

## E. Materiellrechtliche Auswirkungen

Die Anwendung der vorstehenden Strukturüberlegungen auf rechtliche Argumentationssituationen bzw. Anwendungssituationen eröffnet den Raum, juristische Meinungsdivergenzen anders aufzuschlüsseln, als es ausgehend von der klassischen Vorstellung von Rechtsanwendung möglich wäre. Dass zu einer Rechtsfrage unterschiedliche Ansichten vertreten werden, muss nicht auf tatsächlich unterschiedlichen Rechtsauffassungen basieren, sondern kann auch daran liegen, dass dasselbe Problem von den einen über die Anwendbarkeitsebene, von den anderen über die Anwendungsebene gelöst wird. Die Frage, ob eine Lösung auf der Anwendbarkeits- oder der Anwendungsebene vorzugswürdig ist, ist keine rein dogmatische, sondern auch eine rechtstheoretische Frage, die an der Rechtsgrundauffassung hängt. Hinzu kommt, dass durch eine unsaubere Trennung häufig Argumente für bzw. gegen die Anwendbarkeit bzw. Anwendung vorgebracht werden, die an der Stelle keinen Mehrwert bringen und für die Gegenansicht deshalb auch nicht zugänglich sind. Aufgezeigt werden soll der Erkenntnisgewinn in der Klarheit der Argumentation durch eine Unterscheidung von Anwendbarkeits- und Anwendungsebene an zwei Beispielen aus dem Strafrecht und dem öffentlichen Recht.

### I. Rechtsfolgenlösung oder Typenkorrektur?

Das wohl bekannteste Beispiel für einen Streit zwischen der Lösung auf der Anwendungsebene und der Anwendbarkeitsebene dürfte die Beantwortung der Frage sein, wie eine verhältnismäßige Anwendung des § 211 Abs. 2 Alt. 5 StGB – des heimtückischen Mordes – sichergestellt werden soll.

Der BGH hat erst jüngst – im Anschluss an die Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe –<sup>1048</sup> seine als „*Rechtsfolgenlösung*“ bekannte Auffassung bestätigt, dass bei einer heimtückischen Tötung trotz Schuldspruch wegen Mordes nicht auf lebenslange Freiheitsstrafe anzuerkennen sei, sondern die Strafe § 49 Abs. 1 StGB

---

1048 BGH, Urteil vom 19. August 2020 – 5 StR 219/20 mit Verweis auf BVerfG, Urteil vom 21. Juni 1977 – 1 BvL 14/76.

analog zu mildern, wenn „außergewöhnliche mildernde Umstände“ vorliegen.<sup>1049</sup> Denn eine „verfassungskonforme Rechtsanwendung gebiete die Ersetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch einen für Strafzumessungserwägungen offenen Strafraum, wenn die Tatmodalität der heimtückischen Begehungsweise mit Entlastungsmomenten zusammentreffe, die zwar nicht nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zu einer milderen Strafdrohung führten, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe aber als mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar erschiene.“<sup>1050</sup>

In der Literatur hat die Rechtsfolgenlösung mehrfach und umfassend Kritik erfahren. In Abrede gestellt wird dabei nicht das verfassungsrechtliche Erfordernis der Verhältnismäßigkeit der Bestrafung. Vorgeworfen wird dem BGH einerseits, das „Wertungsgefüge der Tötungsdelikte“ zu verzerren –<sup>1051</sup> denn eine Milderung nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB sehe eine Mindeststrafandrohung von lediglich drei Jahren vor, was noch unterhalb der des Totschlags (5 Jahre) liege, und wodurch das Vorliegen des Mordmerkmals überkompensiert werde, ohne dass auf die Privilegierung des § 213 StGB zurückgegriffen wird.<sup>1052</sup> Problematisiert wird darüber hinaus aber andererseits insbesondere, dass die „Gesetzestreue auf der Tatbestandsseite mit einer Missachtung des Gesetzes auf der Rechtsfolgenseite erkaufte“ werde.<sup>1053</sup> Denn die Lösung des BGH über die analoge Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB stellt eine Rechtsfortbildung dar, die die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschreitet.<sup>1054</sup> Durch die Eliminierung der Todesstrafe aus dem StGB sei zwar eine zuvor vorgesehene Milderungsmöglichkeit beim Mord entfallen,<sup>1055</sup> dennoch fehle es aber an einer planwidrigen Regelungslücke, „weil bereits die Tatbestandsebene die Möglichkeit zur Berücksichtigung außergewöhnlicher schuld-mindernder Umstände biete“<sup>1056</sup>. Dementsprechend korrigiert ein wesentli-

