

# Recht verstanden ... eine Einführung in die Rechtswissenschaften

- Sommerkurs für die *Deutsche SchülerAkademie* (2006-1.4) -

von Dozent *Jens Ph. Wilhelm, Hochschule des Sächsischen Polizei (FH)*

<b>Teil I: Grundlagen des Bürgerlichen Rechts</b> .....	3
1. Grundbegriffe (dargestellt am Beispiel des Kaufs) .....	3
I. Überblick .....	3
II. Rechtsfähigkeit - Handlungsfähigkeit - Geschäftsfähigkeit .....	4
III. Rechtssubjekte .....	5
IV. Rechtsobjekte .....	5
2. Rechtsgeschäftslehre - Von der Willenserklärung zum Vertrag .....	5
I. Der Begriff des Rechtsgeschäfts .....	6
II. Die Willenserklärung (WE) .....	6
III. Das Wirksamwerden von Verträgen .....	7
IV. Das Zustandekommen von Verträgen .....	8
V. Die Auslegung von Verträgen .....	8
3. Geschäftsfähigkeit (insbesondere Minderjährigrecht) .....	8
I. Arten der Geschäftsfähigkeit .....	8
II. Folgen der Geschäftsunfähigkeit bzw. der beschränkten Geschäftsfähigkeit .....	9
III. Familienrechtliche Regelungen .....	10
4. Stellvertretung .....	10
I. Arten und Begriffe .....	10
II. Voraussetzungen .....	11
III. Wirkungen .....	11
5. Fallbeispiel: "Das Lexikon" .....	12
<b>Teil II: Grundlagen des Strafrechts</b> .....	15
Hinweis: zum <i>Gesetzlichkeitsprinzip</i> (der "Garantiefunktion" des Strafrechts) siehe das Skript " <i>Einführung in das juristische Denken und Arbeiten</i> ", dort S. 31 ff, 79 ff	
6. Straftheorien .....	15
dazu: Materialien .....	16
7. Materieller Verbrechensbegriff des Strafrechts .....	18
I. Der Tatbestand .....	18
II. Die Rechtswidrigkeit .....	19
III. Die Schuld .....	20
IV. Weitere Prüfungsstationen .....	20
V. Der Aufbau des vollendeten vorsätzlichen Begehungsdeliktes (Erfolgssdelikt - Grundschemata) .....	21
8. Einzelne Straftatbestände aus dem Besonderen Teil des Strafgesetzbuches .....	22
I. Mord und Totschlag, §§ 211, 212 StGB .....	22
II. Körperverletzung und Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 StGB .....	26
III. Diebstahl, § 242 StGB .....	27
9. Grundsätze des Internationalen Strafanwendungsrechts .....	30
I. Begriff des Internationalen Strafrechts .....	30
II. Anknüpfungspunkte des Internationalen Strafrechts .....	31
10. Fallbeispiel: "Der Spanner" ( <i>BGH, NJW 1979, 2053</i> ) .....	32
<b>Teil III: Grundlagen des Staatsrechts</b> .....	36
11. Einteilung der Grundrechte .....	36
I. Dogmatische Einteilung .....	36
II. Systematische Einteilung der Grundrechte .....	36
III. Exkurs: Überblick über den gegenwärtigen internationalen menschenrechtlichen Standard .....	37

12. Funktionen der Grundrechte	38
I. Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte	38
II. Wirkungsweisen ("Funktionen") der Grundrechte	38
13. Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsverpflichtete	40
I. Grundrechtsträger	40
II. Grundrechtsadressaten	41
III. Drittwirkung der Grundrechte?	41
14. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen (Schrankenziehung)	42
I. Eingriffsbegriff	42
II. Gesetzesvorbehalt und sog. Grundrechtsschranken	42
III. Exkurs: Die Einwilligung des Betroffenen (Grundrechtsverzicht)	43
15. Einzelne Grundrechtsgewährleistungen	44
I. Menschenwürde, Art. 1 GG	44
II. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	45
III. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Artt. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG	45
IV. Recht auf körperliche Unversehrtheit und Leben, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	47
V. Meinungsfreiheit i.e.S., Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG	48
VI. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG	50
16. Fallbeispiel: "Der Sprayer von Zürich" (Fall Harald Naegeli; vgl. <i>BVerfG</i> , NJW 1984, 1293)	53
<b>Anhang: Aufbauschemata</b>	55
Allgemeine Hinweise	55
1. Aufbauschemata zum materiellen Strafrecht (Allgemeiner Teil)	56
- A.1.1.1. Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt (= <i>Grundschema</i> )	56
- A.1.1.2. Das vollendete vorsätzliche unechte Unterlassungsdelikt (§ 13 StGB)	57
- A.1.1.2.a Das vollendete vorsätzliche echte Unterlassungsdelikt	58
- A.1.2.1. Das versuchte Begehungsdelikt	59
- A.1.2.2. Das versuchte unechte Unterlassungsdelikt	60
- A.2.1. Das fahrlässige Begehungsdelikt	61
- A.2.2. Das fahrlässige unechte Unterlassungsdelikt	62
- A.3. Das erfolgsqualifizierte Delikt	63
- B. Täterschaftliche Beteiligung (§ 25 Abs. 1 [2. Fall], Abs. 2 StGB)	64
- C. Teilnahme (§§ 26, 27 StGB) unter Einbeziehung der §§ 28, 29 StGB	65
- D. Versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB)	66
- E. Der Erlaubnistatbestandsirrtum	67
2. Aufbauschema zum Staatsrecht: Grundrechtsprüfung	68
- A. Prüfungsaufbau bei Eingriffen in Freiheitsrechte (insbesondere Schrankenziehung)	68
- B. Prüfung einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht	69
3. Aufbauschema zum Verfassungsprozeßrecht: Verfassungsbeschwerde	70

# Teil I: Grundlagen des Bürgerlichen Rechts

## 1. Grundbegriffe (dargestellt am Beispiel des Kaufs)

Gesetzestext: "**§ 433 BGB. Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag.** (1) [Tatbestand] Durch den Kaufvertrag [Rechtsfolge] wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. 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

Paraphrassenkette 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 6 § 90; *SachenR*: Übereignung [beweglicher Sachen] 6 § 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 schuldhaftes (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 (VVG; 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 (UrhG), Patentrechte, Markenschutzrechte (aber nicht Persönlichkeitsrechte, wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Namensrecht, auch nicht Familienrechte)

## 2. 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 (damit geht es um eine 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 schuldbegründender 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 gesetzlichen 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

## 3. Geschäftsfähigkeit (insbesondere 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 vorzusetzen (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:

- 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
- 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)
- (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*: wengleich 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 wider-rufbar 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 Erklärungs-partner 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.

## 4. Stellvertretung

### I. 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).

**II. 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.

**III. 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 *Rechtsscheinhaftung 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).

## 5. Fallbeispiel: "Das Lexikon"

(abgewandelt nach: *W. Brehm*, Fälle und Lösungen zum Allgemeinen Teil des BGB, Stuttgart, 2. Aufl. 2002, Fall 4, S. 40-49)

**Sachverhalt:** Der 16jährige V ist Eigentümer eines Lexikons. Weil er es selten benutzt, schließt er am 1.6. mit K einen schriftlichen Kaufvertrag über das Buch ab. Als Kaufpreis vereinbaren V und K 150 Euro. V übergibt das Lexikon gegen Barzahlung an K.

Als V am Abend seinen von dem Geschäft erzählt, sind diese damit gar nicht einverstanden, denn V sollte das Lexikon selbst beim Lernen nutzen, um so seine schlechten Schulnoten zu verbessern.

**Aufgaben:** I. Welche Ansprüche hat V gegen K?

II. Hat K einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises?

### Vorüberlegungen

#### 1. Ansprüche des V gegen K

Um die einschlägigen Anspruchsgrundlagen finden zu können, macht es Sinn, sich zunächst das Problem des Falles vor Augen zu führen: Ein Minderjähriger hat etwas verkauft und die Frage ist, ob er die Kaufsache zurückfordern kann. Wenn eine Sache auf Grund eines wirksamen Kaufvertrages übergeben und übereignet wird, kann der Verkäufer die Kaufsache sicher nicht zurückverlangen, denn es gehört zu den wesentlichen Pflichten eines Verkäufers, dem Käufer Besitz<sup>1)</sup> und Eigentum an der Sache zu verschaffen (vgl. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine Rückgabepflicht kommt nur dann in Betracht, wenn ein Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt wurde (§ 346 BGB) oder wenn der Kaufvertrag unwirksam ist. Für einen Rücktritt sind hier keine Gründe ersichtlich. Es kommen daher nur Ansprüche in Betracht, die bei Unwirksamkeit des Vertrages bestehen, und hier Folge der beschränkten Geschäftsfähigkeit Minderjähriger sein können.

Schon bei der Suche nach der Anspruchsgrundlage muß man die schuldrechtliche Ebene von der dinglichen Ebene streng trennen (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*). Denkbar ist eine rein *schuldrechtliche Abwicklung*. Der Anspruch auf Rückgewähr einer Leistung, die auf Grund eines nichtigen Vertrages erbracht wurde, ergibt sich aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Es kommt aber auch ein *sachenrechtlicher Herausgabeanspruch* in Betracht, wenn nicht nur der Kaufvertrag (schuldrechtliche Ebene), sondern auch die Übereignung (dingliche Ebene) unwirksam war. Dann wäre V Eigentümer des Buches geblieben und könnte vom Besitzer (K) die Herausgabe des Buches nach § 985 BGB verlangen. Die beiden Ansprüche schließen sich gegenseitig nicht aus; sie können nebeneinander bestehen. Man spricht von einer *Anspruchskonkurrenz*.

Zu beachten ist allerdings, daß der *Inhalt des Bereicherungsanspruchs* nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB davon abhängt, ob wirksam übereignet wurde. Wenn die Übereignung wirksam war, K also das Eigentum erlangt hat, kann V Rückübereignung verlangen. War die Übereignung dagegen unwirksam, und hat K demnach lediglich Besitz an der Sache erlangt, so scheidet eine Rückübereignung aus - K muß nur den Besitz herausgeben.

#### 2. Anspruch des K auf Rückzahlung des Kaufpreises

Wieder geht es zunächst um das Auffinden der richtigen Anspruchsgrundlage. Das oben Gesagte gilt auch hier insoweit, als - dem Abstraktionsprinzip Rechnung tragend - eine Unterscheidung zwischen der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte auf der schuldrechtlichen und der dinglichen Ebene zu treffen ist. Demzufolge kommt auch hier eine gesonderte Prüfung der Ansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB und § 985 BGB in Betracht, allerdings nun unter umgekehrten Vorzeichen.

### Lösung

#### I. Ansprüche des V gegen K

##### I.1. Herausgabeanspruch nach § 985 BGB

V hat gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Lexikons nach § 985 BGB, wenn er (noch) Eigentümer und K (unberechtigter) Besitzer des Buches ist.

a) Ursprünglich war V Eigentümer des Buches.

b) Er könnte sein Eigentum jedoch durch Übereignung des Buches an K verloren haben. Voraussetzung für die Übereignung einer beweglichen Sache sind nach § 929 S. 1 BGB die Einigung (als

---

<sup>1</sup> Umgangssprachlich wird nicht zwischen Besitz und Eigentum unterschieden. Die Rechtssprache meint mit Besitz nur die tatsächliche Gewalt über eine Sache (vgl. § 854 Abs. 1 BGB). Eigentum hingegen bezeichnet das Recht, mit einer Sache nach Belieben verfahren zu können (vgl. § 903 S. 1 BGB). Verdeutlicht sei das Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum an folgenden Beispielen: Ein Dieb ist Besitzer der Sache, aber natürlich nicht deren Eigentümer. Ebenso hat ein Mieter Besitz am Mietobjekt, ist jedoch nicht dessen Eigentümer.

dingliches Rechtsgeschäft bestehend aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen) und die Übergabe (als Realakt zur Besitzverschaffung).

**aa)** V hat dem K das Buch übergeben, d.h. an diesem unmittelbaren Besitz verschafft.<sup>2)</sup>

**bb)** Daneben sind sich V und K auch über den Eigentumsübergang einig gewesen.

**cc)** Die Einigung könnte aber unwirksam sein, weil der V als 16jähriger minderjährig (§ 2 BGB) und somit nur beschränkt geschäftsfähig ist (§ 106 BGB). Die Willenserklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen bedarf nach § 107 BGB zu ihrer Wirksamkeit der Einwilligung (vgl. § 183 S. 1 BGB) der gesetzlichen Vertreter, *wenn* der Minderjährige durch ihn nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt.

Fraglich ist, ob das Verfügungsgeschäft, nämlich die Übereignung des Buches, für V lediglich rechtlich vorteilhaft war. Bei der Beurteilung des rechtlichen Vorteils ist auf die (unmittelbaren) rechtlichen Folgen und nicht auf die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit des konkreten Geschäfts abzustellen. Einen lediglich rechtlichen Vorteil erlangt ein Minderjähriger durch solche Rechtsgeschäfte, die seine Rechtsstellung nur verbessern<sup>3)</sup>. Vorliegend verliert V durch die Einigung mit K sein Eigentumsrecht am Lexikon. Hierin liegt ein rechtlicher Nachteil.

Da auch keine Einwilligung der Eltern als gesetzlicher Vertreter (§§ 1626, 1629 BGB) vorlag und die Einigung ein (dinglicher) Vertrag ist, hängt nach § 108 Abs. 1 BGB die Wirksamkeit der Einigung von der Genehmigung (vgl. § 184 Abs. 1 BGB) der Eltern ab.

Die Genehmigung konnte nach § 182 Abs. 1 BGB sowohl dem K als auch dem V gegenüber erklärt werden. Hier haben jedoch die Eltern gegenüber ihrem Sohn ausdrücklich den Verkauf gerügt und ihre Zustimmung verweigert.<sup>4)</sup> Damit wurde die Verfügung (Übereignung) nach § 108 Abs. 2 BGB (nachträglich rückwirkend) unwirksam.

V ist somit Eigentümer des Buches geblieben.<sup>5)</sup>

**c)** K ist Besitzer des Buches, da er die tatsächliche Sachherrschaft inne hat.

**d)** K dürfte nicht zum Besitz des Buches berechtigt sein (vgl. § 986 BGB). Ein Recht zum Besitz könnte sich hier allenfalls aus dem zwischen V und K abgeschlossenen Kaufvertrag ergeben, wenn dieser wirksam und somit V verpflichtet ist, dem K Besitz am Buch zu verschaffen (vgl. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB).

Fraglich ist also, ob zwischen V und K ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist. Ein Kaufvertrag kommt durch zwei korrespondierende Willenserklärungen, Angebot und Annahme (vgl. §§ 145 BGB), zustande. V und K haben sich darüber geeinigt, daß V dem K sein Lexikon zum Preis von 150 Euro verkauft. Zur Wirksamkeit dieser Willenserklärung des V gilt das zur Übereignung Gesagte entsprechend: Auch hier handelte es sich bei dem Kauf um ein rechtlich nachteiliges Rechtsgeschäft eines beschränkt Geschäftsfähigen, weil V eine Verpflichtung zur Übereignung des Buches einging. Seine Wirksamkeit hängt somit von der Genehmigung durch die Eltern des V ab, die diese aber - wie oben unter b)cc) gezeigt - letztlich nicht erteilt haben, so daß (auch) der Kaufvertrag zwischen V und K unwirksam ist.

K hat daher kein Recht zum Besitz des Buches.

Ergebnis: V hat (als Eigentümer) gegen (den unberechtigten Besitzer) K einen Anspruch auf Herausgabe des Lexikons nach § 985 BGB.

---

<sup>2)</sup> Die Minderjährigkeit des V ist hierfür unerheblich, weil es sich um einen sog. *Realakt* handelt. Die Vorschriften der §§ 106 ff. BGB zum Minderjährigenschutz finden dagegen nur auf Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnliche Handlungen Anwendung.

<sup>3)</sup> oder für ihn zumindest keinen rechtlichen Nachteil bedeuten (neutrale Geschäfte)

<sup>4)</sup> Bis dahin war dieses Verfügungsgeschäft nach § 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. (Das gleiche gilt übrigens *hier* für das zugrundeliegende, für V rechtlich nachteilige Verpflichtungsgeschäft des [Ver-]Kaufs, das allerdings nicht nur ein eigenständiges, getrenntes Geschäft neben dem Verfügungsgeschäft darstellt [*Trennungsprinzip*], sondern in seinem Rechtsbestand auch von diesem unabhängig ist [*Abstraktionsprinzip*], mag der beiden Rechtsgeschäften anhaftende Rechtsfehler der mangelnden Geschäftsfähigkeit auch derselbe sein.)

<sup>5)</sup> Da die entsprechenden Erklärungen alle rückwirkende Wirkungen zeigten, ist V in der Tat Eigentümer "geblieben"!

### I.2. Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

V hat gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Buches nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, wenn dieser den Besitz an dem Buch durch rechtsgrundlose Leistung des V erlangt hat.

**a)** Eine Leistung ist die gewollte, zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens. Dabei ist der Begriff des Vermögens weit zu fassen; auch der Besitz fällt unter das Vermögen. Die Übertragung des Besitzes durch V war zweckgerichtet, weil er seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag erfüllen wollte. K hat also den Besitz durch Leistung erlangt.

**b)** Hierfür fehlte wegen der Unwirksamkeit des Kaufvertrages (s.o. I.1.d) der Rechtsgrund.

Ergebnis: Damit ist K nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verpflichtet, an V das (ohne rechtlichen Grund durch dessen Leistung) Erlangte, nämlich den Besitz am Lexikon, wieder herauszugeben.<sup>6)</sup> Die Herausgabe des Besitzes erfolgt durch Übergabe des Buches, so daß V die tatsächliche Herrschaftsgewalt an dem Buch erlangt.

## **II. Anspruch des K auf Rückzahlung des Kaufpreises**

### II.1. Anspruch nach § 985 BGB

K hat gegen V einen Anspruch auf Herausgabe des Geldes nach § 985 BGB, wenn er (noch) Eigentümer und V (unberechtigter) Besitzer des Geldes ist.

**a)** Ursprünglich war K Eigentümer des Geldes.

**b)** Er könnte sein Eigentum jedoch durch Übereignung (§ 929 S. 1 BGB) des Geldes an V verloren haben. Voraussetzung für die Übereignung einer beweglichen Sache sind nach § 929 S. 1 BGB Einigung und Übergabe.

**aa)** K hat dem V das Geld übergeben, d.h. an diesem unmittelbaren Besitz (vgl. § 854 BGB) verschafft.

**bb)** Daneben sind sich V und K auch über den Eigentumsübergang einig gewesen.

**cc)** Die Einigung könnte aber unwirksam sein, weil der V als 16jähriger nur beschränkt geschäftsfähig ist (§ 106 BGB). Die Willenserklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter, wenn der Minderjährige durch sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§§ 107, 108 BGB)<sup>7)</sup>. Durch die Übereignung des Geldes erlangt V das Eigentum(srecht) hieran. Folglich ist die Einigung für V lediglich rechtlich vorteilhaft. Die Einigungserklärung des V ist somit auch ohne die Einwilligung seiner Eltern nach § 107 BGB wirksam. V ist Eigentümer des Geldes geworden.

Ergebnis: Ein Anspruch des K nach § 985 BGB auf Herausgabe des (Kauf-)Geldes scheidet aus.

### II.2. Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

K hat gegen V nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe des Eigentums und des Besitzes am Geld, wenn dieser Eigentum und Besitz hieran durch rechtsgrundlose Leistung des K erlangt hat.

**a)** In Vorstellung der Erfüllung des Kaufvertrages leistete K an V 150 Euro. V hat hierdurch nicht nur den Besitz, sondern - wie soeben gezeigt - auch das Eigentum an dem Geld erlangt.

**b)** Hierfür fehlte wegen der Unwirksamkeit des Kaufvertrages (s.o. I.1.d) der Rechtsgrund.

Ergebnis: Damit ist V nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verpflichtet, an K das ohne rechtlichen Grund durch Leistung des V Erlangte - nämlich das Eigentum und den Besitz an dem Kaufgeld - an diesen herauszugeben. Die Herausgabe erfolgt hinsichtlich des Eigentums durch Rückübereignung nach § 929 S. 1 BGB, die Herausgabe des Besitzes erfolgt durch Übergabe des Geldes an K.

---

<sup>6)</sup> Die ansonsten bei der Rückabwicklung von gegenseitigen Verträgen zu beachtende sog. Saldotheorie (die bei gleichartigen Leistungen dazu berechnete, Leistung Zug um Zug zu verlangen) findet bei Minderjährigen keine Anwendung.

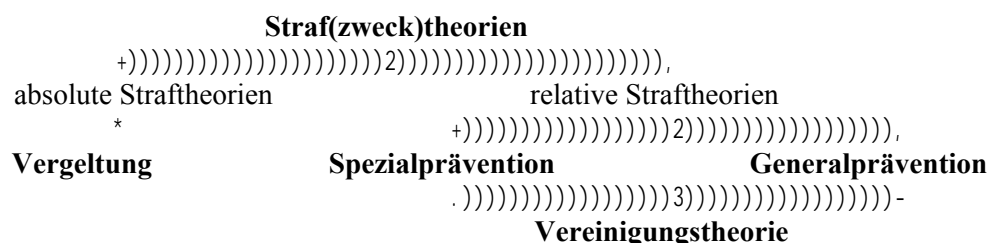
<sup>7)</sup> Siehe dazu oben I.1.b)cc).

## Teil II: Grundlagen des Strafrechts

### 6. Die Straftheorien

Grundlage staatlicher Reaktion auf sozial abweichendes, kriminelles Verhalten ist das sog. **Schuldprinzip** (*nulla poena sine culpa*). Es besagt, daß Strafe Schuld im Rechtssinne voraussetzt und die konkret verhängte Strafe das Maß der - in der Tat zum Ausdruck gekommenen - Schuld nicht übersteigen darf. Allerdings würde ein allein an der Schuld ausgerichtetes strafrechtliches Sanktionensystem der Funktion des Strafrechts zur repressiven Ahndung eingetretener Rechtsverletzungen wie auch präventiven Vorbeugung künftig eintretender Rechtsverletzungen nicht gerecht werden. Deshalb ist das Rechtsfolgensystem des StGB ein *zweispuriges, dualistisches System* von schuldangemessenen **Strafen** (Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Fahrverbot [als sog. Nebenstrafe]; §§ 38 ff StGB) und gefährlichkeitsorientierten Maßregeln (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, Führungsaufsicht, Entziehung der Fahrerlaubnis, Berufsverbot; §§ 61 ff StGB). Während die Strafe, mit der die Schuld des Täters ausgeglichen werden soll, durch das Schuldprinzip begrenzt ist und nur in beschränktem Umfang der Verfolgung präventiver Zwecke dienen kann, wird über die **Maßregeln der Besserung und Sicherung** dem Interesse der Gesellschaft an dem Schutz der Allgemeinheit vor dem gefährlichen Täter Rechnung getragen. Dabei ist die (zumindest rechtswidrige) Anlaßtat bloßer Anknüpfungspunkt für die zu verhängende Maßregel, deren Grenzen durch das Übermaßverbot bzw. Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 62 StGB) gezogen werden. Neben dem unbedingten Strafen sowie Bessern und Sichern sieht die moderne Kriminalpolitik noch die *bedingte Verurteilung* vor, so etwa durch das vorläufige Absehen von der Erhebung der öffentlichen Klage, (§ 153a StPO), die Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe im Jugendrecht (§§ 27 ff JGG), die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§§ 59 ff StGB), die Strafaussetzung (auch als Strafrestausssetzung) zur Bewährung (§§ 56-58 StGB) und die Aussetzung von Maßregeln der Besserung und Sicherung zur Bewährung (§§ 67b, 67c Abs. 1 StGB). In letzter Zeit wird vielfach überlegt, den Strafen und den Maßregeln der Besserung und Sicherung als "dritte Spur" des Strafrechts die **Wiedergutmachung** als neuartige Sanktion zur Seite zu stellen und im strafrechtlichen Sanktionensystem (weiter) auszubauen (vgl. den durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994 eingeführten *Täter-Opfer-Ausgleich* nach § 46a StGB, sowie die Berücksichtigung der Schadenswiedergutmachung bei der Strafzumessung).

Für die Begründung der Strafe werden unterschiedliche Straf(zweck)theorien vertreten. Dabei unterscheidet man zwischen **absoluten Straftheorien**, die - an sich zweckfrei - allein der *Vergeltung* dienen, und den **relativen Straftheorien**, die mit der Strafe einen weiteren Zweck verfolgen, nämlich den der (Verbrechens-) *Vorbeugung*, wofür die *Generalprävention* sowie die *Spezialprävention* stehen. Heute vorherrschend ist die sog. **Vereinigungstheorie**, die die verschiedenen Begründungsansätze trotz deren Gegensätze (sog. *Antinomie der Strafzwecke*) miteinander verbindet:



a) Nach dem **Vergeltungsgedanken** soll der in der Straftat liegende Verstoß gegen die staatliche Norm und die Verletzung oder Gefährdung geschützter Rechte mit der Strafe ausgeglichen werden. Die Strafe ist hiernach Übelzufügung als ausgleichende Gerechtigkeit (Schuldausgleich; sog. Maßprinzip), durch sie soll die Schuld des Täters abgegolten und die Tat gesühnt, d.h. Anstoß zur Sühne gegeben werden. (Am augenfälligsten ist der Vergeltungsgedanke bei der sog. *Talionsstrafe*.)

- b)** Soll die vorbeugende Funktion der Strafe in der Motivation der Allgemeinheit zu rechtstreuem Verhalten liegen, so spricht man von **Generalprävention**. Dabei unterscheidet man zwischen
- *negativer Generalprävention* (Abschreckung der Allgemeinheit als Gruppe potentiell zukünftiger Delinquenten) und
  - *positiver Generalprävention* (Strafe als Bestätigung des Vertrauens in das Funktionieren der Rechtsordnung im Hinblick auf die Normgeltung, die Ablehnung nicht normkonformer Verhaltensmuster und das Aufzeigen der Sanktion der Normverletzung zwecks Einübens in die Normanerkennung).
- c)** Grundgedanke der **Spezial- oder Individualprävention** ist die (erzieherische) Einwirkung auf den einzelnen Täter durch die Strafe, um so der Begehung weiterer Delikte durch ihn vorzubeugen (Resozialisierung).

### Materialien:

Vertreter *absoluter Straftheorien* waren u.a. *Immanuel Kant* (1724 - 1804) und *Georg Friedrich Wilhelm Hegel* (1770 - 1831), die den Strafgrund allein in der *Vergeltung* des Verbrechens sahen (daneben wurde sie auch lange von den christlichen Kirchen vertreten, indem sie die Verwirklichung der Gerechtigkeit als Gottes Gebot und die Verhängung der Strafe als stellvertretende Vollziehung des göttlichen Richteramts aufgefaßt haben):

1. Nach *Kant*, "Die Metaphysik der Sitten" (1797), ist das Strafgesetz ein "kategorischer Imperativ", ein von allen Zweckerwägungen freies Gebot der Gerechtigkeit. "Richterliche Strafe ... kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat." *Kant* verdeutlicht dies an seinem berühmten Inselbeispiel: "Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann."
2. Ausgehend von seiner Lehre vom "*dialektischen Prinzip*" begründet *Hegel*, "Grundlinien der Philosophie des Rechts" (1821), Strafe wie folgt: Die Rechtsordnung stellt den "allgemeinen Willen" dar, gegen welchen sich der - in dem Verbrechen zum Ausdruck kommende - "besondere Wille" des Verbrechers auflehnt (Verbrechen als Negation des Rechts), seinerseits aber durch die Strafe (als Negation dieser Negation) in der sittlichen Überlegenheit der Gemeinschaft aufgehoben wird. "Strafe ist die Aufhebung des Verbrechens, das sonst gelten würde." "Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist nicht nur an sich gerecht, - als gerecht ist sie zugleich sein an sich seiender Wille, ein Dasein seiner Freiheit, sein Recht; ... daß die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt. Diese Ehre wird ihm nicht zuteil, wenn aus seiner Tat selbst nicht der Begriff und der Maßstab seiner Strafe genommen wird; ebensowenig auch, wenn er nur als ein schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung."

Als Vertreter *relativer Straftheorien* sind *Hugo Grotius* (Huigh de Groot, 1583 - 1645), *Cesare Beccaria*, *Marchese de Bonesana* (1738 - 1794), *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775 - 1833) sowie *Franz von Liszt* (1851 - 1919) anzuführen.

