

## Recht verstanden ... eine Einführung in die Rechtswissenschaften



### Aus der Kursankündigung

(Jens Ph. Wilhelm, Ioanna Dervisopoulos)<sup>1</sup>

"Wer das Recht verstehen will, der sieht sich zuweilen großen Schwierigkeiten gegenüber. Dies nicht nur, weil *das Recht* so umfassend ist, insbesondere der Gesetze so viele (oder auch zu viele?) sind, sondern auch weil diese nicht immer ohne weiteres aus sich heraus verständlich sind. Und erst recht was *die Juristen*, vielen eine besonders suspekta Spezies von Mitmenschen, aus den Rechtsnormen dann im Einzelfall machen, d.h. wie sie diese auslegen, es dabei (angeblich) verdrehen, das erscheint manchem nicht nachvollziehbar, gar willkürlich oder ungerecht. Kurz: das Recht ist vielen Menschen fremd, unverständlich und damit ebenso wie dessen Vertreter etwas unheimlich.

Dieser Kurs der *Einführung in die Rechtswissenschaften* will den Teilnehmern anhand einzelner Fälle (die durchaus das Niveau der universitären Anfängerübungen erreichen) einen kleinen Einblick in das Recht, vor allem in das juristische Denken und Arbeiten, geben und so einen Beitrag zum besseren Verständnis des Rechts (und auch der Juristen!) leisten. Dabei kann natürlich nicht alles, was Recht ist, in den 16 Akademitagen vermittelt werden. Aber wenn am Ende der Akademie ein Zugang zum Recht gefunden ist, dann hat der Kurs sein ihm gestecktes Ziel erreicht.

Kursinhalt wird zunächst eine kurze allgemeine Einführung in die Rechtswissenschaften (Normtheorie und Methodik der Rechtsanwendung einschließlich der juristischen Falllösungstechnik) sein, der dann anhand verschiedener Fälle knappe Einführungen in die Grundlagen des Zivilrechts (insbesondere die Rechtsgeschäftslehre), des Strafrechts (vor allem der sog. strafrechtliche Verbrechenbau) und des Staatsrechts (hier die Grundrechte) folgen. Nach ersten gemeinsamen Fallbesprechungen sollen die Teilnehmer sich dann in Kleingruppen jeweils selbständig ... an Übungsfällen versuchen. Abschließen wird die Kursarbeit mit kurzen Fallstudien zu historischen Rechtsfällen sowie Völkerrechtsfällen."

<sup>1</sup> Wenige Wochen vor der Durchführung der Akademie mußte leider *Ioanna Dervisopoulos* die Co-Kursleitung niederlegen, da sie unverhofft als wissenschaftliche Mitarbeiterin an den *Europäischen Gerichtshof* wechseln konnte. *Ioanna* ist hier für die Unterstützung bei den Kursvorbereitungen sowie *Frederic Kahrl* für das kurzfristige Einspringen und das gute Einfügen in das Kurskonzept zu danken.

## Vorwort

(Jens Ph. Wilhelm, Frederic Kahrl)

In 16 Tagen das Recht verstehen? Ein kühnes Unterfangen. Immerhin war unser Anspruch aber nicht mehr der von 2003, wo der Kurs "Einführung in die Rechtswissenschaften" noch "Alles, was Recht ist" hieß. Nein, nicht das *ganze* Recht sollte es diesmal sein, sondern "nur" *das* Recht - sprich die rechtswissenschaftliche Arbeitsweise - sollte zunächst erklärt, verstanden und nicht zuletzt in einem zweiten Kursteil durch die Teilnehmer selbst an Fällen erprobt werden. Was dabei herausgekommen ist, kann man in den folgenden vier Rechtsgutachten nachlesen. Sie zeigen, daß unsere Teilnehmer sich voll und ganz auf die für die meisten von ihnen völlig neue juristische Denk- und Arbeitsweise eingelassen haben, mit Herz und Seele bei der Sache waren und - ganz nebenbei - sich dabei auch Rechtskenntnisse aneigneten.

Die folgenden Rechtsgutachten beanspruchen jedoch nicht, die Kursarbeit insgesamt zu dokumentieren. Sie reflektieren die eigenständige Gruppenarbeit der zweiten Kurseinheit und geben, indem sie ihre praktische Anwendung demonstrieren, zugleich Zeugnis von den Früchten der ersten, theoretischen Kurseinheit. Keinen Niederschlag findet in ihnen die abschließende, dritte Kurseinheit, in der wir uns anhand von Teilnehmerreferaten über "große" Rechtsfälle unterhielten. So diskutierten wir über den Fall des *Johann Christian Woyzeck*, über die Köpenickade eines *Wilhelm Voigt* oder die aufsehenerregenden Prozesse gegen *Peter Kürten* (den "Vampir von Düsseldorf") oder *Bruno Hauptmann* (Entführung und Ermordung des *Lindbergh-Babys*) sowie das KPD-Verbot, um nur einige zu nennen. Abgerundet wurde der Kurs durch einen Besuch beim *Amtsgericht Braunschweig*, wo wir Verhandlungen in Strafsachen beiwohnten. Nicht zuletzt wegen der Auskunfftfreudigkeit des Strafrichters war dies für viele Teilnehmer ein Höhepunkt des Jura-Kurses.

Ausweislich der Tischgespräche sowie Heiterkeitsausbrüche kann die Juristerei auf der Schüler-Akademie keineswegs eine gar trockene oder langweilige Disziplin gewesen sein, vielmehr bestand am Ende des Kurses Einigkeit, daß das Recht - recht verstanden - interessant und durchaus auch kurzweilig sein kann.

## Der Fall "Larry Popper"

(Alexander Allousch, Susanne Denkl, Stefanie Di Francescantonio, Yvonne Herr, Anna Opitz)

**Sachverhalt** (nach *Falk van Helsing*, Der Fall Larry Popper. Juristisches Gutachten über die Umtriebe zaubernder Jugendlicher, Frankfurt/Main 2004, S. 14, 29):

Der niederträchtige Zauberer Vieltod (V) hatte die Macht übernommen und ein Schreckensregime errichtet. Wer V Widerstand entgegensetzte, wurde durch ihn getötet. Am 31. Oktober vor zehn Jahren suchte V den Jakob Popper (JP) auf. Da dieser aber mit V nicht zusammenarbeiten wollte, entschied V sich, JP zu töten und lehnte die Bitte des JP und seiner Ehefrau Marie Popper (MP) um Gnade ab. Es kam zum Kampf, bei dem V den JP durch eine gezielte Explosion tötete. Dergleichen brachte V die MP um, welche sich vor ihren Sohn Larry Popper (LP) gestellt hatte, um ihn zu retten. Der gegen LP gerichtete Tötungsfluch des V schlug hingegen fehl, hinterließ auf LPs Stirn aber eine blitzförmige Narbe. Zugleich endete aber Vs Macht und er verlor seine sterbliche Hülle, das Haus der Poppers stürzte ein.

LP wurde kurz darauf durch den Halbriesen Hägar (H) aus der Hausruine geholt und zu Verwandten, der Familie Dumm, gebracht, bei der ihr Neffe LP sodann aufwuchs. Das Ehepaar Verner (VD) und Begonie Dumm (BD) sowie deren Sohn Duddy (DD) behandelten LP aber recht schlecht. Eines Tages, als sie den Zoologischen Garten besuchten, schubste DD den LP vor dem Schlangenbecken im Reptilienhaus mit einem kräftigen Rippenstoß zur Seite, um besser mit seinem Freund Piet (P) die Boa constrictor sehen zu können. LP fiel hart auf den Betonboden, verletzte sich wundersamerweise aber

nicht, doch die hierbei durch LP freigesetzten magischen Kräfte ließen nicht nur die Glasscheibe des Terrariums verschwinden, sondern auch die Boa constrictor auf DD und P los, welche in Panik die Flucht ergriffen. Die Schlange entglitt dem Becken und entfernte sich.

Als Sanktion für die Reptilienbefreiung verhängte VD gegen LP unbefristeten Arrest, welchen LP in einem Einbauraum unter der Treppe im Hause der Dumms verbüßen mußte.

Aufgabe: Strafbarkeit des V und des VD (nach deutschem Strafrecht). Nicht zu prüfen sind die Ereignisse im Zoo.

### Gutachten:

#### A) Strafbarkeit des Vieltod (V)

##### I. Todesflüche gegen JP und MP

##### 1. Totschlag, § 212 I StGB [JP]

Indem der Zauberer V in einem von ihm herbeigeführten Kampf JP durch eine gezielte Explosion tötete, könnte er sich wegen Totschlags nach § 212 I StGB strafbar gemacht haben. Dieser Fall tritt ein, wenn der Tatbestand gemäß § 212 I StGB vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft erfüllt wurde.

**a) Tatbestand. aa) Objektiver Tatbestand.** Der eingetretene Tod des JP ist auf die von V gezielt herbeigeführte Explosion zurückzuführen. Damit ist der objektive Tatbestand des Totschlags erfüllt.

**bb) Subjektiver Tatbestand.** Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines gesetzlichen Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände.<sup>2</sup> Da V sich der Herbeiführung des Todes des Opfers durch die Explosion bewußt war und ihn wollte, hat er mit Vorsatz gehandelt.

**b) Rechtswidrigkeit.** Es liegen keine Rechtfertigungsgründe vor. Somit handelte V rechtswidrig.

**c) Schuld.** Schuldausschließungs- oder -minderungsgründe sowie Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. V handelte schuldhaft.

**d) Ergebnis.** V hat sich nach § 212 I StGB wegen Totschlags strafbar gemacht.

Obwohl die Tat bereits zehn Jahre zurückliegt, ist V immer noch belangbar, da die Tat nach §§ 78 III Nr. 2 i.V.m. 212 I, 38 II StGB noch nicht verjährt ist.

##### 2. Mord, § 211 StGB [JP]

Darüber hinaus könnte er sich durch die Tötungshandlung auch des Mordes schuldig gemacht haben. Dafür müßte ein Mordmerkmal vorliegen. Als Mordmerkmale kommen hier Grausamkeit, Gemeingefährlichkeit und niedrige Beweggründe in Betracht.

**a) Grausamkeit.** Grausam tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser und unbarmherziger Gesinnung besondere Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung unvermeidliche Maß hinausgehen.<sup>3</sup> V hat JP gezielt getötet, ohne hierbei übermäßige, über die Tötung hinausgehende Qualen zu verursachen. Damit ist Grausamkeit nicht gegeben.

**b) Gemeingefährlichkeit.** Gemeingefährlich ist ein Tötungsmittel, bei dessen konkretem Einsatz der Täter nicht ausschließen kann, eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben zu gefährden.<sup>4</sup> V hat keine Mehrzahl von Menschen gefährdet, sondern gezielt getötet. Es liegt keine Gemeingefährlichkeit vor.

**c) Niedrige Beweggründe.** Niedrig sind Beweggründe, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sind.<sup>5</sup> Bei politischen Motiven

<sup>2</sup> Wilhelm, Recht verstanden ..., 2006, S. 18.

<sup>3</sup> Kindhäuser, StGB, 2. Aufl. 2005, § 211, Rn. 24.

<sup>4</sup> Kindhäuser, StGB, 2. Aufl. 2005, § 211, Rn. 26.

<sup>5</sup> Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 211, Rn. 5.

genügen regelmäßig selbstsüchtiges oder gruppenegoistisches Machtstreben und persönlicher Haß.<sup>6</sup> Der Alleinherrscher V hat mit der Tötung das Ziel, den Widerstand des JP gegen sein Regime zu brechen. Die politisch motivierte Tat kann als sittlich und moralisch auf niedrigster Stufe stehend bezeichnet werden. Es handelt sich also um eine Tötung aus niedrigen Beweggründen. V kannte auch die Umstände, auf denen die Bewertung als niedriger Beweggrund beruht.

**d) Ergebnis.** V hat sich gemäß § 211 StGB sogar wegen Mordes strafbar gemacht hat.

Nach § 78 II StGB verjährt Mord nicht.

### 3. Totschlag, § 212 I StGB [MP]

Indem V in einem von ihm herbeigeführten Kampf MP durch eine gezielte Explosion tötete, könnte er sich wegen Totschlags strafbar gemacht haben.

Entsprechend zu 1. hat sich V wegen Totschlags (§ 212 I StGB) zum Nachteil der MP strafbar gemacht.

### 4. Mord, § 211 StGB [MP]

Darüber hinaus könnte V sich durch diese Tötungshandlung auch eines Mordes schuldig gemacht haben.

**a)** Als Mordmerkmale kommen wiederum Grausamkeit, Gemeingefährlichkeit, niedrige Beweggründe und zudem das Ermöglichen einer Straftat in Betracht. Entsprechend zu den obigen Ausführungen unter 2. sind Grausamkeit und Gemeingefährlichkeit zu verneinen, jedoch niedrige Beweggründe gegeben.