---

1049 Jüngst BGH, Urteil vom 19. August 2020 – 5 StR 219/20 mit Verweis auf BGH, Beschluss vom 19. Mai 1981 – GSSt 1/81.

1050 BGH, Urteil vom 19. August 2020 – 5 StR 219/20, Rn. 14.

1051 Eser / Sternberg-Lieben, § 211 StGB, Rn. 10b.

1052 Neumann, *Vorbemerkungen zu § 211 StGB*, Rn. 162; Schneider, § 211 StGB, Rn. 42 mwN.

1053 Neumann, *Vorbemerkungen zu § 211 StGB*, Rn. 162.

1054 Schneider, § 211 StGB, Rn. 40 mwN; Eser / Sternberg-Lieben, § 211 StGB, Rn. 10b mwN.

1055 Schneider, § 211 StGB, Rn. 40.

1056 Schneider, § 211 StGB, Rn. 41; so bspw. Günther, *Lebenslang für "heimtückischen Mord"? Das Mordmerkmal "Heimtücke" nach dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen*, S. 353 (357).

cher Teil des Schrifttums unbillige Ergebnisse aufgrund des Vorliegens eines Mordmerkmals auf der Tatbestandsseite mittels einer Typenkorrektur.<sup>1057</sup> Bejaht wird die Feststellung des Vorliegens eines Mordmerkmals nur, wenn die Tat sich als besonders verwerflich charakterisiert (positive Typenkorrektur), bzw. verneint wird das Vorliegen eines Mordmerkmals, wenn die Tat aufgrund besonderer Umstände ausnahmsweise nicht besonders verwerflich erscheint (negative Typenkorrektur).<sup>1058</sup>

Der Lösungsweg, den die Rechtsprechung einschlägt, ist eine Korrektur auf der Anwendungsebene: § 211 StGB wird weder in seiner Geltung noch in seinem tatbestandlichen Anwendungsbereich verändert, eingegriffen wird lediglich in den Zusammenhang zwischen Vorliegen des Tatbestandes und Eintritt der Rechtsfolge, weil trotz Vorliegens des Tatbestandes die Rechtsfolge – die lebenslange Freiheitsstrafe – nicht verhängt wird. Die Literatur löst das Problem hingegen größtenteils über die Anwendbarkeitsebene: Durch die Typenkorrektur wird ein weiteres positives bzw. negatives Tatbestandsmerkmal eingeführt, das verhindert, dass bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände auf eine lebenslange Freiheitsstrafe erkannt werden müsste.

Demzufolge ist es aus der Sicht der Literatur folgerichtig, gegen die Ansicht des BGH damit zu argumentieren, dass es keine planwidrige Regelungslücke gebe, da dieses Argument die Argumentation des BGH zur analogen Anwendung des § 49 Abs.1 StGB untergräbt. Anders, wenn die Rechtsfolgenlösung allein mit der Argumentation zurückgewiesen wird, die Rechtsfolgenlösung führe aufgrund des Anknüpfungsmoments an nicht näher bestimmte „*außergewöhnliche Umstände*“ zur Rechtsunsicherheit: Denn dadurch wird nicht die Begründung des BGH zur analogen Anwendung des § 49 Abs.1 StGB, sondern nur das Ergebnis angegriffen. Dies hieße aber, die Rechtsfolgenlösung in der Sache zu akzeptieren und lediglich ihre Anwendung zurückzuweisen. Die Kritik unter Bezugnahme auf die Rechtsunsicherheit ist damit zwar sachlich ein Argument gegen die Rechtsfolgenlösung, leistet aber nichts zur Begründung der Typenkorrektur, zumal sich bei einer Lösung über die Typenkorrektur die Rechtsunsicherheit auf die Tatbestandsebene verlagert.

