

# Studium Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Katharina Gräfin von Schlieffen  
Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum  
Prof. Dr. Ulrich Wackerbarth  
Prof. Dr. Gabriele Zwiehoff

## Modul 55100

Propädeutikum

Zusatzmaterial Teil 2:  
Basiskurs Rechtswissenschaft

**Rechts-  
wissenschaftliche  
Fakultät**

---

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Wir weisen darauf hin, dass die vorgenannten Verwertungsalternativen je nach Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen bereits durch Einstellen in Cloud-Systeme verwirklicht sein können. Die FernUniversität bedient sich im Falle der Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Instrumente, um ihre Rechte geltend zu machen.

Der Inhalt dieses Studienbriefs wird gedruckt auf Recyclingpapier (80 g/m<sup>2</sup>, weiß), hergestellt aus 100 % Altpapier.

# Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Basiskurs Zivilrecht Ulrich Wackerbarth.....	5
A. Das Privatrecht im System des deutschen Rechts .....	5
I. Einleitung .....	5
II. Untergliederungen des Privatrechts .....	5
1. Überblick .....	5
2. Das Handelsrecht .....	6
3. Das Gesellschaftsrecht.....	6
4. Das Arbeitsrecht .....	6
III. Das bürgerliche Recht als Kern des deutschen Privatrechts .....	7
1. Der Begriff des bürgerlichen Rechts.....	7
2. Überblick über den Inhalt der fünf Bücher des BGB.....	7
a) Allgemeiner Teil.....	7
b) Schuldrecht.....	8
c) Sachenrecht.....	8
d) Familienrecht .....	9
e) Erbrecht .....	9
B. Die Rechtsquellen des Privatrechts.....	9
I. Die Rechtsquellen des nationalen Rechts .....	9
1. Das staatliche Gesetz .....	9
2. Das Gewohnheitsrecht .....	10
3. Ausgrenzungen – keine Rechtsquellen .....	10
a) Die Verkehrssitte .....	10
b) Entscheidungspraxis der Gerichte .....	10
II. Rechtsquellen des Europarechts und des Völkerrechts.....	11
1. Primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht.....	11
2. Internationale Übereinkommen.....	11
C. Grundprinzipien des deutschen Privatrechts .....	12
I. Der Grundsatz der formalen Gleichbehandlung .....	12
II. Der Grundsatz der Privatautonomie .....	12
1. Privatautonomie und Rechtsgeschäft.....	12
2. Ausprägungen der Privatautonomie .....	12
a) Die Vertragsfreiheit.....	12
b) Die Vereinigungsfreiheit .....	13
c) Die Testierfreiheit.....	13
d) Die Eigentumsfreiheit .....	13
3. Die Grenzen der Privatautonomie .....	13

III. Das Privateigentum und seine Bedeutung für die Privatrechtsordnung .....	14
IV. Der Vertrauensgrundsatz im bürgerlichen Recht .....	14
D. Grundbegriffe des Privatrechts .....	15
I. Anspruch, Anspruchsgrundlage, Gegenrechte .....	15
1. Der Anspruch .....	15
2. Die Anspruchsgrundlage .....	15
3. Gegenrechte .....	16
II. Rechtssubjekte und Rechtsobjekte .....	17
1. Natürliche Personen .....	17
2. Juristische Personen .....	18
3. Rechtsobjekte .....	19
III. Rechtsgeschäft und Vertrag .....	19
1. Der Begriff des Rechtsgeschäfts .....	19
2. Die Bindungswirkung des Vertrages .....	20
3. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte .....	20
IV. Eigentum und Besitz .....	21
V. Delikt und Schadensersatz .....	21
1. Der Schaden und seine Abwälzung .....	21
2. Gesetzliche Regelungsmuster .....	22
Teil 2: Basiskurs Öffentliches Recht Katharina Gräfin von Schlieffen .....	23
A. Verfassungsrecht .....	23
I. Ein extremer Fall .....	23
II. Fragen der Herrschaft .....	25
III. Verfassung und Staat .....	28
1. Was ist eine Verfassung? .....	28
a) Funktionen einer Verfassung .....	29
b) Form und Inhalt .....	30
c) Wirkweise einer Verfassung .....	31
aa) Gesellschaftlicher Aspekt .....	31
bb) Juristischer Aspekt .....	32
d) Nationales und europäisches Verfassungsrecht .....	33
2. Verfassung und Staat .....	36
3. Verfassungsrechtliche Grundprinzipien .....	38
a) Das Republikprinzip .....	39
b) Das Demokratieprinzip .....	40
aa) Repräsentative oder plebiszitäre Demokratie? .....	41
bb) Politische Parteien .....	42
c) Das Rechtsstaatsprinzip .....	43
d) Das Bundesstaatsprinzip .....	45
e) Das Sozialstaatsprinzip .....	46

4. Die Staatsorgane des Bundes .....	47
a) Gesetzgebende Organe .....	47
aa) Bundestag .....	48
bb) Bundesrat .....	49
b) Vollziehende Organe .....	49
aa) Bundespräsident .....	49
bb) Bundesregierung .....	50
c) Rechtsprechende Organe .....	51
5. Grundrechte und Grundfreiheiten .....	53
a) Grundrechte – Allgemeine Einführung .....	53
aa) Grundrechte als subjektive Abwehrrechte und Teilhaberechte .....	53
bb) Grundrechtskatalog .....	55
(1) Die Menschenwürde .....	56
(2) Freiheitsrechte .....	56
(3) Gleichheitsgrundrechte .....	58
(4) Verfahrensgrundrechte .....	58
b) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten .....	59
B. Verwaltungsrecht .....	61
I. Grundsätzliches .....	61
1. Verwaltungsbegriff .....	62
2. Legitimation der Verwaltung .....	64
3. Verwaltungsrecht .....	66
II. Organisation der Verwaltung und ihre Handlungsformen .....	67
1. Organisation der Verwaltung .....	67
2. Aufbau der Verwaltung .....	69
a) Verwaltungsträger, Organe und Organwalter .....	69
b) Behörden .....	71
3. Handlungsformen der Verwaltungstätigkeit .....	72
Teil 3: Basiskurs Strafrecht Thomas Vormbaum/Gabriele Zwihehoff .....	74
I. Begriff der Strafe .....	74
1. Übelszufügung .....	74
2. Reaktion auf vorangegangenes Übel .....	75
3. Adressat .....	75
4. Gemessene Reaktion .....	75
5. Sozialethischer Tadel .....	75
6. Zusammenfassung .....	76
II. Die Straftheorien .....	76
1. Absolute Straftheorie .....	76
2. Generalpräventive Theorie .....	78

3. Spezialpräventive Theorie .....	80
4. Vereinigungstheorien .....	81
5. Zusammenfassung .....	82
III. Das Gesetzlichkeitsprinzip („nullum crimen, nulla poena sine lege“) .....	83
1. Herkunft der Formulierung .....	83
2. Heutige Begründung .....	83
3. Konsequenzen .....	83
a) Rückwirkungsverbot .....	84
b) Verbot des Gewohnheitsrechts .....	84
c) Verbot unbestimmter Strafgesetze .....	84
d) Analogieverbot .....	84
4. Fragmentarischer Charakter des Strafrechts .....	85
IV. Das strafrechtliche Sanktionensystem .....	85
1. Abgrenzung der strafrechtlichen Rechtsfolgen .....	85
2. Strafen und Maßregeln .....	86
a) System der Strafen .....	89
aa) Freiheitsstrafe .....	89
(1) Einheitliche Freiheitsstrafe .....	89
(2) Lebenslange Freiheitsstrafe .....	90
(3) Zeitige Freiheitsstrafe .....	91
(4) Kurzfristige Freiheitsstrafe .....	91
(5) Strafaussetzung zur Bewährung .....	92
bb) Geldstrafe .....	92
b) System der Maßregeln der Besserung und Sicherung .....	92
Literaturhinweise .....	93

## Teil 1: Basiskurs Zivilrecht

*Ulrich Wackerbarth*

### A. Das Privatrecht im System des deutschen Rechts

#### I. Einleitung

Wer am Wirtschaftsleben teilnimmt, kommt regelmäßig – häufig ohne sich dessen bewusst zu sein – mit dem Privatrecht in Berührung. Wer einen Kaufvertrag oder einen Mietvertrag abschließt, handelt beispielsweise nach Regeln des Privatrechts. Das Privatrecht regelt, in welchem Verhältnis die im Staat lebenden Menschen und die privatrechtlich organisierten Gruppen – wie z.B. Sportvereine und Aktiengesellschaften – zueinander stehen. Das geschieht überwiegend durch die Zuweisung von Rechten und Verpflichtungen.

Im Gegensatz zum Privatrecht regeln die Vorschriften des öffentlichen Rechts überwiegend die Rechtsverhältnisse des Staates und der sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften zueinander und zu den Bürgern, sowie die Organisation des Staates und der sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften. Zum öffentlichen Recht gehören vor allem das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht mit seinen vielfachen Verzweigungen.

Die Unterscheidung des Privatrechts vom öffentlichen Recht hat praktische Bedeutung vor allem für die Wahl des Rechtsweges. So gehören die meisten privatrechtlichen Streitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten fallen hingegen regelmäßig in die Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte.

#### II. Untergliederungen des Privatrechts

##### 1. Überblick

Den Kern des deutschen Privatrechts enthält das im BGB kodifizierte bürgerliche Recht. Die übrigen Gebiete des Privatrechts schließen an die im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen

Grundregeln an. Neben dem im BGB enthaltenen bürgerlichen Recht werden zum Privatrecht beispielsweise gezählt: das Handels-, das Gesellschafts- und das Arbeitsrecht.

## 2. Das Handelsrecht

Das Handelsrecht lässt sich kennzeichnen als das „Sonderprivatrecht der Kaufleute“. Die meisten seiner Vorschriften knüpfen an die Kaufmannseigenschaft an. Es ist kein Recht, das isoliert neben dem bürgerlichen Recht steht. Manche Regelungen des BGB werden durch das Handelsrecht lediglich ergänzt. Andere Normen des BGB werden im HGB durch Sondernormen ersetzt, die den Bedürfnissen des Handels angepasst sind.

**Beispiel** Den kaufmännischen Käufer trifft nach § 377 HGB eine besondere, den Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs entsprechende Untersuchungs- und Rückgabepflicht. Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach, so gilt die Ware gem. § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt. Der Käufer muss die Ware als vertragsgemäß ansehen, d.h. er verliert die nach dem BGB für den Empfänger der mangelhaften Lieferung eingeräumten Rechte.

## 3. Das Gesellschaftsrecht

Das Gesellschaftsrecht ist das Recht der privatrechtlichen Organisationen, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet werden. Es enthält insbesondere Regelungen über die zulässigen Organisationsformen von Gesellschaften, die Gründung und Beendigung der Gesellschaften, die zulässige innere Struktur sowie die privatrechtlichen Beziehungen der Gesellschaft zu außenstehenden Dritten. Das Gesellschaftsrecht ist nicht nur in einem Gesetz geregelt. Gesellschaftsrechtliche Vorschriften befinden sich u.a. im BGB, im HGB und in einer Reihe von Spezialgesetzen.

## 4. Das Arbeitsrecht

Die Normen des Arbeitsrechts werden überwiegend dem Privatrecht zugeordnet. Häufig spricht man daher auch vom Arbeitsrecht als dem Sonderprivatrecht der abhängig Beschäftigten (Arbeitnehmer). Zum einen existiert das Individualarbeitsrecht, das die privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer regelt. Dazu zählen die Regeln über Anbahnung, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Zum anderen existiert das kollektive Arbeitsrecht, das überwiegend die rechtlichen Regelungen zum Gegenstand hat, die die Existenz, Organisation und Funktion der arbeitsrechtlichen



Kollektive, z. B. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, sowie ihre rechtliche Beziehungen zu ihren Mitgliedern und zu ihren Gegenspielern betreffen.

### III. Das bürgerliche Recht als Kern des deutschen Privatrechts

#### 1. Der Begriff des bürgerlichen Rechts

Der Kern des deutschen Privatrechts ist im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt. Man kann das bürgerliche Recht (synonym mit Zivilrecht) als denjenigen Teil des Privatrechts bezeichnen, dessen Rechtssätze im Bürgerlichen Gesetzbuch zusammengefaßt sind und für alle Bürger gelten. Alle anderen Gebiete des Privatrechts schließen an die im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Grundregeln an. So gelten z.B. die allgemeinen Regeln des BGB über den Abschluss von Verträgen, die Geschäftsfähigkeit und die Verjährung für das Recht der Handelsgesellschaften ebenso wie für das Wertpapierrecht. Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über den Abschluss von Verträgen haben auch für das Handelsrecht und das Arbeitsrecht Gültigkeit. Wer sich mit Spezialgebieten des Privatrechts befassen will, kommt deshalb nicht umhin, sich zunächst mit den Grundzügen des bürgerlichen Rechts zu befassen.

#### 2. Überblick über den Inhalt der fünf Bücher des BGB

Das BGB ist in fünf Bücher gegliedert: den Allgemeinen Teil, das Recht der Schuldverhältnisse, das Sachenrecht, das Familienrecht und das Erbrecht.

##### a) Allgemeiner Teil

Das erste Buch des BGB, der Allgemeine Teil, enthält diejenigen Regelungen, die für alle anderen Teile des Bürgerlichen Gesetzbuches (2. – 5. Buch) gelten sollen. Der Allgemeine Teil enthält Regelungen über die Rechtspersonen, die Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre und die Ausübung der Rechte. Dem Gesetzgeber war daran gelegen, allgemein geltende Regeln vor die Klammer zu ziehen (Ausklammerungsmethode). So beanspruchen etwa die Regeln über das Zustandekommen von Verträgen Gültigkeit sowohl für schuldrechtliche Verträge (z.B. Kaufverträge), für sachenrechtliche Verträge (z.B. Einigung über den Eigentumsübergang nach § 929 BGB), für familienrechtliche Verträge (z.B. Unterhaltsverträge) und für erbrechtliche Verträge (z.B. Erbverträge). Folgerichtig finden sich die entsprechenden Vorschriften im Allgemeinen Teil, nämlich in den §§ 145 ff. BGB. Hierdurch lassen sich

unnötige Wiederholungen vermeiden. Freilich wird dies erkaufte mit einem hohen Abstraktionsgrad, der die erstmalige Befassung mit dem BGB nicht eben leicht macht.

## b) Schuldrecht

Das zweite Buch des BGB enthält Bestimmungen über das Recht der Schuldverhältnisse. Aufgrund eines Schuldverhältnisses können Personen von anderen Personen ein Tun oder Unterlassen verlangen. Schuldverhältnisse wirken relativ, d. h. nur zwischen den Beteiligten. Ein Schuldverhältnis kann durch den Abschluss eines Vertrages, aber auch kraft Gesetzes entstehen.

Der allgemeine Teil des Schuldrechts enthält Regelungen, die grundsätzlich auf alle Schuldverhältnisse Anwendung finden sollen, z.B. Regelungen über Leistungsstörungen bei Schuldverhältnissen, die Erfüllung und die Aufrechnung. Auch hier zeigt sich wiederum das Bestreben, allgemeine, für alle Schuldverhältnisse geltende Regeln vorab zu formulieren und erst danach die Besonderheiten der vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnisse zu behandeln.

Im besonderen Teil des Schuldrechts sind Vorschriften über die meisten Vertragstypen enthalten, die täglich geschlossen und vollzogen werden. Dazu gehören etwa der Kauf, die Miete, der Dienstvertrag und der Werkvertrag. Darüber hinaus enthält der besondere Teil des Schuldrechts Regelungen über gesetzliche Schuldverhältnisse, etwa das Deliktsrecht.

## c) Sachenrecht

Im dritten Buch des BGB ist das Sachenrecht geregelt. Das BGB unterscheidet zwischen unbeweglichen Sachen einerseits und beweglichen Sachen andererseits. Unbewegliche Sachen sind Grundstücke mit ihren Bestandteilen. Alle anderen Sachen sind bewegliche Sachen. Das wichtigste und umfassendste Sachenrecht ist das Eigentum. Sachenrechte sind aber auch Nutzungsrechte, wie z.B. der Nießbrauch, oder Sicherungsrechte, wie z. B. die Pfandrechte an beweglichen Sachen und Grundstücken (letztere nennt man Grundpfandrechte, zu ihnen gehören Hypothek und Grundschuld). Sachenrechte wirken absolut, d.h. sie wirken gegenüber jedermann. Das Sachenrecht enthält Regelungen über die Übertragung des Eigentums an beweglichen und unbeweglichen Sachen, die Belastung des Eigentums mit Pfandrechten und den Besitz an Sachen.

## d) Familienrecht

Das Familienrecht (viertes Buch des BGB) umfasst im Wesentlichen die wichtigsten Teile des Eherechts, das Kindschafts- und Verwandtschaftsrecht, das Betreuungsrecht und das Vormundschaftsrecht. Das Familienrecht ist grundsätzlich –seiner Stellung im BGB entsprechend – Teil des Privatrechts, da es personenrechtliche Beziehungen von Individuen, die sich auf gleicher Ebene gegenüberstehen, regelt. Die institutionelle Garantie von Ehe und Familie im Grundgesetz bedingt aber, im Gegensatz zu dem übrigen im BGB verankerten Zivilrecht, vielfältige Mitwirkungs-, Aufsichts- und Eingriffsrechte des Staates. Das Familienrecht ist daher mit einer Reihe von öffentlich-rechtlichen Regelungen durchsetzt.

## e) Erbrecht

Der Gesetzgeber hat das Erbrecht im fünften Buch des BGB besonders ausführlich geregelt. Grundsätzlich hat der Erblasser Testierfreiheit, d.h. er kann seine Erben durch letztwillige Verfügung frei bestimmen. Ersatzweise tritt die gesetzlich vorgesehene Erbfolge ein. Im BGB ist die Familienerbfolge als die gesetzliche Erbfolge verankert.

# B. Die Rechtsquellen des Privatrechts

## I. Die Rechtsquellen des nationalen Rechts

Das deutsche Privatrecht ist, ebenso wie jedes andere Recht auch, in abstrakt-generellen Normen enthalten. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie unabhängig vom konkreten Anwendungsfall normative Kraft allgemein und für jedermann entfalten. Solche Rechtssätze finden sich in staatlichen Gesetzen und im Gewohnheitsrecht.

### 1. Das staatliche Gesetz

Ein staatliches Gesetz (im materiellen Sinn) beruht auf einem Akt bewusster Rechtsetzung durch den von der Verfassung dazu legitimierten Normgeber unter Einhaltung des dafür vorgeschriebenen Verfahrens. Nach dem Rangprinzip lässt sich folgende Einteilung vornehmen: Verfassung, Gesetze im formellen Sinn, Rechtsverordnungen und Satzungen.

## 2. Das Gewohnheitsrecht

Nach Art. 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist als "Gesetz" im Sinne des BGB "jede Rechtsnorm" anzusehen. Dieser Formulierung ist zu entnehmen, dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers auch das Gewohnheitsrecht als Gesetz in diesem Sinne anzusehen ist mit der Folge, dass z. B. dann, wenn im BGB von einem Verstoß gegen ein Gesetz die Rede ist, auch der Verstoß gegen eine Norm des Gewohnheitsrechts gemeint ist. Das Gewohnheitsrecht wird also als ein mit dem Gesetzesrecht gleichrangiges Recht angesehen. Es entsteht allerdings nicht in einem förmlichen Verfahren, das dem Gesetzgebungsverfahren entspricht. Es hat im Privatrecht keine große Bedeutung.

## 3. Ausgrenzungen – keine Rechtsquellen

### a) Die Verkehrssitte

Kein Gewohnheitsrecht und damit keine Rechtsquelle stellt die Verkehrssitte dar. Dieser Begriff wird im BGB an verschiedenen Stellen benutzt. Verkehrssitte ist das, was sich im Handelsverkehr (= Handelsbrauch) oder im bürgerlichen Rechtsleben als eine allgemeine oder in bestimmten Kreisen bestehende tatsächliche Gepflogenheit herausgebildet hat. Sie ist eine Verhaltensregel, die aus tatsächlicher Übung bei ähnlichen Geschäften abgeleitet werden kann. Das Gesetz verweist auf die Verkehrssitte (z. B. § 157 BGB) hauptsächlich als Hilfsmittel der Auslegung.

### b) Entscheidungspraxis der Gerichte

Keine Rechtsquelle bilden das Richterrecht, gerichtliche Entscheidungen, die ständige Rechtsprechung etc. Die Aufgabe eines Richters besteht darin, das Recht auf die Lebenssachverhalte anzuwenden, über die er zu befinden hat. Die Grenzen richterlicher Tätigkeit werden zutreffend mit der Feststellung gezogen, dass der Richter nicht Recht zu setzen habe, der Richter kein Gesetzgeber sei. Obergerichtliche Urteile schaffen allerdings Präjudizien für künftige Entscheidungen. Da die in erster Instanz entscheidenden Gerichte sich in weitem Umfange an beispielgebende Entscheidungen der oberen Gerichte halten, entscheiden die Obergerichte oft einen Einzelfall mit dem Anspruch, dass die dabei aufgestellten Maximen ein Vorbild für die Entscheidungen bilden, die in ähnlich gelagerten Fällen zukünftig getroffen werden müssen.

## II. Rechtsquellen des Europarechts und des Völkerrechts

Das bundesdeutsche Privatrecht wird heutzutage in zunehmendem Maße durch völker- und europarechtliche Rechtsetzung beeinflusst.

### 1. Primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht

Insbesondere wirkt die Europäische Gemeinschaft intensiv in die mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen ein. Wichtige Zielbeschreibungen, von denen vor allem die Herstellung eines Gemeinsamen Marktes zu nennen ist, finden sich bereits im primären Gemeinschaftsrecht, den konstituierenden Verträgen.

Sodann tritt das von den Gemeinschaftsorganen erlassene Sekundärrecht hinzu. Es gehört zu den Aufgaben der Europäischen Gemeinschaft, auf die Rechtsangleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften hinzuwirken, soweit dies für das Funktionieren des Binnenmarktes und die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus erforderlich ist. Sekundärrecht bezeichnet die Verordnungen, die unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten, sowie die Richtlinien, die für die Mitgliedstaaten nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich und den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel der Umsetzung überlassen. Als wichtigste Antriebsfeder für die Rechtsvereinheitlichung im Vertragsrecht hat sich der Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes erwiesen.

Das gesamte europäische Gemeinschaftsrecht genießt Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht.

### 2. Internationale Übereinkommen

Als Rechtsquellen aus dem Bereich des Völkerrechts sind die internationalen Übereinkommen zu nennen. Diese bedürfen der Transformation in innerstaatliches Recht. Allen voran ist das UN-Kaufrecht (CISG) aus dem Jahre 1980 zu nennen. Dieses Übereinkommen sieht eine weltweit einheitliche Regelung für den internationalen Handelskauf vor. Es hat mittlerweile große praktische Bedeutung erlangt.

## C. Grundprinzipien des deutschen Privatrechts

Das deutsche Privatrecht wird von einer Reihe von Grundprinzipien wesentlich geprägt.

### I. Der Grundsatz der formalen Gleichbehandlung

Das heute geltende deutsche Privatrecht beruht auf dem Prinzip der formalen Gleichbehandlung aller Staatsbürger. Dieser Grundsatz der Rechtsgleichheit aller Bürger ist schon aus dem Grundgesetz (Art. 3 Abs. 1 GG) abzuleiten. So darf beispielsweise jeder Bürger ohne Rücksicht auf seine Berufszugehörigkeit, sein Geschlecht oder seine Religion Eigentum an Grund und Boden sowie an beweglichen Sachen, wie z.B. Kraftfahrzeugen, erwerben.

### II. Der Grundsatz der Privatautonomie

#### 1. Privatautonomie und Rechtsgeschäft

Eines der Hauptprinzipien des deutschen Privatrechts ist die Privatautonomie. Sie gewährt den einzelnen Bürgern die Möglichkeit, ihre Beziehungen untereinander innerhalb bestimmter Grenzen durch Rechtsgeschäfte, insbesondere durch Verträge, frei zu regeln. Ihre verfassungsrechtliche Gewährleistung wird überwiegend in Art. 2 Abs. 1 GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit, erblickt.

#### 2. Ausprägungen der Privatautonomie

Der Grundsatz der Privatautonomie prägt weite Teile unserer Privatrechtsordnung. Je nach Sachbereich lassen sich verschiedene Erscheinungsformen unterscheiden, und zwar:

##### a) Die Vertragsfreiheit

Die wichtigste Ausprägung des Prinzips der Privatautonomie stellt die Vertragsfreiheit dar. Sie herrscht in allen Bereichen des Privatrechts, entfaltet sich aber vor allem bei der Begründung, Änderung und Aufhebung vertraglicher Schuldverhältnisse.

## b) Die Vereinigungsfreiheit

Zur Privatautonomie gehört darüber hinaus auch die Vereinigungsfreiheit, also das Recht, sich mit mehreren zu Vereinen und Gesellschaften zusammenzuschließen oder solchen Vereinigungen beizutreten. Auch dieses Recht wird mittels des Abschlusses von Rechtsgeschäften – Gründung und Beitritt – ausgeübt. Eine spezielle verfassungsrechtliche Absicherung findet sich in Art. 9 Abs. 1 GG. Das Vereinsrecht des BGB (§§ 21 ff.) und das Gesellschaftsrecht (§§ 705 ff. BGB, HGB, GmbHG, AktG etc.) setzen diese Vorgaben auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts um.

