



---

ALBERT-LUDWIGS-  
UNIVERSITÄT FREIBURG

---

Institut für Öffentliches Recht

Wortlautgrenze der  
verfassungskonformen Auslegung?

– ein Plädoyer für die Zulässigkeit verfassungskonformer  
Reduktion anlässlich der Entscheidung *BVerfGE* 110, 226  
zur Strafbarkeit von Geldwäsche bei Strafverteidigern –

von

Oliver Sauer

© Oliver Sauer, 2006

Dieses Paper kann heruntergeladen werden unter  
<http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers.php>

Papers und Preprints aus dem IÖR

August 2006

Oliver Sauer

## Wortlautgrenze der verfassungskonformen Auslegung?\*

*Die jüngst ergangene Entscheidung des BVerfG zur eingeschränkten Anwendbarkeit des § 261 StGB auf Strafverteidiger ist inhaltlich wie methodisch zu begrüßen. Allerdings sollte das BVerfG den alten Zopf der Wortlautgrenze der verfassungskonformen Auslegung nicht nur implizit, sondern offen abschneiden.*

### I. Einleitung

Mit seinem Urteil vom 30.3.2004 hat das BVerfG auf die Verfassungsbeschwerden zweier wegen Geldwäsche verurteilter Rechtsanwälte hin einen Schlussstrich unter die rechtswissenschaftliche Debatte um die privilegierte Anwendung des § 261 StGB auf Strafverteidiger bezüglich der Annahme von Honorarzahungen<sup>1</sup> gezogen<sup>2</sup>. Diese sind danach nur dann zu bestrafen<sup>3</sup>, wenn sie im Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen bemakelter Herkunft hatten<sup>4</sup>. Der Weg, auf dem das BVerfG dieses Ergebnis erzielt, ist nach eigenem Bekunden<sup>5</sup> der der verfassungskonformen Auslegung. Ob und inwieweit dies zutrifft, wird zu untersuchen sein (IV.); daran anschließen wird sich die Frage, ob der Entscheidung verallgemeinerbare Maximen entnommen werden können (V.). Vorab aber – zu diesem „kritischen Hauptteil“ hinführend – ein Überblick über die *h.M.* zu den Grenzen der verfassungskonformen Auslegung (II.) sowie eine Klärung der verwendeten resp. zu verwendenden Begrifflichkeiten (III.).

### II. Allgemein: Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung

Die verfassungskonforme Auslegung als solche darf als allgemein anerkannt gelten<sup>6</sup>. Sie wurzelt im Grundsatz des *favor legis*<sup>7</sup>, der jeder pyramidal gestuften Rechtsordnung eignet<sup>8</sup>. Nach (wohl)

---

\* Der Autor ist Assistent am Institut für Öffentliches Recht, Abteilung III der Universität Freiburg (Lehrstuhl Prof. Dr. *Dietrich Murswiek*).

<sup>1</sup> Umfangreiche Nw. zu den verschiedenen in Rspr. und Schrifttum vertretenen Ansätzen in BVerfGE 110, 226 (247 f.); s. ferner auch ebd., 257 f. – Dieser Streit soll hier nicht im einzelnen nachgezeichnet und bewertet werden.

<sup>2</sup> Ferner wurden auch besondere prozessuale Verpflichtungen von Strafverfolgungsbehörden und Gerichten statuiert, s. BVerfGE 110, 226 Ls. 2, 268 ff. Dies soll im Rahmen der Zielsetzung dieses Beitrags nicht näher interessieren; von methodischem Interesse sind vor allem die Ausführungen des BVerfG zum materiellen Recht. Zum – interessanten wie überraschenden – Sachverhalt und dem Urteil der Tatsacheninstanz s. im einzelnen ebd., 230 ff., zur Revision ebd., 234 ff.

<sup>3</sup> Ein allgemeines „Geldwäscheprivileg“ von Strafverteidigern kann von vornherein nicht zur Debatte stehen, ebenso BVerfGE 110, 226 (265 f.). Eine Tatbestandsrestriktion kann überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn gerade die Funktion *als Strafverteidiger* betroffen und kein Missbrauch dieser Stellung ersichtlich ist.

<sup>4</sup> BVerfGE 110, 226 f. Ls. 1 sowie Nr. 2 der Entscheidungsformel.

<sup>5</sup> BVerfGE 110, 226 (246, 267).

<sup>6</sup> s. zuletzt *Lüdemann*, JuS 2004, S. 27: „gesicherte[r] Methodenbestand der Rechtswissenschaft“; ferner etwa *Göldner*, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, S. 200: „dem Grundsatz nach (...) fest inventarisiert“; auch *Simon*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 34 Rdnr. 53. – Vereinzelt wird dabei die Kompetenz zu deren Vornahme bei for-

*h.M.*<sup>9</sup> ist deren mögliche Reichweite dabei zweifach begrenzt<sup>10</sup>: Zum einen – und insoweit wohl unstrittig<sup>11</sup> – durch den objektivierten Willen des einfachen Gesetzgebers, zum anderen – und insoweit bestritten<sup>12</sup> – durch den Wortlaut der jeweiligen einfachgesetzlichen Vorschrift. In den Worten des *BVerfG*: „Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde.“<sup>13</sup>

## 1. (Objektivierter) Wille des Gesetzgebers

Dass die Schranke des gesetzgeberischen Regelungszwecks, soweit ersichtlich, nicht bestritten wird, wird man funktionell-rechtlich darin begründet sehen können, dass die verfassungskonforme Auslegung jedenfalls der Idee nach<sup>14</sup> den Gesetzgeber im Vergleich zur vollständigen

mellen Gesetzen auf die Verfassungsgerichtsbarkeit beschränkt (dazu noch Anm. 114), so namentlich *Bettermann*, *Die verfassungskonforme Auslegung – Grenzen und Gefahren*, 1986, S. 31 f.; zur abweichenden ganz *h.M.* dagegen s. statt aller *Schlaich/Korioth*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 6. Aufl. 2004, Rdnr. 441, 444, 447: Kompetenz *jedes* Richters bzw. Gerichts; übereinstimmend *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, *BVerfGG Kommentar*, Band 1, Stand: 24. Ergänzungslieferung Januar 2005, § 31 Rdnr. 271.

<sup>7</sup> s. für alle *Zippelius*, *Festgabe 25 Jahre BVerfG (II. Band)*, 1976, S. 110 f.; *Vofskuhle*, *AöR* 125 (2000), S. 178 (183); ferner *Geis*, *NJW* 1992, S. 2938. – Differenzierter *Bethge* (Anm. 6), § 31 Rdnr. 258, 261, 263.

<sup>8</sup> Dazu nur *Löwer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rdnr. 126.

<sup>9</sup> Gleiche Einschätzung bei *Vofskuhle*, *AöR* 125 (2000), S. 183 (185). Beachte insoweit insbesondere noch die Ausführungen zur nicht ganz klaren Linie der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sogleich unter 3.

<sup>10</sup> Vgl. nur *Schlaich/Korioth* (Anm. 6), Rdnr. 449.

<sup>11</sup> s. nur *Steiner* in: *Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag*, 1999, S. 573: „Grenzen (...) jedenfalls dann überschritten, wenn der Gesetzgeber die von ihm getroffene Regelung *nach* der Interpretation inhaltlich nicht wiedererkennt.“ [Hervorhebung aaO.].

<sup>12</sup> Vgl. z.B. *Zippelius* (Anm. 7), S. 110, 116, 121; *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, *GG Kommentar*, 8. Aufl. 2006, Art. 20 Rdnr. 34 a.E.; *Pawlowski*, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 440; *Richter/Schuppert/Bumke*, *Casebook Verfassungsrecht*, 4. Auflage 2001, S. 43; *Neuner*, *Die Rechtsfindung contra legem*, 1992, S. 130; *Roth*, *NVwZ* 1998, S. 563 (566); auch *Bleckmann*, *JuS* 2002, S. 942 (946); ferner schon *Bender*, *MDR* 1959, S. 441 (444-447); aus schweizerischer Sicht *Häfelin*, in: *Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, 1981, S. 252. – Vgl. weiter auch Section 35(2) der Übergangsverfassung der Republik Südafrika, zitiert nach *De Villiers* (ed.), *Birth of a Constitution*, 1994, S. 329 (336 f.): „No law which limits any of the rights entrenched in this Chapter [i.e.: „Chapter 3: Fundamental Rights“, der Verf.], shall be constitutionally invalid solely by reason of the fact that the wording used *prima facie* exceeds the limits imposed in this Chapter, provided such a law is reasonably capable of more restricted interpretation which does not exceed such limits, in which event such law shall be construed as having a meaning in accordance with the said more restricted interpretation.“ [Hervorhebung aaO.]; zu den (auch) deutschen Wurzeln des Grundrechtskapitels s. nur *De Waal*, *South African Journal on Human Rights* 11 (1995), S. 1 ff., speziell zu s 35(2), ebd., S. 17 f.

<sup>13</sup> *BVerfGE* 110, 226 (267); zuvor schon etwa *BVerfGE* 93, 37 (81); 90, 263 (275); 71, 81 (105); fast wortgleich auch *BVerfGE* 101, 312 (329).