3. *Grotius* griff in seinem Werk "De jure belli ac pacis" (Über das Recht des Krieges und des Friedens, 1625; hier: lib. II, cap. XX, § 4, 1) zur Formulierung des Grundgedankens aller relativen Straftheorien auf ein Zitat von *Seneca* d.J. (- 4 v. Chr. - 65 n. Chr.) zurück, das auf einer von *Platon* (427 - 347 v. Chr.) dem Sophisten *Protagoras* (- 485 - 415 v. Chr.) zugeschriebenen klassischen Sentenz »*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*« (= kein kluger Kopf straft, weil gesün-



digt worden ist, sondern damit nicht gesündigt werde; De ira, liber I, XIX-7) beruht<sup>8</sup>). Den Vergeltungsgedanken umschrieb *Grotius* ebenda (§ 1, 1) mit "malum passionis propter malum actionis".

4. *Beccaria*, "Die delitte e delle pene" (Von den Verbrechen und Strafen, 1764), vereinte die Strafzwecke von General- und Spezialprävention und begrenzte die Strafgewalt durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip: "Der Zweck der Strafe kann somit kein anderer als der sein, den Schuldigen daran zu hindern, seinen Mitbürgern abermals Schaden zuzufügen, und die anderen davon abzuhalten, das gleiche zu tun. Diejenigen Strafen also und diejenigen Mittel ihres Vollzugs verdienen den Vorzug, die unter Wahrung des rechten Verhältnisses zum jeweiligen Verbrechen den wirksamsten und nachhaltigsten Eindruck in den Seelen der Menschen zurücklassen, für den Leib des Schuldigen hingegen so wenig qualvoll wie möglich sind."

5. Auf der Grundlage seiner Lehre vom "*psychologischen Zwang*" gelangt *Feuerbach*, "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts", zu einer "Generalprävention durch psychologischen Zwang", welche die Strafdrohung bewirkt. Der Vollzug der Strafe durch den Staat soll nurmehr die Ernstlichkeit der Strafdrohung für jedermann sichtbar machen. "Sollen daher solche Rechtsverletzungen im Staate verhindert werden; *so ist dieses nichts anders, als durch Anwendung eines psychologischen Zwanges möglich, welcher der Vollendung einer Läsion vorhergeht, und den Willen Aller nöthigt sich zu keiner Rechtsverletzung zu bestimmen.*" (1. Aufl. 1801, § 15)<sup>9</sup>)

6. In seinem sog. *Marburger Programm* von 1882, "Der Zweckgedanke im Strafrecht" (ZStW Bd. 3 [1883], 1) stellt *v. Liszt* auf die Spezialprävention als Strafzweck ab: "Die richtige, d.h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe. Gerechtigkeit im Strafrecht ist die Einhaltung des durch den Zweckgedanken erforderten Strafmaßes... Das völlige Gebundensein der Strafgewalt durch den Zweckgedanken ist das Ideal der strafenden Gerechtigkeit." Aufgabe des Strafrechts ist es danach, den nicht besserungsbedürftigen Gelegenheitstäter durch einen "Denkzettel" aufzurütteln, um ihn vor weiteren Straftaten abzuschrecken, den besserungsfähigen Zustandsverbrecher durch Erziehung im Strafvollzug zu resozialisieren, den unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher durch "Strafknechtschaft" auf unbestimmte Zeit unschädlich zu machen. "Besserung, Abschreckung, Unschädlichmachung: Das sind demnach die unmittelbaren Wirkungen der Strafe, die in ihr liegenden Triebkräfte, durch die sie den Schutz der Rechtsgüter bewirkt."

7. Für die herrschende *Vereinigungstheorie* (s.a. § 46 StGB) seien zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs angeführt:

"Dem 1. Strafrechtsreformgesetz liegt der Gedanke zugrunde, daß die Strafe nicht die Aufgabe hat, Schuldausgleich um ihrer selbst willen zu üben, sondern nur gerechtfertigt ist, wenn sie sich zugleich als notwendiges Mittel zur Erfüllung der präventiven Schutzaufgabe des Strafrechts erweist. Einen wesentlichen Akzent hat der Gesetzgeber durch die Aufnahme der spezialpräventiven Klausel als Ziel des Strafzumessungsvorgangs in § 13 Abs. 1 Satz 2 StGB [jetzt: § 46 Abs. 1 Satz 2] gesetzt." (*BGHSt* 24, 40 [42])

"Das Erste Strafrechtsreformgesetz hält an dem System der Zweispurigkeit von Strafe und Maßregel fest. Der Schuldgrundsatz, nunmehr ausdrücklich im Gesetz verankert (§ 13 Abs. 1 Satz 1 StGB [jetzt: § 46 Abs. 1 Satz 1]), gebietet, klar zwischen den Aufgaben der Strafe und der Maßregel zu unterscheiden. Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters. Von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich darf sich die Strafe weder nach oben noch nach unten inhaltlich lösen." (*BGHSt* 24, 132 [133 f])

---

<sup>8</sup> "Wer auf vernünftige Weise zu strafen gedenkt, der züchtigt nicht wegen des schon begangenen Unrechts ....., sondern um des zukünftigen willen, damit hinfort weder der Täter selbst wieder das Unrecht begehe, noch auch die anderen, welche sehen, wie er bestraft wird" (*Plato*, Protagoras).

<sup>9</sup> "Sollen daher Rechtsverletzungen überhaupt verhindert werden, so muss neben dem physischen Zwange noch ein anderer bestehen, welcher der Vollendung der Rechtsverletzung vorhergeht, und, vom Staate ausgehend, in jedem einzelnen Falle in Wirklichkeit tritt, ohne dass dazu die Erkenntniss der jetzt bevorstehenden Verletzung vorausgesetzt wird. Ein solcher Zwang kann nur ein psychologischer sein." (14. Aufl. 1847, hrsg. v. *Mittermaier*)

## 7. 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

### I. 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.

**a)** 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-/Handlungssubjekts, des Tatobjekts, der Tathandlung einschließlich besonderer Begehungsweisen, des Tatmittels und sonstiger Tatmodalitäten sowie bei den Erfolgsdelikten der Eintritt eines bestimmten Täterfolgs<sup>10)</sup> nebst der *Kausalität*<sup>11)</sup> zwischen Tathandlung und Erfolg und der *objektiven Zurechenbarkeit*<sup>12)</sup> des verursachten Erfolgs.

**b)** *Subjektive Tatbestandsmerkmale* als Unrechtsmerkmale finden sich unter anderem bei den *Ab-sichts-* und den *Tendenzdelikten*. Nach heute vorherrschender Ansicht gehört bei den Vorsatzdelikten auch der (*Tatbestands-*)*Vorsatz* zum subjektiven Unrechtstatbestand (abweichend die sog. *kausale Handlungslehre*, die in dem Vorsatz ein Schuldmerkmal sieht).

*Vorsatz* ist der Wille zur Verwirklichung eines gesetzlichen Straftatbestands (Wollensseite) in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände (Wissensseite), 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").

<sup>10)</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>11)</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>12)</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?").

## II. 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).

Einige Deliktstatbestände erfordern ausdrücklich ein "rechtswidriges" Handeln. Hierbei kann es sich um einen (überflüssigen) Hinweis auf das allgemeine Verbrechenmerkmal 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 Verbrechenmerkmal 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 (Flagrantfestnahme), § 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 (*Erhaltungs-) 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 Rechtsbewährung, die Erforderlichkeit, die Verhältnismäßigkeit, die Freiheitsgarantie und die "Zuordnung der Rechtsgüter zur Autonomie des einzelnen".

### III. 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 (*Gesinnungswert*). Nämlich, daß der Täter sich in der Tatsituation nicht an den sozialetisch 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 Schuld Voraussetzung 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

### IV. Weitere Prüfungsstationen

Neben die vorgenannten Aufbaustufen des Verbrechens treten weitere Prüfungsstationen, die in nachfolgendem Aufbauschema 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).

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

Ausführliche Aufbauschemata zum Strafrecht finden sich im Anhang dieses Skripts.

- 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?
  1. *Rechtfertigungslage* (den tatbestandlichen Voraussetzungen der Rechtfertigung, z. B. gegenwärtiger rechtswidriger Angriff bei § 32 StGB)
  2. *Rechtfertigungshandlung* (z.B. die erforderliche und gebotene Verteidigung bei § 32 StGB)
  3. *Rechtfertigungswille* (als subjektives Rechtfertigungselement, z.B. der Verteidigungswille bei § 32 StGB)
- 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. Verbotsirrtum, § 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?)

## 8. Einzelne Straftatbestände aus dem Besonderen Teil des Strafgesetzbuches

### I. Mord und Totschlag, §§ 211, 212 StGB

Deliktsaufbau (ausgehend von dem Tatbestandsverständnis der h.L.):

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand (Tatbild)

a) *Töten eines anderen Menschen*

b) ggf. Vorliegen von (unrechtsbezogenen) *objektiven Mordmerkmalen* (so nach h.M. die tatbezogenen Merkmale der 2. Gruppe)

##### 2. Subjektiver Tatbestand

a) Tatbestandsvorsatz insoweit (bedingter Vorsatz genügt)

b) ggf. Vorliegen von (unrechtsbezogenen) *subjektiven Mordmerkmalen* (so nach Rspr. und h.L. die täterbezogenen Merkmale der 1. u. 3. Gruppe)

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

- ggf. Vorliegen von *Mordmerkmalen*, soweit diese als sog. *vertypte Schuldmerkmale* verstanden werden (so nach einem Teil der Lit. die täterbezogenen Merkmale der 1. u. 3. Gruppe)

#### IV. Strafzumessungstatsachen

- ggf. beim Totschlag: Eingreifen des § 213 (h.M., a.A. Privilegierung) bzw. des § 212 Abs. 2: *Vorliegen eines (unbenannten oder benannten) minder bzw. besonders schweren Falles*

- ggf. beim [heimtückischen] Mord: bei Vorliegen ganz außergewöhnlicher Tatumstände Strafmilderung nach der sog. Rechtsfolgenlösung (Rspr.)

Beim Mord wird es aus prüfungstaktischen Gründen als vertretbar angesehen, zunächst das Grunddelikt des Totschlags vollständig durchzuprüfen und hieran eine gesonderte Prüfung der Mordmerkmale (in obj. und subj. Hinsicht) - ohne deren ausdrückliche Zuordnung zum Tatbestand oder zu der Schuld - anzuschließen.

Geschütztes Rechtsgut: (menschliches) Leben

Begriffsbestimmungen:

Das **Leben** als Mensch **beginnt** für das Strafrecht mit dem Anfang der Geburt (arg. § 217 StGB aF; anders im Zivilrecht, § 1 BGB), d.h. dem Einsetzen der die Fruchtausstoßung einleitenden sog. Eröffnungswehen (BGHSt 31, 348; bzw. bei operativer Entbindung der Öffnung des Uterus), und **endet** mit dem irreversiblen Erlöschen der gesamten Hirntätigkeit (sog. *Hirntod* - dieser moderne Todesbegriff ist zunehmend str., der *klassische Todesbegriff* definiert den Todeszeitpunkt als den endgültigen Stillstand von Kreislauf und Atmung, verbunden mit dem Aufhören der Tätigkeit des Zentralnervensystems und gefolgt von dem Absterben aller Zellen und Gewebe des Organismus). - Vorgeburtliche Einwirkungen auf einen Embryo (die sich vorgeburtlich nachteilig auf diesen auswirken) unterfallen nach h.M. nicht den Tötungs- (oder Körperverletzungs-)delikten, auch wenn der Tod (oder die Verletzung) nach der Geburt eintritt. - Der strafrechtliche Lebensschutz ist ein umfassender (arg. § 216 StGB) und erfaßt auch den lebensunfähigen Frühgeborenen, den vorgeburtlich schwer geschädigten Neugeborenen sowie den todgeweihten Schwerkranken. Eine Zulässigkeit der (Früh-) *Euthanasie* sog. lebensunwerten Lebens ist nicht anzuerkennen (h.M.); Sterbehilfe (i.S.v. Hilfe zum Sterben) ist nur in begrenztem Umfang als (aktive) *indirekte Sterbehilfe* (BGHSt 42, 301 [305]) oder *passive Sterbehilfe* (BGHSt 32, 367; 37, 376; 40, 257) straflos.

**Töten** ist das (täterschaftliche) Verursachen des Todes eines anderen; nicht tatbestandsmäßig (h.M.) ist somit die freiverantwortete *Selbsttötung* (und damit - aus Akzessorietätsgründen - die Teilnahme hieran straflos [h.M.], ebenso die fahrlässige Mitverursachung [arg. a fortiori, BGHSt 24, 342]); umstr. ist allerdings die Abgrenzung täterschaftlicher Fremdtötung (z.B. Unterlassungstäterschaft) zur Teilnahme an der Selbsttötung, ferner die Problematik eigenverantwortlicher Selbstgefährdung (dazu BGHSt 32, 262).

*Mordmerkmale der ersten Gruppe, sog. Motivmerkmale:*

**Mordlust** liegt vor, wenn der Tötungsvorgang als solcher den alleinigen Tötungsantrieb bildet, es an einem über das Interesse an der Tötung hinausgehenden Tatzweck fehlt (nach der Rspr. "unnatürliche Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens"), so z.B. beim Töten aus Freude hieran, aus Neugier, einen Menschen sterben zu sehen, aus reinem Mutwillen oder aus Zeitvertreib.

**Zur Befriedigung des Geschlechtstrieb** tötet, wer die Tötung als Mittel zur geschlechtlichen Befriedigung benutzt, so wenn der Täter in der Tötungshandlung selbst sexuelle Befriedigung sucht (sog. Lustmord), sich an der Leiche vergehen will oder bei einer Vergewaltigung den Tod des Opfers billigend in Kauf nimmt.

**Habgier** setzt eine ungewöhnliche, sittlich anstößige Steigerung des Erwerbssinns voraus (nach der Rspr. "rücksichtsloses Streben nach Gewinn um jeden Preis, bestimmt durch hemmungslose, triebhafte Eigensucht"). Hierbei müssen die erstrebten Vorteile nicht besonders groß sein, es genügt auch, wenn der Täter Aufwendungen ersparen will. Bei Vorliegen mehrerer Motive muß Habgier das dominierende Motiv sein.

"**Niedrig**" ist ein (**sonstiger**) **Beweggrund**, wenn zwischen dem Anlaß und den Folgen der Tat ein unerträgliches Mißverhältnis besteht (nach der Rspr. ein "nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehender und deshalb besonders verwerflicher, ja verächtlicher" Beweggrund), z.B. hemmungslose, triebhafte Eifersucht, Rassenhaß, Enttäuschung über verweigerten Geschlechtsverkehr, übertriebener Vergeltungsdrang. Erforderlich ist jeweils eine Gesamtwürdigung der Tatmotivation.

*Mordmerkmale der zweiten Gruppe, sog. Ausführungsmerkmale:*

**Heimtückisch** tötet, wer "in feindlicher Willensrichtung die (objektiv gegebene) *Arg- und Wehrlosigkeit* seines Opfers bewußt ausnutzt" (Rspr.). **Arglos** ist, wer (bei vorhandener Fähigkeit zum Argwohn, fehlt beim Säugling) sich von Seiten des Täters keines tätlichen Angriffs versieht (von der Rspr. für den Schlafenden, nicht aber für den Bewußtlosen bejaht). **Wehrlos** ist, wer bei Beginn des Angriffs infolge Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und -fähigkeit zumindest stark eingeschränkt ist. Die Arg- und Wehrlosigkeit muß grundsätzlich bei Beginn der (ersten) mit Tötungsvorsatz geführten Angriffshandlung bestehen; eine vorher bestehende Arglosigkeit kann jedoch ausreichen, wenn der Täter durch planvolle, bei Tatbeginn fortwirkende Vorkehrungen die Abwehrmöglichkeit des Opfers beeinträchtigt (Locken in eine Falle oder einen Hinterhalt). - Die Lit. fordert überwiegend einschränkend einen "*besonders verwerflichen Vertrauensbruch*" (Mißbrauch eines bestehenden Vertrauensverhältnisses oder begründeten Vertrauens) bzw. nimmt eine sog. "*negative Typenkorrektur*" (komplexe Gesamtwürdigung von Täterpersönlichkeit, Tatumständen und -motiven) vor (m.M.), tw. wird auch auf ein besonders *tückisch-verschlagenes Vorgehen* abgestellt.

**Grausam** tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung besonders starke Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.

**Gemeingefährliche Mittel** sind solche, deren Wirkungen auf Leib oder Leben (einer Mehrzahl) anderer Menschen der Täter nach den konkreten Umständen ihres Einsatzes nicht in der Hand hat.

*Mordmerkmale der dritten Gruppe, sog. Absichtsmerkmale:*

**Verdeckungsabsicht** ist der zielgerichtete Wille, eine nach der (ggf. auch irrigen) Vorstellung des Täters den Strafvollstreckungsorganen noch unbekanntes (tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftes) Straftat (nicht nur eine Ordnungswidrigkeit), auch die eines anderen, oder die eigene Täterschaft vor den Strafverfolgungsorganen zu verbergen, und zwar i.S.v. "Entdeckungsvereitelung" und nicht bloßer "Verfolgungsvereitelung". Neben der Abwehr der Strafverfolgung (Schutz staatlicher Strafverfolgungsinteressen) kann Verdeckungsabsicht auch die Abwehr außerstrafrechtlicher Konsequenzen sein (BGHSt 41, 8; str.). Es reicht aus, daß die der Verdeckung dienende Tötungshandlung den Tod des anderen verursacht, nicht erforderlich ist, daß gerade *durch* dessen Tod eine Entdeckung verhindert werden soll, die verdeckende Tötungshandlung kann sich also auch gegen jemanden richten, von dem der Täter keine Entdeckung befürchtet (BGHSt 41, 358; h.M.). - Verdeckungsabsicht und bedingter Tötungsvorsatz sind grundsätzlich miteinander vereinbar (h.M.).

**Ermöglichungsabsicht** ist der zielgerichtete Willen, die Tötung eines Menschen zur Begehung einer (sei es auch nur nach der Tätervorstellung vorliegenden) Straftat einzusetzen, bedingter Tötungsvorsatz reicht aus.

Beachte auch die Entscheidung des *BVerfG* (E 45, 187 [261 ff]) zur lebenslangen Freiheitsstrafe, wonach zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit eine restriktive Anwendung des Mordtatbestands (insb. bei der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht) geboten ist. Die Rspr. versucht dem weniger auf der Tatbestandsebene, denn durch die sog. *Rechtsfolgenrechnung* Rechnung zu tragen, nämlich durch die Anerkennung einer übergesetzlichen Strafmilderung bei ganz außergewöhnlichen Tatumständen (so für die Heimtücke *BGHSt* [GS] 30, 105 [119]; abl. *BGHSt* 42, 301 für die Habgier).

Das **Tatbestandsverhältnis unter den Tötungsdelikten** ist zwischen Rspr. und Lehre umstritten, was sich auf die Strafbarkeit der Beteiligten auswirkt: Nach h.L. bildet der Totschlag den Grundtatbestand aller (qualifizierten, § 211 StGB, oder privilegierten, § 216 StGB) Tötungsdelikte, während nach der Rspr. Mord und Totschlag (ebenso § 216 StGB) selbständige Tatbestände darstellen (hiernach Mordmerkmale als strafbegründende besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB), wobei aber der Unrechtsgehalt des Totschlags in jenem des Mordes enthalten sei, so daß zwischen dem Mörder und Totschläger Mittäterschaft bestehen könne (*BGHSt* 36, 231; in *BGHSt* 41, 8 [9] spricht der BGH allerdings hins. der Verdeckungsmodalität von einem "Qualifikationsgrund"). Die Strafbarkeit der Beteiligten hängt zudem davon ab, ob die Mordmerkmale als besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 StGB bzw. als § 29 StGB unterfallende Schuldmerkmale behandelt werden, wobei zu beachten ist, daß auch diejenigen, die die Mordmerkmale der 1. u. 3. Gruppe als vertypete Schuldmerkmale ansehen, überwiegend auf diese § 28 Abs. 2 StGB anwenden.

#### Übersicht über die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Mord

h.L.: § 211 = § 212 + qualif. (= strafschärfende) Merkmale (sog. Mordmerkmale, MM)

+)/ tatbezogene<sup>1)</sup> MM (§ 211 II 2. Gruppe)

/). täterbezogene MM (§ 211 II 1.+3. Gruppe) (= besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28)

BGH: § 211 = strafbegründende MM (§§ 211, 212 sind eigenständige Delikte)<sup>2)</sup>

		<b>h.L.</b>	<b>BGH</b>
1. Haupttäter:	§ 212 + tatbez. MM	= § 211 <sup>3)</sup>	wie h.L.
Teilnehmer:	§ 212 + Kenntnis d. tatbez. MM	= §§ 211, 26 <sup>4)</sup>	wie h.L.
Teilnehmer:	§ 212 + Unkenntnis d. tatbez. MM	= §§ 212, 26 (§ 16)	wie h.L. <sup>5)</sup>
2. Haupttäter:	§ 212 + täterbez. MM	= § 211	wie h.L.
Teilnehmer:	§ 212 + Kenntnis d. täterbez. MM	= §§ 212, 26 <sup>6)</sup> (§ 28 II)	§§ 211, 26; 49, 28 I <sup>6)7)</sup>
Teilnehmer:	§ 212 + Unkenntnis d. täterbez. MM <sup>8)</sup>	= §§ 212, 26 (§§ 16, 28 II)	§§ 212, 26 (§ 16) <sup>5)</sup>
3. Haupttäter:	§ 212	= § 212	wie h.L.
Teilnehmer:	§ 212 + eigenes tatbez. MM <sup>9)</sup>	= §§ 212, 26 (nicht § 28, Akzess.)	wie h.L.
Teilnehmer:	§ 212 + eigenes täterbez. MM	= §§ 211, 26, 28 II	§§ 212, 26 (Akzess.) <sup>10)</sup>
4. Haupttäter:	§ 212 + tatbez. MM	= § 211	wie h.L.
Teilnehmer:	§ 212 + Kenntnis d. tatbez. MM + eig. tatbez. MM	= §§ 211, 26 (nicht § 28)	wie h.L.
Teilnehmer:	§ 212 + Unkenntnis d. tatbez. MM + eig. tatbez. MM	= §§ 212, 26 (§ 16; nicht § 28)	wie h.L. <sup>5)</sup>
Teilnehmer:	§ 212 + Kenntnis d. tatbez. MM + eig. täterbez. MM	= §§ 211, 26 + § 28 II	§§ 211, 26 (Akzess.)
Teilnehmer:	§ 212 + Unkenntnis d. tatbez. MM + eig. täterbez. MM	= §§ 211, 26, 28 II (§ 16, aber § 28 II)	§§ 212, 26 (§ 16) <sup>5)</sup>
5. Haupttäter:	§ 212 + täterbez. MM	= § 211	wie h.L.
Teilnehmer:	§ 212 + Kenntnis d. täterbez. MM + eig. tatbez. MM	= §§ 212, 26 <sup>6)11)</sup> (§ 28 II; Akzess.)	§§ 211, 26; 49, 28 I <sup>6)7)</sup>
Teilnehmer:	§ 212 + Unkenntnis d. täterbez. MM + eig. tatbez. MM	= §§ 212, 26 <sup>11)</sup> (§§ 16, 28 II; Akzess.)	§§ 212, 26 (§ 16) <sup>5)</sup>
Teilnehmer:	§ 212 + Kenntnis d. täterbez. MM + eig. täterbez. MM	= §§ 211, 26, 28 II	§§ 211, 26; <del>49</del> ; 28 I (gekreuzte MM) <sup>12)</sup>
Teilnehmer:	§ 212 + Unkenntnis d. täterbez. MM + eig. täterbez. MM	= §§ 211, 26, 29 II (trotz § 16)	§§ 212, 26 (§ 16) <sup>5)</sup>
6. Haupttäter:	§ 212	= § 212	wie h.L.
Teilnehmer:	§ 212 + irriige Annahme e. tatbez. MM beim Haupttäter	= §§ 212, 26; 211, 30 I; 52	wie h.L. <sup>5)</sup>
Teilnehmer:	§ 212 + irriige Annahme e. täterbez. MM beim Haupttäter	= §§ 212, 26 <sup>6)</sup> (wg § 28 II nicht §§ 211, 30 I)	§§ 212, 26 (Akzess.); §§ 211, 49, 30 I; 49, 28 I; 52 <sup>5)6)</sup>



## Erläuterungen:

- 1) Die tatbezogenen MM sind keine besonderen persönlichen Merkmale i.S.d. § 28 (/§ 14 Abs. 1). D.h. § 28 findet auf sie keine Anwendung, und es kommt allein auf deren Kenntnis bei dem Teilnehmer (= Vorsatz hinsichtlich der Haupttat; § 16 Abs. 1) an.
- 2) Hiernach kann für den Teilnehmer keine Akzessorietätslockerung nach den §§ 29, 28 Abs. 2 eingreifen.
- 3) Korrekterweise wären für die h.L. Grundtatbestand und Qualifizierung zusammen zu zitieren, also §§ 212 Abs. 1, 211.
- 4) Als Beispiel wird hier die Anstiftung angeführt. Bei der Beihilfe ergäbe sich für den BGH bei Anwendung des § 28 Abs. 1 eine doppelte Strafmilderung nach § 49, nämlich aus § 27 Abs. 2 S. 2 und aus § 28 Abs. 1.
- 5) Der BGH müßte hier bei konsequenter Anwendung des Prinzips der Selbständigkeit der §§ 211, 212 wegen Fehlens eines Mordes als Haupttat nur zu einer Strafbarkeit aus §§ 212, 49, 30 Abs. 1 gelangen (bzw. bei irriger Annahme eines MM beim Haupttäter zu §§ 211, 49, 30 Abs. 1). Nun anerkennt der BGH aber, daß "die vorsätzliche Tötung auch ein Merkmal des § 211 StGB ist", der § 212 in dem § 211 "steckt" (*BGHSt* 1, 368; 36, 231) und gelangt so zu einer Bestrafung aus §§ 212, 26. Dies läßt sich damit begründen, daß der Teilnehmer ohne Vorliegen des MM beim Haupttäter aus §§ 212, 26 zu bestrafen wäre und er durch das Vorliegen des ihm unbekanntem (bzw. irrig angenommenen) MM nicht besser stehen soll.
- 6) Wegen §§ 78 Abs. 2, 4 verjährt die Mordteilnahme (auch Beihilfe) nicht. Hieraus ergibt sich folgende Diskrepanz zwischen der h.L. und dem BGH: Weist der Haupttäter, nicht aber der Teilnehmer, ein täterbezogenes MM auf, so führt die **h.L.** über die Strafbarkeit des Teilnehmers aus §§ 212, 26 zur Verjährbarkeit, während der **BGH** über §§ 211, 26; 49, 28 Abs. 1 (trotz des geringeren Strafrahmens) zur Unverjährbarkeit der Mordteilnahme gelangt.
- 7) Der Strafrahmen beträgt hierfür 3 bis 15 Jahre, während jener für eine einfache Anstiftung zum Totschlag (§§ 212, 26) 5 bis 15 Jahre beträgt, u.U. sogar lebenslange Freiheitsstrafe. Zur Vermeidung dieser Diskrepanz müßte der Mindeststrafrahmen aus §§ 212, 26 hierher übertragen werden. Im Fall der Beihilfe (s. 4) ist die Diskrepanz noch größer.
- 8) Fehlt infolge des Tatbestandsirrtums (§ 16 Abs. 1) der Teilnehmersvorsatz hinsichtlich der Haupttat des § 211 StGB, so kann nach der **h.L.** die mangelnde Kenntnis gleichwohl unbeachtlich sein und Mordteilnahme vorliegen, wenn der Teilnehmer eigene täterbezogene MM verwirklicht und es zur Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 kommt (s. 4, 5). Insofern ist bei täterbezogenen MM nach h.L. nur die Prüfung der Frage ergebnisrelevant, ob der Teilnehmer ein MM aufweist.  
Nach dem **BGH** ist neben der Frage, **(1)** welche MM der Haupttäter verwirklicht, immer zu prüfen, ob **(2)** der Teilnehmer hiervon Kenntnis hatte und - wenn kein Tatbestandsirrtum eingreift - für die Fälle gekreuzter MM, ob **(3)** der Teilnehmer eigene (gleichartige) MM verwirklicht.
- 9) Das Vorliegen eines eigenen tatbezogenen MM beim Teilnehmer ist unbeachtlich, da dieses nicht § 28 unterfällt. Es bleibt bei den allgemeinen Akzessorietätsregeln.
- 10) Nach dem BGH ist die Strafbarkeit des (eigene täterbezogene MM aufweisenden) Teilnehmers wegen Mordteilnahme davon abhängig, ob auch der Täter ein täterbezogenes MM verwirklicht und der Teilnehmer hierum weiß (s. 4, 5 und 12).
- 11) Das täterbezogene MM des Haupttäters ist dem Teilnehmer nach § 28 Abs. 2 nicht zuzurechnen, das eigene tatbezogene MM unterfällt nicht § 28 (s.a. 8, 9).
- 12) Teilt der Teilnehmer ein strafbegründendes täterbezogenes MM des Haupttäters, so bleibt es nach § 28 Abs. 1 bei der ungemilderten akzessorischen Strafbarkeit des Teilnehmers, anderenfalls ist die Strafe des Teilnehmers nach § 49 zu mildern. Der BGH müßte demnach bei sog. gekreuzten täterbezogenen MM, wobei der Teilnehmer ein eigenes täterbezogenes MM aufweist, von seinem Ansatz her die Strafe des Teilnehmers (gleichwohl) entsprechend mildern. Der BGH vermeidet dieses unbillige Ergebnis, indem er bei gekreuzten gleichen oder gleichartigen MM dem Teilnehmer aufgrund seines eigenen MM eine Strafmilderung gemäß § 28 Abs. 1 verwehrt. (Nach dem BGH sind alle täterbezogenen MM gleichartig, nämlich auf das MM des niedrigen Beweggrundes zurückzuführen.) Damit durchbricht der BGH die Akzessorietät und wendet der Sache nach § 28 Abs. 2 an. Auch wertungsmäßig erscheint dieses Ergebnis im Vergleich zu gekreuzten täter- und tatbezogenen MM problematisch.