## c) Die Testierfreiheit

Der erbrechtliche Teil der Privatautonomie ist die Testierfreiheit. Man hat darunter das Recht zu verstehen, nach freiem Belieben Verfügungen von Todes wegen zu errichten, also rechtsgeschäftliche Anordnungen darüber zu treffen, was mit dem Vermögen nach dem Tode geschieht. Die Testierfreiheit ist wie die Vereinigungsfreiheit im BGB zwar nicht ausdrücklich genannt, hat aber in §§ 1937 ff. BGB ihren Niederschlag gefunden. Eine spezielle verfassungsrechtliche Absicherung findet sich in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Hiernach wird neben dem Eigentum auch das Erbrecht gewährleistet.

## d) Die Eigentumsfreiheit

§ 903 BGB nimmt schließlich die in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Eigentumsgarantie auf. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer einer Sache mit dieser grundsätzlich nach seinem Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Die Eigentumsfreiheit wird überwiegend ebenfalls als Ausprägung der Privatautonomie verstanden.

## 3. Die Grenzen der Privatautonomie

Es gibt keine uneingeschränkte Privatautonomie. Die Rechtsordnung enthält Grundsätze, die auch der Privatautonomie Grenzen setzen. So bestimmt das BGB die Grenzen der Privatautonomie durch die Anordnung der Nichtigkeit bestimmter Rechtsgeschäfte, und zwar vor allem unter Hinweis auf gesetzliche Verbote (§ 134 BGB) und die guten Sitten (§ 138 BGB), oder durch die Vorschriften des Verbraucherschutzes. Letztere dienen umgekehrt allerdings gerade der Gewährleistung der Privatautonomie der regelmäßig unterlegenen Verbraucher.

Eine wichtige Schranke der Privatautonomie wird mittlerweile durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gebildet, das vor allem im Arbeitsrecht, aber auch in Bereichen des Zivilrechts, Diskriminierungen durch die Angebotsseite untersagt.

### III. Das Privateigentum und seine Bedeutung für die Privatrechtsordnung

Die in der Bundesrepublik Deutschland geltende Privatrechtsordnung ist durch die Art und Weise, wie sie das Privateigentum behandelt, entscheidend gestaltet. Das BGB enthält keine weitergehende Definition des Eigentums als die, dass der Eigentümer einer Sache mit ihr grundsätzlich nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann (§ 903 BGB). Deshalb existiert bis heute eine nicht abgeschlossene Diskussion über die begriffliche Fassung und rechtliche Ausgestaltung des Eigentums. Diese Diskussion steht vor allem in Zusammenhang mit dem Verhältnis des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs zu der verfassungsrechtlichen Garantie des Eigentums in Art. 14 Abs. 1 GG und der Sozialbindung in Art. 14 Abs. 2 GG.

### IV. Der Vertrauensgrundsatz im bürgerlichen Recht

Teile der Literatur sehen in der Privatrechtsordnung eine starke sozial-ethische Komponente, die sich im BGB in erster Linie als das Vertrauensprinzip niedergeschlagen habe. Dieses Prinzip beruht darauf, dass das Vertrauen die Grundlage menschlicher Beziehungen sein muss, wenn ein Leben von Menschen in einer Gemeinschaft in einem Zustand von Frieden und Freiheit garantiert werden soll.

Seinen stärksten Ausdruck hat der Vertrauensgrundsatz im bürgerlichen Recht in § 242 BGB gefunden. In dieser Vorschrift ist ein Grundsatz verankert, der das gesamte bürgerliche Recht beherrscht. Rechtsprechung und rechtswissenschaftliche Literatur haben die Anwendung dieses Grundsatzes weit über diesen Bereich hinaus ausgedehnt, für den er zunächst im Gesetz verankert worden ist. Der Vertrauensgrundsatz beherrscht den gesamten rechtsgeschäftlichen Verkehr. Der in § 242 BGB niedergelegte Grundsatz von Treu und Glauben bedeutet, dass jede Person zu ihren gegebenen Erklärungen stehen muss und das Vertrauen, das andere Personen ihr entgegengebracht haben, als die unerlässliche Grundlage aller menschlichen Beziehungen nicht enttäuschen oder missbrauchen darf.



## D. Grundbegriffe des Privatrechts

Im Folgenden sollen einige wichtige Grundbegriffe des Privatrechts vorgestellt werden, die für das Verständnis des Gesamtsystems von Bedeutung sind. Hier geht es allerdings nur um einen ersten Überblick.

### I. Anspruch, Anspruchsgrundlage, Gegenrechte

#### 1. Der Anspruch

Das Privatrecht trifft Verhaltensregeln, die den Umgang der Privatleute („Bürger“) miteinander und untereinander verbindlich ordnen. Diese Verhaltensregeln sind in erster Linie in Form von Rechten und Pflichten formuliert. Aus der Sicht des Berechtigten geht es zumeist um die Frage, ob er von einer anderen Person ein bestimmtes Verhalten verlangen kann. Dies ist in der Regel auch die Fragestellung, über die der Zivilrichter bei einem Rechtsstreit zwischen zwei Parteien zu entscheiden hat. Mit der Klage wird ein materiell-rechtlicher „Anspruch“ geltend gemacht.

**Beispiel** In einem gerichtlichen Verfahren vor dem Amtsgericht (oder einer juristischen Fallbearbeitung) stellt sich die Frage, ob der Kläger vom Beklagten die Herausgabe eines diesem für eine bestimmte Zeit überlassenen Rasenmähers verlangen kann. Der Klage ist zu entsprechen, wenn dem Kläger der geltend gemachte Herausgabeanspruch zusteht.

Der Anspruch ist damit die zentrale Denkkategorie im Privatrecht. Das BGB definiert den Anspruch in § 194 Abs. 1 BGB als das Recht, von einem anderen ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangen zu können. Auf ein positives Tun ist beispielsweise der Zahlungsanspruch oder der Herausgabeanspruch gerichtet. Praktische Bedeutung hat aber auch der Unterlassungsanspruch. So kann beispielsweise die rechtswidrige Beeinträchtigung des Eigentums mit einem gegen den Störer gerichteten Unterlassungsanspruch abgewehrt werden (§ 1004 BGB).

#### 2. Die Anspruchsgrundlage

Ansprüche resultieren aus bzw. finden ihre rechtliche Grundlage in sog. Anspruchsgrundlagen. Dabei handelt es sich um rechtliche Regelungen, die einem Rechtssubjekt Ansprüche für den Fall zubilligen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der Regelung erfüllt sind.

Ohne Anspruchsgrundlage ist kein Anspruch denkbar. Anspruchsgrundlagen finden sich insbesondere in den Rechtsnormen (Paragraphen) des BGB, mitunter auch im Gewohnheitsrecht. Meist lässt die in der Vorschrift enthaltene Rechtsfolgeanordnung erkennen, ob ihr die Qualität einer Anspruchsgrundlage zukommt.

**Beispiel** Im zuletzt genannten Fall beruft sich der Kläger für sein Herausgabeverlangen auf seine Eigentümerstellung. Der geltend gemachte Anspruch könnte seine Rechtfertigung in § 985 BGB finden. Aus ihm ergibt sich, dass der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann. Die Formulierung der Rechtsfolge lässt erkennen, dass es sich um eine Anspruchsgrundlage handelt. Aufgabe des Richters ist es nun zu prüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage im Hinblick auf den konkreten Fall gegeben sind.

Allerdings können auch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen die Rechtsgrundlage für Ansprüche sein.

**Beispiel** A verpflichtet sich in einem Vertrag gegenüber B, sich künftig jeglicher öffentlicher Äußerungen zum geschäftlichen Verhalten des B zu enthalten. A und B haben damit einen Unterlassungsvertrag abgeschlossen. Dieser ist im BGB nicht ausdrücklich geregelt, so dass sich hierzu auch keine Vorschriften finden. Aufgrund der Vertragsfreiheit ist der Abschluss eines solchen Vertrages jedoch ohne weiteres möglich. Der entsprechende Unterlassungsanspruch resultiert damit unmittelbar aus der vertraglichen Abmachung.

### 3. Gegenrechte

Aus der Sicht des Anspruchsgegners ist zu fragen, ob dem Anspruch nicht bestimmte Gegenrechte entgegengehalten werden können. Diese Gegenrechte lassen sich in Einwendungen und Einreden unterteilen. Einwendungen zielen unmittelbar auf die Existenz des Anspruchs, entweder indem sie bereits die Entstehung des Anspruchs verhindern, oder indem sie den entstandenen Anspruch zum Erlöschen bringen.

#### **Beispiele**

(1) V und K schließen – privatschriftlich – einen Grundstückskaufvertrag. Auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB in Anspruch genommen, beruft sich K auf die Formunwirksamkeit des Kaufvertrages nach §§ 125 Satz 1 i.V.m. 311b BGB. Der Anspruch ist nicht entstanden. Es handelt sich um eine rechtshindernde Einwendung.

(2) Der Grundstückskaufvertrag ermangelt zwar nicht der gesetzlich vorgeschriebenen Form. K hat den Kaufvertrag jedoch wegen arglistiger Täuschung über die Größe des

Grundstücks angefochten. Der Kaufpreiszahlungsanspruch ist hier zwar zunächst entstanden, durch die Ausübung des Anfechtungsrechts jedoch wieder untergegangen (§ 142 BGB). Es handelt sich um eine rechtsvernichtende Einwendung.

Von den Einwendungen sind die sog. Einreden zu unterscheiden. Diese geben dem Schuldner lediglich die Möglichkeit, die – weiterhin geschuldete – Leistung zu verweigern. Das Vorliegen eines Einredetatbestandes allein hindert die Verurteilung des Schuldners mithin nicht. Vielmehr muss sich der Schuldner auf den Einredetatbestand berufen. Anders als die Einwendungen berühren Einreden auch nicht die Existenz des Anspruchs. Sie hindern lediglich seine Durchsetzbarkeit und dies entweder auf Dauer (peremptorische Einreden) oder nur vorübergehend (dilatorische Einreden).

### **Beispiele**

(1) V entschließt sich erst nach sieben Jahren, den Kaufpreiszahlungsanspruch gegen K geltend zu machen. K kann sich – muss dies aber nicht – auf die Einrede der Verjährung berufen. Nach Ablauf der dreijährigen Verjährungszeit (§ 195 BGB) kann nämlich der Schuldner die Leistung endgültig verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB).

(2) V nimmt den K bereits eine Woche nach Vertragsschluss auf Zahlung in Anspruch. K wendet ein, man habe vereinbart, dass er den Kaufpreis erst nach einem Monat zu begleichen brauche. Rechtlich gesprochen macht K die Einrede der Stundung geltend, d.h. er beruft sich darauf, dass die Fälligkeit der Leistung für einen bestimmten Zeitraum vertraglich hinausgeschoben worden ist. Anders als in der Beispielsvariante zuvor handelt es sich um eine lediglich vorübergehende Hemmung des Anspruchs. Nach Ablauf eines Monats ist K ohne Einschränkung zur Zahlung verpflichtet.

## **II. Rechtssubjekte und Rechtsobjekte**

### **1. Natürliche Personen**

Nicht nur die Anspruchsgrundlagen und Gegenrechte, alle Normen des Rechts setzen ihrer Struktur nach einen Adressaten voraus, verlangen also nach einer Person, die die in ihr aufgestellte Verhaltensregel beachtet. Das Recht richtet sich an den Menschen, denn nur von ihm kann man verständige, d.h. vor allem sozialadäquate Reaktionen auf die Verhaltensanforderungen der staatlichen Gemeinschaft erwarten. Mithin ist es auch die Person, die zum Bezugspunkt der bürgerlichen Rechte und Pflichten, gemacht wird. Die Personeneigenschaft oder anders ausgedrückt die Rechtssubjektsqualität ist an die Rechtsfähigkeit geknüpft. Darunter versteht man die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Rechtsfähig in diesem Sinne sind die natürlichen Personen und bestimmte Personenvereinigungen, denen

das Recht diese Qualität eigens zuschreibt. Nach außen hin handeln diese Personenvereinigungen durch ihre vertretungsberechtigten Organe, also durch Menschen.

## 2. Juristische Personen

Rechtsfähig sind darüber hinaus bestimmte überindividuelle Organisationseinheiten, sog. juristische Personen. Welche Bewandnis es damit hat, soll das folgende Beispiel veranschaulichen.

**Beispiel** Die Studenten A, B, C, D, E, F und G pflegen ein gemeinsames Hobby, das Schachspielen. Um ihre Freizeitaktivitäten zu professionalisieren und mehr Interessenten zu gewinnen beschließen sie, ihrer Gruppe einen Namen zu geben, Statuten auszuarbeiten und einen Mitgliedsbeitrag von jährlich 60 DM zu erheben. A wird zum Vorsitzenden, B zum Kassenwart und C zum Spielleiter gewählt. Der Schachklub wird unter dem Namen „Lange Rochade“ ins Vereinsregister eingetragen. Um ihre Spielabende regelmäßig an einem bestimmten Ort durchführen zu können, mietet A im Namen des Klubs einen Saal in einer Kneipe an. Als der Klub mit der Zahlung der Saalmiete in Rückstand gerät, fragt der Kneipenwirt, wen er in Anspruch nehmen kann.

Zur Zahlung der Miete ist nach § 535 Abs. 2 BGB der Mieter verpflichtet, also der Vertragspartner des Vermieters. Dass hier ein Mietvertrag geschlossen worden ist, liegt auf der Hand. Zweifelhaft ist hingegen, wer sich hier als Mieter verpflichtet hat: A allein, jeder, also A, B, C, D und E oder aber der Schachklub „Lange Rochade“. Man könnte zunächst an A denken, da er es war, der die Erklärung gegenüber dem Kneipenwirt abgegeben hat. Interessengerecht wäre seine alleinige Haftung jedoch kaum. Die Vereinsmitglieder, und auch der Vorsitzende ist ein solches, wollen nicht persönlich für die Schulden eintreten, die in Ausübung der Vereinsaktivitäten eingegangen werden. Aus diesem Grunde ist nicht nur eine rechtliche Verpflichtung des A, sondern auch eine solche der übrigen Vereinsmitglieder denklich. Müsste das Vereinsmitglied mit einer persönlichen Inanspruchnahme rechnen, so fänden sich künftig kaum noch Interessierte für den Zusammenschluss zu einer solchen Vereinigung. Eine denkbare Lösung wäre es immerhin noch, die Vereinsmitglieder jeweils nur anteilig für die eingegangene Verpflichtung haften zu lassen. Der Gläubiger müsste dann alle Vereinsmitglieder auf den jeweiligen Bruchteil verklagen. Dies wäre viel zu umständlich und nicht interessengerecht – man denke nur an die rechtlichen Probleme, die das Ausscheiden alter oder das Eintreten neuer Mitglieder hervorruft. Aus diesem Grunde spricht viel dafür, in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen nicht die einzelnen Individuen, sondern die Vereinigung selbst zum verpflichteten Rechtsträger zu machen. Die Rechtsordnung gestattet es in der Tat, dass Personen einen weiteren (neuen) selbständigen

Rechtsträger gründen, der rechtlich nicht mit ihnen identisch ist und sein eigenes Vermögensleben führt. Solche erst künstlich formierten, gleichsam durch „Rechtstrick“ geschaffenen Organisationseinheiten des Privatrechts nennt man „juristische Personen“; „juristisch“ im Gegensatz zu den „natürlichen“ Personen, die geboren werden und sterben müssen. Im Beispielsfall haben sich A, B, C, D und E zu einem rechtsfähigen, eingetragenen (Ideal-) Verein im Sinne des § 21 BGB zusammengeschlossen. Der Verein ist eine juristische Person. Da A als Vorsitzender für diesen Verein den Mietvertrag abgeschlossen hat, ist nicht er oder die Mitglieder persönlich verpflichtet, sondern der Verein als solcher. Der Vermieter kann also den Verein verklagen und auf diese Weise letztlich auf das Vereinsvermögen, die Vereinskasse, zugreifen.

### 3. Rechtsobjekte

Die Güter, auf die sich die rechtliche Herrschaftsmacht des Rechtssubjekts erstrecken kann, werden als Rechtsobjekte bezeichnet. Dies sind zunächst die Sachen im Sinne des § 90 BGB, also die körperlichen Gegenstände. Aber auch unkörperliche Gegenstände in Form geistiger Schöpfungen können Rechtsobjekte sein, wenn die Rechtsordnung dem Urheber ein ausschließliches Nutzungs- oder Verwertungsrecht einräumt. Es sind dies die sog. Immaterialgüter. Die dritte und letzte Gruppe der Rechtsobjekte bilden die Rechte, allerdings nur insoweit als sie vermögensrechtlichen Charakter haben; hierbei handelt es sich um Rechte wie das Eigentum, Forderungen aus einem Kaufvertrag, Immaterialgüterrechte usw.

## III. Rechtsgeschäft und Vertrag

### 1. Der Begriff des Rechtsgeschäfts

Das Mittel zur Verwirklichung der Privatautonomie ist das Rechtsgeschäft. Unter einem Rechtsgeschäft versteht man einen Tatbestand, der aus mindestens einer Willenserklärung sowie oft aus weiteren Elementen (z.B. Realakt, behördliche Genehmigung) besteht und an den die Rechtsordnung den Eintritt des gewollten rechtlichen Erfolges knüpft. Man unterscheidet sodann einseitige Rechtsgeschäfte, wie z.B. die Kündigung, und mehrseitige Rechtsgeschäfte.

## 2. Die Bindungswirkung des Vertrages

Unter den mehrseitigen Rechtsgeschäften sind die wichtigsten die Verträge. Bedarf eine Person zur Verfolgung ihrer Ziele der Mitwirkung einer anderen Person, muss sie sich in der Regel mit dieser über deren Mitwirkungsverpflichtung und die von ihr zu erbringende Leistung einigen. Eine solche Einigung zweier – oder auch mehrerer – Personen ist ein Vertrag. Ein abgeschlossener Vertrag bindet die daran beteiligten Personen, die in dem Vertrag gegebenen Zusagen einzuhalten. Jeder Vertragspartner kann den anderen in der Regel mit Hilfe der Gerichte zwingen, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Eine nachträgliche Änderung eines einmal abgeschlossenen Vertrages ist nur noch mit der Zustimmung aller Vertragspartner möglich.

## 3. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte

Nach ihrem Inhalt lassen sich verpflichtende und verfügende Verträge unterscheiden. Die Unterscheidung ist für das Verständnis des Vertragsrechts des BGB von grundlegender Bedeutung.

Die im Vertragstypenkatalog der §§ 433 ff. BGB aufgeführten Verträge haben allesamt verpflichtenden Charakter; man spricht von Verpflichtungsgeschäften. Der Verkäufer „verpflichtet“ sich, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Käufer „verpflichtet“ sich, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen. Die Verpflichtung beschreibt das „Sollen“, das Verhaltensprogramm des Schuldners im Schuldverhältnis. Es ist das Versprechen, künftig eine bestimmte Leistung zu erbringen. Aus einem solchen Verpflichtungsgeschäft erwachsen somit Rechte gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner.

An der Zuordnung der Güter ändert sich durch den Abschluss eines verpflichtenden Vertrages noch nichts. Hierzu bedarf es stets noch eines Verfügungsgeschäfts, also eines Vertrages, der das bereits bestehende Privatrecht mit unmittelbarer Wirkung überträgt, belastet, verändert oder aufhebt.

**Beispiel** Nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB schuldet der Verkäufer die Übereignung der Sache. Erfüllt wird diese Leistungsverpflichtung durch einen verfügenden Vertrag, die Einigung nach § 929 BGB, samt der dazugehörigen Übergabe der Kaufsache. Das Eigentum an der Kaufsache geht (erst) dann und allein aufgrund dieses Verfügungsgeschäfts vom Verkäufer auf den Käufer über.

Schon an dieser Stelle sei betont, dass Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zwar tatsächlich häufig zusammenfallen werden, rechtlich aber strikt voneinander unterschieden werden müssen (Trennungsprinzip). Es ist sogar denkbar, dass das Verfügungsgeschäft Bestand hat, während das Verpflichtungsgeschäft – z.B. infolge einer Irrtumsanfechtung (§ 142 BGB) – nichtig ist (Abstraktionsprinzip). Der Ausgleich der nicht durch ein wirksames Verpflichtungsgeschäft legitimierten Vermögensverschiebung ist dann als ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 BGB) wieder rückgängig zu machen.

#### IV. Eigentum und Besitz

Eigentum und Besitz bezeichnen eine Beziehung zwischen einer Person und einer Sache. In der Alltagssprache werden beide Begriffe mitunter synonym verwandt. Das Bürgerliche Recht unterscheidet hingegen streng zwischen Eigentum und Besitz. Unter Eigentum versteht es die rechtliche Herrschaftsmacht über eine Sache (vgl. § 903 BGB), während Besitz die tatsächliche Sachherrschaft meint (vgl. § 854 Abs. 1 BGB). Kurz gesagt: Eigentümer einer Sache ist, wem sie gehört, Besitzer hingegen, wer sie tatsächlich in den Händen hält. Auch dem Besitz wird – allerdings in weitaus geringerem Umfang als dem Eigentum – ein gewisser Schutz durch die Rechtsordnung zugebilligt.

#### V. Delikt und Schadensersatz

Die letzte hier zu besprechende Grundkategorie ist die Haftung aus Delikt, häufig auch unerlaubte Handlung genannt

##### 1. Der Schaden und seine Abwälzung

Der Eintritt eines Schadens ist ein alltäglicher Vorgang. Die meisten Schäden muss der Betroffene jedoch selbst tragen. Will der Eigentümer einen erlittenen Schaden auf eine andere Person abwälzen, so bedarf er hierfür eines besonderen rechtlichen Grundes. Ein solcher Grund kann in einem Vertrag, etwa einem Versicherungsvertrag liegen. Der Schaden kann indessen auch darauf beruhen, dass ein anderer ihn rechtswidrig und schuldhaft verursacht hat. Da sich in dem Schaden dann nicht mehr nur das allgemeine Lebensrisikos des Verletzten realisiert, wird der Täter in diesen Fällen durch das Gesetz mit einer Ausgleichsverpflichtung gegenüber dem Verletzten belastet.

Schließlich gibt es noch einen weiteren Gesichtspunkt, der eine Verlagerung des Schadens vom Verletzten auf eine andere Person zu begründen vermag. Das ist die sog. Gefährdungshaftung. Wer beispielsweise ein Atomkraftwerk betreibt, Flugzeug- oder Kraftfahrzeugverkehr unterhält, tut, wenn er mit staatlicher Erlaubnis handelt, kein Unrecht. Der Betrieb derartiger Einrichtungen ist aber mit Risiken behaftet, die nicht völlig beherrschbar sind. Kommt es zu einem Unfall, so verwirklicht sich eine Gefahr, mit der zu rechnen war, die gleichsam im Betriebe inbegriffen ist. In einem solchen Fall spricht viel dafür, dem Betreiber der gefährlichen Einrichtung die Kompensation der eingetretenen Schäden aufzuerlegen. Wer den Vorteil aus solchen riskanten Betrieben zieht, der soll auch den Nachteil übernehmen und abdecken müssen. So sieht beispielsweise § 7 StVG eine verschuldensunabhängige Haftung des Halters eines Kraftfahrzeuges für die beim Betrieb des Fahrzeugs entstehenden Schäden vor. Der Verantwortliche kann sich seinerseits regelmäßig durch Abschluss einer Haftpflichtversicherung freistellen lassen.

## 2. Gesetzliche Regelungsmuster

Der Gesetzgeber kann versuchen, das Regelungsproblem der unerlaubten Handlung gewissermaßen mit einem einzigen Wurf zu lösen. Er wird dann bestrebt sein, eine Generalnorm zu formulieren, die möglichst weit gefasst sein muss, damit alle Eventualitäten sozialschädlicher Verhaltensweisen abgedeckt sind. Das BGB kennt jedoch keine deliktische Generalklausel, sondern befolgt ein System der Einzeltatbestände. Es reiht in § 823 Abs. 1 BGB und anderen Vorschriften eine Vielzahl unerlaubter Handlungen aneinander, von denen jeweils zumindest ein Tatbestand verwirklicht sein muss, damit die Rechtsfolgen eines Delikts eintreten können. Es gibt also keinen Anspruch aus unerlaubter Handlung schlechthin, sondern nur Ansprüche aus ganz bestimmten einzelnen Tatbeständen.



## Teil 2: Basiskurs Öffentliches Recht

*Katharina Gräfin von Schlieffen*

### A. Verfassungsrecht

#### I. Ein extremer Fall

Herr Ohnemichel wunderte sich.\* Soeben war die glanzvolle Festveranstaltung zum 25. Regierungsjubiläum des Wirtschaftsexperten Bob W. Meier I. in Habenburg zu Ende gegangen und Ohnemichel war in bester Laune auf dem Weg zum Parkplatz seines Autos. Er hatte sich gefreut, an den Feierlichkeiten teilnehmen zu können. Schließlich gab es so einen Festakt nicht alle Tage, denn es war schon ungewöhnlich, der Vorsitzende des Kompetenzteams, das Deutschland regierte, war ein Vierteljahrhundert im Dienst. Die Rücksicht, die man in diesem Amt auf die Unternehmen des Landes nehmen musste, war schon manchem Vorgänger zum Verhängnis geworden, aber Bob W. hatte sich als ein Meister des Interessenausgleichs bewährt und erfreute sich bei Industrie, Versicherungen und Banken allgemeiner Hochschätzung.