<sup>14</sup> Zu Zweifelsfällen in der Praxis des *BVerfG* s. z.B. *Schlaich/Korioth* (Anm. 6), Rdnr. 450 m.w.N. Den Kritikern der Rechtsprechung wird man dabei zugestehen müssen, dass das *BVerfG* nicht immer davor gefeit war (und ist), insoweit Politik zu treiben; selbst Verfassungsrichter sehen diese Gefahr (Nw. bei *Benda/Klein*, *Verfassungsprozessrecht*, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 1285 Fn. 167). Wenn aber etwa *Bettermann* (Anm. 6), S. 12 das *BVerfG* einer „verfassungsgerichtskonform[en]“ Auslegung zieht [Hervorhebung aaO.] oder, ebd., S. 46, gar von „wohlthätiger (...) Vergewaltigung“ der Legislative spricht, so erscheint diese pauschale Polemik dann doch als allzu wohlfeil; (sehr) viel mildere Kritik denn auch etwa bei *Lerche*, in: *Festschrift 50 Jahre BVerfG (I. Band)*, 2001, S. 358; *Benda/Klein*, aaO., Rdnr. 1285; *Simon* (Anm. 6), § 34 Rdnr. 53, 61 f.

oder teilweisen Kassation einer Norm im Zusammenspiel der Gewalten „schonen“ soll<sup>15</sup>. Eine derartige Schonung kann aber nur dann angenommen werden, wenn die Auslegung nicht zu einem aliud statt zu einem (bloßen) minus<sup>16</sup> gegenüber dem ursprünglichen, oder besser: ursprünglich *gewollten*, Gesetzesinhalt führt<sup>17</sup>. Das *BVerfG* formuliert in einer frühen Entscheidung<sup>18</sup>: „Keinesfalls darf jedoch eine solche verfassungskonforme Auslegung das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkte verfehlen oder verfälschen.“

## 2. Wortlautgrenze?

Ebendiesem Ziel, einen funktionell-rechtlichen Oktroi seitens der Judikative zu verhindern, soll auch die in Teilen der Rspr. des *BVerfG*<sup>19</sup> und vielfach in der Lehre<sup>20</sup> propagierte Wortlautgrenze dienen: Die Gerichte dürften sich nach der grundgesetzlichen Gewaltenteilung nicht in die Rolle der normsetzenden Instanz begeben<sup>21</sup>, die den Wortlaut übersteigende Normvariation durch die (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit bedeutete aber eben eine solche unzulässige Anmaßung von Legislativkompetenzen<sup>22</sup>.

## 3. Die Position des *BVerfG*: Schwankend

Entgegen dem ersten Eindruck, den das oben<sup>23</sup> eingeführte Zitat des *BVerfG* vermittelt, muss dessen Position zu den Grenzen verfassungskonformer Auslegung, insbesondere dabei zur Wortlautgrenze, wohl als schwankend, jedenfalls aber als nicht ganz konsistent bezeichnet werden. Vielfach<sup>24</sup> findet sich insoweit die bereits zitierte Formel, mit der das *BVerfG* auf den ersten Blick für die Wortlautgrenze optiert. Vergleicht man diese allerdings mit einer weiteren in der Rechtsprechung anzutreffenden Formulierung, ergeben sich erste Zweifel: „Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt (...) fordert mithin eine verfassungskonforme Auslegung der Norm, so-

<sup>15</sup> Vgl. für alle *Schlaich/Korioth* (Anm. 6), Rdnr. 449; grundsatzkritisch allerdings *dies.*, Rdnr. 454 a.E.

<sup>16</sup> Die Grenzziehung im Einzelfall kann dabei bekanntermaßen prekär sein. Pointiert *Löwer* (Anm. 8), § 70 Rdnr. 126 a.E.: „Das [die Unzulässigkeit eines aliud im Unterschied zu einem minus, der Verf.] ist naturgemäß ein allseitig konsentierter Satz, der die Schwierigkeit, die ‚Sollbruchstelle‘ zu benennen, aber selbst nicht meistert. Über die Frage, ob die zulässigen Grenzen (noch) eingehalten oder (schon) überschritten sind, wird im einzelnen Fall immer gerechdet werden.“

<sup>17</sup> Vgl. zu diesem Aspekt nur *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 83.

<sup>18</sup> BVerfGE 8, 28 (34).

<sup>19</sup> Implizit z.B. BVerfGE 2, 336 (340 f.). Näher zur Rspr. des *BVerfG* noch unter 3.

<sup>20</sup> s. nur etwa *Geis*, NVwZ 1992, S. 1025 (1027): „strikte Grenze“; ergebnisgleich *Vofßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 183 (185, 197); *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 9. Aufl. 2004; Rdnr. 101, 310 f., vertiefend 311 ff.; ferner *Rieger*, NVwZ 2003, S. 17 (21); wohl auch *Benda/Klein* (Anm. 14), Rdnr. 1285 f.; *Ulsamer*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG Kommentar, Band 2, Stand: 24. Ergänzungslieferung Januar 2005, § 78 Rdnr. 36.

<sup>21</sup> *Jarass* (Anm. 12), Art. 20 Rdnr. 42 mit Hinweis (u.a.) auf BVerfGE 96, 375 (394).

<sup>22</sup> Vgl. *Geis*, NVwZ 1992, S. 1025 (1026 f.).

<sup>23</sup> Vor Anm. 13.

<sup>24</sup> Nw. in Anm. 13.

weit diese durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt ist und die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahr.<sup>25</sup>

Die verschiedenen Formeln wird man wie folgt verstehen dürfen<sup>26</sup>: Während im Rahmen der ersteren eine verfassungskonforme Auslegung der Norm dann *nicht* in Frage kommt, wenn Wortlaut *und* Wille des Gesetzgebers *entgegenstehen*<sup>27</sup>, kommt bei Anwendung der letztgenannten eine solche Auslegung *nur dann* in Frage, wenn Wortlaut *und* Wille des Gesetzgebers *nicht* entgegenstehen. Anders gewendet: Wenn *nur* der Wortlaut der Norm entgegensteht, hindert die zweite Formel eine verfassungskonforme Auslegung<sup>28</sup>, die erste dagegen nicht.

Unübersichtlicher wird die Lage, wenn man berücksichtigt, dass das *BVerfG* gelegentlich betont hat, der verfassungskonformen Auslegung seien (schon?) im *klaren* Wortlaut letzte Grenzen gesetzt<sup>29</sup>. Vereinzelt findet sich auch eine unmissverständliche (noch?) engere Grenzziehung: „Ein Normverständnis, das mit dem Wortlaut nicht mehr in Einklang zu bringen ist, kann durch verfassungskonforme Auslegung ebensowenig gewonnen werden wie ein solches, das in Widerspruch zu dem klar erkennbaren Willen des Gesetzes treten würde.“<sup>30</sup> Teleologische Reduktion<sup>31</sup>, mithin eine dem eindeutigen Wortlaut widersprechende Auslegung anhand des Ziels und Zwecks der Norm, soll offenbar indes doch erlaubt sein<sup>32</sup>. Wiederum anders(?) an anderer Stelle: „Am Wortlaut einer Norm braucht der Richter aber nicht haltzumachen.“<sup>33</sup>

<sup>25</sup> BVerfGE 86, 288 (320); zumindest etwas „unscharf“ sind dabei die Verweise auf BVerfGE 49, 148 (157); 54, 277 (300).

<sup>26</sup> Ob und inwieweit die Praxis des *BVerfG* diesen hier entwickelten Vorgaben aus den abstrakten Formeln im Einzelfall auch folgt, steht freilich auf einem anderen Blatt. Vgl. insoweit z.B. die soeben zitierte Entscheidung BVerfGE 86, 288, die ausgehend von der restriktiv anmutenden Einstiegsformel doch zu überraschend weiten Interpretationsergebnissen vorstößt (ebd., 320 ff.); sehr kritisch denn auch etwa das Sondervotum von *Mahrenholz*, ebd., 340 (348 ff.) und die Besprechung von *Geis*, NJW 1992, S. 2938 ff.

<sup>27</sup> Ebenso für die daneben auch in der Rechtsprechung zu findende Formel, im Wege der verfassungskonformen Auslegung dürfe einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen werden, *Bleckmann*, JuS 2002, S. 942 (946) m. Nw. zur Rspr. – S. ferner (dies bestätigend) schon BVerfGE 8, 210 (220 f.): „Es handelt sich bei der Auslegung des § 644 ZPO durch den BGH [im Lichte der Wertenscheidung des Art. 6 V GG, der Verf.] nicht um eine Interpretation contra legem, durch die einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz ein entgegengesetzter Sinn gegeben würde, mit der das Gericht also in verfassungsrechtlich unhaltbarer Weise in die Kompetenzen des Gesetzgebers eingriffe (...). Die Interpretation dient vielmehr der legitimen richterlichen Aufgabe, den Sinn einer Gesetzesbestimmung aus ihrer Einordnung in die gesamte Rechtsordnung zu erforschen, *ohne am Wortlaut des Gesetzes zu haften*.“ [Hervorhebung vom Verf.].

<sup>28</sup> Zwar ist dies streng logisch nicht zwingend: Wenn von den Elementen Wortlaut und Zielsetzung nur eines gewahrt ist, soll eine verfassungskonforme Auslegung nicht „gefordert“ sein; aber *zulässig* sein könnte sie ja dennoch. Indes steht dieser formal-logischen Argumentation die st.Rspr. des *BVerfG* entgegen, die eine verfassungskonforme Auslegung, die möglich ist, auch für obligatorisch hält, s. etwa BVerfGE 95, 64 (93); 88, 145 (166); 69, 1 (55). Hierbei dürfte es sich letztlich um eine Selbstverständlichkeit handeln, vgl. nur *Zippelius* (Anm. 7), S. 111; ähnlich *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 28.

<sup>29</sup> So BVerfGE 21, 292 (305); entsprechend auch BVerfGE 63, 131 (147 f.).

<sup>30</sup> BVerfGE 95, 64 (93).