## II. Körperverletzung und Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 StGB

Deliktsaufbau (einfache bzw. gefährliche Körperverletzung):

- I. Tatbestandsmäßigkeit
  1. Objektiver Tatbestand (Tatbild)
    - a) *körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsschädigung*
    - b) ggf. *qualifizierende Tatumstände* i.S.d. § 224 Abs. 1 StGB
  2. Subjektiver Tatbestand  
Tatbestandsvorsatz insoweit (bedingter Vorsatz genügt)
- II. Rechtswidrigkeit  
- ggf. *Einwilligung des Verletzten* nach § 228 StGB
- III. Schuld
- IV. bei der einfachen Körperverletzung: Strafantrag nach § 230 StGB als Strafverfolgungsvoraussetzung

Geschütztes Rechtsgut: körperliche Unversehrtheit (begrenzt auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, str.)

Begriffsbestimmungen:

**Körperliche Mißhandlung** ist (nach der Rspr. jede "substanzeretzende Einwirkung auf den Körper sowie ...") jede üble, unangemessene (sozialwidrige) Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird. Nicht erfaßt sind bloße Beeinträchtigungen des seelischen Wohlbefindens, die sich nicht körperlich auswirken (str.).

**Gesundheitsschädigung** (früher: *Gesundheitsbeschädigung*) ist das Hervorrufen oder Steigern einer körperlichen oder seelischen (abl. m.M.) Krankheit, d.h. eines gegenüber dem Normalzustand der körperlichen Funktionen zumindest vorübergehend nachteilig abweichenden (pathologischen) Zustandes nicht nur unerheblicher Art, und zwar unabhängig von einer Schmerzempfindung. (Oder mit *Arzt/Weber*, StrafR BT, 6/24: "Wer einen anderen krank, kränker oder nicht gesund macht, schädigt dessen Gesundheit".) - Umstritten ist, ob auch der medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte (insb. eigenmächtige) ärztliche Heileingriff eine tatbestandliche Körperverletzung - nämlich körperliche Mißhandlung - darstellt (so die Rspr. u. tw. Lit., a.A. h.L., insb. sog. Heiltendenzargumentation; vgl. zum ärztlichen Heileingriff bzw. zur eigenmächtigen Heilbehandlung auch §§ 161-162 E 1962 und §§ 229-230 Ref.-Entwurf zum 6. StrRG).

Qualifikationsmerkmale (§ 224 StGB):

**Gift** oder anderer **gesundheitsschädlicher Stoff** ist jede chemisch bzw. chemisch-physikalisch (organische, anorganische Stoff = Gift), mechanisch oder thermisch wirkende Substanz (auch Bakterien und Viren), die einen gefährlichen (str.) Gesundheitsschaden herbeiführt (str.). Während für die Vergiftung nach § 229 StGB aF tatbestandlich eine *Eignung* zur *Gesundheitszerstörung* vorausgesetzt, aber auch ausreichend war, muß der Stoff nun wohl schädigend *wirken* (Stoff als gefährliches Verletzungsmittel; nach a.A. reicht die konkrete Eignung zur Gesundheitsschädigung aus, soweit diese einer schweren Körperverletzung i.S.d. § 226 StGB nF entspricht); wohl unstr. muß das Ausmaß der Schädigung (über § 223 StGB hinausgehend) erheblich gefährdend sein (insoweit mag - entsprechend modifiziert - an die frühere Eignungsformel angeknüpft werden).

**Beigebracht** ist ein Stoff (Gift), wenn der Täter dessen Verbindung mit dem Körper des Opfers derart hergestellt hat, daß der Stoff seine gesundheitsschädliche Wirkung im Inneren des Körpers oder zumindest an der Körperoberfläche (für § 229 StGB aF str.) entfaltet.

Ein **gefährliches Werkzeug** (seit dem 6. StrRG unstr. Oberbegriff auch für die Waffe, zuvor für § 223a StGB aF Rspr. a.A.) ist ein beweglicher (str.) - d.h. durch menschliche Einwirkung gegen den Körper eines Menschen bewegbarer - Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung als Angriffs- oder Verteidigungsmittel (str. - jedenfalls nicht erfaßt werden be-

stimmungsgemäß verwendete ärztliche Instrumente) im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen (*konkretes Gefährdungsdelikt*); ein Körperteil ist kein solcher "Gegenstand".

Ein **hinterlistiger Überfall** besteht in einem überraschenden, vom Opfer nicht erwarteten Angriff, bei dem der Täter seine Angriffsabsicht planmäßig-berechnend verdeckt, um dadurch dem Angegriffenen die Abwehr unmöglich zu machen oder zu erschweren. Das bloße Ausnutzen eines Überraschungsvorteils reicht nicht aus.

**Mit einem anderen Beteiligten** (so seit dem 6. StrRG; zum Begriff des Beteiligten siehe die Legaldefinition in § 28 Abs. 2 StGB) **gemeinschaftlich** wird die Körperverletzung begangen, wenn bei ihr mindestens zwei Personen durch einverständliches aktives Handeln (h.M.) derart zusammenwirken, daß sie dem Verletzten am Tatort unmittelbar gegenüberstehen; eine mittäterschaftliche Begehung ist dafür nicht erforderlich (nach h.M. ist der frühere Streit bei § 223a StGB aF durch den Gesetzgeber i.S.d. mittäterschaftsneutralen Gefährlichkeitstheorie entschieden, str.).

Eine **Behandlung** ist **lebensgefährdend**, wenn sie nach den konkreten Umständen objektiv geeignet ist, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen (*Eignungsdelikt*, so im Anschluß an die bisher h.M. auch der Gesetzgeber [BT-Drs. 13/8587, S. 83]; nach a.A. ist eine konkrete Lebensgefahr erforderlich, dann *konkretes Gefährdungsdelikt*); die eingetretene Verletzung braucht nicht lebensgefährdend zu sein.

### III. Diebstahl, § 242 StGB

#### Deliktsaufbau:

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand (Tatbild)

*Wegnahme einer fremden beweglichen Sache*

##### 2. Subjektiver Tatbestand

a) Tatbestandsvorsatz insoweit (bedingter Vorsatz genügt)

b) *Absicht, sich oder einem Dritten die Sache rechtswidrig zuzueignen (sog. Zueignungsabsicht)*

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

#### IV. ggf. Vorliegen eines Regelbeispiels nach § 243 Abs. 1 S. 2 StGB (soweit nicht durch Abs. 2 ausgeschlossen)

a) objektives Vorliegen des Regelbeispiels

b) Vorsatz insoweit

#### V. ggf. Strafantrag nach §§ 247, 248a StGB als Strafverfolgungsvoraussetzung

#### Geschützte Rechtsgüter: Eigentum und Gewahrsam

#### Begriffsbestimmungen:

**Sache** ist jeder körperliche Gegenstand (vgl. § 90 BGB - aber eigenständiger strafrechtlicher Sachbegriff, str.), der Objekt einer selbständigen unmittelbaren Herrschaft des Menschen sein kann (also nicht eine Kraft oder Energie), und zwar unabhängig von seinem wirtschaftlichen Wert und Aggregatzustand. Dazu gehören auch (trotz § 90a BGB) das Tier (i. Erg. unstr.), der menschliche Leichnam sowie vom menschlichen Körper abgetrennte natürliche oder künstliche Körperteile, nicht aber der Embryo.

**Fremd** ist jede Sache, die (auch) im Eigentum (Allein-, Mit- oder Gesamthandseigentum) eines anderen steht, wobei die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse maßgebend sind. Nicht fremd sind herrenlose (z.B. Wild) oder eigentumsunfähige (nicht verkehrsfähige) Sachen.

**Wegnahme** ist *Bruch fremden (Allein- oder Mit-) Gewahrsams und Begründung neuen (regelmäßig, aber nicht notwendig tätereigenen) Gewahrsams*.

**Gewahrsam** ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis (Verfügungsgewalt) einer natürlichen Person über eine Sache (*objektiv-faktisches Gewahrsamselement*), das von einem (natürlichen) Herrschafts-

willen getragen wird (*subjektiv-voluntatives Gewahrsamselement*) und dessen Vorliegen - Entstehung, Umfang (Reichweite) und Verlust - sich nach der von der Verkehrsauffassung geprägten sozialen Zuordnung richtet (*normativ-soziales Gewahrsamselement*). Hiernach bestehen etwa generelle Gewahrsamsbereiche oder Sachherrschaftssphären an den am Körper, in der Kleidung, in der Wohnung oder den Geschäftsräumen befindlichen Sachen, u.U. ist der Gewahrsam ein gelockerter (z.B. des Bauern an dem Pflug auf dem Feld). Neben dem Alleingewahrsam erkennt die h.M. auch gleichrangigen Mitgewahrsam und mehrstufigen Gewahrsam bei Abhängigkeitsverhältnissen an (hier kann der Untergeordnete den Gewahrsam des Übergeordneten brechen, nicht aber umgekehrt). Beachte, daß der Gewahrsam nicht mit dem zivilrechtlichen Besitz (§ 854 BGB) gleichbedeutend ist, und er auch die unberechtigte Sachherrschaft (etwa an Diebesgut) umfaßt.

Dem Gewahrsamsbegriff kommt zentrale Bedeutung zu. So entscheidet er über die Abgrenzung von Versuch und Vollendung (erst mit Gewahrsamsneubegründung), die Unterscheidung von Diebstahl (Gewahrsamsbruch) und Unterschlagung (durch den Gewahrsamsinhaber) wie auch von Raub (Gewaltanwendung zur Gewahrsamserlangung) und räuberischem Diebstahl (Gewaltanwendung zur Gewahrsamssicherung/-erhaltung) als auch zur Abgrenzung von Diebstahl bzw. den Wegnahmedelikten und Betrug (hier: Sachbetrug, Erschleichen einer Gewahrsamsübertragung [= Vermögensverfügung] an einer Sache).

*Fremder* (auch gleich- und übergeordneter) *Gewahrsam* wird **gebrochen**, wenn die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers (der nicht der Eigentümer sein muß) gegen oder ohne dessen Willen (Einverständnis) beseitigt wird.

Neuer Gewahrsam ist **begründet**, sobald der Täter (oder ein Dritter) die Sachherrschaft derart erlangt hat, daß er sie ohne wesentliche Hindernisse ausüben und der bisherige Inhaber auf die Sache nicht mehr einwirken kann, ohne zuvor die Verfügungsgewalt des Täters (bzw. Dritten) zu beseitigen. Ungefährdete Sachherrschaft - gesicherter Gewahrsam, Bergung der Beute - ist hierfür nicht erforderlich.

Bei Sachen geringen Umfangs und leichter Beweglichkeit erlangt eigenen Gewahrsam - auch in einem fremden räumlichen Herrschaftsbereich (Warenhaus, Wohnung, sog. genereller Gewahrsamsbereich) - regelmäßig derjenige, der die Sache in seine Kleidung oder ein leicht transportables Behältnis steckt oder sie unauffällig wie seine eigene Sache fortträgt (sog. *Gewahrsamsenklave*). Zufällige oder planmäßige Beobachtung, auch sofortige Festnahme, hindert den Gewahrsamswechsel grundsätzlich nicht (h.M., Diebstahl ist keine heimliche Tat). Bei sperrigen oder sonst schwer beweglichen Gegenständen, ebenso bei einer Vielzahl von Sachen, die eines auffälligen Abtransports bedürfen, wird Gewahrsam dagegen in der Regel erst dadurch gebrochen und begründet, daß der Täter die Objekte aus dem fremden räumlichen Herrschaftsbereich herausschafft.

Die sog. **Zueignungsabsicht** (= *Absicht, sich selbst oder einem Dritten eine Sache rechtswidrig zuzueignen*) umfaßt (seit dem 6. StrRG) neben der *Sich-Zueignung* (*Selbstzueignung*) auch die *Dritt-zueignung* (*Fremdzueignung*), beiden sind folgende Elemente eigen (beachte, zu einer Zueignung muß es nicht kommen, ausreichend ist der entsprechende Wille):

<b>Absicht rechtswidriger Zueignung</b>		
	+))))))))))))))))))))))))))2)))))))))))))))))))))))))))).	
Zueignungsabsicht		Rechtswidrigkeit der Zueignung
	+))))))))))))))))))))))))))2)))))))))))))))))))))))))))).	
<b>Vorsatz</b> der auf Dauer gerichteten <b>Enteignung</b> (= Verdrängung des Berechtigten)	<b>Absicht</b> der mindestens vorübergehenden <b>Aneignung</b> (= Einverleibung in das Vermögen des Täters oder Dritten)	Täter weiß, daß ihm bzw. dem Dritten <b>objektiv</b> kein fälliger, einredfreier Anspruch auf die Sache zusteht
<b>Funktion:</b> Abgrenzung zur (nur nach §§ 248b, 290 StGB strafbaren) <i>Gebräuchsanmaßung</i>	<b>Funktion:</b> Abgrenzung zur <i>Sachbeschädigung</i> (§ 303 StGB) und (straflosen) <i>Sachentziehung</i>	

(Sich oder einem Dritten) **Zueignen** bedeutet (nach der herrschenden *Vereinigungstheorie*) die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Verfügungsgewalt über die Sache (*se ut dominum gerere*) in der Weise, daß der Täter entweder die Sache als stoffliche Substanz (*Substanztheorie*) oder ihren Sach-

wert (*Sachwerttheorie*, str.) dem Eigentümer auf Dauer ganz oder teilweise entzieht (**Enteignungskomponente**) und zugleich dem eigenen bzw. - zumindest vorübergehend - zum Zweck der Nutzung im eigenen Interesse einverleibt bzw. dies einem bestimmten Dritten ermöglicht (**Aneignungskomponente**). Als entziehbarer Sachwert kommt nach h.M. grundsätzlich nur ein in der Sache selbst unmittelbar verkörperter, nach Art und Funktion der Sache mit ihr spezifisch verbundener Wert (*lucrum ex re*; z.B. Sparbuch-Fälle) in Betracht, nicht aber ihr sonstiger Wert (*lucrum ex negotio cum re*, z.B. Veräußerungswert, Verwendungswert, str.).

Die *Enteignungskomponente* ist maßgeblich für die Abgrenzung zwischen Diebstahl und der (abgesehen von §§ 248a, 290 StGB straflosen) **Gebrauchsanmaßung** (*furtum usus*). Kontrollfrage: Leugnet der Täter das fremde Eigentum (*Enteignung*) oder respektiert er es und will die Sache nach vorübergehendem Gebrauch (ohne erhebliche Substanzbeeinträchtigung oder wesentliche Wertminderung) dem Berechtigten unverändert zurückgeben (*Gebrauchsanmaßung*)?

Die *Aneignungskomponente* entscheidet darüber, ob Diebstahl oder nur (straflose) **Sachentziehung** bzw. (als Sachbeschädigung strafbare) Sachzerstörung gegeben ist. Kontrollfrage: Will sich der Täter wirtschaftlich an die Stelle des Berechtigten setzen (*Aneignung*) oder nur schädigende Eigenmacht üben, nämlich die Sache zerstören, beschädigen, vernichten (*Sachbeschädigung*) bzw. - ohne Nutzung für eigene Zwecke - die Sache nur preisgeben (u.U. Sachbeschädigung), wegwerfen oder beiseiteschaffen (*Sachentziehung*)?

Beachte, daß in der Zerstörung einer Sache ausnahmsweise deren Zueignung liegen kann, nämlich wenn der Täter durch die Zerstörung den wirtschaftlichen Wert der Sache erlangt, z.B. Verzehr fremder Speise.

Bei der **Zueignungsabsicht** wird zwischen beiden Zueignungskomponenten differenziert: Nur hinsichtlich der Aneignungskomponente wird Absicht als zielgerichtetes Wollen gefordert, während für die Enteignungskomponente jede Form des Vorsatzes, auch bedingter Vorsatz, genügt (h.M.).

Der Täter muß die Sache **sich selbst** oder **einem Dritten** aneignen wollen. Die *Dritt-* oder *Fremdzueignung* unterscheidet sich dabei von der *Selbstzueignung* allein in der Aneignungskomponente, indem - bei unveränderter Enteignung - der Täter die Sache nicht sich selbst zueignet, sondern einem anderen die Aneignung ermöglicht. Nach (bisher) h.M. liegt bei einer eigenmächtig-enteignenden Verfügung über die Sache zugunsten eines anderen (= Dritten) keine Selbstzueignung, sondern Dritt-zueignung vor, wenn der Täter nicht gegen Entgelt, als Schenker/Spender oder sonst im eigenen Namen verfügt oder aber ihm die Zuwendung an den Dritten einen zumindest mittelbaren wirtschaftlichen (str.), nicht unbedingt geldwerten Vorteil bringt (letzte Fälle sind infolge der Neufassung nunmehr zumindest als Dritt-zueignung erfaßt; zur alten Fassung siehe *BGHSt* 40, 8 [18, 20]; [GS] 41, 187 [194 ff] - Stasi-Postplünderungen).

**Rechtswidrig** ist die erstrebte Zueignung, wenn sie der materiellen Eigentumsordnung widerspricht (h.M.). Daran fehlt es bei (vorheriger) Einwilligung des Eigentümers und beim Aneignungsrecht, ferner bei einem fälligen und einredfreien Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache. Das Merkmal der "Rechtswidrigkeit" ist nach h.M. ein (normatives) objektives Tatbestandsmerkmal (auf das sich der Tatbestandsvorsatz beziehen muß!), das allerdings üblicherweise erst im Zusammenhang mit der Zueignungsabsicht geprüft wird.

## 9. Grundsätze des Internationalen Strafanwendungsrechts

I. Während nach althergebrachter Rechtsterminologie mit dem "Internationalen Strafrecht" stets das (nationale) Strafanwendungsrecht gemeint war, so kann heute der Terminus "Internationales Strafrecht" eine Vielzahl von Bedeutungen haben. Denn mittlerweile ist neben das *Strafanwendungsrecht* und das *Rechtshilferecht* als den klassischen strafrechtlichen Rechtsgebieten mit internationalem Einschlag ein echtes *Völkerstrafrecht* als *International Criminal Law* getreten, das eine unmittelbare Strafbarkeit des einzelnen nach Völkerrecht begründet und insbesondere in dem sog. *Rom-Statut*<sup>13)</sup> kodifiziert ist, das die Grundlage der Jurisdiktion des *Internationalen Strafgerichtshofs* darstellt. Es wird auf europäischer Ebene durch ein supranationales *Europäisches Strafrecht* der Europäischen Gemeinschaften ergänzt.

Das *Internationale Straf(anwendungs)recht* regelt die Frage, ob ein Sachverhalt, der im Hinblick auf die Nationalität des Täters, des Tatobjekts oder einen ausländischen Tatort einen internationalen Bezug aufweist, gleichwohl der eigenen nationalen Strafgewalt unterliegt (*jurisdiction to enforce*) und ob die innerstaatlichen Strafrechtsnormen auf ihn Anwendung finden (*jurisdiction to prescribe*). Die Ausgestaltung der Strafrechtsanwendung fällt in die Kompetenz-Kompetenz der Staaten, ist also Teil des innerstaatlichen Rechts und kein internationales Recht (Völkerrecht), wenn auch das Völkerrecht die Kriterien zulässiger staatlicher Anknüpfungspunkte vorgibt (s.u. II.) und zunehmend völkerrechtliche Verträge bestimmte Delikte definieren, die durch die Vertragspartner mit Strafe zu bedrohen (und zu verfolgen) sind.

Im Gegensatz zum deutschen "Internationalen Privatrecht" ist das deutsche "Internationale Strafrecht" kein echtes Kollisionsrecht, das bei bestehenden Bezügen zu mehreren Rechtsordnungen für die nationale Gerichtsbarkeit die Anwendung nationalen Strafrechts im Verhältnis zu anderen Strafrechtsordnungen regelt, sondern bloßes Rechtsanwendungsrecht. Denn nach §§ 3 ff StGB gilt der Grundsatz, daß deutsche Gerichte immer nur deutsches Strafrecht anwenden. Strafberechtigung und Strafrecht können also nicht auseinanderfallen, da einseitig die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts festgelegt wird (abweichend etwa Art. 5 schweiz. StGB).

Vom Internationalen Straf(anwendungs)recht zu unterscheiden ist das sog. *interlokale Strafrecht*, das die Frage regelt, welches Recht zur Anwendung kommt, wenn innerhalb eines Staates für mehrere inländische Teilgebiete unterschiedliche partikuläre Strafrechtsordnungen (Bundes- oder Landesrecht; vgl. hierzu Artt. 125; 74 Nr. 1 GG und Artt. 2-4 EGStGB) existieren (etwa unterschiedliche Landesstrafrechte, z.B. über den unerlaubten Umgang mit gefährlichen Hunden), die für die Beurteilung einer Tat in Betracht kommen, also am Tatort ein anderes Strafrecht gilt als am Wohnort des Täters oder am Sitz des erkennenden Gerichts. Das interlokale Strafrecht ist demnach echtes Kollisionsrecht. Dem interlokalen Strafrecht kommt in Deutschland vor allem Bedeutung im Hinblick auf das ehemalige, teilweise nach der Wiedervereinigung in den neuen Bundesländern fortgeltende DDR-Strafrecht zu, heute allerdings nur mehr für die Aburteilung von vor dem 3.10.1990 begangener Altataten.

II. Nach dem Völkerrecht ist eine "sinnvolle Anknüpfung" (*genuine link*) staatlicher Strafgewalt gegeben, wenn eine "ausreichende Binnenbeziehung" vorliegt. Als solche sind anerkannt die *Territorialhoheit*, die *Personalhoheit*, der *Schutz wichtiger Staatsinteressen* und das *Weltrechts- oder Universalitätsprinzip*. Ferner ist - subsidiär - eine *stellvertretende Strafrechtspflege* zulässig.

a) Nach dem *Territorialitätsprinzip* unterfallen der staatlichen Strafgewalt alle Handlungen, die auf dem eigenen Staatsgebiet begangen werden, auch dann wenn der Täter oder das Opfer Ausländer ist. Hinsichtlich des Begehungsortes gilt heute das *Ubiquitätsprinzip*, d.h. eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat bzw. im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen (*Handlungstheorie*) oder an dem der tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten ist bzw. nach der Vorstellung des Täters hätte eintreten sollen (*Erfolgstheorie*). Letzteres ist insbesondere für Distanzdelikte von Bedeutung, etwa den Schuß über die Grenze.

<sup>13</sup> *Statut des Internationalen Strafgerichtshofs* v. 17.7.1998, BGBl. 2000 II, S. 1394 ff. Es wurde durch den deutschen Gesetzgeber mit dem *Völkerstrafgesetzbuch* (VStGB; BGBl. 2002 I, S. 2254) in nationales Recht umgesetzt.

b) Nach dem **Flaggenprinzip** erstreckt sich die staatliche Strafgewalt auch auf alle Handlungen an Bord eines unter dem nationalen Hoheitszeichen (Flagge) fahrenden bzw. bei ihm registrierten (See- oder Binnen-) Schiffes oder Luftfahrzeuges, auch wenn die Tat von einem Ausländer oder in oder über fremdem Hoheitsgebiet bzw. auf oder über der Hohen See begangen worden ist.

c) Nach dem **aktiven Personalitätsprinzip** unterfallen der eigenen Strafgewalt auch Auslandsstaten eigener Staatsangehöriger und solcher Personen, die z.B. als Beamte, als Angehörige der inländischen Streitkräfte oder aus sonstigen Gründen zu dem verfolgenden Staat in engeren persönlichen Beziehungen stehen (teilweise mit der Einschränkung, daß die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt). Eine Abwandlung ist das sog. *Domizilprinzip*, das für die Begründung der staatlichen Strafgewalt den inländischen Wohnsitz des Ausländers genügen läßt.

d) Nach dem **passiven Personalitätsprinzip** (oder *Individualschutzprinzip*; *leges ossibus inhaerent*) - einem Fall des *Schutzprinzips* i.w.S. - unterfallen der staatlichen Strafgewalt im Ausland begangene, gegen eigene Staatsangehörige, Amtsträger oder Schutzbefohlene gerichtete Handlungen, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder keiner Strafgewalt unterliegt (sog. *Erfordernis der identischen Norm*). Teilweise wird hier aber auch eine ausreichende Binnenbeziehung verneint und diese Fallgruppe abgelehnt.

e) Nach dem **Schutzprinzip** darf der Staat Auslandsstaten von Ausländern dann der eigenen Strafgewalt unterwerfen, wenn durch die Tat inländische Rechtsgüter gefährdet oder verletzt werden, seien es solche des Staates selbst (etwa Hoch- und Landesverrat, Straftaten gegen die Landesverteidigung oder gegen die öffentliche Ordnung), sog. *Staatsschutzprinzip* oder *Realprinzip*, oder andere inländische Rechtsgüter, sog. *passives Personalitätsprinzip* (s.o. d)).

f) Das **Universalitätsprinzip** oder **Weltrechtsprinzip** betrifft Delikte gegen Rechtsgüter, an deren Unversehrtheit alle Staaten interessiert sind und die als *delictum iuris gentium* (*international crime*) gelten bzw. Delikte, die durch multilaterale Verträge statuiert werden. Die staatliche Strafgewalt besteht hier unabhängig von der Nationalität des Täters oder dem Tatort (*Beispiele*: Falschmünzerei, Sklaven-, Waffen-, Kinder-, Frauenhandel, Handel mit Betäubungsmitteln oder unzüchtigen Schriften, Beschädigung unterseeischer Kabel, Völkermord, verbrecherische Akte gegen Diplomaten und andere Vertreter fremder Staaten, Piraterie, Akte des Terrorismus, Flugzeugentführungen, Geiselnahme, Folter, Apartheid). Teilweise besteht bei diesen Delikten aufgrund multilateraler Verträge die völkerrechtliche Verpflichtung zur Verfolgung und Bestrafung des Täters oder den Täter zwecks Strafverfolgung auszuliefern (*aut dedere aut iudicare*).

g) Nach dem **Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege** verfolgen Staaten Straftaten ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Täters und den Ort der Begehung dann, wenn die Tat nach dem am Tatort geltenden Recht strafbar ist und eine Auslieferung des im Inland ergriffenen Täters aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in Betracht kommt (und somit die an sich zuständige auswärtige Strafgewalt nicht tätig werden kann). Während die bisherigen Prinzipien selbständige Anknüpfungspunkte für die eigene Strafgewalt darstellen, ergänzt das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege subsidiär die Strafgewalt anderer Staaten.

h) Teilweise liegt heute internationalen Abkommen das **Kompetenzverteilungsprinzip** zugrunde, um eine Überschneidung der Geltungsbereiche der nationalen Strafrechtsordnungen und so auch Doppelbestrafungen zu vermeiden. Meist wird hierbei jenem Staat die Strafberechtigung zugewiesen, in dem der Täter seinen Wohnsitz hat (vgl. *Domizilprinzip*) oder in dem die Verurteilung am zweckmäßigsten erscheint.

Die Grundlage des deutschen Internationalen Strafrechts bildet seit 1975 wieder das Territorialitätsprinzip, nachdem man 1940 zum aktiven Personalitätsprinzip als Grundsatz übergegangen war (einen begrenzten Verweis auf anzuwendendes ausländisches Strafrecht enthielt das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 in § 4 Abs. 3 StGB). Allerdings finden sich in den §§ 3 ff StGB auch andere Anknüpfungspunkte deutscher Strafgewalt.

