

Kurs 4.5: "Im Auslegen seid frisch und munter!"
- Eine Einführung in die Rechtswissenschaften -

(Mathis Dreher und Jens Ph. Wilhelm)

Kursunterlagen

| | |
|------------------------|---|
| Falltexte | 2 |
|------------------------|---|

Entscheidungen

| | |
|--|----|
| ● BVerfG, Beschl. v. 24.2.1971 - 1 BvR 435/68 = BVerfGE 30, 173 - Mephisto | 10 |
| ● BVerfG, Urt. v. 16.10.1977 - 1 BvQ 5/77 = BVerfGE 46, 160 - Schleyer | 35 |
| ● BVerfG, Beschl. v. 14.9.1989 - 2 BvR 1062/87 = NJW 1990, 563 (= BVerfGE 80, 367) - Tagebuch . | 37 |
| ● BVerfG (3. Kammer d. 2. Senats), Beschl. v. 14.12.2004 - 2 BvR 1249/04 = NJW 2005, 656 - Gäfgen | 43 |
| ● BGH, Urt. v. 20.3.1968 - I ZR 44/66 = NJW 1968, 1773 (= BGHZ 50, 133) - Mephisto | 45 |
| ● BGH, Urt. v. 27.9.1972 - IV ZR 225/69 = NJW 1972, 2262 (= BGHZ 59, 236) | 55 |
| ● BGH, Urt. v. 15.5.1979 - 1 StR 74/79 = NJW 1979, 2053 - Spanner | 58 |
| ● BGH, Urt. v. 9.7.1987 - 4 StR 223/87 = BGHSt 34, 397 - Tagebuch II | 59 |
| ● OLG Celle, Urt. v. 16.3.1967 - 1 Ss 10/67 = NJW 1967, 1921 - Taschenbuch-Fall | 62 |
| ● OLG Köln, Urt. v. 21.5.1985 - Ss 103/85 = NJW 1986, 392 - Schnaps-Fall | 64 |
| ● OLG Stuttgart, Beschl. v 9.7.2001 - 2 Ss (26) 298/01 = NStZ-RR 2002, 47 | 65 |
| ● LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 9.4.2003 - 5/22 Ks 3490 Js 230118/02 = StV 2003, 325 - Gäfgen | 66 |
| ● LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 9.4.2003 - 5/22 Ks 3490 Js 230118/02 = StV 2003, 327 - Gäfgen | 69 |
| ● LG Frankfurt a. M., Urt. v. 20.12.2004 - 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04) = NJW 2005, 692 - Daschner | 71 |
| ● LG Karlsruhe, Urt. v. 21.6.1993 - 8 AK 25/93 = NStZ 1993, 543 - Verirrte Schafe | 79 |

Anmerkungen und (Besprechungs-) Aufsätze

Auszüge aus Lehrbüchern und Kommentaren

Falltexte

Fall 1: "Mephisto" (vgl. BVerfGE 30, 173 u. BGHZ 50, 133)

Sachverhalt: 1963 kündigte die *Nymphenburger-Verlagshandlung GmbH* (N) an, sie werde den Roman "*Mephisto - Roman einer Karriere*" von *Klaus Mann* in Westdeutschland veröffentlichen. Der Roman, den der Schriftsteller *Klaus Mann* (1906-1949) nach seiner Emigration aus Deutschland geschrieben hatte, erschien zunächst 1936 im Querido-Verlag, Amsterdam, ferner im Jahre 1956 im *Aufbau-Verlag*, Ost-Berlin. Der Roman schildert den Aufstieg des hochbegabten Schauspielers *Hendrik Höfgen*, der seine politischen Überzeugungen verleugnete und alle menschlichen und ethischen Bindungen abstreifte, um im Pakt mit den Machthabern des nationalsozialistischen Deutschlands eine künstlerische Karriere zu machen. Der Roman stellt die psychischen, geistigen und soziologischen Voraussetzungen dar, die diesen Aufstieg möglich machten. Der Romanfigur *Hendrik Höfgen* diene der Schauspieler, Regisseur und Theaterleiter *Gustaf Gründgens* (1899-1963) als Vorbild, was für den kundigen Leser unschwer zu erkennen war.

Der Adoptivsohn und Alleinerbe (B) des kurz zuvor verstorbenen *Gustaf Gründgens* erhob gegen die N vor dem *Landgericht Hamburg* Klage auf Unterlassung, die er im wesentlichen damit begründete, der Roman vermittele ein verfälschtes, grob ehrverletzendes Persönlichkeitsbild des Künstlers. Frei erfundene Details seien mit Tatsachen vermischt, der Bezug zu *Gründgens'* Leben ständig erkennbar, so daß beim unbefangenen Leser der Eindruck einer Biographie entstehe. Hierdurch würden das Persönlichkeitsrecht des *Gustaf Gründgens*, das über den Tod hinauswirke, und das Andenken an den Künstler in nachhaltiger Weise verletzt. Nachdem das *Landgericht Hamburg* die Klage abgewiesen hatte, erschien der Roman zunächst im September 1965. Doch siegte B schließlich im Berufungsverfahren vor dem *Oberlandesgericht Hamburg* und erwirkte ein Verbot, den Roman zu vervielfältigen, zu vertreiben und zu veröffentlichen. Das *Oberlandesgericht* begründete dies vor allem damit, der Roman verletze *Gustaf Gründgens* in seiner Ehre, seinem Ansehen und seiner sozialen Geltung und verunglimpfe sein Andenken. Der *Bundesgerichtshof* bestätigte die Entscheidung des *Oberlandesgerichts* (BGHZ 50, 133).

Die N erhob hierauf Verfassungsbeschwerde beim *Bundesverfassungsgericht*. Sie wendete ein, bei dem Roman handle es sich um ein Kunstwerk, dem als solchem verfassungsrechtlich besonderer Schutz zukomme. Im übrigen habe der Autor selbst klargestellt, daß er keine Biographie schreiben wolle, weshalb dem Roman auch folgender Vermerk beigefügt sei: "Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts."

Aufgabe: Hat die Verfassungsbeschwerde Erfolg?

Fall 2: Der Computer-Kauf

Sachverhalt: Der 17-jährige M wünscht sich einen Computer. Er spart deshalb schon einige Zeit von seinem monatlichen Taschengeld (25 Euro) etwas an und legt zudem Gelder, die er sonst geschenkt bekommt, dafür zurück. Seine Eltern (E) haben auf sein Drängen hin auch schon erklärt, sie wollten sich für ihn nach einem Angebot für einen günstigen, womöglich gebrauchten Rechner umsehen. Bald darauf erfährt M von B, dem älteren Bruder eines Klassenkameraden, daß B gerade einen neuen Computer erworben habe und er bereit sei, M seinen "alten", aber keineswegs veralteten, vielmehr recht guten Rechner günstig zu verkaufen. M ist sofort begeistert, muß B aber gestehen, daß er erst 250 Euro angespart habe. B und M einigen sich schließlich auf einen Freundschaftspreis von 300 Euro und vereinbaren, daß M den noch fehlenden Betrag in höchstens vier monatlichen Raten zu mindestens 12,50 Euro abzahle. Als M am selben Abend den B aufsucht, um den Rechner abzuholen und die 250 Euro zu bezahlen, fragt B noch, ob M's Eltern auch mit allem einverstanden seien. M, der mit seinen Eltern noch nicht über den Kauf gesprochen hat, entgegnet trotzdem "na klar". Er hofft, daß seine Eltern angesichts des günstigen Preises dem Kauf zustimmen und ihm für seine Geschäftstüchtigkeit vielleicht auch etwas zum Kaufpreis dazugeben werden. Als M mit dem Computer nach Hause kommt, sind

seine Eltern zunächst überrascht, aber dann doch mit allem einverstanden. Zwei Tage später erhalten M's Eltern einen Brief von B, der die Eltern auffordert, ihm doch schriftlich ihre Zustimmung zum Kauf zu erklären. M's Eltern unternehmen daraufhin jedoch nichts. Zwar sind sie mit dem Kauf nicht mehr einverstanden (denn der Junge sitzt nur noch vor dem Rechner), sie wollen aber keinen Ärger mit B haben.

Aufgabe: 1. Wie ist die Rechtslage zu beurteilen?

2. (*Fallabwandlung*) Wäre der Fall anders zu beurteilen, wenn M den Kaufpreis sofort bar entrichtet hätte, da ihm sein Patenonkel dafür das Geld schenkte?

Fall 3: Die undankbaren Golfer (abgewandelt nach *Wolfgang Brehm*,

Fälle und Lösungen zum Allgemeinen Teil des BGB, Stuttgart, 2. Aufl. 2002, Fall 9, S. 78-83)

Sachverhalt: V ist Präsident des Golfclubs Wiesental e.V. Nach der Satzung des Clubs besteht der Vorstand aus dem Präsidenten, dessen Vertretungsbefugnis in der Satzung nicht näher geregelt ist. V will dem Club ein ihm gehörendes Grundstück zur Erweiterung des Golfplatzes schenken. Er schließt beim Notar einen ordnungsgemäßen notariellen Vertrag, in dem er sich verpflichtet, das Grundstück an den Club zu übereignen. Einen Monat später begibt sich V zum Notar, um die Auflassung zu erklären. Nach Vorlage der Auflassung wird der Verein im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Bei der nächsten Mitgliederversammlung steht die Neuwahl des Präsidenten an. V kandidiert, wird aber nicht wiedergewählt. Die Mitglieder werfen ihm vor, er habe durch seine Grundstücksschenkung die Wahl beeinflussen wollen. Sie fassen den Beschluß "Die Mitgliederversammlung mißbilligt die Grundstücksschenkung". V ist darüber verärgert, daß ihm unredliche Motive unterstellt werden. Er vertritt deshalb nun gegenüber dem Club den Standpunkt, Schenkung und Übereignung des Grundstücks seien unwirksam.

Aufgaben: 1. Ist der Club Eigentümer des Grundstücks geworden?

2. Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn das Grundstück im Wert von 200.000 Euro von V nicht verschenkt, sondern für 10.000 Euro an den Verein verkauft worden wäre?

Bearbeiterhinweis: Die Übereignung eines Grundstücks erfolgt durch Erklärung der Auflassung (= Einigung über Eigentumsübergang) und Eintragung (des Eigentümerwechsels in das Grundbuch) nach §§ 873, 925 BGB.

Fall 4: Der "Fall Max & Moritz" (2. Streich)

(*Wilhelm Busch*, Max und Moritz - eine Bubengeschichte in sieben Streichen,

in: *ders.*, Historisch-kritische Gesamtausgabe, bearb. u. hrsg. v. *Friedrich Bohne*, Hamburg 1959, Bd. 1, S. 343 f, 350 ff.)

Sachverhalt:

Vorwort

Ach, was muß man oft von bösen
Kindern hören oder lesen!!
Wie zum Beispiel hier von diesen,
Welche Max und Moritz hießen;
Die, anstatt durch weise Lehren
Sich zum Guten zu bekehren,
Oftmals noch darüber lachten
Und sich heimlich lustig machten. -
- Ja, zur Übeltätigkeit,
Ja, dazu ist man bereit! -
- Menschen necken, Tiere quälen,
Äpfel, Birnen, Zwetschen stehen --
Das ist freilich angenehmer
Und dazu auch viel bequemer,
Als in Kirche oder Schule

Festzusitzen auf dem Stuhle. -
- Aber wehe, wehe, wehe!
Wenn ich auf das Ende sehe!! -
- Ach, das war ein schlimmes Ding,
Wie es Max und Moritz ging.
- Drum ist hier, was sie getrieben,
Abgemalt und aufgeschrieben.

Zweiter Streich

Als die gute Witwe Bolte
Sich von ihrem Schmerz erholte,
Dachte sie so hin und her,
Daß es wohl das beste wär',
Die Verstorb'nen, die hienieden
Schon so frühe abgeschieden,
Ganz im stillen und in Ehren
Gut gebraten zu verzehren. -

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

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

Aufgaben: 1. Prüfen sie die Strafbarkeit der Beteiligten im "Zweiten Streich".

2. Prüfen Sie etwaige zivilrechtliche Ansprüche der *Witwe Bolte* gegen *Max & Moritz* (deren Deliktsfähigkeit ist zu unterstellen).

Auszug aus dem *Jugendgerichtsgesetz* (JGG):

§ 3 JGG. Verantwortlichkeit. Ein Jugendlicher ist strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Zur Erziehung eines Jugendlichen, der mangels Reife strafrechtlich nicht verantwortlich ist, kann der Richter dieselben Maßnahmen anordnen wie der Familienrichter.

Auszug aus dem *Tierschutzgesetz* (TSchG):

§ 17 TSchG. Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet oder
2. einem Wirbeltier
 - a) aus Roheit erhebliche Schmerzen oder Leiden oder
 - b) länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden
 zufügt.

Fall 5: Der Spanner (vgl. *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 (nach heutigem Recht, ohne Vergehen nach dem Waffengesetz)?

Fall 6: Verirrte Schafe (vgl. *LG Karlsruhe*, NStZ 1993, 543)

Sachverhalt: Der Schäfer Aristeus (A) zog viele Jahre mit seiner Herde von etwa 600 bis 800 Schafen durch Nordbaden und Nordwürttemberg, wo er in sechs Fällen Wiesengrundstücke ohne Erlaubnis durch seine Tiere abweiden ließ.

Aufgabe: Wie hat sich A strafbar gemacht?

Auszug aus dem [bad-württ.] *Landwirtschafts- und Landeskulturgesetz* (LLG) v. 14.3.1972:

§ 28 LLG. Ordnungswidrigkeiten. (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig ...

4. auf ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück unbefugt Steine oder sonstige Gegenstände bringt oder wirft, wenn dadurch dessen Nutzung beeinträchtigt wird, ...
8. auf einem landwirtschaftlich genutzten Grundstück Tiere unbefugt weidet oder weiden läßt, außerhalb der Wege unbefugt Vieh treibt, auf fremden Grundstücken und auf Wegen unbefugt Holz, den Pflug oder ein anderes landwirtschaftliches Gerät schleift,
9. Tiere, für die er verantwortlich ist, außerhalb eingefriedeter Grundstücke ohne genügende Aufsicht oder Sicherung läßt, wenn dadurch die Nutzung eines fremden landwirtschaftlichen gefährdet wird, ...

Fall 7: Venezianisches Finale

(Fall nach *Donna Leon*, Venezianisches Finale. Commissario Brunettis erster Fall, Zürich 1993)

Sachverhalt: Der berühmte Dirigent Helmut Wellauer (H) führte ein Doppelleben. Während er in der Öffentlichkeit nicht nur als eine künstlerische, sondern auch als eine moralische Instanz anerkannt war, führte er privat ein weniger sittenstrenges Leben und hatte Sexualverkehr mit minderjährigen Mädchen. So überraschte ihn eines Tages seine Ehefrau, Elisabeth Wellauer (E), wie er seine Stieftochter Alexandra (A) vergewaltigen wollte. Hierauf sann E einerseits aus Rache, andererseits um ihre Tochter A vor etwaigen weiteren Übergriffen des H zu schützen, nach einem Mittel, um H zu "richten".

Als ausgebildeter Ärztin vertraute H ihr in allen Gesundheitsfragen. So nutzte sie, als H über Müdigkeit klagte, die Gunst der Stunde und schlug ihm - wie bereits früher einmal praktiziert - eine Vitamin-B₁₂-Kur vor. Anstelle des (ungefährlichen) Vitaminpräparats spritzte sie ihm diesmal aber das Antibiotikum Netilmicina, welches zum Verlust des Gehörs führt. Sie wußte, daß der Verlust des Ge-

hört den Musiker H schwer treffen und das Ende seiner Weltkarriere bedeuten würde. Letztlich würde er als gebrochener Mann seinem Leben selbst ein Ende setzen und so die aus Sicht der E gerechte Strafe finden. Zudem würde kaum jemand die wahre Ursache des "tragischen Freitodes" ihres Mannes erkennen und sie hierfür verantwortlich machen.

Wie von E beabsichtigt, bewirkte bereits die sechsmalige Gabe des Antibiotikums eine erhebliche, unumkehrbare Schädigung des Gehörs des H, so daß dieser kaum mehr in der Lage war, ein Orchester ordentlich zu dirigieren. Bei einer von ihm geleiteten Aufführung der Oper "La Traviata" nahm sich H schließlich während der Pause vor dem letzten Akt in der Künstlergarderobe mittels Gift das Leben.

Aufgabe: KK Guido Brunetti (B), der den Fall aufklärte und nun seinen Abschlußbericht verfassen muß, beauftragt Sie (nach deutschem Recht), ein umfassendes Rechtsgutachten zur Strafbarkeit der E abzufassen und dabei auch eine Rechtfertigung oder Entschuldigung der E zu prüfen.

Fall 8: Der blinde Zeuge

(Fall nach *François G. de Pitaval*, Unerhörte Kriminalfälle,
nach der 1792-1794 von *Friedrich Schiller* herausgegebenen Auswahl und Übersetzung)

Sachverhalt: Nach erfolgreichen Geschäften befand sich ein italienischer Kaufmann (K) aus Lucca in Begleitung seines französischen Bedienten (M) auf seiner Rückreise von London über Rouen nach Paris. »Auf einem Berge, nicht weit von Argenteuil, überfiel ihn ein Gewitter. Diesen Augenblick, wo auf der ganzen Straße umher kein Mensch zu sehen war, benutzte der Bediente, ... versetzte seinem Herrn plötzlich einige tödliche Stiche, plünderte ihn ... aus und warf ihn, noch mit dem Tode ringend, in einen Weinberg. Ehe er [= M] jedoch noch den Mordplatz verlassen hatte, kam ein blinder Mann [B] unter der Leitung seines Hundes diesen Weg gegangen, hörte ein schwaches Ächzen, bemerkte, daß noch jemand da war, und fragte also, was hier vorgehe? Der Mörder antwortete ihm, er habe einen kranken Menschen bei sich, der eben ein wenig beiseite gegangen wäre; der Blinde bekümmerte sich nun um weiter nichts, sondern setzte seinen Weg fort. Auch der mörderische Bediente verfolgte den Weg nach Paris und ließ sich bei seiner Ankunft alle Wechselbriefe seines Herrn ... auszahlen.«

Aufgrund einer Anzeige der Familie des K wegen dessen spurlosen Verschwindens befaßte sich die französische Kriminalpolizei mit dem Fall. Diese zog Erkundigungen über alle Personen ein, die seit einiger Zeit nach Rouen gekommen waren oder sich da niedergelassen hatten. Dabei erlangte sie Kenntnis von einem Kaufmann - wie sich später zeigte, war dies der M -, der »vor kurzem sich nach Rouen gewendet und einen Handel angefangen hätte, von dem man aber nicht eigentlich wisse, wer oder woher er wäre. Der Richter [R] beschloß hierauf sogleich, diesen neuen Ankömmling beim Kopf nehmen zu lassen, ...«

Aufgabe 1: Prüfen Sie (ggf. auch hilfsgutachtlich) nach heutigem deutschen Recht, ob die Kriminalpolizei in der damaligen Situation den M hätte vorläufig festnehmen können.

»... um aber hierzu einen Vorwand zu haben, ersann er eine List und ließ eine Schuldverschreibung aufsetzen, in welcher sich der Kaufmann bei Gefängnis verbindlich machte, binnen einer gewissen Zeit die Summe von zweihundert Talern zu bezahlen. Nach Verlauf dieser Zeit ließ der Richter dem Kaufmann besagte Schuldverschreibung vorlegen und die Bezahlung fordern. Der Kaufmann leugnete, wie leicht zu vermuten, die ganze Schuld, erklärte die Schuldverschreibung für falsch, und sogleich wurde er festgesetzt.

Indes zeigte er [M] bei seiner Verhaftnehmung eine ungewöhnliche Unruhe und bat die [Kriminalbeamten] mit ängstlicher Stimme, sie möchten ihm doch nur sagen, ob die vorgebliche Schuldverschreibung die einzige Ursache sei, daß man ihn arretiere. Dieses Betragen wurde dem Kriminalleutnant [L] sogleich gemeldet, er ließ also den Arrestanten vor sich bringen und fing an, ihn mit vieler Freundlichkeit [allein] ... zu verhören. Er sagte ihm, daß er sich der Schuldverschreibung halber keine Gedanken machen dürfe, denn diese wäre allerdings nur erdichtet, und man habe sich derselben nur als eines Mittels bedient, ihn mit guter Manier in Haft zu bekommen: allein man sei vollkommen benachrichtigt, und es wären schon hinlängliche Beweise vorhanden, daß er den Kaufmann aus Lucca [= K],

der hier herum unsichtbar geworden wäre, ermordet hätte. Indes solle er den Mut nicht sinken lassen, der Kaufmann sei ein Ausländer, und deshalb würde sich die ganze Sache wohl mit Geld schlichten lassen.

Den Arrestanten überraschte diese Anrede, er war auf ein solches Verhör zu wenig vorbereitet, er antwortete also, daß, da er mit einer Summe Geldes abkommen könne, er keine Weitläufigkeiten machen, sondern es nur gestehen wolle, daß er diese Mordtat verübt hätte.

In diesem Augenblick ließ der Kriminalleutnant [ihn vor den Ermittlungsrichter führen. Dieser] ... ermahnte darauf den Arrestanten zum Geständnis der Wahrheit ..., allein nun hatte sich der Arrestant schon vom ersten Schrecken erholt und sich eines anderen bedacht, er weigerte sich schlechterdings zu antworten.«

Aufgabe 2: Nehmen Sie (wiederum nach heutigem deutschen Recht) zu der Rechtmäßigkeit der polizeilichen Vernehmung des M Stellung. Gehen Sie dabei auch auf die Frage ein, ob rechtliche Bedenken gegen eine gerichtliche Verwertung der erlangten Aussage des M bestehen.

Von den weiteren Ermittlungen der Kriminalpolizei in dieser Sache, erlangte zufällig der blinde Mann (B) Kenntnis und »sogleich fiel das, was er jenes Mal auf dem Berge gehört hatte, [ihm] wiederum ein; er erzählte [dem Kriminalleutnant L] seine Geschichte nach allen Umständen und versicherte, daß der den Menschen, der mit ihm geredet hätte, noch heute an der Stimme kennen wolle.«

Der Kriminalleutnant L »ließ hierauf den blinden Mann nach Rouen bringen und dort gerichtlich verhören. Er wurde sodann dem Arrestanten vorgestellt, um aber ganz versichert zu sein, daß kein Vorurteil an des Blinden Aussage Anteil habe, ließ man keinen von beiden in des anderen Gegenwart ein Wort reden, und, nachdem man dem Arrestanten Zeit genug gelassen hatte, den Blinden hinlänglich in Augenschein zu nehmen, wurde letzterer abgeführt. Der Richter befragte hierauf den Kaufmann [= M], ob er Einwendungen gegen den blinden Mann zu machen habe? Und die Antwort bestand in den bittersten Beschwerden, daß mit ihm auf das hinterlistigste verfahren würde, und daß es wider alle Rechtsregeln sei, wenn man ihn einer Tat, die nur durch Zeugen, die vom Sehen zeugten, erwiesen werden könne, durch die Aussagen eines blinden Mannes überführen wolle.

Hierauf trafen die Gerichte die Veranstaltung, daß an zwanzig Personen in Gegenwart des Blinden nach und nach reden mußten. Von diesen erkannte er nicht eine für denjenigen Menschen, den er auf dem Berge bei Argenteuil hatte reden hören. Endlich mußte auch der Arrestant sprechen, und kaum hatte der Blinde ihn gehört, als er sogleich versicherte, dieser sei der rechte Mann.«

Aufgabe 3: Auf welcher Rechtsgrundlage könnte (nach heutigem deutschen Recht) ein entsprechender Stimmenvergleich erfolgen? Begründen Sie Ihre Antwort näher.

Aufgrund dieser Aussage wurde M schließlich verurteilt, »gerädert zu werden und dieses Urteil auch an ihm vollstreckt. ... [Schließlich] legte der Verurteilte in seinen letzten Augenblicken öffentlich das Bekenntnis ab, daß er wirklich das Ungeheuer von einem Bedienten sei, der den italienischen Kaufmann ermordet hatte.«

Fall 9: Die Kindesentführung

(nach *Volker Epping*, Grundrechte, 2. Aufl. 2004, Fall 19, Rn 572 [S. 245]; s.a. *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 20. Aufl. 2004, vor Rn 349 u. Rn 366 [S. 81, 85]; *Winfried Brugger*, VwBIBW 1995, 414 u. 446 ff)

Sachverhalt: Anfang Januar 2006 ist in Marburg die zehnjährige Marie Maier (M) entführt worden. Zwei Tage später gelingt es der Polizei, bei der Lösegeldübergabe Gerd Gemeiner (G) als mutmaßlichen Täter zu verhaften. Im Verhör gibt G zu, die M entführt zu haben. Den aktuellen Aufenthaltsort verschweigt er jedoch. Er gibt nur an, daß die M sich in einem Erdloch im Umland von Marburg befindet. Angesichts der seit der Entführung verstrichenen Zeit und der recht kalten Witterung geht die Polizei davon aus, daß sich die M in akuter Lebensgefahr befindet. Da weitere Verhöre keinen Erfolg versprechen und eine Suche in dem fraglichen, sehr weiträumigen Gebiet zu zeitaufwendig wäre, beschließt der zuständige Vernehmungsbeamte, KHK Kuno Kraft (K), G mit Gewalt zur Preisgabe des Aufenthaltsortes zu zwingen. Er droht ihm zunächst die Zufügung erheblicher, unvergeßlicher Schmer-

zen an. Als dies nichts hilft, mißhandelt er G wie angedroht, wobei sich für G keinerlei bleibende physische Schäden oder weitergehende Gefährdung für Leib und Leben ergibt. Hierauf nennt G den Aufenthaltsort der M. Als die Polizei am genannten Ort ankommt, trifft sie dort den Heiner Helfrich (H) und die M an. H bedroht die M mit einer Schußwaffe und fordert die Polizei auf, sich zu entfernen; anderenfalls werde er die M töten. Der Polizei ist H als äußerst gewaltbereit bekannt. Nachdem Verhandlungen zu keinem Ergebnis führen, H einen Warnschuß abgegeben hat und die Situation zu eskalieren droht, erschießt ein Scharfschütze den H. Das Kind wird gerettet.

Aufgabe: Verletzen die polizeilichen Maßnahmen Grundrechte bzw. grundrechtsgleiche Rechte von G und H? Erstellen Sie ein umfassendes Gutachten.

Auszug aus dem *Hessischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung* (HSOG) v. 26.6.1990:

§ 12 HSOG. Befragung und Auskunftspflicht. (1) ¹Die Gefahrenabwehr- und die Polizeibehörden können eine Person befragen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, daß die Person sachdienliche Angaben zur Aufklärung des Sachverhalts in einer bestimmten gefahrenabwehrbehördlichen oder polizeilichen Angelegenheit machen kann. ²Im Fall der Abwehr einer Gefahr kann sie zum Zwecke der Befragung angehalten werden.

(2) ¹Eine Auskunftspflicht besteht für die in den §§ 6 und 7 genannten, unter den Voraussetzungen des § 9 auch für die dort genannten Personen. ²Unter den in den §§ 52 bis 55 der Strafprozeßordnung genannten Voraussetzungen ist die betroffene Person zur Verweigerung der Auskunft berechtigt. ³Dies gilt nicht, wenn die Auskunft für die Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist. ⁴Auskünfte, die gemäß Satz 3 erlangt wurden, dürfen nur zu Zwecken der Gefahrenabwehr nach § 1 Abs. 1 und 4 verwendet werden. ⁵Die betroffene Person ist über ihr Recht zur Verweigerung der Auskunft zu belehren.

(3) Werden bei der Befragung personenbezogene Daten erhoben, sind die nachfolgenden Vorschriften über die Verwendung personenbezogener Daten anzuwenden.

(4) § 136a der Strafprozeßordnung gilt entsprechend.

[*Hinweis:* §§ 6, 7 bzw. 9 HSOG regeln die Polizeipflichtigkeit von Verhaltens- und Zustands- bzw. Nichtverantwortlichen.]

§ 52 HSOG. Unmittelbarer Zwang. (1) ¹Unmittelbarer Zwang kann von den Polizeibehörden sowie nach Maßgabe der § 63 von Vollzugsbediensteten, die nicht Polizeivollzugsbeamtinnen oder Polizeivollzugsbedienstete sind, und sonstigen Personen, denen die Anwendung unmittelbaren Zwanges gestattet ist, angewendet werden, wenn andere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen und keinen Erfolg versprechen oder unzweckmäßig sind. ²Für die Art und Weise der Anwendung unmittelbaren Zwanges gelten die §§ 54 bis 63.

(2) Unmittelbarer Zwang zur Abgabe einer Erklärung ist ausgeschlossen.

§ 56 HSOG. Handeln auf Anordnung. (1) ¹Die Polizeivollzugsbeamtinnen und Polizeivollzugsbeamten sind verpflichtet, unmittelbaren Zwang anzuwenden, der von einer oder einem Weisungsberechtigten angeordnet wird. ²Dies gilt nicht, wenn die Anordnung die Menschenwürde verletzt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist.

(2) ¹Eine Anordnung darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. ²Wird die Anordnung trotzdem befolgt, so trifft die Polizeivollzugsbeamtin oder den Polizeivollzugsbeamten eine Schuld nur, wenn sie oder er erkennt oder wenn es nach den ihr oder ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, daß dadurch eine Straftat begangen wird.

(3) Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Anordnung hat die Polizeivollzugsbeamtin oder der Polizeivollzugsbeamte der anordnenden Person gegenüber vorzubringen, soweit dies nach den Umständen möglich ist.

(4) § 71 Abs. 2 des Hessischen Beamtengesetzes ist nicht anzuwenden.

Fall 10: "Der Fall Schleyer" (BVerfGE 46, 160 - Schleyer)

Sachverhalt: Am 5.9.1977 wurde der damalige Präsident der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände *Hanns-Martin Schleyer* nach Ermordung seines Fahrers und drei seiner Begleitpersonen von Terroristen entführt. Einige Zeit später machten die Terroristen die Freilassung *Schleyers* von der Erfüllung bestimmter Forderungen abhängig. Gefordert wurde von der Bundesregierung unter anderem, daß elf namentlich benannte, in Untersuchungshaft oder Strafhaft einsitzende Terroristen

freigelassen werden und ihnen die Ausreise aus der Bundesrepublik gestattet wird; außerdem sollten an jeden Freigelassenen 100.000 DM gezahlt werden. Für den Fall der Nichterfüllung dieser Forderung drohten die Entführer die Ermordung ("Hinrichtung") von *Hanns-Martin Schleyer* an.

Als die Bundesregierung die Forderungen der Entführer nicht erfüllte, beantragte der Sohn *Schleyers* als Vertreter seines Vaters beim BVerfG den Erlass einer einstweiligen Anordnung. Mit dieser sollten die Bundesregierung und die Regierungen der Bundesländer, in denen die Terroristen einsaßen, die freigegeben werden sollten, verpflichtet werden, zur Rettung *Schleyers* den Forderungen der Entführer nachzukommen (wie früher im Fall der Entführung des damaligen Berliner Abgeordneten und CDU-Fraktionsvorsitzenden *Peter Lorenz* geschehen), um so das Leben *Schleyers* zu retten.

Aufgabe: War der Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung zulässig und begründet?

[Kurz vor Antragstellung hatten Gesinnungsgenossen der Terroristen die Lufthansa-Maschine "Landshut" entführt. Diese Geiselnahme wurde später in Mogadischu/Somalia durch Beamte der GSG 9 beendet. Daraufhin begingen die zur Freipressung vorgesehenen Terroristen Selbstmord, und *Schleyer* wurde durch seine Entführer ermordet.]

Reservefall: Tagebuch-Fall (vgl. BGHSt 34, 397 u. BVerfGE 80, 367)

Sachverhalt: A wird verdächtigt, hinterrücks eine Frau erschlagen zu haben, die arglos auf einer abgelegenen Wiese ein Sonnenbad nahm. Bei der Durchsuchung der Wohnung des die Tat bestreitenden A findet die Polizei in Büchern und Regalen Notizhefte, Abreißblöcke sowie lose Blätter mit Aufzeichnungen des A, über deren Inhalt er bisher mit niemandem gesprochen hatte. A, der keine längerfristige Beziehung zu Frauen aufbauen konnte und deshalb unter erheblichen aggressiven Verstimmungen litt, hatte diese tagebuchartigen Aufzeichnungen auf Anraten eines von ihm aufgesuchten Psychologen angefertigt, um so seine dunklen Gedanken zu verarbeiten. Er schrieb unter anderem: "Noch tun mir die Mädchen leid, wenn sie Opfer einer brutalen Vergewaltigung werden. Ich weiß aber nicht, wie lange noch. ... Ich bin in der Tagesklinik, weil ich unmittelbar vor dem alles entscheidenden Schritt stehe. Damit will ich sagen, daß ich höchstwahrscheinlich zum Sexualtäter werde, wenn ich nicht in die Therapie eingewilligt hätte. ... Auslösung der Tat wäre mit Sicherheit die Tatsache gewesen, wenn ich einer Frau im Einsamen begegnet wäre." Die Aufzeichnungen betreffen den Zeitraum von 17 bis 8 Monaten vor der Tat und enden mit der Aufnahme der Therapie.

Aufgaben: **1.** Dürfen diese Aufzeichnungen gegen den Willen des A beschlagnahmt werden, um sie gegen ihn im Strafverfahren zu verwenden? Erstellen Sie ein verfassungsrechtliches Gutachten.
2. Ändert sich etwas an der rechtlichen Beurteilung, wenn A in seinen Aufzeichnungen (auch) genau die Vorbereitung und Ausführung einer Vergewaltigung schildert?

Bearbeiterhinweis: Von der Beachtung des § 110 StPO bei der Durchsuchung ist auszugehen.

BVerfG, Beschl. v. 24.2.1971 - 1 BvR 435/68 = BVerfGE 30, 173 - Mephisto

- Leitsätze: 1. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist eine das Verhältnis des Bereiches Kunst zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm. Sie gewährt zugleich ein individuelles Freiheitsrecht.
2. Die Kunstfreiheitsgarantie betrifft nicht nur die künstlerische Betätigung, sondern auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks.
3. Auf das Recht der Kunstfreiheit kann sich auch ein Buchverleger berufen.
4. Für die Kunstfreiheit gelten weder die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG noch die des Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG.
5. Ein Konflikt zwischen der Kunstfreiheitsgarantie und dem verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich ist nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung zu lösen; hierbei ist insbesondere die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Würde des Menschen zu beachten.

Beschluß des Ersten Senats vom 24. Februar 1971 - 1 BvR 435/68 - in dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde der Nymphenburger Verlagshandlung, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vertreten durch ihren Geschäftsführer - Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Gerth Arras, Stuttgart, Eugenstr. 16 - gegen 1. das Urteil des Bundesgerichts-
[BVerfGE 30, 174] hofs vom 20. März 1968 - I ZR 44/66 -; 2. das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 10. März 1966 - 3 U 372/1965 -.

Entscheidungsformel: Die Verfassungsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe: **A.I.** Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen das von dem Adoptivsohn und Alleinerben des verstorbenen Schauspielers und Intendanten Gustaf Gründgens gegen die Beschwerdeführerin erwirkte Verbot, das Buch "*Mephisto* Roman einer Karriere" von Klaus Mann zu vervielfältigen, zu vertreiben und zu veröffentlichen.

Der Autor, der im Jahre 1933 aus Deutschland ausgewandert ist, hat den Roman 1936 im Querido-Verlag, Amsterdam, veröffentlicht. Nach seinem Tode im Jahre 1949 ist der Roman 1956 im Aufbauverlag in Ost-Berlin erschienen.

Der Roman schildert den Aufstieg des hochbegabten Schauspielers Hendrik Höfgen, der seine politische Überzeugung verleugnet und alle menschlichen und ethischen Bindungen abstreift, um im Pakt mit den Machthabern des nationalsozialistischen Deutschlands eine künstlerische Karriere zu machen. Der Roman stellt die psychischen, geistigen und soziologischen Voraussetzungen dar, die diesen Aufstieg möglich machten.

Der Romanfigur des Hendrik Höfgen hat der Schauspieler Gustaf Gründgens als Vorbild gedient. Gründgens war in den zwanziger Jahren, als er noch an den Hamburger Kammerspielen tätig war, mit Klaus Mann befreundet und mit dessen Schwester Erika Mann verheiratet, von der er nach kurzer Zeit wieder geschieden wurde. Zahlreiche Einzelheiten der Romanfigur des Hendrik Höfgen - seine äußere Erscheinung, die Theaterstücke, an denen er mitwirkte, und ihre zeitliche Reihenfolge, der Aufstieg zum Preußischen Staatsrat und zum Generalintendanten der Preußischen Staatstheater - entsprechen dem äußeren Erschei-

[BVerfGE 30, 175] nungsbild und dem Lebenslauf von Gründgens. Auch an Personen aus der damaligen Umgebung von Gründgens lehnt sich der Roman an.

Klaus Mann schrieb über die Romanfigur des Hendrik Höfgen und ihr Verhältnis zu Gustaf Gründgens in seinem 1942 in New York erschienenen Buch "*The Turning Point*" u. a. (S. 281 f.):

"I visualize my ex-brother-in-law as the traitor par excellence, the macabre embodiment of corruption and cynicism. So intense was the fascination of his shameful glory that I decided to portray Mephisto-Gründgens in a satirical novel. I thought it pertinent, indeed, necessary to expose and analyze the abject type of the treacherous intellectual who prostitutes his talent for the sake of some tawdry fame and transitory wealth.

Gustaf was just one among others-in reality as well as in the composition of my narrative. He served me as a focus around which I could make gyrate the pathetic and nauseous crowd of petty climbers and crooks."

In der neubearbeiteten, 1948 erschienenen deutschen Ausgabe "Der Wendepunkt" heißt es hierzu (S. 334 f.):

"Warum schrieb ich meinen Roman 'Mephisto'? Das dritte Buch, das ich im Exil - 1936 - veröffentlichte, handelt von einer unsympathischen Figur. Der Schauspieler, den ich hier präsentiere, hat zwar Talent, sonst aber nicht viel, was für ihn spräche. Besonders fehlt es ihm an den sittlichen Eigenschaften, die man meist unter dem Begriff 'Charakter' zusammenfaßt. Statt des 'Charakters' gibt es bei diesem Hendrik Höfgen nur Ehrgeiz, Eitelkeit, Ruhmsucht, Wirkungstrieb. Er ist kein Mensch, nur ein Komödiant.

War es der Mühe wert, über eine solche Figur einen Roman zu schreiben? Ja; denn der Komödiant wird zum Exponenten, zum Symbol eines durchaus komödiantischen, zutiefst unwahren, unwirklichen Regimes. Der Mime triumphiert im Staat der Lügner und Versteller. 'Mephisto' ist der Roman einer Karriere im Dritten Reich.

'Vielleicht wollte er (der Autor) dem Schauerstück blutiger Dilettanten das Porträt des echten Komödianten gegenüberstellen', wie Herman Kesten in einer gescheiterten Rezension meines Buches ('Das Neue Tagebuch', 1937) mit Recht vermutete. Er fährt fort: 'ihm gelingt mehr, er zeichnet den Typus des Mitläufers, einen aus der Million von kleinsten Mitschuldigen, die nicht die großen Verbrechen begehen, aber vom Brot der Mörder essen, nicht Schuldige sind, aber

[BVerfGE 30, 176] schuldig werden; nicht töten, aber zum Totschlag schweigen, über ihre Verdienste hinaus verdienen wollen und die Füße der Mächtigen lecken, auch wenn diese Füße im Blute der Unschuldigen waten. Diese Million von kleinen Mitschuldigen haben >Blut geleck<. Darin bilden diese die Stütze der Machthaber!'

Genau dieser Typus war es, den ich zeichnen wollte. Ich hätte meine Intention selber nicht besser zu formulieren vermocht. 'Mephisto' ist kein 'Schlüsselroman', wie man ihn wohl genannt hat. Der ruchlos brillante, zynisch rücksichtslose Karrieremacher, der im Mittelpunkt meiner Satire steht, mag gewisse Züge von einem gewissen Schauspieler haben, den es wirklich gegeben hat und, wie man mir versichert, wirklich immer noch gibt. Ist der Staatsrat und Intendant Hendrik Höfgen, dessen Roman ich schrieb, ein Porträt des Staatsrates und Intendanten Gustaf Gründgens, mit dem ich als junger Mensch bekannt war? Doch nicht ganz. Höfgen unterscheidet sich in mancher Hinsicht von meinem früheren Schwager. Aber angenommen sogar, daß die Romanfigur dem Original ähnlicher wäre, als sie es tatsächlich ist, Gründgens könnte darum immer noch nicht als der 'Held' des Buches bezeichnet werden. Es geht in diesem zeitkritischen Versuch überhaupt nicht um den Einzelfall, sondern um den Typ. Als Exempel hätte mir genauso gut ein anderer dienen können. Meine Wahl fiel auf Gründgens - nicht, weil ich ihn für besonders schlimm gehalten hätte (er war vielleicht sogar eher besser als manch anderer Würdenträger des Dritten Reiches), sondern einfach, weil ich ihn zufällig besonders genau kannte. Gerade in Anbetracht unserer früheren Vertrautheit erschien mir seine Wandlung, sein Abfall so phantastisch, kurios, unglaublich, fabelhaft genug, um einen Roman darüber zu schreiben ..."

II.1. Im August 1963 kündigte die Beschwerdeführerin die Veröffentlichung des "Mephisto"-Romans an. Hiergegen erhob nach dem Tode des am 7. Oktober 1963 verstorbenen Gustaf Gründgens sein Adoptivsohn und Alleinerbe Klage. Er machte geltend:

Jeder auch nur oberflächlich mit dem deutschen Theaterleben der zwanziger und dreißiger Jahre vertraute Leser müsse Höfgen mit dem Schauspieler Gründgens in Verbindung bringen. Da in dem Roman zusammen mit erkennbar wahren Tatsachen zahlreiche erfundene herabsetzende Schilderungen verknüpft seien,

[BVerfGE 30, 177] entstehe ein verfälschtes, grob ehrverletzendes Persönlichkeitsbild von Gründgens. Der Roman sei kein Kunstwerk, sondern ein Schlüsselroman, in dem sich Klaus Mann an Gründgens räche, weil er die Ehre seiner Schwester Erika durch die Heirat mit Gründgens verletzt geglaubt habe.

Der Kläger beantragte, der Beklagten unter Strafandrohung zu untersagen, den Roman "Mephisto" zu vervielfältigen, zu vertreiben und zu veröffentlichen.

Entsprechend dem Antrag der Beklagten wies das Landgericht in Hamburg [Fn: Das Urteil des LG Hamburg vom 25. August 1965 ist veröffentlicht in UFITA, Band 51 (1969), S. 352.] die Klage ab. Daraufhin veröffentlichte die Beschwerdeführerin den Roman im September 1965 mit dem Vermerk "Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts. K. M." Aufgrund einer von dem Kläger bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg am 23. November 1965 erwirkten einstweiligen Verfügung wurde dem Buch ferner folgender Vorspruch beigegeben:

"AN DEN LESER

Der Verfasser Klaus Mann ist 1933 freiwillig aus Gesinnung emigriert und hat 1936 diesen Roman in Amsterdam geschrieben. Aus seiner damaligen Sicht und seinem Haß gegen die Hitlerdiktatur hat er ein zeitkritisches Bild der Theatergeschichte in Romanform geschaffen. Wenn auch Anlehnungen an Personen der damaligen Zeit nicht zu verkennen sind, so hat er den Romanfiguren doch erst durch seine dichterische Phantasie Gestalt gegeben. Dies gilt insbesondere für die Hauptfigur. Handlungen und Gesinnungen, die dieser Person im Roman zugeschrieben werden, entsprechen jedenfalls weitgehend der Phantasie des Verfassers. Er hat daher seinem Werk die Erklärung beigefügt: 'Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts.'

Der Verleger"

2. Auf die Berufung des Klägers gab das Oberlandesgericht der Klage sowohl aus dem eigenen Recht des Klägers als auch aus

[BVerfGE 30, 178] dem fortbestehenden Persönlichkeitsrecht des verstorbenen Gustaf Gründgens mit im wesentlichen folgender Begründung statt [Fn: Das Urteil des OLG vom 10. März 1966 ist abgedruckt in Schulze, Rechtsprechung zum Urheberrecht, Band V, OLGZ 64.]:

Der Roman verletze Gründgens in seiner Ehre, seinem Ansehen, seiner sozialen Geltung und verunglimpfe gröblich sein Andenken. Obwohl der Roman weder eine Biographie von Gründgens noch eine historische Studie des deutschen Theaterlebens der zwanziger und dreißiger Jahre sei und sein wolle, müsse das theaterkundige Publikum wegen der ihm bekannten und zutreffenden Schilderung des Erscheinungsbildes und des äußeren Lebensablaufes von Gründgens in der Person des Höfgen annehmen, daß die übrigen ihm nicht bekannten persönlichen Begebenheiten, Handlungen und Motive des Höfgen auf Gründgens zuträfen. Der Leser könne bei einer solchen Schilderung nicht zwischen Wahrheit und Dichtung unterscheiden, zumal das dem Lebensbild von Gründgens Hinzugedichtete möglich und sogar glaubwürdig sei. Es fehle an einer ausreichenden, für den Leser erkennbaren Verfremdung.

Hieran ändere auch die Erklärung des Autors nichts, daß alle Personen Typen, nicht Porträts darstellten, weil der Inhalt des Romans dieser Erklärung widerspreche. Aus der Erklärung müsse der Leser erst recht entnehmen, daß Klaus Mann in Gründgens den charakterlosen Typ des Höfgen erblicke. Der Vorspruch des Verlags werde lediglich als dessen Meinung aufgefaßt, zumal bei der Darstellung des intimen Lebens eines Schauspielers die Sensationslust des Publikums eine Rolle spiele.

