenteilung und das Legalitätsprinzip sind denn auch in formeller Hinsicht Voraussetzungen zur Verwirklichung des Rechtsstaates schlechthin.<sup>133</sup>

In der Schweiz übt auf Bundesebene die Legislative die oberste Gewalt aus (Art. 148 Abs. 1 BV). Sie wird als einzige direkt vom Volk gewählt und entscheidet selbst über die Zusammensetzung von Exekutive und Judikative (Art. 149 f., 168 Abs. 1 BV). Sie ist legitimiert und befugt, die Grundsatzentscheide zu treffen, welche Rechtsgüter auf welche Art und Weise geschützt werden sollen. Denn nur der Weg der Gesetzgebung bietet die Garantien, «die für und wider die Ausdehnung der Strafbarkeit sprechenden Gründe mit aller Gründlichkeit allgemein und nicht nur bezogen auf einen einzelnen zu beurteilenden Fall gewertet werden.»<sup>134</sup> Dem Gesetzgeber ist es grundsätzlich verwehrt, Entscheide im Einzelfall zu treffen,<sup>135</sup> da «sie nur auf diesen Einzelfall gemünzt wären [und] willkürlich sein könnten.»<sup>136</sup> Vielmehr muss er einen *numerus clausus* von Strafnormen schaffen, welche derart formuliert sind, dass die rechtsanwendenden Behörden sie auf eine Vielzahl ähnlich gelagerter Fälle anwenden können, um die Rechtsordnung unter Beachtung des Legalitätsprinzips durchzusetzen. Entsprechend werden die Recht sprechenden Organe an

---

HASSEMER, Sprechen, S. 73; KLATT, Wortlautgrenze, S. 346; vgl. auch BGE 130 I 1, 5; 128 I 113, 121; 123 I 1, 3 f.

<sup>132</sup> GRÜNWARD, S. 14; WAIBLINGER, S. 224; FLEINER/GIACOMETTI, S. 409; COTTIER, S. 15; «Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.», MONTESQUIEU, tome premier, liv. XI chap. VI, S. 165, wobei MONTESQUIEU der - heute überholten - Ansicht war, dass der Richter so streng an den Wortlaut gebunden wird, dass er nicht auslegen darf, vgl. auch WAIBLINGER, S. 223 sowie hinten S. 79.

<sup>133</sup> HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, S. 135 ff. Schliesslich kann der Grundsatz der Legalität auch mit demjenigen der Gewaltenteilung vor dem BGer gerügt werden, BGE 127 I 60, 67; vgl. auch BGE 128 I 113, 116; 121 I 22, 25; inwiefern sich allerdings das Legalitätsprinzip aus der Gewaltenteilung ableiten lässt bzw. wie diese beiden Prinzipien zueinander stehen, ist umstritten, vgl. SEILER, S. 573 ff.

<sup>134</sup> WAIBLINGER, S. 224; vgl. KREY, Gesetzestreue, S. 864: «institutionell-organisatorischen Überlegenheit des Gesetzgebers.»

<sup>135</sup> Vgl. dazu hinten S. 41 f.; vgl. vorne auch S. 15.

<sup>136</sup> STRATENWERTH, Auslegungstheorien, S. 260.

das Gesetz gebunden, was wiederum willkürlichem Handeln im Einzelfall vorbeugt und zu Rechtssicherheit führt.<sup>137</sup>

Zur Umsetzung seiner strafpolitischen Ziele tut der Gesetzgeber demnach gut daran, wenn er strafbares Verhalten möglichst präzise umschreibt. Die Gesetze müssen eindeutig formuliert werden, um das Fehlverhalten auch eindeutig erfassen zu können. Formuliert der Gesetzgeber allerdings zu präzise und zu genau, verbleiben dem Rechtsanwender für den Einzelfall keine Entscheidungsspielräume mehr.<sup>138</sup> Für die Zielsetzungen, welche mit dem Legalitätsprinzip verbunden sind, bedeutet dies, dass sämtliche Staatsorgane ihren Anteil zu dessen Verwirklichung beitragen müssen, was nachfolgend verdeutlicht werden soll.

---

<sup>137</sup> STRATENWERTH, Auslegungstheorien, S. 260; vgl. dazu hinten S. 32 ff.

<sup>138</sup> Vgl. BEAUCAMP, S. 41; TOWFIGH, S. 63 f.

## B. Zielsetzungen

### I. Schutz vor Willkür

Das Legalitätsprinzip dient dem Schutz vor staatlicher Willkür.<sup>139</sup> Es ist Ausfluss des Willkürverbots,<sup>140</sup> weshalb sich seine rechtliche Grundlage u.a. in Art. 9 BV findet<sup>141</sup>. Dieses «verbietet qualifizierte Verstösse gegen Regeln, welche für das Funktionieren der Rechtsordnung konstitutiv sind.»<sup>142</sup> Es ist «unverzichtbare Grundlage des Rechtsstaates» und «sichert dem Einzelnen im Umgang mit den Behörden ein Mindestmass an Gerechtigkeit.»<sup>143</sup>

Staatliches Handeln kann auf zwei Arten willkürlich sein: Einerseits kann ein Erlass willkürlich sein, «wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist.»<sup>144</sup> Andererseits kann ein Entscheid willkürlich sein, wenn er «offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.»<sup>145</sup> Willkür liegt aber nur dann vor, wenn nicht nur die Begründung, sondern auch das Ergebnis des Entscheids unhaltbar ist.<sup>146</sup> Ob eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder sogar sogar besser wäre, spielt keine Rolle.<sup>147</sup>

Der Grundsatz *nulla poena sine lege* soll die bürgerliche Freiheit schützen, indem der Richter seinen Entscheid nicht bloss aufgrund seiner eigenen Überzeugung von der Allgemeingefährlichkeit der beschuldigten Person oder der Verwerflichkeit ihrer Handlungen oder der Ähnlichkeit zu tatsächlich strafbarem Verhalten fällen darf.<sup>148</sup> Vielmehr wird er an das Gesetz gebunden. Damit

<sup>139</sup> COTTIER, S. 15, 61; OGG, S. 114; GERMANN, AT, N 10/3; WOHLERS, *ratio legis*, S. 86; GRABHERR, S. 12, 21; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 3; SEELMANN, S. 34; vgl. auch TOWFIGH, S. 53; LK-DANNECKER, § 1 N 242; BGer, Urteil vom 21.7.2008, 6B\_385/2008, E. 3.1.

<sup>140</sup> BGE 138 IV 13, 19 f.; BGer vom 10.5.2011, 6B\_896/2010, E. 5.2; BGer, Urteil vom 15.7.2010, 6B\_442/2010, E. 2.4; BGer, Urteil vom 21.7.2008, 6B\_385/2008, E. 3.1.

<sup>141</sup> Vgl. bereits vorne S. 9.

<sup>142</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 525a; vgl. auch FLEINER/GIACOMETTI, S. 414.

<sup>143</sup> Botschaft BV, S. 144.

<sup>144</sup> BGE 134 I 23, 42; 131 I 313, 316; 131 I 1, 6; 129 I 1, 3; vgl. dazu auch BEAUCAMP, S. 50.

<sup>145</sup> BGE 135 V 2, 4 f.; 131 I 467, 473 f.; 133 I 149, 153; 132 I 13, 17.

<sup>146</sup> BGE 135 V 2, 4 f.; 131 I 467, 474; a.A. ROHNER/SGKomm, Art. 9 N 7.

<sup>147</sup> BGE 135 V 2, 4 f.; 131 I 467, 474.

<sup>148</sup> Vgl. bereits BGE 15 I 210, 215: Aus dem Grundsatz *nulla poena sine lege* «folgt dann, dass der Richter nicht befugt ist, solche Handlungen, welche vom Gesetze nicht mit Strafe bedroht sind, wegen vermeintlicher Ähnlichkeit mit gesetzlich strafbaren That-

soll verhindert werden, dass Urteile willkürlich ausfallen, was voraussetzt, dass eine Verurteilung nur aufgrund einer rechtsbeständigen<sup>149</sup> und genügend bestimmten Strafnorm, welche vom zuständigen Organ erlassen worden ist, erfolgen kann.<sup>150</sup>

## II. Rechtssicherheit

Durch die Gewährleistung von Rechtssicherheit wird beabsichtigt, «die Bestimmtheit, [Berechenbarkeit,] Vorhersehbarkeit, Stabilität und Kontinuität des Rechts» sicherzustellen.<sup>151</sup> Diesen rechtsstaatlichen Prämissen wird dann am besten gedient, wenn das Recht aus generell-abstrakten Rechtsnormen besteht, welche schriftlich, allgemeinverbindlich, aber dennoch genügend bestimmt für eine Vielzahl künftiger Ereignisse vorformuliert werden.<sup>152</sup> Der Grundsatz der Rechtssicherheit hängt daher nicht nur eng mit dem Willkürverbot zusammen,<sup>153</sup> sondern ist auch Ausfluss des Legalitätsprinzips.<sup>154</sup>

Das geschriebene Recht bildet die Grundlage für die Gewährleistung von Rechtssicherheit.<sup>155</sup> Die Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit von

---

beständen oder wegen ihrer Gemeenschädlichkeit und sittlichen Verwerflichkeit mit Strafe zu belegen.»; vgl. weiter beispielsweise BGE 131 IV 11, 16: «Dass das Gesetz denjenigen, der die Fehlüberweisung durch eine Täuschung veranlasst, sofern Arglist ausscheidet, straflos lässt, während es denjenigen, dem das Geld ohne sein Zutun irrtümlich überwiesen wird, zur Verantwortung zieht, wenn er es nachträglich unrechtmässig verbraucht, mag als unbefriedigend erscheinen. Doch können Ungereimtheiten der gesetzlichen Regelung nicht dazu führen, dass die Strafbestimmung gegen ihren klaren Wortlaut ausgelegt wird.»; vgl. weiter hinten S. 172 ff.

<sup>149</sup> OGG, S. 114; vgl. auch vorne S. 12.

<sup>150</sup> BGE 130 I 1, 5; 128 I 113, 121; 123 I 1, 3 f.; BGer, Urteil vom 15.7.2010, 6B\_442/2010, E. 2.4.

<sup>151</sup> GRAF, N 72; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 628; BÜRKI, S. 20; BORER, S. 219; COTTIER, S. 61; DUBS, Bestimmtheit, S. 224; PAPIER/MÖLLER, S. 179; TOWFIGH, S. 42; vgl. weiter die Rechtsprechung BGE 130 I 1, 5; BGer, Urteil vom 28.6.2005, 1P.586/2004, E. 4.5.

<sup>152</sup> BÜRKI, S. 20 f.; BORER, S. 220; STEINMANN, S. 73 f.; vgl. auch BIAGGINI, Richterrecht, S. 341 ff.; COTTIER, S. 61, 189; GRAF, N 73; BEAUCAMP, S. 39 f.; vgl. auch BGE 109 Ia 273, 282 f.; MÜLLER/MATTLE, S. 281.

<sup>153</sup> Vgl. UHLMANN, N 69; BORER, S. 219.

<sup>154</sup> BGer, Urteil vom 28.6.2005, 1P.586/2004, E. 4.5; BGE 132 I 49, 58; 109 Ia 273, 283; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 372; GRÜNWARD, S. 10; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 3; WAIBLINGER, S. 224; BEAUCAMP, S. 39; GLESS, S. 36; VON ARNAULD, S. 244; STEINMANN, S. 73; KLATT, Wortlautgrenze, S. 346 f. zum Willkürverbot vgl. die Nachweise in der Fn. 139 vorne.

<sup>155</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 87; STEINMANN, S. 72 f.

(Straf)Recht und die Erkenntnis des Normbetroffenen darüber, welche Rechtsfolgen sein Verhalten nach sich zieht, kann aber nur dann gewährleistet sein, wenn die Grundlagen der Rechtsprechung, also die dem Bürger zuvor veröffentlichten Rechtsnormen, genügend bestimmt formuliert sind.<sup>156</sup> Die Rechtssicherheit ist insbesondere dann verwirklicht, wenn der Richter nicht rechtsschöpferisch tätig werden muss und er mittels Auslegung «Inhalt und Umfang der Tatbestandsmerkmale vollständig» ermitteln kann.<sup>157</sup> Darüber hinaus müssen Gesetze aber auch beständig sein, was ebenfalls eine bestimmte Formulierungstechnik voraussetzt.<sup>158</sup> Eine häufige Änderung der Gesetze macht das Recht unübersichtlich.<sup>159</sup>

Der Grundsatz der Rechtssicherheit fordert von der Judikative eine konstante und geradlinige Rechtsprechung, welche das Gesetz strikt beachtet.<sup>160</sup> Eine Praxisänderung<sup>161</sup> ist mangels Vorhersehbarkeit für den Betroffenen<sup>162</sup> nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Im Lichte von Legalitätsprinzip und Rechtssicherheit sollte zuungunsten der beschuldigten Person davon auch nur zögerlich Gebrauch gemacht werden, wobei diese Anforderungen steigen, je länger eine bestimmte Rechtsanwendung gehandhabt wurde<sup>163</sup>. Dies verlangt der Grundsatz der Rechtssicherheit wie auch derjenige der Rechtsgleichheit.<sup>164</sup> Eine Praxisänderung muss immer auf sachlichen Gründen beruhen, sie muss grundsätzlich erfolgen, das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung muss gegenüber demjenigen der Rechtssicherheit überwiegen und die Praxisänderung darf keinen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen.<sup>165</sup> Zwingend vorgeschrieben ist sie dann, «wenn sich erweist, dass das Recht bisher

<sup>156</sup> GRAF, N 73; STEINMANN, S. 74 f.; vgl. auch BORER, S. 219; DUBS, Bestimmtheit, S. 225; GRÜNWARD, S. 6; vgl. dazu auch hinten S. 66 ff.

<sup>157</sup> LEMMEL, S. 105; Rechtssicherheit dient daher als «wichtiges Teilstück» der Gerechtigkeit, RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 87; WOHLERS, ratio legis, S. 86.

<sup>158</sup> OGG, S. 114; vgl. auch BGE 112 Ia 107, 112; 118 Ia 305, 318 f. sowie die Hinweise in der Fn. 38 vorne; vgl. auch hinten S. 83 f.

<sup>159</sup> Vgl. BORER, S. 219 ff.

<sup>160</sup> MIDDELSCHULTE, S. 94; STEINMANN, S. 74; GRAF, N 73 f.; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 53 f.

<sup>161</sup> Von einer Praxisänderung kann nur bei «Abweichung von der ‚ratio decidendi‘ eines einschlägigen Präjudizes (bzw. einer ganzen Präjudizienkette)» gesprochen werden, KRAMER, S. 272; zur Abgrenzung vgl. PROBST, Änderung, S. 134 ff.

<sup>162</sup> GRAF, N 75.

<sup>163</sup> BGE 127 II 289, 292; GIGER/FREI, S. 1464.

<sup>164</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 509; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 961.

<sup>165</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 511 ff.; vgl. weitere BGE 132 III 770, 777; GRAF, N 36 ff.

unrichtig angewendet worden ist oder eine andere Rechtsanwendung dem Sinne des Gesetzes [...] oder veränderten Verhältnissen besser entspricht.»<sup>166</sup>

Praxisänderungen sind innerhalb der dem Richter zustehenden Möglichkeiten unumgänglich, um sachgerechte Einzelfallentscheidungen zu treffen, weil sich Verhältnisse und Ansichten mit der Zeit ändern können. Inwiefern das strafrechtliche Legalitätsprinzip, in concreto das Rückwirkungsverbot, auf Praxisänderungen aufgrund der mangelnden Voraussesbarkeit anzuwenden ist, bleibt allerdings umstritten.<sup>167</sup> Die Problematik lässt sich anhand eines Entscheides des Bundesgerichts aus dem Jahr 1964 besonders gut verdeutlichen. Bis dato lag die Grenze absoluter Fahruntüchtigkeit i.S.v. Art. 91 SVG bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,0 ‰. Das Bundesgericht änderte seine Rechtsprechung und senkte diesen Wert in einem Urteil auf 0,8 ‰. Das Bundesgericht begründete diesen Entscheid mit neuen Untersuchungen in der Alkoholforschung. Dies führte im konkret zu beurteilenden Fall zu einer Aufhebung des Freispruchs der beschuldigten Person, welche ein Fahrzeug mit einer Blutalkoholkonzentration von 0,9–0,95 ‰ lenkte.<sup>168</sup> Das Rückwirkungsverbot erfuhr hier gewissermassen mittels einer Praxisänderung eine Einschränkung. Insofern wird hier nicht nur der Grundsatz der Legalität in Frage gestellt, sondern ebenso derjenige der Rechtssicherheit.<sup>169</sup>

### III. Rechtsgleichheit

Durch das Bestimmtheitserfordernis wird sichergestellt, dass eine Vielzahl unbestimmter Einzelfälle vom Gesetzgeber derart gefasst werden müssen, dass die rechtsanwendenden Behörden in ihrer Entscheidung so eingeschränkt werden, dass sie gleichgelagerte Fälle gleich beurteilen müssen. Was die Auslegung der Normen anbelangt, so sind sie an Präjudizien gebunden. Das Analogieverbot und das Gewohnheitsrechtverbot garantieren im Weiteren, dass auch tatsächlich nur dann verurteilt wird, wenn dies durch das Gesetz vorgesehen und damit vom Gesetzgeber so gewollt ist. Dem Richter wird eine solche Rechtsfindung verwehrt, welche zu einer Ungleichbehandlung führt. Das Rückwirkungsverbot ermöglicht schliesslich, dass gleichgelagerte Fälle solange gleich beurteilt werden, bis sich die rechtlichen Grundlagen ändern. Dies

---

<sup>166</sup> BGE 126 I 122, 129; 132 I 92, 95.

<sup>167</sup> STRATENWERTH, AT, § 4 N 37.

<sup>168</sup> BGE 90 IV 159; weitere Beispiele von Praxisänderungen zuungunsten des Angeschuldigten finden sich bei GRAF, N 5; zur heutigen Regelung des Alkoholgrenzwertes vgl. hinten Fn. 648.

<sup>169</sup> Vgl. GRAF, N 72; COTTIER, S. 15; UHLMANN, N 42 ff.

führt dazu, dass die Rechtsanwendung eine konstante Richtung erhält. Insofern «ist im Allgemeinen der Rechtssatz der beste Garant für die Verwirklichung der Rechtsgleichheit.»<sup>170</sup>

Nach dem Grundsatz der Rechtsgleichheit soll Gleiches nach «Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt» werden.<sup>171</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass die generell-abstrakten Normen derart formuliert sind, dass der Rechtsanwender gleichgelagerte Fälle auch tatsächlich rechtsgleich beurteilen kann. Eine Ungleichbehandlung wird umso wahrscheinlicher, je offener und unbestimmter eine Norm bzw. ein Gesetz formuliert ist.<sup>172</sup> Zugleich sollen aber auch «verschiedene Richter an gleichgelagerte Fälle gleiche Bewertungsmaßstäbe anlegen.»<sup>173</sup>

Der Gesetzgeber entscheidet durch die Gesetzgebung in genereller Art über eine unbestimmte Anzahl zukünftiger Fälle. Durch seine «Distanz zum konkreten Fall» wird die «Aussicht auf eine objektive und leidenschaftslose Beurteilung und damit auf eine rechtsgleiche, gerechte Norm» erhöht.<sup>174</sup> Der Gesetzgeber kann verschiedene Rechtsfolgen für ungleich gelagerte Fälle vorsehen, da er – im Gegensatz zum Rechtsanwender – die Rechtsverhältnisse als Ganzes und nicht bezogen auf den Einzelfall beurteilen muss und kann, wodurch der Entscheid auch über eine breitere Konsensbasis verfügt.<sup>175</sup> Wird nun die erlassene Norm von verschiedenen Behörden zu verschiedenen oder auch zu gleichen Zeitpunkten auf den konkreten Fall angewendet, verfügt der Rechtsanwender über einen einheitlichen Massstab für seine Entscheidung. Dies erhöht die Chancen für eine rechtsgleiche Behandlung.<sup>176</sup> Indem sich der Rechtsanwender wiederum an seine eigenen Präjudizien bindet,<sup>177</sup> wird zusätzlich einer rechtsungleichen Rechtsanwendung entgegengewirkt.<sup>178</sup>

<sup>170</sup> BORER, S. 227; MÜLLER, S. 84 f.; COTTIER, S. 215 ff.; STEINMANN, S. 70 f.; vgl. BGE 128 I 113, 121; 109 Ia 273, 283 f.; BÜRKI, S. 21; vgl. auch JAAG, S. 27; GLESS, S. 28; WOHLERS, *ratio legis*, S. 86; COTTIER, S. 215 ff.

<sup>171</sup> Vgl. etwa BGE 136 V 231, 237; 135 V 361, 369; 131 I 1, 6 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 747 ff.; STEINMANN, S. 67.

<sup>172</sup> Vgl. BORER, S. 226 f.

<sup>173</sup> ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, S. 13 f.

<sup>174</sup> BORER, S. 225; vgl. auch ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, S. 53 f.

<sup>175</sup> BORER, S. 225; ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, S. 13.

<sup>176</sup> BÜRKI, S. 21; STEINMANN, S. 68 ff.; BORER, S. 223 ff.; RITTER, S. 62 ff., 162 ff.; BIAGGINI, *Richterrecht*, S. 341 f.

<sup>177</sup> Zu den Voraussetzungen einer Praxisänderung vgl. vorne S. 34 f.

<sup>178</sup> BORER, S. 226 f.

## IV. Steuerungsfunktion

Neben verschiedenen physischen, wirtschaftlichen und pädagogischen Massnahmen hat der Staat die Möglichkeit, das Verhalten des Bürgers und die gesellschaftliche Entwicklung mittels der Gesetzgebung zu steuern. Das Strafrecht erfüllt also eine normative Steuerungsfunktion. Diese zeigt sich zunächst dadurch, dass der Bürger erkennt, welche Verhaltensweisen strafbar sind und welche Sanktionen sie nach sich ziehen. Sodann kann er sein Verhalten dementsprechend ausrichten. Insofern kann das Handlungsunrecht, welches durch das Strafrecht impliziert wird, präventiv wirken.<sup>179</sup> Die damit angesprochene positive und negative Generalprävention schwindet allerdings in dem Masse, in dem Strafnormen unbestimmt formuliert werden.<sup>180</sup> Denn neben der Anerkennung der Legitimität des Gesetzgebers muss der Einzelne auch «Kenntnis von der (symbolisch) bestätigenden Anwendung der Norm» erhalten,<sup>181</sup> damit er sein Verhalten danach ausrichten wird. Die Kenntnis über die konkreten Grenzen der Strafbarkeit dürfte für die Generalprävention umso dienlicher sein, je fundierter dieses Wissen ist.<sup>182</sup> Es liegt die Annahme nahe, dass bestimmter formulierte Normen eine bessere Steuerungswirkung entfalten können als unbestimmtere. Denn nur wenn der Adressat versteht, wie er sich verhalten soll, kann er sich tatsächlich auch danach richten.<sup>183</sup>

---

<sup>179</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 5; ROXIN, AT, § 5 N 23; vgl. auch MÜLLER/MATTLE, S. 280; VON ARNAULD, S. 645.

<sup>180</sup> ROXIN, AT, § 5 N 22.

<sup>181</sup> EISENBERG, § 41 N 2.

<sup>182</sup> EISENBERG, § 41 N 5; vgl. auch LK-DANNECKER, § 1 N 243.

<sup>183</sup> Vgl. TOWFIGH, S. 42; ROXIN, AT, § 5 N 22 f.



## **Dritter Teil**

# **Umsetzung des Legalitätsprinzips aus Sicht des Gesetzgebers**



## A. Bindung des Gesetzgebers an das Legalitätsprinzip

Nach Art. 5 Abs. 1 BV ist die «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns [...] das Recht.»<sup>184</sup> Das Legalitätsprinzip, welches seine Grundlage in dieser Norm findet,<sup>185</sup> bindet sämtliche staatliche Tätigkeit an eine gesetzliche Grundlage und fundiert damit unsere gesamte Rechtsordnung<sup>186</sup>. Besondere Beachtung verdient das Prinzip dort, wo es um die Verhängung von staatlich angeordneten Strafen und Massnahmen geht, denn hier wird über das höchste Gut des demokratischen Rechtsstaates entschieden: Die Grundrechte des Bürgers.<sup>187</sup>

Um der Verfassung zu genügen, muss ein Eingriff in die Grundrechte gemäss Art. 36 BV neben dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und den Kern der Grundrechte unangetastet lassen.<sup>188</sup> Auf das strafrechtliche Legalitätsprinzip umgemünzt, welches sich ebenfalls aus Art. 5 Abs. 1 BV ergibt,<sup>189</sup> bedeutet dies nichts anderes, als was in Art. 1 StGB<sup>190</sup> stipuliert ist: «Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt.» Damit wird dem Staat eine Schranke auferlegt, welche die bürgerliche Freiheit schützen will,<sup>191</sup> da durch die Strafgewalt des Staates eben diese bedroht wird.<sup>192</sup>

Eine Strafe oder Massnahme wird allerdings durch den Richter, Staatsanwalt oder eine andere das Recht vollziehende Behörde verhängt, also nicht durch

---

<sup>184</sup> Mit dem Wort «Recht» sind generell-abstrakte Regelungen gemeint, welche sowohl Private wie auch den Staat verpflichten, berechtigen und deren Handlungsmöglichkeiten beschränken, vgl. HANGARTNER/SGKomm 2008, Art. 5 N 8 sowie SCHINDLER/SGKomm, Art. 5 N 19.

<sup>185</sup> Vgl. die Hinweise vorne in Fn. 21; vgl. weiter BIAGGINI, OFK-BV, Art. 5 N 7; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 171; a.A. HANGARTNER/SGKomm 2008, Art. 5 N 7, welcher die Grundlage des Legalitätsprinzips im formellen Sinn im Demokratieprinzip sieht.

<sup>186</sup> Gesetzgebungsleitfaden, N 589; ALBRECHT, Freiheit, S. 53; GRAF, N 124; vgl. auch HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 126.

<sup>187</sup> Vgl. LEMMEL S. 128 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 171; WOHLERS, ratio legis, S. 86; vgl. BORER, S. 220 f.; vgl. etwa auch BGE 106 Ib 182, 188 f.; 116 V 198, 207 f.

<sup>188</sup> Art. 36 BV; vgl. dazu etwa HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 302 ff.

<sup>189</sup> Vgl. die Hinweise vorne in Fn. 21.

<sup>190</sup> Zum darin enthaltenen Rückwirkungsverbot vgl. vorne S. 22.

<sup>191</sup> Vgl. bereits vorne S. 29, 32.

<sup>192</sup> GLESS, S. 28; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 3 f.; vgl. auch HASSEMER, Sprechen, S. 76; vgl. zu den Zielsetzungen, welche mit dem Legalitätsprinzip verfolgt werden vorne S. 32 ff.

den Gesetzgeber. Dieser kann nur in Ausnahmefällen direkt auf den Strafprozess einwirken: Die Bundesversammlung kann z.B. in Fällen, in welchen die Strafkammer des Bundesstrafgerichts oder eine Verwaltungsbehörde des Bundes geurteilt haben, Begnadigungen aussprechen (Art. 173 Abs. 1 lit. k BV, Art. 381 lit. a StGB)<sup>193</sup> oder Amnestie gewähren (Art. 173 Abs. 1 lit. k BV, Art. 384 StGB). Ebenfalls entscheiden etwa die Kommissionen der beiden Räte über die Frage der Aufhebung der relativen Immunität von Parlamentarierinnen und Parlamentariern (vgl. Art. 17 ff. ParlG). Des Weiteren kann der Gesetzgeber aber auch Verordnungen erlassen, wie er dies etwa durch die Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr getan hat,<sup>194</sup> welche die Strafnorm von Art. 91 SVG konkretisiert.

Durch die Gesetzgebung wirkt der Gesetzgeber hingegen nicht direkt, sondern lediglich mittelbar auf den Ausgang des Strafverfahrens bzw. auf die Strafbarkeit ein.<sup>195</sup> Die Entscheidung, ob ein bestimmter Sachverhalt unter eine bestimmte Strafnorm subsumiert werden kann und die damit zusammenhängende Auslegung der betreffenden Strafnorm, obliegt dem Rechtsanwender. Dennoch muss das strafrechtliche Legalitätsprinzip den Gesetzgeber ebenfalls binden: Rechtssetzung ist die «vorwegnehmende, generalisierende Regelung einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle»,<sup>196</sup> d.h. sie ist zukunftsbezogen. Die Rechtsprechung, gewissermassen verstanden als ihr Gegenstück, ist hingegen situationsbezogen.<sup>197</sup> Die Gesetzgebung und die Rechtsprechung müssen zur Erreichung der Zielsetzung einer bestimmten Regelung und auch bezogen auf den Rechtsstaat insgesamt zusammenwirken.<sup>198</sup> Die Rechtsprechung verfeinert und vervollständigt, was ihr vom Gesetzgeber vorgegeben wird. Das Legalitätsprinzip und die damit verbundenen rechtsstaatlichen Zielsetzungen – Trennung der Staatsgewalt, Verhindern von Willkür sowie die Durchsetzung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit – können aber nur dann verwirklicht werden, wenn das strafbare Verhalten vorgängig vom Gesetzgeber genügend bestimmt umschrieben wurde.<sup>199</sup>

<sup>193</sup> Begnadigungen aufgrund kantonaler Urteile gemäss Art. 381 lit. b StGB fallen in den Zuständigkeitsbereich kantonaler Begnadigungsbehörden, wobei dies i.d.R. ebenfalls die Parlamente sind, vgl. SCHMID, N 1744.

<sup>194</sup> Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr vom 21.2.2003, SR 741.13.

<sup>195</sup> Vgl. NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 44 ff.

<sup>196</sup> MÜLLER/UHLMANN, N 31.

<sup>197</sup> MÜLLER/UHLMANN, N 31; KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 101 ff.

<sup>198</sup> MÜLLER/UHLMANN, N 32 f.

<sup>199</sup> Vgl. als bezeichnendes Beispiel hierfür § 2 DStGB von 1935: «Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines

Das Legalitätsprinzip kann demnach nur im Zusammenspiel zwischen Gesetzgeber und Rechtsanwender umgesetzt werden.<sup>200</sup> Daher muss sich der Gesetzgeber zwingend am Legalitätsprinzip und innerhalb desselben insbesondere am Bestimmtheitsgebot orientieren.<sup>201</sup> Der Gesetzgebungsleitfaden des Bundes hält hierzu fest, dass der Gesetzgeber «die Möglichkeiten der Präzisierung [von Tatbestandselementen] voll ausschöpfen» muss.<sup>202</sup> Die deutsche Lehre geht hier noch einen Schritt weiter, indem sie gar ein Verbot «inhaltlich unbestimmte Strafgesetze zu erlassen»<sup>203</sup>, postuliert. Dies hat gute Gründe: Das Legalitätsprinzip trägt zur Verwirklichung der Ziele jedes Rechtsstaates bei und diese Ziele können nur dann sinnvoll erreicht und der Rechtsstaat geschützt werden, wenn Gesetzgebung und Rechtsprechung zusammen ein voneinander unabhängiges Ganzes bilden.

---

Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanken auf sie am besten zutrifft.» (zitiert nach TRECHSEL/NOLL, S. 53).

<sup>200</sup> Vgl. KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 101 ff.; KREY, Gesetzestreue, S. 838; HASSEMER, Sprechen, S. 77; TRECHSEL/NOLL, S. 53; vgl. weiter STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 4 N 7.

<sup>201</sup> LK-DANNECKER, § 1 N 241; TIEDEMANN, Verfassungsrecht, S. 47; vgl. aber auch NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 71; KUHLEN, S. 93 f.

<sup>202</sup> Gesetzgebungsleitfaden, N 680.

<sup>203</sup> GRÜNWARD, S. 6; vgl. auch NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 14 f.; MüKoStGB/SCHMITZ, § 1 N 6; ALBRECHT, Freiheit, S. 55; vgl. auch MIDDELSCHULTE, S. 117 f.; vgl. weiter hinten S. 66 ff.

## B. Sprache als Instrument der Rechtswissenschaft

### I. Einleitung

Die Sprache bildet die Grundlage der Jurisprudenz und ist das Instrument der Rechtswissenschaft. Der Jurist ist auf verbale Kommunikation angewiesen. Wenn nun die Forderung des Legalitätsprinzips lautet, bestimmte, d.h. allgemeinverständliche und präzise Normen<sup>204</sup> zu erlassen und dies alles auf Sprache aufbaut, muss nach den Möglichkeiten und Grenzen sprachlicher Kommunikation gefragt werden, um zu verstehen, wo die (sprachlichen) Grenzen des Legalitätsprinzips liegen. Da Gewohnheitsrecht im Strafrecht verboten ist,<sup>205</sup> muss dabei die schriftliche Sprache im Fokus der Überlegungen stehen.

Das Gesetz stellt in seiner Gesamtheit einen verbal formulierten Verhaltenskodex dar. Seine Wirksamkeit hängt unmittelbar vom Textverständnis des Autoren wie auch demjenigen des Adressaten ab. Es muss daher insbesondere nach den Möglichkeiten und Grenzen gefragt werden, welche uns die Sprache liefert, um sich auszudrücken und Informationen eindeutig zu übermitteln. Sind diese Grundlagen, wie Menschen durch Sprache kommunizieren, erschlossen, muss in einem nächsten Schritt geklärt werden, wie bestimmt und verständlich die natürliche Sprache überhaupt sein kann. Sind diese Grundlagen bekannt, sind damit sofort auch die Grenzen gesteckt, welche an das Legalitätsprinzip gestellt werden dürfen und können. Schliesslich kann der Gesetzgeber nicht bestimmter und verständlicher formulieren, als dies aufgrund des Mediums der Sprache überhaupt möglich ist.

Schliesslich sollen diese Erkenntnisse dazu genutzt werden, um nach den Unterschieden zu fragen, welche zwischen der Alltagsprache und der Rechtssprache existieren. Unter Rechtssprache wird dabei diejenige Sprache verstanden, welche in erster Linie der Gesetzgeber, aber auch die Behörden verwenden, um die Rechte und Pflichten der Bürger zu formulieren und diese den Bürgern zu kommunizieren.<sup>206</sup> Da sich die Rechtssprache in mehrfacher Hinsicht von der Alltagssprache unterscheidet, können Kommunikationsprobleme und Verständnisschwierigkeiten auftreten. Sind die Unterschiede zwischen der Alltags- und der Rechtssprache bekannt und ebenso die wechselseitigen Beziehungen zwischen den beiden, so können daraus Regeln abgeleitet werden, um das Textverständnis von Erlassen zu fördern. Insbesondere muss auch auf die Problematik der Fachterminologie eingegangen werden: Diese ist grund-

---

<sup>204</sup> Vgl. dazu hinten S. 68 ff.

<sup>205</sup> Vgl. dazu vorne S. 21.

<sup>206</sup> Vgl. LACHMAYER/PAVCNIK, Rz 3.

sätzlich nur dem Fachmann erschlossen. Sie bietet die Möglichkeit, Dinge genau und präzise zu umschreiben,<sup>207</sup> steht aber gleichzeitig der Allgemeinverständlichkeit eher entgegen.

Diese Erkenntnisse sollen sodann zusammengeführt und die Frage beantwortet werden, wie bestimmt und allgemeinverständlich Rechtssprache sein kann und welches die entscheidenden Kriterien sind, wenn es darum geht, Strafnormen allgemeinverständlich und zugleich präzise zu formulieren.

## II. Kommunikation mittels Sprache

Kommunikation besteht darin, dass ein Sender einem Empfänger mittels eines Übertragungsmediums eine bestimmte Information übermittelt. Hierfür wird die Information zuerst vom Sender codiert und dann durch den Empfänger decodiert. Voraussetzung für eine gelungene Verständigung zwischen Sender und Empfänger ist eine «gemeinsame Sprache».<sup>208</sup> Im uns vorliegenden Fall stellt der Gesetzgeber den Sender dar und das schriftlich verankerte Gesetz die Information. Der Empfänger ist der Bürger.

Erfolgt die Kommunikation mittels geschriebener Sprache, ergibt sich der Sinn eines Textes aus drei Faktoren: dem Autoren, dem Text selbst sowie dem Leser.<sup>209</sup> Das Ziel des Autoren besteht darin, dem Leser mit dem Hilfsmittel der Sprache einen Inhalt zu vermitteln. Der Autor muss sich folglich so ausdrücken, dass der Leser ihn auch einwandfrei versteht. Der Autor selbst bringt seinerseits gewisse Voraussetzungen mit, d.h. er verfügt über ein bestimmtes Wissen und befindet sich in einer gewissen Situation. So verfügt er beispielsweise über einen bestimmten Wortschatz und hat gewisse Vorstellungen über die Bedeutung von Wörtern. Gleichzeitig setzt der Autor beim Leser gewisse Faktoren voraus, die für das Textverständnis notwendig sind.<sup>210</sup>

Um sich verständigen zu können, müssen der Sender und der Empfänger über eine gemeinsame Sprache verfügen. Diese gemeinsame Sprache besteht zunächst aus Zeichen. Diese können gehört, gesehen, gefühlt oder auch gerochen werden.<sup>211</sup> Solche Zeichen können beispielsweise Buchstaben oder Piktogramme sein.

---

<sup>207</sup> WANK, Begriffsbildung, S. 17 ff.; OTTO, S. 47; MIDDELSCHULTE, S. 22.

<sup>208</sup> HOFSTÄTTER, S. 267; STEINMANN, S. 40 f., 291; HEGENBARTH, S. 23.

<sup>209</sup> BAUMANN, Sprache, S. 17; vgl. HOFSTÄTTER, S. 270.

<sup>210</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 154 f.; LASSER, S. 369; RITTER, S. 133.

<sup>211</sup> HOFSTÄTTER, S. 270.

gramme<sup>212</sup> sein. Für eine erfolgreiche Kommunikation müssen diese Zeichen vom Sender dieser gemeinsamen Sprache einwandfrei verschlüsselt und vom Empfänger anschliessend einwandfrei entschlüsselt werden, damit die Information vom Empfänger auch so verstanden wird, wie vom Sender beabsichtigt. Dieser Idealfall wird in der Praxis allerdings kaum erreicht, weil jedes Zeichen, jedes Wort und jeder Satz in ein Bündel von individuellen Assoziationen eingebettet wird, die beim Sender und beim Empfänger zu unterschiedlich sind. Die heutige Sprachforschung geht denn auch von der These aus, «dass jede gelungene sprachliche Verständigung [...] permanente Akte der Übersetzung aus der Sprachwelt des Sprechers (Autor) in die Sprachwelt des oder der Adressaten erfordert.»<sup>213</sup>

### III. Offenheit der Sprache

#### 1. Das semantische Dreieck

Die Struktur der Sprache ist komplex.<sup>214</sup> Dies zeigt sich bereits in den Grundelementen, welche die Sprache ausmachen. Sie besteht aus Lauten bzw. Buchstaben, Morphemen und Wörtern, Sätzen und schliesslich Texten. Diese einzelnen Bausteine werden nach bestimmten grammatikalischen Regeln verwendet.<sup>215</sup> Die Elemente einer tieferen Ebene werden dabei kombiniert, um die jeweils nächsthöhere Ebene zu erzeugen. So werden etwa Buchstaben gebraucht, um Wörter zu bilden, wobei die Kombinationsmöglichkeiten diesbezüglich unendlich sind.<sup>216</sup>

Mit diesen Grundbausteinen der Sprache ist es uns möglich, uns auszudrücken und miteinander zu kommunizieren. Die Zeichen, Wörter usw. sind allerdings noch inhaltsleer. Es braucht einen Empfänger, d.h. einen Zuhörer oder Leser, welcher diesen Zeichen eine gewisse Bedeutung zumisst. Dadurch wird einem bestimmten Begriff ein bestimmter Sinn zugewiesen. Dieser Begriff «setzt sich aus einzelnen, zu seiner Bedeutung gehörenden und ihn definierenden Eigenschaften zusammen.»<sup>217</sup> Der Begriff stellt demnach den Inhalt eines sprachlichen Zeichens dar. Dieser Zusammenhang wird durch den Zuhörer

<sup>212</sup> Mit Hilfe solcher Piktogramme können etwa die Strassenverkehrsregeln für die Strassenbenützer festgelegt werden, vgl. dazu COHEN, S. 713 ff.

<sup>213</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 155; vgl. HEGENBARTH, S. 58.

<sup>214</sup> LINKE/NUSSBAUMER/PORTMANN, S. 8.

<sup>215</sup> Zu Syntax und Morphologie vgl. LINKE/NUSSBAUMER/PORTMANN, S. 53, 84.

<sup>216</sup> LINKE/NUSSBAUMER/PORTMANN, S. 8 f.

<sup>217</sup> DEMKO, S. 51; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 16; vgl. BUSSE, Semantik, S 109 f.

resp. Leser hergestellt. Er gibt dem Wort seine Bedeutung: «People not words have meaning.»<sup>218</sup> Wort und Begriff sind demnach zu unterscheiden. Sie bilden aber eine unteilbar verbundene Einheit, denn

«was den Begriff zum Begriff macht [ist] das Wort und die logische Bindung des Bewusstseinsinhalts an dasselbe [...]. Mit dem Begriff verbindet sich das Wort. Zwischen beiden walten feinste, kaum bis ins Einzelne analysierbare Beziehungen.»<sup>219</sup>

Diese Unterscheidung zwischen dem sprachlichen Zeichen und seiner Bedeutung wird in der Sprachwissenschaft als Semantik bezeichnet.<sup>220</sup> Dabei wird unterschieden zwischen Wort- und Satzsemantik. Wörter können – wie bereits dargelegt – aufgrund ihrer noch überschaubaren Anzahl in Wörterbüchern zusammengefasst werden. Dasselbe gilt für deren Bedeutungen. Sie können ebenfalls mittels Wörterbüchern und Enzyklopädien definiert werden. Sobald allerdings Wörter zu komplex sind, weil sie etwa zusammengesetzt sind, ist dies nicht mehr möglich. Dasselbe gilt bei Sätzen und Texten. Wird ein Satz oder Text als eine Ganzheit verstanden, so stellt dieser etwas anderes dar als die einfache Summe seiner Teile (z.B. Buchstaben, Wörter). Ein Nachschlagen zur Eruiierung des Inhalts ist hier nicht mehr möglich, da die Kombinationsmöglichkeiten unbegrenzt und damit unüberschaubar sind.<sup>221</sup> Dies macht die natürliche Sprache komplex, aber zugleich auch zu einem «(fast) unbegrenzt leistungsfähigen und (fast) maximal ökonomischen Zeichensystem.»<sup>222</sup>

Schliesslich muss noch eine dritte Unterscheidung vorgenommen werden. Mit der Bedeutung eines Ausdrucks ist noch nichts darüber ausgesagt, auf welche konkreten Objekte Bezug genommen wird. Hierfür wird ein bestimmter Referent benötigt. Sehen wir das Wort «Baum», registrieren wir zuerst die vier Buchstaben, das Zeichen. Mit diesem Ausdruck wird sodann eine gewisse Vorstellung, eine Bedeutung, verknüpft. Diese kann etwa darin bestehen, dass ein Baum gewisse Eigenschaften hat, dass er gross und braun ist und aus Holz besteht und grüne Blätter hat. Aufgrund dieses Begriffs, d.h. unserer Vorstellung, schliessen wir sodann erst in einem dritten Schritt auf ein konkretes Bezugsobjekt, auf einen tatsächlich existierenden Baum.<sup>223</sup> Zugleich wissen wir

---

<sup>218</sup> KING, S. 240; vgl. auch BAUMANN, Sprache, S. 15.

<sup>219</sup> HATZ, S. 50 f. mit weiterem Hinweis; DEMKO, S. 36; vgl. auch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 155b ff.; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 16.

<sup>220</sup> RÖHL/RÖHL, S. 24; LINKE/NUSSBAUMER/PORTMANN, S. 153.

<sup>221</sup> LINKE/NUSSBAUMER/PORTMANN, S. 8 f.

<sup>222</sup> LINKE/NUSSBAUMER/PORTMANN, S. 40; vgl. HEGENBARTH, S. 86.

<sup>223</sup> Vgl. HEGENBARTH, S. 87 sowie die Nachweise in der Fn. 245.

noch nicht, ob es sich um eine Zeder, Tanne, Sequoia usw. handelt. Bekannt ist nur der Oberbegriff «Baum», aber nicht seine Konkretisierung.

Die Beziehung zwischen Zeichen, Begriff und Referenzobjekt wurde von OGDEN und RICHARDS im sog. «semantischen Dreieck» wie folgt visualisiert:

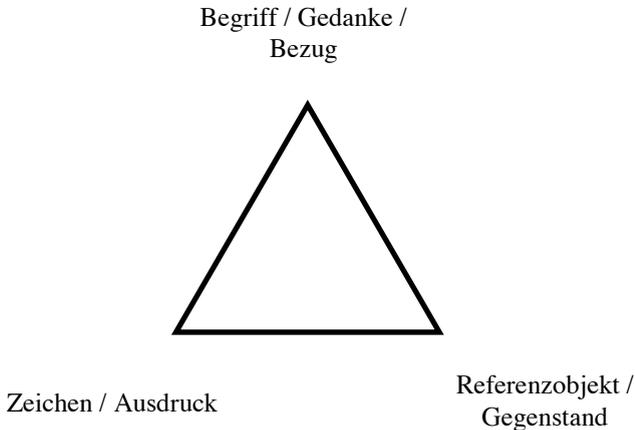


Abbildung 1: Das semantische Dreieck.<sup>224</sup>

Diese Darstellung macht deutlich, dass zwischen Zeichen, Begriff und Referenzobjekt unterschieden werden muss und dass zwischen ihnen Bezüge bestehen. Ein Referenzobjekt, welches sich entweder auf einen bestimmten Gegenstand oder auch auf einen Sachverhalt beziehen kann,<sup>225</sup> wird durch ein Zeichen vertreten. «Ich kann nur von ihnen [den Zeichen] sprechen, sie aussprechen kann ich nicht. Ein Satz kann nur sagen, wie ein Ding ist, nicht was es ist.»<sup>226</sup> Der Begriff, d.h. unsere Vorstellung, verbindet somit Zeichen mit tatsächlich in der Welt existierenden Gegenständen oder bestimmten Sachverhalten.<sup>227</sup> Darin sind die Gründe der Offenheit der Sprache begründet.

<sup>224</sup> OGDEN/RICHARDS, S. 18.

<sup>225</sup> Vgl. WANK, Begriffsbildung, S. 11.

<sup>226</sup> WITGENSTEIN, 3.221.

<sup>227</sup> DEMKO, S. 50 f.

## 2. Gründe der Offenheit

Die Offenheit von Sprache ist aus sprachwissenschaftlicher Sicht kein Mangel, sondern vielmehr ihr Vorzug. Erst die Offenheit erlaubt es uns, «mit einer recht geringen Anzahl von uns aktiv verfügbaren Wörtern die virtuell unbegrenzte Realität sprachlich [...] zu erfassen.»<sup>228</sup> Aus sprachwissenschaftlicher Sicht ist die Offenheit überhaupt die Voraussetzung dafür, dass Sprache funktionieren kann.<sup>229</sup>

Die Gründe hierfür liegen in verschiedenen Faktoren. Diese können anhand der aufgezeigten Dreiteilung des semantischen Dreiecks aufgezeigt werden.<sup>230</sup> Sie bestehen darin, dass Ausdrücken mehrere Bedeutungen zukommen können oder dass von gewissen Begriffen nicht ohne weiteres auf das Referenzobjekt geschlossen werden kann. Im letzteren Fall wird von sog. vagen oder porösen Begriffen gesprochen.<sup>231</sup>

### a) Mehrdeutigkeit von Zeichen

Wie erläutert, sind die Grundelemente der Sprache die Zeichen. Sie werden vom Leser in einer gewissen Weise interpretiert, wodurch ihnen ein Begriff bzw. eine Definition zugewiesen wird. Dieselben Zeichen können nun aber auch auf mehrere Inhalte zutreffen. Solche Zeichen sind mehrdeutig, da ihnen unterschiedliche Bedeutungen zukommen können.<sup>232</sup> Die Sprachwissenschaft unterscheidet dabei Mehrdeutigkeit von Wörtern (sog. Lexikalische Mehrdeutigkeit) und solche von Phrasen resp. Sätzen (sog. Strukturelle Mehrdeutigkeit resp. Syntaktische Ambiguität).<sup>233</sup>

#### aa) Mehrdeutigkeit von Wörtern

Die Mehrdeutigkeit von Wörtern bezieht sich auf die Ebene des Vokabulars. Mehrdeutige Zeichen resp. Wörter werden als Homonyme oder als Polyseme bezeichnet.<sup>234</sup> Beispiele auf der Ebene der Wörter sind «Bank» oder «R/recht».

---

<sup>228</sup> BAUMANN, Sprache, S. 15; LINKE/NUSSBAUMER/PORTMANN, S. 186; vgl. auch RITTER, S. 129.

<sup>229</sup> BAUMANN, Sprache, S. 15.

<sup>230</sup> Vgl. vorne S. 48.

<sup>231</sup> Vgl. dazu auch NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 35 ff.

<sup>232</sup> SCHMIDT, S. 393 f.; WANK, Begriffsbildung, S. 26; STEINMANN, S. 23.

<sup>233</sup> LINKE/NUSSBAUMER/PORTMANN, S. 159; OTTO, S. 47 ff.

<sup>234</sup> RÖHL/RÖHL, S. 33; HEGENBARTH, S. 90 f.; STEINMANN, S. 24.

So kann das Wort «Bank» ein Geldinstitut oder aber ein Sitzmöbel bezeichnen.<sup>235</sup> Es können sowohl die Wörter «umgefallen» als auch «ausgeraubt» auf eine «Bank» zutreffend sein. Überdies können einer «Bank» noch weitere Bedeutungen zugewiesen werden, wenn die Zeichen mit anderen Zeichen kombiniert werden. Eine solche Kombination wäre beispielsweise die Samenbank.<sup>236</sup>

Das Wort «Recht» hingegen kann im objektiven Sinn als geltende Regelung oder im subjektiven Sinn als Anspruch, der sich aus dem Recht im objektiven Sinn ergibt, verstanden werden.<sup>237</sup> Daneben kann das Wort «recht» auch zur Verstärkung einer Aussage gebraucht werden («das ist recht stabil») oder aber auch als Einverständniserklärung («du hast recht»)<sup>238</sup> Des Weiteren ist «recht» aber auch Bestandteil vieler anderer Wörter, wie etwa «gerecht» oder «Rechtlautung» («Lehre von der richtigen Aussprache der Wörter»<sup>239</sup>) oder «Rechtschreibung». Je nach konkreter Verwendung dieser Wörter verändert sich ihre Bedeutung. Der Kontext, in dem das Wort vorkommt, verleiht ihm seine Bedeutung. Damit wird der Vorrang der Ganzheit gegenüber seinen Elementen erneut hervorgehoben.

#### *bb) Mehrdeutigkeit von Phrasen und Sätzen*

Strukturelle Mehrdeutigkeit bezeichnet Phrasen oder Sätze, welchen inhaltlich verschiedene Bedeutungen zugeschrieben werden können. Die Ambiguität der Sprache ist kein Phänomen der deutschen Sprache, sondern betrifft vielmehr jegliche Sprache. So kann etwa der Satz «the chickens are ready to eat» entweder meinen, dass die Hühner zum Fressen bereit sind oder dass sie jetzt gegessen werden können. Oder im Deutschen kann der Satz «Der Mann sieht die Frau mit dem Fernglas» meinen, dass die Frau ein Fernglas hat oder dass der Mann die Frau durch ein Fernglas sieht.

#### *cc) Auflösung von Mehrdeutigkeit durch den Kontext*

Die Auflösung von Mehrdeutigkeit kann durch den Kontext erfolgen, in welchem ein mehrdeutiges Wort, eine Phrase oder ein Satz steht. Dies gilt sowohl für die Auflösung von lexikalischer als auch struktureller Mehrdeutigkeit.

<sup>235</sup> Vgl. DEMKO, S. 64 ff.

<sup>236</sup> FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 6.

<sup>237</sup> Vgl. Das neue Taschenlexikon, R, Stichwort «Recht».

<sup>238</sup> Vgl. RÖHL/RÖHL, S. 32; MIDDELSCHULTE, S. 29.

<sup>239</sup> Das neue Taschenlexikon, R, Stichwort «Rechtlautung».

Mit Kontext ist vordergründig der sprachliche Zusammenhang gemeint, in welchem ein mehrdeutiger Ausdruck gebraucht wird. Wird etwa eine Bank als ausgeraubt bezeichnet, ist klar, dass es sich um ein Geldinstitut handeln muss. Wird dem Satz «Der Mann sieht die Frau mit dem Fernglas» hinzugefügt, dass die Frau dabei einen Vogel in der Ferne beobachtet, wird zumindest wahrscheinlicher, dass sie und nicht der Mann das Fernrohr in der Hand hält. Der sprachliche Zusammenhang zeigt demnach auf, welcher der möglichen Begriffe auf den konkreten Ausdruck zutreffend ist bzw. welche Aussage einer Phrase oder einem Satz zu entnehmen ist. Nur so kann der Leser erkennen, was der Autor zu kommunizieren beabsichtigt.<sup>240</sup>

Darüber hinaus kann mit Kontext aber auch die Redesituation gemeint sein, in der sich die Kommunikationspartner befinden. Diese wird durch Ort, Zeit und Umstände mitbestimmt, aber auch durch Mimik und Gestik beeinflusst.<sup>241</sup>

## b) Vagheit von Begriffen

Die Vagheit von Begriffen betrifft das Verhältnis zwischen Begriff und Referenzobjekt. Der durch einen Ausdruck bezeichnete Begriff ist zwar eindeutig. Es kann aber von diesem Begriff nicht mit Sicherheit auf bestimmte Referenzobjekte geschlossen werden. Bei vagen Begriffen ist unklar, ob bestimmte Gegenstände zu derjenigen Menge von Objekten gehört, welche mit diesem Begriff bezeichnet werden. Die Vagheit von Begriffen betrifft daher die Inexaktheit sowie die Randbereichsunschärfe von Begriffen.<sup>242</sup>

Ein – auch juristisch – besonders wichtiger Fall von Vagheit ist in der Logik das sog. «Haufen-Paradoxon». Die Paradoxie besteht darin, dass nicht bestimmt werden kann, wie viele einzelne Einheiten es für einen Haufen braucht. Schliesslich können aber auch Einheiten vom Haufen entfernt werden, ohne dass danach kein Haufen mehr vorliegen würde.<sup>243</sup> Dieses Paradoxon zeigt sich beispielsweise bei den Begriffen des «Waldes» und der «Bande». Es kann alleine vom Begriff her nicht bestimmt werden, ab welcher Anzahl von Bäumen von einem Wald gesprochen werden kann und wie viele Personen nötig sind, um eine Bande zu bilden.<sup>244</sup> Der Bezug zu bestimmten Referenzobjekten

---

<sup>240</sup> Vgl. HÖHN, Methodik, S. 188; WANK, Begriffsbildung, S. 27 f.; STEINMANN, S. 24.

<sup>241</sup> LINKE/NUSSBAUMER/PORTMANN, S. 28; WANK, Begriffsbildung, S. 25.

<sup>242</sup> RÖHL/RÖHL, S. 34; LINKE/NUSSBAUMER/PORTMANN, S. 186; KRAMER, S. 58 f.; STEINMANN, S. 25; WANK, Begriffsbildung, S. 25.

<sup>243</sup> Vgl. dazu etwa DÖNNINGHAUS, S. 31 f.; RÖHL/RÖHL, S. 34.

<sup>244</sup> Zur Bande vgl. hinten S. 60 f.; vgl. weiter WANK, Auslegung, S. 40; RÖHL/RÖHL, S. 34; KRAMER, S. 58 f.

kann bei vagen Begriffen gesetzlich etwa durch Legaldefinitionen oder durch eine Aufzählung von Beispielen konkretisiert werden.<sup>245</sup>

### c) Porosität von Begriffen

Als porös werden Begriffe bezeichnet, deren Bedeutung in sich unvermeidbar unabgeschlossen und damit veränderbar ist. An sich funktioniert die Anwendbarkeit solcher Begriffe nach klar zuweisbaren Regeln. Deren Bedeutung unterliegt allerdings dem Wandel der Zeit, welcher in der Veränderung von Verhältnissen oder Vorstellungen wurzelt.<sup>246</sup> Durch einen «Wandel der vorherrschenden sozialetischen Vorstellungen»,<sup>247</sup> aber auch durch neue Erfahrungen oder Entdeckungen kann die Anwendbarkeit des fraglichen Begriffs unklar werden, da dieser Anwendungsbereich zum Zeitpunkt der Formulierung nicht berücksichtigt wurde.<sup>248</sup> Daher kann Porosität auch als «Mehrdeutigkeit in der Zeit»<sup>249</sup> umschrieben werden.

Solche Bedeutungsveränderungen können insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen auftreten. Beispiele sind etwa der Begriff «Demokratie» oder derjenige der «guten Sitten». Dabei wird z.B. bei der Beurteilung, ob ein Vertrag im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR gegen die guten Sitten verstösst, vom Rechtsanwender verlangt, dass er eine moralische Wertung vornimmt.<sup>250</sup> Die moralische Vorstellung verändert sich von Zeit zu Zeit und von Ort zu Ort, was sich beispielhaft in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Prostitutionsverträgen zeigt.<sup>251</sup> Entsprechend handelt es sich beim Begriff der Sitte um einen porösen Begriff. Seine Bedeutung und die damit verbundenen Konsequenzen der Rechtsanwendung hängen von den gesellschaftlichen Wertvorstellungen ab.

## 3. Sprache und Kognition

Das Erlernen einer Sprache erfolgt im Rahmen eines gesellschaftlichen Lernprozesses. Ein Wort wird dabei unter Hinweis auf ein Beispiel genannt: «Dies

<sup>245</sup> Vgl. ZÄCH, S. 276 f.; vgl. dazu hinten S. 108 ff.

<sup>246</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 171 ff.; STEINMANN, S. 27 f.; WANK, Begriffsbildung, S. 26; vgl. dazu auch hinten S. 83 f.

<sup>247</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 20.

<sup>248</sup> KOCH, S. 45; MIDDELSCHULTE, S. 37; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 20.

<sup>249</sup> WANK, Begriffsbildung, S. 37.

<sup>250</sup> Vgl. HUGUENIN, BSK I-OR, Art. 19/20 N 41 f.; vgl. auch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 174.

<sup>251</sup> Vgl. etwa BGer, Urteil vom 26.10.2011, 6B\_188/2011.

ist ein Baum.»<sup>252</sup> Wo aber z.B. die Grenze zwischen mehreren Bäumen und einem Wald verläuft, hängt von einem individuellen und subjektiven Massstab ab.<sup>253</sup> Die Bedeutung eines Textes oder eines Wortes ergibt sich aus dem Vorstellungshorizont des Interpreten. Aufgrund dieser Abhängigkeit

«von unterschiedlichen menschlichen Erfahrungen, den persönlichen Wertungen und dem Bewusstseinsstand des Sprechenden auch innerhalb einer Sprachkultur, [haftet der Sprache] eine mehr oder weniger ausgeprägte Vielschichtigkeit und Unschärfe an. [... Die Sprache] stellt sich damit nicht nur als kognitiver und logisch nachvollziehbarer Prozess, sondern hauptsächlich als subjektiv bedingter Vorgang dar.»<sup>254</sup>

Dass Sprache ein subjektiver Vorgang ist, wird umso relevanter, je offener die Sprache ist. Gerade dort, wo Begriffe vage oder porös oder Wörter mehrdeutig sind, sind mehrere Interpretationen möglich. Verwenden gar unterschiedliche Gruppen von Personen sprachliche Ausdrücke in unterschiedlicher Weise, liegt eine sog. Inkonsistenz vor: «Die semantischen Regeln variieren von Gruppe zu Gruppe.»<sup>255</sup>

Der Autor, welcher einem Leser einen bestimmten Inhalt mitteilen möchte, muss entsprechend nicht nur die Faktoren auf der Wort- und Begriffsebene berücksichtigen, sondern ebenfalls, dass das Verständnis eines Textes massgeblich vom Empfänger abhängt. Dies wird umso wichtiger, wenn mehrdeutige Ausdrücke oder vage und poröse Begriffe verwendet werden. Der Leser benötigt den Kontext, um mehrdeutigen Zeichen den passenden Begriff zuzuordnen zu können. Diese Verbindung zwischen Wort und Begriff wird durch den Leser hergestellt.<sup>256</sup> Auch den Bezug zwischen Begriff und Bezugsobjekten stellt der Mensch her. Wird etwa ein vager Begriff verwendet, möchte sich der Autor aber präzise ausdrücken, muss er dem Leser weitere Informationen zur Verfügung stellen. Dies kann etwa mittels einer Definition oder einer Aufzählung von Beispielen geschehen.<sup>257</sup>

---

<sup>252</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 153; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 15; STEINMANN, S. 19 f.; VON ARNAULD, S. 245.

<sup>253</sup> ZIPPELIUS, Wesen, S. 105; RÖHL/RÖHL, S. 25 f.; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 15 f., 38.

<sup>254</sup> MIDDELSCHULTE, S. 28; vgl. auch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 155 ff.; SEISSL, Rz 22.

<sup>255</sup> STEINMANN, S. 28; HEGENBARTH, S. 149; KLATT, Theorie, S. 66.

<sup>256</sup> Vgl. vorne S. 44 ff., 47.

<sup>257</sup> Vgl. hinten S. 108 ff.

## IV. Unterscheidung zwischen Intension und Extension

### 1. Bedeutung in der Sprachwissenschaft

Die Unterscheidung von Intension und Extension geht auf CARNAP zurück<sup>258</sup> und knüpft im semantischen Dreieck an das Verhältnis zwischen Begriffen und den damit verbundenen Referenzobjekten an.<sup>259</sup> Die Intension bezeichnet dabei den Sinn eines Begriffes, seinen Inhalt bzw. die Vorstellung eines Ausdrucks. Die Intension kann beispielsweise aus einer Definition oder in der Aufzählung von Merkmalen bzw. Eigenschaften bestehen. Die Extension ergibt sich dagegen aus dem Umfang eines Begriffes, der Gesamtheit aller Gegenstände, welche durch diesen Begriff mitumfasst werden, d.h. «die Klasse aller Objekte, die unter den Begriff fallen.»<sup>260</sup> So ruft der Ausdruck «Mensch» in uns etwa die Vorstellung eines Lebewesens hervor, welches die «Fähigkeit zu logischem Denken und zur Sprache, zur sittlichen Entscheidung und Erkenntnis von Gut und Böse»<sup>261</sup> besitzt. Diese Definition des Ausdruckes «Mensch» stellt die Intension, den Begriff dar. Die Extension dagegen umfasst sämtliche Lebewesen in der Welt, auf welche das Wort «Mensch» zutrifft.<sup>262</sup>

Es kann nun unklar sein, welche Gegenstände jeweils unter die Gesamtheit von Gegenständen fallen, welche einem bestimmten Begriff zugesprochen werden können. Ob beispielsweise unter das Wort «Mensch» auch tote Menschen fallen oder welche Anforderungen eine Gruppe von Bäumen erfüllen müssen, um als Wald zu gelten, liegt nicht auf der Hand. Die Extension dieser Begriffe ist unklar. Solche Begriffe werden als *vage* bezeichnet.<sup>263</sup>

Umstritten ist, ob unterschiedliche Begriffe existieren, welche exakt dieselben Gegenstände bezeichnen bzw. umfassen. Bei gleich bleibender Extension müsste die Intension unterschiedlich sein. SEIFFERT meinte eine solche Konstellation mit den Ausdrücken «Paarzeher» und «Wiederkäuer» gefunden zu haben.<sup>264</sup> «Paarzeher» sind Tiere mit einer geraden Anzahl von Zehen bzw.

<sup>258</sup> Vgl. CARNAP, S. 23 ff.; vgl. RÖHL/RÖHL, S. 30; DEMKO, S. 51 ff.; BUSSE, Semantik, S. 104 ff.

<sup>259</sup> Vgl. DEMKO, S. 51 f.; HÖHN, Methodik, S. 189 f.; YI, S. 52; HEGENBARTH, S. 87.

<sup>260</sup> HEGENBARTH, S. 87; DEMKO, S. 52; YI, S. 53; WANK, Begriffsbildung, S. 35; STEINMANN, S. 18 f.; vgl. auch KLATT, Theorie, S. 63 f.

<sup>261</sup> Duden, Stichwort «Mensch».

<sup>262</sup> Vgl. RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 155b; vgl. auch ROXIN, AT, § 5 N 27.

<sup>263</sup> RÖHL/RÖHL, S. 34; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 166 f.; BUSSE, Semantik, S. 106 ff.; HÖHN, Methodik, S. 186 ff.; vgl. auch ZACH, S. 276; ARZT, Einführung, S. 82.

<sup>264</sup> Zitiert nach RÖHL/RÖHL, S. 30.

Klaunen.<sup>265</sup> Dagegen sind «Wiederkäuer» Tiere, welche über eine bestimmte Art der Verdauung verfügen.<sup>266</sup> Unter diese beiden Begriffe fallen als Bezugsobjekte etwa Rinder oder Kühe. Schweine dagegen sind nur «Paarzeher», aber keine «Wiederkäuer». Die hier verwendeten Ausdrücke haben dementsprechend eine unterschiedliche Intension und zugleich eine unterschiedliche Extension.<sup>267</sup> Als weiteres Beispiel zu dieser Problematik wird jeweils der Satz «Der Morgenstern ist mit dem Abendstern identisch» aufgeführt. Sowohl «Abendstern» wie auch «Morgenstern» bezeichnen dabei die Venus, allerdings zu unterschiedlichen Zeiten.<sup>268</sup>

## 2. Bedeutung für die Rechtswissenschaft

Die Unterscheidung zwischen Intension und Extension ist für die Formulierung und Interpretation von Gesetzesnormen bedeutend, da durch die Wortwahl entschieden wird, welche Gegenstände von einem Begriff erfasst werden sollen, womit dann auch beurteilt wird, welche Sachverhalte unter eine bestimmte Norm fallen sollen und welche nicht.