**b) Ermöglichungsabsicht.** V wollte eigentlich LP töten. Dafür war es für ihn notwendig, MP umzubringen, da sie sich schützend vor ihren Sohn LP stellte. Somit ist die Tat begangen worden, um eine andere Straftat zu ermöglichen.

**c) Ergebnis.** V hat sich auch wegen Mordes (§ 211 StGB) zum Nachteil der MP schuldig gemacht.

### 5. Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion, §§ 308 I u. III, 18 StGB [JP, MP]

Indem V gegen die Eheleute P seine magischen Kräfte einsetzte, könnte er sich nach §§ 308 I u. III, 18 StGB strafbar gemacht haben.

**a) Tatbestand. aa) Objektiver Tatbestand.** Hierzu müßte er anders als durch Freisetzen von Kernenergie eine Explosion, etwa durch Sprengstoff, herbeigeführt haben. Ein Sprengstoff ist ein Stoff, der bei Entzündung zu einer plötzlichen Ausdehnung von Flüssigkeiten oder Gasen und dadurch zu einer Sprengwirkung führt.<sup>7</sup> Zwar sind die magischen Kräfte kein Sprengstoff, aber V verursachte mittels seiner Todesflüche Druckwellen außergewöhnlicher Beschleunigung, also führte er eine Explosion herbei. Nach herrschender Meinung werden alle Mittel erfaßt, die geeignet sind, eine Explosion herbeizuführen, auch explosionsgleiche Erscheinungen, wie etwa Luftunterdruck, Luftdruckstoß oder Schallwellen.<sup>8</sup> Somit führte V auf andere Weise eine Explosion herbei.

Das Haus der Ps, ein körperlicher Gegenstand und damit eine Sache, wurde völlig zerstört. Es stand im Eigentum der Familie und war somit für V fremd. Nach der Rechtsprechung ist eine Sache von bedeutendem Wert, wenn der durch die Tat drohende bzw. eingetretene Schaden über 750 Euro beträgt<sup>9</sup>. Es ist davon auszugehen, daß das zerstörte Wohnhaus der Familie P hiernach von bedeutendem Wert war. Damit liegt mehr als nur eine Gefährdung einer Sache von bedeutendem Wert vor. Allerdings wurde diese nicht kausal durch die ersten beiden Todesflüche bewirkt, so daß der objektive Tatbestand des § 308 I StGB insofern nicht erfüllt ist.

Des Weiteren ist festzustellen, ob V durch die Explosion Leib und Leben der Eheleute P gefährdet (Abs. 1) oder gar zumindest leichtfertig deren Tod verursacht (Abs. 3) hat. Durch sein Handeln ist der

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 11.7.2003 - 2 StR 531/02 = NStZ 2004, 89 (90).

<sup>7</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 308 Rn. 3.

<sup>8</sup> Vgl. LG Braunschweig, Urte. v. 19.2.1986 - 32 Kls 305 Js 18981/83 = NStZ 1987, 231 (232).

<sup>9</sup> Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 308 Rn. 3 i.V.m. § 315c Rn. 24.

Tod der Eltern eingetreten. Somit ist nicht nur eine Gefährdung von Leib und Leben gegenüber JP und MP gegeben (Abs. 1), sondern es liegt daneben hinsichtlich der Eltern auch die Erfolgsqualifikation des Abs. 3 vor.

**bb) Subjektiver Tatbestand.** V begab sich zielstrebig zu dem Haus der Ps und sprach dort gegen diese gezielt seine tödlichen Zaubersprüche aus. Er handelte insofern absichtlich.

**b) Rechtswidrigkeit.** V handelte rechtswidrig ...

**c) Schuld.** ... und schuldhaft.

**d) Ergebnis.** V hat sich durch die Sprengstoffexplosion gemäß §§ 308 III, 18 StGB strafbar gemacht. § 78 III Nr. 1 StGB besagt, daß eine Verfolgungsverjährung erst nach dreißig Jahren eintritt, wenn das Delikt - wie hier - im Höchstmaß mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist. Somit liegt keine Verjährung vor, obwohl das Geschehen sich vor zehn Jahren ereignete.

## II. Todesfluch gegen LP

### 6. Versuchter Totschlag, §§ 22, 23 I, 212 I StGB

V könnte sich wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht haben, indem er beabsichtigte, LP zu töten.

**a) LP lebt noch, der Taterfolg ist nicht eingetreten.** Der Versuch des Totschlags ist nach §§ 23 I i.V.m. 12 I, 212 I StGB strafbar.

**b) Tatbestand. aa) Tatentschluß.** Die Tötung von LPs Mutter durch V geschah bereits mit dem Ziel, an LP zu gelangen. Dies weist darauf hin, daß V den Plan hatte, LP zu töten. Die nachfolgenden Handlungen sollten zum Tode LPs führen. Somit handelte V mit Tatentschluß.

**bb) Unmittelbares Ansetzen.** Der Versuch des Totschlags (und weiterführend des Mordes) liegt vor, wenn der Täter seinen Tatentschluß durch sein Handeln betätigt und dieses ohne weitere Zwischenschritte zum Taterfolg führen sollte.<sup>10</sup> Der Tötungsfluch ist bereits die Vornahme der eigentlichen tatbestandsmäßigen Handlung, so daß V sogar mehr getan hat, als nur unmittelbar zur Tötung des LP anzusetzen. Der objektive Versuchstatbestand ist erfüllt.

**b) Rechtswidrigkeit.** V handelte rechtswidrig ...

**c) Schuld.** ... und schuldhaft.

**d) Rücktritt.** Ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB) liegt nicht vor.

**e) Ergebnis.** V hat sich wegen versuchten Totschlags nach §§ 22, 23 I, 212 I StGB strafbar gemacht.

### 7. Versuchter Mord, §§ 22, 23 I, 211 StGB

Darüber hinaus könnte er sich durch die versuchte Tötungshandlung auch des versuchten Mordes schuldig gemacht haben. Als Mordmerkmale kommen hier Grausamkeit, Gemeingefährlichkeit, Heimtücke und niedrige Beweggründe in Betracht.

**a) Entsprechend zu den Ausführungen unter 2.** sind Grausamkeit und Gemeingefährlichkeit zu verneinen, jedoch niedrige Beweggründe gegeben.

**b) Heimtücke.** Heimtückisch tötet, wer in feindlicher Willensrichtung die objektiv gegebene Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers bewußt zur Tötung ausnutzt.<sup>11</sup> Arglos ist, wer sich keines Angriffs versieht, grundsätzlich also die positive Vorstellung hat, vor einem Angriff sicher zu sein.<sup>12</sup> Insbesondere gegenüber kleineren Kindern scheidet somit heimtückisches Handeln aus, es sei denn, der Täter beseitigt arglistig die Schutzbereitschaft Dritter, um das Kleinkind in der so geschaffenen Hilflosigkeit zu töten<sup>13</sup>. V hat die Schutzbereitschaft der Eltern zwar beseitigt, jedoch nicht arglistig. Somit handelte er nicht heimtückisch.

**c) Ergebnis.** V hat sich sogar des versuchten Mordes (§§ 22, 23 I, 211 StGB) schuldig gemacht.

<sup>10</sup> Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 22 Rn. 1, 4.

<sup>11</sup> Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 211 Rn. 6.

<sup>12</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 211 Rn. 17.

<sup>13</sup> Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2005, § 4 Rn. 27 f.

### 8. Körperverletzung, §§ 223 I, 230 I StGB

V könnte sich wegen Körperverletzung strafbar gemacht haben, indem er LP durch den Todesfluch eine Narbe zufügte.

**a) Tatbestand. aa) Objektiver Tatbestand.** Eine Körperverletzung liegt vor, wenn eine Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit geschädigt wird. Körperliche Mißhandlung ist eine üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>14</sup> Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom normalen Zustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustandes, gleichgültig, auf welche Art und Weise er verursacht wird und ob das Opfer dabei Schmerz empfindet.<sup>15</sup> Durch das Zufügen der Brandnarbe wird die Unversehrtheit LPs beeinträchtigt, und durch den entstehenden Schmerz ist auch eine üble unangemessene Behandlung gegeben. Die Brandnarbe ist Folge einer krankhaften Veränderung, somit liegt zudem eine Gesundheitsschädigung vor.

**bb) Subjektiver Tatbestand.** V war sich der Gefährlichkeit des Todesfluches bewußt und wendete ihn mit Vorsatz gegen LP an, um dessen Tod herbeizuführen. Der Tötungsvorsatz umfaßt nach der heute ganz vorherrschenden Einheitstheorie den Körperverletzungsvorsatz.<sup>16</sup>

**b) Rechtswidrigkeit.** V handelte rechtswidrig ...

**c) Schuld.** ... und schuldhaft.

**d) Strafantrag.** Nach § 230 I StGB wird eine Körperverletzung nur auf Antrag (§§ 77 ff. StGB) verfolgt, sofern die Staatsanwaltschaft kein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht. Es wird davon ausgegangen, daß LP bzw. dessen Pflegeeltern VD und BD für den geschäftsunfähigen LP nach § 77 III StGB Strafantrag stellten, zumindest ist aber von einem besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung auszugehen.

**e) Ergebnis.** V hat sich nach §§ 223 I, 230 I StGB strafbar gemacht.

Allerdings ist die Tat nach §§ 78 III Nr. 4 i.V.m. 223 I StGB mittlerweile verjährt.

### 9. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 I Nr. 5 StGB

Darüber hinaus könnte er sich auch einer gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht haben.

**a) Tatbestand. aa) Objektiver Tatbestand.** Eine Körperverletzung ist unter anderem dann eine gefährliche, wenn eine das Leben gefährdende Behandlung begangen wird. Für eine lebensgefährdende Behandlung genügt nach der Rechtsprechung die objektive Eignung der Behandlung zur Lebensgefährdung; eine konkrete Gefahr braucht nicht eingetreten zu sein.<sup>17</sup> V setzte gegen LP einen Tötungsfluch ein, der gegen LPs Eltern sogar tödlich gewirkt hatte. Damit war dieser geeignet, das Leben des LP zu gefährden.

**bb) Subjektiver Tatbestand.** V handelte vorsätzlich (vgl. oben 8.).

**b) Rechtswidrigkeit.** V handelte rechtswidrig ...

**c) Schuld.** ... und schuldhaft.

**d) Ergebnis.** V hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung nach § 224 I Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

Allerdings ist die Tat mittlerweile nach §§ 78 III Nr. 3 i.V.m. 224 I StGB verjährt.

### 10. Schwere Körperverletzung, §§ 223, 226 I Nr. 3, 18 StGB

Darüber hinaus könnte V sich auch einer schweren Körperverletzung schuldig gemacht haben.

**a) Tatbestand. aa) Objektiver Tatbestand.** Eine schwere Körperverletzung liegt etwa dann vor, wenn die verletzte Person in erheblicher Weise dauernd entstellt wird. Von einer dauernden Entstellung ist auszugehen, wenn die äußere Gesamterscheinung des Verletzten in ihrer ästhetischen Wirkung derart verändert wird, daß er auf unabsehbare Zeit psychische Nachteile im Verkehr mit

<sup>14</sup> Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 223 Rn. 4.

<sup>15</sup> Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 223 Rn. 5.

<sup>16</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 211 Rn. 50.

<sup>17</sup> Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 224 Rn. 8.

seiner Umwelt zu erleiden hat.<sup>18</sup> Die auffällige blitzförmige Narbe auf LPs Stirn ist Folge des versuchten Mordes. LP ist durch diese dauernd gezeichnet, denn sie kann nicht durch kosmetische Operationen entfernt werden noch wird sie regelmäßig durch die Haare verdeckt<sup>19</sup>. Da LP sich durch die Narbe beeinträchtigt fühlt, ist von einer Entstellung auszugehen.

**bb) Subjektiver Tatbestand.** V handelte vorsätzlich.

**b) Rechtswidrigkeit.** Er handelte auch rechtswidrig ...

**c) Schuld.** ... und schuldhaft.

**d) Ergebnis.** V hat sich einer schwerer Körperverletzung nach § 226 I Nr. 3 StGB schuldig gemacht. Allerdings liegt die Tat zehn Jahre zurück und ist nach §§ 78 III Nr. 3 i.V.m. 226 I StGB verjährt.

### 11. Versuchte Sprengstoffexplosion, §§ 22, 23 I, 308 I u. III, 18 StGB

Indem V den LP ebenfalls mittels eines Tötungsfluches töten wollte, könnte er sich wegen versuchter Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion strafbar gemacht haben.

**a)** Die angewandten magischen Explosionsmittel führten nicht zum Tode des LP. Der Versuch der Erfolgsqualifikation des § 308 III StGB ist nach §§ 23 I, 12 I i.V.m. 308 III (, 11 II) StGB strafbar.

**b) Tatbestand. aa) Tatentschluß.** Entsprechend Vorstehendem (s.o. 5. u. 6.) beabsichtigte V, ebenso wie bei JP und MP, den Tod des LP mittels einer Explosion herbeizuführen.