## 10. Fallbeispiel: "Der Spanner" (BGH, NJW 1979, 2053)

Sachverhalt: Im Jahre 1975 bemerkten H und seine Ehefrau (E) dreimal, daß ihnen auf unerklärliche Weise aus der Wohnung Geld abhanden kam. Im April 1976 erwachte die E nachts im Schlafzimmer dadurch, daß jemand sie an der Schulter berührte. Sie sah im Halbdunkel einen Mann, der sich alsbald leise entfernte. H, von der E verständigt, sah im Wohnzimmer den später Verletzten (S) stehen, den er damals nicht kannte. Der Eindringling flüchtete sofort; H setzte ihm nach, konnte ihn jedoch nicht erreichen. Er ließ nach diesen Vorfällen am Gartentor eine Alarmanlage anbringen und erwarb eine Schreckschußpistole.

Etwa sechs Wochen später ertönte abends das Signal der Alarmanlage. H ergriff die Schreckschußpistole und lief in den Garten. Dicht neben sich bemerkte er denselben Mann, den er früher im Wohnzimmer gesehen hatte. Er gab einen Schuß aus der Schreckschußpistole ab, S flüchtete wiederum. H verfolgte ihn, verlor ihn jedoch aus den Augen. Er zeigte die Vorkommnisse der Polizei an, die zum Erwerb eines Waffenscheins und einer Schußwaffe riet. Die Eheleute befürchteten, daß der Eindringling es auf die E oder auf die Kinder abgesehen habe. Ihre Angst steigerte sich derart, daß sie abends fast nie mehr gemeinsam ausgingen, auf Theaterbesuche und die Teilnahme an Veranstaltungen verzichteten und keine Einladungen mehr annahmen. Zeitweise traten bei ihnen Schlafstörungen auf. Die E, die eine Arztpraxis betreibt, befürchtete, wenn sie zu nächtlichen Hausbesuchen gerufen wurde, jemand lauere ihr auf. H ließ hierauf eine der E gehörende Pistole instandsetzen und nahm sie mit deren Einverständnis in Besitz, obwohl er die dazu erforderliche behördliche Erlaubnis nicht hatte.

Am 29.4.1977 ertönte gegen 2.30 Uhr wieder die Alarmanlage. H und E verhielten sich ganz ruhig und erbaten telefonisch polizeiliche Hilfe. Bevor diese eintraf flüchtete der Eindringling. Am 9.9.1977 erwachte H gegen 1.50 Uhr durch ein Geräusch und sah am Fußende seines Bettes einen Mann stehen. Mit einem Schrei sprang er aus dem Bett, ergriff die Pistole und lud sie durch. Der Mann wandte sich zur Flucht, der H lief hinterher. Wieder war der Eindringling schneller als er. H rief mehrfach "Halt oder ich schieße" und schoß schließlich, da S nicht stehenblieb, zweimal in Richtung auf die Beine des Flüchtenden. Er wollte den Eindringling dingfest machen und so der für die Familie des H unerträglichen Situation ein Ende bereiten. H traf den S in die linke Gesäßhälfte und in die linke Flanke.

Aufgabe: Strafbarkeit des H (ohne Vergehen nach dem Waffengesetz; anzuwenden ist das StGB in der aktuellen Fassung)?

### Lösung

(abgewandelt nach B. von Heintschel-Heinegg, Prüfungstraining Strafrecht, Neuwied 1992, Bd. 2, Fall 4, S. 36 ff)

#### **1. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB**

Durch die beiden Schüsse in die linke Gesäßhälfte und in die linke Flanke des S könnte sich H wegen einer Gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht haben.

a) H hat durch die beiden Schüsse vorsätzlich den S mit einer Waffe verletzt, so daß der qualifizierte Tatbestand der Gefährlichen Körperverletzung (körperliche Mißhandlung, Gesundheitsbeschädigung) mittels einer Waffe erfüllt ist.

b) Fraglich ist, ob ein Rechtfertigungsgrund eingreift.

aa) Da H den S dingfest machen wollte, könnte sein Handeln durch das Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt sein.

S wurde von H auf frischer Tat, einem Hausfriedensbruch, verfolgt. Auch konnte H die Identität des S nicht sofort feststellen. Die Befugnis zur vorläufigen Festnahme schließt notwendigerweise das Recht zur Vornahme von Handlungen ein, die sich tatbestandsmäßig als Freiheitsberaubung und Nötigung darstellen, sowie ein nach Lage des Falls erforderliches festes Zupacken zur Verhinderung des Entweichens. Wenn insofern die erforderliche Anwendung von Zwang die Ausübung körperlicher Gewalt, auch mit der Gefahr oder Folge körperlicher Verletzung einschließt, so doch aber nicht weitergehende, gravierende Körperbeeinträchtigungen oder eine ernsthafte Beschädigung der Gesundheit. Diese scheiden aus dem Rechtfertigungsgrund aus; es ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu



beachten (h.M.). Damit stellt sich hier das Problem des Schußwaffengebrauchs zur Festnahme, zumal das Festnahmerecht keine Befugnis zu Körperverletzungen gibt, *um* die Festnahme zu ermöglichen. Nach h.M. ist zwar das Drohen mit einer Schußwaffe zulässig, (grundsätzlich) aber nicht deren Einsatz, so daß die Schußverletzung nicht gerechtfertigt ist. Soweit in der Praxis Schüsse auf den fliehenden Täter bei besonders schwerer Rechtsgutsverletzung für gerechtfertigt gehalten werden, spricht hiergegen nicht nur der Gesetzeswortlaut, sondern auch der Gedanke, daß das Gesetz das Maß delegierter Gewaltausübung überschaubar halten will. Zudem würden die bei Privatleuten zu beachtenden Notwehr- und Notstandsvoraussetzungen bei Dauer Gefahr unterlaufen.

**bb)** Als Rechtfertigungsgrund könnte jedoch Notwehr, § 32 StGB, eingreifen.

Voraussetzung hierfür ist zunächst eine Notwehrlage, nämlich ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff gegen ein notwehrfähiges Rechtsgut.

Fraglich ist, ob H bei Abgabe der beiden Schüsse einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des S ausgesetzt war.

Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen. Durch sein Eindringen in das Schlafzimmer der Eheleute H verletzte S sowohl deren Hausrecht als auch deren Privat- und Intimsphäre. Die fehlenden Geldbeträge weisen auf einen Angriff auf das Eigentum der Eheleute hin, die Schlafstörungen auf einen solchen auf deren Gesundheit.

Zweifelhaft ist allerdings, ob diese Angriffe, als H auf den fliehenden S schoß, noch gegenwärtig waren. Gegenwärtig ist ein Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder andauert (also das Rechtsgut zwar bereits verletzt hat, diese Verletzung aber noch intensiviert wird).

Weder sind dem Sachverhalt Anhaltspunkte für einen erneuten Gelddiebstahl (der bei der Verfolgung des mit dem Geld Fliehenden materiell noch nicht beendet und damit gegenwärtig wäre) noch dafür zu entnehmen, daß die zeitweise eingetretenen Schlafstörungen zu einem krankhaften Zustand führten, der bei dem letzten Angriff noch fortbestand. Auch die Gegenwärtigkeit des Angriffs auf das Hausrecht wäre unproblematisch zu verneinen, wenn H den S außerhalb seines Anwesens mit den Schüssen verletzt hätte. Der Sachverhalt ist insoweit nicht eindeutig. Aber selbst wenn H den fliehenden S noch innerhalb von Haus und Garten der Eheleute H getroffen hat, war der Angriff, als S die Flucht ergriff, abgeschlossen. Daß aufgrund der früheren Vorkommnisse zu befürchten stand, S werde zu einem späteren Zeitpunkt wieder auftauchen, kann keine Notwehrlage begründen, weil der Angriff unmittelbar bevorstehen und ein Hinauszögern die Verteidigungsmöglichkeiten des Angegriffenen erheblich verschlechtern muß. Daß S unmittelbar wieder zum Angriff ansetzen würde, war objektiv nicht zu erwarten.

**cc)** Dieses Ergebnis ist allerdings im Hinblick darauf zu überdenken, als zwar kein gegenwärtiger Angriff vorliegt, jedoch ein künftig drohender Angriff des S nur durch ein gegenwärtiges Verhalten abgewandt werden kann, weshalb eine analoge Anwendung des § 32 StGB in Betracht kommen könnte. (Solch eine Analogie *in bonam partem* zugunsten des Täters wird durch das Analogieverbot des § 1 StGB nicht ausgeschlossen.) In der Literatur wird dies unter dem Stichwort "notwehrähnliche Lage" (Präventivnotwehr) diskutiert und teilweise eine Rechtfertigung analog § 32 StGB bei einem drohenden späteren Angriffs bzw. weiterer zukünftiger Angriffe, sobald sich diese ankündigen und eine Verschlechterung der Verteidigungschancen durch Abwarten zu besorgen ist, bejaht (insbesondere in Fällen heimlicher Tonbandaufnahmen zur Abwehr einer späteren Nötigung oder Erpressung). Indes ist mit der h.M. ein Rechtfertigungsgrund der notwehrähnlichen Lage abzulehnen. Eine Analogie zur Notwehrvorschrift versagt schon deshalb, weil die Gegenwärtigkeit des Angriffs eine ganz entscheidende Voraussetzung ist, die der Notwehr ihr spezifisches soziales Gepräge beim "Kampf um das Recht" (Selbstschutz, Rechtsbewährung) gibt. Die Verteidigungslücke in den Fällen, in denen der Angriff noch nicht begonnen hat, wenn bereits die letzte Chance zu seiner Abwehr verstreicht, darf nicht durch Ausdehnung eines so weitreichenden und gravierenden Rechtfertigungsgrunds wie der Notwehr erfolgen, die keine Verhältnismäßigkeit zwischen geschütztem und verletztem Interesse verlangt (mangelnde Analogiefähigkeit). Selbst wenn man im Rahmen der Analogie als einschränkendem Kriterium die Proportionalität zwischen Präventivverteidigung und zukünftigem Angriff fordert, dehnt dies immer noch den Anwendungsbereich des § 32 StGB unangemessen weit aus. In Fällen der

notwehrähnlichen Lage handelt es sich vielmehr um ein Notstandsproblem (insofern fehlt es sogar an einer Regelungslücke).

**dd)** Zu prüfen ist daher, ob H nicht wegen rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB gerechtfertigt sein könnte.

Zunächst müßte eine Notstandslage bestanden haben, nämlich eine gegenwärtige Gefahr für (irgendein) ein Rechtsgut.

Gefahr ist ein Zustand, in dem objektiv ex ante zu prognostizieren ist, daß eine Gutsverletzung nach dem zu erwartenden Verlauf nicht unwahrscheinlich ist. Angesichts der Hartnäckigkeit des S sprach eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür, daß dieser erneut in das Haus der Eheleute H eindringen werde. Damit waren Hausrecht und Intimsphäre der Familie H, aber auch deren Handlungsfreiheit und Gesundheit bedroht, nachdem die Eheleute H aus Angst vor einer Wiederkehr des Eindringlings abends fast nie mehr gemeinsam ausgingen, auf Theaterbesuche und sonstige Veranstaltungen verzichteten und bei ihnen Schlafstörungen auftraten. Daß S, was H nicht wußte, keinen Angriff auf Leib oder Leben plante, steht dem nicht entgegen; denn wie erwähnt ist die Gefahrlage objektiv ex ante zu bestimmen und zudem war jedenfalls mit einem erneuten Eindringen ins Haus zu rechnen, auch wenn S als Spanner den Familienmitgliedern nichts antun wollte.

Schon aus den im Rahmen der Notwehrprüfung genannten Gründen ist zweifelhaft, ob die "Gegenwärtigkeit" dieser Gefahr bejaht werden kann. Anhaltspunkte dafür, daß S noch in derselben Nacht wiederum in das Haus eindringen würde, lagen nicht vor, sondern erst für die nähere Zukunft stand zu befürchten, daß S wieder aufkreuzt. Das Erfordernis der "Gegenwärtigkeit der Gefahr" in § 34 StGB ist aber nicht so eng zu verstehen wie in § 32 StGB. Die Schneidigkeit des Notwehrrechts, die zu einer engen Interpretation zwingt, ist so beim rechtfertigenden Notstand, der durch das Prinzip des überwiegenden Interesses begrenzt ist, nicht gegeben, weshalb in § 34 StGB der Begriff der Gegenwärtigkeit weiter auszulegen ist.

Gegenwärtig ist hiernach eine Gefahr, wenn nach objektiver Betrachtung ex ante der Eintritt des Schadens alsbald oder bei Dauergefahr zu einem späteren Zeitpunkt so wahrscheinlich ist, daß die notwendigen Maßnahmen zum Schutz des bedrohten Rechtsguts vernünftigerweise sofort einzuleiten sind. S hatte durch wiederholtes nächtliches Erscheinen in der Wohnung und im Garten der Familie H, insbesondere durch seine auffallende Hartnäckigkeit und Unverfrorenheit, eine fortdauernde Gefährdung für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Hausrecht, die Freiheit der Willensbetätigung und der Gesundheit der Eheleute H geschaffen, ohne daß die Polizei bislang helfen konnte, und es stand zu erwarten, daß S die Belästigungen alsbald fortsetzen wird, wenn es nicht gelang, seiner habhaft zu werden. Von einer gegenwärtigen Gefahr ist daher auszugehen. Niemand braucht solange zu warten, bis die erwartete und zu erwartende Gutsverletzung bereits wieder stattfindet, um dann zu erfolglosen Abwehrmitteln zu greifen.

Im Rahmen der Notstandshandlung, die durch die Unanwendbarkeit der Gefahr auf andere Weise und das wesentliche Überwiegen des geschützten Interesses sowie die Angemessenheit des Mittels gekennzeichnet wird, ist bereits fraglich, ob die Gefahr nicht anders abwendbar war als durch die begangene Tat. Die Erforderlichkeit des ersten Schusses ist zu bejahen, nachdem alle anderen Maßnahmen ohne Erfolg geblieben waren, insbesondere auch das Einschalten der Polizei und die Abgabe eines Schreckschusses an einem früheren Tag. Zweifel bestehen aber hinsichtlich des zweiten Schusses, nachdem H bereits mit dem ersten Schuß den S getroffen hatte. Für die Erforderlichkeit im Rahmen der Notwehr ist anerkannt, daß im Rahmen der Erforderlichkeit der Verteidiger z.B. mehrfach auf den Angreifer einstechen kann. Jedoch geht es hier um die Verhinderung der erneuten Flucht. Geht man zugunsten des H davon aus, daß die Gefahr nur durch die beiden Schüsse abgewandt werden konnte, dann ist das erste Erfordernis der Notstandshandlung - die Unabwendbarkeit der Gefahr auf andere Weise - zu bejahen.

Problematisch ist, ob bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Als Rechtsgüter standen sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Hausrecht, die Freiheit der Willensbetätigung sowie die Gesundheit der Eheleute H einerseits und die körperliche Unversehrtheit des S andererseits gegenüber. Stellt man allein auf das Ausmaß der S

zugefügten Verletzungen und der den Eheleuten H drohenden Beeinträchtigungen ab, dann kann angesichts des hohen Rangs der menschlichen Körperintegrität und Gesundheit nicht davon gesprochen werden, daß das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Darüber hinaus könnten sich schon vom Grundsätzlichen her Bedenken ergeben, weil es beim beeinträchtigten Interesse um die körperliche Unversehrtheit geht und wegen des Autonomieprinzips im Regelfall nur geringfügige körperliche Eingriffe durch rechtfertigenden Notstand gedeckt sind. Die strenge Voraussetzung des wesentlichen Überwiegens des geschützten Interesses paßt jedoch nur für den Regelfall, daß der Notstandstäter zwecks Rettung in Güter einer Person eingreift, die für den Konflikt nicht zuständig ist, d.h. den aggressiven Notstand, auf den § 34 StGB zugeschnitten ist. Rührt jedoch, wie im vorliegenden Fall, die Gefahr von demjenigen her, in dessen Güter eingegriffen wird, handelt es sich also um einen defensiven Notstand, dann ist in die Abwägung der widerstreitenden Interessen einzubeziehen, daß es sich um die Verteidigung gegen das Rechtsgut handelt, von dem die gegenwärtige Gefahr ausgeht; das Autonomieprinzip kann hier keine Bedeutung erlangen. Die h.M. im strafrechtlichen Schrifttum bejaht wegen des prinzipiellen Unterschieds von aggressivem und defensivem Notstand eine analoge Heranziehung des Rechtsgedankens von § 228 BGB, wonach der Verteidigungscharakter bei der Interessenabwägung dahingehend in Ansatz zu bringen ist, daß es nach dieser positivrechtlichen Regelung des Defensivnotstands genügt, wenn der durch die Verteidigungshandlung angerichtete Schaden nicht außer Verhältnis zu der abgewendeten Gefahr steht. Für Fälle, in denen die Gefahr von einem menschlichen Verhalten droht, das noch keinen gegenwärtigen Angriff i.S. des § 32 StGB darstellt, können Eingriffe in die Körperintegrität des Verursachers allerdings nur in maßvollen Grenzen zulässig sein. In die Interessenabwägung ist also einzubeziehen, daß die Notstandshandlung eine Verteidigungsmaßnahme gegen denjenigen war, von dem die nicht anders abwendbare Gefahr ausging. Hinzukommt, daß durch die Hartnäckigkeit, mit der S immer wieder in Haus und Garten der Eheleute eingedrungen ist, das gesamte Familienleben terrorisiert wurde. Die durch die beiden Schüsse begangene gefährliche Körperverletzung hat sich daher wegen Art und Intensität der von H ausgehenden Gefahr noch in maßvollen Grenzen gehalten. Nach alledem ergibt eine Abwägung der widerstreitenden Interessen ein wesentliches Überwiegen auf Seiten des H.

Die Schüsse auf S sind auch ein angemessenes Mittel zur Abwendung der weiterhin drohenden Gefahren, § 34 S. 2 StGB.

Schließlich handelte H, um die von S ausgehende Gefahr abzuwenden.

Ergebnis: Die gefährliche Körperverletzung ist somit aufgrund rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB gerechtfertigt.

*Die Rechtfertigungsfrage offen zu lassen und allein auf den entschuldigenden Notstand, § 35 StGB, abzustellen, wie dies der BGH hier tat, ist aus zweierlei Gründen verfehlt: Zum einen setzt § 35 StGB eine rechtswidrige Tat voraus, zum anderen sind die Notstandsgüter bei dem entschuldigenden Notstand gegenüber dem rechtfertigenden Notstand wesentlich eingeschränkt, nämlich auf Leben, Leib und Freiheit, woran es hier insoweit fehlte, als unter Freiheit nicht die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern die Fortbewegungsfreiheit zu verstehen ist (vgl. Anm. von Hirsch, JR 1980, 114).*

2. Eine Strafbarkeit des H wegen **versuchter Freiheitsberaubung**, §§ 22, 239 Abs. 1 u. 2 StGB, und **versuchter Nötigung**, §§ 22, 240 Abs. 1 u. 3 StGB, scheidet hier, trotz deren tatbestandlichem Eingreifen, ebenfalls an der fehlenden Rechtswidrigkeit von H's Handeln. Auch insofern greift der rechtfertigende (Defensiv-) Notstand, § 34 StGB, ein.

## Teil III: Grundlagen des Staatsrechts

### 11. Einteilung der Grundrechte

#### I. Dogmatische Einteilung

- a) Grundrechte i.e.S. (Artt. 1-19, einschl. zugehöriger Regelungen wie etwa Artt. 17a, 18, 19 Abs. 1-3 GG)
  - Differenzierung nach den Grundrechtsträgern (Menschen- u. Freiheitsrechte, Deutschenrechte; s.u. 13.I)
- b) sog. *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 sie sind mit Grundlage vieler verfahrensrechtlicher Rechtspositionen bzw. staatlicher Leistungen
- d) nicht: Staatszielbestimmungen Art. 20a GG (siehe auch 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 der Grundrechte (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 (Art. 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)

### **III. Exkurs: Überblick über den gegenwärtigen internationalen menschenrechtlichen Standard**

(nach F. Ermacora, Menschenrechte in der sich wandelnden Welt. Afrika, Wien 1983, S. 46-48)

- *Menschenrechte der sog. ersten Generation (politische und zivile Rechte) -*

#### **1. Die Stellung des Individuums gegenüber der Gemeinschaft (= dem Staat) in allgemein-politischer Sicht (klassische Individualrechte)**

- 1.1. Das Recht auf politische Partizipation (status activus):
  - a) Das Recht auf Wahlen, Bedingungen der Wahl, das individuelle Wahlrecht;
  - b) die Meinungs- und Pressefreiheit, die Freiheit der Information;
  - c) die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit;
  - d) der freie und gleiche Zugang zu den öffentlichen Ämtern;
  - e) das Petitionsrecht.
- 1.2. Die bürgerlichen Rechte ('civil rights') - die Freiheit des Individuums vom Staat (status passivus/negativus):
  - a) Die Gleichheit vor dem Gesetz, vor dem Gericht, vor den Verwaltungsbehörden;
  - b) das allgemeine Diskriminierungsverbot, das Privilegierungsverbot, der Diskriminierungsschutz, im besonderen das Verbot der Rassendiskriminierung, einschließlich des Verbots rassistischer Propaganda, dazu ist auch die besondere Stellung der Frau und der Kinder zu rechnen;
  - c) das Recht auf Leben samt dem Problem der Todesstrafe;
  - d) die allgemeine Anerkennung der Rechtsfähigkeit der menschlichen Person (Mindestalter, Willkürverbot);
  - e) das Recht auf die Privatsphäre, das Hausrecht, der Schutz des Briefgeheimnisses;
  - f) das Recht auf Integrität der menschlichen Person (Problem der medizinischen Versuche);
  - g) die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit;
  - h) die Niederlassungsfreiheit im Inland, die Freiheit auszuwandern, das Problem des politischen Asyls;
  - i) das Recht auf die Freiheit der Person von willkürlicher Verhaftung;
  - j) die Mindestgarantien eines "fair trial", das Folterverbot und das Verbot, Geständnisse zu erzwingen;
  - k) das Recht auf Staatsangehörigkeit.

#### **2. Die Stellung kleinerer Gemeinschaften gegenüber dem Staat (kollektive Gruppenrechte)**

- a) Das Recht auf Selbstbestimmung, auf Minderheitenschutz;
- b) der Diskriminierungsschutz kollektiver Einheiten, einschließlich des sogenannten Vertreibungsverbotes;
- c) das Recht der Vereine und der politischen Parteien;
- d) der Schutz vor dem Völkermord.

- *Menschenrechte der sog. zweiten Generation (ökonomische, kulturelle und soziale Rechte)* -

### **3. Ökonomische, kulturelle und soziale Rechte des Individuums**

3.1. Das Recht auf eine adäquate Lebensführung:

- a) Sicherung der elementarsten Lebensbedürfnisse (Abwehr von Hunger, Garantie der Wohnung);
- b) Gleichheit in sozialer Würde, Schutz vor wirtschaftlicher Diskriminierung;
- c) das Recht auf Eigentum, dessen soziale Funktion;
- d) das Recht auf Arbeit, Sicherung der entsprechenden Arbeitsbedingungen:
  - aa) das Verbot der Sklaverei, Knechtschaft und Zwangsarbeit;
  - bb) die Regelung der Kinder- und Frauenarbeit;
  - cc) gleiche Entlohnung für gleiche Arbeit, Entlohnung entsprechend einer anständigen Lebenshaltung;
- e) das Recht, Gewerkschaften zu bilden;
- f) das Recht auf Gesundheit (ärztliche Betreuung);
- g) das Recht auf soziale Sicherheit (Renten, Fürsorge, Freizeit ...);
- h) das Recht auf Freiheit.

3.2. Das Recht auf Erziehung und Ausbildung:

- a) Das allgemeine Recht auf Entwicklung der menschlichen Persönlichkeit;
- b) das Recht auf Bildung der Kinder (unentgeltliche Grundschulbildung);
- c) die Erwachsenenfortbildung, Berufsbildung;
- d) garantierte Erziehungsrechte der Eltern.

3.3. Das allgemeine Recht, am kulturellen Leben teilzunehmen, Schutz der Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre

3.4. Der Schutz der Familie als sozialer Einheit, Probleme der Heirat (Gleichberechtigung von Mann und Frau, freie Willenseinigung der Partner)

- *Menschenrechte der sog. dritten Generation (spezifisch kollektive Rechte)* -

### **4. Kollektive, soziale und ökonomische Rechte der Gemeinschaft:**

4.1. Schutz der Volksgesundheit (Umweltschutz)

4.2. Gewerkschaftsrechte - Streikrecht

4.3. Verfügung über die eigenen wirtschaftlichen Ressourcen

- *Menschenrechtsschutz* -

### **5. Menschenrechte und Notstandsverfassungen sowie die richterliche Sicherung der Menschenrechte**

## **12. Funktionen der Grundrechte**

**I.** Die Grundrechte begründen sog. **subjektiv-öffentliche Rechte**, das heißt

- sie räumen den *Grundrechtsträgern* (als Rechtssubjekten, deshalb: subjektives Recht)
- gegenüber den *Grundrechtsadressaten* (Normadressat ist hier in der Regel die staatliche Gewalt)
- entsprechend den jeweiligen *Grundrechtsinhalten* bestimmte Ansprüche ein (und weisen insofern einen dreigliedrigen Normgehalt auf, indem sie die Frage beantworten, "wer" "von wem" "was" verlangen kann).

Als *subjektive Rechte* bezeichnet man allgemein die dem einzelnen gegenüber einem anderen zustehenden rechtlichen Ansprüche (nämlich von diesem ein Tun oder Unterlassen fordern zu können, vgl. § 194 Abs. 1 BGB), hingegen meint der Begriff des *objektiven Rechts* die Gesamtheit der geltenden und damit die Normadressaten bindenden Rechtsnormen (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG).

**II.** Entsprechend der unterschiedlichen Berechtigungen, die die Grundrechte dem einzelnen vermitteln können, werden im Anschluß an die Statuslehre von *Georg Jellinek* (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905) meist drei Zustände (lat. *status*) 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 Hauptrichtung 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 (z.B. Art. 6 Abs. 4 GG), insbesondere auch der Anspruch auf Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG, siehe auch Artt. 101 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1 GG), teilweise wird unterschieden zwischen
  - *derivativen Teilhabeansprüchen* auf gleiche Teilhabe an bestehenden Leistungssystemen (unstr.) und
  - *originären Teilhaberechten* auf Gewährung von Leistungen durch Schaffung neuer Leistungssysteme,
 (Um den freiheitlichen Charakter der Verfassung zu wahren, aber auch um dem Parlament grundsätzlich die Freiheit der Entscheidung über die Verteilung knapper Ressourcen zu belassen, lassen sich aus den Grundrechten grundsätzlich keine subjektiven Leistungsrechte ableiten; soweit die Länderverfassungen weitergehende soziale Grundrechte beinhalten, kommt diesen der Charakter von bloßen Staatszielbestimmungen zu.)
- 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; vgl. auch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG),
- sowie 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, s.u. 13.II).

Ausgehend von der Unterscheidung der subjektiv-rechtlichen und objektiv-rechtlichen (s.o.) 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

### 13. Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsverpflichtete

**I. 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) werdenden Lebens sowie Verstorbener.

Von der Grundrechtsträgerschaft ist zu unterscheiden die sog. **Grundrechtsmündigkeit**, d.h. die 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 (für die Religionsfreiheit siehe etwa § 5 RelKErzG [= Gesetz über die religiöse Kindererziehung]).

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-, Vereinigungsfreiheit, Freizügigkeit und Berufsfreiheit in Artt. 8 Abs. 1, 9 Abs. 1, 11 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG).

Nach dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV (vgl. auch Art. 3 Abs. 2 EGV) bzw. den besonderen Diskriminierungsverboten der EG-Grundfreiheiten dürfen Angehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (sog. *EU-Bürger*) im Rahmen der Anwendbarkeit des Vertrags nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert werden, so daß insoweit die Deutschenrechte kraft des (Anwendungs-)Vorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts für sie zu öffnen sind bzw. ihnen aus Art. 2 Abs. 1 GG (als ansonsten für Ausländer greifendem Auffanggrundrecht) ein den Deutschenrechten gleichwertiger Schutz zu gewähren ist.