Ein Irrtum gem. Art. 23 OR kann etwa dann vorliegen, wenn die Vertragspartner von einer unterschiedlichen Intension ausgegangen sind, aber auch, wenn sie von einer unterschiedlichen Extension ausgegangen sind.<sup>269</sup> Der Irrtum bezieht sich auf die Intension, wenn das vom einen Vertragspartner verwendete Wort nicht demjenigen Sprachgebrauch entspricht, von welchem der andere Vertragspartner ausgeht. So bestellte etwa eine Leiterin einer Schule 25 Gros Toilettenpapier. Sie ging davon aus, dass es sich hierbei um 25 Doppelpackungen handelte. Ein Gros bezeichnet dagegen nach allgemeinem Sprachverständnis 144 Einheiten. Insofern irrte die Schulleiterin darüber, was ein Gros ist.<sup>270</sup> Demgegenüber liegt ein Irrtum über die Extension vor, wenn zwar ein Gegenstand konkret bezeichnet wird, der Sprecher aber über diesen irrt, also beispielsweise wenn der Käufer das rote Auto als Kaufgegenstand bezeichnet, aber eigentlich das grüne meint.<sup>271</sup>

Eine Möglichkeit, die Extension in Gesetzen festzulegen, sind Legaldefinitionen, welche im Gesetz festlegen, welche konkreten Bezugsobjekte unter einen

---

<sup>265</sup> Vgl. RÖHL/RÖHL, S. 30.

<sup>266</sup> Duden, Stichwort «Wiederkäuer».

<sup>267</sup> RÖHL/RÖHL, S. 30; vgl. zur damit verbundenen Problematik BUSSE, Semantik, S. 114 ff.

<sup>268</sup> RÖHL/RÖHL, S. 30; YI, S. 53; WANK, Begriffsbildung, S. 11; BUSSE, Semantik, S. 112.

<sup>269</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 155e.

<sup>270</sup> Vgl. Urteil des Landgerichts Hanau vom 30.6.1978, 1 O 175/78, NJW 1979, S. 721.

<sup>271</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 155e.

Begriff fallen sollen und welche nicht.<sup>272</sup> So legt etwa das Waldgesetz des Kantons Zürich<sup>273</sup> in § 2 fest, dass eine mit Waldbäumen oder Waldsträuchern bestockte Fläche, wenn sie mindestens 800m<sup>2</sup> Fläche, 12m Breite und ein Alter von 20 Jahren bei Einwuchsflächen aufweist, als Wald gilt.

Fehlen solche Legaldefinitionen im Gesetz und ist nicht ohne weiteres klar, welche Gegenstände bzw. Sachverhalte unter einen bestimmten Begriff fallen, legen Rechtsprechung und Lehre die Extension durch Auslegung fest. So wird etwa in Kommentaren regelmässig die Intension zuerst umschrieben, also eine allgemeine Definition formuliert, bevor dann die Extension mit Beispielen ausgefüllt wird. Dies kann etwa am Beispiel einer Kommentierung zum Begriff des «gefährlichen Gegenstands» erläutert werden:<sup>274</sup> «Ausschlaggebend ist [...], ob er nach seiner Beschaffenheit so eingesetzt wird, dass die Gefahr einer schweren Körperverletzung i.S.v. Art. 122 [StGB] herbeigeführt wird.»<sup>275</sup> Sodann wird aufgeführt, welche Gegenstände gefährlich i.S.v. Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB sein können, wie etwa «Steine als Wurfgeschosse oder Schlaginstrumente, Stöcke, Skistöcke als Wurfgeschosse [...], Stuhlbeine.»<sup>276</sup>

Bemerkenswert ist, dass die Auslegung von Gesetzesnormen teilweise entgegen der Unterscheidung von Intension und Extension erfolgt. Dies ist bei sog. «redaktionellen Änderungen» der Fall. So wurde etwa in der alten Fassung des StGB statt des Ausdrucks «gefährlicher Gegenstand» von einem «gefährlichen Werkzeug» gesprochen. Ein «Gegenstand» wird definiert als ein «Körper; [eine] nicht näher beschriebene Sache, [ein] Ding.»<sup>277</sup> Dagegen bezeichnet ein Werkzeug einen «für bestimmte Zwecke geformte[n] Gegenstand, mit dessen Hilfe etwas (handwerklich) bearbeitet oder hergestellt wird.»<sup>278</sup> Die Wörter «Gegenstand» und «Werkzeug» haben dementsprechend eine unterschiedliche Intension. Die Extension ist ebenfalls eine unterschiedliche: Ein Gegenstand kann irgendein «Ding» sein, während ein Werkzeug als ein bestimmter «Gegenstand» bezeichnet wird. Die Extension beider Begriffe hat zwar eine gemeinsame Schnittmenge wie etwa Hammer, Meissel, Ahle. Synonyme<sup>279</sup> sind die beiden Begriffe «Gegenstand» und «Werkzeug» allerdings nicht. Nichts-

<sup>272</sup> Vgl. ZÄCH, S. 276; STEINMANN, S. 19; zu Legaldefinitionen vgl. hinten S. 108 ff.

<sup>273</sup> Kantonales Waldgesetz (ZH) vom 7.6.1998, LS 921.1.

<sup>274</sup> RÖHL/RÖHL, S. 30; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 155b.

<sup>275</sup> ROTH/BERKEMEIER, BSK II-StGB, Art. 123 N 19; BGE 101 IV 285, 286; 112 IV 13, 14.

<sup>276</sup> ROTH/BERKEMEIER, BSK II-StGB, Art. 123 N 21 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>277</sup> Duden, Stichwort «Gegenstand».

<sup>278</sup> Duden, Stichwort «Werkzeug».

<sup>279</sup> Zum Begriff und zur Frage, ob es überhaupt «echte Synonyme» gibt vgl. RÖHL/RÖHL, S. 31.

destotrotz werden die beiden Begriffe in der juristischen Auslegung als identisch behandelt.<sup>280</sup> Das Bundesgericht bezeichnet nach wie vor eine Schusswaffe als gefährliches Werkzeug,<sup>281</sup> obwohl nach der Begriffsdefinition damit eigentlich etwas handwerklich bearbeitet oder hergestellt werden müsste. Damit handelt es sich hier – zumindest in der juristischen Fachsprache – um Begriffe mit unterschiedlicher Intension bei gleicher Extension, also genau um das, was es aus sprachwissenschaftlicher Sicht gar nicht geben kann. Die juristische Auslegung erfolgt hier also entgegen den Regeln der natürlichen Sprache.

## V. Das Drei-Kandidaten-Schema

Mit dem sog. «Drei-Kandidaten-Schema»<sup>282</sup> oder «Drei-Bereiche-Modell»<sup>283</sup> unterscheiden Logiker, inwieweit Ausdrücke auf Gegenstände anwendbar sind. Dieselbe Differenzierung verwenden Juristen, wenn sie zwischen Begriffskern und Begriffshof unterscheiden. Dabei wird zwischen positiven (Begriffskern), neutralen (Begriffshof) und negativen Kandidaten unterschieden.<sup>284</sup>

Positive Kandidaten sind Gegenstände, welche unzweifelhaft unter einen Ausdruck fallen. Negative Kandidaten sind Ausdrücke und Begriffe, welche auf den betreffenden Gegenstand ebenso unzweifelhaft nicht anwendbar sind. Und neutrale Kandidaten sind schliesslich diejenigen Gegenstände, bei denen über deren Anwendung oder Nichtanwendung auf einen Ausdruck nicht ohne weiteres entschieden werden kann.<sup>285</sup> Existieren neutrale Kandidaten, handelt es sich um einen vagen Begriff.<sup>286</sup>

---

<sup>280</sup> Vgl. ROTH/BERKEMEIER, BSK II-StGB, Art. 123 N 19.

<sup>281</sup> BGer, Urteil vom 13.7.2009, 6B\_239/2009, E. 4.3; BGer, Urteil vom 2.9.2008, 6B\_15/2008, E. 2.3; vgl. demgegenüber BGer, Urteil vom 6.12.2010, 6B\_756/2010, E. 3.2.4: Ein Küchenmesser stellt keine Waffe i.S.v. Art. 140 Ziff. 2 StGB dar; vgl. auch BAUMANN, Wortbedeutung, S. 395 für den Waffenbegriff nach deutschem Recht.

<sup>282</sup> Vgl. HÖHN, Methodik, S. 189 ff.

<sup>283</sup> Vgl. KRAMER, S. 58 ff.; KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 46 ff.

<sup>284</sup> RÖHL/RÖHL, S. 34 f.; DEMKO, S. 54.

<sup>285</sup> KRAMER, S. 60; HÖHN, Methodik, S. 189 f.; ZELLER, § 8 N 95; RÖHL/RÖHL, S. 35; KESHE-LAVA, S. 28 ff.; WANK, Begriffsbildung, S. 25; KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 46 ff.; PROBST, Grenzen, S. 262.

<sup>286</sup> WANK, Begriffsbildung, S. 25; STEINMANN, S. 25.

Verwendet das Gesetz etwa den Begriff «Fenster», so ist das Glasfenster ein positiver, eine Mauer ein negativer und eine Glastüre ein neutraler Kandidat.<sup>287</sup> Oder um das Beispiel der Begriffsdefinition des Menschen wieder aufzugreifen, gehört zum Begriffskern (positive Kandidaten), was unumstritten ist.<sup>288</sup> Zum Begriffshof (neutrale Kandidaten) gehört dagegen alles, was nicht zum Begriffskern gehört, also gerade vom Wortlaut nicht mitumfasst und damit nicht eindeutig ist. Dies betrifft diejenigen Fälle, in welchen nicht klar ist, ab welchem Zeitpunkt ein Mensch als Mensch angesehen wird und ab welchem Zeitpunkt nicht mehr.<sup>289</sup> Zu den negativen Kandidaten gehören schliesslich alle Gegenstände, auf welche der Begriff «Mensch» klar nicht anwendbar ist, wie etwa Tiere.<sup>290</sup>

Das «Drei-Kandidaten-Schema» kann anhand folgender Grafik dargestellt werden:

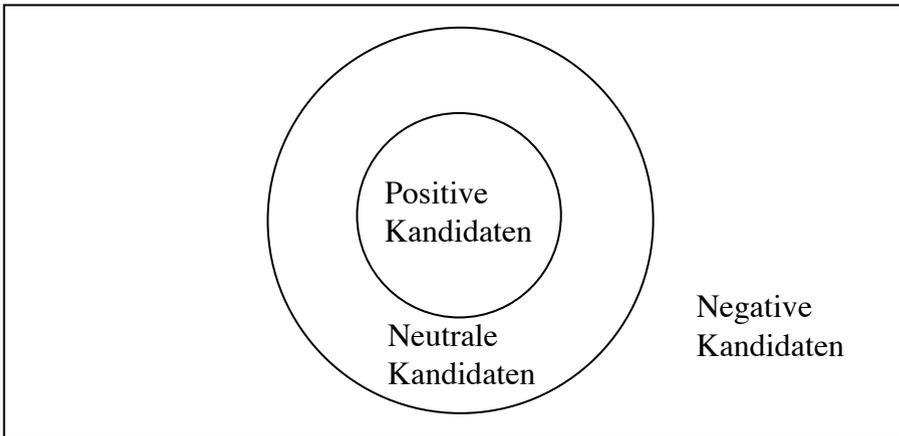


Abbildung 2: Das Drei-Kandidaten-Schema<sup>291</sup>

Im Kontext juristischer Methodik dient das Drei-Kandidaten-Schema bzw. die Trennung von Begriffshof und Begriffskern der Unterscheidung zwischen

<sup>287</sup> HÖHN, Methodik, S. 190; vgl. auch STEINMANN, S. 21 f.; YI, S. 55; BGH, Urteil vom 13.7.1960, V ZR 90/59 (OLG Hamm), JZ 1961, S. 494 ff.: «Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist für den Begriff ‚Fenster‘ die Lichtdurchlässigkeit entscheidend.»

<sup>288</sup> Vgl. dazu die Definition vorne auf S. 54.

<sup>289</sup> Vgl. JESCH, Rechtsbegriff, S. 176 ff.; DEMKO, S. 55 ff.; KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 47; PROBST, Grenzen, S. 252; ARZT, Einführung, S. 68; vgl. auch SCHLATTER, S. 13 ff.

<sup>290</sup> Vgl. etwa ENGISCH, S. 194.

<sup>291</sup> KESHELAVA, S. 30; RÖHL/RÖHL, S. 35.

erlaubter Auslegung und verbotener Analogie.<sup>292</sup> Durch die Einteilung der Gegenstände, welche ein Wort bezeichnet, wird entschieden, ob eine bestimmte Interpretation noch vom Wortsinn gedeckt ist bzw. ob eine sinngemässe Auslegung möglich ist oder nicht.<sup>293</sup> Werden dabei neutrale Kandidaten nicht unter eine bestimmte Norm gefasst, so wird diese Norm restriktiv ausgelegt. Im umgekehrten Fall, wenn neutrale Kandidaten mitberücksichtigt werden, liegt eine extensive Auslegung vor und schliesslich liegt Analogie vor, wenn negative Kandidaten von einer gesetzlichen Norm erfasst werden.<sup>294</sup>

Die Schwierigkeit der Zuordnung der Gegenstände liegt darin, dass «auch wenn man sich zur Grenze der natürlichen Wortbedeutung bekannt hat, noch nicht klar [ist], wie diese Grenze näher zu bestimmen ist.»<sup>295</sup> Nach KRAMER sollen solche «borderline cases» allerdings selten sein, da, regelmässig von einem objektiv gesicherten Sprachgebrauch ausgehend, die Zuordnung relativ eindeutig sei.<sup>296</sup> Das grundlegende Problem, wo der Begriffskern und wo der Begriffshof im Einzelfall beginnt und endet, bleibt aber aufgrund der Offenheit von Sprache grundsätzlich ungelöst.<sup>297</sup> Das «Drei-Kandidaten-Schema» kann aber als «grobes Ordnungsprinzip [...] durchaus anerkannt werden.»<sup>298</sup>

## VI. Rechtssprache

### 1. Das Verhältnis der Rechtssprache zur Alltagssprache

Das Legalitätsprinzip verfolgt das Ziel, Gesetzestexte allgemeinverständlich zu halten, damit der Bürger verstehen kann, welche Verhaltensweisen strafbar sind und was erlaubt ist.<sup>299</sup> Entsprechend ist die Technik des Formulierens für den Gesetzgeber von entscheidender Bedeutung, um Präzision und Verständlichkeit zu gewährleisten. Dies kann allerdings nur gelingen, wenn der Gesetzgeber die Regeln der Sprache beachtet. Er muss mit dem Mittel der Sprache möglichst präzise umschreiben, was er zum Ausdruck bringen will. Entsprechend muss der Gesetzgeber dort besonders sorgsam formulieren, wo er

---

<sup>292</sup> Vgl. dazu hinten S. 175 ff.

<sup>293</sup> BUSSE, Semantik, S. 39; zur Abgrenzung zwischen Auslegung und Analogie vgl. hinten S. 173 f.

<sup>294</sup> Vgl. KRAMER, S. 62, 195; diese Unterscheidung von Analogie und Auslegung ist allerdings nicht unumstritten, vgl. dazu hinten S. 175 ff.

<sup>295</sup> BAUMANN, Wortbedeutung, S. 395; BUSSE, Semantik, S. 39 f.; KRAMER S. 62 f.

<sup>296</sup> KRAMER, S. 63; vgl. auch DEMKO, S. 57 ff.

<sup>297</sup> BUSSE, Semantik, S. 57; KESHELAVA, S. 31; vgl. auch hinten S. 176.

<sup>298</sup> DEMKO, S. 59.

<sup>299</sup> Vgl. hinten S. 68 ff.

mehrdeutige Wörter, Phrasen oder Sätze sowie vage und poröse Begriffe verwendet.

Mit Hilfe der Regeln der Sprache muss schliesslich der Rechtsanwender gestützt auf das Gesetz entscheiden, welche Begriffe bzw. Sachverhalte davon erfasst werden sollen und welche nicht. Dieser Vorgang kann anhand des Beispiels des Wortes «Bande» aufgezeigt werden. Wie bereits erwähnt, handelt es sich dabei um einen vagen Begriff, von welchem nicht ohne weiteres auf die Referenzobjekte geschlossen werden kann.<sup>300</sup> Der Begriff der «Bande» wird im StGB im Zusammenhang mit Diebstahl (Art. 139 Ziff. 3 Abs. 2 StGB), Raub (Art. 140 StGB) sowie der Geldwäscherei (Art. 305 Ziff. 2 Abs. 2 lit. b StGB) gebraucht.<sup>301</sup> Nach der Rechtsprechung und Lehre wird der Begriff für sämtliche Strafnormen in gleicher Weise verwendet.<sup>302</sup> Nach der Definition des Bundesgerichts besteht eine «Bande» – unabhängig der weiteren Voraussetzungen, um die jeweilige Qualifikation des Grundstrafatbestandes zu erfüllen – aus einem Zusammenschluss von zwei oder mehr Tätern.<sup>303</sup> Die h.L. kritisiert allerdings diese Definition. Sie geht davon aus, dass eine Bande aus mindestens drei Personen bestehen müsse.<sup>304</sup> Diese Ansicht wird u.a. damit begründet, dass das Wort der Bande vom französischen «bande» abgeleitet sei, was mitunter als «Rotte», «Schar» oder auch «Truppe» übersetzt werden kann.<sup>305</sup> Weil bei zwei Personen noch von keiner Schar oder Truppe gesprochen werden könne, müsse der Begriff der «Bande» entsprechend dem allgemeinen Sprachverständnis definiert werden. Das Bundesgericht habe durch seine Rechtsprechung einen neuen Tatbestand geschaffen und damit den Grundsatz *nulla poena sine lege* verletzt.<sup>306</sup> Das Bundesgericht begründet seine entgegenstehende Ansicht damit, dass das Gesetz die Mindestanzahl der Betei-

<sup>300</sup> Vgl. bereits vorne S. 51.

<sup>301</sup> Der Begriff wird auch in anderen Gesetzen verwendet, vgl. KRONENBERG, S. 50.

<sup>302</sup> BGE 106 IV 227, 233; DONATSCH, § 9/3.2; differenzierender aber bereits BGE 116 IV 314, 316; TRECHSEL/CRAMERI, PK-StGB, Art. 140 N 15, vgl. aber auch TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK-StGB, Art. 305<sup>bis</sup> N 25; ALBRECHT, BetmG, Art. 19 N 242; NIGGLI/RIEDO, BSK II-StGB, Art. 139 N 134.

<sup>303</sup> BGE 135 IV 158; 124 IV 86, 88; 132 IV 132, 137; 122 IV 265, 267 = Pra 86 (1997) Nr. 28.

<sup>304</sup> NIGGLI/RIEDO, BSK II-StGB, Art. 139 N 127; OTT, S. 328 ff.; vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 139 N 11; DONATSCH, § 5/3.8; vgl. auch SCHÜNEMANN, S. 21 f.; a.A. TRECHSEL/CRAMERI, PK-StGB, Art. 139 N 16; vgl. auch STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 13 N 100 ff.

<sup>305</sup> Vgl. NIGGLI/RIEDO, BSK II-StGB, Art. 139 N 125; VON BÜREN, S. 44: «Zwei Hunde machen keine Meute, kein Rudel»; vgl. Brockhaus, Stichwort «Bande».

<sup>306</sup> VON BÜREN, S. 44; NIGGLI/RIEDO, BSK II-StGB, Art. 139 N 127; vgl. auch OTT, S. 330; a.A. KRONENBERG, S. 52.

ligten offen lasse und eine besondere Gefährlichkeit auch von solchen Personengruppen ausgehen könne, die nur aus zwei Personen bestehen.<sup>307</sup> KRONENBERG verteidigt diese Rechtsprechung. Sie hält u.a. fest, dass auch drei Personen noch keine «Schar» oder eine «Meute» seien. Schliesslich gäbe es auch das Wort «Zweierbande», was darauf hin deute, dass eine Bande nicht aus mindestens drei Mitgliedern bestehen müsse.<sup>308</sup>

Das vorstehende Beispiel verdeutlicht, dass die Eruierung der Bedeutung von Gesetzesnormen stark mit dem Verständnis der natürlichen Sprache zusammenhängt. Rechtskultur ist daher immer auch Sprachkultur.<sup>309</sup> Rechtssprache als Fachsprache findet ihre Grundlage in der Alltagssprache; sie wird deshalb auch als «historisch gewachsene subkulturelle Variante der Alltagssprache»<sup>310</sup> bezeichnet. Diese enge Verwandtschaft und Nähe zur Alltagssprache ist denn auch das Besondere an der Rechtssprache. Sie ist nicht eine ausschliesslich von einer Berufsgruppe bestimmte und verstandene Fachsprache, «weil die Rechtssprache das Mittel zum verbindlichen Regeln gegenüber jedermann ist» und daher auch von jedermann verstanden werden sollte.<sup>311</sup>

Die Rechtswissenschaft ist abhängig von der Sprache als Instrument zur Durchsetzung von Recht und die Qualität von Recht hängt unmittelbar mit der Qualität der verwendeten Sprache zusammen.<sup>312</sup> Von der Rechtssprache, also derjenigen Sprache, in der «juristische Texte tatsächlich formuliert werden»<sup>313</sup> und mit welcher innerhalb der Jurisprudenz kommuniziert wird, wird erwartet, dass sie rechtliche Regeln allgemeinverbindlich aufstellt.<sup>314</sup> Dies muss allerdings in einer allgemeinverständlichen Art und Weise erfolgen, was insbesondere dort gilt, wo Recht auf den rechtsunkundigen Bürger trifft, also in Gesetzen, Verordnungen, Verfügungen etc.

---

<sup>307</sup> BGE 135 IV 158; 122 IV 265; 120 IV 317.

<sup>308</sup> KRONENBERG, S. 52.

<sup>309</sup> Vgl. dazu das Buch «Rechtskultur als Sprachkultur», beispielsweise zitiert bei NEUMANN.

<sup>310</sup> RÖHL/RÖHL, S. 42; MIDDELSCHULTE, S. 25; BEAUCAMP, S. 24; STEINMANN, S. 20; BAUMANN, Sprache, S. 40 f.; SEISSL, Rz 11; LACHMAYER/PAVCNIK, Rz 4: «Die Sprachlichkeit des Rechts wäre ausgesprochen arm, lebensfremd und verknöchert, wenn sie nicht aus der täglichen Praxis hervorspriessen würde, die ausdrücklich von der Sprache der praktischen Verständigung beeinflusst wird.»

<sup>311</sup> KIRCHHOF, S. 5; LACHMAYER/PAVCNIK, Rz 22; BAUMANN, Sprache, S. 41; vgl. weiter zur Frage, inwiefern Rechtssprache als Fachsprache gilt: DAUM, S. 83 ff.; NEUMANN, S. 111 ff.; MIDDELSCHULTE, S. 22 ff.; RÖHL/RÖHL, S. 42; KARPEN, S. 390; vgl. auch SCHMIDT, S. 390; SEISSL, Rz 3; ARNTZ/SANDRINI, S. 136; BUSSE, Fachsprache, S. 1382.

<sup>312</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIK, N 150; RITTER, S. 123; vgl. auch BAUMANN, Sprache, S. 13.

<sup>313</sup> NEUMANN, S. 111; MIDDELSCHULTE, S. 22.

<sup>314</sup> RITTER, S. 123; BAUMANN, Sprache, S. 40 f.; MIDDELSCHULTE, S. 22.

Vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips kommen der Rechtssprache in Bezug auf die Formulierung von Strafnormen mehrere Aufgaben zu: Strafnormen müssen einerseits genügend bestimmt und schriftlich formuliert sein, andererseits sollen sie aber zugleich nicht nur präzise, sondern auch bürgernah und allgemeinverständlich sein.<sup>315</sup> Sowohl die Übersichtlichkeit der Gesetze als auch die Effizienz von staatlichem Handeln erfordert eine knappe Schreibweise. Es soll also Rechtssprache als Fachsprache verwendet werden, welche zugleich bürgernahe Alltagssprache und Arbeitshilfe für Juristen darstellt.<sup>316</sup> Diese verschiedenen Anforderungen, welche an die Rechtssprache gestellt werden, stehen in einem Spannungsverhältnis.<sup>317</sup> Das zentrale Dilemma besteht darin, dass die Rechtssprache und damit auch die Fachterminologie nicht zu stark von der Alltagssprache abweichen dürfen.

Fachsprache ist «Mittel einer optimalen Verständigung über ein Fachgebiet unter Fachleuten».<sup>318</sup> Auch die Fachsprachen haben ihre eigene Systematik und ihre eigene Syntax. Unterschiede zur Alltagssprache finden sich sowohl auf der Wort- wie auch auf der Satz- und Textebene: Fachsprache verwendet bestimmte terminologische Ausdrücke. Sie dient damit der Präzision, Dinge zu umschreiben.<sup>319</sup>

Fachsprachen sind für Aussenstehende in der Regel nicht verständlich, da sie der «Präzisierung umgangssprachlicher Ausdrücke»<sup>320</sup> mittels fachspezifischer Begriffe dienen. Fachsprachen weisen gegenüber der Umgangssprache eine höhere Abstraktionsebene auf und können nur vom Fachmann verstanden werden.<sup>321</sup> Rechtssprache als Fachsprache ist aber gewissermassen eine Fachsprache eigener Art, da sie erklärtermassen möglichst allgemeinverständlich gehalten sein soll und sein muss, um die Kommunikation zwischen Gesetzgeber und Bürger zu gewährleisten.<sup>322</sup>

---

<sup>315</sup> Vgl. dazu bereits vorne Fn 11.

<sup>316</sup> OTTO, S. 45, 49 ff.; vgl. auch KARPEN, S. 390.

<sup>317</sup> Vgl. dazu hinten S. 68 ff.

<sup>318</sup> WILHELM SCHMIDT, zit. nach, SCHMITT, S. 175.

<sup>319</sup> WANK, Begriffsbildung, S. 17 ff.; OTTO, S. 47, 50; MIDDELSCHULTE, S. 22; SEISSL, Rz 4.

<sup>320</sup> WANK, Begriffsbildung, S. 19; RITTER, S. 133; SCHMIDT, S. 392.

<sup>321</sup> OTTO, S. 48.

<sup>322</sup> Vgl. MIDDELSCHULTE, S. 25; WANK, Begriffsbildung, S. 17; RÖHL/RÖHL, S. 42; vgl. auch RITTER, S. 134 f.; LACHMAYER/PAVCNIK, Rz 5.

## 2. Terminologie der Rechtssprache

Die juristische Terminologie kann in drei Klassen eingeteilt werden: Es sind diese die echten Fachbegriffe, die anderssprachlichen Begriffe sowie die gemeinsprachlichen Begriffe in fachsprachlicher Bedeutung.<sup>323</sup> Erstere sind Begriffe, welche für einen bestimmten Bereich in einem fachspezifischen Sinn verwendet werden (beispielsweise «*actio libera in causa*»). Als anderssprachliche Begriffe werden solche bezeichnet, welche durch Gerichte und Verwaltung benutzt werden, die aber keine Entsprechung in der Alltagssprache haben (beispielsweise «*jemanden vorladen*» anstatt «*einladen*»)<sup>324</sup>. Gemeinsprachliche Begriffe in fachsprachlicher Bedeutung sind schliesslich Begriffe, welche der Alltagssprache entnommen werden, aber in einem fachsprachlichen Sinn verwendet werden.<sup>325</sup> Wenn beispielsweise jemand seinem Nachbarn eine Schachtel Eier «ausleiht», spricht man umgangssprachlich von einem «Ausleihen». Juristisch handelt es sich aber um ein Darlehen.<sup>326</sup>

STROUHAL weist darauf hin, dass der Gebrauch von alltagssprachlichen Begriffen die Gefahr in sich birgt, dass diese als Rechtsbegriffe in einem anderen – fachspezifischen – Sinn verwendet werden.<sup>327</sup> Als Beispiel kann etwa der Begriff des Besitzes erwähnt werden, welcher umgangssprachlich schnell mit dem Begriff des Eigentums oder des Vermögens gleichgesetzt wird.<sup>328</sup> STROUHAL befürwortet die Verwendung echter Fachbegriffe, weil Fachbegriffe im Kleid eines umgangssprachlichen Wortes für den Laien nicht erkennbar und damit inhaltlich unverständlich sind. Echte Fachbegriffe sind «*zwar unverständlich, aber [ihre] Unverständlichkeit ist reflexiv aufhebbar.*»<sup>329</sup> STROUHAL befürwortet des Weiteren eine prägnante Sprache. Die Eindeutigkeit ist seiner Meinung nach wichtiger als eine vage Verständigung, weil – im letztgenannten Fall – der Raum für Missinterpretation zu gross ist. STROUHAL orientiert sich in seinem Aufsatz an der Niederösterreichischen Bauordnung von 1976,<sup>330</sup> wo das Legalitätsprinzip nicht in gleicher Weise gilt wie bei Strafnormen. Für Strafnormen muss dasselbe aber umso mehr gelten. Alltagssprachliche Ausdrücke sollen auch in einem alltagssprachlichen Sinn verwendet werden, um Unklar-

---

<sup>323</sup> STROUHAL, S. 123.

<sup>324</sup> Vgl. DIECKMANN/MANDT, S. 13.

<sup>325</sup> STROUHAL, S. 123; RITTER, S. 130 f.; vgl. auch WANK, Begriffsbildung, S. 5; SEISSL, Rz 1 f., 5 ff.; KESHELAVA, S. 27 f.

<sup>326</sup> Vgl. HUGUENIN, N 3061; vgl. RATHER, S. 9.

<sup>327</sup> STROUHAL, S. 123 f.; vgl. auch RÖHL/RÖHL, S. 39; NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 259.

<sup>328</sup> RÖHL/RÖHL, S. 33; BEAUCAMP, S. 25; v. ARNAULD, S. 229 f.

<sup>329</sup> STROUHAL, S. 124.

<sup>330</sup> STROUHAL, S. 118.

heiten zu vermeiden.<sup>331</sup> NOLL schreibt dazu pointiert: «Fehlerhaft ist die Wortwahl des Gesetzgebers dann, wenn er die allein zur Selbstdarstellung der Gruppen der Juristen geprägten Begriffe verwendet.»<sup>332</sup> Insofern sollte der juristische Sprachgebrauch nur dann vom allgemeinen abweichen, wenn dies der Vereinfachung dient oder wenn die Regelungsmaterie die Verwendung von Fachsprache anderer Fachgebiete notwendig macht.<sup>333</sup> Soweit auf gewisse fachterminologische Ausdrücke nicht verzichtet werden kann, sollten diese dann aber für den Bürger als solche auch klar erkennbar sein.

Schliesslich weist die Rechtssprache im Gegensatz zu anderen Fachsprachen die Besonderheit auf, dass das Gesetz fachspezifische Bereiche regelt. Dadurch nehmen mehrere Fachsprachen am juristischen Diskurs teil. Beispielsweise im Bereich des Betäubungsmittelrechts ist die chemische und medizinische Fachsprache als Regelungsgegenstand<sup>334</sup> und die juristische Fachsprache als Regelungsprozess notwendig, um rechtlich verbindliche Anordnungen treffen zu können, welche Substanzen verboten sind und welche nicht.<sup>335</sup>

## VII. Schlussfolgerungen für die Formulierung von Strafnormen

Aufgrund der Offenheit von Sprache und der Besonderheiten der Rechtssprache ergeben sich für den Gesetzgeber in mehrfacher Hinsicht Schwierigkeiten. Zunächst einmal müssen der Gesetzgeber und der Bürger über eine gemeinsame Sprache verfügen, um eine intakte Kommunikation sicherzustellen. Hier bewegt sich die Rechtssprache allerdings in einem Spannungsverhältnis. Sie muss allgemeinverständlich sein, zugleich aber auch eine genügende Basis für die juristische Tätigkeit bilden.<sup>336</sup> Dies führt zu einem Konflikt zwischen der gewünschten Präzision von Fachsprache einerseits und der gewünschten Bürgernähe andererseits.

Sodann muss der Gesetzgeber die Regeln der Sprache beachten. Dies bedeutet, dass bei der Verwendung mehrdeutiger Wörter der damit tatsächlich gemeinte Begriff für den Bürger durch den Kontext klar erkennbar sein sollte. Eine an-

---

<sup>331</sup> RITTER, S. 134.

<sup>332</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 259.

<sup>333</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 259.

<sup>334</sup> Vgl. etwa die Verordnung des EDI über die Verzeichnisse der Betäubungsmittel, psychotropen Stoffe, Vorläuferstoffe und Hilfschemikalien vom 20.5.2011, SR 812.121.11.

<sup>335</sup> STROUHAL, S. 121; BEAUCAMP, S. 27; LACHMAYER/PAVCNIK, Rz 5; vgl. auch WEBER-LEJEUNE, S. 47.

<sup>336</sup> Vgl. SEISSL, Rz 23; STEINMANN, S. 44 f.

dere Möglichkeit würde darin bestehen, auf die Verwendung mehrdeutiger Wörter – wenn immer möglich – zu verzichten, um so Missverständnissen von vornherein vorzubeugen, was aber in der Praxis kaum möglich ist.

Auch auf die Verwendung vager Begriffe kann der Gesetzgeber anerkanntermassen nicht verzichten, wenn er die Vielfältigkeit des Lebens erfassen und dem Rechtsanwender einen Spielraum für eine einzelfallgerechte Entscheidung belassen will.<sup>337</sup> Wie vage solche Begriffe sein dürfen, d.h. wie viel Spielraum dem Richter zugestanden werden darf, ohne dadurch das Legalitätsprinzip zu verletzen, ist damit aber noch nicht geklärt. Nach dem Bundesgericht muss – unter Beachtung von «Sinn und Zweck» einer Norm – für den Bürger erkennbar sein, welche Sachverhalte noch unter diese subsumiert werden können und welche nicht.<sup>338</sup> Mithin muss anhand des Gesetzestextes feststellbar sein, welche Referenzobjekte von einer Norm erfasst werden. Das Bundesgericht legt hierbei nicht nur den in Frage stehenden vagen Begriff als solchen zu Grunde, sondern fragt nach dem Kontext, in welchem dieser steht.<sup>339</sup> Ist auch der Kontext derart vage, dass unklar ist, welche Sachverhalte von einer Norm erfasst werden, verstösst eine Norm gegen das Legalitätsprinzip. Der Gesetzgeber muss in solchen Fällen von derartigen Formulierungen absehen, Begriffe definieren oder anhand von Beispielen die Extension umschreiben.

Schliesslich muss sich der Gesetzgeber bewusst sein, dass Begriffe porös sind und sich ihre Bedeutung im Laufe der Zeit ändern kann. Entsprechend drängt sich in solchen Fällen nach einer gewissen Zeit eine Gesetzesänderung auf.

Am Anfang des Gesetzgebungsverfahrens sollte somit stets die Frage stehen, welche Referenzobjekte, d.h. welche Sachverhalte unter eine Norm subsumiert werden sollen. Erst dann kann danach gefragt werden, mit welchen Begriffen diese Sachverhalte bezeichnet werden und welche Wörter dies am besten zum Ausdruck bringen.

---

<sup>337</sup> Vgl. dazu auch hinten S. 89 ff.

<sup>338</sup> Vgl. dazu die Definition des BGer vorne auf S. 3 und hinten auf S. 158.

<sup>339</sup> Vgl. hinten S. 89 ff.

## C. Bestimmtheit von Strafnormen

Das Bestimmtheitsgebot verlangt vom Gesetzgeber, Bestrafungsvoraussetzungen und Strafandrohungen «so genau wie möglich zum Ausdruck zu bringen.»<sup>340</sup> Nutzniesser dieser Regelung sind die potenziell betroffenen Bürger, aber auch die Öffentlichkeit sowie die Judikative und der Gesetzgeber selbst.<sup>341</sup> Den Betroffenen sowie der Öffentlichkeit gewährleistet eine bestimmt formulierte Strafnorm eine gewisse Erwartungssicherheit über die Grenze zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit. Zugleich stellt sie ihnen aber auch die Möglichkeit zur Verfügung, die korrekte Normanwendung zu kontrollieren und diese zu überprüfen. Der Judikative, d.h. dem Rechtsanwender gibt sie eine klare Handlungsanweisung. Und schliesslich dient das Bestimmtheitsgebot auch dem Gesetzgeber, denn nur durch ein bestimmtes Strafgesetz kann er seinen Willen auch tatsächlich durchsetzen.<sup>342</sup>

Der Grad der Bestimmtheit einer Strafnorm hängt davon ab, wie viele Rechtsfragen vom Gesetzgeber durch Rechtssätze vorentschieden wurden. Je grösser die Anzahl der Rechtsfragen ist, deren Beantwortung dem Rechtsanwender überlassen wird, desto unbestimmter ist das Gesetz und desto mehr Entscheidungsspielraum wird dem Rechtsanwender zugestanden.<sup>343</sup> Bestimmtheit umschreibt damit «den Grad der im Rechtssatz enthaltenen, mit den üblichen Mitteln der Auslegung ohne weiteres erkennbaren Determinierung, den Grad der Bindung der rechtsanwendenden Instanzen durch das Gesetz.»<sup>344</sup> Unbestimmtheit liegt dagegen vor, wenn ein Tatbestand Kriterien verwendet, «deren Verwirklichung im Einzelfall sich nicht mit Sicherheit feststellen»<sup>345</sup> lässt. Der Grad dieser Determinierung variiert je nach Regelungsmaterie. Insbesondere hängt er von der Komplexität und der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte und des Adressatenkreises ab.<sup>346</sup>

Das Ziel des Bestimmtheitsgebotes besteht darin, Strafgesetze möglichst bestimmt zu formulieren. Dies erfordert nach der Rechtsprechung des Bundesge-

<sup>340</sup> NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 14.

<sup>341</sup> NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 14; VON BONIN, S. 67 ff.; zu den damit verbundenen Verfassungsprinzipien vgl. vorne S. 29 ff.

<sup>342</sup> NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 14; vgl. auch vorne zur Gewaltenteilung S. 30.

<sup>343</sup> BÜRKI, S. 32; WALTER, Gesetzestechnik, S. 88 f.; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 39; vgl. auch STEINMANN, S. 65.

<sup>344</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 223; vgl. auch STEINMANN, S. 62 ff., 292.

<sup>345</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 256.

<sup>346</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 241; vgl. dazu ausführlich hinten S. 87 ff.

richts ein Gesetz, welches zugleich präzise wie auch verständlich ist.<sup>347</sup> Diese Anforderungen stehen allerdings – wie noch aufzuzeigen ist – in einem Spannungsverhältnis. Bereits aufgrund des mehrheitlich heterogenen Adressatenkreises können Strafnormen nicht für jedermann verständlich und zugleich präzise sein. Ein weiterer, äusserer Zielkonflikt ergibt sich aus dem Bedürfnis der Rechtsanwendung nach flexiblen Strafnormen: Aus Sicht der Rechtsanwendung besteht eine «Notwendigkeit flexibler und damit auch Gerechtigkeitserfordernissen Rechnung tragender Regelungen.»<sup>348</sup> Strafnormen müssen dem Richter einen gewissen Spielraum eröffnen, um an den konkreten Fall angepasste und gerechte Entscheide treffen zu können. Dies wiederum setzt ein Gesetz voraus, welches eben nicht bis ins Detail determiniert ist, was dann aber eine gewisse Offenheit und eine damit oftmals einhergehende Unbestimmtheit zur Folge hat.

In einen weiteren Zielkonflikt gerät das Bestimmtheitsgebot durch das Erfordernis der Effizienz. Strafnormen stellen bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe. Dabei müssen die Sachverhalte bzw. Verhaltensweisen, welche unter eine Strafnorm subsumiert werden sollen, einen inneren Zusammenhang aufweisen. Diese Sachverhalte können sich allerdings in ihrer Intensität und Art und Weise mehr oder weniger voneinander unterscheiden. Soll nun eine Strafnorm viele unterschiedliche Sachverhalte erfassen und sollen dabei keine unbeabsichtigten Strafbarkeitslücken entstehen, muss diese Norm offen, sprich generell-abstrakt formuliert sein, sodass sie auch die tatsächliche Vielfalt dieser Verhaltensweisen vollumfänglich erfassen kann.

Im Folgenden soll geklärt werden, wie der Gesetzgeber mit den genannten Zielkonflikten umgehen soll, um dem Bestimmtheitsgebot bestmöglich Rechnung zu tragen. Dabei muss zuerst geklärt werden, welche Anforderungen an die Formulierung von Strafnormen gestellt werden und inwiefern diese miteinander korrelieren. In einem zweiten Schritt wird sodann danach gefragt, wie der Gesetzgeber mit diesen Zielkonflikten umgehen kann und welche Mittel er hat bzw. welche Instrumente ihm zur Verfügung stehen, um die Anforderungen an Strafnormen umzusetzen. Diese Erkenntnisse können schliesslich dazu genutzt werden, um zu klären, wie ein Gesetz optimal formuliert werden kann bzw. welche Faktoren hierzu beitragen können.

---

<sup>347</sup> Vgl. etwa BGE 138 IV 13, 20: «Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.»

<sup>348</sup> ESER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 20.

## I. Einflussgrößen der Bestimmtheit von Strafnormen

### 1. Anforderungen aufgrund des Bestimmtheitsgebots

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts verlangt das Bestimmtheitsgebots, dass das Gesetz «so präzise formuliert sein [muss], dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.»<sup>349</sup>

Mit dieser Formulierung wird einerseits verlangt, dass der Gesetzgeber Gesetze präzise formuliert. Das strafbare Verhalten soll einerseits möglichst genau umschrieben werden und andererseits soll das Gesetz so formuliert sein, dass der Bürger im Stande ist, sich nach dem Gesetz zu richten. Der Bürger soll demnach allein gestützt auf den Gesetzestext zwischen strafbarem und straflosem Verhalten unterscheiden können. Dies kann er allerdings nur dann, wenn er das Gesetz versteht. Denn für den Bürger ist das Verständnis des Gesetzestextes die Voraussetzung dafür, dass er den Inhalt feststellen und sich in der Folge entscheiden kann, wie er sich verhalten will resp. er antizipieren kann, welche Folgen sein Verhalten nach sich ziehen könnte. Dementsprechend muss der Gesetzgeber Strafgesetze formulieren, die nicht nur präzise, sondern auch verständlich sind.<sup>350</sup>

#### a) Forderung nach Präzision

Präzision ist «eine Forderung an die Semantik einer Sprache, die darauf hinausläuft, im Sprachgebrauch die Vagheiten, Mehrdeutigkeiten und Inkonsistenzen von Prädikaten einer Sprache auszumerzen.»<sup>351</sup> Wie bereits dargelegt, bezieht sich Mehrdeutigkeit auf die Ebene der Zeichen, wogegen Vagheit eine Eigenschaft von Begriffen ist.<sup>352</sup> Die Auflösung von Mehrdeutigkeit erfolgt durch den Kontext eines Wortes, einer Phrase oder eines Satzes. Dadurch kann bei einem mehrdeutigen Ausdruck die Präzision erhöht werden. Durch den Gesamtkontext wird ersichtlich, welche Bedeutung einem Begriff zukommt. Vagheit dagegen bezieht sich auf die Beziehung zwischen Begriff und Referenzobjekt.<sup>353</sup> Enthält eine Aussage viele Interpretationsmöglichkeiten, wird sie vieldeutiger und ist damit vage. In diesem Fall bedeutet Präzision «die Forderung an eine Sprache, für die geringstmögliche Anzahl von Zeichen je-

<sup>349</sup> BGE 138 IV 13, 20; 119 IV 242, 244; 117 Ia 472, 480.

<sup>350</sup> Vgl. BEAUCAMP, S. 35; STEINMANN, S. 74; AnwK-StGB/GAEDE, N 18 f.; KUHLEN, S. 94 f.

<sup>351</sup> SCHMIDT, S. 392.

<sup>352</sup> Vgl. dazu vorne S. 49 ff.

<sup>353</sup> Vgl. vorne S. 51.

weils die geringstmögliche Anzahl neutraler Kandidaten»<sup>354</sup>, sprich Interpretationsmöglichkeiten, zuzulassen. Insofern muss es das Ziel eines Verfassers sein, dass die Leser seinen Text möglichst auf dieselben Referenzobjekte bzw. Sachverhalte beziehen. Je unklarer die Beziehung zwischen der Textebene und derjenigen der Referenzobjekte wird, desto unpräziser ist der Text.<sup>355</sup>

Die Präzision eines Sprachgebildes hängt aber auch davon ab, wie der Sprachverwender mit dem Text umgeht. Die Benutzer einer gemeinsamen Sprache müssen über dieselben Regeln der Sprachverwendung verfügen. Dies gilt besonders für die Rechtssprache. Sie ist Grundlage des Gesetzes, aber auch eine Art Fachsprache,<sup>356</sup> welche sich von der Allgemeinsprache dadurch abhebt, dass sie einen höheren Grad an Präzision aufweist.<sup>357</sup> Durch die Verwendung juristischer Fachsprache können demnach Gesetze präziser gefasst werden. Dies birgt allerdings die Gefahr, dass ein juristischer Laie solche Begriffe überhaupt nicht oder falsch versteht.<sup>358</sup> Die Forderung nach Präzision darf daher nicht absolut verstanden werden. Rechtssätze regeln menschliches Verhalten und entsprechend sollten sie auch möglichst allgemeinverständlich gehalten sein.<sup>359</sup> Präzision wird also durch die Forderung nach Verständlichkeit begrenzt.

## **b) Forderung nach Verständlichkeit**

### *aa) Das «Hamburger Verständlichkeitsmodell» und das Verständlichkeitsmodell nach GROEBEN*

Welche Kriterien zur Textverständlichkeit beitragen, haben die Psychologen LANGER, SCHULZ VON THUN und TAUSCH empirisch untersucht. Ihr Modell ist als sog. «Hamburger Verständlichkeitsmodell» bekannt geworden.<sup>360</sup> Nach diesem Konzept können unterschiedlich gestaltete Texte mit demselben Inhalt bei denselben Lesern zu unterschiedlich gutem Behalten und Verstehen führen.<sup>361</sup> Die Verständlichkeit eines Textes hängt hierbei von vier grösstenteils voneinander unabhängigen Kriterien bzw. Dimensionen ab. Jede dieser Dimensionen setzt sich wiederum aus Einzelaspekten zusammen, wobei nicht

<sup>354</sup> SCHMIDT, S. 393; zum Begriff der neutralen Kandidaten vgl. vorne S. 57 ff.

<sup>355</sup> Vgl. ZÄCH, S. 272 ff.; 276; BAUMANN, Sprache, S. 15.

<sup>356</sup> Vgl. vorne S. 59 ff.

<sup>357</sup> Vgl. ARNTZ/SANDRINI, S. 136.

<sup>358</sup> Vgl. vorne S. 63 f.

<sup>359</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 191.

<sup>360</sup> LANGER/SCHULZ VON THUN/TAUSCH, S. 24, 32 ff.

<sup>361</sup> LANGER/SCHULZ VON THUN/TAUSCH, S. 11.

jeder dieser Aspekte einzeln berücksichtigt werden muss – das Gesamturteil genügt.<sup>362</sup>

Die erste und wichtigste Dimension für das Verständnis und das Behalten eines Textes ist diejenige der «Einfachheit» (Gegenteil: Kompliziertheit). Darunter fallen die Merkmale der Wortwahl und des Satzaufbaus. So tragen etwa eine übersichtliche Darstellung, kurze und einfache Sätze, geläufige Wörter und erklärte Fachwörter zur Verständlichkeit des Textes bei. Als Anschauungsbeispiel verwenden LANGER, SCHULZ VON THUN und TAUSCH mögliche Definitionen für den Begriff des Raubes.

Die komplizierte Fassung lautet:

«Raub ist dasjenige Delikt, das jemand durch Entwendung eines ihm nicht gehörenden Gegenstands unter Anwendung von Gewalt oder von Drohungen gegenüber einer anderen Person begeht, sofern die Intention der rechtswidrigen Aneignung besteht»,

Die einfache Fassung lautet:

«Jemand nimmt einem anderen etwas weg. Er will es behalten. Aber es gehört ihm nicht. Beim Wegnehmen wendet er Gewalt an oder droht dem anderen, dass er ihm etwas Schlimmes antun werde. Dieses Verbrechen heisst Raub.»<sup>363</sup>

Die zweite Dimension bezieht sich auf den Textaufbau und wird als «Gliederung-Ordnung» bezeichnet (Gegenteil: Ungliedertheit, Zusammenhangslosigkeit). Ist ein Text folgerichtig gegliedert, übersichtlich und unterscheidet er Wesentliches von Unwesentlichem, gilt er als gut verständlich. Dabei wird zwischen der inneren und äusseren Ordnung des Textes unterschieden. Die innere Ordnung bezieht sich auf die Folgerichtigkeit innerhalb eines Satzes und auf diejenige zwischen den Sätzen, welche zusammen eine kohärente Menge bilden sollten. Die äussere Gliederung bezieht sich dagegen auf den sichtbaren Aufbau des Textes. Die Struktur des Textes kann die Verständlichkeit fördern.<sup>364</sup> So kann etwa bei einer Definition, was Raub ist, aufgezählt werden: «Drei Dinge sind wichtig: 1. etwas wegnehmen, 2. es behalten wollen, 3. Gewalt oder Drohung»,<sup>365</sup> wobei diese Aufzählung durch ein Einfügen

<sup>362</sup> LANGER/SCHULZ VON THUN/TAUSCH, S. 11 f., 17.

<sup>363</sup> LANGER/SCHULZ VON THUN/TAUSCH, S. 13 f.; vgl. auch WEBER-LEJEUNE, S. 165.

<sup>364</sup> LANGER/SCHULZ VON THUN/TAUSCH, S. 14.

<sup>365</sup> LANGER/SCHULZ VON THUN/TAUSCH, S. 14.

von Absätzen zwischen den einzelnen aufgezählten Stichworten übersichtlicher und damit noch verständlicher gemacht werden kann.<sup>366</sup>

Als dritte Dimension tritt die «Kürze-Prägnanz» hinzu (Gegenteil: Weit-schweifigkeit). Ist ein Text kurz, auf das Wesentliche beschränkt, knapp und ist jedes Wort notwendig, fördert dies die Verständlichkeit.<sup>367</sup>

Schliesslich tritt als vierte Dimension «Zusätzliche Stimulanz» hinzu. Durch diese Zusätze soll beim Leser Interesse, Lust am Lesen und Anteilnahme hervorgerufen werden. Solche «Zusätzliche Stimulanz» wird durch einen anregenden, interessanten, abwechslungsreichen und persönlichen Text erreicht.<sup>368</sup>

Anders als das «Hamburger Verständlichkeitsmodell» findet das Verständlichkeitsmodell nach GROEBEN seine Grundlagen nicht in der Empirie, sondern in der Theorie.<sup>369</sup> Für GROEBEN erhält «das grösste Gewicht für die Verständlichkeit [...] die Perspektive der kognitiven Strukturierung sowohl des Textinhalts als auch (in Interaktion mit diesem) des Kognitionssystems des Lesers.»<sup>370</sup> Es geht dabei um den Subsumtionsprozess, welcher direkt mit der Qualität und der Quantität des vorhandenen Wissens beim Leser zusammenhängt. Dieser Prozess kann durch eine «adäquate inhaltlich-organisatorische Textgestaltung»<sup>371</sup> erleichtert und effektiviert werden.

Als zweite Dimension führt GROEBEN die «Stilistische Einfachheit» auf, welche die Verständlichkeit eines Textes fördert. Dazu zählen etwa kurze Satz-teile, keine Nominalisierungen, aktive Verben und keine Satzschachtelungen.<sup>372</sup> Die dritte Dimension bezeichnet GROEBEN als «Semantische Redundanz», wonach wörtliche Wiederholungen wichtiger Inhaltselemente sowie Weit-schweifigkeit zu vermeiden sind.<sup>373</sup> Schliesslich gilt als vierte Dimension diejenige des «Kognitiven Konflikts». Diese Dimension bezieht sich auf die Motivation des Lesers und lässt sich durch Neuheit, Inkongruität sowie Komplexität erzeugen.<sup>374</sup>

---

<sup>366</sup> Vgl. LANGER/SCHULZ VON THUN/TAUSCH, S. 14.

<sup>367</sup> LANGER/SCHULZ VON THUN/TAUSCH, S. 15.

<sup>368</sup> LANGER/SCHULZ VON THUN/TAUSCH, S. 16 f.

<sup>369</sup> GROEBEN, S. 198.

<sup>370</sup> GROEBEN, S. 199, in Anlehnung an die Lerntheorie von AUSUBEL; GROEBEN/CHRISTMANN, S. 171.

<sup>371</sup> CHRISTMANN/GROEBEN, S. 133.

<sup>372</sup> GROEBEN/CHRISTMANN, S. 170 f.

<sup>373</sup> GROEBEN/CHRISTMANN, S. 171.

<sup>374</sup> GROEBEN/CHRISTMANN, S. 171; GROEBEN, S. 199 ff.; vgl. auch SCHINDELE, S. 10.

Die dargestellten Verständlichkeitsmodelle weisen beide vier ähnliche Dimensionen auf.<sup>375</sup> «Fasst man die gegebenen Dimensionsbeschreibungen und zugeordneten Textmerkmale zusammen, so kann man von vier sich weitgehend überlappenden und d.h. relativ einheitlichen Dimensionen der Textverständlichkeit ausgehen: sprachliche Einfachheit/kognitive Gliederung/Kürze, Prägnanz/motivationale Stimulanz.»<sup>376</sup> Die beiden Modelle unterscheiden sich allein dadurch, dass das «Hamburger Verständlichkeitsmodell» die sprachliche Einfachheit als das wesentliche Element bezeichnet, während GROEBEN die inhaltliche Strukturierung als zentral ansieht.<sup>377</sup>

Die Erkenntnisse der Verständlichkeitsforschung können vom Gesetzgeber dazu genutzt werden, um Kriterien für die möglichst verständliche Formulierung von Strafgesetzen und –normen zu entwickeln. So hat etwa das «Hamburger Verständlichkeitsmodell» Eingang in das Legistische Handbuch des Bundeslandes Steiermark gefunden.<sup>378</sup> Unter anderem wird dort festgehalten, dass bei der Formulierung einer Rechtsvorschrift immer auf den Adressatenkreis zu achten ist, an den sie sich richtet. Weiter soll jeder Satz nur eine Aussage enthalten und mit möglichst geläufigen Wörtern klar formuliert werden.<sup>379</sup>

Von untergeordneter Bedeutung für die Gesetzgebung dürften die Dimensionen der «Zusätzlichen Stimulanz» bzw. des «Kognitiven Konflikts» sein. Das Interesse des Lesers eines Gesetzes muss wohl nicht besonders gefördert werden, da seine Intention darin besteht, Informationen zu erlangen. Ein Gesetz muss weder persönlich noch interessant oder abwechslungsreich formuliert sein. Für den Gesetzgeber müssen die Dimensionen der Einfachheit, der Gliederung und Ordnung sowie der Kürze und Prägnanz im Fokus stehen.<sup>380</sup> Wie ausgeprägt jede Dimension sein muss, um einen Text umfassend verständlich zu formulieren, kann nicht abstrakt festgelegt werden. Verständlichkeit ist eine Texteigenschaft, welche durch die Interaktion des Lesers zum Textverständnis führt. Das Zusammenspiel dieser einzelnen Faktoren ist sehr komplex, was dazu führt, dass auch bei der Beantwortung der Frage, ob und wie verständlich

---

<sup>375</sup> SCHINDELE, S. 11.

<sup>376</sup> GROEBEN, S. 206.

<sup>377</sup> Vgl. GROEBEN, S. 207.

<sup>378</sup> Legistisches Handbuch, C-3 ff.

<sup>379</sup> Legistisches Handbuch, C-4 ff.

<sup>380</sup> Vgl. dazu SCHINDELE, S. 11 f., welcher seine Überlegungen zwar auf die Prospektverständlichkeit richtet, diese aber dennoch auf das Gesetzgebungsverfahren übertragen werden können.

ein Text ist, je nach den individuellen Kenntnissen und Eigenschaften des Lesers immer eine gewisse Bandbreite besteht.<sup>381</sup>

*bb) Adressatengerechte Formulierung von Gesetzen*

Die Verständlichkeit eines Textes kann nicht absolut, sondern muss immer in Relation und im «Hinblick auf eine bestimmte Adressatengruppe» beurteilt werden.<sup>382</sup> Textverständnis hängt davon ab, «ob die angebotene Sprache so strukturiert ist, dass das sprachverarbeitende System grundsätzlich gut mit ihr zu Rande kommt.»<sup>383</sup> Hierzu zählen nicht nur formale und stilistische Eigenschaften eines Textes, wie etwa die Zeichengröße, der Zeilenabstand oder die Systematik.<sup>384</sup> Wichtig sind auch die Vorkenntnisse und das Wissen des Lesers und wie geübt der Leser im Umgang mit einer bestimmten Textsorte ist, da das Sprachverständnis variiert.<sup>385</sup> Entsprechend ist ein Text verständlicher, je besser er die Fähigkeiten, die Bedürfnisse und das vorhandene Wissen der Adressatengruppe berücksichtigt.<sup>386</sup> Die Frage ist, welche Umstände zu berücksichtigen sind, damit ein Text verständlich ist.

Nach SAUER ist ein Text dann verstehbar, wenn «die lokalen Einheiten vom Leser kognitiv verarbeitet werden können», was etwa dann der Fall ist, wenn der Leser aufgrund seines Vorwissens «Wörter mit inhaltlichen Begriffen füllen kann und [...] die gemachten Präsuppositionen dem Leser präsent sind.»<sup>387</sup> Verständlichkeit ist «keine Eigenschaft, die Texten unabhängig zuzuweisen oder abzusprechen ist. Verständlich ist ein Text, wenn seine Adressaten ihn verstehen können»,<sup>388</sup> was insbesondere von den Eigenschaften und der Wissensbasis des Rezipienten abhängt.<sup>389</sup> Vereinfacht gesagt setzt Verständlichkeit voraus, dass der Leser eines Textes die Intention des Autors erfasst.<sup>390</sup> Der Prozess des Verstehens setzt eine Interaktion zwischen Text und Leser voraus: «Ein Text ist dann verstanden, wenn eine Verarbeitung der linguistischen In-

<sup>381</sup> SCHINDELE, S. 11.

<sup>382</sup> SCHINDELE, S. 7; STEINMANN, S. 4; vgl. auch BAUMANN, Wortbedeutung, S. 395.

<sup>383</sup> LASSER, S. 368.

<sup>384</sup> SCHINDELE, S. 6 f.; LASSER, S. 369.

<sup>385</sup> LASSER, S. 369; BALLOD, S. 31 f.; BUSSE, Verständlichkeit, S. 31; zur Inkonsistenz vgl. vorne S. 53.

<sup>386</sup> SCHINDELE, S. 7 f.

<sup>387</sup> zit. nach LASSER, S. 369.

<sup>388</sup> HOFFMANN, S. 124; vgl. auch SCHINDELE, S. 7, 11; BALLOD, S. 34.

<sup>389</sup> Vgl. zum Ganzen vorne S. 44 ff.

<sup>390</sup> Sog. Intentionsthese, BALLOD, S. 32; nach der Unabhängigkeitsthese dagegen besteht das Verstehen lediglich im «Nachvollziehen der linguistischen Struktur einer Äußerung», BALLOD, S. 31 f.

formation im Kognitionssystem des Rezipienten erfolgt und der Sachverhalt dadurch inhaltlich begriffen wird.»<sup>391</sup>

Die Schwierigkeit beim adressatengerechten Formulieren von Strafgesetzen ergibt sich für den Gesetzgeber bereits daraus, dass er die Adressaten zuerst einmal gar nicht kennt. Dies liegt allerdings nicht nur daran, dass es hierfür zu viele Bürger gibt, sondern auch daran, dass Strafgesetze und –normen möglichst über Generationen hinweg unverändert gelten sollen.<sup>392</sup> Der Gesetzgeber kann die Adressaten demnach gar nicht erfassen, da sie zum Teil noch gar nicht geboren wurden. Für den Gesetzgeber als Autor bedeutet dies, dass er sich im Hinblick auf eine bessere Verständlichkeit des Gesetzes, die bei den Rechtsunterworfenen «voraussetzbare Wissensbasis vergegenwärtigen und die gewählten Formulierungen an dieser Wissensbasis ausrichten»<sup>393</sup> muss.

Diese Problematik zeigt sich insbesondere bei Fachbegriffen, da diese nur verstehen kann, wer über das notwendige Fachwissen verfügt.<sup>394</sup> Richten sich dabei Strafgesetze und -normen nur an einen bestimmten Personenkreis bzw. knüpfen sie an eine fachspezifische Tätigkeit an, kann die Verwendung von Fachtermini geboten sein. Damit wird das Gesetz zwar unbestimmter. Dies gilt allerdings nur für den im konkreten Fachgebiet unkundigen Bürger. Für den betroffenen Personenkreis hingegen, welcher über das notwendige Wissen verfügt, wird der Text präziser.<sup>395</sup> Vorausgesetzt muss allerdings sein, dass der potentiell betroffene Personenkreis derart zusammengesetzt ist, dass klar ist, über welches Fachwissen die einzelnen Personen verfügen bzw. verfügen sollten. An dieser Wissensbasis darf sich der Gesetzgeber sodann orientieren. Im Kernstrafrecht betrifft dies Fälle von Sonderdelikten und im Nebenstrafrecht Gesetze, welche sich nur an einen bestimmten spezialisierten Kreis von Personen richten. Aus Sicht des Fachunkundigen, welcher nicht als Täter in Frage kommen soll, dürfen solche Normen unbestimmt sein. Der Gesetzgeber darf demnach ohne gegen das Bestimmtheitsgebot zu verstossen, fachspezifische Begriffe verwenden oder mehrdeutige Wörter oder vage Begriffe, welche bereits durch die vorhandene Wissensbasis bei den Adressaten präzisiert sind. Diese Meinung wird ebenso vom Bundesgericht vertreten: «Technische oder relativ unbestimmte Begriffe, die im Allgemeinen zu unbestimmt sein mögen,

---

<sup>391</sup> SCHINDELE, S. 7; vgl. LASSER, S. 368 f.; vgl. auch BALLOD, S. 31 ff.; THIEL, § 12 N 18.

<sup>392</sup> Vgl. HOFFMANN, S. 124.

<sup>393</sup> BUSSE, Verständlichkeit, S. 31; SCHUHR, S. 443; vgl. VON ARNAULD, S. 230 f.

<sup>394</sup> Vgl. vorne S. 63 ff.

<sup>395</sup> Vgl. HOFFMANN, S. 125: «Im Prinzip sollten die Gesetze von allen verstanden werden können, die betroffen sein können oder sich informieren wollen.»

können als Bestandteile von Straftatbeständen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht noch die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen.»<sup>396</sup>

Beispielhaft kann eine Strafbestimmung des Bundesgesetzes über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel erwähnt werden. Nach Art. 17 Abs. 1 lit. h JSG ist das Ausräuchern, Begasen, Ausschwemmen oder Anbohren von Füchsen, Dachsen und Murmeltieren unter Strafe gestellt. Was dabei die Begriffe des Ausschwemmens oder Anbohrens bezeichnen, ist dem Laien aufgrund des Gesetzestextes nicht erschliessbar. Obwohl es sich hierbei um ein gemeines Delikt handelt, knüpft die Tätigkeit an die fachspezifische Tätigkeit des Jagens an. Der Gesetzgeber kann sich hier an das Fachvokabular anlehnen, da das Gesetz eine fachspezifische Tätigkeit regelt, ohne die Fachbegriffe aufgrund des Bestimmtheitsgebotes näher ausführen zu müssen. Vom Bürger, welcher auf die Jagd geht, d.h. dieser fachspezifischen Tätigkeit nachgeht, muss erwartet werden können, dass er sich mit der Materie auseinandersetzt und das Fachvokabular beherrscht.<sup>397</sup>

Im Bereich des Strafrechts tritt sodann die Schwierigkeit hinzu, dass sich die Vorschriften überwiegend an die Allgemeinheit richten. Solche als gemeine Delikte bezeichnete Straftatbestände schränken den Kreis der Personen, welche als taugliche Täter in Frage kommen, nicht ein.<sup>398</sup> Die Schwierigkeit bei der Formulierung solcher Normen besteht darin, dass es sich bei der Zielgruppe der Vorschriften um einen heterogenen Adressatenkreis handelt.<sup>399</sup> Die einzelnen Wissensstände der Rechtsunterworfenen divergieren sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht stark, was zur Folge hat, dass der Gesetzestext möglichst einfach gehalten werden muss, sollen ihn doch möglichst alle oder zumindest viele Bürger verstehen können.<sup>400</sup> Schliesslich verfügen auch die Bürger nicht über ein vergleichbares Fachwissen wie Juristen, Richter oder Staatsanwälte.<sup>401</sup> Der Bürger als Textadressat ist in aller Regel nicht fachkundig, weshalb «die Rechtssprache [...] nicht nur der Kommunikation unter Fachleuten dienen, sondern für die Rechtsadressaten eine Brücke bilden [soll], indem sie allgemeinverständlich ist.»<sup>402</sup> Entsprechend muss der Gesetzgeber hier nicht nur verständlich formulieren, gefordert wird vielmehr eine Allge-

---

<sup>396</sup> BGE 139 I 72, 86; vgl. dazu auch VON ARNAULD, S. 231; JETZER, S. 171.

<sup>397</sup> Vgl. BGer, Urteil vom 8.9.2003, 6S.183/2003 zu einer Übertretung der Rheinschiffahrtspolizeiverordnung.

<sup>398</sup> DONATSCH/TAG, § 8/2.11; POZO, N 480.