Das Kompetenzteam lenkte Deutschland – das sich inzwischen Germoney nannte – seit etwa vierzig Jahren. Legitimiert wurde diese Praxis durch die Auffassung, dass die Führung des Landes in den Händen ausgewiesener Wirtschaftsexperten liegen müsse. Ohne den Wert anderer Gemeinschaftsziele zu bestreiten, war man zu der Auffassung gelangt, dass die wahre Grundlage des allgemeinen Wohls die wirtschaftliche Prosperität sei. Deshalb dürfe die Besetzung des obersten Entscheidungsgremiums nicht durch die Zufälligkeiten einer Volkswahl oder die Einflüsse von Parteien oder Medien bestimmt sein. Besser schiene es, die Teammitglieder durch Kooptation zu bestimmen. Dies bedeutete: Schied ein Mitglied aus dem Rat aus, nominierten die verbliebenen Experten einen Nachfolger. Kriterium für die Auswahl war seine wirtschaftliche Befähigung; die Einzelheiten dieses Verfahrens sowie die Einrichtung und die Zuständigkeiten des „Kompetenzteams“ hatte man jedoch nicht verbindlich geregelt. Man wollte vermeiden, sich durch Rechtsregeln zu binden, um auf alle wirtschaftlichen Probleme flexibel reagie-

---

\* Basiskurs Öffentliches Recht entstand unter Mitwirkung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, juristische Rhetorik und Rechtsphilosophie Frau Olga Titarenko.

ren zu können. Diese Ordnung wurde in einer Volksentscheid von immerhin 96,2 % aller wahlberechtigten Deutschen bestätigt.

In derartigen Gedanken versunken, staunte Herr Ohnemichel nicht schlecht, als er an der Stelle ankam, wo er sein Auto abgestellt hatte. Der Platz war leer, der Wagen war weg, abgeschleppt! Dabei hatte die Verwaltung kein Parkverbotsschild aufgestellt. Aber so ungewöhnlich war das ja nicht, besann sich Ohnemichel. In Germoney konnten Autos auch ohne Verbotsschilder abgeschleppt werden. Stand ein Wagen im Weg oder gab es irgendeinen anderen – oder auch gar keinen – Grund, so transportierte ihn der

„Bürgerservice“ kostenpflichtig auf die grüne Wiese. Man konnte nur hoffen, dass die Gebühr nicht zu hoch ausfallen würde; schließlich würde sie der „Bürgerservice“ selbst festlegen können. Und Rechtsschutz würde es gegen diese Abgabe genauso wenig geben wie gegen das Abschleppen selber. So etwas war in Germoney nicht vorgesehen.

Mit diesen Aussichten verdunkelte sich die Stimmung OHNEMICHELS. Kurz kam ihm der Gedanke, er könnte dem „Stadtanzeiger“ einen Leserbrief schreiben, aber sehr aussichtsreich war dieses Unternehmen bekanntlich nicht. Die freiwillige Selbstkontrolle der Presse hielt alle regierungskritischen Äußerungen zurück, damit die Zeitungen keine Schwierigkeiten mit der Aufsichtsbehörde bekamen.

Ob sich vielleicht der Weg nach BRÜSSEL für OHNEMICHEL lohnen würde? Er hatte einmal gehört, dass sich auch dieser Staat nicht alles leisten könne, da er außenpolitisch auf die wirtschaftliche Kooperation mit seinen Nachbarländern angewiesen sei. Andere Staaten hatten schon öfters BOB W. wegen seines rüden Umgangs mit Bürgern gerügt. Doch würde er Erfolg haben? Würde man sich mit seinen Sorgen überhaupt in BRÜSSEL beschäftigen wollen?

Zum Glück wohnt Herr OHNEMICHEL in einem imaginären Staat. Doch was ist es, was GERMONEY von dem Deutschland unterscheidet, das wir kennen?

## Übung<sup>1</sup>

Hier bieten wir Ihnen einige Antworten auf diese Frage. Sie entsprechen bereits geläufigen juristischen Begriffen. Auch wenn Sie die richtige Lösung erst am Ende der beiden öffentlichrechtlichen Module begründen können, versuchen Sie bitte bereits jetzt, sich mit unseren Vorschlägen auseinanderzusetzen und überlegen Sie, welcher Begriff zu welchem Problemkreis passen könnte.

Im Deutschland des Herrn OHNEMICHEL fehlt:

- eine Verfassung
- Gewaltenteilung

---

<sup>1</sup> Lösungshinweise für die Übungsaufgaben dieses Abschnitts finden Sie im Moodle im Modul 55100 „Propädeutikum“.

- Grundrechte (Meinungsfreiheit, Pressefreiheit...)
- Demokratie
- Rechtsschutz gegen Staatsgewalt
- Rechtsstaatsprinzip
- die Gesetzesbindung der Verwaltung
- Rechtsstaatliches Willkürverbot

## II. Fragen der Herrschaft

GERMONEY wird von einem Expertenrat geleitet, dem man nahezu unumschränkte Führungskompetenz eingeräumt hat.

- Das Gremium bestimmt alle staatlichen Maßnahmen und Programme.
- Es organisiert deren Umsetzung.
- Ökonomisch minder wichtige Handlungsfelder scheint die Führungsgruppe Einheiten wie dem „Bürgerservice“ zu überlassen, der nach Gutdünken vorgehen kann.
- Die Führungsgruppe legitimiert sich über ihre Fachkompetenz.
- Das Ansehen der Fachkompetenz beruht auf der Hochschätzung eines einzigen Wertes, der Wirtschaftlichkeit.
- Damit ist das Gremium die oberste Autorität, wenn es um die Interpretation des Wertes geht, nach dem sich alle richten.
- Das Gremium ist auf unbegrenzte Dauer angelegt.
- Seine personelle Besetzung beruht auf eigener Entscheidung.
- Es regelt schließlich auch sein eigenes Vorgehen, was beispielsweise dazu geführt hat, dass dem Vorsitzenden im Laufe der Jahre die Funktion eines Vorgesetzten zugewachsen ist und er das Land wie ein Präsident, ja fast wie ein Monarch zu repräsentieren scheint.
- Gegen Maßnahmen des Staates gibt es keinen Rechtsschutz.

In GERMONEY regieren die Machthaber ohne Kontrollen und ohne Gegengewicht. Gewinn, Ausübung und Erhalt der Macht sichern einander ab und folgen einem Wert, der alle anderen überlagert. Das politische System verstößt gegen den Grundsatz der „*checks and balances*“. Lediglich über seine unvermeidlichen internationalen Einbindungen kann das System erschüttert werden.

Immerhin wird der Staat nicht von einem unberechenbaren *Diktator* geleitet, der seine persönliche Habgier, Geltungs- oder Machtwahn befriedigt. An der Spitze des Staates steht vielmehr eine Expertengruppe, die dem Volkswohl dienen möchte und deren Regierungsstil

den Ideen eines vernünftigen Managements verpflichtet ist. In diesem Sinne scheint sie nach gewissen Regeln vorzugehen und offenbare Willkürakte zu vermeiden. Ihre grenzenlose Herrschaft wird von den Einwohnern nicht als *Tyranei*, sondern als umfassende Fürsorge empfunden.

Nach dem ursprünglichen Konzept hatten alle Mitglieder des *Kompetenzteams* dieselbe Mitsprachemöglichkeit. Wenn es sich – trotz der herausragenden Rolle ihres Vorsitzenden – noch immer so oder so ähnlich verhält, wird man nicht von einer Einzelherrschaft (*Monarchie*), sondern von der Herrschaft einer Gruppe (Oligarchie) sprechen. Unter diesen Bedingungen könnte es wenigstens innerhalb der Gruppe eine Pluralität von Meinungen, und damit Kontrollen und Kräftebalance geben.

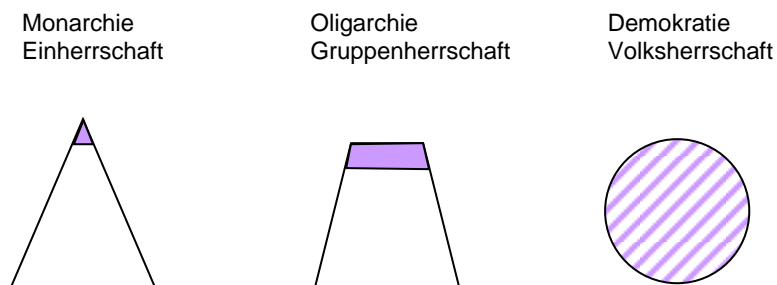


Abb. 1 Herrschaftsformen

Einwohner wie Herr OHNEMICHEL rechnen die Führungsgruppe einer *Elite* zu; man nimmt an, dass die Mitglieder des Kollegiums im Besitz des besten Führungswissens sind. Damit besitzt das Gremium eine *Legitimation*; seine Macht beruht nicht allein auf militärischem Rückhalt oder einem Ressourcenmonopol. Diese Art von Legitimation ist intellektueller Art. Sie folgt der Überlegung, dass ein Staat vom Klügsten gelenkt werden sollte, sei es einem „*Philosophenkönig*“ oder, wie hier, einer Gruppe von Wirtschaftsweisen.

Das fiktive Land erscheint uns also nicht als regellose, grausame Despotie, sondern eine Art vernünftige, aber uneingeschränkte Betriebsführung, die lediglich auf unterer Ebene („Bürgerservice“) Unregelmäßigkeiten in Kauf nimmt. Angesichts der zirkulären Machtstruktur, bei der die

- Führung des Staates,
- die Legitimation der Führung,
- der höchste Wert und
- die Wertinterpretation

zusammenfallen, und Kontrollen (z.B. durch Wahlen, Gerichte oder Presse) ausgeschaltet sind, wird man jedoch sagen können, dass diese Staatskonstruktion *totalitär* ist.

Die Machtkonzentration in GERMONEY geht mit einem charakteristischen Zustand einher: Es fehlt das Öffentliche Recht. Die Bewohner haben darauf verzichtet, ihre staatlichen Verhältnisse vertraglich oder gesetzlich zu regeln. Zugunsten der Wirtschaftsförderung, die man zum höchsten Ziele erklärt hat, unterstützen oder dulden sie die Herrschaft einer kleinen Gruppe, die „flexibel“ nach der jeweiligen Problemlage handeln darf, ohne durch Rechtsregeln beschränkt zu werden.

Damit gibt es kein Recht über der Macht. Die Macht des Staates wird durch kein Recht gebündelt. Diejenigen, welche in diesem Staat das Sagen haben, kennen zwar einen Wert, dem sie sich unterordnen, nämlich den allgemeinen Wohlstand. Der Staat hat auch eine gewisse Ordnung, er erfüllt sogar aner kennenswerte Aufgaben, so dass man sich scheut, ihn als „Räuberbande“ (AUGUSTINUS) zu bezeichnen. Die Konkretisierung und Durchsetzung des Wertes verläuft jedoch außerhalb von Rechtsverhältnissen.

Wegen dieser Freistellung der Macht, ihrer Ablösung vom Rahmen des Rechts ist die Macht in diesem fiktiven Staat *absolut*. Die Einwohner haben das Rad der Geschichte zurückgedreht und befinden sich in einem Staatswesen, wie es für die Epoche des *Absolutismus* (Mitte 17. bis Ende 18. Jh., in Teilen Deutschlands bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts) charakteristisch war.

Natürlich kann man die historische Wirklichkeit nicht mit unserem Cartoon vergleichen.

Ein Fazit darf jedoch gezogen werden. So gut der oberste Wert und so fähig einzelne Regierende auch sein mögen: Ohne das Recht bleiben die Bürger ein Spielball der Macht.

Zum Fall: Wenn sich der Staat GERMONEY nicht ans Recht gebunden fühlt, ist es nicht ausgeschlossen, dass das regierende Kompetenzteam tatsächlich für wirtschaftliche Wohlfahrt sorgt. Was aber passiert, wenn BOB W. I einer unsinnigen Wirtschaftstheorie verfällt, wenn ihn auf seine alten Tage sein ökonomisches Gespür verlässt und er nur noch Fehlentscheidungen trifft, wenn nur noch vergnügungssüchtige, inkompetente Nichten und Neffen zur Nachfolge bestimmt werden (*Nepotismus*) oder das Führungsgremium seine Macht gezwungenermaßen an eine der Interessengruppen im Staat abgibt? Was sollte sie daran hindern?

Ein Korrektiv in Gestalt einer anderen Institution – etwa einer Volksvertretung oder gar eines Gerichts – ist nicht vorhanden. Die Presse hat sich in vorweggenommenem Gehorsam selbst gleichgeschaltet. Die Einwohner, die von dem System profitieren, unterstützen oder

dulden es; die anderen haben resigniert. Wenn die Machthaber nicht selber zur Einsicht kommen, ist eine Änderung der Missstände nur durch inneren oder äußeren Druck zu erzwingen.

Damit lebt der rechtlose Staat mit dem hohem Risiko einer gewaltsamen inneren Auseinandersetzung: dem blutigen Bürgerkrieg, dessen Erfahrung den Anfang der modernen Verfassungslehre prägt. Ihre Antwort auf diese Gefahr lautet folgerichtig: Der Staat braucht eine rechtliche Ordnung.

### Übung

Stellen Sie bitte mit eigenen Worten dar, warum GERMONEY keine:

- a) Diktatur
- b) Monarchie

ist, sondern warum es

- c) ein totalitärer Staat ist.

## III. Verfassung und Staat

### 1. Was ist eine Verfassung?

Der Begriff Verfassung lässt sich zunächst nicht-rechtlich im Sinne von Grundzustand („In welcher Verfassung ist dieser Staat?“) verstehen (vgl. CARL SCHMITT, Verfassungslehre, Berlin, 1928). Wenn wir hier von Verfassung reden, beschränken wir uns auf die rechtliche Perspektive. Eine Verfassung ist danach die rechtliche Grundordnung eines Staates. Aus der Sicht des Rechts konstituiert (begründet) sie den Staat, weshalb sie auch Konstitution genannt wird. Verfassungen gelten auch für andere, nicht-staatliche Verbände oder Vereinigungen: In der aktuellen Diskussion steht ja bekanntlich eine Verfassung für die *Europäische Union*.

Der Verfassungsbegriff wird auf unterschiedliche Weise gedeutet.

Die Differenzen hängen vor allem damit zusammen, ob man den Begriff formal, und damit unabhängig von bestimmten rechtlichen Inhalten deutet, oder ob man auch materielle Merkmale einführt, etwa in dem Sinne: Eine Gesellschaft, die keine Menschenrechte verbürgt und keine Gewaltenteilung festlegt, hat keine Verfassung (so Art. 16 der Menschen- und Bürgerrechtserklärung der Französischen Revolution von 1789).

Beschränkt man sich auf den Typ von Verfassung, mit der die modernen Staaten den Absolutismus überwinden, können fünf Funktionen benannt werden.

### a) Funktionen einer Verfassung

**Verrechtlichung** Die wichtigste Funktion einer Verfassung ergibt sich aus unseren Vorüberlegungen: Verfassung bedeutet die *Verrechtlichung* der elementaren Beziehungen im Staat. Sie verwandelt die Träger der Macht (z.B. Krone und Parlament) in Träger von Rechten und Pflichten des Öffentlichen Rechts.

Unser Grundgesetz wandelt also die *Machtbeziehungen* zwischen Staat und Bürger durch die Verbürgung von Grundrechten in *Rechtsverhältnisse*.

Halten Sie sich dagegen die Konzeption GERMONEYS noch einmal vor Augen. Hier fällt zum einen ins Auge, dass der sog. Bürgerservice nach Belieben gegen Herrn OHNE-MICHEL vorgehen kann, also das Verhältnis zwischen Staat und Bürger offenbar keinen Rechtsregeln unterliegt. Genauso verhält es sich mit dem Kompetenzteam von Bob W. I: Die einzige Richtschnur für ihr Handeln ist der wirtschaftliche Erfolg. Damit wurde offensichtlich von einer Verrechtlichung der Beziehungen zwischen Staat und Bürger abgesehen; die innerstaatliche Organisation hat sich allenfalls insofern rechtlich gebunden, als es um die Beachtung des Kriteriums der Wirtschaftlichkeit geht. Diese geringe Regeldichte spricht dafür, dass GERMONEY wahrscheinlich ein Land ohne Verfassung ist.

**Gründungsakt** Die Verfassung gibt dem Staatswesen seine Gestalt. Der Akt der Verfassungsgebung ist zugleich der Akt, durch den der moderne Verfassungsstaat erschaffen wird. Aus der Sicht des Rechts wird der Staat durch die Verfassung konstituiert.

Zugleich ist die Verfassung aber auch die Geburtsurkunde des Staates. Sie definiert das neue Subjekt und bringt, auch unter gezieltem Einsatz von ästhetischen Mitteln, sein Selbstverständnis und seine Legitimation zum Ausdruck.

**Beispiel** Diese Funktion wird insbesondere von den *Präambeln* der Verfassungen erfüllt.

**Organigramm und Ablaufplan** Zu den weiteren Aufgaben einer Verfassung zählt es, die Verfassungsrechtsbeziehungen, die sie begründet hat, für die Erfordernisse der Willensbildung und Entscheidungsfindung rechtlich auszugestalten. Wichtiger Teil einer Verfassung ist damit das Staatsorganisationsrecht, das den Aufbau, die Einrichtung und die Aufgaben der Staatsorgane beschreibt und die wichtigsten Verfahren bestimmt, in denen staatliches Handeln verlaufen soll.

**Beispiel** Zu diesem Bauplan gehört es, alle Stellen zu benennen, die am Gesetzgebungsverfahren beteiligt sind, ihrer Kompetenzen zu definieren und den Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens zu normieren.

**Grundregeln** Nicht zuletzt normiert eine Verfassung die *Prinzipien* und einige grundlegende *Regeln* für die Rechte und Pflichten in Verfassungsrechtsverhältnissen.

**Beispiel** Zu den Prinzipien, die das deutsche Grundgesetz vorgibt, zählen das Demokratieprinzip, das Rechtsstaatsprinzip, das Bundesstaatsprinzip und das Sozialstaatsprinzip.

**Konfliktregulierung** Verfassungen wie das Grundgesetz geben schließlich verschiedene Verfahren zur Konfliktbewältigung vor, so etwa Regeln über die *Rechtsprechung*. Diese gelten für Auseinandersetzungen der Staatsorgane untereinander, für Konflikte zwischen Staat und Bürger, der Bürger untereinander und für Grundfragen, die allen Konflikten gemein sind (z.B. richterliche Unabhängigkeit).

## b) Form und Inhalt

**Zur Form** Ausgehend von den neueren deutschen Konstitutionen haben wir die Vorstellung, dass eine Verfassung ein Gesetzestext in Form einer einheitlichen Urkunde sein müsste. Der Blick auf die englische Verfassung, die ja nicht *kodifiziert* ist, zeigt uns jedoch sogleich, dass wir diese Annahme erweitern müssen. Die neueren Verfassungen erscheinen allerdings regelmäßig in Form eines geschriebenen Gesetzes, das in einer besonderen Form zustande gekommen und insbesondere nur durch qualifizierte Mehrheiten änderbar ist (Art. 79 GG).

**Zum Inhalt** Die Streitfrage, ob eine Verfassung einen bestimmten *Mindestgehalt* aufweisen muss, um sich Verfassung nennen zu dürfen, mildert sich, wenn man noch einmal an die Funktionen einer Verfassung denkt.

- Da es Aufgabe einer Konstitution ist, bestimmte Beziehungen im Staat zu verrechtlichen, muss sie jedenfalls innerhalb dieser Verhältnisse der Idee des Rechts verpflichtet sein. Das bedeutet natürlich noch nicht viel, insbesondere weil sich die Idee des Rechts – wie jedes abstrakte Konzept – nicht präzise fassen lässt und für sehr unterschiedliche Interpretationen offen ist. Immerhin kann man sagen, dass sich jedenfalls im Normalfall weitgehend Einigkeit erzielen lässt, was Recht, und vor allem, was offensichtlich Unrecht ist. Wer dem Recht verpflichtet ist, kann z.B. nicht das „Recht des Stärkeren“ ausrufen oder die Wirtschaftlichkeit, die Schönheit oder die Frömmigkeit zum höchsten Wert erklären.



- Wer dem Recht verpflichtet ist, muss sich dem Willkürverbot unterwerfen und sich um eine gleichmäßige Anwendung von Normen bemühen.
- Wenn es eine Funktion von Verfassungen ist, öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse zu regeln, setzt dies voraus, dass am Verfassungsleben mehrere Beteiligte teilnehmen. Dies garantiert noch keine Gewaltenteilung, aber doch eine Pluralität von Entscheidungsträgern, mithin das Gegenteil einer totalitären Diktatur.

Je weiter man den inhaltlichen Mindeststandard fassen möchte, umso mehr muss man Voraussetzungen einführen, die uns selbstverständlich scheinen, aber nicht unbedingt auf der ganzen Welt anerkannt werden. So ist der Verfassungsbegriff in Europa und den USA seit der Aufklärung untrennbar mit der Verbürgung von *Menschen- und Bürgerrechten* und dem *Demokratieprinzip* verbunden.

### c) Wirkweise einer Verfassung

#### aa) Gesellschaftlicher Aspekt

Verfassungen wie das deutsche Grundgesetz sind vor Jahrzehnten verabschiedet worden. So wurde beispielsweise das Grundgesetz vom Parlamentarischen Rat in Bonn am 8.5.1949 verabschiedet und am 23.5.1949 verkündet – interessanterweise ohne vorhergehende Volksabstimmung.

Ihre greifbare Existenz beschränkt sich zunächst einmal auf das Papier, auf dem sie stehen. Was muss geschehen, damit der Text nicht nur eine Ansammlung von Buchstaben bleibt, sondern bestimmend und regulierend in das Leben eingreift und damit die beabsichtigte rechtsnormative Kraft entwickelt?

Grundlage für die Verwirklichung einer Verfassung ist die allgemeine Akzeptanz, die sie genießt. Werte, Regeln und Organisationen, die eine Verfassung aufstellt, müssen Anerkennung finden; jedenfalls dürfen sie nicht auf den beständigen Protest der Gesellschaft stoßen (*Luhmann*). Entsteht eine Verfassung im Zusammenspiel aller politischen und gesellschaftlichen Kräfte, finden sich alle Gruppen im Ergebnis wieder. Damit hat die Verfassung gute Aussichten, akzeptiert und im täglichen Leben praktiziert zu werden.

Ist eine Verfassung nicht akzeptabel, so wird sie auf lange Sicht Widerstände hervorrufen. Würde beispielsweise im Fall des Herrn OHNEMICHEL eine Verfassung existieren, die das Verhalten des „Staatsservice“ rechtfertigte, kann man vermuten, dass die Bevölkerung eine solche Ordnung auf Dauer nicht tragen würde.

Die Einigkeit, die ein historischer Verfassungsgeber erreicht hat, muss unter künftigen Generationen und in neuen Lagen fortbestehen. Dies erfordert, dass eine Verfassung die Verbindung mit ihren Wurzeln lebendig hält, aber auch so offen angelegt ist, dass sie sich neuen Entwicklungen anpassen kann.

#### bb) Juristischer Aspekt

So hoch die Akzeptanz einer Verfassung auch ist, sie ist wenig wert, wenn ihre Wirkung nicht auch *rechtlich gesichert* ist.

Selbstverständlich ist, dass eine Verfassung verbindlich sein muss. Würde sie sich in Absichtserklärungen, Zielbeschwörungen oder vagen Aufgabenbeschreibungen erschöpfen, enthielte sie keine *rechtlichen* Regelungen und würde damit nicht unter den Verfassungsbegriff fallen. Das schließt nicht aus, dass eine Verfassung auch unverbindliche Elemente enthält: zur Unterstreichung der Wichtigkeit des Textes, zur Besiegelung von Kompromissen und dergleichen.

Weniger selbstverständlich ist, dass eine Verfassung in Beziehung zu allen anderen Normen und Entscheidungen in einem Staat *Vorrang* genießt.

Gäbe es in GERMONEY eine Verfassung, die Herrn OHNEMICHEL im Verhältnis zum Staat mit Rechten ausstatten würde, nützte sie ihm wenig, wenn sie hinter einfachen Gesetzen – oder vielleicht sogar hinter den Anordnungen der Verwaltung – zurückstehen müsste.

Der Grundsatz vom *Vorrang der Verfassung* beruht auf der Vorstellung, dass die Normen und Handlungsformen im Öffentlichen Recht hierarchisch geordnet sind und der Verfassung der oberste Platz gebührt. In der deutschen Realität ist dieser „Stufenbau der Rechtsordnung“ an vielen Stellen zusammengebrochen. Dies liegt unter anderem an der komplizierten Verschränkung von nationalem und europäischem Recht oder der Einführung neuer Steuerungsformen, an denen Private beteiligt sind. Als Idealtypus behält die alte Normenordnung jedoch ihre Gültigkeit.