Inwieweit daneben **Personenmehrheiten** die Grundrechtsträgerschaft zukommt, regelt Art. 19 Abs. 3 GG, nämlich "soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind" (siehe dazu im einzelnen die Übersicht bei v. Münch, Staatsrecht II, Rn 120). Dabei ist zu unterscheiden zwischen

- den inländischen **juristischen Personen des Privatrechts** einschließlich den teilrechtsfähigen Personenmehrheiten,

denn zu den *juristischen Personen* i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG sind neben den juristischen Personen im eigentlichen Sinne (rechtsfähiger Verein [eV], Kapitalgesellschaften [AG, GmbH, eG, VVaG], rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts) auch die Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG, stille Gesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, EWiV) und sonstige teilrechtsfähigen Personengesellschaften (nicht-rechtsfähiger Verein, Gesellschaft bürgerlichen Rechts) zu zählen;

- und den inländischen **juristischen Personen des öffentlichen Rechts** (nämlich Körperschaften, rechtsfähige Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts), für die nach h.M. grundsätzlich die Grundrechtsträgerschaft zu verneinen, da sie auf Grund von Kompetenzen und nicht in Ausübung von Freiheiten tätig werden ("Schutz gegen, nicht für den Staat"; BVerfGE 61, 82 [100 ff] - Sasbach). Dies gilt grundsätzlich auch, soweit sich der Staat privatrechtlicher Handlungsformen bedient und unabhängig davon, ob dabei öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden, es um fiskalisches oder erwerbswirtschaftliches Handeln geht (sog. Durchgriffstheorie); bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen wird darauf abgestellt, ob der beteiligte Hoheitsträger entscheidenden Einfluß auf den Geschäftsbetrieb nehmen kann (str.).

Ausnahmen gelten

- soweit bei als öffentlich-rechtliche Körperschaften organisierten Berufsverbänden nicht die öffentlich geregelte Aufgabe, sondern die gewerbliche 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).

Keine Grundrechtsträger sind *ausländische* juristische Personen und Personenvereinigungen, sofern diese nicht kraft (europäischen) Gemeinschaftsrechts im Rahmen der Anwendung desselben durch die Mitgliedstaaten wie inländische Vereinigungen zu behandeln sind (s.o.). Doch stehen auch ausländischen Personenmehrheiten die juristischen Verfahrensgrundrechte der Artt. 19 Abs. 4, 101 Abs. 1, 103 Abs. 1 GG zu.

*Ausländisch* ist eine Vereinigung, wenn sie ihren Sitz, d.h. den tatsächlichen Mittelpunkt der Tätigkeit, nicht im Bundesgebiet hat bzw. wenn sie von Ausländern beherrscht wird.

Fraglich ist, ob der einzelne Berechtigte auf seine Grundrechte als subjektive (Freiheits-)Rechte verzichten kann: Während er von deren Ausübung absehen (vgl. Art. 16 Abs. 1 GG) oder begrenzt auch in einzelne Grundrechtsbeeinträchtigungen einwilligen kann (s.u. 14.III), so ist doch ein **Grundrechtsverzicht** nach h.M. nicht generell und auch nicht bei allen Grundrechten möglich (er scheidet etwa bei Art. 1 Abs. 1 GG sowie hinsichtlich der objektiven Grundrechtswirkungen aus), im übrigen kommt es auf die Intensität des Eingriffs und den Zeitraum des Verzichts an.

**II. Grundrechtsverpflichtete** oder **Grundrechtsadressaten** sind die Träger deutscher öffentlicher Gewalt, also die Legislative, die Exekutive (auch Beliehene, die als Private öffentliche Aufgaben wahrnehmen) und die Judikative (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG); nicht grundrechtsverpflichtet sind zwischenstaatliche, supranationale und internationale Organisationen.

Die Grundrechtsbindung erstreckt sich auch auf sog. **besondere Gewaltverhältnisse** (*Sonderstatusverhältnisse*), wie sie etwa bei Beamten, Schülern oder Strafgefangenen (s. *BVerfGE* 33, 1 - Strafgefangene; 39, 334 [366 f] - Radikale) bestehen.

**III.** Wie oben bereits gezeigt, gelten die Grundrechte gegenüber dem Staat (s. Art. 1 Abs. 3 GG), nicht gegenüber Privaten (außer wenn diese als Beliehene selbst punktuell öffentliche Gewalt ausüben). Eine sog. unmittelbare **Drittwirkung** der Grundrechte besteht nach h.M. grundsätzlich nicht (a.A. *BAGE* 1, 185 [193 f]); Ausnahmen enthalten jedoch Artt. 9 Abs. 3 S. 2, 20 Abs. 4, 38 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 48 Abs. 1 u. 2 GG. Da allerdings der Gesetzgeber und auch die Rechtsprechung an die Grundrechte gebunden sind, kommen die Grundrechte in den Privatrechtsverhältnissen über die zwingenden Normen des Privatrechts, ferner bei der (richterlichen) Rechtsanwendung, insbesondere über die Generalklauseln und Blankettbegriffe insofern zum Tragen, als eine grundrechtskonforme und -orientierte Auslegung entsprechend den objektiven Wertungen der Gesamtrechtsordnung erfolgen muß; man spricht deshalb von einer *mittelbaren Drittwirkung* der Grundrechte kraft der Ausstrahlung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht (s. *BVerfGE* 7, 198 [205] - Lüth; 89, 214 [229 f, 232, 234] - Bürgschaft).

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang darauf, daß die **bundesverfassungsgerichtliche Kontrolldichte** fachgerichtlicher Entscheidungen begrenzt ist: das Bundesverfassungsgericht stellt keine Supertatsachen- oder -revisionsinstanz dar. Es beschränkt sich bei der Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen auf die Prüfung, ob sie "auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von Bedeutung und Reichweite eines Grundrechts beruhen oder willkürlich sind" und somit durch die Fachgerichte "*spezifisches Verfassungsrecht*" verletzt wurde (*BVerfGE* 18, 85 [92 f, 95] - spezifisches Verfassungsrecht). Dies ist der Fall, wenn (1) der Einfluß der Grundrechte ganz oder doch grundsätzlich verkannt wird, (2) die Rechtsanwendung grob und offensichtlich willkürlich ist oder (3) die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschritten werden; die Kontrolldichte nimmt dabei mit der Intensität des fraglichen Grundrechtseingriffs zu, ebenso wenn die Verfassung selbst den entscheidenden Maßstab für die fachgerichtliche Entscheidung abgibt.

## 14. Grundrechtseingriffe und deren Rechtfertigung (Schrankenziehung)

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* (Art. 20 Abs. 3 GG) 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 bzw. PolG/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 der 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.

### I. Eingriffsbegriff

Ein **Grundrechtseingriff** ist jede durch die deutsche Staatsgewalt in zurechenbarer Weise verursachte nachteilige Beeinträchtigung des durch den Schutzbereich erfaßten Schutzgegenstandes. Dabei läßt sich der "*klassische*" *Grundrechtseingriff* als einseitige, verbindliche Verhaltensanordnung gegenüber einem Adressaten definieren, durch die final (= zielgerichtet) und unmittelbar ein grundrechtlich geschütztes Rechtsgut überwiegend nachteilig in erheblicher Weise beeinträchtigt wird. Mit der Ausprägung des modernen sozialen Rechtsstaats hat sich der vom liberalen Grundrechtsverständnis beeinflusste klassische Eingriffsbegriff als zu eng erwiesen, da er dem Staat zuzurechnende faktische Grundrechtseingriffe sowie sonstige mittelbare Grundrechtseingriffe oder Drittbeeinträchtigungen nicht erfaßt. Er muß somit erweitert werden zum "*modernen*" *Eingriffsbegriff*, der jedes staatliche Handeln umfaßt, das dem einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich (faktisch, informal), mit oder ohne Befehl und Zwang erfolgt. Dabei muß diese Wirkung von einem zurechenbaren Verhalten der öffentlichen Gewalt ausgehen. Keine Eingriffe stellen bloße Unbequemlichkeiten oder Lästigkeiten dar.

### II. 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 "grundlegende Bereiche" (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* (z.B. Artt. 2 Abs. 2 S. 3; 8 Abs. 2 GG) 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; 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.);

daneben treten die *Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt*.

Auch bei den **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 Verfassungsbestimmung 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. die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (= Verhältnismäßigkeit i.e.S.) der Schrankenziehung, sowie die sog. *Wesensgehaltsgarantie* des Art. 19 Abs. 2 GG.

### III. Exkurs: 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 zur 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 von sog. Massenuntersuchungen).

Die **Wirksamkeit der Einwilligung** richtet sich nach den selben 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 erfolgter Androhung anderenfalls zwangsweiser Anordnung und Durchführung) einwilligen,
- was unter Umständen eine Belehrung über die Bedeutung, Gefährlichkeit und Nachwirkungen des Eingriffs erfordert, daneben aber z.B. auch eine erweiterte strafprozessuale Belehrung über die Beschuldigtenrechte und die fehlende Verpflichtung zur aktiven Mitwirkung (Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, *nemo tenetur se ipsum accusare/prodere*) erfordert.
- Ferner muß der einzelne auch dispositionsbefugt sein.

Die Einwilligung ist jederzeit frei widerruflich (allerdings bleibt im Strafverfahren grundsätzlich verwertbar, was bis dahin ermittelt ist).

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

## 15. Einzelne Grundrechtsgewährleistungen

### I. Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Mit der Menschenwürde (als oberstem Wert des Grundgesetzes und tragendem Konstitutionsprinzip) ist der soziale Wert und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, ihn zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Jedem Menschen ist sie eigen ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Verletzbar ist der Wert und Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt.

Aufgabe: Achtung und Schutz der Menschenwürde gehören als Reaktion auf die nationalsozialistischen Verbrechen zu den tragenden Konstitutionsprinzipien der Verfassung (vgl. Art. 79 Abs. 3 GG), die "freie menschliche Persönlichkeit und ihre Würde stellen den höchsten Rechtswert innerhalb der verfassungsgemäßen Ordnung dar" (*BVerfGE* 45, 187 [227] - Lebenslange Freiheitsstrafe). Sie kommt jedem zu, "ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status" (*BVerfGE* 87, 209 [228] - § 131 StGB), unerheblich ist auch, "ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß" (*BVerfGE* 39, 1 [41] - Schwangerschaftsabbruch I). Somit kann man seine Menschenwürde auch nicht verlieren oder verwirken. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde ist nicht nur objektives Recht, sondern vermittelt nach h.M. auch ein subjektives Recht des einzelnen.

Grundrechtsinhalt: Was genau der Inhalt des Begriffs der Menschenwürde ist, läßt sich abstrakt kaum definieren, weshalb versucht worden ist, die Menschenwürde vom Verletzungsvorgang her zu umschreiben, nämlich in Anschluß an *Dürig* mit der sog. *Objektformel*. Danach ist die Menschenwürde "getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird" (*Dürig* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 1 Abs. 1 [Erstbearbeitung] Rn 28). "Mit der Menschenwürde als oberstem Wert des Grundgesetzes und tragendem Konstitutionsprinzip ist der soziale Wert und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, ihn zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt" (*BVerfGE* 6, 32 [36, 41]; 30, 1 [26]). Jedem Menschen ist sie eigen ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Verletzbar ist der Wert und Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt (vgl. *BVerfGE* 87, 209 [228]). Was die Achtung der Menschenwürde im einzelnen erfordert, kann von den jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnissen nicht völlig gelöst werden (vgl. *BVerfGE* 45, 187 [229]). Eine Verletzung des Achtungsanspruchs kann nicht nur in der Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung oder Ächtung von Personen (vgl. *BVerfGE* 1, 97 [104]), sondern auch in der Kommerzialisierung menschlichen Daseins liegen." (*BVerfGE* 96, 375 [399] - Kind als Schaden)

Grundrechtsschranken: Die Garantie der Menschenwürde unterliegt nach h.M. keinen Beschränkungsmöglichkeiten, auch nicht durch andere Verfassungsgüter, da ihr der höchste Rang im Grundgesetz zukommt. So stellt jeder Eingriff in den Schutzbereich zugleich eine Verletzung der Menschenwürde dar. Grundrechtsträger sind alle natürlichen Personen; Menschenwürde kommt (als subjektives Recht) auch dem ungeborenen Leben zu, darüber hinaus dem Verstorbenen

## II. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit schützt - als Auffanggrundrecht - jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt und garantiert somit die Freiheit des einzelnen, zu tun und zu lassen, was er will.

Aufgabe: Das *Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit* schützt jede Form menschlichen Handelns (Tun und Unterlassen) "ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt" (BVerfGE 80, 137 [152 f] - Reiten im Walde), soweit es nicht von dem Schutzbereich eines anderen Freiheitsrechts erfaßt wird; es ist somit (nur) ein subsidiäres (Auffang-) Grundrecht.

Grundrechtsinhalt ist die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne, d.h. "die Freiheit des einzelnen, [grundsätzlich] zu tun und zu lassen, was er will"; es umfaßt etwa die Vertragsfreiheit, die Fortbewegungsfreiheit (soweit nicht von Art. 2 Abs. 2 S. 2 oder Art. 11 GG erfaßt), die Ausreisefreiheit, ferner die Selbstgefährdung und auch die Selbsttötung (str.)

Grundrechtskonkurrenzen: bloßes Auffanggrundrecht (s.o.)

Die Grundrechtsschranken werden durch die sog. *Schrankentrias* der Rechte anderer, der verfassungsgemäßen Ordnung und des Sittengesetzes gezogen (das Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG findet keine Anwendung):

- Die *verfassungsgemäße Ordnung* meint hier (beachte den insoweit uneinheitlichen Sprachgebrauch des Grundgesetzes) als *verfassungsgemäße Rechtsordnung* "alle formell und materiell verfassungsgemäßen Gesetze" (BVerfGE 6, 32 [37] - Elfes, st. Rspr.).
- Die *Rechte anderer* sind Bestandteil der verfassungsgemäßen Ordnung.
- Das *Sittengesetz* umfaßt "alle anerkannten Wertvorstellungen unserer Rechtsgemeinschaft" (als Anwendungsfall wurde bisher nur die Homosexualität angesehen - fragl., BVerfGE 6, 389 [434]).

Bei der Schrankenziehung ist insbesondere auf die *Verhältnismäßigkeit* des Eingriffs als *Schranken-Schranke* zu achten, also auf die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Eingriffs.

Merke, ein rechtswidriger Eingriff liegt nicht nur vor, wenn es an einer formell und materiell verfassungsmäßigen gesetzlichen Eingriffsgrundlage fehlt, sondern auch, wenn zwar ein verfassungsgemäßes Gesetz besteht, dieses aber fehlerhaft (nämlich gesetz- oder verfassungswidrig [etwa wegen Verkennens der objektiven Wertordnung der Grundrechte]) angewandt wird; somit bietet Art. 2 Abs. 1 GG umfassenden Schutz vor rechtswidrigen staatlichen Eingriffen.

Grundrechtsträger: jedermann, insbesondere kommt über Art. 2 Abs. 1 GG Ausländern auch dort ein Grundrechtsschutz zu, wo der Schutzbereich spezieller Freiheitsrechte auf Deutsche beschränkt ist; auch (inländische) juristische Personen des Privatrechts sind geschützt

## III. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Artt. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht soll die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen gewährleisten, indem es jedem einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung sichert, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann.

Aufgabe des durch die Rechtsprechung aus Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1) GG herausgebildeten und zu einem eigenen Grundrecht verfestigten *Allgemeinen Persönlichkeitsrechts* (Abwehrrecht) ist es - im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der Würde des Menschen - "die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten", die sich durch die tradi-

tionellen konkreten Freiheitsrechte nicht vollständig erfassen lassen, insbesondere gegenüber neuen Gefährdungen der Persönlichkeitsentfaltung (*BVerfGE* 54, 148 [153] - Eppler; 101, 361 [380] - Caroline von Monaco).

Es schließt somit die Lücke zwischen der Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), indem es neben dem ersteren (als Recht auf aktive Betätigung) dem einzelnen ein Recht gewährleistet, "in Ruhe gelassen zu werden", ohne daß ein Eingriff zugleich eine Verletzung der Menschenwürde ("als höchstem Rechtswert innerhalb der verfassungsgemäßen Ordnung") bedeuten muß.

**Grundrechtsinhalt:** Es sichert "jedem einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann" (*BVerfGE* 79, 256 [268]).

Hiernach sind insbesondere die Rechte der *Selbstbestimmung* (d.h. auf persönliche Lebensgestaltung), der *Selbstbewahrung* (z.B. Schutz der eigenen medizinischen Daten) und *Selbstdarstellung* (z.B. Schutz vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen der eigenen Person in der Öffentlichkeit) geschützt. Das *Allgemeine Persönlichkeitsrecht* wurde vor allem anhand von Fallgruppen entwickelt (und deckt sich nicht unbedingt mit dem zivilrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts); als Beispiele seien genannt:

- der Schutz eines persönlichen Bereichs ("engere persönliche Lebenssphäre"), dabei umfaßt der Schutz der Privatsphäre alle Angelegenheiten, die wegen ihres Informationsgehalts typischerweise als privat eingestuft werden (etwa familiärer Umgang zwischen Eltern und Kindern bzw. Eheleuten, Sexuelsphäre), aber auch einen räumlichen Bereich, in dem der einzelne zu sich kommen, entspannen oder auch gehenlassen kann (und dies nicht nur im häuslichen Bereich, sondern auch an Örtlichkeiten, die von der breiten Öffentlichkeit deutlich abgeschieden sind)
- das Recht am eigenen Wort und eigenen Bild,
- das Recht der persönlichen Ehre,
- das Verbot staatlichen Zwangs zur Selbstbezeichnung (*nemo-tenetur-Grundsatz*, Selbstbelastungsfreiheit),
- das Verbot unwiderruflichen Abschneidens von Zukunftschancen (u.a. auch Recht auf Resozialisierung)
- und das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Artt. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG.**

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet dem einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen (also insbesondere zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden).

**Aufgabe:** Es soll "unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten" bewirken (*BVerfGE* 65, 1 [43] - Volkszählung), begründet also verfassungsrechtlich den Datenschutz.

**Grundrechtsinhalt:** Es "gewährleistet die Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen" (*BVerfGE* 65, 1 [43] - Volkszählung), d.h. "zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden" (*BVerfGE* 65, 1 [45] - Volkszählung). Angesichts der infolge der Datenverarbeitung möglichen Verknüpfung einzelner Daten zu einem Persönlichkeitsbild gibt es heute eigentlich kein belangloses Datum mehr (*BVerfGE* 65, 1 [45] - Volkszählung).

**Grundrechtschranken** ergeben sich nach h.M. aus Art. 2 Abs. 1 GG (*Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2 Rn 45), d.h. dessen *Schrankentrias* (Rechte anderer, verfassungsgemäße Ordnung, Sittengesetz; siehe dazu unten) ist anwendbar (damit greift das Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 GG nicht), wobei insbesondere deren *Schranken-Schranken* durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Übermaßverbot) wie auch die Rückbeziehung auf die Menschenwürde zu beachten sind (nach **a.A.** ist auf die engere Verwandtschaft des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur - nach h.M. uneinschränkbaren - Menschenwürde abzustellen, was allerdings nicht bedeuten kann, daß das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, zumal als weitreichendes Grundrecht, schrankenlos gilt, vielmehr muß es zumindest durch andere Verfassungsgüter beschränkbar sein; v. *Münch*, StaatsR II, Rn 321).

Bei der Schrankenziehung erfolgt meist eine (mehr bildhafte, denn rechtlich aussagekräftige) Differenzierung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts entsprechend der sog. **Sphärentheorie** (dazu v. Münch, StaatsR II, Rn 322; Richter/Schuppert/Bumke, Casebook VerfassungsR, S. 83; s.a. BVerfGE 34, 238 - Tonband; 80, 367 - Tagebuch):

- Auf einen *Kernbereich* als "unantastbarem Bereich privater Lebensgestaltung, der der Einwirkung staatlicher Gewalt entzogen ist" (vgl. zu diesem - bezogen auf die Wohnung - BVerfG, NJW 2004, 999 [1002, 1003 f] - Großer Lauschangriff),
  - folgt die *Intimsphäre* (die zu Unrecht teilweise mit dem Kernbereich gleichgesetzt wird; wie hier v. Münch, StaatsR II, Rn 322), in die nur ausnahmsweise eingegriffen werden darf.
  - Um diese Sphäre herum liegt die sog. *Privatsphäre* persönlicher, privater Lebensgestaltung, in der der einzelne das Recht hat, in Ruhe gelassen zu werden. Für sie gelten die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG (streitig ist, ob hier eine Einschränkung nur durch ein formelles Gesetz erfolgen kann; dazu Kunig in v. Münch/Kunig, GGK I, Art. 2 Rn 42 auch i.V.m. 23), wobei allerdings der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz strikt zu wahren ist.
  - Für die äußerste Sphäre des Auftretens des einzelnen in der Öffentlichkeit (d.h. seine Beziehungen zur Umwelt, sein öffentliches, wirtschaftliches und berufliches Wirken), die sog. *Sozial- oder Individualsphäre*, sind Beschränkungen unter weniger strengen Anforderungen möglich (wenn insofern überhaupt noch eine besonders zu schützende private Persönlichkeitssphäre anzuerkennen ist).
- Auch nach dem BVerfG (insb. seit BVerfGE 65, 1 [45] - Volkszählung; zur Ausgestaltung der Sphärentheorie in der Rechtsprechung des BVerfG s. etwa Störmer, Jura 1991, 17 [19]) ist allerdings weniger die Zuordnung zu einer der verschiedenen Sphären maßgebend, denn die Abgrenzung des unantastbaren Kernbereichs von der beschränkbareren Privatsphäre und deren Binnendifferenzierung entsprechend des Sozialbezugs; es ist eine auf den Einzelfall bezogene Wertung und Abwägung vorzunehmen.

Grundrechtsträger: jedermann, beschränkt auch juristische Personen des Privatrechts (str.)

#### **IV. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG**

Das Recht auf Leben schützt das körperliche Dasein, also die biologisch-physische Existenz.

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit schützt die menschliche Gesundheit vor Beeinträchtigungen im biologisch-physischen Sinn wie im psychischen Bereich, aber auch allgemein die körperliche Integrität.

Aufgabe: Das Recht auf Leben wie das Recht auf körperliche Unversehrtheit wurden als Reaktion auf die nationalsozialistischen Verbrechen geschaffen, wobei das Recht auf Leben *einen* Höchstwert innerhalb der Verfassung darstellt (BVerfGE 39, 1 [42] - Schwangerschaftsabbruch I; 46, 160 [164] - Schleyer; 49, 24 [53] - Kontaktsperre). Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG enthält neben einem Abwehrrecht auch eine objektive Wertentscheidung, die die staatlichen Organe zum Schutz und zur Förderung der geschützten Rechtsgüter verpflichtet, gerade auch vor rechtswidrigen Eingriffen seitens anderer (umfassende staatliche Schutzpflicht, vgl. BVerfG a.a.O.).

Grundrechtsinhalt: Schutzgut ist die körperliche Integrität. Dabei schützt das Recht auf Leben das körperliche Dasein (die biologisch-physische Existenz) und das Recht auf körperliche Unversehrtheit vor Einwirkungen auf die menschliche Gesundheit im biologisch-physischen Sinn, daneben aber auch vor solchen im psychischen Bereich, *soweit* diese Einwirkungen körperlichen Eingriffen gleichstehen (etwa der Zufügung von Schmerzen entsprechen; BVerfGE 56, 54 [75] - Fluglärm).

Grundrechtsschranken: Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG enthält einen allgemeinen Schrankenvorbehalt und ermöglicht Eingriffe "auf Grund eines [nach h.M.: förmlichen; v. Münch, StaatsR II, Rn 342] Gesetzes", aber auch: durch ein Gesetz

Grundrechtsträger ist jede natürliche Person (auch das werdende Leben im Mutterleib ist Träger des Grundrechts auf Leben, h.M.).

## V. Meinungsfreiheit i.e.S., Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG

Die Meinungsfreiheit (i.e.S.) gewährleistet jedermann, frei (d.h. ohne Begründungszwang, staatliche Lenkung, Behinderung oder sonstige Beeinträchtigung) zu sagen bzw. in sonstiger Weise auszudrücken, was er denkt oder fühlt. Der Begriff der "Meinung" ist dabei grundsätzlich weit zu verstehen und umfaßt neben Werturteilen auch Tatsachenbehauptungen, (jedenfalls) soweit sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind; nicht geschützt sind bewußt oder unzweifelhaft unwahre Tatsachenbehauptungen. Neben der positiven ist auch die negative Meinungsfreiheit (nämlich sich nicht zu äußern) geschützt. Wenn auch die Freiheit der Meinungsbildung mit geschützt ist, so unterfällt das Sammeln von Informationen hierzu doch eher der Informations- und nicht der Meinungsfreiheit.

**Die Meinungsfreiheit i.w.S. (tw. auch: Kommunikations- und Medienfreiheiten), Art. 5 Abs. 1 GG**, umfaßt insgesamt fünf Grundrechte, nämlich

- die *Meinungsfreiheit*, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG, als das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (dazu sogleich),
- die *Informationsfreiheit*, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG, als das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten,
- die *Pressefreiheit*, Art. 5 Abs. 1 S. 2 (Var. 1) GG,
- die *Freiheit der Rundfunkberichterstattung* (Hörfunk und Fernsehfunk; sog. Rundfunkfreiheit), Art. 5 Abs. 1 S. 2 (Var. 2) GG, und
- die *Freiheit der Filmberichterstattung* (sog. Filmfreiheit), Art. 5 Abs. 1 S. 2 (Var. 3) GG.

Aufgabe: Das Grundrecht der Meinungsfreiheit (i.e.S.) wird von dem BVerfG zu den vornehmsten Menschenrechten überhaupt gezählt und als für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung konstituierend angesehen (*BVerfGE* 7, 198 [208] - Lüth). Daher ist der "Begriff der 'Meinung' ... grundsätzlich weit zu verstehen: Sofern eine Äußerung durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens und Meinens geprägt ist, fällt sie in den Schutzbereich des Grundrechts" (*BVerfGE* 61, 1 [9] - Wahlkampf / CSU: NPD Europas). Umstritten ist allerdings, inwieweit die Meinungsfreiheit neben der Abgabe von Werturteilen (unstr.) auch Tatsachenbehauptungen umfaßt: während das BVerfG Tatsachenbehauptungen nur dann in den Schutzbereich einbezieht, wenn sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind und bewußt und unzweifelhaft unwahre Tatsachenbehauptungen ausnimmt (E 61, 1 [8 ff]; 85, 1 [15] - Kritische Bayer-Aktionäre; 90, 241 [249] - Auschwitzlüge; 99, 185 [197] - Scientology; zust. *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5 Rn 5; *Manssen*, StaatsR II, Rn 338 ff), wird tw. in der Literatur solch eine Differenzierung abgelehnt (*J. Ipsen*, StaatsR II, Rn 387 ff, insb. 390; v. *Münch*, StaatsR II, Rn 361 ff; *Pieroth/Schlink*, GrundR, Rn 552 ff, insb. 555).

Grundrechtsinhalt: Die *Meinungsfreiheit* gewährleistet jedermann, frei und ohne Begründungszwang zu sagen bzw. in sonstiger Weise auszudrücken, was er denkt oder fühlt. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als "richtig" oder "falsch", "wertvoll" oder "wertlos", "harmlos" oder "gefährlich" eingeschätzt wird und erfaßt auch polemische und übersteigerte sowie sogar beleidigende Äußerungen. Der weit zu verstehende Begriff der "Meinung" umfaßt neben *Werturteilen* ("Meinung" i.e.S., nämlich als Stellungnahme, Dafürhalten) auch *Tatsachenbehauptungen* (= dem Beweis zugängliche Äußerungen über vergangene oder gegenwärtige äußere oder innere Umstände; sie sind somit wahr oder falsch)<sup>14</sup>, jedenfalls soweit sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind. Nicht geschützt sind nach h.M. aber bewußt oder unzweifelhaft unwahre Tatsachenbehauptungen (so z.B. die sog. Auschwitz- oder Gaskammerlüge, gegen die - wie in der Lit. zutreffend eingewandt wird - aber auch im Wege der Schrankenziehung vorgegangen werden kann, s. etwa v. *Münch*, StaatsR II, Rn 408). Bei der Abgrenzung von Werturteilen und Tatsachenbehauptungen kommt es auf den objektiven Sinngehalt an, in Überschneidungsfällen ist von einer Meinung auszugehen; erfaßt werden auch Fragen (*BVerfGE* 85, 23 [31]).

<sup>14</sup> Die Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen findet sich auch bei den Beleidigungsdelikten (§§ 185 ff StGB), ferner bei dem Betrugstatbestand (§ 263 StGB).



Neben der positiven Meinungsfreiheit (also der Freiheit, eine Meinung zu äußern) ist auch die sog. *negative Meinungsfreiheit* (eine Meinung nicht zu äußern) geschützt; keine Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 GG sind aber Angaben statistischer Art oder auf andere amtliche Befragungen, so daß Informationseingriffe im Wege der Datenerhebung nicht unter die negative Meinungsfreiheit fallen (BVerfGE 65, 1 [40 f.] - Volkszählung). Die Verpflichtung, eine staatliche Information als eine solche zu verbreiten, berührt nicht die Meinungsfreiheit (BVerfGE 95, 173 [182] - Warnhinweise für Tabakerzeugnisse).