<sup>399</sup> HASS-ZUMKEHR, S. 367; THIEL, § 12 N 21; HOFFMANN, S. 124 ff.

<sup>400</sup> Vgl. auch hinten S. 92 f.

<sup>401</sup> Vgl. BUSSE, Verständlichkeit, S. 34.

<sup>402</sup> SEISSL, Rz 11; vgl. auch vorne Fn. 327.

meinverständlichkeit in dem Sinne, dass das Gesetz von einem fiktiven Durchschnittsbürger verstanden werden kann.

Durch die Anzahl der Adressaten und ihre Heterogenität werden die Grenzen der verständlichen und präzisen Formulierungen festgelegt:

«Je grösser und je heterogener der Kreis der von einem Textverfasser angezielten Adressaten ist, desto weniger präzise kann der Verfasser seine Formulierungen auf genau bekannte Wissensbestände einer einzelnen Adressatengruppe einstellen, desto mehr muss er auf allgemeine Vermutungen über Adressatenwissen ausweichen, desto unspezifischer müssen seine Formulierungen werden und desto grösser wird die Anfälligkeit des Textes für ein Scheitern hinsichtlich der optimalen Textverständlichkeit.»<sup>403</sup>

### c) Verhältnis von Präzision und Verständlichkeit

Die Umsetzung des Bestimmtheitsgebotes soll es dem Bürger ermöglichen, gestützt auf den Gesetzestext strafbares und strafloses Verhalten als solches zu erkennen und die Konsequenzen seiner Handlungen abschätzen zu können. Voraussetzung hierfür ist die Verständlichkeit des Gesetzestextes.<sup>404</sup> Strafnormen müssen präzise und eindeutig formuliert und darüber hinaus in einen kohärenten Kontext integriert sein. Die Grenzen der Strafbarkeit sollten gestützt auf den Gesetzestext so klar und eindeutig wie möglich erkennbar sein.

Die Forderung nach verständlichen Gesetzen als «demokratisches Grundrecht»<sup>405</sup> und als «Bringschuld des demokratischen Staates»<sup>406</sup> ist alt.<sup>407</sup> Sie betrifft dabei nicht nur die strafrechtliche Gesetzgebung, sondern die Gesetzgebung überhaupt und wurde bereits von den Stoikern erhoben.<sup>408</sup> Der Ruf nach Verständlichkeit wurde dabei oft mit knappen, einfachen und klaren Gesetzen gleichgesetzt.<sup>409</sup>

Die Forderungen nach Präzision und Verständlichkeit müssen allerdings auseinandergehalten und einzeln betrachtet werden. Ein knapp formuliertes Ge-

<sup>403</sup> BUSSE, Verständlichkeit, S. 34; vgl. auch ZÄCH, S. 273 f.

<sup>404</sup> BGE 138 IV 13, 20; 119 IV 242, 244; 117 Ia 472, 480.

<sup>405</sup> KLEIN, S. 201; vgl. auch Hinweise vorne in der Fn. 131.

<sup>406</sup> KARIN LUTTERMANN, zitiert nach OGOREK, S. 298.

<sup>407</sup> HOFFMANN, S. 123; BEAUCAMP, S. 23; vgl. auch WIENERS-HORST, S. 375.

<sup>408</sup> Vgl. dazu LERCH, Gesetze, S. 225 ff.

<sup>409</sup> Vgl. die Nachweise bei LERCH, Gesetze, S. 225 f.; ebenso Montesquieu, tome deuxième, liv. XXIX 16. chap. XVI, S. 289 ff., 290: «Le style des lois doit être simple.»

setz kann der Verständlichkeit dienen. Demgegenüber kann eine kurze und bündige Norm auch gegenteilige Auswirkungen haben, etwa dann, wenn darin Fachwörter verwendet werden, welche zwar kurz, prägnant und präzise sind,<sup>410</sup> deren Bedeutung aber nur dem juristisch geschulten Bürger zugänglich ist.<sup>411</sup> Begriffliches Denken bei Verwendung der Fachterminologie vermag die Präzision zu steigern und die Prägnanz zu fördern, kann aber das Verständnis erschweren, insbesondere bei Laien.

Verständlichkeit ist daher nicht deckungsgleich mit Präzision. So ist etwa der Begriff der Kunst verständlich. Präzise ist er allerdings nicht, da er vage ist und nicht ohne weiteres auf konkrete Referenzobjekte schliessen lässt.<sup>412</sup> Das Kulturgütertransfergesetz verwendet etwa den Begriff des Kulturgutes in Art. 1. Dieser Begriff ist zwar verständlich, benötigt allerdings eine Definition (vgl. Art. 2 Abs. 1 KGTG), um die Vorstellungen darüber, was ein Kulturgut ist, anzugleichen und einen einheitlichen gesetzlichen Begriff zu schaffen.

Um die Verständlichkeit und Präzision eines Textes zu verbessern, können die zum Verständnis notwendigen Wissens Elemente oder Definitionen, welche einen Begriff präzisieren, selbst in den Text eingebaut werden.<sup>413</sup> So wird Art. 12 Abs. 2 StGB umschrieben, was «vorsätzlich» und in Art. 12 Abs. 3 StGB, was «fahrlässig» bedeutet, wodurch ein juristischer Laie diese möglicherweise nicht vorhandenen Wissens Elemente direkt dem Gesetz entnehmen kann. Dadurch werden für ihn die Begriffe nachvollziehbarer und damit auch verständlicher. Eine solche

«grössere Explizitheit einer Formulierung führt aber notwendigerweise zu einer geringen Wirkungsbreite des einzelnen Textes oder Textteils. Dies bedeutet: Je expliziter ein Text wird, je präziser er damit Gegenstände und Sachverhalte bezeichnet (und je verständlicher er somit wird), desto geringer wird der Umfang dessen, was man mit diesem Text noch bezeichnen (meinen, ausdrücken) kann.»<sup>414</sup>

Die grössere Explizitheit des Textes führt zu einem quantitativen Anwachsen des Textes. Je mehr Wissens Elemente dem Leser im Text zur Verfügung gestellt werden, umso mehr Definitionen und Einzelformulierungen sind dafür

---

<sup>410</sup> Vgl. vorne S. 59 ff.

<sup>411</sup> Vgl. dazu vorne S. 63.

<sup>412</sup> Vgl. THIEL, § 12 N 18.

<sup>413</sup> Zu Legaldefinitionen und zur exemplifizierenden Methode vgl. hinten S. 108 ff., 129 ff.

<sup>414</sup> BUSSE, Verständlichkeit, S. 31 f.; zu den Problemen, welche sich durch Legaldefinitionen ergeben, vgl. hinten S. 108 ff.

notwendig.<sup>415</sup> «Absolute Genauigkeit ist ein Grenzwert, den der Gesetzgeber nur mit unendlich vielen Worten erreichen könnte.»<sup>416</sup> Der Text würde dadurch zwar mehr Informationen enthalten, doch würde dies zu einer Gesamtunübersichtlichkeit führen, was zwangsläufig neue Verständnisprobleme mit sich brächte. Würde etwa eine unbestimmte Regelung in mehrere, bestimmtere Regelungen zerteilt, könnte das zwar dazu führen, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale präziser umschrieben sind. Somit könnte es zu einer Reduktion von Verständnisproblemen auf der wortsemantischen oder satzsemantischen Ebene kommen.<sup>417</sup> Gleichzeitig würde dies aber voraussetzen, dass der Gesetzgeber jeden erdenklichen Fall konstruiert und jeden davon kodifiziert, was zu einer Schwemme an Tatbeständen führen würde. Im konkreten Anwendungsfall müsste dann die passende Norm zuerst gefunden und diese auch noch gegenüber anderen abgegrenzt werden. Insofern kann eine grössere Präzision die Verständlichkeit von Gesetzen beeinträchtigen.<sup>418</sup>

Würde im umgekehrten Fall die Gegenstrategie gewählt, indem Formulierungen eher allgemein gehalten werden, hätte dies ebenfalls Verständnisschwierigkeiten zur Folge. Eine grössere Allgemeinheit führt zwar zu einer grösseren Wirkungsbreite des Textes, dieser wird aber unpräziser und damit weniger klar oder gar mehrdeutig.<sup>419</sup>

Die Forderung nach präzisen und zugleich (allgemein)verständlichen Gesetzen kann damit nie vollständig erfüllt werden. Die Präzision und die Verständlichkeit eines Textes stehen in einem reziproken Verhältnis.<sup>420</sup> Sie können nie gleichzeitig komplett in einem Text vorhanden sein. Keine neutralen Kandidaten zuzulassen und zugleich aber auch eine maximale Allgemeinverständlichkeit zu erreichen, ist demnach nicht möglich.

## **2. Anforderungen aufgrund des Flexibilisierungsbedürfnisses bei der Rechtsanwendung**

Die Formulierung eines Gesetzes muss für künftige Entwicklungen und Bedürfnisse offen bleiben, damit sich die Rechtsprechung flexibel an veränderte

<sup>415</sup> BUSSE, Verständlichkeit, S. 32.

<sup>416</sup> NOLL, Gesetzestechnik, S. 299.

<sup>417</sup> BUSSE, Verständlichkeit, S. 32.

<sup>418</sup> Vgl. AnwK-StGB/GAEDE, N 19.

<sup>419</sup> BUSSE, Verständlichkeit, S. 32; VON ARNAULD, S. 245.

<sup>420</sup> WALTER, Gesetzestechnik, S. 88.

Verhältnisse anpassen kann.<sup>421</sup> Das Gesetz muss dem Rechtsanwender Entscheidungsspielräume eröffnen, die für die einzelfallgerechte Beurteilung erforderlich sind und zugleich eine zeitgerechte Weiterentwicklung des gesetzgeberischen Willens gewährleisten.<sup>422</sup> Aufgrund der «Vielfalt des sozialen Lebens»<sup>423</sup> müssen Gesetzesnormen dem Richter bei der Anwendung des Gesetzes im individuell-konkreten Fall einen Entscheidungsspielraum eröffnen.<sup>424</sup> Gesetzestexte dienen nicht nur dazu, die «Deutung einer Norm eindeutig festzulegen, sondern haben ganz im Gegenteil die Aufgabe, dem Richter Interpretationsspielräume zu eröffnen.»<sup>425</sup>

Dies ist auch deshalb notwendig, weil der Gesetzgeber nicht an jeden erdenklichen Fall im Gesetzgebungsprozess denken kann. Sollen keine unerwünschten Strafbarkeitslücken entstehen, kann die Flexibilität und die damit einhergehende Unbestimmtheit des Gesetzes als notwendig erscheinen.<sup>426</sup> Der Gesetzgeber darf «nicht überpräzis formulieren, er muss der Rechtsanwendung Entscheidungsspielräume so weit eröffnen, dass diese dem Einzelfall gerecht werden und den Willen des Gesetzes zeitgerecht weiterentwickeln kann.»<sup>427</sup> Daher tritt neben die Forderung nach bestimmten, diejenige nach flexiblen Gesetzen.

Nach dem Grundsatz des Bestimmtheitsgebots ist ein Strafgesetz dann ideal formuliert, wenn es derart präzis und verständlich formuliert ist, dass es keiner weiteren Auslegung bedarf. Diese Idealvorstellung muss aber als eine Utopie angesehen werden.<sup>428</sup> Über die Anwendung eines Tatbestandes könnte dann ohne weiteres von jedermann eindeutig und übereinstimmend entschieden

---

<sup>421</sup> STÄCHELIN, S. 214; SCHMIDT-ASSMANN, S. 195; GERMANN, Analogieverbot, S. 146; vgl. auch ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 39.

<sup>422</sup> NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 19; HANDSTANGER, Rz. 46; vgl. etwa BGE 135 IV 97, 101: «Mit der allgemeinen Umschreibung der verbotenen Geräte trägt [a] Art. 57b Abs. 1 SVG nicht zuletzt der laufenden technischen Entwicklung Rechnung, ohne dabei dem Bestimmtheitsgebot („nulla poena sine lege certa“) zuwiderzulaufen.»; vgl. auch MÜLLER/MATTLE, S. 283; vgl. etwa zum Betrugstatbestand hinten S. 83.

<sup>423</sup> WASSERMANN, S. 42; vgl. etwa auch BGE 137 V 133.

<sup>424</sup> Vgl. ARNTZ/SANDRINI, S. 136 f.

<sup>425</sup> LERCH, Verständlichkeit, S. 56.

<sup>426</sup> Vgl. etwa GRABHERR, S. 33 f.

<sup>427</sup> NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 19; vgl. auch ARNTZ/SANDRINI, S. 136 f.

<sup>428</sup> Vgl. KARPEN, S. 390 sowie den Nachweis hinten in der Fn. 596.

werden.<sup>429</sup> Der Richter wäre nichts anderes als der von MONTESQUIEU geforderte «Mund des Gesetzes.»<sup>430</sup>

Die Forderung nach absolut präzisen Strafgesetzen, welche keine neutralen Kandidaten zulässt, kann aber von der Gesetzgebung gar nicht erfüllt werden. Nur die Kasuistik wäre im Stande, eine solche Forderung zu erfüllen. Im individuell-konkreten Fall kann die Frage nach Strafbarkeit oder Strafflosigkeit eindeutig entschieden werden. Ein Spielraum für neutrale Kandidaten ist dabei nicht möglich, da eine eindeutige Entscheidung gefällt werden muss. Ein bestimmtes Verhalten wird im Urteilsdispositiv als strafbar oder straflos erklärt. Eine andere Option besteht – abgesehen von einer Verfahrenseinstellung – nicht. Dagegen kommt dem generell-abstrakten Gesetz die Aufgabe zu, diese Grenzen für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle zu ziehen, was Interpretationsspielräume unumgänglich macht und zu einer gewissen Einschränkung der Präzision führen muss. Strafgesetze müssen einen gewissen Abstraktionsgrad aufweisen, da sie unabhängig von der einzelnen Lebenssituation allgemeingültige Verhaltensregeln aufstellen.<sup>431</sup> Zwischen dem konkreten Fall oder Falltyp einerseits und der generell-abstrakten Norm andererseits besteht eine «unvermeidliche Distanz», welche «durch vernünftige und sachlich korrekte Argumentation möglichst überbrückt werden muss.»<sup>432</sup> Das Bestimmtheitsgebot fordert daher nicht zur Präzision um jeden Preis auf, sondern vielmehr zu Präzision verbunden mit der notwendigen Flexibilität.<sup>433</sup>

Diese Aufforderung an den Gesetzgeber, das Gesetz flexibel und damit anpassungsfähig zu formulieren, führt zu einem Spannungsverhältnis mit dem Bestimmtheitsgebot.<sup>434</sup> Dieser Konflikt kann etwa am Beispiel der Regelung zu den geringfügigen Vermögensdelikten gem. Art. 172<sup>ter</sup> StGB aufgezeigt werden. Diese Norm privilegiert gewisse Vermögensdelikte, wodurch diese eigentlich als Vergehen oder Verbrechen ausgestalteten Tatbestände zu einer Übertretung herabgestuft werden.<sup>435</sup> Bis zu welchem Betrag von einem geringfügigen Vermögenswert auszugehen ist, hat der Gesetzgeber allerdings bewusst offen gelassen. Es handelt sich um eine geplante Unvollständigkeit bzw. Lücke des

<sup>429</sup> MüKoStGB/SCHMITZ, § 1 N 40; GRAF, N 20.

<sup>430</sup> MONTESQUIEU, tome premier, liv. XI chap. VI, S. 171: «Mais le juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi.»

<sup>431</sup> ARNTZ/SANDRINI, S 136 f.; vgl. MÜLLER/UHLMANN, N 34 f.

<sup>432</sup> BYDLINSKI, S. 5; vgl. auch BUSSE, Verständlichkeit, S. 30 f.

<sup>433</sup> NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 19.

<sup>434</sup> STACHELIN, S. 214 f.; vgl. auch NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 19.

<sup>435</sup> Vgl. WEISSENBERGER, BSK II-StGB, Art. 172<sup>ter</sup> N 4.

Gesetzes.<sup>436</sup> In der Botschaft wurde dies damit begründet, dass der Begriff des «geringen Wertes» im Recht bereits bekannt sei und es deswegen in der Rechtsanwendung nie zu grösseren Problemen gekommen sei.<sup>437</sup> Nach der Inkraftsetzung von Art. 172<sup>ter</sup> StGB am 1. Januar 1995<sup>438</sup> führte dies zunächst zu einer uneinheitlichen kantonalen Praxis, welche von Werten zwischen CHF 100.– bis 500.– ausging,<sup>439</sup> bis das Bundesgericht einen Wert von CHF 300.– festlegte, was heute ständiger Rechtsprechung entspricht.<sup>440</sup>

Allein aufgrund des Gesetzestextes und entsprechend ohne Kenntnis der Rechtsprechung ist es dem Bürger bzw. Leser des Gesetzes hier nicht möglich zu erkennen, ab welchem Wert ein Vermögenswert geringfügig i.S.v. Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB ist.<sup>441</sup> Der Gesetzgeber hätte Art. 172<sup>ter</sup> StGB auch anders formulieren können: «Richtet sich die Tat auf einen Vermögenswert bis zu CHF 300.–, so wird der Täter, auf Antrag, mit Busse bestraft.» Eine solche Formulierung dieser Norm wäre kürzer und präziser. Die Rechtsprechung würde damit stärker an den Gesetzestext gebunden, wodurch sie sich nicht mehr an veränderte Umstände, wie etwa die Teuerung oder Inflation, anpassen könnte. Für den Gesetzgeber würde dies bedeuten, dass er das Gesetz nach einer bestimmten Zeitspanne anpassen müsste, wodurch es aber an Rechtsbeständigkeit verlieren würde.

Die Höhe des geringfügigen Vermögenswertes ist allerdings nicht einziges Abgrenzungskriterium von Art. 172<sup>ter</sup> StGB. Würde lediglich ein Betrag gesetzlich fixiert, wären andere Fragen, wie beispielsweise diejenige, wie der Wert berechnet werden soll, sprich ob der Verkehrswert massgebend sein soll und wann das Affektionsinteresse von Bedeutung ist, nach wie vor der Rechtsprechung überlassen.<sup>442</sup> Der Gesetzgeber könnte zwar auch diese Abgrenzungsfragen im Gesetz regeln. Dadurch würde allerdings die Quantität des Gesetzes ansteigen, wodurch es präziser, nicht aber unbedingt auch verständlicher wäre. Selbst eine solche Formulierung würde aber keine Garantie dafür bieten, dass es vollständig jede zukünftige Frage abschliessend klärt.

---

<sup>436</sup> Vgl. zu diesen Begriffen etwa RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 832 ff.; RHINOW, S. 50 ff.; vgl. weiter hinten S. 177 f.

<sup>437</sup> Botschaft, StGB, S. 1077.

<sup>438</sup> AS 1994, S. 2290 ff.

<sup>439</sup> Vgl. die Nachweise bei ECKERT, S. 146.

<sup>440</sup> BGE 121 IV 261, 268; 123 IV 113, 119; 123 IV 155, 156.

<sup>441</sup> Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB lautet: «Richtet sich die Tat nur auf einen geringen Vermögenswert oder auf einen geringen Schaden, so wird der Täter, auf Antrag, mit Busse bestraft.»

<sup>442</sup> Vgl. für die Rechtsprechung zu Sachen ohne Marktwert BGE 116 IV 190; WEISSENBERGER, BSK II-StGB, Art. 172<sup>ter</sup> N 32; zur Zusammenfassung der Rechtsprechung vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 172<sup>ter</sup> N 5.

Bereits bei einer eher überschaubaren Norm wie jener von Art. 172<sup>ter</sup> StGB stellen sich demnach Abgrenzungsfragen, welche kaum vollständig vom Gesetzgeber vorentschieden werden können. Der Gesetzgeber muss Normen offen formulieren, damit eine grosse Anzahl Fälle abgedeckt werden kann und dem Rechtsanwender die Möglichkeit eröffnet wird, auf die Vielfalt des Lebens sachgerecht reagieren zu können. Wo genau die Grenze zwischen noch zulässiger und unzulässiger Bestimmtheit des Gesetzestextes verläuft, kann aber weder abstrakt noch konkret festgelegt werden. So spricht bei Art. 172<sup>ter</sup> StGB zwar mehr dafür, dass der Gesetzgeber einen bestimmten Wert selbst festlegt, da die Teuerung und Inflationen seit 1995 in der Schweiz keinen massgebenden Einfluss haben, sodass das Gesetz nicht ständig angepasst werden müsste. Das Gesetz würde präziser und die Rechtssicherheit dadurch erhöht werden. Der Bürger könnte sich noch stärker am Gesetz orientieren. Krasse Ausnahmefälle könnten damit allerdings von der Rechtsprechung nicht berücksichtigt werden. Denkbar wäre eine Konstellation, in der ein Gegenstand einen sehr kleinen Wert hat, ihm aber ein sehr hohes Affektionsinteresse zukommt, sodass nicht mehr einzelfallgerecht entschieden werden könnte.<sup>443</sup>

Der Gesetzgeber kann die Flexibilität des Gesetzes dadurch bewirken, dass er Normen in einem gewissen Ausmass unbestimmt formuliert, so «dass diese auf eine Vielfalt von Sachverhalten, auf Dauer, bei veränderten Verhältnissen sowie auch im atypischen Einzelfall anwendbar»<sup>444</sup> bleiben. Der Gesetzgeber überlässt dabei die Konkretisierung des Gesetzes bewusst dem Ordnungsgeber oder dem Rechtsanwender.<sup>445</sup> Dieser Spielraum ist dann besonders hoch, wenn der Gesetzgeber unbestimmte Rechtsbegriffe oder Generalklauseln verwendet. Dies kann anhand zweier Beispiele verdeutlicht werden: Das Gesetz bezeichnet als mögliches Nötigungsmittel i.S.v. Art. 181 StGB eine «andere Beschränkung [...] [der] Handlungsfreiheit», was eine Generalklausel darstellt. Umgekehrt kann der Gesetzgeber aber auch kasuistische Regelungen festlegen, wie er dies teilweise im Bereich des Strassenverkehrsstrafrechts getan hat. So bestimmt etwa Art. 90 Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 lit. a SVG, dass wer die zulässige Höchstgeschwindigkeit um mindestens 40 km/h überschreitet, wo die zulässige Höchstgeschwindigkeit höchstens 30 km/h beträgt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren bestraft wird.

---

<sup>443</sup> Vgl. dazu bereits die Hinweise in der Fn. 442; bei Sachen ohne objektiv feststellbaren Wert ist nach der heutigen Regelung «massgebend, welchen Wert die Sache im konkreten Fall für das Opfer hat», BGE 116 IV 190, 192.

<sup>444</sup> RHINOW, S. 50; vgl. ENGISCH, S. 205 ff.

<sup>445</sup> RHINOW, S. 50; BIAGGINI, Richterrecht, S. 81 f.; vgl. WOHLERS, ratio legis, S. 88 Fn. 43.

### 3. Anforderungen aufgrund des Erfordernisses beständiger Gesetze

#### a) Grenzen der Präzision von Begriffen durch ihre Porosität

Weil die Sprache Grundlage und zugleich auch Instrument des Rechts ist, werden die Schwächen der Sprache in das Recht transponiert.<sup>446</sup> SCHMIDT sieht eine absolute Grenze der Präzision in der Porosität von Begriffen, da der Inhalt von Begriffen dem Wandel der Zeit unterliegt und ihr Inhalt sich entsprechend ändern kann.<sup>447</sup> Gesetze sollen aber beständig sein, um bestenfalls generationenübergreifend mit demselben Wortlaut in Kraft zu bleiben. Während dieser Zeit können sich Wertanschauungen aber ändern,<sup>448</sup> wodurch die einzelnen Strafnormen eine Auslegungsgeschichte erhalten.<sup>449</sup>

Der Tatbestand des Betruges i.S.v. Art. 146 StGB stimmt beispielsweise in seinem Wortlaut praktisch mit der Fassung des Jahres 1937 überein,<sup>450</sup> obwohl sich seither die wirtschaftlichen Verhältnisse stark verändert haben. Aufgrund der Einführung elektronischer Kommunikations- und Zahlungsmöglichkeiten wird heute auch als Vermögen betrachtet, «was praktisch nur aus Erwartungen besteht.»<sup>451</sup> Der Begriff des Vermögens wird geschichtlich unterschiedlich betrachtet. Das Bundesgericht hat auch «dem bargeldlosen Zahlungsverkehr, der aus dem modernen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken ist» – und im Jahre 1937 so noch nicht existierte – Rechnung getragen. Es hat die Rechtsprechung zur Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung angepasst, «ohne zugleich den Anwendungsbereich des Betrugstatbestandes zu überspannen.»<sup>452</sup> Die Rechtsprechung hat sich damit an die veränderten Kommunikations- und Zahlungsmöglichkeiten angepasst, ohne dass der Gesetzestext hätte geändert werden müssen. Insofern ist der Betrugstatbestand ein gutes Beispiel für einen Tatbestand, welcher poröse Begriffe verwendet, sodass der Tatbestand nicht ständig angepasst werden musste.

---

<sup>446</sup> BEAUCAMP, S. 24 f.

<sup>447</sup> SCHMIDT, S. 393, Fn. 20; ebenso HEGENBARTH, S. 103; STEINMANN, S. 31; zum Begriff der Porosität vgl. vorne S. 52.

<sup>448</sup> Vgl. dazu etwa GRAF, N 95 f.; LEMMEL, S. 71; STEINMANN, S. 71.

<sup>449</sup> Vgl. auch BUSSE, Verständlichkeit, S. 30; STEINMANN, S. 34 ff., 65.

<sup>450</sup> Die Tatbestandsvariante «den Irrtum eines andern arglistig benutzt» von 1937 wurde umformuliert in: «ihn [den Irrenden] in einem Irrtum arglistig bestärkt», vgl. für die ursprüngliche Fassung BBl 1937, Band III, S. 625, 669.

<sup>451</sup> PHILIPPS, Rz 21.

<sup>452</sup> BGer, Urteil vom 27.4.2000, 6S.245/1999, E. 1c)aa).

Die Forderung nach Beständigkeit der Gesetze hat für den Gesetzgeber zur Folge, dass er vage Begriffe verwenden muss, soll eine Strafnorm generationsübergreifend Geltung haben. Im Strafrecht wird daher der Begriff des Vermögens nirgends genauer definiert. Dies hat zwar zur Folge, dass aus dem Gesetzestext nicht hervorgeht, dass Vermögen «praktisch nur aus Erwartungen» bestehen kann. Dies könnte der Beständigkeit des Rechts entgegenstehen, da eine solche Definition dem Wandel der Zeit angepasst werden müsste bzw. dem Wandel der Zeit gar hinterherhinken könnte, da das Gesetzgebungsverfahren eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Insofern muss sich der Gesetzgeber mehr oder weniger unbestimmter Formulierungen bedienen, will er umfassend und dauerhaft komplizierte soziale Sachverhalte regeln.<sup>453</sup>

### b) Ordnungs- und Stabilisierungsfunktion von Strafgesetzen

Die Funktion der Gesetzgebung besteht darin, das Verhalten der Bürger und damit auch der Gesellschaft zu ordnen und zu stabilisieren.<sup>454</sup> Dadurch sollen die «Erwartungen von Menschen über das Verhalten anderer Menschen generalisiert und stabilisiert»<sup>455</sup> werden. Dies setzt voraus, dass das Recht dem Bürger einen möglichst dauerhaften Masstab bietet.<sup>456</sup> Strafnormen sollen eine verbindliche Verhaltensordnung widerspiegeln, an welcher sich der Bürger orientieren kann. Voraussetzung hierfür ist eine gewisse Beständigkeit und Kontinuität des Rechts.<sup>457</sup>

Der Bürger soll auf den Fortbestand alten Rechts vertrauen können, wodurch für ihn die Befolgung und Akzeptanz und für den Staat die Durchsetzung des Rechts erleichtert werden soll.<sup>458</sup> Diese Zielsetzungen sind mit den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes eng verknüpft: Die Befolgung und Akzeptanz des Rechts setzt voraus, dass der Bürger das Recht auch versteht und kennt. Je schneller sich das Recht aber ändert und je mehr Strafnormen von einem Bürger beachtet werden müssen, desto schwieriger wird es für ihn sein, diese Normen zu beachten und zu akzeptieren. Dieses Problem kann anhand eines älteren Entscheides des Obergerichts Solothurn aufgezeigt werden: Ein Beschuldigter hatte «kaum einen Monat nach Inkrafttreten des StGB auf

<sup>453</sup> KRAMM, S. 48; WARDA, S. 29; MIDDELSCHULTE, S. 85.

<sup>454</sup> HILL, Gesetzgebungslehre, S. 15; MÜLLER/MATTLE, S. 279; zu den Funktionen der Rechtssetzung im Allgemeinen vgl. MÜLLER/UHLMANN, N 18 ff.

<sup>455</sup> MÜLLER/UHLMANN, N 19.

<sup>456</sup> MÜLLER/UHLMANN, N 20 f., 34; ZIPPELIUS, Wesen, S. 106 f.

<sup>457</sup> MÜLLER/UHLMANN, N 21; vgl. auch STEINMANN, S. 75.

<sup>458</sup> MÜLLER/UHLMANN, N 19 ff.; HILL, Gesetzgebungslehre, S. 15; vgl. auch HASSEMER, Sprechen, S. 74.

Grund des vorher geltenden kantonalen Rechts» angenommen, dass «der Geschlechtsverkehr mit einem mehr als 14, aber weniger als 16 Jahre alten Mädchen straflos» sei.<sup>459</sup> Der Beschuldigte konnte sich erfolgreich auf den Verbotsirrtum gem. Art. 21 StGB berufen. Ihm konnte nicht vorgeworfen werden, dass er die neue Regelung noch nicht kannte. Die Beständigkeit des Rechts ist damit auch unter dem Aspekt des Verbotsirrtums und als Voraussetzung für Strafe wichtig. Die Änderung von Strafrecht kann dazu führen, dass es nicht durchgesetzt werden kann. Darüber hinaus ist aber die Beständigkeit des Rechts auch für die generalpräventive Wirkung von Strafrecht wichtig: Der Bürger muss das Recht verstehen und kennen, was durch eine beständige Rechtsordnung gefördert werden kann.

Die Beständigkeit des Rechts ist daher aus verschiedenen Perspektiven wichtig. Dem Gesetzgeber kommt die Aufgabe zu, Strafgesetze so zu gestalten, dass sie nicht ständig neu angepasst oder verändert werden müssen. Dies setzt Formulierungen voraus, welche trotz der Porosität ihrer Begriffe bei sich verändernden Verhältnissen möglichst nicht angepasst werden müssen. Dies kann, muss aber nicht bedeuten, dass eher unbestimmte und vage Begriffe verwendet werden sollten. Die Forderung nach beständigen Gesetzen kann entsprechend mit den Anforderungen an die Formulierung von Strafbestimmungen aufgrund des Bestimmtheitsgebots kollidieren.

#### 4. Schlussfolgerungen

Die optimale Bestimmtheit von Strafgesetzen und -normen hängt nicht nur vom Bestimmtheitsgebot ab. Das Bedürfnis nach generell-abstrakten Normen, welche flexibel und zugleich beständig sind, führt einerseits dazu, dass der Gesetzgeber bewusst offene und unbestimmte Formulierungen wählt bzw. wählen muss, was zu einem Spannungsverhältnis mit dem Bestimmtheitsgebot führt.<sup>460</sup> Das Gesetz soll einerseits eine «zuverlässige und feste Grundlage für die Rechtsprechung bieten» und diese dadurch berechenbar machen, andererseits dem Rechtsanwender aber doch genügend Raum für die einzelfallgerechte Entscheidung belassen. Die optimale Bestimmtheit eines Gesetzes oder einer Norm hängt davon ab, wie bestimmt eine rechtliche Regulierung innerhalb dieser Bandbreite gefasst werden soll, um «die Fülle dessen, was das Leben bringt»,<sup>461</sup> adäquat zu erfassen<sup>462</sup> und wie bestimmt sie sein muss, um

---

<sup>459</sup> Urteil des OGer SO vom 2.2.1943, RS 1943 Nr. 258.

<sup>460</sup> ESER/HECKER, StGBKomm., § 1 N 20.

<sup>461</sup> LACHMAYER/PAVCNIK, Rz 13 mit Verweis auf ARISTOTELES, N 1137b.

<sup>462</sup> LACHMAYER/PAVCNIK, Rz 13; vgl. auch DUBS, Bestimmtheit, S. 225, 239.

den rechtlichen Anforderungen des Legalitätsprinzips zu genügen. Innerhalb dieser Bandbreite muss stets so verständlich und präzise wie möglich formuliert werden, um einen optimalen Bestimmtheitsgrad zu erreichen. Dieser kann aber nicht abstrakt ermittelt werden.<sup>463</sup> «Bestimmtheit und Unbestimmtheit können nicht als absolute Grössen verstanden werden; sie lassen sich höchstens als Extreme auf einer weiten Skala vorstellen.»<sup>464</sup>

Was die einzelnen Normen betrifft, sollte der Gesetzgeber Sätze möglichst so aufbauen und formulieren, dass sie für den Bürger auch verständlich sind.<sup>465</sup> Dazu zählen auch sinnvoll gewählte Titel und Marginalien. Sie sollen bestenfalls stichwortartig wiedergeben, was in der Norm geregelt wird.<sup>466</sup> Für die Verständlichkeit ist ebenfalls zuträglich, wenn die einzelnen Normen gleich aufgebaut sind. Dies hat der Gesetzgeber etwa im Bereich des SVG durch das Massnahmepaket «Via sicura» zumindest teilweise getan. Er hat einen Teil der Normen nun derart umformuliert, dass jeweils der erste Teil der Normen die Strafdrohung enthält und im zweiten Teil der Tatbestand folgt. Dies wiegt für sich gesehen sicherlich nicht schwer, vereinfacht aber den Lesefluss.<sup>467</sup>

Schliesslich sollte der Gesetzgeber auch darauf achten, dass er nicht «zu viele Gedanken in einen einzigen Satz pressen will, zu viele verschiedene Voraussetzungen einer Rechtsfolge und Einschränkungen dieser Voraussetzungen.»<sup>468</sup> Eine solche Vorgehensweise führt dazu, dass Bestimmungen derart lang werden, dass sie unübersichtlich und schwer verständlich sind.<sup>469</sup>

## II. Kriterien genügender Bestimmtheit

Im Folgenden wird geklärt, ob Kriterien gefunden werden können, welche in abstrakter Weise die genügende Bestimmtheit von Strafnormen festlegen. Dabei sollen die Kriterien, welche das Bundesgericht verwendet sowie diejenigen von SCHÜNEMANN, LENCKNER, SEEL und KOHLMANN im Mittelpunkt der Überlegungen stehen.

---

<sup>463</sup> BGE 138 IV 13, 20.

<sup>464</sup> STEINMANN, S. 65; vgl. auch DUBS, Bestimmtheit, S. 224.

<sup>465</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 260.

<sup>466</sup> Zur Bedeutung von Titel und Marginalie vgl. hinten S. 140.

<sup>467</sup> Vgl. NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 260.

<sup>468</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 260.

<sup>469</sup> Vgl. FLEINER-GERSTER, S. 501.

## 1. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist der erforderliche Bestimmtheitsgrad von den Kriterien «der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte», «der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung», «den Normadressaten», «der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte» und schliesslich «von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung» abhängig.<sup>470</sup>

Das Bundesgericht betont dabei, dass die Aufzählung dieser Kriterien nicht abschliessend sei und sich der erforderliche Bestimmtheitsgrad nicht abstrakt festlegen lasse.<sup>471</sup> Dass diese Kriterien derart allgemein und generell formuliert sind,<sup>472</sup> ist aber hauptsächlich darin begründet, dass das Bundesgericht unabhängig von der Regelungsmaterie dieselben Kriterien zur Bestimmung der genügenden Bestimmtheit im Bereich des materiellen und prozessualen Strafrechts sowie im öffentlichen Recht verwendet. Erstmals wurden die Kriterien unter Hinweis auf DUBS<sup>473</sup> und COTTIER<sup>474</sup> in einem Entscheid aus dem Jahr 1983 über die Überwachung des Post-, Telefon- und Telegrafatenverkehrs und den Einsatz technischer Überwachungsgeräte gebraucht.<sup>475</sup> Seither verwendete das Bundesgericht konstant diese fünf Kriterien, um zu klären, ob eine gesetzliche Grundlage den Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 bzw. Art. 36 Abs. 1 BV entspricht und damit genügend bestimmt ist. Dabei werden die Kriterien gemeinsam oder nur partiell herangezogen. Sie finden etwa Anwendung in den Bereichen der Wegschaffungspflicht und des Wiedereinlagerungsverbots von Chemikalien,<sup>476</sup> der Dienstpflicht für Medizinalpersonal im Rahmen des Koordinierten Sanitätsdienstes,<sup>477</sup> der Lehrbesoldung,<sup>478</sup> der Sanie-

---

<sup>470</sup> Vgl. etwa BGE 138 IV 13, 20; 135 I 169, 173; 132 I 49, 58.

<sup>471</sup> a.a.O.

<sup>472</sup> Vgl. EICKER, S. 171 sowie auch JETZER, S. 171.

<sup>473</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 241 ff.

<sup>474</sup> COTTIER, S. 171 ff., 201 f.

<sup>475</sup> BGE 109 Ia 273, 284.

<sup>476</sup> BGE 113 Ib 60, 63: «Die Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtssätzen hängt massgeblich von der Eigenart des Regelungsgegenstandes ab.»

<sup>477</sup> BGE 115 Ia 277, 288: «Dabei hängt der erforderliche Bestimmtheitsgrad unter anderem von der Vorhersehbarkeit der Verhältnisse, der Einfachheit oder Vielfalt der Materie und der sofort oder erst bei der Gesetzesanwendung möglichen Konkretisierung ab.»

<sup>478</sup> BGE 123 I 1, 5 f.: «Eine besondere Bedeutung hat die Forderung der Bestimmtheit bei Verhaltensnormen, die durch Androhung von Sanktionen unmittelbar ein bestimmtes Verhalten des Bürgers bewirken sollen, oder wenn eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Entscheiden zu treffen sind. Umgekehrt sind die Anforderungen weniger streng, wenn unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen im Interesse ei-

nung von Altlasten,<sup>479</sup> von Wegweisungs- und Fernhalteverfügungen,<sup>480</sup> des Polizeirechts<sup>481</sup> oder der Observation der versicherten Person durch Privatdetektive<sup>482</sup>.

Eine Schwachstelle liegt in der Anwendung der Kriterien im konkreten Einzelfall – im Sinne eines funktionierenden Wirkungsgefüges. Sie sind derart abstrakt verfasst, dass sie nicht formelhaft angewendet werden können. Das Bundesgericht legt denn auch nicht konkret dar, was die Kriterien im Einzelnen zu bedeuten haben. Im vorne zitierten Nacktwanderer-Entscheid<sup>483</sup> wird beispielsweise ein Vergleich mit anderen kantonalen Strafbestimmungen gezogen, um die genügende Bestimmtheit zu bejahen: Art. 19 Strafrecht/AR, «wonach bestraft wird, wer öffentlich Sitte und Anstand grob verletzt, ist mit Rücksicht auf die gemäss der vorstehend zitierten Rechtsprechung massgebenden Kriterien hinreichend bestimmt.»<sup>484</sup> Eine vertiefte Auseinandersetzung fehlt. Zwar prüft das Bundesgericht noch, ob Nacktwandern einen groben Verstoss gegen Sitte und Anstand darstellt und bejaht diese Frage anhand «der Einschätzung des durchschnittlich empfindenden Menschen»<sup>485</sup> und verneint schliesslich eine Verletzung von Freiheitsrechten<sup>486</sup>. Auf die einzelnen Kriterien geht das Bundesgericht – wie in den meisten Urteilen – allerdings nicht ein, weswegen im Folgenden nur Annahmen darüber getroffen werden können, was das Bundesgericht konkret unter den einzelnen Kriterien verstehen könnte.

---

ner sachgerechten Flexibilität oder der Einzelfallgerechtigkeit Differenzierungen im Anwendungsfall angebracht sind.»

<sup>479</sup> BGE 131 II 271, 278: Hier werden sämtliche Kriterien herangezogen m.H. auf BGE 128 I 327, 339 ff.

<sup>480</sup> BGE 132 I 49, 58: Hier werden sämtliche Kriterien herangezogen m.H. auf BGE 128 I 327, 339 ff. Die herangezogenen Kriterien im Bereich des Verfahrensrechts werden sodann relativiert: «In gewissem Ausmass kann die Unbestimmtheit von Normen durch verfahrensrechtliche Garantien gleichsam kompensiert werden, und es kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Bedeutung zu.

<sup>481</sup> BGE 128 I 337, 340: Hier werden sämtliche Kriterien herangezogen; vgl. dazu SCHWEIZER/MÜLLER, S. 382 ff.

<sup>482</sup> BGE 135 I 169, 173: Hier werden sämtliche Kriterien herangezogen m.H. auf BGE 131 II 271, 278.

<sup>483</sup> BGE 138 IV 13; vgl. vorne S. 16 f.

<sup>484</sup> BGE 138 IV 13, 21; vgl. zu dieser Begründung ausführlich hinten S. 123 ff.

<sup>485</sup> BGE 138 IV 13, 22.

<sup>486</sup> BGE 138 IV 13, 25 f.

## a) Die Kriterien im Überblick

### aa) Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV ist für die Einschränkung von Freiheitsrechten eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Handelt es sich bei der strafrechtlichen Sanktion um einen Freiheitsentzug, ergibt sich diese Voraussetzung ebenfalls aus Art. 31 Abs. 1 BV.<sup>487</sup> Die Schwere des Eingriffs und damit die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage beurteilen sich nach objektiven Kriterien<sup>488</sup> und teilen sich dabei in das Erfordernis der Gesetzesform und dasjenige des Rechtssatzes.<sup>489</sup> Letzteres bedeutet, dass eine Einschränkung von Freiheitsrechten sowohl auf Gesetzes- als auch auf Verordnungsstufe «nur auf Grund und nach Massgabe von generell-abstrakten Rechtsnormen ausgeübt werden darf, die genügend bestimmt sind.»<sup>490</sup> Wie hoch die Anforderungen an diese Voraussetzung sind, hängt nach dem Bundesgericht von der Schwere des Eingriffs in die Verfassungsrechte ab,<sup>491</sup> wobei eine allgemeine Definition, was als schwerer Eingriff zu gelten hat, nicht zu finden ist.<sup>492</sup> Es wird zwar die angedrohte Strafe als Gradmesser erwähnt, aber nicht in direktem Zusammenhang mit dem Kriterium der Schwere des Eingriffs.<sup>493</sup> Unerwähnt bleibt, was für angedrohte Massnahmen gelten soll.

Das Kriterium der Schwere des Eingriffs kann sich entweder auf die konkrete Strafe oder die abstrakte Strafandrohung beziehen. Sinnvollerweise muss der Anknüpfungspunkt im Strafrecht die angedrohte Sanktion sein. Nicht in Frage kommt dagegen die tatsächlich verhängte Sanktion, weil dann je nach verhängter Sanktion im Einzelfall unterschiedliche Anforderungen an die Bestimmtheit des in Frage stehenden Tatbestands zu stellen wären.

Es ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht den Bestimmtheitsgrad von der Sanktionsandrohung abhängig macht. Je höher die potentielle Strafe ist, umso höher muss der Bestimmtheitsgrad sein. Das Umgekehrte gilt natürlich auch: «Entsprechend der geringeren Strafdrohung reduzieren sich auch die

---

<sup>487</sup> Vgl. dazu VEST, SGKomm, Art. 31 N 5.

<sup>488</sup> Vgl. BGE 130 I 65, 68; 128 II 259, 269.

<sup>489</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 380.

<sup>490</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 381; SCHWEIZER, SGKomm, Art. 36 N 15; BGE 130 I, 5; Das BGer erwähnt in seiner Rechtsprechung zu Art. 36 Abs. 1 BV häufig die Ausdrücke «klar» und «ausdrücklich», vgl. etwa BGE 130 I 16, 18.

<sup>491</sup> BGer, Urteil vom 3.7.2012, 2C\_485/2010, E. 7.2; vgl. WIDMER, S. 27; SCHINDLER, SGKomm, Art. 5 N 41; ARZT, Rechtsunsicherheit, S. 173 f.

<sup>492</sup> Vgl. dazu SCHWEIZER, SGKomm, Art. 36 N 12 zum Erfordernis der Gesetzesform; KIE-  
NER/KÄLIN, S. 99 ff.

<sup>493</sup> Vgl. BGE 138 IV 13, 20.

Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot.»<sup>494</sup> Die Strafbestimmung, welche den groben Verstoss gegen Sitte und Anstand unter Strafe stellt (z.B. Art. 19 Strafrecht/AR<sup>495</sup>), wäre vor diesem Hintergrund eher mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar, weil sie lediglich eine Busse androht und nicht eine Freiheitsstrafe oder Geldstrafe.

Richtigerweise sind aber Abstufungen an die Anforderungen des Bestimmtheitsgrades je nach Schwere des Eingriffs prinzipiell abzulehnen. Der Grad der Bestimmtheit einer Norm sollte immer so hoch wie möglich sein. Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit gilt für sämtliche belastenden Strafnormen.<sup>496</sup> Es steht im «Dienste des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung.»<sup>497</sup> Würden nun für schwerere Eingriffe höhere Anforderungen an die Bestimmtheit gestellt, hiesse dies gleichzeitig auch, dass für leichte Eingriffe geringere Anforderungen zu gelten hätte. Weshalb allerdings bei leichteren Eingriffen vermehrt Rechtsunsicherheit und Unberechenbarkeit in Kauf genommen werden soll, ist nicht einzusehen. Das Streben danach, diese demokratisch wichtigen Elemente eines Rechtsstaates bestmöglich zu erfüllen, sollte unabhängig von der Normstufe und unabhängig von der Schwere des potentiellen Eingriffs sein. Unbestimmtheit sollte sich

«nicht mit der Geringfügigkeit der vorgesehenen Rechtsfolgen begründen, sondern nur mit der Unmöglichkeit, alle determinierenden Wertungskomponenten in einem praktikablen Rechtssatz zu fixieren, und mit der Notwendigkeit, der das Gesetz anzuwendenden Instanz eine mehr oder weniger grosse Entscheidungsmarge einzuräumen.»<sup>498</sup>

Insofern sollten sachliche Kriterien entscheidend sein und nicht formelle. Wo der Gesetzgeber sinnvollerweise die Möglichkeit hat, bestimmt zu formulie-

---

<sup>494</sup> BGer, Urteil vom 30.8.2011, 6B\_193/2011, E. 1. Das Urteil bezieht sich auf einen Verstoss gegen Art. 15 Abs. 2 JG/GR.

<sup>495</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 16 f.

<sup>496</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 242.

<sup>497</sup> BGE 135 I 169, 173; 132 I 49, 58; 128 I 327, 339; vgl. dazu bereits vorne S. 29 ff.

<sup>498</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 242 f.; Dasselbe muss auch für privilegierende und qualifizierende Merkmale gelten, weil auch hier sachliche Kriterien entscheidend sein sollten, vgl. dazu hinten S. 97; a.A. TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB Art. 1 N 3; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 33 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BGer.

ren, soll und muss er Strafnormen bestimmt verfassen und darf nicht absichtlich unbestimmt bleiben.<sup>499</sup>

Im Übrigen zeigt sich, dass das Kriterium «Schwere des Eingriffs» tatsächlich weder vom Gesetzgeber noch von der Rechtsprechung berücksichtigt wird. Dies zeigt sich deutlich bei der Bestimmtheit der Strafraumen, für welche das Legalitätsprinzip gleichermassen wie für die Strafbarkeitsvoraussetzungen gilt bzw. gelten sollte.<sup>500</sup> So sieht etwa Art. 112 StGB vor, dass Mord mit einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft wird. Dieser Strafraumen ist genügend bestimmt. Es wird gem. Art. 40 StGB die höchstmögliche Strafe angedroht, zugleich ist aber die überhaupt schärfste Mindeststrafe vorgesehen. In jedem Fall muss eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden.<sup>501</sup> Diskutabel könnte einzig der Charakter der lebenslangen Freiheitsstrafe sein, da nicht bestimmt wird, wie lange die Strafe konkret ausfallen wird.<sup>502</sup>

Wird allerdings das mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedrohte Delikt in strafbarer Weise versucht, so kann das Gericht gem. Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Art. 48a StGB die Strafe mildern. Dies bedeutet, dass das Gericht weder an die angedrohte Mindeststrafe noch an die Strafart gebunden ist.<sup>503</sup> Zwar stellt das Gesetz Kriterien auf, wie die konkrete Strafe zu bestimmen ist;<sup>504</sup> das Gericht kann aber eine Strafe von einem Franken Busse bis hin zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe aussprechen. Dies entspricht der maximalen Bandbreite des Strafraumens, welcher im Kernstrafrecht überhaupt möglich ist.<sup>505</sup> Zugleich handelt es sich dabei um Delikte, welche als Sanktion den schwerstmöglichen Eingriff in die Freiheitsrechte überhaupt vorsehen, nämlich die lebenslange Freiheitsstrafe. Der potentiell betroffene Bürger kann bei einem solchen Strafraumen nicht voraussehen, ob er mit einem minimalen Eingriff in sein Eigentum oder mit einem maximalen Eingriff in seine persönliche Freiheit rechnen muss. Auch wenn eine «symbolische» Strafe von einem Franken für einen versuchten Mord kaum vorstellbar erscheint, bleibt dies im Ermessen des Gerichts. Wenn das Bestimmtheitsgebot auch für die Strafraumen Geltung erlangen soll und zugleich für die schwersten Delikte jede mögliche Strafe

---

<sup>499</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 243; vgl. auch SCHMIDT-ASSMANN, S. 197.

<sup>500</sup> Vgl. dazu vorne S. 9.

<sup>501</sup> Vgl. dazu STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 26.

<sup>502</sup> Vgl. dazu SCHWARZENEGGER, S. 354; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 26; vgl. TRECHSEL/FINGERHUTH, PK-StGB, Art. 112 N 26.

<sup>503</sup> JENNY, BSK I-StGB, Art. 22 N 27; dies gilt für jedes Delikt, welches eine lebenslängliche Freiheitsstrafe androht.

<sup>504</sup> Vgl. Art. 47 ff. StGB; GRÜNWARD, S. 8; vgl. auch ARZT, Rechtsunsicherheit, S. 168.

<sup>505</sup> Ausgenommen von Bussen über CHF 10 000.-, vgl. Art. 106 Abs. 1 StGB.

ausgesprochen werden kann, zeigt dies, dass das Kriterium der Schwere des Eingriffs und die Anforderungen an die Bestimmtheit des Strafrahmens weder von der Legislative noch von der Judikative Beachtung finden.<sup>506</sup> Eine Möglichkeit, solche Strafrahmen bestimmter zu gestalten, könnte darin erblickt werden, dass auch bei einem Versuch die angedrohte Mindeststrafe nicht um ein bestimmtes Mass unterschritten werden darf.

Auf der Tatbestandsseite des Art. 112 StGB könnten in Bezug auf das Kriterium der Schwere des Eingriffs dieselben Schlüsse gezogen werden. Als Mordmerkmal gilt die besondere Skrupellosigkeit. Dabei handelt es sich um einen höchst wertausfüllungsbedürftigen Begriff.<sup>507</sup> Zwar erwähnt der Gesetzgeber exemplifizierend Gründe für eine besondere Skrupellosigkeit. Diese haben allerdings nur Indizwirkung,<sup>508</sup> was zur unbefriedigenden Situation führt, dass eine scharfe Abgrenzung zwischen Tötung und Mord aufgrund der unbestimmten Formulierung in Art. 112 StGB nicht möglich ist.<sup>509</sup> SCHWARZENEGGER schreibt dazu, dass Lehre und Rechtsprechung dem Wortlaut von Art. 112 StGB nur wenig Beachtung schenken, «obwohl sie nach dem materiellen Legalitätsprinzip nicht über die Wortlautgrenze hinausgehen dürfen.»<sup>510</sup> Diese Aussage zeigt, dass auch auf der Tatbestandsseite das Kriterium der Schwere des Eingriffs keine wirkliche Beachtung findet. Das Kriterium der Schwere des Eingriffs ist damit nicht nur ungeeignet, sondern wird von der Praxis auch nicht beachtet.

### *bb) Die Normadressaten*

Für den erforderlichen Grad der Bestimmtheit muss das Kriterium der Normadressaten eine wichtige Rolle spielen. An wen sich eine Strafbestimmung richtet, muss stets berücksichtigt werden.<sup>511</sup> Wie dargelegt wurde, ist für die

<sup>506</sup> «[...] ist es herrschende Meinung, dass Strafrahmen nicht völlig unbestimmt sein dürfen, dass ein Gesetz nicht zugleich lebenslanges Zuchthaus und die geringstmögliche Strafe androhen darf, ohne durch qualifizierende oder privilegierende Merkmale eine Abstufung zu schaffen», GRÜNWALD, S. 8; zur Unvereinbarkeit betragsmässig unbestimmter Bussen mit dem Legalitätsprinzip vgl. NIGGL/RIEDO, S. 55 ff.; SCHWARZENEGGER, S. 354; vgl. auch SCHÜNEMANN, S. 7.

<sup>507</sup> Vgl. SCHWARZENEGGER, S. 351 ff.; DONATSCH, § 1/3.2; TRECHSEL/FINGERHUTH, PK-StGB, Art. 112 N 4, 25.

<sup>508</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 112 N 3; vgl. BGE 118 IV 122, 126 = Pra 82 (1993) Nr 18; 127 IV 10, 14.

<sup>509</sup> STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 1 N 26.

<sup>510</sup> SCHWARZENEGGER, BSK II-StGB, Art. 112 N 5; SCHWARZENEGGER, S. 352 ff.

<sup>511</sup> Vgl. etwa BGE 116 IV 306, 309. Dieser Entscheid nimmt Bezug auf die Beurteilung der Sorgfaltspflicht: «Von einem für Strassenbauarbeiten verantwortlichen Baustellenpo-

Verständlichkeit eines Textes entscheidend, wer seine Leser sind.<sup>512</sup> Das Kriterium der Normadressaten ist daher zentral für die Festlegung und Feststellung der genügenden Bestimmtheit.

*cc) Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte*

Das Bundesgericht scheint mit dem Kriterium der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte auf die Vielgestaltigkeit des Lebens bzw. auf die «konkrete Regelungsmaterie»<sup>513</sup> aufmerksam machen zu wollen. Gesetzesnormen können allgemein oder spezifisch gefasst sein. Der Gesetzgeber entscheidet darüber, ob er eine Norm allgemein oder spezifisch formuliert, womit er zugleich festlegt, welchen Spielraum er dem Rechtsanwender überlässt.<sup>514</sup>

Eine Strafnorm erfasst immer eine unbestimmte Anzahl<sup>515</sup> von Einzelfällen. So wird gebüsst, wer die zulässige Höchstgeschwindigkeit auf einer öffentlichen Strasse mit seinem Fahrzeug überschreitet. Die einzelnen Delikte unterscheiden sich allerdings in ihrer Intensität. Die Geschwindigkeitsüberschreitung kann tiefer oder höher ausfallen. Dies stellt die Vielgestaltigkeit solcher Geschwindigkeitsüberschreitungen dar. Sobald allerdings eine Strafnorm derart unterschiedliche Sachverhalte regelt, dass die Norm offen formuliert werden muss und dass dadurch auch nicht mehr bestimmt formuliert werden kann, «muss der Gesetzgeber daraus die Konsequenz ziehen, die grosse Anzahl disparater Lebensvorgänge mit mehreren ‚bestimmten‘ Normen zu bewältigen.»<sup>516</sup> Ein solcher Fall liegt beispielsweise bei Art. 2 UWG vor. Diese Norm legt den Grundsatz der Widerrechtlichkeit des unlauteren Wettbewerbs fest, was eine sehr unbestimmte Formulierung zur Folge hat. Der Tatbestand ist daher nur zivilrechtlich anwendbar, nicht aber strafrechtlich. Strafrechtlich geahndet werden kann hingegen ein Verstoss gegen Art. 3 UWG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG, welche einzelne unlautere Wettbewerbsverstösse konkret festlegen.<sup>517</sup> Durch eine solche Regelung wird der Bestimmtheitsgrad erhöht. Dies

---

hier muss erwartet werden, dass er die in der Signalisationsverordnung enthaltenen, für die Verkehrssicherheit wichtigen Bestimmungen jedenfalls soweit kennt, als sie seine berufliche Tätigkeit betreffen.»

<sup>512</sup> Vgl. vorne S. 73 ff.

<sup>513</sup> BGer, Urteil vom 27.10.2007, 6P\_62/2007, E. 3.4.2.

<sup>514</sup> Vgl. dazu vorne S. 66 ff.

<sup>515</sup> Die Anzahl dieser Überschreitungen ist zwar bestimmbar, davon erfasst werden allerdings auch die zukünftig noch unbestimmbaren Fälle, da bestenfalls Strafnormen generationsübergreifend Geltung beanspruchen.

<sup>516</sup> MIDDELSCHULTE, S. 87; PAPIER/MÖLLER, S. 200.

<sup>517</sup> Vgl. dazu auch hinten S. 112 f.

darf allerdings nicht zur Forderung führen, der Gesetzgeber dürfe nur noch kasuistische Regelungen erlassen. Durch zu hohe Spezialität wird die Zahl und Art der erfassten Fälle eingeschränkt, im Extremfall bis auf die Kasuistik. Das Gesetz würde gerade aufgrund der Vielgestaltigkeit des Lebens immer planwidrig lückenhaft bleiben.<sup>518</sup> Zudem würde auch aufgrund der Unübersichtlichkeit durch das quantitative Anwachsen des Gesetzes die Verständlichkeit leiden.<sup>519</sup> Die einzelne Strafnorm muss eine materiell-inhaltliche Einheit bilden. Ihre Anwendbarkeit soll sich auf Sachverhalte beziehen, welche von ähnlicher Tragweite sind und sich auf vergleichbare Lebenssituationen beziehen, was eine gewisse Einschränkung der Materie voraussetzt. Eine Norm, welche alleine die grobe öffentliche Verletzung von Sitte und Anstand unter Strafe stellt,<sup>520</sup> kann daher nicht mit der Begründung, sie widerspiegeln die «Vielfältigkeit des Lebens», als genügend bestimmt erachtet werden.

Steht nun «der Gesetzgeber vor der Alternative, wenige weite Tatbestände oder viele enge Tatbestände in derselben Regelungsmaterie aufzustellen, spricht man vom Gegensatz zwischen genereller und kasuistischer Regelung.»<sup>521</sup> Sind dabei die an den Tatbestand anknüpfenden Rechtsfolgen abstufbar, wie dies im Strafrecht der Fall ist, kann es durchaus sinnvoll sein, dass bei einem weiten Tatbestand eine eher unbestimmte, bei engen Tatbeständen, eine eher bestimmte Rechtsfolge folgt.<sup>522</sup> Der Nachteil einer allgemeinen Formulierung besteht darin, dass viele Fälle einem Tatbestand unterworfen werden, welche zunächst alle gleich behandelt werden, obwohl sie sich stark unterscheiden können. Die relativ unbestimmte Rechtsfolge führt dann aber dazu, dass der Individualität des Einzelfalles bei «der Statuierung der Rechtsfolge nach dem Ermessen des Richters»<sup>523</sup> Rechnung getragen wird.<sup>524</sup> Dies darf aber nicht

---

<sup>518</sup> IPSEN, S. 67; vgl. etwa BGE 117 Ia 472, 481 zum baselstädtischen Vermummungsverbot: «Da die Mittel, mit denen sich ein Teilnehmer unkenntlich machen kann, vielfältig sind, ist es praktisch unmöglich, die verschiedenen zur Unkenntlichmachung führenden Handlungen im Gesetz einzeln aufzuzählen.»; zum Begriff der Planwidrigkeit einer Lücke vgl. hinten S. 177 f.

<sup>519</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 N 20; NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 268; BEAUCAMP, S. 45; vgl. im Übrigen vorne S. 69 ff.

<sup>520</sup> Art. 19 Strafrecht/AR.

<sup>521</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 255 f.

<sup>522</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 256.

<sup>523</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 256.

<sup>524</sup> Vgl. dazu auch NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 18; ROXIN, AT, § 5 Rn 79; DANNECKER, S. 286; DUBS, Bestimmtheit, S. 246; vgl. auch VGer ZH, Urteil vom 22.12.1993, StE 1994, B 101.2. Nr. 17.

bedeuten, dass der Unbestimmtheit der Rechtsfolgen, wie dies etwa bei einem versuchten Mord der Fall ist,<sup>525</sup> Tür und Tor geöffnet werden darf.<sup>526</sup>

Für den Gesetzgeber muss grundsätzlich gelten, dass er sich von der Kasuistik trennt und zur Generalisierung übergeht.<sup>527</sup> Dies muss insbesondere dort gelten, wo Lebensverhältnisse komplex und vielgestaltig sind, die Regelmaterie schnellen Änderungen unterworfen ist oder sich durch persönliche Faktoren auszeichnet.<sup>528</sup> Im Idealfall gelingt es dem Gesetzgeber das Optimum zwischen Kasuistik und Allgemeinheit zu eruieren. «Die Vielzahl der Fälle muss danach geordnet werden, welche gleich zu regeln sind. Für diese gleichen Fälle bedarf es dann nur einer Regelung. Damit wird bereits eine Vielheit von Regeln erspart.»<sup>529</sup> Dabei kann die Natur der zu regelnden Materie durch die Verwendung mehr oder weniger vager Begriffe zu einer gewissen Offenheit der Norm führen.<sup>530</sup> Allerdings «sind Weite und Allgemeinheit einer Norm mit deren Unbestimmtheit [nicht] identisch.»<sup>531</sup> Eine weite und allgemeine Aussage kann genauso exakt und bestimmt sein, wie eine spezielle.<sup>532</sup>

Das Kriterium der Vielgestaltigkeit der zu ordnenden Sachverhalte taugt nicht, um eigentlich unbestimmt formulierte Strafnormen und -gesetze als rechtlich genügend bestimmt erscheinen zu lassen.<sup>533</sup> Mit diesem Kriterium kann einzig festgestellt werden, dass aufgrund dessen, dass eine Strafnorm zu viele und zu unterschiedliche solcher Sachverhalte gleichzeitig zu regeln versucht, sie zu unbestimmt formuliert wurde, da nicht mehr voraussehbar ist, welche Sachverhalte davon erfasst werden und welche nicht.

#### *dd) Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung*

Die Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung ist von zentraler Bedeutung, um die Bestimmtheit einer Strafnorm oder eines Strafge-

<sup>525</sup> Vgl. vorne S. 91 f.

<sup>526</sup> Vgl. DANNECKER, S. 285 ff.

<sup>527</sup> WALTER, Gesetzestechnik, S. 86; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktion, S. 208.

<sup>528</sup> BEAUCAMP, S. 46.

<sup>529</sup> WALTER, Gesetzestechnik, S. 86; vgl. MIDDELSCHULTE, S. 85.

<sup>530</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 239; WEBER-LEJEUNE, S. 166.

<sup>531</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 255; DUBS, Bestimmtheit, S. 242; vgl. SEEL, S. 16 f.

<sup>532</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 255, 264 f.

<sup>533</sup> MIDDELSCHULTE, S. 86: «Die Berufung auf die ‚Vielheit der Verwaltungsaufgaben‘ als Rechtfertigung für die Unbestimmtheit gesetzlicher Regelungen führt zu einem Zirkelschluss.»

setzes zu beurteilen.<sup>534</sup> Dies geht auch bereits aus der Forderung hervor, dass das Gesetz so präzise und verständlich formuliert sein müsse, dass sich der Bürger danach richten und mit einem entsprechenden Grad an Gewissheit die Konsequenzen eines bestimmten Verhaltens abschätzen könne.<sup>535</sup> Je präziser und je verständlicher ein Gesetz formuliert wird, umso leichter kann ihm der Bürger die notwendige Information entnehmen. Insofern hat dieses Kriterium des Bundesgerichts durchaus seine Berechtigung. Der genügende Bestimmtheitsgrad hängt aber davon ab, wie hoch der «entsprechende Grad an Gewissheit» des Bürgers sein muss.

Das Gesetz kommt ohne vage und poröse Begriffe nicht aus, wodurch die Grenzen der Strafbarkeit unscharf werden. Diese Fälle werden als neutrale Kandidaten bezeichnet bzw. bilden den Begriffshof einer Strafnorm. Dazu gehören Verhaltensweisen bzw. Sachverhalte, bei denen nicht ohne weiteres entschieden werden kann, ob sie aufgrund des Gesetzestextes strafrechtlich verfolgt werden oder nicht. Es gilt die Regel: Je mehr vage und poröse Begriffe das Gesetz verwendet, je unbestimmter ist es und desto weniger konkrete Aussagen lassen sich daraus mit Sicherheit ableiten.<sup>536</sup> Diese sprachevidente Tatsache führt dazu, dass die Voraussehbarkeit von Strafurteilen stark eingeschränkt wird. Selbst bei Kenntnis einer gefestigten Rechtsprechung kann nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden, ob ein bestimmtes Verhalten nicht durch eine Rechtsprechungsänderung neu als strafbar angesehen wird.<sup>537</sup> Je komplexer nun eine Regelungsmaterie und/oder ein Sachverhalt ist und je unbestimmter die zugrunde liegende Norm ist, desto schwieriger wird die Berechenbarkeit eines Urteils.

Die im Einzelfall zu treffende Entscheidung kann sowohl schwer vorhersehbar als auch schwer berechenbar sein.<sup>538</sup> Entscheidend ist, ob ein Bürger anhand des Gesetzestextes erkennen und mit der Möglichkeit rechnen konnte, dass sein Verhalten strafbar sein könnte. Wird diese Frage positiv beantwortet, wäre ein Strafgesetz bzw. eine -norm genügend bestimmt formuliert. Dadurch würde aber der erforderliche Grad der Bestimmtheit sehr tief angesetzt. Umgekehrt, wenn diese Schwelle also eher höher als tiefer angesetzt würde, könnte dies zur Folge haben, dass viele Strafnormen als zu unbestimmt angesehen

---

<sup>534</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 224 ff.; MIDDELSCHULTE, S. 151: «Vertrauensschutz des Bürgers.»