Die Beschwerdeführerin könne sich nicht auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen. Mit dem Landgericht könne zwar davon ausgegangen werden, daß der Roman ein Kunstwerk sei und daher den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG genieße. Da der Leser in Höfgen Gründgens wiederkenne, stelle die Schilderung des gemeinen Charakters des Höfgen eine Beleidigung, Verächtlichmachung und Verunglimpfung von Gründgens dar. Das Buch sei - so gesehen - eine

[BVerfGE 30, 179] Schmähchrift in Romanform, was sich insbesondere aus der Schilderung der masochistischen Beziehungen des Höfgen zu der Negertänzerin Tebab ergebe. Das in Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Recht sei anderen Grundrechten nicht übergeordnet. Bei einer Kollision mit dem Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 1 und Art. 2 GG habe eine Güter- und Interessenabwägung zu erfolgen, die hier zugunsten des Klägers ausschlagen müsse. Eine Interessenabwägung entfalle aber, soweit der Roman die durch Art. 1 GG geschützte Intimsphäre von Gründgens antaste, da auch ein Kunstwerk die Menschenwürde nicht verletzen dürfe. Das gelte auch für die

verbalen Beleidigungen und Verleumdungen, die Gründgens durch die Person des Hofgen zugefügt worden seien. Auch eine Person der Zeitgeschichte brauche solche Ehrverletzungen nicht hinzunehmen, wenn sie wie Gründgens keinen Anlaß zur negativen Kritik gegeben habe.

Ferner sei zu berücksichtigen, daß die Erinnerung des Publikums an Gründgens noch lebendig sei und die Allgemeinheit ein Interesse daran habe, daß sein Lebens- und Charakterbild nicht verzerrt und völlig entstellt der Nachwelt überliefert werde. Demgegenüber hätten die Interessen der Beklagten zurückzutreten. Denn die Allgemeinheit sei nicht daran interessiert, ein falsches Bild über die Theaterverhältnisse nach 1933 aus der Sicht eines Emigranten zu erhalten. Es sei Klaus Mann zuzumuten gewesen, den Roman nach 1945 umzugestalten, damit der Leser Gründgens in Höfgen nicht mehr erkenne. Durch die Neuherausgabe des Romans in der unveränderten Fassung im jetzigen Zeitpunkt würde die Ehrverletzung und Verunglimpfung von Gründgens auch insoweit zumindest fortgesetzt, als sie durch frühere Ausgaben des Romans bereits eingetreten sei.

3. Die Revision der Beschwerdeführerin blieb erfolglos. Der Bundesgerichtshof [Fn: Das Urteil des BGH vom 20. März 1968 ist veröffentlicht in BGHZ 50, 133 = NJW 1968, S. 1773.] bejahte die Klagebefugnis aus den fortbeste-

[BVerfGE 30, 180] henden Rechten des Verstorbenen und ließ dahinstehen, ob der Kläger auch aus eigenem Recht aktiv legitimiert sei.

Der Schutz der Persönlichkeit auf der Grundlage der durch die Wertentscheidungen in Art. 1 und Art. 2 GG ausgefüllten Generalklausel des § 823 Abs. 1 BGB sei zwar nach dem Tode dadurch eingeschränkt, daß alle diejenigen Ausstrahlungen endeten, welche die Existenz einer aktiv handelnden Person voraussetzten; bei der Abwägung widerstreitender Belange könne nicht mehr der Schutz der persönlichen Empfindung des Angegriffenen als solcher ins Gewicht fallen, so daß z.B. bei Darstellungen aus dem Intimbereich die Frage einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts für Verstorbene nach einem anderen Wertmaßstab als für Lebende zu beurteilen sei. Jedoch bestünden Unterlassungsansprüche gegen grobe Entstellungen des Lebensbildes zum Schutz des Achtungsanspruchs des Verstorbenen im sozialen Raum auch nach dessen Tode fort; sie könnten vom Kläger als Adoptivsohn und Alleinerben des Verstorbenen wahrgenommen werden. Allerdings sei diese Befugnis zeitlich begrenzt, da das Rechtsschutzbedürfnis in dem Maß schwinde, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblasse und im Laufe der Zeit auch das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnehme.

Auf der Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen, daß der Roman für einen nicht unbedeutenden Leserkreis ein negativ verzerrtes, verunglimpfendes Charakter- und Lebensbild von Gründgens vermittele, billigt der Bundesgerichtshof im Ergebnis auch die rechtlichen Folgerungen des Oberlandesgerichts und führt hierzu aus:

Das Recht, Verhalten und Lebensbild einer Person kritisch zu beurteilen, finde nach Art. 5 Abs. 2 GG seine Schranke in dem Recht der persönlichen Ehre und rechtfertige jedenfalls nicht, das Lebensbild einer Persönlichkeit durch erfundene, die Gesinnung negativ kennzeichnende Verhaltensweisen zu entstellen. Namentlich das erdichtete Verhalten gegenüber der schwarzen Tänzerin, zu der Höfgen langdauernde Beziehungen unterhalten habe und die er, als sie seiner Karriere gefährlich zu werden drohe, in

[BVerfGE 30, 181] niederträchtiger Weise von der Gestapo habe verhaften und abschieben lassen, vermittele dem Leser den Eindruck, daß Gründgens zu niederträchtigen Handlungen fähig gewesen sei. Auch die Freiheit der Kunst decke solche schwerwiegenden Entstellungen nicht. Zwar sei mit den Vorinstanzen davon auszugehen, daß der beanstandete Roman als Ergebnis künstlerischen Schaffens ein Kunstwerk sei. Entstellungen von so schwerwiegender Art wie im vorliegenden Fall seien aber durch die in Art. 5 Abs. 3 GG verbürgte Freiheit der Kunst nicht gedeckt. Allerdings dürfe der Künstler an reale Geschehnisse und persönliche Umwelterfahrungen anknüpfen und in der Verarbeitung dieser Anregungen bei ausreichender Verfremdung einen weiten Schaffensspielraum beanspruchen. Auch könne bei einem Konflikt mit der Persönlichkeitssphäre die Güterabwägung dazu führen, dem Künstler zu gestatten, bei romanhafter Darstellung des Lebens einer Person der Zeit-

geschichte den Dargestellten auch durch erfundene Begebenheiten ergänzend zu charakterisieren und bei Verstorbenen in gewissen Grenzen auch Vorgänge aus dem Intimbereich zu schildern. Jedoch erfahre das Recht zur freien künstlerischen Betätigung eine immanente Begrenzung durch das verfassungsrechtlich garantierte Persönlichkeitsrecht. Diese Grenze sei überschritten, wenn das Lebensbild einer bestimmten Person, die derart deutlich wie im vorliegenden Fall als Vorbild gedient habe, durch frei erfundene Zutaten grundlegend negativ entstellt werde, ohne daß dies als satirische oder sonstige Übertreibung erkennbar sei. Nehme der Künstler derartige Veränderungen der Wirklichkeit vor, dann könne und müsse von ihm erwartet werden, daß er die Anknüpfung an das Vorbild unerkennbar mache. Das sei im Streitfall nicht geschehen.

Das Vorwort der Beklagten und die kurze Versicherung des Autors schlossen nicht aus, daß Gründgens nach wie vor vom Leser mit Höfgen identifiziert werde.

[BVerfGE 30, 182] B.I. Mit der Verfassungsbeschwerde gegen die Urteile des Bundesgerichtshofs und des Hanseatischen Oberlandesgerichts rügt die Beschwerdeführerin die Verletzung von Art. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und 3, Art. 14, Art. 103 Abs. 1 GG sowie der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit. Zur Begründung macht sie geltend: Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Kunstfreiheit. Das Wesen jeden Kunstwerkes schließe es aus, Romanfiguren etwa wegen "Ähnlichkeiten" mit Menschen und Geschehnissen der realen Welt in Verbindung zu bringen und auf ihre Übereinstimmung mit der Wirklichkeit zu prüfen. Ein Roman gestalte Raum und Zeit und die darin handelnden Personen als von der Realität abgelöste, eigenständige Erzeugnisse dichterischer Phantasie. Zwar sei das Hineinnehmen der Wahrnehmungen des Künstlers aus seiner Umwelt in seine Phantasie notwendige Vorarbeit jedes künstlerischen Schaffensprozesses. So habe Klaus Mann als Emigrant und nach seiner politischen Einstellung nicht darauf verzichten können, den Gesinnungswandel von Gründgens, der für ihn in dessen steilem Aufstieg zu den höchsten Staatsämtern und seinem Auftreten mit den damaligen Machthabern in der Öffentlichkeit besonders zum Ausdruck gekommen sei, zum Anlaß für einen Roman zu nehmen und diesen "Stoff" zu einer sarkastisch-satirischen Dichtung zu gestalten. Diese "Welt" des Dichters Klaus Mann könne jedoch nicht mit der realen Welt durch einen unmittelbaren Vergleich nach "Erkennbarkeiten" und "Entlehnungen" in Verbindung gebracht werden, auch wenn sie Zeitverhältnisse behandle und kritisiere, weil die Rückspiegelung eines solchen Romans auf die Realität von einer ganz anderen Ebene aus erfolge. Anders sei z.B. ein "Schlüsselloch-Roman" zu beurteilen, bei dem nicht der künstlerische Ausdruck, sondern unter dem Deckmantel eines Pseudonyms die Schmähung im Mittelpunkt stehe. Jedoch verbiete die Anerkennung des "Mephisto"-Romans als Kunstwerk ebenso wie das Urteil anerkannter Kriti-

[BVerfGE 30, 183] ker und Schriftsteller des In- und Auslandes seine Herabsetzung zu einem derartigen Roman. Begrifflich und damit rechtlich sei es danach ausgeschlossen, den als Kunstwerk qualifizierten Roman aufzuspalten in ein Gebilde dichterischer Phantasie einerseits und eine Abbildung oder Dokumentation der Wirklichkeit andererseits.

Deshalb seien für die Beurteilung der Wirkungen des Romans auf die Persönlichkeitssphäre von Gründgens "Erkennbarkeit" oder "Übereinstimmung mit der Realität" als Maßstäbe sachwidrig. Der Rechtsschutz für die Persönlichkeit könne nur für den Menschen in der Wirklichkeit und in bezug auf die Wirklichkeit bestehen, nicht in bezug auf eine Phantasiewelt dichterischer Schöpfung. Insofern handele es sich um eigenständige, miteinander nicht vergleichbare Welten. Diese Eigenständigkeit der künstlerischen Aussage werde durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleistet.

Die Annahme, daß das Recht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG eine "immanente Begrenzung" erfahre, berücksichtige nicht, daß das Grundrecht schrankenlos gewährleistet sei. Auf Seiten von Gründgens könne nach seinem Tod nur von einem sehr eingeschränkten Persönlichkeitsrecht gesprochen werden. Ferner sei nicht ausreichend das besondere Interesse der Allgemeinheit an einer Veröffentlichung des Romans als des ersten literarischen Werkes der Emigranten- und Exilliteratur gewürdigt worden.

Der Roman hätte auch nicht nach den heutigen Verhältnissen, sondern nur nach Vorstellungen zur Zeit seiner Entstehung gewürdigt werden dürfen, da es zum Wesen des Kunstwerks gehöre, daß es nur aus

sich und seiner Zeit heraus verstanden werden könne. Vor allem seien die politischen Umstände von Bedeutung, die der Entstehung des Romans zur Zeit der Herrschaft des Nationalsozialismus ihr besonderes Gepräge gegeben hätten.

Unzureichend gewürdigt seien die gutachtlichen Äußerungen der Kritiker, die durchweg auf den Symbolgehalt und die Ferne des Romans zum "Porträt" hingewiesen hätten. Ebenfalls sei nicht hinreichend berücksichtigt, daß der Theaterkundige zwi-

[BVerfGE 30, 184] schen Kunst und Wirklichkeit zu unterscheiden wisse sowie darüber unterrichtet sei, daß der Roman nicht zu den Biographien über Gründgens zähle.

Ferner verbiete der Urheberrechtsschutz, den Roman zu ändern. Auch stehe dem Verbot des Romans das Informationsrecht des Publikums aus Art. 5 Abs. 1 GG entgegen. Die Veröffentlichung des Romans solle nicht allein der privaten Auseinandersetzung, sondern vor allem der öffentlichen Meinungsbildung dienen. Außerdem greife das Verbot unter Verletzung von Art. 14 GG in das verlegerische Veröffentlichungs- und Vertriebsrecht der Beschwerdeführerin ein.

Art. 103 Abs. 1 GG sei verletzt, weil das Oberlandesgericht nicht aufgeklärt habe, ob zwischen Gründgens und dem Kläger einem echten Kindschaftsverhältnis entsprechende Bindungen bestanden hätten, obwohl dieses von der Beschwerdeführerin bestritten worden sei. Der Bundesgerichtshof habe sich nicht mit der wiederholt erklärten Bereitschaft der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, sich auch für die Zukunft an den Vorspruch nach Maßgabe der einstweiligen Verfügung zu halten. Seine Ausführungen zum Vorwort verletzen zugleich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sie bedeuteten praktisch, daß die Beschwerdeführerin jeweils das Prozeßrisiko und das Risiko fortgesetzter Strafungsanträge im Vollstreckungsverfahren eingehen müsse, wenn sie die Veröffentlichung des Romans mit einem neuen Vorwort versuchen wolle, da nicht geklärt sei, welcher Text als Vorwort ausreiche. Zudem sei die Verlagerung des Schwergewichts des Konflikts in das Vollstreckungsverfahren mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht vereinbar.

II. Gemäß § 94 BVerfGG haben sich der Bundesminister der Justiz und der Kläger des Ausgangsverfahrens zu der Verfassungsbeschwerde geäußert.

1. Der Bundesminister der Justiz hat unter Verzicht auf eine abschließende Stellungnahme ausgeführt: **[BVerfGE 30, 185]** Die Beschwerdeführerin sei durch das gerichtliche Verbot in ihren Grundrechten aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG betroffen, da verbreitungshemmende Maßnahmen gegen den Verleger zugleich die Wirkungsmöglichkeiten der wesensmäßig auf Kommunikation angewiesenen Kunstschöpfung schmälerten.

Durch Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG werde dem verstorbenen Gustaf Gründgens in einem gegenständlich beschränkten Umfang ein postmortaler Persönlichkeitsschutz hinsichtlich solcher Nachwirkungen und Ausstrahlungen gewährt, die wie die Ehre und das Ansehen in der Erinnerung der Nachwelt einen von dem Lebensbild des Verstorbenen nicht zu trennenden Wert darstellten. Ob dieses Schutzgut durch den Roman betroffen werde, sei weitgehend eine Frage der künstlerischen Bewertung des Buches.

Jedenfalls verbiete die künstlerische Unterordnung des dargestellten Geschehens unter eine allgemeingültige ideelle Aussage, von dem Werk eine getreue Übereinstimmung der Romanschilderung oder ihrer wesentlichen Züge mit der historischen Wirklichkeit zu fordern und es so auf einen bestimmten, vom Künstlerwillen losgelösten Inhalt festzulegen. Auch trete das vorhandene historische Vorbild der Romanhandlung im Bewußtsein der Leserschaft durch die künstlerische Sublimierung des Stoffes zurück. Diese mit der Qualifizierung als Kunstwerk bereits gegebene Verfremdung des historischen Substrats suche das vorangestellte Vorwort noch zu verstärken. Bei dieser Sachlage sei zumindest das Verlangen, daß die künstlerische Sublimierung des behandelten Stoffes jedem Leser einsichtig sein müsse, mit der Kunstfreiheitsgarantie nicht vereinbar.

Ein etwaiger Wertkonflikt zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz könne nicht durch den Hinweis auf die Schrankenlosigkeit der Kunstfreiheit gelöst werden, da auch dieses Grundrecht im Blick auf die Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums durch die Rechte anderer und die Schutzbedürftigkeit von Gemeinschaftsgütern beschränkt sei. Andererseits genieße auch das Recht der persönlichen Ehre keinen Vorrang vor der Kunstfreiheit, die letztlich in der Achtung vor der Würde des

[BVerfGE 30, 186] Menschen wurzele. Die Schutzbereiche der kollidierenden Grundrechtspositionen seien deshalb durch Güterabwägung nach Maßgabe aller Umstände des Einzelfalles so gegeneinander abzugrenzen, daß eine jede sich zu optimaler Wirkungskraft entfalten könne. Dabei seien grundsätzlich die gegenwärtigen Verhältnisse zugrunde zu legen; jedoch seien auch die äußeren Verhältnisse und Zeitumstände, unter denen der Roman entstanden sei, retrospektiv in die Beurteilung einzubeziehen, da der Leser die Entstehungsgeschichte und die durch sie bedingte Relativierung des Blickwinkels des Autors berücksichtigen werde. Auch könne der Umstand, daß der Autor etwaige herabsetzende Äußerungen über die Persönlichkeit von Gründgens nicht in einer persönlichen, sondern in einer öffentlichen Auseinandersetzung zwischen den damaligen politischen Machthabern und den Verfechtern einer unabhängigen Kunst gemacht habe, beim Leser zu einer differenzierten Beurteilung führen. Ferner bestehe ein erhebliches Interesse, der Öffentlichkeit solches Anschauungsmaterial über die damaligen innerdeutschen Verhältnisse zugänglich zu machen.

Schließlich müsse geprüft werden, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein uneingeschränktes Verbreitungsverbot rechtfertige und ob nicht bereits das Vorwort ausreichend klarstelle, daß der negativ gezeichnete Typ der Romanfigur kein getreues Abbild der Wirklichkeit sei.

2. Der Kläger des Ausgangsverfahrens hält die Verfassungsbeschwerde für unbegründet.

Der Roman mißbrauche die Kunstfreiheit; seine Veröffentlichung würde das Persönlichkeitsrecht von Gründgens in seinem Wesensgehalt treffen. Auch nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sei der Zugriffswille des Künstlers durch die allgemein gültigen Rechtsschranken beschränkt. Eine Güterabwägung scheide aus, weil der Bestimmungsgrund für Klaus Mann nach seinem eigenen Bekenntnis in erster Linie nicht ein Anliegen der Kunst, sondern Haßgefühle gewesen seien. Der Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG sei ferner wegen des Interesses der Öffentlichkeit an wahrheitsge-

[BVerfGE 30, 187] mäßiger Unterrichtung über Gründgens als einer bedeutenden Persönlichkeit der Zeitgeschichte zu versagen.

C.I. Die in bezug auf das Verfahren vor dem Oberlandesgericht und dem Bundesgerichtshof erhobenen Rügen einer Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) sind nicht gerechtfertigt.

Das Oberlandesgericht ist dem Vorbringen, mit dem die Beschwerdeführerin die Aktivlegitimation des Klägers bestritten und das Bestehen eines echten Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen dem Kläger und seinem Adoptivvater angezweifelt hat, nur deshalb nicht nachgegangen, weil es diesen Vortrag nicht für entscheidungserheblich angesehen hat. Insoweit kommt eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG nicht in Betracht; dieses Prozeßgrundrecht gewährt keinen Schutz gegen Entscheidungen, die den Sachvortrag eines Beteiligten aus Gründen des formellen und materiellen Rechts teilweise oder ganz unberücksichtigt lassen (BVerfGE 21,191 [194]).

Ebensowenig ist das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin dadurch verletzt, daß der Bundesgerichtshof die Gestaltung des Vorworts, dem er für die Möglichkeit einer Veröffentlichung des Romans Bedeutung beigelegt hat, nicht selbst mit den Prozeßbeteiligten des Ausgangsverfahrens erörtert und die Sache auch nicht zum Zweck einer solchen Erörterung an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat. Der Bundesgerichtshof hat die Gründe für sein Verfahren eingehend dargelegt; sie liegen in Erwägungen des einfachen (Prozeß-)Rechts, die vom Bundesverfassungsgericht nicht nachzuprüfen sind.

II. Soweit die angegriffenen Entscheidungen den mit der Klage geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung in analoger Anwendung negatorischer Zivilrechtsnormen für begründet erklärt haben, handelt

[BVerfGE 30, 188] es sich um Anwendung einfachen Rechts, die vom Bundesverfassungsgericht - da Willkür offensichtlich ausscheidet - nicht nachgeprüft werden kann (BVerfGE 18, 85 [92f., 96f.]). Dasselbe gilt für die Frage, ob der Kläger als Angehöriger des verstorbenen Gustaf Gründgens zivilrechtliche Unterlassungsansprüche aus eigenem Recht oder aus fortbestehenden Rechten des Verstorbenen geltend machen kann.

Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht zu prüfen, ob die angefochtenen Entscheidungen der Gerichte bei der Anwendung bürgerlich-rechtlicher Normen auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte beruhen, deren Verletzung die Beschwerdeführerin gerügt hat, oder ob das Auslegungsergebnis selbst die geltend gemachten Grundrechte verletzt (BVerfGE 7, 198 [205 f.]; 21, 209 [216]). Soweit es um diese verfassungsrechtlichen Ausstrahlungswirkungen geht, handelt es sich in erster Linie um die Tragweite der von der Beschwerdeführerin in Anspruch genommenen verfassungsverbürgten Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG), sodann um das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), insbesondere um das Verhältnis dieser Grundrechte zu dem geschützten Persönlichkeitsbereich, den die Urteile dem verstorbenen Gustaf Gründgens nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG eingeräumt haben.

III. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erklärt die Kunst neben der Wissenschaft, Forschung und Lehre für frei. Mit dieser Freiheitsverbürgung enthält Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nach Wortlaut und Sinn zunächst eine objektive, das Verhältnis des Bereiches Kunst zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm, Zugleich gewährleistet die Bestimmung jedem, der in diesem Bereich tätig ist, ein individuelles Freiheitsrecht.

1. Der Lebensbereich "Kunst" ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Von ihnen hat die Auslegung des Kunstbegriffs der Verfassung auszugehen. Das Wesentliche der künstlerischen Be-

[BVerfGE 30, 189] tätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.

Die Kunstfreiheitsgarantie betrifft in gleicher Weise den "Werkbereich" und den "Wirkbereich" des künstlerischen Schaffens. Beide Bereiche bilden eine unlösbare Einheit. Nicht nur die künstlerische Betätigung (Werkbereich), sondern darüber hinaus auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks sind sachnotwendig für die Begegnung mit dem Werk als eines ebenfalls kunstspezifischen Vorganges; dieser "Wirkbereich", in dem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird, ist der Boden, auf dem die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG vor allem erwachsen ist. Allein schon der Rückblick auf das nationalsozialistische Regime und seine Kunstpolitik zeigt, daß die Gewährleistung der individuellen Rechte des Künstlers nicht ausreicht, die Freiheit der Kunst zu sichern. Ohne eine Erstreckung des personalen Geltungsbereichs der Kunstfreiheitsgarantie auf den Wirkbereich des Kunstwerks würde das Grundrecht weitgehend leerlaufen.

2. Wie weit die Verfassungsgarantie der Kunstfreiheit reicht und was sie im einzelnen bedeutet, läßt sich ohne tieferes Eingehen auf die sehr verschiedenen Äußerungsformen künstlerischer Betätigung in einer für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen Weise nicht erschöpfend darstellen. Für die Zwecke dieser Entscheidung bedarf es jedoch einer so weit ausgreifenden Erörterung nicht, da die Instanzgerichte - in Übereinstimmung mit den Prozeßbeteiligten und soweit ersichtlich mit dem Urteil aller kompetenten Sachverständigen - dem hier zu beurteilenden Roman die Eigenschaft eines Kunstwerks mit Recht zuerkannt

[BVerfGE 30, 190] haben. Es genügt deshalb, auf die spezifischen Gesichtspunkte einzugehen, die bei der Beurteilung eines Werkes der erzählenden (epischen) Kunst in Betracht kommen können, das an Vorgänge der historischen Wirklichkeit anknüpft und bei dem deshalb die Gefahr eines Konfliktes mit schutzwürdigen Rechten und Interessen der in dem Werk dargestellten Personen gegeben ist.

Auch wenn der Künstler Vorgänge des realen Lebens schildert, wird diese Wirklichkeit im Kunstwerk "verdichtet". Die Realität wird aus den Zusammenhängen und Gesetzmäßigkeiten der empirisch-geschichtlichen Wirklichkeit gelöst und in neue Beziehungen gebracht, für die nicht die "Realitätsthematik", sondern das künstlerische Gebot der anschaulichen Gestaltung im Vordergrund steht. Die

Wahrheit des einzelnen Vorganges kann und muß unter Umständen der künstlerischen Einheit geopfert werden.

Sinn und Aufgabe des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG 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. Die Art und Weise, in der der Künstler der Wirklichkeit begegnet und die Vorgänge gestaltet, die er in dieser Begegnung erfährt, darf ihm nicht vorgeschrieben werden, wenn der künstlerische Schaffensprozeß sich frei soll entwickeln können. Über die "Richtigkeit" seiner Haltung gegenüber der Wirklichkeit kann nur der Künstler selbst entscheiden. Insoweit bedeutet die Kunstfreiheitsgarantie das Verbot, auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken, insbesondere den künstlerischen Gestaltungsraum einzuengen, oder allgemein verbindliche Regeln für diesen Schaffensprozeß vorzuschreiben. Für das erzählende Kunstwerk ergibt sich daraus im besonderen, daß die Verfassungsgarantie die freie Themenwahl und die freie Themengestaltung umfaßt, indem sie dem Staat verbietet, diesen Bereich spezifischen künstlerischen Ermessens durch verbindliche Regeln oder Wertungen zu beschränken. Das gilt auch und gerade dort, wo der Künstler sich mit aktu-
[BVerfGE 30, 191] ellem Geschehen auseinandersetzt; der Bereich der "engagierten" Kunst ist von der Freiheitsgarantie nicht ausgenommen.

3. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantiert die Freiheit der Betätigung im Kunstbereich umfassend. Soweit es daher zur Herstellung der Beziehungen zwischen Künstler und Publikum der publizistischen Medien bedarf, sind auch die Personen durch die Kunstfreiheitsgarantie geschützt, die hier eine solche vermittelnde Tätigkeit ausüben. Da ein Werk der erzählenden Kunst ohne die Vervielfältigung, Verbreitung und Veröffentlichung durch den Verleger keine Wirkung in der Öffentlichkeit entfalten könnte, der Verleger daher eine unentbehrliche Mittlerfunktion zwischen Künstler und Publikum ausübt, erstreckt sich die Freiheitsgarantie auch auf seine Tätigkeit. Die Beschwerdeführerin als Verleger des Romans kann sich deshalb auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG berufen (vgl. auch BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260] zur Pressefreiheit).

4. Die Kunst ist in ihrer Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorbehaltlos gewährleistet. Versuche, die Kunstfreiheitsgarantie durch wertende Einengung des Kunstbegriffes, durch erweiternde Auslegung oder Analogie aufgrund der Schrankenregelung anderer Verfassungsbestimmungen einzuschränken, müssen angesichts der klaren Vorschrift des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erfolglos bleiben.

Unanwendbar ist insbesondere, wie auch der Bundesgerichtshof mit Recht annimmt, Art. 5 Abs. 2 GG, der die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG beschränkt. Die systematische Trennung der Gewährleistungsbereiche in Art. 5 GG weist den Abs. 3 dieser Bestimmung gegenüber Abs. 1 als *lex specialis* aus und verbietet es deshalb, die Schranken des Abs. 2 auch auf die in Abs. 3 genannten Bereiche anzuwenden. Ebenso wenig wäre es angängig, aus dem Zusammenhang eines Werkes der erzählenden Kunst einzelne Teile herauszulösen und sie als Meinungsäußerungen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG anzusehen, auf die dann die Schranken des Abs. 2 Anwendung fänden. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 5 Abs. 3 GG bietet keinen Anhalt für die An-

[BVerfGE 30, 192] nahme, daß der Verfassungsgeber die Kunstfreiheit als Unterfall der Meinungsäußerungsfreiheit habe betrachten wollen.

Die Äußerung des Abgeordneten v. Mangoldt in der Sitzung des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rats vom 5. Oktober 1948, daß die Gewährleistung der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit in unmittelbarer Verbindung mit der Freiheit der Meinungsäußerung stehe (JbÖffR, N. F., Bd. 1, S. 89ff.), sollte die Stellung des damals noch selbständigen Artikels unmittelbar hinter den Garantien der Meinungsfreiheit erklären. Sie ging also gerade von der Selbständigkeit der Regelungsbereiche aus. Von Bedeutung ist auch die Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses vom 16. Dezember 1948 (PRDrucks. 370), in der das Zensurverbot ausdrücklich für das Theater mit der Begründung gefordert wurde, daß durch den im Entwurf enthaltenen Art. 7 (dem jetzigen Art. 5 Abs. 3 GG) die Freiheit des Theaters noch nicht garantiert werde, da nicht jede Theateraufführung Kunst zu sein

brauche. Zu berücksichtigen ist ferner, daß für den Verfassungegeber auf Grund der Erfahrungen aus der Zeit des NS-Regimes, das Kunst und Künstler in die völlige Abhängigkeit politisch-ideologischer Zielsetzungen versetzt oder zum Verstummen gebracht hatte, begründeter Anlaß bestand, die Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit des Sachbereichs Kunst besonders zu garantieren.

Abzulehnen ist auch die Meinung, daß die Freiheit der Kunst gemäß Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG durch die Rechte anderer, durch die verfassungsmäßige Ordnung und durch das Sittengesetz beschränkt sei. Diese Ansicht ist unvereinbar mit dem vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Verhältnis der Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG zur Spezialität der Einzelfreiheitsrechte (vgl. u. a. BVerfGE 6, 32 [36ff.]; 9, 63 [73]; 9, 73 [77]; 9, 338 [343]; 10, 55 [58]; 10, 185 [199]; 11, 234 [238]; 21, 227 [234]; 23, 50 [55 f.]), das eine Erstreckung des Gemeinschaftsvorbehalts des Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 auf die durch besondere Grundrechte geschützten Lebensbereiche nicht zuläßt. Aus den gleichen Erwägungen verbietet sich, Art. 2 Abs. 1

[BVerfGE 30, 193] GG als Auslegungsregel zur Interpretation des Sinngehalts von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG heranzuziehen. Diese Schrankenregelung ist auch nicht auf den "Wirkbereich" der Kunst anzuwenden.

5. Andererseits ist das Freiheitsrecht nicht schrankenlos gewährt. Die Freiheitsverbürgung in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geht wie alle Grundrechte vom Menschenbild des Grundgesetzes aus, d. h. vom Menschen als eigenverantwortlicher Persönlichkeit, die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltet (BVerfGE 4, 7 [15 f.]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]; 27, 1 [7]). Jedoch kommt der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts die Bedeutung zu, daß die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind. Da die Kunstfreiheit keinen Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber enthält, darf sie weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden, welche ohne verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt und ohne ausreichende rechtsstaatliche Sicherung auf eine Gefährdung der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Güter abhebt. Vielmehr ist ein im Rahmen der Kunstfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung zu lösen. Als Teil des grundrechtlichen Wertsystems ist die Kunstfreiheit insbesondere der in Art. 1 GG garantierten Würde des Menschen zugeordnet, die als oberster Wert das ganze grundrechtliche Wertsystem beherrscht (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]). Dennoch kann die Kunstfreiheitsgarantie mit dem ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich in Konflikt geraten, weil ein Kunstwerk auch auf der sozialen Ebene Wirkungen entfalten kann.

Daß im Zugriff des Künstlers auf Persönlichkeits- und Lebensdaten von Menschen seiner Umwelt der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Dargestellten betroffen sein kann, ist darin begründet, daß ein solches Kunstwerk nicht nur als ästhetische Realität wirkt, sondern daneben ein Dasein in den Realien hat, die zwar in der Darstellung künstlerisch überhöht werden, damit

[BVerfGE 30, 194] aber ihre sozialbezogenen Wirkungen nicht verlieren. Diese Wirkungen auf der sozialen Ebene entfalten sich "neben" dem eigenständigen Bereich der Kunst; gleichwohl müssen sie auch im Blick auf den Gewährleistungsbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewürdigt werden, da die "reale" und die "ästhetische" Welt im Kunstwerk eine Einheit bilden.

6. Die Gerichte haben in diesem Zusammenhang mit Recht zur Beurteilung der Schutzwirkungen aus dem Persönlichkeitsbereich des verstorbenen Schauspielers Gründgens Art. 1 Abs. 1 GG wertend herangezogen. Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode.

Der Bundesgerichtshof und das Oberlandesgericht erkennen darüber hinaus auch nach Art. 2 Abs. 1 GG Ausstrahlungswirkungen für den zivilrechtlichen Schutzbereich um die Person des verstorbenen

Schauspielers Gründgens an, wenn auch in einem durch sein Ableben bedingten eingeschränkten Umfang. Die Fortwirkung eines Persönlichkeitsrechts nach dem Tode ist jedoch zu verneinen, weil Träger dieses Grundrechts nur die lebende Person ist; mit ihrem Tode erlischt der Schutz aus diesem Grundrecht. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG setzt die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person als unabdingbar voraus. Daran vermag die Erwägung des Bundesgerichtshofs nichts zu ändern, daß die Rechtslage nach dem Tode für die freie Entfaltung der Person zu ihren Lebzeiten nicht ohne Belang sei. Die Versagung eines Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode stellt keinen Eingriff dar, der die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Handlungs- und Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt.

[BVerfGE 30, 195] 7. Die Lösung der Spannungslage zwischen Persönlichkeitsschutz und dem Recht auf Kunstfreiheit kann deshalb nicht allein auf die Wirkungen eines Kunstwerks im außerkünstlerischen Sozialbereich abheben, sondern muß auch kunstspezifischen Gesichtspunkten Rechnung tragen. Das Menschenbild, das Art. 1 Abs. 1 GG zugrunde liegt, wird durch die Freiheitsgarantie in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ebenso mitgeprägt wie diese umgekehrt von der Wertvorstellung des Art. 1 Abs. 1 GG beeinflußt ist. Der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Einzelnen ist ebensowenig der Kunstfreiheit übergeordnet wie sich die Kunst ohne weiteres über den allgemeinen Achtungsanspruch des Menschen hinwegsetzen darf.

Die Entscheidung darüber, ob durch die Anlehnung der künstlerischen Darstellung an Persönlichkeitsdaten der realen Wirklichkeit ein der Veröffentlichung des Kunstwerks entgegenstehender schwerer Eingriff in den schutzwürdigen Persönlichkeitsbereich des Dargestellten zu befürchten ist, kann nur unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles getroffen werden. Dabei ist zu beachten, ob und inwieweit das "Abbild" gegenüber dem "Urbild" durch die künstlerische Gestaltung des Stoffs und seine Ein- und Unterordnung in den Gesamtorganismus des Kunstwerks so verselbständigt erscheint, daß das Individuelle, Persönlich-Intime zugunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der "Figur" objektiviert ist. Wenn eine solche, das Kunstspezifische berücksichtigende Betrachtung jedoch ergibt, daß der Künstler ein "Porträt" des "Urbildes" gezeichnet hat oder gar zeichnen wollte, kommt es auf das Ausmaß der künstlerischen Verfremdung oder den Umfang und die Bedeutung der "Verfälschung" für den Ruf des Betroffenen oder für sein Andenken an.

IV. Das Bundesverfassungsgericht hat danach zu entscheiden, ob die Gerichte bei der von ihnen vorgenommenen Abwägung zwischen dem durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Persönlichkeitsbereich des verstorbenen Gustaf Gründgens und seines Adoptiv-

[BVerfGE 30, 196] sohnes und der durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleisteten Kunstfreiheit den dargelegten Grundsätzen Rechnung getragen haben. Bei der Entscheidung dieser Frage ergab sich im Senat Stimmengleichheit. Infolgedessen konnte gemäß § 15 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG nicht festgestellt werden, daß die angefochtenen Urteile gegen das Grundgesetz verstoßen.

1. Die Heranziehung des Art. 2 Abs. 1 GG durch die Gerichte ist, wie oben dargelegt, zu Unrecht erfolgt. Dies ist jedoch unschädlich, weil die in erster Linie gegebene Begründung aus Art. 1 Abs. 1 GG die Entscheidung trägt.

2. Das Oberlandesgericht als letzte Tatsacheninstanz hat festgestellt, bei Gründgens handle es sich um eine Person der Zeitgeschichte und die Erinnerung des Publikums an ihn sei noch lebendig. Aufgrund dieser Feststellungen sind das Oberlandesgericht und der Bundesgerichtshof davon ausgegangen, daß der Schutz des Achtungsanspruchs des verstorbenen Gründgens im sozialen Raum noch fortduere. Hierbei hat der Bundesgerichtshof zutreffend berücksichtigt, daß das Schutzbedürfnis - und entsprechend die Schutzverpflichtung - in dem Maße schwindet, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblaßt und im Laufe der Zeit auch das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnimmt. Diese Anwendung des Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht zu beanstanden. Andererseits gehen die Gerichte davon aus, daß es sich bei dem Roman des verstorbenen Klaus Mann um ein Kunstwerk im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG handelt und daß sich auch die Beschwerdeführerin auf dieses Grundrecht berufen kann. Hiernach haben die Gerichte die verfassungsrechtlich erhebliche Spannungslage

zwischen den durch die Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Bereichen erkannt. Sie haben deren Lösung in einer Abwägung der widerstreitenden Interessen gesucht.

3. Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß gerichtliche Entscheidungen auf eine Verfassungsbeschwerde hin nur in engen Grenzen nachgeprüft werden können (BVerfGE 22, 93 [97]), daß insbesondere die Feststellung

[BVerfGE 30, 197] und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen sind (BVerfGE 18, 85 [92]). Diese Grundsätze gelten auch bei der Nachprüfung der hier in Rede stehenden Abwägung zwischen den nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Bereichen zweier Parteien eines Zivilrechtsverhältnisses. Diese Abwägung ist zunächst den zuständigen Gerichten im Rahmen der Anwendung und Auslegung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften aufgetragen. Die Aufgabe des Zivilrichters besteht in derartigen Fällen darin, aufgrund einer wertenden Abwägung der Umstände des Einzelfalles - unter Beachtung des allgemeinen Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG) - die Schranken des Grundrechtsbereichs der einen Partei gegenüber demjenigen der anderen Partei zu konkretisieren. Das Grundrecht der jeweils unterlegenen Partei ist nicht schon dann verletzt, wenn bei dieser dem Richter aufgetragenen Abwägung widerstreitender Belange die von ihm vorgenommene Wertung fragwürdig sein mag, weil sie den Interessen der einen oder der anderen Seite zu viel oder zu wenig Gewicht beigelegt hat (vgl. BVerfGE 18, 85 [93]; 22, 93 [99f.]). Das Bundesverfassungsgericht ist nicht befugt, seine eigene Wertung des Einzelfalles nach Art eines Rechtsmittelgerichts an die Stelle derjenigen des zuständigen Richters zu setzen. Es kann vielmehr in derartigen Fällen eine Verletzung des Grundrechts der unterlegenen Partei nur feststellen, wenn der zuständige Richter entweder nicht erkannt hat, daß es sich um eine Abwägung widerstreitender Grundrechtsbereiche handelt, oder wenn seine Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des einen oder anderen der Grundrechte, insbesondere vom Umfang ihrer Schutzbereiche, beruht.

Die Nachprüfung der angefochtenen Entscheidungen nach diesen Maßstäben ergibt: Das Oberlandesgericht und der Bundesgerichtshof haben erkannt, daß eine Spannungslage zwischen den durch Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Be-

[BVerfGE 30, 198] reichen besteht und daß diese durch eine Abwägung gelöst werden muß (vgl. oben C III 7 [= S. 195]). Würdigt man die angefochtenen Entscheidungen in ihrem Gesamtzusammenhang, so ist nicht festzustellen, daß sie auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und vom Umfang der Schutzbereiche der beiden Grundrechte beruhen. Insbesondere lassen die Entscheidungen keine fehlerhafte Auffassung vom Wesen des bei der Abwägung unterlegenen Grundrechts, auf das sich die Beschwerdeführerin beruft, erkennen. Die Gerichte haben nicht allein auf die Wirkungen des Romans im außerkünstlerischen Sozialbereich abgehoben, sondern auch kunstspezifischen Gesichtspunkten Rechnung getragen. Sie haben eingehend und sorgfältig dargelegt, daß die Romanfigur des Hendrik Höfgen in so zahlreichen Einzelheiten dem äußeren Erscheinungsbild und dem Lebenslauf von Gründgens derart deutlich entspreche, daß ein nicht unbedeutender Leserkreis unschwer in Höfgen Gründgens wiedererkenne. Ob dies richtig ist, hat das Bundesverfassungsgericht nicht zu entscheiden; jedenfalls liegt darin die maßgebliche Wertung der Tatsachen durch die Gerichte, daß das "Abbild" Höfgen gegenüber dem "Urbild" Gründgens durch die künstlerische Gestaltung des Stoffes und seine Ein- und Unterordnung in den Gesamtorganismus des Romans nicht so verselbständigt und in der Darstellung künstlerisch transzendiert sei, daß das Individuelle, Persönlich-Intime zugunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der "Figur" genügend objektiviert erscheine. Die Gerichte haben auch eingehend erörtert, daß der Autor ein grundlegend negatives Persönlichkeits- und Charakterbild des Höfgen und damit des verstorbenen Gründgens gezeichnet habe, das in zahlreichen Einzelheiten unwahr, durch erfundene, die Gesinnung negativ kennzeichnende Verhaltensweisen - namentlich das erdichtete Verhalten gegenüber der schwarzen Tänzerin - angereichert sei und verbale Beleidigungen und Verleumdungen enthalte, die Gründgens durch die Person des Höfgen zugefügt worden seien. Das Oberlandesgericht hat - vom Bundesgerichts-

[BVerfGE 30, 199] hof unbeanstandet - den Roman als "Schmähschrift in Romanform" bezeichnet. Es gibt keine hinreichenden Gründe, dieser von den Gerichten vorgenommenen Wertung entgegenzutreten, daß der Autor ein negativ-verfälschendes Porträt des "Urbildes" Gründgens gezeichnet habe. Das von den Gerichten gefundene Ergebnis, daß bei dieser Sach- und Rechtslage der Schutz aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gegenüber dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch versage, kann schließlich auch nicht mit der Erwägung in Frage gestellt werden, der Erlaß des Veröffentlichungsverbots stehe außer Verhältnis zu der zu erwartenden Beeinträchtigung des Achtungsanspruchs des verstorbenen Gustaf Gründgens. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar wiederholt betont, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang hat (vgl. BVerfGE 19, 342 [348f.]) und deshalb bei allen Eingriffen der öffentlichen Gewalt in den Freiheitsbereich des Bürgers beachtet werden muß. Um einen derartigen Eingriff handelt es sich hier jedoch nicht. Die Gerichte hatten lediglich einen von dem einen gegen den anderen Bürger geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruch zu beurteilen, d. h. ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis im Einzelfall zu konkretisieren. Zur Beurteilung von Grund und Höhe eines zivilrechtlichen Anspruchs, etwa eines Schadensersatzanspruchs, können diejenigen Erfordernisse, die von Verfassungs wegen im Verhältnis des Bürgers zum Staat bei Eingriffen in die Freiheitssphäre des Einzelnen zu beachten sind, auch nicht entsprechend herangezogen werden. Aufgabe des bürgerlichen Rechts ist es in erster Linie, Interessenkonflikte zwischen rechtlich gleichgeordneten Rechtssubjekten möglichst sachgerecht zu lösen. Demgemäß kann das Bundesverfassungsgericht das durch die angefochtenen Urteile ausgesprochene Veröffentlichungsverbot nur daraufhin nachprüfen, ob Art. 3 Abs. 1 GG beachtet ist. Das ist zu bejahen. Die Gerichte haben erwogen, ob die Veröffentlichung des Romans mit einem "klarstellenden Vorwort" (eingeschränktes Veröffentlichungsverbot) zugelassen werden könne; sie haben sich mit den Gründen, die nach ihrer Ansicht für oder gegen ein abso-

[BVerfGE 30, 200] lutes oder ein eingeschränktes Veröffentlichungsverbot sprechen, auseinandergesetzt und sich schließlich für das Veröffentlichungsverbot entschieden. Die diesem Verbot zugrundeliegenden Erwägungen sind nicht sachfremd und daher nicht willkürlich.

V. Eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG entfällt schon deshalb, weil diese Bestimmung mangels Vorliegens einer Meinungsäußerung nicht anzuwenden ist. Künstlerische Aussagen bedeuten, auch wenn sie Meinungsäußerungen enthalten, gegenüber diesen Äußerungen ein aliud. Insoweit ist Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gegenüber Art. 5 Abs. 1 GG eine lex specialis (vgl. oben C III 4 [= S. 191 ff]). Ebenso wenig ist für eine besondere Prüfung am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 und 3 GG Raum (vgl. BVerfGE 13, 290 [296]).

(gez.) Dr. Müller Dr. Stein Ritterspach Rupp-v. Brünneck Dr. Böhmer Dr. Brox

Abweichende Meinung des Richters Dr. Stein zu dem Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Februar 1971 - 1 BvR 435/68 - .

