

**Deutsche SchülerAkademie  
Braunschweig 2003-2**

**Kurs 2.3: Alles, was Recht ist -  
eine Einführung in die Rechtswissenschaften**

- Jördis Janssen und Jens Ph. Wilhelm -

**Kursmaterialien**



## Inhaltsübersicht

### **Teil I: Skriptum**

<i>I. Einführung in die Rechtswissenschaften</i>	
1. Überblick über die Rechtswissenschaften (ausgehend vom deutschen Recht) .....	1
2. Überblick über die Rechtsquellen und die Hierarchie der Rechtsnormen .....	2
3. Überblick über die Gerichtsorganisation in Deutschland .....	4
<i>II. Einführung in das Zivilrecht</i>	
4. Grundlagen des Bürgerlichen Rechts (dargestellt am Beispiel des Kaufs) .....	5
5. Rechtsgeschäftslehre - Von der Willenserklärung zum Vertrag .....	7
6. Geschäftsfähigkeit (insb. Minderjährigenrecht) .....	9
7. Stellvertretung .....	10
<i>III. Einführung in das Strafrecht</i>	
8. Gesetzlichkeitsprinzip - die Garantiefunktion des Strafrechts (§ 1 StGB, Art. 103 II GG) .....	12
Materialienanhang .....	13
9. Materieller Verbrechensbegriff des Strafrechts (sog. Straftatsystem) .....	17
10. Strafverfahren .....	20
11. Gang der Hauptverhandlung in Strafsachen erster Instanz (Übersicht) .....	23
12. Verfahrensgrundsätze des deutschen Strafverfahrensrechts .....	25
<i>IV. Einführung in das Staatsrecht (Allgemeine Grundrechtslehren)</i>	
13. Einteilung der Grundrechte .....	27
14. "Funktionen" der Grundrechte .....	28
15. Grundrechtsträger .....	28
16. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen (Eingriffsmaßnahmen) .....	29
17. Grundrechtsprüfung (insbesondere Schrankenziehung) .....	30
<i>IV. Einführung in die juristische Arbeitsweise</i>	
18. Subsumtionstechnik, Gesetzesauslegung und juristische Argumentation .....	32
Materialienanhang .....	33
19. Die Fallbearbeitung (Rechtsgutachten) .....	36
Materialienanhang: Der "Taschenbuch-Fall" (vgl. <i>OLG Celle</i> , NJW 1967, 1921) .....	37

### **Teil 2.1: Falltexte**

<u>Fall 1</u> (= Beispielfall 1): Der "Sprayer von Zürich" (Fall Harald Naegeli; vgl. <i>BVerfG</i> , NJW 1984, 1293) .	41
<u>Fall 2</u> (= Übungsfall 1): Der "Fall Max & Moritz" (2. Streich) [aus: <i>Wilhelm Busch</i> , Max und Moritz - eine Bubengeschichte in sieben Streichen] .....	42
<u>Fall 3</u> (= Beispielfall 2): "Das Lexikon" (= <i>W. Brehm</i> , Fälle und Lösungen zum Allgemeinen Teil des BGB, 2. Aufl. 2002, Fall 4, S. 40) .....	43
<u>Fall 4</u> (= Übungsfall 2): "Der Kauf des Fernrohrs" (= <i>W. Brehm</i> , Fälle und Lösungen zum Allgemeinen Teil des BGB, 2. Aufl. 2002, Fall 8, S. 72) .....	43
<u>Fall 5</u> (= Übungsfall 3): "Die Schwarzfahrt" (u.a. <i>AG Köln</i> , NJW 1987, 447; <i>AG Hamburg</i> , NJW 1987, 448; <i>AG Bergheim</i> , NJW-RR 2000, 202) .....	44
<u>Fall 6</u> (= Übungsfall 4): "Pech mit dem Examensgeschenk" (= <i>K. v. Koppenfels</i> , Der praktische Fall - Bürgerliches Recht: Pech mit dem Examensgeschenk, JuS 2002, 569) .....	44
<u>Reservefall Zivilrecht</u> : "Die undankbaren Golfer" (= <i>W. Brehm</i> , Fälle und Lösungen zum Allgemeinen Teil des BGB, 2. Aufl. 2002, Fall 9, S. 78) .....	45
<u>Fall 7</u> (= Übungsfall 5): "Der Spanner" (= <i>BGH</i> , NJW 1979, 2053) .....	45
<u>Fall 8</u> (= Übungsfall 6): "Der Haustyrann" (vgl. <i>BGH</i> , NJW 1983, 2456) .....	46
<u>Reservefall Strafrecht</u> : "Die Sirupflasche" (= <i>OLG Stuttgart</i> , DRZ 1949, 42) .....	46
<u>Fall 9</u> (= Beispielfall 3): Der "Fall Schleyer" (= <i>BVerfGE</i> 46, 160) .....	47
<u>Fall 10</u> (= Übungsfall 7): "Das Kopftuch" (= <i>C. Goos</i> , Zur Übung - Öffentliches Recht: Das Kopftuch am Albert-Schweitzer-Gymnasium, JuS 2002, 654) .....	47
<u>Fall 11</u> (= Übungsfall 8): Der "Fall Wolfgang Daschner" (Entführungsfall Jakob von Metzler) .....	48
<u>Reservefall Staatsrecht</u> : "Nach Anruf Festnahme" (= <i>BVerfG</i> , NJW 2003, 1787) .....	50
<u>Fall 12</u> : Akte in der Strafsache Leopold Eck wegen Mordes (Akte nach <i>R. Schmidt/H. v. Weber</i> , Strafprozess, Tübingen, 5. Aufl. 1927, S. 1-62) .....	Anh. 1

## 1. Überblick über die Rechtswissenschaften (ausgehend vom deutschen Recht)

- **Internationales und supranationales Recht** (*meist dem Öffentlichen Recht zugeordnet*)
  - Völkerrecht i.e.S. (einschl. dem Recht der Internationalen Organisationen)
  - Europarecht i.e.S. (= Recht der Europäischen Gemeinschaften; *eigentlich Völkerrecht*)
- **Öffentliches Recht**
  - Verfassungsrecht (u.a. Staatsrecht)
  - Verwaltungsrecht
    - Allgemeines Verwaltungsrecht (u.a. Verwaltungsverfahrenrecht)
    - Besonderes Verwaltungsrecht (= besondere Materien des Verwaltungsrechts; u.a. Kommunalrecht, Polizeirecht, Baurecht)
  - Sozialrecht
  - Finanz- und Steuerrecht
  - Kriminalwissenschaften (*hierzu zählt auch die Kriminologie als empirische Hilfswissenschaft*)
    - Strafrecht (u.a. sog. Kern- und Nebenstrafrecht, einschl. Jugendstrafrecht)
    - Ordnungswidrigkeitenrecht
  - Prozeßrecht
    - Gerichtsverfassungsrecht
    - Gerichtsverfahrensrecht (= einzelne Prozeßrechte)
      - Verfassungsgerichtsverfahrensrecht
      - Verwaltungsgerichtsverfahrensrecht
      - Sozialgerichtsverfahrensrecht
      - Finanzgerichtsverfahrensrecht
      - Ordentliche Gerichtsbarkeit:
        - Strafverfahrensrecht (u.a. Strafprozeßrecht, Strafvollzugsrecht)
        - Zivilverfahrensrecht (u.a. Zivilprozeßrecht, Zwangsvollstreckungsrecht, Recht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit)
      - Arbeitsgerichtsverfahrensrecht
- **Privatrecht**
  - Bürgerliches Recht i.e.S. (u.a. Allgemeiner Teil einschl. Rechtsgeschäftslehre, Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht)
  - Handels- und Wirtschaftsrecht i.w.S.
    - Handelsrecht
    - Gesellschaftsrecht (u.a. Aktienrecht)
    - Wertpapierrecht
    - Gewerblicher Rechtsschutz (Wettbewerbsrecht)
    - Privat-Versicherungsrecht
  - Arbeitsrecht
    - Individualarbeitsrecht
    - Kollektives Arbeitsrecht (u.a. Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht, Betriebsverfassungsrecht)
  - Internationales Privatrecht
- **Kirchenrecht** (ohne Staatskirchenrecht)
- **Grundlagen-/Hilfswissenschaften:**
  - Rechtstheorie und Methodenlehre
  - Rechtsphilosophie
  - Rechtssoziologie
  - Allgemeine Staatslehre
  - Rechtsgeschichte (einschl. dem Römischen Recht)
  - Rechtsvergleichung
  - Kriminologie (s.o.)

## 2. Überblick über die Rechtsquellen sowie die Hierarchie der Rechtsnormen

Unter **Rechtsquellen** versteht man einmal die Entstehungsgründe der Rechtssätze, zum anderen die durch ihren Entstehungsgrund gekennzeichneten Erscheinungsformen des objektiven Rechts (= *Rechtsnormen*), die innerhalb des Herrschaftsbereichs der jeweiligen (z.B. staatlichen) Rechtsordnung für alle Rechtsunterworfenen gelten. So definiert man in letzterem Sinne die **Rechtsnormen** als - zumindest mittelbar (s.u. die kraft eines hoheitlichen Rechtsaktes geltenden privatrechtlichen Rechtsnormen) - hoheitliche Anordnungen, die - anders als etwa ein Vertrag oder Verwaltungsakt - für eine unbestimmte Vielzahl von Personen (= Normadressaten) und ohne Rücksicht darauf, ob diese der Norm zugestimmt haben, allgemein verbindliche Regelungen enthalten (im einzelnen ist der Begriff der Rechtsnorm allerdings streitig). Grundsätzlich besteht jede Rechtsnorm aus einem **Tatbestand** ("wenn ...") und einer **Rechtsfolge** ("dann ..."): Der Tatbestand umschreibt die tatsächlichen und/oder rechtlichen Voraussetzungen der Norm, bei deren Vorliegen die durch die Norm angeordnete Rechtsfolge (Rechtswirkung) eingreift. So wird etwa in § 303 Abs. 1 StGB der (Straf-)Tatbestand (= TB) der Sachbeschädigung als vorsätzliche<sup>1)</sup> Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache umschrieben, für die als Rechtsfolge (= RF) bestimmte strafrechtliche Sanktion(en) vorgesehen sind (nämlich Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe von fünf bis zu 360 Tagessätzen zu jeweils einem bis zu 5.000 Euro<sup>3)</sup>):

"§ 303 StGB. Sachbeschädigung. (1) [TB:] Wer rechtswidrig<sup>2)</sup> eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, [RF:] wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

Anmerkungen: <sup>1)</sup> Daß die Sachbeschädigung eine Vorsatztat ist, ergibt sich aus § 15 StGB. Hiernach ist, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, nur die vorsätzliche Tatbegehung strafbar.

<sup>2)</sup> "Rechtswidrig" ist *hier* nach h.M. kein echtes Tatbestandsmerkmal, sondern nur ein sog. allgemeines Verbrechensmerkmal, das auf die (stets erforderliche) Prüfung der Rechtswidrigkeit des Handelns (besonders) verweist.

<sup>3)</sup> Der konkrete Umfang der angedrohten Freiheitsstrafe bzw. der Geldstrafe ergibt aus einer Zusammenschau von § 303 und den allgemeinen Regelungen über die Strafsanktionen in §§ 38 f; 40 StGB

Das vorstehende Beispiel nebst den Anmerkungen zeigt, daß die konkrete Anwendung der einzelnen Normen auf einen Sachverhalt regelmäßig auch die Kenntnis des Normkontextes voraussetzt. Die Rechtsanwendung erfordert somit ein (nahezu mathematisch-logisch) strukturiertes Denken, zumal zur Falllösung häufig verschiedene, aufeinander aufbauende oder auch ineinander verschachtelte Rechtsnormen heranzuziehen sind.

### I. Rechtsquellen des nationalen Rechts (ausgehend vom deutschen Recht)

#### A) Öffentlich-rechtliche Rechtsnormen

1. Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder
2. (einfache) Gesetze (= formelle Gesetze ohne Verfassungsrang)
3. Rechtsverordnungen (= durch die Exekutive aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm erlassene Normen, vgl. Art. 80 GG)
4. Verwaltungsvorschriften (= innerbehördliche normkonkretisierende Dienstanweisungen [zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsauslegung und -anwendung durch die Behördenmitarbeiter])
5. Sonderverordnungen (zur Regelung sog. besonderer Gewaltverhältnisse)
6. Satzungen (= autonomes Recht öffentlich-rechtlicher Körperschaften, z.B. der Gemeinden, Universitäten)
7. Gewohnheitsrecht (es wird durch eine länger andauernde, von einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Handelnden getragene einheitliche Übung [= Rechtspraxis] begründet)
8. Richterrecht (str.; ständige höchstrichterliche Rechtsprechung)

#### B) Privatrechtliche Rechtsnormen (str.)

1. Tarifverträge, zumindest soweit nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt
2. Allgemeine Vertragsbedingungen, soweit staatlich konzessioniert (str.; z.B. Allgemeine Versicherungsbedingungen, Allgemeine Beförderungsbedingungen)

**Anhang: Sonstige Rechtsakte** (mangels allgemeiner rechtlicher Verbindlichkeit sind sie keine Rechtsnormen)

#### 1. Rechtshandlungsformen der Exekutive:

- a) Öffentlich-rechtliche Verträge nach § 54 VwVfG
- b) Verwaltungsakte (u. Allgemeinverfügungen) nach § 35 VwVfG
- c) Pläne (str., meist formal als Rechtsnorm ergehend; Bsp. Flächennutzungsplan)

#### 2. Rechtshandlungsformen der Judikative: (Gerichts-) Urteile und Beschlüsse (tw. auch normverwerfender Art, so bei Normenkontrollen untergesetzlichen Landesrechts [§ 47 VwGO] bzw. vorkonstitutionellen Rechts)

#### 3. Rechtshandlungsformen Privater:

- a) Verträge
- b) Satzungen privat-rechtlicher Körperschaften, z.B. Vereinssatzung
- c) sonstige Rechtsgeschäfte

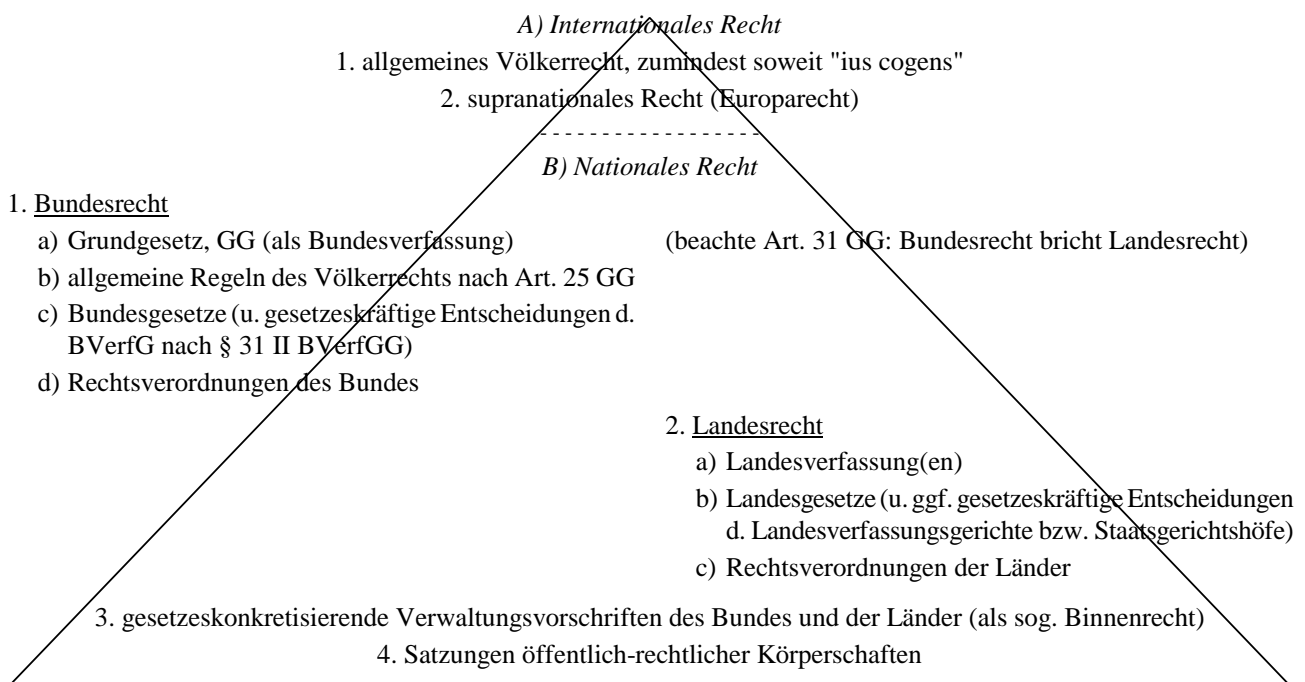
## II. Rechtsquellen des Völkerrechts (siehe hierzu Art. 38 IGH-Statut)

1. Völkerrechtliche Verträge
2. Völkergewohnheitsrecht
3. Allgemeine Rechtsgrundsätze
4. *Rechtserkenntnisquellen* (sog. Hilfsquellen)
  - a) Richterliche Entscheidungen
  - b) Völkerrechtslehre

## III. Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts

1. Primäres Gemeinschaftsrecht (Gründungsverträge etc.)
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht (siehe hierzu Art. 249 EGV nF = Art. 189 EGV aF)
  - a) Verordnungen (allgemein bindend)
  - b) Richtlinien (grds. nur die Mitgliedstaaten bindend)
  - c) Entscheidungen (für die Adressaten verbindlich)
  - d) Empfehlungen und Stellungnahmen (unverbindlich)

## IV. Die Hierarchie der Rechtsnormen (Die Normenpyramide)



### 3. Überblick über die Gerichtsorganisation in Deutschland

<u>Bundesverfassungsgericht</u> (BVerfG) Plenum: ●●●●●●●●●● ●●●● 2 Senate: ●●●●●●●● Kammern: ●●●●	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes: ●●●●●●●●				
	<u>Bundesgerichtshof</u> (BGH) Vereinigte Große Senate: ●●●●●●●●●● ●●●●●●●● Großer Senat für Zivilsachen: ●●●●●●●●●● Großer Senat für Strafsachen: ●●●●●●●●●● Zivil- bzw. Strafsenate: ●●●●●	<u>Bundesarbeitsgericht</u> (BAG) Großer Senat: ○○○●●●●●●●●●● ●○○○ Senate: ○●●●○	<u>Bundessozialgericht</u> (BSG) Großer Senat: ○○○●●●●●●●●●● ●●●○○○ Senate: ○●●●○	<u>Bundesfinanzhof</u> (BFH) Großer Senat: ●●●●●●●●●● ●● Senate: ●●●●●	<u>Bundesverwaltungsgericht</u> (BVerwG) Großer Senat: ●●●●●●●●●● Senate: ●●●●●
	<u>Verfassungsgerichtshöfe</u> (VerfGH) [in BW: Staatsgerichtshof (StGH)] der Länder (unterschiedliche Besetzung)	<u>Oberlandesgerichte</u> (OLG) [bzw. Kammergericht (KG)] Zivilsenate: ●●● Strafsenate (1. Instanz): ●●● oder ●●●●● Strafsenate (Rechtsmittelinstanz): ●●●	<u>Landesarbeitsgerichte</u> (LAG) Kammern: ○●○	<u>Landessozialgerichte</u> (LSG) Senate: ○●●●○	<u>Finanzgerichte</u> (FG) Senate: ○●●●○
<u>Verfassungsgerichtsbarkeit</u>	<u>Landgerichte</u> (LG) Zivilkammern: ●●● oder ● (Einzelrichter) Kammern für Handelsachen: ○●○ Große Strafkammern (1. Instanz)*: ○●●●○ oder ○●●○ Kleine Strafkammern (Berufungen): ○●○ bzw. ○●●○ Strafvollstreckungskammern: ● bzw. ●●●	<u>Arbeitsgerichte</u> (ArbG) Kammern: ○●○	<u>Sozialgerichte</u> (SozG) Kammern: ○●○	<u>Finanzgerichtsbarkeit</u>	<u>Verwaltungsgerichte</u> (VG) Kammern: ○●●○ oder ● (Einzelrichter)
	<u>Amtsgerichte</u> (AG) Amtsrichter: ● Strafrichter: ● Schöffengerichte: ○●○ bzw. Erweiterte Schöffengerichte: ○●●○	<u>Arbeitsgerichtsbarkeit</u>	<u>Sozialgerichtsbarkeit</u>		<u>Verwaltungsgerichtsbarkeit</u>
	<u>Ordentliche Gerichtsbarkeit</u> (insb. Zivil- und Strafsachen)				

**Legende:** ● = Berufsrichter; ○ = ehrenamtlicher Richter

\* selbe Besetzung in Staatsschutzsachen und bei Wirtschaftsstrafkammern; als *Schwurgericht* stets ○●●●○

Nicht berücksichtigt sind vorstaatlich besondere Gerichte bzw. Spruchkörper (so z.B. in der Ordentlichen Gerichtsbarkeit die jeweiligen für Familien-, Vormundschafts-, Nachlaß-, Register-, Insolvenz-, Vollstreckungs-, Grundbuch-, Jugend-, Baulandsachen) sowie besondere Gerichte wie das *Bundespatentgericht*, die Disziplinargerichte (u.a. *Bundesdisziplinargericht*), die Truppendienstgerichte, die Berufsgerichtsbarkeit etc.

Bayern hat von der Möglichkeit des § 9 EGGVG Gebrauch gemacht und das *Bayerische Oberste Landesgericht* (BayObLG) eingerichtet (§ 11 BayAGGVG), dem besondere (Rechtsmittel-) Zuständigkeiten zukommen.

#### 4. Grundlagen des Bürgerlichen Rechts (dargestellt am Beispiel des Kaufs)

Gesetzestext: "**§ 433 BGB. Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag.** (1) [TB:] <sup>1</sup>Durch den Kaufvertrag [RF:] wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. <sup>2</sup>Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

##### I. Überblick

- *Was ist ein Kauf(vertrag)?*
    - ein schuldrechtliches, entgeltliches Austauschverhältnis einer Sache (oder eines sonstigen Gegenstandes) gegen Geld, § 433 BGB
  - *Was ist ein Vertrag?*
    - ein Vertrag ist ein - i.d.R. zweiseitiges - schuldrechtliches Rechtsgeschäft, durch das eine oder mehrere - u.U. auch gegenseitige - *Forderungen* (= schuldrechtliche Ansprüche) begründet werden, so daß der *Gläubiger* berechtigt ist, von dem *Schuldner* eine Leistung zu verlangen (§§ 241, 311 nF ≈ 305 aF BGB); ein *Anspruch* ist das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können (§ 194 Abs. 1 BGB)
  - *Wie wird ein Kaufvertrag geschlossen?*
    - nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre erfolgt der Vertragsschluß durch zwei korrespondierende *Willenserklärungen* (vgl. §§ 116 ff, 130 ff BGB), nämlich *Angebot (Antrag)* und *Annahme* (vgl. §§ 145, 147 BGB)
  - *Wer kann derart handeln?*
    - zur Rechtsfähigkeit (§ 1 BGB) und Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit [§§ 104 ff BGB] sowie Deliktsfähigkeit [§§ 827 f BGB]) und zur zivilrechtlichen Einteilung der Rechtssubjekte (natürliche und juristische Personen bzw. Personenvereinigungen) und Rechtsobjekte/Rechtsgegenstände (Sachen [§ 90 BGB] und Rechte) s.u.
  - *Führt der Kaufvertragsschluß noch nicht zur Eigentumsverschaffung (da der Verkäufer dem Käufer erst noch das Eigentum an der Sache verschaffen muß)?*
    - im deutschen Recht gilt das sog. *Trennungsprinzip* mit der Unterscheidung von *Verpflichtungs-* und *Verfügungsgeschäft* (siehe z.B. den Kauf unter Eigentumsvorbehalt, § 449 nF ≈ 455 aF BGB)
  - *Wenn solch eine Trennung vorliegt, sind beide Rechtsgeschäfte voneinander rechtlich (un)abhängig?*
    - im deutschen Recht wird das Trennungsprinzip durch das *Abstraktionsprinzip* ergänzt, d.h. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft sind in ihrer Rechtswirksamkeit grds. voneinander unabhängig (um z.B. bei einem unwirksamen Verpflichtungsgeschäft, aber wirksamen Verfügungsgeschäft einen gerechten Ausgleich zu gewährleisten, sieht das Bereicherungsrecht [§§ 812 ff BGB] Rückabwicklungsansprüche vor)
  - *Wie erfolgt die Eigentumsverschaffung?*
    - die Übereignung erfolgt bei beweglichen Sachen nach §§ 929 ff BGB (i.d.R. durch Einigung und Übergabe) und bei unbeweglichen Sachen nach §§ 873 ff BGB (durch Einigung [bei Übertragung von Grundstückseigentum = Auflassung, § 925 BGB] und Eintragung in das Grundbuch)
  - *Wo ist das alles (im Gesetz) geregelt?*
    - Aufbau des BGB: *Allgemeiner Teil (AT)* §§ 1-240; *Schuldrecht* §§ 241-432 (= Allgemeiner Teil) u. 433-853 (= Besonderer Teil, BT), *Sachenrecht* §§ 854-1296, *Familienrecht* § 1297-1921, *Erbrecht* §§ 1922-2385 BGB
- Paraphrasenkette beim Kauf: *SchuldR BT*: §§ 433 (Kaufvertrag), *SchuldR AT*: [311 nF ≈ 305 aF (rechtsgeschäftliches, vertragliches Schuldverhältnis), 241 (Schuldverhältnis),] *Allgem. Teil*: 145 ff (Vertrag), hier: 145 (Antrag), 147 (Annahme), 116 ff (130 ff) Willenserklärung, [104 ff (Rechtsgeschäft)]; Sache – § 90; *SachenR*: Übereignung [beweglicher Sachen] – § 929 BGB

In der Privatrechtsordnung wird unterschieden zwischen *Rechtssubjekten*, die Inhaber (Träger) privatrechtlicher Rechte und Pflichten sein können (*Rechtsfähigkeit*) sowie grundsätzlich rechtserhebliche Handlungen vornehmen können (*Handlungsfähigkeit*, die wiederum in die *Geschäfts-* und *Delikts-* bzw. *Verschuldensfähigkeit* untergliedert wird), und *Rechtsobjekten*, als den Gegenständen solcher Rechtsbeziehungen bzw. -handlungen (Rechtsobjekte sind alle nach der Rechtsordnung menschlicher Herrschaftsmacht unterworfenen Objekte):

##### II. Rechtsfähigkeit - Handlungsfähigkeit - Geschäftsfähigkeit

- a) *Rechtsfähigkeit* ist die Fähigkeit, Inhaber von (privatrechtlichen) Rechten und Pflichten zu sein, s. § 1 BGB (prozeßrechtliche Entsprechung: Parteifähigkeit, § 50 ZPO); sie kommt allen natürlichen wie juristischen Personen zu.
- b) *Handlungsfähigkeit* ist die Fähigkeit, durch eigenes verantwortliches Handeln Rechtswirkungen hervorzurufen, insbesondere Rechte zu erwerben und Pflichten zu begründen; inwieweit sie neben den natürlichen Personen auch juristischen Personen *als solchen* zukommt, ist str.