<sup>535</sup> Vgl. die Entscheide des BGer vorne in der Fn. 349.

<sup>536</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 224; vgl. LEMMEL, S. 58 f.; MIDDELSCHULTE, S. 153 f.; im Übrigen vgl. dazu bereits vorne S. 68 ff.

<sup>537</sup> Vgl. dazu GRAF, N 122 ff.; LEMMEL, S. 71.

<sup>538</sup> LEMMEL, S. 70 ff.

werden müssten.<sup>539</sup> So kann der Bürger etwa allein aufgrund des Gesetzestextes wohl nicht feststellen, welche konkreten Verhaltensweisen von der Nötigung i.S.v. Art. 181 StGB erfasst werden, wie viele Mitglieder für eine Bande nötig sind oder was alles ein geringfügiger Vermögenswert ist. Entscheidend muss aber letztlich sein, ob das Gesetz verständlich und präzise genug formuliert ist, dass der Bürger mit einem bestimmten Auslegungsergebnis rechnen konnte.

*ee) Erst bei der Konkretisierung im Einzelfall mögliche und sachgerechte Entscheidung*

Ein gewisser Spielraum, welcher dem Rechtsanwender zusteht, ist stets notwendig, soll eine dem Einzelfall gerechte Entscheidung ermöglicht werden. Dies kann durch eine offene Norm begünstigt werden.<sup>540</sup>

Das Kriterium der «erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung» läuft insofern leer, weil eine sachgerechte Entscheidung und eine Konkretisierung im Einzelfall bei jedem Entscheid im individuell-konkreten Fall erforderlich ist. Ein solcher Entscheid des Rechtsanwenders erfolgt damit unabhängig vom Bestimmtheitsgrad einer Norm, weshalb das Kriterium nicht aussagekräftig ist.<sup>541</sup>

Das Kriterium scheint einzig auf die Rechtsfolge, nämlich auf die Bandbreite des Strafrahmens, anwendbar zu sein. Wie bereits erwähnt wurde, kann bei einem weiten Tatbestand der Strafrahmen eher unbestimmt sein, damit es dem Rechtsanwender möglich ist, dem individuell-konkreten Fall gerecht begegnen zu können.<sup>542</sup> Entsprechend kann das Kriterium des Bundesgerichts bei solchen Tatbeständen einen eher unbestimmten Strafrahmen rechtfertigen.

## **b) Schlussfolgerungen**

Die Ausführungen zu den bundesgerichtlichen Kriterien haben gezeigt, dass sie nur beschränkt dazu taugen, die genügende Bestimmtheit eines Strafgesetzes bzw. einer Strafbestimmung konkret festzulegen.

---

<sup>539</sup> Vgl. zur Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit MIDDLSCHULTE, S. 151 ff.

<sup>540</sup> Vgl. STEINMANN, S. 71 in Bezug auf die Rechtsgleichheit.

<sup>541</sup> Vgl. RITTER, S. 183, welcher das Kriterium «insbesondere im Raumplanungsrecht» für anwendbar hält.

<sup>542</sup> Vgl. vorne S. 94.

Die Frage, wie bestimmt ein Gesetz bzw. eine Norm formuliert sein muss, stellt sich in sämtlichen Bereichen, in welchen der Staat tätig wird.<sup>543</sup> Hoheitlich handeln die Behörden, das Volk als Staatsorgan, aber auch etwa Private, welche staatliche Aufgaben mittels Delegation übernehmen.<sup>544</sup> Das Bestimmtheitsgebot gilt dabei grundsätzlich für sämtliches staatliches Handeln, wobei die Anforderungen an die genügende Bestimmtheit stark variieren.<sup>545</sup> So gelten z.B. im Bereich der Leistungsverwaltung, also dort, wo der Bürger vom Staat gewisse Leistungen erhält, geringere Anforderungen als dort, wo der Staat etwa die Freiheitsrechte beschränkt.<sup>546</sup> Unbestimmte Regelungen genügen etwa dort, wo die Betroffenen ein Rechtsverhältnis freiwillig eingegangen sind.<sup>547</sup> Eine Ausnahme vom Erfordernis des Rechtssatzes gilt etwa bei einem Polizeinotstand gem. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV.<sup>548</sup> Ebenfalls kann Gewohnheitsrecht als zulässige Rechtsquelle in Frage kommen.<sup>549</sup> Andere Anforderungen müssen aber im Bereich des Strafrechts gelten, da dort der Eingriff «in die grundrechtlich vermittelte Rechtsposition»<sup>550</sup> besonders intensiv ist.<sup>551</sup> Es fällt «von vornherein schwer, den Gesetzesvorbehalt generell in einer Weise zu umschreiben, die für alle Bereiche genau zutrifft.»<sup>552</sup>

Trotz dieser völlig unterschiedlichen Anforderungen an die genügende Bestimmtheit der zugrunde liegenden Rechtsnormen erfolgt die bundesgerichtliche Überprüfung nach demselben Schema, unabhängig davon, ob es sich um einen leichten oder schweren Eingriff in ein verfassungsmässiges Recht, um eine verwaltungsrechtliche Grundlage oder um die Frage eines Polizeinotstandes handelt. Die Kriterien finden dadurch auf sämtlichen Rechtsgrundlagen des öffentlichen Rechts sowie auch auf das Strafrecht Anwendung. Entsprechend sind sie sehr offen und abstrakt formuliert, um unabhängig von der rechtlichen Grundlage angewendet werden zu können.

<sup>543</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 BV.

<sup>544</sup> HANGARTNER, SGKomm 2008, Art. 5 N 3.

<sup>545</sup> HÖHN, Legalitätsprinzip, S. 160; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 N 22; vgl. auch DUBS, Bestimmtheit, S. 228; BORER, S. 220 f.

<sup>546</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1873; COTTIER, S. 25 f.; BGE 103 Ia 369, 380 ff.; 123 I 1, 2 ff.; 128 I 113, 122; 130 I 1, 5.

<sup>547</sup> BGE 123 I 1, 6; 121 I 230, 239.

<sup>548</sup> Vgl. dazu etwa GÄCHTER, in: Staatsrecht, § 30 N 110 ff.

<sup>549</sup> Zu den Voraussetzungen vgl. etwa SCHINDLER, SGKomm, Art 5 N 24.

<sup>550</sup> KIENER/KÄLIN, S. 97.

<sup>551</sup> Vgl. VETTERLI, S. 451; WIDMER, S. 27; COTTIER, S. 61; HÖHN, Legalitätsprinzip, S. 160; vgl. etwa auch BGE 123 I 1, 5 f.

<sup>552</sup> HÖHN, Legalitätsprinzip, S. 160.

Die Kriterien dienen dazu, die «hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze»<sup>553</sup> festzulegen. Dabei ergibt sich allerdings der erforderliche Grad der Bestimmtheit nicht aufgrund der Kriterien selbst. Sie müssen vielmehr zuerst je nach Regelungsmaterie konkretisiert und angepasst werden, weil die Anforderungen an den erforderlichen Bestimmtheitsgrad variieren.<sup>554</sup> So mag im Bereich des Polizeirechts eine «höchst unbestimmte Regelung» ausreichen,<sup>555</sup> was im materiellen Strafrecht unzulässig wäre. Aufgrund der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte im Bereich des Polizeirechts werden demnach die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage eher tief angesetzt.<sup>556</sup> Durch diese Diversifikationen der Minimalanforderungen sind die Kriterien auch nicht auf die konkreten Rechtsgrundlagen zugeschnitten, zumindest nicht im Bereich des materiellen Strafrechts. Dies ist auch der Grund dafür, weshalb die Kriterien der Schwere des Eingriffs, der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte und der erst bei der Konkretisierung möglichen sachgerechten Entscheidung ins Leere laufen. Einzig die Kriterien der Normadressaten sowie der Voraussehbarkeit stellen taugliche und sachgerechte Kriterien dar. Soll das Ziel des materiell-straftrechtlichen Bestimmtheitsgebotes sein, dass der Bürger sein Verhalten nach dem Gesetz richten kann, so muss zwingend gefragt werden, wer von einer Regelung betroffen ist und inwiefern es für ihn möglich war, strafbares Verhalten zu erkennen. Der Adressatenkreis und die Voraussehbarkeit sind daher entscheidende Kriterien für die Anforderungen an die Bestimmtheit. Die übrigen Kriterien bieten hingegen keinerlei Anhaltspunkte, inwiefern das materiell-straftrechtliche Bestimmtheitsgebot im konkreten Fall verletzt ist oder nicht.

## 2. Kriterien nach SCHÜNEMANN

SCHÜNEMANN definiert den genügenden Bestimmtheitsgrad nach quantitativen Kriterien. Er unterscheidet zunächst zwischen vier ineinander übergehenden Gruppen. Zur ersten Gruppe gehören die «numerischen und daher absolut bestimmten Begriffe.»<sup>557</sup> Die zweite Gruppe besteht aus allgemeinen Begriffen, die auf die ganze Gesellschaft einheitlich übertragen werden können, d.h. deskriptive Kategorien, die als «deskriptive Tatbestandsmerkmale» bezeichnet

---

<sup>553</sup> BGE 132 I 49, 58; 128 I 327, 339.

<sup>554</sup> BIAGGINI, OFK-BV, Art. 5 N 10; vgl. HÖHN, Legalitätsprinzip, S. 160; BAUMBERGER, S. 904; RHINOW/SCHEFER, N 2625.

<sup>555</sup> BGE 128 I 327, 341; RITTER, S. 79 f.

<sup>556</sup> Vgl. RITTER, S. 79 f.

<sup>557</sup> SCHÜNEMANN, S. 29 f.

werden. Die dritte Gruppe umfasst die normativen Tatbestandsmerkmale, welche nach ihrer gesellschaftlichen Funktion gebildet werden. Schliesslich werden die reinen Wertbegriffe in der vierten Gruppe zusammengefasst, die auch als Generalklauseln bezeichnet werden.<sup>558</sup>

Eine Strafnorm gilt nach SCHÜNEMANN dann als genügend bestimmt, wenn «der Anteil der noch hinreichend bestimmbareren Tatbestandsmerkmale an der Begrenzung des strafbaren Verhaltens jedenfalls mehr als 50%» betrage.<sup>559</sup> Daraus folge schliesslich,

«dass der vom Gesetzgeber mit Tatbestandsmerkmalen der ersten drei Stufen erfasste Handlungsrahmen auch in der Regel, und d.h. mindestens für über 50% der tatsächlich vorkommenden Fälle, strafwürdig sein muss, während die dem Richter [...] freie Entscheidungskompetenz auf Ausnahmefälle, und d.h. auf weniger als 50%, beschränkt sein muss.»<sup>560</sup>

Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass mindestens die Hälfte aller Fälle vom Begriffskern erfasst sein müsste und zugleich, dass maximal die Hälfte aller Fälle dem Begriffshof zugeordnet werden müsste.

SCHÜNEMANN räumt selbst ein, dass seine quantitative Methode nur durch «eine mehr oder weniger pauschale Schätzung praktisch realisiert werden» kann.<sup>561</sup> Andererseits habe der Gesetzgeber über den harten Kern einer Norm oft nur verschwommene Vorstellungen, die keine pauschale Quantifizierung gestatten. SCHÜNEMANN meint, diesen Einwänden dadurch begegnen zu können, dass der Gesetzgeber ein solches Urteil über die Quantifizierung abgeben könnte, «weil es ja noch nicht um die exakte Festlegung der Strafbarkeit, sondern nur um eine Ortung des überhaupt strafrechtsrelevanten Bereiches» gin-ge.<sup>562</sup> Tatsächlich kann aber gar nicht festgelegt werden, was einen Bestimmtheitsgrad von 50% ausmacht. Es ist schlicht nicht möglich, die Bestimmtheit von Sprache prozentual anzugeben.<sup>563</sup> Die Beurteilung der genügenden Bestimmtheit sollte aber auch anhand sachlicher und nicht formeller

---

<sup>558</sup> SCHÜNEMANN, S. 29 f.; zu den deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen vgl. hinten S. 119 f.

<sup>559</sup> SCHÜNEMANN, S. 35.

<sup>560</sup> SCHÜNEMANN, S. 35 f.

<sup>561</sup> SCHÜNEMANN, S. 36.

<sup>562</sup> SCHÜNEMANN, S. 36.

<sup>563</sup> Ebenso WEBER-LEJEUNE, S. 165.

Kriterien vorgenommen werden. Je nach Regelungsmaterie kann ein anderer Grad an erforderlicher Bestimmtheit sachlich gerechtfertigt sein.<sup>564</sup>

### 3. Kriterien nach LENCKNER und nach SEEL

Nach LENCKNER ist die Bestimmtheit von Strafgesetzen abhängig vom Konflikt zwischen Rechtssicherheit, d.h. der «Voraussehbarkeit und Vorausberechenbarkeit staatlichen Strafs»<sup>565</sup> und der materiellen Gerechtigkeit, welche die «Elastizität normativer Elemente»<sup>566</sup> verlangt. Dabei soll nach LENCKNER so viel materielle Gerechtigkeit und so viel Rechtssicherheit wie möglich angestrebt werden.

SEEL verfolgt ein ähnliches Konzept wie LENCKNER. Seiner Ansicht nach darf das Bestimmtheitsgebot nicht einzig «die Rechtssicherheit des einzelnen Staatsbürgers in den Mittelpunkt aller Dinge» stellen.<sup>567</sup> Das Legalitätsprinzip dürfe nicht «aus seiner Geschichte und seiner spezifischen Bedeutung heraus ausgelegt werden, sondern muss im Gesamtgefüge des Grundgesetzes, ausgerichtet auf dessen gestaltende Grundlinien, interpretiert werden.»<sup>568</sup> Insofern müsse auch ein Tatbestand, welcher derart unbestimmt ist, dass «sein Inhalt und Umfang noch im Wege der Auslegung festgestellt werden kann», nicht zwingend gegen das Legalitätsprinzip verstossen.<sup>569</sup>

«Vielmehr hat der Gesetzgeber bzw. der Richter dann erst eine Art Güterabwägung vorzunehmen. Er hat zu prüfen, ob diese die Rechtssicherheit des Einzelnen zweifellos beeinträchtigende Unbestimmtheit nicht aus Gründen der Gerechtigkeit und der Zweckmässigkeit zwingend erforderlich und damit unvermeidbar ist.»<sup>570</sup>

Insofern nimmt auch SEEL eine Abwägung zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit vor, wobei er aber auch noch die Frage der Zweckmässigkeit einfließen lässt. Seiner Meinung nach sind dabei die Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit «rangleiche Bestandteile des Rechtsstaatsprin-

---

<sup>564</sup> Vgl. dazu RAABE, S. 71: Es wäre bedenklich, «wenn ein Tatbestand ‚mit 49 prozentiger Unbestimmtheit‘ noch nicht gegen das Bestimmtheitsgebot verstiesse.»

<sup>565</sup> LENCKNER, S. 304.

<sup>566</sup> LENCKNER, S. 305.

<sup>567</sup> SEEL, S. 112.

<sup>568</sup> SEEL, S. 113.

<sup>569</sup> SEEL, S. 114.

<sup>570</sup> SEEL, S. 114.

zip[s].»<sup>571</sup> Insofern fordere das Legalitätsprinzip «eine Gesetzesbestimmtheit nur mehr soweit, als durch sie nicht überragende Interessen der Gerechtigkeit und der Zweckmässigkeit verletzt werden.»<sup>572</sup>

LENCKNER und SEEL stellen zu Recht fest, dass das Bestimmtheitsgebot nicht absolut verstanden werden darf. Vielmehr hat der Gesetzgeber «möglichst alle gleichartigen Delikte in gleicher Weise zu bestrafen, aber auch die Voraussetzungen zu schaffen, dass die Besonderheiten jedes einzelnen Falles, soweit wie möglich, berücksichtigt werden können.»<sup>573</sup> Dies widerspiegelt den Gegensatz zwischen dem Bedürfnis nach bestimmten Strafgesetzen und gerechten Entscheiden im Einzelfall. Insofern muss zwischen dem Bestimmtheitsgebot und dem Flexibilisierungsbedürfnis resp. dem Bedürfnis nach Gerechtigkeit und der Zweckmässigkeit von Strafgesetzen immer abgewogen werden.<sup>574</sup>

Die Schwäche dieser Konzeption besteht darin, dass eine solche Güterabwägung keine verlässliche Grundlage für die Beurteilung des Einzelfalles ermöglicht. LEMMEL meint sogar, dass die Güter der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit überhaupt nicht abgewogen werden können:

«Die Belange des Gemeinwohls und der Gerechtigkeit einerseits und die Rechtssicherheit andererseits, welche überdies auch der Gerechtigkeit dient,<sup>575</sup> sind Güter, deren Bedeutung im Einzelfall nicht einfach abgemessen und miteinander verglichen werden kann.»<sup>576</sup>

Insofern beisst sich hier die Katze selbst in den Schwanz: Soll das Bestimmtheitsgebot die Rechtssicherheit fördern, aber zugleich der Strafrichter zwischen ihr und der Gerechtigkeit eine Abwägung vornehmen, ist der Bürger vom subjektiven Urteil des Richters abhängig. Als Folge wird auch die Rechtssicherheit beeinträchtigt. Bezeichnenderweise kommen LENCKNER und SEEL bei ihren Güterabwägungen über dieselben Tatbestände zu unterschiedlichen Ergebnissen. So sieht LENCKNER die Vorschrift über die Strafbarkeit von «grobem Unfug» als verfassungswidrig an,<sup>577</sup> während SEEL sie für verfassungskonform hält<sup>578 579</sup>.

<sup>571</sup> SEEL, S. 114, 118.

<sup>572</sup> SEEL, S. 114.

<sup>573</sup> LEMMEL, S. 110.

<sup>574</sup> Vgl. auch LEMMEL, S. 110 f.

<sup>575</sup> Vgl. dazu hinten S. 207.

<sup>576</sup> LEMMEL, S. 111.

<sup>577</sup> LENCKNER, S. 305.

<sup>578</sup> SEEL, S. 137 f.

Die Kriterien von LENCKNER und SEEL erfassen den Kern des Problems. Sie sind allerdings derart abstrakt, dass sie für den Rechtsanwender vorerst keine verlässliche Grundlage bieten, um bestimmte und zu unbestimmte Tatbestände voneinander abgrenzen zu können.<sup>580</sup>

#### 4. Kriterien nach KOHLMANN

KOHLMANN vertritt die Ansicht, dass nur Strafnormen dem Bestimmtheitsgebot genügen, «bei deren Schaffung der Gesetzgeber nach [... dem sog.] Drei-Stufen-Schema vorgegangen ist.»<sup>581</sup> Überspringt der Gesetzgeber eine Stufe, «ohne von der Sache her gezwungen zu sein», soll ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot vorliegen.<sup>582</sup> Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber Normen stets so bestimmt wie möglich formuliert.<sup>583</sup>

KOHLMANN konstatiert ein hierarchisches Modell, an dessen erster Stufe die deskriptiven Begriffe stehen. Dabei wird Unbestimmtheit vorerst in Kauf genommen, soweit sie auf der Unzulänglichkeit der Sprache beruht. Sind deskriptive Begriffe jenseits der Toleranzgrenze, muss der Gesetzgeber sie durch die exemplifizierende Methode oder durch Legaldefinitionen präzisieren.<sup>584</sup>

Auf der zweiten Stufe kann der Gesetzgeber sodann normative Begriffe verwenden, welche im Rechtsraum verankert sind. Die Verwendung solcher Begriffe ist allerdings nur zulässig, «wenn feststeht, dass auf Grund der Beschaffenheit des zu regelnden Lebenssachverhalts die Verwendung deskriptiver Merkmale (Regelung auf Stufe 1) nicht zur Realisierung des gesetzgeberischen Ziels führt.»<sup>585</sup> Wiederum wird auch hier die Unzulänglichkeit der Sprache in Kauf genommen. Einschränkungen ergeben sich nur dann, wenn die Begriffe nicht «im Bewusstsein der Rechtsgemeinschaft rückgegründet sind», wie etwa der Begriff der Zueignung oder durch «Spezialgesetze, die ihre inhaltliche Konkretisierung ermöglichen, ausgeglichen wird.»<sup>586</sup> Diesfalls müsste der Gesetzgeber wiederum durch Legaldefinitionen oder die exemplifizierende Methode die Begriffe konkretisieren.

---

<sup>579</sup> Vgl. dazu auch LEMMEL, S. 111; DONATSCH/TAG, § 4/1.a; TRECHSEL/NOLL, S. 53.

<sup>580</sup> Ebenso LEMMEL, S. 112; vgl. auch RAABE, S. 69 f.

<sup>581</sup> KOHLMANN, S. 266.

<sup>582</sup> KOHLMANN, S. 266.

<sup>583</sup> KOHLMANN, S. 266.

<sup>584</sup> KOHLMANN, S. 267.

<sup>585</sup> KOHLMANN, S. 267.

<sup>586</sup> KOHLMANN, S. 267 f.

Schliesslich darf der Gesetzgeber auf Stufe drei normative Merkmale verwenden, welche im ausserrechtlichen Raum verankert sind. Diese sind allerdings zu vermeiden, da sie der Berechenbarkeitsmaxime widersprechen. Sie sind nur zulässig, soweit «das gesetzgeberische Ziel nicht [auf andere Weise] erreicht werden kann.»<sup>587</sup> Der Gesetzgeber muss hier in jedem Fall solche Begriffe durch Legaldefinitionen oder durch die exemplifizierende Methode konkretisieren.<sup>588</sup>

Der Zielsetzung, dass Straftatbestände immer möglichst bestimmt formuliert sind und sein müssen, ist zuzustimmen. Fraglich ist allerdings, ob dies anhand des von KOHLMANN entwickelten Drei-Stufen-Schemas erreicht werden kann. Zunächst muss die vorrangige Verwendung von deskriptiven Begriffen gegenüber normativen Begriffen nicht zwingend zu einer Steigerung des Bestimmtheitsgrades einer Strafnorm führen. Wie KOHLMANN selbst darlegt, muss ein deskriptiver Begriff nicht zwingend bestimmt sein bzw. umgekehrt ein normativer Begriff nicht zwingend unbestimmt. Begriffe sind immer mehr oder weniger unbestimmt.<sup>589</sup> Zwar gibt es ein «Bestimmtheitsgefälle von deskriptiven Merkmalen hinab zu wertausfüllungsbedürftigen normativen Merkmalen», weil deskriptive Merkmale «zumindst einen feststehenden, wahrnehmbaren Kern [besitzen], der nicht über moralische Ordnungsmassstäbe bestimmt wird.»<sup>590</sup> Insofern kann KOHLMANNs Schema den Bestimmtheitsgrad fördern. Zwingend der Fall sein muss dies aber nicht.<sup>591</sup>

Es ist darüber hinaus aber auch zweifelhaft, ob die exemplifizierende Methode und Legaldefinitionen die Bestimmtheit von Strafnormen fördern (können). Wie noch aufzuzeigen sein wird, können die exemplifizierende Methode wie auch Legaldefinitionen zur Präzisierung eines Tatbestandes beitragen.<sup>592</sup> Beide dieser gesetzgeberischen Techniken machen aus einem unbestimmten Begriff allerdings nicht kurzerhand einen bestimmten.<sup>593</sup> Und schliesslich würde jedes Gesetz durch die exemplifizierende Methode und Legaldefinitionen quantitativ derart anwachsen, dass fraglich wäre, ob durch den Verlust der Übersichtlichkeit letztlich etwas für den Bestimmtheitsgrad hinzugewonnen wäre.

---

<sup>587</sup> KOHLMANN, S. 268.

<sup>588</sup> Vgl. zum Ganzen KOHLMANN, S. 267 f.

<sup>589</sup> KOHLMANN, S. 236.

<sup>590</sup> RAABE, S. 75.

<sup>591</sup> LEMMEL, S. 101 ff.

<sup>592</sup> Vgl. hinten S. 108 ff., 129 ff.

<sup>593</sup> Vgl. dazu hinten S. 109 ff., 130 f.

### III. Schlussfolgerungen

#### 1. Faktoren der Bestimmtheit von Strafnormen

Das Bestimmtheitsgebot fordert ein zugleich präzises wie auch verständliches Gesetz. Damit soll das Ziel des Legalitätsprinzips, dass der Bürger dem Gesetz die Grenzen der Strafbarkeit entnehmen kann, erreicht werden. Die Präzision und die Verständlichkeit eines Textes stehen aber in einer Wechselwirkung zueinander. Beiden Anforderungen kann das Gesetz gleichzeitig nie vollständig gerecht werden, weil dem Postulat der Bestimmtheit sprachliche Grenzen gesetzt sind.

Der Bestimmtheitsgrad einer Norm hängt weiter auch von den rechtsstaatlich erforderlichen Interessen der Rechtssicherheit, der Einzelfallgerechtigkeit, der Zweckmässigkeit und der Gewaltenteilung ab. Die abstrakte Norm ist «ein gesellschaftliches Erfordernis.»<sup>594</sup> Einerseits soll sich damit das Gesetz flexibel an die «Vielfalt des Lebens» problemlos anpassen können und zugleich aber auch eine bestimmte Grenze für den Rechtsanwender darstellen. Soll der Richter einzelfallgerechte Urteile fällen, bedingt dies ein flexibles Gesetz. Ein solcher Entscheidungsspielraum ist aber nur möglich, wenn das Gesetz eher offen formuliert ist, was meist eine gewisse Unbestimmtheit der Formulierungen voraussetzt.<sup>595</sup> Zugleich dient die Offenheit des Gesetzes auch deren Beständigkeit. Bestmöglich sollen Normen generationenübergreifend in Kraft sein.

Die absolute Bestimmtheit von Strafgesetzen stellt daher eine Utopie dar.<sup>596</sup> Die Anforderungen an die Formulierung von Strafnormen stehen in einer Wechselwirkung, was einerseits eine absolute Bestimmtheit verunmöglicht und andererseits den Grund dafür darstellt, dass nicht abstrakt festgelegt werden kann, welche Formulierung im Einzelfall genügend bestimmt ist. Die Bestimmtheit wird damit zur Bestimmbarkeit.<sup>597</sup> Das Bestimmtheitsgebot ist eben kein Verbot, sondern ein Gebot.<sup>598</sup> Für den Gesetzgeber heisst das, dass er nicht nur genügend bestimmt, sondern optimal bestimmt formulieren muss. Zwar muss es dem Gesetzgeber unbenommen sein, vage und allgemeine Begriffe zu verwenden. Wie aber auch das Bundesgericht richtig anerkennt, muss das Gesetz einen «optimalen Grad der Bestimmtheit» aufweisen und darf nicht

---

<sup>594</sup> KRAMM, S. 48.

<sup>595</sup> Vgl. etwa MÜLLER/MATTLE, S. 283.

<sup>596</sup> Vgl. SCHMIDHÄUSER, Utopie, S. 231 ff.

<sup>597</sup> ESER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 20.

<sup>598</sup> BEAUCAMP, S. 48.

«unnötig wesentliche Wertungen der Gesetzesanwendung» überlassen.<sup>599</sup> Dies bedingt, dass sich der Gesetzgeber im Zweifel für die Bestimmtheit und gegen die Offenheit bzw. Inexaktheit oder Unverständlichkeit einer gesetzlichen Formulierung entscheiden sollte.

Es muss deshalb stets danach gefragt werden, ob eine Strafnorm bestimmter formuliert werden könnte und falls ja, ob die gewählte unbestimmtere Formulierung sachlich begründet werden kann. In aller Regel wird man dabei feststellen müssen, dass Strafnormen bestimmter formuliert werden können. Nur vereinzelt, etwa bei Ordnungsbussen im Strassenverkehr,<sup>600</sup> ist dies kaum möglich, weil diese Straftatbestände äusserst präzise und verständlich formuliert sind, was sich aus der Natur des Strassenverkehrsstrafrechts ergibt.<sup>601</sup> Hat man es dagegen mit einer eher unbestimmten Norm zu tun, muss zwischen den Anforderungen der Bestimmtheit, Beständigkeit und Flexibilität abgewogen werden. Die Kriterien des Adressatenkreises wie auch die zugrunde liegende Materie können dabei hilfreich sein, um zu entscheiden, ob der Bestimmtheitsgrad einer Norm sachlich gerechtfertigt ist oder nicht.

## 2. Herausforderung, Kriterien für die optimale Bestimmtheit von Strafnormen zu finden

Aufgrund der Offenheit von Sprache und der Abhängigkeit von der konkreten Regelungsmaterie kann nur im Einzelfall entschieden werden, ob eine Norm optimal bestimmt formuliert ist oder nicht. Es können kaum Kriterien aufgestellt bzw. gefunden werden, welche die optimale oder genügende Bestimmtheit in eine allgemeingültige normative Formel giessen.<sup>602</sup> Dies zeigt sich schon daran, dass nicht festgelegt werden kann, wo die Grenze zwischen Bestimmtheit und Unbestimmtheit verläuft.<sup>603</sup>

Im Fokus sollten für die bestmögliche Formulierung von Strafnormen stets sachliche und dem Einzelfall angepasste Überlegungen stehen. Alleine diese können zu einer optimalen Bestimmtheit beitragen. So muss insbesondere

<sup>599</sup> BGE 109 Ia 273, 283; 115 Ia 277, 288; DUBS, Bestimmtheit, S. 225.

<sup>600</sup> Vgl. die Ordnungsbussenverordnung (OBV) vom 4.3.1996, SR 741.031.

<sup>601</sup> Vgl. auch hinten S. 111 f.

<sup>602</sup> Vgl. WEBER-LEJEUNE, S. 165; EICKER, S. 179.

<sup>603</sup> GRÜN WALD, S. 7; WOLFFERS, S. 576; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 49; EICKER, S. 172: «Anders gewendet besteht die besondere Schwierigkeit in der Anwendung des Bestimmtheitsgebotes darin, dass es selbst äusserst unbestimmt ist und kaum einen konkreten anwendbaren Massstab zur Beurteilung von Gesetzesbestimmtheit abgibt.»

adressatengerecht formuliert werden, weil das Verständnis eines Textes von der konkreten Wissensbasis der Leser abhängt. Formelle Kriterien hingegen, wie z.B. die Höhe der Strafandrohung können zu einem sachlich ungerechtfertigten Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot führen oder – und das ist noch viel schlimmer – eine Rechtfertigung für unbestimmte Formulierungen bilden.

LENCKNER und SEEL ist zuzustimmen, wenn sie schreiben, dass der Bestimmtheitsgrad von Strafgesetzen vom Bedürfnis nach Rechtssicherheit und der damit einhergehenden Verhinderung richterlicher Willkür und dem Flexibilisierungsbedürfnis getragen ist. Diese Postulate hängen unmittelbar mit der materiellen Gerechtigkeit zusammen. Das Ziel jeder strafrechtlichen Rechtsanwendung soll ein dem Einzelfall gerechtes Urteil sein, welches nicht nur nachvollziehbar, sondern auch möglichst berechenbar und voraussehbar gewesen ist. Für den Gesetzgeber bedeutet dies, dass er immer eine Abwägung zwischen diesen Anforderungen an das Strafrechtssystem vornehmen muss, um den optimalen Bestimmtheitsgrad von Strafgesetzen und -normen zu erreichen. Schliesslich wird Gerechtigkeit nicht vorgefunden, sondern vielmehr immer konstruiert.<sup>604</sup>

#### **IV. Instrumente des Gesetzgebers zur adäquaten Formulierung von Strafnormen**

Dem Gesetzgeber stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung, um die Anforderungen an die Formulierung von Strafnormen zu erfüllen. Mit der Wahl der Mittel legt der Gesetzgeber den Bestimmtheitsgrad von Strafnormen und damit den Determinierungsgrad der Rechtsanwender an das Gesetz fest. Im Folgenden werden verschiedene Möglichkeiten der Formulierungstechnik untersucht und ihre Vor- und Nachteile behandelt, um zu klären, wie die Anforderungen an die Formulierung von Strafnormen im Einzelfall bestmöglich umgesetzt werden können.

##### **1. Legaldefinitionen**

###### **a) Begriff**

Legaldefinitionen legen fest, welche Referenzobjekte von einem gesetzlichen Begriff erfasst sein sollen.<sup>605</sup> Sie ermöglichen es dem Gesetzgeber, Begriffe

---

<sup>604</sup> WOHLERS, *ratio legis*, S. 86; NIGGLI, *Auslegung*, S. 167.

<sup>605</sup> Vgl. WEBER-LEJEUNE, S. 23 f.

durch eine Definition zu konkretisieren, wodurch der Gebrauch der Begriffe vereinheitlicht wird.<sup>606</sup> Legaldefinitionen legen im Rahmen ihres Gebrauchs «den gesetzlichen Sprachgebrauch fest»<sup>607</sup> und sind vom «Bedürfnis nach Präzision getragen.»<sup>608</sup>

Legaldefinitionen umschreiben Begriffe häufig mit Enumerationen. So legt beispielsweise Art. 110 Abs. 1 StGB<sup>609</sup> mittels einer abschliessenden Aufzählung fest,<sup>610</sup> wer Angehöriger ist, Abs. 6 derselben Norm bestimmt, dass ein Tag «24 aufeinander folgende Stunden» hat oder Art. 2 JSG definiert, welche wildlebenden Tiere vom Jagdgesetz erfasst sind.<sup>611</sup> Solche enumerativen Legaldefinitionen bieten sich immer dann an, wenn die «aufgezählten Unterbegriffe eindeutiger sind als der definierte Oberbegriff [...] und in ihrer Zahl begrenzt sind.»<sup>612</sup> So sind die in Art. 2 JSG aufgezählten Tiere bestimmter als der Begriff «wildlebende Tiere» und es ist auch nicht so, dass ständig neue wildlebende Tiere in der Schweiz auftreten, welche nicht unter die aufgezählten Unterbegriffe subsumiert werden können.

Legaldefinitionen sind keine Realdefinitionen, d.h. sie müssen nicht zwingend festlegen, wie etwas tatsächlich ist. Ihre Funktion besteht vielmehr in der Abgrenzung von Begriffen, weshalb unvollständige (Real)Definitionen zulässig sind.<sup>613</sup> Sie sollen einen Begriff bzw. Gegenstand nicht vollständig beschreiben, sondern Zweifelsfragen entscheiden.<sup>614</sup> So ist die Definition von Art. 110 Abs. 6 StGB deshalb wichtig, weil dadurch festgelegt wird, dass mit einem «Tag» kein Kalendertag gemeint ist, sondern ein «zusammenhängender Zeitabschnitt von 24 Stunden.»<sup>615</sup>

<sup>606</sup> NOLL, Gesetzestechnik, S. 299; NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 261.

<sup>607</sup> NOLL, Gesetzestechnik, S. 299.

<sup>608</sup> NOLL, Gesetzestechnik, S. 299.

<sup>609</sup> «Angehörige einer Person sind ihr Ehegatte, ihre eingetragene Partnerin oder ihr eingetragener Partner, ihre Verwandten gerader Linie, ihre vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister, ihre Adoptiveltern, ihre Adoptivgeschwister und Adoptivkinder.»

<sup>610</sup> Vgl. etwa ECKERT, BSK I-StGB, Art. 110 Abs. 1 N 3.

<sup>611</sup> Dies sind Vögel (lit. a), Raubtiere (lit. b), Paarhufer (lit. c), Hasenartige (lit. d) sowie Biber, Murmeltier und Eichhörnchen (lit. e).

<sup>612</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 263; vgl. auch WEBER-LEJEUNE, S. 50 ff.

<sup>613</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 262.

<sup>614</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 262; SÁNCHEZ-OSTIZ, S. 72 f.; WEBER-LEJEUNE, S. 25 ff.

<sup>615</sup> ZURBRÜGG, BSK I-StGB, Art. 110 Abs. 6 N 5.

## b) Funktion von Legaldefinitionen und ihre Grenzen

Der Gesetzgeber kann Legaldefinitionen entweder vom übrigen Text isoliert oder in unmittelbarer Nähe des definierten Begriffs ins Gesetz einfügen. So finden sich Definitionen oft am Anfang von Nebengesetzen. Damit werden jeweils der Zweck und zugleich der sachliche und persönliche Geltungsbe-  
reich des jeweiligen Gesetzes umschrieben.<sup>616</sup> So bestimmt etwa Art. 1 Abs. 1 SVG, dass das Strassenverkehrsgesetz den Verkehr auf den öffentlichen Strassen regelt.

Der Gesetzgeber sollte Legaldefinitionen allerdings nur dann verwenden, wenn sie zur gewünschten Präzisierung und damit zu einer Steigerung der Effizienz des Gesetzes beitragen. Dies können sie nur dann, wenn sie keine Ausdrücke enthalten, welche selbst unbestimmter sind, als der zu definierende Begriff.<sup>617</sup> Aber selbst wenn sie nur bestimmtere Ausdrücke verwenden, bleibt ein grundlegendes Problem von Definitionen bestehen: Auch Legaldefinitionen bedienen sich des Mediums der Sprache, was bedingt, dass auch sie selbst ausgelegt werden müssen<sup>618</sup> und dadurch Zweifelsfragen oft unbeantwortet bleiben.<sup>619</sup> Insofern können Definitionen dazu beitragen, die Anzahl neutraler Kandidaten eines Begriffs zu verringern, sie können aber auch selbst solche beinhalten. Dies zeigt sich etwa am Umfang von Kommentierungen von Legaldefinitionen wie derjenigen des Urkundenbegriffs i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB.<sup>620</sup>

Im Strafgesetzbuch hat der Gesetzgeber die Legaldefinitionen von Art. 110 StGB vom übrigen Gesetzestext isoliert. Gesetzessystematisch hat er hierfür einen dritten Teil im Allgemeinen Teil geschaffen. Wird also der Begriff der Urkunde i.S.v. Art. 110 Abs. 4 StGB in Art. 251 StGB verwendet, muss der Leser selbständig den Bezug zwischen der Legaldefinition im Allgemeinen Teil des StGB und der Strafbestimmung des Besonderen Teils des StGB oder der Nebenstrafrechtsbestimmung herstellen. Solche vom übrigen Text isolierte Definitionen können der Übersichtlichkeit und Verständlichkeit schaden. Sie bieten sich nur dann an, wenn die definierten Begriffe in der Folge – in demselben oder in darauf aufbauenden Gesetzen – häufig gebraucht werden.<sup>621</sup> Damit tragen die Definitionen zur Vereinfachung des Gesetzes bei,

---

<sup>616</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 263.

<sup>617</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 264.

<sup>618</sup> Vgl. RÖHL/RÖHL, S. 58.

<sup>619</sup> KRAMER, S. 59.

<sup>620</sup> Vgl. etwa BOOG, BSK I-StGB, Art. 110 Abs. 4 N 1-101.

<sup>621</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 263.

indem der Gesetzgeber nicht bei jeder Verwendung des definierten Begriffes die Definition wiederholen muss.

Definitionen, welche in unmittelbarer Nähe zum definierten Begriff stehen, bieten den Vorteil, dass ihr Zusammenhang leichter erkennbar ist. So bestimmt Art. 12 Abs. 1 StGB, dass solange das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, nur strafbar ist, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht. Art. 12 Abs. 2 StGB definiert sodann, was unter Vorsatz zu verstehen ist. Möglich sind aber auch Definitionen innerhalb desselben Satzes. So definiert die Formulierung «unter 16 Jahren» was ein Kind i.S.v. Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist. Insofern kann der Leser des Gesetzes solche Definitionen aufgrund der räumlichen Nähe in direkten Zusammenhang mit dem definierten Begriff bringen.<sup>622</sup>

Schliesslich soll mit Hilfe von Legaldefinitionen nur geklärt werden, was strittig und unklar ist.<sup>623</sup> Legaldefinitionen erweitern den Umfang eines Gesetzes. Unter dem Ansteigen ihrer Zahl kann daher die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit des Gesetzes leiden.<sup>624</sup> Zusätzlich entziehen sie dem Rechtsanwender Flexibilität bei der Rechtsanwendung, wodurch dieser möglicherweise nicht mehr einzelfallgerecht entscheiden kann.<sup>625</sup> Der Gesetzgeber sollte demnach nur dort zu Legaldefinitionen greifen, wo eine einheitliche Gesetzesanwendung notwendig ist und wo Begriffe verwendet werden, welche aufgrund des Bestimmtheitsgebotes einer Konkretisierung bedürfen oder «wenn damit Streitfragen von grosser praktischer Bedeutung entschieden werden können.»<sup>626</sup>

Legaldefinitionen stellen aber nicht zwingend einen Garant für Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit dar: «Selbst bei der genauesten Definition bedarf es einer Behandlung des Gesetzes, die vom Abstrakt-Generellen der Norm zum Konkret-Individuellen der Tatsachen kommt.»<sup>627</sup> Auch Legaldefinitionen müssen ausgelegt werden. Das Gesetz kann nicht «jeden möglichen Fall mit Präzision definieren.»<sup>628</sup> Die höchstmögliche Präzision kann nur bei enumerativen Legaldefinitionen erreicht werden, welche einen bestimmten Betrag oder eine bestimmte Zeiteinheit festlegen.<sup>629</sup> So legt etwa Art. 184 Abs. 4 StGB fest,

---

<sup>622</sup> Vgl. zum Ganzen NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 263.

<sup>623</sup> NOLL, Gesetzestechnik, S. 299.

<sup>624</sup> NOLL, Gesetzestechnik, S. 299.

<sup>625</sup> Vgl. zum Flexibilisierungsbedürfnis vorne S. 78 ff.

<sup>626</sup> NOLL, Gesetzestechnik, S. 299.

<sup>627</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, S. 80.

<sup>628</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, S. 82, vgl. auch S. 84.

<sup>629</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 16; KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 45.

dass ein qualifizierter Fall der Freiheitsberaubung und Entführung vorliegt, «wenn der Entzug der Freiheit mehr als zehn Tage dauert.» Die Problematik hierbei liegt darin, dass der Rechtsanwender strikt an das Gesetz gebunden wird. Eine Stunde mehr oder weniger entscheidet darüber, ob der Täter mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bestraft werden muss oder nicht.<sup>630</sup> Solche quantitativen Kriterien präzisieren das Gesetz, schränken aber die Flexibilität stark ein.<sup>631</sup>

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass Legaldefinitionen zwar zur Präzision des Gesetzes beitragen, sie aber zugleich in einer Wechselwirkung zur Verständlichkeit und zur Flexibilität stehen können.<sup>632</sup>

## 2. Kasuistische Methode

### a) Begriff

Kasuistische Regelungen erfassen jeweils Einzelfälle. Sie sollten lediglich dann aufgestellt werden, «wenn vernünftigerweise nur wenige Fallgruppen existieren und diese deutlich abgrenzbar sind.»<sup>633</sup> Die kasuistische Methode bietet sich beispielsweise für gewisse Teile des Strassenverkehrsstrafrechts an. Dort besteht die Möglichkeit, äusserst bestimmte Grenzen der Strafbarkeit festzulegen. Dies rührt daher, dass der Strassenverkehr sehr kasuistisch durch das Aufstellen von Einzelfallanordnungen in Form von Zeichen und Schildern geregelt werden kann, wodurch die Sachverhalte und die Frage der Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit eindeutig voneinander unterschieden werden können. Dadurch kann auch der Notwendigkeit, klare und schematische Verhaltensweisen zu generieren, nachgekommen werden, ohne die das Funktionieren des Strassenverkehrs erheblich erschwert würde. Die Möglichkeit, exakte kasuistische Regelungen festzulegen, betrifft etwa Fälle von Geschwindigkeitsüberschreitungen, von Fahren unter Alkoholeinfluss oder Überschreitungen der erlaubten Parkzeit.<sup>634</sup> Der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber macht daher im Bereich des Strassenverkehrsrechts häufig von der kasuistischen Methode Gebrauch.<sup>635</sup> Im Bereich des ungenügenden Abstands beim Hintereinanderfah-

---

<sup>630</sup> Vgl. MAIWALD, S. 149.

<sup>631</sup> Vgl. MAIWALD, S. 149.

<sup>632</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, S. 70, 86.

<sup>633</sup> HILL, Gesetzgebungslehre, S. 112.

<sup>634</sup> Vgl. weiter die Bussenliste der OBV.

<sup>635</sup> Vgl. etwa Art. 90 Abs. 4 SVG oder die OBV.

ren hat er allerdings – im Gegensatz zu Frankreich – bislang davon abgesehen.<sup>636</sup>

Ein anderer Anwendungsbereich der kasuistischen Methode betrifft Regelungsmaterien, welche derart viele unterschiedliche Einzelfälle erfassen, weshalb eine generelle Regelung in Form einer Generalklausel gegen das Bestimmtheitsgebot verstossen würde und eine solche nicht in Frage kommt. Der Gesetzgeber wird diesfalls faktisch gezwungen, kasuistische Straftatbestände zu schaffen, was das nachfolgende Beispiel verdeutlichen soll:

Ein kasuistischer Tatbestandskatalog findet sich in Art. 3 UWG. Dieser Katalog ist zwar zivilrechtlich, der Verstoss gegen die einzelnen Tatbestände ist allerdings strafrechtlich über die Blankettstrafnorm von Art. 23 UWG erfasst.<sup>637</sup> Strafrechtlich nicht erfasst ist hingegen die dem Katalog von Art. 3 UWG vorausgehende zivilrechtliche Generalklausel von Art. 2 UWG. Diese lautet:

«Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.»

Diese Generalklausel besteht aus mehreren sehr vagen und unbestimmten normativen Rechtsbegriffen.<sup>638</sup> Insbesondere die Formulierung «des in anderer Weise gegen Treu und Glauben verstossende Verhalten» überlässt dem Rechtsanwender einen sehr grossen Spielraum für die Beurteilung, welche Verhaltensweisen unlauter sind und welche nicht. Aufgrund des Bestimmtheitsgebotes wird diese Generalklausel strafrechtlich nicht erfasst,<sup>639</sup> was unumstritten ist.<sup>640</sup>

---

<sup>636</sup> Vgl. den französischen Code de la route, Art. R 412-12 Ziff. I: «Lorsque deux véhicules se suivent, le conducteur du second doit maintenir une distance de sécurité suffisante pour pouvoir éviter une collision en cas de ralentissement brusque ou d'arrêt subit du véhicule qui le précède. Cette distance est d'autant plus grande que la vitesse est plus élevée. Elle correspond à la distance parcourue par le véhicule pendant un délai d'au moins deux secondes.»

<sup>637</sup> Vgl. etwa BGE 122 IV 33.

<sup>638</sup> JUNG, UWG SHK, Art. 2 N 9.

<sup>639</sup> Vgl. Art. 23 UWG: «Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3, 4, 4a, 5 oder 6 begeht, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.»

<sup>640</sup> SCHAFFNER/SPLITZ, UWG SHK, Art. 23 N 50.

Strafrechtlich erfasst sind dagegen die einzelnen aufgeführten Verhaltensweisen von Art. 3 UWG. Dieser Katalog erfasst heute 20 Tatbestände (lit. a–u). Diese konkretisieren die zivilrechtliche Generalklausel von Art. 2 UWG, wobei auch die einzelnen kasuistischen Tatbestände vage Begriffe beinhalten. So findet sich in Art. 3 lit. h UWG die Formulierung «besonders aggressive Verkaufsmethoden», was einen unbestimmten und stark wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff bzw. -ausdruck darstellt. Es kann nicht ohne weiteres entschieden werden, welche Verkaufsmethoden verpönt sind. Trotz kasuistischer Methode stellt sich also die Frage, ob die betreffende Norm nicht zu unbestimmt formuliert ist. Falls ein Verhalten nach Art. 3 lit. h UWG i.V.m. Art. 23 UWG strafrechtlich geahndet wird, sollte nach der Rechtsprechung und der Lehre diese Formulierung aufgrund ihrer Unbestimmtheit zumindest nicht extensiv ausgelegt werden.<sup>641</sup>

## b) Würdigung

Am Beispiel des UWG zeigt sich, dass die kasuistische Methode nicht zwingend zur Präzision und damit zur Bestimmtheit eines Gesetzes beiträgt. Ob das Gesetz präzisiert werden kann und ob der Gesetzgeber überhaupt sinnvollerweise von der kasuistischen Methode Gebrauch machen sollte, hängt stark von der zugrunde liegenden Regelungsmaterie ab. Im Bereich des unlauteren Wettbewerbs ist die kasuistische Methode notwendig, weil eine offene Norm, welche lediglich umschreibt, welche Verhaltensweisen unlauter sind, mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar wäre. Der Gesetzgeber ist aber nicht davor gefeit, innerhalb der kasuistischen Methode selbst, stark wertausfüllungsbedürftige Begriffe zu verwenden.

Die kasuistische Methode kann den Vorteil erhöhter Gesetzespräzision mit sich bringen. Wie im Bereich des UWG kann gar die Notwendigkeit der Verwendung der kasuistischen Methode bestehen, nämlich dann, wenn eine Generalklausel mit dem Bestimmtheitsgebot unvereinbar ist.

Die Nachteile der kasuistischen Methode bestehen darin, dass die Rechtsanwendung unflexibel wird. Ist ein kasuistischer Tatbestand erfüllt, muss der Richter den konkreten Fall darunter subsumieren. Ihm ist es nur noch in einem engen Rahmen möglich, die konkreten Umstände zu berücksichtigen und im Einzelfall gerecht zu entscheiden. Die Kasuistik kann zudem dazu führen, dass gewisse Fälle nicht unter eine Norm oder ein Gesetz subsumiert werden können, weil sie nicht geregelt sind, obwohl sie von vergleichbarer Tragweite

---

<sup>641</sup> JUNG, UWG SHK, Art. 3 lit. h N 9.

sind. Das Gesetz wächst durch die kasuistische Methode nicht nur quantitativ an, wodurch die Gefahr besteht, dass es unübersichtlich wird, sondern es wird auch fragmentarischer, wodurch planwidrige Gesetzeslücken entstehen können.<sup>642</sup> Schliesslich ist die kasuistische Methode kein Garant für Bestimmtheit, womit sich bestätigt, dass weder eine offene und weite Formulierung unbestimmt noch eine enge besonders bestimmt sein muss.<sup>643</sup>

### 3. Konkretisierung durch Verordnungen

#### a) Arten von Verordnungen und ihre jeweiligen Funktionen

Der Gesetzgeber hat durch die Übertragung von Rechtssetzungskompetenzen die Möglichkeit, das Gesetz durch den Ordnungsgeber konkretisieren zu lassen,<sup>644</sup> welcher «an Stelle oder in Vertretung des Gesetzgebers gesetzliche Bestimmungen auf dem Ordnungsweg [...] erlassen» kann.<sup>645</sup>

Die Delegation kann von einer übergeordneten an eine untergeordnete Behörde oder vom Gesetzgeber an den Ordnungsgeber erfolgen,<sup>646</sup> wobei hier nur das Letztere von Interesse ist. Ferner kann die Legislative selbst Verordnungen erlassen. Solche Parlamentsverordnungen sind allerdings selten.<sup>647</sup> Eine solche Verordnung stellt beispielsweise diejenige der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr<sup>648</sup> dar. Im Bereich des Strafrechts handelt es sich in aller Regel um unselbständige Rechtsverordnungen.<sup>649</sup> Dadurch überträgt der Gesetzgeber i.d.R. der Exekutive Rechtssetzungsbefugnisse, wodurch diese gestützt auf diese Delegationsnorm eine Rechtsverordnung erlässt, welche das Gesetz konkretisiert<sup>650</sup>. Auf Bundesebene ist eine solche Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen gem. Art. 164 Abs. 2 BV erlaubt, solange sie nicht mit der Bundesverfassung im Widerspruch steht.

<sup>642</sup> Vgl. MÜLLER/UHLMANN, N 269; STEINMANN, S. 75.

<sup>643</sup> Vgl. dazu vorne Fn. 531 sowie PAPIER/MÖLLER, S. 200.

<sup>644</sup> HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, N 404; zur Unterscheidung von selbständigen und unselbständigen Verordnungen vgl. HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, N 408 f.

<sup>645</sup> NUSSBAUM, S. 13.

<sup>646</sup> HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, N 404.

<sup>647</sup> Vgl. TSCHANNEN, SGKomm, Art. 163 N 22 ff.

<sup>648</sup> Verordnung der Bundesversammlung über die Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr vom 21.3.2003, SR 741.13; vgl. allgemein RHINOW/SCHEFER, N 2809 ff.

<sup>649</sup> Zur Unterscheidung von Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen vgl. UHLMANN/BINDER, S. 152 ff.

<sup>650</sup> Zur Unterscheidung von gesetzesausführenden und gesetzvertretenden Verordnungen vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 135 ff.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen für die Zulässigkeit einer Gesetzesdelegation an die Exekutive vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

«Bundesverfassungsrechtlich ist die Delegation von an sich dem Gesetzgeber zustehenden Rechtssetzungszuständigkeiten an die Regierung oder ein anderes Organ zulässig, wenn sie in einem formellen Gesetz enthalten ist, nicht durch das kantonale Recht ausgeschlossen wird, sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und das Gesetz die Grundzüge der Regelung selber enthält, soweit die Stellung der Rechtsunterworfenen schwerwiegend berührt wird.»<sup>651</sup>

Welche Regelungen im formellen Gesetz enthalten sein müssen, hängt dabei von der Regelungsmaterie und den konkreten Umständen ab. Wo es um die Einschränkung von Grundrechten geht, gelten in der Regel strengere Anforderungen und je stärker der Eingriff ist, desto strenger sind diese Anforderungen.<sup>652</sup> Strafnormen, welche Freiheitsstrafen androhen, müssen daher immer in einem formellen Gesetz enthalten sein, wohingegen solche, die nur Bussen androhen, in einer Verordnung geregelt sein dürfen.<sup>653</sup>

Gesetzesausführende Rechtsverordnungen konkretisieren das Gesetz und können so auch den Bestimmtheitsgrad einer Bestimmung erhöhen. Zudem können sie die Rechtssicherheit fördern, da Verordnungen ebenso wie Gesetze rechtsverbindlich sind und zu einer gleichmässigen Auslegung derselben beitragen.<sup>654</sup> Zudem können Rechtssetzungsbefugnisse an ein Organ übertragen werden, welches in der Materie sachkompetenter sein kann als der Gesetzgeber; das Gesetz ist in gewissen Bereichen schlechter geeignet als eine Verordnung, um Regelungen anzuordnen.<sup>655</sup>

Im Bereich des Strassenverkehrsrechts konkretisieren beispielsweise mehrere Verordnungen das SVG. Eine solche ist die Verkehrsregelverordnung. Sie konkretisiert die Verkehrsregeln. In Art. 4a VRV wird etwa die allgemeine Höchstgeschwindigkeit gem. Art. 32 Abs. 2 SVG festgelegt und auch das Ver-

---

<sup>651</sup> BGE 128 I 113, 122; 118 Ia 245, 247 f.; 118 Ia 305, 310 f.; vgl. weiter BGE 112 Ia 107, 112, 113: « Eine materiell hinreichende gesetzliche Grundlage vermag die Verordnung somit nur abzugeben, wenn sie die Schranken wahrt, die ihrem Regelungsbereich insbesondere durch die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Normenhierarchie gesetzt sind. »; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, N 407; BORER, S. 354.

<sup>652</sup> BGE 128 I 113, 122.

<sup>653</sup> Vgl. vorne S. 12.

<sup>654</sup> UHLMANN/BINDER, S. 160 f.

<sup>655</sup> COTTIER, S. 32; DUBS, Bestimmtheit, S. 227; vgl. auch TSCHANNEN, SGKomm, Art. 164 N 33 ff.; BGE 120 IV 78, 88; BGer, Urteil vom 27.10.2007, 6P.62/2007, E. 3.5.

bot des Rechtsüberholens gem. Art. 35 Abs. 1 SVG wird in der vorgenannten Verordnung konkretisiert: Art. 8 Abs. 3 VRV regelt das Verbot im Allgemeinen und Art. 36 Abs. 5 VRV legt die Ausnahmen davon fest, wie etwa «beim Fahren in parallelen Kolonnen» (lit. a).

Eine weitere Funktion von Verordnungen besteht in ihrer Flexibilität. Aufgrund ihres vereinfachten Erlassverfahrens und fehlender Referendumsmöglichkeit können sie schneller abgeändert werden und sind dadurch flexibler als Gesetze.<sup>656</sup> Verordnungen sind daher dort sinnvoll, wo sich Verhältnisse rasch ändern können, damit darauf schnell und adäquat reagiert werden kann. Dies ist etwa im Betäubungsmittelstrafrecht der Fall. Der Gesetzgeber hat in Art. 2 lit. a BetmG die Legaldefinitionen von Betäubungsmittel «bewusst offen und zukunftsorientiert gehalten.»<sup>657</sup> Damit zukünftige Strafbarkeitslücken durch die Herstellung neuer Drogen rasch geschlossen werden können,<sup>658</sup> führt das Eidgenössische Departement des Innern aufgrund der Delegationsnorm von Art. 2a BetmG «ein Verzeichnis der Betäubungsmittel, der psychotropen Stoffe sowie der Vorläuferstoffe und der Hilfschemikalien.» Dieses Verzeichnis ist in Form einer Verordnung<sup>659</sup> gehalten und regelt, welche chemikalischen Zusammensetzungen als Betäubungsmittel i.S.v. Art. 19 ff. BetmG gelten. Für den Strafrichter erlangt es damit unmittelbar Geltung.<sup>660</sup>

## b) Würdigung

Die Gesetzesdelegation an die Exekutive wird unter gewissen Voraussetzungen vom Bundesgericht<sup>661</sup> sowie von einem grossen Teil der Lehre<sup>662</sup> als zulässig erachtet. Sie stellt allerdings eine Durchbrechung der Gewaltenteilung dar und schränkt demokratische Rechte ein, da nicht nur der eigentlich zuständige Gesetzgeber das Gesetz vollständig gestaltet.<sup>663</sup> Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts wird beispielsweise kritisiert, dass letzten Endes die Exekutive über die Strafbarkeit oder Nichtstrafbarkeit entscheide. Die Grundzüge der delegierten Regelung seien

<sup>656</sup> UHLMANN/BINDER, S. 163; DUBS, Bestimmtheit, S. 227.

<sup>657</sup> ALBRECHT, BetmG, Einleitung N 21.

<sup>658</sup> FIOKA, S. 623; ALBRECHT, BetmG, Einleitung N 21.

<sup>659</sup> Vgl. Verordnung des EDI über die Verzeichnisse der Betäubungsmittel, psychotropen Stoffe, Vorläuferstoffe und Hilfschemikalien vom 30.5.2011, SR 812.121.11.

<sup>660</sup> Vgl. etwa BGer, Urteil vom 15.7.2014, 6B\_1067/2013.

<sup>661</sup> Zu den Voraussetzungen vgl. vorne S. 114 f.

<sup>662</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 406; DUBS, Bestimmtheit, S. 227; a.A. GIACOMETTI, S. 158 ff.

<sup>663</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 406, 411 f.; BORER, S. 352 ff.

«mitnichten im delegierenden Erlass festgehalten, denn das können sie im Falle der Betäubungsmittel gar nicht sein. [...] Grundlage der Selektionstätigkeit [...] ist also in Wirklichkeit nicht Art. 1 [a] BetmG, sondern ein vorausgesetzter und womöglich überschätzter gesellschaftlicher Konsens darüber, welche Substanzen erlaubt sein sollen und welche nicht.»<sup>664</sup>

FIOLKA vertritt gar die Ansicht, dass jede Delegation im Bereich des Strafrechts gegen das Legalitätsprinzip verstosse, wenn «im Rahmen delegierter Gesetzgebung der Kreis der strafbaren Handlungen erweitert» werde.<sup>665</sup>

Tatsächlich ist es so, dass jede Verordnung den Kreis der strafbaren Handlung festlegt und damit auch erweitern oder verringern kann.<sup>666</sup> «Der Entscheid darüber, was in die Verfassung, ins Gesetz oder in die Verordnung gehört, muss sich [...] immer an der Wichtigkeit der Regelung, an der Funktion der Regelungsorgane orientieren.»<sup>667</sup> Entscheidend ist dabei, dass der Gesetzgeber alle wichtigen und grundlegenden Regelungen selbst erlässt<sup>668</sup> und die Verordnungen die Schranken wahren, welche «ihrem Regelungsbereich insbesondere durch die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Normenhierarchie gesetzt sind.»<sup>669</sup> Dabei müssen auch auf Verordnungsstufe die «Merkmale strafbaren Verhaltens und dessen Folgen im Zeitpunkt seiner Ausführung bestimmt und für jedermann klar erkennbar gewesen sein»:<sup>670</sup> «Das Bestimmtheitsgebot verschiebt sich auf den Verordnungsgeber.»<sup>671</sup>

Verordnungen sind dann sinnvoll, wenn das Gesetzgebungsverfahren zu schwerfällig bzw. zu langsam ist oder der Verordnungsgeber das geeignetere Regelungsorgan ist.<sup>672</sup> Dies ist dort der Fall, wo der Verordnungsgeber sachverständiger ist als der Gesetzgeber, mitunter wenn «komplexe technische Probleme zu regeln sind»<sup>673</sup> oder dort, wo Regelungsmaterien schnellen Veränderungen unterworfen sind. Wo allerdings keine solchen Gründe für die Verordnungsstufe sprechen, sollten Normen, welche Straftatbestände ausführen, im Gesetz im formellen Sinn selbst vorgesehen sein. Verordnungen kön-

---

<sup>664</sup> FIOLKA, S. 623; vgl. dazu auch WOHLERS, Deliktstypen, S. 180 ff.

<sup>665</sup> FIOLKA, S. 624.

<sup>666</sup> Vgl. COTTIER, S. 32.

<sup>667</sup> MÜLLER, S. 212; vgl. auch BGE 112 Ia 107, 113.

<sup>668</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 412.

<sup>669</sup> BGE 112 Ia 107, 113.

<sup>670</sup> BGE 112 Ia 107, 113.

<sup>671</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 227.

<sup>672</sup> TSCHANNEN, SGKomm, Art. 164 N 34; DUBS, Bestimmtheit, S. 244.

<sup>673</sup> TSCHANNEN, SGKomm 2008, Art. 164 N 34; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 402.

nen zwar den Bestimmtheitsgrad von Strafnormen erhöhen und können aufgrund des vereinfachten Verfahrens auch dem Flexibilisierungsbedürfnis gerecht werden. Verordnungen können aber auch zu einer gewissen Unübersichtlichkeit führen. Schliesslich ergeben sich die konkreten Strafbarkeitsgrenzen nach Art. 90 ff. SVG nicht nur aus dem SVG, sondern aus mehreren Verordnungen, welche alle erst gefunden und zusammengetragen werden müssen. Soll der Bürger die Grenzen der Strafbarkeit aus dem Gesetz erkennen können, muss er die weiterführenden Informationen in den zur gesetzlichen Regelung gehörigen Verordnungen finden, vergegenwärtigen und sodann in Verbindung mit der gesetzlichen Regelung setzen können.

Es spricht beispielsweise wenig dafür, dass der Gesetzgeber sich selbst eine Delegationsnorm schafft, um auf Verordnungsstufe darüber zu entscheiden, welche Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr gelten sollen.<sup>674</sup> Dies betrifft eine Regelungsmaterie, welche nicht ständiger Anpassung bedarf. Diese Verordnung ist darüber hinaus quantitativ derart prägnant, dass eine gesetzliche Regelung auch nicht zur Unübersichtlichkeit des SVG führen würde. Schliesslich würde eine solche auf Gesetzesstufe geregelte Norm zur Übersichtlichkeit und damit zur Verständlichkeit des Gesetzes für den Bürger beitragen. So könnte beispielsweise Art. 91 Abs. 1 lit. a SVG ergänzt werden. Nach dieser Regelung wird bestraft, wer «in angetrunkenem Zustand ein Motorfahrzeug führt.» Der Ausdruck «in angetrunkenem Zustand» könnte einfach ersetzt werden mit der Formulierung «mit einer Blutalkoholkonzentration von 0,5 Promille oder mehr.»<sup>675</sup> Platz für die Verordnung würde nach wie vor bestehen, da der Gesetzgeber weiterführende Anordnungen darin geregelt hat.

Das Betäubungsmittelstrafrecht ist im Wesentlichen auf Gesetzesstufe normiert. In Art. 19 ff. BetmG sind die einzelnen Tatbestände geregelt. Um den Drogenhandel effizient bekämpfen zu können, führt die Exekutive auf Verordnungsstufe eine Liste von verbotenen Substanzen.<sup>676</sup> Das EDI, welches diese Liste führt, ist sachkompetenter als das Parlament und kann überdies schneller neue chemische Stoffe verbieten lassen. Während die Legaldefinition von Art. 2 BetmG vage und eher unbestimmt bleibt, gibt die Verordnung des EDI über die Verzeichnisse der Betäubungsmittel, psychotropen Stoffe, Vorläuferstoffe und Hilfschemikalien sehr bestimmt wieder, welche Stoffe und Chemikalien unter das Betäubungsmittelstrafrecht fallen und e contrario welche nicht.

---

<sup>674</sup> Vgl. dazu vorne Fn. 194.

<sup>675</sup> Diese Ausführungen können auch auf Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG übertragen werden.

<sup>676</sup> Vgl. dazu vorne Fn. 659.

## 4. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln

### a) Unbestimmte Rechtsbegriffe

Rechtsbegriffe können aufgrund ihres Bezugsobjektes in deskriptive bzw. empirische und normative Begriffe unterteilt werden. Beide Begriffsarten können sowohl Elemente des Tatbestands als auch der Rechtsfolge sein<sup>677</sup> und unterschiedliche Bestimmtheitsgrade aufweisen.