**bb) Unmittelbares Ansetzen.** Er setzte auch unmittelbar zur Tat an.

**c) Rechtswidrigkeit.** V handelte rechtswidrig ...

**d) Schuld.** ... und schuldhaft.

**e) Rücktritt.** V traf keine Anstalten, von dem Versuch zurückzutreten (§ 24 StGB). Dieser war auch fehlgeschlagen, so daß ein strafbefreiender Rücktritt nach herrschender Ansicht ohnehin ausgeschlossen war<sup>20</sup>.

**f) Ergebnis.** V hat sich nach §§ 22, 23 I, 308 III, 18 StGB strafbar gemacht.

Die Tat ist, wie zuvor gezeigt, noch nicht verjährt.

### 12. Sachbeschädigung, §§ 303 I, 303c StGB

Indem V zumindest mit dem letzten, gegen LP gerichteten Tötungsfluch das Haus zum Einstürzen brachte, könnte er sich wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht haben.

**a) Tatbestand. aa) Objektiver Tatbestand.** Der objektive Tatbestand verlangt die Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache. Das Haus ist ein körperlicher Gegenstand und somit eine Sache. Das Haus stand zum Tatzeitpunkt in dem Eigentum der Familie P, war also für den V fremd. Durch die Explosion wurde die Substanz des Hauses derart stark beeinträchtigt, daß es gebrauchsunfähig und somit nicht nur beschädigt, sondern sogar zerstört wurde.<sup>21</sup>

**bb) Subjektiver Tatbestand.** V muß vorsätzlich gehandelt haben. Er begab sich mit der Absicht der Tötung zum Haus der Familie P. Für eine *direkt* vorsätzliche Zerstörung liegen keine Beweise vor. Doch könnte V bei seiner Handlung hinsichtlich der möglichen Folgeerscheinungen *bedingt* vorsätzlich gehandelt haben. Es ist davon auszugehen, daß er die Zerstörung des Hauses billigend in Kauf genommen hat und somit den subjektiven Tatbestand erfüllte.

**b) Rechtswidrigkeit.** V handelte rechtswidrig ...

**c) Schuld.** ... und schuldhaft.

**d) Strafantrag.** Gemäß § 303c StGB wird eine Sachbeschädigung nur auf Antrag (§§ 77 ff. StGB) verfolgt, sofern die Staatsanwaltschaft kein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht. Hier ist davon auszugehen, daß die Staatsanwaltschaft die aufsehenerregende Tat von Amts wegen verfolgen wird.

**e) Ergebnis.** V hat sich nach §§ 303 I, 303c StGB wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht.

<sup>18</sup> *Kindhäuser*, StGB, 2. Aufl. 2005, § 226 Rn. 6.

<sup>19</sup> Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 226 Rn. 4.

<sup>20</sup> *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 16 Rn. 9.

<sup>21</sup> Vgl. *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl. 2006, § 303 Rn. 14.

Allerdings liegt das Geschehen bereits zehn Jahre zurück. Somit ist fraglich, ob V noch für die Straftat zu belangen ist. Nach § 78 III Nr. 4 StGB tritt nach fünf Jahren Verfolgungsverjährung ein, wenn das Delikt im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bewehrt ist. Die Sachbeschädigung wird nur mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren geahndet. Das Vergehen des V ist somit verjährt und kann demnach nicht mehr bestraft werden.

### 13. Zerstörung von Bauwerken, § 305 I StGB

Mit dem Einstürzen des Hauses könnte zugleich der Qualifikationstatbestand nach § 305 I StGB verwirklicht worden sein.

**a) Tatbestand. aa) Objektiver Tatbestand.** Wie zuvor gezeigt, handelt es sich bei dem Haus der Familie P um ein für V fremdes Gebäude, das gänzlich zerstört wurde.

**bb) Subjektiver Tatbestand.** V handelte wie zuvor vorsätzlich.

**b) Rechtswidrigkeit.** Er handelte rechtswidrig ...

**c) Schuld.** ... und schuldhaft.

**d) Ergebnis.** V hat sich nach § 305 I StGB wegen Zerstörung von Bauwerken strafbar gemacht.

Jedoch ist die Tat nach §§ 78 III Nr. 4 i.V.m. 305 I StGB bereits verjährt, da sie mehr als fünf Jahre zurückliegt.

### B) Strafbarkeit des VD

#### 14. Freiheitsberaubung, § 239 I StGB

Durch den gegen LP verhängten unbefristeten Arrest in dem Einbauschränk unter der Treppe im Hause der Dumms könnte sich VD wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht haben.

**a) Tatbestand. aa) Objektiver Tatbestand.** In objektiver Hinsicht müßte ein Mensch eingesperrt oder auf eine andere Weise der Freiheit beraubt worden sein. Einsperren ist das Festhalten in einem umschlossenen Raum durch äußere Vorrichtungen, so daß der Betroffene objektiv gehindert ist, sich von dem Ort wegzubewegen.<sup>22</sup> VD bestrafte LP mit einem unbefristeten Arrest, währenddessen er sich in einem Einbauschränk aufhalten mußte, der Schränk aber nicht verschlossen wurde. Ein Einsperren lag also nicht vor. Ein Mensch ist auf andere Weise seiner Freiheit beraubt, wenn und solange er - sei es auch nur vorübergehend und ohne sein Wissen - etwa durch Gewalt, List oder Drohung gehindert wird seinen Aufenthaltsort frei zu verlassen; dabei muß seine Fortbewegungsfreiheit vollständig aufgehoben werden.<sup>23</sup> LP mußte sich im Einbauschränk aufhalten, ansonsten drohten ihm weitere Sanktionen durch VD. Damit lag eine Freiheitsberaubung auf andere Weise vor.

**bb) Subjektiver Tatbestand.** VD handelte vorsätzlich.

**b) Rechtswidrigkeit.** VD handelte rechtswidrig, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorlag. Ein möglicher Rechtfertigungsgrund könnte das Erziehungs- oder Züchtigungsrecht der (Pflege-)Eltern sein (vgl. §§ 1626 I, 1631 I; 1800 BGB). Das setzte ein objektives Fehlverhalten des LP als Erziehungs- bzw. Züchtigungsanlaß voraus, der mit dem Entmaterialisieren der Frontscheibe des Terrariums und Befreien der Schlange gegeben war. Ferner muß die Erziehungsmaßnahme objektiv zur Erreichung des Erziehungsziels geeignet, erforderlich und angemessen - somit verhältnismäßig - sein, dabei sind entwürdigende Erziehungsmaßnahmen durch § 1631 II 2 BGB untersagt.<sup>24</sup> Vorliegend ist fraglich, ob VD sein erzieherisches Ermessen überhaupt ausgeübt hat. Jedenfalls erscheint die Sanktion des Einsperrens hier nicht akzeptabel: Ein verfolgtes Erziehungsziel ist nicht ersichtlich, nur ein unbändiger Disziplinierungswille. Der Anlaß war im Hinblick auf die Schwere der Sanktion (Art und Dauer) unangemessen, eine klärende Aussprache wurde gar nicht gesucht, obwohl sie keineswegs aussichtslos war. Nicht zuletzt ist das andauernde Einsperren im dunklen Schränk (als Einzelhaft und Dunkelfolter) im Hinblick auf den kindlichen Freiheitsdrang und die persönliche Entwicklung wie

<sup>22</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 239 Rn. 7.

<sup>23</sup> Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 239 Rn. 2.

<sup>24</sup> Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 223 Rn. 12.

auch Wachstumsphase eine entwürdigende Maßnahme. Im übrigen handelte VD, wie erwähnt, auch ohne Erziehungswille (als erforderliches subjektives Rechtfertigungselement). Das Erziehungs- oder Züchtigungsrecht als Rechtfertigungsgrund greift somit nicht ein. VD handelte rechtswidrig.

c) **Schuld.** VD handelte schuldhaft.

d) **Ergebnis.** VD hat sich nach § 239 I StGB strafbar gemacht.

### C) *Konkurrenzen, Gesamtergebnis*

Der Totschlag tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter dem Mord als speziellerem Delikt zurück. Hingegen bleibt aus Klarstellungsgründen die vollendete Schwere Körperverletzung neben dem versuchten Mord bestehen.

V hat sich somit tatmehrheitlich wegen zweifachen Mordes [JP, MP], jeweils in Tateinheit mit Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion, und des Mordversuchs [LP] in Tateinheit mit Schwerer Körperverletzung und Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion strafbar gemacht.

VD hat sich wegen einer Freiheitsberaubung strafbar gemacht.

## Der "Fall Max & Moritz" (2. Streich)

(Dominik Christ, Catharina Donners, Julia Herkt, Severin Kehrer, Thomas Sachs)

**Sachverhalt** (Max und Moritz - eine Bubengeschichte in sieben Streichen, aus: *Wilhelm Busch*, Historisch-kritische Gesamtausgabe, bearb. u. hrsg. v. *Friedrich Bohne*, Hamburg 1959, Bd. 1, S. 343 f., 350 ff.):

### *Vorwort*

Ach, was muß man oft von bösen  
Kindern hören oder lesen!!  
Wie zum Beispiel hier von diesen,  
Welche Max und Moritz hießen;  
Die, anstatt durch weise Lehren  
Sich zum Guten zu bekehren,  
Oftmals noch darüber lachten  
Und sich heimlich lustig machten. -  
- Ja, zur Übeltätigkeit,  
Ja, dazu ist man bereit! -  
- Menschen necken, Tiere quälen,  
Äpfel, Birnen, Zwetschen stehlen --  
Das ist freilich angenehmer  
Und dazu auch viel bequemer,  
Als in Kirche oder Schule  
Festzusitzen auf dem Stuhle. -  
- Aber wehe, wehe, wehe!  
Wenn ich auf das Ende sehe!! -  
- Ach, das war ein schlimmes Ding,  
Wie es Max und Moritz ging.  
- Drum ist hier, was sie getrieben,  
Abgemalt und aufgeschrieben.

### *Zweiter Streich*

Als die gute Witwe Bolte  
Sich von ihrem Schmerz erholte,  
Dachte sie so hin und her,  
Daß es wohl das beste wär',

Die Verstorb'nen, die hienieden  
Schon so frühe abgeschieden,  
Ganz im stillen und in Ehren  
Gut gebraten zu verzehren. -  
- Freilich war die Trauer groß,  
Als sie nun so nackt und bloß  
Abgerupft am Herde lagen,  
Sie, die einst in schönen Tagen  
Bald im Hofe, bald im Garten  
Lebensfroh im Sande scharrtten. -  
Ach, Frau Bolte weint aufs neu,  
Und der Spitz steht auch dabei.  
Max und Moritz rochen dieses;  
»Schnell aufs Dach gekrochen!« hieß es.  
Durch den Schornstein mit Vergnügen  
Sehen sie die Hühner liegen,  
Die schon ohne Kopf und Gurgeln  
Lieblich in der Pfanne schmurgeln. -  
Eben geht mit einem Teller  
Witwe Bolte in den Keller,  
Daß sie von dem Sauerkohle  
Eine Portion sich hole,  
Wofür sie besonders schwärmt,  
Wenn er wieder aufgewärmt. -  
- Unterdessen auf dem Dache  
Ist man tätig bei der Sache.  
Max hat schon mit Vorbedacht  
Eine Angel mitgebracht. -

Schnupdiwup! da wird nach oben  
Schon ein Huhn heraufgehoben.  
Schnupdiwup! jetzt Numro zwei;  
Schnupdiwup! jetzt Numro drei;  
Und jetzt kommt noch Numro vier:  
Schnupdiwup! dich haben wir!! -  
- Zwar der Spitz sah es genau,  
Und er bellt: Rauwau! Rawau!  
Aber schon sind sie ganz munter  
Fort und von dem Dach herunter. -  
- Na! Das wird Spektakel geben,  
Denn Frau Bolte kommt soeben;  
Angewurzelt stand sie da,  
Als sie nach der Pfanne sah.  
Alle Hühner waren fort -  
»Spitz!!« - das war ihr erstes Wort. -  
»Oh, du Spitz, du Ungetüm!! -  
Aber wart! ich komme ihm!!!«  
Mit dem Löffel, groß und schwer,  
Geht es über Spitzen her;  
Laut ertönt sein Wehgeschrei,  
Denn er fühlt sich schuldenfrei. -  
- Max und Moritz, im Verstecke,  
Schnarchen aber an der Hecke,  
Und vom ganzen Hühnerschmaus  
Guckt nur noch ein Bein heraus. -  
Dieses war der zweite Streich,  
Doch der dritte folgt sogleich.

**Aufgabe:** Wie haben sich die Max und Moritz nach heutigem Strafrecht im "Zweiten Streich" strafbar gemacht? (Nicht zu prüfen ist ihre Verantwortlichkeit für die dem Spitz durch die Witwe Bolte verabreichten Schläge.)