Die Handlungsfähigkeit ist Oberbegriff für die *Geschäftsfähigkeit, Deliktsfähigkeit und Verschuldensfähigkeit*:

- aa) *Geschäftsfähigkeit* ist die Fähigkeit, durch die Abgabe oder den Empfang von Willenserklärungen Rechtsfolgen für sich oder andere herbeizuführen (prozeßrechtliche Entsprechung: Prozeßfähigkeit, §§ 51 ff ZPO); sie kommt nur natürlichen Personen zu, d.h. juristische Personen müssen sich für ihr rechtsgeschäftliches Handeln natürlicher Personen bedienen, sie können nur durch ihre (Vertretungs-) *Organe* handeln. Sonderfälle sind die
- *Ehefähigkeit* (Fähigkeit zur Eingehung der Ehe; §§ 1303-1304 BGB: mit Volljährigkeit (s. § 2 BGB: 18 Jahre), unter bestimmten Voraussetzungen schon ab 16 Jahren; ausgenommen: Geschäftsunfähige) und die
  - *Testierfähigkeit* (Fähigkeit, seine Erbfolge durch ein Testament/eine letztwillige Verfügung selbst zu regeln; § 2229 Abs. 1 BGB: ab 16 Jahren, ausgenommen Geistesschwache).
- bb) *Deliktsfähigkeit* ist die Fähigkeit einer Person, für unerlaubte (= deliktische) Handlungen verantwortlich zu sein. Nicht deliktsfähig sind
- Kinder unter 7 Jahren, § 828 Abs. 1 BGB
  - andere Minderjährige (von 7 bis 17 Jahren) und Taubstumme, die "bei Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht" haben, § 828 Abs. 2 BGB,
  - Bewußtlose, Fälle der (auch vorübergehenden) Störung der Geistestätigkeit, i.e. s. § 827 BGB
- Damit sind 7- bis 17-Jährige *bedingt deliktsfähig*, d.h. es ist im Einzelfall festzustellen, ob sie nach ihrer geistigen Entwicklung in der Lage waren, das Unrecht der Tat und die allgemeine Verpflichtung zur Ersatzleistung zu erkennen (§ 828 Abs. 2 S. 1 BGB).
- cc) *Verschuldensfähigkeit* ist das rechtliche Einstehenmüssen (Verantwortlichkeit) für schuldhafte (s. § 276 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 BGB) Pflichtverletzungen, insoweit wird nach § 276 Abs. 1 S. 2 BGB an die Regelungen der Deliktsfähigkeit nach §§ 827, 828 BGB angeknüpft, weshalb die Deliktsfähigkeit tw. auch mit der Verschuldensfähigkeit gleichgesetzt und als Fähigkeit, für eigenes schuldhaftes Handeln verantwortlich zu sein, definiert wird.

### III. Rechtssubjekte

- a) *Natürliche Personen*, das sind alle Menschen von der Geburt an, § 1 BGB (dem nasciturus kommt nach h.M. eine durch die spätere Lebendgeburt bedingte Teilrechtsfähigkeit zu; dem Verstorbenen sind postmortale Wirkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt)
- b) *Juristische Personen* ("sind entweder Personenvereinigungen, die einen vom Wechsel der Mitglieder unabhängigen Bestand haben, oder zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks geschaffene, mit einem diesem Zweck gewidmeten Vermögen ausgestattete Organisationen, die ebenso wie jene auf eine gewisse Dauer angelegt und durch die Einsetzung von Organen dazu befähigt sind, im Rechtsverkehr als selbständige Einheiten aufzutreten, insbesondere selbst Rechte zu erwerben und Verpflichtungen einzugehen"; *Larenz*)
- juristische Personen des Privatrechts, (eingetragene) Vereine (§ 21 BGB), *Kapitalgesellschaften* (als "Sonderformen" des Vereins): Aktiengesellschaften (AG, § 1 AktG), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH, § 1 GmbHG), eingetragene Genossenschaften (eG, § 1 GenG) und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (VVaG; VAG); Stiftungen (hier: des bürgerlichen Rechts, § 80 BGB),
  - juristische Personen des öffentlichen Rechts, u.a. die öffentlichen Körperschaften (z.B. Bund, Länder, Kreise, Gemeinde; Universitäten), Stiftungen und Anstalten (z.B. Bundesbank) des öffentlichen Rechts
- c) *Personengesellschaften* (grds. selbst nicht rechts- und parteifähig; sog. *Gesamthandsgemeinschaften*): Gesellschaft bürgerlichen Rechts (sog. *BGB-Gesellschaft*; §§ 705 ff BGB; nach *BGHZ* 146, 341 als Außengesellschaft rechts- und parteifähig), der nicht-rechtsfähige Verein (§ 54 BGB; nach der Rspr. nun auch - begrenzt - rechts-, zumindest aber parteifähig?); eheliche Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff BGB - nicht rechtsfähig), fortgesetzte Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff BGB - nicht rechtsfähig) Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff BGB - nicht rechtsfähig)
- Personenhandelsgesellschaften*: Offene Handelsgesellschaft (OHG, § 105 HGB; nach § 124 HGB teilrechtsfähig), Kommanditgesellschaft (KG, § 161 HGB, teilrechtsfähig), stille Gesellschaft (§ 230 HGB); Partnerschaftsgesellschaft (PartGG; nach § 7 Abs. 2 PartGG teilrechtsfähig) und die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWiV)

### IV. Rechtsobjekte

- a) *Tiere* ? (sollen nach § 90a S. 1 BGB keine Sachen sein, doch finden auf sie grundsätzlich die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend Anwendung, § 90a S. 3 BGB; Fall sog. symbolischer Gesetzgebung)
- b) *Gegenstände*
- aa) *Sachen* = körperliche Gegenstände, § 90 BGB (str. ist, inwieweit der Leichnam und abgetrennte Körperbestandteile als Sachen anzusehen sind); man unterscheidet bewegliche und unbewegliche Sachen (= Grundstücke)
- bb) *Rechte* (an Vermögenswerten)
- Materialgüterrechte, z.B. dingliche Rechte, Forderungen, Mitgliedschaftsrechte an Personen- und Kapitalgesellschaften
  - Immaterialgüterrechte, z.B. Urheberrechte an Werken der Literatur und Kunst (KUG), Patentrechte, Markenschutzrechte (aber nicht Persönlichkeitsrechte, wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Namensrecht, auch nicht Familienrechte)



## 5. Rechtsgeschäftslehre - Von der Willenserklärung zum Vertrag

In § 433 BGB wird an den Begriff des Vertrags angeknüpft, der Kaufvertrag als allgemeiner schuldrechtlicher Vertrag (= mehrseitiges Rechtsgeschäft, vgl. §§ 145 ff, 311 Abs. 1 nF ≈ 305 aF BGB) vorausgesetzt (Frage des *Allgemeinen Teils* und des *Allgemeinen Schuldrechts* des Bürgerlichen Gesetzbuchs, BGB). Sein besonderer Vertragsinhalt wird durch die in § 433 BGB (als Teil des *Besonderen Schuldrechts*) normierten Rechtspflichten (= Rechtsfolgen) des Verkäufers und des Käufers definiert, nämlich als Austausch- (= *gegenseitiges Rechts-*) geschäft der Verschaffung einer Sache (§ 90 BGB = körperlicher Gegenstand) gegen Entgelt. Der Kaufvertrag begründet *schuldrechtliche Ansprüche* i.S.d. § 241 BGB (= *Forderungen*; zur Definition des allgemeinen Begriffs des *Anspruchs* s. § 194 Abs. 1 BGB) und ist somit ein *Schuldverhältnis*.

Die durch den Verkäufer zu erfüllenden kaufvertraglichen Pflichten (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) bestehen in der Einräumung des Besitzes (§ 854 BGB = tatsächliche Gewalt) an der Sache und der Übereignung derselben (z.B. nach § 929 BGB durch Einigung und Übergabe), die des Käufers (§ 433 Abs. 2 BGB) in der Abnahme der Sache (= Besitzannahme) und Kaufpreiszahlung, d.h. Übereignung des vereinbarten Entgelts (wiederum nach § 929 BGB).

Als schuld begründender Vertrag ist der Kaufvertrag ein sog. *Verpflichtungsgeschäft* und somit kausal - deshalb *Kausalgeschäft* - für die zu seiner Erfüllung vorgenommenen Übereignungen (auch als *Erfüllungsgeschäft* bezeichnet), die wiederum vertraglicher Art sind. Die Übereignungen zählen zu den sog. *Verfügungsgeschäften*, da durch sie auf den Bestand eines Rechts, d.h. Rechtsverhältnisses, durch Übertragung, Inhaltsänderung, Belastung oder Aufhebung unmittelbar eingewirkt wird.

Im deutschen Privatrecht sind Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte nicht nur äußerlich voneinander getrennt (sog. *Trennungsprinzip*), vielmehr nach dem sog. *Abstraktionsprinzip* auch inhaltlich und äußerlich voneinander unabhängig (*abstrakt*), d.h. die Verfügungsgeschäfte bedürfen keiner kausalen Zweckbestimmung und sind auch in ihrem Bestand (= Rechtswirksamkeit) unabhängig von der Rechtswirksamkeit des Kausalgeschäfts.

### I. Der Begriff des Rechtsgeschäfts

Das Rechtsgeschäft ist eine auf die "Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichteten Privatwillenserklärung" (unabhängig davon, ob der bezweckte Erfolg von der Rechtsordnung anerkannt wird; verneinendenfalls ist das Rechtsgeschäft unwirksam); vgl. auch *Jauernig*, BGB, Vor § 104 Rn 1: "eine private Willensäußerung, die auf die Herbeiführung eines [bestimmten] Rechtserfolgs gerichtet ist, und die den Erfolg, weil gewollt und von der Rechtsordnung anerkannt, auch herbeiführt".

Hinweis: der Begriff des Rechtsgeschäfts wird zwar meist - auch im Gesetz - gleichbedeutend mit jenem der Willenserklärung verwendet, genaugenommen sind aber - wie die Gesetzessystematik zeigt - beide Begriffe zu unterscheiden; jedes Rechtsgeschäft enthält zwar mindestens eine Willenserklärung; als tatbestandliche Umschreibung kann ein Rechtsgeschäft aber auch mehrere Willenserklärungen oder sogar daneben Vollzugsakte umfassen (so bei dem Rechtsgeschäft der Übereignung neben der Einigung die Übergabe)

Zur Herbeiführung einer Rechtsfolge sind neben den tatbestandlichen Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen (Geschäftsfähigkeit, Genehmigung, Vertretungsmacht etc.) erforderlich.

### II. Die Willenserklärung (WE)

- a) Objektiver Tatbestand einer Willenserklärung: sinnlich wahrnehmbare Erklärungshandlung; ausdrückliche Erklärung oder konkludentes [schlüssiges] Verhalten
- b) Subjektiver Tatbestand einer Willenserklärung:
  - aa) *Handlungswille* (hinsichtlich der Vornahme einer Erklärungshandlung; dient der Abgrenzung der Handlung von der Nichthandlung anhand eines menschlichen Steuerungswillens)
  - bb) *Erklärungsbewußtsein oder -wille* (Bewußtsein rechtsgeschäftlich erheblichen Verhaltens, d.h. daß das Verhalten als auf Verwirklichung einer Rechtsfolge irgendwelchen Inhalts zielend aufgefaßt werden kann); Erfordernis str. im Hinblick auf die Fälle sog. Rechtsscheinhaftung
  - cc) *Rechtsfolgenwille*, auch *Geschäfts- oder Rechtsbindungswille* (Absicht, einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Erfolg herbeizuführen; Erfordernis str. im Hinblick auf Rechtsmängel bzw. Rechtsscheinhaftung)

Nach a.A. ist neben dem objektiven Tatbestand nur der Handlungswille unabdingbare subjektive Tatbestandsvoraussetzung einer WE, Mängel hinsichtlich der beiden anderen Elemente führen nur zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der tatbestandlich gegebenen Erklärung (tw. wird das Erklärungsbewußtsein mit dem Rechtsfolgenwillen gleichgesetzt und statt diesem ein Geschäftswille hinsichtlich der konkreten Rechtsfolge vorausgesetzt, wobei der Geschäftswille als mit dem Erklärungsbewußtsein notwendig verbunden erkannt wird).

### III. Das Wirksamwerden von Willenserklärungen

setzt die *Abgabe* und den *Zugang* der WE voraus, wobei zudem noch zu unterscheiden ist zwischen *empfangsbedürftigen* (Regelfall) und *nichtempfangsbedürftigen* WEen (Ausnahme; z.B. Testament, Fälle des § 151 BGB):

#### a) Abgabe der WE

setzt Vollendung der Erklärungshandlung voraus, bei empfangsbedürftigen WEen bedarf es zudem einer Entäußerung in Richtung auf den anderen, d.h. die WE muß mit Willen des Erklärenden derart in Richtung auf den Empfänger auf den Weg gebracht werden, daß mit einem Zugang zu rechnen ist

- unter Anwesenden (mündlich, telefonisch) ist dies mit Äußerung bzw. bei schriftlichen WEen mit Übergabe des Schriftstücks der Fall,
- unter Abwesenden mit Erklärung an Übermittlungsboten und Weisung zur Übermittlung, bei Schriftstücken mit Absendung (sei es persönlich oder durch eine beauftragte Hilfsperson; Problem sog. abhandengekommener WEen)

#### b) Zugang der WE (erfordert die Möglichkeit der Kenntnisnahme der WE durch den Adressaten; der Zugang markiert einen Risikoübergang, nämlich des Risikos der Kenntnisnahme von der Erklärung)

- aa) Willenserklärungen unter Abwesenden (§ 130 BGB): wenn sie so in den Herrschaftsbereich des Adressaten gelangt ist, daß er von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann, und zwar zu dem Zeitpunkt, in dem nach dem gewöhnlichen Verlauf mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist
- bb) Willenserklärungen unter Anwesenden (nicht im BGB geregelt), hierzu zählen auch die Fälle der Abgabe gegenüber einem Stellvertreter oder Empfangsboten; i.d.R. fallen Abgabe und Zugang zusammen, doch können bei dem Vernehmen Probleme auftreten (nach der sog. *eingeschränkten Vernehmungstheorie* bedarf es der akustisch richtigen Wahrnehmung, nicht aber inhaltlich richtigen Verstehens); bei Schriftstücken reicht deren Übergabe aus
- cc) zum Zugang bei Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen siehe § 131 BGB: grds. Wirksamkeit der WE erst mit Zugang an den gesetzl. Vertreter (Ausnahmen bei beschränkt Geschäftsfähigen, wenn WE diesem lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt bzw. eine Einwilligung zum fragl. Rechtsgeschäft erteilt war); bei Gesamtvertretung genügt regelmäßig der Zugang an einen der Vertreter (für die Eltern s. § 1629 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB).

### IV. Das Zustandekommen eines Vertrages (vertraglichen Schuldverhältnisses)

Der Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, das durch übereinstimmende gegenseitige WEen zustandekommt.

#### a) Entstehung durch Angebot (= Antrag, Offerte) und Annahme, beides sind einseitige empfangsbedürftige WEen; ein Vertragsschluß durch "*sozialtypisches Verhalten*" (sog. *faktischer Vertrag*) wird von der ganz h.M. abgelehnt.

#### b) Abgrenzung des Vertrags zur *Gefälligkeit* (/rein gesellschaftlichen Beziehungen)

#### c) Vertragsangebot

- inhaltliche Bestimmtheit (Vollständigkeit), beachte aber die Ergänzungsregeln in §§ 316; 612 Abs. 2; 632 Abs.1, 2 BGB
- Bindungswirkung, § 145 BGB (soweit nicht ausgeschlossen; für die Dauer der Annahmefrist, dazu unten); Erlöschen, § 146 (mit Ablehnung gegenüber dem Antragenden bzw. bei nicht rechtzeitiger Annahme)
- Abgrenzung zur bloßen (unverbindlichen) *invitatio ad offerendum* (= Aufforderung an eine andere Person, ihrerseits ein Angebot abzugeben), Bsp. Schaufensterauslage; str. Selbstbedienungsladen, Warenautomat

#### d) Vertragsannahme

- rechtzeitige Annahme, innerhalb der (allgemeinen) Annahmefrist, § 147 (sofort bzw. - bei Abwesenden - solange Antragender unter regelmäßigen Umständen eine Antwort erwarten darf, d.h. in angemessener Zeit nach Abgabe) und besondere Annahmefrist, § 148 BGB
- verspätete Annahme = Ablehnung, §§ 150 Abs. 1 (s.a. auch § 149); Annahme unter Abänderung = Ablehnung + eigenes Angebot, § 150 Abs. 2 BGB
- vereinfachte Annahme, § 151 BGB (ohne Annahmeerklärung gegenüber Antragenden, d.h. Verzicht auf Zugang, aber zumindest schlüssiges Verhalten erforderlich, soweit nach der Verkehrssitte eine Erklärung gegenüber dem Antragenden nicht zu erwarten ist oder Antragende hierauf verzichtet hat)

### V. Die Auslegung von Rechtsgeschäften,

d.h. die Suche der (rechtlich) maßgeblichen Bedeutung desselben; dazu §§ 133, 157 BGB

- Auslegung empfangsbedürftiger WEen aus dem Empfängerhorizont, nichtempfangsbedürftiger WEen anhand der (rechtsgeschäftlich relevanten) Umstände bei Abgabe
- *falsa demonstratio non nocet* (= unschädliche Falschbezeichnung)
- Berücksichtigung der Verkehrssitte
- Auslegung nach Treu und Glauben
- bei formbedürftigen Erklärungen gilt die sog. Andeutungstheorie

## 6. Geschäftsfähigkeit (insb. Minderjährigenrecht)

### I. Arten der Geschäftsfähigkeit

Da das rechtsgeschäftliche Handeln (als rechtliches Mittel zum Verfolgen eigener, meist wirtschaftlicher Ziele unter Inanspruchnahme rechtlich gewährter Handlungsfreiräume) an entsprechende Willenserklärungen anknüpft, ist es geboten, hierfür eine Geschäftsfähigkeit i.S.d. der Fähigkeit zur eigenverantwortlichen, vernünftigen Willensbildung und somit ein Mindestmaß an Urteilsvermögen vorauszusetzen (Zweck des Vermögensschutzes). Dabei knüpft der Gesetzgeber in §§ 104 ff BGB bei der Regelung der Geschäftsfähigkeit (also der Fähigkeit, durch die Abgabe oder den Empfang von Willenserklärungen Rechtsfolgen für sich oder andere herbeizuführen, s.o.) weniger an die wirtschaftliche Vernünftigkeit, denn die allgemeine Fähigkeit der Willensbestimmung an und orientiert sich bei seiner Abstufung von der Geschäftsunfähigkeit über die beschränkte Geschäftsfähigkeit hin zur (vollen) Geschäftsfähigkeit u.a. an Altersklassen:

- a) *Geschäftsunfähigkeit*: geschäftsunfähig sind
  - Kinder unter 7 Jahren, § 104 Nr. 1 BGB
  - Personen mit *dauernder* Störung der Geistestätigkeit ("wer sich in einem, die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht dieser Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist"; § 104 Nr. 2 BGB); beachte, daß nach § 104 Nr. 2 BGB der an sich Geschäftsunfähige während lichter Augenblicke (*lucida intervalla*) wirksame Willenserklärungen abgeben kann
- b) *gegenständliche (tw. auch: partielle) Geschäftsunfähigkeit*: nach h.M. anerkannt für Fälle einer auf einen bestimmten gegenständlich abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten beschränkten Geschäftsunfähigkeit infolge geistiger Störung i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB (z.B. krankhaft Eifersüchtige, Querulantenwahn)
- c) (*unbeschränkte*) *Geschäftsfähigkeit* (zum Begriff s.o.): Volljährige (§ 2 und arg. §§ 104, 106 BGB), soweit nicht § 104 Nr. 2 BGB eingreift
- d) *Teilgeschäftsfähigkeit (tw. auch: partielle Geschäftsfähigkeit)* in den Fällen der §§ 112 (sog. Handelsmündigkeit) und 113 BGB (früher: sog. Arbeitsmündigkeit) auf bestimmte Bereiche des Erwerbslebens beschränkte volle Geschäftsfähigkeit Minderjähriger
- e) *beschränkte Geschäftsfähigkeit*: Minderjährige von 7 bis 17 Jahren; weitgehend den beschränkt Geschäftsfähigen gleich stehen Betreute bei Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts (§ 1903 Abs. 1 BGB; aber da hier die §§ 108-113, 131 Abs. 2, 206 BGB nur "entsprechend gelten", liegt kein Fall beschränkter Geschäftsfähigkeit vor; insbesondere ist § 1903 Abs. 3 BGB zu beachten)
- f) *relative Geschäftsfähigkeit*: wenngleich es grundsätzlich keine auf schwierige Geschäfte beschränkte Geschäftsunfähigkeit und insofern relative Geschäftsfähigkeit gibt, so können andererseits unter Betreuung mit Erlaubnisvorbehalt stehende Betreute, soweit nichts Gegenteiliges angeordnet ist, nach § 1903 Abs. 3 S. 2 BGB geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens (Alltagsgeschäfte) ohne Einwilligung des Betreuers selbständig (wirksam) vornehmen.

### II. Folgen der Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkten Geschäftsfähigkeit

Während Geschäftsunfähige selbst keine Rechtshandlungen vornehmen können (s.u. a), können beschränkt Geschäftsfähige zwar rechtsgeschäftlich handeln, ihre Handlungen bedürfen zu ihrem Wirksamwerden aber regelmäßig der

- vorherigen Zustimmung (= *Einwilligung*, § 183 S. 1 BGB; beachte, daß die Einwilligung bis zur Vornahme des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts beiden Teilen gegenüber grds. frei widerrufbar ist) oder der
- nachträglichen Zustimmung (= *Genehmigung*, § 184 Abs. 1 BGB), wobei die Genehmigung grds. auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück wirkt (sog. *ex-tunc-Wirkung*)

ihres (gesetzlichen) Vertreters. Die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung kann grds. jedem Teil gegenüber (formlos) erklärt werden, § 182 Abs. 1, 2 BGB (bei Auseinanderfallen der Erklärungspartner von Einwilligungserklärung [Geschäftspartner] und Widerruf derselben [Minderjähriger], sind §§ 170 bis 173 BGB analog anzuwenden).

Den Geschäftsunfähigen betreffende empfangsbedürftige WEen werden übrigens erst mit Zugang bei dessen gesetzlichen Vertreter wirksam (§ 131 Abs. 1 BGB, für die Eltern siehe § 1629 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB: Zugang bei einem Elternteil genügt).

#### a) Handeln Geschäftsunfähiger

- Nach § 105 Abs. 1 BGB sind WEen eines Geschäftsunfähigen nichtig (ob diese einheitliche, auch rechtlich vorteilhafte Geschäfte betreffende Nichtigkeitsanordnung wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot verfassungswidrig ist, ist str.); ebenso ist ein Rechtsgeschäft bei "vorübergehender Geschäftsunfähigkeit" i.S.v. § 105 Abs. 2 BGB nichtig.
- + Der Geschäftsunfähige kann nur über seinen gesetzlichen Vertreter (Eltern, Vormund, Pfleger; §§ 1629 Abs. 1, 1793, 1915 Abs. 1 BGB) handeln, der für bestimmte, im Gesetz ausdrücklich genannte Geschäfte eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen muß.

#### b) Handeln beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters:

- + Bei (konkreter oder genereller) Einwilligung ist - auch ein einseitiges - Rechtsgeschäft (grds.) von Anfang an wirksam (der andere Teil kann sich Sicherheit über das Vorliegen einer Einwilligung verschaffen, s. § 111 S. 2 BGB, § 108 Abs. 2 analog - s.o.), §§ 107, 183 BGB.

- + Bei Genehmigung wird das Rechtsgeschäft rückwirkend wirksam, §§ 108 Abs. 1, 184 BGB, aber soweit durch den anderen Teil eine Erklärungsfrist gesetzt wurde, nur bei Genehmigung binnen der Erklärungsfrist (§ 108 Abs. 2 BGB).
- d) Handeln beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger ohne Zustimmung des gesetzl. Vertreters:
  - + Begründet das Rechtsgeschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil (besser: keinen rechtlichen Nachteil), so bedarf es gar keiner Zustimmung und das Rechtsgeschäft ist von Anfang an wirksam, § 107 BGB.
  - Bei einseitigen Rechtsgeschäften sind diese (grds.) von Anfang an unwirksam, § 111 S. 1 BGB (der andere Teil kann sich nach § 111 S. 2 BGB Sicherheit über das Fehlen/Vorliegen einer Einwilligung verschaffen; analog § 180 S. 2 Alt. 2 BGB kann er aber auch die Genehmigungsfähigkeit herbeiführen).
  - + Hat der Minderjährige den Vertrag mit ihm mit Willen des gesetzlichen Vertreters hierzu (oder zu freier Verfügung) überlassenen Mitteln bewirkt, so "gilt" der Vertrag rückwirkend als wirksam, § 110 BGB.
  - Bei Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung durch den anderen Teil (§ 108 Abs. 2 BGB) wird der Vertrag bei (nunmehr) ausstehender Zustimmung (d.h. Verweigerung der Genehmigung oder Untätigkeit) rückwirkend unwirksam;
  - bei fehlender Aufforderung bleibt der Vertrag schwebend unwirksam, d.h. es entstehen aus ihm keine Ansprüche.
  - + Bei nachträglich erlangter Geschäftsfähigkeit kann der nun Volljährige Verträge selbst genehmigen oder die Genehmigung verweigern (§ 108 Abs. 3 BGB).

### III. Familienrechtliche Regelungen

Kraft ihrer *elterlichen Sorge* (§ 1626 BGB, sie umfaßt die *Personen-* und *Vermögenssorge*) fungieren (grds.) die Eltern als gesetzliche Vertreter ihrer minderjährigen Kinder, und zwar beide Elternteile gemeinsam (sog. *Gesamtvertretung*), § 1629 Abs. 1 BGB. Soweit die Vertretungsmacht nach § 1629 Abs. 2 i.V.m. § 1795 BGB ausgeschlossen ist, ist durch das Vormundschaftsgericht ein Ergänzungspfleger zu bestellen (§ 1909 BGB). In bestimmten, in § 1643 BGB genannten Fällen bedürfen die Rechtsgeschäfte neben der Zustimmung der Eltern noch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (erst mit deren Mitteilung an den Vertragspartner wird das Rechtsgeschäft wirksam, § 1829 Abs. 1 BGB).

Zur *Vormundschaft* siehe §§ 1773, 1793 (Schranken: 1795 ff, 1821 ff), zur *Betreuung* siehe §§ 1896, 1901 (Schranken: §§ 1907 ff) BGB.

## 7. Stellvertretung

Rechtsgeschäftliches Handeln für einen anderen kann erfolgen als

- *unmittelbare Stellvertretung* (s. §§ 164 ff BGB sowie die gesetzlich typisierten Vollmachten im Handelsrecht wie Prokura und Handlungsvollmacht, §§ 48 ff HGB), indem der Handelnde erkennbar für einen anderen auftritt und das Rechtsgeschäft abschließt, oder als
- *mittelbare "Stellvertretung"*, indem der Handelnde im eigenen Namen auftritt und das Rechtsgeschäft (als Kommissionär) abschließt, dessen wirtschaftliche Folgen aber einen anderen (den Kommittenten) treffen sollen (sog. *Kommissionsgeschäft*, s. §§ 383 ff HGB) - dies ist aber kein Fall der Stellvertretung im Rechtssinne.

Demnach ist (**Stell-Vertretung**) rechtsgeschäftliches Handeln (Abgabe und Empfang von Willenserklärungen) im Namen einer anderen und mit Wirkung für diese andere Person (= Vertretener). Als rechtsgeschäftlich Handelnder muß der Vertreter (also der Vertretende) zumindest beschränkt geschäftsfähig sein (§ 165 BGB; unbeschränkte Geschäftsfähigkeit ist insoweit nicht erforderlich, da die rechtlichen Folgen allein den Vertretenen nicht aber den Vertreter treffen).

Das rechtsgeschäftliche Handeln des Stellvertreters ist abzugrenzen gegen das rein tatsächliche Handeln (= bloße Übermitteln) von Willenserklärungen durch einen **Boten**. Dieser überbringt nur eine bereits fertige, d.h. abschließend - mündlich oder schriftlich - formulierte Willenserklärung eines anderen an den anderen (Erklärungsbote) oder nimmt diese entgegen (Empfangsbote), weshalb die Botenstellung auch keine Geschäftsfähigkeit des Boten voraussetzt.