<sup>31</sup> Die hier interessierende verfassungskonforme Reduktion ist ein Unterfall der teleologischen Reduktion, vgl. nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 161; ferner *Jarass* (Anm. 12), Einl. Rdnr. 8.

<sup>32</sup> s. BVerfGE 88, 145 (166-168); mit abweichender Terminologie, in der Sache jedoch ebenso schon BVerfGE 14, 260 (262 f.); auch BVerfGE 97, 186 (196). *Bleckmann*, JuS 2002, S. 942 (943 mit Fn. 30) deutet die Rspr. des *BVerfG* dahingehend, dass teleologische Reduktion „nur in“ – kaum näher spezifizierten – „seltenen Aus-

Insgesamt bietet die Rechtsprechung des *BVerfG* demnach ein vielschichtiges Bild<sup>34</sup>. Der Sache nach scheint das *BVerfG* im vorliegenden Fall jedenfalls mit der Wortlautgrenze zu sympathisieren; die argumentativen Bemühungen, sie zu wahren<sup>35</sup>, nämlich wären sonst kaum verständlich<sup>36</sup>.

### III. Terminologischer Zwischenruf

Mehr Transparenz auch in der *sachlichen* Diskussion um die Unübersteigbarkeit der Wortlautgrenze bei verfassungskonformer Auslegung dürfte durch *terminologische* Sorgfalt bei der Erfassung der methodischen Phänomene zu erreichen sein<sup>37</sup>:

Versteht man Auslegung als prinzipiell wortlautbegrenzt, mithin die Wortlautgrenze als der Auslegung bereits begriffsimmanent<sup>38</sup>, ist die Wortlautgrenze gerade der verfassungskonformen Auslegung – da eben Auslegung – eine bare Selbstverständlichkeit. Im Rahmen einer so verstandenen Auslegung i.e.S. kann es zwar „enge“ und „weite“ Auslegung geben<sup>39</sup>. Wird allerdings die Wortlautgrenze überschritten<sup>40</sup>, liegt Rechtsfortbildung vor<sup>41</sup>. Die zu entscheidende Sachfrage

nahmefällen“ zulässig sei, namentlich dann, wenn nicht bereits der Wortlaut „klar und eindeutig“ sei; in *Bleckmanns* vorrangiger Belegstelle, der bereits erwähnten Passage BVerfGE 14, 260 (262 f.), bekennt sich das *BVerfG* indes zu einer möglichen „einschränkende[n] Auslegung“ (ebd., 263) „d[er] angefochtene[n] Bestimmung entgegen ihrem Wortlaut“ (ebd., 262) [Hervorhebung vom Verf.].

<sup>33</sup> BVerfGE 35, 263 (278 f.). S. auch BVerfGE 97, 186 (196): „Eine Auslegung gegen den Wortlaut einer Norm ist aber nicht von vornherein ausgeschlossen (...)“; ferner BVerfGE 105, 135 (157): Unter den herkömmlichen Auslegungsmethoden komme – außer im Bereich des Art. 103 Abs. 2 GG: dort strikte Wortlautgrenze – keiner ein unbedingter Vorrang zu.

<sup>34</sup> s. auch *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2003, Einf. Rdnr. 54: „nicht stets einheitlich“, mit zahlr. weiteren Nw. aus der Rspr.

<sup>35</sup> Dazu ausführlich unten IV.1. und 2.

<sup>36</sup> Zuspitzend allerdings *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 211: Die Rechtsprechung spreche nicht selten von einengender Auslegung, wo in Wahrheit schon teleologische Reduktion vorliege, wohl, um dadurch den Eindruck (vermeintlich) größerer „Gesetzestreue“ zu erwecken; sachlich daran anknüpfend *Göldner* (Anm. 6), S. 202: Für die Anerkennung des Verfahrens verfassungskonformer Rechtsfortbildung spreche, dass damit nur die ohnehin bereits geübte Gerichtspraxis methodenbegrifflich erfasst und so begrenztbar gemacht werde. Bezüglich des oftmals eher taktischen Umgangs des *BVerfG* mit der Wortlautgrenze im vorliegenden Kontext entlarvend insbesondere *Steiner* (Anm. 11), S. 573.

<sup>37</sup> Wenn auch das Sachproblem sich unabhängig von der Begriffsbildung gleich bleibt: Kann die einfachgesetzliche Norm aus Gründen verfassungsrechtlicher Ingerenz (auch) über den Wortlaut hinaus aufrechterhalten werden? Oder ist dies nur bei Wahrung der Wortlautgrenze möglich und die Norm ansonsten als verfassungswidrig zu verwerfen?

<sup>38</sup> So z.B. *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 163 f., 187, auch 161, 245; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 9. Aufl. 2005, S. 44 ff.; *ders.* (Anm. 7), S. 108, 115; *Prümm*, JuS 1975, S. 299 (301 f., 303); *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 268; *Schoch*, Übungen im Öffentlichen Recht I – Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht, 2000, S. 58 f. m.w.N.

<sup>39</sup> Instrukтив dazu *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 174 f. mit Beispielen.

<sup>40</sup> Zu beachten ist hier, dass ein Überschreiten der Wortlautgrenze nach *beiden* Richtungen hin möglich ist: Der vom Wortlaut umgrenzte Bereich möglicher Auslegung ist sowohl dann „überschritten“ (terminologisch besser, weil nicht in gleichem Maße optisch vorgeprägt, vielleicht: „verlassen“), wenn eine Vorschrift gegen ihren Wortlaut weit, wie auch dann, wenn sie gegen ihren Wortlaut eng interpretiert wird. Sachlich entsprechend für den Begriff der Gesetzeslücke *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 198: Eine „offene“ Lücke bestehe, wenn das Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel enthalte (es also gegen den Wortlaut insbesondere durch Analogie erweitert wird, *dies.*, ebd., S. 202 ff.), eine „verdeckte“ Lücke, wenn eine gebotene Einschränkung fehle

wäre bei Verwendung dieser Terminologie demnach, ob (gesetzesimmanente<sup>42</sup>) verfassungskonforme Rechtsfortbildung – hier: verfassungskonforme Reduktion – zulässig ist.

Versteht man Auslegung dagegen i.w.S. als methodisch geleitete Rechtsfindung, also gleichsam als Oberbegriff für Auslegung i.e.S. und Rechtsfortbildung<sup>43</sup>, dann wäre die Wortlautgrenze bei der verfassungskonformen Auslegung eine methodische Besonderheit: Vom engen Bereich des in Art. 103 Abs. 2 GG verfassungskräftig positivierten *nulla poena*-Satzes<sup>44</sup> und weiter vom Geltungsbereich des Vorbehaltes des Gesetzes (gegebenenfalls<sup>45</sup>) einmal abgesehen, dürfte der Wortlaut des Gesetzes, gleich welcher Terminologiebildung man anhängt, als schlechthin überwindbar angesehen werden<sup>46</sup>. Die zu entscheidende Sachfrage wäre bei diesem Begriffsverständnis, ob bei verfassungskonformer Auslegung der Wortlaut der einfachgesetzlichen Vorschrift in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen eine unüberwindliche Hürde für den Interpreten darstellt.

Im Sinne begrifflicher Trennschärfe soll für die weiteren Ausführungen an dieser Stelle erstgenanntes Verständnis, welches auch konzeptionell überzeugt<sup>47</sup>, das maßgebende sein. Die weiter zu behandelnde Fragestellung lautet mithin: Ist verfassungskonforme Reduktion zulässig?

---

(das Gesetz also gegen seinen Wortlaut insbesondere durch Reduktion verengend fortgebildet wird, *dies.*, ebd., S. 210 ff.); im Ergebnis ebenso *Zippelius* (Anm. 38), S. 65, 68 ff.

<sup>41</sup> *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 187, 161.

<sup>42</sup> Mit *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 187 ist zu unterscheiden zwischen *gesetzesimmanenter* Rechtsfortbildung im Rahmen der Teleologie des Gesetzes als Lückenausfüllung i.e.S. und *gesetzesübersteigender* Rechtsfortbildung über diesen Rahmen hinaus; in der Sache ähnlich *Zippelius* (Anm. 38), S. 79 mit abweichender Terminologie. Die gesetzesübersteigende verfassungskonforme Rechtsfortbildung soll nicht Thema dieses Beitrags sein. Angemerkt sei hier nur, dass gegen sie wegen des Konkretisierungsprimats des Gesetzgebers schwere Bedenken bestehen; eingehend zur Selbständigkeit des Gesetzesrechts gegenüber der Verfassung *Wahl*, NVwZ 1984, 401 ff., insb. 406-408, knapp zusammenfassend ebd., 408: „Das Verfassungsrecht enthält nicht in nuce die gesamte Rechtsordnung.“ Zudem kann eine *gesetzesübersteigende* Rechtsfortbildung sich auch keinesfalls auf den die verfassungskonforme Auslegung tragenden (s. schon vor und in Anm. 7) Gedanken der *Normerhaltung* berufen. Vgl. zur allgemeinen methodologischen Sonderstellung der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung ferner schon *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 188.