Wenn Art. 5 Abs. 1 GG als *geschützte Medien* lediglich Wort, Schrift und Bild nennt, so nur beispielhaft; geschützt sind alle Formen der Meinungsäußerung und -verbreitung.

Geschützt ist mit der Meinungskundgabe auch die Wahl des Ortes und ihrer Zeit (nicht aber das "Aufzwingen" einer Meinung). Neben dem *Äußern* und *Verbreiten* als Kundgabeform (beide lassen sich nicht streng voneinander trennen) ist auch das "Ankommen" der Meinungsäußerung beim Adressaten geschützt, also daß diese empfangen werden kann.

[BVerfGE 61, 7] »Dieses Grundrecht gewährleistet, ohne ausdrücklich zwischen "Werturteil" und "Tatsachenbehauptung" zu unterscheiden, jedermann das Recht, seine Meinung frei zu äußern: Jeder soll frei sagen können, was er denkt, auch wenn er keine nachprüfaren Gründe für sein Urteil angibt oder angeben kann (BVerfGE 42, 163 [170 f.]); zugleich ist es der Sinn von Meinungsäußerungen, geistige Wirkung auf die Umwelt ausgehen zu lassen, meinungsbildend und überzeugend zu wirken. Deshalb sind Werturteile, die immer eine geistige Wirkung erzielen, nämlich andere überzeugen wollen, vom Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt. Der Schutz des Grundrechts bezieht sich in erster Linie auf die eigene Stellungnahme des Redenden (BVerfGE 7, 198 [210]). Unerheblich ist, ob seine Äußerung "wertvoll" oder "wertlos", "richtig" oder "falsch", emotional oder rational begründet ist (BVerfGE 33, 1 [14 f.]). Handelt es sich im Einzelfall um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, dann spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede (BVerfGE 7, 198 [212]). Auch scharfe und übersteigerte Äußerungen fallen, namentlich im öffentlichen Meinungskampf, grundsätzlich in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG

[BVerfGE 61, 8] (vgl. BVerfGE 54, 129 [139]); die Frage kann nur sein, ob und inwieweit die Vorschriften der allgemeinen Gesetze und das Recht der persönlichen Ehre (Art. 5 Abs. 2 GG) hier Grenzen ziehen können.

Für Tatsachenbehauptungen gilt dies nicht in gleicher Weise. Unrichtige Information ist unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Gut (BVerfGE 54, 208 [219]). Die bewußte Behauptung unwahrer Tatsachen ist durch Art. 5 Abs. 1 GG nicht mehr geschützt; gleiches gilt für unrichtige Zitate (BVerfG, a.a.O.). Im übrigen bedarf es der Differenzierung, wobei es namentlich darum geht, die Anforderungen an die Wahrheitspflicht nicht so zu bemessen, daß darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leiden kann (BVerfGE, a.a.O. [219 f.]). Der Satz, die Vermutung spreche für die Zulässigkeit der freien Rede, gilt infolgedessen für Tatsachenbehauptungen nur eingeschränkt; soweit unrichtige Tatsachenbehauptungen nicht schon von vornherein außerhalb des Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verbleiben, sind sie Einschränkungen auf Grund von allgemeinen Gesetzen leichter zugänglich als das Äußern einer Meinung.

Konstitutiv für die Bestimmung dessen, was als Äußerung einer "Meinung" vom Schutz des Grundrechts umfaßt wird, ist mithin das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung; auf den Wert, die Richtigkeit, die Vernünftigkeit der Äußerung kommt es nicht an. Die Mitteilung einer Tatsache ist im strengen Sinne keine Äußerung einer "Meinung", weil ihr jenes Element fehlt. Durch das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt ist sie, weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen ist, welche Art. 5 Abs. 1 GG in seiner Gesamtheit gewährleistet. Was dagegen nicht zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung beitragen kann, ist nicht geschützt, insbesondere die erwiesen oder bewußt unwahre Tatsachenbehauptung. Im Gegensatz zur eigentlichen Äußerung einer Meinung kann es also für den verfassungsrechtlichen Schutz

[BVerfGE 61, 9] einer Tatsachenmitteilung auf die Richtigkeit der Mitteilung ankommen.

Von hier aus ist der Begriff der "Meinung" in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG grundsätzlich weit zu verstehen: Sofern eine Äußerung durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, fällt sie in den Schutzbereich des Grundrechts. Das muß auch dann gelten, wenn sich diese Elemente, wie häufig, mit Elementen einer Tatsachenmitteilung oder -behauptung verbinden oder vermischen, jedenfalls dann, wenn beide sich nicht trennen lassen und der tatsächliche Gehalt gegenüber der Wertung in den Hintergrund tritt. Würde in einem solchen Fall das tatsächliche Element als ausschlaggebend angesehen, so könnte der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit wesentlich verkürzt werden.« (BVerfGE 61, 1 - Wahlkampf - "CSU: NPD Europas")

Grundrechtsschranken: Art. 5 Abs. 2 GG enthält einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, nämlich insbesondere des "allgemeinen Gesetzes", daneben der "gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend" und dem "Recht der persönlichen Ehre" (das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG greift insoweit nicht). Bei der Schrankenziehung ist Art. 5 Abs. 1 S. 3 (Zensurverbot) als eine Schranken-Schranke zu berücksichtigen.

*Allgemeine Gesetze* sind solche, die "sich weder gegen die Meinungsfreiheit an sich noch gegen bestimmte Meinungen richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen" (st. Rspr. seit *BVerfGE* 7, 198 [209] - Lüth; 97, 125 [146] - Caroline von Monaco I), also dem Schutze eines Gemeinschaftswertes, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit Vorrang hat (zur Wechselwirkungslehre s.u.). (Der Begriff des allgemeinen Gesetzes ist somit enger als der eines abstrakt-generell formulierten Gesetzes; die Schranken müssen im übrigen nicht durch förmliche Gesetze selbst gezogen werden, sondern auch auf eine formell-gesetzliche Ermächtigung gestützte andere Rechtsvorschriften in Betracht; *Jarass/Piero*, GG, Art. 5 Rn 55).

Im Rahmen der Schrankenziehung ist die sog. *Wechselwirkungslehre* zu beachten: So können allgemeine Gesetze nicht beliebig die Meinungsfreiheit i.w.S. einschränken, sie sind ihrerseits "aus der Erkenntnis der Bedeutung" dieser Grundrechte "im freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat auszulegen und so in ihrer diese Grundrechte beschränkenden Wirkung selbst wieder einzuschränken" (st. Rspr. seit *BVerfGE* 7, 198 [208 f] - Lüth; 71, 206 [214] - STERN / Gerichtsberichterstattung). Im Rahmen der Abwägung ist zu berücksichtigen, ob es sich bei der Meinungsäußerung um einen "Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage" handelt. Dann spricht dies für den Vorrang der Meinungsfreiheit i.w.S. "Anderes kann gelten, wenn ein solcher Öffentlichkeitsbezug fehlt und lediglich der Sensation wegen berichtet wird oder Angelegenheiten aus der Privatsphäre eines Betroffenen ans Licht gezogen werden (vgl. *BVerfGE* 34, 269 [283] - Soraya); dies wird von der ratio der besonderen Bedeutung der Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG nicht umfaßt." (*BVerfGE* 71, 206 [220] - STERN / Gerichtsberichterstattung)

Grundrechtsträger der Meinungsfreiheit i.e.S. sind alle natürlichen Personen (grundsätzlich auch Minderjährige) sowie juristische Personen des Privatrechts

## VI. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Die Kunstfreiheit schützt neben der eigentlichen künstlerischen Tätigkeit (sog. Werkbereich) auch die Vermittlung des Kunstwerks an Dritte (sog. Wirkbereich). Geschützt sind alle Formen der Kunstausbübung; der verfassungsrechtliche Kunstbegriff ist ein weiter und umfaßt jede freie schöpferische Gestaltung, durch die Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers mit dem Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden.

Aufgabe: Sinn und Aufgabe der Kunstfreiheit "ist es vor allem, die auf der Eigengesetzlichkeit der Kunst beruhenden, von ästhetischen Rücksichten bestimmten Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen von jeglicher Ingerenz öffentlicher Gewalt freizuhalten" (*BVerfGE* 30, 173 [190] - Mephisto). Neben diesem Abwehranspruch beinhaltet Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG die staatliche Verpflichtung zur Pflege und Förderung der Kunst (*BVerfGE* 81, 108 [116]); die Kunstfreiheit ist *lex specialis* zu Art. 5 Abs. 1 GG.

Grundrechtsinhalt: Die Freiheit des künstlerischen Schaffensprozesses wird umfassend geschützt und erfaßt neben dem sog. *Werkbereich* der Kunstausbübung (also Erstellen des Kunstwerks, einschließlich der vorbereitenden Handlungen hierzu, z.B. Üben) auch den sog. *Wirkbereich*, nämlich die Vermittlung der Kunst an Dritte (einschließlich der Werbung dafür), aber nicht mehr die wirtschaftliche Verwertung der Kunstwerke.

Da ein feststehender außerrechtlicher *Kunstbegriff* als Anknüpfungspunkt fehlt, stellt sich die Aufgabe, einen verfassungsrechtlichen Kunstbegriff zu definieren, d.h. diesen aus der Verfassung selbst zu entwickeln, um so dem Grundrecht (insbesondere als individuellem Freiheitsrecht) und seinen Schranken justitiable Konturen zu geben. Dabei ergibt sich angesichts der Unzulässigkeit inhaltlicher Festlegung (Zensur) und der Notwendigkeit der Offenheit für die Avantgarde das Problem begrifflicher, insbesondere inhaltlicher Definition ohne gleichzeitige Festlegung auf eine bestimmte Kunst- richtung oder -auffassung. Im Hinblick auf das Verbot einer Inhaltskontrolle und das Erfordernis, *alle* Kunst - neben der höheren die niedrige (bzw. naive), neben der guten auch die schlechte Kunst - an dem grundrechtlichen Schutz künstlerischer Freiheit teilhaben zu lassen, erweist sich alsbald eine

generelle Definition *der* Kunst als unmöglich. Hieraus ein verfassungsrechtliches Verbot der Definition der Kunst abzuleiten, wäre jedoch falsch. Es erwies sich im Hinblick auf die erforderliche Schrankenziehung - da letztlich für die Kunst nachteilig - als zweifelhaft und vermochte auch aus dogmatischen Gründen nicht zu überzeugen. Wenn hiernach im Einzelfall eine inhaltliche Grenzziehung zu versuchen ist, dann auf der Grundlage eines weiten Kunstbegriffs, der etwa auch Aktionskunst, politische Kunst, Satire und ggf. sogar Pornographie umfaßt. Dabei wird - ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - überwiegend auf folgende Definitionsansätze zurückgegriffen (dazu *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 20. Aufl. 2004, Rn 610-613):

- Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 GG ist die "freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden" (*BVerfGE* 30, 173 [189] - Mephisto; 67, 213 [226] - Anachronistischer Zug), hiernach ist Kunst das Ergebnis eines künstlerischen Schaffensprozesses (sog. *materieller, wertbezogener Ansatz*),
- das Kunstwerk muß auf der Grundlage einer formalen, typologischen Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllen (sog. *formaler, typologischer Ansatz*) oder
- sich im Wege fortgesetzter Interpretation immer neuen Deutungen erschließen (sog. *kunst-/zeichentheoretischer Ansatz*), das Kunstwerk wäre somit eine künstlerische Komposition verschiedener Zeichen, die über ihre alltägliche Aussagefunktion hinaus unerschöpfliche, vielstufige Informationen vermitteln (*BVerfGE* 67, 213 [227 f] - Anachronistischer Zug).

Sonstige mögliche Bestimmungskriterien sind die subjektive Kunsteinschätzung durch den Urheber (sog. *subjektiver Kunstbegriff*) oder die Betrachtung als Kunstwerk durch einen in Kunstfragen kompetenten Dritten (ausreichend ist dann die "Vertretbarkeit" als Kunst; sog. *Drittanerkenntnis*).

Schrankenziehung: Die Kunstfreiheit ist nach Art. 5 Abs. 3 GG ein vorbehaltlos gewährleistetes, sog. absolutes Grundrecht. Da sich aber Konflikte zwischen der Kunstfreiheit und anderen, ihr widerstrebenden Verfassungsgütern ergeben können, die, jedenfalls in sozialverträglicher Weise, nicht stets zugunsten der Kunst entschieden werden können, müssen diese Konflikte im Einzelfall gelöst werden, und zwar "nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung" (*BVerfGE* 30, 173 [193] - Mephisto). Dabei ist wie folgt vorzugehen: Zunächst ist, insbesondere bei Vieldeutigkeit des Kunstwerks, eine Interpretation des Kunstwerks verfassungsrechtlich geboten (Gesamtschau des Werks unter Berücksichtigung des künstlerischen Gesamtkonzepts), erst dann sind die Schranken zu bestimmen. Hierbei werden folgende Ansätze zur *Schrankenbestimmung* diskutiert (zum Ganzen: *I. v. Münch*, StaatsR II, 5. Aufl. 2002, Rn 226-232, 269-273, 421 f; *J. Ipsen*, StaatsR II, 6. Aufl. 2003, Rn 482 ff):

- Zunächst ist an etwaige *grundrechtsimmanente Schranken* zu denken, nämlich ob und inwieweit durch Interpretation der Merkmale des Grundrechts in Verbindung mit ihrer Konkretisierung im Gesamtzusammenhang der Verfassung schon bei der Begriffsbestimmung/-begrenzung das Wirkungsmaß des Grundrechts als limitiert angesehen werden muß. (So umfaßt die Kunstfreiheit nicht die Freiheit, die Rechte anderer zu beeinträchtigen, etwa durch Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums; vgl. *BVerfG*, NJW 1984, 1293 [1294] - Sprayer von Zürich.)
- Eine teilweise vorgeschlagene *Anwendung der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG* ("Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre") wird allgemein als der Gesetzessystematik widersprechend (Abs. 3 als *lex specialis* zu Abs. 1) abgelehnt (*BVerfGE* 30, 173 [191 f.]). (Anders ist dies jedoch, wenn insoweit zwischen dem Werk- und Wirkungsbereich unterschieden und letzterer Art. 5 Abs. 1 GG zugewiesen wird.)
- Ebenfalls überwiegend abgelehnt (*BVerfGE* 30, 173 [192]) wird eine unmittelbare *Anwendung der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG* ("... Rechte anderer ... verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz"), da Art. 2 Abs. 1 GG nur ein Auffanggrundrecht, aber kein übergeordnetes - beschränkendes - "Hauptfreiheitsrecht" ist (Freiheitsrechte als *leges speciales* zur allgemeinen Handlungsfreiheit). Zudem würde die Unterscheidung zwischen den formal uneinschränkbar Grundrechten und solchen mit Gesetzesvorbehalt aufgehoben, und angesichts der Auslegung der "verfassungsmäßigen Ordnung" in Art. 2 Abs. 1 GG als Summe aller materiell und formell verfas-

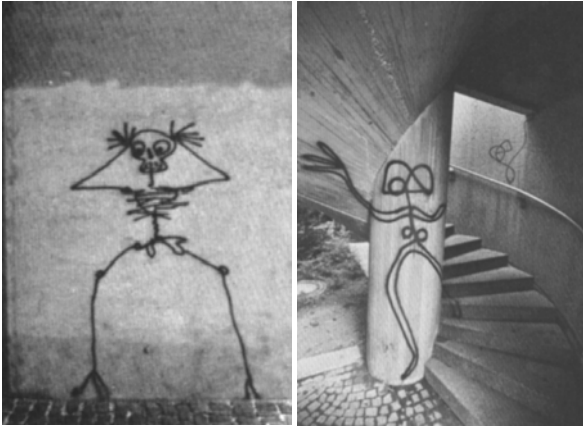
sungsgemäßen Gesetze wären alle Freiheitsrechte dann sogar durch ein einfaches Gesetz beschränkbar. Dasselbe gilt grundsätzlich für eine analoge Anwendung der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG, zumal eine so angestrebte differenzierende Auslegung der Schrankentrias die Identität der Schrankentrias in Frage stellen würde. - Allerdings sind die (durch die Verfassung geschützten Rechtsgüter und) Rechte anderer und das Sittengesetz als Ausdruck einer ethisch immanenten Begrenzung (zumindest soweit sie Ausdruck der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes ist) auch im Rahmen der Güterabwägung Leitprinzipien.

- Der in der älteren Rechtsprechung des BVerwG's vertretene sog. *Gemeinschaftsvorbehalt* (sofern ein anderes Grundrecht oder die Güter, die für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendig sind, gefährdet werden) wird heute allgemein als inhaltlich zu unbestimmt abgelehnt.
- Vorherrschend ist die sog. *Güterabwägungslehre* (sog. *verfassungsimmanente Grundrechtsschranken*) des BVerfG's (E 30, 173 [193] - Mephisto; 35, 202 [225] - Lebach I), wonach die Schrankenziehung stets für den konkreten Fall (nicht abstrakt) nach dem Prinzip des schonendsten Ausgleichs vorzunehmen ist. (Dieser Ansatz führt im Ergebnis zu den gleichen Ergebnissen wie die von *Konrad Hesse* geforderte *Herstellung praktischer/harmonischer Konkordanz* durch verhältnismäßige Zuordnung von Grundrechten und grundrechtsbegrenzenden Rechtsgütern, um beide zu optimaler Wirkung gelangen zu lassen. *Hesse* vermeidet nur den Ansatz des "Abwägens", der als Ergebnis an sich ein "Überwiegen" statt eines "Ausgleichs" vorgibt.)
- Sofern vereinzelt eine Grenzziehung unmittelbar durch das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* vorgeschlagen wird, bedeutete dies einen ausdrücklichen Verzicht auf das Erfordernis, daß die kollidierenden Rechtsgüter Verfassungsrang genießen müssen und ist daher anzulehnen. Allerdings muß jede Schrankenziehung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip, Artt. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 GG, a.A. Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 Abs. 2 GG, m.M. Übermaßverbot, Art. 3 Abs. 1 GG) entsprechen, sie also erforderlich, geeignet und angemessen (= verhältnismäßig i.e.S.) sein.

Ausgehend von der h.M. ist somit bei Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eine Grundrechtsbeschränkung durch Güterabwägung/Herstellung praktischer Konkordanz vorzunehmen (s.o. 14.II). Diese gestaltet sich schon deshalb mitunter schwierig, da dem Grundgesetz eine eigene Normenhierarchie fehlt (Ausnahme: Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG; auch das Leben stellt nur einen Höchstwert - etwa neben der Freiheit - dar, *BVerfGE* 39, 1 [43] - Fristenlösung; 46, 160 [164] - Schleyer). Selbstredend muß bei solcher Schrankenziehung die sog. Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) beachtet werden.

Grundrechtsträger ist zunächst der "Künstler" (also eine natürliche Person), daneben aber jeder Mittler der Kunst, dessen Tätigkeit Voraussetzung dafür ist, daß sich Kunst entfalten kann, insbesondere ihr Publikum findet (so z.B. der Verleger, Schallplattenhersteller, Filmproduzent). Insoweit ist die Kunstfreiheit auch auf juristische Personen (des Privatrechts) anwendbar, wenn diese zur Entstehung oder Verbreitung von Kunstwerken beitragen (*BVerfGE* 81, 278 [292]); ferner sind Träger der Kunstfreiheit die (staatlichen) Kunst- und Musikhochschulen sowie die in staatlichen Kunsteinrichtungen künstlerisch tätigen Personen. Kein Grundrechtsträger ist der bloße Kunstkonsument.

## 16. Fallbeispiel: "Der Sprayer von Zürich" (Fall Harald Naegeli; vgl. BVerfG, NJW 1984, 1293)



Sachverhalt: Der als "Sprayer von Zürich" bekannte Graffiti-Künstler *Harald Naegeli* (N) besprühte in den Jahren 1977 bis 1979 in über 1.000 Fällen Fassaden öffentlicher wie privater Bauten mit Figuren und Aktionszeichen. So bemalte er u.a. 180 Gebäude in Zürich mit schwarzer Farbe aus Sprayflaschen, weswegen er wegen Sachbeschädigung (zuletzt zu insgesamt neun Monaten Gefängnis ohne Bewährung) verurteilt wurde. Er war aber auch in Frankfurt am Main und Köln tätig (s. Abbildungen), wo er ebenfalls - aus seiner Sicht - "seelenlose Betonbauten" (nämlich sog. Verkehrsflächen an öffentlichen Treppenaufgängen und Brückenpfeilern) mit seiner Kunst "bereicherte", keineswegs aber "beschädigte".

Aufgabe: Verletzt die Bestrafung N's (wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 2 StGB n.F.) dessen Kunstfreiheit?

### Lösung

Eine Bestrafung N's wegen des Graffiti-Sprayens könnte einen rechtswidrigen Eingriff in die künstlerische Betätigungsfreiheit des N darstellen und somit sein Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verletzen. Denn Strafanordnung wie Strafausspruch wegen unbefugter erheblicher Veränderung des Erscheinungsbildes einer fremden Sache kommen einem Betätigungsverbot als Graffiti-Künstler gleich. N's Tun war offenbar nicht durch eine vorab erklärte *Einwilligung* der Eigentümer gerechtfertigt und insofern unbefugt. Das durch das vorsätzliche Besprühen bewirkte erhebliche Verändern der äußeren Erscheinung der fraglichen Verkehrsbauten stellte insofern zwar eine tatbestandliche Sachbeschädigung dar, könnte jedoch zugleich der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der *Freiheit der Kunst* unterfallen und diese somit seiner Bestrafung entgegenstehen. Denn die Grundrechte sind als objektive Wertordnung auch bei der Auslegung und Anwendung des (einfachen) Rechts zu berücksichtigen und können so unter Umständen unmittelbar unrechtsausschließend wirken, wie dies im Hinblick auf die Meinungsfreiheit etwa durch die "rechtfertigende" Anerkennung der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) bei den Äußerungs-, insbesondere Ehrdelikten geschieht.

a) Dann müßte es sich bei den Graffiti um *Kunst* i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG handeln. Hierfür ist zu klären, was eigentlich Kunst ist. Ausgehend von einem materialen Kunstbegriff ließe sie sich umschreiben als schöpferischer Gestaltungsakt, durch den der Künstler seine Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse mittels des Mediums einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung bringt<sup>15)</sup>. Auch wäre, rein formal, an die Möglichkeit der Zuordnung zu einem bestimmten Werktyp als Kriterium zu denken. Doch erscheint dies im Hinblick auf die Notwendigkeit der Offenheit der Kunst nicht unproblematisch, denn die Kunst muß sich weiter entwickeln, neue Ausdrucksformen finden können. Richtigerweise wird man die Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren, anerkennen müssen, was allerdings kein Definitionsverbot bedingt.<sup>16)</sup> Vielmehr ist von einem offenen und entsprechend weiten Kunstbegriff auszugehen, der der vielfältigen Interpretationsfähigkeit, -bedürftigkeit und -möglichkeit künstlerischer Betätigung Rechnung trägt.<sup>17)</sup>

Hiernach unterfallen Graffiti als Spraybilder dem weiten Kunstbegriff des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, zumal wenn ihnen, wie bei N, ein bestimmtes "künstlerisches Programm" zugrunde liegt.

<sup>15</sup> BVerfGE 30, 173 (188 f) - Mephisto.

<sup>16</sup> BVerfGE 67, 213 (225 ff) - Anachronistischer Zug; krit. *J. Ipsen*, StaatsR II, 6. Aufl. 2003, Rn 473.

<sup>17</sup> *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 20. Aufl. 2004, Rn 611 ff.

Der Schutz der Kunstfreiheit umfaßt nach herrschender Meinung sowohl den Werkbereich (Schutz des Kunstwerks einschließlich der Kunstausübung) wie auch den Wirkbereich (Schutz der Vermittlung der Kunst an Dritte einschließlich der Werbung für die Kunst).<sup>18)</sup> Da die Sprayhandlung die Inanspruchnahme fremden Eigentums während des Entstehungsprozesses voraussetzt, ist der Werkbereich betroffen, daneben aber auch der Wirkbereich, da die Graffitikunst gerade auf die Außenwirkung abzielt.

Dahingestellt bleiben soll hier die sich sodann stellende (hier wohl zu verneinende) Frage, ob die Kunstfreiheit dem Künstler nur Abwehrrechte gegen den Staat oder gar Teilhabeansprüche auf die Schaffung der erforderlichen Voraussetzungen für seine künstlerische Entfaltung, etwa durch das Bereitstellen von Sprayflächen<sup>19)</sup>, gibt (dann allerdings als staatsgerichteter Anspruch). Denn dem Ansatz nach geht es vorliegend um die Abwehr eines staatlichen Eingriffs, der jedenfalls dann gerechtfertigt ist, wenn das durch § 303 StGB geschützte Eigentumsrecht der Kunstfreiheit vorgeht.<sup>20)</sup>

**b)** Liegt insoweit bei Bestrafung des N ein Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit vor,

**c)** so stellt sich sogleich die Frage nach den *Schranken der Kunstfreiheit*. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG selbst enthält, anders als etwa die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), keinen Schrankenvorbehalt. Auch die der Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs. 2 GG gezogenen Schranken sind auf die Kunstfreiheit ebenso wenig übertragbar wie die Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG<sup>21)</sup>. Als schrankenlos gewährleistetes Grundrecht kann die Kunstfreiheit somit nur durch kollidierende Grundrechte Dritter oder andere Verfassungsgüter beschränkt werden.<sup>22)</sup>

Als ein solches Grundrecht kommt hier das Eigentumsrecht des Gebäudeeigentümers in Betracht (Art. 14 Abs. 1 GG), der gem. Art. 19 Abs. 3 GG auch eine juristische Person (hier sogar des öffentlichen Rechts) sein kann. Eine gesetzliche Inhaltsbestimmung des Eigentums dahingehend, daß Hauseigentümer etc. ihre Fassaden zur Erstellung von Graffitikunst zur Verfügung stellen sollten, existiert offensichtlich nicht.

Da die einzelnen Grundrechte in keiner Normenhierarchie zueinander stehen, somit es an einer Überordnung der Kunstfreiheit gegenüber der Eigentumsgarantie fehlt, bedarf es nach herrschender Ansicht letztlich der Abwägung zwischen den betroffenen Grundrechten bzw. Verfassungsgütern. Dabei ist im Zuge der Herstellung praktischer Konkordanz eine Zuordnung der Grundrechte derart vorzunehmen, daß beide zu möglichst optimaler Wirkung gelangen, doch kann auch ein Grundrecht hinter dem anderen zurückzutreten haben. Eine solcherart abwägende Grenzziehung erfolgt nicht nur bei der klassischen Grundrechtskollision, sondern auch bei der Bestimmung sog. grundrechtsimmanenter Schranken, so daß hier offen bleiben kann, auf welcher "Stufe" der Schrankenziehung diese Abwägung vorliegend grundrechtsdogmatisch erfolgen würde.

Im vorliegenden "Kollisionsfall" tritt die Kunstfreiheit hinter dem Recht am Eigentum zurück, da durchaus hinreichend andere Möglichkeiten zur Verwirklichung von Graffitikunst, nämlich ohne eigenmächtige Inanspruchnahme fremden Eigentums, zur Verfügung stehen.<sup>23)</sup>

**d)** Damit stellt der - auch strafrechtliche - Schutz des Eigentums eine zulässige Beschränkung der Kunstfreiheit dar. N wurde nicht in seinem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verletzt.

---

<sup>18)</sup> Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 7. Aufl. 2004, Art. 5 Rn 86.

<sup>19)</sup> Klar verneinend Jarass in: Jarass/Pieroth aaO, Art. 5 Rn 88a.

<sup>20)</sup> • Solch ein Dahinstehenlassen ist streng dogmatisch gesehen zwar in einem Gutachten sehr fragwürdig, jedoch ein (Über-)Springen (eines Problems) auch nicht gänzlich unzulässig. Zumindest dann nicht, wenn das Problem offengelegt (dabei möglichst auch dessen wahrscheinliche Lösung angedeutet) wird und der angesprungene Prüfungspunkt *eindeutig* (und tunlichst auch einfacher) negativ, also anspruchs- oder strafbarkeitsausschließend zu entscheiden ist. In einem Urteil gilt solch ein Springen sogar als kunstvoll - und so ist auch das BVerwG in einem ähnlichen straßenrechtlichen Fall verfahren (BayVBl. 1981, 508).

<sup>21)</sup> BVerfGE 30, 173 (191 ff) - Mephisto.

<sup>22)</sup> BVerfGE 30, 173 (193) - Mephisto; 35, 202 (225) - Lebach I.