Deskriptive Begriffe beziehen sich auf bestimmte Tatsachen. Sie «verweisen auf einen bestimmten Wirklichkeitssachverhalt»,<sup>678</sup> d.h. sie nehmen auf «wirklichkeitsartige, grundsätzlich wahrnehmbare oder sonst wie erfahrbare Objekte»<sup>679</sup> Bezug, weshalb sie auch als empirische Begriffe bezeichnet werden. Solche Begriffe sind etwa die Zeitbestimmung (vgl. Art. 110 Abs. 6 StGB) oder auch Begriffe wie Mensch oder Tier.

Normative Rechtsbegriffe sind hingegen wertausfüllungsbedürftig, d.h. sie verlangen eine Wertung des Rechtsanwenders.<sup>680</sup> Sie können zu einer «Unbestimmtheit und damit zugleich [zu einer] Unsicherheit und relativen Ungebundenheit der Gesetzesanwendung»<sup>681</sup> führen. Dies gilt etwa für Begriffe, welche der Alltagssprache entstammen, in Gesetzen aber in einem juristisch-fachspezifischen Sinn verwendet werden,<sup>682</sup> wie beispielsweise die Begriffe Eigentum, Vorsatz oder Urkunde. Ihr Inhalt wird vom Gesetzgeber regelmässig in einem gewissen Umfang vorgegeben. So wird in Art. 110 Abs. 4 StGB definiert, was eine Urkunde ist oder nach dem Privatrecht bestimmt sich, ob eine Sache beweglich und fremd i.S.v. Art. 137 Ziff. 1 StGB ist. Der Gesetzgeber weist solchen normativen Begriffen einen «normhaltigen ([und] nicht bloss wertbezogenen) Sinn»<sup>683</sup> zu.

Als unbestimmte Rechtsbegriffe werden Begriffe bezeichnet, deren «Inhalt und Umfang weitgehend ungewiss ist.»<sup>684</sup> Es handelt sich um vage Begriffe, deren Begriffshof besonders gross ist bzw. bei denen viele neutrale Kandidaten vorkommen. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind «in hohem Masse wertausfüllungsbedürftig»<sup>685</sup> und «sind vom Richter durch Auslegung zu konkretisie-

---

<sup>677</sup> KRAMER, S. 58 f.; vgl. WANK, Begriffsbildung, S. 7; RITTER, S. 130.

<sup>678</sup> KRAMER, S. 58; RITTER, S. 130; ENGISCH, S. 196.

<sup>679</sup> ENGISCH, S. 195; WEBER-LEJEUNE, S. 50.

<sup>680</sup> KRAMER S. 64, 66; WEBER-LEJEUNE, S. 50; ENGISCH, S. 197; RITTER, S. 130.

<sup>681</sup> ENGISCH, S. 195.

<sup>682</sup> KRAMER, S. 64 ff.

<sup>683</sup> ENGISCH, S. 196.

<sup>684</sup> ENGISCH, S. 193.

<sup>685</sup> KRAMER, S. 67; DUBS, Bestimmtheit, S. 237.

ren.»<sup>686</sup> Im Kontrast dazu stehen die bestimmten Begriffe, wobei absolut bestimmte Begriffe innerhalb des Rechts eher selten vorkommen.<sup>687</sup> Die Abgrenzung zwischen bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen hängt vom Grad der Bestimmtheit ab, wobei die Grenze fließend verläuft. Als unbestimmte Rechtsbegriffe können «nur solche Begriffe bezeichnet werden, bei denen [... der Grad der] Unbestimmtheit ein besonders hohes Ausmass erreicht hat.»<sup>688</sup>

## b) Generalklauseln

Wie bei unbestimmten Rechtsbegriffen, verzichtet der Gesetzgeber bei der Verwendung von Generalklauseln

«bewusst darauf, dem Richter einen detaillierten Entscheidungsmassstab vorzugeben, und stellt ihm stattdessen ein flexibles Instrumentarium zur Verfügung, damit er der Vielgestaltigkeit der möglichen Lebenssachverhalte und dem [... stattfindenden] Wandel der gesellschaftlichen Auffassungen in angemessener Weise Rechnung tragen kann.»<sup>689</sup>

Generalklauseln können als Gegenstück zu kasuistischen Regelungen<sup>690</sup> verstanden werden.<sup>691</sup> Sie charakterisieren sich durch ein hohes Abstraktionsniveau. Sie ermöglichen es dem Gesetzgeber, eine «grössere Gruppe von Sachverhalten lückenlos und anpassungsfähig einer Rechtsfolge zu unterwerfen.»<sup>692</sup> Sie erlauben der Rechtsprechung eine «kontinuierliche interpretatorische Anpassung des Rechts an den gesellschaftlichen Wertewandel, ohne dass jeweils der Gesetzgeber eingreifen müsste.»<sup>693</sup>

Die Generalklauseln zeichnen sich durch eine «besonders qualifizierte Vagheit» aus und machen «den zentralen Gehalt einer gesetzlichen Regelung» aus.<sup>694</sup> Ihre Anzahl neutraler Kandidaten ist sehr hoch,<sup>695</sup> während die Anzahl

<sup>686</sup> BGer, Urteil vom 15.11.2007, 6B\_375/2007, E. 1.3; BGE 116 IV 312, 315; TRECHSEL, Umstände, S. 191; vgl. WANK, Begriffsbildung, S. 7.

<sup>687</sup> ENGISCH, S. 193.

<sup>688</sup> MIDDELSCHULTE, S. 55.

<sup>689</sup> LOOSCHELDERS/ROTH, S. 198.

<sup>690</sup> Vgl. dazu vorne S. 111 ff.

<sup>691</sup> ENGISCH, S. 213; SEEL, S. 13; vgl. zur Unterscheidung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen auch die Nachweise bei WALLKAMM, S. 508, Fn. 1.

<sup>692</sup> ENGISCH, S. 218; STEINMANN, S. 81 ff.

<sup>693</sup> KRAMER, S. 72; WALLKAMM, S. 518.

<sup>694</sup> KRAMER, S. 67.

positiver Kandidaten «leerformelhaft» gegen null tendieren kann.<sup>696</sup> Generalklauseln enthalten oft unbestimmte Rechtsbegriffe als Normelemente.<sup>697</sup> «Der Übergang von einem relativ bestimmten Begriff zu einem relativ unbestimmten Begriff und schliesslich zur Generalklausel»<sup>698</sup> verläuft fließend.

Generalklauseln müssen aber nicht zwingend vage, unbestimmt und/oder normativ sein. Sie können auch deskriptive Begriffe beinhalten.<sup>699</sup> Eine Mischung von normativen und deskriptiven Tatbestandselementen findet sich etwa in Art. 129 StGB. Danach macht sich strafbar, «wer einen Menschen in skrupelloser Weise in unmittelbare Lebensgefahr bringt.» Der Begriff «skrupellos» ist ein normatives Tatbestandselement, welches eine ethische Wertung voraussetzt. Dagegen ist der Begriff der unmittelbaren Lebensgefahr ein deskriptives Tatbestandselement, dessen Vorhandensein nach objektiven Kriterien beurteilt werden muss.<sup>700</sup> ENGISCH nennt Letzteres eine «Gefährdungsgeneralklausel», welche eben «nicht auf die persönliche Ansicht des Rechtsanwenders abstellt.»<sup>701</sup>

Eine oft zu Diskussionen Anlass gebende Generalklausel solcher Art ist die «andere Beschränkung der Handlungsfreiheit» i.S.v. Art. 181 StGB. Das Bundesgericht bezeichnet sie als «gefährlich weite Formulierung», welche «aus rechtsstaatlichen Gründen einschränkend interpretiert werden» müsse.<sup>702</sup> Nach der Rechtsprechung fallen darunter etwa die Bildung einer zwanzigminütigen Blockade auf der Autobahn<sup>703</sup>, das organisierte, teilweise mit Megaphon unterstützte Niederschreien eines Korpskommandanten, welcher einen Vortrag halten wollte,<sup>704</sup> oder auch Fälle des Stalkings<sup>705</sup>. Denkbar sind aber auch die Fallkonstellationen des zu kurzen Folgeabstands beim Autofahren oder des

---

<sup>695</sup> ARZT, Einführung, S. 68; KRAMER, S. 67.

<sup>696</sup> KRAMER, S. 67; vgl. auch GARSTKA S. 96 ff.

<sup>697</sup> MIDDELSCHULTE, S. 63; WALLKAMM, S. 508; SEEL, S. 13; vgl. auch KRAMER, S. 67 ff.

<sup>698</sup> ARZT, Einführung, S. 68.

<sup>699</sup> ENGISCH, S. 217.

<sup>700</sup> Vgl. AEBERSOLD, BSK II-StGB, Art. 129 N 11 ff.; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 129 N 2.

<sup>701</sup> ENGISCH, S. 217.

<sup>702</sup> BGE 107 IV 113, 116; 101 IV 167, 169; 119 IV 301, 305.

<sup>703</sup> BGE 134 IV 216.

<sup>704</sup> BGE 101 IV 167 ff.

<sup>705</sup> BGE 129 IV 262, 265; TRECHSEL/FINGERHUTH, PK-StGB, Art. 181 N 7; VANOLLI, S. 207 ff.

Drängelns im Strassenverkehr, zumindest in einem längeren Tunnel<sup>706</sup> oder auch Fälle von Zwangsheiraten.<sup>707</sup>

Diese Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verdeutlichen die Konsequenzen des Einsatzes von Generalklauseln: Der Gesetzgeber lässt der Rechtsprechung einen grossen Spielraum bei der Beurteilung des konkreten Falles, damit diese auf die Vielgestaltigkeit des Lebens und der Verhältnisse möglichst adäquat reagieren kann. Dies führt allerdings dazu, dass unter eine Generalklausel sehr verschiedenartige Fälle subsumiert werden, sodass es nicht nur für den Bürger sehr schwer voraussehbar wird, welche Fälle davon erfasst werden und welche nicht. Generalklauseln sind insofern durchwegs problematisch. Sie sollten aufgrund des Bestimmtheitsgebotes immer so konzipiert sein, dass «ein potentieller Täter zumindest erahnen können muss, dass ein bestimmtes Verhalten strafrechtliche Konsequenzen haben könnte.»<sup>708</sup>

### c) **Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Zulässigkeit von Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe**

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt selten eine Verletzung des Bestimmtheitsgebotes aufgrund zu unbestimmter Generalklauseln oder unbestimmter Rechtsbegriffe fest. In jüngerer Vergangenheit hat dies das Bundesgericht lediglich bei aArt. 46 Abs. 1 lit. c BankG im Jahre 1998 gemacht. Danach wurde bestraft «wer die mit der Bewilligung verbundenen Bedingungen verletzt»,<sup>709</sup> wobei mit Bewilligung diejenige der Bankenkommission zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit gemeint war<sup>710</sup>. Voraussetzung hierfür ist u.a., dass die Bank in ihren Statuten ihren Geschäftskreis genau umschreibt.<sup>711</sup> Dem Beschwerdeführer wurde vorgeworfen, dass er Kreditgeschäfte mitbewilligt habe, welche ausserhalb dieses statutarisch umschriebenen Geschäftskreises gelegen hätten, wodurch er sich mehrfach gem. aArt. 46 Abs. 1 lit. c BankG strafbar gemacht habe. Das Bundesgericht stellte fest, dass jedenfalls «diese Strafbestimmung eine Überschreitung des statutarisch umschrie-

<sup>706</sup> Urteil des OGer UR vom 21.9.1988, SJZ 1990, S. 329.

<sup>707</sup> TRECHSEL/FINGERHUTH, PK-StGB, Art. 181 N 7; MEIER, S. 222.

<sup>708</sup> WALLKAMM, S. 511.

<sup>709</sup> BGE 125 IV 35, 36.

<sup>710</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 BankG.

<sup>711</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG.

benen Geschäftskreises nicht mit der nach dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 1 StGB [...] erforderlichen Bestimmtheit» umschreibe.<sup>712</sup>

In den übrigen Fällen stellte das Bundesgericht regelmässig keinen Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot fest. So halten der unbestimmte Rechtsbegriff der «marktbeherrschenden Stellung» i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG resp. die «Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen» i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG,<sup>713</sup> der Begriff der «lotterieähnlichen Unternehmung» i.S. des LG, obwohl auch dieser «weit gefasst» ist<sup>714</sup> oder die Definitionen von Waffen gem. Art. 4 Abs. 1 lit. d WG als «Geräte, die dazu bestimmt sind, Menschen zu verletzen» trotz der «Unbestimmtheit des Tatbestandes»<sup>715</sup> gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor dem Legalitätsprinzip stand.

Als Beispiel dieser Rechtsprechung eignet sich der bereits mehrfach erwähnte Fall über das Nacktwandern besonders gut:<sup>716</sup> Das Bundesgericht entschied, dass Art. 19 Strafrecht/AR mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist. Diese Norm stellt unter Strafe, wer «in anderer Weise öffentlich Sitte und Anstand grob verletzt». Die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot begründete das Bundesgericht wie folgt:

Zunächst verglich das Bundesgericht die Strafbestimmung des Kantons AR mit anderen kantonalen Strafbestimmungen:<sup>717</sup> So stellt Art. 12 lit. b des bernischen Gesetzes über das kantonale Strafrecht unter Strafe, «wer sich öffentlich ein unanständiges Benehmen zuschulden kommen lässt», nach dem solothurnischen Gesetz über das kantonale Strafrecht wird sodann bestraft, «wer sich öffentlich ein unanständiges, Sitte und Anstand verletzendes Benehmen zuschulden kommen lässt». Ähnlich sind auch Art. 10 des Glarner Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches («wer sich öffentlich ein Sitte und Anstand verletzendes Benehmen zuschulden kommen lässt»), § 18 Abs. 2 des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Luzern («wer sich öffentlich in einer Sitte und Anstand grob verletzenden Weise aufführt») sowie § 18 Abs. 2 des Schwyzer Gesetzes über das kantonale Strafrecht sowie Art. 6

---

<sup>712</sup> BGE 125 IV 35, 48; vgl. zu diesem Urteil auch DONATSCH/BLOCHER, S. 284 Fn. 44: «So soll gemäss BGE 125 IV 35, 48 Art. 46 Abs. 1 lit. c BankG a.F. keine ausreichend bestimmte Strafnorm sein, um auch eine Überschreitung des statutarisch umschriebenen Geschäftskreises zu erfassen.»

<sup>713</sup> BGE 139 I 72, 87 ff.

<sup>714</sup> BGE 123 IV 225, 228.

<sup>715</sup> BGE 129 IV 348, 351 f.; vgl. dazu auch WEISSENBERGER, Strafbestimmungen, S. 158.

<sup>716</sup> BGE 138 IV 13. Zur Kritik dieses Entscheides vgl. MAEDER, passim.

<sup>717</sup> BGE 138 IV 13, 21.

Ziff. 2 des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Nidwalden («wer durch sein Benehmen in der Öffentlichkeit Sitte und Anstand grob verletzt»)<sup>718</sup> Darauf folgend stellte das Bundesgericht fest, dass Art. 19 Strafrecht/AR «mit Rücksicht auf die gemäss der vorstehend zitierten Rechtsprechung massgebenden Kriterien hinreichend bestimmt» sei.<sup>719</sup> Begründet wurde dies zusätzlich noch damit, dass sich für den Bürger aus der Norm «klar und unmissverständlich» ergebe, dass «die grobe Verletzung von Sitte und Anstand in der Öffentlichkeit strafbar ist.»<sup>720</sup>

Tatsächlich kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die Begriffe an sich verständlich sind. Für die Feststellung genügender Bestimmtheit müsste die Norm darüber hinaus aber auch genügend präzise sein:<sup>721</sup> «Eine durchaus klare Vorschrift kann inhaltlich unbestimmt sein, indem sie in klarer und eindeutiger Weise wesentliche Wertungen [...] dem Richter überlässt.»<sup>722</sup> Dies wird im Entscheid aber nicht thematisiert. Darüber hinaus geht auch die eigentliche Begründung fehl. Die Tatsache, dass unterschiedliche Gesetzgeber ähnliche Formulierungen wählen, kann kein Argument für die genügende Bestimmtheit sein: Der «Schluss vom Sein auf das Sollen» ist unzulässig und «kann keine Begründung sein.»<sup>723</sup> Inhaltlich sagt dieser formale Vergleich nichts aus – vielmehr könnte so die Verwendung jedes Begriffes in Strafgesetzen legitimiert werden, solange dieser nur von mehreren Gesetzgebern verwendet wird bzw. wurde.

Die Definitionen der Begriffe «Sitte» und «Anstand» folgen im Entscheid schliesslich doch noch, allerdings erst bei der Auslegung des Tatbestandes, d.h. nachdem die hinreichende Bestimmtheit bereits festgestellt wurde: Danach bezeichnet «Anstand» die «Form des zwischenmenschlichen Verhaltens, die als der Würde des Menschen entsprechend angesehen wird. Ihre Beachtung und Einhaltung wird von einer Gesellschaft meist nachdrücklich gefordert; wer ‚den Anstand verletzt‘, setzt sich der Gefahr aus, belächelt oder mit Sanktionen bedroht zu werden.»<sup>724</sup> Unter Sitte wird hingegen

«die in einer Gesellschaft oder Teilgesellschaft vorhandenen und angewendeten Regeln des Sozialverhaltens [verstanden], sofern diese nicht durch Gesetze festgelegt, sondern durch alltägliche

<sup>718</sup> Vgl. die Nachweise in BGE 138 IV 13, 21.

<sup>719</sup> BGE 138 IV 13, 21. Die Kriterien finden sich auf Seite 20 des Entscheides.

<sup>720</sup> BGE 138 IV 13, 21.

<sup>721</sup> Vgl. dazu vorne S. 68.

<sup>722</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 242.

<sup>723</sup> MAEDER, Rz 38.

<sup>724</sup> Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Stichwort «Anstand»; vgl. BGE 138 IV 13, 22.

Anwendung verankert sind, die sich durch den Verweis auf Traditionen, Kultur, Brauch, moralische oder religiöse Vorstellungen rechtfertigt.»<sup>725</sup>

Das Bundesgericht verwendet für die Definition der beiden Begriffe zwei verschiedene Lexika. Viel interessanter und weiterführender wäre es aber – zumindest im Lichte des Bestimmtheitsgebotes – die Definitionen desselben Begriffes in den beiden Lexika zu vergleichen. So könnte man sich der Bedeutung der Begriffe annähern. Die Frage der Bestimmtheit liesse sich eventuell besser entscheiden, würden sich beispielsweise bereits Abweichungen in den Definitionen finden lassen. Dies könnte darauf deuten, dass der Bürger eben doch nicht errahnen kann, was denn nun strafbar sein soll.

Der Begriff der «Sitte» wird als «nicht durch Gesetz festgelegt» und in «Traditionen, Kultur, Brauch, moralische[n] oder religiöse[n] Vorstellungen» wuzelnd definiert. Für den Begriff «Anstand», welcher im Übrigen «einer ständigen Veränderung» unterliegt,<sup>726</sup> wird als Synonym die «Würde des Menschen» angeführt, also ein Begriff, welcher sich selbst kaum definieren oder eindeutig und allgemeingültig festlegen lässt.<sup>727</sup> Beide Definitionen bedienen sich abstrakter und unklarer Begriffe, welche die Strafnorm weder ausfüllen, noch ihr konkrete «Ge- oder Verbote einhauchen können, nach welchen sich der Normadressat zu richten hätte.»<sup>728</sup> Es muss konstatiert werden, dass die beiden verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe im Sinne des Bestimmtheitsgebotes zu unbestimmt sind: Die Frage, ob ein Verhalten Sitte und Anstand in grober Weise verletzt, muss vollständig «der Richter entscheiden.»<sup>729</sup> Damit wird nur aufgrund nicht weiter definierter, aussergesetzlicher Wertungsmassstäbe strafbares Verhalten festgelegt. Der Bürger hat demnach keine Möglichkeit, aufgrund des Gesetzestextes erkennen zu können, welche konkreten Verhaltensweisen strafbar sind.

Sachliche Gründe, welche die Unbestimmtheit der Norm rechtfertigen könnten,<sup>730</sup> sind überdies nicht erkennbar. Will der Gesetzgeber das Nacktwandern verbieten, könnte er dies durch Erlass einer bestimmten Norm tun, wie dies auch der Grosse Rat des Kantons AI gemacht hat. Unter Ziff. 1.10 der Verord-

---

<sup>725</sup> Brockhaus, Stichwort «Sitte»; vgl. BGE 138 IV 13, 22.

<sup>726</sup> Brockhaus, Stichwort «Anstand (allgemein)»; vgl. BGE 138 IV 13, 22.

<sup>727</sup> Vgl. zum Begriff der «Menschenwürde» etwa STARCK/GGKomm, Art. 1 Abs. 1 N 1 ff.

<sup>728</sup> MAEDER, Rz 39.

<sup>729</sup> BGE 138 IV 13, 22.

<sup>730</sup> Vgl. zu den Kriterien genügender Bestimmtheit vorne S. 86 f., 105 ff.

nung über die Ordnungsbussen<sup>731</sup> hat er «nacktes Aufhalten in der Öffentlichkeit» unter Strafe gestellt.<sup>732</sup>

Dieselbe Richtung wie bei unbestimmten Rechtsbegriffen schlägt das Bundesgericht auch bei der Beurteilung von Generalklauseln ein. So hält die Generalklausel der anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit als Nötigungsmittel i.S.v. Art. 181 StGB vor Art. 1 StGB stand, obwohl auch der Nötigungserfolg («etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden») sehr viele unterschiedliche Konstellationen erfasst.<sup>733</sup> Zwar handelt es sich – wie das Bundesgericht selber feststellen muss – um eine «gefährlich weite Formulierung»,<sup>734</sup> was allerdings «nicht zur Nichtanwendung dieser Tatbestandsvariante wegen Verstosses gegen das gesetzliche und verfassungsmässige Bestimmtheitsgebot» führt.<sup>735</sup>

#### d) Konsequenzen der Verwendung von Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe

Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, welche zwar allgemein und vage, aber nach dem Bundesgericht trotzdem genügend bestimmt sind, müssen «restriktiv»<sup>736</sup>, «einschränkend»<sup>737</sup> oder zumindest «nicht extensiv»<sup>738</sup> ausgelegt werden. Im Lichte des Drei-Kandidaten-Schemas<sup>739</sup> würde dies bedeuten, dass unter solche Rechtsbegriffe oder Generalklauseln nur positive Kandidaten subsumiert werden dürften.<sup>740</sup> Das Bundesgericht selbst äusserte sich aller-

<sup>731</sup> Verordnung über die Ordnungsbussen (VOB) vom 15. Juni 2009, GSA 311.010.

<sup>732</sup> Zwar konkretisiert er damit Art. 15 UeStG, welcher «groben Unfug» unter Strafe stellt, mithin einen Begriff, welcher selbst in Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot steht. Unbestimmte Rechtsbegriffe durch Verordnungen zu konkretisieren, stellt ein valables Mittel dar.

<sup>733</sup> Vgl. etwa BGE 119 IV 301, 305.

<sup>734</sup> BGE 107 IV 113, 116; 125 IV 35, 36.

<sup>735</sup> BGE 119 IV 301, 305; a.A. SCHUBARTH, Kommentar 3. Band, Art. 181 N 38 f.; GRAF, N 126; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 5 N 11.

<sup>736</sup> BGE 129 IV 348, 351 f. bzgl. Art. 4 Abs. 1 lit. d WG, vgl. dazu auch BGer, Urteil vom 6.12.2010, 6B\_756/2010, E. 3.2.1; BGer, Urteil vom 12.8.2005, 6S.81/2005 E 2.1 bzgl. Art. 184 (konkret Abs. 3) StGB aufgrund des «massiv erweiterten Strafraumens», vgl. dazu auch BGE 121 IV 178, 182; dasselbe gilt auch für Art. 185 Ziff. 2 StGB, BGer, Urteil vom 28.1.2005, 6S.70/2004, E. 6.1; BGer, Urteil vom 18.12.2002, 6S.357/2002 E. 2 bzgl. Art. 3 UWG, da die darin enthaltenen Tatbestände «auf den zivilrechtlichen Rechtsschutz zugeschnitten seien»; BGE 104 IV 238, 247 bzgl. «gemeine Gesinnung».

<sup>737</sup> BGE 107 IV 113, 116; 129 IV 262, 264.

<sup>738</sup> BGE 132 IV 76, 82.

<sup>739</sup> Vgl. dazu vorne S. 57 ff.

<sup>740</sup> KRAMER, S. 62; vgl. zur Abgrenzung zur extensiven Auslegung und zur Analogie S. 173 f.

dings bislang nicht dazu, was unter einer restriktiven Auslegung konkret zu verstehen ist.

Die Anwendbarkeit und die damit verbundene restriktive Auslegung der Generalklausel von Art. 181 StGB begründet das Bundesgericht etwa damit, dass

«nicht jeder noch so geringfügige Druck auf die Entscheidungsfreiheit eines andern [...] zu einer Bestrafung nach Art. 181 StGB [führt]. Vielmehr muss das verwendete Zwangsmittel das üblicherweise geduldete Mass an Beeinflussung in ähnlicher Weise eindeutig überschreiten, wie es für die vom Gesetz ausdrücklich genannte Gewalt und die Androhung ernstlicher Nachteile gilt.»<sup>741</sup>

Damit soll dem Problem der Generalklausel, welche im Gegensatz zu den Varianten der Gewalt und der Drohung kein Nötigungsmittel nennt, begegnet werden.<sup>742</sup> Vom Bundesgericht wird ausser Acht gelassen, dass damit – zumindest teilweise – eine Generalklausel anhand des unbestimmten Rechtsbegriffes des «ernstlichen Nachteils» ausgelegt und verstanden werden soll.

Kritiker werfen dem Bundesgericht darüber hinaus vor, die Generalklausel von Art. 181 StGB schlussendlich gar nicht restriktiv auszulegen. Bemängelt wird, dass in den Fällen, in welchen das Bundesgericht eine Verurteilung stütze, es an der nötigen Intensität gemangelt habe, sei es durch die Handlung selbst oder deren Dauer.<sup>743</sup> So ist sicherlich eine elftägige Blockade des Kernkraftwerkes Beznau genügend intensiv für eine Beschränkung der Handlungsfreiheit.<sup>744</sup> Fraglich ist allerdings, ob die vom Bundesgericht vorgenommene Subsumtion von Behinderungen von ca. fünfzehn<sup>745</sup> oder zehn<sup>746</sup> Minuten Dauer unter die Variante der anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit eine restriktive Auslegung dieser Tatbestandsvariante darstellt.<sup>747</sup>

Eine zweite Rechtsfolge hinreichender Bestimmtheit zeigt sich schliesslich darin, dass das Bundesgericht nur zurückhaltend Praxisänderungen vornimmt. So hielt es in einem Urteil aus dem Jahre 1999 mit Verweis auf den bereits vorne zitierten Entscheid des EGMR, *Case of Kokkinakis v. Greece*,<sup>748</sup> fest:

---

<sup>741</sup> BGE 125 IV 35, 36.

<sup>742</sup> STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 5 N 11.

<sup>743</sup> WEBER/WIEDERKEHR, S. 435 f.

<sup>744</sup> Vgl. BGE 129 IV 6, 11; WEBER/WIEDERKEHR, S. 436.

<sup>745</sup> BGE 108 IV 165.

<sup>746</sup> BGE 119 IV 301.

<sup>747</sup> WEBER/WIEDERKEHR, S. 435.

<sup>748</sup> Vgl. vorne Fn. 69.

«Eine ständige, reichhaltige und publizierte Gerichtspraxis könne einen vagen gesetzlichen Begriff genügend präzisieren, um seine Anwendung vorhersehbar zu machen.»<sup>749</sup> In eine ähnliche Richtung stiess auch bereits DUBS 1974: Zumindest bei schweren Eingriffen gebe es eine Korrelation zwischen der inhaltlichen Bestimmtheit von Normen und dem Ausbau des Anwendungsverfahrens: «Je unbestimmter die gesetzliche Grundlage bleiben muss, desto stärker sind die verfahrensrechtlichen Garantien auszubauen als Schutz vor unrichtiger Anwendung des unbestimmten Gesetzes.»<sup>750</sup>

### e) Würdigung

Durch die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe delegiert der Gesetzgeber die «eigentliche Normsetzung an den Rechtsanwender.»<sup>751</sup> Die Verwendung von Generalklauseln, welche sich vorwiegend deskriptiver Begriffe bedienen und eine Wertung des Rechtsanwenders verlangen, beeinträchtigt die Rechtssicherheit. Die Rechtssuchenden können «auf Grund der vagen gesetzlichen Formulierung kaum antizipieren [...], wie der Richter in concreto entscheiden wird»<sup>752</sup> und dies gilt insbesondere dann, wenn dieselben Begriffe aufgrund eines unterschiedlichen Kontextes anders ausgelegt werden.<sup>753</sup> Entsprechend sollten unbestimmte Generalklauseln aufgrund des Bestimmtheitsgebotes in der Rechtssetzung möglichst vermieden werden.<sup>754</sup> Der Gesetzgeber kann allerdings dort, wo eine bestimmt formulierte, häufig damit einhergehende kasuistische Regelung<sup>755</sup> verfehlt wird oder überflüssig ist, durchaus eine Generalklausel verwenden.<sup>756</sup> Dadurch kann der Rechtsanwender «der Billigkeit im Sinne der individuellen Gerechtigkeit Rechnung tragen.»<sup>757</sup> So würde ein gesetzlicher Katalog von strafbaren bzw. von legalen Handlungen i.S.v. Art. 181 StGB mehr Verwirrung stiften, als Klärung bringen. Der Katalog würde zwingend unübersichtlich und zugleich immer lückenhaft bleiben, was ebenfalls zu ungerecht empfundenen Urteilen führen könnte. Generalklauseln besitzen also gegenüber den kasuistischen Regelungen den Vorteil, dass sie nicht nur fragmentarisch, sondern auch vor-

<sup>749</sup> BGE 125 I 369, 379 f.

<sup>750</sup> DUBS, Bestimmtheit, S. 245.

<sup>751</sup> KRAMER, S. 70.

<sup>752</sup> KRAMER, S. 68 f.

<sup>753</sup> Relativität der Rechtsbegriffe, vgl. DEMKO, passim; KRAMER, S. 64 f.

<sup>754</sup> KRAMER, S. 69.

<sup>755</sup> Vgl. zur kasuistischen Methode vorne S. 111 ff.

<sup>756</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 267 f.

<sup>757</sup> CANARIS, S. 20 f.

läufig Sachverhalte regeln können.<sup>758</sup> Die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen darf aber nicht einzig mit der Begründung erfolgen, dass eine kasuistische Regelung nicht möglich oder sinnvoll sei. Die Grenze des rechtlich Zulässigen bildet das Bestimmtheitsgebot, welches trotz Flexibilisierungsbedürfnis immer zuerst Beachtung finden sollte.

Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe sollten nur dann als gesetzgeberisches Mittel eingesetzt werden, wenn die anderen Methoden nicht zielführend sind. Mitunter ist dies abhängig von der Regelungsmaterie. Die kasuistische Methode ist etwa dann ungeeignet, wenn Sachverhalte nur unvollständig geregelt werden können oder das Gesetz quantitativ derart anwachsen würde, dass es unübersichtlich würde oder dort, wo dem Rechtsanwender sinnvollerweise ein eher weiter Spielraum zustehen sollte.

## 5. Exemplifizierende Methode

### a) Begriff

Die exemplifizierende Methode ist eine Verbindung zwischen einer Generalklausel und der kasuistischen Methode.<sup>759</sup> Ein Tatbestand wird dabei als Generalklausel formuliert, beispielsweise ein sog. «schwerer Fall». Diese Generalklausel ist in aller Regel stark wertausfüllungsbedürftig, d.h. sie bedient sich normativer Begriffe und ist eher unbestimmt. Zur Konkretisierung des gesetzgeberischen Willens werden sodann Beispiele aufgeführt, mit welchen verdeutlicht werden soll, welche Fallgruppen von der Generalklausel erfasst sind. Dabei weisen die kasuistischen Beispiele in der Regel keinen abschliessenden resp. taxativen Charakter auf. Im Gesetz wird dies entweder durch das Wort «insbesondere» oder «namentlich» verdeutlicht oder durch das Hinzufügen einer weiteren Generalklausel. Wurde ein solches Beispiel verwirklicht, «so besteht eine gesetzliche Vermutung dafür»<sup>760</sup>, dass der Tatbestand erfüllt ist. Diese Vermutung kann allerdings widerlegt werden. Andererseits kann ein Fall auch dann von der Generalklausel erfasst werden, wenn kein Beispiel erfüllt ist, aber «das Gewicht von Unrecht und Schuld dem eines Regelbeispiels entsprechen.»<sup>761</sup>

---

<sup>758</sup> ENGISCH, S. 218.

<sup>759</sup> ENGISCH, S. 216; MAIWALD, S. 139; HILL, Gesetzgebungslehre, S. 111; vgl. auch ARZT, Rechtsunsicherheit, S. 173.

<sup>760</sup> HILL, Gesetzgebungslehre, S. 112.

<sup>761</sup> HILL, Gesetzgebungslehre, S. 112; vgl. auch STEINMANN, S. 21 f.

Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 2 Abs. 1 StGB regelt beispielsweise den schweren Fall der Geldwäscherei. Der vom Gesetz verwendete Ausdruck «in schweren Fällen» stellt die Generalklausel dar.<sup>762</sup> Abs. 2 zählt sodann drei Fälle auf, «in denen obligatorischerweise ein schwerer Fall angenommen werden muss.»<sup>763</sup> Danach ist von einem schweren Fall auszugehen, wenn jemand als Mitglied einer Verbrechensorganisation (lit. a) oder Bande (lit. b) operiert oder gewerbsmässig handelt und einen grossen Umsatz oder erheblichen Gewinn erzielt (lit. c). Aufgrund des Wortes «insbesondere» im Gesetz, welches den Beispielen vorangeht, können auch andere schwere Fälle in Betracht kommen, wie etwa «wenn jemand einmalig für die Mafia Vermögenswerte in Millionenhöhe wäscht.»<sup>764</sup>

Eine andere Variante wählte der Gesetzgeber etwa bei der schweren Körperverletzung i.S.v. Art. 122 StGB: Abs. 1 nennt die lebensgefährliche Verletzung als möglichen Taterfolg, während Abs. 2 drei Fallgruppen exemplifizierend aufzählt. Abs. 3 nennt sodann «eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen» als Generalklausel.<sup>765</sup> Diese findet bei «gleich schweren Verletzung[en] anderer Art»<sup>766</sup> Anwendung.

## b) Vor- und Nachteile

Die exemplifizierende Methode bringt den Vorteil mit sich, dass sich der Gesetzgeber stark wertausfüllungsbedürftiger normativer Begriffe bedienen kann, welche er durch die kasuistischen Beispiele sogleich konkretisieren kann. Solche Beispiele bieten dem Leser eine Orientierungshilfe, wie der normative Begriff bzw. die Generalklausel zu interpretieren ist.<sup>767</sup> Damit verdeutlicht der Gesetzgeber, auf welche Objekte sich der Begriff beziehen soll.

Nach HILL wird die exemplifizierende Methode «am ehesten sowohl den Bedürfnissen nach rechtsstaatlicher Sicherheit als auch nach zukunftsgerichteter Rechtssetzung gerecht.»<sup>768</sup> Diese Aussage muss allerdings relativiert werden.

<sup>762</sup> Vgl. PIETH, BSK II-StGB, Art. 305<sup>bis</sup> N 63.

<sup>763</sup> PIETH, BSK II-StGB, Art. 305<sup>bis</sup> N 63.

<sup>764</sup> TRECHSEL/AFOLTER-EIJSTEN, PK-StGB, Art. 305<sup>bis</sup> N 27; GRABER, S. 153 f.; vgl. dazu auch ARZT, Rechtsunsicherheit, S. 169.

<sup>765</sup> Vgl. ROTH/BERKEMEIER, BSK II-StGB, Art. 122 N 19; TRECHSEL/FINGERHUT, PK-StGB, Art. 122 N 9.

<sup>766</sup> TRECHSEL/FINGERHUT, PK-StGB, Art. 122 N 9; vgl. auch SCHUBARTH, Kommentar 1. Band, Art. 122 N 23.

<sup>767</sup> KRAMER, S. 74.

<sup>768</sup> HILL, Akzeptanz, S. 379.

Die vom Gesetzgeber bezeichneten Beispiele weisen in aller Regel taxativen Charakter auf. Sie liefern dem Rechtsanwender lediglich Vermutungen. «Sie sind ‚Tatbestände‘ zwar im formellen, nicht aber im materiellen Sinne, weil der Gesetzgeber nichts vorentschieden hat.»<sup>769</sup> Den Beispielen kommt lediglich Indizwirkung zu. So kann Mord i.S.v. Art. 112 StGB aufgrund der Umstände des konkreten Falles trotz Vorliegens eines besonders verwerflichen Beweggrundes und/oder Art der Ausführung der Tat zur Verneinung der Anwendbarkeit des Tatbestandes führen. Ebenso kann aber auch bei Nichtvorliegen der gesetzlichen Beispiele ein Mord bejaht werden.<sup>770</sup> Die exemplifizierende Methode kann daher gewissermassen zu einem Nullsummenspiel verkommen, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der Gesetzgeber innerhalb der aufgeführten Beispiele Rechtsbegriffe verwendet, welche wiederum einer Wertung des Rechtsanwenders bedürfen.<sup>771</sup>

Nichtsdestotrotz ist die exemplifizierende Methode sinnvoll, um Generalklauseln zu präzisieren. Die normierten Beispiele verdeutlichen den gesetzgeberischen Willen und bieten dem Bürger Anhaltspunkte, welche Verhaltensweisen strafbar sind. Die exemplifizierende Methode löst allerdings keine grundlegenden Probleme. Die wertausfüllungsbedürftige Generalklausel bleibt weitgehend unbestimmt. Ihre Vagheit wird durch die kasuistischen Beispiele lediglich entschärft.<sup>772</sup> Dies gelingt allerdings nur dann zufriedenstellend, wenn der Gesetzgeber die Beispiele dergestalt wählt, dass sie die Vielzahl der Fälle abdecken, welche unter den Tatbestand oder eine Generalklausel fallen. Dies ist beispielsweise bei Art. 122 StGB oder Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 2 Abs. 1 StGB durchaus gelungen.<sup>773</sup>

---

<sup>769</sup> MAIWALD, S. 159.

<sup>770</sup> Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 112 N 3 m.H. auf BGE 118 IV 122, 126 = Pra. 82 (1993) Nr. 18; BGer, Urteil vom 23.11.1999, 6S.163/1998 = Pra. 89 (2000) Nr. 73.

<sup>771</sup> Vgl. weiter zur Kritik auch TRECHSEL, Umstände, S. 205, welcher kritisiert, dass die exemplifizierende Methode vom Richter verlange, «dass er für die Bedürfnisse der Argumentation Beispiele bildet und damit obiter dicendo erdachte Fälle entscheidet, was in der Tat nicht ungefährlich ist.»

<sup>772</sup> NOLL, Gesetzestechnik, S. 300.

<sup>773</sup> Vgl. zu Generalklauseln allgemein vorne S. 120 ff.

## 6. Blankettstrafnormen

### a) Begriff

Blankettstrafnormen enthalten eine Strafandrohung, welche durch andere sog. Ausfüllungsnormen ausgefüllt wird.<sup>774</sup> Dabei müssen sowohl die Strafbestimmung als auch die hinzugezogenen Verhaltensnormen i.S.v. Art. 1 StGB genügend bestimmt sein.

Blankette können neben dem Verweis auch Elemente eines Tatbestandes enthalten, wobei dieser nie vollständig geregelt wird. Aus einer Blankettstrafnorm alleine geht nie vollständig hervor, welche Verhaltensweisen strafbar sind.<sup>775</sup> Ein Beispiel einer solchen Norm ist Art. 90 Abs. 2 SVG. Danach macht sich strafbar, «wer durch grobe Verletzung der Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt.» Diese Norm enthält die Tatbestandsmerkmale des Hervorrufens einer ernstlichen Gefahr für die Sicherheit anderer, stellt auch die eventualvorsätzliche Begehung unter Strafe und verweist auf die Verkehrsregeln des Strassenverkehrsrechts, deren grobe Verletzung ein weiteres Tatbestandsmerkmal darstellt.

### b) Funktion

Blankettstrafnormen nehmen verschiedene Funktionen wahr. Sie ermöglichen, durch Verweisungen Wiederholungen im Gesetz zu vermeiden. Im Strassenverkehrsstrafrecht muss beispielsweise nicht bei jeder Verkehrsregel auch eine Strafbestimmung eingefügt werden. Insofern erhöhen Blankette durch ihre Verweisungen die Handlichkeit und Übersichtlichkeit eines Gesetzes.<sup>776</sup> Blankettnormen können darüber hinaus auch das Recht flexibler gestalten. Dies gilt insbesondere für Verweise auf Verordnungen, da der Verordnungsgeber schneller auf veränderte Situationen reagieren kann.<sup>777</sup> Schliesslich dienen Blankettstrafnormen auch der Entlastung des Gesetzgebers und erfüllen zugleich eine Systemisierungsfunktion.<sup>778</sup>

---

<sup>774</sup> RAABE, S. 28 ff.

<sup>775</sup> Vgl. BGer, Urteil vom 21.7.2008, 6B\_385/2008, E. 3.3.2; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB Art. 1 N 44.

<sup>776</sup> RAABE, S. 34.

<sup>777</sup> RAABE, S. 35.

<sup>778</sup> RAABE, S. 35 f.

### c) Unterscheidung nach Art des Verweises

Blankettstrafnormen können auf Bestimmungen innerhalb oder ausserhalb eines Gesetzes verweisen, d.h. sie können ausdrücklich oder nur konkludent auf die ausfüllenden Normen verweisen, wobei im letzteren Fall der konkrete Verweisungszusammenhang erst durch Auslegung des Blanketts erkennbar wird.<sup>779</sup> Ein Beispiel für ein konkludent verweisendes Blankett findet sich in Art. 90 Abs. 2 SVG, da erst durch Auslegung des Begriffes der Verkehrsregeln erkennbar wird, welche Normverletzungen zur Strafbarkeit führen können. Eine ausdrückliche Verweisung findet sich etwa in Art. 35 Abs. 1 lit. j GTG, wonach sich strafbar macht, wer «besondere Vorschriften über den Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen (Art. 19) verletzt.» Dieser Straftatbestand verweist konkret auf Art. 19 desselben Gesetzes.

Die Ausfüllungsnormen können sich in Gesetzen, Verordnungen, Satzungen oder Verwaltungsakten befinden.<sup>780</sup> Die Verweisungen können sich auf Normen innerhalb desselben Regelungswerkes beziehen, wie vorliegend Art. 35 Abs. 1 lit. j GTG, oder auf Normen ausserhalb des Regelungswerkes, wie etwa Art. 90 Abs. 2 SVG, der auch auf die Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verweist. Blankettnormen, welche nur einen sog. Binnenverweis innerhalb des Regelungswerkes aufweisen, werden als unechte Blankette, solche mit Aussenverweisen als echte Blankette bezeichnet.<sup>781</sup> Als schliesslich letzte Unterscheidung werden die Verweise daraufhin unterschieden, ob sie statisch oder dynamisch sind, d.h., ob auf eine konkrete Fassung einer Regelung verwiesen wird oder ob der Verweis auch dann gilt, wenn die Regelung später angepasst wird.<sup>782</sup>

#### aa) Blankettverweise auf Verfügungen

Ein Blankettverweis auf Verfügungen findet sich etwa in der Strafbestimmung von Art. 292 StGB. Danach wird mit Busse bestraft, «wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.» Dieser Tatbestand setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts voraus,

«que le comportement ordonné par l'autorité soit décrit avec suffisamment de précision pour que le destinataire sache clairement

---

<sup>779</sup> EICKER, S. 174 f.; HOHMANN, S. 38 f.

<sup>780</sup> RAABE, S. 31; TIEDEMANN, Tatbestandsfunktion, S. 89.

<sup>781</sup> EICKER, S. 175 ff.; vgl. auch HOHMANN, S. 39 f.

<sup>782</sup> EICKER, S. 176; HOHMANN, S. 39.

ce qu'il doit faire ou ce dont il doit s'abstenir, et partant quel comportement ou omission est susceptible d'entraîner une sanction pénale.»<sup>783</sup>

Als genügend bestimmt schützte das Bundesgericht etwa eine Verfügung, welche den Vater eines Kindes anwies, das Besuchsrecht der Mutter im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme im Scheidungsverfahren zu beachten und mit einer Amtsstelle zusammenzuarbeiten.<sup>784</sup> Ebenso wurde eine Verfügung geschützt, welche Mitarbeitende einer AG anwies, ein «Qualitätssicherungskonzept» der Lebensmittelkontrolle vorzulegen, ohne dass genauer umschrieben war, wie dieses Konzept auszusehen hat.<sup>785</sup> Insbesondere argumentiert das Bundesgericht damit, dass die Betroffenen einer solchen Verfügung hätten rückfragen müssen, wenn sie etwas nicht verstanden hätten.<sup>786</sup>

#### *bb) Blankettverweise auf Gesetzes- und/oder Verordnungsnormen*

Blankettstrafbestimmungen, welche auf andere Normen in Gesetzen oder Verordnungen verweisen, kommen häufig im Nebenstrafrecht, welches sich durch seine Akzessorietät kennzeichnet,<sup>787</sup> zur Anwendung. So regelt Art. 90 Abs. 1 SVG, dass mit Busse bestraft wird, «wer Verkehrsregeln dieses Gesetzes oder der Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verletzt», womit auf die Regelungen über Verkehrsregeln gem. Art. 26 ff. SVG sowie die Verordnungen der Bundesversammlung und des Bundesrates, welche das SVG konkretisieren, Bezug genommen wird. Andere Beispiele für Blankettverweise finden sich etwa in Art. 35 GTG, Art. 24 f. NHG oder Art. 60 ff. USG.

#### **d) Die Problematik von Blankettstrafnormen**

Blankettstrafnormen können zur Flexibilität des Gesetzes beitragen.<sup>788</sup> Einerseits können Strafandrohungen mit Verfügungen verknüpft werden, welche direkt auf einen konkreten Fall Bezug nehmen. Andererseits kann das Gesetz durch Verordnungen präzisiert werden. Aufgrund des vereinfachten Erlassverfahrens können diese schneller angepasst werden. Der Nachteil von Blankett-

<sup>783</sup> BGE 127 IV 119, 121 = Pra 90 (2001), Nr. 198; 124 IV 297, 311; diese Urteile bezeichnen POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 44 als «krass».

<sup>784</sup> BGE 127 IV 119.

<sup>785</sup> BGE 124 IV 297.

<sup>786</sup> BGE 124 IV 297, 311: «Sollte der Beschwerdeführer nicht verstanden haben, was von ihm in der Verfügung verlangt wurde, hätte er rückfragen müssen.»

<sup>787</sup> EICKER, S. 174 ff.; HOHMANN, S. 38.

<sup>788</sup> Vgl. zum Flexibilisierungsbedürfnis vorne S. 78 ff.

normen besteht allerdings darin, dass sich die Gesetzgebungsbefugnis weg von der Legislative bewegt. Die demokratische Legitimation einer Strafe wird damit schwächer. Entschärft wird diese Problematik dadurch, dass im Gesetz die Grundzüge der Regelung enthalten sein müssen.<sup>789</sup>

Auf der anderen Seite sind Blankettstrafnormen im Lichte des Bestimmtheitsgebotes ebenfalls nicht unproblematisch. Dies betrifft sowohl die Präzision als auch die Verständlichkeit solcher Strafbestimmungen. So erschliesst sich nicht ohne weiteres, wie etwa Art. 90 Abs. 1 von Abs. 2 SVG abgegrenzt wird.<sup>790</sup> Blankettstrafnormen müssen immer zusammen mit anderen Normen oder Regelungen gelesen werden, um tatsächlich zu verstehen, welche Verhaltensweisen verboten sind. Das bedingt zweierlei: Die Bestimmtheit der einzelnen Normen und die Bestimmtheit des Verweises.<sup>791</sup> Die Problematik lässt sich anhand mehrerer Beispiele verdeutlichen:

Nach Art. 60 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer «Vorschriften über Stoffe oder Organismen verletzt (Art. 29, 29b Abs. 2, 29f, 30a Bst. b und 34 Abs. 1).» Es handelt sich um eine Blankettstrafbestimmung, welche zunächst den Anschein eines unechten Blanketts erweckt, d.h. die Norm verweist lediglich auf Normen innerhalb desselben Gesetzes. Da diese Normen auch explizit erwähnt werden, handelt es sich zunächst auch um einen ausdrücklichen Verweis. Bei genauerem Hinsehen wird der ausdrückliche Binnenverweis allerdings zu einem konkludenten Aussenverweis. Art. 29, Art. 29b Abs. 2, Art. 29f. und Art. 30a lit. b USG regeln, welche Vorschriften der Bundesrat erlassen kann bzw. muss und Art. 34 Abs. 1 USG hält fest, welche Vorschriften die Kantone erlassen können. Ob der Bundesrat und die Kantone Vorschriften erlassen haben und falls ja, welche, bleibt unklar. Der Bürger muss hier selbständig nach Vorschriften suchen, welche es eventuell gar nicht gibt, mithin handelt es sich u.U. um eine Strafnorm mit einem Verweis auf nicht existierende Normen. Die Normen können für sich zwar verständlich und präzise abgefasst sein, den Zusammenhang zwischen ihnen herzustellen bzw. den «Bereich des Strafbaren» zu erschliessen, ist allerdings nur mit «Expertenwissen» möglich.<sup>792</sup> Bislang wurde dieses Thema vom Bundesgericht weder aufgegriffen noch entschieden. Es stellt aber im Lichte der Zielsetzung von Art. 1 StGB ein ernsthaftes Problem dar.<sup>793</sup>

---

<sup>789</sup> BGE 128 I 113, 122; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, N 407 sowie vorne S. 114 f.

<sup>790</sup> Vgl. WOHLERS/COHEN, Verkehrsregelverletzungen, S. 55 ff.

<sup>791</sup> Vgl. HOHMANN, S. 40; BÖXLER, S. 258.

<sup>792</sup> EICKER, S. 191.

<sup>793</sup> Zum Ganzen EICKER, S. 191.

Ein vom Bundesgericht zu beurteilender Fall bezog sich auf die Blankettvorschrift von Art. 87 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (HMG). Danach wird mit «Haft oder mit Busse bis zu 50 000 Franken» bestraft, wer «gegen die Bestimmungen über die Werbung für Arzneimittel verstösst.» Es handelt sich um einen konkludenten Binnenverweis, welcher sich auf den 5. Abschnitt des HMG «Werbung und Preisvergleiche» bezieht. Konkret hatte die beschuldigte Person als Chefapothekerin in einem Spital Geld von potentiellen Medikamentenlieferanten angenommen,<sup>794</sup> was nach Art. 33 Abs. 2 HMG verboten ist: «Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, dürfen für die Verschreibung oder die Abgabe von Arzneimitteln geldwerte Vorteile weder fordern noch annehmen.» An sich sind beide Normen genügend bestimmt formuliert. Das Bundesgericht entschied allerdings zu Recht, dass der Verweis bzw. die Eingliederung dieser Regelung unter den Begriff der Werbung nicht genügend präzise ist. «Die Annahme geldwerter Vorteile [ist] offensichtlich keine Werbung.»<sup>795</sup> In Bezug auf den Begriff der Werbung muss die Annahme geldwerter Vorteile klar als negativer Kandidat i.S. des Drei-Kandidaten-Schemas betrachtet werden. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass

«aus der Strafbestimmung nicht erkennbar [ist], dass derjenige, welcher für die Verschreibung oder die Abgabe von Arzneimitteln geldwerte Vorteile fordert oder annimmt, sich gemäss Art. 87 Abs. 1 lit. b HMG wegen Verletzung von Bestimmungen über die Werbung für Arzneimittel strafbar machen könnte.»<sup>796</sup>

#### e) Die vom Bürger erwartete Selbständigkeit

Blankettstrafnormen vereinfachen das Gesetz, da nicht mehrfach dasselbe wiederholt werden muss. Dadurch wird das Gesetz prägnanter und übersichtlicher. Zugleich wird das Gesetz aber komplexer. Der Bürger muss verschiedene Normen miteinander kombinieren. Art. 90 Abs. 1 SVG verweist auf Verkehrsregeln. Die Norm muss demnach dahingehend verstanden werden, dass der Bürger bemerkt, dass damit die Normen von Art. 26 ff. SVG gemeint sind. Handelt es sich um einen Aussenverweis, wird vom Bürger gar verlangt, dass er bei einem ausdrücklichen Verweis mindestens ein weiteres Regelwerk konsultiert, bei einem konkludenten Verweis wie im USG muss er gar selbständig

<sup>794</sup> BGE 139 IV 62 = BGer, Urteil vom 11.12.2012, 6B\_771/2011.

<sup>795</sup> BGer, Urteil vom 11.12.2012, 6B\_771/2011, E. 2.2.

<sup>796</sup> BGer, Urteil vom 11.12.2012, 6B\_771/2011, E. 2.4.

die passenden Normen auf bundes-, kantonal- oder kommunalrechtlicher Ebene vollständig zusammensuchen. Tatsächlich kann dies auch bereits einem Juristen Schwierigkeiten bereiten, insbesondere ohne die Suche durch Lektüre von Lehre und Rechtsprechung zu vereinfachen bzw. abzukürzen.

Bei Blankettstrafbestimmungen muss immer ein Bezug zwischen Verweisungs- und Bezugsnormen hergestellt werden. Es muss daher die Frage aufgeworfen werden, wie viel Kombinationsfähigkeit dem Bürger zugemutet werden darf, soll er doch vom Grundsatz her die Grenzen der Strafbarkeit aus dem Gesetz bzw. aus einer Verfügung heraus erkennen können. Das Bundesgericht äussert sich hierzu widersprüchlich. In dem vorne<sup>797</sup> zitierten Entscheid aus dem Jahr 2007 über die strafbare Anbringung von Strassenreklamen wurde festgehalten: «Allerdings erfordert dies vom Normadressaten nicht selten, dass er sich [... über die Gesetzesnormen] erst informieren muss.»<sup>798</sup> Im zitierten Entscheid<sup>799</sup> über die Norm des HMG aus dem Jahr 2012 schrieb das Bundesgericht hingegen:

«Es ist nicht Sache des Bürgers, durch ein Studium des Gesetzes allenfalls herauszufinden, ob das Fordern und Annehmen geldwerter Vorteile für die Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln etwa bei systematischer Gesetzesauslegung als Verstoss gegen die Bestimmungen über die Werbung für Arzneimittel gemäss Art. 87 Abs. 1 lit. b HMG strafbar sein könnte.»<sup>800</sup>

Auch wenn sich die gesetzlichen Grundlagen dieser Entscheide unterscheiden, bleibt unklar, wie weit die Pflicht des Bürgers zur selbständigen Beschaffung solcher Informationen reicht.

Aufgrund dessen, dass das Gesetz konkludente und dynamische Aussenverweise kennt und dies bislang zu keinen Beanstandungen in der Rechtsprechung geführt hat, muss konstatiert werden, dass vom Bürger eine beträchtliche Selbständigkeit bei der Informationsbeschaffung verlangt wird. Das Ziel und der Grundsatz des Legalitätsprinzips, wonach der Bürger aus dem Gesetz die Grenze zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit erkennen und die Folgen seiner Handlungen abschätzen können soll, kann hier kaum erreicht werden.

---

<sup>797</sup> Vgl. vorne S. 3 f.

<sup>798</sup> BGer, Urteil vom 27.10.2007, 6P.62/2007, E. 3.5.

<sup>799</sup> Vgl. bereits vorne S. 136.

<sup>800</sup> BGer, Urteil vom 11.12.2012, 6B\_771/2011, E. 2.4.

## f) Würdigung

Blankettstrafnormen sind als solche mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar. Die Problematik liegt allerdings darin, dass die Strafbestimmungen so zu lesen sind, als stünde in ihnen der Text der Ausfüllungsnorm.<sup>801</sup> Dies erfordert «vom Normadressaten nicht selten, dass er sich hierüber erst informieren muss.»<sup>802</sup> Diese Schwierigkeit wird zusätzlich verschärft, wenn sich die Blankettstrafnorm und die Ausfüllungsnorm nicht in demselben Erlass befinden und es sich um einen konkludenten Verweis handelt.<sup>803</sup> Die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit einer Strafnorm wird dadurch beeinträchtigt. Im umgekehrten Fall, wenn nach jeder strafrechtlich relevanten Bestimmung eine Strafnorm angefügt werden würde, wäre die Problematik allerdings dieselbe oder würde gar noch verschärft. Die Menge von Normen würde stark ansteigen, wodurch das Gesetz unübersichtlicher würde. Zusätzlich müssten die einzelnen Strafbestimmungen voneinander abgegrenzt werden. Insofern sind Blankettstrafnormen ein gutes gesetzgeberisches Mittel, um ein ganzes Regelwerk einheitlich unter Strafe stellen zu können. Dabei müssen allerdings die Blankettstrafnorm wie auch die Ausfüllungsnorm genügend bestimmt sein. Dies gilt im Besonderen für die Verweisung innerhalb der Blankettnorm. Diese muss klar zum Ausdruck bringen, welche Regelungen von der Strafbestimmung erfasst sind und welche nicht.<sup>804</sup>

Für eine optimale Verständlichkeit von Strafnormen wäre es ideal, wenn der Gesetzgeber auf konkludente Aussenverweise verzichten könnte. Ausdrückliche Aussenverweise müssten dann allerdings bei Gesetzesrevisionen immer angepasst werden, was die Aufgabe der Gesetzgebung erschweren würde. Würde sich eine Ausfüllungsnorm ändern, würde eine solche neu geschaffen oder aufgehoben, müsste auch immer zugleich die Verweisungsnorm geändert werden. Ein vereinfachter Weg könnte aber dadurch gefunden werden, dass Regelungswerke mit Verweisungsnormen vereinfacht angepasst werden könnten, wenn der Erlassgeber nicht derselbe war, wie derjenige, welcher die Ausfüllungsnorm aufgestellt hat. Würde die Exekutive Blankettstrafnormen ausfüllen, könnte ihr zugleich die Kompetenz zukommen, das Gesetz nicht nur inhaltlich zu ergänzen, sondern auch formell dahingehend anzupassen, dass die ausfüllenden Normen in den Blankettnormen erwähnt würden.

---

<sup>801</sup> BGer, Urteil vom 21.7.2008, 6B\_385/2008, E. 3.3.2.

<sup>802</sup> BGer, Urteil vom 27.10.2007, 6P.62/2007, E. 3.5.

<sup>803</sup> BGer, Urteil vom 27.10.2007, 6P.62/2007, E. 3.5.

<sup>804</sup> Vgl. BGer, Urteil vom 21.7.2008, 6B\_385/2008, E. 3.3.2.

Durch eine solche Lösung würde zwar die Anzahl der benötigten Zeichen für eine Norm ansteigen, denn die Verweise müssten sämtliche Normen nennen, auf welche Bezug genommen wird. Dieser Nachteil würde aber vom Gewinn an Präzision, Verständlichkeit und Effizienz durch Zeitgewinn des Lesers klar überwogen. Der Bürger hätte keine Mühe herauszufinden, welche Verhaltensweisen strafbar sind, auch wenn sich die Verweisungsnorm in einem oder mehreren anderen Erlassen befinden und zugleich könnte er sich auch darauf verlassen, dass nur auf diejenigen Normen verwiesen wird, welche explizit erwähnt werden.

## 7. Systematik

Bei der Rechtsordnung handelt es sich um ein System, welches auf dem Prinzip der Wertung aufbaut und daher immer im Wandel ist.<sup>805</sup> Die Rechtssprache kann nicht auf wenige Grundbegriffe reduziert werden, wie etwa «ein streng axiomatisches System nach der Art der Mathematik oder einer kalkülierten Wissenschaftssprache.»<sup>806</sup> Die Rechtsordnung bildet ein System von offenen Formulierungen, welche eine «logisch zwingende Deduktion nicht zulassen.»<sup>807</sup> Das juristische Denksystem kann nicht so vereinfacht werden, wie die aristotelischen Syllogismen, bei denen die Kausalität zur Geltung kommt. Ein Beispiel für die logische Verknüpfung eines Obersatzes mit einem Untersatz ist das folgende Beispiel. Der Obersatz lautet: Aristoteles ist ein Mensch; der Untersatz stellt fest, dass alle Menschen sterblich sind. Die Folge davon ist, dass Aristoteles sterblich ist. Der Verdienst von Aristoteles ist, dass er als erster das Kausaldenken systematisiert und auf einfache Zusammenhänge angewendet hat. Das reicht für die Urteilsfindung in der Jurisprudenz aber nicht aus, weil die Rechtsprechung sich mit wesentlich komplexeren Sachverhalten und Rechtsnormen beschäftigen muss.<sup>808</sup> Dennoch spielt die Systematik zur Bestimmung des Inhalts des Gesetzes eine wichtige Rolle.

Die Systematik kann dazu beitragen, dass ein Gesetz verständlicher und auch präziser wird. Für den Bürger kann eine durch systematische Ordnung geschaffene Übersichtlichkeit zu mehr Verständnis führen. Zugleich kann aber auch die Präzision erhöht werden, da die Systematik Aufschluss über den In-

---

<sup>805</sup> MIDDELSCHULTE, S. 25; ESSER, Grundsatz, S. 239; vgl. dazu auch vorne S. 76 ff., 83 ff.

<sup>806</sup> MIDDELSCHULTE, S. 24; LACHMAYER/PAVCNIK, Rz 8; KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 45.

<sup>807</sup> BAUMANN, Sprache, S. 19; JESCH, Gesetz, S. 56, Fn. 87; vgl. auch HANDSTANGER, Rz 28 ff.; WALTER, Gesetzestechnik, S. 88; MÜLLER/UHLMANN, N 268.

<sup>808</sup> Vgl. BAUMANN, Sprache, S. 20; zum Syllogismus, vgl. etwa LOOSCHELDERS/ROTH, S. 89 ff.

halt vermitteln kann. «Nur wenn Gesetzessprache, Tatbestandstechnik und Systematik der Kodifikation miteinander harmonieren, kann der Rechtsstoff vollständig bewältigt werden.»<sup>809</sup> Die Bestimmtheit eines Begriffes hängt daher nicht nur von seiner Nominaldefinition ab, sondern auch von seinem Umfeld.<sup>810</sup> Unterschieden wird zwischen der Systematik einer Strafnorm selbst und der Systematik des Gesetzes bzw. des Rechts als Ganzes.

### a) Systematik innerhalb der Strafnormen

Jede Strafnorm beinhaltet zwei Teile: Es wird entweder ein Tatbestand umschrieben und daran eine Rechtsfolge geknüpft (Wer ... wird mit ... bestraft) oder es wird die Rechtsfolge vorweggenommen und daran ein Tatbestand geknüpft (vgl. beispielsweise Art. 17 und Art. 18 JSG).<sup>811</sup>

Was die einzelnen Normen betrifft, sollte der Gesetzgeber Sätze möglichst so wie der «unbefangene Laie» aufbauen und formulieren.<sup>812</sup> Eine zu komplexe Darstellung kann dazu führen, dass Bestimmungen derart lang werden, dass sie unübersichtlich und schwer verständlich werden.<sup>813</sup> Dazu zählen auch sinnvoll gewählte Titel und Marginalien. Sie sollen bestenfalls stichwortartig wiedergeben, was in der Norm geregelt wird. Ebenso ist für die Verständlichkeit zuträglich, wenn die einzelnen Normen gleich aufgebaut sind. Dies hat der Gesetzgeber etwa im Bereich des SVG teilweise durch das Massnahmenpaket «Via sicura» getan. Ein Teil der Strafnormen wurden redaktionell derart umformuliert, dass jeweils der erste Teil der Normen die Strafdrohung enthält und im zweiten Teil der Tatbestand folgt. Diese gleiche Satzstellung der Strafnormen wiegt für sich gesehen sicherlich nicht schwer, vereinfacht aber den Lesefluss.<sup>814</sup>

### b) Systematik des Rechts als Ganzes

Das Rechtssystem kann in ein äusseres und ein inneres System unterteilt werden. Das äussere System bezieht sich auf den formellen Aufbau des Gesetzes, wogegen das innere System «den inneren Bau des Rechts, verstanden als ein

<sup>809</sup> RITTER, S. 153.

<sup>810</sup> RITTER, S. 153; vgl. vorne S. 49 ff.

<sup>811</sup> Vgl. auch Gesetzgebungsleitfaden, N 678; zur Frage des Sinnzusammenhangs zwischen Tatbestand und Rechtsfolge vgl. WANK, Begriffsbildung, S. 87 ff.

<sup>812</sup> NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 260.

<sup>813</sup> Vgl. dazu FLEINER-GERSTER, S. 501.

<sup>814</sup> Vgl. dazu im Allgemeinen NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 260.

konsistentes System von Wertentscheidungen», meint.<sup>815</sup> Dabei hängen die beiden Systeme eng zusammen, weshalb das «äussere System einer Rechtsordnung dessen innere Struktur möglichst adäquat und transparent reflektieren sollte.»<sup>816</sup> Gelingt dies dem Gesetzgeber, erhöht er damit den Bestimmtheitsgrad eines Gesetzes und der darin enthaltenen Normen, denn «komplizierte und schwer verständliche Erlasse sind meistens von Grund auf falsch aufgebaut.»<sup>817</sup>

Das StGB etwa ist in drei Bücher gegliedert. Die Unterteilung erfolgt primär in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil. Dazwischen hat der Gesetzgeber durch Art. 110 StGB ein eigenes Buch resp. einen eigenen Abschnitt erstellt, welche Begriffe definiert, d.h. Legaldefinitionen enthält. Die einzelnen Bücher wiederum werden in Teile, Titel und schliesslich Artikel untergliedert. Die Artikel wiederum werden durch Absätze und Ziffern geordnet. Dieses äussere System des Strafrechts widerspiegelt dabei das innere: So gilt der Allgemeine Teil des Strafrechts und seine Prinzipien für sämtliche Tatbestände des Besonderen Teils, weshalb er diesem vorangestellt ist.