<sup>43</sup> So etwa BVerfGE 14, 260 (262): „Dieser Gesetzeszweck lässt es immerhin möglich erscheinen, die angefochtene Bestimmung *entgegen ihrem Wortlaut* dahin *auszulegen*, (...) [Hervorhebung vom Verf.]; in der Sache ebenso z.B. BVerfGE 97, 186 (196), s. Zitat hier in Anm. 33, sowie BVerfGE 88, 145 (166-168). Implizit z.B. *Bleckmann*, JuS 2002, S. 942 (943, 946); die von der hier vertretenen Position abweichende Begriffsbildung deutlich(er) kenntlich machend *Bender*, MDR 1959, 441 (444-447); ferner wohl alle Stimmen, die die Wortlautgrenze als *besondere* herausstellen, ansonsten wäre der *besondere* Hinweis ja obsolet. – Fraglich könnte sein, ob die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung, die sich ja weitgehend von einem Auslegungssubstrat überhaupt entfernt (eher wohlwollend insoweit *Larenz/Canaris* [Anm. 31], S. 232: Rechtsfortbildung „extra legem“, aber „intra jus“), begrifflich erfasst wäre. Für vorliegende Zwecke spielt diese Frage keine Rolle.

<sup>44</sup> In der Ausprägung „*nulla poena sine lege stricta*“. Zu den einschlägigen Differenzierungen statt aller *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 5 Rdnr. 7 ff.

<sup>45</sup> Zum Stand der Diskussion zu einem Analogieverbot für das Recht der Eingriffsverwaltung s. *Sachs* (Anm. 34), Art. 20 Rdnr. 121 m.w.N.; ferner *Zippelius* (Anm. 38), S. 67 f.

<sup>46</sup> Ausdrücklich etwa BVerfGE 35, 263 (278 f.); 97, 186 (196), dazu schon vor und in Anm. 33. Aus dem Schrifttum z.B. *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 187 f.; *Jarass* (Anm. 12), Einl. Rdnr. 7; auch *Zippelius* (Anm. 38), S. 67, 84.

<sup>47</sup> Eine breitere Erörterung ist hier weder angezeigt noch möglich. Besonders erhellend insoweit erscheinen die umfanglichen Ausführungen bei *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 133-261.

## IV. Methodologische Würdigung der „Geldwäsche“-Entscheidung

### 1. Vorgehen des *BVerfG*

Das *BVerfG* löst den Fall in vier Schritten: In einem ersten<sup>48</sup> wird festgestellt, dass die Annahme von Honorarzahungen durch einen Strafverteidiger den Tatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB bei Auslegung *lege artis ohne* Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Ingerenzen<sup>49</sup> erfüllen kann. In einem zweiten<sup>50</sup> wird eingehend die Eingriffsqualität des § 261 StGB mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) diskutiert. In einem dritten<sup>51</sup> folgt die Feststellung, dass, verbliebe es bei der üblichen weiten Auslegung des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB, eine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit der Strafverteidiger unausweichlich sei. In einem vierten<sup>52</sup> schließlich wird die Norm verfassungskonform einschränkend so ausgelegt, dass sie vor den Grundrechten der Beschwerdeführer Bestand haben kann: Die Annahme eines Honorars oder Honorarvorschusses durch einen Strafverteidiger werde nur dann erfasst, wenn dieser im Zeitpunkt der Annahme sicher weiß, dass das Geld aus einer Katalogtat stammt.

Dieser letzte – entscheidende – Schritt verdient nähere Betrachtung. Den Einstieg findet das *BVerfG* mit der geläufigen Formel, die verfassungskonforme Auslegung finde ihre Grenzen dort, wo sie zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde<sup>53</sup>, um sodann deren Elemente „Wortlaut“ und „klar erkennbarer Wille des Gesetzgebers“ durchzuprüfen. Zum einen sei die Wortlautgrenze nicht überschritten<sup>54</sup>: § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB sei in Verbindung mit § 15 StGB, der das Vorsatzerfordernis normiert, zu lesen. Da dieser aber keine Umschreibung der Voraussetzungen, die vorsätzliches Handeln erfüllen muss, enthält, liege es in den Händen von Literatur und Rechtsprechung, wie jeweils „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“ zu verstehen sei. Dass in manchen Tatbeständen, etwa §§ 257, 258 StGB, qualifizierende subjektive Merkmale ausdrücklich genannt werden, stehe dabei einer entsprechenden Auslegung der Anforderungen des § 15 StGB bei § 261 StGB nicht entgegen. Zum anderen sei auch der Wille des Gesetzgebers gewahrt<sup>55</sup>: Dieser habe die in der besonderen Situation der Honorarannahme durch den Strafverteidiger auftretende verfassungsrechtliche Spannungslage ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien nicht hinreichend bedacht. Hätte er dies getan, wäre er sich mithin der Gefahren für die Berufsausübungsfreiheit der Strafverteidiger und das verfassungsrechtlich verbürgte Institut der Wahlverteidigung be-

<sup>48</sup> BVerfGE 110, 226 (245 ff.) = C.I.1. der Urteilsgründe.

<sup>49</sup> Vgl. BVerfGE 110, 226 (248): „Bei Anwendung der herkömmlichen Auslegungsmethoden (...)“.

<sup>50</sup> BVerfGE 110, 226 (251 ff.) = C.I.2. der Urteilsgründe.

<sup>51</sup> BVerfGE 110, 226 (262 ff.) = C.I.3. der Urteilsgründe.

<sup>52</sup> BVerfGE 110, 226 (267 f.) = C.I.4. der Urteilsgründe. Daneben finden sich ebd., 268 ff. die schon oben Anm. 2 erwähnten grundrechtsinduzierten prozeduralen Ableitungen.

<sup>53</sup> BVerfGE 110, 226 (267). S. dazu schon oben vor Anm. 13.

<sup>54</sup> Vgl. insoweit BVerfGE 110, 226 (267).

<sup>55</sup> Vgl. BVerfGE 110, 226 (267 f.).



wusst gewesen, hätte er auch eine entsprechende Einschränkung der Strafbarkeit für Strafverteidiger aufgenommen.

Das *BVerfG* beschließt seine Auslegung mit der Feststellung: „Damit steht zugleich fest, dass § 261 V StGB, der in subjektiver Hinsicht Leichtfertigkeit genügen lässt, auf die Honorarannahme durch Strafverteidiger keine Anwendung finden kann.“<sup>56</sup>

## 2. Zustimmung zu dieser Vorgehensweise – und Kritik

Wiewohl die eingehende Argumentation des *BVerfG* bis ins Detail zu überzeugen vermag, sachlich wie methodisch, ist bezüglich des Rubrums „verfassungskonforme Auslegung“ Skepsis angezeigt. Als solche könnte das Vorgehen – nach hier vertretener Auffassung<sup>57</sup> schon begrifflich – nur dann gelten, wenn die vom *BVerfG* selbst gezogenen Grenzen eingehalten sind, insbesondere nicht gegen den Wortlaut der Norm verstoßen wurde.

Unproblematisch und nicht zu beanstanden insoweit sind die Ausführungen des Gerichts zu einem etwa entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers. Jedenfalls gut vertretbar ist die Argumentation zum Vorsatzerfordernis in § 261 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 15 StGB: Zwar mag es systematisch nicht unbedingt überzeugen, dass hier „Vorsatz“ entgegen allgemeinen Grundsätzen<sup>58</sup> gerade – qualifiziert – als „Wissentlichkeit“ zu verstehen sein soll. Die Frage jedoch ist, ob diese Deutung aus *Verfassungsgründen* geboten und innerhalb des Wortlauts des § 15 StGB *möglich* ist. Dies aber ist zu bejahen.

Vor dem Hintergrund der Überlegungen, die sich kunstvoll an der Wortlautgrenze entlangtasten<sup>59</sup>, mutet die knappe abschließende Feststellung des *BVerfG* zumindest überraschend an<sup>60</sup>: § 261 V StGB, der bezüglich der Herkunft des bemakelten Gegenstandes<sup>61</sup> für alle Begehungsformen subjektiv auch bzw. schon Leichtfertigkeit, also gesteigerte Fahrlässigkeit<sup>62</sup>, ausreichen lässt, sei schlicht – nicht anwendbar. Dies nun ist mit der im Obersatz eingeführten Wortlautgrenze nicht mehr in Einklang zu bringen: Wie könnte der Wortlaut des unpässlichen Absatz 5 in der Form „gewahrt“ sein, dass er einfach für nicht anwendbar (die größte denkbare Missachtung des Wortlauts?) erklärt wird?

---

<sup>56</sup> BVerfGE 110, 226 (270).

<sup>57</sup> s. nochmals oben III.

<sup>58</sup> s. für alle *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 15 Rdnr. 28.

<sup>59</sup> Dies ist durchaus nicht ironisch gemeint.

<sup>60</sup> Wenn man diese Art von „qualitativer Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung“ – dazu im einzelnen *Schlaich/Korioth* (Anm. 6), Rdnr. 386-389 m.w.N. – nicht schon aus der Rspr. des *BVerfG* kannte.

<sup>61</sup> s. nur *Lackner/Kühl* (Anm. 58), § 261 Rdnr. 13.

<sup>62</sup> Vgl. für alle *Lackner/Kühl* (Anm. 58), § 15 Rdnr. 55, § 261 Rdnr. 13.

Was der Sache nach stattfindet, ist in Übereinstimmung mit der oben III. eingeführten Terminologie eine verfassungskonforme Reduktion der Norm<sup>63</sup>: § 261 StGB wird so weit aufrechterhalten bzw. angewendet, wie es die Grundrechte der Beschwerdeführer (noch) zulassen.

Hier soll nun die These gewagt werden, dass die dargestellte Vorgehensweise des *BVerfG* vorliegend wie auch in vergleichbaren Fällen<sup>64</sup> allgemein zu begrüßen ist, allerdings nicht als wortlautgetreue verfassungskonforme Auslegung etikettiert werden sollte<sup>65</sup>.