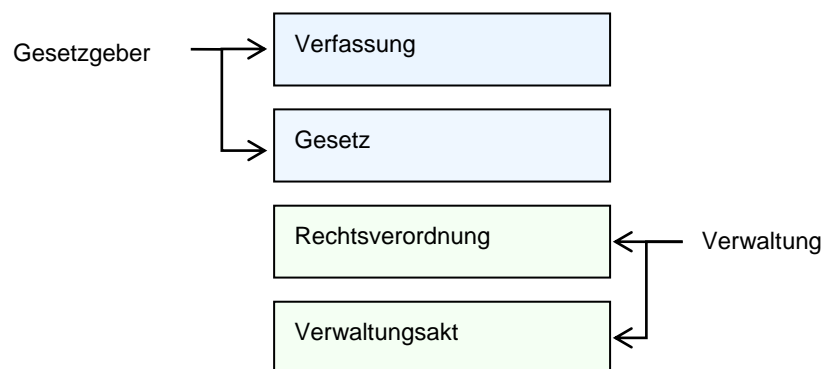


Abb. 2 Stufenbau der Rechtsordnung – Grundmodell

Der Grundsatz des Verfassungsvorrangs bedeutet, dass die Verfassung im Konflikt mit dem übrigen „einfachen“ Recht siegt (Kollisionsvorrang). Die Verfassung begrenzt damit das nachrangige Recht und dient als Maßstab für dessen Kontrolle.

Außerdem soll das Verfassungsrecht die gesamte Rechtsordnung überwölben und mit seinen Prinzipien durchdringen. Dies gilt besonders für die *Grundrechte*, die nach dem Bundesverfassungsgericht nicht nur *subjektive* Rechte sein sollen, sondern eine „objektive Wertordnung“ bilden (BVerfGE 7, 198 [205], sog. *Lüth-Urteil*). Deshalb sind sie bei der Auslegung des einfachen Rechts, also auch bei Arbeits- oder Mietverträgen, zu beachten.

Der Vorrang der Verfassung kommt auch in einer spezialisierten institutionellen Durchsetzungsform zum Ausdruck: Die Verfassungsgerichtsbarkeit (BVerfG) sichert den Vorrang der Verfassung prozessual ab.

#### d) Nationales und europäisches Verfassungsrecht

Nach allem, was wir bisher über die Merkmale einer Verfassung gehört haben, müssen wir annehmen, dass GERMONEY diese rechtliche Grundlage fehlt. Herr OHNEMICHEL hat deshalb auch bereits eine andere Möglichkeit ins Auge gefasst, sich zur Wehr zu setzen. Er stellt sich die Frage, ob sich für ihn der Weg nach BRÜSSEL lohnt, um dort vor der staatlichen Willkür in seinem Heimatland geschützt zu werden. In unserem realen Deutschland verbinden wir mit „BRÜSSEL“ die Europäische Union. Könnten wir von der Europäischen Union Schutz erwarten, wenn wir der Willkür unseres Staates ausgesetzt sind?

Versuchen wir, uns diesem Thema zu nähern, indem wir uns mit der Frage auseinander setzen, ob die Europäische Union, wie wir sie kennen, eine Verfassung hat, aus der ein Bürger Schutz herleiten könnte.

Auf der Suche nach einer „Verfassung für die Europäische Union“ stoßen wir zunächst auf verschiedene Vertragswerke. Die Staaten der Europäischen Union (EU) haben sich (noch) keine Verfassung im textlichen Sinne gegeben. Ihre gemeinsamen Angelegenheiten regeln sie bislang in Vertragsform. Dies sind seit dem Vertrag von Lissabon vor allem der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

Bereits wenige Jahre nach dem Zweiten Weltkrieg gingen die europäischen Staaten dazu über, für verschiedene wirtschaftliche Bereiche gemeinsame Marktregeln festzulegen. So wurde 1951 die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl gegründet (EGKS, der Ver-

trag hierzu wird EGKSV abgekürzt). 1957 folgten die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG, später EG) und die Europäische Atomgemeinschaft (EAG). Das besondere an diesen Verträgen war die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten erstmals freiwillig auf Hoheitsrechte verzichteten. Sie ordneten sich teilweise europäischen Institutionen wie der „Hohen Behörde“ (später Kommission) unter.

Mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sollten die sich bietenden Chancen eines europäischen Binnenmarktes ergriffen werden. Die EWG bildete sich in der Zukunft als bedeutsamste der drei Gemeinschaften heraus. Im Laufe der Zeit konnten durch den Vertrag viele Ziele wie der Abbau der Binnenzölle, ein gemeinsamer Außenzoll sowie ein gemeinsamer Markt verwirklicht werden.

1993 folgte durch den sog. Vertrag von Maastricht, der auch Unionsvertrag (EUV) genannt wird, die Gründung der Europäischen Union. Sie fußt maßgeblich auf der fortbestehenden EG, ergänzt durch weitere Politikfelder wie Kooperationen in der Außen- und Sicherheitspolitik und in Bereichen der Polizei und Justiz. Die EU vereint diese Felder unter einem gemeinsamen Dach, indem sie sich der Organe der EG bedient und einen gemeinsamen Rahmen vorgibt. Die jetzige Rechtslage wird durch den Vertrag von Nizza (am 1. Februar 2003 in Kraft getreten) zur Änderung des EUV sowie der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften und einiger damit zusammenhängender Rechtsakte bestimmt.

Die seitdem wichtigste Entwicklung setzte mit dem von einem Europäischen Konvent 2003 erarbeiteten Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa (VVE) ein. Der Entwurf wurde am 29. Oktober 2004 in Rom unterzeichnet und sollte nach Plan am 1. November 2006 in Kraft treten. Der VVE sollte den EGV und den EUV ablösen und der Europäischen Union eine einheitliche Struktur und Rechtspersönlichkeit geben. Seine Ratifikation scheiterte jedoch an der Ablehnung des VVE bei den Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden im Jahr 2005. Nach einer anschließenden zweijährigen Reflexionsphase hat der Europäische Rat im Juni 2007 beschlossen, mit einem EU-Reformvertragein Großteil der Inhalte des Verfassungsvertrages in die grundlegenden Verträge eingearbeitet werden soll. Ende 2007 wurde dieser Vertrag in Lissabon unterzeichnet. Seine Ratifikation verzögerte sich vor allem durch das ablehnende Referendum in Irland. Am 1. Dezember 2009 trat der Lissabon-Vertrag in Kraft.

Lassen Sie uns nun aber auf unsere Ausgangsfrage zurückkommen: Haben die Verträge der EU Verfassungscharakter? Dies kann man mit gutem Grund bejahen, denn sie erfüllen typische Verfassungsfunktionen:

Die Verträge statuieren eine (europäische) öffentliche Gewalt im Rechtssinne und binden diese an rechtliche Regeln – und zwar sowohl hinsichtlich des innerorganisatorischen Kon-

textes (*Organisationsstatut*) als auch im Verhältnis zu den Bürgern (*Grundfreiheiten*). Die Verträge bilden die oberste Ebene der europäischen Rechtsordnung im oben aufgezeigten verfassungstheoretischen Sinne. Sie wirken als Legitimationsgrundlage der von der EU ausgeübten politischen Herrschaft und nehmen in diesem Sinne eine Verfassungsfunktion wahr.

Freilich ist zu beachten, dass der Aufbau einer Rechtsordnung mit mehreren Ebenen auch nach Veränderungen im Rechts- und insbesondere im Verfassungsdenken verlangt. Der Vorrang des Grundgesetzes als oberste Rechtsebene in Deutschland wird hierdurch zu einem relativen Vorrang in Bezug auf eine spezifische, nämlich die deutsche Normenhierarchie.

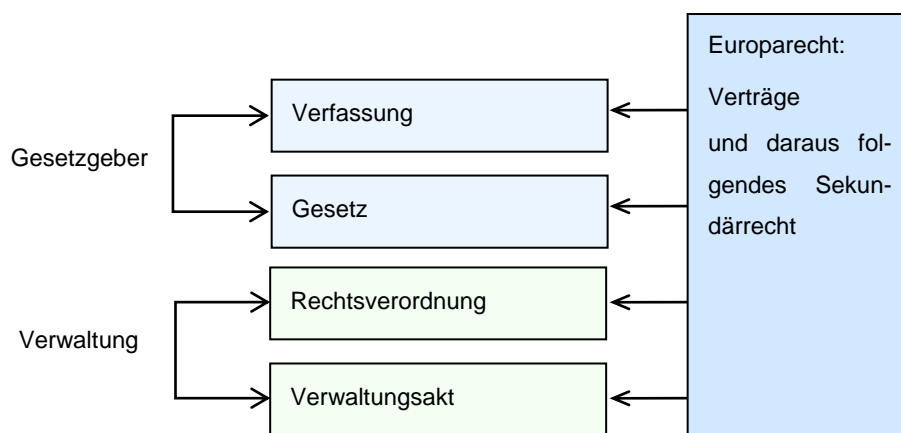


Abb. 3 Stufenbau der Rechtsordnung – Einfluss des Europarechts

Zugleich tritt die europäische Rechtsebene jedoch nicht einfach hinsichtlich der hierarchischen Stellung an den Platz der nationalen Verfassung. Vielmehr entwickelt sich ein komplexes Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zwischen europäischer und nationaler Rechtsordnung. Dabei kommt der europäischen Ebene grundsätzlich ein sog. *Anwendungsvorrang* zu, d.h. im Falle der Normenkollision verdrängt das Europarecht das nationale Recht.

Vielleicht enthält die Europäische Ordnung auch Rechte, welche die Interessen von Herrn OHNEMICHEL schützen könnten. Dazu werden wir mehr erfahren, wenn wir uns mit den Europäischen *Individualrechten* (s. 5. b.) beschäftigen haben.

## Übung

1. Warum ist eine Verfassung für einen Staat so wichtig?
2. In welchen Formen können Verfassungen erscheinen? Gibt es nur Verfassungen in der Gestalt unseres Grundgesetzes?

## 2. Verfassung und Staat

Sollte Herr OHNEMICHEL den Schutz einer Verfassung entbehren müssen, bleibt nur die Hoffnung, dass andere Staaten einen heilsamen Druck auf sein Land ausüben werden. Regierungschef BOB I. ist auf internationale Wirtschaftszusammenarbeit angewiesen und scheint Reaktionen aus dem Ausland durchaus zu registrieren. Andererseits befürchtet OHNEMICHEL, dass seine Landsleute eine Kritik aus dem Ausland als rechtswidrige Einmischung in die inneren Angelegenheiten des Landes verstehen können und damit ungewollt der heimischen Willkürverwaltung der Rücken gestärkt wird.

Beschränkt man sich auf den juristischen Aspekt dieser schwierigen Frage, wendet man sich dem *Völkerrecht* zu.

Das Völkerrecht behandelt die Rechtsbeziehungen der Völkerrechtssubjekte. Völkerrechtssubjekte sind Handlungseinheiten, welche die Fähigkeit besitzen, Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten zu sein; dabei handelt es sich vor allem um die Staaten, aber auch internationale Organisationen wie z.B. die *UNO* oder inzwischen die *EU*. Außerdem gibt es noch eine dritte Gruppe von Völkerrechtssubjekten, die entweder einen Konnex zu den Staaten darstellen (z.B. der Heilige Stuhl) oder aus historisch-politischen Gründen zu den Völkerrechtssubjekten gehören (z.B.: Das Internationale Komitee des Roten Kreuzes).

Ohne Zweifel handelt es sich bei unserem fiktiven Deutschland um einen *Staat*, so dass Völkerrecht anwendbar ist – oder doch nicht?

Vor etwa einem Jahrhundert benannte *Georg Jellinek* (1851-1911) drei Elemente, die einen Staat auszeichnen sollen (GEORG JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1900) und schuf damit eine Definition, die lange unangefochten war:

**Erstes Element: Staatsgebiet** Unter dem Staatsgebiet versteht man jeden abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, der beherrschbar und zum dauernden Aufenthalt von Menschen geeignet ist.

**Zweites Element: Staatsvolk** Zum Staatsvolk gehören alle Personen, die auf dem Staatsgebiet auf Dauer wohnen und dadurch von Personengruppen, die zu anderen Staaten gehören, abgrenzbar sind. Nicht jede Form des Zusammenlebens kann nach JELLINEK jedoch schon ein Staatsvolk ausmachen; vielmehr müsse eine im Wesentlichen ständige Form des Zusammenlebens im Sinne einer Schicksalsgemeinschaft vorliegen. Das Volk müsse ein Bewusstsein der Zusammengehörigkeit entwickeln.

Das deutsche Volk stellt das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland dar, wie das Volk der einzelnen Bundesländer deren Staatsvolk. Neben der deutschen Staatsangehörigkeit besitzen deutsche Bürger auch die Zugehörigkeit zu einem Bundesland.

Dies ergibt sich aus dem Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz von 1913, welches wegen Art. 123 Abs. 1 GG immer noch fort gilt. Einen ausdrücklichen Hinweis auf diese Doppelstaatsangehörigkeit finden Sie z.B. in der bayerischen Landesverfassung (Art. 6 der Bayerischen Landesverfassung).

**Drittes Element: Staatsgewalt** Staatsgewalt ist die originäre Herrschaftsmacht über das Staatsgebiet (Gebietshoheit) und das Staatsvolk (Personalhoheit).

Nicht nur der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch den Bundesländern kommt unangeleitete Staatsgewalt zu (Art. 30, 70, 83 GG).

Ebenso erfüllt das fiktive Land des Herrn OHNEMICHEL die drei Merkmale der JELLINEK-SCHEN Lehre und ist damit ein eigener Staat.

Die Definition JELLINEKS ist in gewisser Weise inhaltsneutral. Sie macht die Staatsqualität nicht davon abhängig, ob die Staatsgewalt nach bestimmten Verfassungsgrundsätzen ausgeübt wird. Dem entspricht das traditionelle Völkerrecht, in dessen Mittelpunkt die störungsfreie *Koordination souveräner Nationalstaaten* steht. Grundlage aller Rechte und Pflichten sind *Verträge*, also freiwillig eingegangene Rechtsverhältnisse zwischen den Völkerrechtssubjekten. Deshalb handelt es sich um eine *intersubjektive* und nicht um eine *objektive* Rechtsordnung. Die Konsequenz: Alle Ansprüche und Verfahren müssen, um Rechtsverbindlichkeit zu erlangen, in einem Vertragsverhältnis begründet sein.

Kein Land darf sich unter Berufung auf objektives zwingendes Recht (z.B. „die Menschenrechte“) in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates einmischen. Genauso hat kein Staat die Pflicht, vor einem Gerichtshof zu erscheinen, wenn er nicht ein Abkommen geschlossen hat, mit dem er diese Einrichtung anerkennt.

In den letzten Jahrzehnten hat das Völkerrecht seine Koordinationsfunktion um den Aspekt der *Kooperation* ergänzt. Entscheidend ist dabei, ob die Willensbildung einer Organisation auf Mehrheitsbeschluss beruhen kann. Ist dies der Fall, haben die beitretenden Staaten einen Teil ihrer Souveränität an die Organisation abgegeben, denn nun kann gegen den Willen eines einzelnen Mitglieds Recht entstehen, das für alle – auch den dissertierenden Staat – verbindlich ist.

Mit dem Wandel des Völkerrechts von der Koordinations- zur Kooperationsordnung wird auch die JELLINEKsche Staatsdefinition in Frage gestellt. Manchen scheint es wünschenswert, die scheinbar wertneutrale Dreielementenlehre durch *qualitative* Gesichtspunkte zu ergänzen. Damit wäre ein undemokratisches, menschenrechtsverachtendes Regime kein Staat im Sinne des Völkerrechts. Nach diesem Ansatz ist die Staatsqualität, und damit auch die Völkerrechtssubjektivität, von der innerstaatlichen Legitimation und der Wertorientierung der Staatsgewalt abhängig (Demokratie, Achtung der Menschenrechte).

### Übung

1. Könnten Sie sich ein größeres Waldstück zulegen und dort mit Ihren Freunden einen eigenen Staat gründen?
2. Was glauben Sie: Hätte GERMONEY eine Chance, wenn es einen Beitrittsantrag für die EU stellte? Welche Eigenheiten des Landes könnten im Aufnahmeverfahren Schwierigkeiten bereiten?

### 3. Verfassungsrechtliche Grundprinzipien

GERMONEY, das fiktive Land unter der Regentschaft des Expertenrates, bekennt sich zu einem höchsten Wert: Der wirtschaftlichen Prosperität. Dieses Ziel begründet die Legitimation der Regierung und lenkt die Ausübung der Staatsgewalt.

Im Vergleich zu diesem schlichten Konzept sind die Vorgaben der bundesdeutschen Verfassung etwas komplexer. An Stelle eines einzigen, alle anderen dominierenden Wertes setzt es eine Mehrzahl von Vorgaben, die im Prinzip alle gleichwertig sind, sich im Einzelfall jedoch widersprechen können und zu einem gerechten Ausgleich gebracht werden müssen.

Um welche Prinzipien handelt es sich dabei? Die Antwort gibt das Grundgesetz an einer versteckten Stelle: in Art. 79 Abs. 3 GG. Diese Vorschrift enthält eine so genannte Ewigkeitsgarantie für einige Grundsätze der Verfassung. Während die übrigen Normen des Grundgesetzes gemäß Art. 79 Abs. 1 GG von Bundestag und Bundesrat mit Zweidrittelmehrheit geändert werden können, sind die in Absatz 3 genannten Grundsätze unumstößlich:

„Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.“



Erwähnenswert ist, dass Art. 79 Abs. 3 GG von Art. 1 *und* 20 spricht, und nicht von Art. 1 *bis* 20 GG. Die einzelnen *Grundrechte* (s. 1. Teil, C. VII.), in Art. 2 bis 19 GG formuliert, unterliegen demnach nicht der Ewigkeitsgarantie. Umfasst werden jedoch

- das Republikprinzip
- das Demokratieprinzip
- das Rechtsstaatsprinzip
- das Bundesstaatsprinzip
- das Sozialstaatsprinzip
- die Garantie der Menschenwürde und die staatliche Bindung an die Grundrechte.

### a) Das Republikprinzip

Der Rang des *Republikprinzips* wird bereits deutlich, wenn man den vollen Titel unserer Verfassung liest: „Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland“. Der vom Grundgesetz organisierte Verband soll den Begriff Republik im Namen tragen.

Durch die Benennung als Bundesrepublik Deutschland in der Überschrift, in der Präambel sowie in Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 21 Abs. 2 GG wird Deutschland mit Rechtswirkung zur Republik erklärt.

Das Bekenntnis zur Republik bedeutet die Ablehnung der Monarchie. Anders als es die meisten Lehrbücher schreiben, erschöpft sich der Sinn des Republikprinzips darin nicht.

Vergegenwärtigen Sie sich noch einmal die Lage im Lande GERMONEY. Trotz der Machtfülle des Kompetenzteams und eines gewissen Personenkultes um dessen Vorsitzenden wird nicht behauptet, dass BOB I. der König des Landes sei. Gibt es aber nicht dennoch Hinweise darauf, dass dieser Staat keine Republik ist?

Der Begriff „Res publica“ entstammt dem römischen Recht und war der öffentliche Bereich, der offene Raum zwischen den Häusern, der allen gemeinsam war. Übersetzt bedeutet er „Sache des Volkes, Sache Aller, Gemeinwesen.“

Republik in diesem Sinne ist eine Organisationsform, die in sich selbst und nicht in einer höheren Idee ihre Legitimation findet. Öffentliche Regelungen fließen nicht aus sakralen oder anderen übermenschlichen Quellen, sondern gehen auf öffentliche Prozesse zurück, in denen Menschen ihre Angelegenheiten untereinander verhandeln. Die Möglichkeit zu Rede und Gegenrede (*Rhetorik, Dialogik*) prägt die Republik genauso wie die – für jeden in gleichem Maße eröffnete – Freiheit, an der Gestaltung des Gemeinwesens teilzunehmen (*Partizipation*). Die öffentliche Macht ist an Ämter gebunden, die auf Zeit verliehen werden. Die Entscheidungen der Amtsinhaber müssen, um der Kritik zugänglich zu sein, in transparenten Verfahren ergehen und begründet werden.

Im fiktiven GERMONEY ist der Wunsch nach Partizipation erstorben. Herr OHNEMICHEL will kein Bürger, sondern nur noch ein gut verwalteter Einwohner sein. Die Regierung ist der Notwendigkeit öffentlicher Legitimation enthoben; die Verwaltung arbeitet willkürlich und undurchschaubar. Nach der hier skizzierten Definition kann ein derartiges System, selbst wenn es durch den freiheitlichen Entschluss aller Einwohner des Landes zustande gekommen ist, keine Republik sein.

Die Weimarer Verfassung gab dem Deutschen Reich zum ersten Mal die Staatsform einer Republik. Seit dieser Zeit wurde die Wiedereinführung einer Monarchie immer unwahrscheinlicher und schließlich nicht mehr ernsthaft diskutiert. Was nicht gelang, war die Identifikation mit dem Gemeinwesen im Sinne einer konstruktiven Auseinandersetzung und die Ablösung des Obrigkeitsverhaltens der Verwaltung. Diese Ziele verwirklichten sich erst in der Bundesrepublik, in der – so sehr man Einzelheiten kritisieren kann – eine parlamentarische Kultur, eine informierte, vielfach partizipierende Öffentlichkeit und eine relativ bürgernahe, kommunikationsfähige Verwaltung entstand.

## b) Das Demokratieprinzip

In einer Demokratie ist das Volk der Träger der Staatsgewalt. Für die Bundesrepublik Deutschland normiert dies Art. 20 Abs.1 GG:

„Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.“

Dieser Formel folgt ein nachdrückliches Bekenntnis zur Volksherrschaft:

„Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“ (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG)

Vertieft man sich in diesen bildkräftigen Satz, sieht man das Volk als Quelle eines Stroms der Legitimation. Der Strom bewegt sich, lässt seinen Ursprung hinter sich. Die Staatsgewalt ist Dynamik, sie „liegt“ nicht beim Volk, sondern „geht von ihm aus“. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG beschreibt damit den Ausgangspunkt der staatlichen Herrschaft. Von diesem idealen Ausgangspunkt ist der weitere Verlauf der legitimierten Gewalt zu unterscheiden. Das Grundgesetz spricht von der *Ausübung* der Staatsgewalt. Die Ausübung der Staatsgewalt liegt nur noch eingeschränkt auf zwei Formen beim Volk: es kann wählen und Abstimmungen durchführen. Im Übrigen obliegt sie den Organen der Legislative, Exekutive und Judikative:

Die Staatsgewalt „wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“ (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG)

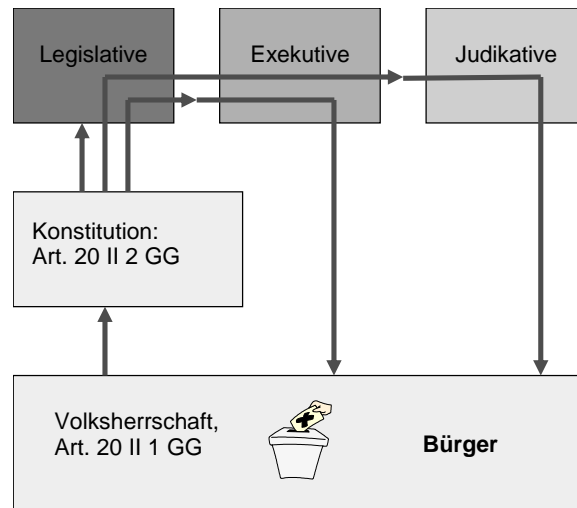


Abb. 4 Kreislauf der staatlichen Gewalt

#### aa) Repräsentative oder plebiszitäre Demokratie?

Mit Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG hat sich das Grundgesetz gegen eine unmittelbare, *plebiszitäre* Demokratie entschieden. Sein Staatsmodell ist die *repräsentative* Volksherrschaft. Dies kommt auch durch Art. 38 Abs. 1, S. 2 GG zum Ausdruck. Nach dieser Vorschrift sind die Abgeordneten des Bundestages ausschließlich „ihrem Gewissen unterworfen“. Der Wahlbürger kann ihnen keine Direktiven erteilen; sie haben ein freies, und kein *imperatives* Mandat.



Abb. 5 Der Bundestag stimmt über den künftigen Sitz der Bundesregierung ab (Berlin-Bonn Debatte am 20.6.1991)

Was aber ist mit den „Abstimmungen“, durch die das Volk Staatsgewalt ausüben kann? Spricht diese in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG zugelassene Form der Willensbildung nicht für eine basisnähere Demokratie?

Nach allgemeiner Auffassung lautet die Antwort nein. Abstimmungen sind allenfalls als plebiszitäre Elemente zu verstehen. Das Grundgesetz lässt die Abstimmung durch Volksentscheid nur in wenigen Fällen zu, so zum Beispiel bei Fragen der Neugliederung des Bundesgebietes nach Art. 29 GG oder im Falle der Verabschiedung einer neuen Verfassung nach Art. 146 GG. In den Bun-

den zu, so zum Beispiel bei Fragen der Neugliederung des Bundesgebietes nach Art. 29 GG oder im Falle der Verabschiedung einer neuen Verfassung nach Art. 146 GG. In den Bun-

desländern sind unmittelbare Willensäußerungen des Volkes häufiger vorgesehen (vgl. z.B. Art. 68 LVerf NRW).