Gutachten:**1. Hausfriedensbruch, § 123 I StGB**

Max und Moritz könnten sich, indem sie das Dach von Witwe Bolte bestiegen haben, wegen Hausfriedensbruchs gemäß § 123 I StGB strafbar gemacht haben.

**a) Tatbestand. aa) Objektiver Tatbestand.** Dazu müßten sie in das befriedete Besitztum eines anderen (widerrechtlich) eingedrungen sein.

In befriedetes Besitztum dringt ein, wer ein bebautes oder unbebautes Grundstück, welches vom Berechtigten gegen das beliebige Betreten durch andere in äußerlich erkennbarer Weise durch zusammenhängende, nicht notwendig lückenlose Schutzwehren gesichert ist<sup>25</sup>, gegen dessen Willen betritt. Max und Moritz haben sich Zutritt zum Dach des Hauses von Frau Bolte verschafft und dazu deren durch eine Mauer umgebenes Hofgrundstück betreten. Somit sind sie in das befriedete Besitztum der Witwe Bolte eingedrungen.

**bb) Subjektiver Tatbestand.** Weiterhin müßten sie vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist die willentliche Verwirklichung des objektiven Tatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatumstände.<sup>26</sup> Max und Moritz haben sich nicht etwa verlaufen, sondern bewußt und willentlich das Grundstück der Frau Bolte betreten. Sie haben sich bewußt der Aufmerksamkeit der Frau Bolte entzogen. Daraus ist zu schließen, daß sie sich bewußt waren, keine Berechtigung zum Betreten des Grundstücks zu haben. Folglich sind sie bewußt und willentlich in fremdes befriedetes Besitztum eingedrungen.

**b) Rechtswidrigkeit.** Als Eigentümerin konnte Frau Bolte ihnen eine Erlaubnis für das Betreten ihres Grundstücks erteilen (= rechtfertigende Einwilligung, vgl. § 228 StGB). Max und Moritz verfügten jedoch über keine Erlaubnis und sind somit widerrechtlich (= rechtswidrig) in befriedetes Besitztum eines anderen eingedrungen. Es liegen auch sonst keine Rechtfertigungsgründe vor. Damit ist die Tat rechtswidrig.

**c) Schuld.** Fraglich ist angesichts ihrer Minderjährigkeit, ob Max und Moritz schuldfähig waren. Nach § 19 StGB sind Minderjährige bis zum 14. Lebensjahr schuldunfähig (Strafunmündigkeit). Max und Moritz hatten aber nach den von Pater Filicius verwahrten Taufurkunden bereits das 15. Lebensjahr erreicht. Also waren sie strafmündig.

Die Verantwortlichkeit eines minderjährigen, aber schuldfähigen Täters hängt gleichwohl nach § 3 JGG von der Einsicht in das Unrecht der Tat ab. Demnach könnte eine fehlende Einsicht zur Verminderung der Verantwortlichkeit und damit auch der Schuld führen. Max und Moritz waren sich jedoch des Unrechts ihrer Taten durchaus bewußt, sie waren hinreichend verstandesreif und damit schuldfähig.

Anhaltspunkte für mögliche Entschuldigungsgründe liegen nicht hervor.

**d) Strafantrag.** Der Hausfriedensbruch ist nach § 123 II StGB ein absolutes (Straf-)Antragsdelikt im Sinne der §§ 77 ff. StGB, so daß die Tat nur auf Antrag der Witwe Bolte verfolgt und bestraft werden kann. Ein wirksamer Strafantrag wird hier unterstellt.

**e) Ergebnis.** Max und Moritz haben sich somit wegen Hausfriedensbruchs nach § 123 I StGB strafbar gemacht.

**2. Diebstahl, §§ 242 I, 248a, 25 II StGB**

Max und Moritz könnten sich als Mittäter wegen Diebstahls strafbar gemacht haben, indem sie sich die Hühner geangelt haben.

**a) Tatbestand. aa) Objektiver Tatbestand.** Max und Moritz müßten einem anderen eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

Im vorliegenden Fall haben Max und Moritz vier Hühnchen geangelt. Die gebratenen Hühnchen sind körperliche Gegenstände und damit Sachen (vgl. § 90 BGB). Sie standen im Eigentum der Witwe

<sup>25</sup> Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. 2005, S. 93.

<sup>26</sup> Wilhelm, Recht verstanden ..., 2006, S. 18.

Bolte und waren daher für Max und Moritz fremd. Da die Hühnchen geangelt werden konnten, waren sie fortbewegbar. Folglich handelt es sich bei den Hühnchen um bewegliche Sachen.

Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams an einer Sache und die darauf folgende Begründung neuen Gewahrsams an dieser. Gewahrsam ist dabei eine tatsächliche Sachherrschaft, die durch einen Herrschaftswillen getragen wird.<sup>27</sup> Indem Max und Moritz die Hühner aus der Pfanne geangelt haben, haben sie die ursprüngliche Sachherrschaft Frau Boltes an diesen gebrochen und anschließend mit dem Einbehalt der Hühnchen eine eigene Verfügungsgewalt begründet. Es liegt eine Wegnahme vor.

Allerdings ist bei der von Max und Moritz vollzogenen Wegnahme nicht klar ersichtlich, welchen Anteil beide jeweils zu dieser beigetragen haben. Daß die Beteiligten nicht alle Merkmale des objektiven Tatbestandes in eigener Person verwirklichten, ist aber gemäß § 25 II StGB unerheblich, wenn sie die Tat gemeinsam ausführten. Im Falle dieser sogenannten Mittäterschaft werden die jeweiligen Tatbeiträge beiden Tatbeteiligten zugerechnet.<sup>28</sup> Max und Moritz haben von der Planung bis zu Umsetzung und Vollendung den Diebstahl gemeinsam ausgeführt. Sie sind deshalb Mittäter und haben die Hühnchen im Rechtssinne gemeinsam weggenommen.

Somit haben Max und Moritz objektiv-tatbestandlich einen Diebstahl begangen.

**bb) Subjektiver Tatbestand.** Des weiteren müßten Max und Moritz vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben.

Für den Diebstahl haben Max und Moritz ein mitgebrachtes Hilfsmittel in Form der Angel benutzt, sie hatten also offensichtlich die Wegnahme geplant. Sie angelten willentlich und wissentlich die Hühnchen durch den Kamin aus der Pfanne und nahmen somit diese vorsätzlich weg.

Weiterhin ist die Absicht rechtswidriger Zueignung zu prüfen. Diese besteht aus dem Vorsatz einer dauerhaften Enteignung sowie der Absicht der wenigstens vorübergehenden Aneignung des jeweiligen Gegenstandes.<sup>29</sup> Max und Moritz wollten die Hühnchen zum Verzehr nutzen. Der Verzehr ist die stärkste Form der Aneignung. Somit gründete ihre Handlung auf einem Aneignungswillen. Dabei nahmen sie eine dauerhafte Enteignung der Hühnchen von Frau Bolte notwendig in Kauf. Folglich hatten sie auch Enteignungsvorsatz. Daraus ergibt sich insgesamt ihre Zueignungsabsicht.

Max und Moritz hatten keinen Anspruch auf die Hühnchen. Somit war die beabsichtigte Zueignung rechtswidrig, worauf sich auch ihr Vorsatz richtete.

Folglich haben Max und Moritz den subjektiven Tatbestand des Diebstahls erfüllt.

**c) Rechtswidrigkeit.** Max und Moritz handelten rechtswidrig ...

**d) Schuld.** ... und wie unter 1. gezeigt auch schuldhaft.

**e) Strafantrag.** Der Diebstahl bezog sich nach § 248a StGB auf Sachen, deren Gesamtwert unter 25-30 Euro lag, der heute geltenden Grenze für die Geringwertigkeit<sup>30</sup>. Folglich handelte es sich bei den Hühnchen um geringwertige Sachen und die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Dessen Vorliegen wird unterstellt.

**f) Ergebnis.** Max und Moritz haben sich nach §§ 242 I, 248a, 25 II StGB strafbar gemacht.

### 3. Banden- und Wohnungseinbruchsdiebstahl, §§ 242, 244 I Nr. 2 u. 3, 25 II StGB

Dadurch, daß Max und Moritz die Hühnchen vom Dach des Hauses aus der Küche der Frau Bolte angelten, könnten sie sich zudem als Mittäter wegen Banden- und Wohnungseinbruchdiebstahls strafbar gemacht haben.

**a) Tatbestand. Objektiver Tatbestand.** Der objektive Tatbestand des § 244 I StGB erfordert zunächst einen Diebstahl (s.o. 2.) zu dem die nunmehr noch zu prüfenden Qualifikationsmerkmale der bandenweisen Begehung (Nr. 2) oder des Wohnungseinbruchs (Nr. 3) hinzutreten.

**aa) Bandendiebstahl.** Der Bandendiebstahl erfordert, daß Max und Moritz sich zu einer Bande verbunden hatten, um fortgesetzt Diebstähle zu begehen.

<sup>27</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 242 Rn. 10 f.

<sup>28</sup> Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 25 Rn. 9.

<sup>29</sup> Wilhelm, Recht verstanden ..., 2006, S. 28.

<sup>30</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 248a Rn. 3.

Eine Bande ist eine auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung beruhende Verbindung einer Mehrzahl von Personen, die für eine gewisse Dauer vorgesehen und auf die künftige Begehung mehrerer selbständiger, im einzelnen noch unbestimmter Taten gerichtet ist.<sup>31</sup> Max und Moritz haben des öfteren gemeinsam Straftaten begangen und gedenken dies auch in Zukunft im Zusammenschluß zu tun. Die qualitative Voraussetzung des Bandendiebstahls ist somit erfüllt.

Fraglich ist jedoch, ob auch der quantitativen Voraussetzung des Tatbestandes genügt ist. Lange Zeit war streitig, ob bereits zwei Personen eine Bande bilden können. Bei grammatikalischer Auslegung können sprachlich bereits zwei Personen eine Bande bilden. Für diese vormals auch in der Rechtsprechung vertretene Auffassung<sup>32</sup> streitet insbesondere, daß die unrechtserhöhende besondere Gefährlichkeit der Bande weniger aus ihrer Vielzahl der Mitglieder, sondern aus der dauerhaften Verbindung und dem Vorhaben, fortgesetzt Straftaten zu begehen, entsteht. Andererseits ergibt sich die besondere Gruppendynamik, welche die Gefährlichkeit einer Bande vor allem kennzeichnet, erst bei Gruppen von mindestens drei Personen. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind für die Bildung einer Bande daher wenigstens drei Personen erforderlich.<sup>33</sup> Der Zusammenschluß von Max und Moritz beschränkte sich auf zwei Personen. Sie bildeten daher keine Bande, so daß kein Bandendiebstahl nach § 244 I Nr. 2 StGB gegeben ist.

**bb) Wohnungseinbruchsdiebstahl.** Die Qualifikation des Wohnungseinbruchsdiebstahls besteht darin, zum Diebstahl in eine Wohnung einzubrechen oder einzusteigen.

Einbrechen ist zunächst das Öffnen oder Erweitern einer den Zutritt verwehrenden Umschließung unter Kraftentfaltung oder Werkzeugeinsatz von außen.<sup>34</sup> Max und Moritz haben lediglich eine bestehende Öffnung - nämlich den Schornstein - für die Entwendung der Brathähnchen genutzt, Einbrechen kommt also nicht in Betracht.

Möglicherweise sind Max und Moritz jedoch eingestiegen. Einsteigen ist das Eindringen in Räumlichkeiten auf einem unüblichen und eine gewisse Geschicklichkeit erfordernden Weg zur Überwindung eines Hindernisses.<sup>35</sup> Max und Moritz sind lediglich aufs Dach des Hauses der B geklettert. Sie befanden sich mit ihrem Körper stets außerhalb der Räume, zu denen sie sich keinen Zugang verschafft haben. Einsteigen liegt also ebenfalls nicht vor.

Der objektive Tatbestand des Wohnungseinbruchsdiebstahls ist daher auch nicht erfüllt.

**b) Ergebnis.** Max und Moritz haben sich nicht nach §§ 242 I, 244 I Nr. 2 u. 3, 25 II StGB strafbar gemacht.

#### 4. Unterschlagung, §§ 246 I, 248a, 25 II StGB

Durch das Herausangeln und das Verspeisen der Hühnchen könnten Max und Moritz sich zusätzlich einer Unterschlagung schuldig gemacht haben.

**a) Tatbestand.** Dazu müßten sie sich, wiederum als Mittäter (§ 25 II StGB), eine fremde, bewegliche Sache rechtswidrig zugeeignet haben.

**aa) Herausangeln der Hühnchen.** Es wurde bereits festgestellt, daß es sich bei den Hühnchen um fremde bewegliche Sachen handelt.