## V. Verfassungskonforme Reduktion als allgemein taugliches methodisches Werkzeug?

### 1. Grundsätzliche Bedenken: Die Verteidigung der Wortlautgrenze als Verteidigung des Gesetzgebers

Das Ansinnen, zumindest dem *BVerfG*<sup>66</sup> die Kompetenz zu verfassungskonformer (gesetzesimmanenter<sup>67</sup>) Rechtsfortbildung zuzubilligen, wird von der *h.L.*, teils brüsk, zurückgewiesen<sup>68</sup>. Zentraler Argumentationstopos ist dabei der „Ersatzgesetzber“, dessen Heraufziehen es zu verhindern gelte<sup>69</sup>. Sein Verfassungsauftrag ermächtige das *BVerfG* lediglich dazu, Gesetze für verfassungswidrig bzw. nichtig zu erklären, nicht jedoch zur Rechtsetzung<sup>70</sup>. Kurzum: Mit der Wortlautgrenze sucht das Schrifttum den Kompetenzbereich des Gesetzgebers zu verteidigen<sup>71</sup>.

<sup>63</sup> So an einer etwas „versteckten“ Stelle auch vom *BVerfG* selbst ausgesprochen, s. BVerfGE 110, 226 (262). Die soeben unter 1. im einzelnen referierte Prüfung geht indes explizit von verfassungskonformer Auslegung aus, s. ebd., 267: „kann einschränkend ausgelegt werden und steht in dieser Auslegung mit der Verfassung in Einklang“; „verfassungskonform einengende Auslegung“.

<sup>64</sup> s. dazu im einzelnen noch V.2. sowie zusammenfassend V.4. und VI.

<sup>65</sup> Zur korrekten Bezeichnung und deren Disziplinierungsfunktion für den Richter s. *Prümm*, JuS 1975, S. 299 (302). Vgl. ferner in diesem Zusammenhang auch *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996. S. 242 f.; *Zippelius* (Anm. 7), S. 116; zudem schon hier Anm. 36 m. Nw.

<sup>66</sup> Eine darüber hinausgehende Kompetenz jedes Gerichts ist in der Tat nicht zweifelsfrei, s. dazu noch sub 4. a.E.

<sup>67</sup> Zur auch in der Sache begründeten Beschränkung des vorliegenden Beitrages auf die hier sog. gesetzesimmanente Rechtsfortbildung s. schon vor und in Anm. 42. Abschließend wird im übrigen nur zur verfassungskonformen Reduktion, nicht auch zur Analogiebildung Stellung bezogen, s. schon vor und in Anm. 45.

<sup>68</sup> Zuletzt *Vofßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177 (197): „strikt verwehrt“, mit Hinweis auf die umfassende Bindungswirkung gem. § 31 BVerfGG, ebd., 197 f.; nachdrücklich auch *Geis*, NVwZ 1992, S. 1025 (1027); *ders.*, NJW 1992, S. 2938 (2939); zuvor schon etwa *Stern*, NJW 1958, S. 1435. – *Prümm*, Verfassung und Methodik, 1977, S. 216 f. spricht zwar dem *BVerfG* besagte Kompetenz ab, worauf *Vofßkuhle* aaO. zu Recht verweist. Allerdings sieht *Prümm* die verfassungskonforme Lückenergänzung als „Notwendigkeit“ an (ebd., S. 217) und spricht die Zuständigkeit zu deren Vornahme der Fachgerichtsbarkeit(!) zu, ebd., S. 221-223; im Ergebnis ähnlich *Bethge* (Anm. 6), § 31 Rdnr. 268, 265.

<sup>69</sup> Statt aller *Vofßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177 (198, ferner 183 f.).

<sup>70</sup> Vgl. *Vofßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177 (198). Entsprechend sieht *Heun*, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG (I. Band), 2001, S. 635, 638 die Kompetenzen des Verfassungsgerichts qua Gerichtsförmigkeit prinzipiell auf kassatorische Funktionen begrenzt. Gleichfalls die Kassationsaufgabe des *BVerfG* herausstreichend z.B. *Bettermann* (Anm. 6), S. 13 und *Sachs* (Anm. 34), Einf. Rdnr. 56.

<sup>71</sup> Vgl. auch schon oben II., insbesondere II.2.

## 2. Gegenkritik

Wird eine Regelung des Gesetzgebers durch verfassungskonforme „Auslegung“ derart verfälscht, dass im Vergleich zur ursprünglich intendierten Regelung nur ein Regelungstorso bleibt, der, gemessen an der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, als aliud zu qualifizieren ist oder eine Vorschrift gar gänzlich gegen dessen Willen uminterpretiert, sind die Bedenken der *h.M.* ohne weiteres einleuchtend und berechtigt<sup>72</sup>. Dies gilt erst recht dann, wenn dem Gesetzgeber mehrere – „echte“<sup>73</sup> – verfassungskonforme Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben, wie namentlich bei einem Verstoß gegen Gleichheitsrechte<sup>74</sup>, sodass in der Tat von „Ersatzgesetzgebung“ gesprochen werden kann.

Steht indes der Wortlaut dem aus Verfassungsperspektive noch zulässigen Gehalt einer Vorschrift *im Sinne der gesetzgeberischen Intention* entgegen, kann dieser Wortlaut schwerlich – in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen<sup>75</sup> – die verfassungskonforme Rechtsfortbildung sperren<sup>76</sup>. Oder exakter: Kann dieser Wortlaut *allein* schwerlich die verfassungskonforme *gesetzesimmanente* Rechtsfortbildung sperren.

Demonstriert sei dies am wahrscheinlich praxishäufigsten und -wichtigsten Fall der Einschränkung von Freiheitsrechten. Ist das Ziel einer möglichst weitgehenden Regelung zugunsten anderer Rechtsgüter deutlich<sup>77</sup>, der insofern angezeigte Eingriff aber nicht in Gänze verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, mithin für den Betroffenen nicht vollumfänglich zumutbar, *und* vom Gesetzgeber nicht dezidiert in gerade *dieser* Form gewollt<sup>78</sup>, ist eine Reduktion zulässig. Deren

<sup>72</sup> Obwohl in beiden Fällen eigentlich schon begrifflich keine Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung – auch diese orientiert sich ja gerade an der Teleologie des Gesetzes selbst, vgl. nur *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 187 –, geschweige denn Auslegung stattgefunden haben kann. Die Kritik an einzelnen methodisch eher misslungenen Entscheidungen des *BVerfG* (dazu schon Anm. 14 m. Nw.) müsste sich demnach kaprizieren auf den Vorwurf fehlerhafter Auslegung i.e.S. oder i.w.S., nicht aber fehlerhafter *verfassungskonformer* Auslegung; von den Fällen einmal abgesehen, in denen die Kritik sich (nur) gegen das Überschreiten der – hier abgelehnten – strikten Wortlautgrenze richtet.

<sup>73</sup> Dazu sogleich im Text.

<sup>74</sup> s. etwa *Kokott*, in: Festschrift 50 Jahre *BVerfG* (I. Band), 2001, S. 160 f. m.w.N.

<sup>75</sup> Die grundsätzliche Kompetenz der (Fach-)Gerichtsbarkeit zur Rechtsfortbildung dürfte allgemein anerkannt sein, s. nur *BVerfGE* 69, 315 (371 f.); *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 187; *Zippelius* (Anm. 7), S. 121; *Bleckmann*, *JuS* 2002, S. 942 (943) m.w.N. – Ausdrücklich zugestanden auch etwa von *Geis*, *NJW* 1992, S. 2938 (2939, Fn. 20) m.w.N.

<sup>76</sup> In der Sache ebenso schon *Zippelius* (Anm. 7), S. 121 ff.; *Göldner* (Anm. 6), S. 200 ff.; *Koch/Rießmann* (Anm. 38), S. 266 ff.; *Roth*, *NVwZ* 1998, S. 563 (566); vorsichtig *Bleckmann*, *JuS* 2002, S. 942 (946); deutlich *Looschelders/Roth* (Anm. 65), S. 242: „Zur Rechtfertigung einer teleologisch erlaubten Korrektur kommen insbesondere verfassungsrechtliche Gründe in Betracht, namentlich die Vermeidung eines Verfassungsverstoßes: Verletzte das anzuwendende Gesetz die Verfassung und steht die gesetzgeberische Wertentscheidung der Korrektur nicht entgegen, so ist das Gesetz verfassungskonform zu korrigieren.“

<sup>77</sup> So wie vorliegend: § 261 Abs. 2 *StGB* wurde vom Gesetzgeber als Auffangtatbestand konzipiert, um durch Isolierung des Vortäters einen möglichst weitgehenden Schutz des legalen Wirtschaftskreislaufs zu erreichen; s. im einzelnen *BR-Drucks.* 507/92, S. 30, ferner 23 f.; zuvor schon *BT-Drucks.* 12/989, S. 27. Die Leichtfertigkeitserfordernis gem. § 261 Abs. 5 *StGB* soll dabei – komplementär – Beweisschwierigkeiten ausräumen, vgl. *BT-Drucks.* 12/989, S. 27 f.; *BR-Drucks.* 507/92, S. 33 f.