<sup>23)</sup> BVerfG, NJW 1984, 1293 = EuGRZ 1984, 271 - Sprayer von Zürich.

## Anhang: Aufbauschemata

### 1. Materielles Strafrecht:

- A.1.1.1. Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt (= *Grundschemata*)
- A.1.1.2. Das vollendete vorsätzliche unechte Unterlassungsdelikt (§ 13 StGB)
- A.1.1.2.a Das vollendete vorsätzliche echte Unterlassungsdelikt
- A.1.2.1. Das versuchte Begehungsdelikt
- A.1.2.2. Das versuchte unechte Unterlassungsdelikt
- A.2.1. Das fahrlässige Begehungsdelikt
- A.2.2. Das fahrlässige unechte Unterlassungsdelikt
- A.3. Das erfolgsqualifizierte Delikt
- B. Täterschaftliche Beteiligung (§ 25 Abs. 1 2. Fall, Abs. 2 StGB)
- C. Teilnahme (§§ 26, 27 StGB) unter Einbeziehung der §§ 28, 29 StGB
- D. Versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB)
- E. Der Erlaubnistatbestandsirrtum

### 2. Staatsrecht: Grundrechtsprüfung

- A. Prüfungsaufbau bei Eingriffen in Freiheitsrechte (insbesondere Schrankenziehung)
- B. Prüfung einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht

### 3. Verfassungsprozeßrecht: Verfassungsbeschwerde

## Allgemeine Hinweise

Die nachfolgenden Aufbauschemata sollen bloße Handreichungen für die Delikts-, Grundrechts- bzw. Maßnahmeprüfung sein, nicht mehr und nicht weniger. Der "kunstgerechte" Aufbau ist nicht (formaler) Selbstzweck, sondern Ausdruck einer dogmatisch durchdachten, in sich geordneten und (dadurch) nachvollziehbaren Prüfung. Die Schemata sollen hierzu *einen* Weg vorschlagen und dabei - gleichsam als Kurzfassung des jeweiligen Deliktstyps etc. - die zugrundeliegenden dogmatischen Fragen anreißen. Sie zeigen also beispielhaft, wie die in Strafrechtsfällen etc. auftretenden Probleme systematisch vertretbar und in einem sinnvollen Zusammenhang erörtert werden *können*.

Da der jeweilige Aufbau nur zu einem geringen Teil dogmatisch bzw. logisch zwingend vorgegeben ist, sind Abweichungen hiervon möglich und unter Umständen sogar geboten, sei es aus Sachgründen zur Anpassung an den zu prüfenden Tatbestand oder sei es aus Zweckmäßigkeitserwägungen. Zudem ist die Prüfungsabfolge auch durch den eigenen dogmatischen Standpunkt des Verfassers bedingt, z.B. gerade hinsichtlich der vertretenen Verbrechenslehre (vgl. hierzu *Johannes Wessels/Werner Beulke*, Strafrecht AT, 34. Aufl. 2004, Rn. 811-817; auf einige Abweichungen in Aufbau- und/oder Sachfragen wird im folgenden in Klammern hingewiesen). Hieraus folgt, daß abweichende Aufbauschemata grundsätzlich ebenso "richtig" oder "brauchbar" sind wie die nachfolgenden. In der Regel wird man sich an dem von dem Übungsleiter verwendeten Aufbau orientieren, doch kann ein (in sich richtiger, dogmatisch vertretbarer) alternativer Aufbau niemals "falsch" sein (vgl. *Wessels/Beulke*, a.a. O., Rn. 873). In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, daß (1) der gewählte Aufbau nie zu begründen ist (der Aufbau spricht für sich selbst), und (2) innerhalb einer Arbeit bei gleichartigen Sachfragen nicht verschieden aufgebaut werden darf (die Arbeit muß auch insofern in sich stimmig sein).

Bei der praktischen Anwendung der Schemata ist darauf zu achten, daß in einer Fallbearbeitung die Ausführungen sich auf jene Punkte beschränken, auf die es im konkreten Fall ankommt, also daß nicht alle gedanklichen Überlegungen auch tatsächlich niedergeschrieben werden müssen. Dies gilt im Strafrecht etwa für die allgemeinen Vorfragen, die Frage der objektiven Zurechnung und die Prüfung von Rechtswidrigkeit und Schuld (insoweit ist die Prüfung ohnehin nur eine "negative"), ferner für die persönlichen Strafausschließungs- und -aufhebungsgründe bzw. Strafverfolgungsvoraussetzungen und -hindernisse. Hierauf ist nur einzugehen, wenn der Sachverhalt hierzu Anlaß gibt.

## 1. Materielles Strafrecht: A.1.1.1. Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt

- ggf. allgemeine Vorfragen des anzuwendenden Rechts (interlokales und internationales Strafrecht), der (fehlenden) Handlungsqualität und der Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen

### I. Tatbestand

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

- a) etwaige besondere objektive Merkmale des (Handlungs-/) Tatsubjekts
- b) Merkmale der Tathandlung (einschließlich besonderer Tatmodalitäten)
- c) Merkmale des (Handlungs-/) Tatobjekts
- d) *bei den Erfolgsdelikten*:
  - aa) Eintritt des Taterfolgs
  - bb) Kausalität zwischen Tathandlung und Taterfolg i.S.d. Äquivalenz- bzw. Bedingungstheorie: *Kann die Tathandlung hinweggedacht werden, ohne daß der tatbildmäßige Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele (sog. conditio-sine-qua-non-Formel)?*
  - cc) objektive Zurechenbarkeit des Taterfolgs (str.): *Hat sich in dem konkreten, voraussehbaren und vermeidbaren Erfolg die von dem Täter geschaffene, rechtlich mißbilligte Gefahr realisiert?*

#### 2. Subjektiver (Unrechts-) Tatbestand

- a) Tatbestandsvorsatz (§ 15 StGB) in bezug auf alle Tatbildmerkmale (einschließlich Erfolg und Kausalität bei den Erfolgsdelikten) bzw. Vorliegen eines (Tatbild-/) Tatbestandsirrtums, § 16 StGB [nach a.A. ist der Vorsatz eine Schuldform und dort zu prüfen]
- b) etwaige besondere subjektive Tatbestandsmerkmale (z.B. Absichten, Gesinnungen, Tendenzen)

- **Tatbestandsannex**: objektive Bedingungen der Strafbarkeit [oder nach der Schuld prüfen]

### II. Rechtswidrigkeit

1. Fehlen bzw. Vorliegen von Rechtfertigungsgründen
  - a) objektive Rechtfertigungselemente: Rechtfertigungslage und -handlung (ggf. zudem Berücksichtigung rechtswidrigkeitsausschließender Zurechnungserwägungen, z.B. hypothetische Einwilligung; i.e. str.)
  - b) subjektives Rechtfertigungselement (str.) [bei dessen Fehlen kommt nur eine Strafbarkeit wegen versuchter statt vollendeter Straftat in Betracht, str.]
2. ggf. positive Feststellung der Rechtswidrigkeit (so bei §§ 240, 253 StGB)

### III. Schuld

1. Schuldfähigkeit einschließlich des evtl. Vorliegens einer *actio libera in causa* (soweit an dieser Rechtsfigur mit BGH JR 1997, 391 auch nach BGHSt 42, 235 festgehalten wird) [die aufbaumäßige Behandlung der a.l.i.c. hängt von deren dogmatischer Begründung ab, ggf. ist zu einer neuen Prüfung anzusetzen]
2. etwaige spezielle (vertypete) Schuldmerkmale (sog. Schuld tatbestand; soweit anerkannt)
  - *persönliche Vorwerfbarkeit*:
3. Vorsatz-Schuldvorwurf (entspr. der Lehre von der "Doppelnatur" des Vorsatzes, str.) bzw. Vorliegen eines sog. Erlaubnistatbestandsirrtums [nach a.A. ist der Erlaubnistatbestandsirrtum bereits in der Rechtswidrigkeit zu erörtern, dies gilt insbesondere bei Annahme eines Vorsatzunrechts- statt bloßen Vorsatzschuldausschlusses]
4. (aktuelles oder potentielles) Unrechtsbewußtsein bzw. Vorliegen eines Verbots- oder Erlaubnisirrtums, § 17 StGB
5. Fehlen bzw. Vorliegen von Entschuldigungsgründen

### IV. Persönliche Strafausschließungsgründe

### V. Persönliche Strafaufhebungsgründe

- ggf. **Regelbeispiele** (z.B. § 243 StGB) [nach a.A. ist das (objektive) Vorliegen des Regelbeispiels im Anschluß an den objektiven Tatbestand zu prüfen und die Vorsatzprüfung dann auch hierauf zu erstrecken]
  1. (objektives) Vorliegen des Regelbeispiels (Strafzumessungstatsache)
  2. Vorsatz insoweit bzw. Vorliegen eines Tatbestandsirrtums analog §§ 15, 16 StGB

### VI. Strafverfolgungsvoraussetzungen (z.B. Strafantrag)

### VII. Strafverfolgungshindernisse (z.B. Verjährung)



## 1. Materielles Strafrecht: **A.1.1.2. Das vollendete vorsätzliche unechte Unterlassungsdelikt** (§ 13 StGB)

Merke: Nur bei den Erfolgsdelikten, nicht aber bei den (schlichten) Tätigkeitsdelikten, kommt ein unechtes Unterlassungsdelikt nach § 13 StGB in Betracht.

- ggf. allgemeine Vorfragen (wie A.1.1.1.)

### **I. Tatbestand**

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

- a) Eintritt des Taterfolgs
- b) besondere Merkmale des Tatobjekts
- c) Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung objektiv erforderlichen und rechtlich gebotenen Handlung
- d) trotz tatsächlicher (physisch-realer) Handlungsmöglichkeit des Täters (sog. Erfolgsabwendungsmöglichkeit) [nach **m.M.** ist hier nur die objektive Erfolgsabwendungsmöglichkeit und im Rahmen der Schuld die subjektive Erfolgsabwendungsmöglichkeit zu prüfen]
- e) hypothetische Kausalität des Unterlassens für den Taterfolg: *Kann die rechtlich gebotene Handlung hinzugedacht werden, ohne daß der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten (nach Rspr. abstrakten) Gestalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit (h.M., abweichend Risikoerhöhungslehre) entfiele?*
- f) etwaige besondere objektive Merkmale des Tatsubjekts
- g) Garantenstellung des Unterlassenden (aufgrund einer Schutz- oder Obhutspflicht für bestimmte Rechtsgüter [Beschützergarant] oder Sicherungspflicht für bestimmte Gefahrenquellen [Überwachergarant], sei es aus Rechtsvorschriften, Lebens- oder Gefahrengemeinschaften, freiwilliger Pflichtenübernahme, der Stellung als Amtsträger oder Organ juristischer Personen, Verkehrssicherungs- oder Gefahrabwendungspflichten oder aus gefahr begründendem, pflichtwidrigem [str.] Vorverhalten, sog. Ingerenz)
- h) objektive Zurechenbarkeit des Taterfolgs (unstreitig)
- i) Gleichwertigkeit des Unterlassens im Vergleich zum positiven Tun (sog. Entsprechensklausel; nur bei den verhaltensgebundenen Delikten, str.)

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

- a) Tatbestandsvorsatz (auch hinsichtlich der die Garantenstellung begründenden Umstände) bzw. Vorliegen eines Tatbestandsirrtums, § 16 StGB
- b) etwaige besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

- **Tatbestandsannex**: objektive Bedingungen der Strafbarkeit

### **II. Rechtswidrigkeit** (wie A.1.1.1.)

### **III. Schuld**

1. Schuldfähigkeit einschließlich des evtl. Vorliegens einer *omissio libera in causa* (str.)
2. etwaige spezielle Schuldmerkmale (wie A.1.1.1.)  
- *persönliche Vorwerfbarkeit*:
3. Vorsatz-Schuldvorwurf (wie A.1.1.1.)
4. Unrechtsbewußtsein bzw. Vorliegen eines Gebotsirrtums hinsichtlich der Garantenpflicht oder eines Erlaubnisirrtums, § 17 StGB
5. Fehlen bzw. Vorliegen von Entschuldigungsgründen
6. (Un-) Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens [nach **a.A.** objektives Tatbestandsmerkmal]

### **IV. Persönliche Strafausschließungsgründe**

### **V. Persönliche Strafaufhebungsgründe**

- ggf. **Regelbeispiele**

### **VI. Strafverfolgungsvoraussetzungen**

### **VII. Strafverfolgungshindernisse**

## 1. Materielles Strafrecht: **A.1.1.2.a Das vollendete vorsätzliche echte Unterlassungsdelikt**

- ggf. allgemeine Vorfragen (wie A.1.1.1.)

### **I. Tatbestand**

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

- a) Vorliegen der die Handlungspflicht begründenden Tatbildmerkmale
- b) Nichtvornahme der gebotenen Handlung (ausreichend ist eine Handlung mit Gebotserfüllungstendenz)
- c) trotz tatsächlicher (individueller) Handlungsmöglichkeit des Täters
- d) (Un-) Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens [nach **a.A.** Schuldmerkmal]

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

- a) Tatbestandsvorsatz bzw. Vorliegen eines Tatbestandsirrtums, § 16 StGB
- b) etwaige besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

- **Tatbestandsannex** (wie A.1.1.1.)

### **II. Rechtswidrigkeit** (wie A.1.1.1.)

### **III. Schuld**

1. Schuldfähigkeit einschließlich des evtl. Vorliegens einer *omissio libera in causa* (str.)
2. etwaige spezielle Schuldmerkmale (wie A.1.1.1.)  
- *persönliche Vorwerfbarkeit*:
3. Vorsatz-Schuldvorwurf (wie A.1.1.1.)
4. Unrechtsbewußtsein bzw. Vorliegen eines Verbots- oder Erlaubnisirrtums, § 17 StGB
5. Fehlen bzw. Vorliegen von Entschuldigungsgründen

### **IV. Persönliche Strafausschließungsgründe**

### **V. Persönliche Strafaufhebungsgründe**

### **VI. Strafverfolgungsvoraussetzungen**

### **VII. Strafverfolgungshindernisse**

## 1. Materielles Strafrecht: **A.1.2.1. Das versuchte Begehungsdelikt**

- ggf. allgemeine Vorfragen (wie A.1.1.1.)

### **0. (Besondere) Vorfragen der Versuchsstrafbarkeit** [vgl. dazu *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 874]

1. Feststellen fehlender oder nicht zurechenbarer Vollendung des objektiven Tatbestands [falls problematisch, zunächst das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt anprüfen]  
[nach hier vertretener Ansicht ist analog den Versuchsregeln auch zu bestrafen, wenn es (nur) am subjektiven Rechtfertigungselement fehlt, s.o. A.1.1.1 - str.]
2. Strafbarkeit des Versuchs des fraglichen Delikts gemäß § 23 Abs. 1 StGB

### **I. Tatbestand**

#### **1. Subjektiver Tatbestand**

- a) (unbedingter) Tatentschluß (= Tatbestandsvorsatz) in bezug auf alle Tatbildmerkmale (hier ggf. auch Feststellen des Vorliegens eines [straflosen] Wahndelikts)
- b) etwaige besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

#### **2. Objektiver Tatbestand (= Tatbild)**

- a) Betätigung des Tatentschlusses durch unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands, § 22 StGB (ggf. Abgrenzung zur Vorbereitungshandlung)  
(fehlende Tatvollendung mangels Fortschreitens mit der Ausführungshandlung, wegen Untauglichkeit des Tatmittels, des Tatobjekts oder des Tatsubjekts [dann ggf. Erörterung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs in Abgrenzung zum - nach h.M. straflosen - abergläubischen Versuch und grob unverständigen Versuch i.S.v. § 23 Abs. 3 StGB - in der Regel Absehen von Strafe] oder bei den Erfolgsdelikten mangels Zurechenbarkeit des eingetretenen Taterfolgs)
- b) etwaige besondere objektive Merkmale des Tatsubjekts (bei Untauglichkeit des Tatsubjekts ggf. Abgrenzung zum [straflosen] Wahndelikt)

- **Tatbestandsannex** (wie A.1.1.1.)

### **II. Rechtswidrigkeit** (wie A.1.1.1.)

### **III. Schuld** (wie A.1.1.1.)

### **IV. Persönliche Strafausschließungsgründe**

### **V. Persönliche Strafaufhebungsgründe**

hier insbesondere **Rücktritt vom Versuch**, nachfolgend beim Alleintäter:

1. Nichtvorliegen (bzw. Vorliegen) eines sog. *fehlgeschlagenen Versuchs* (bei erkanntem Fehlschlagen des Versuchs ist nach h.M. ein Rücktritt ausgeschlossen)
2. Feststellung, ob ein unbeendeter oder beendeter Versuch vorliegt
3. Prüfung der entsprechenden Rücktrittsvoraussetzungen
  - a) *unbeendeter Versuch*, § 24 Abs. 1 Satz 1 (1. Fall) StGB: freiwillige Aufgabe der weiteren Ausführung der Tat
  - b) *beendeter Versuch nach § 24 Abs. 1 Satz 1 (2. Fall) StGB*: freiwillige Verhinderung der Vollendung durch Zutun des Täters (tätige Reue)
  - c) *beendeter Versuch nach § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB*: freiwilliges und ernsthaftes Bemühen um die Verhinderung der ohne Zutun des Täters fehlenden Vollendung (so bei untauglichem Versuch oder Eingreifen Dritter; analog anwendbar bei fehlender Zurechenbarkeit des Taterfolgs)

[bei Beteiligung mehrerer, § 24 Abs. 2 StGB: freiwilliges Verhindern der Vollendung (Satz 1) oder freiwilliges und ernsthaftes Bemühen um die ohne sein Zutun fehlende (Satz 2 1. Fall = aussichtsloser Versuch) bzw. unabhängig von seinem Tatbeitrag eingetretene Vollendung (Satz 2 2. Fall)]

- ggf. [auch versuchte (str.; Aufbau entspr. oben I.)] **Regelbeispiele**

### **VI. Strafverfolgungsvoraussetzungen**

### **VII. Strafverfolgungshindernisse**

## 1. Materielles Strafrecht: **A.1.2.2. Das versuchte unechte Unterlassungsdelikt**

- ggf. allgemeine Vorfragen (wie A.1.1.1.)

### **0. Vorfragen der Versuchsstrafbarkeit** (wie A.1.2.1)

1. Feststellen fehlender oder Nichtzurechenbarkeit der Vollendung des objektiven Tatbestands
2. Strafbarkeit des Versuchs des fraglichen Delikts gemäß § 23 Abs. 1 StGB

### **I. Tatbestand**

#### **1. Subjektiver Tatbestand**

- a) (unbedingter) Tatentschluß (= Tatbestandsvorsatz) in bezug auf
  - den Eintritt des Taterfolgs,
  - die Merkmale des Tatobjekts,
  - etwaige besondere objektive Merkmale des Tatsubjekts,
  - die die Garantenstellung des Unterlassenden begründenden Umstände,
  - die Erfolgsabwendungsmöglichkeit des Täters,
  - die hypothetische Kausalität
- b) etwaige besondere subjektive Tatbestandsmerkmale
- c) Gleichwertigkeit des Unterlassens im Vergleich zum positiven Tun, sog. Entsprechensklausel

#### **2. Objektiver Tatbestand (= Tatbild)**

- a) Betätigung des Tatentschlusses durch unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands, § 22 StGB (ggf. Abgrenzung von Vorbereitungshandlung, hierzu werden insbesondere die folgenden drei Ansichten vertreten: (1) Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit; (2) Versäumen der letzten Rettungsmöglichkeit; (3) unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts)
- b) etwaige besondere objektive Merkmale des Tatsubjekts

- **Tatbestandsannex** (wie A.1.1.1.)

### **II. Rechtswidrigkeit** (wie A.1.1.1.)

### **III. Schuld** (wie A.1.1.2.)

1. Schuldfähigkeit einschließlich des evtl. Vorliegens einer *omissio libera in causa* (str.)
2. etwaige spezielle Schuldmerkmale (wie A.1.1.1.)  
- *persönliche Vorwerfbarkeit*:
3. Vorsatz-Schuldvorwurf (wie A.1.1.1.)
4. Unrechtsbewußtsein bzw. Vorliegen eines Gebotsirrtums hinsichtlich der Garantenpflicht oder eines Erlaubnisirrtums, § 17 StGB
5. Fehlen bzw. Vorliegen von Entschuldigungsgründen
6. (Un-) Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens [nach **a.A.** objektives Tatbestandsmerkmal]

### **IV. Persönliche Strafausschließungsgründe**

### **V. Persönliche Strafaufhebungsgründe**, hier insbesondere **Rücktritt vom Versuch** (wie A.1.1.2.)

- ggf. **Regelbeispiele**

### **VI. Strafverfolgungsvoraussetzungen**

### **VII. Strafverfolgungshindernisse**

## 1. Materielles Strafrecht: **A.2.1. Das fahrlässige Begehungsdelikt**

Merke: Bei den Fahrlässigkeitsdelikten gibt es weder "Versuch" noch "Teilnahme".

- ggf. allgemeine Vorfragen (wie A.1.1.1.)

### **I. Tatbestand**

1. Tatbildverwirklichung
  - a) etwaige besondere objektive Merkmale des Tatsubjekts
  - b) Merkmale der Tathandlung
  - c) Merkmale des Tatobjekts
  - d) *bei den Erfolgsdelikten:*
    - aa) Eintritt des Taterfolgs
    - bb) Kausalität zwischen Handlung und Taterfolg
2. **Objektiver Sorgfaltsverstoß** (Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt ergeben sich aus einer ex-ante-Betrachtung der Gefahrenlage anhand von Rechts- und Verkehrsnormen sowie einer differenzierten Maßfigur [= einsichtiger, gewissenhafter und besonnener Mensch des Berufs- und Verkehrskreises, dem der Handelnde angehört, in der konkreten Lage des Täters])
  - a) *objektive* Sorgfalts-/*Pflichtwidrigkeit* und Vermeidbarkeit (nach **m.M.** unter Berücksichtigung etwaiger Sonderfähigkeiten des Täters), ggf. begrenzt durch den sog. Vertrauensgrundsatz
  - b) *objektive Vorhersehbarkeit* der Tatbildverwirklichung unter Berücksichtigung etwaigen Sonderwissens des Täters
  - c) etwaiger geforderter gesteigerter Sorgfaltsverstoß (Leichtfertigkeit)  
[**abweichend** wird teilweise der Sorgfaltsverstoß nicht wie hier (objektiv) im Tatbestand und (subjektiv) in der Schuld, sondern - nach festgestellter zurechenbarer Gefahrerhöhung - als *individuelle Fahrlässigkeit* in einem besonderen subjektiven Tatbestand geprüft; tw. wird auch die (objektive) Pflichtwidrigkeit erst in der Rechtswidrigkeit zusammen mit etwaigen Rechtfertigungsgründen erörtert]
3. *bei den Erfolgsdelikten:* objektive Zurechnung des Taterfolgs (unstreitig)

- **Tatbestandsannex**

### **II. Rechtswidrigkeit**

Fehlen bzw. Vorliegen von Rechtfertigungsgründen, begrenzt auf die objektiven Rechtfertigungselemente (str.)

### **III. Schuld**

1. Schuldfähigkeit einschließlich des evtl. Vorliegens einer *actio libera in causa* (str.)
2. etwaige spezielle Schuldmerkmale (wie A.1.1.1.)  
- *persönliche Vorwerfbarkeit:*
3. **Subjektiver Sorgfaltsverstoß**
  - a) *subjektive* Sorgfalts-/*Pflichtwidrigkeit* und Vermeidbarkeit einschließlich Übernahmefahrlässigkeit
  - b) *subjektive Vorhersehbarkeit* der Tatbildverwirklichung (unbewußte Fahrlässigkeit) bzw. deren Voraussetzung bei Vertrauen auf ihr Ausbleiben (bewußte Fahrlässigkeit)
4. Möglichkeit der Unrechtseinsicht (virtuelles Unrechtsbewußtsein) bzw. Vorliegen eines Verbots- oder Erlaubnisrrtums, § 17 StGB
5. Fehlen bzw. Vorliegen von Entschuldigungsgründen
6. ggf. Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens (bei bewußter Fahrlässigkeit) [nach **a.A.** im Tatbestand zu prüfen]

### **IV. Persönliche Strafausschließungsgründe**

### **V. Persönliche Strafaufhebungsgründe**

### **VI. Strafverfolgungsvoraussetzungen**

### **VII. Strafverfolgungshindernisse**

## 1. Materielles Strafrecht: **A.2.2. Das fahrlässige unechte Unterlassungsdelikt**

- ggf. allgemeine Vorfragen (wie A.1.1.1.)

### **I. Tatbestand**

1. Tatbildverwirklichung
  - a) Eintritt des Taterfolgs
  - b) besondere Merkmale des Tatobjekts
  - c) Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung objektiv erforderlichen Handlung
  - d) trotz tatsächlicher Handlungsmöglichkeit des Täters (sog. Erfolgsabwendungsmöglichkeit)
  - e) hypothetische Kausalität des Unterlassens für den Taterfolg
  - f) etwaige besondere objektive Merkmale des Tatobjekts
  - g) Garantstellung des Unterlassenden
  - h) Gleichwertigkeit des Unterlassens im Vergleich zum positiven Tun, sog. Entsprechensklausel
2. Objektiver Sorgfaltsverstoß
  - a) objektive Sorgfalts-/Pflichtwidrigkeit und Vermeidbarkeit
  - b) objektive Vorhersehbarkeit der Tatbildverwirklichung
3. Objektive Zurechnung des Taterfolgs (unstreitig)
  - **Tatbestandsannex**

### **II. Rechtswidrigkeit** (wie A.2.1.)

### **III. Schuld**

1. Schuldfähigkeit einschließlich des evtl. Vorliegens einer *omissio libera in causa* (str.)
2. etwaige spezielle Schuldmerkmale (wie A.1.1.1.)
  - persönliche Vorwerfbarkeit:
3. Subjektiver Sorgfaltsverstoß
  - a) subjektive Sorgfalts-/Pflichtwidrigkeit und Vermeidbarkeit
  - b) subjektive Vorhersehbarkeit der Tatbildverwirklichung (unbewußte Fahrlässigkeit) bzw. deren Voraussetzung bei Vertrauen auf ihr Ausbleiben (bewußte Fahrlässigkeit)
4. Möglichkeit der Unrechtseinsicht (virtuelles Unrechtsbewußtsein) bzw. Vorliegen eines Gebots- oder Erlaubnisirrtums, § 17 StGB
5. Fehlen bzw. Vorliegen von Entschuldigungsgründen
6. (Un-) Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens (wie A.2.1.)

### **IV. Persönliche Strafausschließungsgründe**

### **V. Persönliche Strafaufhebungsgründe**

### **VI. Strafverfolgungsvoraussetzungen**

### **VII. Strafverfolgungshindernisse**

## 1. Materielles Strafrecht: **A.3. Das erfolgsqualifizierte Delikt** (§ 18 StGB)

### **I. Vollständige Prüfung des vorsätzlichen (bzw. fahrlässigen) Grunddelikts** (tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Verwirklichung des Grundtatbestands)

[Abweichend kann auch sogleich unter das erfolgsqualifizierte Delikt subsumiert werden, indem die Merkmale der Erfolgsqualifikation im Anschluß an den Tatbestand oder in diesen integriert geprüft werden.]

### **II. Prüfung der Erfolgsqualifikation ("besonderen Tatfolge")**

[**Beachte:** Die besondere Tatfolge muß zumindest fahrlässig herbeigeführt sein (§ 18 StGB), teilweise fordert das Gesetz (wenigstens) Leichtfertigkeit oder auch Vorsatz (dann ist u.U. zu klären, welche Vorsatzform vorausgesetzt wird). Soweit eine vorsätzliche Verwirklichung der besonderen Folge vorliegt, das Gesetz aber nicht ausdrücklich eine vorsätzliche Begehung erfordert, ist zu klären, ob auch eine vorsätzliche Erfolgsherbeiführung möglich ist (str.).