Diese haben sich Max und Moritz im Sinne des Unterschlagungstatbestandes zugeeignet, wenn sie ihren dahingehenden Zueignungswillen manifestiert haben. Schon oben ist festgestellt worden, daß sich Max und Moritz die Hühnchen zueignen wollten (s.o. 2.). Der Aneignungswille ist zunächst im Angeln der Hühnchen zum Ausdruck gebracht worden. Max und Moritz wollten die Hühnchen auch dauerhaft der Witwe Bolte entziehen (nämlich aufessen). Insofern kann man von einer Unterschlagung ausgehen.

<sup>31</sup> Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. 2005, S. 43 f.

<sup>32</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl. 2001, § 244 Rn. 17; BGHSt 23, 239.

<sup>33</sup> BGHSt (GS) 46, 321 (325 ff.); ebenso Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 244 Rn. 6.

<sup>34</sup> Kindhäuser, StGB, 2. Aufl. 2004, § 243 Rn. 13.

<sup>35</sup> Kindhäuser, StGB, 2. Aufl. 2004, § 243 Rn. 14.

Jedoch liegt bereits ein Diebstahl vor. Nach § 246 I a. E. StGB wird eine Unterschlagung aber nur dann bestraft, wenn der Geschehenshergang, der den Unterschlagungsvorwurf begründet, nicht *zugleich* den Tatbestand eines schweren Eigentums- bzw. Vermögensdeliktes erfüllt. Folglich kann hier nicht auf das Angeln der Hühnchen als Manifestation des Zueignungswillens abgestellt werden.

**bb) Verspeisen der Hühnchen.** Eine relevante Zueignung könnte daher allenfalls in einem Verhalten gesehen werden, das nach der Vollendung des Diebstahls liegt und zu einer zweiten Zueignung der bereits zugeeigneten Hühnchen. Hier könnte diese sogenannte *wiederholte Zueignung* im Verzehr der Hühnchen durch Max und Moritz liegen, wenn sich darin der Zueignungswille neuerlich manifestierte. Die Hühnchen wurden mit dem Aufessen in sich gebracht. Insichbringen ist die stärkste Form des Ansichbringens, es gibt daher dem Zueignungswillen unzweideutig Ausdruck. Dieser hat sich folglich hier manifestiert.

Problematisch ist aber, ob eine solche wiederholte Zueignung rechtlich noch möglich ist. Dies wird zwar teilweise mit dem Argument bejaht, ein weiteres zueignungsartiges Verhalten vertiefe den Abstand des geschädigten Eigentümers zu seiner Sache und damit das Enteignungsunrecht<sup>36</sup>. Zu beachten ist jedoch, daß schon logisch einem Eigentümer eine Sache nur einmal enteignet werden kann. Der Gedanke einer zweimaligen Zueignung widerspricht dem Begriff der Zueignung selbst. Die Rechtfertigung dieser Lösung mit konkurrenzrechtlichen Erwägungen vermag nicht zu überzeugen.<sup>37</sup> Eine weitere Zueignung ist daher richtigerweise dann tatbestandlich ausgeschlossen, wenn die Sache bereits anderweitig deliktisch erlangt wurde. Folglich konnten sich Max und Moritz, indem sie die gestohlenen Hühnchen aßen, diese nicht noch einmal zueignen.

**b) Ergebnis.** Max und Moritz haben sich keiner Unterschlagung schuldig gemacht.

## 5. Bildung einer kriminellen Vereinigung, § 129 I StGB

Indem sie sich zur Durchführung des Diebstahls zusammenschlossen, könnten Max und Moritz allerdings eine kriminelle Vereinigung gebildet und sich deshalb nach § 129 I StGB strafbar gemacht haben.

**a) Tatbestand. Objektiver Tatbestand.** Max und Moritz müßten eine Vereinigung gebildet haben. Darunter wird allgemein ein auf eine gewisse Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluß von mindestens drei Personen verstanden<sup>38</sup>, weshalb Max und Moritz allein keine kriminelle Vereinigung gegründet haben können.

**b) Ergebnis.** Max und Moritz haben sich somit nicht nach § 129 I StGB strafbar gemacht.

## 6. Hehlerei, § 259 I StGB

Max und Moritz könnten durch das Verzehren der Hühnchen sich der Hehlerei schuldig gemacht haben.

**a) Tatbestand. Objektiver Tatbestand.** Hehlerei setzt voraus, daß jemand sich eine Sache verschafft, die ein anderer gestohlen hat. Max und Moritz haben aber die Hühnchen bereits gemeinsam gestohlen, so daß deren anschließendes gemeinsames Verzehren mangels Vortat eines Dritten keine Hehlerei darstellen kann.

**b) Ergebnis.** Max und Moritz haben sich keiner Hehlerei schuldig gemacht.

## 7. Sachbeschädigung, §§ 303 I, 303c StGB

Max und Moritz könnten sich durch das Aufessen der Hühnchen wegen einer Sachbeschädigung strafbar gemacht haben.

**a) Tatbestand. Objektiver Tatbestand.** Dafür müßten sie eine fremde Sache zerstört, jedenfalls aber beschädigt haben. Eine Zerstörung liegt in jeder Einwirkung auf die Sache mit der Folge, daß ihre

<sup>36</sup> Kindhäuser, StGB, 2. Aufl. 2004, § 246 Rn. 39.

<sup>37</sup> Ständige Rechtsprechung seit BGHSt 14, 38.

<sup>38</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 129 Rn. 6.

bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig aufgehoben wird.<sup>39</sup> Max und Moritz haben die Hühnchen, welche - wie oben festgestellt - fremde Sachen waren, gegessen und so diesen vollständig die eigentliche körperliche Substanz entzogen. Ihre Brauchbarkeit als Nahrungsmittel ist nach dem Verzehr in diesem Sinne völlig aufgehoben.

Fraglich aber ist, ob das Essen der Hühnchen als Zerstören betrachtet werden kann. Eine Zerstörung kann sich eigentlich nur auf die unsachgemäße Behandlung einer Sache beziehen. Wenn die gebratenen Hühnchen aber, wie hier, verzehrt werden, verwirklicht sich in dem Verzehr nur der eigentliche Bestimmungszweck der Hühnchen, nämlich ihr Verbrauch.

Einerseits wird hier argumentiert, daß auch der zweckmäßige Gebrauch einer Sache Sachbeschädigung sei, soweit diese beschädigt oder zerstört werde. Dies beziehe sich auch auf das Verzehren von Speisen.<sup>40</sup> Für den Besitzer einer Sache sei es unerheblich, ob sein Eigentum durch den bestimmungsgemäßen oder den nicht bestimmungsgemäßen Gebrauch zerstört werde; das Ergebnis sei dasselbe. Nach dieser Auffassung hätten Max und Moritz die Hühnchen durch ihren Verzehr zerstört.

Andererseits soll nach derzeit herrschender Meinung<sup>41</sup> der bestimmungsgemäße Verbrauch einer Sache nicht tatbestandsmäßig sein. Zerstörung kann danach nur in der zweckentfremdenden Aufhebung der Brauchbarkeit einer Sache bestehen. Der Verzehr der Hühnchen durch Max und Moritz entspricht eindeutig der ihnen zgedachten Verwendung. Er stellte also nach dieser Auffassung keine Zerstörung und somit keine Sachbeschädigung dar.

Ob hier eine Sachbeschädigung vorliegen kann, hängt also von der Entscheidung zwischen den beiden gegenteiligen Ansichten ab. Insofern ist zu beachten, daß das Unrecht der Entziehung von Sachen den Diebstahls- und Unterschlagungstatbeständen zugewiesen ist. Der bestimmungsgemäße Verbrauch einer Sache stellt sich aber weit eher als Entziehung der Sache, denn als ihre Beeinträchtigung dar. Zutreffenderweise kann daher von einer Zerstörung von bestimmungsgemäß zu verbrauchenden Sachen nur die Rede sein, wenn sie in ihrem Zustand so verändert werden, daß sie nicht mehr verbraucht werden können, nicht aber dann, wenn sie bloß verbraucht werden. Indem Max und Moritz die Hühnchen verzehrten, haben sie diese folglich nicht zerstört.

**b) Ergebnis.** Max und Moritz haben sich nicht wegen einer Sachbeschädigung strafbar gemacht.

### Gesamtergebnis

Nach alledem haben sich Max und Moritz (tateinheitlich) nach § 123 I StGB wegen Hausfriedensbruches und gemäß §§ 242 I, 248a, 25 II StGB wegen Diebstahles strafbar gemacht.

## Schwarzfahrt-Fall

(Sebastian Brekner, Antje Piasetzki, Matthias Wernecke)

Sachverhalt: Der 16-jährige Schüler Samuel Sparsam (S) fährt, wenn es regnet, regelmäßig mit der U-Bahn in die Schule, seine Eltern haben hierzu zugestimmt. Nomen est omen, S kauft von dem Geld, das ihm seine Eltern für die Fahrten geben, jeweils keine Fahrkarte, sondern steckt es in sein Sparschwein. Und wie's kommen muß: S wird von dem Kontrolleur erwischt. Der Verkehrsverbund (V) als U-Bahn-Betreiber verlangt im folgenden von S das sog. "erhöhte Beförderungsentgelt", zumindest aber den regulären Fahrpreis. Die Eltern erklären, sie seien mit der Schwarzfahrt absolut nicht einverstanden.

Aufgabe: Muß S zahlen? Und wenn, wieviel?

<sup>39</sup> Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 303 Rn. 7.

<sup>40</sup> Kindhäuser, StGB, 2. Aufl. 2004, § 303 Rn. 23.

<sup>41</sup> GenStA Frankfurt/Main, NStZ 2002, 546 (bzgl. Telefaxwerbung); Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Aufl. 2005, § 24 Rn. 17.

**Bearbeitervermerk:** Die "Allgemeinen Beförderungsbedingungen" (AB) des Verkehrsverbundes (V) stimmen hinsichtlich des "Erhöhten Beförderungsentgelts" überein mit § 9 der "Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen" und lauten wie folgt:

"§ 9. *Erhöhtes Beförderungsentgelt.* (1) Ein Fahrgast ist zur Zahlung eines erhöhten Beförderungsentgelts verpflichtet, wenn er

1. sich keinen gültigen Fahrausweis beschafft hat,
2. sich einen gültigen Fahrausweis beschafft hat, diesen jedoch bei einer Überprüfung nicht vorzeigen kann,
3. den Fahrausweis nicht oder nicht unverzüglich im Sinne des § 6 Abs. 3 entwertet hat oder entwerten ließ oder
4. den Fahrausweis auf Verlangen nicht zur Prüfung vorzeigt oder aushändigt.

Eine Verfolgung im Straf- oder Bußgeldverfahren bleibt unberührt. Die Vorschriften unter den Nummern 1 und 3 werden nicht angewendet, wenn das Beschaffen oder die Entwertung des Fahrausweises aus Gründen unterblieben ist, die der Fahrgast nicht zu vertreten hat.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 kann der Verkehrsverbund ein erhöhtes Beförderungsentgelt von bis zu 40 Euro erheben.

(3) Das erhöhte Beförderungsentgelt ermäßigt sich im Falle von Absatz 1 Nr. 2 auf 7 Euro, wenn der Fahrgast innerhalb einer Woche ab dem Feststellungstag bei der Verwaltung des Verkehrsverbundes nachweist, daß er im Zeitpunkt der Feststellung Inhaber einer gültigen persönlichen Zeitkarte war.

(4) Bei Verwendung von ungültigen Zeitkarten bleiben weitergehende Ansprüche des Verkehrsverbundes unberührt."

### Gutachten:

#### **I. Anspruch auf das erhöhte Beförderungsentgelt aus einem Beförderungsvertrag, § 631 II BGB i.V.m. §§ 6, 9 der Allgemeinen Beförderungsbedingungen**

V könnte ein Anspruch gegen S auf Zahlung eines "erhöhten Beförderungsentgelts" zustehen, wenn dieses in einem wirksamen Beförderungsvertrag vereinbart worden ist.

Ein Beförderungsvertrag ist gemäß § 631 II BGB ein Werkvertrag<sup>42</sup>, dessen Gegenstand ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein kann. Durch dieses Schuldverhältnis ist nach § 241 I 1 BGB der Gläubiger (hier: V) berechtigt, von dem Schuldner (hier: S) die vereinbarte Leistung zu fordern. Zu den in einem Vertrag vereinbarten Leistungen gehören auch jene, die über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) wirksam in den Vertrag einbezogen werden, vgl. §§ 305 ff. BGB. So sind hier, einen wirksamen Vertragsschluß unterstellt (dazu sogleich), die Allgemeinen Beförderungsbedingungen (AB) Vertragsbestandteil geworden. Nach § 9 AB hat der Fahrgast, der das nach § 6 AB geschuldete (normale) Beförderungsentgelt nicht entrichtet, ein erhöhtes Beförderungsentgelt zu leisten.

S hat sich keinen Fahrschein gekauft. Er hat somit gegen die Verpflichtung aus § 6 AB verstoßen. V könnte folglich gegen S einen Anspruch auf die Zahlung des "erhöhten Beförderungsentgelts" haben, sofern zwischen beiden ein wirksamer Beförderungsvertrag (unter Einschluß der AB) besteht.