Die Bundesrepublik Deutschland ist also eine rein repräsentative Demokratie. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass die Bürger ihre politische Willensbildung auf die Staatsorgane übertragen können und auf diese Weise die Ausübung der Staatsgewalt beeinflussen. Auf der Ebene des Bundes vollzieht sich dieser Einfluss in der Form der Wahl der Mitglieder des Bundestages. Gemäß Art. 38 Abs. 1 GG. müssen die Wahlen allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim sein. Das so gewählte Parlament übt zusammen mit der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung die Staatsgewalt aus.

Zentrale Entscheidungsregel in der Demokratie ist das Mehrheitsprinzip – „Die Mehrheit entscheidet!“. Ideal wäre sicher das Prinzip der Einstimmigkeit, doch ist ein solches realistisch nicht vorstellbar und würde ebenso der Meinungsvielfalt entgegenstehen. Das Mehrheitsprinzip setzt zum Ausgleich den effektiven Minderheitenschutz voraus.

#### bb) Politische Parteien

Wenn das Volk in Ausübung seiner Staatsgewalt die Zusammensetzung der Parlamente bestimmt, setzt dies eine politische Willensbildung voraus. Nach dem Willen des Grundgesetzes wird dieser Prozess von den *politischen Parteien* unterstützt. Sie „wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit“ (Art. 21 Abs. 1, S. 1 GG). Dies leisten sie, indem sie Organisationen zur Verfügung stellen, die politische Meinungen sammeln, formulieren und publizieren. Die Meinung des Volkes organisiert und artikuliert sich also über die Parteien, und zwar nicht nur während der Wahlkämpfe. Gleichzeitig stellen und prägen sie die Personen, die in Parlament und Regierungen Verantwortung übernehmen, und bringen ihr Meinungsbild in die offiziellen und inoffiziellen Debatten der Gesetzgebung ein. Der rechtliche Rahmen ihrer Tätigkeit wird neben Art. 21 GG vom Parteiengesetz und dem allgemeinen Vereinsrecht des BGB bestimmt.

Die wahlberechtigten Bürger von GERMONEY haben im Wege eines Volksentscheides mit weit über 90 % der abgegebenen Stimmen die Einrichtung des allmächtigen Kompetenzteams beschlossen; auf diese Weise haben sie darauf verzichtet, auf die Regierungstätigkeit Einfluss zu nehmen. Nehmen wir einmal an, diese Abstimmung wäre allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim gewesen. Wäre GERMONEY in diesem Falle eine Demokratie?

### c) Das Rechtsstaatsprinzip

Kehren wir zurück zu den konkreten Problemen des Herrn OHNEMICHEL. Wie wir erfahren haben, ist er nicht damit einverstanden, dass der so genannte Bürgerservice willkürlich Bußgelder festlegen kann und keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Staat, in dem so etwas möglich ist – so werden er und Sie direkt gedacht haben – kann ja wohl kein Rechtsstaat sein.

Analysiert man den Begriff des Rechtsstaats, so beginnt sich diese spontane Einsicht allerdings zu verflüchtigen. Was macht eigentlich einen Rechtsstaat aus? Die meisten Lehrbücher beschränken sich darauf, einige seiner „wesentlichen Elemente“ aufzuzählen, wobei jeder Katalog mit anderen Grundsätzen und Normen bestückt wird.

Zunächst kann man festhalten, dass das Rechtsstaatsprinzip – im Gegensatz zu den anderen Hauptprinzipien der Verfassung – in Art. 20 GG nicht ausdrücklich genannt wird. Dennoch rechnet man es allgemein den dort normierten Grundsätzen zu. Das Bundesverfassungsgericht will das Rechtsstaatsprinzip

„aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 GG über die Bindung der Einzelgewalten und der Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 S. 1 GG sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes“

herleiten (*BVerfGE 2, S. 380, 403*).

Eine kompakte Definition des Rechtsstaatsbegriffs sucht man vergeblich. Trotzdem lassen sich *drei Grundgedanken* herausstellen; sie erleichtern das Verständnis der zahlreichen und unterschiedlichen Einzelaussagen, die dem Prinzip zugeordnet werden.

**1. Staatsorganisation** Die Rechtsstaatselemente der ersten Gruppe haben Staatsgestaltungsfunktion. Sie entsprechen der Idee, dass der Staat durch das Recht konstituiert und an das Recht gebunden ist. Sie geben dem Staat Maß und mäßigen seine Gewalt. Zu den wichtigsten zählen:

- Die Bindung der staatlichen Gewalten an die Verfassung;
- die Gewaltenteilung - dient dazu, Staatsgewalt zu begrenzen, zu verschränken und zu kontrollieren;
- der Gerichtsschutz gegen die öffentliche Gewalt - das Recht darauf ist in Art. 19 Abs. 4 GG verankert;
- das Gebot der Rechtmäßigkeitsrestitution - Handelt die öffentliche Gewalt rechtswidrig, so ist sie grundsätzlich verpflichtet, den Zustand der Rechtmäßigkeit wieder

herzustellen oder den aus seinem Fehlverhalten entstehenden Schaden zu ersetzen.

**2. Aspekt der allgemeinen, formellen Gerechtigkeit** Das Rechtsstaatsprinzip gibt einer alten Überzeugung Ausdruck: Gesetze, nicht Menschen sollen herrschen. Das Gesetz trennt die Ausübung staatlicher Gewalt von den beteiligten Personen. Es verwirklicht formale Gerechtigkeit insofern, als es auf gleiche Art für jedermann gilt, auf den seine Tatbestände zu treffen. In seiner Allgemeinheit weist es auch in die Zukunft. Im Gegensatz zu bloßen Einzelfallentscheidungen gestattet es Planung und vermittelt Sicherheit. Unter dem Aspekt der Gesetzesherrschaft (Nomokratie) sind folgende Elemente des Rechtsstaatsbegriffs von Bedeutung:

- Die Gesetzesbindung, unterteilt in *Gesetzesvorrang* - uneingeschränkte Bindung der Staatsgewalten an das Gesetz, „Kein Handeln gegen das Gesetz“ - und Gesetzesvorbehalt – alle grundlegenden und wichtigen Entscheidungen der öffentlichen Gewalt müssen durch den Gesetzgeber getroffen bzw. vorgegeben werden, „Kein Handeln ohne das Gesetz“;
- das Willkürverbot – Für jede staatliche Maßnahme muss sich ein irgendwie gearteter „sachlich vertretbarer zureichender Grund“ finden lassen;
- das Gebot der Rechtssicherheit - Der Bürger muss sich darauf verlassen können, dass die Gesetzeslage, nach der er sich orientiert hat, sich nicht rückwirkend ändert (*Rückwirkungsverbot*);
- die Garantie des Rechtsfriedens – die Rechtsordnung wird durchgesetzt, und zwar vom Staat im Rahmen seines Gewaltmonopols.

**3. Aspekt der materiellen Einzelfallgerechtigkeit** In der dritten Gruppe finden wir Regeln, welche die Rechtmäßigkeit der besonderen Verhältnisse zwischen Staat und Bürgern sicherstellen: die Verhältnisgerechtigkeit. Im Gegensatz zum rechtsstaatlichen Grundsatz der Gesetzlichkeit geht es hier um die gerechte Ausgestaltung der einzelnen öffentlich-rechtlichen Beziehung, und damit auch um die Frage der materiellen Einzelfallgerechtigkeit. Wichtigste Regel ist

- der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wozu insbesondere das
- Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeit der Mittel) zählt.

Wesentliche Rechtsstaatselemente		
Staatsorganisation – <i>Maßgebung</i> –	Gesetzlichkeit – <i>Regelmaß</i> –	Verhältnismäßigkeit – <i>Angemessenheit</i> –
Verfassungsbindung	Gesetzesbindung	Verhältnismäßigkeit
Gewaltenteilung	Willkürverbot	Übermaßverbot
Gerichtsschutz gegen die öffentliche Gewalt	Rechtssicherheit	
Rechtmäßigkeitsrestitution	Rechtsfrieden	

Abb. 6 Die wesentlichen Rechtsstaatselemente

Die vorliegende Zusammenstellung der Rechtsstaatselemente ist nicht abschließend. Wir haben uns auf diejenigen beschränkt, die uns besonders wichtig und charakteristisch erscheinen. Die Einteilung in die drei Elementgruppen ist ebenfalls nur ein Versuch, das Prinzip transparent zu machen; über einzelne Zuordnungs- und Ausdeutungsfragen lässt sich immer diskutieren.

Zu den vielen Streitfragen um das Rechtsstaatsprinzip gehört schließlich auch das Problem, inwieweit es vom Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst wird. Sicher ist, dass das Prinzip als solches unabdingbar ist. Inwieweit jedoch die einzelnen Elemente durch Art. 79 Abs. 3 GG garantiert werden, ist genauso streitig wie die Definition, welches Element dem Prinzip zuzurechnen ist.

#### d) Das Bundesstaatsprinzip

Die Bundesrepublik Deutschland ist, wie der Name schon sagt, ein *Bundesstaat*, d.h. eine staatsrechtliche Vereinigung von Gliedstaaten zu einem Gesamtstaat.

Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung ist in Art. 20 Abs. 1 GG normiert und gemäß Art. 79 Abs. 3 GG gegen Änderungen geschützt. Hierbei ist zu beachten, dass Art. 79 Abs. 3 GG lediglich das Bundesstaatsprinzip als solches schützt, die einzelnen Länder können – wie Art. 29 GG zu entnehmen ist – keinen Bestandsschutz reklamieren.

Die einzelnen Bundesstaaten haben selber Staatsqualität.

Dies zeigt sich zum Beispiel daran, dass jedes Bundesland gem. Art. 70 GG seine eigenen Gesetze verabschiedet.

Art. 30 GG sieht vor, dass die Länder grundsätzlich für die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben zuständig sind. Eine *Befugnis* ist die Rechtsgrundlage für eine Maßnahme, die zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum führen

kann. Eine *Aufgabe* ist ein rechtlich zugewiesener Sachbereich, in dem der Staat tätig wird. Der Oberbegriff für Befugnisse und Aufgaben ist „Kompetenz“.

So legt Art. 70 GG fest, dass die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich bei den Ländern liegt. In der Praxis hatte sich diese Regel durch ihre Ausgestaltung im Einzelnen so verschoben, dass sie zur Ausnahme wurde: Bei fast allen wichtigen Sachverhalten kam dem Bund die – ausschließliche oder konkurrierende – Gesetzgebungskompetenz zu. Um diese Fehlentwicklung zu korrigieren, wurde 2006 die Föderalismusreform beschlossen. Mit dieser umfangreichen Grundgesetzänderung wurde die Stellung der Länder zum einen durch Umverteilung der Kompetenzen und zum anderen durch neu eingefügte Abweichungsmöglichkeiten gestärkt.

Von der Gesetzgebungskompetenz ist die Zuständigkeit zur *Ausführung* der Gesetze zu unterscheiden, also die Verwaltungskompetenz (Art. 83 bis 91 GG). Hier liegt das Schwergewicht eindeutig bei den Ländern. Handelt es sich um *Landesgesetze*, steht ihnen ohnehin die Verwaltungskompetenz zu (Art. 30 GG). Grundsätzlich führen die Länder aber auch die *Bundesgesetze* als eigene Angelegenheit aus (Art. 84 GG). Nur ausnahmsweise werden Bundesgesetze auch durch den Bund ausgeführt.

**Beispiel** Der Auswärtige Dienst (Art. 87 Abs. 1, S. 1 GG) oder die Bundeswehrverwaltung (Art. 87b Abs. 1, S. 1 GG)

Aus dem Prinzip der Bundesstaatlichkeit leitet man schließlich den Gedanken der Bundes-treue ab, der als Rechtspflicht das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen Bund und Ländern leiten soll. Der Grundsatz gebietet gegenseitige Rücksichtnahme bei der Ausübung bestehender Kompetenzen. Kommt es zu einem unlösbaren Konflikt, steht dem Bund als äußerstes gemäß Art. 37 GG das Mittel des Bundeszwanges zu.

## e) Das Sozialstaatsprinzip

Das Grundgesetz bekennt sich an mehreren prominenten Stellen zum Gebot der *Sozialstaatlichkeit* (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1, 23 Abs. 1 GG). Damit erhebt die Verfassung eine rechtsverbindliche Forderung nach sozialer Sicherheit und sozialer Gerechtigkeit. Die Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, sollen durch ein Prinzip ergänzt werden, das Not und krasse Ungleichheiten in den Lebensvoraussetzungen mildert.

Auf Verfassungsebene verfügt das Sozialstaatsprinzip über eine vergleichsweise geringe Regelungsdichte, einfachrechtlich ist es jedoch durch eine ausgiebige Gesetzgebungs- und Verwaltungstätigkeit ausgestaltet. Schwerpunkte sind der Schutz bei Erwerbslosigkeit wegen Alter, Krankheit, Invalidität oder Verlust des Arbeitsplatzes sowie die Herstellung sozialer



Sicherheit durch die gesetzliche Sozialversicherung und die Absicherung eines sozialen Mindeststandards durch die Sozialhilfe.

Das Sozialstaatsprinzip enthält einen Auftrag an alle drei Staatsgewalten. Der Gesetzgeber wird verpflichtet, einen bestimmten sozialen Mindeststandard zu gewährleisten und Vor-sorgen zur Existenzsicherung des Einzelnen zu treffen. Die Rechtsprechung hat das Sozialstaatsprinzip besonders bei der Gesetzesauslegung zu beachten, d.h.: ihre Entscheidungen sollen soziale Gesichtspunkte berücksichtigen. Die Verwaltung bindet das Sozialstaatsprinzip vor allem bei ihren Ermessensentscheidungen. In Notfällen kann sie das Sozialstaatsprinzip zum Einschreiten verpflichten, um auch ohne einfachgesetzliche Grundlage Notlagen zu beheben. Dem Bürger stehen grundsätzlich keine direkten Ansprüche aus dem Sozialstaatsprinzip zu.

## Übung

1. Stellen Sie sich vor, der Bundestag würde ein Gesetz beschließen, dass jeder Abgeordnete - falls er es wünsche - im Nebenberuf ein Richteramt übernehmen könne. Was hielten Sie von einem solchen Gesetz?
2. Wäre es Ihrer Auffassung nach möglich, dass die Anzahl der sechzehn Bundesländer auf nur noch zwei, sagen wir „Norddeutschland“ und „Süddeutschland“ reduziert würde?
3. Nach einer Sturmflut will die Regierung den Opfern unbürokratisch Soforthilfe zukommen lassen, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt. Glauben Sie, das wäre möglich?

## 4. Die Staatsorgane des Bundes

Wie Sie bereits gemerkt haben, zählt Art. 20 GG zu den wichtigsten Vorschriften der deutschen Verfassung. So finden wir in seinem zweiten Absatz die Regelung, dass die Staatsgewalt zwar „vom Volke“ ausgeht (S. 1), aber – abgesehen von Wahlen und Abstimmungen – „durch besondere Organe ... ausgeübt wird.“ Diese Organe sollen solche „der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“ sein (S. 2).

Welche Organe meint das Grundgesetz an dieser Stelle?

### a) Gesetzgebende Organe

In der Bundesrepublik Deutschland sind der Bundestag und der Bundesrat zur Bundesgesetzgebung berufen. Beide Organe wirken zusammen. In das Gesetzgebungsverfahren

werden jedoch auch andere Organe einbezogen, so z.B. die Bundesregierung bei der Einleitung oder der Bundespräsident bei der Ausfertigung eines verabschiedeten Gesetzes.

#### aa) Bundestag

Das Hauptlegislativorgan des Bundes ist der Bundestag. Der Bundestag ist das einzige Staatsorgan des Bundes, das direkt vom Volk gewählt wird. Derzeit hat der Bundestag eine Regelstärke von 613 Abgeordneten. Wegen der *Überhangmandate* schwankt die Anzahl der Sitze.



Abb. 7 Erste Sitzung des gemeinsamen Deutschen Bundestages nach der Wiedervereinigung, Berliner Reichstag, 4.10.90

Der Bundestag wird auf vier Jahre gewählt. Die Rechte und Pflichten seiner Abgeordneten sind in den Art. 38 ff. GG geregelt. Dass die Abgeordneten ein freies Mandat haben, also nur ihrem *Gewissen unterworfen* sind, wurde bereits erwähnt; Art. 46 GG gewährt den Parlamentariern jedoch noch weitere Rechte: *Immunität* und *Indemnität*. Der Begriff Immunität bedeutet, dass Abgeordnete wegen strafbarer Handlungen nur dann zur Verantwortung gezogen und auch nur dann verhaftet werden

dürfen, wenn der Bundestag dies genehmigt hat. Indemnität meint, dass ein Abgeordneter weder wegen seiner Redebeiträge noch wegen seines Abstimmungsverhaltens gerichtlich oder dienstlich verfolgt werden darf. Beide Regelungen sollen die Funktionsfähigkeit des Parlaments sichern und den einzelnen Abgeordneten in seiner Unabhängigkeit von der Exekutive bestärken.

Insgesamt hat der Bundestag vier mehr oder weniger ausgeprägte Hauptaufgaben:

- Gesetzgebungsfunktion
- Wahlfunktion
- Kontrollfunktion im Verhältnis zur Exekutive
- Repräsentationsfunktion.

Neben der Gesetzgebung sind also die Aufgaben des Bundestages noch beispielsweise die Wahl des Bundeskanzlers nach Art. 63 GG, dessen Abberufung nach Art. 67 GG, die Abnahme des Eides des Bundespräsidenten gemäß Art. 56 GG, die Zustimmung zu völkerrechtlichen Verträgen aus Art. 59 Abs. 2 GG sowie das Recht der Präsidentenanklage nach Art. 61 GG.

Der Bundestag bildet zur Wahrnehmung seiner Aufgaben Ausschüsse, wobei einige, wie der Ausschuss für auswärtige Angelegenheiten, zwingend eingerichtet werden müssen (Art. 45 bis 45c GG).

Mehr Information finden Sie auch unter <http://www.bundestag.de>

#### bb) Bundesrat

Das Grundgesetz sieht vor, dass die Gesetzgebung des Bundes auch Sache der Länder ist. Dies ist eine Konsequenz des *Bundesstaatsprinzips* (s. 1. Teil, C. III. 4.). Das Organ, das die Mitwirkung der Länder sicherstellt, ist der *Bundesrat*. Der Bundesrat ist ein Organ des Bundes, das sich aus Vertretern der Bundesländer zusammensetzt. Je nach Einwohnerzahl stehen den Bundesländern zwischen drei und sechs Sitzen zu. Über den Bundesrat haben die Länder die Möglichkeit, die Tätigkeit von Bundestag und Bundesregierung zu kontrollieren, zu beeinflussen und an der Gesetzgebung mitzuwirken. Der Umfang der Mitwirkungsmöglichkeit hängt davon ab, welche Art von Gesetz beschlossen werden soll. Einige Gesetze, die so genannten zustimmungsbedürftigen Gesetze, können nur wirksam beschlossen werden, sofern der Bundesrat ihnen zustimmt. Andere Gesetze, die so genannten einspruchsbedürftigen Gesetze, können auch ohne Zustimmung des Bundesrates verabschiedet werden, wenn der Bundestag einen eventuellen Einspruch des Bundesrates mit Mehrheit verwirft.

In der Regel sind Bundesgesetze Einspruchsgesetze; nur wenn es das Grundgesetz ausdrücklich anordnet, werden Gesetze zustimmungsbedürftig (Bsp.: Art. 84 Abs. 1 GG).

Mehr Information finden Sie auch unter: <http://www.bundesrat.de>.

#### b) Vollziehende Organe

Die vollziehenden Organe des Bundes sind der Bundespräsident und die Bundesregierung. Die wichtigste Aufgabe der Bundesexekutive ist die Ausführung von Gesetzen. Überdies obliegt es der Regierung, politische Entscheidungen zu treffen und sie zu verwirklichen.

##### aa) Bundespräsident

Das Grundgesetz regelt die Rechtsstellung des Bundespräsidenten in Art. 54 GG. Nach Art. 54 Abs. 1 S. 1 GG erfolgt seine Wahl durch die Bundesversammlung. Die Bundesversammlung besteht zur Hälfte aus Mitgliedern des Bundestages und zur Hälfte aus Mitgliedern, die von den Landtagen gewählt werden, aber ihrerseits keine Mitglieder der Landtage sein müssen.

Die Amtszeit des Bundespräsidenten beträgt fünf Jahre; eine anschließende Wiederwahl ist nur einmal möglich (Art. 54 Abs. 2 GG).

Der Bundespräsident nimmt im Wesentlichen drei Funktionen wahr:

**Repräsentationsfunktion** Der Bundespräsident vertritt die Bundesrepublik Deutschland als Staatsoberhaupt nach innen und außen.

**Integrationsfunktion** Viele politische Entscheidungen fallen im Bundestag nach Kampfabstimmungen und kontroversen oder auch unübersichtlichen Diskussionen. Aufgabe des Bundespräsidenten ist es, deutlich zu machen, dass die getroffene Mehrheitsentscheidung trotz aller vorherigen Debatten nun der staatliche Wille ist.

**Reservfunktion** Sind andere Verfassungsorgane nicht mehr funktionsfähig, so tritt der Bundespräsident in die Verantwortung. Innerhalb des Rahmens, den die Verfassung vorgibt, kann er beispielsweise darüber entscheiden, ob der Bundestag aufgelöst wird. Im Normalfall ist dem Bundespräsidenten – abgesehen von seiner Repräsentations- und Integrationsfunktion – untersagt, aktiv und gestaltend an der Ausübung der Staatsgewalt mitzuwirken. In dieser Hinsicht unterscheidet sich das Grundgesetz deutlich von der Weimarer Reichsverfassung, die ihrem Präsidenten weitgehende Kompetenzen zuerkannte.

Zur Wahrnehmung seiner Funktionen weist das Grundgesetz dem Bundespräsidenten mehrere Zuständigkeiten zu. So schlägt der Bundespräsident dem Bundestag nach Art. 63 GG einen Kandidaten zur Wahl des Bundeskanzlers vor und ernennt den gewählten Kanzler. Auf dessen Vorschlag hin ernennt und entlässt der Bundespräsident gemäß Art. 64 Abs. 1 GG die Bundesminister. Der Bundespräsident kann im Falle einer negativ beantworteten Vertrauensfrage nach Art. 68 GG den Bundestag auflösen. Art. 81 GG berechtigt ihn, den Gesetzgebungsnotstand zu erklären. Außerdem obliegen ihm die völkerrechtliche Vertretung des Bundes (Art. 59 GG) ebenso wie die Ausübung des Begnadigungsrechtes für den Bund im Einzelfall (Art. 60 Abs. 2 GG). Nach Art. 60 Abs. 1 GG ernennt der Bundespräsident die Bundesrichter, Bundesbeamte, Offiziere und Unteroffiziere, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht. Eine der Hauptzuständigkeiten des Bundespräsidenten ist die Ausfertigung von Bundesgesetzen nach Art. 82 GG.

Betrachtet man die Zuständigkeiten des Bundespräsidenten, sollte man beachten, dass alle seine Maßnahmen der Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler oder die zuständigen Minister bedürfen, um wirksam zu werden (Art. 58 GG).

Mehr Information finden Sie auch unter: [www.bundespraesident.de](http://www.bundespraesident.de)

## bb) Bundesregierung

Die Bundesregierung ist das Exekutivorgan, welches in der Öffentlichkeit am stärksten präsent ist. Die Regierung ist als Spitze der Exekutive von der übrigen Verwaltung abzugrenzen. Das Bundesverfassungsgericht (*BVerfGE* 26, S. 338, 396) bezeichnet die Bundesregierung als: „...das kollegial gebildete Verfassungsorgan, dem die Staatsleitung obliegt.“ Demgegenüber hat die übrige Verwaltung im Wesentlichen die Aufgabe des Gesetzesvollzuges.

Der Prozess der Regierungsbildung ist in Art. 63 ff. GG geregelt. Zunächst wird in der ersten Sitzung nach einer Bundestagswahl der Bundeskanzler gewählt und ernannt, Art. 63 GG. Im Anschluss schlägt der Bundeskanzler dem Bundespräsidenten die Bundesminister vor, die von diesem ernannt werden. Ob der Bundespräsident letztlich rechtlich dazu gezwungen werden kann, ist umstritten.

Gemäß Art. 65 S. 2 GG leitet jeder Minister sein Ministerium selbstständig und in eigener Verantwortung. Dabei hat er sich jedoch innerhalb der Richtlinien zu bewegen, die der Bundeskanzler nach Art. 65 S. 1 GG vorgeben kann. Diese so genannte Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers umfasst die politische Richtung der Bundesregierung, für die der Bundeskanzler die Verantwortung trägt.

Auch GERMONEY hat eine Regierung. Hier nennt sie sich inzwischen Kompetenzteam. Anders als die Bundesregierung wird dieses Organ nicht gewählt. Es besetzt seine Ämter selbst, und zwar durch Kooptation. Damit fehlt dem Kompetenzteam eine demokratische Legitimation. Dies ist unabhängig von der Frage, ob die wahlberechtigten Bürger des Landes sich in einer (regelmäßigen) Abstimmung mit dieser Vorgehensweise einverstanden erklären. In Deutschland stellen zwar auch die Parteien vor der Wahl Kandidaten für das Amt des Bundeskanzlers auf. Allerdings haben alle Wahlberechtigten über ihre Stimmabgabe bei der Bundestagswahl Einfluss auf die Zusammensetzung des Bundestages, der dann den Kanzler wählt. Gleichzeitig steht es allen Deutschen frei, sich bereits zuvor an der innerparteilichen Willensbildung zu beteiligen.