Im vorstehenden Beschluß ist in C IV [= S. 195 ff] nur die Auffassung der drei Richter dargelegt, die die dort vor 1) gestellte Frage bejaht haben. Als einer der drei anderen Richter, die diese Frage verneint haben, begründe ich meine abweichende Ansicht wie folgt:

I. Das Bundesverfassungsgericht hat im vorliegenden Verfahren die beanstandeten gerichtlichen Entscheidungen u. a. darauf selbständig nachzuprüfen, ob die Zivilgerichte im Rahmen der gebotenen Abwägung die besonderen Gesetzmäßigkeiten ausreichend gewürdigt haben, die dem Roman von Klaus Mann als

[BVerfGE 30, 201] einem Kunstwerk eigen sind und die nach der Wertentscheidung in Art. 5 Abs. 3 GG auch gegenüber den Schutzinteressen aus dem Persönlichkeitsbereich von Gustaf Gründgens berücksichtigt werden müssen. Denn Inhalt und Reichweite der Verfassungsgarantie in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und ihre Beziehung zu den anderen Wertentscheidungen des Grundgesetzes sind unmittelbar berührt, wenn eine zivilgerichtliche Entscheidung die grundrechtliche Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht nicht richtig bestimmt und die verfassungsrechtliche Wertentscheidung dadurch verkennt. Hierdurch wird nämlich unmittelbar das Grundrecht verletzt, auf dessen Beachtung durch die

rechtsprechende Gewalt der Einzelne gemäß Art. 1 Abs. 3 GG einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat. Ob und inwieweit im Rahmen der Privatrechtsordnung das Spannungsverhältnis widerstreitender Interessen wegen dieser verfassungsrechtlichen "Ausstrahlungswirkungen" im Wertsystem der Verfassung selbst angelegt und aus ihm heraus zu lösen ist, kann dabei nicht abstrakt, von den Umständen des zu schlichtenden Falls abgesehen, sondern nur unter würdigender Heranziehung des konkreten Interessenkonflikts ermittelt werden. Auch das Bundesverfassungsgericht muß deshalb die Vereinbarkeit der angegriffenen Entscheidungen mit der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie auf der Grundlage der konkreten Umstände des vorliegenden Sachverhalts überprüfen. Weder entscheidet damit das Bundesverfassungsgericht über die Interessen auf der einfachrechtlichen Ebene, noch nimmt es dabei die ihm nicht zukommende Stellung eines Rechtsmittelgerichts ein. Vielmehr ermittelt es allein den Schutzbereich der Grundrechte in ihrer Auswirkung auf die Privatrechtsordnung für den zu entscheidenden Fall und erfüllt somit lediglich seine ihm von Verfassungs wegen übertragene Aufgabe, über die Beachtung und Anerkennung der Verfassungsnormen durch die rechtsprechende Gewalt zu wachen. Würde in Fällen wie dem vorliegenden entsprechend der Ansicht der drei Richter die Prüfungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts auf eine eng begrenzte Kontrolle beschränkt sein, nämlich darauf, ob die Gerichte den Einfluß der

[BVerfGE 30, 202] Grundrechte überhaupt erkannt, ihn berücksichtigt und das allgemeine Willkürverbot nicht verletzt haben (vgl. oben C IV 3 des Beschlusses des BVerfG vom 24.2.1971 - 1 BvR 435/68 -, S. 196 f.), dann würde das Bundesverfassungsgericht seiner Aufgabe, Hüter der Grundrechte auf allen Rechtsgebieten zu sein, nicht gerecht werden. Deshalb hat dieses Gericht bei der Beurteilung von Umfang und Reichweite der verfassungsrechtlichen Ausstrahlungswirkungen auf Interessenkonflikte sich in ständiger Rechtsprechung nicht auf eine abstrakte Aussage beschränkt, sondern sich für befugt erachtet, Würdigungen von Zivil- und Strafgerichten durch eigene Wertungen zu ersetzen, wenn diese Gerichte die Ausstrahlungswirkungen von Grundrechten verkannt haben (vgl. BVerfGE 7, 198 [207]; 12, 113 [126ff.]; 18, 85 [93ff.]; 21, 209 [216]; 24, 278 [281 ff.]; 25, 28 [35]; 25, 309 [312]; 27, 71 [79ff.]; 27, 104 [109f.]; 28, 55 [63f.]).

II.1. Die gebotene Abwägung zwischen den Interessen aus dem Persönlichkeitsbereich von Gustaf Gründgens und der Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit des künstlerischen Bereichs hat in allen Beziehungen den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen zu entsprechen, die auf diesen Konflikt Einfluß nehmen. Wo bei der vorzunehmenden Güterabwägung dieses von der Verfassung aufgegebenes spezifische Verhältnis im Sinne der Darlegungen unter C III 2 [= S. 189 ff] verfehlt ist, ist die Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verletzt. Gerade auf eine solche grundlegende Verkenning dieses von der Verfassung geforderten Verhältnisses zur Kunst und nicht nur auf Feststellungen und Wertungen, welche die verfassungsrechtliche Ebene unberührt lassen, ist die Würdigung der durch die beabsichtigte Romanveröffentlichung berührten Interessen durch Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof zurückzuführen. Diese verfassungsrechtlich zu beanstandende Grundeinstellung - nicht eine der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogene einfach-

[BVerfGE 30, 203] rechtliche Wertung - liegt insbesondere auch dem von den Gerichten angestellten Vergleich der Romanfigur Hendrik Höfgen mit Gustaf Gründgens, der Verneinung einer ausreichenden "Verfremdung" des Hendrik Höfgen sowie der Charakterisierung des Romans als einer "Schmäh-schrift in Romanform" zugrunde.

Beide Gerichte haben nicht genügend beachtet, daß ein Kunstwerk, als das der "Mephisto"-Roman von ihnen ausdrücklich anerkannt worden ist, Realität nicht nur im außerkünstlerischen Wirkbereich, sondern vorwiegend auf der ästhetischen Ebene besitzt. Die Gerichte haben einseitig auf das Spannungsfeld im sozialen Wirkbereich abgehoben und dabei die ästhetische Realität des Romans, die in diesen Wirkbereich übergreift und ihn verändert, unbeachtet gelassen. Diese einseitige Betrachtung hat die Güterabwägung in ihrer Struktur beeinflußt und die Gerichte zu einseitigen Ergebnissen geführt: allein aus der Blickrichtung eines Leserpublikums, das den Inhalt des Romans für die Wirklichkeit nimmt, also dem Roman gegenüber eine nichtkunstspezifische Haltung einnimmt, haben sie Erscheinung und Verhalten der Romanfigur Hendrik Höfgen mit dem Persönlichkeitsbild von Gustaf

Gründgens so verglichen, als gehöre Hendrik Höfgen der realen Wirklichkeit an. Ausschließlich auf dieser Vergleichsebene haben die Gerichte den Konflikt zwischen den Schutzinteressen aus dem Persönlichkeitsbereich von Gustaf Gründgens und den durch die Beschwerdeführerin wahrgenommenen Interessen der Kunst zu lösen gesucht. Allein deshalb, weil die Bezüge der Romanhandlung zur Wirklichkeit nach ihrer Ansicht deutlich erkennbar seien, haben die Gerichte eine hinreichende künstlerische Überhöhung oder Transzendierung des Romanstoffs verneint. Nur wegen der Abweichungen zwischen der Romanfigur Hendrik Höfgen und dem Persönlichkeitsbild von Gustaf Gründgens, die sich für eine allein auf die historische Wirklichkeit gerichtete Betrachtung auf dieser Vergleichsebene ergeben, haben sie den Roman als "Schmähschrift in Romanform" bezeichnet und eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit von Gustaf Gründgens festgestellt sowie ein unbeschränktes Veröffentlichungsverbot für

[BVerfGE 30, 204] gerechtfertigt gehalten. Auf derselben, einseitig an der Welt der Realität orientierten Wertung beruht das Zugeständnis des Bundesgerichtshofs, der Kunst zu gestatten, im gewissen Umfang zur "ergänzenden Charakterisierung" durch erfundene Begebenheiten das Persönlichkeitsbild desjenigen zu ergänzen, an den eine Romanfigur angelehnt ist.

Diese Betrachtungsweise mag für eine Dokumentation oder eine Biographie angemessen sein, die eine wahrheitsgetreue, wissenschaftlich nachprüfbare Darstellung der äußeren und inneren Entwicklung des Lebensganges eines Menschen ist, wenn auch in Fragen der historischen Erklärung und Deutung die Allgemeingültigkeit umstritten sein mag. Das künstlerische Anliegen eines Romans hat nicht eine wirklichkeitsgetreue, an der Wahrheit orientierte Schilderung historischer Begebenheiten zum Ziel, sondern wesenhafte, anschauliche Gestaltung aufgrund der Einbildungskraft des Schriftstellers. Die Beurteilung des Romans allein nach den Wirkungen, die er außerhalb seines ästhetischen Seins entfaltet, vernachlässigt das spezifische Verhältnis der Kunst zur realen Wirklichkeit und schränkt damit das der Beschwerdeführerin in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Freiheitsrecht in unzulässiger Weise ein.

2. Ein Kunstwerk wie der Roman von Klaus Mann strebt eine gegenüber der realen Wirklichkeit verselbständigte "wirklichere Wirklichkeit" an, in der die reale Wirklichkeit auf der ästhetischen Ebene in einem neuen Verhältnis zum Individuum bewußter erfahren wird. Zeit und Raum sind im Roman etwas anderes als im wirklichen Leben. Ein "Abphotographieren" der Wirklichkeit ist nicht sein künstlerisches Anliegen. Auch bei der hier geschehenen Anknüpfung an reale geschichtliche Gegebenheiten hat eine Überhöhung oder Transzendierung dieser Begebenheiten oder Zustände in die eigene, von der künstlerischen Phantasie geschaffene "ästhetische Realität" des Kunstwerks stattgefunden. Die künstlerische Darstellung kann deshalb nicht am Maßstab der Welt der Realität, sondern nur an einem kunstspezifischen, ästhetischen Maßstab gemessen werden. Bezogen auf das künstlerische Anlie-

[BVerfGE 30, 205] gen können die aus der Wirklichkeit entnommenen und gestalteten Daten auch dann "wirklichkeitstreu" sein, wenn sie, bezogen allein auf die reale Welt, die "Wirklichkeit verfälschen". In der ästhetischen Realität ist Faktisches und Fiktives ungesondert gemischt; sie sind nicht ein lästiges Nebeneinander, sondern eine unauflösliche Verbindung; alles ist freies "künstlerisches Spiel". In dieser Beurteilung des Verhältnisses eines Kunstwerks zur Realität stimmen die folgenden Zitate überein, die von Autoren künstlerisch verschiedener Richtungen stammen und gerade dadurch ihr besonderes Gewicht und ihre Klangfarbe erhalten:

"Auch einige die sich dem Sinn des Verfassers genähert haben meinten es helfe zum tieferen Verständnis wenn sie im Jahr der Seele bestimmte Personen und Orte ausfindig machten, möge man doch (wie ohne Widerrede bei darstellenden Werken) auch bei einer Dichtung vermeiden sich unweise an das menschliche oder landschaftliche Urbild zu kehren: es hat durch die Kunst solche Umformung erfahren daß es dem Schöpfer selber unbedeutend wurde und ein Wissen darum für jeden anderen eher verwirrt als löst" (Stefan George, Werke - Ausgabe in 2 Bänden, hrsg. von R. Boehringer, Band 1, 1958, S. 119);

"Die Wirklichkeit, die ein Dichter seinen Zwecken dienstbar macht, mag seine tägliche Welt, mag als Person sein Nächstes und Liebstes sein; er mag dem durch die Wirklichkeit gegebenen Detail noch so

Untertan sich zeigen, mag ihr letztes Merkmal begierig und folgsam für sein Werk verwenden: dennoch wird für ihn - und sollte für alle Welt! - ein abgründiger Unterschied zwischen der Wirklichkeit und seinem Gebilde bestehen bleiben: der Wesensunterschied nämlich, welcher die Welt der Realität von derjenigen der Kunst auf immer scheidet." (Thomas Mann, *Bilse und ich*, 1906, in: *Gesammelte Werke*, Band X, S. 16).

"Gerade die Vortäuschung des Wirklichen ist der echten Kunst von Grund aus fremd. Alle Theorie des Scheines und der Illusion, die diesen Weg einschlägt, verkennt einen wichtigen Wesenszug im künstlerischen Erscheinenlassen: ... daß es nicht Wirklichkeit vortäuscht, daß vielmehr das Erscheinende auch als Erscheinendes verstanden und nicht als Glied in den realen Lauf des Lebens eingefügt wird, sondern gerade aus ihm herausgehoben und gleichsam gegen das Gewicht des Wirklichen abgeschirmt dasteht." (Nicolai Hartmann, *Ästhetik*, 2. Aufl., 1966, S. 36).

[BVerfGE 30, 206] "Denn alles, was die Kunstwerke an Form und Materialien, an Geist und Stoff in sich enthalten, ist aus der Realität in die Kunstwerke emigriert und in ihnen seiner Realität entäußert... Selbst Kunstwerke, die als Abbilder der Realität auftreten, sind es nur peripher: sie werden zur zweiten Realität, indem sie auf die erste reagieren; ..." (Adorno, *Ästhetische Theorie*, 1970, S. 158, 425).

Für die "Richtigkeit" oder "Wirklichkeitstreue" der Romanfigur Hendrik Höfgen in der ästhetischen Realität des "Mephisto"-Romans ist ein Vergleich zwischen Hendrik Höfgen und Gustaf Gründgens nach dem Grad von Übereinstimmung in den "Persönlichkeitsdaten" grundsätzlich irrelevant. Nun kann ihre Erscheinung und Wirkung auf der werkbezogenen Ebene allerdings nicht verhindern, daß die künstlerische Aussage von demjenigen, dem sich ihr ästhetisches Dasein nicht erschließt, nur in den Wirkungen der im Kunstwerk verwendeten Realien auf der Blickebene einer von ästhetischen Elementen freien Wertung ebenso wahrgenommen wird. Diese Art der Würdigung kann auch die eindeutige künstlerische Qualität eines Werkes der epischen Kunst nicht verhindern, weil die betroffenen Wirkungsebenen und Wertbezugssysteme insoweit grundsätzlich voneinander unabhängig sind und die Wahrnehmung der ästhetischen Realität eines Kunstwerks, in der die im Kunstwerk verwendeten Realien sublimiert sind, ein nicht erzwingbarer, höchst individueller Akt ist. Dieser Umstand allein rechtfertigt jedoch die den angefochtenen Entscheidungen zugrundeliegende einseitige Betrachtungsweise nicht.

Das folgt bereits daraus, daß die Kunst eine ihrer wichtigsten Aufgaben nicht erfüllen könnte, wenn ihr die Verwendung von Daten aus dem Persönlichkeitsbereich in allen Fällen untersagt werden würde, in denen befürchtet werden muß, daß ein Teil der Öffentlichkeit die kunstspezifische Wirkung des Kunstwerks nicht zur Kenntnis nimmt, es vielmehr einseitig an außerkünstlerischen Maßstäben mißt und auf diesem Wege zu einer negativen Einstellung der Person gegenüber gelangt, über die sie aus dem Dargestellten etwas zu erfahren meint. Einer freien Kunst muß grundsätzlich gestattet sein, an Persönlichkeitsdaten aus der

[BVerfGE 30, 207] Wirklichkeit anzuknüpfen und ihnen durch Zeichenwerte verallgemeinernde Bedeutung zu geben. Das gilt vor allem in den Fällen, in denen sich die künstlerische Darstellung wie die vorliegende an eine Person der Zeitgeschichte anlehnt. Persönlichkeiten, die im öffentlichen Leben stehen oder in Kunst und Wissenschaft ein allgemeines Interesse wachrufen, begegnen künstlerischen Interessen vor allem durch ihre besonders enge Verknüpfung mit den Geschehnissen von allgemeiner Bedeutung und den Zeitströmungen, durch die sich Realität in ihrer Person besonders intensiv verdichtet und symbolhaften Sinnbezug gewinnt. Diese zeichenhafte Bedeutung der Persönlichkeit, die der Künstler mit seinen Ausdrucksmitteln anschaulich darzustellen sucht, ist gegenüber dem Bild der individuellen Person verselbständigt. Daß dieser Umstand im Kunstwerk bei einem von der ästhetischen Wirkung absehbaren Vergleich des Dargestellten mit der Welt der realen Tatsachen durch eine "Verzerrung" des Bildes der individuellen Persönlichkeit zum Ausdruck kommt, beruht somit nicht auf einer Mißachtung der Persönlichkeit, sondern ist im Wesen und in der Aufgabe der Kunst begründet, die das Wesentliche, das aus dem Wirklichen herausgehobene Typische darstellt (vgl. W. Dilthey, *Gesammelte Schriften*, Band VI, S. 185 ff.). Dieses Prinzip bringt es zugleich mit sich, daß die Bezüge des Kunstwerks zu einer Person der Zeitgeschichte häufig sichtbar bleiben. Gerade die besonders

intensive sachliche Verknüpfung einer solchen Persönlichkeit mit dem die Allgemeinheit angehenden Geschehen sowie die sich hieraus ergebende Prägung des Persönlichkeitsbildes machen es im allgemeinen unmöglich, dieses Persönlichkeitsbild im künstlerischen "Abbild" aus seinen Bezügen zur realen Welt zu lösen, wenn der Künstler im Sinne künstlerischer Realität wirklichkeitstreu gestalten will.

Derartige Spannungen zwischen dem in seiner Würde von jedem zu respektierenden Individuum und dem künstlerischen Anliegen gehören zum festen Bestandteil der Literatur; und wo sie in künstlerischen Romanen und Dramen hervorgetreten sind, beruhen Wirkung und Wert der Dichtung auf ihrem Rang als

[BVerfGE 30, 208] Kunstwerk, nicht auf der Einkleidung biographischer Erlebnisse. Ungeachtet ihrer Zuordnung zu der sogenannten Schlüsseldichtung sind sie in ihrem künstlerischen Rang unbestritten, wie u. a. die Werke von: Goethe, Die Leiden des jungen Werthers; G. Keller, Der Grüne Heinrich; Th. Fontäne, Frau Jenny Treibel; L. Quidde, Caligula; Thomas Mann, Buddenbrooks, Doktor Faustus; F. Wedekind, Erdgeist; H. Hesse, Der Steppenwolf; G. Flaubert, Madame Bovary; Leo Tolstoi, Anna Karenina; Simone de Beauvoir, Les Mandarins. Diese wenigen Beispiele zeigen, daß seit jeher Personen der Wirklichkeit in künstlerischer "Verfremdung", jedoch zunächst für den mit den Verhältnissen Vertrauten erkennbar, zur Darstellung menschlicher Schwächen und Abgründe, insbesondere zur Auseinandersetzung mit dem Dämonischen im Menschen auch in der Weltliteratur benutzt worden sind. In diesem Zusammenhang ist es von Bedeutung, daß schon beim Abdruck des Romans in der "Pariser Tageszeitung" in Paris im Jahre 1936 Klaus Mann sich in einem an die Redaktion dieser Zeitung gerichteten Brief gegen die Bemerkung der Voranzeige der Redaktion verwahrt hat, daß der "Mephisto" ein die Person von Gustaf Gründgens betreffender Schlüsselroman sei. U. a. schrieb er damals: "Ich bin genötigt, feierlich zu erklären: Mir lag nicht daran, die Geschichte eines bestimmten Menschen zu erzählen, als ich ‚Mephisto. Roman einer Karriere‘ schrieb. Mir lag daran: einen Typus darzustellen, und mit ihm die verschiedenen Milieus (mein Roman spielt keineswegs nur im ‚braunen‘), die soziologischen und geistigen Voraussetzungen, die seinen Aufstieg erst möglich machten". Diese Auffassung bestätigen auch die Germanisten und Schriftsteller Hans Mayer = Tübingen, Hermann Kesten = New York, Franz Theodor Csokor = Wien, Albrecht Goes = Stuttgart, Max Brod = Tel Aviv, u. a. in ihren im Verfahren vorgelegten gutachtlichen Äußerungen; ferner Thomas Mann in seinem Brief an seinen Sohn Klaus vom 3. Dezember 1936, abgedruckt in "Die Neunzehn", Texte und Informationen, 1970, S. 3 f.

Ein Ausschluß der Kunst von diesem Erfahrungsbereich würde

[BVerfGE 30, 209] sie in ihrem Kern treffen, solange sie ihre Aufgabe auch und gerade in der Bewußtmachung zeitgenössischer Konflikte auf moralischem, gesellschaftlichem und politischem Gebiet sieht. Eine in dieser Weise beschränkte Kunst wäre nicht frei im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Die Kunstfreiheitsgarantie läßt dem Grundsatz nach weder die Einschränkung des künstlerischen Themenkreises noch die Ausklammerung von Ausdrucksmitteln und -methoden aus dem künstlerischen Verarbeitungsprozeß zu. Auch kann dem Künstler, insbesondere vom Staat, nicht aufgegeben werden, die verwendeten Daten aus dem Persönlichkeitsbereich wenigstens im Rahmen des ästhetisch Zumutbaren so zu verfremden, daß eine Identifizierung der als Vorbild etwa für eine Romanfigur benutzten Persönlichkeit vermieden wird; über das ästhetisch Zumutbare lassen sich verbindliche Regeln weder aufstellen noch dürfen sie in einem freiheitlichen Staat von staatlichen Instanzen aufgestellt werden. Zudem steht einer solchen Forderung entgegen, daß der Einfluß des Künstlers auf den schöpferischen Gestaltungsprozeß und seine Wirkungen in der Öffentlichkeit beschränkt ist. Die Auffassung, daß dem Künstler bei der Darstellung des menschlichen Lebens zahlreiche Möglichkeiten zur Verfügung ständen und er deshalb den Stoff so "verfremden" könne, daß Persönlichkeiten der realen Wirklichkeit nicht mit dem Kunstwerk in Verbindung gebracht werden könnten, trifft schon aus diesem Grund, zumindest in dieser Allgemeinheit, nicht zu.

Ebenso ist die Eigengesetzlichkeit künstlerischer Prozesse in der von dem Bundesgerichtshof nicht beanstandeten Forderung des Oberlandesgerichts verkannt, Klaus Mann habe nach Kriegsende den

"Mephisto"-Roman unter Berücksichtigung der neuen Erkenntnisse über Gründgens umgestalten müssen. Abgesehen davon, daß der Roman nur unter dem Eindruck einer ganz bestimmten, individuell erfahrenen Situation geschrieben werden konnte und nicht unabhängig von Raum und Zeit seiner Entstehung beliebig wiederholbar ist, und die Gerichte den Kunstwert des Romans nicht in Zweifel ziehen, ist die gerichtliche

[BVerfGE 30, 210] Zumutung nach "Umgestaltung" des Mephisto-Romans ein verfassungswidriger Eingriff in die künstlerische Gestaltungsfreiheit. Ein "umgestalteter" Roman könnte nur ein aliud gegenüber dem "Mephisto"-Roman sein.

Obschon somit das Spannungsgefälle zwischen außerkünstlerischer und kunstspezifischer Wirkungs- und Betrachtungsweise in der Sache angelegt und unaufhebbar ist, hat das Grundgesetz in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG die Eigengesetzlichkeit einer freien Kunst anerkannt und vorbehaltlos gewährleistet. Das verbietet im vorliegenden Fall, mit dem Bundesgerichtshof und dem Oberlandesgericht die Frage nach der Rechtfertigung des Veröffentlichungsverbots einseitig nach den Wirkungen des Romans auf ein Leserpublikum zu beantworten, das das Dargestellte ohne Blick für seine kunstspezifische Bedeutung wie eine Dokumentation auf Übereinstimmungen mit der Wirklichkeit untersucht. Abgesehen davon begegnet es auch methodischen Bedenken, die Würdigung eines Romans an eine bestimmte Leserschicht oder einen bestimmten Lesertypus zu knüpfen. Ein solches Vorgehen würde u. a. voraussetzen, daß die ästhetische Realität des Romans nicht außerhalb der geistig-seelischen Vorgänge im einzelnen Leser existierte und identisch wäre mit dem geistig-seelischen Vorgang im einzelnen Leser oder Hörer. Ein Kunstwerk kann man zwar nur durch einzelne Erlebnisse kennenlernen, aber es ist mit ihnen nicht identisch und existiert auch außerhalb der Erlebnisse. Daher kann es nur als eine Struktur von Bedeutungseinheiten und Qualitäten verstanden werden, die in den Erlebnissen seiner vielen Leser nur zum Teil realisiert werden. Deshalb kann auch für die rechtliche Beurteilung in Fällen wie dem vorliegenden nicht auf einen fiktiven Lesertypus abgehoben, sondern es muß der kunstspezifische Gehalt des Kunstwerks ermittelt und gegenüber seinen außerkünstlerischen "Sozialwirkungen" abgewogen werden.

Zwar bürdet die Kunstfreiheitsgarantie dem Betroffenen nicht schlechthin sämtliche Nachteile auf, die sich für seine Person daraus ergeben, daß Kunst oft verkannt wird und sich nur dem Einzelnen unter spezifischen Umständen erschließt. Sie verpflichtet

[BVerfGE 30, 211] tet aber dazu, bei einem Interessenausgleich zwischen Individuum und künstlerischem Anliegen den Eigenwert der Kunst mit zu berücksichtigen. Das kann nur dadurch erfolgen, daß auch von der ästhetischen Wirkungsebene aus die Lösung der künstlerischen Darstellung von der historischen Wirklichkeit und ihre Verselbständigung als ästhetische Realität mitgewürdigt wird. Zur Vermeidung der negativen außerkünstlerischen Wirkungen des Romans für die Persönlichkeit von Gustaf Gründgens darf in die ästhetische Realität durch ein Veröffentlichungsverbot jedenfalls dann nicht eingegriffen werden, wenn bei Würdigung des Romans als Kunstwerk die rein stoffliche Beziehung zu Gründgens in der Verbindung von Faktischem und Poetischem deutlich in den Hintergrund tritt, mag diese Anlehnung an die Wirklichkeit auch noch erkennbar bleiben.

3. Danach ist im vorliegenden Fall verfassungsrechtlich eine andere Bewertung der Spannungslage von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz geboten. Bei Würdigung des Romans als Kunstwerk erscheint Hendrik Höfgen in erster Linie als Romanfigur auf die künstlerische Darstellung bezogen und als Typ gegenüber dem Persönlichkeitsbild von Gustaf Gründgens verselbständigt.

Daß Höfgen ein Typus und kein Porträt ist, ergibt sich schon aus dem Typisierenden in der Zeichnung der Romanfigur, in der Zwischentöne fast ganz fehlen und die im Zusammenhang von Zeit und Milieu der Romanhandlung deutlich zeichenhafte Züge hat. Die Figur des Höfgen ist in ihrer Konzeption so durchsichtig und während der gesamten Romanhandlung so wenig inneren Veränderungen ausgesetzt, daß der Gedanke daran, daß hier Realität dargestellt wird, gegenüber dem Bewußtsein von der typisierenden, zeichenhaften Bedeutung des Höfgen zurücktritt. Auf diese Weise gewinnen auch die inneren Konflikte, die Höfgen zu bestehen hat, symbolhafte Bedeutung. So gehören bei ungezwungener Betrachtung z.B. die "Schwarzen Messen", die Höfgen mit seiner "Prinzessin Tebab" zelebriert,

deutlich einer mystisch-orgiastischen Fabelwelt an, angesichts derer die Feststellung des Oberlandesgerichts, der Leser könne Wahres nicht von

[BVerfGE 30, 212] Erdichtetem unterscheiden, ebenso unverstündlich erscheint wie im Blick auf die fast lyrischen Passagen vor allem zu Beginn des VII., VIII, IX. und zu Ende des X. Kapitels. Auch die Personen, die Höfgen umgeben, sind - ausgenommen vielleicht Barbara Bruckner (Erika Mann) - Typen, keine Charaktere oder Porträts. Der Roman ist durch und durch geprägt von dem aus politischen Gründen emigrierten Schriftsteller Mann, seinem Schicksal, dem Geist der Opposition und der Entlarvung des verruchten Regimes; die anschauliche, schöpferische Gestaltung dieser Erlebnisse macht gerade seinen künstlerischen Gehalt aus. Andererseits treffen die Feststellungen der Gerichte zu, daß Gründgens sehr deutlich der Romanfigur Höfgen zum Vorbild gedient hat. Hierauf kommt es jedoch nach den oben gemachten Ausführungen nicht an. Maßgebend ist vielmehr, ob das Bild der Romanfigur Höfgen in der Welt des Romans eine eigene Funktion hat, durch die es gegenüber dem Persönlichkeitsbild von Gründgens verselbständigt wird, oder ob die Figur des Höfgen individuelle Persönlichkeitsdaten über die Person Gründgens mitteilen will. Der Bezug der Romanfigur Höfgen zur individuellen Persönlichkeit Gustaf Gründgens wird durch die künstlerische Konzeption und symbolhafte Gestaltung so stark überlagert, daß die individuelle Persönlichkeit Gründgens gegenüber dem "Phänomen des geistigen Mitläufers", das auch zu anderen Personen in Bezug gebracht werden könnte, in den Hintergrund tritt. Das kommt auch in den im Verfahren vorgelegten Kritiken zum Ausdruck. Auch müssen in diesem Zusammenhang die zeit- und kulturgeschichtlichen Akzente berücksichtigt werden, die der 1936 erschienene Roman in besonders starkem Maß besitzt und die auch dem durch das Vorwort des Verlags zudem ausdrücklich hierauf aufmerksam gemachten Leser heute aufgrund der zeitlichen Distanz zu den Ereignissen nach 1933 bewußt werden müssen: das Bild einer korrumpierten Gesellschaft, eines komödiantischen, unwahren Regimes, einer Heimsuchung des deutschen Geistes in Gestalt des geistigen Mitläufertums. Der Mephisto-Roman ist ein Werk der Exilliteratur, deren Thematik, Struktur und Sprache

[BVerfGE 30, 213] nur unter dem Zwang des politischen, sozialen und psychologischen Ausnahmezustandes der Emigration richtig gewürdigt werden kann. Er ist künstlerischer Ausdruck des tiefen Schmerzes "des Ausgestoßenen, der die Nachrichten der Heimat nur noch vernimmt wie den Wiederhall von Wahnsinn und Entsetzen. Er wartet auf das unbekanntere Ereignis, das ihn zurückruft; ..." (Heinrich Mann, Geist und Tat, Essay über Zola [1915], S. 234, erschienen im Verlag Gustav Kiepenheuer, Weimar 1946).

Auch durch diese Umstände, die in den angefochtenen Entscheidungen nur eine nebeneordnete, wenn nicht sogar eine untergeordnete Rolle spielen, wird die Darstellung im Roman und mit ihr die Romanfiguren von der Realität abgelöst und verselbständigt; sie lassen den künstlerischen Ausdruck der den Autor unterdrückenden politischen Gewalt und seines Widerstandes gegen den Nationalsozialismus erkennen.

Die Beurteilung des Romans durch Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof, die der Bewertung des im Roman Dargestellten nach Übereinstimmungen und Abweichungen mit der realen Wirklichkeit den Vorrang gibt, kann auch den Motiven nicht gerecht werden, die dem Roman zugrundeliegen. Auf dieser einseitigen, die Bedeutung des Buches als Kunstwerk vernachlässigenden Betrachtungsweise beruht die von dem Bundesgerichtshof nicht beanstandete Charakterisierung des Romans durch das Oberlandesgericht als eine Gustaf Gründgens diffamierende "Schmähschrift in Romanform" ebenso wie das Unternehmen des Oberlandesgerichts, den Roman als zeitkritische Darstellung des deutschen Theaterlebens in den zwanziger und dreißiger Jahren auf seine historische Genauigkeit zu untersuchen. Dabei bleibt auch hier unbeachtet, daß das Kunstwerk kein historisches Dokument ist und sein will. Das künstlerische Anliegen des Mephisto-Romans ist, in anschaulicher Gestaltung das Phänomen des geistigen Mitläufertums im NS-Staat darzustellen. Es bestimmt die Gesamtkonzeption des Romans und das Bild des Hendrik Höfgen. Auf diesen allgemeineren Hintergrund, nicht auf eine Person oder ein historisches Ereignis angelegte Darstellung deutet bereits der

[BVerfGE 30, 214] Untertitel des Buches "Roman einer Karriere" und das ihm beigegebene Motto aus Goethes "Wilhelm Meister" hin: "Alle Fehler des Menschen verzeih' ich dem Schauspieler, keine Fehler des Schauspielers verzeih' ich dem Menschen." Auf ihn haben auch der Autor selbst u. a. in seinem Buch "Der Wendepunkt" sowie die Kritik zu dem "Mephisto"-Roman hingewiesen.

4. Darüber hinaus haben Bundesgerichtshof und Oberlandesgericht bei der gebotenen Abwägung die nachteiligen Wirkungen des Romans auf den Schutzbereich der Persönlichkeit von Gustaf Gründgens auch noch in anderer Beziehung überbetont.

Unter C III 6 des Beschlusses des BVerfG vom 24.2.1971 - BvR 435/68 -, S. 194, ist bereits hervorgehoben worden, daß bei der Abwägung dem vorbehaltlosen Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als kollidierender Wertaspekt nur der dem Verstorbenen aus Art. 1 Abs. 1 GG zukommende Schutz, dagegen nicht auch Art. 2 Abs. 1 GG gegenüberzustellen ist, dem die Zivilgerichte zu Unrecht Ausstrahlungswirkungen auf den vorliegenden Fall zuerkannt haben.

Art. 1 Abs. 1 GG garantiert den allgemeinen Eigenwert, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt (BVerfGE 30, 1 [2, Leitsatz 6]). Das Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde verbürgt Schutz vor solchen Eingriffen in die Persönlichkeitssphäre, durch die zugleich der Mensch als solcher in seinem Eigenwert, seiner Eigenständigkeit verletzt ist. Im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 1 GG, der die freie Entfaltung der Einzelpersönlichkeit sichert, ist Art. 1 Abs. 1 GG daher weniger auf die Individualität als auf die Personalität bezogen. Dieser Unterschied ist für die vorliegend gebotene Abwägung von Bedeutung. Eine Beeinträchtigung dieses Schutzbereiches setzt danach zumindest die Befürchtung voraus, daß die Veröffentlichung des Romans zu einem in dieser Weise besonders qualifizierten Eingriff in die Persönlichkeitssphäre von Gustaf Gründgens führen wird. Demgegenüber haben die Zivilgerichte das Veröffentlichungsverbot unter dem allgemeinen Gesichtspunkt eines auf das Individuum bezogenen Ehrenschatzes für gerechtfertigt erklärt. Sie sind nicht

[BVerfGE 30, 215] von dem spezifisch auf die Personalität bezogenen Wertaspekt des Art. 1 Abs. 1 GG ausgegangen. Schon deshalb ist nicht auszuschließen, daß die nach Art. 1 Abs. 1 GG vorgenommene Würdigung durch die irrige Annahme eines, wenn auch eingeschränkten Weiterwirkens des Persönlichkeitsrechtes gemäß Art. 2 Abs. 1 GG nach dem Tode wesentlich beeinflusst ist und einer Auslegung Raum gegeben hat, die die Bedeutung der Person nach Art. 1 Abs. 1 und der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG deshalb verkannt hat.

In diesem Zusammenhang ist außerdem zu berücksichtigen, daß mit verblässender Erinnerung an den Verstorbenen die Gefahr einer nachteiligen Einwirkung auf die geschützte Persönlichkeitssphäre geringer wird. Diese Gesichtspunkte haben zwar auch die angefochtenen Entscheidungen hervorgehoben; jedoch ist unbeachtet geblieben, daß das allgemeine Interesse an Personen, die nicht der *allgemeinen* Zeitgeschichte angehören, sondern wie Gustaf Gründgens in einem engeren Bereich des öffentlichen Lebens ihrer Zeit hervorgetreten sind, nach ihrem Tod rascher schwindet und damit die Gefahr einer persönlichkeitsverletzenden Identifizierung von Gustaf Gründgens mit der Romanfigur Hendrik Höfgen geringer ist.

Gründgens gehört heute, acht Jahre nach seinem Tod, weitgehend bereits der Theatergeschichte an; seine Fehde mit Klaus Mann ist dem allgemeinen Bewußtsein entschwunden und in die Geschichte zurückgetreten. Für die wirklich an der Person Gründgens interessierten Kreise, die Kenner der Theatergeschichte der jüngsten Zeit ist das Persönlichkeitsbild von Gründgens so fixiert, daß es durch die Veröffentlichung dieses Romans im Jahre 1971 nicht mehr ernstlich erschüttert werden kann. Für sie wird das Bild Gründgens' durch seine weithin bekannten Leistungen als Schauspieler und Regisseur und durch seriöse historische Veröffentlichungen, nicht aber durch die Romanfigur des Hendrik Höfgen bestimmt (vgl. die in dem von R. Badenhausen und P. Gründgens-Gorski herausgegebenen Buch "Gustaf Gründgens - Briefe Aufsätze Reden - (1967) auf der Seite 453 ff. zitierte

[BVerfGE 30, 216] Literatur über Gustaf Gründgens). Ferner kennt diese Schicht des Publikums im Zweifel auch längst den Mephisto-Roman aus der Vor Veröffentlichung im Jahre 1956.

Im übrigen lenken das besondere zeit- und kulturgeschichtliche Gepräge sowie das Vorwort der Beschwerdeführerin auch den nicht am ästhetischen, sondern nur am sachlichen Aussagewert des

Romans interessierten Leser auf die Entstehungsgeschichte des Romans und die besondere Situation hin, in der sich der Emigrant Klaus Mann damals befand. Sie erklären seine Reaktion auf das Verhalten von Gustaf Gründgens gegenüber den nationalsozialistischen Machthabern und veranlassen hierdurch auch die den ästhetischen Aspekt vernachlässigenden Leser zu einer differenzierten Haltung in der Beurteilung der Objektivität der Details. Auch kann der Roman nach seiner Anlage und mit Rücksicht auf die Veröffentlichungen in den Jahren 1936 und 1956 heute nur noch auf das Interesse eines begrenzten, vor allem der Bildungsschicht angehörenden Leserkreises rechnen, der weitgehend den Erfahrungsbereichen der Kunst nicht ungeschult gegenübersteht und weiß, daß ein Werk, das sich selbst als Roman bezeichnet, keinen Anspruch auf Wirklichkeitstreue im Sinne einer Dokumentation oder einer Biographie erhebt. Die Befürchtung, daß der Roman nicht als künstlerische Aussage, sondern nur wörtlich genommen wird, ist dadurch weiter gemindert. Dieser produktiven und phantasievollen Mitwirkung des Lesers, der ein Kunstwerk in seiner Einheit und in seinen immanenten Zusammenhängen sich vergegenwärtigt, messen die Gerichte in den angefochtenen Entscheidungen überhaupt keine Bedeutung bei. Andererseits muß ein berechtigtes Interesse des literaturkundigen und -interessierten Publikums anerkannt werden, den Mephisto-Roman als ein bedeutendes Werk eines Hauptvertreters der Exilliteratur, noch dazu eines Angehörigen der Familie Mann, kennenzulernen, zumal diese Literatur, von gewissen Ansätzen abgesehen, noch immer der wissenschaftlichen Bearbeitung harret.

Bei Abwägung der kollidierenden Interessen im Sinne der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen kann deshalb die Schmä-

[BVerfGE 30, 217] lerung der Personwürde des Verstorbenen nicht so gewichtig sein, daß sie ein Verbreitungsverbot rechtfertigen könnte.

5. Auch werden durch das Vorwort mögliche nachteilige Wirkungen für die Personwürde von Gustaf Gründgens so weitgehend verringert, daß demgegenüber der Erlass des Verbreitungsverbots den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. Dieses festzustellen ist dem Bundesverfassungsgericht entgegen den drei die angefochtenen Entscheidungen billigenden Richtern nicht verwehrt, da spezifisches Verfassungsrecht betroffen ist. Bundesgerichtshof und Oberlandesgericht verkennen die Ausstrahlungswirkungen des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, wenn sie zur Wahrung der schützenswerten Interessen aus dem Persönlichkeitsbereich von Gustaf Gründgens nur ein Vorwort für geeignet halten, in dem von einer mit dem Theaterleben der zwanziger und dreißiger Jahre vertrauten Person eine umfassende objektive Richtigstellung des Charakterbildes von Gustaf Gründgens und seiner antifaschistischen Gesinnung sowie seiner Hilfsbereitschaft gegenüber Juden und politisch Verfolgten nach 1933 gegeben werde, in dem ferner auch die Beziehungen von Gustaf Gründgens zu Klaus Mann in den zwanziger Jahren dargestellt und die besondere Situation des Dichters in der Emigration geschildert würden. Den Anforderungen, die das Oberlandesgericht und der Bundesgerichtshof hier stellen, liegt ersichtlich die Auffassung zugrunde, das Vorwort müsse die Leserschaft über die "unrichtige" Darstellung der Person Gründgens in *Einzelheiten* aufklären. Damit setzen die Gerichte den Roman auch in dieser Beziehung einer Dokumentation oder Biographie über die Person Gustaf Gründgens gleich.

In dem dem Roman aufgrund der einstweiligen Verfügung beigegebenen Vorspruch wird der Leser auf den zeitgeschichtlichen Hintergrund des Romans und seine Entstehungsgeschichte, auf das künstlerische Anliegen des Autors und auf das spezifische Verhältnis der Romanfigur, insbesondere der Gestalt des Höfgen, zur Realität deutlich hingewiesen. Dieses Vorwort ist geeignet, auf die objektivierende Wirkung, die von der künstlerischen Dar-

[BVerfGE 30, 218] stellung im Roman ausgeht, aufmerksam zu machen und sie zu unterstreichen. Es gibt in knapper, aber eindrucksvoller Formulierung dem Anliegen des Autors deutlicheren Ausdruck als ein umfassendes, die geschichtliche Wirklichkeit darstellendes Vorwort im Sinne der Ausführungen des Oberlandesgerichts. Die Veröffentlichung des Romans von einer umfassenden Aufklärung auch derjenigen Leserschicht abhängig zu machen, die trotz eines solchen Vorspruchs nicht bereit oder

fähig ist, die vorhandene kunstspezifische Eigenständigkeit des Romans anzuerkennen, würde die Verfassungsgarantie des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG in unzulässiger Weise einschränken.

6. Aus diesen Gründen ist eine schwere Beeinträchtigung des Persönlichkeitsbereiches des verstorbenen Gustaf Gründgens nicht festzustellen. Infolgedessen liegt auch kein eindeutiger Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG vor. Nur ein solcher Verstoß würde angesichts der vorbehaltlos gewährten Kunstfreiheit die Feststellung einer Verletzung der Menschenwürde rechtfertigen und zur Versagung der Berufung auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG führen.

Danach verletzen die angegriffenen Urteile des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 10. März 1966 und des Bundesgerichtshofs vom 20. März 1968 das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 GG.

(gez.) Dr. Stein

Abweichende Meinung der Richterin Rupp-v. Brünneck zu dem Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Februar 1971 - 1 BvR 435/68 - .

Der abweichenden Meinung des Richters Dr. Stein schließe ich mich an und möchte nur kurz folgendes hervorheben und ergänzen:

[BVerfGE 30, 219] 1. Die Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde beruht auf einer restriktiven Auslegung der Prüfungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, die einen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung bedeutet und zu sehr bedenklichen Konsequenzen führen kann.

Es ist nach allgemeiner Auffassung ein besonderes Verdienst dieser Rechtsprechung, daß sie beginnend mit dem "Lüth-Urteil" (BVerfGE 7, 198 [205ff., 214ff., 218f.]) die Wirkungskraft der Grundrechte auf allen Rechtsgebieten durchgesetzt hat, mit der Forderung, daß auch bei jeder Auslegung und Anwendung derjenigen Rechtsvorschriften, die die Beziehungen der Staatsbürger untereinander regeln, den mit den Grundrechten gesetzten objektiven Wertmaßstäben Rechnung getragen werden muß. Die sich daraus ergebende, sehr weit reichende Prüfungszuständigkeit hat das Bundesverfassungsgericht dahin eingegrenzt, daß es sich nur die Prüfung der Beachtung oder Verletzung "spezifischen Verfassungsrechts" vorbehalten will, während die Gestaltung des Verfahrens, die Auslegung des einfachen Rechts, die Feststellung des Tatbestandes und seine Subsumtion unter das einfache Recht den dafür allgemein zuständigen Gerichten überlassen bleiben soll. Wie der Zusammenhang der viel zitierten Ausführungen dazu in der maßgebenden Entscheidung BVerfGE 18, 85 [92] eindeutig zeigt, wendet sich das Bundesverfassungsgericht damit gegen eine "unbeschränkte rechtliche Nachprüfung von gerichtlichen Entscheidungen um deswillen ..., weil eine unrichtige Entscheidung möglicherweise Grundrechte des unterlegenen Teils b e r ü h r t" [Sperrung von mir.]. Das heißt, ein Urteil in einem zivilrechtlichen Eigentumsstreit soll z.B. nicht auf falsche Beweiserhebung oder unrichtige Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale der angewandten Norm des bürgerlichen Rechts hin überprüft werden, obwohl man sagen könnte, daß auch eine auf solchen Fehlern beruhende falsche Entscheidung *im Ergebnis* in das Grundrecht der unterlegenen Partei aus Art. 14 GG eingreift (vgl. auch BVerfGE 22, 93 [97ff.]).

[BVerfGE 30, 220] Dagegen betrifft die Frage, ob die Einwirkung der Grundrechte auf das anzuwendende Recht allgemein und im Einzelfall richtig beurteilt worden ist, selbstverständlich spezifisches Verfassungsrecht. Eine Gerichtsentscheidung muß also nicht nur dann aufgehoben werden, wenn sie ein Grundrecht übersehen hat oder von einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts ausgegangen ist, sondern auch dann, wenn das Gericht bei Zugrundelegung der grundsätzlich richtigen Anschauung im konkreten Fall niemals zu dem gefundenen Ergebnis hätte gelangen können.

Weiter darf nicht außer acht gelassen werden, daß die erwähnten Prüfungsgrundsätze in erster Linie den Sinn haben, eine angemessene Funktionsteilung im Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den anderen Gerichten herzustellen und das Bundesverfassungsgericht vor einer untragbaren Belastung zu bewahren; jedoch hat bereits die genannte grundlegende Entscheidung betont, daß aus der oft schwierigen Abgrenzung der Prüfungszuständigkeit kein Dogma gemacht werden darf: "Freilich sind

die Grenzen der Eingriffsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts nicht immer allgemein klar abzustecken; dem richterlichen Ermessen muß ein gewisser Spielraum bleiben, der die Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalls ermöglicht" (BVerfGE 18, 85 [93]).

Für die Ausnutzung dieses Spielraums muß es unter anderem darauf ankommen, wieweit das betreffende Grundrecht wesentliche Voraussetzungen der freiheitlichen Existenz und Betätigung des Einzelnen schützt, die das Essentielle des Menschenbildes der Verfassung und ihrer darauf ausgeordneten Staatsordnung ausmachen (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]; 10, 118 [121]; 10, 302 [322]; 20, 162 [174f.]; 27, 71 [81 f.]). Hierzu gehört auch die Möglichkeit, die menschliche Persönlichkeit im künstlerischen Schaffen frei zum Ausdruck zu bringen.