**1) Wirksamer Beförderungsvertrag.** Ein wirksamer (Werk-)Vertrag setzt zwei wirksame korrespondierende Willenserklärungen der Vertragsparteien voraus.<sup>43</sup>

**a) Angebot Vs.** V müßte seinerseits zunächst ein rechtswirksames Angebot zum Abschluß eines Beförderungsvertrags gemacht haben. Der Antragsteller trägt einem anderen den Abschluß eines Vertrags in der Weise an, daß das Zustandekommen des Vertrags nur noch von dessen Annahme abhängig ist.<sup>44</sup>

**aa) Willenserklärung Vs.** Zunächst bedürfte es folglich überhaupt einer wirksamen Willenserklärung Vs. Eine Willenserklärung ist eine private Willensäußerung eines Rechtssubjekts, die deshalb Rechtsfolgen herbeiführt, weil diese als gewollt erklärt werden. Der Wille des Rechtssubjekts findet seinen

<sup>42</sup> Harder, NJW 1990, 857 (861 m. Fn. 67).

<sup>43</sup> Hk-BGB/Ebert, 2. Aufl. 2002, § 631 Rn. 1.

<sup>44</sup> Jauernig/Schlechtriem, BGB, 11. Aufl. 2004, § 145 Rn. 1.

Ausdruck in der nach außen gerichteten Erklärung.<sup>45</sup> V gibt seine Willenserklärung ab, indem er durch Öffnen der U-Bahntüren im Wege konkludenten Verhaltens jedem potentiellen Mitfahrer die Möglichkeit der Beförderung anbietet. Im Sinne der "offerta ad incertas personas" macht V mit ihrer Willenserklärung damit auch "Schwarzfahrern" das Angebot zur Beförderung.

**bb) Wirksamkeit von Vs Willenserklärung.** Weiterhin müßte diese Willenserklärung rechtswirksam geworden sein. Voraussetzung hierfür ist der Zugang der Willenserklärung beim Empfänger. Bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Anwesenden - wie vorliegend - fallen Abgabe und Zugang der Willenserklärung regelmäßig zusammen (arg. § 130 BGB), nämlich wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, daß diesem die Kenntnisnahme möglich ist<sup>46</sup>.

Bei beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen stellt sich jedoch noch die Frage, ob die Willenserklärung nach § 131 II 1 BGB den gesetzlichen Vertretern zugehen muß oder nach § 131 II 2 BGB sofort wirksam werden kann, da sie dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Ein Vertragsangebot erweitert den Rechtsbereich des Empfängers und ist somit rechtlich nur vorteilhaft<sup>47</sup>, so daß hier die Willenserklärung bereits mit dem Zugang bei S wirksam wurde.

**b) Annahme durch S.** Ein Vertrag zwischen S und V ist aufgrund des Angebotes der letzteren allerdings nur zustande gekommen, wenn S das Angebot Vs angenommen hat. Dazu müßte er eine dahingehende wirksame Willenserklärung abgegeben haben.

**aa) Willenserklärung des S.** S hat nicht ausdrücklich erklärt, einen Beförderungsvertrag abschließen zu wollen. Sein einziges Verhalten, das dementsprechenden rechtlichen Gehalt haben könnte, stellt sein Einstieg in die Bahn dar. Tatsächlich bringt ein Fahrgast, der in eine Bahn einsteigt, damit zum Ausdruck, das Verkehrsmittel benutzen zu wollen. Die Benutzung der Bahn setzt jedoch den Abschluß eines Beförderungsvertrags voraus. Daher kommt dem Einsteigen in einen Bahnwagen der objektiv-rechtliche Erklärungsgehalt zu, ein Angebot auf Abschluß eines Beförderungsvertrags anzunehmen. Folglich hat S, indem er in die Bahn einstieg, konkludent die Annahme des Angebotes Vs erklärt.

**bb) Wirksamkeit der Willenserklärung. (1) Problem des fehlenden Zugangs.** Diese Willenserklärung des S müßte wirksam geworden sein. Wie bereits erwähnt, wird eine Willenserklärung jedoch erst in dem Moment ihres Zugangs wirksam, § 130 I 1 BGB. Problematisch ist insofern, daß bei lebensnaher Auslegung mangels Kontrollen durch V und fehlenden vollständigen Überblicks des Beförderungspersonals über die ein- und aussteigenden Fahrgäste möglicherweise für V gar kein Erklärungsempfänger die seitens des S erklärte Annahme zur Kenntnis genommen hat. Insofern fehlte es an einer wirksam gewordenen Annahmeerklärung des S.

Ein anderes kann sich aber hier aus § 151 BGB ergeben. Abweichend von der Grundregel des § 130 I 1 kommt ein Vertrag hiernach zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt werden muß, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Die Willenserklärung wird insofern zur nichtempfangsbedürftigen, die bereits mit Abgabe und nicht erst mit Zugang wirksam wird<sup>48</sup>. Man könnte auch sagen, daß statt einer Willenserklärung nur eine Willensbetätigung erforderlich ist<sup>49</sup>. Müßte hier die Annahmeerklärung der Fahrgäste jeweils V zugehen, so kämen meist keine wirksamen Beförderungsverträge zustande. Das liegt nicht im Interesse der jeweiligen Parteien, jedenfalls nicht im - hier maßgeblichen - Interesse Vs. Demnach konnte hier die Annahme des S wirksam werden, ohne daß es auf deren Zugang ankommt.

**(2) Einwilligung der Eltern?** Jedoch könnte die Annahmeerklärung unwirksam sein, da S nach § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig ist und die Vertragsannahme ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, somit also nach § 107 BGB für ihre Wirksamkeit der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter bedarf.

<sup>45</sup> Hk-BGB/Dörner, 2. Aufl. 2002, Vorb. §§ 116-144 Rn. 1 f.

<sup>46</sup> Hk-BGB/Dörner, 2. Aufl. 2002, § 130 Rn. 12.

<sup>47</sup> Hk-BGB/Dörner, 2. Aufl. 2002, § 131 Rn. 2.

<sup>48</sup> Jauernig/Jauernig, BGB, 11. Aufl. 2004, § 151 Rn. 1.

<sup>49</sup> So BGH, NJW 1990, 1657.

Nun haben zwar die Eltern als Erziehungsberechtigte (§ 1629 BGB) gegenüber S ihre Einwilligung zum Abschluß von Beförderungsverträgen erklärt. Die Einwilligung beschränkte sich jedoch auf Fahrten mit Fahrschein. Sie wurde somit unter die Bedingung (§ 158 BGB) gestellt, daß S einen Fahrschein erwirbt. Eine Bedingung knüpft rechtsgeschäftliche Wirkungen eines bestimmten Erklärungsaktes an ein objektiv ungewisses zukünftiges Ereignis<sup>50</sup>. Hier hat die Bedingung der Eltern nach § 158 I BGB aufschiebenden Charakter. S erwarb keine Fahrkarte, so daß die Bedingung nicht eintreten konnte. Somit wäre das Rechtsgeschäft an sich unwirksam. Jedoch könnte hier § 162 I BGB greifen. Danach gilt eine Bedingung als eingetreten, wenn deren Eintreten durch den Bedingungssteller wider Treu und Glauben vereitelt wird. Im vorliegenden Fall wurde die Bedingung von den Eltern gestellt. Folglich kann S wider Treu und Glauben den Eintritt der von einer dritten Person gestellten Bedingung nicht verhindern. § 162 I BGB führt damit hier nicht zu einer etwaigen Wirksamkeit der Willenserklärung des S. Dies muß umso mehr gelten, als angesichts der überragenden Bedeutung des Minderjährigenschutz den Schutzvorschriften der §§ 107 ff. BGB Vorrang gegenüber dem Interesse der V an der Gültigkeit eines Beförderungsvertrags einzuräumen ist<sup>51</sup>. Somit bleibt die Willenserklärung des S unwirksam und es liegt insofern kein wirksamer Beförderungsvertrag vor.

Die Annahmeerklärung (und damit der Beförderungsvertrag) ist auch nicht nach § 110 BGB wirksam geworden, da S die vertragsmäßige Leistung nicht (vollständig) mit dem vom gesetzlichen Vertreter dafür zur Verfügung gestellten Geld bewirkte. Denn S erwarb gerade keine Fahrkarte.

**(3) Genehmigung der Eltern?** Nach § 108 BGB war deshalb der Vertrag zunächst schwebend unwirksam. Um wirksam zu werden, bedurfte es somit der nachträglichen Zustimmung (= Genehmigung, § 184 I BGB) der gesetzlichen Vertreter. Nach § 184 BGB wirkt eine Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts und damit dem Zeitpunkt des Abschlusses des möglichen Beförderungsvertrags zurück. Die nach § 108 I BGB erforderliche Genehmigung haben die Eltern jedoch gerade nicht erteilt. Es liegt somit auch keine nachträgliche Zustimmung vor. Der schwebend unwirksame Vertrag wurde damit aufgrund der fehlenden Genehmigung der gesetzlichen Vertreter endgültig unwirksam<sup>52</sup>.

**2) Ergebnis.** Mangels eines wirksamen Beförderungsvertrags steht V gegen S kein vertraglicher Anspruch auf ein erhöhtes Beförderungsentgelt (oder auch nur auf den Fahrpreis) zu.

## II. Anspruch auf Erstattung des Fahrpreises aus §§ 812 I 1 (Alt. 2), 818 II BGB

Gleichwohl könnte V gegen S ein Anspruch auf Erstattung des Fahrpreises aus § 812 I 1 (Alt. 2) BGB zustehen.

Hiernach ist derjenige, der anders als durch die Leistung eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, zur Herausgabe des Erlangten (bzw. des Wertes seines Vorteils) verpflichtet. Leistung wird als bewußte zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens verstanden. Entscheidend ist dabei der sich verschaffte Vorteil, nicht eine Vermögensverschiebung. Auch Tun und Unterlassen können "etwas" verschaffen. Die Vorteilsverschaffung muß willentlich erfolgt sein.<sup>53</sup> V verschaffte mit der Beförderung dem S zwar einen Vorteil, allerdings will V nur gegenüber zahlungswilligen und -fähigen Kunden "leisten"<sup>54</sup>. Damit wurde S nicht durch eine Leistung, sondern "in sonstiger Weise" bereichert. Wie gezeigt, geschah dies auch ohne rechtlichen Grund. Er ist daher zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.

Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zu der Herausgabe außerstande, so hat er gemäß § 818 II BGB den Wert zu ersetzen. S ist nicht imstande die Leistung Vs - die Beförderung - als solche zu ersetzen. Somit ist er nach § 818 II BGB zum Wertersatz in Form des regulären Fahrpreises für Jugendliche unter 18

<sup>50</sup> Hk-BGB/Dörner, 2. Aufl. 2002, § 158 Rn. 1.

<sup>51</sup> Harder, NJW 1990, 857 (858, 860).

<sup>52</sup> Vgl. Jauernig/Jauernig, BGB, 11. Aufl. 2004, § 108 Rn. 1.

<sup>53</sup> Jauernig/Stadler, BGB, 11. Aufl. 2004, § 812 Rn. 3.

<sup>54</sup> So h.M., Harder, NJW 1990, 857 (863); Stacke, NJW 1991, 875 (878).

Jahren verpflichtet.<sup>55</sup> Eine Berufung auf Entreichung (§ 818 III BGB) kommt angesichts der ersparten Aufwendungen nach herrschender Ansicht nicht in Betracht.<sup>56</sup>

V hat demnach gegen S aus § 812 I 1 (Alt. 2) BGB nur einen Anspruch auf Erstattung des normalen Fahrpreises.

## Der "Fall Rotkäppchen"

(Benjamin Schlier, Alexandra Schoof, Felix Stoehr)

Sachverhalt (nach *VGH München*, NJW 1984, 1136): P ist Pächter des zum Schloß W. gehörenden landwirtschaftlichen Gutes in A. Während einer Künstlertagung auf der von der "Sozialistischen Deutschen Arbeiterjugend" gepachteten Burg W. im Oktober 1979 wurde auf Anregung und unter Mitwirkung des P an der Westseite seiner Scheune ein 5x5 m großes Gemälde in Ölfarben angebracht. Es zeigte den bayerischen Ministerpräsidenten Strauß in einer "Rotkäppchenszene". Er war in einem Bett mit weißblaukariertem Kopfkissen liegend mit Wolfskrallen abgebildet. Vor ihm stand "Rotkäppchen" mit Korb. Daneben befand sich der Schriftzug "... Warum hast du so ein großes MAUL?". Nachdem das von der 180 m entfernt liegenden öffentlichen Straße aus sichtbare Gemälde von der Polizei entdeckt worden war, ermittelte diese im Auftrag der Staatsanwaltschaft gegen den P wegen Beleidigung des bayerischen Ministerpräsidenten. Mangels Strafantrags des Ministerpräsidenten wurde das Verfahren nach § 170 II StPO durch die Staatsanwaltschaft eingestellt. Mit Anordnung vom 16.11.1979 gab das Landratsamt A. dem P auf, das Porträt des bayerischen Ministerpräsidenten aus der bildhaften Darstellung der Szene aus dem Volksmärchen "Rotkäppchen" bis zum 22.11.1979 vollständig zu entfernen. Gleichzeitig wurde für den Fall der Nichtbeachtung dieser Anordnung ein Zwangsgeld in Höhe von 200 DM angedroht. Zur Begründung hieß es, die Gesamtdarstellung mit dem Ministerpräsidenten anstelle des Wolfes und der angefügten schriftlichen Frage stelle eine Beleidigung des Ministerpräsidenten gem. § 185 StGB dar und sei nicht mehr durch das Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 GG gedeckt. Die Darstellung als "Bösewicht Wolf", die Bezeichnung "großes Maul" sowie die durch die Darstellung zum Ausdruck gebrachte Meinung, der bayerische Ministerpräsident täusche die Bevölkerung über seine wirklichen, nämlich bösen, Absichten, verletze die Ehre des Ministerpräsidenten.