Nachfolgend allein zur fahrlässigen besonderen Tatfolge:]

#### **1. Objektive Merkmale**

- a) Eintritt der besonderen Folge
- b) (kausale) Verursachung der besonderen Folge
- c) sowie tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang (nach Rspr. bei § 227 StGB: sog. Unmittelbarkeitserfordernis) [vgl. hierzu die Kriterien objektiver Zurechnung] zwischen Grunddelikt und der besonderen Folge (hierbei auch Erörterung, ob die besondere Folge in bezug auf den Grundtatbestand handlungs- oder erfolgsbezogen zu verstehen ist)
- d) Objektive Fahrlässigkeitselemente<sup>\*)</sup>: Objektive Vorhersehbarkeit der besonderen Folge einschließlich des tatbestandsspezifischen Gefahrzusammenhangs
- e) etwaiger geforderter gesteigerter Sorgfaltsverstoß (Leichtfertigkeit)

#### **2. Subjektive Merkmale**

- Subjektive Fahrlässigkeitselemente<sup>\*)</sup>: Subjektive Vorhersehbarkeit der besonderen Folge einschließlich des tatbestandsspezifischen Gefahrzusammenhangs

<sup>\*)</sup> Die Pflichtwidrigkeit der Erfolgsherbeiführung folgt regelmäßig schon aus der Verletzung des Grundtatbestands und ist insofern nach h.M. nicht mehr gesondert zu prüfen; nach **a.A.** ist zumindest noch die subjektive Pflichtwidrigkeit (/Vermeidbarkeit) zu prüfen.

## 1. Materielles Strafrecht: **B. Täterschaftliche Beteiligung (§ 25 Abs. 1 2. Fall, Abs. 2 StGB)**

Für die Prüfung der *mittelbaren Täterschaft* (§ 25 Abs. 1 2. Fall StGB) und der *Mittäterschaft* (§ 25 Abs. 2 StGB) bedarf es aufgrund der erforderlichen Zurechnung fremder Tatbeiträge einer Ergänzung des Prüfungsaufbaus. Allgemein gilt, daß die besonderen Täterschaftsmerkmale grundsätzlich dort zu erörtern sind, wo sie deliktssystematisch anzusiedeln sind, also die objektiven Täterschaftsmerkmale im objektiven Tatbestand und die subjektiven Täterschaftsmerkmale im subjektiven Tatbestand. Doch kann die "Täterschaftsprüfung" auch am Ende des Tatbestands als eigenständiger Punkt erfolgen, siehe dazu unten. Eine vorgezogene, abstrakte Erörterung der Beteiligung (Täterschaftsform sowie Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme) ist unzulässig.

- **Mittelbare Täterschaft** (zusätzliche Prüfungspunkte)

### 1. Objektiver Tatbestand

- a) besondere Täterqualifikation und weitere deliktsspezifische Tätermerkmale\*
- b) Ausführung der tatbildmäßigen Handlung durch den (nicht voll verantwortlich handelnden) Tatmittler
- c) Unterlegene Stellung (sog. Werkzeugqualität) des Tatmittlers (gegenüber dem Hintermann) infolge von Umständen, welche die Tatherrschaft des mittelbaren Täters (= Hintermannes) begründen

### 2. Subjektiver Tatbestand

- a) Tatbestandsvorsatz insoweit
- b) besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

- **Mittäterschaft** (zusätzliche Prüfungspunkte)

### 1. Objektiver Tatbestand

- a) besondere Täterqualifikation und weitere deliktsspezifische Tätermerkmale\*
- b) gemeinschaftliche Tatbildverwirklichung in Form von unmittelbarer Täterschaft oder infolge Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB (zumindest bedarf es eines, von der Tatherrschaft getragenen, kausalen objektiven Tatbeitrags)

### 2. Subjektiver Tatbestand

- a) gemeinsamer Tatentschluß (Tatplan) und Tatbestandsvorsatz\*\*
- b) besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

### 3. ggf. Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB

(vgl. hierzu die Ausführungen bei der Teilnahmeprüfung)

\* Da eine täterschaftliche Beteiligung an einer Tat ausscheidet, wenn der mittelbare Täter oder Mittäter etwaige besondere deliktsspezifische Tätermerkmale in seiner Person nicht erfüllt, sollte die Prüfung hiermit beginnen.

\*\* Teilweise wird abweichend empfohlen, auf den gemeinsamen Tatplan der Mittäter im objektiven Tatbestand (vor 1.b)) oder in einem gesonderten Aufbaupunkt vor diesem (nicht empfehlenswert!) einzugehen; dies erübrigt allerdings nicht die (spätere) Feststellung des subjektiven Tatbestands.

Da bei den Erfolgsdelikten die Leistung eines kausalen Tatbeitrags ausreicht (ob ein solcher für die Beihilfe erforderlich ist, ist allerdings str.), ist hier auch ein abweichender Prüfungsaufbau möglich, wonach im objektiven Tatbestand zunächst nur der kausale Tatbeitrag festgestellt und dann im Anschluß an den subjektiven Tatbestand in einem gesonderten Prüfungspunkt die Frage der Beteiligung (etwa Abgrenzung Mittäterschaft/Teilnahme) erörtert wird: a) Täterschaft (Tatherrschaft bzw. *animus auctoris*)

b) (besondere) objektive und subjektive Täterschaftsmerkmale

Dieser Aufbau empfiehlt sich etwa auch dann, wenn eine (mit)täterschaftliche Tatbeteiligung am subjektiven Tatbestand (z.B. wegen fehlender Zueignungsabsicht) scheitert (denn Mittäter kann nur sein, wer den vollen subjektiven Tatbestand in seiner Person verwirklicht).

Bei der Prüfung mehrerer Tatbeteiligter (dies gilt auch - und wegen der Akzessorietät gerade - für die Anstiftung und Beihilfe) ist stets mit dem tatnächsten Beteiligten zu beginnen. Also ist der Tatmittler vor dem mittelbaren Täter, der tatnähere Mittäter vor dem tatferneren Mittäter sowie der Haupttäter vor dem Teilnehmer zu prüfen.

Bei der Prüfung der Mittäterschaft gilt zudem: Verwirklichen alle Mittäter für sich das gesetzliche Tatbild, so empfiehlt sich eine gemeinsame Prüfung mit einem kurzen Hinweis auf ihr mittäterschaftliches Handeln. Bedarf es der gegenseitigen Zurechnung der verwirklichten objektiven Tatbestandsmerkmale, um die Tatbestandsmäßigkeit für alle Mittäter bejahen zu können, so sind sie (ebenfalls) gemeinsam zu prüfen (**abw. Johannes Wessels/Werner Beulke**, Strafrecht AT, 34. Aufl. 2004, Rn. 882 unter c); wie hier noch *Johannes Wessels*, Strafrecht AT, 27. Aufl. 1997, Rn. 871).



## 1. Materielles Strafrecht: C. Teilnahme (§§ 26, 27 StGB) unter Einbeziehung der §§ 28, 29 StGB

**A) Prüfung der Haupttat** (diese muß zumindest eine vorsätzliche und rechtswidrige, nicht notwendig schuldhaft Tat sein und mindestens das Stadium des strafbaren Versuchs erreicht haben)

### B) Teilnahmeprüfung

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

- Feststellen des Vorliegens einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat, dabei auch Feststellen etwaiger durch den Haupttäter verwirklichter *besonderer Tatbestandsmerkmale*
- Teilnahmehandlung ("Bestimmen" bzw. "Hilfeleisten") zur konkreten Haupttat

##### 2. Subjektiver Tatbestand (Teilnehmervorsatz)

- Vorsatz hinsichtlich der Verwirklichung (Vollendung) der Haupttat<sup>\*)</sup>, und zwar in bezug auf alle objektiven und subjektiven, einschließlich der *besonderen* Tatbestandsmerkmale der Haupttat  
Umfaßt der Teilnehmervorsatz nicht die *besonderen Tatbestandsmerkmale*, so scheidet wegen dieses Tatbestandsirrtums eine akzessorische Haftung des Teilnehmers aus, doch kann die Akzessorietät der Teilnahme nach § 28 Abs. 2 StGB durchbrochen werden, s.u. 3.

<sup>\*)</sup> Ist der Teilnehmervorsatz weiterreichend, so kommt (daneben) *versuchte Teilnahme* in Betracht, die allerdings nur als versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen (§ 30 Abs. 1 StGB) strafbar ist.

- Vorsatz hinsichtlich der Teilnahmehandlung

##### 3. ggf. Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB

Gibt es einen auf täterbezogenen *besonderen persönlichen Merkmalen* gründenden Qualifizierungs- oder Privilegierungstatbestand, welcher die Haupttat oder das darin enthaltene - dem Teilnehmer bekanntermaßen verwirklichte - Grunddelikt schärft oder mildert, so ist zu prüfen, ob der Teilnehmer einen solchen anderen Tatbestand als der Haupttäter erfüllt:

- Gibt es keinen solchen Tatbestand, so ist der Teilnehmer akzessorisch zum Haupttäter zu bestrafen,
- gibt es einen solchen Tatbestand, so ist auf den Teilnehmer jene Norm anzuwenden (Qualifizierung oder Privilegierung), deren Merkmale er verwirklicht (§ 28 Abs. 2 StGB).

[Aufbauhinweis: Dies kann auch erst unter IV.2. (mit-) geprüft werden.]

#### II. Rechtswidrigkeit (wie A.1.1.1.)

#### III. Schuld (wie A.1.1.1.)

Nach h.M. findet auf die bei dem Teilnehmer vorliegenden allgemeinen (nach **a.A.** auch speziellen) *Schuldmerkmale* § 29 StGB Anwendung.

#### IV. Zurechnung besonderer persönlicher Merkmale nach § 28 StGB (siehe auch oben I.3)

##### 1. Verwirklicht der Haupttäter *besondere Tatbestandsmerkmale*? (falls nein, mit 2. fortfahren)

- Sind die durch den Haupttäter verwirklichten besonderen Tatbestandsmerkmale täterbezogene, besondere persönliche Merkmale i.S.v. §§ 28, 14 Abs. 1 StGB?

[Bei täterbezogenen Merkmalen bleibt es bei den allgemeinen Akzessorietätsregeln.]

- Sind die täterbezogenen, *besonderen persönlichen Merkmale* (aa) strafbegründender oder (bb) strafmodifizierender Art?

aa) Teilt der Teilnehmer das *strafbegründende Merkmal* des Haupttäters, so ist er aus demselben Straftatbestand und -rahmen wie der Haupttäter zu bestrafen;

teilt der Teilnehmer es nicht, so ist er gemäß § 28 Abs. 1 StGB zwar aus demselben Straftatbestand wie der Haupttäter zu bestrafen, die Strafe aber nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern - sofern nicht nach dem BGH ein Fall gekreuzter gleichartiger Mordmerkmale vorliegt.

bb) Teilt der Teilnehmer das *strafmodifizierende Merkmal* des Haupttäters, so ist er aus demselben Straftatbestand und -rahmen wie der Haupttäter zu bestrafen;

teilt der Teilnehmer es nicht, so ist er nach § 28 Abs. 2 StGB aus dem Grundtatbestand zu bestrafen.

##### 2. Gibt es einen auf *besonderen persönlichen Merkmalen* gründenden *persönlichen Strafausschließungsgrund* (z.B. tätige Reue nach vollendetem Delikt, Angehörigeneigenschaft bei der Strafvereitelung, § 258 Abs. 6 StGB), welcher die Strafbarkeit ausschließt, so ist zu prüfen, ob der Teilnehmer diesen erfüllt:

- Gibt es keinen solchen Strafausschließungsgrund, so ändert sich nichts,
- gibt es einen solchen Strafausschließungsgrund, so ist er - unabhängig davon, ob er für den Haupttäter eingreift - auf den Teilnehmer anzuwenden, wenn er diese Merkmale verwirklicht (§ 28 Abs. 2 StGB).

## 1. Materielles Strafrecht: **D. Versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB)**

- ggf. allgemeine Vorfragen (wie A.1.1.1.)

### **0. (Besondere) Vorfragen der Versuchsstrafbarkeit**

1. Feststellen fehlender erfolgreicher Anstiftung
2. Verbrechenscharakter der Haupttat (§ 12 Abs. 1 StGB; ggf. ergibt sich dieser auch erst infolge einer Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB, str. [siehe dazu *Peter Cramer* u. *Günter Heine* in: *Adolf Schönke/Horst Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 30 Rn. 11 ff]

### **I. Tatbestand**

#### **1. Subjektiver Tatbestand**

- a) Vorsatz hinsichtlich der Verwirklichung (Vollendung) eines teilnahmefähigen Verbrechens, ggf. erstreckt sich dieser Vorsatz auch auf besondere - nur in der Person des Hintermannes vorhandene - persönliche Tatbestandsmerkmale i.S.v. § 28 Abs. 2 StGB (vgl. oben C. unter B.I.2. u. 3.)
- b) Vorsatz hinsichtlich der Anstifterhandlung (Herbeiführung des Tatentschlusses)

#### **2. Objektiver Tatbestand**

Unmittelbares Ansetzen i.S.d. § 22 StGB zur Einwirkung auf den Anzustiftenden (diese bleibt erfolglos, weil entweder der andere keinen Tatentschluß faßt, diesen zwar faßt, aber nicht ausführt oder er schon zuvor zur Tat entschlossen war [*omnimodo facturus*])

### **II. Rechtswidrigkeit** (wie A.1.1.1.)

### **III. Schuld** (wie A.1.1.1. bzw. C.)

### **IV. ggf. zudem Prüfung der *Zurechnung besonderer persönlicher Merkmale nach § 28 StGB*** (wie C.)

### **V. Persönliche Strafausschließungsgründe**

### **VI. Persönliche Strafaufhebungsgründe,**

hier insbesondere **Rücktritt vom Versuch der Beteiligung:**

- a) Nichtvorliegen eines sog. fehlgeschlagenen Anstiftungsversuchs (bei erkanntem Fehlschlagen ist ein Rücktritt ausgeschlossen)
- b) endgültige und freiwillige Aufgabe des Anstiftervorsatzes
- c) Rücktrittshandlung: eigene Abwendungstätigkeit, soweit die Gefahr entstanden ist, daß der andere die Tat begeht; ansonsten genügt das Aufgeben der weiteren Einwirkung auf den anderen, § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB  
bzw.  
unterbleibt die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden oder wird sie unabhängig von seinem früheren Verhalten begangen, so genügt das freiwillige und ernsthafte Bemühen, die Tat zu verhindern, § 31 Abs. 2 StGB

### **VII. Strafverfolgungsvoraussetzungen**

### **VIII. Strafverfolgungshindernisse**

Andere Formen versuchter Beteiligung sind

- (1) das Sichbereiterklären (= Sicherbieten und Annahme einer Aufforderung) zur Begehung eines Verbrechens oder der Anstiftung zu diesem, § 30 Abs. 2 1. Fall StGB,
- (2) die (ernstgemeinte) Annahme des Erbietens eines anderen, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, § 30 Abs. 2 2. Fall StGB und
- (3) die Verabredung mit einem anderen ein Verbrechen als Mittäter zu begehen oder einen anderen gemeinschaftlich zu dessen Begehung anzustiften, § 30 Abs. 2 3. Fall StGB

## 1. Materielles Strafrecht: E. Der Erlaubnistatbestandsirrtum (Prüfungsschritte)

Nachfolgendes Aufbauschema beruht auf dem dreistufigen Verbrechensbegriff und der eingeschränkten, hier: rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie; zu dem Aufbau bei abweichenden dogmatischen Ansichten siehe *Johannes Wessels/Werner Beulke*, Strafrecht AT, 34. Aufl. 2004, Rn. 888 ff.)

### Tatbestand

...

### Rechtswidrigkeit

hier: *objektive Rechtfertigungselemente*

- 1) Feststellung, daß es für den fraglichen (das ist der aufgrund der irrig angenommenen Sachlage einschlägige) Rechtfertigungsgrund an dessen objektiven Voraussetzungen, der rechtfertigenden Sachlage, fehlt und eine Rechtfertigung ausscheidet.

[Nach a.A., nämlich auf der Grundlage der Lehre von negativen Tatbestandsmerkmalen (dann direkte Anwendung von § 16 Abs. 1 StGB) oder bei Annahme eines Vorsatzunrechtsausschlusses im Rahmen der eingeschränkten Schuldtheorie (dann analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 StGB) ist der Irrtum, genauer: sind die Irrtumsfolgen, bereits in der Rechtswidrigkeitsprüfung, hier den subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen, zu erörtern.]

### Schuld

...

hier: *Vorsatz-Schuldvorwurf*

- 2) Darstellung der Irrtumskonstellation, wobei die Fehlvorstellung des Täters hinsichtlich der rechtfertigenden Sachlage herauszuarbeiten ist.
- 3) Wäre der Täter bei Zugrundelegung seiner die Rechtfertigungslage betreffenden Fehlvorstellung aus dem einschlägigen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt? Das heißt, die Rechtfertigungshandlung muß auch den gesetzlichen Anforderungen des (angenommenen) Rechtfertigungsgrundes genügen, insbesondere also erforderlich und angemessen sein.  
*Bei Überschreiten der rechtlichen Grenzen des Rechtfertigungsgrundes liegt zugleich ein Erlaubnisirrtum vor, und solch ein Doppelirrtum ist nach h.M. allein nach den Regeln des Erlaubnisirrtums (§ 17 StGB) zu behandeln!*
- 4) Erörterung der Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums (erst hier Eingehen auf den Theorienstreit zwischen der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, der eingeschränkten und der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie, der [nach h.M. überholten] strengen Schuldtheorie und der [kaum mehr erwähnenswerten] Vorsatztheorie)

### Dann: (Eigenständige) Fahrlässigkeitsprüfung

- 5) Bei fehlender Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat ggf. Prüfung eines einschlägigen Fahrlässigkeitstatbestands  
(Dabei kann die Fahrlässigkeitsprüfung im wesentlichen auf die Prüfung beschränkt werden, ob die irri- ge Annahme einer rechtfertigenden Sachlage durch den Täter auf Fahrlässigkeit beruht, d.h. ob deren Nichtvorliegen bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt objektiv erkennbar war und ob der Täter nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten den Irrtum und damit die Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges hätte vermeiden können.)

## 2. Staatsrecht: Grundrechtsprüfung

### A) Prüfungsaufbau bei Eingriffen in Freiheitsrechte (insbesondere Schrankenziehung)

#### I. Schutzbereich der Grundrechtsgewährleistung

Wird durch das (staatliche) Handeln der Schutzbereich eines Grundrechts (bzw. eines verfassungsrechtlich verbürgten Menschenrechts oder einer Grundfreiheit) betroffen?

##### 1. Sachlicher Schutzbereich: Was?

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

##### 2. Persönlicher Schutzbereich (Grundrechtsträger bzw. -berechtigter): Wer?

- jede natürliche Person ("jedermann"), ggf. Frage der Grundrechtsmündigkeit beachten
- teilweise aber nur Deutsche (s. Artt. 8, 9, 11, 12, 16 GG)
- ggf. Fragen der Grundrechtsgeltung im sog. *Sonderstatusverhältnis* (= besonderes Gewaltverhältnis) klären
- daneben beschränkt auch (inländische) juristische Personen, Art. 19 Abs. 3 GG (grundsätzlich nicht des öffentlichen Rechts)

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

##### 4. 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?

#### II. Grundrechtsbeeinträchtigung (Eingriff)

Wird durch die Maßnahme d(ies)er Schutzbereich beeinträchtigt, d.h. wird in ihn "eingegriffen"? In der Regel geht es bei polizeilichen (Zwangs-)Maßnahmen um (klassische) Eingriffe in *Abwehrrechte*.

Hier ist zu klären,

- ob die *Eingriffsschwelle* erreicht ist (ist die Beeinträchtigung einigermaßen erheblich?),
- ggf. ist schon hier - spätestens aber unten bei der Eingriffsrechtfertigung - der Eingriff dahingehend zu qualifizieren, welche Ausprägung des Schutzbereichs betroffen ist, etwa welche "Stufe" des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) oder der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) bzw. ob es um eine bloße *Inhaltsbestimmung* geht, soweit der Gesetzgeber verfassungsrechtlich zur näheren Ausgestaltung der Grundrechtsgewährleistung durch ein einfaches Gesetz befugt ist (z.B. in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) und
- ob ggf. ein "*Grundrechtsverzicht*" durch wirksame Einwilligung in den Eingriff vorliegt.

#### III. Grundrechtsschranken (Eingriffsrechtfertigung)

Ist d(ies)er Eingriff in den Schutzbereich durch besondere oder allgemeine Grundrechtsschranken oder durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt?

##### 1. Verfassungsgemäßheit der Eingriffsnorm

Ist das einschränkende Gesetz in formeller und materieller Hinsicht verfassungsgemäß?

###### a) Formelle Verfassungsgemäßheit

- *kompetenz- und verfahrensgemäßes* (= ordnungsgemäßes) *Zustandekommen* des Gesetzes (u.a. bestehende Gesetzgebungskompetenz nach Artt. 77 ff GG ?)
- Beachten des *Zitiergebots*, Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (so bei Artt. 2 Abs. 2, 6 Abs. 3, 8 Abs. 2, 10, 11, 12 Abs. 2 u. 3, 13, 16 Abs. 1 S. 2 GG),

###### b) Materielle Verfassungsgemäßheit

- Frage nach der Rechtfertigungsgrundlage zur Schrankenziehung und ggf. Einhalten der besonderen Anforderungen der jeweiligen Schranke

*Läßt die Verfassung einen Grundrechtseingriff zu? Und unter welchen Voraussetzungen?* Besteht ein

- sog. *qualifizierter Gesetzesvorbehalt* (z.B. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 2 GG: "allgemeine" Gesetze; Freizügigkeit, Art. 11 Abs. 2 GG "... und nur für die Fälle ...")
- oder ein sog. *einfacher Gesetzesvorbehalt* (z.B. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG; Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 S. 2: "auf Grund eines Gesetzes" oder "durch ein Gesetz");
- oder handelt es sich um ein *schrankenlos gewährleistetes Grundrecht* (z.B. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG), das nur bei Kollisionen mit Grundrechten Dritter oder sonstigen verfassungsrechtlich geschützten Gü-

tern im Wege der Güter-/Interessenabwägung bzw. durch Herstellen "praktischer Konkordanz" sog. *verfassungsimmanenten Schranken* unterliegt (siehe dazu auch unten die Verhältnismäßigkeit)?

insbesondere allgemeine Schranken-Schranken:

- inhaltliche *Bestimmtheit* des beschränkenden Gesetzes (Rechtsstaatsgebot, Art. 20 Abs. 3 GG) und
- hierbei auch Einhalten der förmlichen Anforderungen an die Ermächtigungsnorm nach Art. 80 GG bzw. den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG), insbesondere auch die sog. *Wesentlichkeitstheorie* (d.h. das Gesetz selbst muß alle wichtigen, grundrechtsbedeutsamen Fragen regeln [vgl. Parlamentsvorbehalt/Gewaltenteilungsprinzip]),
- *Verbot des Einzelfallgesetzes*, Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG (wird tw. auch der Prüfung der formellen Verfassungsgemäßheit zugeordnet),
- *Verhältnismäßigkeit* (= *Übermaßverbot*)
  - der abstrakten gesetzlichen Schrankenziehung, bei der Beschränkung durch "allgemeine" Gesetze im Sinne der sog. *Wechselwirkungslehre*, einschließlich der sog. *Wesensgehaltsgarantie* (Art. 19 Abs. 2 GG; insoweit sind Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensführung grundsätzlich unzulässig) und ggf. auch Beachten der sog. *Ewigkeitsgarantie* des Art. 79 Abs. 3 GG
  - der Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall (*dazu hier unten 3.*)

## 2. Ggf. Verfassungsgemäßheit des Einzelakts

- ordnungsgemäße Rechtsanwendung (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG!), d.h. Einhalten der formalen und materiellen tatbestandlichen Voraussetzungen (= Grenzen) der Eingriffsnorm (sog. Ermächtigungsgrundlage) unter Beachtung der "objektiven verfassungsrechtlichen Wertungen" bei der Gesetzesauslegung und -anwendung

## 3. Verhältnismäßigkeit im Einzelfall

- [- Verfolgen eines legitimen Zwecks (d.h. das verfolgte Ziel darf nicht durch die Verfassung verboten sein)]
- *Geeignetheit* (Zwecktauglichkeit, zumindest aber zur Erreichung des Zwecks förderlich)
- *Erforderlichkeit* (Fehlen eines anderen milderen, 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

## B) Prüfung einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht

- I. Schutzbereich des Grundrechts** (*Betrifft das Verhalten den Schutzbereich des Grundrechts?*)
  - a) in sachlicher Hinsicht: *Ist der Schutzgegenstand betroffen?*
  - b) in persönlicher Hinsicht: *Wird der Beschwerdeführer als Person selbst geschützt?*
  - c) Läßt sich aus dem betroffenen Grundrecht eine entsprechende **Schutzpflicht** ableiten?
- II.** an die Stelle der Frage des Vorliegens eines Grundrechtseingriffs tritt die Frage nach dem **Erreichen einer eingriffsadäquaten Gefährdungsschwelle** (*Besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts?*)
- III. Grundrechts-, hier: Schutzpflichtverletzung** (*Bleibt das staatliche Handeln hinter dem grundrechtlich erforderlichen Handeln evident zurück?*)
  - hier insbesondere Prüfung des sog. Untermaßverbotes (Abwägung unter Berücksichtigung von Art und Schwere der Beeinträchtigung, deren Wahrscheinlichkeit und vorhandener Regelungen bzw. entgegenstehender Rechtsgüter)

### 3. Verfassungsprozeßrecht: **Verfassungsbeschwerde** (Übersicht)

#### I. **Zulässigkeit**

1. **Zuständigkeit des BVerfG**, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG

2. **Beschwerde- oder Grundrechtsfähigkeit** (= Partei-/Beteiligtenfähigkeit), Art. 90 Abs. 1 BVerfGG

*Jedermann* i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist derjenige, der Träger der im konkreten Fall in Betracht kommenden Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte ist.

[3. Prozeßfähigkeit]

4. **Beschwerdegegenstand**, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Beschwerdegegenstand können Akte der (deutschen) öffentlichen Gewalt (§ 90 Abs. 1 BVerfGG), d.h. Handeln oder Unterlassen aller drei Gewalten (Legislative, Exekutive, Judikative) sein, wobei ggf. herauszuarbeiten ist, ob die Verfassungsbeschwerde sich gegen den Akt der Exekutive bzw. Judikative selbst oder mittelbar gegen das zugrundeliegende Gesetz oder aber unmittelbar gegen das Gesetz richtet.

Beachte, bei Verfassungsbeschwerden *gegen Akte der Exekutive* (i.d.R. also Verwaltungsakte) wird wegen des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung (s. u. 6.) stets eine klagabweisende letztinstanzliche Gerichtsentscheidung vorliegen; Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sind dann regelmäßig der Verwaltungsakt *und* die ihn bestätigenden Gerichtsentscheidungen.

5. **Beschwerdebefugnis**, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Behauptung einer Grundrechtsverletzung

a) Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Beachte, hier führt nur die offensichtliche, leicht begründbare Ablehnung des Schutzbereichs zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde.

b) Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit (sog. Beschwer) des Beschwerdeführers

- Eine *eigene* Betroffenheit liegt insbesondere (aber nicht nur) vor, wenn der Beschwerdeführer selbst Adressat der Maßnahme ist (keine Anerkennung einer sog. *Popularklage* bzw. *Prozeßstandschaft*).

- *Gegenwärtig* ist eine bereits eingetretene, aber noch nicht beendete Beeinträchtigung, grundsätzlich aber nicht eine künftige oder vergangene Beeinträchtigung.

- *Unmittelbar* ist eine Beschwer, wenn keine weiteren Vollzugsakte erforderlich sind, um Rechtswirkungen gegenüber dem Beschwerdeführer zu entfalten (nicht abzuwarten sind aber Sanktionen des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts).

6. **Erschöpfung des Rechtsweges und Grundsatz der Subsidiarität**

a) Erschöpfung des Rechtsweges (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG; abgesehen von § 47 Abs. 1 VwGO besteht i.d.R. kein Rechtsweg gegen Rechtsnormen) und

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (st. Rspr.)

b) Ausnahmen (§ 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG):

- Entscheidung von allgemeiner Bedeutung *oder*

- schwerer und unabwendbarer Nachteil

[7. fehlende entgegenstehende Gesetzeskraft/Rechtskraft, § 41 Abs. 1 BVerfGG]

8. **Ordnungsgemäßer Antrag und Frist**

a) Ordnungsgemäßer Antrag (§§ 23 Abs. 1; 92 BVerfGG)

- Schriftform (§ 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG)

- Begründung (§§ 23 Abs. 1 S. 2; 92 BVerfGG)

b) Frist (§ 93 BVerfGG)

- Monatsfrist bei Akten der Exekutive und Judikative (§ 93 Abs. 1 BVerfGG)

- Jahresfrist bei Gesetzen oder sonstigen Hoheitsakten, gegen die kein Rechtsweg offensteht (§ 93 Abs. 3 BVerfGG)

#### II. **Begründetheit** (hier bei Abwehrrechten)

1. Schutzbereich (*s.o. Schema 2*)

2. Eingriff (*s.o. Schema 2*)

3. Grundrechtsschranken/Eingriffsrechtfertigung (*s.o. Schema 2*)