<sup>78</sup> Ähnlich *Roth*, *NVwZ* 1998, S. 563 (566): „(...) verfassungskonforme Reduktion, die dort stattfindet, wo die Norm *quasi versehentlich*, ohne dass dies vom Gesetzgeber gewollt war, bestimmte Sachverhalte erfasst, die nach der Verfassung (etwa aufgrund des Übermaßverbotes) nicht erfasst werden dürfen (...)“ [Hervorhebung

Verweigerung liefe darauf hinaus, dass der Gesetzgeber die als verfassungswidrig verworfene Norm (bloß) neukonzipieren müsste – im Zweifel nach den Maßgaben, die sich bei einer verfassungskonformen Reduktion ergeben hätten<sup>79</sup>. Das zwischenzeitliche Regelungsvakuum wäre entweder hinzunehmen<sup>80</sup>, oder aber das *BVerfG* müsste mit einer Unvereinbarkeitserklärung und/oder Interimslösung nach § 35 BVerfGG<sup>81</sup> gleichsam in die Bresche springen, um Unerfreulicheres zu verhüten. Was wäre damit im gewaltenteiligen Verfassungsgefüge gewonnen?<sup>82</sup> Wohlgedenkt: Die Alternative zur hier erwogenen Gesetzeskorrektur qua verfassungskonformer Reduktion wäre nämlich nicht die „gesetzgeberfreundlichere“ vollumfängliche *Aufrechterhaltung* der Norm, sondern deren vollumfängliche *Verwerfung* infolge Verfassungswidrigkeit. Dass jedenfalls für diese – typische wie typisierbare – Fallkonstellation die Reduktion die für den Gesetzgeber schonendere Variante<sup>83</sup> ist, liegt nahe<sup>84</sup>.

Dagegen kann auch nicht mit Erfolg eingewendet werden, auch in dieser Konstellation bestünden gegebenenfalls mehrere verfassungskonforme Ausgestaltungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber. Konkret: Es ist auch nach der ergangenen Entscheidung des *BVerfG* ja nicht ausgeschlossen, dass neben der im Wege der Reduktion vorgenommenen Privilegierung auch andere – verfassungskonforme! – Privilegierungen für Strafverteidiger im Bereich des § 261 StGB denkbar wären, sodass das *BVerfG* hier legislative Kompetenzen usurpierte. Zwar mag dieses Argument unter Umständen formal nicht ganz unzutreffend sein<sup>85</sup>, trägt aber jedenfalls im Ergebnis nicht aus: Einmal abgesehen davon, dass der Gesetzgeber nicht selten Konzepte der Rechtsprechung positivrechtlich (deklaratorisch?) festschreibt<sup>86</sup> oder zumindest implizit anerkennt<sup>87</sup>, bleibt es

---

vom Verf.]. Gleich, wie streng man hier im einzelnen sein will: Bezüglich einer Privilegierung von Strafverteidigern im Rahmen des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB jedenfalls werden sich gegen eine etwa vorzunehmende verfassungskonforme Reduktion insofern kaum Einwände herleiten lassen, vgl. dazu BVerfGE 110, 226 (267 f.) m. Nw. zur Entstehungsgeschichte.

- <sup>79</sup> Die von *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), 177 (184) und *Simon* (Anm. 6), § 34 Rdnr. 53 a.E. allgemein gewählte Formulierung „Neuproduktion“ wäre jedenfalls für diesen Fall besonders treffend.
- <sup>80</sup> Im vorliegenden Fall hieße das: Geldwäsche wäre zwischenzeitlich jedenfalls nicht gemäß § 261 Abs. 5 StGB strafbar (!).
- <sup>81</sup> Zur Praxis des *BVerfG* gem. § 35 BVerfGG s. referierend sowie kritisch würdigend *Schlaich/Korioth* (Anm. 6), Rdnr. 473 f. m.w.N.
- <sup>82</sup> Parallele Wertung bei *H. H. Klein*, in: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S. 1139.
- <sup>83</sup> Zu diesem Aspekt oben II.1.
- <sup>84</sup> Kritisch indes bezüglich einer ausnahmslosen „Gesetzgeberfreundlichkeit“ der Aufrechterhaltung gegenüber der Verwerfung einer Norm mit guten Argumenten *Simon* (Anm. 6), § 34 Rdnr. 53; auch *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), 177 (184).
- <sup>85</sup> Zweifelhaft ist allerdings dann erst recht, dass den einfachen Gerichten weitgehend unstreitig die grundsätzliche Kompetenz zur Rechtsfortbildung zugebilligt wird: Dieser Umstand müsste folglich – da bei den Fachgerichten ja im Gegensatz zum *BVerfG* nicht einmal von gleicher „Augenhöhe“ mit dem Gesetzgeber gesprochen werden kann – das gewaltenteilige System vollends aus den Angeln heben?
- <sup>86</sup> Vgl. *Zippelius* (Anm. 38), S. 70. So geschehen auf Verfassungsebene z.B. bei der Rezeption der im wesentlichen in der Rspr. des *BVerfG* entwickelten (s. *Streinz* [Anm. 34], Art. 23 Rdnr. 3 a.E.) Integrationsschranken in Art. 23 Abs. 1 GG n.F., auf einfachgesetzlicher Ebene z.B. bei der Überführung zivilgewohnheitsrechtlicher Institute wie der c.i.c. (jetzt: § 311 Abs. 2 BGB n.F.) in das BGB im Rahmen der großen Schuldrechtsreform 2002.
- <sup>87</sup> So geschehen etwa bei der vom *BVerfG* kreierte Entscheidungsvariante der sog. Unvereinbarkeitserklärung in §§ 31 Abs. 2, 79 Abs. 1 BVerfGG im Jahre 1970 (vgl. *Heun* [Anm. 70], S. 634).

ihm ja unbenommen, *wenn* es – wie im Regelfall<sup>88</sup> – andere verfassungskonforme Ausgestaltungen gibt, diese *jederzeit* nach seinen rechtspolitischen Zielvorstellungen gesetzlich zu fixieren<sup>89</sup>. Ob das Gesetz kassiert worden ist, spielt insofern keine Rolle. Wieder konkret: Verfassungskonformität einmal vorausgesetzt, könnte der Gesetzgeber, erschiene ihm eine andere Privilegierung von Strafverteidigern unter den insoweit in der rechtswissenschaftlichen Diskussion vorgeschlagenen<sup>90</sup> vorzugswürdig, § 261 StGB entsprechend ändern, wie er auch die Entscheidung des *BVerfG* der Rechtsklarheit halber rezipieren<sup>91</sup> oder aber untätig bleiben könnte<sup>92</sup> mit der Folge, dass die Entscheidung des *BVerfG* als geltendes Gesetzesrecht (vgl. § 31 Abs. 2 BVerfGG)<sup>93</sup> von Fachgerichten und Behörden anzuwenden ist<sup>94</sup>. Eine Versteinerung des Gesetzesrechts durch die autoritative verfassungsgerichtliche Interpretation ist dabei nicht zu befürchten; der Gesetzgeber kann ja, wie beschrieben, tätig werden. Oder anders formuliert: Bindungswirkung bedeutet mit Blick auf den Gesetzgeber nicht gleichsam „Festbindungswirkung“ in dem Sinne, dass ihm verwehrt wäre, das verfassungskonform bindend *ausgelegte* Gesetz indes *als solches* nach seinen Vorstellungen zu novellieren.

### 3. Ergänzende Bedenken und deren Ausräumung

Die Bedenken, die ergänzend vorgebracht werden – schon gegen die verfassungskonforme Auslegung, erst recht damit gegen eine derartige verfassungskonforme Rechtsfortbildung – sind ihrem Schwerpunkt nach faktischer Natur:

#### a) Gesetzgebung pro futuro allenfalls unter erschwerten Bedingungen möglich?

Zum einen wird vorgebracht, der Verweis auf mögliches gesetzgeberisches Tätigwerden pro futuro ignoriere Aufwand und Schwierigkeiten eines jeden Gesetzgebungsverfahrens und verspreche zudem wenig Abhilfe, weil die durch die verfassungskonforme Auslegung aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Zweifelsfragen vorerst weiterhin bestehen blieben<sup>95</sup>.

<sup>88</sup> Vgl. *H. H. Klein* (Anm. 82), S. 1138; ebd. Fn. 20 auch zu Ausnahmen.

<sup>89</sup> s. zu diesem Gedanken schon *Löwer* (Anm. 8), § 70 Rdnr. 126 a.E.; auch *H. H. Klein* (Anm. 82), S. 1138; mit (wohl unbegründeten) Bedenken insoweit allerdings *Roth*, NVwZ 1998, S. 563.

<sup>90</sup> Vgl. Anm. 1.

<sup>91</sup> Durch Aufnahme des auch ansonsten im StGB nicht unüblichen – vgl. im Einundzwanzigsten Abschnitt des StGB nur etwa § 258 – subjektiven Tatbestandsmerkmals der „Wissentlichkeit“ (bzw. einer entsprechenden Umschreibung), bezogen auf ein näher zu umgrenzendes Tätigkeitsfeld des Strafverteidigers.

<sup>92</sup> Zu den Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers abstrakt ebenso *Bethge* (Anm. 6), § 31 Rdnr. 277.

<sup>93</sup> Die sog. Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG erstreckt die Rechtskraft der Entscheidungen des *BVerfG* auch auf solche Hoheitsträger, die weder Verfahrensbeteiligte noch Rechtsnachfolger sind; § 31 Abs. 2 BVerfGG steigert diese Bindungswirkung weiter, indem er Entscheidungen normprüfenden Charakters (auch etwa im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, vgl. § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG) gegenüber Zivilpersonen mit Allgemeinverbindlichkeit resp. Gesetzeskraft ausstattet. Zu dieser *h.M.* s. etwa *Bethge* (Anm. 6), § 31 Rdnr. 76, 122; ferner *Schlaich/Korioth* (Anm. 6), Rdnr. 482, 496.

<sup>94</sup> Das *BVerfG* behielte in diesem Falle kraft § 31 BVerfGG das „letzte Wort“, vgl. *Bethge* (Anm. 6), § 31 Rdnr. 272.

<sup>95</sup> *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177 (187).