Man unterscheidet zwei Arten der Stellvertretung, die *gewillkürte Stellvertretung* und die *gesetzliche Stellvertretung*. Während die *gewillkürte Stellvertretung* durch die rechtsgeschäftliche Erteilung der Vertretungsmacht, die sog. **Vollmacht** oder Bevollmächtigung (§ 167 BGB) erfolgt, beruht bei der *gesetzlichen Stellvertretung* die Vertretungsmacht unmittelbar auf dem Gesetz oder einer Satzung einer juristischen Person.

Anwendungsfälle der gesetzlichen Stellvertretung sind z.B. die elterliche Vertretung der Kinder nach § 1629 Abs. 1 BGB als Teil der elterlichen Sorge, der gerichtlich bestellte Vertreter bei Vormundschaft, Betreuung oder Pflegschaft, §§ 1793, 1896, 1909 BGB; die Vertretung einer Personengesellschaft durch deren vertretungsberechtigte Gesellschafter, z.B. § 125 HGB; die organschaftliche Stellvertretung bei juristischen Personen (die eben nur durch ihre Organe handeln können, so daß etwa der Vorstand eines eingetragenen Vereins diesen vertritt, s. § 26 BGB).

Die beiden **Voraussetzungen** für eine wirksame Vertretung - damit die Wirkungen des durch den (Stell-)Vertreter getätigten Rechtsgeschäfts auch den Vertretenen treffen - sind nach § 164 BGB:

a) *rechtsgeschäftliches Handeln in fremdem Namen*

- also muß es um rechtsgeschäftliches Handeln gehen, der Bevollmächtigte (= Stellvertreter) muß eine eigene Willenserklärung abgeben und er muß diese Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgeben - und

b) *Vertretungsmacht*

- also muß der Vertretene kraft Rechtsgeschäfts (= Bevollmächtigung) oder Gesetzes Vertretungsmacht für das Rechtsgeschäft haben, das er für den anderen tätigt; die Vertretungsmacht kann durch das Gesetz, etwa §§ 180, 181 oder etwa §§ 1629 Abs. 2; 1795 BGB "beschränkt", hiernach eine Vertretung ausgeschlossen sein.

Das Stellvertretungsrecht wird von dem sog. *Offenkundigkeitsprinzip* beherrscht, d.h. der Umstand, daß der Handelnde für einen anderen Willenserklärungen abgibt (oder entgegennimmt) muß nach außen klar erkennbar sein, damit der Geschäftspartner von vornherein wissen kann, wer sein Vertragspartner ist. Nur wenn dem Geschäftsgegner die Identität seines Vertragspartners gleichgültig ist, kann unter gewissen Voraussetzungen auf die Offenkundigkeit verzichtet werden. Deshalb wird nach § 164 Abs. 2 BGB bei fehlender Erkennbarkeit des Handelns für einen anderen von einem Handeln im eigenen Namen ausgegangen (Auslegungsregel), auch wenn der Handelnde sich selbst nicht verpflichten wollte. Allein bei offenem Handeln für einen anderen, jedoch unter Nichtpreisgabe der Person des Vertretenen, oder bei dem Tätigen von Bareinkäufen des täglichen Lebens für einen anderen (also mit Vertretungsmacht, aber ohne Offenlegung der Stellvertretung), bei denen es dem Geschäftsgegner aber gleichgültig ist, wer sein Vertragspartner ist (sog. *Geschäft für den, den es angeht*), wird eine Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips anerkannt, so daß derart gleichwohl unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Vertretenen und dem Geschäftspartner zustandekommen.

Grundsätzlich kein Fall der Stellvertretung ist das *Handeln* (nicht in, sondern) *unter fremdem Namen*, also das Benutzen eines fremden Namen bei dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts.

Die **Wirkungen** aus dem im Wege der Stellvertretung getätigten Rechtsgeschäft treffen - bei wirksamer Stellvertretung - allein den Vertretenen. Anders kann dies bei Überschreiten der Vertretungsmacht oder gar gänzlich fehlender Vertretungsmacht sein. Grundsätzlich ist ein *ohne (wirksame) Vertretungsmacht* geschlossenes Rechtsgeschäft schwebend unwirksam (§ 177 BGB). d.h. die Rechtsfolgen treten noch nicht ein. Das Rechtsgeschäft kann aber etwa durch die nachträgliche Zustimmung des Vertretenen (= Genehmigung, siehe dazu § 182 BGB) rückwirkend (§ 184 Abs. 1 BGB) wirksam werden (bei deren Verweigerung wird es rückwirkend unwirksam). Der Geschäftsgegner kann diesen für ihn nachteiligen Schwebezustand nach § 177 Abs. 2 BGB beenden, indem er den Vertretenen zu einer Erklärung auffordert. Der Vertreter ohne Vertretungsmacht haftet - bei erfolgter Verweigerung der Genehmigung durch den Vertretenen - nach § 179 BGB dem Geschäftsgegner auf Schadensersatz oder Erfüllung, allerdings nur, soweit dieser in seinem berechtigten Vertrauen auf das Geschäft geschädigt ist.

Besondere Formen einer *Rechtsscheinshaftung bei fehlender Vertretungsmacht* ergeben sich aus den Rechtsfiguren der *Duldungsvollmacht* (der Vertretene weiß um die Vertretungstätigkeiten des Vertreters, duldet diese aber; ggf. liegt dann ein Fall konkludenter Bevollmächtigung vor) und der *Anscheinsvollmacht* (der Vertretene kennt die Vertretungstätigkeit des Vertreters nicht, hätte diese aber bei gehöriger Sorgfalt erkennen müssen).

## 8. Gesetzlichkeitsprinzip - die Garantiefunktion des Strafrechts

### I. Bedeutung und historische Entwicklung des Gesetzlichkeitsprinzip "nullum crimen, nulla poena sine lege" (§ 1 StGB, Art. 103 II GG, Art. 7 EMRK<sup>1</sup>)

Die Vorschrift des § 1 StGB - "Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde" - normiert in wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 103 Abs. 2 GG den Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz; sog. *Gesetzlichkeitsprinzip*). Dieses Grundprinzip des geltenden deutschen Strafrechts gilt für den Straftatbestand und für die Strafdrohung und begründet die *Garantiefunktion des Strafrechts*.

Der lateinische Satz "nulla poena sine lege" wurde von *Paul Johann Anselm v. Feuerbach* (1775-1833) zu Beginn des 19. Jahrhunderts ausgehend von dessen *Theorie des psychologischen Zwangs* geprägt<sup>2</sup>. Nach dieser soll der sinnliche Antrieb zur Tat dadurch aufgehoben werden, daß jeder wisse, auf seine Tat werde unausbleiblich ein Übel folgen, welches größer ist als seine Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur Tat entspringt. Dieser psychologische Zwang setze eine der Rechtsverletzung vorhergehende gesetzliche Strafdrohung (wie auch nachfolgende Vollstreckung des angedrohten Übels) voraus<sup>3</sup>, weshalb Feuerbach den ausnahmslos geltenden strafrechtlichen Grundsatz "Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (Nulla poena sine lege)" aufstellte (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801, §§ 17, 18, 24, ab der 3. Aufl. §§ 12-14, 20). *Franz v. Liszt* (1851-1919) bezeichnete das Strafrecht als die *Magna Charta des Verbrechers*, da kriminalpolitische Absicht und strafrichterlicher Wille aufgrund der Garantiefunktion des Strafrechts am Gesetz ihre Grenze finden.

### II. Die vier Garantiefunktionen des Strafrechts

Die einzelnen Ausprägungen (Garantien) des *nullum-crimen-Satzes* sind folgende:

a) **Nullum crimen sine lege scripta**, das sog. Schriftlichkeitsprinzip, d.h. das Strafrecht ist (grundsätzlich) auf die geschriebenen, von den zuständigen Gesetzgebungsorganen erlassenen Gesetze beschränkt. Dabei sind sog. *Blankettstrafgesetze*, die für den Straftatbestand auf ein anderes Gesetz verweisen, zulässig.

Ausgeschlossen ist demnach strafbegründendes oder strafscharfendes Gewohnheitsrecht, wobei umstritten ist, ob hiervon auch entsprechende dogmatische Lehren zum Allgemeinen Teil erfaßt werden (abl. wohl h.L.; nach *BGHSt* 42, 235 [241] gilt das Verbot gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung auch im Allgemeinen Teil; die hier meist als Gegenbeispiel angeführte Rechtsfigur der *actio libera in causa* hat der BGH zumindest für die Straßenverkehrsdelikte verworfen). Strafbarkeitseinschränkendes oder -ausschließendes Gewohnheitsrecht hingegen ist erlaubt, so etwa die gewohnheitsrechtliche Derogation (Beseitigung) von Strafgesetzen, die Anerkennung gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe (rechtfertigende Einwilligung, Züchtigungsrecht, Pflichtenkollision, übergesetzlicher entschuldigender Notstand).

b) **Nullum crimen sine lege certa**, das sog. Bestimmtheitsgebot, d.h. das bei Strafe verbotene Verhalten und die jeweils angedrohte Strafe muß bestimmt beschrieben werden.

Demnach sind die Straftatbestände möglichst genau unter Vermeidung dehnbarer Begriffe zu fassen, eindeutige Rechtsfolgen anzudrohen sowie die Spannbreite der Strafraumen auf ein überschaubares Maß zu begrenzen. Die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe und von Generalklauseln wird hierdurch ebensowenig von vorneherein ausgeschlossen wie die Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale (neben solchen rein deskriptiver Natur), soweit ihnen durch Auslegung oder aufgrund gefestigter (höchstrichterlicher) Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für einen bestimmten Anwendungsbereich gegeben ist.

c) **Nullum crimen sine lege stricta**, das sog. Analogieverbot, d.h. eine analoge Anwendung strafrechtlicher Normen zur Begründung der Strafbarkeit oder Strafe ist unzulässig.

Das Analogieverbot gilt grundsätzlich für alle Strafbarkeitsvoraussetzungen (unrechts- und schuldbezügliche Merkmale, persönliche Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, objektive Bedingungen der Strafbarkeit) und alle Sanktionen, aber nicht für die Prozeßvoraussetzungen. Strittig ist, ob es nur für die Tatbestände des Besonderen Teils oder auch

<sup>1</sup> "Art. 7 EMRK. (1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, daß jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war."

Die Bundesrepublik Deutschland hat Art. 7 Abs. 2 unter dem Vorbehalt ratifiziert, daß er nur in den Grenzen von Art. 103 Abs. 2 GG angewendet wird.

<sup>2</sup> Der menschenrechtliche Gedanke des Gesetzlichkeitsprinzips findet sich allerdings etwa bereits in der *Bill of Rights von Virginia* v. 12.6.1776 (Art. 8), der französischen *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 26.8.1789 (Art. 8), im österreichischen *Allgemeinen Gesetzbuch über Verbrechen* von Joseph II. von 1787 (sog. Josephina; §§ 1, 13) und dem *Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten* von 1794 (Teil II, 20. Titel, § 9).

<sup>3</sup> Heute sind als tragende Säulen des Gesetzlichkeitsprinzips die Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit der Person (im klass. Sinne), das Gewaltenteilungsprinzip, den Präventionsgedanken (generelle Erkennbarkeit der Strafbarkeit) sowie das Schuldprinzip (Möglichkeit individueller Erkennbarkeit als Voraussetzung des Schuldprinzips) zu nennen.

für die Regelungen des Allgemeinen Teils gilt (h.M., tw. a.A. insb. zur Einschränkung von Erlaubnis- und Privilegierungsgründen durch sog. *Gegen-Analogie*).

Eine Analogie zugunsten des Täters (*in bonam partem*) ist erlaubt (etwa bei Strafmilderungs-, Strafaufhebungs- und Strafausschließungsgründen).

*Analogie* ist die Übertragung eines einem Tatbestand (Gesetzesanalogie) oder einer Mehrheit untereinander ähnlicher Tatbestände (Rechtsanalogie) zugrundeliegenden Rechtssatzes auf einen vom Gesetz nicht geregelten ähnlichen Fall. Die Voraussetzungen für einen Analogieschluß sind: das Vorliegen einer primären (anfänglichen) oder sekundären (nachträglichen) planwidrigen Gesetzeslücke, eine bestehende rechtliche Regelung für einen vergleichbaren Fall und deren Analogiefähigkeit. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist zunächst durch Auslegung festzustellen, d.h. es ist der maßgebliche Sinn der bestehenden Regelung(en) im Wege der grammatischen, systematischen, teleologischen und historischen Auslegung zu ermitteln. Die Grenze zwischen erlaubter Auslegung und verbotener Analogie wird durch den "möglichen Wortsinn" gezogen.

**d) *Nullum crimen sine lege praevia***, das sog. Rückwirkungsverbot (vgl. § 2 StGB), d.h. eine Rückwirkung von Strafbarkeit und Strafe [nicht der Maßregeln der Besserung und Sicherung, § 2 VI StGB] zum Nachteil des Täters ist unzulässig. Erfaßt wird nur die rückwirkende Änderung des Gesetzes, nach h.M. aber nicht die Anwendung einer geänderten richterlichen Auslegung auf vor dem Rechtsprechungswandel liegende Sachverhalte.

### 3. Anwendung auf Verfahrensrecht?

Der *nullum-crimen*-Satz gilt nach h.M. nicht für prozeßrechtliche Vorschriften des Strafrechts (z.B. Strafantrags-erfordernis, Verjährungsvorschriften - str.). Dort greift nur das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG) als allgemeiner Rechtsgrundsatz ein, der u.a. auch Gebote der Bestimmtheit, Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (= Rückwirkungsverbot) umfaßt.

#### Materialienanhang:

##### 1) **Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (1532, sog. *Constitutio Criminalis Carolina*)**

###### *"Eyn vorrede wie man mißthatt peinlich straffen soll"*

**Art. 104.** Item so jemandt vnsern gemeynen geschriben rechten nach, durch eyn verhandlung das leben verwürckt hat, soll man nach gutter gewonhey, oder nach ordnung eynes guten rechtuerstendigen richters, so gelegenhey vnd ergernuß der übelthatt ermessen kan, die form vnd weiß der selben tödtung halten vnd vrtheylen. Aber inn fellen darumb (oder derselben gleichen) vnser Keyserlich recht nit setzen oder zulassen, jemandt zum todt zu straffen, haben wir inn diser vnser des Reichs ordnung auch keynerley todtstraff gesetzet, aber inn etlichen mißthatten, lassen die recht peinlich straff am leib, oder gliedern zu, damit dannoch die gestrafften bei dem leben bleiben. Die selben straff mag man auch erkennen vnd gebrauchen, nach guter gewonhey eyns jeden lands, oder aber nach ermessung eyns jeden guten verstendigen richters, als oben von todtten geschriben steht, Wann vnser Keyserlich recht, etlich peinlich straff setzen, die nach gelegenhey diser zeit vnd land vnbequem, vnd eyns theyls nach dem buchstaben nit wol müglich zu gebrauchen weren, darzu auch dieselben recht die form vnd maß, eyner jeglichen peinlichen straff nit anzeygen, sonder auch guter gewonhey oder erkantnuß verstendiger Richter beuelhen, vnd inn der selben wilküre setzen, die straff nach gelegenhey vnd ergernuß der übelthatt, auß lieb der gerechtigkeit, vnd vmb gemeynes nutz willen zu ordnen vnd zu machen. Aber sonderlich ist zu mercken, inn was sachen (oder der selben gleichen) vnser Keyserlich recht, keynerley peinlicher straff am leben, ehren, leib oder gliedern setzen, oder verhängen, daß Richter vnd vrtheyler darwider auch niemandt zum todt oder sunst peinlich straffen. Vnd damit richter vnd vrtheyler die solcher rechten nit gelert sein, mit erkantnuß solcher straff destoweniger wider die gemelten rechten, oder gute zulessig gewonheyten handeln, so wirt hernach vonn etlichen peinlichen straffen, wann vnnd wie die gedachten recht guter gewonhey, vnd vernunft nach geschehen sollen, gesatz.

###### *Von vnbenanten peinlichen fellen vnnd straffen*

**Art. 105.** Item ferner ist zuuermercken, inn war peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen straff inn disen nachuolgenden artickeln nit gesetzet oder gnugsam erklet oder verstendig wer, sollen Richter vnd vrtheyler (so es zu schulden kompt) radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder vnuerstendlichen fellen, vnsern Keyserlichen rechten, vnd diser vnser ordnung am gemessigsten gehandelt vnnd geurtheylt werden soll, vnd alßdann jre erkantnaß darnach thun, Wann nit alle zufellige erkantnuß vnd straff inn diser vnser ordnung gnugsam mögen bedacht und beschriben werden."

##### 2) **(Französische) Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789**

**"Art. 8.** La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée." (Das Gesetz soll nur solche Strafen festsetzen, die unbedingt und offenbar notwendig sind. Niemand kann anders als aufgrund eines vor Begehung der Straftat beschlossenen, verkündeten und rechtmäßig angewandten Gesetzes bestraft werden.)

##### 3) **Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (1794)**

###### "Einleitung. I. Von den Gesetzen überhaupt. Anwendung der Gesetze.

**§ 14.** Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden.

§ 15. Die von Seiten des Gesetzgebers nöthig befundene und gehörig publizierte Erklärung eines ältern Gesetzes aber giebt, in allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen, den Ausschlag.

§ 18. Die Minderung der in einer ältern Verordnung festgesetzten Strafe kommt auch demjenigen Uebertreter zu statten, an welchem diese Strafe, zur Zeit der Publication des neuern Gesetzes, noch nicht vollzogen war.

Zweyter Theil. Zwanzigster Titel:

Von den Verbrechen und deren Strafen.

*Erster Abschnitt. Von Verbrechen und Strafen überhaupt.*

§ 9. Handlungen und Unterlassungen, welche nicht in den Gesetzen verboten sind, können als eigentliche Verbrechen nicht angesehen werden, wenn gleich Einem oder dem Andern daraus ein wirklicher Nachtheil entstanden seyn sollte."

#### 4) StGB für das Königreich Bayern (1813)

"**Art. 1.** Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesez ein gewisses Uebel gedrohet hat, ist diesem gesezlichen Uebel als seiner Strafe unterworfen. Und so wenig erlittene Strafe die Entschädigung aufhebt oder schmälert, so wenig tilgt oder mindert geleisteter Ersaz die verdiente Strafe."

#### 5) StGB i.d.F. vom 15.5.1871 (RGBl. S. 127)

"§ 2. (1) Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

(2) Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden."

Vgl. die sprachlich abweichende Fassung in der **Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919** (RGBl. S. 1383):

"**Art. 116.** Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde."

#### 6) Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe vom 29.3.1933 (RGBl. I, S. 151)

[sog. *Lex van der Lubbe*, ergangen aufgrund des Ermächtigungsgesetzes "zur Behebung der Not von Volk und Reich" vom 24.3.1933 (RGBl. I, S. 141) mit dem Ziel der Verurteilung von *Marinus van der Lubbe* wegen des Reichstagsbrandes vom 27.2.1933]

"Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird:

§ 1. § 5 der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (RGBl. I, S. 83) gilt auch für Taten, die in der Zeit zwischen dem 31. Januar und dem 28. Februar 1933 begangen sind.

§ 2. Ist jemand wegen eines gegen die öffentliche Sicherheit gerichteten Verbrechens zum Tode verurteilt, so kann die Regierung des Reichs oder des Landes, durch deren Behörden das Urteil zu vollstrecken ist, anordnen, daß die Vollstreckung durch Erhängen erfolgt."

Die **Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28.2.1933** (RGBl. I, S. 83) lautete (Auszug):

"Aufgrund des Art. 48 Abs. 2 der Reichsverfassung wird zur Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte folgendes verordnet: ...

§ 5. Mit dem Tode sind die Verbrechen zu bestrafen, die das Strafgesetzbuch in den §§ 81 (Hochverrat), 229 (Giftbeibringung), 303 (Brandstiftung), 311 (Explosion), 312 (Überschwemmung), 315 Abs. 2 (Beschädigung von Eisenbahnanlagen), 324 (gemeingefährliche Vergiftung) mit lebenslangem Zuchthaus bedroht. ...

§ 6. Diese Verordnung tritt mit dem Tage der Verkündung in Kraft."

#### 7) Auszug aus dem sog. Reichstagsbrand-Urteil des RG vom 23.12.1933 (15 J 86/33 - XII M 42/33)

"Das ... Gesetz vom 29. März 1933 hebt für den von ihm geregelten Fall den Grundsatz des § 2 Abs. 1 StGB - eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde - auf, nicht dagegen den Art. 116 RVerf. - eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Denn nicht die Strafbarkeit der aufrührerischen Brandstiftung (wie des Hochverrats) ist rückwirkend bestimmt, sondern lediglich die Strafe für die schuldhaft Verwirkung des bereits vorher strafbaren Tatbestandes erhöht. Der § 2 Abs. 1 StGB kann aber formell durch den Gesetzgeber jederzeit - auch unbeschadet seines Fortbestandes für den Regelfall - durch entgegenstehende Gesetzesbestimmung im Einzelfall außer Kraft gesetzt werden und könnte das als einfaches Reichsgesetz selbst dann, wenn der Gesetzgeber nicht wie hier nach dem Gesetz vom 24. März 1933 auch zum Erlaß verfassungsändernder Reichsgesetze als Regierungsgesetze befugt wäre. Der Gesetzgeber ist aber auch inhaltlich nicht gehindert, für das Gebiet des Strafrechts, jedenfalls soweit die Strafbarkeit einer Handlung zur Zeit der Tat feststand, die von ihm selbst aufgestellte Schranke, die die Änderung [richtig wohl: Anwendung] einer zur Zeit der Tat noch nicht angedrohten Strafe verbietet, beiseite zu schieben und an die Stelle



der zur Zeit der Tat angedrohten eine schärfere Strafe zu setzen. Ein Grundsatz der Nichtrückwirkung ist, soweit es sich nicht um die Anordnung der Strafbarkeit, sondern lediglich um eine Strafschärfung handelt, dem Strafrecht nicht wesentlich und besteht nicht. Grundsätzliche Rückwirkung findet sich in älteren - auch deutschen - wie noch geltenden Strafrechtssystemen mehrfach (Einzelheiten bei *Traeger* "Zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes" in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Berlin 1908; *Liebmann* Allgem. Teil, VI. Band §§ 3 bis 6 und 9). Auch die deutsche Gesetzgebung der Nachkriegszeit kennt sie in der Verordnung vom 6. Februar 1924 über Vermögensstrafen und -bußen in Art. XIV Abs. 4. Rückwirkung strafschärfender Bestimmungen wird auch im übrigen - mag auch der Zweck der Generalprävention, jedenfalls soweit die abschreckende Wirkung der Norm, nicht die der Strafe in Frage kommt, rückwirkend nicht mehr erreichbar sein - gerade auch vom Standpunkt des Strafrechts im nationalsozialistischen Staat mit Recht angeordnet. Ein grundsätzlicher Anspruch des Täters auf die Zeit der Tat angedrohte Strafe - deren Art und Höhe sein Vorsatz nicht einmal zu umfassen braucht - etwa als Gegenstück zu den wohl erworbenen Rechten des Privatrechts kann nicht anerkannt werden. Das staatliche Interesse erfordert vielmehr, daß das der vermutlich besseren Einsicht des Gesetzgebers entsprungene spätere Gesetz sofort und möglichst umfassend angewendet wird ...".

**8) Mahnmarken für die Rechtspflege, Verfügung des Thür. Justiz-Ministeriums vom 9.6.1934, JW 1934, 1895**

"Einst: Keine Strafe ohne Gesetz! Jetzt: Kein Verbrechen ohne Strafe!"

**9) StGB i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28.6.1935 (RGBl. I, S. 839)**

"§ 2. Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbare Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

§ 2a. (1) Die Strafbarkeit einer Tat und die Strafe bestimmen sich nach dem Recht, das zur Zeit der Tat gilt. ..."

**10) Gesetz gegen erpresserischen Kindesraub vom 22.6.1936 (RGBl. I, S. 493)**

"Art. 1. Hinter § 239 des Strafgesetzbuches wird als § 239a folgende Vorschrift eingefügt:

"§ 239a. Wer in Erpressungsabsicht ein fremdes Kind durch List, Drohung oder Gewalt entführt oder sonst der Freiheit beraubt, wird mit dem Tode bestraft.

Kind im Sinne dieser Vorschrift ist der Minderjährige unter 18 Jahren."

Art. 2. Dieses Gesetz tritt mit Wirkung vom 1. Juni 1936 in Kraft."

**11) Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen vom 22.6.1938 (RGBl. I, S. 651)**

"Wer in räuberischer Absicht eine Autofalle stellt, wird mit dem Tode bestraft.

Dieses Gesetz tritt mit Wirkung vom 1. Januar 1936 in Kraft."

**12) Die Problematik der Verjährung bei der Strafverfolgung von NS-Verbrechen**

a) StGB i.d.F. vom 15.5.1871 (RGBl. S. 127)

"§ 67. **Strafverfolgungsverjährung.** (1) Die Strafverfolgung von Verbrechen verjährt, wenn sie mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht sind, in zwanzig Jahren; wenn sie im Höchstbetrage mit einer Freiheitsstrafe von einer längeren als zehnjährigen Dauer bedroht sind, in fünfzehn Jahren; wenn sie mit einer geringeren Freiheitsstrafe bedroht ist, in zehn Jahren. ..."

§ 68. **Unterbrechung der Strafverfolgungsverjährung.** (1) Jede Handlung des Richters, welche wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet ist, unterbricht die Verjährung.

(2) Die Unterbrechung findet nur rücksichtlich desjenigen statt, auf welchen die Handlung sich bezieht.

(3) Nach der Unterbrechung beginnt eine neue Verjährung.

§ 69. **Ruhen der Verjährung.** (1) Die Verjährung ruht während der Zeit, in welcher auf Grund gesetzlicher Vorschrift die Strafverfolgung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann. ..."

b) Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen vom 13.4.1965 (BGBl. I, S. 315)

[siehe hierzu: BVerfGE 25, 269 (286 ff.) = NJW 1969, 1059]

"§ 1. **Ruhen der Verfolgungsverjährung.** (1) Bei der Berechnung der Verjährungsfrist für die Verfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind, bleibt die Zeit vom 8. Mai 1945 bis zum 31. Dezember 1949 außer Ansatz. In dieser Zeit hat die Verjährung der Verfolgung dieser Verbrechen geruht.

(2) Absatz 1 gilt nicht für Taten, deren Verfolgung beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits verjährt ist."

e) StGB i.d.F. des 9. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4.8.1969 (BGBl. I, S. 1065)

"§ 66. Arten der Verjährung. ... (2) Die Strafverfolgung von Verbrechen nach § 220a (Völkermord) und die Vollstreckung von Strafen wegen Völkermordes (§ 220a) verjähren nicht.

§ 67. Strafverfolgungsverjährung. (1) Die Strafverfolgung von Verbrechen, die nicht in § 66 Abs. 2 genannt sind, verjährt in

1. dreißig Jahren, wenn sie mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind, ..."

d) StGB i.d.F. des 16. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 16.7.1979 (BGBl. I, S. 1046)

"§ 78. Verjährungsfrist. ... (2) Verbrechen nach § 220a (Völkermord) und nach § 211 (Mord) verjähren nicht. ..."