### c) Rechtsprechende Organe

Die Rechtsprechung ist in der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 92 GG den Richtern anvertraut. Die Richter besitzen das Rechtsprechungsmonopol. An der Spitze der bundesdeutschen Rechtsprechung steht das Bundesverfassungsgericht. Das Bundesverfassungsgericht überprüft, ob sich alle staatlichen Gewalten verfassungsgemäß verhalten. Häufig wird es deshalb „Hüter der Verfassung“ genannt. Dieser Begriff veranschaulicht die herausragende Stellung des Gerichts, kann jedoch den Eindruck erwecken, dass das Gericht mehr „Herr“ als „Diener“ der Verfassung ist.

Betrachtet man die Fülle *faktischer Macht*, die dem Gericht im Laufe der Jahrzehnte zuge wachsen ist, scheint es problematisch, diese Entwicklung noch durch überhöhende Begriffe zu unterstreichen. Die Zuständigkeiten, welche das Grundgesetz den beiden Senaten in Karlsruhe zuweist, sind schon beachtlich genug:



- Das Bundesverfassungsgericht kontrolliert die Legislative. Es überprüft, ob Gesetze verfassungsgemäß sind. Als einzigem Organ steht ihm die Kompetenz zu, Gesetze für verfassungswidrig zu erklären (Normverwerfungs-kompetenz). Dies geschieht im Rahmen der konkreten (Art. 100 Abs. 1 GG) und der abstrakten

(Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) Normenkontrollen.

- Das Gericht beurteilt, ob die Verwaltung und die Gerichte bei ihren Maßnahmen und Entscheidungen das Grundgesetz beachtet haben (Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG).
- Es ist berufen, Streitigkeiten zwischen staatlichen Organen oder zwischen dem Bund und den Ländern zu entscheiden (Organstreitverfahren, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG).

Im Weiteren ist das BVerfG für Verbot der politischen Parteien (Art. 21 Abs. 2 GG), Entscheidungen über Anklagen gegen den Bundespräsidenten oder Bundesrichter wegen Verletzung der Verfassung (Art. 61, 98 Abs. 2 GG), Entscheidung über Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG) und über die Gültigkeit der Bundestagswahl zuständig.

Das Grundgesetz regelt auch die Einrichtung der anderen Bundesgerichte:

- Bundesgerichtshof für Zivil- bzw. Strafsachen (Karlsruhe, der 5. Strafsenat sitzt in Leipzig)
- das Bundesverwaltungsgericht (Leipzig, früher: Berlin)
- das Bundesarbeitsgericht (Erfurt)
- das Bundessozialgericht (Kassel)
- Bundesfinanzhof (München).

Außerdem formuliert es Grundregeln und Grundsatzentscheidungen für die Rechtsprechung, z.B. das Gebot der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG), den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), das Verbot von Ausnahmegerichten (Art. 101 Abs. 1 GG) und Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG) oder die Abschaffung der Todesstrafe (Art. 102 GG).

## Übung

1. Dem Bundespräsidenten gefällt die derzeitige Politik des Bundeskanzlers nicht. Könnte er in einer Fernsehansprache versuchen, den Bundeskanzler zu überzeugen, die Richtung seiner Politik zu ändern?

2. Stellen Sie sich vor es gäbe einen Bundesminister für Verkehr und Bildung und der Bundeskanzler entschließt sich, diesem die Verantwortlichkeit für den Bildungsbereich gegen dessen Widerstand wieder zu entziehen. Glauben Sie, dass dies zulässig wäre?

## 5. Grundrechte und Grundfreiheiten

### a) Grundrechte – Allgemeine Einführung

#### aa) Grundrechte als subjektive Abwehrrechte und Teilhaberechte

Zum Verständnis der Grundrechte entwickelte die Rechtslehre verschiedene Deutungsmodelle. Nach GEORG JELLINEK (System der subjektiv-öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919, S. 87, 94 ff.) haben die Grundrechte verschiedene Funktionen, die den Bürger gegenüber dem Staat in einen unterschiedlichen Zustand (Status) versetzen. JELLINEK unterscheidet den *Status negativus*, *positivus* und *activus*.

*Status negativus*      Freiheit *vom* Staat. Grundrechte dienen dazu, den Bürger gegen Eingriffe des Staates zu schützen. Sie sind *Abwehrrechte*, die dem Einzelnen eine staatsfreie Sphäre gewähren.

**Beispiel**      So verdeutlicht bereits der Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 GG, dass dieses Grundrecht dem Bürger ein Abwehrrecht vermittelt: „Die Wohnung ist unverletzlich.“

*Status positivus*      Freiheit *durch* den Staat. Grundrechte können Ansprüche gegen den Staat begründen. Wenn der Einzelne seine Freiheit nicht ohne eine staatliche Maßnahme verwirklichen kann, gewähren sie das Recht auf Schutz, Leistung, Teilhabe oder Verfahren.

**Beispiel**      Diese Funktion hat erkennbar Art. 19 Abs. 4 GG: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, steht ihm der Rechtsweg offen“. Noch deutlicher wird Art. 6 Abs. 4 GG: „Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.“

*Status activus*      Freiheit *für* den Staat. Einigen Grundrechten kommt auch die Funktion zu, die Voraussetzungen für ein freiheitliches staatsbürgerliches Engagement zu garantieren.

**Beispiel**      Die Gewährleistung des passiven und des aktiven Wahlrechts (Art. 38 Abs. 2 GG); Art. 33 Abs. 2 GG, der das Recht auf Zugang zu den öffentlichen Ämtern regelt.

In der Diskussion um die Bedeutung der Grundrechte des Grundgesetzes haben sich verschiedene Lehren etabliert, die als „*Grundrechtstheorien*“ bezeichnet werden.

- Die *liberale* Grundrechtstheorie stellt den Status negativus in den Mittelpunkt, betrachtet Grundrechte also vor allem als Abwehrrechte.
- Die *sozialstaatliche* Grundrechtstheorie bildet das Gegenstück zur liberalen Theorie. Sie akzentuiert den Status positivus und thematisiert, dass Grundrechte Ansprüche auf Schutz, Leistung, Teilhabe oder Verfahren gegen die staatliche Gemeinschaft vermitteln.
- Die *demokratisch-funktionale* Grundrechtstheorie nimmt den Gedanken des Status activus auf und ergänzt ihn um die Forderung, dass die Grundrechte der Verwirklichung der Demokratie dienen. Grundrechte werden dem Staatsbürger also nicht vorrangig zur Entfaltung seiner Individualität zugewiesen, sondern in seiner Eigenschaft als mitwirkungsberechtigtes Glied der Gemeinschaft.
- Während die bisher genannten Lehren in den Grundrechten subjektive Rechte sehen, versteht sie die *institutionelle* Theorie als objektivrechtliche Sicherung von verfassungsrechtlich privilegierten Einrichtungen, wie z.B. das Institut der Ehe. Statt also einem Individuum ein eigenes Recht zuzuweisen, soll das Grundrecht eine Einrichtung unterstützen, innerhalb derer die Bürger ihre Freiheit verwirklichen können.
- Das Bundesverfassungsgericht hat immer wieder davon gesprochen, dass die Grundrechte „Wertentscheidungen“ trafen oder eine „Wertordnung“ bildeten. Vielfach wird aus diesen Formulierungen auf eine „*Werttheorie*“ des Gerichts geschlossen.

Überlegen Sie selbst: Warum könnten Herrn OHNEMICHEL die Grundrechte dabei helfen, sein Anliegen zur Geltung zu bringen? Welcher Status, welche der so genannten Grundrechtstheorien wäre hier am besten geeignet?

Nach allgemeiner Auffassung verfolgt das Grundgesetz ein Grundrechtsverständnis, das sich auf keinen der genannten Ansätze reduzieren lässt. Zwar bildet das *liberale* Konzept den Ausgangspunkt und bestätigt die Grundrechte als klassische Freiheitsrechte. Jedoch wird die Abwehrfunktion, je nach konkreter Konstellation, mit den anderen kombiniert:

Der *institutionelle* Ansatz kommt zum tragen, wenn man objektivrechtliche Einrichtungsgarantien annimmt, wo sie die Verfassung anspricht (vgl. Sachs, in: Sachs, GG, Vor. Art. 1 Rn. 30). Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantien hat ihren Ursprung bereits in der Weimarer Zeit. Die institutionellen Garantien zielen darauf ab, den Fortbestand überkommener Normkomplexe und durch sie geregelter Lebensverhältnisse in ihren wesensbestimmen-



den Kernelementen zu sichern (vgl. z.B. die Rundfunkfreiheit als institutionelle Freiheit: *BVerfGE* 12, 205, 261; 31, 314, 326). Genauso wird aber auch der positive, und insbesondere der *sozialstaatliche* Aspekt gesehen, mit dem Grundrechte als Ansprüche auf Schutz oder Teilhabe an staatlichen Leistungen verstanden werden. Diese Multifunktionalität hat das Bundesverfassungsgericht in seiner viel beachteten „Numerus Clausus-Entscheidung“ bestätigt (*BVerfGE* 33, S. 303, 330):

Ob Grundrechte eine objektive *Wertordnung* errichten, ist umstritten.

Anerkannt ist, dass Grundrechte als hochrangiges Recht Einfluss auf die Auslegung und Entwicklung des nachgeordneten Rechts ausüben. Gesetze müssen grundrechtskonform ausgelegt und gegebenenfalls „im Lichte“ der Grundrechte gesehen werden.

Diese Ausstrahlungswirkung soll nicht dazu führen, dass die Grundrechte im Verhältnis der Bürger untereinander wirken. Eine solche Drittwirkung gibt es im deutschen Recht nur mittelbar, wenn z.B. Generalklauseln im Zivilrecht (wie § 242 BGB) im Lichte eines Grundrechts interpretiert werden.

Die grundrechtskonforme Interpretation einfachen Rechts setzt voraus, dass man dem Grundrecht eine objektive Bedeutung, jedenfalls für den konkreten Auslegungsfall zuweist. Fraglich ist jedoch, ob es möglich und sinnvoll ist, einem Grundrecht losgelöst von einem anschaulichen Anwendungsfall einen absoluten Wert zuzuordnen. Noch schwieriger erscheint es, den Wertgehalt einer Ordnung zu bestimmen, die sämtliche Grundrechte umfasst. Während die Aussage eines Grundrechts im Einzelfall, innerhalb eines konkreten Grundrechtsverhältnisses, meist fassbar ist – man also in der Regel Einigkeit über die Bedeutung des Grundrechts erzielen kann –, werden bei einer abstrakten Wertbestimmung immer die verschiedenen Weltbilder und Qualitätsbegriffe unvermittelt aufeinander stoßen.

In jedem Fall sind alle Versuche gescheitert, grundrechtsverbürgte Werte in eine bestimmte Rangordnung zu bringen, also z.B. zu klären, ob das Leben oder die Freiheit das höhere Gut ist.

#### bb) Grundrechtskatalog

Neben den Grundrechten, die im ersten Abschnitt der Verfassung (Art. 2 bis 19 GG) aufgeführt sind, finden sich in Art. 101, 103 und 104 GG so genannte grundrechtsgleiche Rechte. Unterschieden wird zwischen Freiheitsrechten, Gleichheitsrechten und Verfahrensrechten.

### (1) Die Menschenwürde

Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG stellt der gesamten Verfassung ein richtungsweisendes Bekenntnis voran: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

Der Begriff der Menschenwürde entzieht sich einer abstrakten Definition. Handelt es sich um einen Wert, den Gott oder die Natur dem Menschen mitgegeben hat (zum christlichen und kantianischen Hintergrund dieser Meinung: WOLFGANG GRAF VITZTHUM, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, 201 ff.) – oder liegt die Würde des Menschen nicht vielmehr in seiner Fähigkeit zur Selbstbestimmung?

Die von GÜNTER DÜRIG entwickelte Objektformel – der Mensch darf nicht zum bloßen Objekt des Staates gemacht werden – ist vom Bundesverfassungsgericht immer wieder verwendet (*BVerfGE 87, S. 209, 228*), aber auch kritisiert worden: Der Mensch sei häufig bloßes Objekt des Rechts und müsse sich gegen seine Interessen fügen (*BVerfGE 30, 1, 25 f.*). Hilfreicher sind Erklärungsversuche, die sich dem Begriff über Fallgruppen und Abgrenzungen nähern. Demnach kann man vier Bereiche skizzieren, die gegen menschenunwürdige Eingriffe geschützt sind bzw. denen ein Anspruch auf Herstellung menschenwürdiger Bedingungen zugeordnet werden kann:

- Körperliche Integrität (z.B.: Verbot von Folter)
- Menschengerechte Lebensgrundlagen (Gewährung des Existenzminimums)
- Elementare Rechtsgleichheit (Diskriminierungsverbot)
- Personale Identität (z.B.: Verbot von „Gehirnwäsche“, „Wahrheitsdrogen“, umstr.: Peep-Shows (*BVerwGE 64 S. 274, S. 278f.*)).

### (2) Freiheitsrechte

*Freiheitsgrundrechte* garantieren dem Bürger eine Sphäre, die der Staat nicht verletzen darf. Eingriffe sind verboten oder nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.

Als freiheitsgewährend gelten folgende besondere Bestimmungen des Grundgesetzes:

Art. 4 GG	Glaubens- und Bekenntnisfreiheit
Art. 5 GG	Meinungs- und Pressefreiheit; Freiheit der Kunst und der Wissenschaft
Art. 8 GG	Versammlungsfreiheit
Art. 9 GG	Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit
Art. 10 GG	Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis
Art. 11 GG	Freizügigkeit

Art. 12 GG	Berufsfreiheit
Art 12 a GG	Kriegsdienstverweigerungsrecht
Art. 13 GG	Unverletzlichkeit der Wohnung
Art. 14 GG	Freiheit des Eigentums

Neben den genannten Freiheitsrechten garantiert Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit. Dabei handelt es sich um eine umfassende, subsidiäre Freiheitsverbürgung, die also nicht herangezogen werden braucht, wenn speziellere Grundrechte einschlägig sind.

Zu beachten ist, dass bestimmte Grundrechte nur deutschen Staatsbürgern zustehen. Man spricht hier von den „Deutschen-Grundrechten“. Dies sind beispielsweise Art. 8 GG und Art. 12 GG. Ausländer, die sich in ihrer Versammlungs- oder Berufsfreiheit verletzt sehen, können sich auf diese Grundrechte nicht berufen. Ihnen steht jedoch ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG zu, der jedem Menschen zusteht („Menschenrecht“); siehe dazu auch die weiteren Art. 2 bis 7 GG.

Inländische juristische Personen (bspw. eine Aktiengesellschaft oder GmbH) können sich nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf Grundrechte berufen, soweit diese ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Wichtig ist dies beispielsweise im Rahmen der Pressefreiheit. Greift der Staat in diese ein, so kann sich nicht nur der einzelne Redakteur, sondern auch der Zeitungsverlag selber auf die Pressefreiheit berufen. Dies ist ein typischer Anwendungsfall des Art. 19 Abs. 3 GG.

Wie Sie vielleicht noch wissen: In GERMONEY hält die freiwillige Selbstkontrolle der Presse alle regierungskritischen Äußerungen zurück, damit die Zeitungen keine Schwierigkeiten mit der Aufsichtsbehörde bekommen. In GERMONEY gibt es also keine unmittelbar eingreifende Zensur, aber das Institut der Pressefreiheit ist nicht gewährleistet, da es wegen des latenten Drucks der Aufsichtsbehörde nicht möglich ist, die Bürger umfassend zu informieren und ein Bild über die Vielfalt der bestehenden Meinungen zu bekommen.

Dadurch ist es nahezu ausgeschlossen, sich eine eigene, unabhängige Meinung zu bilden und zu vertreten (wenn es Sie interessiert, wie hoch das BVerfG die Pressefreiheit einschätzt, lesen Sie unter *BVerfGE* 20, 162 (174); 52, 283 (296); 66, 116 (133) nach).

### (3) Gleichheitsgrundrechte

Gleichheitsgrundrechte sollen dafür sorgen, dass die Adressaten staatlicher Gewalt nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden.

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verbietet, dass Fälle, die unter dem jeweils maßgeblichen Aspekt gleich sind, aus Willkür ungleich behandelt werden. Entschließt sich der Gesetzgeber zu einer Ungleichbehandlung, ist dies nur dann rechtmäßig, wenn er dafür einen hinreichenden Grund angeben kann. Als hinreichend gilt allerdings bereits jede Begründung, die nicht völlig unsachlich ist. Behandelt er jedoch zwei Personen-gruppen auf unterschiedliche Weise, reicht nicht aus, dass er ohne Willkür handelt. Vielmehr muss er die Ungleichbehandlung überzeugend rechtfertigen können.

Die speziellen Gleichheitsrechte des Grundgesetzes betreffen besondere Unterscheidungsverbote und Gleichstellungsgebote.

Art. 3 Abs. 2 GG	Gleichberechtigung von Mann und Frau
Art. 3 Abs. 3 GG	Verbot von Ungleichbehandlung wegen Geschlechts, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glaubens, religiöser oder politischer Anschauungen und Behinderungen
Art. 33 GG	Gleichstellung als Staatsbürger
Art. 38 GG	Wahlrechtsgleichheit

### (4) Verfahrensgrundrechte

Die Verfahrensgrundrechte garantieren, dass der Bürger Rechtsschutz bekommt, wenn er sich gegen einen Akt hoheitlicher Gewalt wendet, und dass in sämtlichen gerichtlichen Verfahren rechtsstaatliche Grundsätze beachtet werden.

Zu nennen sind:

Art. 19 Abs. 4 GG	Rechtsschutzgarantie
Art. 101 GG	Verbot von Ausnahmegerichten
Art. 103 GG	Grundrechte vor Gericht

Kein Grundrecht gilt absolut. Zum Teil sind sie durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes einzuschränken, zum Teil müssen sie im Einzelfall mit Rücksicht auf andere Verfassungsgüter – insbesondere auf die Grundrechte anderer – zurücktreten.

Sicherlich haben Sie schon Ideen entwickelt, welche Grundrechte unserem Herrn OHNE-MICHEL ganz konkret weitergeholfen hätten. Können Sie diese benennen? Wie würden die verschiedenen Rechte wirken und dadurch das Verhalten der Verwaltung beeinflussen?

## b) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten

Da es im Lande GERMONEY offenbar keine Verfassung, und damit auch keine verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechte gibt, interessiert sich Herr OHNEMICHEL dafür, ob ihm nicht vielleicht auch Normen außerhalb GERMONEYS Rechte verleihen, die er in BRÜSSEL geltend machen könnte.

Die Erwähnung des Namens BRÜSSEL erinnert uns unweigerlich an die supranationale Institution der Europäischen Union (EU), auch wenn die zuständigen europäischen Gerichte ihren Sitz im LUXEMBURG haben. Obwohl die EU kein Staat ist, werden Grundrechte auch auf europäischer Ebene garantiert. Die Beegründung dafür ist einleuchtend: Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht ist nur dann durchzusetzen, wenn die Gemeinschaft in der Lage ist, einen eigenen Grundrechtsschutz zu gewährleisten.

Der *Europäische Gerichtshof* (EuGH) ist schon früh mit seiner Rechtsprechung dazu übergegangen, *Gemeinschaftsgrundrechte* (seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon spricht man von den „Unionsgrundrechten“) als allgemeine Rechtsgrundsätze anzuerkennen. Diese konkretisieren sich u.a. über die gemeinsame Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten sowie über internationale Verträge, vor allen Dingen die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK). Unter anderem hat der EuGH die Menschenwürde, die Achtung der Privatsphäre, den Gleichheitsgrundsatz und andere als Gemeinschaftsgrundrechte festgestellt und in konkreten Fällen angewandt. Außerdem haben sich weitere rechtsstaatliche Grundsätze herausgebildet; hierzu zählt das Gebot der Verhältnismäßigkeit der Mittel, des Vertrauensschutzes oder der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Das Bundesverfassungsgericht hat diese europäischen Schutzgarantien ausdrücklich anerkannt.

Bis vor kurzem existierten die europäischen Grundrechte also nur als Richterrecht, was zu Recht als kaum den Anforderungen eines rechtsstaatlich organisierten Staatenverbundes entsprechend kritisiert wurde. Die von einem Konvent unter Vorsitz von *Roman Herzog* erarbeitete Grundrechtscharta hat der Europäische Rat bereits im Jahr 2000 lediglich feierlich proklamiert (zum Inhalt der Grundrechtecharta sei ein Blick in den Aufsatz von *Pernice*, Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, S. 847 ff., empfohlen).

Eine Neuregelung der europäischen Grundrechte brachte erst der Vertrag von Lissabon. Mit seinem In-Kraft-Treten am 1. Dezember 2010 erlangte die Charta der Grundrechte gem. Art. 6 Abs. 1 EUV n.F. rechtliche Verbindlichkeit und den Rang der Gründungsverträge. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze gelten gem. Art. 6 Abs. 3 EUV n.F. weiter. Es ist aber noch unklar, welche tatsächliche Bedeutung ihnen neben der Charta zukommen kann.

Darüber hinaus hat der Vertrag von Lissabon in Art. 6 Abs. 2 EUV n.F. den Beitritt der EU zur EMRK nicht nur ermöglicht, sondern auch vorgeschrieben. Damit wird in Zukunft auch für die EU die externe Grundrechtskontrolle ermöglicht.

Neben den Grundrechten spielen auch die europäischen Grundfreiheiten im Rahmen eines europäischen Grundrechtsschutzes eine erhebliche Rolle. Diese finden Sie im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Die Grundfreiheiten sind ein Herzstück des europäischen Binnenmarkts. Sie garantieren den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital. Auf den ersten Blick erscheinen diese Freiheiten sehr ökonomisch orientiert, jedoch haben bereits die Gründungsverträge ihre soziale Komponente betont und über eine rein ökonomische Betrachtungsweise hinausgeführt.

Damit wollen wir auf die Ausgangsfrage zurückkommen: Kann Herr OHNEMICHEL wegen seines abgeschleppten Fahrzeuges in BRÜSSEL um Rechtsschutz nachsuchen?

Herr OHNEMICHEL wird es nicht leicht haben, sich auf europäische Rechtsverbürgungen gegenüber dem Staat GERMONEY zu berufen. Zum einen wird er innerhalb des Staates keine Möglichkeit haben, sie geltend zu machen, da ein gerichtliches Überprüfungsverfahren in GERMONEY nicht existiert. Er müsste also in der Tat „nach BRÜSSEL gehen“. Dort wird er aber auf eine weitere Schwierigkeit stoßen: Die Unionsgrundrechte bzw. allgemeinen Rechtsgrundsätze sind gegenüber den Mitgliedstaaten nur verbindlich, soweit diese auch Unionsrecht durchführen.

Da im Falle des Herrn OHNEMICHEL allerdings kein europäisches Recht angewendet wird, greifen diese Schutzrechte nicht im Verhältnis Bürger – Mitgliedstaat. Grundfreiheiten helfen ihm auch nicht weiter. Herr OHNEMICHEL behauptet ja nicht, im freien (grenzüberschreitenden) Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen oder Kapital behindert worden zu sein (von der Möglichkeit einer Individualbeschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) wurde an dieser Stelle abgesehen).

## Übung

1. In Norddeutschland kommt der so genannte „Zwergenweitwurf“ wieder in Mode, bei dem besonders kleine erwachsene Personen in einem Wettkampf möglichst weit geworfen werden sollen. Frau S meint nun, dieses würde doch gegen die Menschenwürde der „Geworfenen“ verstoßen. Was meinen Sie dazu?
2. Der Deutsche Fußballbund möchte, um den deutschen Talenten die sportliche Weiterentwicklung zu ermöglichen, die Anzahl der EU-Ausländer pro Bundesligamannschaft auf fünf beschränken. Glauben Sie, das wäre zulässig?

## B. Verwaltungsrecht

### I. Grundsätzliches

Jetzt hat es Herr OHNEMICHEL schwarz auf weiß. Am 25.05.2005 bekam er einen Brief mit dem Wappen der Stadt Habenburg in der Kopfzeile. Als Betreff ist die Kostenfestsetzung für das Abschleppen seines Fahrzeugs angegeben. Ihm wurde mitgeteilt, dass er sein Auto gegen Zahlung der Auslagen und Gebühren für das Abschleppen in Höhe von € 1.765,89 abholen kann. Sollte er das Geld im Laufe von drei Wochen nicht überwiesen haben, wird sein Fahrzeug zwangsversteigert. Außerdem wurde ihm bekannt gegeben, dass die Verhängung einer zeitweisen Fahrsperrung gegen ihn möglich ist, sollte er innerhalb der letzten fünf Jahre in dem städtischen Park-Sünder-Register aktenkundig geworden sein. Dies könnte er mit einer finanziellen Unterstützung der sozialen Aufgaben der Stadt Habenburg abwenden. Unterschrieben wurde der Brief von einer Vertreterin der Kostenstelle. In der abschließenden Rechtsbehelfsbelehrung wurde Herrn OHNEMICHEL erläutert, dass außer einer Petition an den lokalen Aufsichtsrat er keine anderen Rechtsschutzmöglichkeiten hat.