Demgegenüber würde die der Senatsentscheidung zugrundeliegende Abstinenz letzten Endes darauf hinauslaufen, daß eine allein gegen die Art der Rechtsanwendung im Einzelfall gericht-

[BVerfGE 30, 221] tete Verfassungsbeschwerde stets aussichtslos wäre, wenn das einschlägige Grundrecht nur beim Namen genannt und die hierzu in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Grundsätze in die Entscheidung aufgenommen sind, gleichgültig, zu welchem Ergebnis das Gericht im Einzelfall kommt - die in der Senatsentscheidung konzedierte Prüfung auf Willkür hat keine Bedeutung, weil auf sachfremden Erwägungen beruhende Gerichtsentscheidungen so gut wie nie vorkommen -. Hierin läge eine evidente Verkürzung des bisherigen Grundrechtsschutzes: Bei solchen Prüfungsmaßstäben hätten weder das Lüth-Urteil selbst (BVerfGE 7, 198 [207 ff., bes. 212 ff.]) noch die Entscheidungen im Schmid-Spiegel-Fall, im Falle des Tonjägerverbandes oder zur Freiheit der Information aus DDR-Zeitungen (vgl. BVerfGE 12, 113 [126ff.]; 24, 278 [281 ff.]; 27, 104 [109 f.]) ergehen können, um nur einige markante Beispiele für die zahlreichen Entscheidungen zu nennen, in denen das Gericht unter Prüfung der konkreten Umstände des Einzelfalles einen Grundrechtsverstoß bejaht hat (vgl. etwa auch BVerfGE 16, 194 [198 ff.]; 17, 108 [119 f.]; 20, 45 [49 ff.] zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

2. Die angefochtenen Urteile haben die Einwirkung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG auf den hier zu entscheidenden Interessenkonflikt nicht genügend berücksichtigt, besonders indem sie, wie der Richter Dr. Stein näher dargelegt hat, ein Kunstwerk in der Form eines Romans mit der Elle der Realität gemessen haben, wie wenn es sich um eine gewöhnliche kritische Äußerung über einen namentlich bezeichneten Dritten in Gesprächen, Briefen, Zeitungsartikeln oder einer Lebensbeschreibung handeln würde. Hierfür war offenbar wesentlich, daß die Gerichte, obwohl sie nicht verkannt haben, daß Art. 5 Abs. 3 GG ein spezielles, nicht durch einen Gesetzesvorbehalt oder anderweitig beschränktes Grundrecht gewährt, sich dennoch in Wirklichkeit an den in Art. 5 Abs. 2 GG gesetzten Schranken orientiert haben, die nur für die Freiheit der Meinungsäußerung und den sonstigen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG, nicht aber für das Grundrecht aus

[BVerfGE 30, 222] Art. 5 Abs. 3 GG gelten (vgl. die vorstehende Senatsentscheidung unter C III 4 [= S. 191 f]). Dies ergibt sich für die Entscheidung des Bundesgerichtshofs sowohl aus dem Aufbau des Gedankengangs wie aus der Einzelwürdigung. Die Urteilsgründe gehen bei der verfassungsrechtlichen Prüfung nicht unmittelbar von Art. 5 Abs. 3 GG aus, sondern stellen zunächst fest, daß sich die Romanfigur durch einzelne, negative Charakterzüge und Verhaltensweisen von Gründgens' wirklichem Lebensbild unterscheidet und daß es sich hierbei um schwerwiegende Entstellungen handele, welche die in Art. 5 Abs. 2 GG gesetzten Schranken (Recht der persönlichen Ehre) überschritten. Erst hieran schließt sich die Erwägung, ob dieser Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 GG sich mit der Freiheit der Kunst nach Art. 5 Abs. 3 GG rechtfertigen lasse.

Diese falsche Ausgangsposition erklärt es auch, daß nicht ein Gesamturteil über das Buch den Ausschlag für sein Verbot gegeben hat, sondern die Prüfung bestimmter herausgegriffener, namentlich aus dem Zusammenhang der künstlerischen Komposition gelöster Einzelpunkte auf ihren Wahrheitsgehalt. Dies führt zu dem seltsamen und widersprüchlichen Ergebnis, daß dem Autor einerseits der Vorwurf gemacht wird, er habe *zu wenig* "verfremdet" - d. h. er habe seinen Romanhelden Gründgens zu ähnlich, also zu wirklichkeitsgetreu nachgebildet -, andererseits wird ihm vorgeworfen, er habe *zu stark* "verfremdet" - nämlich seinen Helden mit erdichteten negativen Verhaltensweisen und Charakterzügen ausgestattet, die

dem Lebensbild von Gründgens nicht entsprechen. Eine solche Bewertungsmethode tut nach meiner Auffassung dem Wesen eines Kunstwerks in der Form eines Romans Gewalt an und ist nicht vereinbar mit dem aus der vorbehaltlosen Gewährung der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG in erster Linie zu entnehmenden Gebot, daß dem Künstler für die Auswahl des zu bearbeitenden Stoffes und für dessen künstlerische Gestaltung keine Vorschriften gemacht werden dürfen. Soll es denn bei einem in Anlehnung an eine Person der Zeitgeschichte geschriebenen zeitgeschichtlichen Roman darauf ankommen, ob **[BVerfGE 30, 223]** der Autor, der einen inneren Zusammenhang zwischen den sexuellen Neigungen und der politischen Labilität seines Romanhelden sieht, ihn durch eine andere sexuelle Abartigkeit charakterisiert, als sie dem Vorbild allgemein zugeschrieben wurde, und ob sich hieraus für die Gestaltung der Romanhandlung weitere Abweichungen von der historischen Wirklichkeit ergeben? Die genannte Prüfungsmethode kann auch die ohnehin bei der rechtlichen Beurteilung von Kunstwerken naheliegende Gefahr verstärken, daß die rechtliche Entscheidung mit davon bestimmt wird, wieweit der Beurteiler die künstlerische Transzendierung der aus der Wirklichkeit entnommenen Tatsachen und Erfahrungen als gelungen ansieht, mit anderen Worten, daß die subjektive, ästhetische Bewertung der Qualität des Kunstwerks maßgebend mitspricht. Ich halte "Mephisto" nicht für einen guten Roman - jedenfalls steht er nicht auf dem Niveau anderer Werke von Klaus Mann -; aber hiervon darf die Anwendung des Grundrechtsschutzes auf den Roman, der nach einhelliger Ansicht als ein Kunstwerk im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG anzusehen ist, nicht abhängen.

3. Eine unmittelbar von Art. 5 Abs. 3 GG ausgehende Prüfung muß der vorbehaltlosen, uneingeschränkten Gewährung des Grundrechts durch die Verfassung ihr volles Gewicht lassen. Sie bedeutet im Vergleich zu den anderen Vorschriften des Art. 5 GG, daß der Verfassungsgeber hier bewußt von einer Konfliktregelung nach Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 GG abgesehen hat, sei es, daß er im Hinblick auf das Wesen der in einer anderen Ebene wirkenden Kunst die Möglichkeit eines Konflikts mit den in Art. 5 Abs. 2 GG geschützten Interessen grundsätzlich ausgeschlossen hat oder daß er in dubio der Freiheit der Kunst den Vorrang einräumen wollte. Hieraus ergibt sich zugleich, daß die Verfassung auch in diesem Punkt grundsätzlich von der Mündigkeit der Bürger ausgeht, nämlich von ihrer Fähigkeit, ein Kunstwerk als ein aliud zu einer gewöhnlichen Meinungsäußerung zu betrachten, d. h. einen Roman als eine Schöpfung der Phantasie zu verstehen, die als solche niemand zu be-

[BVerfGE 30, 224] leidigen vermag. Wenn dennoch aus den in der Senatsentscheidung unter C III 5 [= S. 193 f] dargelegten Gründen unter bestimmten Voraussetzungen eine Begrenzung des Grundrechts wegen des Schutzes der Menschenwürde in Art. 1 GG in Betracht kommt, so muß der Freiheit der Kunst gleichwohl mehr Raum verbleiben als bei Anwendung der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG: Der im Interesse des Persönlichkeitsschutzes erfolgende Eingriff darf nur eine sehr eng zu begrenzende Ausnahme darstellen.

Aus diesem Grunde sehe ich bei einem Werk der vorliegenden Art - einem in Anlehnung an Persönlichkeiten der Zeitgeschichte geschriebenen zeitgeschichtlichen Roman - das entscheidende Kriterium für die Versagung oder Gewährung des Grundrechtsschutzes darin, ob der Roman bei einer Gesamtbetrachtung ganz überwiegend das Ziel verfolgt, bestimmte Personen zu beleidigen oder zu verleumdern, ob die Kunstform des Romans zu diesem Zweck mißbraucht wird oder ob das Werk nach den erkennbaren Motiven des Autors und nach objektiver Würdigung des Inhalts und der Darstellung einem anderen Anliegen dient. Bei einer solchen Bewertung kann die Antwort nur zugunsten des Romans "Mephisto" ausfallen. Wenn auch die persönliche Abneigung des Autors gegen den ehemaligen Schwager und dessen politisches Verhalten nicht ohne Einfluß auf die Auswahl des Stoffes und seine Darstellung gewesen sein mögen, so steht doch im Vordergrund durchaus die Absicht, die innere Korruption einer intellektuellen Oberschicht durch ein ebenso brutales wie ungeistiges Regime darzustellen, zu erklären und zugleich eine letzte verzweifelte Warnung an die noch ansprechbaren Kreise im damaligen Deutschland und an das Ausland zu richten. In diesem Zusammenhang erscheinen auch die von den angefochtenen Urteilen als so gravierend angesehenen einzelnen "Entstellungen", z.B. die Auslieferung der Negertänzerin an die Gestapo, in einem anderen Licht: Der Autor

will zeigen, daß derjenige, der sich auf den Pakt mit einem solchen Regime einläßt, in ausweglose Zwangslagen geraten kann, die ihn am Ende zum Verrat auch **[BVerfGE 30, 225]** starker menschlicher Bindungen treiben; er hat damit typisierend eine von vielen Zeitgenossen des nationalsozialistischen Regimes schmerzlich erfahrene Einsicht vorweggenommen - auch wenn das spätere Verhalten des Vorbildes der Romanfigur hiermit nicht getroffen sein mag. Das Gesamtanliegen des Romans ist auch für den heutigen Leser noch ersichtlich, besonders wenn man das Vorwort des Verlages einschließlich der Versicherung des Autors hinzunimmt, das mir übrigens gerade wegen seiner Kürze und Prägnanz weit wirkungsvoller für die gebotene Distanzierung erscheint als die von den angefochtenen Urteilen verlangte ausführliche Darstellung des Lebensbildes von Gründgens und der Entstehungsvoraussetzungen des Buches, die der normale Romanleser im Zweifel "überspringen" würde.

4. Hilfsweise ist noch folgendes zu bedenken: Auch wenn man entgegen der von Richter Dr. Stein und mir vertretenen Ansicht der Prüfung die in den angefochtenen Urteilen angewandten Kriterien zugrunde legt, so müßte doch die Ausnahmesituation des Autors bei der Entstehung und ersten Veröffentlichung des Romans voll berücksichtigt werden. Es ist bekannt, daß Klaus Mann besonders schwer unter dem Emigrantenschicksal gelitten hat und daß er zugleich zu den sicher nicht zahlreichen Emigranten gehörte, die in bewundernswerter Weise ungeachtet aller Schwierigkeiten und Anfeindungen ihre Kräfte in den Dienst des geistigen Kampfes gegen das nationalsozialistische Unrechtsregime gestellt haben. Im Schmid-Spiegel-Fall (BVerfGE 12, 113 [129]) hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, daß in einer Pressefehde auch eine starke Polemik gerechtfertigt ist, wenn sie der Art des gegnerischen Angriffs entspricht und einem berechtigten Interesse an der Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung dient. Ich verweise hierzu auch auf die außerordentlich großzügige Rechtsprechung des Supreme Court [Fn: Vgl. bes. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); s. dazu Casper, Redefreiheit und Ehrenschatz, Anmerkungen zu den Grundlagen der neueren amerikanischen und deutschen Rechtsprechung, in Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe, 1971, Heft 104.], der in bezug auf Personen **[BVerfGE 30, 226]** und Gegenstände des Zeitgeschehens das allgemeine Interesse an der freien öffentlichen Diskussion grundsätzlich immer höher bewertet als die möglicherweise durch eine falsche Information oder polemische Darstellung betroffenen persönlichen Interessen, solange nicht "actual malice" vorliegt. Im Falle des "Mephisto"-Romans handelt es sich um weit mehr als um einen Meinungskampf im üblichen Rahmen, nämlich um den Widerstand gegen ein unmenschliches, rechts- und verfassungswidriges Herrschaftssystem - ein Handeln, das jetzt im Grundgesetz ausdrücklich sanktioniert und durch ein grundrechtsgleiches Recht geschützt wird (vgl. Art. 20 Abs. 4 und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG). Wenn ein Schriftsteller unter den damaligen Umständen die ihm allein zur Verfügung stehenden geistigen Waffen im Dienste der guten Sache einsetzte, wenn er hierbei seinen Gedanken und Gefühlen nicht in einer politischen Streitschrift, sondern in der - vermutlich wirkungsvolleren - Form eines satirischen Romans Ausdruck gab und die Romanhandlung an eine weithin bekannte Person der Zeitgeschichte anlehnte, die wegen ihrer hervorgehobenen Stellung als kultureller Repräsentant des bekämpften Regimes angesehen wurde, so rechtfertigte die gegebene Notstandssituation sein Vorgehen auch dann, wenn er sich bei der Wahl der Mittel im einzelnen vergriffen haben sollte. Diese Abwägung behält auch ihre Wirkung für die erneute Veröffentlichung des Romans in der Gegenwart. Mit dem zunehmenden zeitlichen Abstand von dem zeitgeschichtlichen Anlaß und den politischen Veränderungen könnte zwar der Schutz der betroffenen Persönlichkeit ein verhältnismäßig stärkeres Gewicht erhalten, jedoch wird dies wieder aufgewogen durch das Schwenden des Schutzbedürfnisses, da heute schon ein großer Teil der potentiellen Leser des Romans mit dem Namen und der Person von Gustaf Gründgens keine Vorstellungen mehr verbindet. Insgesamt lassen die fortdauernde, nicht nur historische Bedeutung der Vorgänge der nationalsozialistischen Zeit und der über den konkreten Anlaß hinausreichende Teil der künstlerischen Aussage von Klaus Mann die privaten und allgemeinen Interessen an der

[**BVerfGE 30, 227**] Veröffentlichung des Romans auch heute noch schutzwürdiger erscheinen als die Abwehr einer möglichen, vergleichsweise geringen Beeinträchtigung des Andenkens an Gustaf Gründgens.

(gez.) Rupp-v. Brünneck

BVerfG, Urt. v. 16.10.1977 - 1 BvQ 5/77 = BVerfGE 46, 160 - Schleyer

Leitsatz: Grenzen verfassungsgerichtlicher Kontrolle bei der Bekämpfung lebensbedrohender terroristischer Erpressungen.

Urteil des Ersten Senats vom 16. Oktober 1977 auf die mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 1977 - 1 BvQ 5/77 - in dem Verfahren über den Antrag des Herrn Dr. Hanns-Martin Sch ..., vertreten durch seinen Sohn, Herrn Rechtsanwalt Hanns Eberhard Sch ..., - Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. K. Peter Mailänder, R. Winkler, K.-A. Gerstenmaier, Stuttgart - gegen 1. die Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundeskanzler und den Bundesminister der Justiz, Bonn, 2. die Regierung des Landes Baden-Württemberg, vertreten durch den Ministerpräsidenten und den Minister der Justiz, Stuttgart, 3. die Regie-

[**BVerfGE 46, 161**] rung des Freistaats Bayern, vertreten durch den Ministerpräsidenten und den Minister der Justiz, München, 4. die Regierung des Landes Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Ministerpräsidenten und den Minister der Justiz, Düsseldorf, 5. den Senat der Freien und Hansestadt Hamburg, vertreten durch den Präsidenten und den Justizsenator, Hamburg, auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung.

Entscheidungsformel: Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Gründe: **A.1.** Der Antragsteller ist am 5. September 1977 nach Ermordung seiner Begleitpersonen von Terroristen entführt worden und befindet sich seither in deren Gewalt. Die Entführer haben gegenüber der Bundesregierung und dem Bundeskriminalamt die Freilassung des Antragstellers von der Erfüllung bestimmter Forderungen abhängig gemacht und bei Nichterfüllung dessen "Hinrichtung" angedroht. Sie fordern u. a., daß elf namentlich benannte, in Untersuchungshaft oder Strafhaft einsitzende Terroristen freizulassen sind und ihnen die Ausreise aus der Bundesrepublik zu gestatten ist.

Die Rechtsvertreter des Antragstellers begehren den Erlaß folgender einstweiliger Anordnung:

Die Antragsgegner sind gehalten, den Forderungen der Entführer des Dr. Hanns-Martin Schleyer auf Freilassung und Gewährung freier Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland von namentlich von den Entführern benannten Häftlingen als unabdingbare Voraussetzung zur Abwendung gegenwärtiger, drohender Gefahr für das Leben des Antragstellers stattzugeben.

Hilfsweise: Die Antragsgegner haben es zu unterlassen, die Freilassung und Gewährung freier Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland von namentlich von den Entführern des Antragstellers benannte Häftlingen zu verweigern, die

[**BVerfGE 46, 162**] zur Abwendung der gegenwärtigen, nicht anders zu beseitigenden Gefahr für Leben und Leib des Antragstellers unabdingbar erforderlich sind.

Sie machen geltend:

Die politische Entscheidung und Verantwortung für die Erfüllung oder Ablehnung der Forderungen der Entführer sei der Antragsgegnerin zu 1 auferlegt; die Antragsgegner zu 2 bis 5 seien als Träger der Verwaltungshoheit über die Straf- und Vollzugsanstalten, in denen die betreffenden Häftlinge einsäßen, passiv legitimiert.

Es sei gerichtsbekannt, daß das Leben des Antragstellers in höchstem Maße bedroht sei. Angesichts der Entschlossenheit der Terroristen komme die Weigerung, auf deren Hauptforderung einzugehen, einem bewußten Einwirken der staatlichen Gewalt auf Leib und Leben des Antragstellers gleich. Auf

Grund des Art. 2 Abs. 2 GG sei der Staat zum Lebensschutz verpflichtet, das heiße vor allem, das Leben vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren (vgl. BVerfGE 39, 1 [42]). Demgegener dürften sich die Antragsgegner nicht darauf berufen, der Schutz höherwertiger Rechtsgüter verpflichte sie, das Leben des Antragstellers zu opfern; denn es gebe kein höherwertiges Rechtsgut als das Leben. Sie seien auch nicht durch Rechtsvorschriften an der Freilassung der Gefangenen gehindert; denn sie könnten sich auf rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) berufen.

Der Antragsteller habe ferner einen grundrechtlich durch Art. 3 Abs. 1 GG verbürgten Anspruch gegen die staatliche Gewalt auf Gleichbehandlung. Im Entführungsfall Peter Lorenz sei den Forderungen der Entführer auf Freilassung mehrerer Gefangener stattgegeben worden, um das bedrohte Leben des Entführten zu retten.

Die Antragsgegner hätten die Forderungen der terroristischen Entführer bislang nicht akzeptiert, obwohl seit dem 13. Oktober 1977 nach der Entführung einer Lufthansa-Maschine das Leben weiterer 91 Menschen von der Entscheidung der Antrags-

[BVerfGE 46, 163] gegner abhänge. Dies belege die Dringlichkeit und Begründetheit des Antrages.

2. Für die Bundesregierung hat der Bundesminister der Justiz Stellung genommen. Er hält den Antrag für nicht begründet. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG binde den Staat, das Leben eines Menschen auch gegen Angriffe Dritter zu schtzen. Im vorliegenden Falle stnden die verantwortlichen staatlichen Organe jedoch vor folgender Abwägung: Einerseits gehe es darum, alles menschenmgliche zu tun, um das Leben des Antragstellers zu schtzen. Auf der anderen Seite werde aber mit dem Eingehen auf die Forderungen der Entführer das Leben weiterer Unbeteiligter in höchstem Maße gefährdet; denn die elf inhaftierten Terroristen seien besonders gefährlich. Nach ihrer Freilassung würden sie, wie die Erfahrungen nach dem Entführungsfall Lorenz gezeigt hätten, ihr verbrecherisches Tun fortsetzen. Mit diesen Forderungen solle die Grundlage der Rechtsstaatlichkeit getroffen werden. Ihre Erfüllung würde den Staat um die Fähigkeit bringen, Schutz zu gewähren. In dieser außerordentlichen Notsituation gebe es keine Entscheidung, die, an den Maßstäben des Grundgesetzes gemessen, als die allein richtige bezeichnet werden könne. Vielmehr müsse den verantwortlichen staatlichen Organen ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum verbleiben. Der Grundsatz des *judicial self-restraint* (vgl. BVerfGE 36, 1 [14 ff.]), der darauf abziele, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung offenzuhalten, müsse deshalb auch hier gelten.

3. In der nichtöffentlichen mündlichen Verhandlung haben sich für den Antragsteller die Rechtsanwälte Dr. M. und Dr. G. sowie für die Bundesregierung und die Regierung des Landes Nordrhein-Westfalen Bundesjustizminister Dr. V. geäußert.

B. Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist zulässig. Zwar darf durch eine einstweilige Anordnung die Haupt-

[BVerfGE 46, 164] sache nicht vorweg genommen werden (vgl. BVerfGE 3, 41 [43] und stndige Rechtsprechung). Die vom Antragsteller begehrten Maßnahmen kommen einer solchen Vorwegnahme zumindest sehr nahe. Dadurch wird jedoch die Zulässigkeit des Antrages nicht in Frage gestellt, da unter den obwaltenden Umständen eine Entscheidung in der Hauptsache möglicherweise zu spät kommen würde (BVerfGE 34, 160 [163]). Allerdings kann in Fällen dieser Art die Prüfung des Antrages nicht auf die üblicherweise gebotene Abwägung der Folgen (vgl. BVerfGE 12, 276 [279] und stndige Rechtsprechung) beschränkt werden. Vielmehr muß bei der summarischen Prüfung darauf abgestellt werden, wie die Entscheidung in der Hauptsache ausfallen würde.

C. Diese Prüfung ergibt, daß der Antrag keinen Erfolg haben kann.

I. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Staat, jedes menschliche Leben zu schtzen. Diese Schutzpflicht ist umfassend. Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren (BVerfGE 39, 1 [42]). An diesem Gebot haben sich alle staatlichen Organe, je nach ihrer besonderen Aufgaben, auszurichten. Da das menschliche Leben einen Höchstwert darstellt, muß diese Schutzverpflichtung besonders ernst genommen werden.

II. Wie die staatlichen Organe ihre Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des Lebens erfüllen, ist von ihnen grundsätzlich in eigener Verantwortung zu entscheiden. Sie befinden darüber, welche Schutzmaßnahmen zweckdienlich und geboten sind, um einen wirksamen Lebensschutz zu gewährleisten (BVerfGE a.a.O. S. 44). Ihre Freiheit in der Wahl der Mittel zum Schutz

[BVerfGE 46, 165] des Lebens kann sich in besonders gelagerten Fällen auch auf die Wahl eines bestimmten Mittels verengen, wenn ein effektiver Lebensschutz auf andere Weise nicht zu erreichen ist. Entgegen der durchaus verständlichen Meinung des Antragstellers ist ein solcher Fall hier jedoch nicht gegeben.

Die Eigenart des Schutzes gegen lebensbedrohende terroristische Erpressungen ist dadurch gekennzeichnet, daß die gebotenen Maßnahmen der Vielfalt singulärer Lagen angepaßt sein müssen. Sie können weder generell im voraus normiert noch aus einem Individualgrundrecht als Norm hergeleitet werden. Das Grundgesetz begründet eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit aller Bürger. Eine wirksame Wahrnehmung dieser Pflicht setzt voraus, daß die zuständigen staatlichen Organe in der Lage sind, auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles angemessen zu reagieren; schon dies schließt eine Festlegung auf ein bestimmtes Mittel aus. Darüber hinaus kann eine solche Festlegung insbesondere deshalb nicht von Verfassungs wegen erfolgen, weil dann die Reaktion des Staates für Terroristen von vornherein kalkulierbar würde. Damit würde dem Staat der effektive Schutz seiner Bürger unmöglich gemacht. Dies stünde mit der Aufgabe, die ihm durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gestellt ist, in unauflösbarem Widerspruch.

Aus den gleichen Gründen kann auch unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht in allen Entführungsfällen eine schematisch gleiche Entscheidung geboten sein.

Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Lage kann das Bundesverfassungsgericht den zuständigen staatlichen Organen keine bestimmte Entschloßung vorschreiben. Es liegt in der Entscheidung der Antragsgegner, welche Maßnahmen zur Erfüllung der ihnen obliegenden Schutzpflichten zu ergreifen sind. gez. Dr. Benda Dr. Böhmer Dr. Simon Dr. Faller Dr. Hesse Dr. Katzenstein

BVerfG, Beschl. v. 14.9.1989 - 2 BvR 1062/87 = NJW 1990, 563 (= BVerfGE 80, 367) - Tagebuch

Zum Sachverhalt: Das LG verurteilte den Bf. wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe. Nach den Feststellungen des Urteils hat er im August 1985 eine Frau erschlagen. Der Bf. hat die Tat bestritten; die tatrichterliche Überzeugung stützt sich auf Indizien. Eines der Beweisanzeichen sah die Schwurgericht in der Persönlichkeit des Bf., der eine längerfristige Beziehung zum anderen Geschlecht nicht habe aufbauen können und deshalb unter erheblichen aggressiven Verstimmungen gelitten habe. Diese Erkenntnisse beruhten unter anderem auf den Angaben eines Sachverständigen, der tagesbuchähnliche Aufzeichnungen des Bf. mit diesem erörtert hatte. Die Aufzeichnungen, die der Bf. nach seinen Angaben auf Anraten eines Psychologen gemacht hatte, waren im Zuge der Ermittlungen in seinem Zimmer sichergestellt worden. Der Bf. hatte die Aufzeichnungen auf Notizheften, Abreißblöcken und losen Blättern zu Papier gebracht, in Büchern und Regalen aufbewahrt und über deren Inhalt außerhalb des Strafverfahrens mit niemanden gesprochen. Aus der Vielzahl der Schriftstücke hat die Schwurgericht gegen den Widerspruch der Verteidigung durch die zeugenschaftliche Vernehmung des Sachverständigen drei Notizen in die Hauptverhandlung eingeführt. In ihnen hatte der Bf. folgendes niedergeschrieben:

Notiz vom 27. 3. 1984: "Ich habe die Ausbildung abbrechen müssen, weil die mich als psychosomatisch als kurbedürftig halten. Sie wollen mich jetzt drei Monate in eine stationäre Behandlung haben. Ich kämpfe jetzt fast 4 Jahre für diese Ausbildung in Deutschland, aber es müssen wohl Gewaltmittel angewandt werden, bis ich ein gutes Berufsleben habe. - Ich gebe zu, daß ich eine Schwierigkeit habe. Ich kann keine Frau als Partnerin mit Liebesleben halten. Das macht mich kaputt. Wenn mir etwas Schlechtes oder hätte ich einen Körperschaden, könnte ich es verstehen. Ich bin aber ein ganzer Mann.

- Noch tun mir die Mädchen leid, wenn sie einer brutalen Vergewaltigung zum Opfer fallen würden. Ich weiß aber nicht, wie lange noch ...".

Notizen vom Dezember 1984: "Ich bin in der Tagesklinik, weil ich unmittelbar vor dem alles entscheidenden Schritt (Tat) stehe. Damit will ich sagen, es ist höchstwahrscheinlich, daß ich Sexualtäter werde, wenn ich nicht in die Therapie eingewilligt hätte. Die Ausführung der grauenhaften Tat ist auslösbar bei jedem nächsten Extremfall. - Weil die Spannung in mir derart groß ist. Letzter Extremfall trat ein am Mittwoch, 19.12.1984, 19 Uhr. Ich spürte richtig, wie ich mit allerletzter Kraft meiner Tat ausweichen konnte. Weiß nicht, glaube auch nicht, daß die nächste Periode - Dauer 30 Minuten - so glimpflich ausgehen wird. Ich nehme an, daß der äußere Umstand es verhinderte, Auto-Autobahn. - Auslösung der Tat wäre mit Sicherheit die Tatsache gewesen, wenn ich einer Frau im Einsamen begegnet wäre.

23.12. ... Denke wieder ... - Habe ein wunderschönes Mädchen gesehen, hatte keine Komplexe, hätte es auch angesprochen. Aber dann kam wieder ein anderer. Lackaffe. Ein geschneigelter Kerl. Eine Wut bis zum Aggressionsausbruch. Fast praktiziert. Stehe unter Stoff. Was ich jetzt schreibe, zählt nicht aus nüchterner Sicht. Ich will aufklären. Habe eine schwere Neurose. Jedenfalls meine ich es. Diese bezieht sich auf Partnerbeziehungen zu Frauen. Ich sehe ein Pärchen. Dann denke ich, es würde im nächsten Moment...".

Auf die Revision des Bf. hob der BGH (BGHSt 34, 397) die angefochtene Entscheidung im Rechtsfolgenausspruch auf und verwarf das weitergehende Rechtsmittel. Die Verwertung der Aufzeichnungen sei von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Sie verstoße insbesondere nicht gegen den in Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG verfassungskräftig garantierten Schutz der Persönlichkeit. Aufgrund der neuen Hauptverhandlung verurteilte das LG den Bf. nunmehr zu einer zeitigen Freiheitsstrafe von 14 Jahren und ordnete die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an. Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision wurde vom BGH als offensichtlich unbegründet verworfen. Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen das erste Urteil des LG und gegen die erste Revisionsentscheidung des BGH. Der Bf. machte geltend, die Verwertung der Aufzeichnungen verstoße gegen Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. nach seiner Auffassung gehören sie dem absolut geschützten Kernbereich der Privatsphäre an, in den unter keinen Umständen eingegriffen werden darf.

Die Verfassungsbeschwerde wurde bei Stimmgleichheit zurückgewiesen.

Aus den Gründen: **B.** Die Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet.

I.1. Das in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verbürgte allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden (vgl. BVerfGE 65, 1 [41 f.] m.w.N.). Dies gilt allerdings nicht schrankenlos. Einschränkungen können im überwiegenden Allgemeininteresse insbesondere dann erforderlich sein, wenn der Einzelne als in der Gemeinschaft lebender Bürger in Kommunikation mit anderen tritt, durch sein Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Sphäre seiner Mitmenschen oder die Belange der Gemeinschaft berührt (vgl. BVerfGE 35, 35 [39]; 35, 202 [220]).

2. Das BVerfG erkennt jedoch einen letzten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung an, der der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist (vgl. BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 54, 143 [146]; st. Rspr.). Selbst schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit können Eingriffe in diesen Bereich nicht rechtfertigen; eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt (BVerfGE 34, 238 [245]). Dies folgt einerseits aus der Garantie des Wesensgehalts der Grundrechte (Art. 19 II GG), zum anderen leitet es sich daraus ab, daß der Kern der Persönlichkeit durch die unantastbare Würde des Menschen geschützt wird.

3. Schon die Berührung mit der Persönlichkeitssphäre eines anderen Menschen verleiht einer Handlung oder Information eine soziale Bedeutung, die sie rechtlicher Regelung zugänglich macht. Gleichwohl können aber Vorgänge, die sich in Kommunikation mit anderen vollziehen, hoheitlichem Eingriff schlechthin entzogen sein. Der Mensch als Person, auch im Kern seiner Persönlichkeit,

existiert notwendig in sozialen Bezügen. Die Zuordnung eines Sachverhalts zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder zu jenem Bereich des privaten Lebens, der unter bestimmten Voraussetzungen dem staatlichen Zugriff offen steht, hängt daher nicht davon ab, ob eine soziale Bedeutung oder Beziehung überhaupt besteht, sondern welcher Art und wie intensiv sie ist. Dies läßt sich nicht abstrakt beschreiben; es kann befriedigend nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falls beantwortet werden (vgl. BVerfGE 34, 238 [248]).

4. Der Senat hat hier nur Anlaß, für das Strafverfahren den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu bestimmen. Dabei sind sowohl formale als auch inhaltliche Komponenten in den Blick zu nehmen.

a) Es kommt zunächst darauf an, ob der Betroffene einen Lebenssachverhalt geheimhalten will oder nicht. Denn dort, wo der

[NJW 1990, 564] Betroffene auf Geheimhaltung selbst keinen Wert legt, ist der Kernbereich schon wegen dieses Umstands in aller Regel nicht berührt. Andererseits läßt sich der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts nicht in der Weise bestimmen, daß es allein auf den Willen des Betroffenen zur Geheimhaltung ankommt.

b) Ob ein Sachverhalt dem Kernbereich zugeordnet werden kann, hängt ferner davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt.

c) Die Verfassung gebietet es deshalb nicht, Tagebücher oder ähnliche private Aufzeichnungen schlechthin von der Verwertung im Strafverfahren auszunehmen. Allein die Aufnahme in ein Tagebuch entzieht Informationen noch nicht dem staatlichen Zugriff. Vielmehr hängt die Verwertbarkeit von Charakter und Bedeutung des Inhalts ab. Enthalten solche Aufzeichnungen etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten, stehen sie also in einem unmittelbaren Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen, so gehören sie dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung nicht an. Daraus folgt auch, daß im Rahmen der Strafverfolgung nicht von vornherein ein verfassungsrechtliches Hindernis besteht, solche Schriftstücke daraufhin durchzusehen, ob sie der prozessualen Verwertung zugängliche Informationen enthalten. Hierbei ist allerdings die größtmögliche Zurückhaltung zu wahren; dies ist durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen. Dabei ist zu bedenken, daß der Richtervorbehalt, der in § 110 I StPO a.F. für die Durchsicht persönlicher Papiere enthalten war, im Jahre 1974 entfallen ist.

5. Gehören private Aufzeichnungen nicht zum absolut geschützten Kernbereich, so bedarf ihre Verwertung im Strafverfahren der Rechtfertigung durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit. Das Grundgesetz weist den Erfordernissen einer an rechtsstaatlichen Garantien ausgerichteten Rechtspflege im Hinblick auf die Idee der Gerechtigkeit einen hohen Rang zu. Das BVerfG hat wiederholt die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung hervorgehoben, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren betont und die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet (vgl. BVerfGE 77, 65 [76] m.w.N.). Andererseits kommt dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit keine geringere Bedeutung zu. Ein gerechter Ausgleich dieser Spannungen läßt sich nur dadurch erreichen, daß den unter dem Blickpunkt der Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege erforderlich erscheinenden Eingriffen das Schutzgebot des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ständig als Korrektiv entgegengehalten wird. Das bedeutet, daß jeweils zu ermitteln ist, welchem dieser beiden verfassungsrechtlich bedeutsamen Prinzipien das größere Gewicht zukommt (vgl. BVerfGE 34, 238 [249]). Ist eine Verwertung der Aufzeichnungen danach nicht generell ausgeschlossen, so ist im konkreten Fall weiter zu prüfen, ob die Verwertung im Strafverfahren für die Ermittlung der Straftat geeignet und erforderlich ist und ob der dadurch bedingte Eingriff in die Privatsphäre zum strafrechtlichen Aufklärungsziel nicht außer Verhältnis steht. Auch für Fälle der hier in Rede stehenden Art hat der Gesetzgeber im Jahre 1986 die Möglichkeit eröffnet, zum Schutz der Vertraulichkeit die Öffentlichkeit auszuschließen (§ 171b GVG).

II. Wegen Stimmengleichheit im Senat läßt sich nicht feststellen, daß die Verwertung der Aufzeichnungen des Bf. zu Beweis Zwecken in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren gegen das Grundgesetz verstößt (§ 15 III 3 BVerfGG).

1. Nach der Meinung der Richter Träger, Klein, Kruis und Kirchhof, deren Auffassung die Entscheidung trägt, waren die Notizen des Bf. im Grundsatz der Verwertung im Strafverfahren zugänglich. Die Auffassung des BGH, im Blick auf den hier in Rede stehenden Tatvorwurf dürften die Aufzeichnungen im konkreten Fall zur Klärung der Schuldfrage und zur Bemessung der Rechtsfolgen der Tat herangezogen werden, ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden:

a) Die Aufzeichnungen gehören nicht dem absolut geschützten Bereich persönlicher Lebensgestaltung an. Eine solche Zuordnung ist schon deshalb in Frage gestellt, weil der Bf. seine Gedanken schriftlich niedergelegt hat. Er hat sie damit aus dem von ihm beherrschbaren Innenbereich entlassen und der Gefahr eines Zugriffs preisgegeben (vgl. Forsthoff, Der Persönlichkeitsschutz im VerwaltungsR, in: Festschr. zum 45. Dt. Juristentag, 1964, S. 41 [43]). Jedenfalls aber haben sie einen Inhalt, der über die Rechtssphäre ihres Verfassers hinausweist und Belange der Allgemeinheit nachhaltig berührt. Zwar befassen sie sich nicht mit der konkreten Planung oder mit der Schilderung der hier in Rede stehenden Straftat. Mit dieser Straftat ist aber der in den Niederschriften reflektierte Vorgang in einer Weise verknüpft, daß die Aufzeichnungen selbst nicht jeglichem staatlichen Zugriff entzogen sein können.

Der Verfasser der Schriftstücke war in den Verdacht einer schweren Straftat geraten, die nach den Feststellungen der angegriffenen Entscheidungen so geartet war, daß sie nicht isoliert begriffen, sondern erst vor dem Hintergrund der Persönlichkeitsstruktur des Täters verstanden werden konnte. Der Inhalt der im März und Dezember 1984 entstandenen Schriftstücke weist nach der Überzeugung der sachverständig beratenen SchwurGerK insoweit eine psychische Fehlentwicklung ihres Verfassers aus, derzufolge er seit längerer Zeit einen Drang zur Begehung von Gewalt gegen Frauen verspürte, ein Verlangen, das zusehends übermächtig wurde und schließlich im Zusammentreffen mit einer die Tat begünstigenden Situation diese auslöste. Bei dieser Sachlage sind die Schriftstücke in einen engen Zusammenhang zu der Straftat gerückt, deren der Bf. beschuldigt wird, legen sie doch, indem sie die wachsende Geneigtheit des Bf. zu einer Gewalttat gegen eine Frau und seine Auseinandersetzung mit dieser seelischen Spannungslage wiedergeben, die Wurzel der Tat selbst bloß. Außerdem schildern sie teilweise Vorgänge, die nach der eigenen Einschätzung des Verfassers beinahe schon zu einer Gewalttat geführt haben und die ersichtlich mit erheblichen Gefahren für unbeteiligte Dritte verbunden waren. Damit befassen sie sich mit einem Sachverhalt, der nach den tatrichterlichen Feststellungen die Vorgeschichte der Straftat, ihre wesentlichen Ursachen und auch ihre Auslösung erklärt und damit erst den Schlüssel zum Verständnis des eigentlichen Tatgeschehens liefert. Bereits diese enge Verknüpfung zwischen dem Inhalt der Aufzeichnungen und dem Verdacht der außerordentlich schwerwiegenden strafbaren Handlung verbietet ihre Zuordnung zu dem absolut geschützten Bereich persönlicher Lebensgestaltung, der jedem staatlichen Zugriff entzogen ist. Da die Notizen überdies konkrete Gefahrenlagen für Dritte aufzeigen, die sich aus der Persönlichkeitsstruktur des Bf. ergeben haben, sind sie auch unter diesem Blickwinkel dem staatlichen Zugriff im Strafverfahren nicht entzogen.

Die Aufzeichnungen des Bf. gaben der SchwurGerK wichtige Aufschlüsse über seine Persönlichkeit und vermittelten hierdurch Erkenntnisse, die, wie auch der Verfahrensablauf belegt, für eine gerechte Bewertung der Tat unerlässlich waren. Der rechtsstaatliche Auftrag zur möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung im Strafverfahren (vgl. BVerfGE 77, 65 [76] m.w.N.) bezieht sich nicht nur auf die Aufklärung des äußeren Tatgeschehens, sondern erfaßt wegen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Schuldprinzips (vgl. BVerfGE 57, 250 [275]) alle Merkmale, die für die Beurteilung der strafrechtlichen Schuld und für die Strafzumessung von Bedeutung sind. Dies folgt nicht zuletzt aus dem verfassungsrechtlichen Gebot tat- und schuldangemessenen Strafens, das seine wesentliche Grundlage in der Verpflichtung des Staates zur Achtung der Menschenwürde findet (vgl. BVerfGE 45, 187 [228 f., 259 f.]). Die Ermittlungen können sich deshalb in aller Regel nicht allein auf die Aufklärung des der Anklage zugrunde liegenden unmittelbaren Tatgeschehens beschränken; sie müssen im Interesse gerechter Urteilsfindung auch die Persönlichkeit des Tatverdächtigen, sein

Vorleben und sein Verhalten nach der Tat zum Gegenstand strafrechtlicher Untersuchung und Erörterung machen (vgl. § 46 II StGB). All diese Umstände und die zu ihrer Beurteilung erforderlichen Tatsachen stehen, sobald bestimmte Verdachtsgründe ihre Verknüpfung mit einem strafbaren Verhalten greifbar nahelegen, in einer besonders engen Beziehung zum Tatge-

[NJW 1990, 565] schehen. Sie erhalten durch das Gebot einer rechtsstaatlichen, der Idee der Gerechtigkeit verpflichteten Rechtspflege verfassungsrechtliches Gewicht; der unantastbare Bereich privater Lebensgestaltung erfaßt solche Tatsachen nicht und entzieht sie mithin nicht der strafrechtlichen Ermittlung und Verwertung. Das rechtsstaatliche Gebot, durch eine möglichst umfassende Aufklärung aller erheblichen Umstände die Grundlage für ein gerechtes Urteil zu schaffen, besteht im öffentlichen Interesse und unterliegt grundsätzlich nicht der Verfügung des Tatverdächtigen. Auch soweit Nachforschungen ausschließlich Entlastendes - sei es zu seinen Gunsten oder zugunsten Dritter - zutage fördern sollen, kann er sie weder verhindern noch wirksam auf sie verzichten. Dementsprechend ist das BVerfG auch davon ausgegangen, daß nicht unerhebliche körperliche Eingriffe auch gegen den Willen des Beschuldigten nicht schlechthin ausgeschlossen sind, wenn es gilt, bei der Aufklärung schwerer Straftaten geistige und seelische Besonderheiten zu ermitteln, die für die Frage der Schuldfähigkeit von entscheidender Bedeutung sein können (vgl. BVerfGE 16, 194 [200 ff.]; 17, 108 [117]).

Eine Verletzung der Menschenwürde kommt danach nicht in Betracht, wenn die Auswertung privater Schriftstücke des hier in Frage stehenden Inhalts Aufschluß über Ursachen und Hintergründe der Straftat geben kann, also die für ein rechtsstaatliches Strafverfahren unerläßlichen Untersuchungen in dem Umfang ermöglicht, daß die Grundlagen für eine gerechte Bewertung des Tatgeschehens geschaffen werden, wie sie durch das nicht zuletzt in Art. 1 I GG wurzelnde materielle Schuldprinzip gefordert wird.

b) Aus der Feststellung, die Aufzeichnungen seien nicht dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen, folgt allerdings noch nicht, daß ohne weiteres auf sie zugegriffen werden könnte. Die strafrechtliche Ermittlung und Verwertung privater Aufzeichnungen enthält einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten; sie ist deshalb nur zulässig, wenn sie den oben (I.5) entwickelten Grundsätzen entspricht.

(1) Zur Feststellung der Täterschaft wie zur Entlastung zu Unrecht Beschuldigter, zur Klärung der Schuld und der Frage der Gefährlichkeit des Betroffenen auf private Aufzeichnungen zurückzugreifen ist bei genereller Betrachtung in Fällen schwerer Kriminalität im Blick auf die gebotene Abwägung zwischen den Erfordernissen einer wirksamen Rechtspflege und dem Grundrecht aus Art. 2 I und Art. 1 I GG verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 34, 238 [249 ff.]). Der Schutz des Gemeinwesens, der durch die Straftat Verletzten und möglicher künftiger Opfer, aber auch der Anspruch des Täters auf ein gerechtes Urteil setzen dem Persönlichkeitsrecht Schranken.

(2) Der konkrete Eingriff in das Grundrecht auf freie Entfaltung der Person, die Verwertung der Aufzeichnungen des Bf. durch die Strafgerichte entspricht im Blick auf die gegebene Beweislage auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das BVerfG kann diese Entscheidungen nicht in allen Einzelheiten, sondern nur darauf überprüfen, ob eine Abwägung zwischen der besonderen Schutzbedürftigkeit intimer Aufzeichnungen und den Erfordernissen bei der Verfolgung des hier in Rede stehenden Tatvorwurfs des Mordes stattgefunden hat und ob die hierbei zugrunde gelegten Bewertungsmaßstäbe der Verfassung entsprechen.

Der BGH geht davon aus, daß die Verwertung der Aufzeichnungen in den durch Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG geschützten Persönlichkeitsbereich des Bf. eingreift. Er hat diesem Eingriff im Blick auf den intimen Charakter der Niederschriften besonderes Gewicht beigemessen und die daraus folgenden belastenden Auswirkungen auf die Persönlichkeitssphäre gegen das konkrete Strafverfolgungsinteresse abgewogen. Seine Auffassung, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei hier nicht zuletzt, weil die Notizen einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung einer der schwersten Straftaten leisten konnten, die das StGB kennt, und zugleich entscheidende Hinweise auf entlastende Umstände gaben, läßt einen Verstoß gegen Verfassungsrecht nicht erkennen. Hinzu kommt, daß die Verwertung der Aufzeichnungen nicht nur der Ahndung dieser Straftat diene, sondern auch für die Einschätzung der Gefahr

weiterer Straftaten des Bf. als unerlässlich erschien. Auch dieser, am Gesichtspunkt präventiver Sicherung orientierte Gedanke stützt die Auffassung des RevGer., das grundsätzlich als schutzwürdig anerkannte Geheimhaltungsinteresse des Einzelnen müsse hier hinter überwiegenden Belangen des Gemeinwohls zurücktreten (vgl. BVerfGE 32, 373 [380 f.]).