### 13) Die Problematik der Verjährung bei der Strafverfolgung von SED-Verbrechen

a) Art. 315a EGStG, eingefügt durch den Einigungsvertrag vom 31.8.1990, BGBl. II, S. 889 [954])

"**Art. 315a. Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung für in der Deutschen Demokratischen Republik verfolgte und abgeurteilte Taten.** <sup>1</sup>Soweit die Verjährung der Verfolgung oder der Vollstreckung nach dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik bis zum Wirksamwerden des Beitritts nicht eingetreten war, bleibt es dabei. <sup>2</sup>Die Verfolgungsverjährung gilt als am Tag des Wirksamwerdens des Beitritts unterbrochen; § 78c Abs. 3 des Strafgesetzbuches bleibt unberührt."

b) Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten (Verjährungsgesetz) vom 26.3.1993 (BGBl. I, S. 392)

"**Artikel 1. Zweites Gesetz zur Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen (Zweites Berechnungsgesetz).** Bei der Berechnung der Verjährungsfrist für die Verfolgung von Taten, die während der Herrschaft des SED-Unrechtsregimes begangen wurden, aber entsprechend dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen der Staats- und Parteiführung der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik aus politischen oder sonst mit wesentlichen Grundsätzen einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbaren Gründen nicht geahndet worden sind, bleibt die Zeit vom 11. Oktober 1949 bis 2. Oktober 1990 außer Ansatz. In dieser Zeit hat die Verjährung geruht."

c) Art. 315a EGStGB (aktuelle Fassung; zu früheren Fassungen s.o. a) und unten die Anm.)

"**Art. 315a. Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung für in der Deutschen Demokratischen Republik verfolgte und abgeurteilte Taten.** (1) <sup>1</sup>Soweit die Verjährung der Verfolgung oder der Vollstreckung nach dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik bis zum Wirksamwerden des Beitritts nicht eingetreten war, bleibt es dabei. <sup>2</sup>Dies gilt auch, soweit für die Tat vor dem Wirksamwerden des Beitritts auch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland gegolten hat. <sup>3</sup>Die Verfolgungsverjährung gilt als am Tag des Wirksamwerdens des Beitritts unterbrochen; § 78c Abs. 3 des Strafgesetzbuches bleibt unberührt.

(2) Die Verfolgung von Taten, die in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet begangen worden sind und die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bis zu fünf Jahren bedroht sind, verjährt frühestens mit Ablauf des 2. Oktober 2000, die Verfolgung der in diesem Gebiet vor Ablauf des 2. Oktober 1990 begangenen und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedrohten Taten frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 1995.

(3) Verbrechen, die den Tatbestand des Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches) erfüllen, für welche sich die Strafe jedoch nach dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik bestimmt, verjähren nicht."

#### Anmerkungen:

- *Abs. 1 S. 2 eingefügt durch das Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten (Verjährungsgesetz) vom 26.3.1993 (BGBl. I, S. 392), bisheriger Satz 2 wurde zu Satz 3*

- *Abs. 2 und 3 angefügt durch das Gesetz zur Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen (2. Verjährungsgesetz) vom 27.9.1993 (BGBl. I, S. 1657), bisheriger Textteil wurde zu Absatz 1; hiernach lautete Abs. 2:*

"Die Verfolgung von Taten, die vor Ablauf des 31. Dezember 1992 in dem in Art. 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet begangen worden sind und die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bis zu fünf Jahren bedroht sind, verjährt frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 1997, die Verfolgung der in diesem Gebiet vor Ablauf des 2. Oktober 1990 begangenen und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedrohten Taten frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 1995.";

*s.a.:* "**Artikel 2 [2. VerjG]. Anwendungsbereich.** Artikel 315a Abs. 2 und 3 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch in der Fassung des Artikels 1 [d. 2. VerjG] gilt nicht für Taten, deren Verfolgung bei Inkrafttreten dieses Gesetzes [2. VerjG; 30.9.1993] bereits verjährt ist."

- *Abs. 2 geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur weiteren Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen ... (3. Verjährungsgesetz) vom 22.12.1997 (BGBl. I, S. 3223); s.a.:* "**Artikel 2 [3. VerjG]. Anwendungsbereich.** Artikel 315a Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch in der Fassung des Artikels 1 [d. 3. VerjG] gilt nicht für Taten, deren Verfolgung bei Inkrafttreten dieses Gesetzes [3. VerjG; 31.12.1997] bereits verjährt ist."

## Materieller Verbrechensbegriff des Strafrechts (sog. Straftatsystem)

Im Mittelpunkt der Kriminalwissenschaften steht das *Verbrechen* oder die *Straftat*: ein menschliches Verhalten, das die Rechtsordnung mit Strafe bedroht (sog. *materieller Verbrechensbegriff*). Indem der (materielle) Verbrechensbegriff abstrakt die Wesensmerkmale des Verbrechens umschreibt, umfaßt er zugleich dessen dogmatische Grundstruktur und gibt den sog. "Aufbau" einer Straftat vor, also die Abfolge der einzelnen Prüfungsschritte, die bei der gutachtlichen Beurteilung, ob ein menschliches Verhalten strafbar ist, einzuhalten sind. Nach vorherrschender Ansicht ist der Verbrechensbegriff ein dreistufiger: Er untergliedert sich in den *Tatbestand*, die *Rechtswidrigkeit* - zusammen machen sie das *Unrecht* der Tat aus (= Nichtübereinstimmung mit den Sollensnormen der Rechtsordnung) - und die *Schuld* (= persönliche Vorwerfbarkeit des begangenen Unrechts). Der *Verbrechensaufbau* stellt sich (nach h.M.) somit wie folgt dar:

Tatbestand	
_____	Unrecht
Rechtswidrigkeit	
_____	
Schuld	Vorwerfbarkeit

### a) Der Tatbestand

Das tatbestandliche Unrecht wird durch die *äußeren (objektiven)* und *inneren (subjektiven) Tatbestandsmerkmale* umschrieben. Sie dienen der Kennzeichnung des strafwürdigen *Erfolgs- bzw. Handlungsunwerts*, das der Täter durch die Verletzung oder Gefährdung des Handlungsobjekts bzw. durch die Art und Weise seines Angriffs auf das Handlungsobjekt verwirklicht hat.

- Als **objektive Tatbestandsmerkmale** oder Tatbildmerkmale bezeichnet man diejenigen Umstände, die das äußere Erscheinungsbild der Tat bestimmen; sie können tat- oder täterbezogen sein. Neben deliktstypischen Merkmalen sind dies solche zur Umschreibung des Tat-/Handlungsobjekts, des Tatobjekts, der Tathandlung einschließlich besonderer Begehungsweisen, des Tatmittels und sonstiger Tatmodalitäten sowie bei den *Erfolgsdelikten* der Eintritt eines bestimmten Taterfolgs<sup>1)</sup> nebst der Kausalität<sup>2)</sup> zwischen Tathandlung und Erfolg und der objektiven Zurechenbarkeit<sup>3)</sup> des verursachten Erfolgs.
- **Subjektive Tatbestandsmerkmale** als Unrechtsmerkmale finden sich unter anderem bei den *Absichts-* und den *Tendenzdelikten*. Nach heute vorherrschender Ansicht gehört bei den Vorsatzdelikten auch der (*Tatbestands-*) *Vorsatz*<sup>4)</sup> zum subjektiven Unrechtstatbestand (abweichend die sog. *kausale Handlungslehre*, die in dem Vorsatz ein Schuldmerkmal sieht).

### b) Die Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit einer Tat ist grundsätzlich durch die Verwirklichung des Unrechtstatbestands *indiziert*. Den generellen, dem Schutz eines bestimmten Rechtsguts dienenden Gebots- und Verbotsnormen stehen jedoch mit den *Rechtfertigungsgründen* Erlaubnissätze gegenüber, die im Einzelfall das durch die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands verwirklichte Handlungs- und Erfolgsunrecht aufheben, das rechtsgutsverletzende Verhalten gestatten oder gar gebieten. Als Gegenstück zu dem Unrechtstatbestand bezeichnet man die Rechtfertigungsgründe auch als *Erlaubnistatbestände* (die *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen* rechnet deshalb die Rechtfertigungsgründe als negative Tatbestandsmerkmale dem [Gesamtunrechts-] Tatbestand zu). Nach vorherrschender Ansicht enthalten die Rechtfertigungsgründe neben ihren *objektiven Voraussetzungen* zur Umschreibung der Rechtfertigungslage und Rechtfertigungshandlung auch ein *subjektives Rechtfertigungselement*, den sog. *Rechtfertigungswillen*: Um den Handlungs- und Erfolgsunwert der Tat auszugleichen, muß der Täter in Kenntnis der rechtfertigenden Situation und aufgrund der ihm durch die Rechtsordnung verliehenen Befugnisse handeln (str., insbesondere ob dies für alle Rechtfertigungsgründe gilt).

<sup>1</sup> Der Erfolg kann bestehen in einem Verletzungserfolg (z.B. §§ 212, 223, 242, 303 StGB), einem konkreten Gefährdungserfolg (z.B. §§ 221, 315-315d StGB) oder einem abstrakten Gefährdungserfolg (z.B. §§ 306a Abs. 1, 316 StGB).

<sup>2</sup> Zur Beurteilung des Kausalzusammenhangs zwischen Handlung und Erfolg wird überwiegend auf die *condicio-sine-qua-non-Formel* ("Ursächlich ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.") der *Äquivalenztheorie* bzw. *Bedingungstheorie* abgestellt.

<sup>3</sup> Als Zurechnungskorrektiv der weiten *condicio-sine-qua-non-Formel* dient die sog. *Lehre von der objektiven Zurechnung* ("Hat sich in dem konkreten, voraussehbaren und vermeidbaren Erfolg die von dem Täter geschaffene, rechtlich mißbilligte Gefahr realisiert?").

<sup>4</sup> *Vorsatz* ist der Wille zur Verwirklichung eines gesetzlichen Straftatbestands (Wollenseite) in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände (Wissenseite), ausreichend ist dabei das sachgedankliche Mitbewußtsein von der Tatbildverwirklichung. Er muß sich - wenn auch nur in laienhafter Parallelwertung - auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale erstrecken. Vorsatzformen sind: *Absicht (dolus directus 1. Grades*; "darauf ankommen"), *direkter Vorsatz/Wissentlichkeit (dolus directus 2. Grades*; sicheres Wissen) und *bedingter Vorsatz (dolus eventualis*; "in Kauf nehmen und sich abfinden mit").

Einige Deliktstatbestände erfordern ausdrücklich ein "rechtswidriges" Handeln. Hierbei kann es sich um einen (überflüssigen) Hinweis auf das allgemeine Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit handeln, aber auch um ein echtes Tatbestandsmerkmal. Wird der Begriff der "Rechtswidrigkeit" als Attribut eines einzelnen Tatbestandsmerkmals verwendet, dann ist er echtes Tatbestandsmerkmal, so z.B. die Rechtswidrigkeit der Zueignung beim Diebstahl (§ 242 StGB). Bezieht sich der Begriff der "Rechtswidrigkeit" hingegen auf die Bewertung der Gesamttat, wie z.B. bei der Sachbeschädigung (§ 303 StGB), so handelt es sich um einen bloßen Hinweis auf das allgemeine Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit (quasi zur Erinnerung, das Eingreifen von Rechtfertigungsgründen zu prüfen).

Rechtfertigungsgründe können entsprechend dem *Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung* der gesamten Rechtsordnung entnommen werden, wobei neben den gesetzlichen auch gewohnheitsrechtliche Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen:

- Notwehr, §§ 32 StGB, 227 BGB, 15 OWiG
- erlaubte Selbsthilfe, §§ 229, 562b, 859, 1029 BGB
- (zivilrechtlicher) defensiver, § 228 BGB, oder aggressiver Notstand, § 904 BGB
- allgemeiner rechtfertigender Notstand, §§ 34 StGB, 16 OWiG
- rechtfertigende Pflichtenkollision (str.)
- rechtfertigende Einwilligung (arg. § 228 StGB) und mutmaßliche Einwilligung
- [- erlaubtes Risiko, nach h.M. kein Rechtfertigungsgrund, sondern Frage der Erfolgszurechnung]
- Wahrnehmung berechtigter Interessen bei Ehrverletzungen, § 193 StGB
- Indikationenregelungen beim Schwangerschaftsabbruch, § 218a StGB
- (elterliches) Züchtigungsrecht (Anerkennung zunehmend fraglich, vgl. § 1631 BGB)
- Jedermann-Festnahmerechte (Flagranzfestnahme), § 127 Abs. 1 StPO
- Amtsbefugnisse und Dienstrechte, z.B. §§ 81 ff StPO, 87 StVollzG, 758, 808, 909 ZPO
- Handeln auf [rechtmäßige] Weisung (Anordnung oder Befehl)
- behördliche Erlaubnis
- Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG

Die Rechtfertigungsgründe beruhen teils auf dem *Prinzip des überwiegenden (Eingriffs-) Interesses* gegenüber dem (*Erhaltung-) Interesse am Schutz des verletzten Rechtsguts* (so bei der Notwehr und dem Notstand) und teils auf dem *Prinzip des mangelnden Interesses* am Strafrechtsschutz (so bei der [mutmaßlichen] Einwilligung). Hinzu treten andere Gesichtspunkte wie die Rechtsbewahrung, die Erforderlichkeit, die Verhältnismäßigkeit, die Freiheitsgarantie und die "Zuordnung der Rechtsgüter zur Autonomie des einzelnen".

### c) Schuld

Nach dem geltenden *Schuld- oder Verantwortungsprinzip (nulla poena sine culpa)* setzt Strafe die Schuld des Täters voraus (anders die an der Sozialgefährlichkeit des Täters ausgerichteten Maßregeln der Besserung und Sicherung). Der Schuldvorwurf knüpft daran an, daß sich in der Tat eine fehlerhafte Einstellung des Täters zu den Verhaltensanforderungen der Rechtsordnung ausdrückt (*Gesinnungsunwert*). Nämlich, daß der Täter sich in der Tatsituation nicht an den sozial-ethisch verpflichtenden Normen und Wertvorstellungen der Rechtsordnung ausrichtete, obwohl er hierzu bei Anspannung seiner Verstandeskkräfte in der Lage gewesen wäre (Vorwerfbarkeit der Willensbildung und -betätigung). Der hierbei erhobene strafrechtliche Schuldvorwurf ist ein normativer und kein sittlich-moralischer. Voraussetzung strafrechtlicher Schuld sind die *Schuldfähigkeit*, ggf. *spezielle gesetzliche Schuldmerkmale* (ihre Anerkennung ist umstritten, teilweise werden in ihnen subjektive Tatbestandsmerkmale gesehen) sowie - als Merkmale persönlicher Vorwerfbarkeit - die *Schuldform* (sog. *Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitsschuld*), das *Unrechtsbewußtsein* und (negativ) das Fehlen von *Entschuldigungsgründen*.

Begrifflich unterscheidet man zwischen *Schuldminderungsgründen*, *Schuldausschließungsgründen* (bei ihrem Vorliegen fehlt es an einer Schuldvoraussetzung bzw. an einem schuldbegründenden Merkmal) und den *Entschuldigungsgründen* (sie bewirken nur eine wesentliche Herabsetzung des Unrechts- und Schuldgehalts der Tat, so daß die Rechtsordnung angesichts der besonderen Motivationslage auf die Erhebung eines Schuldvorwurfs und somit auf Strafe verzichtet):

#### Schuldausschließungs- oder -minderungsgründe

- Schuldunfähigkeit, §§ 19, 20 StGB
- bedingte Schuldfähigkeit Jugendlicher nach § 3 JGG
- verminderte Schuldfähigkeit, § 21 StGB
- direkter Verbotsirrtum, § 17 StGB
- indirekter Verbotsirrtum/Erlaubnisirrtum, § 17 StGB

#### Entschuldigungsgründe

- entschuldigender Notstand, § 35 StGB (mit Nötigungs-/Befehlsnotstand)
- übergesetzlicher Entschuldigungsgrund (Pflichtenkollision)
- intensiver Notwehrexzeß, § 33 StGB
- Handeln auf unverbindliche, rechtswidrige Weisung (Anordnung/Befehl), §§ 56 Abs. 2 Satz 3 BBG, 38 Abs. 2 Satz 2 BRRG, 5 Abs. 1 WStG

#### d) Weitere Prüfungsstationen

Neben die vorgenannten Aufbaustufen des Verbrechens treten weitere Prüfungsstationen, die in nachfolgendem Aufbau-schemata unberücksichtigt bleiben. Es sind dies die (regelmäßig bloße gedankliche) Vorprüfung

- der Frage des anzuwendenden Strafrechts nach den Regeln des *Internationalen Strafrechts* (Grundlage ist das *Tatortprinzip*; §§ 3-7, 9 StGB) bzw. des *interlokalen Strafrechts* (Grundlage ist auch hier das *Tatortprinzip*; beachte Art. 315 EGStGB),
- die (negative) Prüfung des Vorliegens einer "*Handlung*" im strafrechtlichen Sinne (= willensbeherrschbares menschliches Verhalten; vgl. dazu die kausale Handlungslehre, die finale Handlungslehre und die soziale Handlungslehre)  
Keine Handlung liegt vor bei: *Reflexbewegungen* (abzugrenzen gegen: automatisierte Handlungen; Affekt-, Kurzschluß- oder Impulsreaktionen; Fehl- oder Spontanreaktionen [str. für rein instinktive Schreckreaktionen im Straßenverkehr]), *Bewegungen von Bewußtlosen und Schlafenden* sowie bei einem *Verhalten unter vis absoluta* (= willensausschließende absolute Gewalt)
- die Abgrenzung von *positivem Tun* und *Unterlassen* (erfolgt nach h.M. danach, wo bei normativer Betrachtung und bei Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit eines strafrechtlich relevanten Verhaltens liegt), entsprechend erfolgt der Deliktsaufbau nach den Regeln des *Begehungs-* oder *Unterlassungsdelikts*.

Auf die Tatbestandsprüfung folgt bei einigen Delikten noch ein

- sog. *Tatbestandsannex* mit den *objektiven Bedingungen der Strafbarkeit* (sie gehören zwar zu den materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit, aber nicht zu dem Unrechtstatbestand und damit muß sich auch der Tatbestandsvorsatz auf sie nicht erstrecken),

und an die Schuldprüfung schließen sich gegebenenfalls an die Prüfung

- des Eingreifens *persönlicher Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe* (z.B. der *Rücktritt* vom Versuch, § 24 StGB),
- der Verwirklichung von sog. *Regelbeispielen* (bei denen es sich zwar um Strafzumessungsgründe handelt, die aber in objektiver wie subjektiver Hinsicht ebenso wie Tatbestandsmerkmale festzustellen sind) und
- des Vorliegens von *Strafverfolgungsvoraussetzungen* (= positive Prozeßvoraussetzungen; z.B. der Strafantrag, § 77 StGB) bzw. des Fehlens von *Strafverfolgungs-/Prozeßhindernissen* (= negative Prozeßvoraussetzungen).

#### e) Der Aufbau des vollendeten vorsätzlichen Begehungsdelikts (Erfolgsdelikt - Grundschemata)

**I. Tatbestand:** Erfüllt das Verhalten des Täters die äußeren (objektiven) und inneren (subjektiven) Voraussetzungen (= Tatbestandsmerkmale), die das Strafgesetz zur Umschreibung des strafwürdigen *Erfolgs-* bzw. *Handlungsunwerts* aufstellt?

1. *Objektiver Tatbestand* (= *Tatbild*)

- a) Eintreten des tatbestandlichen Erfolgs
- b) aufgrund einer tatbestandsmäßigen Handlung,
- c) wobei zwischen der Handlung und dem (dem Täter objektiv zurechenbaren) Erfolg eine Kausalitätsbeziehung bestehen muß.

2. *Subjektiver Tatbestand*

- a) Tatbestandsvorsatz (vgl. § 16 StGB) hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestands
- b) ggf. besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

**II. Rechtswidrigkeit:** Greift mit einem Rechtfertigungsgrund (z.B. Notwehr, § 32 StGB) ausnahmsweise ein Erlaubnissatz ein, so daß der an sich durch die Tatbestandsverwirklichung indizierte Unrechtsvorwurf entfällt?

**III. Schuld:** Ist die Tat Ausdruck einer fehlerhaften Einstellung des Täters zu den Verhaltensanforderungen der Rechtsordnung (*Gesinnungsunwert*)?

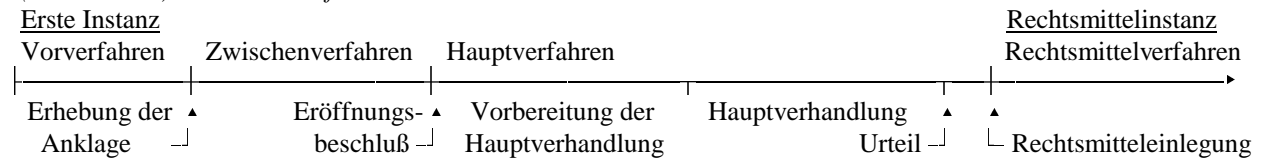
- a) Schuldfähigkeit (fehlt z.B. bei strafunmündigen Kindern, § 19 StGB)
- b) Unrechtsbewußtsein (sog. Verbotssirrtum, § 17 StGB; d.h. verkennt der Täter das Verbotensein der Tat?)
- c) Entschuldigungsgründe (z.B. entschuldigender Notstand, § 35 StGB: Ist die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tat ausnahmsweise wegen Vorliegens einer besonderen Notstandssituation, die einen Schuldvorwurf gegenüber dem Täter nicht "rechtfertigt", entschuldigt?)

## 10. Strafverfahren

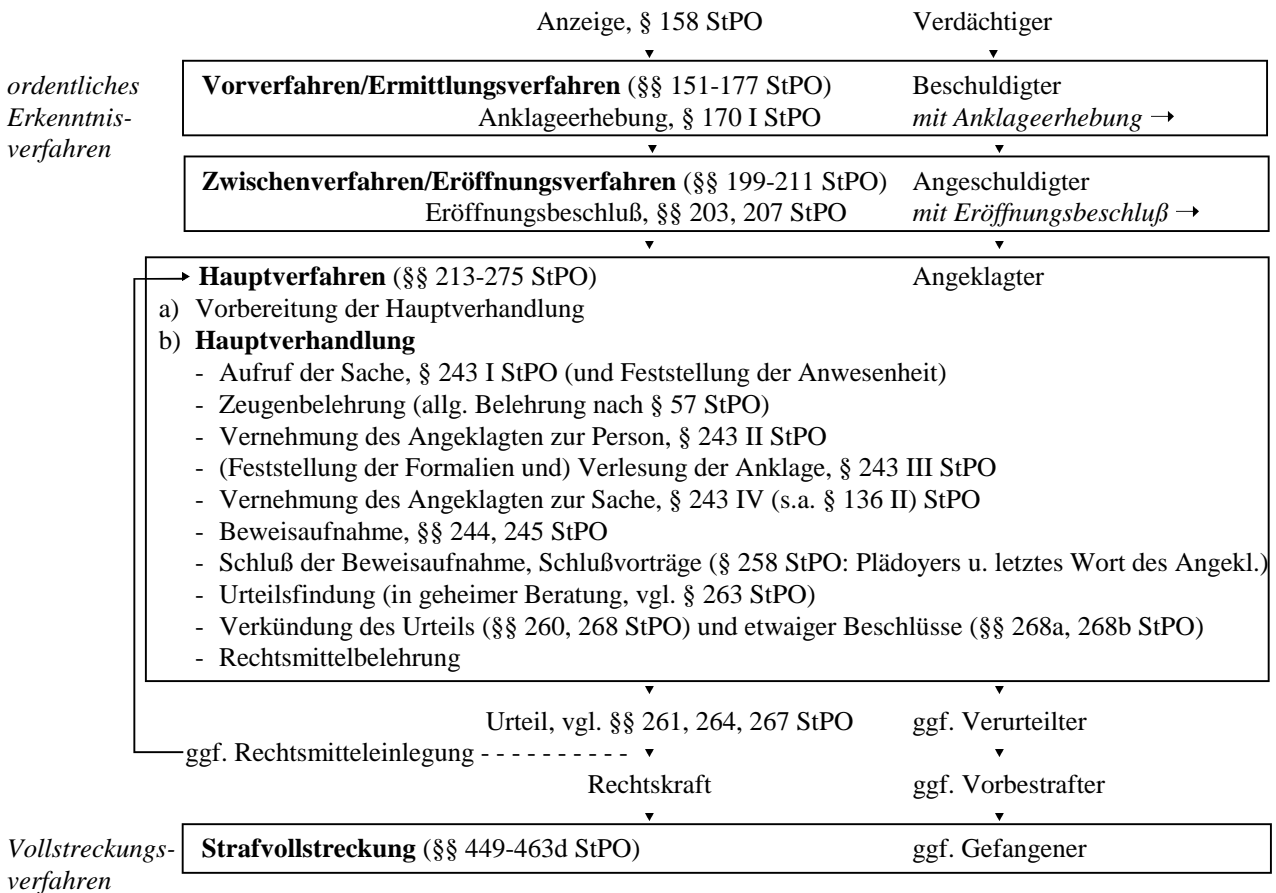
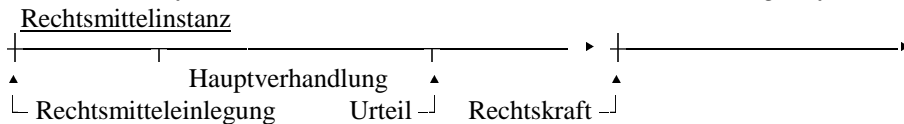
Ziel des Strafverfahrens ist die Durchsetzung des aus dem staatlichen Gewaltmonopol folgenden, staatlichen Strafanspruchs mit justizförmigen Mitteln. Dabei geht es in erster Linie darum, eine materiell richtige Entscheidung über die Strafbarkeit zu treffen. Dies aber nicht um jeden Preis. Vielmehr findet die Verpflichtung des Gerichts zur Ermittlung der Wahrheit (*Aufklärungspflicht* als Ausdruck des sog. *Untersuchungsgrundsatzes*, §§ 155 Abs. 2; 244 Abs. 2 StPO) ihre Grenzen darin, daß die gerichtliche Entscheidung in einem prozeßordnungsgemäßen (Straf-) Verfahren (vgl. etwa Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote) und binnen angemessener Zeit gefunden werden muß (vgl. Grenzen der Aufklärungspflicht bzw. Beschränkungen des Beweisantragsrechts). Zudem kann der Wahrheitsermittlung das Ziel entgegenstehen, durch die gerichtliche Entscheidung den Rechtsfrieden wiederherzustellen. So sind etwa die Rechtsmittel begrenzt und die Wiederaufnahme eines abgeschlossenen und infolge der sog. *Rechtskraft* rechtsbeständigen Verfahrens ist nur beschränkt zulässig.

### I. Überblick über den Gang des Strafverfahrens

(*ordentliches*) Erkenntnisverfahren



(*Erkenntnisverfahren*)



## II. Vorverfahren oder Ermittlungsverfahren (§§ 151-177 StPO)

Sobald die Staatsanwaltschaft (bzw. die Polizei, § 163 Abs. 1 StPO) durch eine Anzeige oder auf anderem Wege Kenntnis von konkreten Tatsachen erhält, die - kriminalistischer Erfahrung gemäß - die Möglichkeit für das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat begründen (sog. **Anfangsverdacht**), hat sie entsprechend dem *Legalitätsprinzip* (= Verfolgungs- und Anklagezwang, §§ 152 Abs. 2; 160 Abs. 1 StPO) von Amts wegen (*Offizialprinzip*, § 152 Abs. 1 StPO<sup>1)</sup>) gegen einen der Beteiligung an dieser Straftat Verdächtigen bzw. gegen Unbekannt ein *Ermittlungs- oder Vorverfahren* einzuleiten. Das Ermittlungsverfahren beginnt, sobald die Staatsanwaltschaft oder die Polizei Maßnahmen zur Erforschung und Aufklärung des Sachverhalts trifft. Ziel dieses ersten Verfahrensabschnitts ist die Klärung des Sachverhalts so weit, ob gegen einen Verdächtigen, den **Beschuldigten** (§ 157 StPO), in tatsächlicher wie auch rechtlicher Hinsicht ein *hinreichender Tatverdacht* (d.h. die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung) besteht, so daß öffentliche Klage zu erheben ist. Das Vorverfahren liegt in der Hand der Staatsanwaltschaft, die "Herrin des Ermittlungsverfahrens" ist, während der Polizei nur das faktische Recht des ersten Zugriffs zukommt. Soweit die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen nicht selbst vornimmt, läßt sie sie durch die Polizei oder durch das Amtsgericht durchführen.