Hinter den Streitigkeiten um die Rechtsfolgenlösung steht kein dogmatisch komplexes strafrechtliches Problem, sondern zunächst allein die Frage, ob dem Rechtsanwender ein Abweichen von dem gesetzlich eindeutigen Befehl zur Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe gestattet werden

1057 Neumann, *Vorbemerkungen zu § 211 StGB*, Rn. 160.

1058 Neumann, *Vorbemerkungen zu § 211 StGB*, Rn. 160 mwN.

soll. Erst wenn diese beantwortet ist, schließen sich weitere Fragen an – ob beispielsweise § 49 Abs.1 StGB das Vorliegen eines Mordmerkmals überkompensiert oder ob ein Anknüpfen an „außergewöhnliche Umstände“ zu unbestimmt ist. Das sind aber Diskussionen, die die Befürworter oder Kritiker der Rechtsfolgenlösung getrennt voneinander und unter sich ausmachen müssten.

## II. Streit über die Zulässigkeit von Anwendungsfragen:

### Verhältnismäßigkeitsprüfung bei gebundenen Entscheidungen

In den letzten Jahren wurde in der verwaltungsrechtlichen Literatur vermehrt die Frage der verhältnismäßigen Anwendung von Normen, die eine gebundene Entscheidung vorsehen, diskutiert. Eine gebundene Entscheidung ist eine Verwaltungsentscheidung, bei der die Verwaltung zu einem bestimmten Verhalten zwingend verpflichtet ist und keinen Entscheidungsspielraum hat, also kein Ermessen ausüben kann.

Auch diese Diskussion über die Zulässigkeit einer gerichtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Überprüfung der gebundenen Entscheidung beruht auf der Uneinigkeit darüber, ob eine Korrektur des Rechtsanwendungsergebnisses auf der Anwendungsebene erfolgen darf. Ausgangspunkt des Problems ist, dass gebundene Entscheidungen grundsätzlich keinen Raum für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung lassen, da diese nur vorgesehen ist, wenn ein behördlicher Ermessensspielraum vorliegt.<sup>1059</sup> Allerdings kann die Anwendung von Ermächtigungsgrundlagen, die keinen Raum für ein Ermessen lassen, zu unbilligen Ergebnissen führen, sodass das Bedürfnis nach einer Korrekturmöglichkeit entsteht. Dafür soll eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angestellt werden, denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip als „Relativierungsklausel“ dient dem Zweck, Fehler des Gesetzgebers auszubügeln und in allen Fällen eine grundrechtskonforme Rechtsanwendung sicherzustellen.<sup>1060</sup>

Die Literatur hat hierfür verschiedene, allesamt auf der Anwendbarkeits-ebene angesiedelte Lösungsmöglichkeiten entwickelt: Ist keine Verhältnismäßigkeitsprüfung gesetzlich vorgesehen (wie bspw. in § 7 Abs.2 PassG, in dem das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Tatbestandsvoraussetzung zu

---

1059 Überblick Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (97 f.).

1060 Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 186 ff.

verstehen ist), propagiert ein Teil der Literatur zur Verhinderung unverhältnismäßiger Ergebnisse eine verfassungskonforme Auslegung.<sup>1061</sup> Da hier jedoch die bei gebundenen Entscheidungen häufig eindeutige Wortlautgrenze einer Interpretation im Sinne des Rechtsanwenders entgegen steht,<sup>1062</sup> ziehen sich andere Teile der Literatur darauf zurück, die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Teil der teleologischen Auslegung zu begreifen und die Norm mit Blick auf den Zweck, ein verhältnismäßiges Ergebnis begründen zu können, dementsprechend auszulegen.<sup>1063</sup> Noch unbestimmter verhalten sich weitere Teile der Literatur, die eine Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dann für zulässig halten, wenn der Gesetzgeber die Prüfungscompetenz „mitgemeint“ hat,<sup>1064</sup> die Norm den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz also „inkorporiert“.<sup>1065</sup> Gegen diese Lösung spricht aber, dass der Gesetzgeber, will er für einzelne Fälle eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ermöglichen, auf eine Soll-Regelung zurückgreifen kann.<sup>1066</sup>