---

<sup>815</sup> KRAMER, S. 90; vgl. dazu hinten S. 152 ff.

<sup>816</sup> KRAMER, S. 90.

<sup>817</sup> FLEINER-GERSTER, S. 499.

## D. Schlussfolgerungen

Dem Bestimmtheitsgebot kommt die ihm in der Lehre attestierte «geringe direkte Bedeutung»<sup>818</sup> zu. Das Bundesgericht akzeptiert die Verwendung von äusserst vagen Begriffen in Strafnormen. Dazu gehören auch die Wörter der Sitte und des Anstands. Solche Begriffe sind im höchsten Mass wertausfüllungsbedürftig und ihre Interpretation bzw. ihr Verständnis hängt von äusserst subjektiven Kriterien ab. Für den Bürger bedeutet dies nichts anderes, als dass er aus dem Gesetz nicht erkennen kann, wo die Grenzen der Strafbarkeit verlaufen. Vom Bürger wird vielmehr verlangt, selbständig und aus Eigeninitiative heraus den Inhalt einer Formulierung zu ermitteln bzw. zu errahnen, was besonders bei konkludenten Aussenverweisen in Blankettstrafnormen zum Tragen kommt. Womöglich sollte sich der Bürger die notwendigen Informationen auch mit Hilfe der einschlägigen Rechtsprechung aneignen. Dass dieses Kompensationsargument aber eigentlich ins Leere läuft, liegt auf der Hand: Bei neuen Strafnormen existiert noch gar keine Rechtsprechung, was dann konsequenterweise zur Nichtanwendung der Bestimmungen führen müsste, da keine Kompensation möglich wäre.

Für den Rechtsstaat bedeutet dies, dass die eigentlich legislative Rechtssetzungskompetenz auf die Judikative überwälzt wird.<sup>819</sup> Dies führt dazu, dass keine exakt gleiche und damit nur in Grundzügen voraussehbare Rechtsprechung garantiert werden kann, weil die Rechtsanwender unterschiedliche Wertvorstellungen haben. Die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit wird damit zugunsten einer Einzelfallentscheidung teilweise aufgegeben.<sup>820</sup>

Ob eine konkrete Strafnorm gegen das Bestimmtheitsgebot verstösst, hängt demnach davon ab, ob der durchschnittliche Bürger alleine aufgrund des Gesetzestextes hätte erkennen können, dass die konkrete Verhaltensweise unter eine konkrete Strafnorm fallen könnte, und inwiefern eine Bestrafung vorhersehbar war oder nicht. Für die Vorhersehbarkeit müssen neben dem eigentlichen Text einer Norm auch die Systematik, Titel und Marginalien berücksichtigt werden. Auch sie ermöglichen es dem Leser zu erkennen, wie der Gesetzestext zu verstehen ist.<sup>821</sup> Dabei dürfen die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit aus den bereits erwähnten Gründen nicht allzu

<sup>818</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 49; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 20; RAABE, S. 40; EICKER, S. 171.

<sup>819</sup> Vgl. etwa BEACUAMP, S. 45.

<sup>820</sup> Dieselbe Abwägung wird teilweise auch im Bereich des Bestimmtheitsgebots vorgenommen, vgl. dazu vorne S. 101 ff und dort die Ansichten von LENCKNER und SEEL.

<sup>821</sup> Zur Bedeutung von Titel und Marginalie vgl. vorne S. 86.

hoch angesetzt werden.<sup>822</sup> Alles andere hätte zur Folge, dass der Gesetzgeber gar keine vagen und porösen Begriffe mehr verwenden dürfte. Das Gesetz würde durch eine Erhöhung der Präzision quantitativ derart anwachsen, dass es nicht nur unübersichtlich und unverständlich und die Gefahr der Lückenhaftigkeit erhöht werden könnte, sondern auch die Flexibilität der Rechtsanwendung massiv einschränken würde.

Sachlich äusserst schwierig begründbar sind vor allem gesetzliche Begriffe, welche einzig auf eine rein innere Wertanschauung abstellen und einen sehr kleinen eindeutigen Begriffskern aufweisen, wie z.B. die Begriffe «Treu und Glaube», «Anstand», «Sitte», «Manieren», «schlechtes Benehmen», «grober Unfug» oder «Ehre».<sup>823</sup> Der Gesetzgeber neigt dazu, solche Begriffe als Kern von Auffangtatbeständen zu verwenden. Sachverhalte, welche nicht unter andere, bestimmtere Straftatbestände subsumiert werden, können dadurch strafrechtlich verfolgt werden. Dies mag zwar dadurch begründbar sein, dass ansonsten unerwünschte und unbeabsichtigte Strafbarkeitslücken entstehen würden. Die Aufgabe des Gesetzgebers besteht allerdings nicht darin, durch vage Begriffe die Auffüllung solcher beabsichtigter Lücken dem Rechtsanwender zu überlassen. Dem Gesetzgeber und nicht der Judikative kommt die Aufgabe zu, die Grenzen der Strafbarkeit festzulegen. Stellt eine Strafnorm aber alleine auf den Verstoss gegen Sitte und Anstand ab, erledigt der Rechtsanwender die Aufgabe des Gesetzgebers, indem er festlegt, was darunter zu verstehen ist. Um solch vage Begriffe zu «entschärfen», stehen dem Gesetzgeber auch die nötigen Instrumente zur Verfügung. So kann er mittels Legaldefinition oder exemplifizierender Methode Normen konkretisieren und klarstellen, was unter einem unbestimmten Rechtsbegriff oder einer Generalklausel zu verstehen ist. Auch wenn dadurch die Quantität des Gesetzes ansteigt, ist dem Bürger damit am besten gedient.

Die Entscheidung über die Grenzen der Strafbarkeit sollte, wenn immer möglich, alleine dem dazu legitimierten Volksvertreter zustehen. Schliesslich stehen ihm die nötigen Mittel zur Verfügung und er verfügt über die notwendige Distanz zum konkreten Fall, um gleichgelagerte Fälle einheitlich beurteilen zu können.<sup>824</sup>

---

<sup>822</sup> Vgl. vorne S. 68 ff.

<sup>823</sup> Vgl. ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 38.

<sup>824</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 85.



## **Vierter Teil**

# **Umsetzung des Legalitätsprinzips aus Sicht des Rechtsanwenders**



## A. Auslegung von Rechtsnormen

Rechtsanwendung stellt eine Brücke «zwischen Norm und Faktum» her.<sup>825</sup> Ihr Ziel besteht darin, durch Auslegung den «wahren Sinn»<sup>826</sup>, «sens véritable»<sup>827</sup> bzw. «wirkliche[n] Sinn»<sup>828</sup> des Gesetzes «wie er sich aus den ihm zu Grunde liegenden Wertungen und seinem Zweck ergibt»,<sup>829</sup> zu ermitteln und diesen dann mit einem Sachverhalt zu vergleichen.<sup>830</sup> Dabei handelt es sich beim «Sinn des Gesetzes» eigentlich um einen «im Gesetz enthaltenen und zum Ausdruck gebrachten menschlichen Gedanken»; das Gesetz an sich kann keinen Anspruch auf Sinn erheben, dieser wird ihm vielmehr zugeordnet.<sup>831</sup>

Im Vordergrund der Auslegung als Teil der Rechtsanwendung stehen dabei vier Methoden: die grammatikalische, die systematische, die historische sowie die teleologische.<sup>832</sup> Neben diesen vier klassischen Auslegungskanonens<sup>833</sup> existieren noch weitere Auslegungsmethoden, wie etwa das realistische Element, die wirtschaftliche Betrachtungsweise oder die Praktikabilität des Auslegungsergebnisses.<sup>834</sup>

Im Folgenden werden die klassischen Auslegungsmethoden und ihr Verhältnis zueinander dargelegt und analysiert. Im Vordergrund der Überlegungen steht zunächst die Auslegung von Rechtsnormen im Allgemeinen, wobei bereits teilweise auch auf die Besonderheiten der Auslegung von Strafrechtsnormen hingewiesen wird. Darauf aufbauend wird schliesslich dargelegt, in welchem Verhältnis die einzelnen Auslegungsmethoden zueinander stehen.

---

<sup>825</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 32.

<sup>826</sup> BGer, Urteil vom 24.11.2003, 6P.84/2003, E. 3.2; BGE 111 IV 68, 69; ebenso GRABHERR, S. 9.

<sup>827</sup> BGE 111 IV 119, 122.

<sup>828</sup> BGE 127 IV 198, 200.

<sup>829</sup> BGer, Urteil vom 24.11.2003, 6P.84/2003, E. 3.2; BGE 127 IV 198, 200.

<sup>830</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 655; vgl. auch PROBST, Grenzen, S. 251 f.; vgl. etwa auch BGE 131 II 13, 31.

<sup>831</sup> GRABHERR, S. 26.

<sup>832</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 36; KRAMER, S. 56 ff.; vgl. auch KESHELAVA, S. 23 f.

<sup>833</sup> KESHELAVA, S. 24; vgl. auch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 698 ff., 702 f.

<sup>834</sup> KESHELAVA, S. 24; HÖHN, Methodik, S. 159.

## I. Grammatikalische Methode

### 1. Der Wortlaut als Ausgangspunkt der Auslegung

Die grammatikalische Methode stützt sich auf den Wortlaut einer Bestimmung. In der Regel ist dieser das wichtigste Indiz für die Feststellung des Normsinns,<sup>835</sup> da die Sprache das Medium des Gesetzes ist.<sup>836</sup> Es erstaunt nicht, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und der h.L. der Gesetzestext bzw. der Wortlaut einer Bestimmung den Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet.<sup>837</sup> Die grammatikalische Auslegung bildet damit das «primäre und wichtigste Indiz»<sup>838</sup> für die Eruiierung des Normsinns.

Die Aufgabe des Rechtsanwenders besteht darin, anhand des Wortlauts die Bedeutung einer Norm zu eruieren. Dabei muss der Begriffskern und Begriffshof der Norm<sup>839</sup> herausgeschält und entschieden werden, welche Sachverhalte vom Wortlaut einer Norm gedeckt sind und welche nicht. Die grammatikalische Auslegung orientiert sich dabei am «herkömmliche[n]»<sup>840</sup>, «allgemeine[n]»<sup>841</sup> bzw. «gewöhnlichen»<sup>842</sup> aktuellen<sup>843</sup> Sprachgebrauch. Das Gesetz soll grammatikalisch möglichst so ausgelegt werden, wie es sein Adressat, der Bürger, versteht. Dabei können bei der Auslegung Lexika und Wörterbücher eine wichtige Rolle spielen.<sup>844</sup> Dies trifft insbesondere dort zu, wo vage und unbestimmte Begriffe oder Generalklauseln ausgelegt werden müssen.<sup>845</sup>

<sup>835</sup> KRAMER, S. 57; KESHELAVA, S. 24 ff.

<sup>836</sup> Vgl. dazu vorne S. 44 ff.

<sup>837</sup> BGE 139 IV 282, 286; 138 III 359, 361; 137 V 13, 17; 124 IV 274, 277; HÖHN, Methodik, S. 207; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 37; LOOSCHELDERS/ROTH, S. 130; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 731; KLATT, Theorie, S. 19; DONATSCH, OFK-StGB, Art 1 N 7; DONATSCH/TAG, § 4/3.1; DUPUIS et al., Art. 1 N 22.

<sup>838</sup> KRAMER, S. 78.

<sup>839</sup> Zur Bedeutung der Begriffe Begriffskern und Begriffshof vgl. vorne S. 57 ff.

<sup>840</sup> BGE 103 IV 87, 89.

<sup>841</sup> BGE 103 Ia 95, 97.

<sup>842</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 41.

<sup>843</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 738; a.A. LOOSCHELDERS/ROTH, S. 139: «Auszugehen ist vom Wortverständnis, das dem historischen Gesetzgeber vorschwebte.»

<sup>844</sup> BGE 138 IV 13, 22; 119 IV 59, 62; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 41; LOOSCHELDERS/ROTH, S. 140; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 738; DEPENHEUER, S. 26; KESHELAVA, S. 28.

<sup>845</sup> Vgl. BGE 119 IV 59, 62; 121 IV 128, 130; 122 IV 33, 36; 131 IV 138, 141; 135 IV 102, 109.

Besonders im Nebenstrafrecht, wo Fachtermini verwendet werden,<sup>846</sup> setzt das Textverständnis eine bestimmte Wissensbasis voraus.<sup>847</sup> Daher kann und wird dort nicht auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch abgestellt, sondern auf die Fachterminologie selbst.<sup>848</sup> Dasselbe muss dort gelten, wo alltagssprachliche Begriffe gebraucht werden, welchen aber eine andere, nämlich juristisch-fachspezifische, Bedeutung zukommt.<sup>849</sup>

Der Wortlaut einer Bestimmung bildet allerdings nicht die Grenze der zulässigen Auslegung. Nach dem Bundesgericht und der h.L. wird vielmehr der Gesetzessinn als massgebend erachtet, wenn der Wortlaut vernünftigerweise nicht der «wirkliche»<sup>850</sup> bzw. der «wahre»<sup>851</sup> Sinn des Gesetzes sein kann:<sup>852</sup> «Massgebend ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich namentlich aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann.»<sup>853</sup> Dies gilt nicht nur für den Wortlaut der Normen, sondern gleichermassen für Titel und Marginalien,<sup>854</sup> welche ebenfalls zum Gesetzestext gehören.<sup>855</sup> Dabei darf allerdings «der sich aus dem Wortlaut ergebende Sinn nicht einfach aufgrund der unvollständigen und ungenauen Marginalie umgedeutet werden [...], um so den Anwendungsbereich der Bestimmung einzuschränken»,<sup>856</sup> da sie als grobe Überschriften oder Benennungen ungenau und unvollständig sein können.<sup>857</sup>

## 2. Dreisprachigkeit der Gesetzgebung

Die Besonderheit der Schweizer Gesetzgebung besteht darin, dass sämtliche Bundeserlasse in den drei Amtssprachen abgefasst werden. Sofern kein Übersetzungsfehler vorliegt,<sup>858</sup> sind die drei Sprachversionen gleichwertig, auch wenn die Formulierungen nicht immer kongruent sind, da sich sinngleiche

---

<sup>846</sup> Vgl. zur Fachterminologie bereits vorne S. 59 ff.

<sup>847</sup> Vgl. dazu vorne S. 45 ff.

<sup>848</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 41; vgl. BGE 132 IV 40, 46.

<sup>849</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 63 f.; KRAMER, S. 84.

<sup>850</sup> BGE 128 IV 272, 274; 127 IV 198, 200.

<sup>851</sup> BGE 131 II 13, 31; 87 IV 115, 118 f.

<sup>852</sup> Vgl. dazu ausführlich hinten S. 181.

<sup>853</sup> BGE 128 IV 272, 274; 127 IV 198, 200; 95 IV 68, 73.

<sup>854</sup> Vgl. BGE 119 IV 59, 62 f.; 80 IV 243, 246 f.; DONATSCH/TAG, § 4/3.1.

<sup>855</sup> Vgl. etwa BGE 119 IV 59, 62; 94 IV 85, 87; DONATSCH/TAG, § 4/3.1 sowie vorne S. 140.

<sup>856</sup> BGE 119 IV 59, 62; vgl. weiter BGE 108 IV 161, 162 f.; 94 IV 85, 87.

<sup>857</sup> BGE 89 IV 14, 20; 94 IV 85, 87; 108 IV 161, 162 f.; 119 IV 59, 62; DONATSCH/TAG, § 4/3.1; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 17.

<sup>858</sup> TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 16.

Begriffe oft nicht finden lassen.<sup>859</sup> Keine Rolle spielt insbesondere die Muttersprache einer beschuldigten Person, die verwendete Sprache am Tatort oder in welcher Sprache die parlamentarischen Beratungen stattgefunden haben.<sup>860</sup> Liegen Abweichungen zwischen den einzelnen Versionen vor, so ist mittels der übrigen Auslegungsmethoden zu eruieren, welche Version den Sinn der Norm am ehesten zum Ausdruck bringt.<sup>861</sup> Dies bedeutet, dass jeder Norm nur ein einziger Rechtssinn zukommen kann.<sup>862</sup> Dies hat zur Folge, dass die Anwendung der als richtig erachteten Version «nicht gegen den Grundsatz ‚nulla poena sine lege‘ im Sinne von Art. 1 StGB [verstösst], selbst wenn das dem Täter vorgeworfene Verhalten nach dem Gesetzeswortlaut in einer anderen Sprache nicht strafbar sein sollte.»<sup>863</sup>

Eine widersprüchliche Version des Gesetzestextes in den verschiedenen Amtssprachen findet sich beispielsweise in Art. 90 Abs. 3 SVG: Nach dem deutschen Gesetzestext wird bestraft, «wer durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht.» Aufgrund der Stellung des Wortes «vorsätzlich» bezieht sich dieses lediglich auf die «Verletzung elementarer Verkehrsregeln» und nicht auch auf das «hohe Risiko eines Unfalls». Anders ist hingegen der französische Text formuliert: «Celui qui, par une violation intentionnelle des règles fondamentales de la circulation, accepte de courir un grand risque d'accident pouvant entraîner de graves blessures ou la mort.» Hier bezieht sich das Wort «intentionnelle» auf die Verletzung der Verkehrsregeln und die Voraussetzung des Eventualvorsatzes («accepter») auf das hohe Risiko eines Unfalles. Dagegen hält der italienische Text fest: «È punito con una pena detentiva da uno a quattro anni chiunque, violando intenzionalmente norme elementari della circolazione, corre il forte rischio di causare un incidente.» Damit muss

<sup>859</sup> BGE 76 IV 237, 241; vgl. auch PROBST, Grenzen, S. 252.

<sup>860</sup> Zum Ganzen: KRAMER, S. 76 ff.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 16; DONATSCH/TAG, § 4/3.1; KILIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, N 812; vgl. für die Rechtsprechung des BGer etwa BGE 107 IV 119, 121 f.; 81 IV 29, 30 sowie die Nachweise in der folgenden Fussnote.

<sup>861</sup> Vgl. BGE 83 IV 203, 206: «Les termes qu'emploient les textes allemand et italien (betreiben, esercitare) sont, à cet égard, encore plus nets.»; BGE 137 IV 84, 86: «Gestützt auf den französischsprachigen Gesetzestext - ‚des crimes ou des délits graves‘ - ist die Bestimmung deshalb durch Umplatzierung des Adjektivs ‚schwere‘ dahingehend auszulegen, dass ‚Verbrechen oder schwere Vergehen‘ drohen müssen.»; vgl. weiter BGE 115 IV 180, 181; 116 IV 134, 140; 104 IV 293, 294; TRECHSEL/NOLL, S. 49; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 16; DONATSCH/TAG, § 4/3.1; WAIBLINGER, S. 230 f.

<sup>862</sup> PROBST, Grenzen, S. 253.

<sup>863</sup> BGer, Urteil vom 26.6.2014, 6B\_64/2014, E. 1.4.

auch im italienischen Text die Verkehrsregelverletzung vorsätzlich erfolgen, nicht aber das hohe Risiko, was der deutschen Fassung entspricht. Da Delikte des SVG gem. Art. 100 Ziff. 1 SVG nur dann fahrlässig begangen werden können, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, ist entscheidend, ob nun der deutsche und italienische oder der französische Text den Sinn der Norm besser zum Ausdruck bringt. Nach dem deutschen und italienischen Text ist eine fahrlässige Begehung strafbar, nach dem französischen hingegen ist Eventualvorsatz notwendig.<sup>864</sup> Insofern müssen hier die anderen Auslegungsmethoden hinzugezogen werden, um entscheiden zu können, welche Sprachversion den Vorzug erhalten muss.<sup>865</sup>

## II. Systematische Methode

### 1. Die Analyse des Sinnzusammenhangs von Normen

Der Inhalt eines Begriffes, Satzes oder Textes kann sich dem Leser erst durch seinen Kontext eröffnen.<sup>866</sup> Die systematische Methode knüpft an diesen Zusammenhang an, in welchem ein Begriff oder eine Rechtsnorm eingebettet ist. Aus dem Sinnzusammenhang lassen sich für die juristische Auslegung «sprachliche, logische und teleologische Kriterien für den richtigen Sinn des Gesetzes gewinnen.»<sup>867</sup> So kann von verschiedenen Prämissen bei der Rechtsanwendung ausgegangen werden: Es kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber einen einheitlichen Sprachgebrauch verfolgt. Den gesetzlichen Begriffen sollte die gleiche Bedeutung zukommen, wobei durch deren Relativität dies nur bedingt Geltung hat.<sup>868</sup> Sodann sollte die Gesetzesanwendung nicht zu logischen Widersprüchen führen: Das Recht sollte widerspruchsfrei, kohärent und konsistent sein.<sup>869</sup> Dies gilt in erster Linie für Aussagen innerhalb eines Rechtsgebietes. Für diejenigen zwischen den Rechtsgebieten ist sie ebenfalls anerkannt und stellt ein Leitbild dar. Sie widerspiegelt sich

---

<sup>864</sup> Vgl. zum ganzen WOHLERS/COHEN, *Tempoexzesse*, S. 14 f.; vgl. als weiteres Beispiel BGE 104 IV 293, 294.

<sup>865</sup> Vgl. dazu WOHLERS/COHEN, *Tempoexzesse*, S. 14 f.; WEISSEBERGER, *Strassenverkehrsgesetz*, Art. 90 N 159.

<sup>866</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK N 744 f.; ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, S. 43; vgl. weiter EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER/BK, Art. 1 N 245; KRAMER, S. 85; DONATSCH/TAG, § 4/3.3a; WANK, *Auslegung*, S. 55; vgl. dazu vorne S. 46 ff.

<sup>867</sup> ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, S. 43; DONATSCH/TAG, § 4/3.3a.

<sup>868</sup> ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, S. 43 f.; vgl. zur «Relativität von Rechtsbegriffen» DEMKO, *passim*.

<sup>869</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK N 744; KRAMER, S. 85 ff.

in der Rechtsfigur der «Einheit der Rechtsordnung.»<sup>870</sup> Das Recht sollte möglichst homogen sein und Normen sollten nicht in Widerspruch zu anderen, insbesondere höherrangigen Normen treten.<sup>871</sup> Schliesslich folgt die systematische Methode auch teleologischen Überlegungen. Eine Norm sollte «in Einklang gebracht werden mit den Zwecksetzungen und Gerechtigkeitsvorstellungen, die in der übrigen Rechtsordnung enthalten sind, damit Gleichartiges gleich bewertet wird.»<sup>872</sup> Die systematische Methode nutzt den Verweisungszusammenhang der einzelnen Rechtsnormen, um inhaltliche Aussagen darüber machen zu können, wie ein Begriff oder eine Norm in seinem bzw. ihrem Gesamtgefüge als Wertungseinheit zu verstehen ist.<sup>873</sup> Im Strafrecht zeigt sich diese Vernetzung der Rechtsnormen etwa bei den Vermögensdelikten. Sie können nicht ohne die entsprechenden zivilrechtlichen Normen verstanden werden.<sup>874</sup>

## 2. Das innere und äussere System des Rechts

Das System des Rechts lässt sich – wie bereits kurz dargelegt wurde –<sup>875</sup> in das innere und das äussere System unterteilen.<sup>876</sup> Das äussere System bezieht sich auf die Einordnung bzw. Gliederung einer Norm innerhalb eines Erlasses aus formaler Sicht.<sup>877</sup> Zur Gliederung des Gesetzes gehören Teile, Titel, Untertitel, Abschnitte, Marginalien und gelegentlich auch eine Präambel sowie Einleitungsteile.<sup>878</sup> Die Norm selbst wird unterteilt in Absätze, Ziffern und Sätze.<sup>879</sup> Für den Rechtsanwender ist diese Abfolge von Bedeutung, da aus dem formellen Aufbau des Gesetzes bereits wichtige Hinweise zu entnehmen sind, wie das Gesetz bzw. eine Norm inhaltlich zu verstehen ist. So gilt beispielsweise der Vorrang von Generellem gegenüber Speziellem, womit Widersprüche möglichst vermieden werden sollen.<sup>880</sup>

<sup>870</sup> Vgl. zur Bedeutung und der Idee der Einheit der Rechtsordnung etwa BALDUS, *passim*.

<sup>871</sup> ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, S. 43 f.

<sup>872</sup> ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, S. 44.

<sup>873</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 746.

<sup>874</sup> KRAMER, S. 87 f.

<sup>875</sup> Vgl. vorne S. 140.

<sup>876</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 750 ff.; EMMENEGGER/TSCHECHSCHER/BK, Art. 1 N 250; KRAMER, S. 89 ff.

<sup>877</sup> EMMENEGGER/TSCHECHSCHER/BK, Art. 1 N 250.

<sup>878</sup> EMMENEGGER/TSCHECHSCHER/BK, Art. 1 N 251.

<sup>879</sup> EMMENEGGER/TSCHECHSCHER/BK, Art. 1 N 251.

<sup>880</sup> Vgl. LOOSCHELDERS/ROTH, S. 274; KRAMER, S. 107 ff.; vgl. auch HANDSTANGER, Rz 28.

Das innere System des Gesetzes bezieht sich dagegen auf das inhaltlich-funktionelle Ineinandergreifen der Normen innerhalb eines «erstrebten, widerspruchsfreien Wertgefüges.»<sup>881</sup> Die Auslegung des inneren Systems erfolgt nicht nur nach systematischen Gesichtspunkten, sondern weist auch eine teleologische Natur auf.<sup>882</sup> Rechtsnormen sollten möglichst systemkonform, d.h. anhand der dem Wertgefüge zugrunde gelegten Rechtsprinzipien ausgelegt werden.<sup>883</sup>

«Normierungen, die tatsächlich nicht in das innere System der Rechtsordnung passen, die unbegründet singulär und damit systemfremd erscheinen, sind restriktiv zu interpretieren und sollten schon gar nicht analog angewendet werden.»<sup>884</sup>

Relevant ist das innere System beispielsweise dann, wenn der Gesetzgeber «inhaltliche Verkoppelungen zwischen verschiedenen Teilrechtsgebieten vornimmt, sei es durch die Verwendung identischer Begriffe, durch die Schaffung gleichlautender Regelungen oder durch die gesetzliche Verweisung.»<sup>885</sup>

Das äussere und innere System sollten idealerweise eine Einheit bilden. Der Inhalt der Rechtsnormen sollte sich in seiner formellen Gestaltung widerspiegeln. Auch wenn dies nicht absolut gilt,<sup>886</sup> kann sowohl das innere wie auch das äussere System Indizien enthalten, wie ein Begriff oder eine Norm zu verstehen ist. So kann im Strafrecht die Höhe der Strafandrohung für die Auslegung von Begriffen und Normen bedeutend sein.<sup>887</sup> Dass die beiden Systeme nicht immer konvergieren und nicht deckungsgleich sein müssen, zeigt etwa der Randtitel von Art. 305<sup>bis</sup> StGB. Dieser lautet «Geldwäscherei». Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass zum Gesetzestext zwar auch Titel und Marginalien gehören, doch seien diese «nicht selten unvollständig oder ungenau, so dass sie sich nur mit Vorsicht zur Interpretation der einzelnen Tatbestände

---

<sup>881</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 751; vgl. auch EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER/BK, Art. 1 N 255; WANK, Auslegung, S. 56.

<sup>882</sup> EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER/BK, Art. 1 N 255; KRAMER, S. 94; vgl. BGE 120 II 112, 114; 116 II 689, 694.

<sup>883</sup> KRAMER, S. 95 ff., 99.

<sup>884</sup> KRAMER, S. 99.

<sup>885</sup> EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER/BK, Art. 1 N 257.

<sup>886</sup> TRECHSEL/NOLL, S. 50: «Weil der schweizerische Gesetzgeber aber kein Meister der Systematik ist und sich die Tatbestände oft nur schwer in ein vorgegebenes Schema einordnen lassen, ist diese Methode nicht besonders ergiebig.»

<sup>887</sup> Vgl. etwa BGE 116 IV 312, 315; DONATSCH/TAG, § 4/3.3d; ESER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 49.

heranziehen lassen.»<sup>888</sup> Entsprechend kann nicht nur Geld «gewaschen» werden.<sup>889</sup> Eine ähnliche Überlegung liegt der bundesgerichtlichen Auslegung der Art. 179<sup>bis</sup>–179<sup>septies</sup> StGB zu Grunde. Deren Überschrift lautet «Strafbare Handlungen gegen den Geheim- oder Privatbereich». Dieser Schutzbereich wird im Gesetzestext nur von Art. 179<sup>quater</sup> StGB nochmals ausdrücklich erwähnt, was – so das Bundesgericht – aber nichts daran ändert, dass der Schutzbereich für sämtliche unter diesen Titel fallenden Delikte gilt und nicht nur dort, wo er explizit (nochmals) erwähnt wird.<sup>890</sup>

### 3. Verfassungskonforme Methode

Die verfassungskonforme Auslegung wird für sämtliche der Verfassung untergeordneten Rechtssätze angewendet. Sie ist Ausfluss der Einheit der Rechtsordnung und der «vertikalen Normendurchdringung von oben nach unten»<sup>891</sup> und wird in der Lehre wie auch in der Rechtsprechung als Anwendungsfall der systematischen Methode behandelt.<sup>892</sup>

Sind aufgrund der Auslegungsmethoden verschiedene Auslegungsergebnisse denkbar, soll dasjenige vorgezogen werden, welches mit der Verfassung am ehesten im Einklang steht.<sup>893</sup> Der Norm soll dadurch «jener Sinn beigelegt werden, welcher der Verfassung entspricht bzw. besser entspricht.»<sup>894</sup> Damit hat die verfassungskonforme Auslegung eine normerhaltende Funktion.<sup>895</sup> Sofern die verfassungskonforme Auslegung zu einem vertretbaren Ergebnis führt, kann eine Norm anwendbar bleiben. Im umgekehrten Fall müsste der

<sup>888</sup> BGE 119 IV 59, 62; 89 IV 14, 20; 94 IV 85, 87; 108 IV 161, 162 f.; vgl. dazu bereits vorne S. 140.

<sup>889</sup> Vgl. etwa TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, PK-StGB, Art. 305<sup>bis</sup> N 9.

<sup>890</sup> BGE 108 IV 161, 163; vgl. weiter zur Rechtsprechung des BGer STRATENWERTH, AT, § 4, N 35, Fn. 87.

<sup>891</sup> KESHELAVA, S. 43; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 148.

<sup>892</sup> KESHELAVA, S. 43; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 148; KRAMER, S. 100; DONATSCH/TAG, § 4/3.3b; inwiefern die verfassungsmässige Auslegung eine selbständige Methode darstellt oder ob sie bei jeder der vier klassischen Auslegungsmethoden angewendet werden muss, vgl. KESHELAVA, S. 43; HÖHN, Methodik, S. 236; BGE 131 IV 160, 163 = Pra 95 (2006), Nr. 59; 118 IV 153, 163.

<sup>893</sup> BGE 111 V 357, 361; 104 IV 11, 13; KESHELAVA, S. 43; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 50; DONATSCH, OFK-StGB, Art. 1 N 14.

<sup>894</sup> HÖHN, Methodik, S. 233.

<sup>895</sup> BGE 109 Ia 273, 301: «Das Bundesgericht hebt im abstrakten Normkontrollverfahren eine kantonale Vorschrift nur auf, wenn sie sich jeder verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist.»; KESHELAVA, S. 44.

Norm aufgrund ihrer Verfassungswidrigkeit die Anwendung versagt werden. Keine Geltung hat dies allerdings für Bundesgesetze, die aufgrund von Art. 190 BV auch dann angewendet werden müssen, wenn sie verfassungswidrig sind.<sup>896</sup>

Lehre und Rechtsprechung setzen unterschiedliche Grenzen einer zulässigen verfassungskonformen Auslegung für Bundesgesetze.<sup>897</sup> Sie ist zwar in das Ergebnis der Auslegung miteinzubeziehen, vermag dieses aber nur bis zu einer bestimmten Grenze mit zu beeinflussen.<sup>898</sup> Als solche Grenzen werden etwa der Wortlaut,<sup>899</sup> der Sinn<sup>900</sup> bzw. der Sinn und Zweck<sup>901</sup> einer Norm oder der Wille des historischen Gesetzgebers erachtet<sup>902</sup>. Stehen allerdings sowohl der mögliche Wortsinn als auch der Wille des historischen Gesetzgebers in Widerspruch zum Ergebnis der verfassungskonformen Auslegung, kann diese nicht massgeblich sein, da sie zu einer Korrektur des Gesetzes führen würde.<sup>903</sup> Das Bundesgericht hat in einem solchen Fall keine Möglichkeit, die Anwendung der Norm zu versagen.<sup>904</sup>

### III. Historische Methode

Das Ziel der historischen Auslegung besteht darin, mit Hilfe der Gesetzesmaterialien den Willen bzw. die Absicht des Gesetzgebers zu eruieren. Als Auslegungsmittel können dabei die Gesetzesmaterialien, d.h. die Botschaft<sup>905</sup> bzw. der bundesrätliche oder parlamentarische Entwurf einer Norm<sup>906</sup>, die Wort-

---

<sup>896</sup> KESHELAVA, S. 44.

<sup>897</sup> Kantonale und kommunale Erlasse werden ebenfalls verfassungskonform ausgelegt, können bei einem Widerspruch aber aufgehoben werden, vgl. etwa KRAMER, S. 102 f.

<sup>898</sup> Vgl. HÖHN, Methodik, S. 235 f.

<sup>899</sup> BGE 111 Ib 1, 3: «Eine verfassungskonforme Auslegung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes ist aber nicht möglich...»; 106 Ia 33, 34; 102 IV 153, 155; 99 Ia 630, 636; vgl. auch KLATT, Theorie, S. 19.

<sup>900</sup> BGE 109 Ia 273, 302: «Der klare Sinn einer Gesetzesnorm darf nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung beiseite geschoben werden.»; 102 IV 153, 155; 99 Ia 630, 636; DEPENHEUER, S. 14 mit Hinweise auf das deutsche Bundesverfassungsgericht.

<sup>901</sup> BGE 106 Ia 33, 34.

<sup>902</sup> MICHEL, S. 279.

<sup>903</sup> BGE 113 Ia 126, 131; 94 I 82, 93; nicht einheitlich in BGE 111 Ia 292, 297, vgl. auch BGE 111 Ib 1, 3; vgl. zum Ganzen HÖHN, Methodik, S. 235 f.; vgl. auch AUER, S. 91 N 154.

<sup>904</sup> Vgl. STRATENWERTH, AT, § 4 N 36.

<sup>905</sup> Vgl. etwa BGE 117 IV 484, 489; 118 IV 41, 47; 115 IV 180, 181 f.

<sup>906</sup> Vgl. etwa BGE 103 IV 27, 31; 118 IV 41, 47; vgl. auch BGE 131 II 13, 31.

meldungen in den parlamentarischen Beratungen,<sup>907</sup> die Protokolle der Expertenkommission,<sup>908</sup> Motionen etc. konsultiert werden.<sup>909</sup> Für die Interpretation der Gesetzesmaterialien können auch die historischen Rahmenbedingungen nützlich sein.<sup>910</sup> Mit Hilfe dieser Methode kann die Entstehungsgeschichte einer Norm nachvollzogen werden. Diese kann wichtige Hinweise enthalten, wie eine Bestimmung zu verstehen ist.<sup>911</sup>

## 1. Die Ambivalenz des gesetzgeberischen Willens

Zunächst besteht die Schwierigkeit, den Willen bzw. die Absicht des Gesetzgebers zu eruieren. Wird ein Bundesgesetz vom Parlament beschlossen, besteht der gesetzgeberische Wille theoretisch in der Zusammenfassung der Intentionen sämtlicher Parlamentarier. Wird gegen ein Bundesgesetz das Referendum ergriffen und abgelehnt, wird dieser Kreis von Personen nochmals stark erweitert. Aufgrund dieser Vielzahl von Personen, welche am gesetzgeberischen Verfahren teilnehmen, kann ein sich überschneidender gesetzgeberischer Wille kaum festgestellt werden, da die Meinungen divergieren. Die Gesetzesmaterialien können daher lediglich als Indizien für die Eruierung eines hypothetischen gesetzgeberischen Willens herangezogen werden.<sup>912</sup>

Darüber hinaus müssen die Materialien auch nicht zwingend Aufschluss darüber bieten, was für einen konkreten Zweck der Gesetzgeber mit einer bestimmten Regelung verfolgen möchte.<sup>913</sup> Sie können entweder keinen Hinweis über die gesetzgeberische Absicht beinhalten oder keine genügende Grundlage bieten, um den gesetzgeberischen Willen eindeutig nachvollziehen zu können.<sup>914</sup>

---

<sup>907</sup> BGE 103 IV 27, 31; 117 IV 1, 2; 117 IV 484, 489; 118 IV 41, 47.

<sup>908</sup> BGE 117 IV 1, 2.

<sup>909</sup> Vgl. TRECHSEL/NOLL, S. 50; KESHELAVA, S. 35 f.; KRAMER, S. 140 ff.; DONATSCH/TAG, § 4/3.2.

<sup>910</sup> KESHELAVA, S. 39.

<sup>911</sup> Vgl. BGE 117 IV 1, 2; KRAMER, S. 136 f.

<sup>912</sup> Vgl. KESHELAVA, S. 36 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BGer; KRAMER, S. 119.

<sup>913</sup> Vgl. LOOSCHELDERS/ROTH, S. 122 f.; vgl. etwa BGE 115 IV 180, 181.

<sup>914</sup> LOOSCHELDERS/ROTH, S. 123.

## 2. Die subjektiv-historische und die objektiv-historische Interpretation des Gesetzes

Es stellt sich die Frage, in welcher Relation die historische Auslegung zu den übrigen Auslegungsmethoden steht. Es ist umstritten, ob das Gesetz subjektiv-historisch oder objektiv-historisch ausgelegt werden soll. Der Kern der Fragestellung lautet, welches Gewicht dem Willen des Gesetzgebers zukommen soll. Diese «Grundsatzfrage der Methodenlehre»<sup>915</sup> hat ENGISCH wie folgt gestellt:

«Wird der Sachgehalt des Gesetzes und damit das letzte ‚Auslegungsziel‘ durch den vormaligen und einmaligen ‚Willen‘ des historischen Gesetzgebers derart bestimmt und festgelegt, dass der Rechtsdogmatiker in die Spuren des Rechtshistorikers treten muss [...], oder aber ruht der sachliche Gehalt des Gesetzes in ihm selbst und in seinen ‚Worten‘, als ‚Wille des Gesetzes‘, als objektiver Sinn, der unabhängig ist von dem ‚subjektiven‘ Meinen und Willen des historischen Gesetzgebers, dafür aber auch notfalls frei beweglich, entwicklungsfähig wie alles, was am ‚objektiven‘ Geist teilhat?»<sup>916</sup>

Die Problematik der subjektiv-historischen Methode besteht darin, dass primär auf den Willen des historischen Gesetzgebers abgestellt werden soll.<sup>917</sup> Es wird weder auf sachliche Argumente eingegangen, noch werden veränderte Umstände oder Wertanschauungen miteinbezogen. Einem Begriff oder einer Norm kann heute eine andere Bedeutung zukommen, als dies vom historischen Gesetzgeber ursprünglich beabsichtigt worden war, sei es aufgrund veränderter Wertanschauungen oder veränderter Umstände.<sup>918</sup> Diese Diskrepanz kann sich insbesondere bei Normen zeigen, welche generationsübergreifend in Kraft sind. Bleiben diese gesellschaftlichen Veränderungen bei der Auslegung unberücksichtigt, entspricht das Gesetz nicht mehr dem gesellschaftlichen Zeitgeist.<sup>919</sup>

Demgegenüber will die objektiv-historische Methode das Gesetz zeitgemäss auslegen und zwar unabhängig davon, was den Gesetzesmaterialien entnommen werden kann. Ausser Acht wird dabei gelassen, dass es sich bei Gesetzen

---

<sup>915</sup> KRAMER, S. 116; vgl. auch DEPENHEUER, S. 20 ff.

<sup>916</sup> ENGISCH, S. 159 f.

<sup>917</sup> EMMENEGGER/TSCHENTSCHER/BK, Art. 1 N 167.

<sup>918</sup> Zur Porosität von Begriffen vgl. vorne S. 52.

<sup>919</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 19 ff.

gewissermassen um den «demokratisch gebildete[n] Gemeinwille[n], die konkrete, normativ verbindliche Entscheidung des Souveräns»<sup>920</sup> handelt.

Das Bundesgericht wie auch die h.L.<sup>921</sup> vertreten eine vermittelnde Lösung. Danach muss das Gesetz

«in erster Linie aus sich selbst heraus, d.h. nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrundeliegenden Wertungen ausgelegt werden. Eine historisch orientierte Auslegung ist daher für sich allein nicht entscheidend. Die Materialien fallen nach der Rechtsprechung nur ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben und im Gesetzeswortlaut einen Niederschlag gefunden haben.»<sup>922</sup>

Zwar variiert der Standpunkt des Bundesgerichts in seinen Entscheiden und es wird sowohl die subjektiv-historische wie auch die objektiv-historische Methode bereits vertreten.<sup>923</sup> Einigkeit scheint allerdings darüber zu bestehen, dass den Materialien «umso weniger Bedeutung zukommt, je weiter die Entstehung des Gesetzes zeitlich zurückliegt.»<sup>924</sup> Insofern sind sie «zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm

<sup>920</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 708.

<sup>921</sup> Vgl. KRAMER, S. 138; KESHELAVA, S. 37; HAFTER, Lücken, S. 136; DONATSCH/TAG, § 4/3.4.

<sup>922</sup> BGE 116 II 525; 124 III 350, 352; vgl. auch BGE 127 III 415, 416.

<sup>923</sup> So hielt das BGer beispielsweise in BGE 112 II 1, 4 fest: «Das Bundesgericht hat indessen wiederholt erkannt, dass das Gesetz in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihm zugrunde liegenden Wertungen auszulegen ist. Die Vorarbeiten sind weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend; insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitwirkten, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selber zum Ausdruck kommen.» Anders argumentierte das BGer in BGE 116 II 525, 527: «Eine historisch orientierte Auslegung ist daher für sich allein nicht entscheidend.» Dagegen kam das BGer in BGE 83 IV 121, 130 zum Schluss: «Lorsqu'il en est ainsi, le Tribunal fédéral considère qu'il doit se conformer à l'intention du législateur historique, à moins que le sens qu'on a entendu donner à l'époque à la loi ne soit incompatible avec le texte de celle-ci ou absolument inacceptable en pratique.»; vgl. zur Rechtsprechung des BGer KRAMER, S. 121 ff.; vgl. weiter BGE 133 III 175, 178: «Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben.»; vgl. auch KESHELAVA, S. 63 ff.; vgl. weiter BGE 134 IV 297, 302 f.; BGE 87 IV 115, 118 f.

<sup>924</sup> BGE 124 III 350, 352; BGer, Urteil vom 28.4.2014, 4A\_363/2013, E. 3.5.4: «Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen.»; vgl. weiter BGE 139 III 98, 100; 138 II 440, 453; 133 III 497, 499.

zu erkennen.»<sup>925</sup> Es besteht daher eine Konsultierungspflicht, aber keine «unbedingte Befolgungspflicht»<sup>926</sup>

Der vermittelnden Lösung, welche sowohl der subjektiv- wie auch der objektiv-historischen Methode Rechnung trägt, ist zu folgen. Das Ergebnis jeder Auslegung sollte auf sachlichen Kriterien beruhen. Hierfür muss nach der Idee, welche den Gesetzgeber antrieb, eine Regelung in dieser Form zu schaffen, gefragt werden. Zugleich darf dieser gesetzgeberische Wille «nicht zum Vorwand werden, um sachlich gerechtfertigte oder machtvoll sich aufdrängende Anpassungen an die Gegenwart zu verhindern.»<sup>927</sup> Eine bevorzugte Stellung der historischen Methode bei jüngeren Gesetzen ist ebenfalls sinnvoll. In der Regel sollten hier die geltungszeitliche und die entstehungszeitliche Bedeutung zusammenfallen.<sup>928</sup> Es wird sich einerseits der Konflikt zwischen subjektiv- und objektiv-historischer Methode gar nicht erst stellen und andererseits sind oftmals kurz nach der Inkraftsetzung einer Norm oder eines Gesetzes keine anderen Quellen als diejenigen der Gesetzesmaterialien vorhanden. Es drängt sich daher auf, diese zu konsultieren, um der Frage nachzugehen, ob der gesetzgeberische Wille sachlich gerechtfertigt erscheint oder nicht.

In den Meinungsstreit miteingebunden wird auch die teleologische Methode.<sup>929</sup> In Anlehnung an den dargelegten Standpunkt sollte auch die teleologische Methode einem objektiv-geltungszeitlichen Verständnis folgen, was umso mehr dort gilt, wo es sich um einen älteren Erlass handelt. Sprechen sachliche Gründe und das Ergebnis der Auslegung dafür, dass das aktuelle Regelungsziel nicht mehr demjenigen des historischen Gesetzgebers entspricht, sollte dem aktuellen Verständnis der Vorrang gegeben werden.<sup>930</sup> Die Zwecksetzung einer Norm wird damit «dynamisch der heutigen dogmatischen Erkenntnis angepasst.»<sup>931</sup>

---

<sup>925</sup> BGE 139 IV 282, 286.

<sup>926</sup> KRAMER, S. 138.

<sup>927</sup> MEIER-HAYOZ/BK1966, Art. 1 N 154.

<sup>928</sup> EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER/BK, Art. 1 N 177.

<sup>929</sup> KRAMER, S. 147; vgl. auch DONATSCH/TAG, § 4/3.2.

<sup>930</sup> Vgl. zur vermittelnden Lösung vorne S. 156 ff.; vgl. weiter EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER/BK, Art. 1 N 291.

<sup>931</sup> EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER/BK, Art. 1 N 291, 297; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 42.

## IV. Teleologische Methode

### 1. Zweckermittlung als Ziel der teleologischen Methode

#### a) Die Unterscheidung von Sinn und Zweck einer Norm

Das Verständnis darüber, was aber überhaupt Gegenstand der teleologischen Auslegung ist und was das Ergebnis der Auslegung an sich ist, mithin die Unterscheidung der Begrifflichkeiten von Sinn und Zweck, bereitet gewisse Schwierigkeiten.

Der Zweck einer Norm darf nicht mit deren Sinn verwechselt werden.<sup>932</sup> Der Normzweck stellt «das Verhalten, das der Staat mit der in der Norm getroffenen Anordnung erreichen will», dar.<sup>933</sup> Dagegen ist der Normsinn «die Bedeutung (bzw. der Inhalt) der Norm, d.h. das, was die Norm tatsächlich anordnet, auch wenn damit der beabsichtigte Zweck [allenfalls] nicht erreicht wird.»<sup>934</sup> Die Eruiierung des Normzwecks ist das Ziel der teleologischen Methode, wogegen der Normsinn Ziel der Auslegung an sich darstellt.<sup>935</sup>

Die Unterscheidung zwischen den Begriffen «Sinn» und «Zweck» ist allerdings keineswegs so eindeutig verwirklicht. Nach RÜTHERS, FISCHER und BIRK bildet der Normzweck das Auslegungsziel,<sup>936</sup> nach anderer Auffassung stellt die Frage nach dem Zweck eine der vier klassischen Auslegungsmethoden dar.<sup>937</sup> Die beiden Begriffe tauchen auch häufig in der Formulierung «Sinn und Zweck» einer Norm auf.<sup>938</sup> Erschwerend tritt sodann der Terminus der «ratio legis» hinzu. Zwar spricht BIAGGINI davon, dass der Begriff der ratio legis vollends geklärt sei.<sup>939</sup> Wird jedoch die Lehre<sup>940</sup> und die Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>941</sup> genauer untersucht, zeigt sich schnell, dass der Begriff «Sinn» keine klaren Konturen besitzt. Einmal wird er als Synonym für den Sinn einer Norm verwendet, an anderer Stelle für den Zweck. So spricht das

<sup>932</sup> Vgl. ausführlich KESHELAVA, S. 48 ff.; vgl. auch LOOSCHELDERS/ROTH, S. 164 f.

<sup>933</sup> HÖHN, Methodik, S. 217; KESHELAVA, S. 49; Zur Unterscheidung von Normzweck und Gesetzeszweck vgl. HÖHN, Methodik, S. 217 f.

<sup>934</sup> HÖHN, Methodik, S. 218.

<sup>935</sup> HÖHN, Methodik, S. 218.

<sup>936</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 717 ff. 725 ff.; ähnlich MÜLLER/CHRISTENSEN, N 364; vgl. dazu auch KESHELAVA, S. 51.

<sup>937</sup> Vgl. zu den klassischen Methoden vorne S. 147.

<sup>938</sup> Vgl. etwa BGE 127 IV 198, 200; 116 IV 11, 12; 120 IV 217, 221; vgl. dazu auch KESHELAVA, S. 79.

<sup>939</sup> BIAGGINI, ratio legis, S. 51.

<sup>940</sup> Vgl. dazu POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 36.

<sup>941</sup> Vgl. die Hinweise in den nachfolgenden Fussnoten.

Bundesgericht davon, dass die Auslegung auf die ratio legis auszurichten sei,<sup>942</sup> was implizieren könnte, dass damit das Auslegungsergebnis, sprich der Sinn einer Norm, gemeint ist. Dies wiederum bestätigt sich dort, wo die Rechtsprechung die ratio legis mit dem «wahren Sinn» gleichsetzt.<sup>943</sup> An anderer Stelle setzt das Bundesgericht die ratio legis dann aber gleich mit dem teleologischen Auslegungselement.<sup>944</sup>

Durch den unterschiedlichen Gebrauch der Begriffe «Sinn» und «Zweck» verwischt nicht nur der Gegenstand der teleologischen Auslegung, sondern auch das Ergebnis der Auslegung an sich. Besteht dieses in einer Gesamtwürdigung der Auslegungskanones oder im Ergebnis der teleologischen Methode? Sollen sämtliche Methoden der Auslegung nach dem Methodenpluralismus des Bundesgerichts tatsächlich gleichwertig sein, drängt sich die teleologische Methode auf die gleiche Stufe wie das Ergebnis der Auslegung an sich.

Im Nachfolgenden wird zwischen Sinn und Zweck einer Norm klar differenziert. Die Frage nach dem Zweck bildet den Gegenstand der teleologischen Methode, während der Sinn einer Norm Gegenstand des Auslegungsergebnisses an sich ist.

## b) Ermittlung des Zwecks einer Norm

Die Besonderheit der teleologischen Methode liegt darin, dass sich die Ermittlung des Zwecks einer Norm «nicht ohne weiteres aus der auszulegenden Norm entnehmen lässt.»<sup>945</sup> Sie ist vielmehr abhängig vom Ergebnis der übrigen Auslegungskanones. So können sich Hinweise auf den Zweck einer Regelung aus dem Wortlaut einer Norm selbst ergeben, aus ihrem Kontext, einem Zweckartikel oder einer Präambel.<sup>946</sup> Insofern wird die systematische und grammatikalische Methode in die Zweckermittlung miteingebunden.

Hinweise auf den Zweck einer Norm finden sich häufig auch in ihrer Entstehungsgeschichte.<sup>947</sup> Die historische Auslegung kann also ebenfalls eine wichtige Grundlage für die Zweckermittlung bilden. Das Bundesgericht erachtet

---

<sup>942</sup> Vgl. etwa BGE 127 III 415, 416; 128 I 34, 40; 134 IV 297, 302: «Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis...».

<sup>943</sup> Vgl. etwa BGE 116 Ia 359, 367.

<sup>944</sup> BGE 133 V 1, 6; 130 III 76, 84; 126 III 382, 383 f.; vgl. zum Ganzen KESHELAVA, S. 79; vgl. auch LARENZ/CANARIS, S. 157.

<sup>945</sup> KESHELAVA, S. 48; KRAMER, S. 148.

<sup>946</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 41 f.; KRAMER, S. 148 ff.; ENGISCH, S. 141 f.; KESHELAVA, S. 48; LOOSCHELDERS/ROTH, S. 166; vgl. etwa BGE 127 IV 20, 23.

<sup>947</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 41.

denn auch die Vorgaben des Gesetzgebers – und nicht etwa die subjektiven Vorstellungen des Richters – als wichtiges Kriterium für die teleologische Methode:

«Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regulationsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt.»<sup>948</sup>

Aufgrund der «Relativität und Zeitgebundenheit von Recht und Gerechtigkeit»<sup>949</sup> können aber die Absichten des Gesetzgebers nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen, was insbesondere bei älteren Erlassen der Fall sein kann. Insofern ist hier zusätzlich zu prüfen, ob der Norm- oder Gesetzeszweck unterdessen eine Änderung erfahren hat.<sup>950</sup> Besteht hier eine Diskrepanz, kann es durchaus legitim sein, «das Gesetz den heutigen Vorstellungen gemäss umzuinterpretieren.»<sup>951</sup> Dies anerkennt auch das Bundesgericht:

«Eine historisch orientierte Auslegung ist für sich allein nicht entscheidend. Andererseits vermag aber nur sie die Regulationsabsicht des Gesetzgebers (die sich insbesondere aus den Materialien ergibt) aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichts bleibt, auch wenn es das Gesetz mittels teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung veränderten, vom Gesetzgeber nicht vorausgesehenen Umständen anpasst oder es ergänzt.»<sup>952</sup>

Wird eine solche Anpassung oder Ergänzung vorgenommen, sollte aber immer beachtet werden, dass die Gesetzgebung und damit die Zwecksetzung dem Gesetzgeber und nicht dem Richter vorbehalten ist.<sup>953</sup> Dabei muss aber be-

<sup>948</sup> BGE 134 IV 297, 302; 135 IV 126, 128.

<sup>949</sup> WIPRÄCHTIGER, S. 149.

<sup>950</sup> Vgl. BGE 128 I 34, 41; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 41 f.; vgl. KRAMER, S. 147 ff.; EMMENEGGER/TSCHECHER/BK, Art. 1 N 291.

<sup>951</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 41 f.; GRABHERR, S. 50; vgl. auch EMMENEGGER/TSCHECHER/BK, Art. 1 N 291; vgl. dazu auch bereits vorne zur objektiv- und subjektiv-historischen Methode S. 157 ff.

<sup>952</sup> BGE 138 III 359, 361; 137 V 13, 17.

<sup>953</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 41, 42.

rücksichtigt werden, dass dem Gesetzgeber die «Funktion einer Rechtsnorm im Gesamtgefüge des Gesetzes» «nicht immer von vornherein ganz bewusst» sein kann.<sup>954</sup>

## 2. Sonderfall der teleologischen Reduktion

Die teleologische Reduktion dient dazu, eine Norm dahingehend einzuschränken, dass sie auf einen bestimmten Fall nicht anwendbar wird, obwohl dieser vom Wortlaut der Bestimmung eigentlich erfasst wäre.<sup>955</sup> Aufgrund der ratio legis wird der Anwendungsbereich einer Norm eingeschränkt, wodurch gewissermassen dadurch eine «verdeckte Lücke» entsteht.<sup>956</sup> Es werden demnach Begriffe aus dem Begriffskern ausgesondert, was eine Unterschreitung des Wortlauts darstellt.<sup>957</sup> Es handelt sich allerdings nicht um einen unzulässigen

«Akt richterlicher Rechtsschöpfung und nicht um einen unzulässigen Eingriff in die rechtspolitische Kompetenz des Gesetzgebers. Unstreitig weist zwar das Gesetzesbindungspostulat den Richter an, seine Rechtsschöpfung nach den Institutionen des Gesetzes auszurichten. Es schliesst aber für sich allein richterliche Entscheidungsspielräume nicht grundsätzlich aus, sondern markiert bloss deren gesetzliche Grenzen.»<sup>958</sup>

Im «Sinne einer restriktiven Interpretation»<sup>959</sup> ist die teleologische Reduktion nach dem Bundesgericht anwendbar, «wenn die vom klaren Wortlaut geforderte Subsumtion eines Sachverhalts in der Rechtsanwendung teleologisch als unhaltbar erscheint.»<sup>960</sup>

---

<sup>954</sup> EMMENEGGER/TSCHECHTER/BK, Art. 1 N 291; vgl. als Beispiele bereits vorne S. 83 zum Betrugstatbestand oder auch BGE 116 IV 343, 350: «Zwar ist einzuräumen, dass der Gesetzgeber bei Erlass dieser Bestimmungen die elektromagnetische Bearbeitung und Aufbewahrung von Daten nicht voraussehen und damit auch nicht miteinbeziehen konnte, was aber einer zeitgemässen Auslegung nicht im Wege steht.»

<sup>955</sup> KESHELAVA, S. 31, 52 ff.; KRAMER, S. 213 ff.

<sup>956</sup> KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 25.

<sup>957</sup> KESHELAVA, S. 31; KRAMER, S. 214, Fn. 669; ähnlich KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 47 f.

<sup>958</sup> BGE 121 III 219, 225; 128 I 34, 41.

<sup>959</sup> BGE 129 V 293, 296.

<sup>960</sup> BGE 121 III 219, 226.

### 3. Die Schwierigkeit der «richtigen» Zweckermittlung

Mit Hilfe der teleologischen Methode soll der Zweck einer Rechtsnorm ermittelt werden:<sup>961</sup> «Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis.»<sup>962</sup> Dies gestaltet sich allerdings aufgrund der «abstrakten Natur»<sup>963</sup> dieser Methode nicht immer einfach, da mehrere Zwecke in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen können:<sup>964</sup> Eine Norm in ihrem Gefüge des inneren Systems,<sup>965</sup> eines Gesetzes oder der Rechtsordnung als solches kann Wertungswidersprüche<sup>966</sup> enthalten oder sie kann mehreren Zwecken zugleich dienen.<sup>967</sup> Bringen weder die grammatikalische, systematische noch die historische Methode genügend Erkenntnis darüber, was der Gesetzgeber mit einer Norm konkret bezwecken wollte, muss der Rechtsanwender eine Mutmaßung darüber anstellen, was der Gesetzgeber wohl beabsichtigt haben könnte.<sup>968</sup>

Im Strafrecht wird die ratio legis häufig mit dem Rechtsgut gleichgesetzt und davon abgeleitet.<sup>969</sup> So ist nach dem Bundesgericht beispielsweise die Auslegung des Begriffs der Öffentlichkeit abhängig vom zugrunde liegenden Rechtsgut.<sup>970</sup> Das Problem besteht hier zunächst darin, dass begrifflich unklar ist – ohne hier näher darauf eingehen zu wollen –, was ein Rechtsgut ist.<sup>971</sup> Zudem darf die «ratio legis nicht einfach mit dem geschützten Rechtsgut gleichgesetzt werden.»<sup>972</sup> Vielmehr müssen in die Zwecküberlegungen die

<sup>961</sup> EMMENEGGER/TSCHECHER/BK, Art. 1 N 290; HÖHN, Methodik, S. 217.

<sup>962</sup> BGE 137 IV 249, 251; 134 IV 297, 302; 124 IV 106, 109.

<sup>963</sup> LOOSCHELDERS/ROTH, S. 168.

<sup>964</sup> LOOSCHELDERS/ROTH, S. 169.

<sup>965</sup> EMMENEGGER/TSCHECHER/BK, Art. 1 N 295.

<sup>966</sup> KRAMER, S. 152; vgl. etwa BGE 139 IV 282, 288: «Das Verbot der reformatio in peius steht im Widerspruch zum Prinzip der materiellen Wahrheit.»

<sup>967</sup> EMMENEGGER/TSCHECHER/BK, Art. 1 N 296.

<sup>968</sup> LOOSCHELDERS/ROTH, S. 160 f.

<sup>969</sup> Vgl. etwa BGE 130 IV 111, 117; 126 IV 176, 178; 118 Ib 547, 555 = Pra 82 (1993) Nr. 150: «In secondo luogo egli ricercherà quali siano lo scopo della disposizione - in particolare riguardo all'interesse protetto - e la volontà del legislatore, segnatamente quella risultante dai lavori preparatori (interpretazione teleologica e storica).»; 116 IV 343, 350; BGer, Urteil vom 11.9.2008, 6B\_172/2008, E. 2.1.2.1; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 37; WOHLERS, ratio legis, S. 83.

<sup>970</sup> BGE 130 IV 111, 117; 126 IV 176, 178.

<sup>971</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 83; vgl. auch HASSEMER, Rechtsgüterschutz, S. 557; GRÜNWARD, S. 14 ff.

<sup>972</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 84; vgl. allgemein auch KESHELAVA, S. 49.

dem materiellen Strafrecht zugrunde liegenden immanenten Wertprinzipien mit einfließen,<sup>973</sup> welche sich aus dem inneren System des Rechts ergeben.<sup>974</sup>

All dies erfordert eine Abwägung des Rechtsanwenders,<sup>975</sup> was dazu führt, dass der Zweck einer Norm regelmässig nicht verbindlich bestimmt werden kann.<sup>976</sup> Im Gegensatz zu den übrigen Auslegungsmethoden steht der Zweckermittlung

«kein reales Korrelat gegenüber, welches vom Rechtsanwender festgestellt werden könnte, weil die gesuchte Wertentscheidung [des Gesetzgebers ...] nicht ermittelt werden kann, oder weil sie tatsächlich gar nicht getroffen worden ist.»<sup>977</sup>

Sind mehrere Zwecke denkbar, muss der Rechtsanwender einen analytischen Prozess durchlaufen und entscheiden, welche Variante dem Zweck der Norm wohl am ehesten entspricht. Diese Problematik wird dann verschärft, wenn sich Wertungen entgegenstehen.<sup>978</sup> Den Vorzug sollte dabei diejenige Variante geniessen, welche sich am besten in das innere, kohärente Wertungssystem einfügen lässt.<sup>979</sup>

Die Ermittlung des Zwecks eröffnet daher dem Rechtsanwender regelmässig einen viel grösseren Spielraum, als dies bei den übrigen Auslegungsmethoden der Fall ist, was zu einer «allzu extensiven Interpretation»<sup>980</sup> führen kann. Die teleologische Methode ist diejenige, welche am stärksten vom subjektiven Urteil des Interpreten beeinflusst ist.<sup>981</sup> Dieser Tatsache kann dadurch begegnet werden, dass von der teleologischen Methode nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wird, «da die Auslegung so objektiv wie möglich sein muss und nur so subjektiv wie nötig sein darf.»<sup>982</sup>

---

<sup>973</sup> WOHLERS, *ratio legis*, S. 84; vgl. auch LOOSCHELDERS/ROTH, S. 161.

<sup>974</sup> Vgl. dazu auch GRÜNWARD, S. 14 ff.; vgl. weitere bereits vorne S. 152 ff.

<sup>975</sup> Vgl. etwa BGE 139 IV 282, 288; KESHELAVA, S. 50; HÖHN, *Methodik*, S. 218.

<sup>976</sup> WOHLERS, *ratio legis*, S. 83 f.; LOOSCHELDERS/ROTH, S. 160; vgl. GRABHERR, S. 47 ff.; WAIBLINGER, S. 236 ff.

<sup>977</sup> LOOSCHELDERS/ROTH, S. 161, 170 ff.

<sup>978</sup> LOOSCHELDERS/ROTH, S. 169; vgl. auch ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, S. 48.

<sup>979</sup> LOOSCHELDERS/ROTH, S. 171 f., 174; insbesondere gilt als wichtiges Kohärenzkriterium dasjenige der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, LOOSCHELDERS/ROTH, S. 177 ff.

<sup>980</sup> HÖHN, *Methodik*, S. 221.

<sup>981</sup> HÖHN, *Methodik*, S. 221; KESHELAVA, S. 48; LOOSCHELDERS/ROTH, S. 164 f.; KRAMER, S. 148 ff.

<sup>982</sup> HÖHN, *Methodik*, S. 221; LOOSCHELDERS/ROTH, S. 173.

## V. Das Auslegungsergebnis und die Kombination der einzelnen Methoden

Das Ziel der Auslegung besteht in der Ermittlung des «wahren Sinns» des Gesetzes. Wie dieses Ergebnis zustande kommen kann, ist umstritten. Dem liegen drei fundamentale Problemfelder zu Grunde. Bereits die Frage nach dem Ziel der Auslegung und wie dieses Ziel erreicht werden soll, ist umstritten. Wie im Rahmen der historischen und teleologischen Methode diskutiert, besteht einerseits Unklarheit darüber, ob das Gesetz subjektiv- oder objektiv-historisch ausgelegt werden soll und andererseits, was das Auslegungsergebnis darstellt. Besteht dieses in der Zugrundelegung des Ergebnisses der vier Auslegungsmethoden oder wird dieses durch die teleologische Methode abschliessend gebildet?<sup>983</sup> Diese beiden Gesichtspunkte müssen schliesslich in Korrelation mit der dritten und übergeordneten Frage gebracht werden, welches Gewicht den einzelnen Auslegungsmethoden beizumessen ist.

In der Literatur wird teilweise versucht, die Methoden in eine starre Reihenfolge zu bringen, wobei keine Einigkeit über die Priorität besteht.<sup>984</sup> So schlägt beispielsweise ZELLER vor, zuerst die grammatikalische, sodann die historische und als dritte die systematische Methode anzuwenden. Die Anordnung der Methoden besteht demnach in einer Kaskade: Sobald das Ergebnis einer der Methoden in keinem Widerspruch zu Lehre und Rechtsprechung stehe, sei die Auslegung beendet. Die anderen Methoden müssten dann nicht weiter angewendet werden. Falls aber im Ergebnis aller Methoden Widersprüche vorhanden wären, müsse der Rechtsanwender

«in Berücksichtigung des bisherigen Auslegungszwischenergebnisses mit möglichst präziser Angabe der Gründe für seine Wahl und mit dem Ziel eines möglichst vernünftigen Ergebnisses vor Augen die nötige Festlegung zum massgeblichen Sprachgebrauch [...] selber vornehmen.»<sup>985</sup>

Demgegenüber räumen MÜLLER und CHRISTENSEN der grammatikalischen und der systematischen Methode eine vorrangige Stellung ein:

«Wegen seiner demokratischen Erzeugung sowie der rechtsstaatlichen Klarheits- und Bestimmtheitsgebote ist der Normtext der

<sup>983</sup> Vgl. dazu vorne S. 160 sowie zum «methodologischen Begriff des Konflikts» MÜLLER/CHRISTENSEN, N 434.