2. Nach Meinung der vier anderen Richter ist der Bf. durch die angegriffenen Entscheidungen in seinen Grundrechten aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG verletzt worden. Seine Aufzeichnungen gehörten - gemessen an dem zu B.I.4 Gesagten - im Rahmen des gegen ihn geführten Strafverfahrens zu dem absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung. Sie mußten deshalb dem staatlichen Zugriff entzogen bleiben, soweit dieser über die - für ihre persönlichkeitsrechtliche Qualifizierung erforderliche - erste Sichtung hinausging.

a) Art und Weise der Aufbewahrung der Aufzeichnungen lassen auf den Willen des Bf. zu ihrer Geheimhaltung schließen; von einem Fortbestehen dieses Willens ist der BGH in seinem Urteil ausgegangen unbeschadet des Umstandes, daß der Bf. sich mit der Sicherstellung der Aufzeichnungen und einer Erörterung ihres Inhalts einverstanden erklärt hatte.

b) Die hier in Rede stehenden tagebuchähnlichen Aufzeichnungen haben ausschließlich höchstpersönlichen Charakter. Sie enthalten eine offene, von keiner Rücksichtnahme sich selbst gegenüber beeinflusste Wiedergabe bestimmter Gemütszustände sowie Reflexionen über die eigene Persönlichkeitsstruktur, die der Bf. durch eine schonungslose Darstellung seiner Gefühlswelt besser ergründen wollte, um auf diese Weise über zentrale, ihn quälende Probleme mit sich ins Reine zu kommen. Diese Auseinandersetzung mit dem eigenen Ich, die nur so, wie geschehen, geführt wurde und geführt werden konnte, weil sie in der Einsamkeit des Selbstgesprächs, also geschützt vor fremden Augen und Ohren stattfand, und auch in diesem Bereich verbleiben sollte, verlor ihren höchstpersönlichen Charakter nicht deshalb, weil sie dem Papier anvertraut wurde. So gewiß es ist, daß die Gedanken frei sind - und deshalb frei bleiben müssen von staatlichem Zwang und Zugriff, wenn nicht der Mensch im Kernbereich seiner Persönlichkeit getroffen werden soll -, so gewiß muß gleicher Schutz für das schriftlich mit sich selbst geführte Gespräch gelten, bei dem das andere Ich durch die Niederschrift zum Sprechen gebracht und damit als Gegenüber besser verstanden wird.

Die siebzehn und acht Monate vor der Straftat niedergeschriebenen Aufzeichnungen berühren aus sich heraus nicht die Sphäre anderer oder der Gemeinschaft. Sie geben ausschließlich innere Eindrücke und Gefühle wieder und enthalten keinerlei Hinweise auf die konkrete Straftat, die dem Bf. später im Strafverfahren vorgeworfen wurde. Ein gewichtiger Bezug zur Sphäre der Allgemeinheit kann ihnen auch nicht deshalb beigemessen werden, weil die Tat nur vor dem Hintergrund der Persönlichkeitsstruktur des Bf. verständlich werde, die sich aus den Aufzeichnungen erschließe.

An die Aufzeichnungen würde damit im nachhinein und von außen her eine Beziehung zu Allgemeinbelangen herangetragen, die ihnen ursprünglich, also aus sich heraus, nicht eigen war. Erhielte ein intimes Selbstgespräch, in dem der Betroffene sich mit einer ihn ängstigenden Disponiertheit für eine Straftat auseinandersetzt, dann, wenn sein Versuch, seine Triebe zu überwinden, später mißlingt, einen Bezug zu einer Straftat und wäre damit - bezogen auf das Strafverfahren - seine Zuordnung zum absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung ausgeschlossen, so bedeutete dies eine von dem Betroffenen weder vorhersehbare noch steuerbare Verfügbarkeit über sein eigenes Ich.

Ließe man die bloße Möglichkeit, Erkenntnisse über die Persönlichkeitsstruktur des Tatverdächtigen zu gewinnen, ausreichen, um privaten Aufzeichnungen im Strafverfahren den absoluten Schutz zu versagen, so wäre die Unterscheidung zwischen Kernbereich und Abwägungsbereich für das Strafverfahren praktisch aufgehoben. Da grundsätzlich jede Erkenntnis über den psychischen Zustand eines Verdächtigen geeignet ist, zusätzliche Hinweise sowohl auf seine Schuldfähigkeit als auch darauf zu geben, ob er die Tat begangen haben könnte oder nicht, wäre allein der Verdacht geeignet, den absoluten Schutz des Kernbereichs der Privatsphäre zu beseitigen.

[NJW 1990, 566] Diese Erwägungen gelten auch dann, wenn die Verwertung der privaten Tagebuchaufzeichnungen ausschließlich zugunsten des Betroffenen erfolgen soll. Ebenso uneingeschränkt wie ein Angekl. von Verfassungen wegen zu einem strafrechtlichen Vorwurf schweigen kann, ist er auch

von Verfassungen wegen davor geschützt, in einem Strafverfahren gegen seinen Willen mit einem seinen innersten Persönlichkeitsbereich betreffenden Lebenssachverhalt konfrontiert zu werden. Dies gebietet die einem Menschen zukommende und seine Würde mit ausmachende Bestimmung über sein eigenes Ich. Diese Bestimmung darf ihm deshalb auch nicht mit der Erwägung entzogen werden, daß der staatliche Eingriff im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Schuldprinzips gerechtfertigt sei, wonach um der Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnde Person im Strafprozeß keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf. Dieses Prinzip besagt lediglich, daß der Angekl. nur verurteilt werden kann, wenn seine Schuld feststeht. Es kann dagegen nicht dazu benutzt werden, den Kernbereich privater Lebensgestaltung nach Maßgabe dessen zu bestimmen, was im Hinblick auf die Beurteilung der Schuldfrage an staatlichen Eingriffen in die Privatsphäre vonnöten erscheint, um auf diese Weise solche Eingriffe vor der Verfassung zu legitimieren. Der im Strafverfahren unzugängliche Kernbereich muß vielmehr aus sich heraus, vom Personhaften her, bestimmt werden; wirken auf seine Bestimmung angenommene Erfordernisse des Schuldprinzips ein, so instrumentalisiert das Schuldprinzip die Menschenwürde.

BVerfG (3. Kammer d. 2. Senats), Beschl. v. 14.12.2004 - 2 BvR 1249/04 = NJW 2005, 656 - Gäfgen

Zum Sachverhalt: Das LG Frankfurt a. M. verurteilte den Bf. wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge sowie einer gesonderten Tat zu lebenslanger Freiheitsstrafe unter Feststellung der besonderen Schwere der Schuld. Der Bf. hatte ein elfjähriges Kind in seine Gewalt gebracht und erstickt, um für die Freilassung des (bereits toten) Opfers ein hohes Lösegeld zu erpressen; bei der Abholung des Geldes war er beobachtet und später festgenommen worden. Nach den Feststellungen des LG wurde dem Bf. im Rahmen seiner anschließenden Vernehmung auf Weisung der Polizeiführung (in der Annahme, das Leben des Kindes so möglicherweise noch retten zu können) die Zufügung von Schmerzen angedroht, wenn er den Aufenthaltsort des Entführungsofers nicht preisgebe. Aus Angst vor den angedrohten Maßnahmen machte der Bf. daraufhin Angaben, die zum Auffinden der Leiche führten. Nachdem das LG zu Beginn der Hauptverhandlung festgestellt hatte, daß die früheren Aussagen des Bf. wegen des Einsatzes einer verbotenen Vernehmungsmethode einem Verwertungsverbot unterliegen, legte der verteidigte Bf. in der Hauptverhandlung nach Erteilung einer qualifizierten Belehrung ein Geständnis ab, auf welches das LG seine Verurteilung maßgeblich stützte. Die vom Bf. gegen dieses Urteil eingelegte Revision hat der BGH verworfen.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde wandte sich der Bf. gegen die Entscheidungen des LG und des BGH. Er rügte die Verletzung von Art. 1 I sowie Art. 104 I 2 GG. Seine Behandlung durch die Polizei sei in Anbetracht seiner damaligen psychischen und physischen Verfassung sowie des planmäßigen, durch die Polizeihierarchie abgesicherten und von dem ernsthaften Willen zur (spurenlosen) Umsetzung getragenen Vorgehens Folter i.S. des Art. 3 EMRK gewesen. Aus diesen - unter keinen Umständen zu rechtfertigenden - Grundrechtseingriffen ergäben sich für das Strafverfahren sowohl ein Verfahrenshindernis als auch eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

Aus den Gründen: **III.** Die Verfassungsbeschwerde wird gem. § 93a II BVerfGG nicht zur Entscheidung angenommen,

[NJW 2005, 657] weil sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (vgl. BVerfGE 90, 22 [24 ff.]). Sie ist unzulässig.

1. Soweit der Bf. die fachgerichtlichen Entscheidungen im Hinblick auf die unterbliebene Verfahrenseinstellung angreift, erfüllt sein Vorbringen nicht die gem. §§ 23 I 2, 92 BVerfGG an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde zu stellenden Anforderungen. Danach hat ein Bf. nicht nur die Grundrechtsverletzung durch Bezeichnung des angeblich verletzten Rechts und den die Verletzung enthalten-

den Vorgang substantiiert und schlüssig darzulegen, sondern er ist weiterhin gehalten, vorzutragen, inwieweit das geltend gemachte Grundrecht durch die angegriffenen Maßnahmen verletzt ist (vgl. BVerfGE 99, 84 [87]).

a) Schon das LG hat die polizeiliche Androhung, dem Bf. Schmerzen zuzufügen, als Verstoß gegen § 136a I StPO und das in Art. 3 EMRK enthaltene Folterverbot gewertet. Danach wurden die Grundrechte des Bf. aus Art. 1 I und Art. 104 I 2 GG durch Maßnahmen im strafrechtlichen Vorverfahren mißachtet. Denn die - hier vom LG bejahte - Anwendung von Folter macht die Vernehmungsperson zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung ihres verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs und zerstört grundlegende Voraussetzungen der individuellen und sozialen Existenz des Menschen.

b) Grundrechtsverletzungen, zu denen es außerhalb der Hauptverhandlung kommt, führen jedoch nicht zwingend dazu, daß auch das auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruhende Strafurteil gegen Verfassungsrecht verstößt (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], StV 2000, 233 [234]). Der Bf. wendet sich ausschließlich gegen seine Verurteilung durch das LG und die Verwerfung seiner Revision durch den BGH; diese Entscheidungen beurteilen die im Ermittlungsverfahren angewandten Vernehmungsmethoden ausdrücklich als unzulässig, ziehen hieraus allerdings andere rechtliche Konsequenzen als der Bf. Strebt ein Bf. hinsichtlich aus der Verfassung abgeleiteter strafprozessualer Verwertungsverbote eine andere Rechtsfolge als die Fachgerichte an, so muß er darlegen, daß die von ihm geltend gemachte Folge verfassungsrechtlich zwingend sei (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 9.3.2000 - 2 BvR 1087/91, juris). In derartigen Konstellationen hat er deshalb unter Berücksichtigung der Rechtsansicht der angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen die Frage zu behandeln, welche Folgerungen sich aus dem Verfahrensverstoß im Ermittlungsverfahren für die Verwertbarkeit der dabei gewonnenen Erkenntnisse in der Hauptverhandlung und im Urteil ergeben (vgl. die BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], StV 2000, 233 [234], und NJW 2000, 3556).

Behauptet ein Bf., wie hier, nicht nur ein sich aus der Verfassung ergebendes strafprozessuales Beweisverwertungsverbot, sondern ein Verfahrenshindernis, so ist von ihm jedenfalls nicht weniger zu verlangen. Eine Verfassungsbeschwerde ist nur dann zulässig, wenn die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung schlüssig dargetan ist (vgl. BVerfGE 6, 445 [447]; 79, 1 [17 f.]; 83, 216 [226]; st. Rspr.); eine Verletzung von Grundrechten wäre hier aber ausgeschlossen, wenn das von den Fachgerichten angenommene Beweisverwertungsverbot den in der unzulässigen Beweiserhebung liegenden Verfahrensverstoß bereits vollständig ausgeglichen hätte. Daher hat ein Bf. bei dieser Sachlage darzulegen, warum die Anwendung des § 136a III StPO ausnahmsweise nicht ausreicht, um die frühere Rechtsverletzung zu kompensieren. Dies gilt umso mehr, als es in den Fällen, in denen ein Verfahrenshindernis bislang als Folge schwerster Verfahrensmängel in Betracht kommen kann, keine speziellen Gesetzesvorschriften gibt, die Art und Umfang der gebotenen Fehlerkorrektur regeln (vgl. für die Verletzung des Beschleunigungsgebots: BVerfG [Vorprüfungsausschuss], NJW 1984, 967; vgl. für die rechtsstaatswidrige Tatprovokation: BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1995, 651).

c) Diesen Anforderungen wird die Verfassungsbeschwerde nicht gerecht.

Der Bf. hat schon die Rechtsverletzung im strafprozessualen Vorverfahren nicht in der erforderlichen Weise dargestellt; seine Schilderung weicht in wesentlichen Punkten von den hier maßgeblichen Feststellungen des Tatgerichts ab. Während das angegriffene Urteil allein die Androhung von Schmerzen feststellt, unterstellt die Verfassungsbeschwerde weitere unlautere Einwirkungen. Schon deshalb hat der Bf. zudem nicht genügend begründet, warum der hier vorliegende Verfahrensverstoß verfassungsrechtlich nicht nur ein Verwertungsverbot, sondern zwingend ein Verfahrenshindernis nach sich ziehen mußte. Diese Frage läßt der Bf. auch ansonsten unerörtert; die Verfassungsbeschwerde erschöpft sich in der Wiedergabe des außerhalb der Hauptverhandlung begangenen Verfahrensverstößes, ohne darzulegen, weshalb gerade die von ihm angegriffenen Gerichtsentscheidungen Grundrechte des Bf. verletzen.

2. Die Verfassungsbeschwerde ist ebenfalls unzulässig, soweit sie sich gegen die Annahme einer Fernwirkung durch das LG richtet. Insoweit fehlt es bereits an der Erhebung einer entsprechenden Rüge im Revisionsverfahren.

BGH, Urt. v. 20.3.1968 - I ZR 44/66 = NJW 1968, 1773 (= BGHZ 50, 133) - Mephisto

Leitsatz: Zur Frage des Persönlichkeitsschutzes Verstorbener gegen eine Verfälschung ihres Lebensbildes in einem zeitkritischen Roman.

Sachverhalt: Der klagende Adoptivsohn und Alleinerbe des verstorbenen Schauspielers und Intendanten Gustaf Gründgens beanstandet mit der vorliegenden Klage die Verbreitung des Buches „Mephisto-Roman einer Karriere“ von Klaus Mann.

Gründgens war in den zwanziger Jahren mit Klaus Mann befreundet und mit dessen Schwester Erika kurze Zeit bis 1928 verheiratet. 1933 begaben sich die Geschwister Klaus und Erika Mann aus politischer Überzeugung in die Emigration. Gründgens, der insbesondere durch seine Mephisto-Rolle bekannt geworden war, wurde 1934 zum Intendanten des Staatlichen Schauspielhauses in Berlin ernannt, 1936 zum Preußischen Staatsrat und 1937 zum Generalintendanten der Preußischen Staatstheater, die Göring unterstanden.

Klaus Mann schrieb den Mephisto-Roman bald nach seiner Emigration und veröffentlichte ihn 1936 im Querido-Verlag in Amsterdam in deutscher Sprache. Der Roman schildert die Karriere eines Schauspielers, der im Roman den Namen Hendrik Höfgen trägt und der als ehrgeiziger, talentierter Opportunist aus kleinbürgerlichem Milieu mit perversen sexuellen Neigungen, als zynisch-rücksichtsloser Mitläufer der nationalsozialistischen Machthaber und als Rückversicherer dargestellt wird. Zahlreiche Einzelheiten - so die Beschreibung von Figur und Gesicht, die Reihenfolge der Theaterstücke, in denen dieser Schauspieler mitwirkt, insbesondere auch die Übernahme der Mephisto-Rolle, sowie der Aufstieg zum Generalintendanten der Preußischen Staatstheater - entsprechen dem äußeren Erscheinungsbild und dem Lebenslauf von Gründgens. Auch Personen aus dessen Umgebung sind in dem Roman wiederzuerkennen. Klaus Mann selbst schrieb 1942 in seinem in New York erschienenen Lebensbericht "The Turning Point", sein Schwager stehe ihm als Verräter par excellence vor Augen, als die makabre Verkörperung von Korruption und Zynismus; so intensiv sei die Faszination von dessen schändlichem Ruhm gewesen, daß er sich entschlossen habe, Mephisto-Gründgens in einem satirischen Roman zu porträtieren; es sei ihm notwendig erschienen, den verworfenen Typ des verräterischen Intellektuellen zu entlarven und zu analysieren. In der neu bearbeiteten Ausgabe des "Wendepunktes" von 1948 führt Klaus Mann aus, "Mephisto" sei kein Schlüsselroman und Höfgen unterscheide sich in mancher Hinsicht von seinem früheren Schwager; es gehe in diesem zeitkritischen Versuch überhaupt nicht um den Einzelfall, sondern um den Typ; Gründgens habe als Exempel gedient, weil dieser ihm zufällig besonders gut bekannt gewesen sei; sein Abfall sei ihm so phantastisch, unglaubhaft und fabelhaft genug erschienen, um einen Roman darüber zu schreiben.

Zwischen den Parteien ist unstrittig, daß auf Gründgens wesentliche negative Charakterzüge und Handlungen nicht zutreffen, die im Roman der Person Höfgens angedichtet werden. Als Gründgens nach Kriegsende in Haft geriet, bescheinigten ihm politisch Verfolgte und jüdische Schauspieler seine anständige antinationalsozialistische Gesinnung und sein mutiges Eintreten für politisch und rassisch Verfolgte.

Klaus Mann beging 1949 Selbstmord. Der "Mephisto"-Roman erschien 1956 erneut im Aufbau-Verlag in Ost-Berlin und trug auf der letzten Seite den Vermerk: "Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts. K. M.". Dieser Herausgabe hat der Kläger im Namen von Gründgens, dessen Assistent er seit seiner Adoption bis zu dessen Tode war, im Jahre 1957 widersprochen, doch war die Auflage bereits ausgeliefert. Weitere Herausgaben bei drei westdeutschen Verlagen konnten verhindert werden.

Im August 1963 kündigte die Beklagte ihrerseits die Herausgabe des Buches an. Nach dem Tode von Gründgens am 7.10.1963 hat der Kläger hiergegen zunächst erfolglos protestiert und schließlich Klage erhoben. Nachdem die Beklagte in erster Instanz obgesiegt hatte, brachte sie das Buch mit folgendem, durch einstweilige Verfügung angeordnetem Vorspruch heraus:

"AN DEN LESER

Der Verfasser Klaus Mann ist 1933 freiwillig aus Gesinnung emigriert und hat 1936 diesen Roman in Amsterdam geschrieben. Aus seiner damaligen Sicht und seinem Haß gegen die Hitlerdiktatur hat er ein zeitkritisches Bild der Theatergeschichte in Romanform geschaffen. Wenn auch Anlehnungen an Personen der damaligen Zeit nicht zu verkennen sind, so hat er den Romanfiguren doch erst durch seine dichterische Phantasie Gestalt gegeben. Dies gilt insbesondere für die Hauptfigur. Handlungen und Gesinnungen, die dieser Person im Roman zugeschrieben werden, entsprechen jedenfalls weitgehend der Phantasie des Verfassers. Er hat daher seinem Werk die Erklärung beigefügt: ‚Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts.‘

Der Verleger"

Der Kläger hat geltend gemacht, jeder Leser, der oberflächlich mit dem deutschen Theaterleben der zwanziger und dreißiger Jahre vertraut sei, müsse - wie auch in Presseartikeln und Stellungnahmen bestätigt werde - die betont negativ geschilderte und mit zahlreichen verächtlichen Bemerkungen abqualifizierte Person Höfgens mit dem Schauspieler Gründgens in Verbindung bringen. Da in der Gesamtdarstellung mit erkennbar wahren Tatsachen zahlreiche erfundene herabsetzende Schilderungen verknüpft seien, entstehe ein verfälschtes, grob ehrverletzendes Persönlichkeitsbild von Gründgens. Der Roman sei kein Kunstwerk, sondern ein Schlüsselroman, der wiederholt als Dokument der Privatrache beurteilt worden sei, in dem Klaus Mann sich an Gründgens räche, weil er die Ehre seiner Schwester Erika durch die Heirat mit Gründgens verletzt geglaubt habe.

Der Kläger hat beantragt, der Beklagten unter Strafandrohung zu untersagen, den von Klaus Mann verfaßten, im Jahre 1936 im Querido-Verlag in Amsterdam und im Jahre 1956 im Aufbau-Verlag in Berlin-Ost erschienenen Roman "Mephisto" zu vervielfältigen, zu vertreiben und zu veröffentlichen.

Das LG hat die Klage abgewiesen und zur Begründung u.a. ausgeführt, daß die durch den Roman verletzten Persönlichkeitsrechte von Gründgens mit dessen Tode untergegangen seien. Das OLG hat der Berufung stattgegeben und die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: **I.** Der Kläger begründet sein Klagebegehren nicht nur mit der Verletzung fortbestehender Persönlichkeitsrechte des verstorbenen Gustaf Gründgens, sondern auch mit der Beeinträchtigung eigener persönlichkeitsrechtlicher Belange als *Angehöriger*. Demgegenüber hatte das LG in seinem klageabweisenden Urteil den Standpunkt vertreten, daß jedenfalls solche Ansprüche, die den Angehörigen aus *eigenem* Recht zustehen könnten, hinter dem überragenden Interesse der Beklagten zurücktreten müßten, den beanstandeten Roman als Kunstwerk und als Dokument der Zeitgeschichte zu veröffentlichen. Auch die Revision der Beklagten beruft sich gegenüber einem solchen eigenen, auf "einfache" Gesetze, insbesondere auf § 189 StGB (Beschimpfung des Andenkens Verstorbener) gestützten Unterlassungsanspruch auf die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte, nicht durch die allgemeinen Gesetze begrenzte Freiheit der Kunst. Auf die Frage des Verhältnisses dieser Normen braucht im Streitfall jedoch nicht eingegangen zu werden, denn das Klagebegehren ist bereits wegen Verletzung des gleichfalls verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts des *Verstorbenen* begründet.

II.1. In dem angefochtenen Urteil (veröffentlicht bei *Schulze*, Rechtsprechung zum Urheberrecht, OLGZ 64) wird vorweg geprüft, ob das Persönlichkeitsrecht entgegen der Ansicht des LG auch nach dem Tode noch fortbestehen kann und von wem es in einem solchen Falle wahrgenommen wird. Das Berufungsgericht führt dazu aus, die ihrer Natur nach nicht übertragbaren Persönlichkeitsrechte könnten zwar nach dem Tode nicht mehr fortbestehen, da es dann an einem Rechtssubjekt fehle. Gleichwohl gewähre aber die Rechtsordnung einen über den Tod hinauswirkenden Persönlichkeitsschutz, wie sich in der Pflicht zur Beachtung von Beisetzungsanordnungen eines Verstorbenen zeige, ferner in der

Pflege seiner Ruhestätte, dem Schutz der Totenruhe, der Bestrafung von Leichenentwendungen und der Verunglimpfung des Andenkens, der Wiederaufnahme von Strafverfahren auch nach dem Tode, dem Bildnisschutz, dem Recht, Entstellungen der Darbietungen eines ausübenden Künstlers nach dessen Tode zu verfolgen, und auch in der Fortwirkung eines zu Lebzeiten erstrittenen Verbotsurteils wegen Ehrverletzung. Die aus diesem Persönlichkeitsschutz folgenden Ansprüche könne der Kläger als Adoptivsohn und damit als Angehöriger von Gründgens, als dessen Alleinerbe und als derjenige wahrnehmen, den Gründgens bereits zu Lebzeiten damit beauftragt habe, die Verbreitung des Buches zu verhindern.

[NJW 1968, 1774] 2. Diesen Ausführungen ist im Ergebnis beizutreten.

Der *BGH* hat bereits im Zusammenhang mit der Frage, wem die Befugnis zur Veröffentlichung von Tagebüchern eines Verstorbenen zusteht, dargelegt, es werde für das *Urheberpersönlichkeitsrecht* einmütig anerkannt, daß es über den Tod des ursprünglichen Rechtsträgers hinaus fortwirke. Dies gelte in gleicher Weise auch für das *allgemeine* Persönlichkeitsrecht; denn die schutzwürdigen Werte der Persönlichkeit überdauern die Rechtsfähigkeit ihres Subjekts, die mit dem Tode erlösche (*BGHZ* 15, 249, 259 - Cosima Wagner). Diese Auffassung hat in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend Billigung gefunden (*LG München*, *Ufita* 20, 230 - von Witzleben; *Koebel*, *NJW* 58, 936; *Nipperdey*, *Ufita* 30, 1, 20; *Hubmann*, *Das Persönlichkeitsrecht*, 1953, S. 245 f. sowie in der Anmerkung zu dem angefochtenen Urteil, aaO; *Staudinger-Coing*, *BGB*, 11. Aufl., Vorbem. 24 vor 1, vgl. auch Anm. 151 zu § 1922; *von Gamm*, *NJW* 55, 1826; zurückhaltend *Bussmann*, Gutachten zum 42. Juristentag, 1957, S. 62 ff.).

Die gegen diese Auffassung erhobenen Bedenken (vgl. insbes. *May*, *NJW* 58, 2101 und *Wolpert*, *Ufita* 34, 150, 156 ff.) greifen nicht durch. Das Persönlichkeitsrecht erfährt zwar - wie schon ein Vergleich des Ehrenschatzes nach §§ 185 bis 187 StGB mit der engeren Bestimmung des § 189 StGB zeigt - mit dem Tode der Person eine einschneidende Einschränkung, da alle diejenigen Ausstrahlungen enden, welche die Existenz einer aktiv handelnden Person bedingen. Ferner kann bei der Abwägung widerstreitender Belange im Rahmen der Abgrenzung des Persönlichkeitsrechtes nicht mehr der Schutz der persönlichen Empfindung des Angegriffenen als solcher ins Gewicht fallen. Aus diesem Grunde ist beispielsweise bei Darstellungen aus dem Intimbereich die Frage, ob eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes vorliegt, bei Verstorbenen nach einem anderen Wertungsmaßstab als bei Lebenden zu beurteilen. Andererseits ist aber allgemein anerkannt, daß der Verstorbene nicht nur übertragbare materielle Werte hinterläßt, sondern daß auch immaterielle Güter seinen Tod überdauern, die verletzbar und auch nach dem Tode noch schutzwürdig sind. Was im einzelnen zu diesen Gütern zählt und welche Ansprüche sich aus ihrer Beeinträchtigung ergeben könnten, bedarf im Streitfall keiner abschließenden Prüfung. Denn hier handelt es sich - wie noch zu erörtern sein wird - lediglich um Unterlassungsansprüche gegen grobe Entstellungen des Lebensbildes. Insoweit sind keine überzeugenden Gründe dafür ersichtlich, daß der persönlichkeitsrechtliche Unterlassungsanspruch trotz Fortbestehens des verletzbaren und schutzwürdigen Gutes in dem Augenblick völlig erlöschen sollte, in dem dieses Lebensbild seinen Abschluß gefunden hat und der Angegriffene sich nicht mehr selbst verteidigen kann.

Es ist nicht entscheidend, daß das Persönlichkeitsrecht - abgesehen von seinen vermögenswerten Bestandteilen - als höchstpersönliches Recht unübertragbar und unvererblich ist. Die Rechtsordnung kann Gebote und Verbote für das Verhalten der Rechtsgenossen zum Schutz verletzungsfähiger Rechtsgüter auch unabhängig vom Vorhandensein eines lebenden Rechtssubjektes vorsehen und namentlich Unterlassungsansprüche der in Rede stehenden Art durch jemanden *wahrnehmen* lassen, der nicht selbst Subjekt eines entsprechenden Rechtes ist, wenn der ursprüngliche Träger dieses Rechtes durch den Tod die Rechtsfähigkeit verloren hat. Seit langer Zeit sieht die Rechtsordnung diese Lösung bereits für besonders wichtige Fallgruppen vor, in denen es um an sich unübertragbare Persönlichkeitsrechte geht. So ist die Verbreitung von Abbildungen nach dem Tode des Abgebildeten von der Einwilligung seiner Angehörigen abhängig (§ 22 des Kunsturhebergesetzes v. 9.1.1907). Auch zu der Strafvorschrift über die Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (§ 189 StGB) wird heute die Auffassung vertreten, daß hier nicht allein das Pietätsgefühl und die Familienehre der antragsberechtigten Angehörigen,

sondern auch die eigene Ehre des Verstorbenen in Gestalt eines fortbestehenden Achtungsanspruchs im sozialen Raum geschützt wird (vgl. *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 10. Aufl., S. 293, 299). § 361 StPO läßt die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zugunsten des Verstorbenen auf Antrag bestimmter Angehöriger zu. Ferner können die Angehörigen eines ausübenden Künstlers nach dem Tode Entstellungen der Darbietungen des Verstorbenen untersagen (§ 83 URG). Wenn derartige Regelungen zum Teil schon nach früherem Recht galten, dann kann erst recht nach der verfassungsrechtlichen Wertordnung des GG nicht mehr angenommen werden, daß nach dem Tode einer Person zwar deren übertragbare Rechte an materiellen Gütern fortbestehen, dagegen das durch ihre Leistungen erworbene, u.U. viel nachhaltiger im Gedächtnis der Nachwelt fortlebende Ansehen Eingriffen Dritter schutzlos preisgegeben wäre. Wenn auch davon auszugehen sein mag, daß das GG, indem es in Art. 1 die Würde des Menschen für unantastbar erklärt und in Art. 2 das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit festlegt, vorwiegend den Schutz der Persönlichkeitsbelange des in der Rechtsgemeinschaft noch tätigen Bürgers gewährleisten wollte, so ist andererseits kein Anhalt dafür gegeben, daß entgegen den Anschauungen unseres Kulturkreises die Schutzgarantie für die Menschenwürde, die auch nach dem Tod "antastbar" bleibt, für Verstorbene entfallen sollte. Da die Wertentscheidung des Grundgesetzgebers im Grundrechtskatalog zugunsten eines umfassenden Schutzes der Menschenwürde keine zeitliche Begrenzung auf das Leben des Menschen erkennen läßt, ist nicht einzusehen, warum der Schutz des sog. allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das die höchstrichterliche Rechtsprechung als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt hat, indem es diese Generalklausel des bürgerlichen Rechts gemäß der Wertentscheidung des Verfassungsgebers ausgefüllt hat, zwangsläufig mit dem Tod sein Ende finden sollte. Nach Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind vielmehr die erwähnten näher geregelten Einzelfälle des Schutzes von Persönlichkeitsgütern Verstorbener als Ausdruck einer allgemeinen Rechtspflicht aufzufassen, wonach Persönlichkeitsgüter der hier strittigen Art - allerdings in dem durch das Ableben der Person bedingten eingeschränkten Umfang - auch nach dem Tode ihres Inhabers von den Rechtsgenossen zu beachten sind, da andernfalls die Wertentscheidung des GG nicht ausreichend zur Geltung käme. Der Senat ist der Überzeugung, daß Menschenwürde und freie Entfaltung zu Lebzeiten nur dann im Sinne des GG zureichend gewährleistet sind, wenn der Mensch auf einen Schutz seines Lebensbildes wenigstens gegen grobe ehrverletzende Entstellungen nach dem Tode vertrauen und in dieser Erwartung leben kann.

Hiergegen hat die Revision in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, der strittige Unterlassungsanspruch sei jedenfalls in dem Sinne höchstpersönlicher Natur, daß dem Betroffenen die *Entscheidung* darüber vorbehalten bleiben müsse, ob dieser Anspruch im Wege einer öffentlichen Klage verfolgt werden solle. Eine Wahrnehmung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode komme daher allenfalls dann (und insoweit) in Betracht, wenn der Verstorbene bereits zu Lebzeiten eine Ermächtigung erteilt habe.

Abgesehen davon, daß Gründgens dem Kläger die entsprechende Ermächtigung tatsächlich erteilt hat, kann dieser Auffassung schon deshalb nicht beigespflichtet werden, weil dann die Rechtsverfolgung von dem Zufall abhinge, ob eine vor dem Tode begangene Handlung dem Verletzten noch rechtzeitig bekanntgeworden ist, oder davon, ob die Handlung kurz vor oder kurz nach dem Tode des Verletzten begangen worden ist. Hinzuweisen ist ferner auf solche Fälle, in denen sich der Berechtigte infolge Zermürbung durch Alter, Krankheit oder Resignation nicht mehr selbst dazu aufrufen konnte, noch vor seinem Tode ein Verfahren einzuleiten. Daß der höchstpersönliche Charakter der immateriellen Persönlichkeitsrechte nicht dazu nötigt, die Rechtsverfolgung von einer Ermächtigung des Verletzten abhängig zu machen, wird auch durch die erwähnten, vom

[NJW 1968, 1775] Gesetzgeber bereits näher geregelten Fälle einer Wahrnehmungsbefugnis bestätigt. Entgegen der Ansicht der Revision nötigt nicht etwa der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit dazu, die Wahrnehmung des Persönlichkeitsschutzes Verstorbener durch Dritte schlechthin ausschließen, wenn keine besondere Ermächtigung erteilt wurde. Der höchstpersönliche Charakter des Rechts rechtfertigt zwar die Folgerung, daß in Ermangelung entgegenstehender anderweitiger Regelungen *in erster Linie* der vom Verstorbenen zu Lebzeiten Berufene als Wahrnehmungsberechtigter anzusehen ist. Ferner

kommen aber in Analogie zu den vom Gesetzgeber bereits näher geregelten Fällen die nahen Angehörigen des Verstorbenen in Betracht, die durch die Verunglimpfung eines verstorbenen Familienmitgliedes oftmals selbst in Mitleidenschaft gezogen werden. Das kann zu einer Mehrzahl von Wahrnehmungsberechtigten führen. Daraus folgt jedoch keine so erhebliche Gefahr für die Rechtssicherheit, daß deshalb die Wahrnehmung des Persönlichkeitsschutzes Verstorbener mangels ausdrücklicher Ermächtigung zu entfallen hätte. Zwar schließt nach dieser Auffassung das Einverständnis einzelner Wahrnehmungsberechtigter mit der beanstandeten Handlung nicht aus, daß andere Berechtigte gleichwohl dagegen einschreiten. Doch wird dieses Einverständnis ein wichtiger Anhaltspunkt dafür sein, ob überhaupt der Tatbestand einer Rechtsverletzung vorliegt. Der Streitfall nötigt nicht dazu, den Kreis der Wahrnehmungsberechtigten abschließend zu bestimmen. Denn daß zu diesem Kreis jedenfalls der Kläger als der Adoptivsohn des Verstorbenen und insbesondere als derjenige gehört, den Gründgens nicht nur zu seinem Alleinerben eingesetzt, sondern bereits zu Lebzeiten *beauftragt* hatte, die Verbreitung des Romans zu verhindern, hat das Berufungsgericht ohne Rechts- und Verfahrensverstöß festgestellt. Die Gültigkeit des Adoptionsvertrages wird von der Revisionsklägerin, wie sie in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich hat vortragen lassen, nicht angezweifelt.

In den Fällen des § 22 KunstUrhG und des § 83 URG sind die dort geregelten Befugnisse zeitlich *befristet*. Auch ohne eine derartige gesetzgeberische Einzelregelung ist kein uferloser postmortaler Schutz des Lebensbildes zu befürchten. Eine zeitliche Begrenzung folgt bereits daraus, daß die Persönlichkeitsrechte eines Verstorbenen nicht von jedermann, sondern nur von dem Kreis der überlebenden Wahrnehmungsberechtigten geltend gemacht werden können. Davon abgesehen setzt die Geltendmachung des erörterten persönlichkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs voraus, daß der Wahrnehmungsberechtigte ein ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis dartun kann. Dieses schwindet gerade in Fällen der vorliegenden Art in dem Maße, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblaßt. Auch wird bei der Güterabwägung, nach der im Einzelfall Tatbestand und Rechtswidrigkeit von Persönlichkeitsrechtsverletzungen abzugrenzen sind, ins Gewicht fallen, daß im Laufe der Zeit das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnimmt, während umgekehrt das Gegeninteresse daran wächst, nicht wegen eines Fehlers in der Darstellung historischer Vorgänge Rechtsansprüchen ausgesetzt zu werden. Jedenfalls ist der noch lebende Kläger berechtigt, gegen die kurz nach dem Tode von Gründgens begangene Persönlichkeitsverletzung einzuschreiten. Das Unterlassungsgebot bedarf auch keiner zeitlichen Begrenzung, da es der Beklagten unbenommen bleibt, der Vollstreckung des Urteils entgegenzutreten, wenn infolge Zeitablaufs das Rechtsschutzinteresse für die Weiterverfolgung des eingeklagten Anspruchs entfallen sollte.

III.1. In der Sache selbst führt das Berufungsgericht im einzelnen aus, daß Klaus Mann die Hauptfigur seines Romans unbestritten an Gründgens angelehnt habe. Eine ausreichende „Verfremdung“ der aus der Wirklichkeit entlehnten Vorgänge lasse sich nicht feststellen. Zwar würden jüngere Leser in zunehmendem Umfang in den dargestellten Romanfiguren die damals lebenden Personen nicht erkennen und den Roman als zeitkritische Darstellung des Theaterlebens in den zwanziger und dreißiger Jahren werten. Eine nicht unbeträchtliche Zahl des theaterkundigen Publikums, von dem das Buch überwiegend gelesen werde, denke aber bei der Hauptfigur Höfgen an Gründgens und identifiziere diesen infolge der Übereinstimmungen im äußeren Erscheinungsbild, dem Lebens- und Berufsweg und der Umgebung mit Höfgen. Dabei könne der Leser nicht zwischen Wahrheit und Erdichtetem unterscheiden. Diese trichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichtes sind frei von Rechts- oder Verfahrensverstößen. Zwar mögen Leser, die Gründgens so genau kannten, daß sich für sie Ähnlichkeiten mit der Romanfigur besonders leicht aufdrängen, zugleich erkennen, was Klaus Mann in seiner Darstellung aus der Phantasie oder unter Verkennung der Umstände hinzugefügt hat. Das Berufungsgericht hat das aber zu Recht als unerheblich angesehen, weil jedenfalls ein erheblicher Kreis weiterer Leser bleibt, denen die Verhältnisse weniger vertraut sind und die nicht zu unterscheiden vermögen, wo historisch belegbare Vorgänge aufhören und Erdichtetes anfängt.

2. Das Berufungsgericht führt sodann weiter aus, daß der Roman für diejenigen Leser, welche Handlungen, Motive und Äußerungen des Höfgen auf Gründgens beziehen, ein negativ verzerrtes, verun-

glimpfendes Charakter- und Lebensbild von Gründgens vermittele. Das Buch sei - so gesehen - eine Schmähchrift in Romanform, insbesondere wegen der unstrittig frei erfundenen Schilderung der masochistischen Beziehungen Höfgens zu der Negertänzerin. Gründgens werde in der Gestalt Höfgens als ein begabter Schauspieler mit großer Karriere geschildert, der die Mephisto-Rolle vorzüglich spiele und seinem Charakter nach selbst ein Mephisto sei, der sich den nationalsozialistischen Machthabern seiner Karriere wegen ausliefere. Ferner bedeute die Unterstellung, Höfgens habe einigen politisch Verfolgten nur geholfen, um sich dadurch für später eine Rückversicherung zu beschaffen, eine Verächtlichmachung des Höfgens und somit von Gründgens. Auch das physische Versagen des Höfgens in seiner Ehe - möge es auf Gründgens zutreffen oder nicht - sowie die zahlreichen verbalen Beleidigungen seien geeignet, Gründgens herabzusetzen.

Die Beklagte habe nicht dargelegt und unter Beweis gestellt, daß dieses negative Lebens- und Charakterbild auf Gründgens tatsächlich zutrefte. Unstrittig habe Gründgens nicht - wie in dem Roman dargestellt - im Hause Göring verkehrt und zu dessen 43. Geburtstag eine Rede gehalten. Sein schneller Aufstieg sei - ebenso wie seine Ehrungen nach dem Kriege - seinen schauspielerischen Leistungen zuzuschreiben. Auch die Beklagte behaupte nicht, daß Gründgens sich nach 1933 für politische Propagandazwecke habe mißbrauchen lassen. Möge Klaus Mann auch seinerzeit geglaubt haben, Gründgens habe politisch Verfolgte nur aus Gründen der Rückversicherung unterstützt, so spreche doch dagegen, daß Gründgens - wie auch die Beklagte anerkenne - unter eigener Gefährdung jüdischen und mit Jüdinnen verheirateten Schauspielern sowie politisch Verdächtigen geholfen habe.

Die wahrheitswidrige Entstellung des Charakter- und Lebensbildes von Gründgens werde - so führt das Berufungsgericht weiter aus - weder durch das Recht zur freien kritischen Meinungsäußerung noch dadurch gedeckt, daß der beanstandete Roman in Übereinstimmung mit dem Landgericht als Kunstwerk zu werten sei. Soweit die Intimsphäre angetastet werde, entfalle überhaupt jede Interessenabwägung. Daher sei der auf die Verletzung des Persönlichkeitsrechts gestützte Unterlassungsanspruch des Klägers gemäß §§ 1004, 823 BGB i.V.m. Art. 1 und 2 GG begründet.

3. Den Angriffen der Revision, die sich gegen die rechtlichen Folgerungen richten, die das Berufungsgericht aus den genannten Feststellungen und Würdigungen gezogen hat, muß im Ergebnis der Erfolg versagt bleiben.

a) Das auf der Würde des Menschen beruhende Persönlichkeitsrecht (Art. 1, 2 GG) ist als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB geschützt (vgl. BGHZ 13, 334 - Leserbriefe; BGHZ 24, 200 - Spätheimkehrer; BGHZ 26, 349 - Herrenreiter; BGHZ 30, 7 - Caterina Valente; BGHZ 31, 308 - Burschenschaft; BGHZ 35, 363 - Ginsengwurzel; BGHZ 39, 124 - Fernsehansagerin; GRUR 1965, 256 - Gretna Green). Indem bei der inhaltlichen Präzisierung dieses generalklauselartigen "Auffangtatbestandes" auf verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zurückgegriffen wird, ist freilich zu beachten, daß das Persönlichkeitsrecht nicht nur in Art. 2 GG

[**NJW 1968, 1776**] eine ausdrückliche Begrenzung durch die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz erfährt. Vielmehr sind darüber hinaus bereits bei der Prüfung, ob überhaupt tatbestandsmäßig eine rechtswidrige Persönlichkeitsbeeinträchtigung vorliegt, auch die weiteren Wertentscheidungen des Verfassungsgebers heranzuziehen, die sich gerade bei der verfassungskonformen Auslegung von Generalklauseln auswirken (BVerfGE 7, 198, 204 - Lüth; BVerfGE 12, 113, 125 - Schmid) und die nicht erst unter dem Gesichtspunkt eines besonderen Rechtfertigungsgrundes zu berücksichtigen sind (BGHZ 45, 296, 307 - Höllenfeuer).

b) Als eine der grundlegenden Wertentscheidungen kommt insbesondere das Recht auf freie kritische Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) namentlich gegenüber solchen Personen in Betracht, die - wie Gründgens - durch ihr Wirken und ihre Stellung im öffentlichen Leben Gegenstand des allgemeinen Interesses geworden sind (BGHZ 36, 77 - Waffenhändler; *BGH*, NJW 64, 1471 - Sittenrichter). Dieses Recht deckte im Streitfall nicht nur eine allgemeine zeitkritische Auseinandersetzung mit den Verhältnissen des Theaterlebens seit 1933, sondern auch, daß Klaus Mann in scharfer Polemik Karriere und Charakterbild von Gründgens als einer weithin bekannten Persönlichkeit der Zeitgeschichte kritisierte, deren Verhalten, besonders aus der Sicht eines emigrierten und engagierten Gegners der Hitler-

Diktatur, die Gefahr in sich barg, den Nationalsozialismus in den Augen der Welt aufzuwerten. Klaus Mann hat sich aber nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts nicht auf eine derartige Kritik beschränkt, sondern in seine Darstellung frei erfundene Vorgänge eingearbeitet. Unter diesen ist schlechterdings nicht zu rechtfertigen die Erfindung des Verhaltens gegenüber der schwarzen Tänzerin, zu der Höfgen langdauernde perverse Beziehungen unterhält und die er, als sie seiner Karriere gefährlich zu werden droht, in niederträchtiger Weise von der Gestapo verhaften und abschieben läßt. Zu nennen ist ferner die Erfindung einer besonders engen Art von Beziehungen zu den damaligen Machthabern und die Entstellung der Hilfeleistung für rassisch und politisch Gefährdete in ein auf berechnender Rückversicherung beruhendes Verhalten. Das Recht, Verhalten und Lebensbild einer Persönlichkeit kritisch zu beurteilen, findet nach der ausdrücklichen Regelung in Art. 5 Abs. 2 GG seine Schranken in dem Recht der persönlichen Ehre und rechtfertigt es jedenfalls nicht, das Lebensbild einer Persönlichkeit mittels frei erfundener oder doch ohne jeden Anhaltspunkt behaupteter, die Gesinnung negativ kennzeichnender Verhaltensweisen zu entstellen, die nur noch das Urteil zulassen, daß es sich um einen niederträchtiger Handlungsweise fähigen Menschen gehandelt habe. Namentlich das erdichtete abschließende Verhalten gegenüber der Tänzerin läßt dem Leser keine andere Wahl.

c) Entstellungen derart schwerwiegender Art werden auch nicht durch die ebenfalls verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) gedeckt, auf welche sich die Beklagte in erster Linie beruft. Da der beanstandete Roman in beiden Vorinstanzen rechtsirrtumsfrei als Ergebnis künstlerischen Schaffens gewürdigt worden ist, greift allerdings auch diese Grundrechtsnorm im Streitfall Platz, die entgegen der Auffassung des Klägers nicht lediglich eine gegen den Staat gerichtete institutionelle Garantie enthält, sondern notwendigerweise auch die persönliche Freiheit des Künstlers umfaßt, sich künstlerisch zu betätigen und die Ergebnisse des Schaffens der Öffentlichkeit bekanntzumachen (v. *Mangoldt-Klein*, GG, 2. Aufl., Anm. X 2 b zu Art. 5; *Hamann*, GG, 2. Aufl., Anm. 13 zu Art. 5; *Schmidt-Bleibtreu-Klein*, GG, Anm. 2 zu Art. 5; *Arndt*, Die Kunst im Recht, NJW 66, 26; *BayObLG*, NJW 64, 1149; *OVG Münster*, NJW 59, 1890 mit insoweit zustimmender Anm. von *Hamann* und von *Stein* in JZ 59, 720; vgl. ferner zum vergleichbaren Problem der Freiheit der Wissenschaft BVerfGE 3, 58, 151; 5, 85, 145; 15, 256, 263). Diese Freiheitsverbürgung, die in ihrer historisch gewordenen Ausprägung in erster Linie ein Abwehrrecht des Bürgers gegen staatliche Eingriffe darstellt, verkörpert zugleich eine Grundentscheidung im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. BVerfGE 6, 71; 7, 204; 9, 248), in der für einen bestimmten Bereich der Rechts- und Sozialordnung eine Wertentscheidung des Verfassungsgebers verbindlich ausgedrückt wird, die ihrerseits in engem Zusammenhang mit dem Grundwert der Menschenwürde steht und die als Grundsatznorm bei der Ausfüllung von Generalklauseln des bürgerlichen Rechtes Beachtung erheischt.