Das Ermittlungsverfahren endet mit der sog. *Abschlußverfügung*, in der die Staatsanwaltschaft über das Ergebnis der Ermittlungen entscheidet, nämlich daß sie

- a) Klage erhebt durch die Vorlage der Akten an das Gericht
  - aa) mit der Anklageschrift und dem Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens, d.h. Anberaumung einer Hauptverhandlung (§ 170 Abs. 1 StPO)  
oder - bei Zuständigkeit des Strafrichters oder Schöffengerichts -
  - bb) mit dem Antrag auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren (§ 417 StPO)<sup>2)</sup> oder
  - cc) mit dem Antrag auf Erlaß eines Strafbefehls (§ 407 StPO)<sup>3)</sup> oder
- b) das Verfahren einstellt,
  - aa) sei es weil die Ermittlungen aus tatsächlichen oder rechtlichen zu keinem *hinreichenden Tatverdacht* geführt haben (§ 170 Abs. 2 Satz 1 StPO) oder
  - bb) die Staatsanwaltschaft nach dem *Opportunitätsprinzip* gemäß §§ 153 ff StPO einstellt (insbesondere wegen Geringfügigkeit, §§ 153, 153a StPO).

<sup>1</sup> Das *Offizialprinzip* wird durch die *Antragsdelikte* (§§ 123; 182 II,III; 183 I,II; 185-187a, 194; 201 I,II, 202-204, 205; 223, 229, 230; 235 I-III, VII; 247, 248a [betr. 242, 246, 263, 266]; 248b; 248c; 288; 289; 292-293, 294; 299, 300; 303-303b, 303c; 355; tw. 257, 323a StGB) und die *Ermächtigungsdelikte* (§§ 90; 90b; 97; 102-104a; 185-187a, 194 IV; 353a; 353b StGB) beschränkt und durch die *Privatklagedelikte* durchbrochen. Bei den *Antragsdelikten* ist die Stellung eines Strafantrags (hierzu §§ 77-77d StGB) *Strafverfolgungs- oder Prozeßvoraussetzung*, jedoch sieht das Gesetz teilweise vor, daß die Staatsanwaltschaft bei Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gleichwohl von Amts wegen einschreiten kann (§§ 182 III, 183 II, 230, 235 VII, 248a, 300, 303c StGB). Bei den *Privatklagedelikten* (§ 374 StPO) kann (auch) der einzelne Anklage erheben.

<sup>2</sup> Das **beschleunigte Verfahren** (§§ 417-420 StPO) zielt auf eine sofortige bzw. in kurzer Frist erfolgende Hauptverhandlung, weshalb - rechtsstaatlich nicht ganz unbedenklich - eine Reihe der sonst erforderlichen Formalien entfallen sowie das Verfahren erheblich gestrafft wird. Anstatt einer gerichtlichen Prüfung des Vorliegens eines hinreichenden Tatverdachts entscheidet das Gericht nur darüber, ob die Sache sich zur Verhandlung im beschleunigten Verfahren eignet (§ 417 Abs. 1 S. 1 StPO). Verneint dies das Gericht (was auch noch während der Hauptverhandlung bis zur Verkündung des Urteils möglich ist, § 417 Abs. 2 StPO), so beschließt das Gericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 417 Abs. 3 StPO). Im beschleunigten Verfahren wird die Beweisaufnahme durch die erweiterte Zulassung der Verlesung von Vernehmungsniederschriften, Urkunden und behördlichen Erklärungen (Durchbrechung des sog. Unmittelbarkeitsgrundsatzes) vereinfacht (§ 420 Abs. 1-3 StPO), zudem im Verfahren vor dem Strafrichter diesem über §§ 244 Abs. 3, 4 und § 245 StPO hinausgehend die Ablehnung von Beweisanträgen ermöglicht (Behandlung als bloße Beweis Anregungen), § 420 Abs. 4 StPO. - Die Strafgewalt ist im beschleunigten Verfahren begrenzt (keine Verhängung einer höheren Freiheitsstrafe als ein Jahr oder einer Maßregel der Besserung und Sicherung mit Ausnahme der Entziehung der Fahrerlaubnis; § 419 Abs. 1 S. 2 StPO).

<sup>3</sup> Für das **Strafbefehlsverfahren**, §§ 407 ff StPO, gilt folgendes: Erachtet der Richter den Angeschuldigten nicht für hinreichend verdächtig, so hat er den Erlaß des Strafbefehls abzulehnen (§ 408 Abs. 2 Satz 1 StPO). Nach § 408 Abs. 2 Satz 2 StPO steht diese Entscheidung dem Beschluß gleich, durch den die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt worden ist. Hat der Richter Bedenken gegen den Erlaß des Strafbefehls, so beraumt er, wenn die Staatsanwaltschaft bei ihrem Antrag beharrt, Hauptverhandlung an (§ 408 Abs. 3 StPO). Wird der Strafbefehl erlassen und Einspruch eingelegt (§ 410 StPO), dann kommt in der auf den Einspruch folgenden Hauptverhandlung dem Strafbefehl die Bedeutung des Eröffnungsbeschlusses zu. Soweit gegen einen Strafbefehl nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, steht er einem rechtskräftigen Urteil gleich (§ 410 Abs. 3 StPO). - Die Strafgewalt ist im Strafbefehlsverfahren begrenzt (siehe § 407 Abs. 2 StPO).

### III. Zwischenverfahren oder Eröffnungsverfahren (§§ 199-211 StPO)

Erhebt die Staatsanwaltschaft (bzw. ein Privatkläger) Anklage (*Akkusations- oder Anklageprinzip*, §§ 151, 155, 264 StPO), so schließt sich als nächster Verfahrensabschnitt das *Zwischen- oder Eröffnungsverfahren* an, das in der Hand des Gerichts liegt, welches ohne Laienmitwirkung entscheidet (zum abweichenden Vorgehen im sog. *beschleunigten Verfahren*, siehe oben Fn 2). Ziel des Zwischenverfahrens, das zwischen dem Eingang der Anklageschrift beim beschließenden Gericht und der Entscheidung dieses Gerichts über die Zulassung der Anklage liegt, ist die nochmalige Überprüfung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft, ob gegen den durch die Anklage (nunmehr) **Angeschuldigten** (§ 157 StPO) tatsächlich ein **hinreichender Tatverdacht** besteht, der die Durchführung einer - für den Angeschuldigten regelmäßig unangenehmen - Hauptverhandlung rechtfertigt. Das Zwischenverfahren besteht in der Mitteilung der Anklageschrift an den Angeschuldigten, in etwaigen Einwendungen des Angeschuldigten gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens sowie in etwaigen Beweisanträgen und Beweiserhebungen. Das Zwischenverfahren endet mit der Entscheidung des beschließenden Gerichts über die Zulassung der Anklage, also entweder

- a) mit dem *Eröffnungsbeschluß*, wenn nach Auffassung des Gerichts ein hinreichender Tatverdacht gegen den Angeschuldigten gegeben ist (§ 203 StPO) oder
- b) mit der Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens, also mit einem *Einstellungsbeschluß* des Gerichts (§ 204 StPO), sei es mangels hinreichenden Tatverdachts oder aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff StPO).

### IV. Hauptverfahren (§§ 213-275 StPO)

Mit dem Eröffnungsbeschluß erreicht das Strafverfahren gegen den (nunmehr) **Angeklagten** (§ 157 StPO) seine entscheidende Phase: das *Hauptverfahren*. Im Hauptverfahren ist zwischen der **Vorbereitung der Hauptverhandlung** (§§ 213-225a StPO; Terminansetzung, Ladung sowie gegebenenfalls Mitteilung der Gerichtsbesetzung und etwaige kommissarische Beweisaufnahme) und der - regelmäßig öffentlichen (*Öffentlichkeitsprinzip*, § 169 ff GVG, Art. 6 Abs. 1 EMRK) - **Hauptverhandlung** (§§ 226-275 StPO) zu unterscheiden.

Die Hauptverhandlung zerfällt in folgende Teile (§§ 243 ff StPO):

- Aufruf der Sache, § 243 Abs. 1 StPO (und Feststellung der Anwesenheit)
- Zeugenbelehrung (allg. Belehrung nach § 57 StPO)
- Vernehmung des Angeklagten zur Person, § 243 Abs. 2 StPO
- (Feststellung der Formalien und) Verlesung der Anklage, § 243 Abs. 3 StPO
- Vernehmung des Angeklagten zur Sache, § 243 Abs. 4 StPO
- Beweisaufnahme, §§ 244, 245 StPO
- Schluß der Beweisaufnahme, Schlußvorträge (§ 258 StPO: Plädoyers u. letztes Wort des Angekl.)
- Urteilsfindung (in geheimer Beratung)
- Verkündung des Urteils (§§ 260, 268 StPO) und etwaiger Beschlüsse (§§ 268a, 268b StPO)
- Rechtsmittelbelehrung

Mit dem **Urteil** ergeht in der Hauptverhandlung der auf alle erlangbaren Beweise gestützte Ausspruch über Schuld oder Unschuld des Angeklagten, wofür nur jene Tatsachen verwertbar sind, die in der mündlichen Hauptverhandlung selbst vorgebracht wurden (*Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzip*, §§ 249 ff StPO, Art. 6 Abs. 3 EMRK). Bei der Urteilsfindung gilt der *Grundsatz der freien Beweiswürdigung*, d.h. das Gericht ist bei der Bewertung der Beweismittel an keine festen Beweisregeln gebunden, sondern entscheidet aufgrund seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung (§ 261 StPO). Voraussetzung für die Verurteilung eines Angeklagten ist die volle Überzeugung des Gerichts von der Verantwortlichkeit des Angeklagten für die ihm angelastete Tat. Fehlt es an dieser Gewißheit über das Vorliegen aller tatsächlichen, positiven wie negativen Voraussetzungen des Schuld- und Strafspruchs (ausreichend ist die "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit"), so ist der Angeklagte nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* (vgl. Art. 6 Abs. 2 EMRK) freizusprechen. Mit der Verurteilung entscheidet das Gericht nicht nur über den Schuld- und den Strafspruch, sondern auch über die Kosten des Verfahrens.

### V. Rechtsmittel- und Vollstreckungsverfahren

Ist die Staatsanwaltschaft mit dem Urteilsspruch oder der Angeklagte mit seiner Verurteilung nicht einverstanden, so kann sie bzw. er mit dem Rechtsmittel der **Berufung** (§§ 312 ff StPO; sie eröffnet eine weitere Tatsacheninstanz, d.h. es ist eine Überprüfung in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht möglich) und/oder der **Revision** (§§ 333 ff StPO; die Überprüfung beschränkt sich auf die gerügten Rechtsverletzungen) im **Rechtsmittelverfahren** eine Überprüfung des Urteils durch eine höhere Gerichtsinstanz herbeiführen. Nach Erschöpfung der Rechtsmittel oder nach ungenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist, bei Rechtsmittelverzicht und bei Rechtsmittelrücknahme wird das Urteil *rechtskräftig*.

An die rechtskräftige Verurteilung schließt sich das **Vollstreckungsverfahren** an (§§ 449-463d StPO). Die Einleitung und generelle Überwachung der Urteilsdurchsetzung erfolgt durch die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde (§ 451 StPO). Ist eine Freiheitsstrafe zu verbüßen, folgt als letzte Phase des Strafverfahrens der **Strafvollzug** (siehe hierzu das Strafvollzugsgesetz, StVollzG).



## 11. Gang der Hauptverhandlung in Strafsachen erster Instanz (Übersicht)

### I. Aufruf der Sache, § 243 I StPO

- (evtl. Beeidigung der Schöffen)

### II. Feststellung der Anwesenheit

#### 1. Angeklagter, Verteidiger

- a) "Es sind erschienen d. Angekl. mit RA"

*Ladungsfrist* (1 Woche, § 217 I; Verzicht, § 217 III), bei Nichteinhaltung: Antrag auf Aussetzung der Verhandlung nur bis zur Vernehmung zur Sache (§ 217 II) zulässig - hierzu Hinweispflicht (§ 228 III)

- b) bei Ausbleiben d. Angekl. (ggf. gerichtl. Anordnung - und Erzwingung - des Erscheinens d. Angekl., § 236)

aa) bei Anklage grds. keine Hauptverhandlung ohne Angekl. (§ 230 I), Ausnahme: Angekl. entbunden (§ 233) oder sonst HV trotz Ausbleiben (siehe § 232)

bei Verhandlung in Abwesenheit d. Angekl. (auch bei Entfernung, §§ 231 II, 231a, 231b): *anwalrtl. Vertretung* mögl., § 234 (schriftl. Vertretungsvollmacht!)

ggf. Erzwingen des Erscheinens durch Vorführung/Haftbefehl (§ 230 II)

bb) bei Strafbefehl anwaltl. Vertretung mögl. (§ 411 II); bei unentschuldigtem Ausbleiben: Verwerfen des Einspruchs (§§ 412 - 329 I, III-IV, 330)

- c) bei Verhinderung d. RA grds. kein Recht, Aussetzung zu verlangen (§ 228 II - aber bis zu 15 min. warten), Ausnahme nach § 145 bei notwendiger Verteidigung

#### 2. Nebenkl. (Anschluß als Nebenkl. § 395, s. auch § 398; Anwesenheits-/Antragsrecht nach § 397)

#### 3. Sachverst. - bei Ausbleiben: § 77 (Kostentragung, Ordnungsgeld)

#### 4. Dolmetscher (Beeidigung nach § 189 I GVG, ansonsten Versicherung unter Berufung auf allg. geleisteten Dolmetschereid treu und gewissenhaft zu übertragen)

#### 5. Zeugen - bei Ausbleiben: § 51 (Kostentragung, Ordnungsgeld bzw. Ordnungshaft; zwangsweise Vorführung)

### III. Zeugenbelehrung - allg. Belehrung, § 57 (danach verlassen die Zeugen den Saal)

### IV. Vernehmung d. Angekl. zur Person, § 243 II StPO

- a) Persönliche Verhältnisse (zur Identitätsfeststellung: geb., wohnh., Stand, Beruf, Staatsangehörigkeit)

- b) Haftverhältnisse (vorl. Festnahme, § 127; Haftbefehl, §§ 112-114; Aufhebung bzw. Außervollzugsetzung, §§ 120/116 etc.)

- c) Führerschein (Sicherstellung/Beschlagnahme; vorl. Entziehung, § 111a)

- [i.d.R. werden hier auch die weiteren für den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch relevanten persönlichen Verhältnisse (z.B. Schul- /Ausbildung, familiäre Verhältnisse), insb. die Vermögensverhältnisse (monatl. Nettoeinkommen, Unterhaltsverpflichtungen; laufende Zahlungsverpflichtungen/besondere Belastungen; Vermögen etc.) erörtert - insoweit gilt aber die Aussagefreiheit, weshalb hierzu nach § 243 IV 1 zu belehren wäre; *deshalb besser später erörtern*]

### V. Feststellung der Formalien: Eröffnungsbeschluß (§ 207), Anklage/Strafbefehl, Zustellung

### VI. Verlesung der Anklage, § 243 III StPO,

- ggf. Hinweis nach § 265 (veränderter rechtl. Gesichtspunkt)

### VII. Vernehmung d. Angekl. zur Sache, § 243 IV (- 136 II) StPO

*nunmehr Zuständigkeitsrüge [§ 16] unzulässig, Befangenheitsrüge nach § 25 II nur noch begrenzt zulässig*

- a) Belehrung über Aussagefreiheit, § 243 IV 1

- b) Fragen (§ 136 II) und Vorhalte (§ 254)

- **Feststellung der Vorstrafen** (§ 243 IV 3), soweit für die Entscheidung von Bedeutung (Verlesung d. Strafliste/BZR-, Verkehrszentralreg.-Ausk., ggf. Erziehungsreg., Beiakten nach § 249) - zum Zeitpunkt: frühestens hier, besser während der Beweisaufnahme § 243 IV 4, *so spät wie möglich*

- *Befragung zu Bewährungsauflagen und -weisungen, § 265a*

### VIII. Beweisaufnahme, §§ 244, 245 StPO

- ggf. Weiterverhandeln bei *Abwesenheit* (§ 231 II) oder *Entfernung des Angekl.* (§ 231b) - vorübergehende Entfernung des Angekl. § 247 (zeitweilige Ausschließung nach § 51 JGG)

- *Fragerecht der Beteiligten, § 240*

- *Erklärungsrecht der Beteiligten, § 257 I, II*

- 1. Zeugen (*Vernehmung jugendl. Zeugen unter 16 J. durch den Vors.*, § 241, *Vereidigungsverbot*, § 60 Nr. 1; *bei Vernehmung zeugnisverweigerungsberechtigter Minderj. ggf. Zustimmung der gesetzl. Vertreter/Pfleger, § 52 II erforderl.*)

- a) Angaben zur Person, § 68 - m.d.A.n.v.u.n.v.?

- b) Vernehmung zur Sache, § 69

spezielle Zeugenbelehrung: *Zeugnisverweigerungsrecht* aus pers./berufl. Gründen, §§ 52-53a (beachte Aussagegenehmigung für Richter, Beamte etc., § 54) bzw. *Auskunftsverweigerungsrecht*, § 55

bei unzulässiger (Zeugnisver-)Weigerung: § 70 (Kostentragung, Ordnungsgeld, Ordnungshaft)

*zur Verwertung früherer Vernehmungen* durch Urkundenbeweis (*ersetzende* Verlesung, § 251; *ergänzende* Verlesung/Vorhalt, § 253) oder Vernehmung der Verhörsperson siehe unten

- c) Vereidigung, §§ 59 ff (Eidesformel: § 66c, eidesgleiche Bekräftigung: § 66d)
  - Vereidigungsverbote nach § 60 (wegen Eidesdelikten vorbestraft?)
  - i.d.R. Absehen von Vereidigung: für Geschädigte und zur Zeugnisverweigerung Berechtigte nach § 61 Nr. 2; nach allseitigem Verzicht gem. § 61 Nr. 5
- d) Entlassung, § 248
- 2. Urkunden (Verlesung)
  - Strafanträge, Führerschein: § 249 (statt Verlesung Selbstleseverfahren möglich, § 249 II)
  - Protokolle früherer Vernehmungen: § 251 (hierzu Gerichtsbeschuß, § 251 IV)
    - Ausnahme: bei Zeugnisverweigerung, § 252 (dann auch Verwertungsverbot; nach Rspr. aber Vernehmung richterl. Verhörsperson zulässig)
  - Protokoll früheren richterl. Geständnisses: § 254
  - Blutalkoholgutachten, Entnahmeprotokoll, ärztliches Attest: § 256
- 3. Augenscheinseinnahme (§ 86)
- 4. Sachverständige
  - a) Angaben zur Person
  - b) Erstattung des Gutachtens (Gutachtenverweigerungsrecht: §§ 76, 52)
  - c) Vereidigung, § 79

#### IX. Schluß der Beweisaufnahme - Schlußvorträge

1. StA
2. Nebenkl.
3. Vert. - hierauf: Erwiderungsrecht d. StA, § 258 II
4. Schlußwort d. Angekl., § 258 III

#### X. Verkündung des Urteils u. d. Beschlüsse

1. Urteil, §§ 260, 268
  - gegen nachfolgende Beschlüsse ist die Beschwerde zulässig (§ 305, s.a. § 306), u.U. zugleich Antrag nach § 307 II auf Außervollzugsetzung des Beschlusses
2. Bewährungsbeschuß, § 268a
3. (Aufhebung d.) Beschl. nach § 111a (vorl. Entziehung d. Fahrerlaubnis)
4. Haftbeschuß (betr. Fortdauer der Untersuchungshaft), § 268b

#### XI. Rechtsmittelbelehrung

1. gegen Urteil (Berufung, Revision)
2. gegen Bewährungsbeschuß nach § 268a (Beschwerde, § 305a)
3. gegen Haftbeschuß
4. gegen Kosten- und Auslagenentscheidung (sofortige Beschwerde, § 464 II)
  - Belehrung über die Strafaussetzung, § 268a III
  - Belehrung betreffend Fahrverbot, § 268c (Beginn des Fahrverbots: § 44 III, IV 1 StGB)

#### Besondere Punkte:

- Zulassung des Ehegatten, gesetzl. Vertreters als Beistand in der HV, § 149
- Beanstandung der Verhandlungsleitung d. Vors., hierauf Entscheidung durch Gerichtsbeschuß, § 238 II (beachte § 338 Nr. 8)
- Einstellung wegen Verfahrenshindernis in der HV: § 260 III (außerhalb der HV: § 206a)
- Abstimmung: bei Entscheidungen zur Schuld- und Rechtsfolgenfrage: Zwei-Drittel-Mehrheit, § 263 I; ansonsten genügt einfache Mehrheit, § 196 GVG (Entscheidungen außerhalb der HV nur durch Berufsrichter: § 76 S.2 GVG)
- Hinweispflicht bei Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunktes, § 265 I, II; hiernach ggf. von Amts wegen oder auf Antrag des Angekl. Unterbrechung der HV, § 265 III, IV
- Einbeziehung (mündlicher) Nachtragsanklage durch Gerichtsbeschuß bei gegebener Zuständigkeit und Zustimmung des Angekl., § 266 I; hiernach ggf. von Amts wegen oder auf Antrag des Angekl. Unterbrechung der HV, § 266 III - hierzu Hinweispflicht
- Sitzungsprotokoll, § 271 (Voraussetzung für Zustellung des Urteils, § 273 IV); Aufnahme der wesentlichen Förmlichkeiten, §§ 272, 273 (Beweiskraft: § 274)
- Beschwerde gegen Beschlüsse des Gerichts bzw. Verfügungen d. Vors., siehe § 304 (ausgeschlossen gegen der Urteilsfällung vorausgehende Entscheidungen, soweit nicht in § 305 ausgenommen)
- Teiltrücknahme des Einspruchs gegen Strafbefehl durch nachträgliche Beschränkung (auf das Strafmaß) in der HV nur mit Zustimmung der StA: §§ 411 III 2, 303 S.1
- Nachträgliche Gesamtstrafenbildung, § 55 StGB im Urteil (ansonsten später durch Gerichtsbeschuß, §§ 460, 462, 462a III)

(Paragrafen ohne nähere Bezeichnung sind solche der StPO)

## 12. Verfahrensgrundsätze des deutschen Strafverfahrensrechts

1. **Akkusationsprinzip** (Anklagegrundsatz, § 151 StPO), d.h. Voraussetzung der Durchführung eines Strafverfahrens ist stets eine Anklage; dient zugleich der Umschreibung und Beschränkung des Verfahrensgegenstandes (= "prozessuale Tat", s. §§ 155, 264 StPO)
2. **Offizialprinzip** (Anklage monopol, § 152 I StPO), d.h. die Erhebung der Anklage obliegt grundsätzlich dem Staat (Staatsanwaltschaft)  
Einschränkungen: Antrags- (§§ 77 ff StGB) und Ermächtigungsdelikte (§ 77e StGB)  
Ausnahme: Privatklagedelikte, § 374 StPO (s.a. §§ 376, 377 StPO!)
3. **Legalitätsprinzip** (Verfolgungszwang, §§ 152 II, 160 I, 163 I StPO), d.h. die Staatsanwaltschaft (§ 152 II, 160 I StPO) sowie die Polizei (§§ 163 I i.V.m. 161 I StPO) sind von Amts wegen zur Strafverfolgung verpflichtet: Sie haben alle ihnen bekannt werdenden Sachverhalte, denen ein strafbares Verhalten zugrunde liegen kann, zu erforschen und bei zu reichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat (was auch eine rechtliche Prüfung erfordert) ein Strafverfahren einzuleiten (zur Verfolgung von Straftaten in der Sitzung s. § 183 GVG).  
Ausnahme: Opportunitätsprinzip (§§ 153-154c [Verfahrenseinstellung], 376 StPO [Fehlen eines "besonderen öffentlichen Interesses" bei Antragsdelikten bzw. "öffentlichen Interesses" bei Privatklagedelikten])  
Probleme: • Strafverfolgungspflicht auch bei außerdienstlicher Kenntniserlangung von Straftaten? (s. BGHSt 12, 277; 38, 388); • Bindung von Staatsanwaltschaft und Polizei an die höchstrichterliche Rechtsprechung? (s. BGHSt 15, 155); • Strafverfolgung auch nach Rücknahme der Strafanzeige/des Strafantrags (§ 158 StPO, § 77d StGB)?
4. **Instruktionsprinzip** (Ermittlungs- oder Untersuchungsgrundsatz, auch: Inquisitionsmaxime, §§ 152 II, 160, 161 I, 163 I, 244 II StPO), d.h. Staatsanwaltschaft und Polizei sind zur umfassenden Ermittlung aller be- und entlastenden Tat- umstände (Erforschung des Sachverhalts und ggf. Sicherung der Beweismittel) verpflichtet, ebenso hat das Gericht die angeklagte Tat im gesamten Umfang aufzuklären und dabei alle für die Entscheidung bedeutsamen Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen
5. **Unmittelbarkeitsgrundsatz** (§ 250 StPO), d.h. das Gericht hat sich einen möglichst direkten, unvermittelten Eindruck vom Tatgeschehen zu verschaffen, man unterscheidet die
  - a) **Formelle Unmittelbarkeit**, d.h. die Beweisaufnahme hat grds. vor dem erkennenden Gericht in der Hauptverhandlung zu erfolgen (vgl. §§ 226, 261 StPO)  
Sonderfälle: Verhandlung in Abwesenheit gem. §§ 232, 233 StPO (mit Verlesung des richterl. Vernehmungsprotokolls); simultane Videovernehmung eines Zeugen nach § 247a StPO (für das Ermittlungsverfahren s. § 168e StPO, zur audiovisuellen Aufzeichnung einer Vernehmung im Ermittlungsverfahren s. § 58a StPO); Vorführung einer früheren audio-visuellen Vernehmung eines Zeugen nach § 255a StPO (= Augenscheinseinnahme nach den Regeln des Urkundenbeweises über die Verlesung von Protokollen)  
Ausnahmen: Beweisaufnahme durch den beauftragten (§ 361 ZPO) bzw. ersuchten (§ 362 ZPO) Richter, sog. kommissarische Zeugenvernehmung, § 223 StPO, ferner im sog. Beschleunigten Verfahren und nach Einspruch gegen einen Strafbefehl (§§ 420, 411 II 2 StPO)
  - b) **Materielle Unmittelbarkeit**, die Beweismittel dürfen grds. nicht durch Beweissurrogate ersetzt werden (§ 250 StPO; nach a.A. Ausfluß der Aufklärungspflicht), insb. sog. Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis bei der Zeugen- und Sachverständigenvernehmung (dies bedeutet nicht die Unzulässigkeit des sog. "Zeugen vom Hörensagen", jedoch ist hier wegen der Mittelbarkeit des Zeugnisses der Beweiswert besonders kritisch zu prüfen!)  
Ausnahmen:
    - ersetzendes Verlesen der Protokolle über richterliche Vernehmungen von Zeugen\*, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten nach § 251 I StPO (= Urkundenbeweis)
    - ersetzendes Verlesen der Protokolle über nicht-richterliche Vernehmungen von Zeugen\*, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten oder von Urkunden über deren Erklärungen nach § 251 II StPO (= Urkundenbeweis)
    - \* aber: Verlesungsverbot bei Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts (§§ 52, 53 StPO, nicht bei Auskunftverweigerung nach § 55 StPO) erst in der Hauptverhandlung, § 252 StPO (aber nicht im Fall der Abwesenheit), insofern auch Verbot der Vernehmung der nicht-richterlichen Verhörs person als Zeuge vom Hörensagen, nach BGHSt 2, 99 u. 110; 21, 218 soll bei früherer richterlicher Vernehmung jedoch der Richter über die Vernehmung verhört werden können, soweit eine ordnungsgemäße Belehrung erfolgte
    - ergänzende Verlesung von Protokollen früherer Vernehmungen von Zeugen oder Sachverständigen zu deren Gedächtnisstützung oder Behebung von Widersprüchen nach § 253 I u. II StPO (= Kombination von Zeugen- und Urkundenbeweis; a.A. förmlicher Vorhalt)
    - ersetzendes Verlesen eines richterlich protokollierten Geständnisses, § 254 I StPO (s.a. §§ 232 III, 233 II u. III StPO; Urkundenbeweis) [bei nicht-richterlicher Beschuldigtenvernehmung Vernehmung der Verhörs personen]
    - ergänzende Verlesung des Protokolls einer richterlicher Beschuldigtenvernehmung zur Aufklärung von Widersprüchen, § 254 II StPO (= Kombination von Zeugen- und Urkundenbeweis)
    - Verlesen von Zeugnissen oder Gutachten von Behörden bzw. Ärzten nach § 256 I StPO (= Urkundenbeweis)
    - (formfreier) Vorhalt: Entscheidungsgegenstand ist nicht die vorgehaltene Urkunde(ninhalt), sondern die durch den Vorhalt herbeigeführte Erklärung (= Zeugenbeweis)