Aufgabe: Verletzt die Beseitigungsanordnung den P in seinen Grundrechten? (Bearbeiterhinweise: Aus Vereinfachungsgründen ist für das Gutachten zu unterstellen, die Beseitigungsverfügung beziehe sich auf die gesamte Darstellung und nicht nur auf das Porträt des F. J. Strauß. Art. 14 GG ist nicht zu prüfen.)

*Art. 6 BayLStVG. Aufgaben der Sicherheitsbehörden.* Die Gemeinden, Landratsämter, Regierungen und das Staatsministerium des Innern haben als Sicherheitsbehörden die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und durch Unterbindung und Beseitigung von Störungen aufrechtzuerhalten.

*Art. 7 BayLStVG. Befugnisse der Sicherheitsbehörden.* (1) Anordnungen und sonstige Maßnahmen, die in Rechte anderer eingreifen, dürfen nur getroffen werden, wenn die Sicherheitsbehörden durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes dazu besonders ermächtigt sind.

(2) Soweit eine solche gesetzliche Ermächtigung nicht in Vorschriften dieses Gesetzes oder in anderen Rechtsvorschriften enthalten ist, können die Sicherheitsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben für den Einzelfall Anordnungen nur treffen, um

1. rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen, oder verfassungsfeindliche Handlungen zu verhüten oder zu unterbinden,
2. durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen, ..."

<sup>55</sup> *Jauernig/Stadler*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 818 Rn. 12.

<sup>56</sup> *Stacke*, NJW 1991, 875 (878).

Gutachten:**I. Verletzung der Kunstfreiheit, Art. 5 III 1 GG**

P könnte durch die Verfügung, das von ihm aufgehängte Kunstwerk zu beseitigen, in seinem Grundrecht aus Art. 5 III 1 GG verletzt sein. Ein Grundrecht ist dann verletzt, wenn sein Schutzbereich eröffnet ist, in diesen eingegriffen wird und dieser Eingriff nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

**1. Schutzbereich der Grundrechtsgewährleistung.** Der Schutzbereich markiert den Bereich des potentiellen Grundrechtsschutzes. Er müßte sowohl in sachlicher als auch in personeller Hinsicht eröffnet sein.

**a) Sachlicher Schutzbereich. aa) Gemälde.** In sachlicher Hinsicht ist der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet, wenn es sich bei dem Gemälde um ein Kunstwerk handelt und der Schutzbereich der Kunstfreiheit auch dessen Anbringung an einer von der Straße einsehbaren Scheune erfaßt.

Fraglich ist zunächst die Kunstqualität des Gemäldes. Zwar ist bis heute ungeklärt, was unter dem Begriff der Kunst zu verstehen ist. Mit dem BVerfG kann jedoch zwischen drei verschiedenen Definitionen von Kunst unterschieden werden. Um ein Kunstwerk handelt es sich bei dem Gemälde jedenfalls dann, wenn es allen drei Kunstbegriffen genügt:

Klassischerweise kann bei der Bestimmung von Kunst auf *formale Kriterien* abgestellt werden, nämlich darauf, ob ein Gegenstand sich einem bestimmten Werktypus zuordnen läßt<sup>57</sup>, etwa der Malerei, der Dichtung etc. Beim vorliegenden Gegenstand handelt es sich um ein gemaltes Werk, ein Gemälde. Es entspricht einer der grundlegenden Werktypen der Kunst. Folglich ist der formale Kunstbegriff erfüllt.

In seinem so genannten *materiellen Kunstbegriff* stellt das Gericht auf die freie, schöpferische Gestaltung ab, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers in einer von ihm gewählten Form und Sprache zum Ausdruck kommen.<sup>58</sup> Vorliegend hat der Künstler das Gemälde mit diversen politischen Bezügen versehen. Das rote Käppchen des Mädchens ist farblich nicht nur mit dem Märchen zu assoziieren, sondern vielmehr auch mit der linksgerichteten Orientierung jener Gruppierungen, für die das Rotkäppchen paradigmatisch steht. Die übergroßen Krallen des klar als S identifizierbaren Wolfes symbolisieren die vom Künstler angenommene Gefährlichkeit des S für seine politischen Opponenten. Insofern verleiht das Gemälde dahingehenden politischen Eindrücken und Erkenntnissen des Künstlers malerischen Ausdruck. Es handelt sich hiernach um Kunst.

Der dritte vom BVerfG entwickelte Kunstbegriff, der sog. *offene Kunstbegriff*, schließlich sieht als Kunst das an, was bei fortgesetzter Interpretation immer neue Deutungen zuläßt.<sup>59</sup> Der Märchenhintergrund des Rotkäppchengemäldes<sup>60</sup> mag zwar angesichts seines Schriftzugs einen politischen Bezug verdeutlichen, mithin die Interpretationsweise des Betrachters vorprägen. Andererseits aber führt gerade die politische Dimension der Botschaft dazu, den Deutungshorizont des Betrachters zu erweitern. Innerhalb und jenseits dieses Kontextes jedoch läßt es, im symbolisch Unbestimmten verharrend, eine ungemeine Vielfalt an Deutungen zu. Folglich entspricht das Gemälde auch dem offenen Kunstbegriff.

Da das Gemälde allen drei Kunstbegriffen genügt, handelt es sich folglich um Kunst. Diesen Charakters wird es auch nicht allein aufgrund seines politischen Zwecks entkleidet.<sup>61</sup>

**bb) Anbringen des Gemäldes.** Damit das Verhalten des P aber der Kunstfreiheit unterfällt, müßte auch das Anbringen des Gemäldes (in Sichtweite einer frequentierten Straße) ebenfalls unter den Schutzbereich fallen.

<sup>57</sup> BVerfGE 67, 213 (227) - Anachronistischer Zug.

<sup>58</sup> BVerfGE 30, 173 (188 f.) - Mephisto; 67, 213 (226).

<sup>59</sup> Vgl. BVerfGE 67, 213 (227).

<sup>60</sup> Siehe hierzu die "Kinder- und Hausmärchen" der Brüder Grimm bzw. das "Deutsche Märchenbuch" von Bechstein.

<sup>61</sup> BVerfGE 67, 213 (227).

Allgemein gilt, daß Kunstwerke ihren vom Künstler gesetzten Zweck im weiteren Sinne regelmäßig nur erfüllen können, wenn sie auch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Zudem lassen sich Kunstwerke, die an verschiedenen Orten angebracht sind, verschieden interpretieren. So gilt, daß die Kunstfreiheit, sowohl den Werkbereich, also das Fertigen des Kunstwerkes, als auch den Wirkbereich, die Vermittlung des Kunstwerks an Dritte, hier durch das Anbringen des Gemäldes an der Hauswand, schützt.<sup>62</sup>

**b) Persönlicher Schutzbereich.** Fraglich ist aber nun, ob P sich auf Kunstfreiheit persönlich berufen kann. Dies ist insofern problematisch, als P das Gemälde wohl nicht selbst geschaffen, sondern lediglich angeregt und bei dessen Anbringung mitgewirkt hat, also es nur ermöglicht hat.

Grundsätzlich wird durch die Kunstfreiheit der Schaffende, mithin der Künstler im Werkbereich, geschützt. Doch bliebe der Wirkbereich der Kunstfreiheit nur unvollständig geschützt, wenn der das Kunstwerk zur Wirkung bringende Dritte sich auf die Kunstfreiheit nicht berufen könnte. Folglich sind auch diejenigen Personen von der Gewährleistung der Kunstfreiheit erfaßt, die das Kunstwerk nicht schaffen, sondern es lediglich verbreiten.<sup>63</sup> Somit ist im vorliegenden Fall P als Handelnder zumindest im Wirkbereich durch die Kunstfreiheit geschützt.

Nach allem ist der Schutzbereich der Kunstfreiheit hier sowohl in sachlicher als auch in personeller Hinsicht eröffnet.

**2. Grundrechtsbeeinträchtigung (Eingriff).** Damit eine Verletzung des Grundrechts vorliegen kann, muß ein Eingriff gegeben sein. Als Eingriff bezeichnet man jede durch die Staatsgewalt in zurechenbarer Weise verursachte nachteilige Beeinträchtigung des durch den Schutzbereich erfaßten Schutzgegenstandes<sup>64</sup>. Die zuständige Ordnungsbehörde hat eine Beseitigungsverfügung erlassen. Diese stellt einen Akt staatlicher Gewalt dar, der neben dem Gebot, das Gemälde zu beseitigen, denknottwendig das Verbot impliziert, das Gemälde hängen zu lassen. Daher verkürzt die Beseitigungsverfügung den Wirkbereich der Kunstfreiheit. Ein Eingriff ist folglich gegeben.

**3. Grundrechtsschranken (Eingriffsrechtfertigung).** Angesichts des verfassungsrechtlichen *Vorbehalts des Gesetzes* (Art. 20 III GG) und des durch das BVerfG entwickelten *Wesentlichkeitsprinzips* bedarf jeder staatliche Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts einer formalgesetzlichen Grundlage. Das Landratsamt erließ die Beseitigungsverfügung aufgrund von Artt. 6, 7 II Nr. 1 BayLStVG. Zu prüfen ist somit, ob einerseits diese Ermächtigungsgrundlage als solche formell und materiell verfassungsgemäß ist und andererseits, ob das Landratsamt bei Erlass der Verfügung in verfassungsgemäßer Weise von dieser Ermächtigungsgrundlage Gebrauch machte, also der Eingriffsakt auch selbst verfassungsgemäß ist.

**a) Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsnorm.** Anhaltspunkte für eine formelle Verfassungswidrigkeit der Eingriffsnorm sind nicht ersichtlich.

Hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsnorm ist bereits problematisch, daß die Kunstfreiheit keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt. Nach allgemeiner Ansicht sind aber auch vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte nicht schrankenlos. Eine Einschränkung kann jedoch nur durch ein kollidierendes Grundrecht oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte ermöglicht werden.<sup>65</sup> Folglich kann sich die Beseitigungsverfügung nur auf die Gefahr für ein Rechtsgut stützen, das Verfassungsrang genießt.

Hier kommt das Recht auf persönliche Ehre als entgegenstehendes Grundrecht in Betracht. Zwar ist ein solches Recht nicht ausdrücklich im Grundgesetz verankert. Es ist jedoch vom BVerfG als Teilrecht des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Artt. 2 I i.V.m. 1 I GG) im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt worden.<sup>66</sup> Das Recht auf Ehre genießt somit Verfassungsrang und ist taugliches kollidierendes Grundrecht.

<sup>62</sup> Vgl. BVerfGE 30, 173 (189).

<sup>63</sup> Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 5 Rn. 108.

<sup>64</sup> Wilhelm, Recht verstanden ..., 2006, S. 42.

<sup>65</sup> Wilhelm, Recht verstanden ..., 2006, S. 43.

<sup>66</sup> Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 2 Rn. 38 f., 42 f.

Fraglich ist aber, ob das Recht auf persönliche Ehre hier die Kunstfreiheit derart überwiegt, daß die auf die Generalklausel des Art. 7 II Nr. 1 BayLStVG gestützte Beseitigungsverfügung vor den Schranken der Grundrechte Bestand haben kann. Dies kann richtigerweise nicht abstrakt, sondern nur im Einzelfall entschieden werden, weshalb die Frage der verfassungsgemäßen Grundrechtsbeschränkung hier zusammen mit jener des Eingriffsaktes zu prüfen ist.

**b) Verfassungsmäßigkeit des Eingriffsaktes. aa) Formelle Rechtmäßigkeit.** Im Sachverhalt gibt es keinerlei Anzeichen für formelle Fehler bei der Ausarbeitung der Beseitigungsverfügung seitens des Landratsamtes.