Ersteres muss als Gegenargument erstaunen: Aufwand und Schwierigkeiten bereitet *jedes* Gesetzgebungsverfahren, dasjenige, das sich an die Kassation einer Norm anschliesse, nicht minder als das, welches auf Novellierung einer verfassungskonform ausgelegten bzw. reduzierten Norm zielt. Letzteres dagegen ist wohl eine Selbstverständlichkeit: Das *BVerfG* wird – als Gericht – reaktiv tätig, nicht gleichsam prophylaktisch im Stile einer den Gesetzgeber anleitenden verfassungsrechtlichen Begutachtungsstelle mit abschließendem Anspruch, die die in der politischen Diskussion kursierenden Vorschläge wägt<sup>96</sup>. Oder unpräziser: Das Risiko, pro futuro ein verfassungswidriges Gesetz zu erlassen, kann dem Gesetzgeber von einem Verfassungsgericht im Ergebnis nicht abgenommen werden. Der Gesetzgeber steht – arg. Vorrang der Verfassung; Art. 1 Abs. 3 GG – in letzter Konsequenz unter dem Banne des *BVerfG*.

Beide Einwände widersprechen dabei in überraschender Deutlichkeit jedenfalls der Tendenz nach dem sonst so oft vorgebrachten Argument, es gelte die Mutation des Verfassungsgerichts zu einem „Ersatzgesetzgeber“ zu verhindern<sup>97</sup>. Soll und will der Gesetzgeber seine gesetzgeberische Funktion wahrnehmen, muss er sich der Mühe eines Gesetzgebungsverfahrens ebenso stellen wie der Gefahr, dass das von ihm erlassene Gesetz bei nicht hinreichender Sorgfalt aus Verfassungsgründen beanstandet, im schlimmsten Falle<sup>98</sup> kassiert wird.

### **b) Mangelnde Disziplinierung des Gesetzgebers?**

Weiter – so wird vorgebracht – gelte es zu bedenken, dass das Instrument der verfassungskonformen Auslegung an einer „eingebauten pädagogischen Schwäche“ leide: Solange es eingesetzt wird, werde der Gesetzgeber nie lernen (wollen oder müssen), von vornherein *selbst* auf Verfassungskonformität bedacht zu sein<sup>99</sup>.

Dieses Argument ist nicht völlig von der Hand zu weisen, arbeitet jedoch mit je nach Lesart unterschiedlichen nicht unproblematischen Unterstellungen: Deutet man es im Sinne eines Vorwurfs allgemeiner gesetzgeberischer Nonchalance, wird man den gesetzgeberischen Bemühungen insoweit schwerlich gerecht; zumindest im Regelfall nämlich wird man davon ausgehen können (und dürfen), dass verfassungsrechtliche Zweifelsfragen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ausgiebig, jedenfalls aber überhaupt, erörtert werden<sup>100</sup>. Deutet man es dagegen im Sinne eines Vorwurfs gesetzgeberischer Unverfrorenheit in dem Sinne, dass trotz *erkannter* verfassungsrechtlich problematischer Punkte ein Gesetz einfach mal aufs Geratewohl beschlossen

<sup>96</sup> Wobei es dem *BVerfG* bekanntermaßen nicht verwehrt ist, einschlägige obiter dicta zu „streuen“.

<sup>97</sup> Dazu oben V.I. m.w.N.

<sup>98</sup> Zur Ambivalenz dieser Wertung – gleichsam spiegelbildlich – schon vor und in Anm. 84.

<sup>99</sup> *Vofßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177 (189) im Anschluss an *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 20 Rdnr. 9 Fn. 17; ähnlich *Schlaich/Korioth* (Anm. 6), Rdnr. 450: Der Gesetzgeber werde sich auch künftig darauf verlassen, dass das *BVerfG* unverhältnismäßige Spitzen seiner Gesetze abschleife.

<sup>100</sup> Vgl. insoweit nur etwa die von *BVerfGE* 108, 282 an den Landtag resp. die Landtage verwiesene Entscheidung zum gegebenenfalls zu normierenden Verbot des Tragens eines muslimischen Kopftuchs für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen: Dazu sind bspw. im Landtag von Baden-Württemberg in nennenswertem Umfang renommierte Sachverständige, darunter mit *Böckenförde* und *Mahrenholz* zwei prominente ehemalige Bundesverfassungsrichter, gehört worden, s. im einzelnen Anhörungsprotokoll vom 12.3.2004 (Ausschuss für Schule, Jugend und Sport, 26. Sitzung / Ständiger Ausschuss, 22. Sitzung).

wird, wird zweierlei zu berücksichtigen sein: zum einen, dass es wohl kaum im Sinne des Gesetzgebers *selbst* sein kann, zweifelhafte Gesetze auf den Weg zu bringen, die erst von der Gerichtsbarkeit, sofern möglich, verfassungskonform „zurechtgebogen“ werden müssen<sup>101</sup>, zum anderen auch, dass aus der ungewissen Perspektive des in Bezug auf die etwaige Verfassungswidrigkeit seines Vorhabens „risikobereiten“ Gesetzgebers es ja durchaus nicht klar ist, ob das Gesetz letztlich nicht doch zu Fall kommen, mithin nicht „nur“ verfassungskonform ausgelegt werden wird<sup>102</sup>.

### c) Fehlende Rechtsklarheit?

Bemängelt wird schließlich die von der (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit herbeigeführte Rechtsunklarheit: Von überraschenden „neuen“ Normen erfahre man zusehends aus der Entscheidungssammlung des *BVerfG*<sup>103</sup>. So sei z.B. eine Aussetzung des Vollzugs der Untersuchungshaft nach § 116 StPO ohne Kenntnis der Rechtsprechung des *BVerfG* nicht mehr ohne weiteres rechtsfehlerfrei möglich<sup>104</sup>; entsprechendes wird – man bedenke die bekannten verfassungsrechtlichen Ingerenzen bei Spontan- und Eilversammlungen<sup>105</sup> – für das Versammlungsrecht gelten.

Dass die Einwirkungen höherrangigen Rechts sich nicht unmittelbar im Normtext niederschlagen bzw. -geschlagen haben, ist, mit Verlaub, trivial: Ansonsten bedürfte es ja einer gerade *verfassungskonformen* Auslegung, die den Vorrang des höherrangigen Rechts aktualisiert, nicht. Dass schließlich für die faktisch maßgebliche, im Falle des *BVerfG* sogar: rechtlich verbindliche (arg. § 31 BVerfGG), Auslegung der streitentscheidenden Vorschriften einschlägige höchstgerichtliche Judikatur konsultiert werden muss, ist gleichfalls trivial: Ist dies nicht das tägliche Brot jeder Rechtspraxis, ja gerade ein wesentlicher Sinn rechtsvereinheitlichend wirkender obergerichtlicher Rechtsprechung überhaupt?

Der mangelnden Rechtsklarheit muss sich das *BVerfG* daher nur dann zeihen lassen, wenn es etwas kryptisch im Tenor eine Norm „in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung“ oder in einer Auslegung „nach Maßgabe der Gründe“ befürwortet<sup>106</sup>: Der geeignete Rechtsanwender ist dann darauf verwiesen, diese Gründe ausgiebig auf die benötigten Befunde hin zu durchsu-

<sup>101</sup> Anders könnte die Motivationslage bei der teilweise sog. verfassungsorientierten Auslegung sein (zur definitiven Abgrenzung gegenüber der verfassungskonformen Auslegung s. nur *Schlaich/Korioth* [Anm. 6], Rdnr. 448; übereinstimmend wohl *Bethge* [Anm. 6], § 31 Rdnr. 262). Insoweit kann der Gesetzgeber durch die Wahl unbestimmter Rechtsbegriffe seine politische Verantwortung *gezielt* an Judikative und/oder Exekutive delegieren, zumeist ohne das Damoklesschwert der Kassation fürchten zu müssen.

<sup>102</sup> Wobei man allerdings spitzfindig (und insofern nicht zu entkräften) einwenden könnte, eben dieses Risiko werde durch den hier vertretenen Ansatz der Tendenz nach ja gerade gemildert. – Ferner nicht zu entkräften, vermutlich allerdings eher abseitig, wäre das Argument, der Gesetzgeber könnte auf eine vorübergehende verfassungswidrige Praxis gerade spekulieren.

<sup>103</sup> Vgl. *Löwer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 2. Aufl. 1998, § 56 Rdnr. 112 a.E., dort als Argument allerdings in funktionell-rechtlichem Kritikzusammenhang gebraucht.

<sup>104</sup> *Schlaich/Korioth* (Anm. 9), Rdnr. 450, ebd. Fn. 165 mit Hinweis auf die zugehörige Fußnote im „Schönfelder“, die die einschlägige Judikatur bringt.

<sup>105</sup> s. dazu z.B. *Geis*, NVwZ 1992, S. 1025 ff.; ferner *Lüdemann*, JuS 2004, S. 27 ff.; jeweils m.w.N.

<sup>106</sup> Vgl. insoweit *Benda/Klein* (Anm. 14), Rdnr. 1287; *Schlaich/Korioth* (Anm. 8), Rdnr. 445.

chen. Wünschenswert ist daher, dass das *BVerfG* das Ergebnis der verfassungskonformen Auslegung knapp und klar in den im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichenden (vgl. § 31 Abs. 2 S. 3 BVerfGG) Tenor aufnimmt<sup>107</sup>, und zwar auch dann, wenn es einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung stattgibt, die auf einer nicht verfassungskonformen Deutung der betreffenden Norm beruht<sup>108</sup>. Dies ist vorliegend indes in vorbildlicher Form geschehen<sup>109</sup>. Für die *Rechtsklarheit* ist es dabei unerheblich, ob „nur“ eine einschränkende Auslegung verkündet und publiziert wird oder „gar“ eine verfassungskonforme Reduktion, oder – wie hier – eine verfassungskonforme Reduktion, die als solche nicht ausdrücklich kenntlich gemacht wird.