<sup>984</sup> Vgl. KESHELAVA, S. 66; HAFTER, Lücken, S. 136; ESER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 52.

<sup>985</sup> ZELLER, § 21 N 3 ff.

im Konfliktfall als Grenzbestimmung zulässiger Entscheidungsmöglichkeiten vorrangige Bezugspunkt der Konkretisierung.»<sup>986</sup>

Nach HÖHN kommt hingegen der grammatikalischen Methode die Vorrangstellung zu und jeder gegenteiligen Meinung falle die Begründungslast zu.<sup>987</sup>

Nach einem anderen Teil der Lehre<sup>988</sup> und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht dagegen – zumindest vordergründig – keine hierarchische Prioritätsordnung unter den einzelnen Auslegungsmethoden. Vielmehr wird von einem sog. «pragmatischen Methodenpluralismus» ausgegangen.<sup>989</sup> Danach sind die einzelnen Auslegungsmethoden gleichwertig, auch wenn dem Wortlaut, d.h. der grammatikalischen Methode, und dem Normzweck, d.h. der teleologischen Methode, «üblicherweise eine bevorzugte Stellung»<sup>990</sup> zubilligt wird.<sup>991</sup> Nach dem Methodenpluralismus sind die einzelnen Ergebnisse jeder Methode zu kombinieren und gegebenenfalls dem konkreten Einzelfall angemessen gegeneinander abzuwägen.<sup>992</sup> Im Zweifelsfall, insbesondere wenn weder die teleologische noch die grammatikalische Methode zu einem eindeutigen Ergebnis führen, soll diejenige Auslegung vorgezogen werden, welche am ehesten mit der Verfassung und dem Völkerrecht vereinbar ist.<sup>993</sup>

Kritik erfährt die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Lehre. Kern der Aussagen bildet der Vorwurf, dass das Bundesgericht den Methodenpluralis-

---

<sup>986</sup> MÜLLER/CHRISTENSEN, N 439 f.; vgl. auch LOOSCHELDERS/ROTH, S. 162.

<sup>987</sup> HÖHN, Methodik, S. 208; vgl. auch DEPENHEUER, S. 16; HEGENBARTH, S. 159; WANK, Begriffsbildung, S. 23; vgl. auch KLATT, Theorie, S. 20; MEIER-HAYOZ, S. 42.

<sup>988</sup> Vgl. etwa TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 25; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 50, welcher in den Vordergrund stellt, dass Normen zu höherrangigen nicht in Widerspruch stehen sollte; vgl. weiter LOOSCHELDERS/ROTH, S. 122 ff.

<sup>989</sup> BGE 124 IV 106, 109; 137 IV 180, 184 = Pra 101 (2012) Nr. 12; BGer, Urteil vom 28.4.2014, 4A\_363/2013, E. 3.5.4; vgl. WALTER, Methodenpluralismus, S. 158.

<sup>990</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 36; vgl. DUBS, ratio, passim.

<sup>991</sup> BGE 137 IV 180, 184: «Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme.»; 102 IV 153, 155; vgl. auch WALTER, Methodenpluralismus, S. 163; DUBS, ratio, S. 21 ff., 26; FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 157 f.; KILIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, N 817.

<sup>992</sup> FORSTMOSER/VOGT, § 19 N 147, 155; vgl. als Beispiel für die Auslegung des subjektiven Tatbestandes von Art. 90 Abs. 3 SVG durch Abwägung der einzelnen Auslegungsmethoden: WOHLERS/COHEN, Tempoexzesse, S. 14 f.; KILIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, N 817.

<sup>993</sup> BGE 112 Ib 465, 469 f.: «Si plusieurs interprétations se révélaient admissibles, il faudrait en principe choisir celle qui est conforme à la Constitution.»; BGE 102 IV 153, 155: «Bundesgesetze sind verfassungskonform auszulegen, sofern nicht der klare Wortlaut oder der Sinn des Gesetzes etwas anderes gebietet»; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 18; DONATSCH, OFK-StGB, Art. 1 N 14.

mus selbst nicht anwende. Es wird eingewendet, dass das Bundesgericht bei der Auslegung nicht von der Norm selbst ausgehe. Stattdessen versuche das Bundesgericht vielmehr mittels der einzelnen Auslegungsmethoden ein zuvor bereits feststehendes Ergebnis zu rechtfertigen bzw. zu legitimieren.<sup>994</sup> So konstatiert HUBER, es werde «von Fall zu Fall, je nach dem gewünschten Resultat [...] extensiv, restriktiv, subjektiv, objektiv, historisch oder zeitgemäss» ausgelegt.<sup>995</sup> DUBS stellt gar die These auf, dass «das Bundesgericht konsequent die teleologische Methode» befolge.<sup>996</sup>

Tatsächlich darf die Auslegung nicht von einem zuvor festgelegten Ergebnis abgeleitet werden.<sup>997</sup> Es darf aber nicht verkannt werden, dass Auslegung einen zirkulären Vorgang darstellt. Die Auslegung einer Rechtsnorm bedingt eine Wertung des Rechtsanwenders. Sie strebt «einen Kompromiss zwischen konkurrierenden Interessen [an ...], der als gerecht erscheint und mit dieser Bedingung den Nutzen optimiert.»<sup>998</sup> Eine Formulierung ist regelmässig nicht derart definitiv, dass sie «nicht mit je neuen Varianten je neue Kriterien der Lösungsmuster sichtbar würden.»<sup>999</sup> Vom Rechtsanwender wird demnach eine Wertungsaussage verlangt, welche von Wertungsfragen und den Wertungsmöglichkeiten abhängt.<sup>1000</sup> All dies wird von einem Vorverständnis des Rechtsanwenders geleitet, «was das ‚richtige‘ Ergebnis sein könnte.»<sup>1001</sup>

Auch wenn die Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung teilweise gerechtfertigt sein mag, weil sich bei Fragen der Auslegung viele sich widersprechende Aussagen finden,<sup>1002</sup> sollte vordergründig keine der Methoden eine vorrangige Stellung einnehmen. Dem bundesgerichtlichen pragmatischen Methodenpluralismus ist daher grundsätzlich zu folgen. Eine Abwägung der einzelnen Methoden im konkreten Fall ist immer dann notwendig, wenn diese zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Um eine sachgerechte Lösung trotz widersprüchlichen Befunden zu erzielen, kann nur im Einzelfall entschieden

<sup>994</sup> KRAMER, S. 123; vgl. auch STRATENWERTH, AT, § 4 N 34.

<sup>995</sup> HUBER, S. 166 m.H. auf NZZ Nr. 1622 vom 30.6.1954; vgl. zur Kritik in der Lehre KESHELAVA, S. 73 ff.

<sup>996</sup> DUBS, ratio, S. 22.

<sup>997</sup> LOOSCHELDERS/ROTH, S. 192.

<sup>998</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre S. 48, 49: So muss etwa im Bereich der Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB) eine Abwägung zwischen der Ehre des einen gegenüber der Meinungsfreiheit des anderen vorgenommen werden.

<sup>999</sup> ESSER, Methodenwahl, S. 138.

<sup>1000</sup> ESSER, Methodenwahl, S. 137.

<sup>1001</sup> STRATENWERTH, AT, § 4 N 35; vgl. dazu auch ESSER, Methodenwahl, S. 137 ff.

<sup>1002</sup> Vgl. etwa bei STRATENWERTH, AT, § 4 N 35 in Bezug auf die Rechtsprechung des BGer zu Titelüberschriften und Randtiteln.

werden, welcher Methode der Vorzug zu geben ist, weil die einzelnen Auslegungsmethoden nicht immer gleichwertig den «wahren Sinn» einer Norm zu bestimmen vermögen.

Das Ziel der Auslegung von strafrechtlichen Normen muss im Lichte von Art. 1 StGB darin bestehen, dass dieser «wahre Sinn» einer Norm möglichst demjenigen Sinn entspricht, welcher der Bürger dieser Norm beimisst. Dem kann eine starre Hierarchie der einzelnen Auslegungsmethoden entgegen stehen. Die Auslegung muss dem Einzelfall gerecht werden. Wird strikt ein Schema verwendet, kann dies durchaus dazu führen, dass ein Auslegungsergebnis weder sachgerecht ist noch dem Sinn entspricht, welcher ein Bürger einer Norm beimisst und beimessen darf. Insbesondere stellt sich aber die Frage, ob nicht aufgrund des Bestimmtheitsgebotes, des Analogieverbotes und des Verbots von Gewohnheitsrecht der grammatikalischen Methode eine vorrangige Stellung eingeräumt werden müsste, was nachfolgend untersucht wird.

## B. Grenzen der Rechtsanwendung und der Auslegung im Strafrecht

Das Legalitätsprinzip soll die «Freiheit und Bindung des Richters gegenüber dem positiven Recht in ein angemessenes Verhältnis» bringen.<sup>1003</sup> Wie viel Wertungssouveränität dem Richter dabei konkret zukommen soll, ist die Gretchenfrage für das Verständnis des Legalitätsprinzips. Kern dieser Überlegungen bilden das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot. Der Rechtsanwender kann aufgrund der auslegungsbedürftigen Norm von Art. 1 StGB selber darüber entscheiden, wo er die Grenzen seiner Befugnisse setzen möchte. Diese Grenze kann entweder der verlässliche, enge und bestimmte Wortlaut einer Norm oder eine der Gerechtigkeit dienende, analoge und sinngemässe Rechtsanwendung darstellen, welche vage und unbestimmte gesetzliche Begriffe zulässt.

Da sich das Bestimmtheitsgebot primär an den Gesetzgeber richtet, verbleibt der Rechtsanwender nur noch zu überprüfen, ob das Gesetz auch tatsächlich genügend bestimmt formuliert wurde. Es wird verlangt, dass strafbares Verhalten «und dessen Folgen im Zeitpunkt seiner Ausführung bestimmt und für jedermann klar erkennbar gewesen sein» muss.<sup>1004</sup> Dem Gesetzgeber ist es allerdings unbenommen, allgemeine und vage Formulierungen zu verwenden, «die an die Auslegung [...] besondere Anforderungen stellen».<sup>1005</sup> Dies führt zu einem Spannungsfeld zwischen der genügenden Bestimmtheit einer Norm und der Notwendigkeit, ähnlich gelagerte Fälle sprachlich unter eine Norm zu fassen.<sup>1006</sup>

Die Frage, ob eine Norm oder ein Begriff genügend bestimmt formuliert ist, muss unabhängig von der Auslegung der Norm erfolgen und ist ebenso fallunabhängig festzulegen. Der Rechtsanwender muss im Sinne des Drei-Kandidaten-Schemas darüber entscheiden, ob eine Strafnorm genügend bestimmt ist, mithin, ob ihr Begriffshof derart gross ist, dass die Entscheidung darüber, wo grosso modo die Grenze zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit verläuft, nicht mehr der Gesetzgeber, sondern der Richter setzen muss. Kommt der Rechtsanwender zum Schluss, dass eine Norm zu unbestimmt formuliert ist, erübrigt sich jede weitere Auslegung – der Rechtsanwender muss der Norm im konkreten Fall die Anwendung versagen.<sup>1007</sup> Aus Sicht des Bürgers

---

<sup>1003</sup> KLATT, Wortlautgrenze, S. 346.

<sup>1004</sup> BGE 112 Ia 107, 113.

<sup>1005</sup> BGE 109 Ia 273, 284; 117 Ia 472, 479.

<sup>1006</sup> Vgl. vorne bereits S. 66 ff.

<sup>1007</sup> POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 44; JETZER, S. 171.

ist dies dann der Fall, wenn die Strafnorm derart unbestimmt formuliert ist, dass ihm aufgrund des Gesetzestextes keine echte Möglichkeit zugestanden werden kann, zu erkennen, wo diese Grenze zwischen Strafbarkeit und Strafllosigkeit verläuft.

Die Auslegung einer Norm erfolgt im Strafrecht grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie in anderen Rechtsgebieten.<sup>1008</sup> Allerdings muss hier das Legalitätsprinzip beachtet werden,<sup>1009</sup> durch welches der Richter strikt an das Gesetz gebunden wird.<sup>1010</sup> Dem Strafrichter wird verboten, zulasten des Täters Straftatbestände analog auf andere Fälle anzuwenden, einen Schuldspruch gestützt auf ungeschriebenes Recht oder aufgrund einer zu unbestimmten oder zum Tatzeitpunkt noch nicht in Kraft gesetzten Strafnorm zu fällen.<sup>1011</sup> Art. 1 StGB wird demnach verletzt,

«wenn ein Bürger wegen einer Handlung, die im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet ist, strafrechtlich verfolgt wird, oder wenn eine Handlung derentwegen ein Bürger strafrechtlich verfolgt wird, zwar in einem Gesetze mit Strafe bedroht ist, [...] oder wenn der Richter eine Handlung unter ein Strafgesetz subsumiert, die darunter auch bei weitest gehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann.»<sup>1012</sup>

Dieser Rechtsprechung steht allerdings die über den Wortlaut hinausgehende «sinngemässe Auslegung» nichts entgegen.<sup>1013</sup> Aus Sicht des Rechtsanwenders ist für die Umsetzung des Legalitätsprinzips daher die konkrete Umsetzung des Analogierverbotes von entscheidender Bedeutung. Sowohl das Verbot von Gewohnheitsrecht als auch das Rückwirkungsverbot bilden relativ starre Grenzen, welche nicht überschritten werden dürfen.<sup>1014</sup> Der Interpretationsspielraum des Rechtsanwenders bei einer «sinngemässen Auslegung» hinge-

---

<sup>1008</sup> DONATSCH/TAG, § 4/3; GRABHERR, S. 11; POPP/BERKEMEIER, BSK I-StGB, Art. 1 N 36; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB, Art. 1 N 24; DUPUIS et al., Art. 1 N 21; vgl. auch KILIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, N 811, 817; POZO, N 151; DONATSCH, OFK-StGB, Art. 1 N 3; HAFTER, Lücken, S. 135; vgl. BGE 76 IV 237, 241.

<sup>1009</sup> DONATSCH/TAG, § 4/3; GRABHERR, S. 11; WOLFFERS, S. 578; DONATSCH, OFK-StGB, Art. 1 N 3.

<sup>1010</sup> GRÜN WALD, S. 13; vgl. zum Unterschied zum Privatrecht etwa WOHLERS, ratio legis, S. 79.

<sup>1011</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 9 ff.

<sup>1012</sup> BGE 27 I 331, 339; 112 Ia 107, 113; BGer, Urteil vom 18.7.2011, 6B\_116/2011, E. 3.1.

<sup>1013</sup> Vgl. etwa BGE 128 IV 272, 274; 110 IV 15, 17.

<sup>1014</sup> Zum Verbot von Gewohnheitsrecht und dem Rückwirkungsverbot vgl. vorne S. 21 f.

gen ist viel breiter und das Verständnis des Analogieverbotes viel umstrittener, was nachfolgend diskutiert wird.

## I. Analogieverbot

### 1. Begriff

Analogie ist ein Mittel der juristischen Argumentation.<sup>1015</sup> Sie beruht auf einem Vergleich zwischen Sachverhalt und Gesetz, weshalb jede Gesetzesanwendung eine Form von Analogie darstellt.<sup>1016</sup> Im Zusammenhang mit dem Analogieverbot bezieht sich der Begriff der Analogie dagegen auf die Gesetzesanwendung mittels verbotener Analogie: Der zu beurteilende Sachverhalt wird dabei unter eine (Gesetzesanalogie) oder mehrere (Rechtsanalogie) gesetzliche Normen subsumiert, obwohl der konkret zu beurteilende Fall vom Wortsinn der Bestimmung(en) her eigentlich gar nicht erfasst ist.<sup>1017</sup> Analogie ist eine Form der Induktion.<sup>1018</sup> Es wird «von ähnlichen Tatbeständen ausgegangen, um daraus auf die gleichen Rechtsfolgen zu schliessen.»<sup>1019</sup> Analogie ist aber auch eine Methode richterlicher Rechtsfortbildung. Sie ist ein Anwendungsfall des Grundsatzes der Rechtsgleichheit<sup>1020</sup> und das «wichtigste Mittel zur Füllung offener Gesetzeslücken.»<sup>1021</sup>

Das Analogieverbot richtet sich an den Rechtsanwender<sup>1022</sup> und bezweckt, der richterlichen Rechtsfortbildung Grenzen zu setzen. Das Analogieverbot dient der Rechtssicherheit und dem Schutz vor Willkür<sup>1023</sup>. Der Bürger soll sich

<sup>1015</sup> KESHELAVA, S. 118; vgl. auch KAUFMANN, S. 4 f.

<sup>1016</sup> Vgl. KAUFMANN, S. 37 ff.; NIGGLI, S. 159 ff.; KESHELAVA, S. 119; vgl. auch SCHUHR, S. 442.

<sup>1017</sup> KRAMER, S. 195; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 889; zur Unterscheidung von Rechts- und Gesetzesanalogie vgl. WANK, Auslegung, S. 85 ff.; KRAMER, S. 197 f.; HAFTER, Lücken, S. 147; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 891 f.

<sup>1018</sup> KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 25; KESHELAVA, S. 118.

<sup>1019</sup> GERMANN, Analogieverbot, S. 135; GRABHERR, S. 24; ESSER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 25; GERMANN, Analogieverbot, S. 136: Analogie liegt «bewusst oder unbewusst ein Verlangen nach Rechtsfüllung zugrunde.»

<sup>1020</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 54; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 889; KESHELAVA, S. 131.

<sup>1021</sup> KRAMER, S. 192; vgl. auch KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 25, 29; HAFTER, Lücken, S. 138; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 889; ESSER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 25; Weitere Instrumente zur Lückenfüllung sind etwa der Umkehrschluss, die teleologische Reduktion (vgl. dazu vorne S. 163) oder die Berufung auf Gewohnheitsrecht (vgl. dazu vorne S. 21), vgl. KRAMER, S. 201, 211 f.; HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 14.

<sup>1022</sup> GRÜNWALD, S. 2; KUHLEN, S. 89.

<sup>1023</sup> Vgl. vorne sowie auch KESHELAVA, S. 120 f.

darauf verlassen können, dass aufgrund der Gewaltenteilung nur der Gesetzgeber Straftatbestände schafft und nicht der Richter. Ergänzt der Richter das Gesetz durch (verbotene<sup>1024</sup>) Analogie, führt dies zu einem Konflikt mit der Gewaltenteilung wie auch mit dem Legalitätsprinzip.<sup>1025</sup> Der Richter soll dort keine Wertungen vornehmen, wo der Gesetzgeber solche nicht vorgesehen hat, denn darunter kann die Rechtsgleichheit leiden, weil ähnliche gelagerte Fälle nicht zwangsläufig zu derselben Rechtsfolge führen.

## 2. Abgrenzung der Analogie zur Auslegung im Strafrecht

Die Auslegung einer Norm bezweckt deren Inhalt zu eruieren. Dies erfolgt nach den vorstehend dargelegten Methoden.<sup>1026</sup> Die Auslegung orientiert sich dabei primär am Wortlaut einer Bestimmung, wobei eine Vorschrift insbesondere teleologisch ausgelegt werden kann, sodass sie auch auf Fälle erstreckt wird, «die von ihrem Wortlaut nicht ohne weiteres erfasst sind.»<sup>1027</sup> Dies widerspiegelt den Unterschied zwischen extensiver und restriktiver Auslegung.<sup>1028</sup> Wo allerdings die Grenze zwischen (extensiver) Auslegung und Analogie verläuft, ist aus drei Gründen schwierig festzulegen: Erstens wird die Terminologie unterschiedlich verwendet,<sup>1029</sup> zweitens existieren verschiedene Ansichten, wo die Grenze zwischen Analogie und Auslegung verläuft<sup>1030</sup> und drittens verläuft diese Grenze fließend<sup>1031</sup>.

Analogie ist ein Mittel zur Lückenfüllung und eine Form von Rechtsfortbildung.<sup>1032</sup> Daher kann die (extensive) Auslegung und Analogie nach einer Meinung durch die Berücksichtigung des Wortlauts bzw. «möglichen Wortsinns»

---

<sup>1024</sup> Vgl. zur Rechtsprechung des BGer hinten S. 182 ff.

<sup>1025</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 53 f., 57; vgl. HAFTER, Lücken, S. 155 f.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 823b.

<sup>1026</sup> Vgl. vorne S. 147 ff.

<sup>1027</sup> HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 12.

<sup>1028</sup> HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 12, vgl. auch N 13; vgl. zur extensiven Auslegung im Strafrecht etwa HAFTER, Lücken, S. 135; vgl. zur restriktiven Auslegung bereits vorne S. 126 f.

<sup>1029</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 893; GRABHERR, S. 24, 26.

<sup>1030</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 823b; vgl. auch GRABHERR, S. 24 ff.

<sup>1031</sup> HAFTER, Lücken, S. 141; WAIBLINGER, S. 237 f.; GRABHERR, S. 37; vgl. auch BGE 128 IV 272, 274; 127 IV 198, 200; vgl. auch KAUFMANN, S. 6; vgl. bereits vorne S. 18.

<sup>1032</sup> HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 12.

abgegrenzt werden.<sup>1033</sup> Begründet wird dies damit, dass der Wortlaut in seiner Einbettung im gegebenen Kontext das «zentrale Kriterium für das richtige Verstehen eines Textes» sei.<sup>1034</sup> Eine andere Ansicht hingegen versteht Analogie als erst dort angewendet, wo der Gesetzessinn überschritten wird.<sup>1035</sup> Die Vertreter dieser Ansicht, das Bundesgericht wie auch ein Teil der Lehre, verstehen (zulässige) Analogie als «Mittel sinngemässer Auslegung».<sup>1036</sup> Damit wird nicht mehr klar zwischen Analogie und Auslegung unterschieden; das Analogieverbot dient vielmehr dazu, den Rahmen der erlaubten sinngemässen Auslegung abzustecken.<sup>1037</sup>

### a) Unterscheidung zwischen Wortsinn und Wortlaut

Die Begriffe des Wortsinns und Wortlauts werden in der juristischen Methodenlehre unterschiedlich verwendet. Auf der einen Seite werden die beiden Begriffe als Synonyme verwendet, sodass «der Wortlaut neben rein Textlichem (bestehend aus dem Text der Gesetzesartikel, Überschriften, Marginalien, Fussnoten in den drei Amtssprachen des Bundes) auch Sinnhaftes» erfasst.<sup>1038</sup> Dagegen unterscheiden andere Autoren streng zwischen Wortlaut und Wortsinn. Der Wortsinn wird als «semantischer Gehalt des Wortlauts» verstanden.<sup>1039</sup>

Das Bundesgericht wie auch die Lehre unterscheiden nicht immer eindeutig zwischen den beiden Begriffen.<sup>1040</sup> Einerseits kann dies zu einiger Verwirrung führen. Andererseits liefert diese unterschiedliche Handhabung<sup>1041</sup> «ein sehr anschauliches Beispiel dafür, welches Mass an Unbestimmtheit die Sprache

<sup>1033</sup> Vgl. etwa HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 13; KESHELAVA, S. 119; KLATT, Theorie, S. 20; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 39; NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 78 sowie hinten S. 190.

<sup>1034</sup> NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 78; KAUFMANN, S. 4 f. geht etwa davon aus, dass bereits der Sinn von Wörtern Analogie darstellt.

<sup>1035</sup> Vgl. zusammenfassend NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 77 sowie hinten S. 192 ff.

<sup>1036</sup> Vgl. die Nachweise hinten S. 192 ff. sowie in der Fn. 1094.

<sup>1037</sup> BGer, Urteil vom 27.10.2007, 6P.62/2007, E. 4.2; BGE 128 IV 272, 274; 127 IV 198, 200; 87 IV 115, 118; GERMANN, Analogieverbot, S. 137; vgl. auch STRATENWERTH, AT, § 4 N 30; vgl. auch EMMENEGGER/TSCHECHSCHER/BK, Art. 1 N 117; HAFTER, Lücken, S. 138.

<sup>1038</sup> KESHELAVA, S. 26; WOHLERS, ratio legis, S. 87 ff.; PROBST, Grenzen, S. 251.

<sup>1039</sup> KESHELAVA, S. 26; PROBST, Grenzen, S. 252.

<sup>1040</sup> KESHELAVA, S. 27.

<sup>1041</sup> Ähnlich wie auch bereits beim Begriff der ratio legis, vgl. vorne S. 160 f.

selbst in jenen Bereichen aufweist, in denen gerade auf die sprachliche Präzision und Klarheit besonders viel Wert gelegt»<sup>1042</sup> werden sollte.

Aufgrund der vom Duden getroffenen Unterscheidung zwischen dem Wortlaut «wörtlicher Text von etwas»<sup>1043</sup> und dem Wortsinn als «Bedeutung eines Wortes»<sup>1044</sup> wird vorliegend zwischen beiden Begriffen unterschieden: Unter dem Wortlaut einer Norm «ist die verbindliche, sprachliche Formulierung des Gesetzestextes (Normtextes) zu verstehen.»<sup>1045</sup> Der Wortsinn hingegen besteht im «semantischen Wortgehalt», d.h. in der «sprachliche[n] Bedeutung des Wortlauts einer Rechtsnorm»<sup>1046</sup> im jeweiligen Kontext. Damit sind Wortlaut und Wortsinn eine untrennbare Einheit, deren Zusammenhang der Rechtsanwender beim Lesen des Gesetzes herstellt.

## b) Unterscheidung mittels des Drei-Kandidaten-Schemas

Zur Abgrenzung von Auslegung und Analogie wird in der juristischen Methodenlehre – zumindest teilweise – auf das Drei-Kandidaten-Schema zurückgegriffen.<sup>1047</sup> Danach hat jeder Ausdruck oder Begriff einen Kern und einen Hof. Der Begriffskern umfasst sämtliche Kandidaten, welche einem Begriff eindeutig zugeordnet werden können, wogegen der Begriffshof diejenigen Kandidaten umfasst, bei welchen nicht eindeutig entschieden werden kann, ob sie einem Gegenstand zugeordnet werden können oder nicht. Gegenstände, welche einem Ausdruck oder Begriff klar nicht zugeordnet werden können, werden als negative Kandidaten bezeichnet.<sup>1048</sup>

Die Unterscheidung zwischen Auslegung und Analogie kann damit über den Wortlaut einer Norm erfolgen. Damit fallen sämtliche Gegenstände, welche dem Begriffskern und dem Begriffshof entsprechen unter den Begriff der Auslegung. Wird hingegen der mögliche Wortsinn überschritten, handelt es sich für das betreffende Wort bzw. den Begriff um einen negativen Kandidaten, womit in diesen Fällen von Analogie gesprochen wird.<sup>1049</sup> Anders ausgedrückt

---

<sup>1042</sup> KESHELAVA, S. 27.

<sup>1043</sup> Duden, Stichwort «Wortlaut».

<sup>1044</sup> Duden, Stichwort «Wortsinn».

<sup>1045</sup> PROBST, Grenzen, S. 251.

<sup>1046</sup> PROBST, Grenzen, S. 252; vgl. dazu auch KESHELAVA, S. 26 f., welcher darauf hinweist, dass die Begriffe «Wortlaut» und «Wortsinn» teilweise als Synonyme verwendet werden.

<sup>1047</sup> Vgl. dazu vorne S. 57 ff.; vgl. auch GRABHERR, S. 26.

<sup>1048</sup> Vgl. dazu vorne S. 57 ff.

<sup>1049</sup> Vgl. bereits a.a.O. sowie KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 46 f.; NK-StGB/HASSEMER/KARGL, § 1 N 88; KRAMER, S. 193; HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 13; YI, S. 19 f.; PROBST,

bedeutet dies, dass die Auslegung noch innerhalb des durch den Tatbestand gezogenen begrifflichen Rahmens verbleibt, während durch Analogie das Gesetz auf einen von diesem nicht geregelten Fall ausgedehnt wird.<sup>1050</sup> Diese Unterscheidung zwischen Analogie und Auslegung überzeugt insofern, als erst dann von Analogie gesprochen wird, wenn klar von einem negativen Kandidaten gesprochen werden muss. Soweit eine Entscheidung mit dem Wortsinn des Gesetzes «vereinbar ist, kann sie sich unmittelbar auf die Autorität des Befehls des Gesetzgebers berufen; soweit sie darüber hinausgeht, hat sie ihre Überzeugungskraft auf andere Gründe zu stützen.»<sup>1051</sup>

Der Pferdefuss des Drei-Kandidaten-Schemas liegt darin, dass nicht eindeutig festgestellt werden kann, ab wann genau von einem negativen Kandidaten gesprochen werden muss, da die Grenzen zwischen den einzelnen Bereichen fließend verlaufen.<sup>1052</sup> Ob etwa das «Ablassen von Luft aus einem Reifen» eine Beschädigung darstellt, ist von einer individuellen Wertung abhängig.<sup>1053</sup> Auch wer der Führer eines Fahrzeugs ist bzw. als solcher zu gelten hat, ist beispielsweise nicht immer klar. So kann durchaus auch der Begleiter eines Lernfahrers als Führer des Fahrzeugs angesehen werden, da er notfalls in die Lenkung und Bremsung des Fahrzeugs eingreifen kann.<sup>1054</sup> Ebenso gut kann er aber auch lediglich als Beifahrer angesehen werden.

Verwendet das Gesetz gar Begriffe wie Sitte und Anstand, wird die Individualität der Wertung entscheidend. Die Begriffe sind derart vage, dass positive Kandidaten kaum vorhanden sind, wogegen die Anzahl neutraler Kandidaten unüberschaubar gross ist. Es kann auch nicht mehr eindeutig entschieden werden, ob im konkreten Fall ein negativer oder ein neutraler Kandidat vorliegt, mithin, ob hier bereits von Analogie gesprochen werden muss. Die Entscheidung des Rechtsanwenders hält sich in solchen Fällen aufgrund dieser breit fließenden Grenze «streng an die Wertung des Gesetzes und überschreitet lediglich seinen Wortlaut»,<sup>1055</sup> was dann durch die Unvollständigkeit und Un-

---

Grenzen, S. 249 f.; BAUMANN, Wortbedeutung, S. 395; KESHELAVA, S. 30, 118 ff.; a.A. RÜTHERS/HÖPNER, S. 21 ff., welche den historischen Normzweck in den Fokus stellen; vgl. auch HÖHN, Legalitätsprinzip, S. 159; vgl. auch KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 78.

<sup>1050</sup> LK-DANNECKER, § 1 N 247 ff.; vgl. auch KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 146 ff.; SCHÜNE-MANN, S. 4 ff.; ESSER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 54.

<sup>1051</sup> CANARIS, S. 13.

<sup>1052</sup> NK-StGB/HASSEMER/KARGL, § 1 N 88, 96 ff.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 823b; HEGEN-BARTH, S. 90 ff.

<sup>1053</sup> NK-StGB/HASSEMER/KARGL, § 1 N 88.

<sup>1054</sup> BGE 128 IV 272.

<sup>1055</sup> CANARIS, S. 13.

vollkommenheit des Mediums Sprache gerechtfertigt werden soll.<sup>1056</sup> Damit kann auch nicht mehr zwischen Auslegung und Analogie unterschieden werden.

Je unbestimmter das Gesetz formuliert ist, je grösser also die semantischen Spielräume sind, desto schwieriger wird die Abgrenzung zwischen Analogie und Auslegung und desto schwieriger lässt sich bestimmen, ob das Analogieverbot verletzt wird. Um solche semantischen Spielräume möglichst eng zu halten, müssen Gesetze bestimmt formuliert sein. Das Analogieverbot wird daher auch als «die Verlängerung des Bestimmtheitsgebots in der Praxis» bezeichnet.<sup>1057</sup> Eine übertrieben weite Rechtsanwendung mittels verbotener Analogie macht «ein hinreichend bestimmtes Gesetz im konkreten Einzelfall zu unbestimmt»<sup>1058</sup> und ein zu unbestimmtes Gesetz verunmöglicht die Durchsetzung des Analogieverbotes. Insofern besteht ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis zwischen Analogieverbot und Bestimmtheitsgebot.

### 3. Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Analogieschlusses im Allgemeinen

Um feststellen zu können, wo die Analogie beginnt, muss zuerst der Inhalt einer Norm festgestellt werden. Dies erfolgt mittels Auslegung. Wird dabei festgestellt, dass das Gesetz eine Lücke<sup>1059</sup> enthält, muss geprüft werden, ob diese mittels Analogie geschlossen werden darf.<sup>1060</sup>

Eine Rechtslücke ist nach der auf CANARIS zurückzuführenden Definition<sup>1061</sup> eine «planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts (d.h. des Gesetzes im Rahmen seines möglichen Wortsinnes und des Gewohnheitsrechts) gemessen am Massstab der gesamten geltenden Rechtsordnung.»<sup>1062</sup> Entscheidend ist die Unvollständigkeit und die Planwidrigkeit des Gesetzes.

---

<sup>1056</sup> Zur Offenheit von Sprache vgl. vorne S. 46 ff.

<sup>1057</sup> NK-StGB/HASSEMER/KARGL, § 1 N 71; HASSEMER, Sprechen, S. 77; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 823b; KUHLEN, S. 89; vgl. auch DONATSCH/TAG, § 4/1a; vgl. auch KLATT, Theorie, S. 19.

<sup>1058</sup> NK-StGB/HASSEMER/KARGL, § 1 N 71.

<sup>1059</sup> Zum Begriff der Lücke und dessen unterschiedlichen Definitionen und Unterteilungen vgl. HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 29 ff.; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 52 f.; GERMAN, Analogieverbot, S. 135.

<sup>1060</sup> Vgl. HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 33.

<sup>1061</sup> HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 27.

<sup>1062</sup> CANARIS, S. 30; HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 27; vgl. auch KLATT, Theorie, S. 20; zur Unterscheidung der Arten von Lücken insb. echter und unechter vgl. KRAMER, 183 ff.;

Unvollständig ist das Gesetz dann, wenn aufgrund des Sinns einer Norm oder Gesetzes an sich ein spezifischer Fall nicht davon erfasst wird.<sup>1063</sup> Diese Abgrenzung erfolgt entsprechend nach demselben Schema wie die Unterscheidung zwischen Auslegung und Analogie.<sup>1064</sup> Der spezifische Fall muss für eine Norm einen negativen Kandidaten darstellen. Die zweite Voraussetzung der Planwidrigkeit bedeutet, dass die Lücke nicht durch den Gesetzgeber beabsichtigt sein darf; es darf sich nicht um ein «qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers»<sup>1065</sup> handeln.<sup>1066</sup> Dies bedeutet, dass insbesondere die historische Auslegung nicht zum Ergebnis führen darf, dass der Gesetzgeber eine Lücke absichtlich geschaffen hat.<sup>1067</sup> Nach dem Bundesgericht liegt somit eine Lücke vor, wenn

«sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung.»<sup>1068</sup>

Eine Lücke kann demnach vorhanden sein, wenn der Gesetzgeber nicht an einen spezifischen Fall gedacht hat, sich seit Inkrafttreten einer Norm die Verhältnisse verändert haben oder wenn ein sog. Redaktionsfehler vorliegt.<sup>1069</sup>

Als weitere Voraussetzung muss nach der h.L. die «immanente Teleologie des Gesetzes» eine Regelung fordern.<sup>1070</sup> Davon ausgehend, dass der Gesetzgeber

---

zur Kritik dazu HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 29 f.; zum Lückenbegriff allgemein vgl. auch CANARIS, S. 22 ff.

<sup>1063</sup> Vgl. CANARIS, S. 12; GRABHERR, S. 26.

<sup>1064</sup> Vgl. vorne S. 173 f.; da hinter sämtlichen durch den Wortsinn gedeckten Anordnungen, Befehlen und Geboten des Gesetzes eine Wertung steckt, geht eine andere Ansicht davon aus, dass eine Unvollständigkeit des Gesetzes erst dann vorliegt, wo dem Gesetz für einen bestimmten Fall keine Wertung entnommen werden kann, vgl. CANARIS, S. 12 f.

<sup>1065</sup> BGE 112 Ia 107, 114; vgl. auch DUPUIS et al., Art. 1 N 30.

<sup>1066</sup> WANK, Auslegung, S. 82 f.; BGE 103 IV 129, 130: «Lorsque cette lacune est le reflet d'un silence qualifié, le juge n'a pas à intervenir»; vgl. BGE 126 IV 5, 11 f., wo das BGer ein qualifiziertes Schweigen angenommen hat: «Selbst wenn es sich bei der Strafflosigkeit des Erwerbs des notwendigen Teilnehmers um ein gesetzgeberisches Versehen handeln sollte, würde das nichts daran ändern, dass es für eine Bestrafung insoweit an der gesetzlichen Grundlage fehlt.»

<sup>1067</sup> Vgl. HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 27, 33; GRABHERR, S. 34.

<sup>1068</sup> BGE 134 V 15, 16.

<sup>1069</sup> Vgl. dazu hinten S. 198 ff.

eine klare, folgerichtige und lückenlose Regelung beabsichtigte, kann die tatsächlich vorhandene Norm daran überprüft werden, ob sie selbst und im Lichte des konkret zu beurteilenden Falles dem Gleichheitsgrundsatz genügt.<sup>1071</sup> Die analog angewendete Bestimmung muss von ihrem Zweck her den planwidrig nicht geregelten und vom Wortsinn eigentlich nicht miteinbezogenen Fall wertungsmässig erfassen,<sup>1072</sup> d.h. die Unterschiede zwischen der Norm und dem zugrunde liegenden Sachverhalt dürfen «nicht gewichtig genug sein, um eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen.»<sup>1073</sup> Dies macht die teleologische Auslegung der Norm unumgänglich. Nach dem Bundesgericht müssen «hinreichend sachliche Gemeinsamkeiten» zwischen dem «Regelungszusammenhang, für den eine Vorschrift im positiven Recht existiert, und jene[r] Thematik, welche durch das Fehlen einer gesetzlichen Norm gekennzeichnet ist», vorhanden sein.<sup>1074</sup> Insofern wird hier auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegriffen;<sup>1075</sup> insbesondere muss der Analogieschluss durch den Grundsatz der Rechtsgleichheit gerechtfertigt werden können.<sup>1076</sup> Beides erfordert ein Werturteil des Rechtsanwenders.<sup>1077</sup>

#### 4. Grenze der erlaubten zur verbotenen Analogie nach der Rechtsprechung und Lehre

Zunächst ist der Analogieschluss im Strafrecht dann erlaubt, wenn er zugunsten der beschuldigten Person erfolgt.<sup>1078</sup> Der Richter kann einen Tatbestand dergestalt einschränken, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit strenger beurteilt werden oder er kann Normen (insbesondere) des Allgemeinen Teils analog anwenden, wenn dies zur Straflosigkeit oder Strafminderung führt.<sup>1079</sup> Dies bedingt allerdings, dass die Voraussetzungen für einen Analogieschluss

---

<sup>1070</sup> CANARIS, S. 25, 22 ff.; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 54.

<sup>1071</sup> WANK, Auslegung, S. 83.

<sup>1072</sup> KRAMER, S. 195; HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 1, 13; vgl. ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 55; HÖHN, Methodik, S. 271.

<sup>1073</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 55; vgl. auch RHINOW, S. 33; CANARIS, S. 16; HONSELL, BSK I-ZGB, Art. 1 N 13.

<sup>1074</sup> BGE 129 V 345, 346; 130 IV 71, 75.

<sup>1075</sup> KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 25.

<sup>1076</sup> KRAMER, S. 195, 197.

<sup>1077</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 896.

<sup>1078</sup> Vgl. etwa BGE 86 IV 120, 124: «Art. 1 StGB [steht] der analogen Anwendung [...] nicht entgegen.»; vgl. weiter BGE 105 IV 14, 17; 103 IV 129, 130; 103 Ia 95, 97; 101 Ib 154, 155; 97 IV 129, 136; 87 IV 1, 4; DONATSCH/TAG, § 4/1a; GERMANN, Analogieverbot, S. 132 f.; GRABHERR, S. 35 f.; vgl. auch bereits vorne S. 9.

<sup>1079</sup> LK-DANNECKER, § 1 N 282.

gegeben sind, d.h. es muss eine planwidrige Gesetzeslücke vorhanden sein.<sup>1080</sup> Beispiel hierfür sind übergesetzliche Rechtfertigungsgründe oder die Einwilligung des Verletzten,<sup>1081</sup> wobei aufgrund der kontinuierlichen Anwendung dieser Rechtsinstitute die Frage gestellt werden kann, ob es sich hier noch um Analogie oder bereits um Gewohnheitsrecht handelt.

Des Weiteren ist eine Art der Analogie dort erlaubt, wo diese vom Gesetz vorgesehen ist. Entsprechend kann in solchen Fällen auch gar nicht von einer eigentlichen Lücke gesprochen werden. Sie werden als «Lücken intra legem»<sup>1082</sup> oder als «planmässige [...] Lücken»<sup>1083</sup> bezeichnet. Solche Lücken sind dort vorhanden, wo das Gesetz exemplifizierend Beispiele aufzählt und ähnlich gelagerte Fälle derselben Strafdrohung unterstellt. Der Schluss, der vom Rechtsanwender gezogen wird, erfolgt zwar analog, beruht aber auf keiner aussertatbestandlichen Lücke im Gesetz, da der Wortsinn der Bestimmung nicht in Frage gestellt wird.<sup>1084</sup>

Wo Analogie hingegen täterbelastende, d.h. strafbegründende oder strafverschärfende Auswirkungen hat,<sup>1085</sup> ist umstritten, ab wann das Analogieverbot greift.<sup>1086</sup> Ein Teil der Lehre lehnt das Analogieverbot komplett ab,<sup>1087</sup> ein anderer Teil der Schweizer Lehre zieht diese Grenze beim Wortlaut des Gesetzes.<sup>1088</sup> Danach wäre die Auslegung einer Norm – so wie der Begriff hier verwendet wird – zulässig und alles, was darüber hinausgeht, würde verbotene Analogie darstellen, was dann mit Art. 1 StGB unvereinbar wäre. Nach anderer Auffassung wird alles, was über den Wortsinn hinausgeht, als mit dem Legalitätsprinzip vereinbar angesehen, solange dies dem Sinn des Gesetzes bzw. dem «Rechtssinn»<sup>1089</sup> entspricht.<sup>1090</sup> Als Vertreter dieser Auffassung bezeichnet GERMANN Analogie als Mittel «sinngemässer Auslegung».<sup>1091</sup> Dies bedeutet, dass hier auf die generellen Auslegungsregeln zurückgegriffen wer-

<sup>1080</sup> LK-DANNECKER, § 1 N 283.

<sup>1081</sup> Vgl. etwa GERMANN, Analogieverbot, S. 133; DONATSCH/TAG, § 4/1a.

<sup>1082</sup> Vgl. etwa CANARIS, S. 19; vgl. auch GRABHERR, S. 31 f., 34; MEIER-HAYOZ, S. 152 ff.

<sup>1083</sup> MEIER-HAYOZ/BK1966, Art. 1 N 262.

<sup>1084</sup> CANARIS, S. 16 f.; GRABHERR, S. 35 f.; MEIER-HAYOZ, S. 254 f.; Wenn dann, stellt dies ein Problem des Bestimmtheitsgebotes dar.

<sup>1085</sup> HAFTER, Lücken, S. 138; KREY, Gesetzestreue, S. 841; ESSER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 26.

<sup>1086</sup> Vgl. etwa ESSER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 25 ff.

<sup>1087</sup> SAX, S. 152; vgl. GRABHERR, S. 28 f.

<sup>1088</sup> Vgl. etwa WOHLERS, ratio legis, S. 87; SEELMANN, S. 35.

<sup>1089</sup> Vgl. zu diesem Begriff PROBST, Grenzen, S. 252 f., 261.

<sup>1090</sup> GERMANN, Analogieverbot, S. 136 ff.; WAIBLINGER, S. 235 ff; TRECHSEL/NOLL, S. 49; STRATENWERTH, AT, § 4 N 30; HAFTER, Lücken, S. 138.

<sup>1091</sup> GERMANN, Rechtsfindung, S. 154 f.

den kann und keine eigentliche Unterscheidung zwischen extensiver Auslegung und Analogie mehr gemacht wird.<sup>1092</sup>

Diese Ansicht vertritt auch das Bundesgericht. Es unterscheidet zwischen erlaubter und verbotener Analogie zu Lasten des Täters:<sup>1093</sup>

«Massgebend ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich namentlich aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann. Sinngemässe Auslegung kann auch zu Lasten der beschuldigten Person vom Wortlaut abweichen. Im Rahmen einer solchen Gesetzesauslegung ist auch der Analogieschluss erlaubt; denn er dient dann lediglich als Mittel sinngemässer Auslegung. Der Grundsatz ‚keine Strafe ohne Gesetz‘ (Art. 1 StGB) verbietet bloss, über den dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommenden Sinn hinauszugehen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt wird.»<sup>1094</sup>

Das Bundesgericht zieht demnach die äussere Grenze zwischen «erlaubter Auslegung und verbotener Interpretation» innerhalb der negativen Kandidaten einer oder mehrerer Normen, wenn es den Sinn des Gesetzes an sich als massgebend deklariert. Zwar betont das Bundesgericht, dass diese Grenze schwierig zu ziehen sei und «das Bestreben, ein strafwürdiges Verhalten tatsächlich auch zu bestrafen», «nicht mit dem Sinn und Zweck einer bestimmten Strafnorm vermengt bzw. gleichgesetzt werden» dürfe.<sup>1095</sup> Im Gegensatz dazu wird aber auch betont, dass sich das Ergebnis der Auslegung auf ein «befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis» auszurichten habe,<sup>1096</sup> wobei auch hier unklar bleibt, was die ratio legis eigentlich ist<sup>1097</sup>. Gleichzeitig relativiert dann das Bundesgericht diese Aussage, wenn es darauffolgend ausführt, «dass sich die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten unter einen – auslegungsfähigen – Straf-

---

<sup>1092</sup> GRABHERR, S. 32.

<sup>1093</sup> Vgl. die Nachweise in der folgenden Fn.; diese Unterscheidung trifft ebenso GRABHERR, S. 36.

<sup>1094</sup> BGE 127 IV 198, 200; 128 IV 272, 274; 134 IV 297, 302; 87 IV 115, 118; 121 IV 380, 385; ähnlich auch GERMANN, Analogieverbot, S. 133; vgl. auch KESHELAVA, S. 131 ff.

<sup>1095</sup> BGE 116 IV 134, 139.

<sup>1096</sup> BGE 134 IV 297, 302.

<sup>1097</sup> Vgl. dazu vorne S. 160 f.

tatbestand des geltenden Gesetzes fällt, eben gerade dann stellt, wenn das Verhalten als strafwürdig erscheint.»<sup>1098</sup>

## 5. Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Das Bundesgericht musste sich mehrfach mit der Frage beschäftigen, ob die Subsumtion eines Sachverhaltes, welcher vom Wortlaut nicht erfasst ist, gegen das Analogieverbot verstösst. Dabei verwendete das Bundesgericht jeweils unterschiedliche Argumente zur Stützung eines Analogieschlusses oder zur Verneinung eines solchen.

### a) Beispiele eines als zulässig eingestuften Analogieschlusses

Das Bundesgericht hatte mehrfach Vermögenswerte unter den Begriff der Sache subsumiert.<sup>1099</sup> Der strafrechtliche Begriff der Sache entspricht dabei demjenigen des Sachenrechts. Danach wird die Sache als ein körperlicher Gegenstand definiert, wogegen eine Forderung lediglich einen Anspruch darstellt,<sup>1100</sup> d.h. eben kein körperlicher Gegenstand ist. Insofern hat das Bundesgericht hier einen klar negativen Kandidaten unter die Norm der Unterschlagung an Sachen subsumiert, womit diese Norm analog auf die Fälle von Unterschlagungen von Forderungen angewendet wurde. Begründet hat dies das Gericht wie folgt:

«Den Begriff Sache auch im Unterschlagungstatbestand in einem die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigenden weitem Sinne aufzufassen, als ihn der historische Gesetzgeber verstanden hat, steht Art. 1 StGB nicht entgegen. [...] [a] Art. 141 StGB will vor allem die rechtswidrige Aneignung irrtümlich (zu viel) bezahlten Geldes bei Kauf, Lohnzahlung, Geldwechsel usw. treffen [...]. Eine ebenso typische Unterschlagungshandlung liegt auch vor, wenn die irrtümliche Zahlung im Giroverkehr erfolgt und der Empfänger sie bösgläubig nicht zurückerstattet. Wirtschaftlich steht die Übertragung eines Guthabens von einem Konto auf ein anderes der Barzahlung gleich. Dass der Inhaber des Kontos, auf dem das Guthaben gutgeschrieben wird, zivilrechtlich nicht in den Besitz des Geldes gelangt, sondern nur eine

<sup>1098</sup> BGE 116 IV 134, 139; 127 IV 198, 200.

<sup>1099</sup> BGE 87 IV 115; 116 IV 134; noch anders BGE 81 IV 156, 158: « Eine Forderung aber war keine Sache im Sinne des Art. 144 und kann ihr auch nicht gleichgestellt werden.»

<sup>1100</sup> Vgl. etwa SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 3 ff.

Forderung erwirbt, ist nicht entscheidend. [...] Wer so über wirtschaftlich fremdes Vermögen verfügt, tut dasselbe und ist in gleicher Weise strafwürdig wie derjenige, der aus Versehen empfangenes Bargeld behält, verbraucht oder sonst wie unrechtmässig darüber verfügt. In diesem Falle den Täter zu bestrafen, im andern nicht, obschon hier wie dort mit den gleichen Mitteln in fremdes Eigentum eingegriffen wird, kann vernünftigerweise nicht der wahre Sinn des [a]Art. 141 StGB sein.»<sup>1101</sup>

In einem anderen Fall hat das Bundesgericht die «Vornahme einer sexuellen Handlung» unter die «Duldung einer sexuellen Handlung» i.S.v. Art. 189 StGB subsumiert, womit der Begriff der Duldung analog auf den negativen Kandidaten der Vornahme subsumiert wurde. Die Begründung stützte sich dabei auf ähnliche Überlegungen:

«Unter diesen Umständen ist eine berichtigende Auslegung von Art. 189 Abs. 1 StGB durch die Rechtsprechung in dem Sinne, dass die Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus nicht nur die Nötigung zur Duldung, sondern, entsprechend ihrem Sinn und Zweck und dem Willen des Gesetzgebers, auch die Nötigung zur Vornahme von sexuellen Handlungen erfasst, mit dem Legalitätsprinzip im Sinne von Art. 1 StGB vereinbar. Eine Anwendung der Bestimmung streng nach dem engen Wortlaut, der offensichtlich auf einem gesetzgeberischen Versehen beruht, würde zu sachwidrigen und offenkundig stossenden Ergebnissen führen.»<sup>1102</sup>

Diese beiden Entscheide des Bundesgerichts sind keine Einzelfälle.<sup>1103</sup> Aufgrund des Umgangs mit dem Analogieverbot finden sich solche oder ähnliche Entscheide in der Rechtsprechung des Bundesgerichts relativ häufig. So setzte das Bundesgericht elektronische Daten Urkunden gleich,<sup>1104</sup> wendete aArt. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB betreffend die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme für Rauschgiftsüchtige «analog auch auf stationäre Massnahmen für Trunksüchtige an»,<sup>1105</sup> verstand den Begriff des Beteiligungskapitals ana-

---

<sup>1101</sup> BGE 87 IV 115, 118 f.

<sup>1102</sup> BGE 127 IV 198, 203.

<sup>1103</sup> Für Beispiele der älteren Rechtsprechung analoger Rechtsanwendung vgl. die Darstellungen bei GRABHERR, S. 32 f.

<sup>1104</sup> BGE 111 IV 119.

<sup>1105</sup> BGE 122 IV 292, 297, wobei hier die Frage gestellt werden könnte, ob es sich hier nicht um einen Analogieschluss zugunsten des Täters handelt, da dieser um diese Massnahme ersuchte.

log als stimmenmässige Beherrschung,<sup>1106</sup> verurteilte den Fälscher einer Urkunde für dessen Gebrauch, obwohl der Gesetzestext vorsah, dass der Gebrauch nur dann strafbar ist, wenn die Urkunde von einem Dritten gefälscht wurde,<sup>1107</sup> wendete aArt. 91 Abs. 3 SVG, welcher für strafbar erklärte, wer sich «einer amtlich angeordneten Blutprobe oder einer zusätzlichen ärztlichen Untersuchung widersetzt oder entzieht oder den Zweck dieser Massnahmen vereitelt» analog auf Fälle des Entziehens an, bevor eine Blutprobe amtlich angeordnet werden konnte<sup>1108</sup> oder setzte die Zahlungsunfähigkeit der Überschuldung gleich<sup>1109</sup>.

### b) Beispiele einer Verneinung eines Analogieschlusses

Das Bundesgericht entscheidet sich nicht immer für die Zulässigkeit eines Analogieschlusses und stellt damit den Wortlaut vor einen etwaigen Sinn des Gesetzes. So wurde beispielsweise entschieden, dass die Tathandlung und nicht der Taterfolg massgebend sind für den Beginn der Verjährung, was dem Wortlaut von Art. 98 lit. a StGB entspricht.<sup>1110</sup> Das Bundesgericht begründete dies, u.a. auch gestützt auf den Willen des Gesetzgebers,<sup>1111</sup> damit, dass «nach Ablauf einer gewissen Zeit [...] eine Bestrafung weder als kriminalpolitisch notwendig noch als gerecht» erscheine.<sup>1112</sup> Ebenso entschied das Bundesgericht im Jahre 1986, dass der Check- und Kreditkartenbetrug nicht unter den Tatbestand des Betruges falle: Obwohl eines von der Staatsanwaltschaft dargelegten «erheblichen» Unrechtsgehaltes, sei es aufgrund des Legalitätsprinzips «Sache des Gesetzgebers, den ‚Check- und Kreditkartenmissbrauch‘ allenfalls allgemein unter Strafe zu stellen.»<sup>1113</sup> In anderen Urteilen entschied das Bundesgericht, dass wer «wahrheitswidrige Angaben über den Verbleib eines gepfändeten Gegenstandes» gegenüber dem Betreibungsbeamten mache, nicht über diesen Gegenstand i.S.v. Art. 169 StGB verfüge<sup>1114</sup> oder wer ohne gültigen Fahrausweis eine Strecke benützt, auf der er den Fahrausweis nicht selbst hätte entwerten müssen, sich nicht nach aArt. 57 Abs. 1 lit. a PBG strafbar mache, welcher vorsah, dass wer «ohne gültigen Fahrausweis ein Fahrzeug auf

<sup>1106</sup> BGE 121 IV 380, 384 f.

<sup>1107</sup> BGE 95 IV 68, 73.

<sup>1108</sup> BGE 90 IV 94.

<sup>1109</sup> BGE 104 IV 77; vgl. dazu HAGENSTEIN, BSK II-StGB, Art. 167 N 6.

<sup>1110</sup> Der Wortlaut von Art. 98 lit. a = aArt. 71 lit. a StGB lautet: «Die Verjährung beginnt: a. mit dem Tag, an dem der Täter die strafbare Tätigkeit ausführt.»

<sup>1111</sup> BGE 134 IV 297, 302 f.

<sup>1112</sup> BGE 134 IV 297, 304.

<sup>1113</sup> BGE 112 IV 79, 82.

<sup>1114</sup> BGE 129 IV 68, 70 f.

einer Strecke benützt, auf der sie oder er den Fahrausweis selbst hätte entwerfen müssen» mit einer Busse bestraft wird.<sup>1115</sup> Ebenfalls erwähnenswert ist ein Entscheid aus dem Jahr 2004, welchem ein gleichermassen strafwürdiger Sachverhalt zugrunde lag. Aufgrund einer Namensverwechslung wurden zwei Überweisungen falsch zugeordnet. Die Bankangestellte kontaktierte den Namensvetter zweimal telefonisch und fragte diesen jeweils,

«ob er einen grösseren Geldbetrag erwarte, was er jeweils wahrheitswidrig bejahte. In der Folge wurde dem Beschwerdeführer am 19. September 2001 und am 15. Januar 2002 ein Gesamtbetrag von umgerechnet [... CHF] 243'741.20 gutgeschrieben.»<sup>1116</sup>

Nachdem sowohl das BezGer Zürich wie auch das OGer ZH den Beschwerdeführer nach Art. 141<sup>bis</sup> StGB verurteilten, gelangte dieser ans Bundesgericht, welches ihn freisprach:

«Die Überweisungen erfolgten [...] mit seinem Willen. Auf diese Konstellation ist Art. 141<sup>bis</sup> StGB nicht zugeschnitten. Die Bestimmung deckt lediglich die Fälle ab, in denen der Täter bei der Überweisung nicht in irgendeiner Form involviert ist und von ihr erst nachträglich erfährt, die irrtümliche Gutschrift für ihn mithin überraschend erfolgt [...]. Dass das Gesetz denjenigen, der die Fehlüberweisung durch eine Täuschung veranlasst, sofern Arglist ausscheidet, straflos lässt, während es denjenigen, dem das Geld ohne sein Zutun irrtümlich überwiesen wird, zur Verantwortung zieht, wenn er es nachträglich unrechtmässig verbraucht, mag als unbefriedigend erscheinen. Doch können Ungereimtheiten der gesetzlichen Regelung nicht dazu führen, dass die Strafbestimmung gegen ihren klaren Wortlaut ausgelegt wird.»<sup>1117</sup>

## 6. Zwischenfazit

Die Zulässigkeit des Analogieschlusses im Strafrecht bedeutet, dass negative Kandidaten unter Normen subsumiert werden dürfen, womit der Rechtsanwender auch Entscheide entgegen dem Wortlaut einer Norm fällen darf. Aus

---

<sup>1115</sup> BGE 137 IV 99 = Pra 100 (2011) Nr. 121.

<sup>1116</sup> BGE 131 IV 11, 12 f.

<sup>1117</sup> BGE 131 IV 11, 16.

rechtsstaatlicher und methodologischer Sicht stossen diese Entscheide auf grössere Bedenken.<sup>1118</sup> Wenn im Strafrecht

«der Wortsinn des Gesetzestextes für die Interpretation keinerlei semantische Grenzen [zulasten des Rechtsunterworfenen] darstellt und daher der Richter den massgeblichen Rechtssinn unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien, den Willen des Gesetzgebers oder den ‚wahren Sinn‘ des Gesetzes zulasten des Rechtsunterworfenen irgendwo jenseits der Wortsinnengrenze der Rechtsnorm finden kann, dann ist kaum mehr ersichtlich, wie das Legalitätsprinzip den Rechtsunterworfenen Schutz vor (im Gesetz nicht vorgesehenen) staatlichen Eingriffen bieten soll.»<sup>1119</sup>

GRABHERR bezeichnet gar eine Auslegung, welche sich nur auf die ratio legis stütze und vom Wortlaut nicht mehr erfasst sei, als Umgehung des Gesetzes.<sup>1120</sup>

Durch die Zulässigkeit der Subsumtion von negativen Kandidaten unter eine Norm wird Rechtsprechung unberechenbarer. HAFTER stellt in seiner Rektoratsrede, zwar bezogen auf das Gewohnheitsrecht, aber durchaus auf dasselbe zielend, folgendes fest:

«Das könnte im Einzelfall menschlich überaus sympathisch sein, ganz besonders, wenn hinter einem solchen Urteilsspruch eine kraftvolle und einwandfreie Richterpersönlichkeit steht. Allein die Rechtssicherheit des Einzelnen und der Volksgemeinschaft geht dabei in die Brüche und richterlicher Willkür wird ein breites Tor [geöffnet].»<sup>1121</sup>

Vom Bundesgericht wird die Zulässigkeit eines Analogieschlusses damit begründet, dass dadurch keine «Wertung in das Gesetz hineingetragen» werde<sup>1122</sup> oder dass ein anderes Ergebnis zu «sachwidrigen und offenkundig stossenden Ergebnissen» führen würde<sup>1123</sup>. Nicht anders lautet aber die Begründung in Fällen, in welchen zugunsten des Legalitätsprinzips entschieden wird: Obwohl Sachverhalte dem Gericht als «allenfalls strafwürdig»<sup>1124</sup> erscheinen, kommt

<sup>1118</sup> Vgl. PROBST, Grenzen, S. 255.

<sup>1119</sup> PROBST, Grenzen, S. 258.

<sup>1120</sup> GRABHERR, S. 60 f.; vgl. auch WOLFFERS, S. 574; WOHLERS, ratio legis, S. 85 ff.

<sup>1121</sup> HAFTER, Rektoratsrede, S. 11; vgl. auch GRABHERR, S. 14.

<sup>1122</sup> BGE 95 IV 68, 74.

<sup>1123</sup> BGE 127 IV 198, 203; vgl. auch BGE 90 IV 94: «Die gegenteilige Auffassung wäre mit dem Bestreben des Gesetzes [...] nicht vereinbar.»

<sup>1124</sup> BGE 129 IV 68, 70.

es zum Schluss, dass das Analogieverbot einer Verurteilung entgegensteht, obwohl das Ergebnis «als unbefriedigend erscheinen» mag.<sup>1125</sup> Das Bundesgericht setzt damit die Strafwürdigkeit eines Sachverhaltes und damit die Einzelfallgerechtigkeit in den Fokus seiner Überlegungen. Es kommt dabei aber zu unterschiedlichen Ergebnissen, obwohl die Strafwürdigkeit in jedem dieser Fälle bejaht werden könnte.<sup>1126</sup> Da das Bundesgericht die Grenze der Zulässigkeit einer Gesetzesinterpretation selbst setzt, kann es nie gegen das Analogieverbot verstossen.

Zugleich kommt in diesen Entscheiden aber auch der Dualismus zwischen der objektiv- und subjektiv-historischen Methode zum Tragen. Das Bundesgericht beruft sich auf den historischen Gesetzgeber, die veränderten Verhältnisse, ein Redaktionsversehen oder einen unerwarteten Fall, um entgegen dem Wortlaut eine Norm zur Anwendung bringen zu können.<sup>1127</sup> Diese unterschiedlichen Argumentationen können zwar damit begründet werden, dass es sich um verschiedene Normen und Sachverhalte handelt, was eine differenzierte Betrachtung notwendig macht und schlussendlich einzelfallgerecht ist. Der Preis dieser Rechtsprechung besteht aber darin, dass der Bürger aus dem Gesetz nicht erkennen kann, ob ein bestimmtes Verhalten – entgegen dem klaren Wortlaut einer Norm – strafbar ist oder nicht. Diese Entscheidung wird davon abhängig gemacht, ob vom Rechtsanwender eine Norm analog angewendet wird oder nicht. Damit wird das Analogieverbot ausser Kraft gesetzt, womit das Gesetz seine Garantiefunktion im Sinne des Legalitätsprinzips verliert. In solchen Fällen entscheidet nicht mehr der Gesetzgeber über die Grenze der Strafbarkeit, sondern der Rechtsanwender.

All dies hat Mehrfaches zur Konsequenz. Durch die Zulässigkeit von Analogieschlüssen wird die Einzelfallgerechtigkeit vor die Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und den Schutz vor Willkür gestellt.<sup>1128</sup> Damit wird dem Rechtsanwender die Möglichkeit zugestanden, über die Grenze der Strafbarkeit hinaus zu entscheiden. Begründet das Gericht die Zulässigkeit eines Analogieschlusses mit dem Willen des Gesetzgebers, heisst das konsequenterweise nichts anderes, als dass der Wortlaut der Gesetzesmaterialien an die Stelle des Gesetzeswortlauts tritt.<sup>1129</sup> Für den Bürger bedeutet dies, dass er nicht nur den Ge-

---

<sup>1125</sup> BGE 131 IV 11, 16.

<sup>1126</sup> Vgl. auch GRABHERR, S. 37 ff.

<sup>1127</sup> Vgl. die Entscheide vorne auf den S. 182 ff.

<sup>1128</sup> Vgl. WOHLERS, ratio legis, S. 86; GRÜNWARD, S. 16 ff.; zu diesen Grundprinzipien vgl. vorne S. 29 ff.

<sup>1129</sup> Vgl. WOHLERS, ratio legis, S. 84.

setzestext kennen muss, sondern auch die Gesetzesmaterialien.<sup>1130</sup> Dies ist nicht nur aufgrund des Legalitätsprinzips problematisch, welches vom Bürger eben nicht verlangt, dass er die Materialien zu kennen hat. Es ist auch aufgrund der bereits aufgezeigten Problematik der historischen Methode<sup>1131</sup> rechtsstaatlich bedenklich. Nicht nur kann sich der Sinn einer Norm ändern, vielmehr wird auch auf Botschaften der Exekutive oder Wortmeldungen der Mitglieder der Legislative abgestellt, ohne dass es in der Regel möglich ist, den tatsächlichen gesetzgeberischen Willen eindeutig feststellen zu können.<sup>1132</sup> Der Richter nimmt hier selbst eine zusätzliche Wertung vor, welche ausserhalb des Gesetzes getroffen wird, indem er feststellt, was der Gesetzgeber fiktiv beabsichtigt haben könnte. Der Analogieschluss dient denn auch nur als Notbehelf für eine vom Rechtsanwender empfundenen Lückenhaftigkeit des Gesetzes.<sup>1133</sup>

Diese Problematik wird teilweise auch von Autoren so gesehen, welche dieselbe Meinung wie das Bundesgericht vertreten.<sup>1134</sup> STRATENWERTH und WOHLERS verlangen deshalb, dass «bei der Auslegung einer Strafbestimmung ihre sprachlichen, historischen und systematischen Aspekte präzise und umfassend» berücksichtigt werden.<sup>1135</sup> Weiter geht KESHELAVA, welcher die Rechtsprechung des Bundesgerichts und seine Berufung auf den «wahren Sinn» gar mit der «nationalsozialistischen Lehre vom ‚gesunden Volksempfinden‘ als Rechtsgrundlage im Strafrecht vergleicht.»<sup>1136</sup> Ein solcher Vergleich ist unangebracht und inadäquat. Dies nicht nur, weil Vergleiche mit dem NS-Regime dieses stets verharmlosen, sondern weil – und das ist hier das entscheidende – vorliegend nicht von einem böswilligen Richter ausgegangen wird, sondern von einem fairen Richter, welcher stets darum bemüht ist, gerechte Entscheide zu treffen.<sup>1137</sup>

Es stellt sich damit die Frage, ob die Wortlautgrenze sinnvollerweise verteidigt werden kann und damit eine möglicherweise einhergehende Einzelfallungerechtigkeit aufgrund der Unzulänglichkeiten der Sprache und der Möglichkeit von Fehlern in der Gesetzgebung akzeptiert werden kann.