Bei der Heranziehung dieser Verfassungsnorm ist zu Gunsten der Beklagten zu berücksichtigen, daß der Verfassungsgeber die Freiheit der Kunst außerordentlich umfassend verbürgt hat. Anders als beim Schutz der Persönlichkeit und beim Recht der Meinungsfreiheit hat er trotz der Meinungsverschiedenheit über die Auslegung der entsprechenden Bestimmung der Weimarer Verfassung keine ausdrückliche Einschränkung angeordnet und dadurch zum Ausdruck gebracht, daß der allgemeine Gesetzesvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 nicht anwendbar ist (vgl. etwa BVerwGE 1, 303 - *Sünderin*; *LG Hamburg*, NJW 63, 675). Daraus folgt, daß dann, wenn eine Meinungsäußerung in die Form eines Kunstwerkes gekleidet ist, der Freiheitsspielraum gegenüber der Persönlichkeitssphäre eines Betroffenen weiter zu ziehen sein kann als bei solchen Meinungsäußerungen, die nicht den Rang eines Kunstwerkes erreichen (a.A. *OVG Münster*, aaO; wie hier *Arndt*, aaO; *Stein*, aaO; *Hamann*, NJW 59, 1890). Das bedeutet für Fälle der vorliegenden Art, daß der Künstler nicht nur - was für den künstlerischen Schaffensprozeß unverzichtbar ist - an reale Geschehnisse und persönliche Umwelterfahrungen anknüpfen darf und daß ihm bei der Verarbeitung dieser Anregungen im Falle ausreichender Verfremdung weiter Schaffensspielraum bleibt. Vielmehr kann beim Konflikt zwischen Freiheit der Kunst und geschützter Persönlichkeitssphäre die Güterabwägung dazu führen, daß der Künstler bei romanhafter Darstellung des Lebens einer Person der Zeitgeschichte, wenn jene erkennbar nicht den Anspruch erhebt, die

historischen Begebenheiten wirklichkeitstreu widerzuspiegeln, den Dargestellten auch durch erfundene Begebenheiten ergänzend charakterisieren und - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - bei Verstorbenen in gewissen Grenzen auch Vorgänge aus dem Intimbereich schildern darf. Von hier aus gesehen wäre es im Streitfall für sich allein noch nicht zu beanstanden, daß Klaus Mann in dem Roman Wahres und Erfundenes vermischt und dabei auch den Intimbereich berührt hat.

Aber auch diese umfassende Gewährleistung künstlerischer Schaffensfreiheit kann nicht bedeuten, daß künstlerisches Schaffen schrankenlos ausgeübt werden darf. Denn die Freiheit der Kunst ist kein *isolierter* Höchstwert der verfassungsmäßigen Wertordnung, dem alle anderen Werte unterzuordnen wären. Wo sie im einzelnen unter Berücksichtigung der vom Verfassungsgeber angeordneten besonders umfassenden Verbürgung ihre Grenzen findet, bedarf keiner ausführlichen Erörterung. Es kann insbesondere dahinstehen, ob es ohne weiteres zulässig wäre, diese Grenze - unter Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG als „Muttergrundrecht“ - in den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz und auch in den in diesem Rahmen erlassenen Gesetzen zu suchen (vgl. *BGH*, *GoltdA* 1961, 240 - Religionsdelikte; *LM* Nr. 22 zu Art. 5 GG - Reichstagsbrand; *BayObLG* u. *OLG Hamburg*, aaO; zurückhaltender *BVerwG*, aaO sowie *Arndt* u. *Stein*, aaO). Denn jedenfalls erfährt das Recht zur freien künstlerischen Betätigung in gewissem Umfang eine immanente Begrenzung mit Rücksicht auf das gleichfalls verfassungsrechtlich garantierte Persönlichkeitsrecht. Diese Grenze ist überschritten, wenn das Lebensbild einer bestimmten Person, die derart deutlich erkennbar als Vorbild gedient hat wie im vorliegenden Falle, durch *frei erfundene* Zutaten *grundlegend* negativ entstellt wird, ohne daß dies

[**NJW 1968, 1777**] als satirische oder sonstige Übertreibung erkennbar ist. Nimmt der Künstler im Falle der Charakterisierung einer Person bewußt derartige Veränderungen des wirklichen Geschehens vor, so kann und muß von ihm erwartet werden, daß er im Interesse des verfassungsrechtlich garantierten Persönlichkeitsrechts die Anknüpfung an das Vorbild unerkennbar macht. Im Streitfall ist das nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts nicht geschehen. Der Einbruch in die Persönlichkeitsphäre von Gründgens wäre allenfalls zu rechtfertigen, wenn das sich aus dem Roman ergebende Charakter- und Lebensbild von Höfgen mit den grundlegenden Wesenszügen und dem Persönlichkeitsbild von Gründgens, so wie dieses aus seinem Leben zu entnehmen ist, übereinstimmen würde. Unter dieser Voraussetzung können bei einer erkennbar romanhaften Darstellung tatsächliche Vorgänge, Gespräche und Erlebnisse hinzuerfunden werden, ohne daß die Grenzen der Freiheit der Kunst überschritten wären. Im vorliegenden Fall ist aber nicht geltend gemacht worden, daß Gründgens dem Typ des zynisch rücksichtslosen Opportunisten entsprach, der im Interesse seiner Karriere unter Verrat seiner früheren politischen Gesinnung engsten Umgang mit den Machthabern pflegt, der seine Geliebte der Gestapo ausliefert und Gefährdeten lediglich aus Berechnung hilft.

Nach alledem ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Verbreitung des angegriffenen Romans als Persönlichkeitsrechtsverletzung beurteilt hat.

IV.1. Das Berufungsgericht ist bei dem Verbot der Verbreitung des Werkes als Ganzem davon ausgegangen, daß bei widerrechtlichen Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht Unterlassung künftiger Störungen verlangt werden kann. Übereinstimmend mit dem *LG* hat es dargelegt, daß das Verbot nicht auf Teile des beanstandeten Romans beschränkt werden könne, weil dieser als Ganzes ein verzerrtes Bild von Gründgens in der Gestalt des Höfgen wiedergebe und weil zudem die Beklagte als Verleger ohne Zustimmung des Autors keine Änderungen an dem Werk vornehmen dürfe. Es hat ferner das bisherige Vorwort und die Versicherung des Autors, alle Personen des Buches stellten Typen, nicht Portraits dar, für unzureichend angesehen. In anderem Zusammenhang hat es bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen ferner ausgeführt, die Allgemeinheit sei daran interessiert, daß das Lebens- und Charakterbild eines Mannes, der als Schauspieler, Regisseur und Intendant ein hohes Ansehen genossen habe, nicht verzerrt und völlig entstellt als Mephisto in der Romanfigur des Höfgen der Nachwelt überliefert werde. Demgegenüber müßten die Interessen der Beklagten an einer Neuherausgabe des Romans zurücktreten. Selbst wenn von den 1936 in Amsterdam und 1956 in Ost-Berlin erschienenen Auflagen bereits eine größere Zahl an Exemplaren in die Bundesrepublik gelangt sei, so werde doch die Ehr-

verletzung fortgesetzt, obwohl der Beklagten bekannt sei, daß Gründgens bereits gegen das Erscheinen in Ost-Berlin Einspruch erhoben und sich erfolgreich gegen drei weitere Verlage gewehrt habe. Das Argument, der Roman sei eine zeitkritische Darstellung des Theaterlebens der zwanziger und dreißiger Jahre aus der Sicht eines Emigranten und dürfe als wesentlicher Teil des Lebenswerkes von Klaus Mann in der Gesamtausgabe seiner Werke nicht fehlen, sei nicht entscheidend. Klaus Mann, der nach 1945 durch den Schriftsteller Kurt Riess und andere von der politisch einwandfreien Haltung von Gründgens nach 1933 erfahren habe, sei es zuzumuten gewesen, den Roman umzugestalten. Eine Neuherausgabe des Romans sei allenfalls dann möglich, wenn nach einem längeren Zeitablauf das Andenken an den Schauspieler Gründgens stark gemindert sei und wenn in einem umfassenden Vorwort von einer mit dem Theaterleben der zwanziger und dreißiger Jahre vertrauten Person eine objektive Richtigstellung des Charakterbildes von Gründgens, seiner wahren antifaschistischen Gesinnung und seiner Hilfsbereitschaft gegenüber Juden und politisch Verfolgten im Dritten Reich gegeben werde.

2.a) Auch diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand. Nach §§ 823, 1004 BGB kann der Verletzte - ohne Rücksicht auf Verschulden - auf Unterlassung klagen, wenn, wie im Streitfall, Wiederholungen der beanstandeten Handlung zu besorgen sind. Sofern diese Handlung auch in einer solchen Art und Weise begangen werden kann, daß sie der Rechtswidrigkeit entkleidet ist, kann allerdings auch ein eingeschränktes Verbot in Betracht zu ziehen sein. Das hat der Senat bereits in einem Fall dargelegt, in dem es möglich erschien, die mit dem Gebrauch einer Bezeichnung verbundene Gefahr von Irreführungen durch einen hinreichend konkret zu bezeichnenden aufklärenden Zusatz auszuräumen, und in dem beachtliche schutzwürdige Interessen hätten geopfert werden müssen, wenn der Gebrauch der Bezeichnung schlechthin untersagt worden wäre (*BGH*, GRUR 1968, 200, 203 - Acrylglas). Weil der Unterlassungsanspruch nur auf das geht, was zur Vermeidung der Beeinträchtigung erforderlich ist, kann der Kläger kein uneingeschränktes Verbot fordern, wenn statt eines solchen Verbotes eine den Beklagten weniger hart treffende Maßnahme ausreicht.

Diese Erwägungen können an sich auch in Fällen Bedeutung gewinnen, in denen es um das Verbot der Verbreitung eines abgeschlossenen Kunstwerks geht, dessen Autor verstorben ist und daher die beanstandeten Teile nicht mehr aus seinem Werk entfernen kann. Hier nötigt ferner der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu der Prüfung, ob ein uneingeschränktes Verbreitungsverbot durch schonendere Mittel ersetzt werden könnte. In Betracht käme beispielsweise eine Einschränkung des Verbotes dahin, daß die Wiederveröffentlichung des Romans dann zulässig wäre, wenn in einem *Vorwort* des Verlegers augenfällig und unmißverständlich dargestellt würde, daß die erörterten besonders negativ wirkenden Umstände frei erfunden sind, daß - soweit die dargestellten Typen an damals lebende Personen angelehnt wurden - die damalige Sicht des Autors zwangsläufig einseitig bleiben mußte und daß insbesondere die Hauptfigur des Höfgen auch dem Typ nach nicht mit derjenigen Person zu identifizieren ist, aufweiche äußere Bezüge des Romans hindeuten. Eine solche Einschränkung hätte nicht etwa schon deshalb von vornherein als ungeeignet auszuschneiden, weil die Beklagte nach dem Tode des Autors an dem Roman nichts mehr ändern darf. Denn anders als bei einem Verbot einzelner Teile bleibt bei einem Vorwort, das der Leser als Erklärung des Verlegers erkennt, der künstlerische Aufbau des Romans selbst unberührt. Die Beklagte hätte lediglich zu klären, ob derjenige, der die Urheberrechte von Klaus Mann wahrnimmt, der Veröffentlichung mit einem entsprechenden Vorspann zustimmt.

In jedem Falle wäre dabei aber zu beachten, daß ein solches eingeschränktes Verbot den Belangen des Verletzten ausreichend Genüge leisten muß. Wird über eine bestimmte Person Nachteiliges veröffentlicht, dann prägt sich die allgemeine Erinnerung daran erfahrungsgemäß nachteiliger dem Gedächtnis der Zeitgenossen ein als Einzelheiten, zu denen auch Richtigstellungen der genannten Art gehören. Auch könnten eingeschränkte Verbote dieser Art dann nicht als ausreichend angesehen werden, wenn sie dem Versuch Vorschub leisten, in der Form eines Kunstwerkes schwerwiegende Vorwürfe gegen eine Persönlichkeit zu erheben, um dann in einem Vorspann zu beteuern, die Vorwürfe stimmten nicht. Der Leser wird, sofern er ein solches Vorwort überhaupt zur Kenntnis nimmt, nicht ohne weiteres geneigt sein, solchen Beteuerungen Glauben zu schenken, zumal sie nicht einmal vom Autor selbst,

sondern vom Verleger stammen. Zu Lebzeiten des Betroffenen kann eine Einschränkung ferner deshalb unzureichend sein, weil Darstellungen der beanstandeten Art mit ihren auch die Privatsphäre berührenden Ehrkränkungen nicht nur das Lebensbild entstellen, sondern den Verletzten zugleich in der aktiven Entfaltung seiner Persönlichkeit hindern könnten. Der Tote andererseits genießt nach dem Ausgeführten Persönlichkeitsschutz nur dagegen, daß sein Lebensbild nicht in grober Weise entstellt wird. Diesem Ziel könnte durch ein klarstellendes Vorwort unter den besonderen Bedingungen des Streitfalles möglicherweise ebenso gut gedient werden wie durch ein unbegrenztes Veröffentlichungsverbot. Denn ein solches Verbot könnte leicht dahin mißdeutet werden, es beruhe auf einer trotz ihrer Wahrheit rechtlich unzulässigen Schilderung der Intimsphäre; auch würde es den

[NJW 1968, 1778] bereits eingetretenen Stöorzustand ohnehin nicht mehr völlig beseitigen, nachdem der hier beanstandete Roman schon seit langem bekannt und durch den Rechtsstreit unvermeidbar erneut bekannt geworden ist. Gelänge es hingegen, durch ein geeignetes Vorwort die schädlichen Auswirkungen des Romans weitgehend aufzufangen, dann würde auch das erhebliche und anerkanntswürdige Interesse an Gewicht gewinnen, der Öffentlichkeit nicht einen Roman vorzuenthalten, den sein verstorbener Autor nicht mehr ändern kann und der eines der nicht sehr zahlreichen, aus mancherlei Gründen wissenswerten Beispiele dafür bildet, wie sich die innerdeutschen Verhältnisse seit 1933 in der Sicht eines emigrierten Gegners der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft widerspiegeln.

b) Selbst wenn indessen nach diesen Gesichtspunkten eine Wiederveröffentlichung des beanstandeten Romans mit einem geeigneten Vorwort zulässig sein sollte, so ist der Senat doch aus verfahrensrechtlichen Gründen gehindert, darüber zu entscheiden, ob und wie weit durch ein Vorwort die Verletzung des Persönlichkeitsrechts von Grundens ausräumbar wäre. Diese Frage läßt sich nämlich bei einem Schriftwerk der hier fraglichen Art, bei dem der rechtlich zu beanstandende Teil in den übrigen Teil des Werkes verwoben und nicht etwa nur von nebensächlicher Bedeutung ist, nur dann zureichend beurteilen, wenn ein formuliertes Vorwort vorliegt. Dies anzubieten, ist Sache der Beklagten als derjenigen, in deren Händen die Entscheidung darüber liegt, in welcher Weise sie die Veröffentlichung durchzuführen gedenkt. Vom Kläger kann nichts anderes als ein Antrag auf Verbot des Romans in seiner *konkret vorliegenden Gestalt* gefordert werden, da er in seinem Klageantrag nicht seinerseits die Fassung eines Vorworts vorzuschreiben hat. Das Gericht ist seinerseits zwar in der Mitwirkung an einer geeigneten Fassung des Unterlassungsgebots bei Ehrschutzprozessen freier gestellt als sonst, da in diesen Fällen eine besondere Abstimmung der Entscheidung auf die richterlich abgewogenen Umstände des Einzelfalles notwendig sein kann (BGHZ 31, 308, 319). Gerade diese Abstimmung auf die Umstände des Einzelfalles hätte es aber im vorliegenden Falle erfordert, daß die Beklagte bereits in den Tatsacheninstanzen, gegebenenfalls durch Hilfsanträge, Vorschläge zur Entscheidung gestellt hätte, die den Streitgegenstand insoweit konkretisierten, so daß eine richterliche Entscheidung darüber möglich gewesen wäre. Da das unterblieben ist, hatte das Revisionsgericht nur noch zu prüfen, ob eine Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht statthaft ist, um der Beklagten Gelegenheit zu geben, entsprechende Anträge nachzuholen. Eine solche Zurückverweisung wäre allenfalls dann möglich gewesen, wenn die Beklagte in der Revisionsinstanz eine begründete Verfahrensrüge erhoben und geltend gemacht hätte, sie würde im Falle der Ausübung des richterlichen Fragerechts ein ausreichendes Vorwort angeboten haben. Die Beklagte hat jedoch an dem Standpunkt festgehalten, sie sei zur Veröffentlichung des Romans ohne Vorwort berechtigt, und hat lediglich ihre Bereitschaft erklärt, weiterhin das derzeitige, im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnete Vorwort beizufügen. Die rechtliche Würdigung muß sich daher auf die konkret vorliegende Gestaltung des Buches, also auf den Roman mit dem derzeitigen Vorwort, beschränken, was nach den ausdrücklichen Erklärungen des Klägers in der mündlichen Verhandlung allein Gegenstand des Klageantrags ist. Das bisherige Vorwort und ebenso die kurze Versicherung des Autors schließen aber beide nicht aus, daß Grundens nach wie vor vom Leser mit Höfgen identifiziert wird. Sie sind daher vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum als nicht ausreichend angesehen worden, um die Verletzung des Persönlichkeitsrechts von Grundens auszuschließen.

Leitsatz: Das Verbot des Selbstkontrahierens gilt nicht für Insihgeschäfte des Vertreters, die dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen.

Zum Sachverhalt: Der am 19.6.1960 verstorbene Fabrikant W. war in zweiter Ehe mit der Klägerin verheiratet; die Beklagte ist seine Tochter aus erster Ehe. Das Nachlaßgericht hat ein hinterlassenes Testament des Erblassers v. 28.5.1951 als unwirksam angesehen und am 23.1.1961 einen der gesetzlichen Erbfolge entsprechenden Erbschein erteilt, wonach die Beklagte zu $\frac{3}{4}$ und die Klägerin zu $\frac{1}{4}$ Erbin geworden ist. Die Parteien haben jedoch am 17.1.1961 einen notariellen Erbauseinandersetzungsvertrag geschlossen, der der testamentarisch vom Erblasser gewünschten Verteilung seines Vermögens entspricht.

Der Erblasser war Alleininhaber der Firma K. sowie persönlich haftender Gesellschafter der Seifenfabrik Kl. KG, deren Kommanditistin bis zum 31.12.1958 Frau Kl. war und nunmehr nach Übertragung des Anteils Frau Sch. ist. Im Auseinandersetzungsvertrag erhielt die Beklagte die K. als Alleininhaberin, während die Klägerin an Stelle des Erblassers persönlich haftende Gesellschafterin der Kl. wurde. Der Vertrag sah monatliche Zahlungen der Beklagten an die Klägerin vor, die vom Geschäftsergebnis der K. abhängig sein und im Regelfall 350 DM betragen sollten. Die Parteien teilten sich ferner je zur Hälfte in das Eigentum an einem Hausgrundstück des Erblassers, wobei der Klägerin ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an dem Anteil der Beklagten bestellt wurde. Endlich schlossen die Parteien, wie in der Auseinandersetzung vorgesehen, einen besonderen Mietvertrag über die von der Beklagten und ihrem Ehemann in dem Haus bewohnten zwei Stockwerke zu einem Mietzins von monatlich 150 DM.

Die Klägerin hat auf Grund dieser Vereinbarungen von der Beklagten als rückständigen Mietzins 6 600 DM gefordert, ferner als hälftige Erstattung einer von der Klägerin allein getilgten Hypothekenschuld 2.805 DM. Weiter hat die Klägerin als frühere Inhaberin einer Firma L. eine Restforderung gegen die K. in Höhe von 3.092 DM geltend gemacht. Sodann hat sie als vereinbarte Gewinnbeteiligung an der K. 20.650 DM verlangt (59 Monate zu 350 DM). Im Zusammenhang mit dem letzten Anspruch hat die Klägerin schließlich Rechnungslegung über die Gewinne der K. in den Jahren 1961 bis 1965 begehrt.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie hat Einwendungen gegen die einzelnen Ansprüche erhoben und im übrigen, auch durch Aufrechnung, eine Forderung der K. gegen die K. in Höhe von rund 138 000 DM geltend gemacht, die den Hauptstreitpunkt der Parteien bildet. Sie war dadurch entstanden, daß der Erblasser der Kl. für ihren Wiederaufbau beträchtliche Geldmittel der K. zur Verfügung gestellt hatte, die in den Bilanzen der K. als Forderung und in denen der Kl. als Verbindlichkeit erschienen. Da die Kl. ihre Schuld nur teilweise

[**NJW 1972, 2263**] und schleppend abzutragen vermochte, versuchte der Erblasser sie durch wertberichtigende Abschreibungen bei der K. allmählich auszubuchen. Das zuständige Finanzamt beanstandete dieses Verfahren jedoch als steuerlich unzulässig, was zur Einlegung von Rechtsmitteln führte. Schließlich wurden dem Finanzamt berichtigte Bilanzen der K. für die Jahre 1957, 1958 und 1959 vorgelegt, in denen die Forderung gegen die Kl. nicht mehr erschien, und dazu eine schriftliche Erläuterung des Erblassers v. 12.1.1960 mit der Erklärung, die K. habe der Kl. die praktisch wertlose Forderung erlassen. Die jetzige Kommanditistin der Kl., Frau Sch., genehmigte diese Maßnahme durch schriftliche Erklärung v. 16.11.1968. Die Beklagte ließ jedoch nach Übernahme der K. in deren Eröffnungsbilanz die Forderung wieder erscheinen.

Die Beklagte hat behauptet, der Erblasser haben den Erlaß nur zu steuerlichen Zwecken erklärt, ohne hierdurch das bestehende Schuldverhältnis zwischen den beiden Firmen verändern zu wollen und zu können. Beim Abschluß des Erbauseinandersetzungsvertrages seien die Parteien vom Bestehen der Forderung ausgegangen, die später in einer besonderen Vereinbarung habe geregelt werden sollen. Die

Gewinnbeteiligung an der K. sei der Klägerin nur zur Verrechnung gegen die Forderung und damit zu deren allmählichen Tilgung zugestanden worden. Diese Vorstellung habe die Geschäftsgrundlage des Auseinandersetzungsvertrages gebildet, den die Beklagte überdies wegen Irrtums oder Täuschung angefochten hat.

Das *LG* hat durch Teilurteil den Zahlungsansprüchen der Klägerin stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Ihre Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Erblasser die streitige Forderung durch ein Insichgeschäft (als Alleininhaber der K. und einziger Komplementär der Kl.) der Schuldnerin erlassen hat. Es ist überzeugt, daß der Erblasser diesen in seiner Erklärung v. 12.1.1960 nach außen bekundeten Erlaßvertrag zwischen den beiden Firmen geschlossen und nicht lediglich zu steuerlichen Zwecken gegenüber dem Finanzamt vorgegeben hat. Die für erforderlich erachtete Erlaubnis der Kl. zum Selbstkontrahieren hat das Berufungsgericht in der schriftlichen Genehmigung der Kommanditistin Frau Sch. v. 16.11.1968 erblickt. Es hat die Behauptung der Beklagten nicht als erwiesen angesehen, die Parteien seien sich beim Abschluß des Erbausensetzungsvertrages über den Fortbestand der Forderung einig gewesen und hätten deren Tilgung durch Verrechnung gegen die Gewinnbeteiligung der Klägerin an der K. einer besonderen Vereinbarung vorbehalten. Das Berufungsgericht ist auf diesem Wege zu dem Ergebnis gelangt, daß der Klägerin die vom *LG* zuerkannten, im einen überprüften Ansprüche zustehen. Die Revision wendet sich allein dagegen, daß das Berufungsgericht eine Genehmigung des Erlaßvertrages durch die Kommanditistin der Kl. für rechtlich möglich gehalten und als mit dem Schreiben v. 16.11.1968 wirksam erklärt angesehen hat. Ihr war der Erfolg im Ergebnis zu versagen.

Das Berufungsgericht hat den Erlaßvertrag, den der Erblasser durch Selbstkontrahieren geschlossen hat, der Regelung des § 181 BGB unterstellt. Es hat ausgeführt, über die Anwendung der Bestimmung entscheide allein die Formallage des Insichgeschäfts; auf die Interessenlage, wie sie auf seiten der vom Erblasser vertretenen Kl. bestanden habe, komme es nicht an. Selbst wenn die Kl. durch den Erlaß ihrer Schuld nur wirtschaftliche Vorteile erlangt haben sollte, bleibe § 181 BGB anwendbar. Da das Rechtsgeschäft nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestanden habe, hänge seine Wirksamkeit allein von der Frage der Gestattung ab.

An dieser auf die Rechtsprechung des *RG* zurückgehenden Auffassung, die § 181 BGB als eine unabhängig von den zugrunde liegenden Interessen anzuwendende "formale Ordnungsvorschrift" versteht, ist nicht ohne Einschränkungen festzuhalten. Der II. ZS des *BGH* hat sie bereits in seinem Urteil v. 19.4.1971 (BGHZ 56, 97 = NJW 71, 1355) für einen umstrittenen Sonderfall durchbrochen. Er hat unter Abweichung von seiner Entscheidung BGHZ 33, 189 = NJW 65, 2285 ausgesprochen, daß § 181 BGB nicht für Rechtsgeschäfte des Alleingeschafters einer GmbH mit sich selbst gilt. In den Gründen ist ausgeführt worden, über der äußeren Ausgestaltung der Vorschrift dürfe der für ihre Einführung wesentliche Gesichtspunkt, der Schutz des Vertretenen, nicht aus dem Auge verloren werden. Eine vom Zweck der Vorschrift völlig losgelöste, ausschließlich formale Betrachtungsweise sei nicht angängig. Bei der Einmann-GmbH falle die Willensbildung der Gesellschaft mit der des Geschafters zusammen. Ein Widerstreit verschiedener, durch dieselbe Person vertretener Interessen scheide deshalb beim Selbstkontrahieren allgemein aus und damit die bei einem Interessenkonflikt stets bestehende Gefahr der Schädigung des einen oder anderen Teils, der § 181 BGB begegnen wolle. Nach der Darlegung, daß sonstige Bedenken nicht durchgreifen, hat der II. ZS § 181 BGB auf Insichgeschäfte des Alleingeschafters einer GmbH - unter ausdrücklicher Beschränkung auf diese Fallgruppe - nicht angewandt.

Der erkennende Senat schließt sich der zugrunde liegenden Auffassung (entgegen der Kritik von *Winkler*, NJW 71, 1355) an. Er ist der Ansicht, daß sie weiter auch in den Fällen zur Unanwendbarkeit von § 181 BGB führen muß, in denen das Insichgeschäft des Vertreters dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (ebenso *Wolfgang Blomeyer*, AcP 72, 1, 11 f.). Hier geht ebenfalls der Wortlaut der Vorschrift, wenn allein auf den förmlichen Vorgang des Selbstkontrahierens abgestellt

wird, über den zugrunde liegenden Schutzzweck hinaus. Wendet der Vertreter durch das Insichgeschäft dem Vertretenen ausschließlich einen rechtlichen Vorteil zu, so können dessen Interessen allgemein nicht gefährdet sein; er bedarf nicht des mit § 181 BGB bezweckten Schutzes vor möglichen Nachteilen durch einen Interessenkonflikt in der Person des Vertreters. Ähnlich hält auch § 107 BGB den Minderjährigen bei einer Willenserklärung, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, nicht für schutzbedürftig. Im Gegensatz hierzu müßte eine am Wortlaut des § 181 BGB haftende Auslegung dazu führen, daß Eltern Geschenke, die sie ihren geschäftsunfähigen Kindern machen, nicht in deren Vertretung wirksam annehmen können. Dieses überwiegend als lebensfremd abgelehnte Ergebnis läßt sich ohne gezwungene, den Kern nicht treffende Begründungen nur vermeiden, wenn die Vorschrift von vornherein nicht angewandt wird, weil der besorgte Interessenkonflikt bei der ausschließlichen Zuwendung eines rechtlichen Vorteils nach der allgemeinen Natur eines solchen Geschäfts nicht entstehen kann und der Vertretene, den die Norm schützen will, im Ergebnis nur benachteiligt würde (ebenso *Larenz*, Allgemeiner Teil des BGB, S. 542; *ders.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., S. 370; *Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx*, BGB, 10. Aufl., § 181 Bem. 27 m.w.N.; *Palandt-Danckelmann-Heinrichs*, BGB, 31. Aufl., Anm. 2 c bb).

Die Rechtssicherheit wird hierdurch nicht beeinträchtigt. Die Insichgeschäfte, die dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil verschaffen, bilden ebenso eine geschlossene, abgegrenzte Fallgruppe wie diejenigen des Alleingesellschafters einer GmbH. Der Unterschied besteht nur darin, daß es vorliegend auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts ankommt. Dies jedoch nicht in dem Sinne, daß nunmehr die Interessenlage zu prüfen und der Bestand des Rechtsgeschäfts davon abhängig zu machen wäre, ob der mit sich selbst kontrahierende Vertreter im Einzelfall die Belange des Vertretenen gehörig gewahrt hat. Ein solches Abheben auf die jeweilige Pflichterfüllung des Vertreters wäre mit der Klarheit der Rechtsbeziehungen, die § 181 BGB durch seine strikte Fassung bezweckt, unvereinbar und bleibt deshalb unverändert außer Betracht. Anders verhält es sich jedoch mit der ausschließlichen Zuwendung eines rechtlichen Vorteils als Geschäftsinhalt. Sie kennzeichnet eine bestimmte Gruppe von Geschäften allgemein, nicht anders als die ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit, die nach § 181 BGB durch ein Insichgeschäft bewirkt werden kann. Ob ein Rechtsgeschäft dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil verschafft, ist meist unschwer festzustellen und wird auch vom Gesetz in § 107

[**NJW 1972, 2264**] als abgrenzende Kennzeichnung für die Wirksamkeit einer Willenserklärung verwandt. Das durch § 181 BGB mitgeschützte Interesse der unmittelbar Beteiligten wie der etwa berührten Dritten daran, daß keine Ungewißheit über den Bestand des Insichgeschäftes entsteht, läuft demnach keine Gefahr. Das Erfordernis, daß das Insichgeschäft einwandfrei nachweisbar sein muß (*BGH*, aaO S. 105), ist erfüllt. Der Erblasser hat ihm durch seine schriftliche Erklärung v. 12.1.1960 genügt.

Die Kl. hat durch den mit keinen Auflagen verbundenen Erlaßvertrag des Erblassers ausschließlich den rechtlichen Vorteil erlangt, der K. den ausgewiesenen Betrag von rund 138 000 DM nicht mehr zu schulden. Auf diese lediglich günstige Veränderung der Rechtslage kommt es allein an; Schmälerungen des wirtschaftlichen Vorteils durch Nebenfolgen bleiben wie im Falle des § 107 BGB außer Betracht. Es ist deshalb unerheblich, daß die Kl. ihre Schuld nicht länger steuerlich geltend machen konnte. Einem unerwünschten Anwachsen des Kapitalkontos der Kommanditistin Frau Kl. hatte der Erblasser durch deren vorher vereinbartes Ausscheiden ohnehin vorgebeugt. Auch daß die Schuld trotz ihrer Höhe zu Lebzeiten des Erblassers für die Kl. nicht drückend war, ist unerheblich; ganz abgesehen davon, daß damit nicht für dauernd zu rechnen war, wie sich nach dem Erbfall gezeigt hat. Entscheidend ist allein, daß der Erblasser durch das Insichgeschäft die Kl. von ihrer Verbindlichkeit befreit hat, ohne sie anderweit rechtlich zu belasten. Auf ein solches Rechtsgeschäft ist nach dem Gesagten § 181 BGB nicht anzuwenden, so daß es auf die vom Berufungsgericht bejahte und von der Revision angezweifelte Frage der wirksamen Gestattung nicht ankommt.

Leitsatz: Bei Bestehen einer gegenwärtigen Dauergefahr (hier: Bedrohung des Familienfriedens durch einen Dritten) braucht sich die Abwehr nicht darauf zu beschränken, den sofortigen Eintritt des Schadens zu hindern, die Gefahr also hinauszuschieben; die einheitliche Dauergefahr ist nicht in einen gegenwärtigen und einen zukünftigen Teil zu zerlegen.

Zum Sachverhalt: Im Jahre 1975 bemerkten der Angekl. und seine Ehefrau dreimal, daß ihnen auf unerklärliche Weise aus der Wohnung Geld abhanden kam. Im April 1976 erwachte die Ehefrau des Angekl. nachts im Schlafzimmer dadurch, daß jemand sie an der Schulter berührte. Sie sah im Halbdunkel einen Mann, der sich alsbald leise entfernte. Der Angekl., von seiner Ehefrau verständigt, sah im Wohnzimmer den später Verletzten S stehen, den er damals nicht kannte. Der Eindringung flüchtete sofort; der Angekl. 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. Der Angekl. 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. Der Angekl. 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 Ehefrau des Angekl. 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 sonstigen Veranstaltungen verzichteten und keine Einladungen mehr annahmten. Zeitweilig traten bei ihnen Schlafstörungen auf. Die Ehefrau des Angekl., die eine Arztpraxis betreibt, befürchtete, wenn sie zu nächtlichen Hausbesuchen gerufen wurde, jemand lauere ihr auf. Der Angekl. ließ nach diesen Ereignissen eine seiner Ehefrau gehörende Pistole instand setzen 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. Der Angekl. und seine Frau verhielten sich ruhig und erbaten telefonisch polizeiliche Hilfe. Bevor diese eintraf, flüchtete der Eindringling. Am 9.9.1977 erwachte der Angekl. 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 Angekl. lief hinterher. Wieder war der Eindringling schneller als er. Der Angekl. rief mehrfach "Halt oder ich schieße" und schoß schließlich, da S nicht stehenblieb, zweimal in Richtung auf die Beine des Flüchtlenden. Er wollte den Eindringling dingfest machen und so der für die Familie des Angekl. unerträglichen Situation ein Ende bereiten. Der Angekl. traf S in die linke Gesäßhälfte und in die linke Flanke.

Das LG hat den Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung, begangen in Tateinheit mit vorsätzlichem Vergehen gegen das Waffengesetz, zur Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 80 DM verurteilt und eine Pistole nebst Munition eingezogen. Die Revision des Angekl. hiergegen hatte Erfolg.

Aus den Gründen: ... **I.** Der Schuldspruch wird durch die Feststellungen nicht getragen.

1. Die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 223a StGB) kann nicht bestehenbleiben, weil die Prüfung der Voraussetzungen des entschuldigenden Notstandes (§ 35 StGB) ergibt, daß der Angekl. ohne Verschulden gehandelt hat. ...

b) Zu Recht lehnt die StrK ... das Vorliegen einer Notwehrlage (§ 32 StGB) ab. Notwehr setzt einen rechtswidrigen gegenwärtigen Angriff voraus. Der Angriff des S war aber nicht mehr gegenwärtig, denn der Eindringung flüchtete bereits, als der Angekl. auf ihn schoß. Der Angriff dauerte auch nicht deshalb fort, weil S etwas entwendet hatte und mit der Beute flüchten wollte (RGSt 55, 82; 63, 221). S hatte nichts weggenommen, und der Angekl. wußte das. Die Befürchtung, S könne zu einem anderen unbestimmten Zeitpunkt nachts wiederkehren, begründet nicht die Annahme eines gegenwärtigen Angriffs. Daß ein solcher unmittelbar bevorstanden habe, ist nicht festgestellt.

c) Ob rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB) gegeben ist, wofür nach Lage der Dinge einiges spricht, oder ob im vorliegenden

[**NJW 1979, 2054**] Fall das Festnahmerecht des § 127 StPO den Schußwaffengebrauch rechtfertigt, kann dahingestellt bleiben, denn der Angekl. handelte gem. § 35 StGB ohne Schuld.

aa) Entgegen der Annahme des LG bestand für die Freiheit des Angekl. und dessen Ehefrau eine gegenwärtige nicht anders abwendbare Gefahr. Ihr durfte der Angekl. in der von ihm gewählten Art und Weise begegnen, ohne sich einem Schuldvorwurf auszusetzen. Gefahr im Sinne der Vorschrift ist auch eine Dauergefahr. Sie begründet einen entschuldigenden Notstand, wenn sie so dringend ist, daß sie jederzeit, also auch alsbald, in einen Schaden umschlagen kann, mag auch die Möglichkeit offenbleiben, daß der Eintritt des Schadens noch eine Zeitlang auf sich warten läßt (BGHSt 5, 371 [373]). Bei Bestehen einer gegenwärtigen Dauergefahr braucht sich die Abwehr nicht darauf zu beschränken, den sofortigen Eintritt des Schadens zu hindern, die Gefahr also hinauszuschieben; die einheitliche Dauergefahr ist nicht in einen gegenwärtigen und einen zukünftigen Teil zu zerlegen (BGHSt 5, 371 [375]).

bb) Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Der als "Spanner" bezeichnete Eindringling hatte durch siebenmaliges nächtliches Erscheinen in der Wohnung und im Garten des Angekl., insbesondere durch seine auffallende Hartnäckigkeit und Unverfrorenheit, eine fortdauernde Gefährdung der Freiheit der Eheleute geschaffen, die bereits in drastischen Maßnahmen (nächtliche Alarmbereitschaft, Verzicht auf abendlichen Ausgang, Einschränkung ärztlicher Hausbesuche) ihren Ausdruck fand. Zu Recht charakterisiert die Revision die Situation als "Terror, dem das gesamte Familienleben unterlag". Die Gefährdung konnte zum vollständigen Verlust der häuslichen Bewegungsfreiheit führen, wenn es nicht gelang, des Eindringlings habhaft zu werden. Auf den zeitlichen Abstand zwischen den einzelnen Gefährdungen kommt es nicht entscheidend an, wenn feststeht, daß das bedrohte Rechtsgut jederzeit erheblich beeinträchtigt werden kann. Unter diesen Umständen bedarf keiner Entscheidung, ob für die sexuelle Selbstbestimmung der Ehefrau des Angekl. und damit für deren Freiheit oder für ihre körperliche Unversehrtheit eine weitere Dauergefahr bestand. Die Gefahr war, weil alle anderen Maßnahmen, insbesondere die Inanspruchnahme der Polizei und sogar die Abgabe eines Schreckschusses, ohne Erfolg blieben, nicht anders abwendbar. Die Gefährdung auch weiterhin auf sich zu nehmen, war den Eheleuten ... nicht zuzumuten.

cc) Ob der Angekl. bei Abgabe der Schüsse teilweise irrig Umstände annahm, die ihn nach § 35 I StGB entschuldigen würden (§ 35 II StGB), bedarf bei dieser Sachlage keiner Erörterung.

2. Die Bejahung des entschuldigenden Notstandes gilt entsprechend für das Vergehen nach §§ 53 III Nr. 1 a, 56 WaffG, das damit gleichfalls entfällt.

II. Da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind, kann der Senat gem. § 354 II StPO in der Sache selbst durch Freispruch entscheiden.

BGH, Urt. v. 9.7.1987 - 4 StR 223/87 = BGHSt 34, 397 - Tagebuch-Fall II

Leitsatz: Zur Frage der Verwertbarkeit von tagebuchartigen Aufzeichnungen des Angeklagten in Fällen schwerster Kriminalität.

Aus den Gründen: **1.** Nach den Feststellungen hat der Angeklagte am 31. August 1985 zwischen 14.50 Uhr und 15 Uhr eine ihm unbekanntes Frau getötet. Das Opfer - das »ohne jeden Argwohn« ein Sonnenbad auf einer abgelegenen Wiese nahm und »sich keinerlei Feindseligkeit bewußt« war - lag lang ausgestreckt in Bauchlage. Es schlief oder lag einfach in sich versunken da. Um »die Arglosigkeit der Frau wissend und sich diese zunutze machend«, trat der Angeklagte mit einem scharfkantigen Schlagwerkzeug, höchstwahrscheinlich mit einem sehr scharfen Beil, von hinten an sie heran und schlug ihr damit in Tötungsabsicht mindestens viermal äußerst wuchtig auf den Hinterkopf. Das Landgericht hat die Tat rechtlich zutreffend als heimtückisch begangenen Mord gewertet.

2. Der Angeklagte leugnet, der Täter gewesen zu sein. Das Landgericht hat sich aber rechtlich fehlerfrei von seiner Täterschaft überzeugt. Es hat sich mit den für und gegen den Angeklagten sprechenden Indizien umfassend auseinandergesetzt und in einer lückenlosen, für den Senat nachvollziehbaren Beweiswürdigung die Täterschaft des Angeklagten festgestellt. Die Verteidigung stellt die Schlüssigkeit dieser Würdigung nicht in Frage. Mit der von ihr - zulässig - erhobenen Verfahrensrüge und auch mit der Sachrüge macht sie aber geltend, die Beweiswürdigung sei von Erkenntnissen beeinflusst, die der Tatrichter nicht habe berücksichtigen dürfen, weil er sie aus unverwertbaren Tagebuchaufzeichnungen des Angeklagten gewonnen habe.

[BGHSt 34, 398] 3. Die Auffassung der Verteidigung trifft indes nicht zu. Das Landgericht durfte, wie geschehen, die »tagebuchähnlichen Aufzeichnungen« des Angeklagten verwerten.

a) Der Angeklagte litt darunter, keinen Kontakt zu Frauen zu finden. »Er nahm sich dieses Problems ... in tagebuchähnlichen Aufzeichnungen« an, die am 1. Oktober 1985 - nach Einleitung der Ermittlungen gegen ihn - in seinem Zimmer im Hause seiner Eltern sichergestellt wurden. Dies wurde ihm von der Polizei noch am selben Tage mitgeteilt. Nach Belehrung über sein Aussageverweigerungsrecht machte er Angaben zur Sache und erklärte ausdrücklich:

»In meiner Wohnung sind Schriftstücke gefunden worden. Ich bin damit einverstanden, daß die Schriftstücke von der Kriminalpolizei sichergestellt werden. Die von mir verfaßten Schriftstücke haben mit der Sache ... nichts zu tun. Im übrigen bleibe ich nach wie vor dabei, mit der Tat nichts zu tun zu haben.«

Das Landgericht hat davon abgesehen, die Tagebuchaufzeichnungen zu verlesen. Es hat aber - gegen den ausdrücklichen Widerspruch der Verteidigung - beschlossen, zwei Sachverständige als Zeugen zu der Frage zu vernehmen, ob und in welchem Umfang sich der Angeklagte ihnen gegenüber zu den Aufzeichnungen geäußert hat und ob er über die mögliche Unverwertbarkeit der Aufzeichnungen belehrt worden ist. Aufgrund der Vernehmung eines der Sachverständigen hat es festgestellt, daß dieser die »Aufzeichnungen bei seinen Untersuchungen ... teilweise inhaltlich mit dem Angeklagten erörtert« hat; weder der Sachverständige noch der Angeklagte hätten sich Gedanken über die Verwertbarkeit gemacht.

Den Inhalt der Erörterungen und die diesem zugrunde liegenden drei Notizen aus dem Jahre 1984 hat das Landgericht »durch die zeugenschaftliche Vernehmung des Sachverständigen ... in die Hauptverhandlung eingeführt«. Es hat sich mit ihnen sowohl bei der Prüfung der Täterschaft des Angeklagten als auch bei der Erörterung der Frage seiner Schuldfähigkeit auseinandergesetzt und die Auffassung vertreten, daß die Tat »auf einen außergewöhnlichen, außerhalb normaler Kategorien denkenden und empfindenden Menschen« hindeute; der Ange-

[BGHSt 34, 399] klagte sei »ein solcher Mensch«; das habe er »treffender als jeder Sachverständige« in seinen »tagebuchartigen Aufzeichnungen« beschrieben. Seine von den Sachverständigen auch unter Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen diagnostizierte »neurotisch gestörte Persönlichkeitsentwicklung« habe das Ausmaß einer »schweren anderen seelischen Abartigkeit erreicht«.

b) Diese Verwertung der Tagebuchnotizen des Angeklagten verstößt nicht gegen die Grundsätze des Strafverfahrens:

aa) Die in Art. 1 GG garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde und das in Art. 2 GG garantierte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit umfassen allerdings auch das Recht am gesprochenen Wort (BVerfGE 34, 238 [246]) und das Recht auf Schutz solcher privater Aufzeichnungen, die der Betroffene nur für sich selbst festhält (BGHSt 19, 325 [326]).

Diese Rechtsposition, die grundsätzlich zur Unverwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen führt, hat der Angeklagte nicht - wie der Generalbundesanwalt meint - dadurch aufgegeben, daß er die verwerteten schriftlichen Aufzeichnungen in einem unverschlossenen Zimmer verwahrt hat. Er wohnte im Hause seiner Eltern. Seine Aufzeichnungen, die Dritten - auch seinen Eltern - erst im Ermittlungsverfahren nach gezielter Suche zur Kenntnis gelangten, und deren Inhalt der Angeklagte vorher niemand mitgeteilt hatte, befanden sich in einem Bücherregal. Daß der Angeklagte sie auch vor seinen Eltern geheimhalten wollte, ergibt ein vom Landgericht inhaltlich mitgeteiltes, gemäß § 100a StPO

abgehörtes Ferngespräch des Angeklagten mit seiner Mutter. In diesem reagierte sie auf den ihr nach der Durchsuchung bekannt gewordenen Inhalt der Notizen verständnislos und entsetzt. Sie hat die bei einer ersten polizeilichen Durchsuchung aufgefundenen, aber noch nicht sichergestellten Papiere zerrissen und in eine Mülltonne geworfen, wo sie bei einer zweiten Durchsuchung sichergestellt wurden.