Ohnehin, um die gegebenen Beispiele erneut aufzugreifen: Dem Verfasser zumindest wäre nicht bekannt, dass nach den jeweils ergangenen Entscheidungen des *BVerfG* etwa die „Genehmigung“ von Spontan- und Eilversammlungen sowie die Aussetzung von Haftbefehlen nach § 116 StPO die zuständigen rechtsanwendenden Stellen je überfordert hätte; jedenfalls aber, stimmte man dieser Einschätzung nicht zu, wäre die Überforderung kaum eine andere als bei einer vergleichbaren positivrechtlichen Regelung. Dass indes der *Bürger* nicht ohne weiteres die geltende Rechtslage dem Gesetz entnehmen kann, dürfte regelmäßig auch dann zutreffen, wenn – selten genug – keine höchstgerichtlichen Judikate zu beachten sind. Zudem dürfte auch wohl kaum ein Betroffener etwas dagegen haben, wenn das oberste Gericht aus Verfassungsgründen Eingriffsmöglichkeiten des Staates grundrechtsfreundlich kupiert, auch wenn ihm die jeweils einschlägige Interpretation, die zu diesem Ergebnis führt, nicht geläufig sein sollte.

#### 4. Ergebnis

Entscheidend bei verfassungskonformer Auslegung wie Rechtsfortbildung ist nach alledem, dass der gesetzgeberische Wille „zu seinem Recht kommt“, mithin dass die gesetzgeberische Regelungszwecksetzung so weit wie aus Verfassungsrechtsgründen möglich gewahrt bleibt<sup>110</sup>. Der Wortlaut ist dabei nur ein Indiz unter anderen – wenn auch ein gewichtiges – für diese Regelungszwecksetzung und damit grundsätzlich überwindbar<sup>111</sup>. Unzulässig ist eine (gesetzesimmanente) verfassungskonforme Rechtsfortbildung nach alledem dann, wenn gegen die gesetzgeberische Zwecksetzung verstoßen wird<sup>112</sup>. Praktisch werden dürfte diese Erkenntnis vor allem bei eingreifenden

<sup>107</sup> Ebenso *Schlaich/Koriath* (Anm. 8), Rdnr. 445; *Benda/Klein* (Anm. 14), Rdnr. 1287; *Löwer* (Anm. 8), § 70 Rdnr. 111.

<sup>108</sup> So schon *Pestalozza* (Anm. 99), § 20 Rdnr. 28 a.E.

<sup>109</sup> BVerfGE 110, 226 (227, Nr. 2 der Entscheidungsformel).

<sup>110</sup> Übereinstimmend *Larenz/Canaris* (Anm. 31), S. 161.

<sup>111</sup> Ähnlich zur Relevanz des Wortlautkriteriums *Jarass* (Anm. 12), Einl. Rdnr. 6 f.

<sup>112</sup> Ebenso *Zippelius* (Anm. 7), S. 121; *Looschelders/Roth*, JZ 1995, S. 1034 (1044 f.); *Roth*, NVwZ 1998, S. 563 (566). – Vgl. auch *Koch/Rüßmann* (Anm. 38), S. 267: Eine unzulässige Gesetzeskorrektur liege dann vor, wenn gegen den ermittelten Wortsinn wie auch gegen die Zwecksetzungen des Gesetzgebers verstoßen wird; *dies.*, ebd., S. 270: Wenn neben dem Wortsinn auch der gesetzgeberische Zweck modifiziert wird, liege eine den Fachgerichten wie dem *BVerfG* verbotene Gesetzeskorrektur vor. Die gewählten Formulierungen sind dabei vor dem Hintergrund der *Koch-Rüßmannschen* Begriffsbildung (dazu ebd., S. 249 f., 255) zu sehen. Die zitierten Formeln heben auf die Konstellation „Feld 5“ (= kumulativer Verstoß gegen Wortlaut und Wille) in der die spezifische Begriffsbildung veranschaulichenden Matrix (ebd., S. 249) ab, die als wohl einzige der neun nach



Normen, die im Wege verfassungskonformer Reduktion auf ein (noch) freiheitsverträgliches Maß „zurechtgestutzt“ werden. Ein unzulässiger Übergriff in die Sphäre des Gesetzgebers liegt dabei insbesondere dann nicht vor, wenn die streitbefangene einfachgesetzliche Regelung eine möglichst weitgehende Beschneidung von Freiheitsgrundrechten zugunsten anderer Rechtsgüter anstrebt und nicht gerade in der vorliegenden Form gewollt war<sup>113</sup>. Als unter Gewaltenteilungsgesichtspunkten problematisch könnte dieses methodische Vorgehen dabei, mangels Verwerfungskompetenz, allenfalls im Rahmen der *fachgerichtlichen* Rechtsprechung angesehen werden<sup>114</sup>; zu erwägen wäre hier eine Vorlagepflicht analog Art. 100 Abs. 1 GG<sup>115</sup>.

## VI. Schlussbemerkung

Aus bundesverfassungsgerichtlicher Perspektive mag es verständlich sein, dass eine gewisse Präferenz dafür besteht, bezüglich der allgemeinen Maßstabsbildung lieber an einen etwas vorsichtiger formulierenden Teil der eigenen Rechtsprechung anzuknüpfen<sup>116</sup> und die konkrete Fallgestaltung „dennoch“ sachgerecht zu bewältigen, als das methodische Kind ohne Not womöglich gleich mit dem Bade auszuschütten. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive sei freilich folgende Conclusio aus der bis auf den unzutreffenden<sup>117</sup> Obersatz überaus gelungenen „Geldwäsche“-Entscheidung gestattet: Die verfassungskonforme Reduktion einfachgesetzlicher Normen auf ein den Freiheitsgrundrechten noch entsprechendes Maß ist, sofern mit dem objektivierten Willen des Gesetzgebers im jeweiligen Fall übereinstimmend, jedenfalls vonseiten des *BVerfG* methodisch allgemein zulässig – wenn nicht im Sinne der Normerhaltung<sup>118</sup> geboten<sup>119</sup>.

---

*Koch/Rießmann* insgesamt zu unterscheidenden interpretativen Konstellationen aus dem Bereich zulässiger Rechtsfindung schon *generell* ausgeschieden werden soll (näher ebd., S. 249 ff. mit Bsp.) – was sich im Ergebnis mit der hier vertretenen Auffassung treffen dürfte.

<sup>113</sup> Zu diesen beiden Voraussetzungen schon vor und in Anm. 77 f.

<sup>114</sup> Hier erst, und nicht schon bei der verfassungskonformen Auslegung „i.e.S.“, könnte dann das Argument durchschlagen, die Korrektur des Gesetzgebers entspreche faktisch einer Teilnichtigkeitserklärung der Norm, vgl. dazu *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177 (184); vertiefend *Prümm* (Anm. 68), S. 243-250; sehr anschaulich *Schlaich/Korioth* (Anm. 6), Rdnr. 387 anhand eines Bsp. aus der Rspr. des *BVerfG*. Hält die judikative Rechtsanwendung sich noch im Rahmen der Wortlautgrenze, liegt also (nach hier verwendeter Terminologie) verfassungskonforme Auslegung vor im Unterschied zu verfassungskonformer Rechtsfortbildung, dürfte kein Übergriff der Fachgerichte in legislative Kompetenzen festzustellen sein: Mit einer solchen Auslegung muss der Gesetzgeber schon grundsätzlich rechnen; die Grundrechtsbindung aus Art. 1 Abs. 3 GG etwa entfaltet sich hier, sofern die Auslegung im übrigen *lege artis* ausgeführt wird, *innerhalb* – und im Unterschied zur gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung sogar: *exakt* innerhalb – des Rahmens, den der Gesetzgeber selbst den übrigen Gewalten gezogen hat. Zum Problemkreis Fachgerichtsbarkeit und verfassungskonforme Auslegung instruktiv jüngst *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177 ff.

<sup>115</sup> Dies kann und soll hier nicht im einzelnen entfaltet werden. – Zur grundsätzlichen Kritik an der verfassungskonformen Auslegung durch die Fachgerichte und möglichen Lösungsansätzen s. nochmals *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), S. 177 ff., dort S. 184 f. auch zu dem Gedanken, dass ohne Vorlagepflicht der Fachgerichte an das *BVerfG* die Demokratie Gefahr läuft, durch den Rechtsstaat ausgehebelt zu werden.

<sup>116</sup> Zu den (wohl) divergierenden Maßstäben s. die Ausführungen zu II.3. m.w.N.

<sup>117</sup> Oder milder: den nach der hier III. befürworteten Terminologie unzutreffenden.

<sup>118</sup> Zum *favor legis* s. schon vor und in Anm. 7.

<sup>119</sup> Fraglich ist das Verhältnis der verfassungskonformen Reduktion zur Nichtigkeits- und zur Unvereinbarkeitserklärung. *H. H. Klein* (Anm. 82), S. 1139 sieht verfassungskonforme Auslegung einer- sowie Nichtigkeits-/Unvereinbarkeitserklärung in Kombination mit einer Vollstreckungsanordnung andererseits als „funktionsäquivalente Alternativen“; mit „Auslegung“ meint *H. H. Klein* dabei wohl Auslegung „i.w.S.“, vgl. ebd., S. 1138.