---

<sup>1130</sup> Vgl. PROBST, Grenzen, S. 256 f.

<sup>1131</sup> Vgl. dazu vorne S. 155 ff.

<sup>1132</sup> Vgl. vorne S. 156.

<sup>1133</sup> KAUFMANN, S. 2.

<sup>1134</sup> Vgl. etwa STRATENWERTH, AT, § 5 N 30; vgl. weiter KESHELAVA, S. 13 f.

<sup>1135</sup> STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 1 N 9.

<sup>1136</sup> KESHELAVA, S. 134.

<sup>1137</sup> Vgl. WOHLERS, ratio legis, S. 85.

## 7. Wortlaut als Grenze der erlaubten Gesetzesanwendung

### a) Funktionen des Wortlauts

Der Wortlaut des Gesetzes erfüllt verschiedene Funktionen: Zunächst ist er Mittel für den Gesetzgeber, seinen Willen auszudrücken. Er stellt die Schnittstelle zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung dar:<sup>1138</sup> Die Auslegung einer Norm hat sich in den Schranken des Wortlauts zu halten; sobald sich der Rechtsanwender ausserhalb des Wortlauts des Gesetzes bewegt, bildet er – zumindest nach dem hier verstandenen Sinn<sup>1139</sup> – Recht fort. Damit steht der Wortlaut im Dienst der Gewaltenteilung<sup>1140</sup> und dient als Grenze zwischen Analogie und Auslegung<sup>1141</sup>.

Aus Sicht der Gesetzesanwendung ist der Wortlaut Ausgangspunkt jeder Auslegung.<sup>1142</sup> Er muss dies auch sein, da der Text das einzige Mittel der Kommunikation zwischen Gesetzgeber, Rechtsadressat und -anwender darstellt.<sup>1143</sup> Daher bildet auch die grammatikalische Methode, welche die Bedeutung des Wortlauts hervorhebt, den Ausgangspunkt der Auslegung.<sup>1144</sup> Der Wortlaut ist aber nicht nur Ausgangspunkt der Auslegung, sondern er wird auch zu ihrem Gegenstand: Er begründet eine «erste Vermutung für den Sinn der Norm.»<sup>1145</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf vom Wortlaut einer Norm zu Lasten der beschuldigten Person nur dann abgewichen werden, wenn hierfür «triftige Gründe» bestehen. Solche können dann vorliegen, wenn sich ein entgegenstehendes Auslegungsergebnis aus der «Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften» ergibt.<sup>1146</sup>

---

<sup>1138</sup> DEPENHEUER, S. 9, 21.

<sup>1139</sup> Vgl. zur Abgrenzung von Analogie und Auslegung vorne S. 173 f.

<sup>1140</sup> Vgl. DEPENHEUER, S. 9 f.; KLATT, Theorie, S. 19.

<sup>1141</sup> Vgl. dazu vorne S. 173 f.

<sup>1142</sup> HÖHN, Methodik, S. 207; AnwK-StGB/GAEDE, N 33; DEPENHEUER, S. 15; KLATT, Theorie, S. 19; sowie die Hinweise auf das BGer und die Lehre vorne S. 148.

<sup>1143</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 148.

<sup>1144</sup> AnwK-StGB/GAEDE, N 34; PROBST, Grenzen, S. 251; KRAMER, S. 78.

<sup>1145</sup> HÖHN, Methodik, S. 208; WANK, Begriffsbildung, S. 23; vgl. auch DEPENHEUER, S. 16 f., welcher davon ausgeht, dass der Wortlaut nur Gegenstand oder Grenze der Interpretation sein kann; a.A. MEIER-HAYOZ, S. 42 f.

<sup>1146</sup> BGE 138 III 359, 361; 137 V 13, 17; 131 II 13, 31; 135 II 78, 81.

## b) Befürworter der Wortlautgrenze im Strafrecht

Verfechter der Wortlautgrenze sehen den Wortlaut des Gesetzes als äussere Limite zulässiger Interpretation an, sofern sich die Gesetzesanwendung nicht zulasten des Betroffenen auswirkt.<sup>1147</sup> Damit soll der Wortlaut den Rechtsanwender binden,<sup>1148</sup> was sich aus Art. 1 StGB bereits aufgrund des Wortes «ausdrücklich» ergebe.<sup>1149</sup> Wörter sind allerdings noch inhaltsleer. Der Rechtsanwender als Leser muss dem Wort einen Begriff sowie Referenzobjekte zuordnen, womit dem verwendeten Wort dann ein kontextabhängiger Sinn beigemessen wird. Aufgrund des individuellen Verständnisses des Textes und der Offenheit der Sprache bildet der «mögliche Wortsinn» die äusserste Grenze der zulässigen richterlichen Gesetzesinterpretation.<sup>1150</sup> Der Wortsinn wird als «möglich» bezeichnet, weil dieser lediglich den Rahmen der zulässigen Auslegung bildet und mehrere Interpretationsmöglichkeiten offen lässt.<sup>1151</sup> Dieser Rahmen umfasst sämtliche Referenzobjekte, welche nach den Regeln der Sprache dem Begriffskern und dem Begriffshof zugeordnet werden können. Mit Hilfe der übrigen Auslegungsmethoden wird schliesslich der durch die grammatikalische Auslegung<sup>1152</sup> geschaffene Rahmen des möglichen Wortsinns konkretisiert und es wird abschliessend festgelegt, welche Referenzobjekte sinnvollerweise unter die Norm subsumiert werden sollen.<sup>1153</sup>

<sup>1147</sup> Damit ist beispielsweise eine teleologische Reduktion nur möglich, wenn sie sich zugunsten des Täters auswirkt. Deshalb ist sie beispielsweise bei Rechtfertigungsgründen ausgeschlossen, AnwK-StGB/GAEDE, N 27, 39 sowie LK-DANNECKER, § 1 N 238 und 261 f. und 140.

<sup>1148</sup> Vgl. DEPENHEUER, S. 33; NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 78; PROBST, Grenzen, passim; vgl. weiter SCHWARZENEGGER, BSK II-StGB, Art. 112 N 4.

<sup>1149</sup> Vgl. WOLFFERS, S. 586; vgl. bereits vorne S. 19.

<sup>1150</sup> AnwK-StGB/GAEDE, N 28, 31, 33; LK-DANNECKER, § 1 N 238, 250; DEPENHEUER, S. 33; WOHLERS, ratio legis, S. 87; WANK, Begriffsbildung, S. 24; ROXIN, § 5 N 28; KREY, Gesetzestreue, S. 842; ähnlich geht BAUMANN, Wortbedeutung, S. 395 von einer «natürlichen» bzw. «allgemeinverständlichen» Wortbedeutung aus; vgl. auch SCHMIDHÄUSER, AT, 3/52 f.; HASSEMER, Sprechen, S. 85; HEGENBARTH, S. 19, 146 ff.; KESHELAVA, S. 26 f.; KLATT, Wortlautgrenze, S. 345 f.; vgl. NK-StGB-HASSEMER/KARGL, § 1 N 82.

<sup>1151</sup> Vgl. KLATT, Wortlautgrenze, S. 344 f.; EMMENEGGER/TSCHECHSCHER/BK, Art. 1 N 119; WANK, Begriffsbildung, S. 25; DEPENHEUER, S. 33; vgl. HEGENBARTH, S. 34 f., 103.

<sup>1152</sup> Vgl. dazu ESER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 20; LK-DANNECKER § 1 N 353; anders wird dies von Gegnern der Wortlautgrenze vertreten, da dort der Wortlaut nicht diese zentrale Rolle spielt, vgl. etwa STRATENWERTH/KUHLEN, § 3 N 37.

<sup>1153</sup> Vgl. ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 39; KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 53 f.; ROXIN, § 5 N 31; EMMENEGGER/TSCHECHSCHER/BK, Art. 1 N 119.

Da der Wortlaut als «das zentrale Kriterium für das richtige Verstehen eines Textes»<sup>1154</sup> angesehen wird, soll sich nach den Vorstellungen der Verfechter der Wortlautgrenze der Wortsinn am Verständnishorizont des Bürgers und nicht an jener des Juristen als Fachmann orientieren. Der «rechtsstaatliche Sinngehalt» des Legalitätsprinzips mache eine Abgrenzung unumgänglich, welche «vor allem auf den Empfängerhorizont des Bürgers abstellt, der sich auf die gesetzlichen Regelungen [...] beziehen muss».<sup>1155</sup> Konsequenterweise wird dann jede Rechtsanwendung als verboten angesehen, «die über den für den Bürger vorhersehbaren Inhalt einer Strafnorm hinausgeht»<sup>1156</sup> was aber nicht bedeuten soll, dass fachspezifischen Ausdrücken nicht auch eine fachspezifische Bedeutung zukommen darf.<sup>1157</sup>

Nach Auffassung der Befürworter der Wortlautgrenze kann ein «vermeintlicher» Zweck die Anwendung einer Norm über ihren Wortlaut hinaus nicht rechtfertigen.<sup>1158</sup> Damit soll jede Auslegung verboten werden, «mit der die gesetzgeberische Entscheidung durch eine andere ‚entsprechende‘ Autorität ersetzt wird.»<sup>1159</sup> Werde diese Autorität im gesetzgeberischen Willen und nicht im Wortlaut des Gesetzes gesehen, führe dies dazu, dass der Wortlaut des Gesetzes nur zu einem Indiz für den gesetzgeberischen Willen neben anderen, gleich- oder vorrangigen Indizien werde.<sup>1160</sup> Würde sich der «Vorstellungshorizont»<sup>1161</sup> am Gesetzgeber orientieren, würde dies bedeuten, dass die Materialien an die Stelle des Wortlauts treten und, dass der Bürger nicht nur das Gesetz, sondern auch die Entstehungsgeschichte einer Norm kennen müsste, um die Grenze der Strafbarkeit allenfalls erkennen zu können.<sup>1162</sup> Der gesetzgeberische Wille könne aber den Gesetzestext auch gar nicht vollständig ersetzen, da nicht über diesen, sondern über den Gesetzestext abgestimmt wurde: Was die Worte des Gesetzgebers «nicht hergeben, ist nicht angeordnet, ‚gilt‘

---

<sup>1154</sup> NK-StGB-HASSEMER/KARGL., § 1 N 78.

<sup>1155</sup> LK-DANNECKER, § 1 N 252; ESER/HECKER, StGBKomm, § 1 N 20; ROXIN, § 5 N 30; PROBST, Grenzen, S. 263; KREY, Gesetzestreue, S. 843; ähnlich NK-StGB-HASSEMER/KARGL., § 1 N 780; ROXIN § 5 N 37; vgl. auch SCHÜNEMANN, S. 4.

<sup>1156</sup> AnwK-StGB/GAEDE, N 28.

<sup>1157</sup> PROBST, Grenzen, S. 264; KRAMER, S. 84; HEGENBARTH, S. 147 f.; KESHELAVA, S. 28; anders WANK, Begriffsbildung, S. 29.

<sup>1158</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 83 f.; AnwK-StGB/GAEDE, N 31; PROBST, Grenzen, S. 264.

<sup>1159</sup> LK-DANNECKER, § 1 N 250; GRÜNWALD, S. 14.

<sup>1160</sup> LOOSCHELDERS/ROTH, S. 67; vgl. auch GRÜNWALD, S. 14.

<sup>1161</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 17.

<sup>1162</sup> PROBST, Grenzen, S. 256 f.; vgl. auch WOHLERS, ratio legis, S. 86 in Bezug auf Präjudizien.

nicht.»<sup>1163</sup> Insofern würde einer Interpretation über den Wortlaut hinaus auch die demokratische Legitimation fehlen,<sup>1164</sup> was auch dann gelte, wenn der Sinn oder ein «vermeintlicher Zweck» über die Zulässigkeit der Gesetzesinterpretation entscheiden würde. An Stelle des Wortlauts träten hier Präjudizien, was «abgesehen von der höchst problematischen Rechtssetzung durch Gerichte» kaum «eine verlässlichere Basis der Rechtsanwendung» bieten würde als die Kodifikation selbst.<sup>1165</sup> Mit der Anerkennung der Wortlautgrenze soll sichergestellt werden, dass nur der Gesetzgeber darüber entscheiden kann, was strafbar ist und in welchem Rahmen dem Rechtsanwender ein Spielraum verbleibt:<sup>1166</sup> Nur der Wortlaut könne eine «klare Scheidung zwischen Strafbarkeit und Nichtstrafbarkeit» sicherstellen.<sup>1167</sup> Eine Grenzziehung über den Sinn des Gesetzes würde «das Tor zu einer praktisch unbegrenzten Auslegung» eröffnen, wodurch «das Legalitätsprinzip seines Sinnes entleert» würde und Rechtssicherheit verloren ginge.<sup>1168</sup>

### c) Kritik an der Wortlautgrenze

Kritiker der Wortlautgrenze gehen davon aus, dass der Wortlaut kein geeignetes Mittel zur Abgrenzung zwischen Auslegung und Analogie darstelle,<sup>1169</sup> da jede Gesetzesinterpretation notwendigerweise auf dem Instrument der Analogie aufbaue: «Da sich juristisch relevante Sachverhalte niemals völlig gleichen, gehört es zum eigentlichen Geschäft des Juristen, Übereinstimmung und Verschiedenheit aufzudecken, also Analogien festzustellen,»<sup>1170</sup> was im Übrigen auch von den Befürwortern einer Wortlautgrenze anerkannt wird.<sup>1171</sup>

Der Wortlaut könne aber auch deswegen keine Grenze bilden, weil Sprache selbst äusserst unbestimmt sei. Es wird angeführt, dass der Wortsinn selten

<sup>1163</sup> ROXIN, § 5 N 30; LOOSCHELDERS/ROTH, S. 66; ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 18 f.; LOOSCHELDERS/ROTH, S. 66 f.

<sup>1164</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 85; ROXIN, § 5 N 30; vgl. auch PROBST, Grenzen, S. 269; GRÜNWALD, S. 14; DEPENHEUER, S. 33.

<sup>1165</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 86 f.; anders WAIBLINGER, S. 231 f.

<sup>1166</sup> LK-DANNECKER, § 1 N 242.

<sup>1167</sup> BAUMANN, Wortbedeutung, S. 395.

<sup>1168</sup> PROBST, Grenzen, S. 264, 267.

<sup>1169</sup> ROXIN, § 5 N 36 und WANK, Begriffsbildung, S. 24 schreiben gar, dass die Kritiker der Wortlautgrenze eine solche Möglichkeit der Grenzziehung gar «leugnen.»; vgl. auch KLATT, Theorie, S. 21; vgl. zur Kritik WAIBLINGER, S. 235 ff.; HEGENBARTH, S. 159 ff.

<sup>1170</sup> STRATENWERTH/KUHLEN, § 3 N 33; vgl. auch KAUFMANN, S. 42, 68; HASSEMER, Sprechen, S. 89.

<sup>1171</sup> KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 51; WOHLERS, ratio legis, S. 81; LK-DANNECKER, § 1 N 247; ROXIN, § 5 N 36; vgl. auch HEGENBARTH, S. 17 f.; KREY, Gesetzestreue, S. 844.

eindeutig feststellbar sei<sup>1172</sup> und deshalb auch einen «aleatorischen Charakter»<sup>1173</sup> aufweise. Insbesondere gelte dies dort, wo der Gesetzgeber unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln verwende. Die Abgrenzung zwischen neutralen und negativen Kandidaten lasse oftmals Zweifelsfragen offen. Ein klarer Wortlaut bestehe nicht. Angesichts der Dynamik der Sprache, der Vielzahl von Sprechergruppen und Sprachschichten stelle die Annahme eines «allgemeine[n] Sprachgebrauch[s]» eine Fiktion dar, da «das tatsächliche Sprachverhalten [...] vielfältig differenziert» sei.<sup>1174</sup> Die Bedeutung einer Norm sei nicht im Text vorgefertigt, «sie werde vielmehr vom Rechtsanwender selbst im hermeneutischen Zirkel erst normiert.»<sup>1175</sup>

Die Wortlautgrenze sei «formal» und könne «noch keine prima-facie Legitimation» begründen.<sup>1176</sup> Insbesondere sei die Idee, dass der Bürger anhand des Strafgesetzes tatsächlich feststellen könne, was strafbar sei, «abwegig», da die Strafgesetzgebung viel zu komplex sei; der Bürger könne den «Sinn der einzelnen Bestimmungen [nicht] richtig erfassen.»<sup>1177</sup> Dabei wird auch ganz im Sinne von VON LISZT<sup>1178</sup> darauf abgestellt, dass die Wortlautgrenze eine «magna charta der Freiheit des Verbrechers» darstellen würde: Der Täter, welcher absichtlich eine strafwürdige, aber vom Wortlaut nicht erfasste Tat begehe, könne nicht bestraft werden, auch wenn dies vom Sinn des Gesetzes her gesehen strafbar wäre.<sup>1179</sup> Auch insofern könne der Wortlaut von den Juristen manipuliert und missbraucht werden.<sup>1180</sup>

Schliesslich sei der Wortlaut einer Norm nicht nur ungenau, sondern könne den Sinn des Gesetzes auch nur unvollkommen ausdrücken.<sup>1181</sup> Solle demnach die Garantiefunktion des Gesetzes «nicht gefährdet werden, so kommt es freilich entscheidend darauf an, seinen Grundgedanken in der Umschreibung des

<sup>1172</sup> STRATENWERTH/KUHLEN, § 3 N 34; vgl. PROBST, Grenzen, S. 260; KAUFMANN, S. 5.

<sup>1173</sup> WAIBLINGER, S. 240.

<sup>1174</sup> HEGENBARTH, S. 149; YI, S. 3, 46; vgl. dazu KLATT, Theorie, S. 76.

<sup>1175</sup> KLATT, Wortlautgrenze, S. 349.

<sup>1176</sup> WANK, Begriffsbildung, S. 28, 32.

<sup>1177</sup> WAIBLINGER, S. 227 f.

<sup>1178</sup> VON LISZT, S. 80.

<sup>1179</sup> WAIBLINGER, S. 228; GERMANN, Analogieverbot, S. 160; vgl. dazu auch GRÜN WALD, S. 11.

<sup>1180</sup> Vgl. JAKOBS, 4/35, Roxin, AT, § 5 N 37, SCHÜNEMANN, S. 19 ff.; WAIBLINGER, S. 244; SAX, S. 52.

<sup>1181</sup> GERMANN, Analogieverbot, S. 146; WAIBLINGER, S. 228, 235, 240 f.; STRATENWERTH/KUHLEN, § 3 N 34; STEINMANN, S. 16 f. MEIER-HAYOZ/BK1966, Art. 1 N 132: «Der Wortlaut ist stets nur der unvollkommene Ausdruck des wiederzugebenden gesetzgeberischen Gedankens.»; STRATENWERTH, AT, § 4 N 30; vgl. auch BUSSE, Semantik, S. 40.

von ihm gemeinten unrechts- und schuldtypisierenden Sachverhalts so präzise wie möglich zu erfassen.»<sup>1182</sup> Hier kann sich dann herausstellen, dass der Wortlaut diesen Grundgedanken «überschreitet» oder «hinter ihm zurückbleibt.»<sup>1183</sup> Eine Auslegung, deren Zulässigkeit sich am Wortlaut misst, könne dem Sinn gerecht werden, diesem aber ebenso zuwiderlaufen.<sup>1184</sup> Es könne sich aber auch «aus weiteren interpretativen Überlegungen [ergeben], dass der mit dem Wortsinn identifizierte Normsinn doch nicht überzeugen kann.»<sup>1185</sup> Die Grenze zur unzulässigen Analogie müsse vielmehr der Sinn und Zweck der Norm bzw. der gesetzgeberische Wille bilden,<sup>1186</sup> womit die «immanenten gesetzlichen Wertungen» und Zwecke über den Wortlaut gestellt werden.<sup>1187</sup> Dies sei unumgänglich, weil Ausdrücke nicht isoliert betrachtet werden könnten und keine «abstrakte Wörterbuchbedeutung» hätten, sondern jeweils auch vom Laien «teleologisch, entsprechend dem Normzweck» verstanden würden.<sup>1188</sup> Umso mehr müsse dies für die Schweiz gelten, da hier verschiedene Amtssprachen zu berücksichtigen seien und dabei nicht die Sprache des Täters entscheidend sein könne.<sup>1189</sup> Insofern sei «nicht einzusehen, warum die sprachliche Klarheit des Gesetzeswortlauts eine Garantie dafür sein sollte, dass der Gesetzeswortlaut auch dem Sinne des Gesetzes entspreche.»<sup>1190</sup>

## II. Würdigung

Im Rahmen des Strafrechts muss eine besonders enge Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz bestehen. Das ist nur schon deshalb erforderlich, weil hier die Grundrechte stärker als in den übrigen Rechtsgebieten tangiert werden. Die Rechtsfolgen sind schwerwiegender, was einen grösseren Anspruch an Legitimation voraussetzt.<sup>1191</sup> Diesem Anspruch kann nur der Gesetzgeber gerecht werden, weil er als Vertreter des Volkes den demokratischen Entscheid

<sup>1182</sup> STRATENWERTH/KUHLEN, § 3 N 34.

<sup>1183</sup> STRATENWERTH/KUHLEN, § 3 N 34.

<sup>1184</sup> WAIBLINGER, S. 242.

<sup>1185</sup> KRAMER, S. 83, welcher sich hier aber auf die Rechtsanwendung im Allgemeinen und nicht auf diejenige im Strafrecht bezieht.; vgl. auch WOHLERS, ratio legis, S. 88, welcher darauf hinweist, dass die Wortlautgrenze auch dann gelten müsste, wenn der Gesetzgeber von seiner Kompetenz «sachwidrigen Gebrauch» machen würde.

<sup>1186</sup> So etwa KAUFMANN, S. 3 ff., 31 ff.; SAX, S. 148 ff., vgl. STRATENWERTH/KUHLEN, § 3 N 32 ff.; GERMANN, Rechtsfindung, S. 146 f.

<sup>1187</sup> GERMANN, Rechtsfindung, S. 155.

<sup>1188</sup> WANK, Begriffsbildung, S. 28.

<sup>1189</sup> WAIBLINGER, S. 230 f., 241, 244 f.

<sup>1190</sup> WAIBLINGER, S. 243.

<sup>1191</sup> Vgl. GRÜNWARD, S. 14.

darüber zu fällen hat, was strafbar sein soll und was nicht. Sein Mittel hierfür ist das Gesetz und sein Werkzeug die Sprache. Er muss die Strafbarkeitsgrenzen in Strafnormen giessen,<sup>1192</sup> was bedingt, dass er sich verständlich und präzise ausdrückt.<sup>1193</sup> Absolute Präzision und Bestimmtheit ist zwar mit dem Medium der Sprache nicht möglich. Semantische Spielräume verbleiben im Gesetz immer dort, wo zwischen neutralen und negativen Kandidaten keine klare Grenze gezogen werden kann, was überall dort der Fall ist, wo keine numerischen Grössen über diese Grenze entscheiden.<sup>1194</sup>

Bei der Informationsübermittlung vom Gesetzgeber zu den Gesetzesadressaten resp. den Rechtsanwendern können auf verschiedenen Ebenen Kommunikationsstörungen auftreten. Die Information kann irreführend oder falsch codiert oder unzutreffend decodiert werden, weil sich der Gesetzgeber (versehentlich) falsch ausgedrückt hat, falsch verstanden wird oder weil sich die Verhältnisse im Laufe der Zeit geändert haben, wodurch unerwünschte oder planwidrige Strafbarkeitslücken entstehen können. Der Wortlaut des Gesetzes kann daher tatsächlich sowohl den Sinn des Gesetzes als auch den Willen des Gesetzgebers unvollkommen ausdrücken. Die sicherlich einfachste, da schnellste und im Einzelfall vielleicht auch gerecht erscheinende Lösung, um dies zu korrigieren, besteht dann darin, dass der Richter diese Lücke schliesst, sofern sich diese Entscheide mit dem Sinn des Gesetzes decken. Dies ist zumindest der Weg, den das Bundesgericht und ein Teil der Lehre begehen.

Den Befürwortern der Wortlautgrenze wird vorgeworfen, dass die Wortlautgrenze selbst keinen sicheren Anknüpfungspunkt biete, zumal auch die Gesetzesauslegung analog verfare und kein Unterschied zur verbotenen Analogie ausgemacht werden könne. Dieser Einwand geht aber aus zwei Gründen fehl: Zunächst ist die Figur des Analogieverbots ein juristischer Fachterminus, welcher im Übrigen im Gesetz nirgends auftaucht.<sup>1195</sup> Der Begriff «Analogie» kann daher auch eine andere (juristische) Bedeutung haben, als diejenige, welche beispielsweise in der Logik verwendet wird.<sup>1196</sup> Hier wird Analogie als Grenze der Subsumtion von neutralen und negativen Kandidaten verstanden.<sup>1197</sup> Diese Grenze markiert damit die Unterscheidung zwischen texttreuer Auslegung und einer vom Normzweck nicht mehr gedeckten Rechtsfortbil-

---

<sup>1192</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 85.

<sup>1193</sup> Vgl. dazu vorne S. 68 ff.

<sup>1194</sup> Solche numerischen Grössen kommen etwa im Bereich des Strassenverkehrsrechts und Betäubungsmittelrechts vor, vgl. dazu vorne S. 82 f. sowie 116.

<sup>1195</sup> ROXIN, AT, § 5 N 36: «... das sind rein terminologische Fragen, über die es sich nicht lohnt zu streiten.»

<sup>1196</sup> Vgl. etwa CHRISTMANN/GROEBEN, S. 143 f.

<sup>1197</sup> Vgl. bereits vorne S. 173 ff.

zung. Diese Differenzierung ist aber auch für das Legalitätsprinzip wichtig und aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, da sich der Richter bei der Auslegung unmittelbar auf das Primat des Textes stützen kann.<sup>1198</sup>

An der Wortlautgrenze wird weiter kritisiert, dass sie keine sichere Unterscheidung erlaube, weil Sprache ungenau sei und nicht klar bestimmt werden könne, welche Referenzobjekte dem möglichen Wortsinn zurechenbar sind,<sup>1199</sup> zumal gerade in der Schweiz die Gesetzgebung dreisprachig sei. Diese Kritik ist insofern berechtigt, als der Wortlaut keine starre und eindeutige Grenze bildet und Rechtsanwendung anerkanntermassen immer einen schöpferischen Akt darstellt.<sup>1200</sup> Die Wortlautgrenze ist «ebenso unscharf wie facettenreich»<sup>1201</sup> und besteht nicht aus einer klaren Linie, wie dies vielleicht das semantische Dreieck suggerieren mag; vielmehr ist von einem fließenden Übergang auszugehen, sodass ein Bereich verbleibt, in welchem nicht klar zwischen neutralen und negativen Kandidaten unterschieden werden kann. So kann darüber gestritten werden, ob bereits ein Fötus ein Mensch ist, wenn er lebend geboren wird oder ob der Download einer Datei als Herstellung gilt.<sup>1202</sup> An Eindeutigkeit fehlt es auch bei der Verwendung des Begriffs «Bande».<sup>1203</sup> Solche Grenzfälle bilden aber nicht die Regel. Meistens herrscht ein breiter Konsens darüber, welche Referenzobjekte von einem Wort erfasst sind und welche nicht.<sup>1204</sup> Die Wortlautgrenze ist daher nicht willkürlich, sie dient vielmehr dem Schutzgedanken des Legalitätsprinzips.<sup>1205</sup>

Wird die Wortlautgrenze abgelehnt, bleibt als (notwendige) Grenze zur Sicherung des Legalitätsprinzips nur die Sinngrenze. Wird die *ratio legis* als Grenze der zulässigen Gesetzesinterpretation angesehen, bedeutet dies, dass der Richter mehrere Wertungen selbständig treffen muss: Zunächst muss er darüber entscheiden, was die *ratio* einer Norm ist. Die *ratio legis* ist aber im Gegensatz zum Wortlaut nicht direkt aus dem Gesetz wahrnehmbar. Der Sinn des Gesetzes muss hergeleitet werden, was eine Wertung voraussetzt. Verbindlich bestimmen lässt sich die *ratio* einer Norm damit keineswegs.<sup>1206</sup> Nebst der Gefahr, dass die «Wertung des Richters an die Stelle der Wertung des Gesetz-

<sup>1198</sup> Vgl. KREY, Gesetzestreue, S. 844.

<sup>1199</sup> Vgl. dazu KLATT, Wortlautgrenze, S. 348 ff.

<sup>1200</sup> Vgl. AnwK-StGB/GAEDE, N 33; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 823b; WANK, Begriffsbildung, S. 25; vgl. KLATT, Theorie, S. 67; BUSSE, Semantik, S. 40.

<sup>1201</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 823b.

<sup>1202</sup> Vgl. BGE 131 IV 16 zum Download von illegaler Pornographie gem. aArt. 197 StGB.

<sup>1203</sup> Vgl. zu diesem Beispiel vgl. vorne S. 60 f.

<sup>1204</sup> Vgl. KREY, Gesetzestreue, S. 844; vgl. auch PROBST, Grenzen, S. 260 f.

<sup>1205</sup> ROXIN, AT, § 5 N 30.

<sup>1206</sup> WOHLERS, *ratio legis*, S. 83; vgl. WAIBLINGER, S. 236 ff.; GRABHERR, S. 47 ff.

gebers tritt»,<sup>1207</sup> ist nicht nur unklar, was genau das die ratio ausfüllende Rechtsgut darstellt.<sup>1208</sup> Vielmehr muss auch darüber entschieden werden, ob die im konkreten Fall möglicherweise vorhandene Verletzung des Rechtsguts im gleichen Masse wie im Gesetz als strafwürdig erscheint,<sup>1209</sup> womit auch wertimmanente, allgemeine Rechtsprinzipien in die Entscheidung einfließen müssen.<sup>1210</sup> Die Begründung des Richters hierüber mag im Einzelfall argumentativ nachvollziehbar sein. Sie hängt aber von einem individuellen Massstab und einem subjektiven (Vor)Verständnis ab, sodass kaum berechenbar und vorhersehbar ist, was tatsächlich alles (mit)bestraft wird. So soll eine Forderung eine Sache sein, Strom hingegen aber nicht.<sup>1211</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Richter die Aufgabe des Gesetzgebers übernimmt, denn letztlich entscheidet er, was der «wahre» Sinn hinter dem – gegebenenfalls als verunglückt einzustufenden – Wortlaut ist. Eine Entscheidung wird sich praktisch immer auf einen tatsächlichen oder vermeintlichen Sinn des Gesetzes stützen lassen. Verboten ist die Gesetzesanwendung erst dann, wenn sich die Analogie nicht mehr aus dem Gesetz herleiten lässt.

Die Beachtung des Wortlauts kann allerdings zur Folge haben, dass Urteile rechtsungleich ausfallen: Ähnlich strafwürdige Sachverhalte werden nicht derselben Rechtsfolge unterworfen. Das Analogieverbot kann deswegen als «magna charta des Verbrechers» angesehen werden: Nur das, was vom möglichen Wortsinn gedeckt ist, kann auch strafbar sein, alles andere nicht.<sup>1212</sup> Was als Kritik an der Wortlautgrenze gemeint ist, erweist sich tatsächlich als ihr eigentlicher Vorzug: Die Wortlautgrenze gewährt eine rechtssichere Rechtsanwendung zum Schutz des Bürgers.<sup>1213</sup> Zwar mag man sich im Graubereich darüber streiten, was als noch möglicher Wortsinn angesehen werden kann und in diesem Bereich wird die Entscheidung immer unsicher bleiben. Die Entscheidung muss sich immer, also auch nach weitestgehender grammatikalischer Auslegung, auf die Worte des Gesetzgebers stützen können. Damit wird die Gesetzesinterpretation auf den direkt wahrnehmbaren und fassbaren Gesetzestext und nicht auf den im Nebel der Gesetzesmaterialien sowie dem Dickicht systematischer und teleologischer wertend zu ermittelnden Sinn des Gesetzes gestützt. Die Wortlautgrenze bildet damit eine weitaus schärfere Trennung zwischen erlaubter Rechtsanwendung und verbotener Analogie als

---

<sup>1207</sup> GRÜNWARD, S. 14.

<sup>1208</sup> Vgl. bereits vorne S. 164.

<sup>1209</sup> GRÜNWARD, S. 15.

<sup>1210</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 84.

<sup>1211</sup> Vgl. TAG, S. 6 f.; vgl. vorne S. 182 f.

<sup>1212</sup> Vgl. LK-DANNERCKER, § 1 N 263.

<sup>1213</sup> Vgl. GERMANN, AT, N 10/3.

dies über den Gesetzessinn und/oder den gesetzgeberischen Willen möglich ist. Der Wortlaut wird damit zum «Hüter des Analogieverbotes» bzw. zum «Wächter vor richterlicher Rechtsfortbildung.»<sup>1214</sup> Soll das Analogieverbot eine sinnvolle und wirksame «Verlängerung des Bestimmtheitsgebotes»<sup>1215</sup> sein, braucht es auch eine solch klare Grenze. Alles andere käme einer Ignorierung des Legalitätsprinzips gleich,<sup>1216</sup> weil das bestimmte Gesetz nur dann Sinn ergibt, wenn es nicht analog angewendet werden darf.

Schliesslich muss aus Sicht des Rechtsstaates noch ein weiterer Gesichtspunkt beachtet werden. Bildet der Richter Recht fort, indem er es analog anwendet, übernimmt er die Aufgabe, die in einer Demokratie eigentlich dem dafür demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbehalten ist. Die Judikative ist «einer direkten demokratischen Kontrolle» entzogen,<sup>1217</sup> was ein starkes Argument für die Beachtung der Wortlautgrenze und die strikte Durchsetzung des Analogieverbotes darstellt. Schliesslich sollen Strafnormen nicht einige wenige Richter ergänzen oder gar schaffen (können), sondern nur die dafür zuständige Legislative. Sie ist dafür auch besser geeignet. Zunächst ist sie nicht mit einem konkreten Fall konfrontiert. Sie kann deswegen «nüchtern»<sup>1218</sup> und «in einer weniger emotionsgeladenen Atmosphäre» Entscheidungen treffen, wofür ihr auch die nötigen Ressourcen zur Verfügung stehen.<sup>1219</sup> Entscheidend ist allerdings, dass der Gesetzgeber eine Vielzahl ähnlicher Fälle eben auch gleichgelagert regeln kann,<sup>1220</sup> was Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit schafft und willkürliche Entscheide im Einzelfall verhindert.

Die Gegenüberstellung von Sinn- und Wortlautgrenze bedeutet damit im Ergebnis nichts anderes als die Abwägung zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit.<sup>1221</sup> Damit kann hier der Sache nach an die Radbruchsche Formel angeknüpft werden:

«Der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmässig ist, es sei denn, dass der

<sup>1214</sup> DEPENHEUER, S. 11.

<sup>1215</sup> Vgl. vorne bereits S. 177.

<sup>1216</sup> ROXIN, AT, § 5 N 38.

<sup>1217</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 85; GRÜNWARD, S. 13/14; SCHÜNEMANN, S. 9 ff.

<sup>1218</sup> GRÜNWARD, S. 14.

<sup>1219</sup> WOHLERS, ratio legis, S. 85; vgl. auch LK-DANNECKER, § 1 N 242.

<sup>1220</sup> Vgl. zu den Instrumenten des Gesetzgebers vorne S. 107 ff.

<sup>1221</sup> «Rechtsunsicherheit ist der Preis für Individualisierung», ARZT, Rechtsunsicherheit, S. 174.

Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.»<sup>1222</sup>

Es fragt sich, wann ‚unrichtiges Recht‘ nicht zur Anwendung kommen darf. Unterschieden werden kann zwischen drei Fallgruppen: veränderten Umständen, unvollständigen Regelungen und Redaktionsfehlern.

## 1. Verhältnisse haben sich seit der Inkraftsetzung einer Norm geändert

Trotz gleichlautenden Wortlauts eines Textes kann sich dessen Inhalt aufgrund der Porosität von Begriffen ändern. Durch veränderte Verhältnisse, seien diese gesellschaftlich oder wissenschaftlich, kann Begriffen ein anderer Sinn beigegeben werden.<sup>1223</sup> Wie die Begriffe ausgelegt und verstanden werden, muss anhand der historischen Methode entschieden werden, wobei nach der hier vertretenen, vermittelnden Lösung eher nach zeitgemäßem, als nach subjektiv-historischem Verständnis vorzugehen ist.<sup>1224</sup> Wie man sich aber auch dazu stellen mag, die Gesetzesinterpretation stellt einen Fall von Auslegung und nicht von Analogie dar, solange der Wortlaut – auch nach neuem, verändertem Verständnis – beachtet wird.

Davon zu unterscheiden ist die viel problematischere Konstellation, dass der Gesetzgeber an einen spezifischen Fall nicht gedacht hat und sich unterdessen die Verhältnisse derart verändert haben, dass dieser neue Fall zwar vom Sinn des Gesetzes durchaus gedeckt, aber vom Wortlaut nicht erfasst ist.<sup>1225</sup> So hatte beispielsweise der deutsche Gesetzgeber nicht daran gedacht, dass es Motorfahrzeuge geben wird und entsprechend war der Forstdiebstahl nur mit «bespannten Fuhrwerken» strafbar.<sup>1226</sup>

Das Gesetz ist von seinem Sinn her auf solche Fälle – mehr oder weniger – klar anwendbar. Dies ändert aber nichts daran, dass solche Fälle vom Wortlaut nicht erfasst sind und ihre Subsumierung durch den Richter einen unzulässigen Analogieschluss voraussetzt. Schliesslich ist es doch gerade die Aufgabe des Gesetzgebers, sich auf die sich stets verändernden Umstände einzustellen und,

---

<sup>1222</sup> RADBRUCH, S. 107.

<sup>1223</sup> Vgl. dazu vorne S. 52.

<sup>1224</sup> Vgl. vorne S. 156 ff.

<sup>1225</sup> Vgl. KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 170.

<sup>1226</sup> BGHSt 10, 375; vgl. dazu etwa WOHLERS, ratio legis, S. 90 f.; ROXIN, Strafrechtssystem, S. 378; vgl. auch SCHÜNEMANN, S. 22.

falls notwendig, Gesetzesänderungen vorzunehmen. Nimmt diese der Richter vor, legt er die Grenzen der Strafbarkeit wertend neu fest. Nicht jede technische Änderung oder jeder soziale Wandel mag auch aus der tatsächlichen Sicht des Gesetzgebers Anlass für eine Gesetzesergänzung bieten. Insofern würde in solchen Fällen die Rechtssicherheit beeinträchtigt und das Gesetz seine Garantiefunktion verlieren.<sup>1227</sup>

## 2. Der Gesetzgeber hat einen spezifischen Fall nicht geregelt oder befand sich in einem Irrtum

Eine Strafbarkeitslücke kann schlicht dadurch entstehen, dass der Gesetzgeber einen bereits bei der Schaffung des Gesetzes möglichen, spezifischen Fall übersehen hat. Ein Grund hierfür kann darin liegen, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung von generell-abstrakten Normen schlicht nicht an jeden Fall denken kann. Der Gesetzgeber kann sich aber auch irren. Er kann beispielsweise meinen, dass ein Fall bereits durch eine andere Strafnorm erfasst sei, was aber eine Fehlannahme darstellt. Ebenso kann sich der Gesetzgeber in einem Motivirrtum befinden, etwa über die Rechtsfolgen oder Konsequenzen einer Regelung. Zwischen dem erklärten oder fiktiven gesetzgeberischen Willen und dem Wortlaut des Gesetzes besteht dann eine Divergenz.<sup>1228</sup>

Von einem solchen Beispiel kann bei der ehemaligen Fassung des Art. 57 Abs. 1 lit. a PBG ausgegangen werden, welcher lediglich denjenigen bestrafte, der «ohne gültigen Fahrausweis ein Fahrzeug auf einer Strecke benützt, auf der sie oder er den Fahrausweis selbst hätte entwerfen müssen.» Scheinbar hat der Gesetzgeber nicht an Fahrten auf Strecken gedacht, auf welchen der Fahrausweis nicht selbst entwertet werden muss oder kann. Nachdem das Bundesgericht Schwarzfahrten als nicht strafbar taxierte, wenn «l'auteur voyage sur un tronçon pour lequel il aurait dû valider lui-même son titre de transport»,<sup>1229</sup> änderte der Gesetzgeber den Art. 57 PBG dahingehend, dass nun nach Abs. 2 lit. b sich strafbar macht, wer «ohne gültigen Fahrausweis oder andere Berechtigung ein Fahrzeug benützt.»

Da sich aber zum Zeitpunkt, in dem das Bundesgericht entscheiden musste, ein derartiger gesetzgeberischer Wille höchstens aus den Materialien oder dem

<sup>1227</sup> Vgl. etwa AnwK-StGB/GAEDE N 29; a.A. ROXIN, Strafrechtssystem, S. 378, welcher davon ausgeht, dass «bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale [...] der Richter die Wortlautgrenze nur dort überschreiten [... darf], wo technische Entwicklungen funktionsidentische zeitgenössische Äquivalente geschaffen haben.»

<sup>1228</sup> Vgl. KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 170 f.; MEIER-HAYOZ, S. 155.

<sup>1229</sup> BGE 137 IV 99, 101 = Pra 100 (2011) Nr. 121.

Sinn des Gesetzes hätte ergeben können, hätte eine solche Gesetzesinterpretation durch den Rechtsanwender den Wortlaut überschritten, weshalb auch hier ein Analogieschluss und damit eine Wertung des Richters notwendig gewesen wäre. Ein solcher Sinn könnte hier auch nicht in noch nachvollziehbaren technischen oder gesellschaftlichen Veränderungen erblickt werden, weshalb hier umso mehr der Wortlaut den Richter binden muss. Wenn der Gesetzgeber Fälle nicht berücksichtigt hat, obwohl er dazu im Stande gewesen wäre, darf der Richter nicht wertend das Gesetz nach seinen eigenen Vorstellungen korrigieren.

### 3. Redaktionsfehler

Ein Redaktionsfehler oder ein Redaktionsversehen liegt dann vor, wenn die Gesetzesredaktoren «versehentlich einen anderen Ausdruck gewählt oder im Text belassen haben, als sie beabsichtigten.»<sup>1230</sup> Teilweise wird gar jede Diskrepanz zwischen dem gesetzgeberischen Willen und dem Gesetzestext als Redaktionsfehler angesehen.<sup>1231</sup> Dies kann aber nicht überzeugen, da dann auch solche Abweichungen vom Willen des Gesetzgebers erfasst sein müssten, welche überhaupt keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden haben.<sup>1232</sup> Für solche Fälle wäre der Begriff «gesetzgeberisches Versehen» sinnvoller.<sup>1233</sup> Von einem Redaktionsfehler sollte man nur dann sprechen, wenn der Gesetzgeber einen spezifischen Fall regeln und unter Strafe stellen wollte, er dies aber aus Versehen nicht so formuliert hat, weil er sich redaktionell, d.h. sprachlich falsch ausgedrückt hat.<sup>1234</sup>

Ein Beispiel hierfür ist Art. 189 StGB. Diese Norm regelt vom Text her nur die Nötigung zur Duldung und nicht auch zur Vornahme einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung.<sup>1235</sup> Der Gesetzgeber beabsichtigte aber nicht die Nötigung zur Vornahme straflos zu lassen, obwohl in der früheren Gesetzesfassung die «Duldung oder [...] Vornahme einer andern unzüchtigen Handlung» strafbar war.<sup>1236</sup>

---

<sup>1230</sup> LARENZ/CANARIS, S. 219.

<sup>1231</sup> Vgl. KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 169.

<sup>1232</sup> JESCHECK/WEIGEND, S. 154 ff., 160.

<sup>1233</sup> Vgl. als Beispiel BGE 126 IV 5, 11.

<sup>1234</sup> ENGISCH, S. 291 f., 298; KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 169.

<sup>1235</sup> Vgl. hier BGE 127 IV 198, 200.

<sup>1236</sup> Vgl. BGE 127 IV 198, 201.

## In den parlamentarischen Beratungen

«war unter anderem darüber diskutiert worden, ob die beiden Tatbestände der Vergewaltigung und der Nötigung zu andern geschlechtlichen Handlungen in einem einzigen Tatbestand geregelt werden könnten, woraus sich beispielsweise die Formulierung ergeben hätte, dass sich strafbar mache, wer zur Duldung des Beischlafs oder einer anderen geschlechtlichen Handlung nötige. Die Zusammenfassung der beiden Tatbestände in einen einzigen Tatbestand wurde in den Kommissionen aber mehrheitlich abgelehnt. Die beiden Tatbestände wurden getrennt geregelt, doch blieb – in den Vorschlägen der nationalrätlichen Kommission, welchen der Nationalrat und in der Folge auch der Ständerat insoweit zustimmten – die Wendung ‚zur Duldung‘ nicht nur beim Tatbestand der Vergewaltigung, sondern auch beim Tatbestand der sexuellen Nötigung bestehen. Niemand bemerkte, dass bei diesem Wortlaut der Anwendungsbereich des Tatbestands der sexuellen Nötigung in sachwidriger Weise eingeschränkt wird.»<sup>1237</sup>

Der Wortlaut des Gesetzes kann aber auch als Nötigung zum Dulden eines Zustandes, zum Erdulden einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung als «möglicher Wortsinn» verstanden werden. Der gesetzgeberische Wille hat zudem auch Niederschlag in der Wortwahl der Marginalie gefunden. Diese lautet «sexuelle Nötigung». Dass hier die Nötigung zur Vornahme einer eben solchen straflos sein soll, kann demnach nicht dem gesetzgeberischen Willen entsprechen. Er hat sich sprachlich nur nicht korrekt bzw. unpräzise ausgedrückt. Der Schutzgedanke des Legalitätsprinzips greift hier nicht.

Der Richter sollte dann nicht an den Wortlaut gebunden sein, wenn ein offensichtlicher und offenkundiger Redaktionsfehler vorliegt. Der Unterschied zu den anderen Fallkonstellationen liegt darin, dass hier der Richter keine Wertung selbständig ins Gesetz hineinbringen muss. Vielmehr ist diese bereits vorhanden und dem Bürger kann – wie bei Art. 189 StGB – durchaus die Fähigkeit zugestanden werden, einen solchen formellen Fehler zu erkennen. Schliesslich deutet bereits der mögliche Wortsinn der Marginalie von Art. 189 StGB darauf hin, dass davon auch eine Nötigung zur Vornahme einer sexuellen Handlung erfasst ist.<sup>1238</sup>

---

<sup>1237</sup> BGE 127 IV 198, 202.

<sup>1238</sup> Vgl. zu dieser Entscheidung bereits vorne S. 24 f., 183.

#### 4. Conclusio

Der Schutzgedanke des Legalitätsprinzips besteht darin, dass der Bürger anhand des Gesetzes die Grenzen der Strafbarkeit erkennen und die Folgen eines bestimmten Verhaltens abschätzen kann. Soll diese Zielsetzung ernst genommen werden, kann hierfür nur der Wortlaut eine sichere Grundlage bieten. Einzig dort, wo ein Redaktionsfehler vorliegt, sollte der Richter korrigierend eingreifen dürfen, denn ein Beharren auf dem offensichtlich falschen Wortlaut käme einem überspitzten Formalismus gleich.<sup>1239</sup> Eine solche Strenge wäre sachlich nicht gerechtfertigt. Schliesslich soll aufgrund formeller Fehler nicht das vom Gesetzgeber als strafbar verordnete Verhalten unbestraft bleiben.<sup>1240</sup>

---

<sup>1239</sup> Vgl. zum überspitzten Formalismus HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1661 ff.

<sup>1240</sup> A.A. KREY, Gesetzesvorbehalt, S. 171 f.; AnwK-StGB/GAEDE, N 31. Dasselbe muss auch dort gelten, wo sich Normen aufgrund der Dreisprachigkeit widersprechen.



## Zusammenfassung

Zentraler Schutzgedanke des Legalitätsprinzips im materiellen Strafrecht ist die Antizipation der strafrechtlichen Konsequenzen eines bestimmten Verhaltens. Das Legalitätsprinzip erfüllt damit nicht nur eine rechtsstaatliche, sondern auch eine demokratische Funktion. Sie gewährleistet Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und sorgt zudem für den Willkürschutz. Das Legalitätsprinzip soll den Bürger schützen und zugleich staatliche Sanktionen legitimieren, indem die Strafbarkeitsgrenzen vom hierfür zuständigen und gewählten Gesetzgeber im Voraus öffentlich und für die potentiell Betroffenen präzise und verständlich festgelegt werden.

Das Legalitätsprinzip kann nur im Zusammenspiel zwischen der Rechtsprechung und der Gesetzgebung sinnvoll umgesetzt werden. Sind Gesetze zu unbestimmt formuliert, kann die strikte Beachtung des Wortlauts bzw. die restriktive Auslegung der Norm, die Voraussehbarkeit des Gesetzes nicht nachträglich gewissermassen als Kompensation erhöhen. Dasselbe gilt auch im umgekehrten Fall: Eine noch so bestimmte, aber analog angewandte Strafnorm steht dem Prävisionsinteresse ebenso entgegen. Das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot bilden daher eine untrennbare Einheit.

Für die Umsetzung des Legalitätsprinzips ist die verbale Kommunikation zwischen Gesetzgeber, Rechtsanwender und Rechtsunterworfenem zentral. Weil aber die Sprache äusserst effizient ist, ist sie auch offen, mehrdeutig, vage und porös. Diese Eigenschaften werden durch das Recht übernommen, sodass es gar nicht möglich ist, sowohl absolut präzise wie auch für jedermann verständliche Gesetze zu erlassen. Diese Eigenschaft der Sprache soll den Gesetzgeber und den Rechtsanwender aber nicht davon abhalten, das Maximum der Leistungsfähigkeit der Sprache abzurufen. Gerade im Umgang mit sog. «redaktionellen Änderungen» hat sich aber gezeigt, dass dort entgegen den Regeln natürlicher Sprache vorgegangen wird. Obwohl der Gesetzgeber den gesetzlichen Wortlaut ändert, wird erklärt, dass sich damit der Inhalt des Gesetzes nicht geändert habe. Damit werden verschiedene Wörter als echte Synonyme behandelt, obwohl sie es tatsächlich nicht sind. Derselbe unscharfe Umgang mit der Sprache zeigt sich bei der Verwendung juristischer Terminologie. So ist unklar, was die «ratio legis» bedeutet oder was das Auslegungsziel an sich darstellt: Besteht dieses in der floskelartigen Formulierung des «Sinn und Zwecks» oder doch ‚nur‘ im «Sinn»? Gerade im Bereich des Legalitätsprinzips, welches die Bedeutung der Präzision von Sprache so hoch hält, ist der Umgang mit ihr teilweise äusserst unpräzise, was die Erreichung der Zielsetzung selbstredend massiv erschweren muss.

Der Bestimmtheitsgrad von Strafnormen hängt von vielen Faktoren ab. Er besteht aus einem Kompromiss zwischen dem Bestimmtheitsgebot und den übrigen Anforderungen an Strafnormen. Das zentrale Bedürfnis der Rechtsanwendung besteht darin, dass das Gesetz derart flexibel formuliert ist, dass es adäquat und einzelfallgerecht angewendet werden kann. Bestmöglich soll das Gesetz generationsübergreifend mit demselben Wortlaut in Kraft sein. Aufgrund der verbalen Kommunikation und der Vielfalt des Lebens ist es dem Gesetzgeber aber kaum möglich, sämtliche möglichen individuell-konkreten Fälle im generell-abstrakten Gesetz zu erfassen. Der Wandel der Zeit, wie er sich aus Veränderungen der gesellschaftlichen Verhältnisse und aus technischen Neuerungen ergibt, ist zum Voraus nicht berechenbar. Die «Schmiegsamkeit», d.h. die Anpassungsfähigkeit des Rechts<sup>1241</sup> ist ein beträchtlicher Vorteil, schliesslich muss es so nicht stets angepasst werden und Strafbarkeitslücken können vermieden werden. Dies bedingt allerdings offene Formulierungen, was in aller Regel wiederum eine eher unbestimmte Strafnorm verlangt. Aus dieser Perspektive erweist sich die Unbestimmtheit des Gesetzes als Vorteil.

Ist der Gesetzestext dennoch zu eng, lässt die Rechtsprechung des Bundesgerichts die sinngemässe Auslegung zu. Danach bildet der Sinn des Gesetzes und nicht dessen Wortlaut, welcher tatsächlich sowohl den Sinn einer Regelung bzw. des Gesetzes als auch den gesetzgeberischen Willen nur unvollkommen ausdrücken kann, die Grenze der zulässigen Gesetzesinterpretation. Die Gegenüberstellung dieser Sinngrenze zur Wortlautgrenze hat jedoch gezeigt, dass die Beachtung der Wortlautgrenze eine für den Bürger viel voraussehbare und starrere Grenze darstellt.<sup>1242</sup> Der Rechtsanwender muss bei der sinngemässen Auslegung mehrere Wertungen selbständig vornehmen, welche – wie auch bei der Auslegung von vagen Begriffen – von äusserst subjektiven Komponenten abhängig sind, die eigentlich besser bei der Legislative aufgehoben wären.

Das Verständnis des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes hängt damit von einer Abwägung zwischen der Rechtssicherheit und der Einzelfallgerechtigkeit ab. Für den jeweils konkreten Fall bedeutet dies eine Abwägung zwischen der Akzeptanz einer (unerwünschten) Strafbarkeitslücke, was zu einem Freispruch führt, und der Verurteilung, welche zwar vom moralischen Standpunkt aus vertretbar sein mag, nicht aber vom rechtlichen, weil dadurch das Legalitätsprinzip aufgeweicht wird. Zumindest vom Bundesgericht kann es nicht verletzt werden, weil Art. 1 StGB selbst äusserst auslegungsbedürftig

---

<sup>1241</sup> ZIPPELIUS, Methodenlehre, S. 39.

<sup>1242</sup> Vgl. vorne S. 188 ff.

ist und die konkrete Bedeutung und Grenze des Legalitätsprinzips das Bundesgericht und nicht der Bundesgesetzgeber festlegt. Der Richter wird dadurch zu seinem eigenen Wächter. Konsequenterweise kann damit dem Bundesgericht auch nie vorgeworfen werden, dass es das Legalitätsprinzip missachte, weil es sich selbst die Voraussetzungen dafür setzt. «Ob ein Verbot befolgt wird oder nicht, sollte füglich nicht derjenige entscheiden, an den sich das Verbot richtet.»<sup>1243</sup>

Das Prinzip der Rechtssicherheit kann u.U. in einem reziproken Verhältnis mit demjenigen der Einzelfallgerechtigkeit stehen.<sup>1244</sup> «Während die Gerechtigkeit fortwährend wiegt und wägt und stets von neuem die Verteilung der Gewichte prüft, hält die Rechtssicherheit den Wägevorgang an und fixiert das Ergebnis.»<sup>1245</sup> Damit müssen aber Gerechtigkeit und Rechtssicherheit nicht zwingend Gegensätze sein, sie sind vielmehr «reichlich unähnliche Schwestern.»<sup>1246</sup> RADBRUCH hat dazu festgehalten:

«Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Gesetz schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: Sie ist einerseits vom Gemeinwohl gefordert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit [...]. Wo ein Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen einem inhaltlich anfechtbaren, aber positiven Gesetz und zwischen einem gerechten, aber nicht in Gesetzesform gegossenen Recht entsteht, liegt in Wahrheit ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit vor.»<sup>1247</sup>

Eine Abwägung zwischen zwei Postulaten, welche beide die Gerechtigkeit für sich beanspruchen, ist kaum möglich.<sup>1248</sup> Der Einzelfall soll anhand eines möglichst objektivierten Massstabes gemessen werden. Gerechtigkeit besitzt wohl nur im Kern einen «bestimmbaren Gehalt» und stellt oft eine «persönli-

<sup>1243</sup> HASSEMER, Sprechen, S. 86.

<sup>1244</sup> AnwK-StGB/GAEDE, N 34; vgl. auch MÜLLER/MATTLE, S. 283.

<sup>1245</sup> VON ARNAULD, S. 640.

<sup>1246</sup> VON ARNAULD, S. 640.

<sup>1247</sup> RADBRUCH, S. 107; auch die Bindung ans positive Recht stellt eine «elementare und unverzichtbare Komponente der Gerechtigkeit» dar, WOHLERS, ratio legis, S. 85; vgl. auch VON ARNAULD, S. 645: «auch Verlässlichkeit und Berechenbarkeit des Rechts sind Bedingungen für [... das] Ob und Wie ‚gerechten‘ Handelns.»; vgl. auch MAHLMANN, S. 162.

<sup>1248</sup> Vgl. LEMMEL, S. 111.

che Meinung» dar.<sup>1249</sup> Ein solcher Massstab kann das Recht nur dann sicher, berechenbar und fair machen, wenn er im Voraus festgelegt wurde. Die Grenze zwischen dem strafrechtlichen Verbot, dem moralischen und gesellschaftlichen Gebot und anderen straflosen Handlungen kann nur der genügend bestimmte Gesetzeswortlaut darstellen, sollen das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot dem Bürger Orientierungssicherheit bieten und ihm als Schutz dienen.<sup>1250</sup> Sowohl veränderte Verhältnisse als auch gesetzgeberisches Versehen können keine Gründe für die Entledigung des Gesetzes von seiner Aufgabe als Hüterin von Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und dem Willkürschutz sein. Will der Gesetzgeber dem Rechtsanwender einen Spielraum für die Einzelfallgerechtigkeit eröffnen, kann er im Gesetz unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln verwenden. Ein unbestimmtes Gesetz bietet schliesslich dem Bürger immer noch mehr Sicherheit als ein analog angewandtes, weil er dann immerhin weiss, dass er nichts sicher weiss. Soll aber der Schutzgedanke des Legalitätsprinzips ernst genommen werden, kann diese Entscheidung nur der Gesetzgeber und nur im Voraus treffen. Entstehen dennoch unbeabsichtigte oder unerwünschte Strafbarkeitslücken, kann der Gesetzgeber diese relativ rasch korrigieren.<sup>1251</sup> Insofern sollte im Zweifel keine Sanktion verhängt werden und die Legalität eines möglicherweise strafwürdigen Verhaltens akzeptiert werden, bis der dafür legitimierte und zuständige Gesetzgeber darauf reagiert hat. Nur so kann der Schutzgedanke des Legalitätsprinzips auch effizient umgesetzt werden.

Die menschliche Sprache weist viele Spielräume in der Verschlüsselung und der Entschlüsselung einer Information auf. Es bestehen viele Möglichkeiten um den Sinn einer Norm zu formulieren bzw. um diese zu verstehen, wie eingehend erläutert wurde. Erforderlich sind daher Methoden des Denkens, welche die Subjektivität der Gesetzesanwendung zügeln, um die Rechtssicherheit, die Rechtsgleichheit und den Willkürschutz bestmöglich zu gewährleisten.

---

<sup>1249</sup> MAHLMANN, S. 163.

<sup>1250</sup> HASSEMER, Sprechen, S. 86.

<sup>1251</sup> Vgl. etwa zum neuen Art. 57 PBG S. 200.

# Stichwortverzeichnis

## A

Abstraktheit

*siehe* Normen

Adressatengerechte Formulierung  
73, 92, 137

Analogie

- Abgrenzung zur Auslegung  
173 ff.
- Verbot 18 f., 172 ff.
- Wortlaut als Grenze 188 ff.
- Zulässigkeit d. 19 f., 58 f.,  
177 ff., 179 ff.

Auslegung 147 ff.

- Grammatikalische Methode  
148 f.
- Grenzen d. 170
- Historische Methode 155 ff.
- Methodenpluralismus 166 ff.
- Systematische Methode  
151 ff.
- Teleologische Methode 160
- Verfassungskonforme  
Methode 154 f.

## B

Blankettstrafnormen 16, 132 ff.

Begriffshof

*siehe* Drei-Kandidaten-Schema

Begriffskern

*siehe* Drei-Kandidaten-Schema

Beständigkeit

*siehe* Normen

Bestimmtheit

- Anforderungen an die 17,  
98 f.
- Einflussgrößen 68 ff.
- Faktoren d. 105 f.

Bestimmtheit (*Fortsetzung*)

- Kriterien genügender 86,  
106 f.  
des Bundesgerichts 87 ff.  
nach Schönemann 99 ff.  
nach Lenckner und Seel  
101 ff.  
nach Kohlmann 103 ff.
- optimale 85 f.
- v. Strafnormen 66 ff.

## D

Deskriptive Begriffe 119 f.

Disziplinarstrafrecht 9 f.

Drei-Kandidaten-Schema 57 ff., 80,  
170, 175 ff.

Dreisprachigkeit der Gesetzgebung  
16, 149 f.

## E

Ersatzfreiheitsstrafe

*siehe* Höhe der Strafe

Exemplifizierende Methode 129 ff.

Extension 54 ff.

## G

Generalklauseln 9, 119 ff.

- Konsequenzen ihrer  
Verwendung
- Zulässigkeit v. 122 ff.

Gesetzesdelegation

*siehe* Verordnung,

Konkretisierung durch

## Gesetzgebung

- Aufgaben an die 30
- Begriff 42

Gesetzliche Grundlage 12, 15 ff.

Gewaltenteilung 1, 15, 30, 41 f.

Gewohnheitsrecht 21

Grammatikalische Methode

*siehe* Auslegung,

Grammatikalische Methode

Grundrechte

- Eingriff in die 41
- Schwere des Eingriffs 89

**H**

Hamburger Verständlichkeitsmodell

*siehe* Verständlichkeitsmodell

Haufen-Paradoxon 51

Historische Methode

*siehe* Auslegung,

Historische Methode

Höhe der Strafe 12 f.

**I**Inneres und äusseres System des  
Rechts 152

Intension 54 ff.

Irrtum des Gesetzgebers 200 f.

**K**

Kandidaten

*siehe* Drei-Kandidaten-Schema

Kasuistische Methode 111 ff

Kognition

*siehe* Sprache

Kommunikation

*siehe* Sprache

Kontext 50 f.

**L**

Legaldefinitionen 52, 108 ff.

- Begriff 108 f.
- Funktion und Grenzen 109

Legalitätsprinzip

- Bindung des Gesetzgebers  
41 ff.
- Gesetzliche Grundlage d. 9 ff.
- Schutzgedanken d. 3 ff., 23,  
202, 205
- Steuerungsfunktion d. 37
- Zielsetzung d. 29 ff.

**M**

Massnahmen 13 f.

Mehrdeutigkeit von Zeichen 49 ff.

Methodenpluralismus

*siehe* Auslegung,

Methodenpluralismus

**N**

Normative Begriffe

*siehe* Deskriptive Begriffe

Normen

- Abstraktheit v. 15
- Beständigkeit v. 2, 34, 83
- Flexibilität v. 2, 24
- Präzision v. 17, 31, 59 f.,  
68 f.
- Grenzen d. 83
- Verständlichkeit v. 69 ff.
- Unbestimmtheit v. 82

**O**

Ordnungs- und

Stabilisierungsfunktion 84

**P**

Porosität von Begriffen 52, 83 f., 96

Präzision

*siehe* Normen, Präzision v.

Praxisänderung 34 f.

**R**

Redaktionelle Änderungen 56 f.

Redaktionelle Fehler 201 f.  
 Rechtsgleichheit 35 f.  
 Rechtssprache  
*siehe* Sprache  
 Rückwirkungsverbot 22

## S

Semantik 46 f.  
 Semantisches Dreieck 48  
 Sinn und Zweck 149, 160 ff., 164  
 Sprache
 

- Allgemeinverständlichkeit 59, 64 f., 76 ff.
- als Grundlage des Rechts 2, 44, 61 f.
- Kommunikation mittels 45, 205
- Offenheit von 46 ff., 64 f.
- Rechtssprache und Alltagssprache 59 ff.
- Terminologie der Rechtssprache 63
- und Kognition 52 f.

 Systematik 139 ff., 151 ff.  
 Systematische Methode  
*siehe* Auslegung,  
 Systematische Methode

## T

Teleologische Methode  
*siehe* Auslegung,  
 Teleologische Methode

Teleologische Reduktion 163

## U

Unbestimmte Rechtsbegriffe 16, 119 ff.
 

- Zulässigkeit v. 122
- Konsequenzen d. Verwendung 126 ff.

## V

Vagheit von Begriffen 51, 60 f.  
 Verfassungskonforme Auslegung  
*siehe* Auslegung,  
 Verfassungskonforme Methode  
 Verjährung 10 f.  
 Verordnung 12
 

- Konkretisierung durch 114 f., 134

 Verständlichkeit  
*siehe* Normen, Verständlichkeit v.  
 Verständlichkeitsmodelle 69 ff.  
 Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte 93 ff.  
 Vorhersehbarkeit 17, 96 f. 33 f., 142 f.

## W

Willkür 32 ff.  
 Wortlaut 148 f., 174 ff., 188 ff.