Dabei erstaunte es ihn nicht, dass er erst einmal kräftig die Schatztruhe des Bürgermeisters auffüllen sollte, bevor er sein Fahrzeug wiederbekäme. In GERMONEY waren Bußgelder zu einer Haupteinnahmequelle der Städte geworden. Aber warum hatte es ihn gerade jetzt getroffen? Er hatte doch korrekt geparkt! Und die Verwaltung hatte es nicht einmal für nötig gehalten, ihm mitzuteilen, warum sie sein Auto abgeschleppt hatte.

In jedem Fall hatte er ein Problem. Die Steuereinnahmen waren in den letzten Monaten drastisch zurückgegangen; es wurde verstärkt abgeschleppt, um andere Einnahmequellen zu erschließen. Auch Herrn OHNEMICHEL hatte es dabei schon einige Male erwischt. Jetzt konnte es sogar passieren, dass man ihm den Führerschein sperrte. Aber

wie sollte er dann zur Arbeit kommen? Konnte er gegen den Bescheid vorgehen? Grundrechte standen ihm ja nicht zu, und die Presse würde sich hüten, diesem alltäglichen Ereignis Aufmerksamkeit zu widmen. In der Rechtsbehelfsbelehrung wurde auf den lokalen Wirtschaftsrat verwiesen. Der würde aber Jahre brauchen, um sich mit der Sache zu beschäftigen. Und bis dahin hätte Herr OHNEMICHEL seine Führerscheinsperre längst überstanden. Da blieb nur eins: er musste – wieder einmal – bezahlen. Mit Geld konnte man in HABENBURG alles regeln.

Viel öfter als man denkt, kommt man mit der staatlichen oder gemeindlichen *Verwaltung* in Berührung. Zum Glück sammelt man nur selten so negative Erfahrungen wie Herr OHNEMICHEL. Zwar begegnen wir der Verwaltung häufig dann, wenn sie etwas verbietet oder Geld verlangt – sei es in Form von Steuern, Gebühren oder Bußgeldern – aber sie erteilt auch Genehmigungen, gewährt Hilfe, trifft Vorsorge, stellt Infrastruktur bereit und regelt das gesamte öffentliche Leben um uns herum. Trotzdem haben wir eine recht ungenaue Vorstellung, um was es sich bei der Verwaltung handelt. Mit wem haben wir es zu tun, wer handelt, in wessen Auftrag und warum? Ist ein Bürger einmal mit einer hoheitlichen Entscheidung nicht einverstanden, kommt unweigerlich die Frage auf, ob die Behörde dies durfte, was die rechtlichen Grundlagen ihrer Maßnahme sind und welche Möglichkeiten bestehen, sich dagegen zur Wehr zu setzen. Dies sind Fragen, auf die das *Verwaltungsrecht* eine Antwort gibt. Da es sich um ein weit verzweigtes Rechtsgebiet handelt, reicht es für den Anfang, wenn wir einige Grundbegriffe klären und die allgemeinen rechtlichen Grundlagen des Verwaltungshandelns skizzieren.

## 1. Verwaltungsbegriff

Was heißt überhaupt Verwaltung? Verwaltung gibt es in allen Lebensbereichen. Alle Zusammenschlüsse – ob Sportverein, Kirchgemeinde, Bürgerinitiative oder Orchester – und alle Unternehmen – vom Handwerksbetrieb über die Bank bis zur Großindustrie – brauchen eine Einheit, die sie organisiert: also bestimmte Leistungen erbringt, die es ermöglichen, dass der Verband oder Betrieb seiner eigentlichen Tätigkeit nachgehen kann. Eine solche Leistung erbringt die *Öffentliche Verwaltung* für die Gesamtgesellschaft.

Wenn wir in diesem Kurs von Verwaltung reden, ist damit die *öffentliche* Verwaltung gemeint wie zum Beispiel die der BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND oder des Landes NORDRHEIN-WESTFALEN oder einer Kommune wie HABENBURG, nicht jedoch die private Verwaltung. Die Verwaltung ist vom Gesetzgeber beauftragt, öffentliche Aufgaben zu erfüllen. In Erfüllung dieser Rechtspflicht tritt sie dem Bürger in verschiedener Form gegenüber. Jedem kommt dabei zunächst die ordnende und lenkende Verwaltung in den Sinn, also eine Ver-



waltung, die das Handeln der Privatrechtssubjekte überwacht, beaufsichtigt und typischerweise in die Interessenverfolgung der Privaten eingreift.

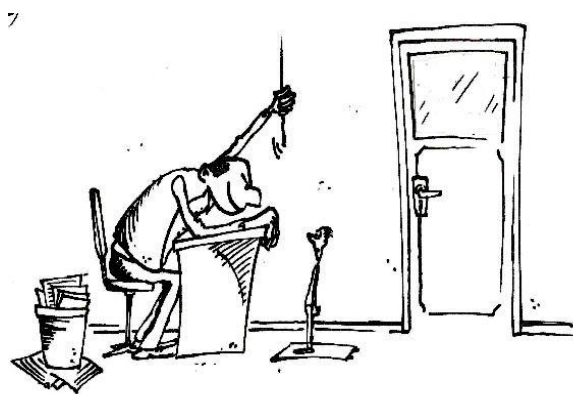
**Beispiel** Polizeiliche Verkehrsüberwachung, Kontrolle des „ruhenden Verkehrs“ durch das Ordnungsamt, Bauüberwachung („Baupolizei“), Gewerbeaufsicht, Maßnahmen nach dem Versammlungs- oder Ausländerrecht.

Daneben tritt die gewährende, „leistende“ Verwaltung. Denken Sie z.B. an die Sozialversicherungen, Sozialhilfe, Arbeits- und Ausbildungsförderung, Versorgungs- und Verkehrsleistungen (kommunale Verkehrsbetriebe oder Stadtwerke, Müllabfuhr), die Wirtschaftsförderung, kulturelle Einrichtungen oder sonstige Dienstleistungen, etwa im Bereich der Alten- oder Behindertenhilfe.



Aufgrund der immer komplexer werdenden Tätigkeiten der modernen Verwaltungen ist eine genaue Unterscheidung zwischen der eingreifenden und der leistenden Verwaltung heute kaum noch möglich. So kann beispielsweise die Leistung an den einen Bürger ein Eingriff in Rechte eines anderen darstellen, z.B. eines Mitkonkurrenten.

Auch neuere Handlungsformen wie etwa die indirekte Verhaltenssteuerung durch Anreizsysteme lassen sich nicht mehr eindeutig der Eingriffs- oder Leistungsverwaltung zuordnen.



Die Zeiten, in denen man in der Verwaltung die Obrigkeit sah – und im Bürger den Untertan – sind vorbei. Es bleibt aber dabei, dass die Träger der Verwaltung mit mehr Rechten ausgestattet sind, als der Bürger. So ist die Verwaltung beispielsweise in der Lage, dem Bürger einseitig, also ohne seine Mitwirkung und gegen seinen Willen, Pflichten aufzuerlegen, was unter

Privaten so nicht möglich wäre. Diese Überlegenheit der Verwaltung ist nicht Ausdruck irgendeiner (von Staat oder König abgeleiteten) Macht, sondern ein gesetzlich verliehenes Mittel zur Erfüllung ihrer vom Gesetzgeber definierten Pflichten im Rahmen ihrer gesetzlich verliehenen Befugnisse.

Herkömmlicherweise wird die Verwaltung wegen dieser besonderen Kompetenz als „Träger von Hoheitsrechten“ oder „Hoheitsträger“ bezeichnet. Nicht zu Unrecht suggeriert diese Ausdrucksweise, dass der Verwaltung im Regelfall eine stärkere Rechtsposition als dem normalen Bürger zukommt – wenn auch immer nur unter den jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen.

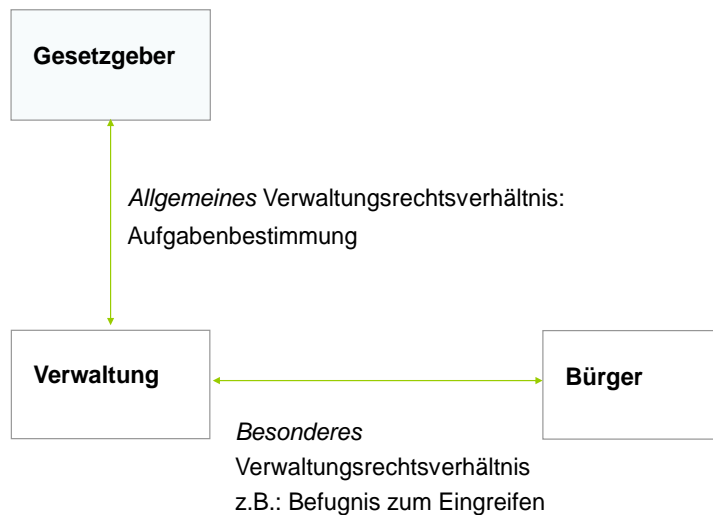


Abb. 8 Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrechtsverhältnis

Im Zweifel tritt uns die Verwaltung als Träger von Hoheitsrechten entgegen.

Die Verwaltung kann uns aber auch als normaler Geschäftspartner begegnen, etwa wenn sie ihren eigenen Bedarf an Büroartikeln oder Kraftfahrzeugen decken möchte. In diesen Fällen schließt sie z.B. Service-Verträge mit Dienstleistern, kauft und verkauft Grundstücke und tritt dem Bürger insofern nach den Regeln des Privatrechts wie ein normaler Marktteilnehmer gegenüber. Die Einstellung und Beschäftigung von Personal geschieht ebenfalls häufig in den Formen des bürgerlichen Rechts, so bei Arbeitern und Angestellten; teilweise richtet sie sich aber auch nach öffentlichem Recht, nämlich im Fall von Beamten.

## 2. Legitimation der Verwaltung

Herr OHNEMICHEL ist wütend. Zu Recht. Er wurde von der Verwaltung Habenburgs – wie er fest glaubt – ungerecht behandelt. Er sieht sich nicht in der Lage, in der Handlungsweise des städtischen Bürgerservice irgendwelche Regelmäßigkeiten zu erkennen und es auf Gesetzmäßigkeiten zurückzuführen, nach denen er sein Verhalten künftig einrichten könnte. Eine nachträgliche Überprüfung der Entscheidungen scheint wirkungslos.

Zu diesem Zorn kommt ein niederschmetterndes Gefühl: Herr OHNEMICHEL verspürt seine Einflusslosigkeit.

Denn er betrachtet es als aussichtslos, in irgendeiner Weise auf die Verwaltung einzuwirken, um wenigstens in Zukunft eine faire Vorgehensweise sicherzustellen. Dies kann nur das Kompetenzteam, das aber, so OHNEMICHELS resignativer Schluss, alles Handeln nur an dem verwaschenen Postulat der Ökonomie orientiert.

Auch an diesem Punkt erkennt man die Defizite GERMONEYS. Es könnte sich hier lohnen, die Unterschiede zu unserem Staat zu betrachten; mal sehen, inwieweit bei uns Einfluss auf die Verwaltung ausgeübt werden kann.

Vielleicht gehen wir an dieser Stelle noch einmal zurück und werfen einen Blick in unser Grundgesetz. Danach übt das Volk die Staatsgewalt u.a. durch die vollziehende Gewalt aus (Art. 20 Abs. 2 GG), die wiederum an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG). Wenn das Grundgesetz in Art. 1 Abs. 3 sowie in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG von der vollziehenden Gewalt spricht, meint es sowohl die *Regierung* als staatsleitendes Organ, als auch die *Verwaltung*, der in erster Linie die Ausführung der Gesetze anvertraut ist.

Wie Sie aus dem Verfassungsrecht wissen, muss sich nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG die Ausübung aller Staatsgewalt auf das Volk als Souverän zurückführen lassen; mit anderen Worten: demokratisch legitimiert sein. Dies gilt auch und gerade für die Verwaltung als Teil der ausführenden Gewalt: Es muss also ein Zurechnungszusammenhang zwischen dem Willen des Volkes und dem Handeln der Verwaltung bestehen.

Das Volk legitimiert entweder direkt als Verfassungsgeber oder mittelbar über das Parlament, das von ihm gewählt wird. Das Parlament gibt seine Legitimation weiter, indem es Gesetze beschließt, die schließlich Legitimationsgrundlage für das Handeln der Verwaltung bilden.

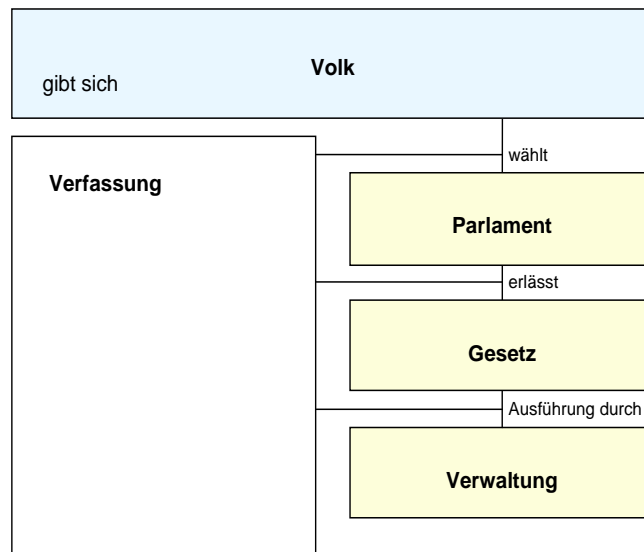


Abb. 9 Legitimation der Verwaltung

### 3. Verwaltungsrecht

Die Gesamtheit der Rechtsvorschriften, welche die öffentliche Verwaltung betreffen, nennt man das *Verwaltungsrecht*. Hierzu zählen nicht nur die Normen, die für die Verwaltungsorgane und deren Tätigkeit maßgeblich sind, sondern auch die Vorschriften, welche das Verhältnis zwischen dem Bürger und der Verwaltung regeln, indem sie Rechte gewähren und Pflichten auferlegen.

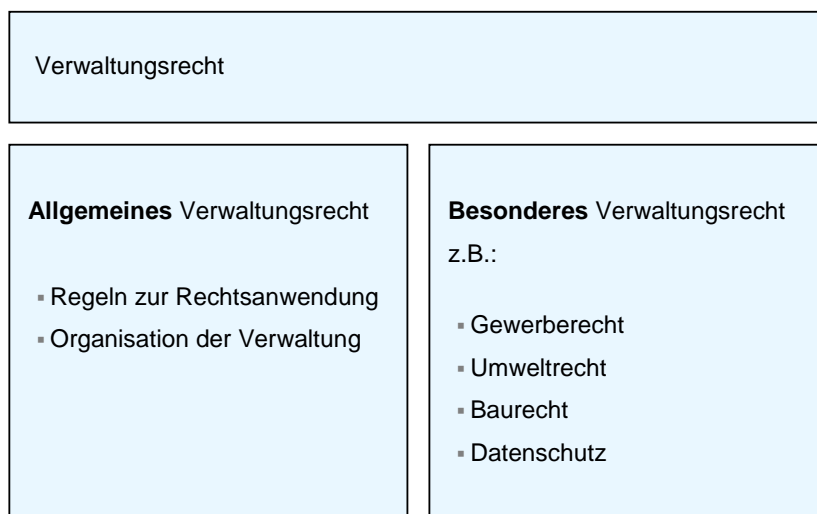


Abb. 10 Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht

Das *Allgemeine* Verwaltungsrecht erfasst diejenigen Regelungen, Grundsätze, Begriffe und Rechtsinstitute, die prinzipiell für alle Bereiche des Verwaltungsrechts maßgeblich sind. Es will das Gemeinsame, Typische, Durchgängige erfassen (Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., § 3 Rn. 2). Dies sind mit anderen Worten diejenigen Rechtsgrundlagen des Verwaltungshandelns, die gleichsam gebietsübergreifend sind und deshalb, wie man sagt, vor die Klammer gezogen werden können. In der Hauptsache wird das Allgemeine Verwaltungsrecht von den Verwaltungsverfahrensgesetzen (VwVfG) des Bundes und der Länder geregelt; Bundes- und Landesgesetze sind zum Großteil identisch.

Das *Besondere* Verwaltungsrecht umfasst das Recht der einzelnen Tätigkeitsbereiche des Verwaltungsrechts. Die wichtigsten Bereiche sind u.a.: Baurecht, Umweltrecht, Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht. Daneben lässt sich noch das Recht der Verwaltungsgerichtsbarkeit, das Verwaltungsprozessrecht, aufführen, das wir in der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) finden.

### Übung

1. Wie wird der Zurechnungszusammenhang zwischen dem Bevölkerungswillen und der Verwaltung konstruiert?
2. Handelt es sich dabei um ein realistisches Modell?
3. Versuchen Sie, möglichst viele Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts zu benennen.

## II. Organisation der Verwaltung und ihre Handlungsformen

Der Begriff der Verwaltung verrät uns noch wenig darüber, wie die Exekutive organisiert ist. Bürger haben oftmals Schwierigkeiten zu erkennen, an wen sie sich wenden müssen, wer im Verhältnis zu ihnen handelt und in wessen Namen er dies tut. Mit diesen Problemen hängt auch die Frage zusammen, ob die jeweilige Stelle befugt ist, im konkreten Fall eine Regelung zu treffen.

### 1. Organisation der Verwaltung

Wie bereits im ersten Teil dieses Kurses behandelt, (*siehe A. III. 3. d.*) ist die Vollziehung von Gesetzen grundsätzlich Ländersache (Art. 30 und 84 GG). Dies bedeutet: In der Regel ist die Behörde, für die Sie sich interessieren, ein Teil der *Landesverwaltung*. Man sagt auch:

Das Land ist Träger der Verwaltung oder: Die Verbandskompetenz für die Verwaltungsaufgabe liegt beim Land. Das gilt auch für den Fall, dass es sich um die Ausführung von *Bundesgesetzen* handelt. Führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus (Art. 84 GG), sind sie dabei fast so frei wie bei der Vollziehung ihrer eigenen Gesetze. Handelt es sich dagegen um einen Fall der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG), stehen dem Bund mehr Mitwirkungsrechte zu; er kann z.B. Zweckmäßigkeitskontrollen durchführen (Art. 85 Abs. 4 GG).

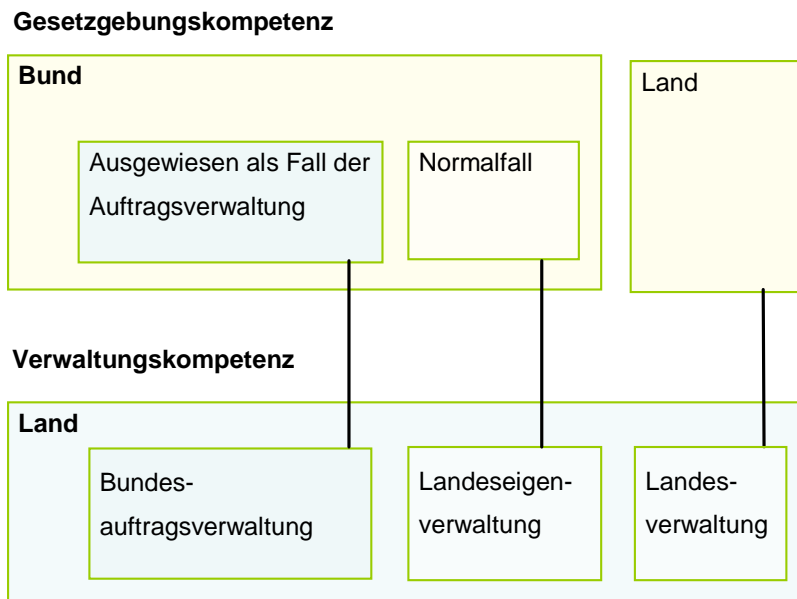


Abb. 11 Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz

Viele Aufgaben der Exekutive nehmen die *Kommunen* wahr, also die Behörden der Städte und Gemeinden bzw. der (Land-)Kreise. Die Kommunen sind staatsrechtlich betrachtet Teile des jeweiligen Landes; wie das Land sind sie aber auch eigene *Rechtspersonen*, die Träger von Verwaltungsaufgaben sein können.

**Beispiel** Sicherlich haben Sie sich schon einmal an einem neuen Wohnort angemeldet, einen Pass beantragt oder ein Fahrzeug an- oder abgemeldet. Die richtige Stelle hierfür war die Stadt- bzw. Gemeindeverwaltung, z.B. das dortige Bürgeramt, obwohl es sich nicht um eine kommunale Selbstverwaltungsangelegenheit gehandelt hat, sondern um eine der Gemeinde übertragene Aufgabe.

## 2. Aufbau der Verwaltung

Werfen wir nun einen Blick auf die Organisation der Verwaltung. Vom Grundsatz her sind Bund- und Länderverwaltung ähnlich strukturiert. Man unterscheidet die *allgemeine Verwaltung* von den *Sonderverwaltungen* (Fachbehörden). Die allgemeine Verwaltung ist für sämtliche Fachgebiete zuständig, die nicht der Sonderverwaltung zugewiesen sind. Sachgebiete der Sonderverwaltung sind z. B. Finanzen, Landwirtschaft oder Bergbau.

Die Verwaltung ist entweder zwei- oder *dreistufig* organisiert. Ist sie dreistufig, teilt sie sich vertikal in eine Ober-, Mittel und Unterstufe. Auf der Unterstufe gibt es eine Vielzahl von Behörden, die auf den nächsten Stufen gebündelt werden. Dadurch verfügt die Verwaltungsorganisation über sachkompetente Spitzenstellen, aber auch über viele ortsnahe Einrichtungen, die einen unmittelbaren Kontakt zum Bürger unterhalten können.

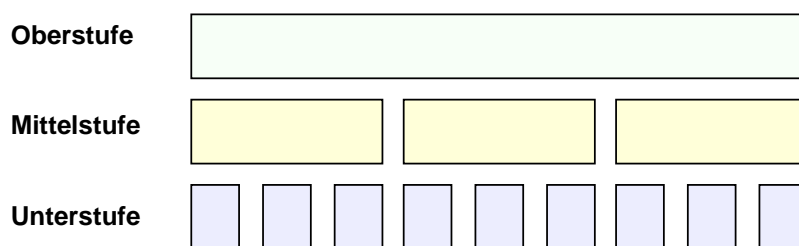


Abb. 12 Die Stufen der Verwaltung

Systematisch lässt sich weiterhin die *unmittelbare* von der *mittelbaren* (Staats-)Verwaltung unterscheiden. Bei der unmittelbaren Verwaltung werden die öffentlichen Aufgaben durch *staatseigene* Behörden erfüllt, z.B. aus dem Bereich des Bundes die Zoll- oder die Bundeswehrverwaltung. Dagegen spricht man von mittelbarer Staatsverwaltung, wenn entsprechende Aufgaben durch andere, rechtlich selbständige *juristische Personen des öffentlichen Rechts* erledigt werden, die in der Regel eigens hierfür ins Leben gerufen werden. Bekannte Beispiele sind die Bundesagentur für Arbeit (BA) oder die Deutsche Rentenversicherung Bund. Institutionell verwirklicht sich die Verwaltung im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung durch Körperschaften, Anstalten und Stiftungen. Ihr gemeinsames Charakteristikum ist ihre rechtliche Selbständigkeit.

### a) Verwaltungsträger, Organe und Organwalter

Der Staat handelt also entweder selbst oder durch andere juristische Personen des öffentlichen Rechts. Letztere hat er eigens hierfür ins Leben gerufen und lässt sie mit gewisser

Selbständigkeit handeln. Manchmal greift der Staat aber auch auf Private zurück und betraut sie mit hoheitlichen Aufgaben und Kompetenzen: die so genannten *Beliehenen*.

Wenn diese Vielzahl von Begriffen und Konstruktionen auf den ersten Blick auch etwas verwirren mag, erfüllt sie doch einen wichtigen Zweck: Sie erlaubt, alles Handeln im staatlichen Namen oder Auftrag auf eine verantwortliche Instanz – den jeweiligen *Träger* der Verwaltung – zurückzuführen.

Nehmen Sie an, Sie möchten sich gegen eine hoheitliche Maßnahme zur Wehr setzen, oder Sie wollten ein Recht geltend machen und den Staat in die Pflicht nehmen. Voraussetzung dafür ist, dass Ihr Gegenüber kein anonymes Gebilde ist, kein Labyrinth, in dem Sie von Büro zu Büro weiter verwiesen werden, sondern eine bestimmte, rechtlich verantwortliche Einheit. Erst durch diese Identifikation lässt sich das besondere verwaltungsrechtliche Verhältnis bestimmen, innerhalb dessen Ihr Anspruch bestehen könnte. Wollen Sie schließlich Ihr Recht vor Gericht geltend machen, benötigen Sie einen bestimmten Klagegegner; dieser muss im Grundsatz ebenfalls ein Träger von Rechten und Pflichten – also ein Verwaltungsträger und Rechtssubjekt – sein (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).

Verwaltungsträger sind:

- Körperschaften des öffentlichen Rechts, insbesondere: Bund und Länder, Landkreise und Gemeinden, sowie andere (z.B.: Kammern, Universitäten)
- Rechtsfähige Anstalten
- Stiftungen des öffentlichen Rechts,
- die *Beliehenen*.

Außerdem kennen wir *teilrechtsfähige* Verwaltungseinheiten, z.B. die Fakultäten der Universitäten oder den Personalrat hinsichtlich ihrer Rechte.