Zu der Erwägung des Landgerichts, die Tagebuchaufzeichnungen hätten zwar Intimcharakter und seien nicht für Dritte bestimmt gewesen, verdienten jedoch dennoch nicht, »in den Mantel des unantastbaren Persönlichkeitsschutzes gehüllt zu werden, weil der Angeklagte sich darin geistig mit der Begehung von Straftaten an Frauen« auseinandergesetzt habe, ist zu

[BGHSt 34, 400] bemerken: Es trifft zwar zu, daß Aufzeichnungen, die Straftäter über ihre Taten und Opfer fertigen, nicht den aus Art. 1 und 2 GG herzuleitenden Beweis- und Verwertungsverboten unterliegen (BGHSt 19, 325 [331]). Darum handelte es sich hier aber nicht, vielmehr um Notizen höchstpersönlichen Inhalts, in denen sich der Angeklagte mit seinem »Problem, keinen Kontakt zu Frauen zu finden« und seiner von ihm selbst so empfundenen - nach dem Inhalt der Aufzeichnungen aber bekämpften - »Spannung«, vor der Begehung schwerster Straftaten zu stehen, auseinandersetzt. Diese Notizen zeigen damit den Versuch, einer vom Angeklagten befürchteten Verstrickung in Straftaten zu entgehen.

Das Landgericht meint, der »Intimcharakter« der Tagebuchaufzeichnungen sei dadurch »verloren« gegangen, daß der Angeklagte sich »ihrer Dritten gegenüber freiwillig entäußert« habe. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht, daß sich der Angeklagte der Polizei gegenüber mit der Sicherstellung der Papiere einverstanden erklärt und dem Gutachter »Rede und Antwort« gestanden hat. Darin könnte sein Verzicht auf das ihm an den Tagebuchaufzeichnungen zustehende Persönlichkeitsrecht liegen, der durch den späteren Widerspruch des Verteidigers gegen die Verwertung nicht hätte in Wegfall gebracht werden können. Es ist aber fraglich, ob ein solcher Verzicht tatsächlich vorliegt. Dem vom Landgericht mitgeteilten Ferngespräch des Angeklagten mit seiner Mutter kann entnommen werden, daß der damals noch nicht anwaltlich beratene Angeklagte den belastenden Inhalt seiner Tagebuchnotizen kannte und dennoch ihrer Verwertung nicht widersprach, weil er der Auffassung war, er könne dies ohnehin nicht verhindern. Das Landgericht hat sich nicht damit auseinandergesetzt. Das würde aber dem vom Tatrichter angenommenen Verzicht entgegenstehen. Der Angeklagte hat nämlich keine Rechtserfahrung. Es ist nicht anzunehmen, daß ihm die Bedeutung der Grundwerte in dem hier erörterten Umfang bekannt war. Sie ist auch im allgemeinen Rechtsbewußtsein noch nicht so verankert, daß darin, daß sich jemand mit Sicherstellung und Verwertung durch einen Sachverständigen abfindet, bereits der Verzicht auf Persönlichkeitsschutz gesehen werden könnte (BGHSt 19, 325 [333]).

[BGHSt 34, 401] bb) Letztlich kommt es darauf aber nicht an, weil die Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen in dem Umfang, wie geschehen, aus einem anderen Grund gerechtfertigt ist.

Das Persönlichkeitsrecht gilt nicht uneingeschränkt, worauf das Landgericht zutreffend hinweist. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 2. Dezember 1975 - 1 StR 681/75 - unter Berücksichtigung der in BVerfGE 34, 238 [248] dargelegten Grundsätze (vgl. Niebler in Festschrift für Kleinkecht 1985 S. 299 [306 f.]) die Auffassung vertreten, daß die Verwertung heimlich hergestellter Tonbandaufnahmen in Fällen schwerer Kriminalität gerechtfertigt sein kann. Entsprechendes gilt auch für Tagebuchaufzeichnungen (vgl. BGHSt 19, 325 [332 ff.]). Denn das Grundgesetz mißt nicht nur dem Persönlichkeitsschutz, sondern auch einer funktionsfähigen Rechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann, besondere Bedeutung zu (BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49]; 144, 147; 29, 183 [194]; 32, 373 [381]; 33, 367 [382]; 34, 238 [249]; 51, 324 [343]). Die deshalb gebotene Abwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten einerseits und den Belangen der Strafrechtspflege andererseits (BGHSt 19, 325 [334]) führt hier zur Zulässigkeit der Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen:

Die bei dem Angeklagten sichergestellten Unterlagen dienten der Aufklärung eines Mordes, also einer der schwersten Straftaten, die das Strafgesetzbuch kennt. Die Tagebuchaufzeichnungen waren

zwar nicht das einzige Beweismittel; sie waren aber für die Entscheidung von nicht unerheblicher Bedeutung, weil sie einen Einblick in die innere Verfassung des Angeklagten vor der Tat gestatteten und geeignet waren, einerseits Tatmotive aufzuzeigen und andererseits auf entlastende Umstände hinzuweisen. In dieser Weise hat das Landgericht die Tagebuchaufzeichnungen auch verwertet. Gestützt auf das Gutachten des Sachverständigen, der sie mit dem Angeklagten erörtert hat, hat es dabei die Äußerungen verwertet, die in bezug auf das Tötungsverbrechen von Bedeutung waren.

OLG Celle, Urt. v. 16.3.1967 - 1 Ss 10/67 = NJW 1967, 1921 - Taschenbuch-Fall

Aus den Gründen: 1. Der Angeklagte - Philosophiestudent - entnahm aus einem Verkaufsstand eines Warenhauses einen neuen Rowohlt-Kriminalroman, den er in die Rocktasche steckte. Er wurde beobachtet und beim Verlassen des Warenhauses gestellt. Der Angeklagte hat sich unwiderlegt dahin eingelassen, er habe das Buch nur durchlesen und es dann zurückbringen wollen. Von einem Studenten der Rechte habe er erfahren, daß ein Gebrauchsdiebstahl nicht strafbar sei. Diese den meisten Menschen unbekannte Tatsache habe er ausnützen wollen. Man könne ihm wohl einen Vorwurf moralischer Art machen, ein Dieb sei er jedoch nicht, denn er habe nicht mit Zueignungsabsicht gehandelt.

Der Amtsrichter hat den Angeklagten wegen Diebstahls anstelle von 4 Tagen Gefängnis zu 40 DM Geldstrafe verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten mit der Sachrüge, die unbegründet ist.

2. Der Amtsrichter hat zur Zueignung ausgeführt: "Der wirtschaftliche Wert eines neuen Buches für einen Buchhändler oder sonstigen Gewerbetreibenden liegt darin, daß es im neuen, ungebrauchten Zustand verkauft werden kann. Wenn ein Buch einmal gelesen ist, kann der Händler nicht mehr den vollen Preis beanspruchen. Dies weiß auch der Angeklagte. Daß es ihm auch schon zur Tatzeit klar war, ergibt sich aus seiner Schutzschrift, in der er wörtlich ausführt: 'Es erschien mir unzweckmäßig, einen Taschenkriminalroman zu kaufen, da solche Taschenbücher nach ihrer Lektüre m. E. keinen persönlichen Wert mehr repräsentieren; ihr einziger Wert liegt in der Vermittlung einer spannenden Geschichte.' Der Angeklagte wollte das Buch lesen, es also in einer Weise verwenden, die einem Verbrauch gleichkommt. Ein Verbrauch liegt vor, wenn die Sache ihre wirtschaftliche Bestimmung nicht mehr erfüllen kann. Der Angeklagte wollte sich den eigenartigen (spezifischen) Wert dieses neuen, zum Verkauf stehenden Buches zuführen. Das ist Diebstahl und keine Gebrauchsentwendung."

Gegen diese Ausführungen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

[NJW 1967, 1922] Das Wesen der Zueignung war früher lebhaft umstritten. Teilweise wurde die "Substanztheorie", teilweise die "Sachwerttheorie" vertreten. Das RG hat mit der Entscheidung in RGSt 61, 233 beide Theorien vereinigt und daran auch später festgehalten. Der BGH ist dem gefolgt (z.B. in GA 1953, 83 und VRS 5, 615). Nach der in Rechtsprechung und Lehre jetzt herrschenden Ansicht besteht das Wesen der Zueignung darin, daß die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird (vgl. Schönke-Schröder, 12. Aufl. § 242 Rz. 45; LK, 8. Aufl. Vorbemerkung D vor § 242; OLG Braunschweig in NdsRpfl. 1950, 94; OLG Celle in NdsRpfl. 1964, 72 = JR 1964, 266 mit zust. Anm. von Schröder). Dieser Begriff bedarf dann der Ergänzung, wenn er - wie hier - der Abgrenzung zwischen Gebrauch und (teilweisem) Verbrauch bedarf. Das RG hat hierzu ausgeführt (RGSt 44, 335 [336 f.], ein Verbrauch liege dann vor, wenn die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung *im wesentlichen* nicht mehr erfüllen könne, wenn sie deshalb im Verkehrssinne eine andere Sache geworden sei. Ein solcher Verbrauch sei jedoch dann nicht gegeben, wenn die Sache trotz des Gebrauchs, wirtschaftlich gesehen, weiterbestehe, so daß sie noch als dieselbe gelte wie vorher, wenn auch vielleicht mit gewissen Abnutzungsmängeln behaftet. Tatbestandsmäßige Zueignung liegt danach nur vor, wenn die Sache für ihre Zweckbestimmung unbenutzbar geworden ist (LK, aaO; Schönke-Schröder, aaO Rz. 51; Maurach, Besonderer Teil, 4. Aufl., § 26 III C Ia bb; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl., 5.290; OLG Braunschweig, aaO; OLG Hamm in JMBINRW 1962, 110) oder - um es mit Rudolphi (GA 1965, 31

[39]) auszudrücken - wenn eine solche Benutzung erfolgt ist, die der Sache ihre Funktionsfähigkeit in einer bestimmten Richtung endgültig entzieht. Nach Auffassung des Senats kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß neuwertige Sachen, die vom Eigentümer wirtschaftlich für den Verkauf als neue Sachen zum Verkauf bereitgestellt werden, infolge des Gebrauchs aber nicht mehr als neuwertig angesehen werden können, ihre ursprüngliche wirtschaftliche Funktion - und zwar für dauernd - nicht mehr erfüllen können, weil es sich nunmehr um Gebrauchsgüter handelt. Das fabrikneue Kraftfahrzeug des Autohändlers wird zum Gebrauchswagen, neue Bekleidungsstücke können nach Gebrauch nur im Altwarengeschäft Verwertung finden, gebrauchte Bücher werden in das Antiquariat überführt. Diese Beispiele ließen sich für weite Bereiche des Handels vermehren. Hiernach ist die Annahme des Amtsrichters, der Angeklagte habe sich das Buch - objektiv gesehen - rechtswidrig zugeeignet, frei von Rechtsirrtum. Das Buch sollte von der Firma K. wie von jedem Buchhändler - als neues Buch verkauft werden. Als solches wird es zum Verkauf angeboten; der Käufer will dementsprechend auch ein neues Buch erwerben, wenn er hier kauft. Das Buch wäre in einem für den Verkäufer wesentlichen Wert gemindert, wenn der Angeklagte es gelesen hätte. Hierdurch hätte dieser es auch zu seinem eigenen Vorteil verwertet; denn er hätte die Mittel erspart, die er aufwenden müßte, wenn er sich das Buch zum Lesen auf andere Weise verschaffen müßte.

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

Der Angeklagte hat sich über die tatsächlichen Voraussetzungen der ihm vorgeworfenen strafbaren Handlung nicht in einem Irrtum befunden. Er kannte alle Tatumstände: Ihm war bewußt, daß er ein neues, zum Kauf angebotenes Buch widerrechtlich fortnahm und daß dieses nicht mehr neuwertig war, wenn er es - wie er sich eingelassen hat - zurückgebracht hätte, nachdem er es gelesen hatte. Dem Angeklagten war auch bekannt, daß das Buch für die Firma K. dann im Wert gemindert war; weil sie es dann nicht mehr als neu hätte anbieten können. Gleichwohl war sein Wille darauf gerichtet, das Buch zwecks Ausnutzung seines Wertes an sich zu nehmen. Damit spiegelte sich in der Vorstellung des Angeklagten die objektiv vorliegende Zueignung wider. Es handelte danach in Zueignungsabsicht.

Zu dem gleichen Ergebnis würde auch *Schaffstein* kommen, auf den sich die Revision deshalb zu Unrecht beruft. *Schaffstein* bestimmt (in "Der Gerichtssaal" Bd. 103, S. 310) die Zueignung als Ausübung der Eigentümerbefugnisse über eine Sache oder als Ausnutzung ihres Wertes, wenn sie unter gleichzeitigem dauerndem Ausschluß des Berechtigten von der Sachsubstanz oder dem Sachwert erfolgen. Diese Begriffsbestimmung deckt sich mit der, von der die Rechtsprechung ausgeht, wie an dem von *Schaffstein*, aaO in Anm. 38 gebildeten Beispiel deutlich wird.

[NJW 1967, 1923] 3. Der Angeklagte hat nach seiner unwiderlegt gebliebenen Einlassung allein darüber geirrt, daß sein Verhalten als strafbare Zueignung zu werten ist. Dabei kann - was nach dem Urteil unklar bleibt - dahinstehen, ob die Belehrung durch den Rechtsstudenten lediglich allgemein die Definition des *furtum usus* betraf oder ob der Student speziell die Wegnahme eines neuen Buches - wie geschehen - als straflosen Gebrauchsdiebstahl angesehen hat. Dieser Irrtum ist - entgegen der Auffassung des Amtsrichters - unbeachtlich, da der Angeklagte nach den getroffenen Feststellungen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hatte. Das Unrechtsbewußtsein bedeutet nämlich weder die Kenntnis der Strafbarkeit noch die Kenntnis der das Verbot enthaltenden gesetzlichen Vorschrift. Es genügt, wenn - wie der Angeklagte - der Täter, zwar nicht in rechtstechnischer Beurteilung, aber doch in einer seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Wertung das Unrechtmäßige der Tat erkennt (*BGHSt* 2, 194 [202]).

4. Mit Recht hat der Amtsrichter auch angenommen, daß der Diebstahl vollendet ist. Als der Angeklagte das Buch in Zueignungsabsicht in seine Rocktasche steckte, schloß er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründete eigenen ausschließlichen Gewahrsam. Daß der Angeklagte bei der Wegnahme beobachtet worden war, ändert hieran nichts. Dies gibt dem (Geschädigten lediglich die Möglichkeit, den ihm bereits entzogenen Gewahrsam wiederzuerlangen (vgl. *BGHSt* 16, 271 [274]).

5. Auch die Strafzumessungserwägungen des Amtsrichters halten der rechtlichen Überprüfung stand. Zwar hat der Amtsrichter angeführt, der Angeklagte sei uneinsichtig gewesen. Dies hat er ihm aber nicht angelastet, weil er gleich.

wohl der Auffassung war, der Strafzweck könne mit einer Geldstrafe erreicht werden.

6. Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 473 StPO zu verwerfen.

OLG Köln, Urt. v. 21.5.1985 - Ss 103/85 = NJW 1986, 392 - Schnaps-Fall

Zum Sachverhalt: Am 3.11.1983 erhielt der Angekl. von dem Sozialamt einen Gutschein zum Bezug von Lebensmitteln. Wie der Angekl. wußte, berechnete der Gutschein nicht zur Bezahlung alkoholischer Getränke. Der Angekl. begab sich in die Lebensmittelabteilung eines Kaufhauses, nahm eine Flasche Schnaps aus dem Regal, öffnete sie und trank sie an. Ebenso verfuhr er mit einer zweiten und einer dritten Flasche. Die Flaschen legte er sodann in seinen Einkaufswagen und begab sich zur Kasse. Dort versuchte er, die Ware mit dem Gutschein zu bezahlen. Die Annahme des Gutscheins wurde jedoch verweigert. Der Angekl. hatte kein Bargeld zur Bezahlung der drei Flaschen Schnaps bei sich.

Aus den Gründen: Der Angekl. ist zu Recht wegen Diebstahls verurteilt worden.

1. Allerdings teilt der Senat nicht die Rechtsauffassung der GenStA, wonach der Angekl. die gesamten drei Flaschen Schnaps entwendet habe. Der Angekl. hat weder beim Ergreifen der Flaschen aus dem Regal noch als er die Flaschen antrank und dann in den Einkaufskorb legte, Gewahrsam an den Flaschen und ihrem Inhalt erlangt. Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart erlangt, daß ihrer Ausübung keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen und der bisherige Gewahrsamsinhaber auf die Sache nicht mehr einwirken kann, ohne zuvor die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen (*BGH, GA* 1966, 78; *KG, JR* 1966, 308).

Im einzelnen setzt die Begründung neuen Gewahrsams voraus, daß der Täter Herrschaftswillen hat (*BGH, GA* 1962, 78; *RGSt* 27, 222 [225]; 60, 271 f.; *Eser* in: Schönke/Schröder, StGB, 21. Aufl., § 242 Rn. 20 f. m.w.N.). Hieran fehlt es, weil der Angekl. die Flaschen und den (verbliebenen) Inhalt nicht selbst beherrschen, sondern zur Kasse bringen wollte.

Im übrigen hat der Angekl. an den Flaschen kein tatsächliches Herrschaftsverhältnis (vgl. *Eser* in: Schönke/Schröder, § 242 Rn. 16 m.w.N.) begründet. Zur Vollendung einer Wegnahme genügt weder das bloße Berühren einer Sache noch ist andererseits ein Wegbringen oder ein Bergen der Sache erforderlich. Ob neuer Gewahrsam begründet ist, beurteilt sich vielmehr nach den tatsächlichen Umständen des Falles und der Verkehrsanschauung (vgl. *BGHSt* 16, 271 [273] = *NJW* 1961, 2266; *BGH, NJW* 1981, 997). Entscheidend ist, ob der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, daß er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der Verfügungsgewalt des Täters nicht mehr über die Sache verfügen kann. Regelmäßig ist daher neuer Gewahrsam in dem Augenblick begründet, in dem die Herrschaftsmacht des bisherigen Gewahrsamsinhabers vollständig aufgehoben ist (*RGSt* 27, 395; 76, 121 [133]; *BGHSt* 16, 271 = *NJW* 1961, 2266; *BGHSt* 23, 254 = *NJW* 1970, 1196; *BGHSt* 26, 24 [26] = *NJW* 1975, 320; *Gössel, ZStW* 85, 606; *Welzel, GA* 1960, 265; *Eser* in: Schönke/Schröder, § 242 Rn. 32 f.). In Selbstbedienungsläden genügt es, wenn der Täter eine kleine Sache in die Kleidung oder eine Tasche einsteckt (*BGHSt* 16, 271 = *NJW* 1961, 2266). Bei unauffälligen, leicht beweglichen Gegenständen, zum Beispiel bei Geldstücken, Geldscheinen oder Schmuck, reicht bereits ein Ergreifen und Festhalten der Sache zur

Begründung neuen Gewahrsams aus (BGHSt 23, 254 = NJW 1970, 1196; BGH, GA 1969, 91; Senat, MDR 1971, 595 m.w.N.).

Einen derartigen Gewahrsam hat der Angekl. nicht an den Flaschen und ihrem gesamten Inhalt begründet. Insoweit war zu berücksichtigen, daß er die Flaschen nicht in seiner Kleidung oder mitgebrachten Gegenständen versteckt hat. Auch als er die Flaschen öffnete und aus ihnen trank, war erkennbar, daß es sich um Flaschen handelte, die aus dem Regal genommen waren und noch an der Kasse bezahlt werden mußten. Da der Angekl. die Flaschen sogleich in den Einkaufskorb legte, war auch für einen unbefangenen Beobachter deutlich, daß der Angekl. noch nicht eigenen Gewahrsam an diesen Flaschen begründet hatte.

2. Der Angekl. war jedoch wegen Diebstahls an dem Alkohol zu bestrafen, den er in der Lebensmittelabteilung aus den geöffneten Flaschen trank. In dem Augenblick des Trinkens wurde der bisherige Gewahrsamsinhaber von jedem Einfluß auf diesen Teil seiner Ware ausgeschlossen. In jenem Augenblick war dieser Teil der Ware nach der Lebensauffassung eindeutig der Herrschaftssphäre des Täters zuzuordnen. Der Fall liegt nicht anders, als wenn der Täter einen unauffälligen, leicht beweglichen Gegenstand, wie zum Beispiel ein Geldstück, ergreift und festhält (s.o.). Die Besonderheit des Falles liegt nicht in der Begründung neuen Gewahrsams durch den Täter, sondern darin, daß alsbald nach der Begründung dieses Gewahrsams der von dem Angekl. genossene Alkohol heruntergeschluckt wurde und dadurch seine Eigenschaft als selbständige Sache verlor. Insoweit kommt es aber auf die Dauer des neuen Gewahrsams nicht an. Auch eine nur ganz vorübergehende Sachherrschaft ist Gewahrsam (BGHSt 16, 271 [273] = NJW 1961, 2266). Dementsprechend fiel unter den Tatbestand des Mundraubs (§ 370 Nr. 5 StGB a.F.) ausdrücklich auch die Entwendung "zum alsbaldigen Verzehr". Insgesamt kann der vorliegende Fall nicht anders beurteilt werden, als wenn der Angekl. einen anderen kleinen Gegenstand innerhalb des Ladengeschäfts in Zueignungsabsicht in den Mund genommen hätte, um ihn dort zu verstecken.

Nach den Feststellungen der StrK war das Kaufhaus mit der Wegnahme auch nicht einverstanden. Zwar mag es sein, daß in Geschäften gelegentlich geduldet wird, daß schon vor dem Bezahlen an der Kasse mit dem Verzehr von Lebensmitteln begonnen wird. Eine solche Duldung wäre einer die Wegnahme ausschließenden Einwilligung nicht gleichzustellen. Hier hat die StrK ohne Rechtsfehler festgestellt, daß eine Einwilligung des Geschäftsinhabers nicht vorlag. Ob für das Antrinken durch "zahlungswillige und zahlungsfähige Kunden" ein Einverständnis des Geschäftsinhabers vorgelegen hätte, kann auf sich beruhen, weil der Angekl. nicht zahlungsfähig war.

Der Angekl. handelte auch in der Absicht der rechtswidrigen Zueignung. Insoweit genügte es, daß er damit rechnete, die Verkäuferin werde seinen Gutschein nicht akzeptieren (vgl. *Eser* in: Schönke/Schröder, § 242 Rn. 62 sowie § 246 Rn. 12).

Der Angekl. ist auch zu Recht wegen Sachbeschädigung verurteilt worden. Der Angekl. hat die drei Flaschen Schnaps beschädigt. Schon durch das Öffnen der Flasche und die damit verbundenen Beschädigungen der Verschlüsse hat der Angekl. die gesamten Flaschen und ihren Inhalt derart verändert, daß ihre Brauchbarkeit aufgehoben wurde. Die angebrochenen Flaschen kamen, wie das LG ohne Rechtsfehler festgestellt hat, für einen Verkauf nicht mehr in Betracht. Da es auf die objektive Sachlage ankommt, ist hier ohne Bedeutung, daß der Angekl. bereit war, die angebrochenen Flaschen gegen Hingabe des Gutscheins zu übernehmen.

OLG Stuttgart, Beschl. v 9.7.2001 - 2 Ss (26) 298/01 = NStZ-RR 2002, 47

Leitsätze: 1. Wer seine Schafherde unbefugt auf fremden Äckern weiden läßt, macht sich des Diebstahls schuldig.

2. Die Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch ist unwirksam, wenn sich das der Verurteilung zu Grunde liegende Geschehen nicht als Straftat, sondern als Ordnungswidrigkeit darstellt.

3. Die landesrechtlichen Bußgeldvorschriften über die Beschädigung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke regeln auf ihrem Gebiet die Materie der Sachbeschädigung abschließend und gehen § 303 StGB vor.

Aus den Gründen: ... Nach den Feststellungen des Urteils fuhr der Angekl. "Am 19.3.1999 zwischen 6.10 Uhr und 7.10 Uhr (...) mit dem Pkw Kombi, amtliches Kennzeichen ..., über die Wiesen des K im Gewann W. und F. auf Gemarkung T" und hinterließ "auf den Grundstücken (...) Holzprügel, Glasscherben, Steine und weiteren Unrat", "um zu erreichen, daß die Bearbeitung der Grundstücke erschwert wird, bzw. das Vieh nach der Ernte durch den Verzehr des Grases verletzt wird. Durch das Befahren der Grundstücke mit dem Pkw entstanden Unebenheiten (tiefe Spurrinnen). Durch den Unrat und die Spuren entstand ein Schaden von ca. 200 DM".

Diese Feststellungen tragen die Verurteilung wegen einer Straftat der Sachbeschädigung gem. § 303 StGB nicht. Die Tat kann vielmehr nur als Ordnungswidrigkeit nach § 28 I Nr. 4 LLG geahndet werden. Gem. Art. 4 V Nr. 1 EGStG lassen die Vorschriften des Strafgesetzbuches über Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung und Urkundenfälschung die Vorschriften des Landesrechts zum Schutze von Feld und Forst unberührt, die bestimmte Taten nur mit Geldbuße bedrohen. Der Landesgesetzgeber hat in § 28 I LLG von der in Art. 4 V EGStGB enthaltenen Ermächtigung, auf dem Gebiet des Feldschutzes Vorschriften zu erlassen, die die im Strafgesetzbuch geregelte Materie Sachbeschädigung ersetzen sollen, uneingeschränkt Gebrauch gemacht (*OLG Stuttgart*, Beschl. v. 26.4.1978 - 2 Ss 95/78). § 28 I Nr. 4 LLG bestimmt, daß "ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig auf ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück unbefugt Steine oder sonstige Gegenstände bringt oder wirft, wenn dadurch dessen Nutzung beeinträchtigt wird". Nach dem Wortlaut "Gegenstände bringt" und Sinn und Zweck dieser Vorschrift umfaßt sie nicht nur das Hinterlassen von Steinen, Holz, Scherben und anderem Unrat, sondern auch das Befahren eines Ackers mit einem Fahrzeug, wenn dieser dadurch beschädigt wird. Da somit die Tat vom 19.3.1999 nicht als Straftat verfolgt werden kann, ist die Beschränkung der Berufung bezüglich dieses Tatkomplexes unbeachtlich (*BayObLG*, NJW 1954, 611; vgl. auch *BGH MDR* 1978, 282; *BayObLG*, wistra 1992, 279). Das Fehlen eigener Feststellungen des LG zur Schuldfrage führt daher insoweit zur Aufhebung des Urteils.

Demgegenüber ist die Berufungsbeschränkung im Übrigen wirksam. Insbesondere tragen die Feststellungen der Urteile des AG Tuttingen die Verurteilung wegen Diebstahls gem. § 242 StGB in den Fällen, in denen dem Angekl. vorgeworfen wird, er habe seine Schafherde unbefugt auf fremden Äckern weiden lassen (vgl. zur Frage des Diebstahls durch Entwenden von Feldfrüchten im Allgemeinen *RGS* 23, 71 und speziell zum unbefugten Abweiden durch Schafe *LG Karlsruhe*, NStZ 1993, 543). Insoweit hat nämlich der Landesgesetzgeber von der in Art. 4 IV EGStGB enthaltenen Ermächtigung, auf dem Gebiet des Feldschutzes Vorschriften zu erlassen, die die im Strafgesetzbuch geregelte Materie Diebstahl ersetzen sollen, keinen Gebrauch gemacht. Das Landesrecht enthält zwar in § 28 I Nrn. 8 und 9 LLG auch Ordnungswidrigkeitentatbestände in Bezug auf unbefugtes Weidenlassen von Tieren, Art. 4 IV EGStGB bestimmt den Vorrang des Landesrechts jedoch nur, soweit dort in Feld- und Forstschutzvorschriften bestimmt wird, daß eine Tat nicht strafbar ist oder nicht verfolgt wird. Eine solche Bestimmung ist in § 28 LLG für das Weidenlassen aber nicht getroffen. ...

LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 9.4.2003 - 5/22 Ks 3490 Js 230118/02 = StV 2003, 325 - Gäfgen

Aus den Gründen: Es wird festgestellt, daß infolge der am 1.10.2002 erfolgten Bedrohung des Angekl. durch einen Kriminalbeamten folgende Vernehmungen sowie in Vermerken festgehaltenen sonstigen Bekundungen des Angekl. gem. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO nicht verwertet werden dürfen:

1. Vermerk des Kriminalbeamten E. v. 1.10.2002 ...
2. Leseabschrift einer handschriftlichen Notiz des Kriminalbeamten M. v. 1.10.2002 ...
3. Vermerk des Kriminalbeamten M. v. 1.10.2002 ...

4. Vermerk des Kriminalbeamten F. v. 4.10.2002 ...
5. Vernehmung v. 4.10.2002 ...
6. Vernehmung v. 14.10.2002 ...
7. Vernehmung v. 17.10.2002 ...
8. Richterliche Vernehmung v. 30.1.2003 ...

Der Antrag der Verteidigung auf Feststellung einer *Fernwirkung* der Bedrohung wird zurückgewiesen.

Entgegen der Auffassung der StA und der Nebenklage ist es sachgerecht und geboten, bereits in diesem Verfahrensstadium über die Frage der Fort- und Fernwirkung des Verstoßes gegen § 136a StPO zu entscheiden, da von der Bewertung dieser Frage zum einen Art und Umfang der dem An- [StV 2003, 326] gekl. vor Beginn seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung zu erteilenden Belehrung abhängt und zum anderen sich das Problem der Verwertbarkeit von Aussagen und Beweismitteln alsbald nach Beginn der Beweisaufnahme stellen wird.

Wie bereits im vorangegangenen Beschl. festgestellt, geht die *Kammer* davon aus, daß dem Angekl. anlässlich seiner Befragung durch KHK E. am 1.10.2002 zwischen etwa 8.00 Uhr und 8.50 Uhr gedroht wurde, ihm Schmerzen zuzufügen, wenn er nicht den Aufenthaltsort des entführten Kindes nenne. Daraufhin erklärte der Angekl., Jakob von Metzler liege in einem kleinen Teich in der Nähe von B. unter einem Steg.

Von dieser Vorgehensweise der Polizei wurde die StA am 1.10.2002 unterrichtet. Weder in einer der noch am gleichen Tage erfolgten weiteren Befragungen des Angekl. noch in einer der drei im Oktober 2002 durchgeführten staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen des Angekl. – in denen sich dieser umfänglich geständig äußerte – wurde die Frage der Androhung von Schmerzen angesprochen.

Nachdem der Angekl. in einer weiteren staatsanwaltschaftlichen Vernehmung am 15.1.2003 die Geschehnisse vom frühen Morgen des 1.10.2002 aus seiner Sicht umfassend geschildert hatte und die Vermerke des Polizeivizepräsidenten Daschner v. 1.10.2002 und des Oberstaatsanwalts Sch. v. 9.10.2002 Aktenbestandteile geworden waren, wurde der Angekl. am 30.1.2003 durch die als Zeugin gehörte Richterin am *AG St.* vernommen. Ausweislich des Verhandlungsprotokolls wurde er vor Beginn der eigentlichen Vernehmung über sein Recht belehrt, zur Sache auszusagen oder zu schweigen, ferner darüber, daß er das Recht habe, vor Einlassung zur Sache anwaltlichen Rat einzuholen und Beweiserhebungen zu verlangen. Anschließend wurde eine – vom Angekl. anschließend bestätigte – Erklärung des Verteidigers RA Dr. Endres protokolliert, in der betont wurde, die bedrohliche Situation, die anlässlich seiner ersten polizeilichen Vernehmung bestand, bestehe nicht mehr fort; dies gelte auch schon für die Vernehmungen v. 14.10. und 17.10.2002, die Gegenstand der richterlichen Vernehmung sein sollten. Daraufhin wurden die beiden eben genannten staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokolle verlesen; der Angekl. verfolgte die Verlesung und brachte an einzelnen Stellen Berichtigungen oder Erläuterungen an. Am Ende der Vernehmung wurde folgende Erklärung des Angekl. protokolliert: »Die bedrohliche Situation war am Morgen des 1.10.2002. Bei meinen späteren Sitzungen wurde ich nicht mehr bedroht und ich fühlte mich nicht mehr bedroht. Ich habe mich zur Tat geäußert, weil es mir ein Bedürfnis war. Auch heute fühle ich mich nicht bedroht.«

Nach § 136a Abs. 1 StPO darf die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Besch. nicht beeinträchtigt werden durch – u. a. – Mißhandlung und Quälerei; die Drohung mit einer solchen Maßnahme ist verboten. Die Vorschrift bezieht sich nur auf Vernehmungen. Eine »Vernehmung« liegt vor, wenn der Vernehmende dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt (*BGH GrS St.* 42, 139, 145).

Auf dieser Grundlage unterliegt es keinem Zweifel, daß es sich bei der Befragung des Angekl. am frühen Morgen des 1.10.2002 durch KHK E. um eine Vernehmung handelte, in der eine verbotene Vernehmungsmethode i. S. v. § 136a StPO zum Einsatz kam, die nach Abs. 3 S. 2 dieser Vorschrift zur Folge hat, daß Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, nicht verwertet werden dürfen.

Dies gilt nicht nur für die im Vermerk des KHK E. v. 1.10.2002 festgehaltenen Angaben des Angekl., sondern infolge einer *Fortwirkung* des Verstoßes gegen § 136a auch für alle weiteren bisher durchgeführten Befragungen und Vernehmungen.

In Lit. (vgl. hierzu u. a. KK-*Boujong*, 5. A., § 136a StPO Rn. 40 f.; *Löwe-Rosenberg-Hanack*, 25. A., § 136a Rn. 65; *Neuhaus* NStZ 1997, 314) und Rspr. besteht weitgehend Einigkeit dahingehend, daß – hat der Besch. einmal unter dem Einfluß des verbotenen Vernehmungsmittels ausgesagt – spätere Aussagen, auf die das gesetzwidrige Mittel noch fortwirkt, ebenfalls unverwertbar sind. Eine solche Fortwirkung ist aber nicht ohne weiteres, sondern nur unter besonderen Umständen anzunehmen. Eine »Heilung« des der ersten Vernehmung anhaftenden Makels ist möglich, setzt allerdings unabdingbar voraus, daß der Besch. sich bei seiner späteren Vernehmung bewußt ist, unter *rechtlichen* Gesichtspunkten nunmehr *erstmalig* und ohne Bindung an die Angaben aus der vorhergehenden Vernehmung auszusagen. Ihm muß klar sein, daß er seine Entscheidung, zur Sache auszusagen oder zu schweigen, völlig neu treffen kann. Die Annahme einer Fortwirkung kommt dabei im allgemeinen umso weniger in Betracht (vgl. *BGH* NStZ 95, 462), je länger die wegen Verstoßes gegen § 136a StPO unverwertbare frühere Aussage zurückliegt und je weniger einschneidend die Beeinträchtigung der Willensfreiheit war. Umgekehrt spricht es eher für eine Fortwirkung, wenn der Angekl. bei der späteren Vernehmung nicht von sich aus im Zusammenhang berichtet, sondern auf Vorhalt nur seine früheren Aussagen pauschal bestätigt oder auf sie Bezug nimmt.

Eine dahingehende »qualifizierte Belehrung« (vgl. hierzu u. a. *BGH* NStZ 1996, 290, 291) ist dem Angekl. in keiner der im Beschlußtenor aufgeführten Befragungen und Vernehmungen erteilt worden. Dies bedarf keiner näheren Erörterung, soweit es die staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen von Oktober 2002 betrifft, da in diesen Vernehmungen die Frage des § 136a StPO nicht angesprochen worden ist.

Aber auch in der richterlichen Vernehmung v. 30. 1. 2003 ist eine derartige qualifizierte Belehrung nicht erfolgt.

Daß eine solche Belehrung nicht ausdrücklich protokolliert worden ist, ergibt sich aus dem oben wörtlich wiedergegebenen Inhalt der dem Angekl. erteilten Belehrung.

Nach Auffassung der *Kammer* bedarf es nicht unbedingt einer wörtlich protokollierten, in ihrem Wortlaut eindeutigen qualifizierten Belehrung. Es reicht aus, wenn aus anderen Umständen – sei es aus dem Protokoll selbst oder aus dazu abgegebenen Erklärungen – eindeutig hervorgeht, daß sich der Verurteilte seiner Wahlmöglichkeit, auszusagen oder zu schweigen, bewußt war. Dazu ist jedenfalls der unmißverständliche Hinweis erforderlich, daß seine früheren Vernehmungen unverwertbar sind (vgl. *SK-Rogall*, 1995, § 136a StPO Rn. 86, vor § 133 Rn. 178). Dem Angekl. soll damit der Eindruck genommen werden, da er bereits einmal sich geständig eingelassen habe, bleibe ihm – wolle er seine Verteidigungsposition für ihn günstig gestalten – nun gar keine andere Möglichkeit, als dieses Geständnis zu wiederholen und zu vertiefen, da man ihn sonst an dem einmal abgegebenen Geständnis festhalten könnte.

Die von RA Dr. Endres für ihn und vom Angekl. am Ende der Vernehmung selbst abgegebenen Erklärungen beinhalten lediglich, daß die Bedrohungssituation in den Vernehmungen ab dem 14. 10. 2002 nicht mehr bestand, nicht aber das Wissen des Angekl. darum, daß die zuvor gemachten Angaben nicht verwertet werden dürfen und er jetzt – am 30. 1. 2003 – völlig frei entscheiden konnte, ob er ein Geständnis ablegen wollte oder nicht. Auch seine Erklärung »Ich habe mich zur Tat geäußert, weil es mir ein Bedürfnis war«, ist interpretationsfähig und nicht geeignet, das Wissen des Angekl. um seine *Wahlmöglichkeit* zu belegen.

Auch die Angaben des Angekl. hierzu sowie die Aussage der Richterin am *AG St.* führen zu keiner anderen Bewertung. Nach Darstellung der Zeugin wurde der Begriff »Verwertungsverbot« von ihr nicht verwandt. Der vom StA verwandte Ausdruck »qualifizierte Belehrung« wurde nicht in der Form erläutert, daß darunter zu verstehen ist, daß die bisherigen Angaben

[**StV 2003, 327**] des Angekl. wegen der verbotenen Vernehmungsmethode am 1.10.2002 unverwertbar seien. Die Annahme der Zeugin, es sei allen klar gewesen, daß sich der Angekl. völlig frei ohne

Bindung an früher Gesagtes äußert, ersetzt nicht die Gewißheit der *Kammer*, daß dem Angekl. am 30.1.2003 bewußt war, daß seine früheren Angaben, wie sie im Beschlußtenor aufgelistet sind, »null und nichtig« und rechtlich nicht verwertbar waren. Die Darstellung des Angekl., ihm sei am 30.1.2003 nicht bewußt gewesen, daß seine früheren Angaben als nicht gemacht anzusehen waren und deshalb die richterliche Vernehmung erfolgen sollte, ist durch die Aussage der Zeugin St. nicht widerlegt. Der Hinweis auf die berufliche Qualifikation des Angekl. vermag den Mangel der notwendigen Eindeutigkeit der qualifizierten Belehrung nicht zu ersetzen.

Dagegen besteht keine *Fernwirkung* des Verstoßes gegen § 136a StPO in der Weise, daß auch die bei der Aussage bekanntgewordenen Beweismittel nicht benutzt werden dürfen.

Die *Kammer* folgt insoweit der in Lit. und Rspr. vertretenen Mittelmeinung (vgl. *Löwe-Rosenberg*, a.a.O., Rn. 66), wonach eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen und insbes. zu berücksichtigen ist, ob in besonders grober Weise gegen die Rechtsordnung, namentlich gegen Grundrechtsnormen verstoßen wurde, und dabei auch auf die Schwere der aufzuklärenden Tat abzustellen ist. Die Abwägung der Schwere des Eingriffs in Grundrechte des Angekl. – im vorliegenden Fall die *Androhung körperlicher Gewalt* – und der Schwere der ihm vorgeworfenen und aufzuklärenden Tat – *vollendete Tötung* eines Kindes – läßt die Unverwertbarkeit der infolge der Aussage des Angekl. bekanntgewordenen Beweismittel – insbes. das Auffinden des toten Kindes und die Ergebnisse der Obduktion – unverhältnismäßig erscheinen.

LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 9.4.2003 - 5/22 Ks 3490 Js 230118/02 = StV 2003, 327 - Gäfgen

Aus den Gründen: Die Einstellung des Verfahrens durch Urteil gem. § 260 Abs. 3 StPO wird abgelehnt

Die von der Verteidigung hierfür vorgetragene Gründe stellen weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit ein Verfahrenshindernis dar, das ausschließt, daß über den Prozeßgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf.

Unmittelbar aus den Vorschriften der StPO sich ableitende Verfahrenshindernisse sind von der Verteidigung nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich.

Ebensowenig läßt sich grundsätzlich aus Verstößen gegen das Rechtsstaatsprinzip und Verstößen gegen den aus diesem herzuleitenden Anspruch auf ein faires Verfahren ein Verfahrenshindernis begründen. Hierfür kommen nur solche Umstände in Betracht, die nach dem ausdrücklich erklärten oder aus dem Zusammenhang ersichtlichen Willen des Gesetzes für das Strafverfahren so schwer wiegen, daß von ihrem Vorhandensein (oder Nichtvorhandensein) die Zulässigkeit des Verfahrens im Ganzen abhängig gemacht werden muß.

Der *BGH* hat in mehreren Entscheidungen hervorgehoben, daß es ausgeschlossen ist, ohne gesetzliche Regelung ein Verfahrenshindernis dann anzunehmen, wenn ein bestimmtes Vorkommnis als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und den daraus abzuleitenden Anspruch auf ein faires Verfahren bewertet werden kann (*BGHSt* 32, 345 ff.; 37, 13; 46, 159 ff.).

Auch das *BVerfG* hat ausgesprochen, daß ein von Verfassungs wegen anzunehmendes Verfahrenshindernis allenfalls in besonders schwerwiegenden Fällen – in einer Entscheidung heißt es sogar »in extrem gelagerten Fällen« – anzunehmen sein wird (*BVerfG* in *NJW* 84, 796; *BVerfGE* 57, 275; Beschl. v. 5.2.2003 – 2 BvR 327/02). Dabei sind die Gesamtumstände des Falles zu bewerten, insbes. die Schwere des Tatvorwurfs – hier u. a. vollendeter Mord – sowie die Gewichtung des Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip – hier die Androhung, dem Angekl. Schmerzen zuzufügen. Insbes. im Hinblick auf die Schwere des Tatvorwurfs ist die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates zum Rechtsgüterschutz durch die Verfolgung strafbarer Handlungen zu berücksichtigen. Er kann von dieser Verpflichtung in der Regel nicht durch das Fehlverhalten einzelner in seinem Namen Handelnder an ihrer Erfüllung gehindert werden.

Die *Kammer* geht nach Aktenlage davon aus, daß dem Angekl. in den Morgenstunden des 1.10.2002 von einem Polizeibeamten auf Anordnung des Polizeivizepräsidenten Daschner angedroht worden ist, man werde ihm Schmerzen zufügen, wenn er den Aufenthaltsort von Jakob v. Metzler nicht preisgebe. Über die Androhung von Schmerzen hinaus vermag die *Kammer* keine weitere Einflußnahme auf die Freiheit der Willensentschließung des Angekl. in dieser Vernehmungssituation festzustellen. Insbes. ist der in der Antragsbegründung wiedergegebene Inhalt der Aussage des Angekl. v. 15.1.2003, nämlich die Ankündigung sexueller Mißhandlungen durch Dritte, nicht bewiesen; dies ist eine Behauptung des Angekl. Nach der Drohung mit der Zufügung von Schmerzen hat der Angekl. Angaben gemacht, die zum Auffinden der Leiche des Jungen führten. Dieses Gericht hat nicht darüber zu befinden, ob und in welchem Umfang sich die an dieser Vorgehensweise beteiligten Polizeibeamten strafbar gemacht haben. Es ist jedoch festzustellen, daß bereits die Androhung, man werde dem Angekl. Schmerzen zufügen, gesetzwidrig war. Nach Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG dürfen festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden. Nach Art. 3 MRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung unterworfen werden.

Aus diesem Verfassungsverstoß folgt jedoch nicht die Unzulässigkeit der Durchführung der Hauptverhandlung gegen den Angekl.

Nach § 136a StPO darf die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Besch. nicht durch Mißhandlung beeinträchtigt werden, die Drohung mit einer solchen unzulässigen Maßnahme ist verboten. Diese Vorschrift enthält nicht nur eine Ausprägung des Verfassungsgrundsatzes des Art. 1 GG, wonach ein Besch. seinen Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde nicht verliert, weil er Straftaten, selbst schwerster Art, verdächtig ist. Hieraus ergibt sich, daß die Wahrheit im Strafverfahren nicht um jeden Preis, sondern in einem rechtsstaatlichen Verfahren erforscht werden darf. Die Vorschrift ist auch Ausprägung der verfassungsrechtlichen garantierten Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung (Art. 104 GG) und dem Folterverbot der MRK.

Der Gesetzgeber hat diesem aus der Verfassung abgeleiteten Grundsatz für die Durchführung des Strafverfahrens insofern Rechnung getragen, als er in § 136a Abs. 3 StPO Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, selbst bei Zustimmung des Besch. zu ihrer Verwertbarkeit für unverwertbar erklärt hat. In welchem Umfang und für welche Aussagen des Angekl. dies zutrifft, wird die *Kammer* gesondert zu prüfen haben.

Weitere verfahrensrechtliche Folgerungen aus einem Verstoß haben weder der Gesetzgeber noch die Rspr. gezogen, wobei der *BGH* in seiner Entscheidung v. 18.11.1999 (*BGHSt* 45, 321 ff.) noch einmal ausdrücklich hervorgehoben hat, daß selbst der massive Verstoß gegen § 136a StPO, eine schwere Verletzung des Fairneßgebotes, nach ausdrück-
[StV 2003, 328] licher gesetzlicher Regelung lediglich ein Verwertungsverbot und kein Verfahrenshindernis begründet.