**bb) Materielle Rechtmäßigkeit (Eingriffsvoraussetzungen).** Art. 7 II Nr. 1 BayLStVG verleiht den Ordnungsbehörden die Befugnis, Gefahren für Rechte anderer, die sich aus einer Straftat ergeben, durch Verfügungen zu verhindern. Im vorliegenden Fall könnte das bereits erwähnte Recht auf persönliche Ehre des S gefährdet sein, das einfachgesetzlich durch den Straftatbestand des § 185 StGB geschützt wird. Die Darstellungsweise und Überspitzung der Abbildung ist nicht mit S abgesprochen und kann damit gegen dessen sozialen Geltungsanspruch verstoßen. Fraglich ist aber, ob eine nach Art. 7 II Nr. 1 BayLStVG erforderliche tatbestandsmäßige und *rechtswidrige* (öffentliche) Bekundung von Mißachtung oder Nichtachtung<sup>67</sup> des S vorliegt. Denn die Äußerung könnte als öffentliche Äußerung im politischen Meinungskampf zumindest durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB bzw. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG oder Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gerechtfertigt sein, so daß es an einer Tatbestandsvoraussetzung der Eingriffsgrundlage fehlte.

**cc) Verfassungsmäßiger Gebrauch der Eingriffsnorm.** In materieller Hinsicht verfassungsgemäß ist die Beseitigungsverfügung daher nur, wenn das von ihr geschützte Recht auf persönliche Ehre im Einzelfall die Rechte überwiegt, die durch die Beseitigungsverfügung ihrerseits verkürzt werden. Das heißt, die Beschränkung muß im Angesicht der kollidierenden Grundrechte verhältnismäßig sein. Verhältnismäßig ist sie, wenn sie einem legitimen Zweck dient, zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich sowie ihm angemessen ist.

Zweck der Beseitigungsverfügung ist der Schutz des Rechts auf persönliche Ehre des S. Angesichts des gleichlautenden Grundrechts aus Artt. 2 I i.V.m. 1 I GG verfolgt die Verfügung einen legitimen Zweck.

Das gewählte Mittel dürfte nicht vollkommen ungeeignet sein, diesen Zweck zu erfüllen. Die Beseitigungsverfügung zwingt P zur direkten Beseitigung des inkriminierten Gegenstands und ist damit als Mittel geeignet.

Weiterhin dürfte kein anderes gleich geeignetes Mittel existieren. Eine Veränderung des Kunstwerks verändert dessen Aussage und Botschaft. Sie beeinträchtigt die Kunstfreiheit demnach in gleichem Maße. Auch scheidet eine Zensur aus gleichen Gründen aus. Neben der Beseitigungsverfügung liegt also kein anderes Mittel vor, um in gleicher Weise den Zweck zu erfüllen.

Zu prüfen ist, ob der verfolgte Zweck so wichtig und schwerwiegend ist, daß er das Mittel rechtfertigen kann, also angemessen ist. Hier stehen kollidierende Zwecke von Verfassungsrang in Widerstreit. Nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz sind sie so in Ausgleich zu bringen, daß beide zur optimalen Geltung kommen.<sup>68</sup> Dazu sind ihre abstrakte und konkrete Wertigkeit zu bestimmen.

Festzustellen ist somit zunächst, in welcher abstrakten Relation die betroffenen Grundrechte stehen. Grundrechte entstammen der gleichen Rechtsquelle, dem Grundgesetz, und haben grundsätzlich den gleichen Rang. Indem das GG jedoch bestimmte Grundrechte mit einem Gesetzesvorbehalt versieht und andere ohne ausdrückliche Schranken gewährleistet, bringt es selbst zum Ausdruck, daß ein Teil der Grundrechte noch stärkeren Schutz genießt. Mit dem Recht auf persönliche Ehre ist im vorliegenden Fall das Allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffen. Es leitet sich aus Artt. 2 I i.V.m. 1 I GG ab. Art. 2 I GG ist ein Gesetzesvorbehalt beigegeben. Hingegen ist das zweite Konstitutionselement des

<sup>67</sup> Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 185 Rn. 3.

<sup>68</sup> Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Vorb. Rn. 49.

Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die Menschenwürde, Art. 1 I GG, nicht nur ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet; sie ist nach der hergebrachten und weiterhin ganz vorherrschenden Auffassung vielmehr überhaupt keiner Einschränkung, geschweige denn Abwägung zugänglich. Insofern ließe sich daran denken, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht jedenfalls wie ein vorbehaltlos gewährleitetes Recht zu behandeln. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist jedoch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht nach den für Art. 2 I GG geltenden Regeln zu beschränken.<sup>69</sup> Der Gesetzesvorbehalt in Art. 2 I GG gibt an, daß, sobald die Rechte anderer, die verfassungsgemäße Ordnung oder das Sittengesetz verletzt werden, dieses Grundrecht eingeschränkt werden kann (sog. Schrankentrias). Dagegen ist die Kunstfreiheit ohne ausdrücklichen gesetzlichen Vorbehalt gewährleistet. Die Kunstfreiheit hat deshalb in diesem Fall das größere abstrakte Gewicht und ist im Zweifel vorrangig gegenüber dem der persönlichen Ehre.

Zu klären bleibt aber, ob dieser Zweifelssatz hier greift. Es kommt somit auf die konkrete Gewichtung der Grundrechte im Einzelfall an, die davon abhängt, in welchem Maße die einzelnen Grundrechtspositionen betroffen sind. Die Beseitigungsverfügung erzwingt das Abhängen des Kunstwerks, untersagt insoweit dessen Veröffentlichung. Ein Kunstwerk kann seinen Zweck jedoch nur erreichen, wenn es seinen Adressaten, in diesem Fall die breite Öffentlichkeit, erreicht. Damit ist Art. 5 III 1 GG wesentlich betroffen. Die persönliche Ehre des S ist hingegen möglicherweise nur in ihrer Peripherie berührt. In ihrem Kernbereich berührt wird die persönliche Ehre nur, wenn einer Person ihr sozialer Geltungsanspruch im Hinblick auf eine Frage und zumindest für eine bestimmte Zeit abgesprochen wird, insbesondere eine sog. Schmähkritik vorliegt. Nach Meinung des *VGH München*<sup>70</sup> gilt das Bild als reines Objekt der Meinungsäußerung des P. Die Aussage hängt stark von der individuellen Interpretation des Betrachters ab. Es liegt kein Kunstwerk vor, dessen Aussage auf Aggression oder Hetze gegen Andersdenkende abzielt. Zudem kann man nicht von einer politisch schwerwiegenden oder diffamierenden Aussage sprechen. Es handelt sich beim vorliegenden Gemälde somit nicht um eine Schmähkritik. Das Bild liefert vielmehr eine abstrahierte Darstellung der realen Beziehung zwischen S und linken Gruppierungen. Es ist das Wesen der Karikatur und die Freiheit des Künstlers, Sachverhalte bzw. Aussagen in abstrahierter Form darzustellen. Zudem ist der Wolf im allgemeinen Bewußtsein kein Tier, das aus dem Hinterhalt agiert und angreift. Aus diesem Grund wird S nicht als hinterhältig, sondern als gefährlich dargestellt. Die vom Wolf ausgehende Gefahr symbolisiert die offensive Haltung, die S gegenüber linken Gruppierungen im politisch-pluralistischen Meinungskampf einnahm. Folglich liegt keine schwere Beeinträchtigung des Rechts auf persönliche Ehre des S vor. Um so weniger, als das Strafverfahren gegen P wegen Beleidigung des S in Ermangelung eines Strafantrags des S nach § 170 II StPO durch die Staatsanwaltschaft eingestellt wurde. Dies deutet darauf hin, daß S den Angriff auf seine persönliche Ehre für nicht so erheblich gehalten hat, daß er eine Strafverfolgung für unabdingbar hielt. Insgesamt war daher sein Grundrecht eher in der Peripherie verletzt. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß S als bayerischer Ministerpräsident zu den bekannten Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens zählte. Als absolute Person der Zeitgeschichte mußte er mehr öffentliche, auch negative Meinungsäußerungen über seine Person hinnehmen als beispielsweise ein Privatmann. Zudem ist zu beachten, daß S selbst aufgrund beleidigender Angriffe gegen linke Gruppierungen in der Kritik stand. Somit stellte das Kunstwerk die real gegebenen Spannungsverhältnisse zwischen S und gewissen Gruppen dar. Es berührt daher das Recht auf Ehre des S nur in geringem Umfang.

Konkret ist die Kunstfreiheit des P danach stärker betroffen als das Recht auf persönliche Ehre des S. Alle aufgeführten Punkte sprechen dafür, das Recht auf persönliche Ehre als schwächer einzustufen und in diesem Fall einzuschränken. Die Beseitigungsverfügung ließ aber die Kunstfreiheit gegenüber dem Recht auf persönliche Ehre zurücktreten, was mit den hier aufgezeigten grundrechtlichen Vorgaben unvereinbar wäre. Folglich war die Beseitigungsverfügung abwägungsfehlerhaft ergangen. Sie verstieß gegen das Grundrecht des P auf Kunstfreiheit.

<sup>69</sup> Jarass in: *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 2 Rn. 45.

<sup>70</sup> *VGH München*, NJW 1984, 1136.

**4. Ergebnis.** Der Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit des P durch das Landratsamt ist als schwerer zu bewerten als die Beeinträchtigung des Rechts auf persönliche Ehre des S. Die Beseitigungsverfügung ist nach Abwägung der betroffenen Grundrechte insofern grundrechtswidrig und damit als verfassungswidrig anzusehen. Sie verletzt den P in seinem Grundrecht aus Art. 5 III 1 GG.

## **II. Verletzung der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I 1 GG**

*Hinweis:* Abweichend von vorstehenden Ausführungen stellte der *VGH München* in seinem Urteil weniger auf die Kunstfreiheit aus Art. 5 III 1 GG ab, sondern maß die Beseitigungsverfügung primär an der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG. Nun stellt aber die Kunstfreiheit gegenüber der Meinungsfreiheit das speziellere Grundrecht dar. Erstere greift nur dann nicht, wenn man den P nicht an ihr teilhaben läßt: Sei es, weil P an dem künstlerischen Schaffensprozeß nicht (hinreichend) beteiligt war oder weil man das bloße Zurschaustellen der Karikatur nicht mehr als von dem Wirkbereich der Kunstfreiheit erfaßt ansieht.

Bei der Prüfung einer Verkürzung des Schutzbereiches der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG stellen sich aber letztlich die selben Rechtsfragen der Grundrechtsbeschränkung, wobei allerdings Art. 5 II GG selbst schon das Recht der persönlichen Ehre als eine mögliche Grundrechtsschranke der Meinungsfreiheit anführte. Gleichwohl rechtfertigte es hier keinen Eingriff in die Meinungsfreiheit. Zu diesem Ergebnis gelangte denn auch der *VGH München* in seiner Entscheidung, in der er durchaus ergänzend auf die Kunstfreiheitsgarantie abstellte.

## **Nachwort**

*(Jens Ph. Wilhelm, Frederic Kahrl)*

In 16 Tagen das Recht verstanden? Wir meinen, die vorstehenden Fallösungen geben trefflich Zeugnis, daß die Teilnehmer das Kursziel erreichten.

Abschließend sei gleichwohl für den kritischen Leser dieser ersten juristischen Arbeitsproben noch folgendes angemerkt: Alle Rechtsgutachten, die zunächst in Kleingruppen erarbeitet, dann teilweise für die Rotation weiter aufbereitet und schließlich für die Dokumentation überarbeitet wurden, mußten aus Raumgründen gekürzt werden. Sie erschöpften also die Rechtsfragen nicht umfassend (teilweise wurde für die Dokumentation die Aufgabenstellung ohnehin eingeschränkt), geben aber "gut vertretbare" Lösungen wieder (für die gleichwohl keine Haftung übernommen werden kann). Da Texte verschiedener Verfasser zusammengeführt wurden, mögen dem Leser zuweilen kleinere Brüche aufgefallen sein. Um jedoch ein Bild von der möglichen Vielfalt juristischer Ausdrucks- und damit auch Arbeitsweise zu vermitteln, wurden sie bei der Schlußredaktion bewußt nicht bereinigt. Größere Abstriche waren hingegen wegen unserer nur kleinen Handbibliothek vor Ort<sup>71</sup> bei der Auswertung und dem Nachweis der rechtswissenschaftlichen Literatur und Rechtsprechung erforderlich, zudem leider auch bei der Darstellung als solcher. Galt es doch, sich in den einheitlichen Rahmen eines interdisziplinär angelegten Dokumentationsbandes einzufügen, weshalb den formalen Gepflogenheiten rechtswissenschaftlichen Arbeitens nur beschränkt Rechnung getragen werden konnte.

---

<sup>71</sup> Gedankt sei in diesem Zusammenhang dem Verlag *C. H. Beck*, der uns einen kostenlosen Testzugang zu *Beck-Online* zur Verfügung stellte und so die Kursarbeit bereicherte.