6. **Mündlichkeitsprinzip** (§§ 261, 264 I StPO), d.h. nur der mündlich vorgetragene und erörterte Prozeßstoff darf Gegenstand der Urteilsfindung sein (Hauptverhandlung zur "Wiedervorführung eines lebendigen Gesamtbildes der That"; deshalb sind Urkunden und andere Schriftstücke grds. zu verlesen, vgl. § 249 I StPO)  
Ausnahme: sog. Selbstleseverfahren, § 249 II StPO  
Problematik: Kenntnis des Akteninhalts durch den Vorsitzenden und den Berichterstatter (§§ 324 I 1, 351 I), ferner der Berufsrichter bei Mitwirkung am Eröffnungsbeschluß; aber nicht der Schöffen (§§ 30 II, 76 I 2 u. III 2 GVG)
7. **Öffentlichkeitsgrundsatz** (§ 169 S.1 GVG, Art. 6 I EMRK), d.h. im Rahmen der tatsächlichen Gegebenheiten darf grundsätzlich jedermann der mündlichen Hauptverhandlung beiwohnen.  
Ausnahme: Ausschluß der Öffentlichkeit nach §§ 171a ff GVG (aber öffentliche Urteilsverkündung, § 173 GVG) bzw. einzelner Personen aufgrund der Sitzungspolizei (§§ 175 ff StPO), ferner nach § 48 I JGG im Jugendstrafverfahren (aber nicht im Verfahren gegen Heranwachsende, § 109 JGG)  
Probleme: • Unzulässigkeit der Erweiterung der Öffentlichkeit durch Rundfunkaufnahmen etc. (§ 169 S. 2 GVG); • Beschränkung der Öffentlichkeit bei Ortstermin durch Ausübung des Hausrechts
8. **Grundsatz der freien Beweiswürdigung** (§ 261 StPO), d.h. über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpften Überzeugung (keine Beweisregeln)
9. **Konzentrations- und Beschleunigungsmaxime** (§§ 229, 268 III[, 275 I] bzw. §§ 115, 128; 121, 163 II StPO; Artt. 2 II 2 i.V.m. 20 III GG, 5 III 1+ 2, 6 I 1 EMRK), d.h. Grundsatz der Konzentration der Hauptverhandlung (Verhandlung ohne längere Unterbrechungen, § 229 StPO: grundsätzlich nur bis zu zehn Tage, nach zehn Verhandlungstagen auch bis zu 30 Tage) und Gebot der beschleunigten Durchführung von Strafverfahren (Entscheidung über den Strafvorwurf innerhalb einer angemessenen Frist)  
Problematik überlanger Verfahrensdauer: Strafmilderung oder Verfahrenshindernis? *BGHSt* 35, 137; 45, 308
10. **Grundsatz des rechtlichen Gehörs** (§§ 33, 33a; 101; 136 I u. II, 163a I u. IV, 230 I, 243 IV, 257, 258 [sog. letztes Wort] StPO; Artt. 103 I GG, 6 I EMRK), d.h. Anspruch auf Anhörung und Recht auf Gehörtwerden, s.a. Richter vorbehalt bei "Gefahr im Verzug": *BVerfGE* 103, 142
11. **Grundsatz des gesetzlichen Richters** (§ 16 GVG, Art. 101 GG), d.h. der (örtlich, sachlich und funktionell) zuständige Richter muß allgemein und im voraus aufgrund der gesetzlich geregelten Zuständigkeits- und ergänzenden Geschäftsverteilung (vgl. § 21g GVG) bestimmt sein; im übrigen gilt: Ausnahmegerichte sind unzulässig, Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden  
Probleme: • System der sog. beweglichen Zuständigkeit, §§ 24 I Nr. 3, 74 I 2 GVG (s.a. §§ 24 I Nr. 2, 25 Nr. 2 GVG, 209, 225a, 269 StPO); • unvorschriftmäßige Besetzung bei fehlerhafter Schöffenwahl bzw. schlafendem Richter; • Richtervorbehalt (tw. Verlagerung der Anordnungszuständigkeit bei "Gefahr im Verzug", s. *BVerfGE* 103, 142)
12. **Gebot eines fairen Verfahrens** (Artt. 20 III GG, 6 I u. III EMRK), d.h. Beachtung des rechtsstaatlichen Grundsatzes des Gebots eines fairen Strafverfahrens ("fair trial"), u.a.
- Aussage- und Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare / prodere*), s.u.
  - Recht auf Verteidigung ("Möglichkeit einer geordneten und effektiven Verteidigung") einschl. dem Recht auf ausreichende Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung und das Recht auf Verteidigerkonsultation (§§ 137, 140-143 [Fall notwendiger Verteidigung, sog. Pflichtverteidiger] StPO; Art. 6 III EMRK), dazu auch Grundsatz des freien Verkehrs (§ 148 I StPO; Einschränkungen: §§ 148 II, 148a StPO, §§ 31-38 EGGVG - sog. Kontaktsperregesetz)
  - Informationsrechte: einerseits Recht auf rechtliches Gehör (s.o.), andererseits Recht auf Akteneinsicht (grds. nur über den Verteidiger, § 147 I u. VII StPO)
  - Fragerecht (in der Hauptverhandlung: § 240 II 1 i.V.m. I StPO), Art. 6 III lit. d EMRK
  - Antragsrechte, insb. Beantragung von Beweiserhebungen (§§ 136 I 3, 163a II, 201 I, 219, 244 III-VI, 245 II StPO)
13. **Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit** (*nemo tenetur se ipsum accusare / prodere*; §§ 55; 136 I 2, 243 IV 1 StPO, Art. 14 III lit. g IPBPR), d.h. niemand ist verpflichtet, sich selbst zu belasten bzw. aktiv an seiner eigenen Überführung mitzuwirken; zudem gilt das Verbot, aus der Ausübung des Schweigerechts nachteilige Schlüsse zu ziehen  
Probleme: • (durch §§ 145d, 164, 187 StGB begrenztes) "Lügerecht" des Beschuldigten? • Teileinlassung des Beschuldigten: zeitweises und teilweises Schweigen (zur Verwertbarkeit des partiellen Schweigens *BGHSt* 20, 298 [300]; *BGH*, NStZ 2000, 494; eingehend: *Miebach*, NStZ 2000, 234); • Spannungsverhältnis zu öffentlich-rechtlichen Auskunfts- und Mitwirkungspflichten (Eingreifen eines Verwendungsverbots?)
14. **Unschuldsvermutung** (Artt. 20 III GG, 6 II EMRK), d.h. bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld wird vermutet, daß der einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist
15. **Zweifelssatz** (*in dubio pro reo*; Art. 20 III GG), d.h. sofern das Prozeßgericht nicht von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist, sondern ernsthafte Zweifel an dessen Schuld hat, ist der Angeklagte freizusprechen  
Reichweite: gilt für die Schuld- und Straffrage sowie nach h.M. für die Prozeßvoraussetzungen
16. **Doppelbestrafungsverbot** (*ne bis in idem*; Art. 103 III GG), d.h. für die Tat (im prozessualen Sinne) darf noch kein Strafklageverbrauch, insb. durch rechtskräftige Aburteilung (siehe aber auch §§ 153a I 5, 211 StPO), eingetreten sein  
Reichweite: grds. kein Strafklageverbrauch durch ausländische gerichtliche Entscheidungen (s. aber z.B. Art. 54 SDÜ)

## 13. Einteilung der Grundrechte

### I. Dogmatische Einteilung

- a) Grundrechte i.e.S. (Artt. 1-19, einschl. zugehöriger Regelungen wie etwa Artt. 17a, 19 Abs. 1-3 GG)
  - Differenzierung nach den Grundrechtsträgern (Menschen- u. Freiheitsrechte, Deutschenrechte; s.u.)
- b) grundrechtsgleiche Rechte (vgl. die Aufzählung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a: Artt. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103, 104 GG)
- c) nicht: Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, aber mit Grundlage vieler verfahrensrechtlicher Rechtspositionen bzw. staatlicher Leistungen
- d) nicht: Staatszielbestimmungen Art. 20a GG (s.a. Präambel, Artt. 1 Abs. 1 u. 2; 3 Abs. 2 u. 3; 14 Abs. 3 S. 1; 23 Abs. 1 S. 1; 24 Abs. 2, 109 Abs. 2 GG [Vereintes Europa, Friedenssicherung, Wahrung der Menschenrechte, Internationale Zusammenarbeit ...]), aber Teil der verfassungsrechtlichen Werteordnung

### II. Systematische Einteilung (nach Jörn Ipsen, Staatsrecht II)

#### - Der Schutz des Individuums und seiner Privatsphäre

1. Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG)
2. Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)
3. Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; s.a. Art. 104 GG)
4. Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)
5. Unverletzlichkeit des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG)
6. Allgemeines Persönlichkeitsrecht einschl. dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

#### - Der Schutz von Ehe und Familie, Kindererziehung und Schulwesen

7. Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG)
8. Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 2-5 GG)
9. Schulwesen (Art. 7 GG)

#### - Der Schutz kommunikativen Handelns

10. Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG)
11. Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG)
12. Recht auf ungestörte Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG)
13. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)
14. Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)
15. Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)
16. Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)
17. Filmfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)
18. Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG)
19. Freiheit der Wissenschaft (Art. 5 Abs. 3 GG)
20. Petitionsrecht (Art. 17 GG)
21. Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)
22. Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 u. 2 GG)

#### - Der Schutz der Erwerbstätigkeit und des Erworbenen

23. Freizügigkeit (Art. 11 GG)
24. Berufsfreiheit (Art. 12 GG) einschl. dem Verbot des Arbeitszwangs (Art. 12 Abs. 2 GG) und der Zwangsarbeit (Art. 12 Abs. 3 GG)
25. Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)
26. Gewährleistung des Eigentums (Art. 14 GG)

#### - Allgemeine Handlungsfreiheit und Gleichheitsrechte

27. Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG)
28. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und spezielle Gleichheitssätze (Artt. 3 Abs. 2 u. 3; 6 Abs. 5; 33 Abs. 2 GG)

#### - Justizgrundrechte

29. Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)
30. Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 GG)
31. Rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)
32. Gesetzlichkeitsprinzip "Nulla poena sine lege" (Art. 103 Abs. 2 GG)
33. Verbot der Doppelbestrafung "ne bis in idem" (Art. 103 Abs. 3 GG)

#### - Grundrechte mit internationalem Bezug

34. Verbot des Entzugs der Staatsangehörigkeit (Art. 16 Abs. 1 GG)
35. Verbot der Auslieferung (Art. 16 Abs. 2 GG)
36. Asylrecht (Art. 16a GG)

## 14. Funktionen der Grundrechte

Im Anschluß an die Statuslehre von *Georg Jellinek* (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905) werden meist drei "status" (Zustände) oder Funktionen der Grundrechte als Freiheitsrechte unterschieden, nämlich

- der *status negativus*, der die **Abwehrfunktion** der Grundrechte als "Freiheit des einzelnen vom Staat" und damit die Haupttrichtung der meisten Grundrechte umschreibt; ihm sind die klassischen Freiheits- und Abwehrgrundrechte zur Abwehr staatlicher Eingriffe zuzurechnen,
- der *status positivus*, der die **Leistungs- und Schutzfunktion** der Grundrechte bezeichnet und somit die "Freiheit des einzelnen durch den Staat"; denn der einzelne kann zur Schaffung und Erhaltung seiner freien Existenz auch auf staatliche Vorkehrungen i.w.S. angewiesen sein (insofern auch: soziale Grundrechte); hierzu sind etwa Anspruchs-, Schutzgewähr-, Teilhabe-, Leistungs- und Verfahrensrechte zu zählen, insbesondere auch der Anspruch auf Rechtsschutz, (hierbei wird teilweise unterschieden zwischen
  - *derivativen Teilhabeansprüchen* auf gleiche Teilhabe an bestehenden Leistungssystemen [unstr.] und
  - *originären Teilhaberechten* auf Gewährung von Leistungen durch Schaffung neuer Leistungssysteme),
- der *status activus* als Inbegriff der staatsbürgerlichen (demokratischen) **Mitwirkungsfunktion** der Grundrechte im Sinne der "Freiheit des einzelnen auf (politisch gestaltende) Betätigung im und für den Staat".

Neben die Freiheitsrechte treten nach modernem Grundrechtsverständnis

- die - im Ursprung ebenfalls klassischen - ("relativ wirkenden") *Gleichheitsgrundrechte* (s. Artt. 3 Abs. 1, 2, 3 S. 1, 3 S. 2; 6 Abs. 5; 33 Abs. 1, 2, 3 GG), so daß den Grundrechten auch eine **Gleichbehandlungsfunktion** zukommt.

Hinzu kommen noch

- die sog. **Einrichtungsgarantien** der Grundrechte mit den sog. **Institutsgarantien** privatrechtlicher Rechtsinstitute (z.B. Ehe und Familie [Art. 6 Abs. 1 GG], Eigentum und Erbrecht [Art. 14 Abs. 1 GG]) und den sog. **institutionellen Garantien** öffentlich-rechtlicher Einrichtungen (z.B. Berufsbeamtentum, Art. 33 Abs. 5 GG),
- und die Anerkennung der Grundrechte als zugleich **objektiv-rechtliche Wertentscheidungen**, die für alle Bereiche der Rechtsordnung gelten und u.a. Richtlinien für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung geben sowie selbst in die Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Bürgern - also in das Privatrecht - hinein *ausstrahlen* (sog. *mittelbare Drittwirkung* der Grundrechte).

Ausgehend von der Unterscheidung der subjektiv-rechtlichen und objektiv-rechtlichen Wirkungen der Grundrechte läßt sich etwa mit *Klaus Stern* (Staatsrecht III/1, §§ 66 ff bzw. Staatsrecht III/2, § 96) folgende Gliederung der Grundrechte und ihrer Funktionen (Wirkungsweisen) vornehmen:

### 1. Subjektiv-rechtliche Wirkungen

- a) Abwehrrechte
- b) Leistungsrechte (Teilhabe-, Schutzrechte)
- c) Mitwirkungsrechte
- d) Bewirkungsrechte

### 2. Objektiv-rechtliche Wirkungen

- a) Einrichtungsgarantien
- b) Ausstrahlungswirkungen
- c) Schutzpflichten
- d) Organisations- und Verfahrensgehalte

## 15. Grundrechtsträger

*Grundrechtsträgerschaft* oder Grundrechtsberechtigung meint die Fähigkeit, Rechtsträger oder Zuordnungsobjekt von Grundrechten zu sein. Grundrechtsträger ist zunächst jede geborene natürliche Person, darüber hinaus können einzelne Grundrechtspositionen auch noch nicht geborenen Personen (Embryonen) oder Toten zukommen, so insbesondere der Schutz vorgeburtlichen Lebens und der Schutz der Menschenwürde (bzw. des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts) werden den Lebens sowie Verstorbener. (Von der Grundrechtsträgerschaft ist zu unterscheiden die sog. *Grundrechtsmündigkeit*, der Fähigkeit eines Grundrechtsträgers, die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter, Freiheiten und Rechte selbst verfahrensrechtlich wahrnehmen zu können; hierfür ist auf die Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit des einzelnen abzustellen.) Man unterscheidet je nach Inhaberschaft die

- *Menschen- oder Jedermannrechte*, die allen Menschen im Geltungsbereich des Grundgesetzes zukommen, und die
- *Bürger- oder sog. Deutschenrechte*, die ausdrücklich die Grundrechtsträgerschaft auf Deutsche i.S.d. Art. 116 GG beschränken (so z.B. die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit in Artt. 8, 9 GG).

Inwieweit daneben Personenmehrheiten die Grundrechtsträgerschaft zukommt, regelt weitgehend Art. 19 Abs. 3 GG, nämlich "soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind".

Dabei ist zu unterscheiden zwischen

- den *inländischen juristischen Personen des Privatrechts* (einschließlich der teilrechtsfähigen Personenmehrheiten)
  - keine Grundrechtsträger sind nach h.M. ausländische juristische Personen und Personenvereinigungen (doch stehen auch ihnen die juristischen Verfahrensgrundrechte der Artt. 19 Abs. 4, 101 Abs. 1, 103 Abs. 1 GG zu), sofern diese nicht kraft (europäischen) Gemeinschaftsrechts im Rahmen der Anwendung desselben durch die Mitgliedstaaten wie inländische Vereinigungen zu behandeln sind - und
- den *inländischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts*.

Für letztere ist grundsätzlich die Grundrechtsträgerschaft zu verneinen, da sie auf Grund von Kompetenzen und nicht in Ausübung von Freiheiten tätig werden. Dies gilt grundsätzlich auch, soweit sich der Staat privatrechtlicher Handlungsformen bedient (und unabhängig davon, ob dabei öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden).

Ausnahmen gelten

- soweit nicht die öffentlich geregelte Aufgabe, sondern die Interessenwahrnehmung der Mitglieder im Vordergrund steht,
- ferner für die Rundfunkanstalten im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG, für Einrichtungen der Kunst sowie für die Universitäten und Fakultäten im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG und für die öffentlich-rechtlich organisierten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften im Hinblick auf Art. 4 GG und
- allgemein für die Wahrnehmung der Justizgrundrechte der Artt. 101 Abs. 1, 103 Abs. 1 GG (regelmäßig aber nicht für Art. 19 Abs. 4 GG).

## 16. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen (Eingriffsmaßnahmen)

Soweit durch staatliches Handeln (z.B. eine Ermittlungsmaßnahme) der Schutzbereich eines Grundrechts betroffen, in diesen "eingegriffen" wird, bedarf dies wegen des verfassungsrechtlichen Vorbehalts des Gesetzes besonderer Rechtfertigung. Es ist somit zu prüfen, ob der Eingriff in den grundrechtlichen Schutzbereich durch besondere oder allgemeine Grundrechtsschranken bzw. durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt ist. Als konkrete Rechtfertigungsgrundlagen für strafprozessuale bzw. polizeirechtliche Grundrechtseingriffe dienen dabei die auf sog. Gesetzesvorbehalten gründenden strafprozessualen und polizeirechtlichen Einzelermächtigungen oder die Generalklauseln der Strafverfahrens- (§§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO; beachte hierbei aber den Grundsatz der fragmentarischen Zwangsbefugnisse im Strafverfahren) bzw. Polizeigesetze (z.B. §§ 1, 3 sächs. PolG). Hierbei ist, auch im Wege der Schranken-Schranken-Prüfung, die Rechtmäßigkeit der strafprozessualen bzw. polizeirechtlichen Schrankenziehung im Einzelfall festzustellen. Auf diese Weise soll jeweils ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen einerseits den individuellen Menschenrechten und Grundfreiheiten sowie andererseits der staatlichen Aufgabe einer effektiven Gefahrenabwehr bzw. Strafverfolgung, auch zur Gewährleistung der Rechtsordnung und Sicherheit der Bevölkerung, geschaffen werden. Einer besonderen Eingriffsrechtfertigung bedarf es allerdings dann nicht, wenn der einzelne (wirksam) auf den grundrechtlichen Schutz verzichtet hat, etwa indem er in die Durchführung einer polizeilichen Eingriffsmaßnahme eingewilligt hat.

### a) Gesetzesvorbehalt und sog. Grundrechtsschranken

Während der sog. "*Vorbehalt des Gesetzes*" nach Art. 20 Abs. 3 GG als rechtsstaatliche und demokratische Legitimationsanforderung staatlichen Handelns festlegt, daß in "grundlegenden Bereichen" (so insbesondere in "Freiheit und Eigentum") nur aufgrund eines förmlichen und hinreichend bestimmten Gesetzes eingegriffen werden darf, handelt es sich bei dem sog. "*Gesetzesvorbehalt*" um eine besondere Ausprägung dieses Vorbehalts des Gesetzes, und zwar um jenen zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen durch die Ziehung von sog. *Grundrechtsschranken*. Diese sehen regelmäßig eine Einschränkung "durch oder auf Grund eines Gesetzes" (bzw. - was dasselbe meint - nur "auf Grund eines Gesetzes") vor, d.h. unmittelbar durch ein förmliches Gesetz oder auf Grund eines solchen (als Ermächtigungsgesetz i.S.d. Art. 80 GG) durch untergesetzliche Normen oder Verwaltungsakte.

Man unterscheidet

- die sog. *einfachen Gesetzesvorbehalte* und
- die sog. *qualifizierten Gesetzesvorbehalte*, die eine Beschränkung des Grundrechts nur bei bestimmten Situationen, zu bestimmten Zwecken oder durch bestimmte Mittel zulassen (z.B. Artt. 6 Abs. 3; 8 Abs. 2; 11 Abs. 2 GG).

(Sie sind abzugrenzen zu den sog. *Regelungsvorbehalten* zur Inhaltsbestimmung bzw. näheren Ausgestaltung eines Grundrechts, z.B. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.)

Auch bei den sog. *schrankenlos gewährleisteten Grundrechten* (z.B. Art. 5 Abs. 3 GG) kommt nach h.M. eine Grundrechtsbeschränkung in Betracht, allerdings sind "nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte ... mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen. Dabei auftretende Konflikte lassen sich nur lösen, indem ermittelt wird, welche Verfassungsbestimmungen für die konkret zu entscheidende Frage das höhere Gewicht hat ... Die schwächere Norm darf nur so weit zurückgedrängt werden, wie das logisch und systematisch zwingend erscheint; ihr sachlicher Grundwertgehalt muß in jedem Fall respektiert werden." (BVerfGE 28, 243 [261] - Kriegsdienstverweigerung). Bei der demnach vorzunehmenden fallbezogenen *Güter- und Interessenabwägung*, die auch als *Herstellung praktischer Konkordanz* bezeichnet wird, ist ein verhältnismäßiger Ausgleich

der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung zu suchen. Durch das Bundesverfassungsgericht werden als "andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte" auch die grundgesetzlichen Kompetenzbestimmungen (Artt. 73-75 GG) herangezogen (was nicht unbedenklich ist). Bei jeder Schrankenziehung sind die sog. *Schranken-Schranken* zu beachten: Dazu zählen zunächst die Bestimmungen des Art. 19 Abs. 1 GG, ferner der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, d.h. der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (= Verhältnismäßigkeit i.e.S.) der Schrankenziehung, sowie die sog. *Wesensgehaltsgarantie* des Art. 19 Abs. 2 GG.

#### b) Die Einwilligung des Betroffenen (Grundrechtsverzicht)

Das Gesetz stellt teilweise bei den Eingriffsmaßnahmen darauf ab, daß diese "ohne Einwilligung" des Beschuldigten erfolgen (etwa § 81a StPO), woraus sich ergibt, daß dessen freiverantwortliche Einwilligung (nicht bloß die Hinnahme des Eingriffs) eine Rückbeziehung der Eingriffsmaßnahme auf die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zu ihrer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung erübrigt. Allgemein wird daher eine gesetzliche Eingriffsermächtigung bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung des Betroffenen in die Maßnahme für entbehrlich gehalten, so daß so auch weitergehende, anderenfalls mangels einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage unzulässige Eingriffe ermöglicht werden. Die Einwilligung hat somit die Bedeutung eines Grundrechtsverzichts im Einzelfall (Verzicht auf Abwehr-/Unterlassungsanspruch) im Sinne des Grundsatzes "volenti non fit iniuria" - allerdings nur, soweit der Einwilligende über das Ob (und ggf. auch Wie) der Maßnahme selbst entscheidet (was in dem dem Legalitätsprinzip verpflichteten Strafverfahrensrecht selten der Fall sein wird, so aber z.B. bei freiwilligen Speicheltests im Rahmen sog. Massenuntersuchungen).

Die *Wirksamkeit der Einwilligung* richtet sich nach denselben Voraussetzungen wie bei der materiellrechtlichen Rechtfertigung (bzw. nach a.A. dem Tatbestandsausschluß) einer strafbaren (tatbestandsmäßigen) Handlung (vgl. § 228 StGB nF), insbesondere darf der Eingriff (unter Mitberücksichtigung seines Zwecks), etwa wegen besonderer Gefährlichkeit oder Verstoßes gegen verfahrensrechtliche Grundsätze bzw. die Menschenwürde nicht "sittenwidrig", d.h. als solches unzulässig und damit der individuellen Disposition entzogen sein:

- Der Betroffene muß über die nötige Verstandesreife (nicht unbedingt Geschäftsfähigkeit) verfügen ("Einsichts- und Urteilsfähigkeit")
- vor der Maßnahme,
- ausdrücklich und eindeutig
- aus freiem Entschluß (hieran fehlt es auch bei Androhung anderenfalls zwangsweiser Anordnung und Durchführung) einwilligen,
- was u.U. eine Belehrung über die Bedeutung, Gefährlichkeit und Nachwirkungen des Eingriffs erfordert, daneben aber auch u.U. eine (erweiterte) strafprozessuale Belehrung über die Beschuldigtenrechte (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO) und die fehlende Verpflichtung zur aktiven Mitwirkung (Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, *nemo tenetur se ipsum accusare/prodere*) erfordert.
- Ferner muß - wie eingangs erwähnt - der einzelne auch dispositionsbefugt sein.

Die Einwilligung ist jederzeit frei widerruflich, was bis dahin ermittelt ist, bleibt aber im Strafverfahren verwertbar.

*Einwilligungsmängel* liegen vor bei Einwilligungsunfähigkeit, fehlender Dispositionsbefugnis und fehlender Willensfreiheit (etwa bei Verstoß gegen § 136a StPO); eine nachträgliche Genehmigung macht eine rechtswidrige Maßnahme zwar nicht rechtmäßig, kann aber u.U. die Verwertung der erlangten Beweismittel ermöglichen (vgl. die sog. Widerspruchslösung bei Belehrungsmängeln).

## 14. Grundrechtsprüfung (insbesondere Schrankenziehung)

**1. Schutzbereich der Grundrechtsgewährleistung:** Wird durch das (staatliche) Handeln (z.B. eine Ermittlungsmaßnahme) der Schutzbereich eines Grundrechts (bzw. eines verfassungsrechtlich verbürgten Menschenrechts oder einer Grundfreiheit) betroffen?

a) *Sachlicher Schutzbereich:* Was?

hier sind inhaltliche Begrenzungen der Grundrechtsgewährleistung (sog. *grundrechtssimmanente Schranken*) zu beachten, z.B. bei der Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG ("friedlich und ohne Waffen")

b) *Persönlicher Schutzbereich* (Grundrechtsträger bzw. -berechtigter, s.o.): Wer?