Die Rechtsprechung löst das Problem in der Praxis auf der Anwendungsebene und verlangt auch bei gebundenen Ermächtigungsgrundlagen eine an die Tatbestandsmäßigkeit anschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall, um Verletzungen der betroffenen Grundrechte zu vermeiden.<sup>1067</sup> So hat beispielsweise das BVerwG im Jahr 2009 zur Pflicht zur Tragung der Kosten einer Geiselfreieung abweichend von § 5 Abs. 5 S. 1 KonsG, der eindeutig eine vollständige Kostentragungspflicht begründet, entschieden, dass eine Kostenauflegung nur insoweit erfolgen

- 
- 1061 Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (98) mwN; Mehde, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, S. 541 (545) mwN.
  - 1062 Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, S. 131; Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (98).
  - 1063 Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, S. 138; das klingt an bei BVerwG, Urteil vom 21. März 2012 – 6 C 19/11, Rn. 33.
  - 1064 Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (101 ff.).
  - 1065 Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 101; Schnapp, *Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs*, S. 854, stellt darauf ab, ob „eine Norm gestaltungs-offen ist“.
  - 1066 Mehde, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, S. 541 (544, 547 f.).
  - 1067 Überblick bei Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96–104.

kann, als dies verhältnismäßig ist.<sup>1068</sup> Explizit, dass auch bei gebundenen Entscheidungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen hat, äußerte sich das OVG Münster in einem Beschluss aus dem Jahr 2008:

*„Auch bei gebundenen Verwaltungsentscheidungen ist aber zu prüfen, ob die vorgesehene Rechtsfolge den konkreten Verhältnissen des Einzelfalls gerecht wird. Dies gilt insbesondere bei Regelungen, die aufgrund ihrer typisierenden Betrachtung zwangsläufig nicht jeden im Einzelfall erheblichen Aspekt mit dem ihm gebührenden Gewicht erfassen können. In diesen Fällen würde die schematische Anwendung der Regelungen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.“*<sup>1069</sup>

Dieses Vorgehen der Rechtsprechung bleibt seitens der Literatur nicht ohne Kritik, die der Rechtsprechung vorwirft, ihre Kompetenzen zu überschreiten, da sie sich durch eine klar dem Gesetzeswortlaut widersprechende Rechtsanwendung selbst zum Gesetzgeber aufschwingen.<sup>1070</sup> Hinzu kommt, dass die Korrektur über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von den Gerichten lediglich darüber begründet wird, dass ein Rechtsanwendungsergebnis verhältnismäßig sein müsse – eine klassische *petitio principii*.<sup>1071</sup>

Schwere Bedenken mit Blick auf das Verhältnis von Gesetzgeber, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit zueinander müssen angesichts des Vorgehens der Gerichte aber nicht aufkommen –<sup>1072</sup> zumindest nicht, soweit seitens der Literatur eine entsprechende Norminterpretation befürwortet wird, welche auf der Anwendbarkeitsebene das versucht, was die Gerichte auf der Anwendungsebene umsetzen. Ob eine Korrektur, wie sie durch die Gerichte erfolgt, zulässig ist, ist zudem keine verwaltungsrechtsdogmatische Frage, sondern geht auf die grundsätzliche Frage der Reichweite der richterlichen Rechtsetzungskompetenz zurück.

---

1068 BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2009 – 7 C 13/08.

1069 OVG Münster, Beschluss vom 18. Juni 2008 – 19 B 870/08.

1070 Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (101); Mehde, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, S. 541 (548).

1071 Naumann, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen*, S. 96 (101); Mehde, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, S. 541 (544).

1072 So aber Mehde, *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei gebundenen Entscheidungen*, S. 541 (548).