Aus dem gesetzwidrigen Vorgehen der Polizeibeamten am 1.10.2002 ergibt sich auch keine Behinderung der Verteidigung und ein dadurch begründeter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens in einem Ausmaß, das zur Annahme eines von Verfassungs wegen anzunehmenden Verfahrenshindernisses führt. Die Überlegung, bei Kenntnis des Verteidigers RA Dr. Endres von der verbotenen Vernehmungsmethode am 1.10.2002 hätte er den Angekl. möglicherweise anders, als offensichtlich geschehen, beraten, verfängt nicht. Den Akten läßt sich nicht entnehmen, zu welchem Zeitpunkt im Laufe des Ermittlungsverfahrens der Verteidiger von diesen Vorgängen Kenntnis erlangt hat, insbes. ob er bei den Vernehmungen des Angekl. am 4., 14. und 17.10.2002, bei denen er anwesend war, hiervon gewußt hat. Spätestens bei der in Anwesenheit seiner beiden heutigen Verteidiger durchgeführten richterlichen Vernehmung des Angekl. am 30.1.2003 waren der Verteidigung die Vorgänge v. 1.10.2002 bekannt.

Aus alledem ergibt sich, daß unter Berücksichtigung der Schwere des Schuldvorwurfs und des Ausmaßes des gesetzwidrigen Verhaltens am 1.10.2002 das Ermittlungsverfahren nicht derart schwer belastet ist, daß von Ausnahmefällen vorbehaltenen unerträglichen Rechtsstaatsverstößen gesprochen werden müßte, die der Durchführung des Verfahrens als ganzem entgegenstehen.

Zum Sachverhalt: Der im vorliegenden Verfahren als Zeuge beteiligte G hatte einen elfjährigen Jungen in seine Gewalt gebracht und getötet, um von der Familie des - bereits toten - Kindes ein Lösegeld zu erpressen. Nachdem G drei Tage nach der Entführung bei der Abholung des Geldes beobachtet und - er hatte sich inzwischen einen Pkw Mercedes gekauft - später festgenommen worden war, konzentrierten sich die polizeilichen Ermittlungen zunächst auf die Feststellung des Aufenthaltsorts des Opfers; es wurde vorläufig davon ausgegangen, daß das Kind noch am Leben sei und in einem Versteck festgehalten werde. Während der Zeit der Vernehmung des G fand die Polizei in dessen Wohnung einen wesentlichen Teil des Lösegelds und einen Zettel, auf dem Einzelheiten der Tatvorbereitung aufgeschrieben waren. Diese Funde ergaben, daß G als Allein- oder Mittäter der Entführung dringend verdächtig war. Da G durch sein Aussageverhalten die behördlichen Nachforschungen mehrfach bewußt fehlgeleitet hat, wies der Angekl. Wolfgang Daschner (D) den Angekl. E an, bei der weiteren Befragung des G diesem mit dem Einsatz physischen Zwangs zu drohen, um G zur Preisgabe des Verstecks zu veranlassen. D war damals stellvertretender Behördenleiter des im Übrigen zuständigen urlaubsabwesenden Polizeipräsidenten, E leitete als "amtierender Leiter K 12" den in die Untersuchungen eingebundenen Unterabschnitt "Allgemeine Ermittlungen". Die Angekl. wußten, daß die Beweislage nicht sicher und insbesondere noch ungeklärt war, ob neben G Mittäter existierten, die über das Schicksal des Kindes mitbestimmten. Weiterhin konnte eine sichere Überzeugung, daß G bei seinen Äußerungen zu einem angeblichen Versteck wiederum gelogen hat, zu diesem Zeitpunkt aus den Ermittlungsergebnissen nicht hergeleitet werden. Die Angekl. wußten auch, daß ein von den beteiligten Abschnittsleitern erarbeiteter Stufenplan mit verschiedenen Maßnahmen - unter anderem einer Konfrontation des G mit Angehörigen der Familie des Opfers - nicht von vornherein aussichtslos war. Über seine Anordnung und das weitere Geschehen fertigte D einen schriftlichen Vermerk an, in dem es unter anderem heißt:

"Am 30.9.2002, gegen 22.45 Uhr, teilte mir KOR E mit, daß der Tatverdächtige Magnus G weiterhin keine Angaben zum Verbleib des vermißten Kindes gemacht habe. Für den Fall der weiteren Weigerung habe ich die Anwendung unmittelbaren Zwangs angeordnet. Nach Sachlage ist davon auszugehen, daß sich Jakob M, sofern er noch am Leben ist, in akuter Lebensgefahr befindet (Entzug von Nahrung und Flüssigkeit, Außentemperatur).

Am 1.10.2002 um 6.15 Uhr teilten mir KOR E und KOR Mü mit, daß G mittlerweile freiwillig ausgesagt habe. Nach seinen Angaben seien weitere Tatverdächtige festgenommen und Wohnungen - ohne Erfolg - durchsucht worden. Angeblich werde Jakob M in einer Hütte am Langener Waldsee festgehalten (der Beschreibung nach könnte es auch der Walldorfer Badeseesee sein). Dort werden zurzeit mehrere Hundertschaften zusammengezogen. Wegen des ausgedehnten Geländes und fehlender Eingrenzungsmöglichkeiten ist mit einer langen Suchaktion zu rechnen.

Der Vernehmungsbeamte des G sei der Ansicht, daß dieser die Wahrheit gesagt habe. Im Gegensatz dazu vertrete der Polizeipsychologe S die Auffassung, daß es sich um ein Lügengebäude handele.

Zur Rettung des Lebens des entführten Kindes habe ich angeordnet, daß G

- nach vorheriger Androhung
- unter ärztlicher Aufsicht durch Zufügung von Schmerzen (keine Verletzungen)

erneut zu befragen ist. Die Feststellung des Aufenthaltsorts des entführten Kindes duldet keinen Aufschub; insoweit besteht für die Polizei die Pflicht, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit alle Maßnahmen zu ergreifen, um das Leben des Kindes zu retten. Parallel dazu wurde der Polizeiführer Mü beauftragt, zu prüfen, ob ein ‚Wahrheitsserum‘ beschafft werden kann.

Die Befragung des G dient nicht der Aufklärung der Straftat, sondern ausschließlich der Rettung des Lebens des entführten Kindes.

Die von KOR W erhobenen moralischen Bedenken wurden in einer weiteren Besprechung mit AD R, KOR W und KOR Mü zurückgestellt (8 Uhr). KHK E wurde angewiesen, den Beschuldigten G auf die bevorstehende Verfahrensweise vorzubereiten.

Um 8.25 Uhr teilte Herr E mit, daß G ‚im Konjunktiv‘ eingeräumt habe, daß Jakob M tot sei. Später ergänzte er diese Aussage durch den Hinweis auf eine Hütte im Bereich des Langener Waldsees und den Fundort der Leiche bei Birstein. Durch das inzwischen abgelegte Geständnis war die Maßnahme entbehrlich."

Die 22. StrK des LG Frankfurt a. M. hat in dem Strafverfahren gegen G festgestellt, daß die Androhung des Angekl. E wegen Verstoßes gegen Art. 1 und 104 I 2 GG und Art. 3 EMRK gesetzeswidrig ist und daß deshalb vier Vernehmungen des G, drei polizeiliche Vermerke und eine Leseabschrift, nicht zu Beweis Zwecken verwertet werden dürfen (LG Frankfurt a.M., StV 2003, 325). G wurde rechtskräftig wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge und wegen falscher Verdächtigung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung in zwei Fällen zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe [NJW 2005, 693] verurteilt. Es wurde festgestellt, daß die Schuld des Angekl. besonders schwer wiegt.

In der vorliegenden Strafsache hat das LG den Angekl. E der Nötigung im Amt und den Angekl. D der Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung im Amt für schuldig befunden und gegen beide Angekl. eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen; hinsichtlich des Angekl. E wurde die Verurteilung zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 60 Euro, hinsichtlich des Angekl. D die Verurteilung zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 120 Euro vorbehalten.

Aus den Gründen: Der Angekl. E hat sich einer Nötigung i.S. des § 240 I StGB schuldig gemacht. Indem er G am Morgen des 1.10.2002 drohte, man werde ihm unter ärztlicher Aufsicht Schmerzen, jedoch ohne Verletzungen, zufügen, um ihn zur Preisgabe des Aufenthaltsorts des entführten Kindes zu zwingen, hat er ein empfindliches Übel in Aussicht gestellt, wobei er deutlich machte, daß er nicht der Ausführende sein werde, aber im Auftrag und in Vertretung der Behördenleitung spreche und somit Einfluß auf die Verwirklichung der Androhung habe.

Der Angekl. D hat sich der Verleitung eines Untergebenen zu dieser Straftat gem. § 357 I StGB i.V.m. § 240 I StGB schuldig gemacht. Als Vizepräsident war D Vorgesetzter von E und hat diesen verbindlich zu der Tat angewiesen, die E auch ausführte.

Nach der Vorstellung der Angekl. und der gebrauchten Wortwahl sollte die in Aussicht gestellte Schmerzzufügung erheblich und so stark sein, daß sie für einen entgegenstehenden Willen von G keinen Raum mehr ließ. Mit dem Hinweis, daß ein besonderer Beamter herangezogen werden sollte, wurde suggeriert, daß eine ganz gezielte und besonders wirkungsvolle Schmerzzufügung beabsichtigt war. Die vorbeugende Anwesenheit eines Arztes signalisierte körperliche und gesundheitliche Beeinträchtigungen, die der ärztlichen Überwachung bedurften. Die Drohung hatte den gewünschten Erfolg. Sie war ursächlich dafür, daß G seinen Widerstand aufgab und den Verwahrort des Kindes offenbarte. Dies ergibt sich daraus, daß G zuvor sowohl gegenüber dem Zeugen M als auch bei der Konfrontation mit seiner Mutter am Morgen des 1. 10. 2002 und auch gegenüber den Zeugen Pr und Pe insoweit nicht zur Aussage bereit gewesen war. Der Appell von E an Gs Gewissen und der Versuch, Mitleid mit dem Schicksal des Kindes zu erwecken, konnten keinen Erfolg haben, da G wußte, daß das Kind bereits tot war. Bei der sehr kurzen Zeit, die E mit G allein im Zimmer war, konnte ausschließlich die Androhung der Gewaltanwendung bewirkt haben, daß G seinen Widerstand aufgab.

Beide Angekl. wußten, was sie taten und wollten den eingetretenen Erfolg. Es sind keine Rechtfertigungsgründe gegeben, und die Androhung des Übels war zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen (§ 240 II StGB).

Es sind keine Ermächtigungsgrundlagen ersichtlich. Die polizeirechtlichen Vorschriften des Hessischen Gesetzes für Sicherheit und Ordnung bieten keine Ermächtigungsgrundlagen für die zwangsweise Durchsetzung einer Aussage, sondern verbieten sie. Auch die allgemeine Schutzpflicht

des Staates und seiner Institutionen, wie zum Beispiel der Polizei, gewährt keine diesbezüglichen Eingriffsbefugnisse. Die Schutzpflicht des Staates zur Rettung menschlichen Lebens besteht immer nur in den Grenzen, die dem Handeln des Staates gesetzt sind. Die Nichtbeachtung von Rechtsnormen durch die Exekutive ist wegen Art. 20 III Halbs. 2 GG nicht bloß Rechtsbruch, sondern auch verfassungswidrig.

G war zwar Störer i.S. des § 6 I HessSOG und damit nach § 12 II HessSOG auskunftspflichtig. Gleichzeitig war er Beschuldigter in einem Ermittlungsverfahren wegen Entführung und Erpressung und entsprechend durch den Zeugen M belehrt worden.

Die Kollision der polizeilichen Auskunftspflicht mit dem umfassenden Schweigerecht als Beschuldigter hat der Gesetzgeber gesehen und in § 12 IV HessSOG gelöst. Danach gelten die Vorschriften des § 136a StPO entsprechend; dies bedeutet, daß die Auskunft im Rahmen der Gefahrenabwehr nicht auf die in § 136a StPO beschriebene Weise, also zum Beispiel nicht durch Drohung mit Schmerzzufügung, erlangt werden darf. Die Norm über verbotene Vernehmungsmethoden gilt demgemäß auch im Rahmen der Gefahrenabwehr. So wird insbesondere in der Kommentierung zu § 12 II HessSOG (Meixner/Fredrich, HessSOG, 9. Aufl. [2001], § 12 Rn. 14) ausgeführt, daß Methoden, die die Freiheit der Willensentschließung nach § 136a StPO beeinträchtigen, verboten sind, weil sie gegen die Menschenwürde (Art. 1 I 1 GG) verstoßen. Als Beispiel wird dort genannt: "Die Verabreichung eines Wahrheitsserums an den einer Geiselnahme Verdächtigen zur Auffindung der Geisel ist unzulässig." Mit § 12 IV HessSOG steht § 52 II HessSOG, wonach unmittelbarer Zwang zur Abgabe einer Erklärung ausgeschlossen ist, in Einklang.

Selbst wenn man der Rechtsansicht folgt, welche die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, die für Privatpersonen gelten, auch auf hoheitliches Handeln anwendet, ist das Vorgehen von beiden Angekl. weder durch Nothilfe (§ 32 StGB) noch durch rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) gerechtfertigt.

§ 32 StGB setzt objektiv eine Notwehrlage zur Tatzeit voraus (Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. [2004], § 32 Rn. 3). Diese lag nicht vor, da das Kind bereits tot war. Doch beide Angekl. hielten die Rettung des Kindes für möglich. Die Angekl. befanden sich gleichwohl nicht in einem vorsatzausschließenden Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes: Erforderlich i.S. des § 32 StGB ist die Verteidigung, wenn sie einerseits zur Abwehr geeignet ist und andererseits das mildeste Gegenmittel darstellt (Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. [2001], § 32 Rn. 34). Die Androhung von Schmerzzufügung war jedoch nach Art und Maß nicht das mildeste Gegenmittel, da mit dem Stufenkonzept noch andere Maßnahmen zur Verfügung standen.

§ 34 StGB setzt unter anderem voraus, daß die Gefahr für das Leben des Kindes nicht anders abwendbar ist und die Tat ein angemessenes Mittel darstellt. Beide Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Wie bereits erörtert, standen noch andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung, wie zum Beispiel die noch nicht durchgeführte Konfrontation mit den Geschwistern des Opfers.

Zudem war die Handlung weder geboten i.S. des § 32 StGB noch stellte sie ein angemessenes Mittel i.S. des § 34 StGB dar, denn sie verstieß gegen Art. 1 I 1 GG.

Dieser fundamentale Satz der Verfassung findet sich auch in Art. 104 I 2 GG wieder, wonach festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden dürfen. Nach Art. 1 I 1 GG ist die Menschenwürde unantastbar. Keine Person darf durch die staatliche Gewalt zum Objekt, zu einem Ausbund von Angst vor Schmerzen gemacht werden.

Seinen Niederschlag hat dieser Rechtsgedanke auch in internationalen Verträgen und Konventionen, wie zum Beispiel in Art. 3 EMRK, die in Deutschland Gesetzeskraft hat, gefunden.

Die Achtung der Menschenwürde ist die Grundlage dieses Rechtsstaats. Der Verfassungsgeber hat sie ganz bewußt an den Anfang der Verfassung gestellt. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit dagegen ist erst in Art. 2 II GG normiert. Dies hat seinen Grund in der Geschichte dieses Staates. Die Dokumente aus der Zeit der Entstehung der

[NJW 2005, 694] Bundesrepublik Deutschland machen unschwer deutlich, daß den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates die Greuelthaten des nationalsozialistischen Regimes noch sehr deutlich vor Augen standen. Sein fundamentales Anliegen war, so etwas wie damals nie wieder entstehen zu lassen

und mit der Fassung dieses Grundgesetzes einen deutlichen Riegel vor jegliche Versuchung zu schieben. Der Mensch sollte nicht ein zweites Mal als Träger von Wissen behandelt werden können, das der Staat aus ihm herauspressen will, und sei es auch im Dienste der Gerechtigkeit. So ist zu erklären, daß Art. 1 I 1 GG unabänderlich ist. Der Verfassungsgeber hat in Art. 79 III GG dem Gedanken "Wehret den Anfängen" Ausdruck verliehen und eine Änderung dieses Verfassungsgrundsatzes ausgeschlossen, auch wenn eine entsprechende Mehrheit für eine Grundgesetzänderung vorläge. Aus diesem Grund wird Art. 79 III GG auch als "Ewigkeitsklausel" bezeichnet. Das strikte Verbot, einem Beschuldigten Gewalt auch nur anzudrohen, ist bereits das Ergebnis einer Abwägung aller zu berücksichtigenden Interessen. Diese wurde bei Errichtung des Grundgesetzes vorgenommen. Dabei geht es ganz wesentlich auch um den Schutz und die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege. Die Urteile der Strafgerichte basieren auf einer korrekten Arbeit der Polizei in einem rechtsstaatlichen Verfahren. Der Rechtsstaat würde sich selber aufgeben, wenn er diesem strikten Gebot keine Folge leisten würde.

Der Angekl. E kann sich auch nicht auf seine Weisungsgebundenheit gem. § 56 I 1 HessSOG berufen, denn nach § 56 I 2 HessSOG besteht sie gerade nicht, wenn die Anordnung die Menschenwürde verletzt.

Die gleichen Ausführungen gelten auch für die Verwerflichkeitsklausel des § 240 II StGB. Die Androhung von Schmerzen zu dem Zweck, eine Information zu erlangen, war verwerflich. Die innere Verknüpfung von Nötigungsmittel und Nötigungszweck (Zweck-Mittel-Relation) stellt auf einen erhöhten Grad sittlicher Mißbilligung und sozialwidrigen Verhaltens ab. In diesem Wertbegriff sind ebenso die Gebote des Grundgesetzes und damit auch die unumstößliche Wertigkeit des Art. 1 I 1 GG enthalten. Ein Verstoß gegen die Achtung der Menschenwürde ist daher auch als verwerflich anzusehen, wenn dieser - subjektiv - zu dem Zweck erfolgt ist, das Leben eines Kindes zu retten.

Die Kammer folgt insoweit nicht den Ausführungen des von der Verteidigung vorgelegten Gutachtens v. Prittwitz, das eine Strafbarkeit beider Angekl. ausschließt, da ein Vergleich der hier zu beurteilenden Nötigungshandlung mit anderen abgeurteilten Nötigungshandlungen Indizien erbracht habe, die gegen eine Einordnung des Verhaltens der beiden Angekl. als verwerflich sprechen. Hierzu wird im Gutachten unter anderem ausgeführt:

"Zur Anwendung kam mit der bloßen Androhung von Schmerzen ,nur‘ das am wenigsten Verwerflichkeit indizierende Nötigungsmittel. Das abgenötigte Verhalten entsprach dem, was die Rechtsordnung in mehrfacher Hinsicht von dem Nötigungsoffer verlangt. Das abgenötigte Verhalten weist eine unübersehbare ,Rechtfertigungsnähe‘ auf, die ein starkes Indiz gegen die Verwerflichkeit darstellt. Die Motive für das nötigende Verhalten, die Absicht, so das Leben des Entführungsoffers vielleicht noch retten zu können, sind eindeutig im rechtsgutfreundlichen Bereich einzuordnen. Die Situation, in der das nötigende Verhalten eingebettet war, ist durch eine erregte Anspannung gekennzeichnet gewesen, die es der Rechtsgemeinschaft erlaubt, ein für verboten erachtetes Verhalten für nicht strafbar, weil nicht verwerflich zu erklären. Schließlich spricht, ohne daß diesem Indiz eine herausragende Rolle zukommt, die tatsächliche Reaktion der Rechtsgemeinschaft und führender Repräsentanten der Rechtsgemeinschaft indiziell ebenfalls dafür, daß eben nicht jeder ,Vernünftige‘ das Verhalten als sittlich mißbilligenswert und sozial unerträglich ansieht."

Die Tatsache, daß die Nötigungshandlung eindeutig polizeirechtlich und strafprozessual unzulässig und damit verboten war, wird im Rahmen des Gutachtens lediglich als ein Indiz unter den oben genannten Aspekten angeführt. Eine Einbeziehung von Art. 1 I 1 GG erfolgt dabei nicht.

Im vorliegenden Fall war die Intensität des Zwangsmittels zudem auch nicht geringfügig. Die Zufügung von Schmerzen, ohne Verletzung, durch einen besonderen Beamten, der sich in den körperlichen Gegebenheiten besonders schmerzempfindlicher Regionen auskennt und diese auch gezielt angreifen kann, ist Angst einflößend und abschreckend. Die Hinzuziehung eines Arztes wirkt dabei nicht beruhigend. Die Schmerzzufügung mußte gegebenenfalls so stark sein, daß sie für einen entgegenstehenden Willen keinen Raum mehr ließ. Der Wille sollte gebrochen werden. Es handelt sich auch nicht um ein bloßes Gedankenmodell, vielmehr waren tatsächliche Vorbereitungen getroffen. Der

Arzt war in das Polizeipräsidium beordert und nach seiner Einwilligung befragt worden. Der besondere Beamte sollte mit dem Hubschrauber aus dem Urlaubsort geholt werden.

Eine Ausnahme von der eindeutigen Gesetzeslage bedeutete, daß der verfassungsrechtliche Schutz der Menschenwürde in seiner Absolutheit durchbrochen und einer Abwägung zugänglich gemacht würde, was einem Tabubruch gleichkäme.

Solche Ausnahmen sind im Rahmen von Fallkonstellationen mit terroristischen Angriffen erörtert worden. Es wurden Grenzfälle beschrieben, in denen der Schutz der Menschenwürde des Täters dem möglichen Tod und damit dem Schutz des Lebens Tausender von Menschen gegenübergestellt wurde ("ticking-bomb-Fälle"). Im Rahmen dieser Diskussion wird unter anderem die Auffassung vertreten, die Menschenwürde der Opfer verlange, daß der Staat alles unternehme, gegebenenfalls auch seelischen oder körperlichen Druck anwende, um das Leben der bedrohten Menschen zu retten. Bei einer Abwägung sei die Menschenwürde des Täters nachrangig.

Nach der Ansicht von Brugger (JZ 2000, 164) kommt zum Beispiel eine Relativierung des Folterverbots nur bei einer Fallgestaltung in Betracht, bei der mehrere Merkmale erfüllt sind, die den Vorfall als eine einmalige, extreme Ausnahmesituation qualifizieren. Der Störer muß die einzig sicher identifizierte Person sein, die die Gefahr verursacht hat und sie auch beseitigen kann. Die Anwendung von Zwang muß das einzige Erfolg versprechende Mittel sein.

Herdegen (in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, 42. Aufl. [2003], Art. 1 Rn. 45 ff.) will eine "Abschichtung von Würdekern und weiterem Schutzbereich" vornehmen. Es sollen "abwägungsoffene Randzonen des Schutzbereichs" geschaffen werden. Ferner führt er aus, daß die gebotene Abwägung nicht auf der "internormativen Ebene (Kollision) von Art. 1 I 1 GG und Art. 2 II 1 GG" zu vollziehen sei. Herdegen zielt vielmehr auf eine "normimmanente" Abwägung bereits bei der "Konkretisierung des Würdeanspruchs", wonach im Einzelfall die Androhung oder Zufügung körperlichen Übels den Würdeanspruch nicht verletzen soll.

Nach anderer Auffassung (Roxin, in: Festschr. f. Eser, 2005) legitimiert der Angriff des Täters auf die Menschenwürde des Opfers den Staat nicht, nun seinerseits die Menschenwürde des Täters anzugreifen. Die Tatsache, daß er sich gerade nicht mit dem Verbrecher auf eine Stufe stelle, dokumentiere seine sittliche Überlegenheit.

Nach Hamm (NJW 2003, 946) ist die in drastischer Sprache vorgebrachte Drohung mit der lebenslangen Freiheitsstrafe der gesetzlich zugelassene psychische Zwang, wobei die vorbezeichnete legale Variante keineswegs von vornherein weniger aussichtsreich als die illegale sei.

Miehe (NJW 2003, 1220) hält die Vorstellung einer gezielten amtlichen Schmerzzufügung für kaum erträglich und fragt, ob die Durchführung einem Beamten überhaupt zuzumuten sei.

Hilgendorf (JZ 2004, 331) warnt davor, daß Mißbrauch nie ausgeschlossen werden könne. Bei einer "formalisierten" Folter gäbe es keine rechtlichen Grenzen mehr, und der vermeintliche Täter werde der schrankenlosen Willkür ausgesetzt.

[**NJW 2005, 695**] Hecker (KJ 2003, 210) weist nach Auffassung der Kammer zu Recht darauf hin, daß angesichts des Niveaus der heutigen professionellen Standards polizeilicher Vernehmungs- und Befragungstechniken die Drohung mit oder die Zufügung von Schmerzen ein Rückgriff auf Techniken des Mittelalters sei.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß selbst die Befürworter einer Relativierung der Menschenwürde sehr vorsichtig und restriktiv die Voraussetzungen für eine solche extreme Ausnahmesituation formulieren. Es bleiben die grundsätzlichen Bedenken bestehen, und den abstrakten Fällen ist gemeinsam, daß die Zwangsmittel nur als ultima ratio erwogen werden, wenn sie Erfolg versprechend gegen einen sicher feststehenden Täter eingesetzt werden können.

Ein Vergleich mit dem finalen Rettungsschuß ist nicht überzeugend. Beim finalen Rettungsschuß wird die von einem sicher identifizierten Angreifer ausgehende, unmittelbare Gefahr sofort und endgültig beseitigt. Er ist das einzige und letzte Mittel, um die konkrete Gefahr zu beseitigen. Zudem wird vom Täter keine Handlung gefordert, sondern eine Unterlassung erzwungen.

Es ist nicht Aufgabe der erkennenden Kammer, in die abstrakte Diskussion verfassungsrechtlicher Grundsätze einzugreifen, da dies zur Beurteilung des vorliegenden Einzelfalls nicht erforderlich ist. Die Gesetzeslage ist eindeutig. Die diskutierten Ausnahmefälle sind theoretische Grenzfälle, die möglicherweise hinsichtlich der Bewertung in eine juristische Grauzone und an die Grenzen der Jurisprudenz stoßen. Der vorliegende Fall stellt aber keine derartige extreme Ausnahmesituation dar, sondern bewegt sich in einem Rahmen, in dem die Anwendung von Zwangsmitteln schon deshalb nicht in Betracht kommen konnte, weil die Verdachtsmomente noch nicht ausreichend sicher ermittelt und die zulässigen Ermittlungsmaßnahmen bei weitem noch nicht ausgeschöpft waren.

Entschuldigungsgründe liegen ebenfalls nicht vor.

Die beiden Angekl. können sich nicht auf einen Verbotsirrtum i.S. des § 17 StGB berufen, denn sie rechneten bei Begehung der Tat mit der Möglichkeit, Unrecht zu tun, und nahmen dies zumindest billigend in Kauf. Der Angekl. D hat selbst mit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gerechnet und trotz anders lautender Auffassungen zahlreicher Ermittlungsbeamter den Polizeiführer Mü und W zur Rede gestellt.

Dem Angekl. E waren die heftigen Reaktionen und die gegenteiligen Auffassungen aller übrigen Kollegen durch die beiden Besprechungen bekannt. Auch zeigt seine Reaktion auf die Frage des Zeugen Pr, wie er denn so rasch G zum Reden gebracht habe, daß er sich der Unrechtmäßigkeit seiner Handlung sehr wohl bewußt war.

Beide Angekl. sind erfahrene Beamte mit Vorgesetztenposition und kannten die entsprechenden Normen des Polizeirechts und des § 136a StPO. Sie wußten, daß die Drohung eine unerlaubte Vernehmungsmethode darstellt. Der Angekl. D hat erklärt, daß er sich mit den Ausführungen von Brugger befaßt habe. Es war ihm klar, daß auch nach dessen Auffassung die Androhung von Zwangsmaßnahmen nur als letzte Möglichkeit in Betracht kommen durfte. Auch er kannte die gravierenden Bedenken der anderen Beamten. Ein Anruf bei der StA Frankfurt a.M. war möglich und zumutbar, zumal erkennbar strafprozessuale Belange tangiert waren und die Polizeidienstvorschrift (PDV) 131 (Einsatz bei Entführungen) die Einbindung der StA vorsieht.

Ein entschuldigender Notstand i.S. des § 35 StGB kann nicht angenommen werden. Die Verantwortung für das entführte Kind ergab sich aus der Verpflichtung der polizeilichen Gefahrenabwehr. Ein Näheverhältnis, wie es § 35 StGB verlangt, war nicht gegeben. Nach dieser Vorschrift sind nur Angehörige und Personen, die dem Opfer nahe stehen, wegen der persönlichen Beziehung und Konfliktsituation entschuldigt, nicht jedoch Polizeibeamte.

Ein übergesetzlicher entschuldigender Notstand bestand nicht. Es lag keine schuldausschließende unlösbare Pflichtenkollision vor. Wie bereits ausgeführt, war die vorgenommene Handlung nicht das einzige, unabweisbar erforderliche Mittel zur Hilfe. Der Entführungsfall hob sich nicht wesentlich von den aus der Kasuistik bekannten Fällen ab, in denen die Täter gleich zu Beginn ihr Opfer töteten und dennoch mit der Täuschung, es sei noch am Leben, versuchten, Geld zu erpressen. Er war kein singulärer Einzelfall, sondern in seinem Bereich leider nicht untypisch. Zudem ist zu bedenken, daß eine Anwendung des übergesetzlichen Notstands auf Eingriffsbefugnisse der staatlichen Organe zu einem Aufbrechen des geltenden Organisations- und Kompetenzrechts führen kann (vgl. Böckenförde, NJW 1978, 1881). Bei einer Anwendung im Verfassungsrecht besteht die Gefahr, daß der übergesetzliche Notstand zu einem "überverfassungsmäßigen Notstand führt und eine offene Generalermächtigung zur Bewältigung von Notständen und Notlagen" entstände. Jede verfassungsrechtliche oder gesetzliche Begrenzung von Befugnissen würde damit nur eine vorläufige.

Sonstige Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, so daß eine Strafbarkeit gem. § 240 I StGB vorliegt.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Aussageerpressung gem. § 343 StGB sind dagegen nicht erfüllt. Beide Angekl. handelten nicht zum Zwecke der Aussagegewinnung in dem Ermittlungsverfahren gegen Magnus G. Zwar lassen sich objektiv Strafverfolgung und Gefahrenabwehr schwerlich trennen, andererseits stellt der klare Wortlaut des § 343 StGB eindeutig auf das subjektive Element der Absicht ab und eröffnet damit die Möglichkeit einer getrennten Betrachtungsweise.

Beiden Angekl. ging es zielgerichtet und ausschließlich um die Rettung des entführten Kindes. Sie hatten nicht die Intention, das Ermittlungsverfahren zu fördern. Eine Beweisgewinnung spielte für ihre Motivation keine Rolle; vielmehr wurden Beweisverwertungsverbote ausdrücklich in Kauf genommen. Dies ergibt sich auch aus dem Vermerk des Angekl. D vom 1.10.2002. ...

Die Voraussetzungen für einen besonders schweren Fall i.S. von § 240 IV Nr. 3 StGB mit dem Regelbeispiel, daß der Täter seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger mißbraucht, sind zwar erfüllt, da der Angekl. E in seiner Eigenschaft als Kriminalbeamter in verantwortlicher Position und leitender Funktion im Rahmen der "Besonderen Aufbauorganisation (BAO)" tätig war, Zugang zu dem Zeugen G hatte und die Androhung vornahm. Diese Tatsachen waren auch dem Angekl. D bewußt.

Trotz Vorliegens des Regelbeispiels sieht das Gericht jedoch im vorliegenden Fall massive mildern- de Umstände, die der Anwendung des erhöhten Strafrahmens von sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe entgegenstehen und ihn als unangemessen erscheinen lassen. Damit ist auch die Vermutung, daß der Fall insgesamt als besonders schwer anzusehen ist, widerlegt.

Für eine milde Bewertung spricht in ganz erheblichem Maße, daß es beiden Angekl. ausschließlich und dringend darum ging, das Leben des Kindes zu retten. Hinzu kommt, daß sich der Angekl. D in besonderer Verantwortung fühlte, da er in Stellvertretung des Polizeipräsidenten die Behördenspitze vertrat. Er war dadurch ungewohnt mit der Verantwortungslast befrachtet und fühlte sich deshalb ganz besonders in der Pflicht. Er hatte sich in der Nacht noch lange Zeit Gedanken über die Situation und die richtige Vorgehensweise gemacht und sah einen Konflikt, der ihm in seiner 40-jährigen Dienstzeit noch nicht vorgekommen war. Zudem stand er unter hohem Erfolgsdruck gegenüber der vorgesetzten Behörde und der Öffentlichkeit.

Der Angekl. E dachte an seine eigenen, zum Teil gleichaltrigen Kinder und litt unter der Vorstellung, daß das Opfer möglicherweise elend umkommt. Auch er war in Stellvertretung des urlaubs- abwesenden Kommissariatsleiters in der Pflicht.

[NJW 2005, 696] Mildernd ist auch für beide Angekl. zu berücksichtigen, daß Gs provozierendes und skrupelloses Aussageverhalten die Nerven der Ermittler aufs Äußerste strapazierte. Juristisch geschult, wußte er seine falschen Aussagen so zu formulieren und darzubieten, daß sie ständig Ungewissheiten, Hoffnungen, Enttäuschungen erzeugten und keine Sicherheiten boten. Er vermittelte den Eindruck, daß er bewußt mit dem Leben des Kindes spielte und den Einsatz- und Rettungswillen der Polizei in die falsche Richtung lenkte, um Zeit zu gewinnen und möglicherweise den Tod des Jungen herbei- zuführen.

Es herrschte im Übrigen eine außergewöhnliche Hektik. Die Polizeikräfte waren überlang im Dienst, erschöpft und müde. Der Angekl. E hatte die Nacht durchgearbeitet, und der Angekl. D hatte nur wenige Stunden geschlafen. Diese angespannte Befindlichkeit der Angekl. verringert den Schuld- vorwurf erheblich, da sie die Hemmschwelle zur Tat herabgesetzt hat. Beide befanden sich an der Grenze ihrer Belastbarkeit. Zudem haben beide ein tadelloses Vorleben aufzuweisen.

Eine ehrenwerte, verantwortungsbewußte Gesinnung des Angekl. D kommt darin zum Ausdruck, daß er noch am 1.10.2002 in seinem schriftlichen Vermerk den Sachverhalt festgehalten und öffentlich gemacht hat. Dafür ist ihm Respekt zu zollen in einer Zeit, in der das Abschieben von Verantwortung und Schuld auf andere eher an der Tagesordnung ist. Er hat damit frühzeitig die objektiven Tat- umstände eingeräumt.

Auch die Folgen der Taten sind strafmildernd zu berücksichtigen. Die Begleitung durch die Medien vorprozessual und während des Strafverfahrens war immens. Das hat die Angekl. und ihre Familien sehr belastet und zum Teil - ob gewollt oder nicht - zu einer Prangerwirkung geführt. Zudem wurden beide in einen Zusammenhang mit den schrecklichen Folterszenen aus Krisengebieten gestellt.

Die lange Verfahrensdauer ist strafmildernd zu berücksichtigen. Der sich über mehrere Wochen hinziehende Prozeß wie auch die lange Dauer des Ermittlungsverfahrens war eine gewaltige Belastung für die Angekl., wobei insbesondere die Konfrontation mit dem als Mörder verurteilten Zeugen G, der

seine Tat fast völlig negierte, sich selbst als Opfer in den Vordergrund stellte und dabei noch log, hervorzuheben ist.

Beide Angekl. haben Einbußen in ihren dienstlichen Tätigkeiten erfahren: Der Angekl. D ist zum Hessischen Ministerium des Innern nach Wiesbaden versetzt worden, und der Angekl. E durfte keine strafprozessual relevanten Maßnahmen ausführen. Schließlich ist beiden zugute zu halten, das erstmals eine solche - wenn auch nicht unlösbar - Konfliktlage vor Gericht verhandelt wurde.

Aus diesen Gründen war von dem Strafraum des § 240 I StGB auszugehen. ...

Im Rahmen der Strafzumessung waren die vorstehend angeführten strafmildernden Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

Zu Lasten des Angekl. D ist zu bedenken, daß es sich nicht um eine spontane Tat handelte, denn er hatte bereits am Abend zuvor über die Anwendung von unmittelbarem Zwang gegenüber dem Zeugen E gesprochen. Weiterhin ist in die Abwägung einzubeziehen, daß die konkrete Gefahr bestand, daß G nicht wegen Mordes hätte verurteilt werden können, denn sein Verteidiger hatte zunächst die Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses beantragt und die erkennende StrK hatte mehrere Vernehmungen und polizeiliche Vermerke nicht zu Beweiszwecken verwerten können. Darüber hinaus ist eine Verfassungsbeschwerde gegen das rechtskräftige Urteil anhängig.

Unter Abwägung aller für und gegen die Angekl. sprechenden Gesichtspunkte hielt die Kammer eine Geldstrafe für den Angekl. D in Höhe von 90 Tagessätzen zu je 120 Euro und für den Angekl. E von 60 Tagessätzen zu je 60 Euro für tat- und schuldangemessen. Hierbei war zu Gunsten des Angekl. E zu berücksichtigen, daß er als weisungsabhängiger Beamter handelte und nur kurze Zeit für Überlegungen und zu einer Verweigerung der Tat hatte.

In Anbetracht der aufgeführten besonderen Umstände hat die Kammer davon abgesehen, die Angekl. zu einer Strafe zu verurteilen. Vielmehr bleibt die Verurteilung zu einer Geldstrafe nach § 59 StGB vorbehalten. Die strengen Voraussetzungen dieser Vorschrift sind erfüllt: Es bestehen keine Zweifel an einer günstigen Sozialprognose für beide Angekl. Die Gesamtwürdigung der vorliegenden Tat und der Persönlichkeit der beiden Angekl. ergeben besondere Umstände, nach denen es vorliegend angezeigt ist, von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Die Tat ist zwar nicht aus einer unausweichlichen Konfliktlage erwachsen, da noch zahlreiche Handlungsalternativen zur Verfügung standen. Es lag jedoch für die Angekl. aus subjektiver Sicht eine Situation vor, die eine gewisse Nähe zu Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen hatte. Im Übrigen wird auf die eingangs erörterten Strafzumessungsgründe Bezug genommen, bei denen das Motiv der Lebensrettung des Kindes durchgreifend ist.

§ 59 StGB verlangt darüber hinaus, daß die Verteidigung der Rechtsordnung die Verurteilung zur Strafe nicht gebietet. Eine ernstliche Beeinträchtigung des Rechtsempfindens und der Rechtstreue der Bevölkerung ist durch die bloße Verwarnung der Angekl. nicht zu erwarten. Die Verteidigung der Rechtsordnung hat es geboten, daß ein Schuldspruch erfolgt, nicht aber eine Bestrafung. Es mußte klargestellt werden, daß die bestehenden Gesetze und die in ihnen verkörperten Verfassungsgrundsätze von Repräsentanten der Staatsgewalt beachtet werden, auch in Situationen, in denen es persönlich sehr schwer fallen mag, sich danach zu richten. Zwar hat das Verhalten der Angekl. das Strafverfahren gegen Magnus G erheblich erschwert und damit die Rechtsordnung zusätzlich tangiert. Aber ähnlich einer griechischen Tragödie kann dem Verfahren eine kathartische, also reinigende Wirkung nicht abgesprochen werden, denn es hat eine umfangreiche öffentliche Diskussion entfacht. Es galt deutlich zu machen, daß bei einer derart offenen Sachlage, in der weder Allein- noch Mittäterschaft geklärt war, bei der ernst zu nehmende Ermittlungsmaßnahmen noch nicht beendet sowie erfolgversprechende kriminaltaktische und polizeipsychologische Konzeptionen noch durchzuführen waren, kein rechtlicher Spielraum für die Anordnung von Zwangsmaßnahmen zur Erlangung von Informationen bestand.

Durch die umfangreiche Resonanz in der Öffentlichkeit besteht die Hoffnung, daß sich der Blick auch für die Gefahren weitet, die ein Abweichen von der Absolutheit des Art. 1 I 1 GG mit sich bringt.

Zum Sachverhalt: Der Angekl. war zur Tatzeit Schäfer. Mit seiner Herde, die durchschnittlich 600 bis 800 Schafe umfaßte, zog er viele Jahre durch Nordbaden und Nordwürttemberg. Gegenstand des Verfahrens ist der Vorwurf, daß er in 6 Fällen Wiesengrundstücke ohne Erlaubnis durch seine Tiere abweiden ließ. - Durch Urteil des AG wurde der Angekl. wegen fortgesetzten Diebstahls in Tateinheit mit fortgesetzter Sachbeschädigung zu einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Gegen dieses Urteil hat der Angekl. Berufung eingelegt. Sein Rechtsmittel blieb ohne Erfolg. Der Schuldspruch wurde jedoch neu gefaßt.

Aus den Gründen: Der Tatbestand des Diebstahls ist dadurch erfüllt, daß die Schafe des Angekl. das auf fremden Grundstücken wachsende Gras sowie Klee abgerissen und gefressen haben. Ursprünglich handelte es sich bei dem Gras nicht um eine bewegliche Sache, da es fest mit dem Boden verbunden war. Es sind jedoch auch Teile von unbeweglichen Sachen als beweglich anzusehen, wenn sie losgelöst und beweglich gemacht werden. Dieses ist in der Rechtsprechung anerkannt für gestochenen Torf (RGSt 21, 30), abgemähtes Getreide (RGSt 23, 74) und abgeweidetes Gras (SchweizBG BGE 72 IV 54) und begegnet auch im Schrifttum keinen Bedenken (vgl. S/S-Eser 24. Aufl., § 242 Rn 11; LK-Ruß 10. Aufl., § 242 Rn 3). Bei dem Vorgang des Abfressens wurden die Halme zunächst vom Boden abgetrennt und dadurch zu beweglichen Sachen i.S.d. § 242 StGB. Die Geschädigten hatten auch Gewahrsam an dem Gras bzw. Klee auf ihren Grundstücken, denn sie konnten ihre Grundstücke jederzeit aufsuchen und ihre Sachherrschaft ausüben. Zweifellos erstreckte sich auch ihr Herrschaftswille auf die auf ihren Grundstücken befindlichen Sachen (Gras und Klee). Der Bruch dieses Gewahrsams und die Begründung neuen Gewahrsams durch den Angekl. ist darin zu sehen, daß die Schafe sich Gras und Klee einverleibt haben. So hat das OLG Köln (NJW 1986, 392) entschieden, daß derjenige, der in einem Selbstbedienungsladen eine Flasche öffne und daraus trinke, den Gewahrsam an dem Getränk deshalb inne habe, weil in dem Augenblick des Trinkens der Inhaber des Ladens von dem Gewahrsam an dem im Mund des Täters befindlichen Teil des Getränks ausgeschlossen werde, da es in diesem Augenblick nach der Lebensauffassung eindeutig der Herrschaftssphäre des Täters zuzuordnen sei. In dem Moment, in dem das Getränk jedoch heruntergeschluckt werde, habe es die Eigenschaft als selbständige Sache verloren. Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß die Herrschaftsmacht des bisherigen Gewahrsamsinhabers in dem Moment, in dem die Schafe das Gras vom Boden abgerissen hatten und im Maul hielten, aufgehoben war, da seine Einwirkungsmöglichkeiten auf das Gras damit nicht mehr bestanden. Daß der Angekl. den Gewahrsam nicht durch eine eigene Handlung gebrochen hat, sondern dieses durch die Tiere geschah, ist unerheblich, da ihm das Verhalten der Tiere zugerechnet wird (vgl. LK-Ruß aaO, Rn 34; Dreher/Tröndle 46. Aufl., § 242 Rn 13). Der Angekl. hat auch neuen Gewahrsam an Gras und Klee begründet. Da die Sachqualität des Grases nur bis zu dem Augenblick bestand, in dem es durch die Schafe verschluckt wurde, die Sache aber erst durch das Abreißen vom Boden beweglich wurde, kommt es auch hierbei auf den Zeitpunkt an, in dem die Tiere das Gras im Maul hielten. Zur Begründung neuen Gewahrsams ist es erforderlich, daß der Täter die tatsächliche

[NStZ 1993, 544] Herrschaftsgewalt über die Sache erlangt (vgl. Dreher/Tröndle aaO, Rn 14). Nach der Apprehensionstheorie genügt hierzu das Ergreifen der Sache, soweit es sich nicht um einen besonders großen oder sperrigen Gegenstand handelt (vgl. BGH NJW 1981, 997; LK-Ruß aaO, Rn 40). Indem die Schafe das Gras vom Boden abrissen und im Maul hielten, hat der Angekl. es zwar nicht selbst ergriffen, da ihm jedoch die Schafe als Werkzeuge und damit quasi als "verlängerter Arm" fungierten, ist ihm deren "Inbesitznahme" über Gras und Klee zuzurechnen.

Zweifelsohne hat der Angekl. auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt, denn er hat seine Schafe auf fremden Grundstücken weiden lassen, um ihnen so Nahrung zu verschaffen. Damit

hat er den in dem Gras verkörperten Sachwert unter dauerndem Ausschluß des Berechtigten seinem Vermögen einverleibt (vgl. BGHSt 1, 262; LK-Ruß aaO, Rn 56).

Dadurch, daß die Schafe das Gras gefressen haben, ist dieses in seiner Substanz vollständig zerstört worden. Die hierin liegende Sachbeschädigung hat jedoch keinen eigenen Unrechtsgehalt, sondern es handelt sich um eine im Verhältnis zum vorangegangenen Diebstahl mitbestrafte Nachtat. Eine solche liegt immer dann vor, wenn eine Sache nach dem Diebstahl beschädigt wird, weil der Dieb mit ihr so verfährt, wie er es als Eigentümer könnte (vgl. RGSt 35, 64; Dreher/Tröndle aaO, Rn 26; S/S-Stree § 303 Rn 16).

Anders verhält es sich jedoch mit den Grundstücken, die von den Schafen in abgefressenem, zertretenem und verkotetem Zustand zurückgelassen wurden. Der Vergleich mit dem früheren Zustand zeigt deutlich auf, daß die Grundstücke in ihrem "Gebrauchswert" gemindert waren. Selbst wenn der zertretene und verkotete Zustand sich allein durch Witterungseinflüsse ohne menschlichen Aufwand nach einer gewissen Zeit quasi von selbst verbessert hätte und der ursprüngliche Zustand wieder eingetreten wäre, darf doch nicht übersehen werden, daß das alsbald anstehende Abernten von Gras und Klee zunichte gemacht war. Dem fast erntereifen Grundstück zuvor steht nach dem Einsatz der Schafe ein völlig "abgeerntetes" Grundstück gegenüber, das insoweit als beschädigte Sache i.S.d. § 303 StGB anzusehen ist ...