- jede natürliche Person ("jedermann"), ggf. Frage der Grundrechtsmündigkeit beachten
- teilweise aber nur Deutsche
- ggf. Fragen der Grundrechtsgeltung im sog. *besonderen Gewaltverhältnis* klären
- daneben beschränkt auch juristische Personen, Art. 19 Abs. 3 GG (grundsätzlich nicht des öffentlichen Rechts)

[c] ggf. zudem: zeitlicher und räumlicher Anwendungsbereich]

d) *Grundrechtskonkurrenz:*

- liegt eine sog. *unechte oder Scheinkonkurrenz* (Vorgehen eines - spezielleren - Grundrechts, z.B. Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, als sog. Auffanggrundrecht bzw. des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG, gegenüber den besonderen Gleichheitssätzen) oder
- ein Fall der sog. *Idealkonkurrenz* vor?



**2. Grundrechtsbeeinträchtigung (Eingriff):** Wird durch die Ermittlungsmaßnahme d(ies)er Schutzbereich beeinträchtigt, d.h. wird in ihn "eingegriffen" (dabei sind insbesondere auch die Zielrichtung [Schutzfunktion] und der Grundrechtsadressat zu berücksichtigen)?

In der Regel geht es bei strafprozessualen oder polizeirechtlichen (Zwangs-)Maßnahmen um einen Eingriff in *Abwehrrechte*, dabei ist etwa zu klären

- a) ob die *Eingriffsschwelle* erreicht ist,
- b) das Vorliegen einer bloßen *Inhaltsbestimmung* (soweit der Gesetzgeber - verfassungsrechtlich - zur näheren Ausgestaltung der Grundrechtsgewährleistung durch ein einfaches Gesetz befugt ist)
- c) ein "*Grundrechtsverzicht*" durch wirksame Einwilligung in den Eingriff vorliegt.

**3. Grundrechtsschranken (Eingriffsrechtfertigung):** Ist d(ies)er Eingriff in den Schutzbereich durch besondere oder allgemeine Grundrechtsschranken oder durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt? (Frage nach der - verfassungsgemäßen - "Eingriffs- oder Ermächtigungsgrundlage")

a) **Rechtfertigungsgrundlagen zur Schrankenziehung**

- *besonderer (sog. qualifizierter) Gesetzesvorbehalt*, z.B. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 2 GG ("allgemeine" Gesetze)
- *allgemeiner (sog. einfacher) Gesetzesvorbehalt*, z.B. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2, 3 GG ("auf Grund eines Gesetzes")
- bei *schrankenlos gewährleisteten Grundrechten* (z.B. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) sog. *verfassungsimmanente Schranken*, dazu: Güter-/Interessenabwägung (bei Grundrechtskollisionen mit Grundrechten Dritter oder sonstigen verfassungsrechtlich geschützten Gütern) bzw. Herstellen "praktischer Konkordanz"

b) **Schranken-Schranken** (bei Einschränkung aufgrund eines Gesetzesvorbehalts)

formelle Voraussetzungen:

- *Zitiergebot*, Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG
- *Verbot des Einzelfallgesetzes*, Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG
- *Wesentlichkeitstheorie* (d.h. das Gesetz selbst muß alle wichtigen, grundrechtsbedeutsamen Fragen regeln); vgl. auch die förmlichen Anforderungen an die Ermächtigungsnorm nach Art. 80 GG bzw. den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG)
- ordnungsgemäßes Zustandekommen des Gesetzes nach Artt. 77 ff GG
- inhaltliche *Bestimmtheit* des Gesetzes

materielle Voraussetzungen:

- *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*
  - *Geeignetheit* (Zwecktauglichkeit, zumindest aber zur Erreichung des Zwecks förderlich)
  - *Erforderlichkeit* (Fehlen eines anderen mildereren, aber gleich wirksamen Mittels)
  - *Angemessenheit* (= Verhältnismäßigkeit i.e.S.), hierzu Interessenabwägung, z.B. zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an einer leistungsfähigen Strafjustiz und den Individualrechten
- dabei auch Beachtung der *Wesensgehaltsgarantie* (Art. 19 Abs. 2 GG; insoweit sind Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensführung [sog. "Intimsphäre" in Abgrenzung zur "Privat-" und zur "Sozialsphäre"] grundsätzlich unzulässig) und sonstige Fragen der Verfassungsmäßigkeit der einfachgesetzlichen Schranken (beachte auch insoweit die sog. *Ewigkeitsgarantie* des Art. 79 Abs. 3 GG)

## 18. Einführung in das juristische Arbeiten (Methodik): Subsumtionstechnik, Gesetzesauslegung und juristische Argumentation

*Johann Wolfgang von Goethe*: "Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihrs nicht aus, so legt was unter!"

[Bei den folgenden Ausführungen zur juristischen Methodik dient als Beispiel die klassische strafrechtliche Streitfrage, ob für eine "Bande" i.S.d. Strafgesetzbuches, vgl. etwa §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 2 etc. StGB, bereits zwei Personen ausreichen, oder ob es hierzu wenigstens eines Zusammenschlusses dreier Personen bedarf.]

### I. Subsumtionstechnik

Die Anwendung von Rechtsnormen auf einen bestimmten Sachverhalt bezeichnet man als **Subsumtion**. Der Sachverhalt wird unter einen Tatbestand (etwa ein Delikt) *subsumiert*, indem in einem mehrstufigen logischen Schlußverfahren (Syllogismus) geprüft wird, ob die einzelnen Tatumstände des Sachverhalts sich unter die gesetzlichen Begriffsmerkmale einordnen lassen, so daß die gesetzlichen Rechtsfolgen auf den Sachverhalt anwendbar sind. Der Subsumtionsvorgang erfolgt seiner logischen Abfolge nach in vier Schritten, nämlich

- a) dem **Formulieren der Fallfrage** (*Subsumtionsfrage*), wobei dem zu prüfenden Tatbestandsmerkmal der zu beurteilende Sachverhaltsausschnitt zugeordnet wird

[Beispiel: "*Bilden Max und Moritz eine Bande i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB?*"],

- b) dem **Aufstellen der juristischen Definition** des zu prüfenden Tatbestandsmerkmals

[Beispiel: "*Eine Bande ist ein auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung beruhender, auf eine gewisse Dauer zur Begehung mehrerer selbständiger, im einzelnen noch unbestimmter Taten angelegter Zusammenschluß mehrerer Personen. Streitig ist dabei, ob es hierfür dreier Personen bedarf oder bereits ein Zusammenschluß von zwei Personen ausreicht. ... Daher ist der Rechtsprechung zuzustimmen, daß erst drei Personen eine Bande bilden können.*"],

- c) dem **Vergleich der abstrakten juristischen Definition** (sog. *Obersatz*) **mit dem konkreten Sachverhaltsausschnitt** (sog. *Untersatz*)

[Beispiel: "*Max und Moritz taten sich zusammen, um gemeinsam wiederholt Äpfel, Birnen und Zwetschgen zu stehlen.*" und

- d) dem Festhalten des hierbei gewonnenen **Subsumtionsergebnisses** (sog. *Schlußsatz*)

[Beispiel: "*Da sie nur zu zweit sind, bilden Max und Moritz keine Bande.*"]

Die eigentliche Subsumtionsarbeit besteht neben dem richtigen tatsächlichen und rechtlichen Erfassen und Gliedern des Sachverhalts (wozu auch die in der Praxis bedeutsame Arbeit am Sachverhalt gehört) in dem (bei der akademischen juristischen Ausbildung im Vordergrund stehenden) Erarbeiten der juristischen Definition, so daß sie auf den konkreten Sachverhalt paßt und die Subsumtionsfrage durch den Vergleich von Ober- und Untersatz entschieden werden kann. Hierzu muß regelmäßig der dem gesetzlichen Tatbestand entnommene Rechtsbegriff *ausgelegt* werden (dazu gleich). Hier ist auch zu beachten, daß der juristische Sprachgebrauch von dem normalen Alltagssprachgebrauch abweichen kann, wie etwa bei den Begriffen "Eigentum" und "Besitz". Bestehen verschiedene Auslegungsmöglichkeiten, was häufig der Fall ist - und hier sind auch die in der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten mit einzubeziehen -, so muß der Jurist sich mit diesen auseinandersetzen und sich, soweit ergebnisrelevant, für eine von ihnen entscheiden. Angesichts des oft zwischen der Rechtsprechung und Lehre oder auch innerhalb derselben gegebenen Meinungsstreits über die "richtige" Auslegung, erübrigt der Blick in einen Gesetzeskommentar oder ein Lehrbuch nicht die eigene argumentative Arbeit am Gesetz.

Nur dann, wenn der zu prüfende Sachverhalt den Tatbestand der fraglichen Norm vollständig erfüllt, ist deren Rechtsfolge (unmittelbar) auf diesen Sachverhalt anwendbar. Da eine Norm aber meist mehrere Voraussetzungen aufweist bzw. zur Beantwortung einer Fallfrage häufig mehrere Normen heranzuziehen sind, sind für die Falllösung regelmäßig mehrere Subsumtionsvorgänge nebeneinander bzw. ineinander verschachtelt erforderlich. Dabei ist auf ein dogmatisch sauberes, korrekt strukturiertes Vorgehen zu achten, denn nur dann ist der verfolgte Lösungsweg "richtig". Und allein auf diesen, nicht auf das angesichts verschiedener vertretbarer Auslegungsmöglichkeiten mehr oder wenig zufällig mit der Musterlösung übereinstimmende Ergebnis kommt es bei der juristischen Ausbildung an.

### II. Gesetzesauslegung

Wegen der Vielgestaltigkeit der - im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes oft nicht vorhersehbaren - Lebenssachverhalte, die unter einen Gesetzestatbestand zu subsumieren sind, und wegen der Mehrdeutigkeit vieler Begriffe, bedarf das Gesetz der *Auslegung*. Dies gilt für *normative* (z.B. "Beleidigung") wie *deskriptive* Merkmale (z.B. ist der Begriff "Mensch" im Hinblick auf Beginn und Ende des Lebens klärungsbedürftig). Nach der klassischen Methodenlehre unterscheidet man vier **Auslegungsmethoden**:

- a) Die **grammatische** (bzw. grammatikalische) **Auslegung** versucht den Gesetzessinn ausgehend von dem *natürlichen Wortsinn* nach dem allgemeinen wie auch nach dem besonderen juristischen Sprachgebrauch zu erschließen. Die Wortlautauslegung steht am Anfang jeder Gesetzesauslegung, deren Grenze der mögliche Wortsinn darstellt.
- b) Die **systematische Auslegung** leitet den Sinn der Norm aus dem Systemzusammenhang ab, sei es aus der Gesamtregelung der betroffenen Norm oder aus dem Regelungszusammenhang mit anderen Rechtssätzen der Kodifikation oder Gesamtrechtsordnung (etwa ob der Begriff insoweit einheitlich verwendet wird).
- c) Die (objektiv-) **teleologische Auslegung** ermittelt den heutigen (objektiven) Sinn und Zweck der Norm, im Strafrecht etwa, indem sie vornehmlich auf das durch die Norm geschützte Rechtsgut abstellt (und unter Umständen auch kriminalpolitische Erwägungen miteinbezieht).
- d) Die **historische Auslegung** zieht zur Deutung der Norm den allgemeinen geschichtlichen Zusammenhang, in dem das Gesetz steht, und seine besondere Entstehungsgeschichte heran, über die insbesondere die Gesetzesmaterialien Aufschluß geben. Man unterscheidet die sog. *subjektiv-historische Methode*, nach der der Wille des historischen Gesetzgebers maßgeblich ist und die sog. *objektiv-historische Methode*, die auf das damalige Regelungsumfeld und den Regulationsanlaß bzw. das Regelungsziel abstellt (und damit der *subjektiv-teleologischen* Auslegungsmethode entspricht). Nach herrschender Meinung ist nur der von dem Gesetzgeber erkennbar verfolgte Regelungszweck, der zumindest andeutungsweise in der Norm zum Ausdruck kommt, verbindlich (sog. Andeutungstheorie).

### III. Juristische Argumentation

Bei der Entscheidung für eine von mehreren möglichen Auslegungen sind nach der **juristischen Argumentationslehre** (juristische Logik) folgende Schlußformen anerkannt:

- a) Durch den **Analogieschluß** (*argumentum a simile*) wird eine Regelungslücke geschlossen, indem bei im wesentlichen ähnlich gelagerten Sachverhalten auf den unregelmäßig Sachverhalt eine für einen anderen Sachverhalt bestehende und verallgemeinerungsfähige Regelung entsprechend angewandt wird. Voraussetzungen einer analogen oder entsprechenden Anwendung sind somit (1.) das Bestehen einer planwidrigen primären (anfänglichen) oder sekundären (nachträglichen) Gesetzeslücke, (2.) eine auf einen vergleichbaren Fall anwendbare Rechtsnorm und (3.) deren Analogiefähigkeit.  
Bei der *Gesetzesanalogie* wird der analog angewandte Rechtssatz einem bestimmten anderen Tatbestand entnommen, bei der *Rechtsanalogie* wird er aus verschiedenen, untereinander ähnlichen Tatbeständen abgeleitet.  
Der Analogieschluß ist im Strafrecht teilweise, nämlich zu Ungunsten des Täters (also zur Strafbegründung oder Strafschärfung), verboten, § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG.
- b) Der **Umkehrschluß** (*argumentum e contrario*) ist der Schluß von der Regelung eines geregelten Falles auf die umgekehrte Regelung des nicht geregelten Falles.
- c) Der **Größenschluß** (*argumentum a maiore ad minus*) ist der Schluß vom Größeren auf das Geringere (auch als *Erstrecht-Schluß*, *argumentum a fortiori* bezeichnet). Auch der umgekehrte Schluß *argumentum a minore ad maius* ist möglich.
- d) Mit dem **Schluß zum Absurden** (*argumentum ad absurdum*) wird aus der offensichtlichen Unrichtigkeit des Ergebnisses die Unrichtigkeit des Ausgangssatzes abgeleitet.

Die Grenze zulässiger Auslegung bildet der sog. **mögliche Wortsinn** einer Norm. Insofern ist unter einer **restriktiven Auslegung** eine einschränkende Auslegung auf den Vorstellungskern des Ausdrucks und unter einer **extensiven Auslegung** die ausdehnende Auslegung unter Miteinbeziehung des Randbereichs einer Norm zu verstehen.

Die sog. **verfassungskonforme Auslegung** dient der Normerhaltung, indem von mehreren möglichen Auslegungen jene auszuscheiden sind, die nicht im Einklang mit der Verfassung stehen bzw. jene vorzuziehen ist, die besser den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht. Mit der sog. **richtlinienkonformen Auslegung** soll eine Gesetzesanwendung in Übereinstimmung mit entsprechenden europarechtlichen Richtlinien gewährleistet werden.

### Materialienanhang

#### 1) Auszug aus dem *Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten* (1794)

##### »Einleitung. I. Von den Gesetzen überhaupt.

*Auslegung der Gesetze.*

§ 46. Bey Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beylegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes, deutlich erhellet.

§ 47. Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteyen zu benennen, seine Zweifel der Gesetzcommißion anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen.

§ 49. Findet der Richter kein Gesetz, welcher zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach den in dem Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß, erkennen.

§ 50. Er muß aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz so fort anzeigen.

§ 51. Sollte durch dergleichen Anzeige in der Folge ein neues Gesetz veranlaßt werden, so kann dasselbe doch auf die vorher schon gültig vollzogenen Handlungen keinen Einfluß haben.«

## 2) Auszug aus dem öster. Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch vom 1.6.1811 (JGS Nr. 946, S. 1)

### »Einleitung. Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt.

#### Auslegung

§ 6. Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.

§ 7. Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall doch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.

§ 8. Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. Eine solche Erklärung muß auf alle noch zu entscheidende Rechtsfälle angewendet werden, dafern der Gesetzgeber nicht hinzufügt, daß seine Erklärung bei Entscheidung solcher Rechtsfälle, welche die vor der Erklärung unternommenen Handlungen und angesprochenen Rechte zum Gegenstande haben, nicht bezogen werden solle.«

## 3) Auszug aus dem schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907

»Art. 1. Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz kein Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.«

## 4) Ein kurioses Beispiel einer Begriffsauslegung: Die reichsgerichtliche Definition der Eisenbahn i.S.d. § 1 HaftpflG (Auszug aus: RG, Urt. v. 17.3.1879 - Rep I. 23/80 = RGZ 1, 247 [251 f]<sup>1)</sup>)

»Sprachlich bedeutet Eisenbahn ganz allgemein eine Bahn von Eisen zwecks Bewegung von Gegenständen auf derselben. Verknüpft man diesen Wortlaut mit dem Gesetzeszweck, und erwägt man, daß die eigenartige Nützlichkeit und gleichzeitig Gefährlichkeit des metallischen Transportgrundes, in der (durch dessen Konsistenz, sowie durch dessen, das Hindernis der Reibung vermindernde Formation und Glätte gegebenen) Möglichkeit besteht, große Gewichtsmassen auf jenem Grunde fortzubewegen und eine verhältnismäßig bedeutende Geschwindigkeit der Transportbewegung zu erzeugen, so gelangt man im Geiste des Gesetzes zu keiner engeren Bestimmung jener sprachlichen Bedeutung des Wortes Eisenbahn, um den Begriff eines Eisenbahnunternehmens im Sinne des §. 1 des Gesetzes [= HaftpflG]<sup>2)</sup> zu gewinnen, als derjenigen:

"Ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport großer Gewichtsmassen beziehungsweise die Erzielung einer verhältnismäßig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Elektrizität, thierischer oder menschlicher Muskelthätigkeit, bei geneigter Ebene der Bahn auch schon der eigenen Schwere der Transportgefäße und deren Laden u.s.w.) bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismäßig gewaltige (je nach den Umständen nur in bezweckter Weise nützliche, oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist."«<sup>3)</sup>

<sup>1</sup> Es war die (durch das Reichsgericht bejahte) Rechtsfrage zu entscheiden, ob der Betrieb einer vorübergehend bei Bauarbeiten zu Zwecken des Materialtransports installierten Betriebsbahn als *Betrieb einer Eisenbahn* i.S.d. § 1 (Reichs-)Haftpflichtgesetzes anzusehen ist.

<sup>2</sup> "§ 1. (1) Wird bei dem Betrieb einer Schienenbahn oder einer Schwebbahn ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Betriebsunternehmer dem Geschädigten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.  
(2) ..."

<sup>3</sup> Als Antwort hierauf wurde in der Rechtswissenschaft folgende Definition des Reichsgerichts entwickelt: "Ein Reichsgericht ist eine Einrichtung, welche dem allgemeinen Verständnis entgegenkommen sollende, aber bisweilen durch sich nicht ganz vermeiden lassen, nicht ganz unbedeutende bzw. verhältnismäßig gewaltige Fehler im Satzbau der auf der schiefen Ebene des durch verschnörkelte und ineinandergeschachtelte Perioden ungenießbar gemachten Kanzleistils herabgerollten Definitionen, welche das menschliche Sprachgefühl verletzende Wirkungen zu erzeugen fähig sind, liefert." (zit. nach *Fritjof Haft*, Aus der Waagschale der Justitia, 2. Aufl. 1990, S. 21)

5) Zu der eingangs aufgeworfenen Frage nach der **Definition der Bande** siehe folgende Texte:

*BGH*, NSTZ 1986, 408: »Zum Tatbestand des Bandendiebstahls gehört, daß sich mindestens zwei Personen durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zur Begehung mehrerer selbständiger, im einzelnen noch ungewisser Taten verbunden haben.«

*BGHSt* 23, 239 (240): »Nicht in der Vielzahl allein liegt ... die wesentliche Ursache der besonderen Gefährlichkeit, sondern vor allem in der engen Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bildet. Diese besondere Gefährlichkeit liegt schon in der Verbindung von zwei Mitgliedern. Die Erfahrung lehrt, daß gerade bei den Zweiergruppen von Spezialisten (Taschendiebe, Trickdiebe, Tresorbrecher) solche gegenseitige Bindung besteht ...«

*BGHSt* (GS) 46, 321 (325 ff): »Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluß von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen. Ein "gefestigter Bandenwille" oder ein "Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse" ist nicht erforderlich.«

*Wilfried Küper*, Strafrecht Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen, 3. Aufl. 1999, S. 39-40 [Hinweise auf den Rechtsprechungswandel in eckigen Klammern durch Verf. eingefügt]: »"Bande" ist eine auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung beruhende Verbindung einer Mehrzahl von Personen (mindestens zwei; str.), die für eine gewisse Dauer vorgesehen und auf die künftige Begehung mehrerer selbständiger, im einzelnen noch unbestimmter Taten gerichtet ist. Eine "Organisation" des Zusammenschlusses ist nicht erforderlich. ...

Umstritten ist, ob für die spezifische Gefährlichkeit und demgemäß für den Begriff der "Bande" bereits die Verbindung von zwei Personen ausreicht. Im Anschluß an die Judikatur zur früheren Gesetzesfassung (*RGSt* 52, 209, 211; 66, 236, 238; *BGH* bei *Dallinger*, MDR 1967, 369), die den Bandenbegriff indirekt als Verbindung "mehrerer" Personen definierte, wurde dies von der [früheren] Rechtsprechung und weithin in der Literatur angenommen. Dafür spricht, daß das Gesetz mit dem Wort "Bande" lediglich einen Begriff ausdrücklich aufgenommen hat, der bereits früher für den Zusammenschluß "mehrerer" gebräuchlich war und zur festen Terminologie der Bandendelikte gehörte. Daß es nach §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2 StGB ausreicht, wenn nur zwei Bandenmitglieder die Tat ausführen bzw. zur Ausführung zusammenwirken, ist ein weiterer Anhaltspunkt für einen auf zwei Personen beschränkbar Bandenbegriff. Auch ist die Gefährlichkeit der kriminellen Verbindung bei drei Mitgliedern nicht notwendig oder typischerweise größer. Im übrigen verknüpft der Gesetzgeber auch sonst die spezifische Gefährlichkeit, die aus einer Personenmehrheit resultiert, mit einer Mindestzahl von zwei Personen (§§ 224 I Nr. 4, 231 I StGB). ...

Die inzwischen schon überwiegende Meinung im Schrifttum [und die neue Rechtsprechung des BGH] fordert dagegen mindestens drei Personen und macht dafür geltend: Die besondere Gefährlichkeit der "Bande" beruhe gerade darauf, daß sie aus dem "Korpsgeist" und der "Gruppendynamik" einer mehrgliedrigen Vereinigung resultiere, deren Existenz nicht vom Ausscheiden (oder Hinzukommen) einzelner Mitglieder abhängt; dieser Sachverhalt sei aber beim Zusammenschluß von nur zwei Personen nicht gegeben (vgl. zuletzt *Mitsch*, BT II/1, § 1 Rn 254; *Otto*, JZ 1993, 566; *Rengier*, BT 1, § 4 Rn 45; jew. mit weit. Nachw.).«

Zum Problem siehe auch *Gosciny/Uderzo*, Asterix und die Goten, Paris 1963, S. 15:



## 19. Die Fallbearbeitung (das Rechtsgutachten)

Bei dem gutachtlichen Lösen eines Falles ist stets von der **Aufgabenstellung** auszugehen, denn nur die aufgeworfenen Fragen - und keine anderen - sind so exakt wie möglich zu beantworten. Deshalb sollte gleich der erste Blick des Bearbeiters dem Bearbeitervermerk (Fallaufgabe) gelten, um von Anfang an eine falsche Weichenstellung zu vermeiden. Zudem kann aus der Aufgabenstellung häufig zugleich die erste Subsumtionsfrage abgeleitet werden. Nur wenn allgemein nach der Rechtslage bzw. (im Zivilrecht) den Ansprüchen oder (im Strafrecht) der Strafbarkeit der Beteiligten<sup>1)</sup> gefragt ist, muß sich der Bearbeiter selbst die maßgeblichen Fallfragen herausarbeiten (und dazu zunächst einen Überblick über den Sachverhalt und dessen rechtliche Einordnung verschaffen).

Der zweite Arbeitsschritt dient dem Erfassen des **Sachverhaltes** durch (mindestens zweimaliges) genaues Lesen des Sachverhaltes, um sich alle fallrelevanten Details einzuprägen und deren Zusammenhänge zu erkennen. Hierbei sind auch innere Vorstellungen und mitgeteilte Einlassungen der Beteiligten sowie Datenangaben zu beachten. (Bei umfangreichen Sachverhalten mit einer Vielzahl von Beteiligten oder Ereignissen ist die Anfertigung eines Zeitablaufplans bzw. einer Skizze anzuraten, auch damit einem keine Personenverwechslungen unterlaufen.) Bei dem Sich-Erarbeiten des Sachverhalts ist zu vermeiden, daß dieser zu bekannten Rechtsproblemen, Entscheidungen oder Fällen hin "verbogen" wird. Denn mit solch einer "Sachverhaltsquetsche" setzt sich der Bearbeiter nicht nur in Widerspruch zu dem mitgeteilten Sachverhalt, sondern erweist sich auch für das juristische Arbeiten als ungeeignet, kommt doch in der Praxis der Arbeit am Sachverhalt gegenüber der Lösung von Rechtsfragen meist eine viel größere Bedeutung zu. (Nützlich ist es, sich beim [zweiten] Durchlesen am Rand des Sachverhalts oder besser auf einem gesonderten Blatt die Probleme des bzw. die rechtlichen Gedanken zum Fall zu notieren, denn häufig erweisen sich die spontanen Gedanken als die richtigen, werden später aber vergessen oder werden nicht mehr richtig untergebracht.) In aller Regel enthält der Sachverhalt keine für die Lösung irrelevanten Umstände. Jedoch kann er in dem einen oder anderen Punkt lückenhaft sein. Kommt es bei der Lösung auf bestimmte, nicht ausdrücklich mitgeteilte Umstände für die rechtliche Beurteilung an, so ist die Lücke zunächst nach der allgemeinen Lebenserfahrung unter Heranziehung aller Anhaltspunkte des Sachverhalts auszufüllen, u.U. ist die vorgenommene Ergänzung des Sachverhalts auch in der Niederschrift knapp festzuhalten. Ist eine solche Lückenschließung nicht möglich, sind die denkbaren Geschehensvarianten alternativ zu untersuchen (Alternativgutachten).<sup>2)</sup>

Der nächste, dritte Arbeitsschritt gilt dem Erstellen einer **Lösungsskizze**. Solch eine gedankliche Vorprüfung und rechtliche Durchdringung des Sachverhalts ist nicht nur bei der vergleichsweise offenen Fallfrage nach der Rechtslage unabdingbar. Denn das erarbeitete Gliederungsgerüst, in dem der Lösungsweg eingehend skizziert und vor allem die Problemschwerpunkte sowie -lösungen festgehalten werden, ermöglicht überhaupt erst die richtige Falllösung. Bekanntlich hängt diese weniger vom Ergebnis, denn dem dorthin beschrittenen Weg und hierbei der zutreffenden Gewichtung der Fallprobleme ab; vor allem ermöglicht aber eine gute Gliederung sich die Zeit richtig einzuteilen und hilft ein aufgeregtes Niederschreiben der Falllösung mit zeitraubenden Irrwegen und unschönen Durchstreichungen zu vermeiden. Die gedankliche Vorprüfung des Falls beginnt mit dem Aufgliedern des Sachverhalts im Hinblick auf das anzufertigende Gutachten. Bei dem Aufbau des Gutachtens sind neben etwaigen zwingenden Aufbauregeln auch die Zweckmäßigkeitregeln zu beachten (u.U. erfordert der Fall sogar ein Abweichen von üblichen Aufbaumustern). Sodann werden alle in Betracht kommenden Tatbestände (Anspruchsnormen, Delikte etc.) im Gesetz aufgesucht und (kurz) durchgeprüft, um keinen einschlägigen Tatbestand zu übersehen. Scheiden hiernach einige Tatbestände ganz offensichtlich und problemlos aus und gibt es keinen vernünftigen Grund für deren Prüfung, so werden sie nicht in die Niederschrift übernommen. Die verbleibenden Tatbestände werden nun aufbaumäßig zutreffend zueinander in Beziehung gesetzt, dabei der Fall im einzelnen näher durchgeprüft und der Lösungsweg stichwortartig festgehalten. Zu beachten ist schon hier, daß eine Auseinandersetzung mit streitigen Rechtsfragen nur dann erfolgen darf - aber auch muß -, wenn sie für den Fall von Bedeutung sind (Relevanzprüfung!). Die Gliederung darf sich übrigens nicht mit der Wiedergabe nichtsagender Aufbauschemata begnügen, sondern muß die einzelnen Prüfungsschritte fallbezogen konkret nachzeichnen; sie sollte bei den Fallproblemen den Meinungsstand mit Argumenten pro und contra als Erinnerungsposten bezeichnen und dabei vor allem auch und die eigene Entscheidung festhalten.

Erst jetzt erfolgt die **Niederschrift** als vierter Arbeitsschritt. Hierbei sind auch die vorgegebenen Formalien zu beachten. Die schriftliche Ausarbeitung muß eine ordentliche Subsumtion des Sachverhalts unter die einzelnen (fraglichen) Tatbestände enthalten, wobei der Auslegung der gesetzlichen Merkmale und der argumentativen Auseinandersetzung mit den in Lehre und Rechtsprechung vertretenen Meinungen besondere Bedeutung zukommt. Entsprechend den gesetzten inhaltlichen Schwerpunkten (und damit Fallproblemen) ist bei der Niederschrift der Gutachten-, verkürzte Gutachtenstil bzw. der gemischte Gutachten- und Urteilstil, u.U. sogar der reine Urteilstil zu verwenden (gemeint ist mit Urteilstil eigentlich die sog. "Direktsubsumtion" des Sachverhalts unter den Tatbestand). Bei den zentralen Auslegungsproblemen sind die unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten nebst den zugehörigen Argumenten - möglichst kurz und genau auf ihren Kern reduziert - (mit eigenen Worten) darzustellen und es ist nach einer kritischen Stellungnahme eine eigene (derart begrün-

<sup>1)</sup> Beachte, daß die Strafbarkeit Verstorbener grds. nur soweit zu prüfen ist, als diese für die Falllösung vorgreiflich ist.

<sup>2)</sup> Beachte, bei strafrechtlichen Gutachten darf der straf(verfahrens)rechtliche Grundsatz "*in dubio pro reo*" nur angewendet und damit die für den Angeklagten günstigere Möglichkeit zugrunde gelegt werden, wenn nach der Aufgabe feststeht, daß der Tathergang nicht genau geklärt werden kann (Situation der Hauptverhandlung nach Abschluß der richterlichen Beweisaufnahme) und kein Fall der Wahlfeststellung oder der Postpendenz vorliegt.

dete) Entscheidung zu treffen. (Es genügt nicht, sich ohne Begründung einer Meinung schlicht anzuschließen; auf Begründungen darf nur insoweit verzichtet werden, als es um ganz vorherrschende Meinungen oder einhellig anerkannte Rechtsfiguren bzw. -konstruktionen geht.) Der eingeschlagene Lösungsweg muß für den Leser klar erkennbar und lückenlos nachvollziehbar sein, also vor ihm - in sich schlüssig - entwickelt werden. Abstrakte Vorbemerkungen sind zu vermeiden, vielmehr sind die Probleme jeweils an der aufbaumäßig richtigen Stelle zu erörtern.

Bei der Niederschrift sind zumindest die Hauptaufbaustufen durch Überschriften zu kennzeichnen, ansonsten ist der Text angemessen durch Absätze, Gliederungspunkte oder Spiegelstriche zu untergliedern (nicht jeder Satz erfordert einen eigenen Absatz, auch nicht immer jeder Gedanke oder jede Meinung.) Die angewandten Normen sind jeweils genau zu zitieren (also nach Artikel/Paragraph, Absatz, Satz, ggf. Halbsatz, Buchstabe, Variante etc.). Ferner sind rechtliche Fachausdrücke stets richtig und entsprechend ihrer spezifischen Bedeutung zu verwenden. Nicht zuletzt sollte sich die Ausarbeitung durch einen guten sprachlichen Stil auszeichnen, vor allem verständlich sein (einfache, kurze Sätze, deren Sinn sich dem Leser sofort erschließt). Fremdwörter sollten vermieden werden, wenn man sich einfacher und klarer in deutscher Sprache ausdrücken kann.

Nach der Niederschrift sollte die Arbeit nochmals **durchgelesen** und insbesondere auf etwaige Personenverwechslungen, Auslassungen als auch auf eine korrekte Rechtschreibung und Zeichensetzung geachtet werden.

Anhand der nachfolgenden Fallösung zum sog. Taschenbuch-Fall soll nun die Gutachten- und Subsumtionstechnik dargestellt werden:

### Materialienanhang

#### **Der "Taschenbuch-Fall"** (vgl. *OLG Celle*, NJW 1967, 1921)

S nimmt in einer Buchhandlung ein Taschenbuch aus dem Regal und steckt es in seine Jackentasche. Er wird dabei von einer Buchhändlerin beobachtet und von ihr beim Verlassen der Buchhandlung gestellt. S erklärt, er habe das Buch lesen und danach zurückbringen wollen. Dies sei, wie er einem Gespräch zwischen zwei Jurastudenten entnommen habe, nicht als Diebstahl strafbar.

Hat sich S wegen Diebstahls strafbar gemacht?

#### Fallgliederung:

#### **Strafbarkeit des S wegen Diebstahls, §§ 242 Abs. 1, 248a StGB**

##### I. Tatbestand

##### I.1. Objektiver Tatbestand: [*"Wer einem anderen eine fremde bewegliche Sache wegnimmt"*]

- a) Sache (= körperlicher Gegenstand) (+)
- b) beweglich (= tatsächlich fortbewegbar) (+)
- c) fremd (= im Eigentum eines anderen stehend) (+)
- d) Wegnahme (= Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams) (+)
  - Gewahrsam (= tatsächliches, von einem Herrschaftswillen getragenes Sachherrschaftsverhältnis; Beurteilung nach der Verkehrsanschauung)
  - zunächst: genereller (!) Gewahrsam des Buchhändlers,
  - sodann: Bruch desselben und (spätestens beim Verlassen, wohl aber schon durch das Einstecken) Gewahrsamsbegründung durch S (sog. Gewahrsamsexklave)
  - dabei: Gewahrsamswechsel trotz Beobachtung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber (Diebstahl ist keine heimliche Tat)

##### I.2. Subjektiver Tatbestand: [*"in der Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen"*]

- a) Tatbestandsvorsatz (+)
- b) Zueignungsabsicht (= Vorsatz der Enteignung und Absicht der Aneignung) (-)
  - Gegenstand der Zueignung? Substanz-, Sachwert-, Vereinigungstheorie, nach allen fehlt es an einer Enteignung (hier: straflose Gebrauchsanmaßung)

##### I.3. Ergebnis (-)

[*Wengleich der Fallbearbeiter keine Alternativlösung anzubieten hat, sei hier die Fallgliederung für den Fall einer Streitentscheidung i.S.d. OLG Celle (s.u.) fortgeführt: ...*]

##### I.2. c) Rechtswidrigkeit der Zueignung und Vorsatz insoweit

##### II. Rechtswidrigkeit (+)

- kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich

##### III. Schuld

- a) Schuldfähigkeit (+)
- b) Schuldausschließungsgrund: Verbotsirrtum, § 17 StGB (-)
  - Abgrenzung zum Subsumtionsirrtum, hier: unbeachtlicher Subsumtionsirrtum

##### IV. Strafantrag: § 248a StGB (geringwertige Sache, da Wert unter 50 Euro) - sei gegeben (+)

##### V. Ergebnis (+)]

## Gutachten:

S könnte<sup>1)</sup> dadurch, daß er dem Bücherregal ein Taschenbuch mit dem Willen entnahm und einsteckte, das Buch nach dem Lesen wieder zurückzubringen, sich wegen Diebstahls nach §§ 242 Abs. 1, 248a StGB strafbar gemacht haben.<sup>2)</sup>

### **Tatbestand<sup>3)</sup>**

a) Der objektive Tatbestand verlangt die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache.<sup>4)</sup>

Das Taschenbuch, ein körperlicher Gegenstand, der tatsächlich fortbewegt werden kann, ist eine bewegliche Sache. Es ist, da im Eigentum des Buchhändlers stehend, für S auch eine fremde Sache.<sup>5)</sup>

S müßte, indem er in der Buchhandlung das Taschenbuch einsteckte, dieses weggenommen haben. Wegnahme verlangt den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Gewahrsam ist nach herrschender Ansicht die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, wobei es weniger auf die psychisch-reale Beziehung als vielmehr auf die Beurteilung nach der Verkehrsauffassung des täglichen Lebens ankommt. Fraglich ist, ob S den bestehenden (generellen) Gewahrsam des Buchhändlers an den Gegenständen in seinem Laden bereits durch das Einstecken des Taschenbuchs brach und neuen eigenen Gewahrsam begründete, zumal er dabei beobachtet wurde und beim Verlassen der Buchhandlung ohne Mühe gestellt werden konnte.

Zunächst ist festzustellen, daß Diebstahl keine heimliche Tat ist, noch setzt ein vollendeter Diebstahl die Vollziehung des Gewahrsamswechsels derart voraus, daß der Täter - auch wenn körperlich unterlegen - endgültigen oder gesicherten Gewahrsam erlangt hat. Nach der Verkehrsauffassung des täglichen Lebens begründet eine enge körperliche Sphäre, wie sie insbesondere durch das Einstecken in die Kleidung begründet wird, die ausschließliche Gewahrsamssphäre einer Person. Daher ist insoweit hier der bisherige Gewahrsam des Buchhändlers an der Sache aufgehoben worden und diese in die tatsächliche Verfügungsmacht, also den Gewahrsam, des S gelangt. Eine intensivere Herrschaftsbeziehung des Täters zur Sache ist kaum denkbar.

---

<sup>1</sup> Wenngleich sich der Gebrauch des Konjunktivs bei den Subsumtionsfragen eingebürgert hat, so kann doch auch abweichend im Indikativ formuliert werden, etwa: "Indem S das Taschenbuch aus dem Regal nahm und einsteckte, kann er sich nach §§ 242 Abs. 1, 248a StGB strafbar gemacht haben." - Es heißt übrigens nicht: "A hat sich des Diebstahls strafbar gemacht", sondern "... wegen Diebstahls strafbar gemacht" (wobei "wegen" in der Hochsprache den Genitiv erfordert). Andererseits ist man nicht "wegen Mordes schuldig", sondern "des Mordes schuldig".

<sup>2</sup> Die erste Überlegung zur Beantwortung der Aufgabe wird als die erste konkrete übergreifende Subsumtionsfrage nach dem zu prüfenden Delikt formuliert und zwar unter genauer Bezeichnung der zu prüfenden Norm (Gesetz, Paragraph, Absatz, Satz/Halbsatz, Buchstabe/Nummer, Tatbestandsalternative etc.) und mit Bezug auf den zu beurteilenden Sachverhalt(sausschnitt).

<sup>3</sup> Die zweite Subsumtionsfrage - "Einen Diebstahl begeht, wer rechtswidrig und schuldhaft den Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB erfüllt." -, die alle Stationen einer bejahenden Antwort auf die erste Subsumtionsfrage enthält, wird - da der Verbrechenbau selbstverständlich ist - nicht als solche niedergeschrieben, sondern als Aufbauschema verwendet. Die Prüfungsabfolge der einzelnen Stationen des Verbrechenbegriffs spiegelt sich somit in dem Aufbau wider, wird aus den gewählten Gliederungspunkten ersichtlich, denen insofern für die Darstellung des Subsumtionsvorgangs Bedeutung zukommt. Der Einstieg in das Gutachten beginnt demnach gleich mit der ersten Stufe des Verbrechenbaus. (Aufbaufragen sind übrigens nicht theoretisch zu erörtern. Ihre Beantwortung ergibt sich aus dem verwendeten Aufbau, dieser spricht für sich.)

<sup>4</sup> Die erste Voraussetzung (objektiver Tatbestand) der zweiten Subsumtionsfrage wird hier nicht als selbständige dritte Subsumtionsfrage formuliert - "Zunächst müßte S durch die Entwendung des Buches den objektiven Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB verwirklicht haben." - sondern mit der Frage nach den objektiven Tatbestandsmerkmalen (= vierte Subsumtionsfrage) verbunden. - Die dritte Subsumtionsfrage könnte auch in einem Gliederungspunkt "Objektiver Tatbestand" aufgehen, und die Niederschrift der vierten Subsumtionsfrage könnte überhaupt entfallen, da sie nur den bekannten Gesetzestext wiederholt.

<sup>5</sup> Die gedanklichen Vorüberlegungen zur Handlungsqualität bzw. zur Qualifizierung des Verhaltens als positives Tun werden nicht niedergeschrieben, da eine Handlung unzweifelhaft vorliegt und die Einordnung als Tun evident ist. Die Prüfung beginnt deshalb gleich mit dem/den - nach der logischen Abfolge der Tatbestandsmerkmale - ersten Tatbestandsmerkmal(en) (= fünfte Subsumtionsfrage). Die hier abgekürzt erfolgte Darstellung des Gedankengangs - (1) *Ist das Buch eine Sache?* (2) *Eine Sache ist ein körperlicher Gegenstand.* (3) *Das Buch ist ein körperlicher Gegenstand.* (4) *Also ist das Buch eine Sache.* - durch die Verwendung des verkürzten Gutachtenstils ist legitim, da das Ergebnis unzweifelhaft und der Weg dorthin kurz ist. Es hätte hier auch im Urteilsstil festgestellt werden können, "Das Buch ist eine bewegliche Sache, da es ein körperlicher Gegenstand ist, der tatsächlich fortbewegt werden kann." (Übrigens, auch im Urteilsstil muß eine konkrete Subsumtion erfolgen, also der Sachverhalt mit den notwendigen Definitionsteilen des Gesetzes zusammengebracht werden.) Wenngleich keine abstrakte Behauptung aufgestellt werden darf, sähe man dies hier wegen des unzweifelhaften Vorliegens der Merkmale dem fortgeschrittenen Studenten nach. Aus demselben Grund konnten hier auch zwei Tatbestandsmerkmale (Sache, beweglich) zusammen geprüft werden. Auch die Subsumtion des nächsten Tatbestandsmerkmals (fremd) ist unproblematisch und entsprechend kurz.



Bei der Beobachtung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber bzw. einen zur Verteidigung seines Gewahrsams bereiten Dritten kommt dem Beobachtenden zwar eine Zugriffsmöglichkeit auf die Sache zu. Doch ist diese keine ungehinderte, sondern verlangt ein Eindringen in die körperliche Nähesphäre des Täters, die eine Tabuzone bzw. Gewahrsamsenklave im generellen Gewahrsamsbereich des anderen (hier des Buchhändlers) darstellt. Die Beobachtung gibt lediglich die Chance, die Ware relativ unproblematisch wieder zurückzubekommen, steht aber der Annahme einer vollendeten Wegnahme nicht entgegen.<sup>6)</sup>

Der objektive Tatbestand des Diebstahls ist somit erfüllt.

**b) Der subjektive Tatbestand** verlangt, daß der Täter vorsätzlich sowie mit der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt hat.

S wußte, daß es sich bei dem Taschenbuch um eine fremde bewegliche Sache handelt und steckte es auch bewußt mit dem Willen ein, den Gewahrsam des Buchhändlers hieran zu brechen und eigenen Gewahrsam zu begründen. Er handelte somit vorsätzlich.

Problematisch ist aber, ob S auch in der Absicht handelte, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, da er das Buch nur durchlesen und es dann zurückbringen wollte.<sup>7)</sup>

Mit Zueignungsabsicht handelt, wer den Berechtigten dauernd enteignen und sich die Sache wenigstens vorübergehend aneignen will. Die Zueignungsabsicht besteht somit aus zwei Komponenten: zunächst einer negativen, die auf die Verdrängung des Eigentümers aus seiner wirtschaftlichen Position gerichtet ist (Enteignungskomponente) und hinsichtlich der jede Form des Vorsatzes - einschließlich des *dolus eventualis* - genügt, und ferner einer positiven, die in der Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters liegt (Aneignungskomponente) und für die Absicht als zielgerichtetes Wollen gefordert wird. Fehlt eine dieser Zueignungskomponenten, so scheidet Diebstahl aus.

Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Täter dem Eigentümer bzw. Gewahrsamsinhaber nicht auf Dauer die Sache entziehen will, sondern die Sache nach nur vorübergehendem Gebrauch dem Berechtigten (unverändert) zurückgeben will.<sup>8)</sup> Der Täter handelt dann ohne Enteignungswillen und es liegt eine sog. Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*) vor, die - abgesehen von den Fällen der §§ 248a, 290 StGB - straflos ist. Schwierigkeiten bereitet hierbei die Beurteilung der Fälle, in denen die Sache an den Berechtigten zurückgelangt, der Täter jedoch mit der weggenommenen Sache materielle Vorteile erzielt hat. Denn fraglich und auch umstritten ist, ob das Objekt der Zueignung nur die Sache selbst sein kann, oder ob es ausreicht, daß der Täter sich den in ihr verkörperten Sachwert zueignen will.<sup>9)</sup>

Um das Wesen der Zueignung streiten insbesondere die Substanz-, Sachwert- und Vereinigungstheorie. Während die Substanztheorie Enteignung und Aneignung auf die Sachsubstanz bezieht, sieht die Sachwerttheorie den in der Sache steckenden Wert als Zueignungsobjekt an. Die herrschende Vereinigungstheorie läßt die Zueignung sowohl der Sachsubstanz wie des Sachwerts genügen.<sup>10)</sup> Da S das Buch nach dem Durchlesen zurückbringen wollte, scheidet eine auf Zueignung der Sachsubstanz gerichtete Absicht aus. Denn es liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, daß S das Taschenbuch nicht sorgfältig behandeln und zerlesen zurückgeben wollte. Somit kommt nur der Rückgriff auf den Sachwert in Frage. Der allgemeine "Gebrauchswert" scheidet als zueignungsfähiger Sachwert aus. Anders verhält es sich mit dem "Lesewert", doch geht dieser dem Berechtigten durch die bloße Lektüre nicht auf Dauer verloren. Denkbar wäre schließlich noch ein endgültiger Entzug des "Neuverkaufswerts". Jedoch büßt ein Buch allein durch das Anschauen oder Lesen, wie es zumal in kleineren Buchhandlungen geschieht, in denen nur ein Verkaufsexemplar vorrätig ist, diesen bestimmungsmäßigen Wert noch nicht ein. Ein Buch, das vorübergehend in der Hand eines Kunden gewesen ist und das keine derartigen Gebrauchsspuren zeigt, daß es nicht mehr als neues Verkaufsobjekt angesehen werden kann, ist noch nicht minderwertig. Entsprechend wird der Sachwert des Buches bei einer kurzfristigen Entwendung zum Lesen nicht gemindert. Demzufolge fehlt

---

<sup>6)</sup> Schulmäßige Subsumtion des nächsten Tatbestandsmerkmals "Wegnahme" (Formulieren der Subsumtionsfrage; Aufstellen der Definition; Prüfung, ob der Sachverhaltsausschnitt sich unter diese Definition einordnen läßt; Feststellen des Subsumtionsergebnisses), wobei hier mehrere, ineinander verschachtelte Subsumtionsschritte erforderlich sind. Bei der Erörterung dieses Problems ist der Gutachtenstil unbedingt einzuhalten. Die zentrale Subsumtionsfrage, ob der Täter fremden Gewahrsam brach und eigenen begründete, wird dabei gleich unter Bezug auf den Sachverhalt formuliert.

<sup>7)</sup> Die Problematisierung der Streitfrage erfolgt aus der spezifischen Sachverhaltskonstellation heraus.

<sup>8)</sup> Mit dem Ausscheiden der Subsumtion unter den "Normalfall" wird die Streitfrage vorbereitet.

<sup>9)</sup> Herausarbeiten des zentralen Problems.

<sup>10)</sup> Nun werden die in der Literatur und Rechtsprechung angebotenen Definitionen (= Meinungen oder Theorien) aufgeführt. Hierbei sind die divergierenden Hauptmeinungen (verwandte Ansichten zu Gruppen zusammenfassen) und (anschließend) etwaige vermittelnde Meinungen überblicksartig anzuführen, so daß die verschiedenen Ausgangspositionen erkennbar werden. Nicht erforderlich ist eine möglichst vollzählige Auflistung aller vertretenen Meinungen und Theorien mit allen Einzelheiten. Völlig abwegige Ansichten können außen vor bleiben (oder, soweit angebracht, gleich abgelehnt werden), und auf Differenzierungen oder Feinheiten geht man erst im Rahmen der argumentativen Auseinandersetzung mit den einzelnen Meinungen ein. (Unter Umständen kann es angebracht sein, schon hier eine kurze Begründung, etwa den Grundgedanken der Ansicht, beizufügen, wenn hierzu später keine Gelegenheit mehr besteht - aber: Zurückhaltung bei solchem "Aufblitzenlassen" von nicht fallrelevantem Wissen!).

es bei S nach allen Theorien<sup>11)</sup> mangels Enteignungsvorsatzes an der Zueignungsabsicht<sup>12)</sup>, der Wille des S ist lediglich auf eine bloße Gebrauchsanmaßung gerichtet.

c) Ergebnis: Somit hat sich S mangels Zueignungsabsicht nicht wegen Diebstahls strafbar gemacht<sup>13)</sup>.

(Lösung verändert nach *B. v. Heintschel-Heinegg*, Prüfungstraining Strafrecht, Neuwied 1992, Bd. 1, S. 28 ff; siehe auch die Anmerkung von *Deubner*, NJW 1967, 1921 f, sowie die Besprechung von *Androulakis*, JuS 1968, 409 ff.)

Das *OLG Celle* hat in der angegebenen Entscheidung (NJW 1967, S. 1921 ff) hingegen die Zueignungsabsicht mit folgender Begründung bejaht:

»... Nach der in Rechtsprechung und Lehre jetzt herrschenden Ansicht besteht das Wesen der Zueignung darin, daß die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird ... Dieser Begriff bedarf dann der Ergänzung, wenn er - wie hier - der Abgrenzung zwischen Gebrauch und (teilweisen) Verbrauch bedarf. Das Reichsgericht hat hierzu ausgeführt (*RGSt.* 44, 335 [336 f]), ein Verbrauch liege dann vor, wenn die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung im wesentlichen nicht mehr erfüllen könne, wenn sie deshalb im Verkehrssinne eine andere Sache geworden sei. Ein solcher Verbrauch sei jedoch dann nicht gegeben, wenn die Sache trotz des Gebrauchs, wirtschaftlich gesehen, weiter bestehe, so daß sie noch als dieselbe gelte wie vorher, wenn auch vielleicht mit gewissen Abnutzungsmängeln behaftet. Tatbestandsmäßige Zueignung liegt danach nur vor, wenn die Sache für ihre Zweckbestimmung unbenutzbar geworden ist ... oder ... wenn eine solche Benutzung erfolgt ist, die der Sache ihre Funktionsfähigkeit in einer bestimmten Richtung endgültig entzieht. Nach Auffassung des Senats kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß neuwertige Sachen, die vom Eigentümer wirtschaftlich für den Verkauf als neue Sachen zum Verkauf bereitgestellt werden, infolge des Gebrauchs aber nicht mehr als neuwertig angesehen werden können, ihre ursprüngliche wirtschaftliche Funktion - und zwar für dauernd - nicht mehr erfüllen können, weil es sich nunmehr um Gebrauchsgüter handelt. Das fabrikneue Kraftfahrzeug des Autohändlers wird zum Gebrauchswagen, neue Bekleidungsstücke können nach Gebrauch nur im Altwarengeschäft Verwertung finden, gebrauchte Bücher werden in das Antiquariat überführt... Das Buch sollte von der Firma K - wie von jedem Buchhändler - als neues Buch verkauft werden. Als solches wird es zum Verkauf angeboten; der Käufer will dementsprechend auch ein neues Buch erwerben, wenn er hier kauft. Das Buch wäre in einem für den Verkäufer wesentlichen Wert gemindert, wenn der Angeklagte es gelesen hätte. Hierdurch hätte dieser es auch zu seinem eigenen Vorteil verwertet; denn er hätte die Mittel erspart, die er aufwenden müßte, wenn er sich das Buch zum Lesen auf andere Weise verschaffen müßte.

Daran macht der Einwand der Revision keinen Unterschied, daß Bücher in Buchhandlungen und Warenhäusern vom Publikum in die Hand genommen, durchgeblättert und abschnittsweise gelesen zu werden pflegen. Alles dies geschieht mit Wissen und Wollen des Verkäufers zum Zwecke der Auswahl. Diese Art der Benutzung ist regelmäßig nicht so intensiv, wie wenn das gesamte Buch gelesen wird, eine Wertminderung tritt hierdurch kaum oder gar nicht ein. Das Buch kann seine wirtschaftliche Bestimmung noch erfüllen. Möglicherweise muß der Verkäufer die wirtschaftliche Bestimmung des Buches als eines neuen ändern, wenn es infolge Unvorsichtigkeit des Verkäufers oder des Publikums beschädigt oder beschmutzt wird. Darauf kommt es hier aber nicht an, da es sich nach den Feststellungen um ein neues, nicht um ein antiquarisches oder im Preis herabgesetztes Exemplar gehandelt hat.«

Folgt man der Ansicht des *OLG Celle*, so ist bei der Prüfung der "Schuld" die Einlassung des S zu beachten, er sei davon ausgegangen, dies wäre straflos. Es ist zu klären, ob hiernach dem S das erforderliche Unrechtsbewußtsein fehlte (*unvermeidbarer Verbotsirrtum*, § 17 Satz 1 StGB) bzw. dieses gemindert war (*vermeidbarer Verbotsirrtum*, § 17 Satz 2 StGB) oder ob S über das erforderliche Unrechtsbewußtsein durchaus verfügte, aber über die Strafbarkeit irrte, weil er eine falsche Subsumtion vornahm (unbeachtlicher *Subsumtionsirrtum*). Das *OLG Celle* nahm letzteres an:

»Das Unrechtsbewußtsein bedeutet nämlich weder die Kenntnis der Strafbarkeit noch die Kenntnis der das Verbot enthaltenden gesetzlichen Vorschrift. Es genügt, wenn - wie der Angeklagte - der Täter, zwar nicht in rechtstechnischer Beurteilung, aber doch in seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Wertung das Unrechtmäßige der Tat erkennt (*BGHSt* 2, 194 [202] = NJW 52, 593 [594]).«

<sup>11)</sup> Die Relevanzprüfung des Meinungsstreits führte hier nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen, so daß eine Auseinandersetzung mit den einzelnen Zueignungstheorien entfallen konnte und mußte. - Ist der Meinungsstreit zu entscheiden, so hat der Bearbeiter die unterschiedlichen Argumente anzuführen, sich mit ihnen auseinanderzusetzen und so eine eigene Entscheidung zu treffen (und diese zu begründen). Hierbei bietet sich eine Vorgehensweise von der allgemeineren Definition bzw. weiteren Auslegung aus zu der spezielleren Definition bzw. engeren Ansicht hin (bzw. umgekehrt) oder eine Orientierung an der historischen Entwicklung an; vermittelnde Ansichten werden erst nach den gegensätzlichen Standpunkten angeführt. Bei der Darstellung wird man regelmäßig mit den abgelehnten Ansichten beginnen, um danach die befürwortete Ansicht und deren Argumente nach einem entsprechenden Einleitungssatz aufzuführen.

<sup>12)</sup> Subsumtionsschluß (= Konklusion) zum Merkmal Zueignungsabsicht.

<sup>13)</sup> Subsumtionsschluß zur ersten und zweiten Subsumtionsfrage.