In der Regel wendet sich der Bürger an eine örtlich ansässige Behörde oder ein so genanntes Amt. Welches Rechtssubjekt dahinter steht, also Träger der jeweiligen öffentlichen Verwaltung ist, ist ihm dabei meist gar nicht bewusst.

**Beispiel** Müssen Sie z.B. wegen eines Wohnortwechsels Ihren alten Wohnort ab- und einen neuen anmelden, wenden Sie sich an das Einwohnermeldeamt. Ist das Amt ein eigenständiger Verwaltungsträger? Nein, es ist nur Teil der Organisation des verwaltenden Rechtssubjekts *Gemeinde*. Wenn Sie Ihren Wagen ummelden wollen, müssen Sie zur Kfz-Zulassungsstelle, die in kreisangehörigen Städten und Gemeinden eine Einrichtung des *Kreises* ist. Weil wegen der Änderung der Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte ein anderer Lohnsteuer-Freibetrag zustande kommt, wollen Sie dies außerdem auf Ihrer Lohnsteuerkarte vermerken lassen. Dafür



wenden Sie sich an das Finanzamt, dessen Träger das *Land* ist. Wird jemand (als gesetzlich Versicherter) krank und braucht einen Krankenschein, führt sein Weg zum nächsten Büro seiner Krankenkasse. Die Krankenkasse ist ein eigener Rechtsträger, eine *Körperschaft des öffentlichen Rechts*.

Der Verwaltungsträger ist mit Ausnahme der beliebigen natürlichen Personen zwar rechtsaber nicht *handlungsfähig*. Er ist ein Konstrukt, eine lediglich *juristische Person*, und braucht in dieser Eigenschaft weitere Konstrukte, die so genannten *Organe*, um funktionsfähig zu werden. Organe sind rechtlich geschaffene, relativ selbständige Einrichtungen, die – gleichsam als Hand, Herz und Hirn – nach einer im *Innenverhältnis* wirkenden Organisation für die juristische Person tätig werden.

Vom Organ zu unterscheiden ist der *Organwalter*. Der Organwalter ist die konkrete Person, die damit beschäftigt ist, die dem Organ zugewiesene Aufgabe zu erledigen. Das rechtlich relevante Verhalten des Organwalters wird dem Organ und damit dem Verwaltungsträger zugerechnet.

## b) Behörden

Im Verhältnis nach außen, insbesondere in der Beziehung zwischen Bürger und Verwaltung, begegnet uns der Verwaltungsträger vor allem in Gestalt von *Behörden*.

Die *Behörde* ist die Einheit, welche die öffentlich-rechtlichen *Verwaltungsaufgaben* des Trägers nach außen wahrnimmt. Behörden verfolgen den *Zweck* der juristischen Person nach außen: die Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgabe. Sie sind die Organisationseinheiten, mit der sich der Verwaltungsträger an den Bürger wendet, wenn er ein konkretes Verwaltungungsverfahren durchführt. Das *Organ* hingegen ist Ausdruck der inneren Strukturen, welche die Funktionalität des Verwaltungsträgers in seiner Eigenschaft als juristische Person gewährleisten sollen. Organe sind manchmal auch Behörden, Behörden sind in aller Regel Organe.

**Beispiel** Der Bundestag ist ein (Verfassungs-)Organ der Körperschaft Bundesrepublik Deutschland; (Verwaltungs-)Behörde ist er nur insofern, als er Verwaltungsaufgaben wahrnimmt, z.B. im Verhältnis zu den Abgeordneten. Die Bezirksregierung hingegen ist ein Organ des Landes und zugleich Behörde.

Als ein juristisches Konstrukt kann eine Behörde nicht selbst handeln. Die tatsächliche Aufgabenerfüllung obliegt den Menschen, die für sie tätig werden. Diese werden als *Amtswalter* bezeichnet, der ihm übertragene abstrakte Aufgabenkreis ist sein *Amt*.

Mit juristischer Relevanz nach außen tritt nicht der Amtswalter, sondern allein die Behörde in Erscheinung. Dieser Umstand bleibt dem Bürger oft verborgen, weil in verschiedenen Ländern nach preußischer Verwaltungstradition noch immer die Bezeichnung der Behörde mit der des Behördenleiters zusammenfällt, so z.B. *der Minister* oder *der Landrat* als Behörde.

### 3. Handlungsformen der Verwaltungstätigkeit

Die Verwaltung wird auf vielfältige Weise gegenüber dem Bürger tätig. Das geschieht überwiegend in den Formen des öffentlichen Rechts. Insoweit bezeichnen wir die Tätigkeit als „hoheitliche Verwaltung“. Für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit gelten vor allem die Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze (VwVfG) des Bundes bzw. der Länder – je nachdem, ob eine Bundes- oder Landesbehörde tätig wird.

Das Hauptinstrument ist dabei der Verwaltungsakt. Mehr oder weniger gilt noch immer: Was für das Privatrecht der Vertrag ist, ist für das Verwaltungsrecht der Verwaltungsakt. Der Verwaltungsakt ist die typische Handlungsweise der hoheitlich, also aus einer rechtlichen Überlegenheit heraus handelnden Verwaltung: Die Verwaltung legt in einem Einzelfall fest, was für den Bürger rechtens sein soll. Im Regelfall haben Verwaltungsakte *Titelfunktion*: Die Behörde kann ihre einseitig angeordnete Maßnahme ohne Mitwirkung eines Gerichts zwangsweise durchsetzen. Zum Ausgleich steht dem Bürger ein differenziertes *Rechtsschutzsystem* zur Verfügung.

Im Gegensatz zur einseitigen Regelung des Verwaltungsaktes steht der Verwaltungsvertrag als eine Form der einvernehmlichen Regelung. Er nimmt an Zahl und Bedeutung stetig zu. So erleichtert er in atypischen und komplexen Fällen oft maßgeschneiderte Lösungen, bei denen der Bürger nicht Verwaltungsobjekt ist, sondern aktiv in die Entscheidung eingebunden wird und seine Kenntnisse, Erfahrungen und Interessen stärker berücksichtigt werden können.

In einigen Bereichen kann die Verwaltung ihre Aufgaben statt in den Formen des öffentlichen Rechts *privatrechtsförmig* erledigen. Bevorzugte Gebiete des Verwaltungsprivatrechts sind die Wirtschaftslenkung und die Daseinsvorsorge. Davon zu unterscheiden ist das Fiskalprivatrecht. Dabei handelt es sich um Geschäfte, bei denen die Verwaltung ihren privaten Zwecken wie der Materialbeschaffung, der Vermögensverwaltung oder der erwerbswirtschaftlichen Betätigung nachgeht.

Zahlreiche Maßnahmen der Verwaltung sind nicht auf die Herbeiführung eines rechtlichen, sondern auf einen *tatsächlichen* Erfolg gerichtet: die so genannten verwaltungsrechtlichen Realakte.

**Beispiel** Erteilung von Auskünften, öffentliche Warnung vor Sekten oder gesundheitsgefährdenden Produkten, Emissionen öffentlicher Einrichtung wie Kläranlagen, die Auszahlung eines Geldbetrags oder der Abriss eines Zauns.

Wenn Herr OHNEMICHEL die 1.765,89 € bezahlt und seinen Pkw anschließend zurückbekommt, würde die Rückgabe des Fahrzeuges einen Realakt darstellen.

## Teil 3: Basiskurs Strafrecht

*Thomas Vormbaum/Gabriele Zwiehoff*

Das Strafrecht ist eines der „populärsten“ Rechtsgebiete. Für die meisten Bürger dürfte es *das* Rechtsgebiet schlechthin sein. Die Presseberichterstattung aus diesem Genre fasziniert und bewegt. Kriminalromane sind Massenware, aber auch die schöngeistige Literatur befasst sich mit Straftaten und Strafrecht mehr als mit anderen Rechtsmaterien (KLEIST: „Michael Kohlhaas“; FONTANE: „Unterm Birnbaum“). Am Beginn der abendländischen Kultur stehen zwei Strafprozesse mit zwei Fehlurteilen (SOKRATES, JESUS). Nach der biblischen Überlieferung wurde schon bald nach dem Sündenfall die erste Straftat begangen (Kain erschlug Abel). Und am Ende der Weltgeschichte wird nach Ansicht vieler Religionen das jüngste Gericht, ein Strafgericht, stattfinden.

Bei dem Interesse an Strafrecht und Strafe spielt gewiss Sensationslust eine Rolle, denn Gegenstände von Strafverfahren sind häufig Vorgänge, welche die Menschen aufwühlen. Aber auch die Ahnung, dass der Staat durch Strafen Leiden hervorruft, weckt das Interesse für dieses Rechtsgebiet. Deswegen hat die Frage nach dem Wesen staatlichen Strafens und nach der Rechtfertigung staatlichen Strafens von jeher juristische und philosophische Denker beschäftigt. Aufgabe dieser Kurseinheit kann allerdings nicht sein, Sie in die Höhen der Strafrechtstheorie zu führen. Dennoch müssen wir uns am Anfang in aller Kürze dessen gewahr werden, was Strafe eigentlich ist (dazu I.) und wie ein solches vom Staat über Bürger verhängtes Leidensübel gerechtfertigt werden kann (dazu II).

### I. Begriff der Strafe

#### 1. Übelszufügung

Strafe bedeutet die Zufügung eines *Übels*. Macht A dem B ein Geschenk, so wird man dies nicht als Strafe bezeichnen. (Nun ja, bei einem KONSALIK oder DAN BROWN ...).

## 2. Reaktion auf vorangegangenes Übel

Wirft B dem A das geschenkte Buch an den Kopf, so bezeichnen wir dies nicht als Strafe, denn es handelt sich zwar um die Zufügung eines Übels, Strafe setzt jedoch voraus, dass das Übel um eines zuvor begangenen Übels willen zugefügt wird.

Strafe ist also ein *Übel*, das auf ein *vorangegangenes Übel* reagiert. (Bei dem niederländischen Philosophen Hugo GROTIUS findet sich die klassische Formulierung: *Poenā est malum actionis, quod infligitur propter malum actionis* – Strafe ist ein Leidensübel, das eines Handlungsübels wegen zugefügt wird).

## 3. Adressat

Verprügelt A den B, weil er selber zuvor von dem C, den beide nicht kennen, verprügelt worden ist, so mag dies eine mitunter nachvollziehbare Form der Aggressionsabfuhr sein, es entspricht jedoch nicht dem Begriff der Strafe, denn dieser Begriff setzt voraus, dass die Reaktion sich gegen denjenigen richtet, der dasjenige Übel, auf welches reagiert wird, begangen hat.

Strafe ist demnach ein *Übel*, das auf ein *Handlungsübel* des von ihm *Betroffenen* reagiert.

## 4. Gemessene Reaktion

Prügelt A den B wegen einer vorangegangenen Bagatelle krankenhaureif, so entspricht auch dies nicht dem Begriff der Strafe, denn dieser setzt voraus, dass die Reaktion sich in ihrem Maß an jenem Verhalten orientiert, auf das sie reagiert. Hierin unterscheidet sie sich von der Rache.

Strafe ist demnach ein *Übel*, das auf ein vorangegangenes *Handlungsübel* des von ihr *Betroffenen* reagiert und sich in seinem *Maß* an dem vorangegangenen Übel orientiert.

## 5. Sozialethischer Tadel

Überquert A die Straße, obwohl die Fußgängerampel „Rot“ anzeigt, und wird er deshalb mit einem Bußgeld belegt, so entspricht diese Sanktion jedenfalls nach heutigem Verständnis und nach geltendem Recht nicht dem Begriff der Strafe, denn nach diesem Verständnis ist die in der Strafe liegende Übelszufügung mit einem *sozialethischen Tadel* verbunden, was bei der Verhängung eines Bußgeldes nicht der Fall ist.

## 6. Zusammenfassung

Strafe ist demnach ein *Übel*, das auf ein vorangegangenes *Handlungsübel* des von ihr *Betroffenen* reagiert, sich in seinem *Maß* an dem vorangegangenen Übel orientiert und mit einem *sozialethischen Tadel* verbunden ist.

## II. Die Straftheorien

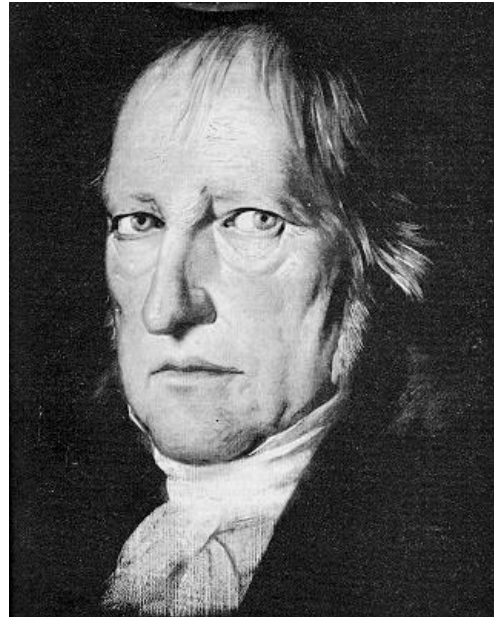
Eine Rechtfertigung des Leides, das der Staat mit der Strafe zufügt, ist nur möglich, wenn es für die Strafe und das Strafrecht eine akzeptable Begründung gibt. Über diese streiten sich seit eh und je zwei Grundauffassungen: die **absolute Straftheorie** und die Zweck- oder Präventionstheorien (**relative Straftheorien**) – bei den letzteren werden die **generalpräventive** Lehre und die **spezialpräventive** Lehre unterschieden. Diese Theorien bilden die Grundlage für die heute herrschende und auch dem Strafgesetzbuch zugrundeliegende **Vereinigungstheorie**.

### 1. Absolute Straftheorie

Nach der absoluten Straftheorie ist allein die begangene Tat der Grund der Strafe. Das in dem schuldhaft begangenen Unrecht liegende Handlungsübel soll durch ein Leidensübel ausgeglichen werden. Einen darüber hinausgehenden, in die Zukunft gerichteten Zweck verfolgt die Strafe zumindest nicht primär. Erinnern wir uns an das vorher zum Begriff der Strafe Ausgeführte, so können wir auch sagen: Nach der absoluten Straftheorie hat die Strafe keinen Zweck, der über ihren Begriff hinausgeht. Die absolute Straftheorie wird häufig auch als *Vergeltungstheorie* bezeichnet. Dies ist nur dann richtig, wenn man Vergeltung nicht im Sinne von Rache versteht, sondern zum Ausdruck bringen will, dass sich Strafe allein an der jeweiligen Tat zu orientieren hat, nicht an anderen Zwecken. Die Vertreter dieser Theorie sprechen lieber von *Gerechtigkeitstheorie*. Am eindrucksvollsten wurde dieser Standpunkt von Immanuel KANT (1724-1804) und Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1770-1831) vertreten.



*Immanuel Kant*



*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*

Für KANT ist das Strafgesetz ein „kategorischer Imperativ“. Strafe müsse sein, damit Gerechtigkeit auf Erden herrsche:

„Richterliche Strafe ... kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muss jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat“ (Die Metaphysik der Sitten [1797] S. 453).

HEGEL gründet die Strafe auf das dialektische Prinzip, wonach die Rechtsordnung den „allgemeinen Willen“ darstellt und der „besondere Wille“ des Verbrechers, der in der Rechtsverletzung Ausdruck gefunden hat, durch die Strafe negiert und in der sittlichen Überlegenheit der Gemeinschaft „aufgehoben“ wird. Durch die Bestrafung des Verbrechers wird die von diesem zum Ausdruck gebrachte Negation des Rechts ihrerseits negiert. Damit wird aber nicht bloß der vorherige Zustand wiederhergestellt: In der Negation der Negation ist vielmehr der ursprüngliche Zustand „aufgehoben“ (in dem dreifachen Sinne von „bewahrt“, „beseitigt“ und „emporgehoben“); das Recht ist nunmehr ein solches, das sich in der Auseinandersetzung mit dem Unrecht „bewährt“ hat. Der Verbrecher ermöglicht also geradezu eine Wiederherstellung des Rechts auf höherer Ebene, nämlich als von nun an *bewährtes* Recht. Aufgrund seiner Beteiligung an dieser Höherentwicklung des Rechts ist der Verbrecher ein ernstzunehmender Gegenpol des Rechts und wird durch die Strafe als willens- und vernunftbegabtes Wesen geehrt.

**Hegel, Rechtsphilosophie, § 100:** „Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist nicht nur an sich gerecht, - als gerecht ist sie zugleich sein an sich seiender Wille, ein Daseyn seiner Freiheit, sein Recht - ; sondern sie ist auch ein Recht an den Ver-

brecher selbst, d.i. in seinem daseienden Willen, in seiner Handlung gesetzt. Denn in seiner als eines Vernünftigen Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, das er in ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also, als unter sein Recht, subsumiert werden darf.

Es ist nicht nur der Begriff des Verbrechens, das Vernünftige desselben an und für sich, mit oder ohne die Einwilligung des Einzelnen, was der Staat geltend zu machen hat, sondern auch die formelle Vernünftigkeit, das Wollen des Einzelnen, liegt in der Handlung des Verbrechers. Daß die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt. - Diese Ehre wird ihm nicht zuteil, wenn aus seiner Tat selbst nicht der Begriff und der Maßstab seiner Strafe genommen wird; - ebenso wenig auch, wenn er nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung. - Ferner in Rücksicht auf die Weise der Existenz der Gerechtigkeit ist ohnehin die Form, welche sie im Staate hat, nämlich die Strafe, nicht die einzige Form und der Staat nicht die bedingende Voraussetzung der Gerechtigkeit an sich.“

Der absoluten Theorie wird mitunter vorgeworfen, sie sei nicht in der Lage, Maßstäbe für das zu liefern, was vom Gesetzgeber unter Strafe gestellt zu werden verdient. Dieser Vorwurf trifft zumindest die kantische Strafrechtslehre nicht, denn der Maßstab für strafwürdiges Verhalten ergibt sich aus dem Rechtsbegriff KANTS. Ist Recht nämlich die Summe der Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit die Freiheit des Menschen mit der Freiheit aller anderen Menschen zusammengedacht werden kann, so sind die subjektiven Rechte Ausdrucksformen der Freiheit und Autonomie. Wer also in die subjektiven Rechte anderer Menschen unter Verletzung der Autonomie eingreift und auf sie übergreift (also nicht durch Vertrag oder sonst mit deren Zustimmung, sondern durch Gewalt, Täuschung, Drohung oder sonst gegen deren Willen), verletzt deren Freiheitssphäre und begeht damit Unrecht. Konsequenz aus der absoluten Straftheorie ist daher die Forderung nach einer Begrenzung des Strafrechts auf einen engen Bereich von *Rechtsverletzungen*, von Verletzungen subjektiver Rechte („Kernstrafrecht“).

## 2. Generalpräventive Theorie

Die **generalpräventive Lehre** hat in Deutschland vor allem Paul Johann Anselm v. FEUERBACH (1775-1833) zur Geltung gebracht. Da FEUERBACH sich selbst als Kantianer verstand, mag dies zunächst erstaunen, denn der Inhalt der Generalprävention, die gegen den Täter verhängte Strafe als Mittel zur Abschreckung potentieller weiterer Straftäter einzusetzen, würde gewiss gegen den kantischen Grundsatz verstoßen, dass Strafe nicht als Mittel für die Zwecke anderer eingesetzt werden dürfe. FEUERBACH entzieht sich allerdings diesem Einwand dadurch, dass er nicht die Strafverhängung, sondern die an jedermann gerichtete



Strafandrohung zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen macht, also nicht den einzelnen Straftäter zum Instrument der Abschreckung anderer einsetzt. Die Strafandrohung soll jedem Tatgeneigten, der ja durch bestimmte Motive zur Tat gedrängt wird, Gegenmotive einpflanzen und so die zur Tat drängenden Motive neutralisieren (sog. psychologische Zwangstheorie).



Eine Verletzung der Autonomie bedeutet dies nach Ansicht von FEUERBACH nicht, denn die Freiheit des Adressaten der Strafandrohung, sich trotz der Strafandrohung normwidrig zu verhalten, bleibe ja bestehen.

Die *Verhängung* der Strafe hat nach FEUERBACH nur den Zweck, die Ernsthaftigkeit der *Strafandrohung* unter Beweis zu stellen. Anders als FEUERBACH haben andere Vertreter der Generalpräventionslehre durchaus die Strafe bzw. die Strafverhängung als Mittel der Abschreckung potentieller Straftäter eingesetzt; auch der Gesetzgeber des Strafgesetzbuches folgt in Ausnahmefällen diesem Verständnis.

Lesen Sie § 47 Abs. 1 und § 56 Abs. 3 StGB!

Neuerdings wird neben diesen beiden Varianten der Generalpräventionslehre, die auch als *negative* (weil bloß auf die Abschreckung setzende) *Generalprävention* zusammengefasst werden, eine sog. *positive Generalpräventionslehre* vertreten. Danach soll die Aufgabe (und Rechtfertigung) des Strafrechts darin bestehen, das *Rechtsbewusstsein* der rechtstreuen Bevölkerung zu stabilisieren, indem durch die *Strafandrohung* deren *Normbewusstsein* stabilisiert und durch die *Strafverhängung* ein *Kontrastbewusstsein* gegenüber dem Normbrecher erzeugt wird.

Die **generalpräventive Theorie** ist zwar in der Lage, dem Strafrecht einen rational nachvollziehbaren Zweck zu geben, sie versagt jedoch, wenn es darum geht, aus der Strafe für den Straftäter selber einen Sinn zu gewinnen. Aus sich selbst heraus kann sie zudem nicht erklären, warum Unschuldige nicht bestraft werden sollen, wenn es zur Aufrechterhaltung der Rechtstreue in der Bevölkerung notwendig sein sollte. Außerdem liefert sie kein Kriterium für die Bestimmung der Strafhöhe außer dem jeweils aktuellen generalpräventiven Bedürfnis. Damit wird die Höhe der Strafe für den einzelnen Straftäter zufällig.

### 3. Spezialpräventive Theorie

Nach der **spezialpräventiven Theorie** besteht der Zweck der Strafe darin, dass sie den individuellen Täter an der Begehung weiterer Straftaten hindert. Franz von LISZT (1851-1919), der namhafteste Vertreter und Förderer dieser Theorie, bemühte sich um eine nach rationalen Gesichtspunkten eingerichtete Rechtspolitik, in der der „Zweckgedanke“ der eigentliche Träger des rechtlichen Fortschritts sein sollte:

*"Die richtige, d.h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe. Gerechtigkeit im Strafrecht ist die Einhaltung des durch den Zweckgedanken erforderten Maßstabes" (Liszt, Zweckgedanke, S. 37).*

Der scheinbar unangreifbare Ausgangspunkt der Lisztschen Kriminalpolitik ist der Satz, man bestrafe nicht die Tat, sondern den Täter. Hieraus leitet LISZT die Forderung ab, der Strafe jeweils denjenigen Zweck zu geben, der für einen bestimmten Typus von Täter geboten ist. Er unterscheidet insoweit drei Täterkategorien und ordnet ihnen jeweils einen eigenen Zweck zu:

- nicht besserungsbedürftige Täter: *Abschreckung* (Verhängung eines „Denkzettels“),
- besserungsfähige Täter: *Besserung*,
- nicht besserungsfähige Täter: *Unschädlichmachung*.

Zweck der Strafe ist es danach, durch Einwirkung auf den Straftäter einen Rückfall zu verhindern. Auf dieser Grundlage lässt sich das Ob und die Höhe der Strafe nur (aber auch stets) rechtfertigen, wenn und soweit sie zur Rückfallverhinderung notwendig und geeignet ist. Die dafür erforderliche Prognose krankt freilich an einer prinzipiell unaufhebbaren methodischen Schwierigkeit. Die Erfahrungswerte, die die Prognose stützen, müssen durch Analyse schon geschehener Rückfälle gewonnen werden. Man vergleicht die soziale und psychische Situation des Täters mit der sozialen und psychischen Situation anderer Täter, deren kriminelle Karriere man beurteilen kann. Grundlage der individuellen Prognose sind mithin *statistische* Daten. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass der zu verurteilende Täter gerade einer derjenigen ist, welche die Statistik nicht bestätigen. Somit bleibt die Möglichkeit bestehen, dass gestraft wird, obwohl es (nach Auffassung der Spezialpräventionslehre selbst) einer Strafe gar nicht bedurft hätte.



Franz von Liszt

Da für die **spezialpräventive** Reaktion nicht die Schwere des begangenen Delikts oder die Schuld des Täters maßgeblich ist, sondern das prognostische Urteil darüber, welche Einwir-

kung auf den Täter erforderlich ist, um einen Rückfall zu verhindern, ist die Straftat für die spezialpräventive Theorie nur der Anlass der Strafe. Theoretisch könnte sie sogar auf diesen Anlass verzichten. Ist eine Person erst einmal als gefährlich erkannt, so gibt es – theoretisch – keinen Grund, mit dem Beginn der Behandlung zu warten, bis die (potentielle) Gefährlichkeit in einer realen Straftat Niederschlag gefunden hat. Genauso wenig würde in einem konsequent spezialpräventiven System der Grundsatz „in dubio pro reo“ („im Zweifel für den Angeklagten“) gelten müssen. Ob der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat wirklich begangen hat, ist zweitrangig gegenüber der Frage, ob er gefährlich ist und welcher Behandlung er bedarf.

#### 4. Vereinigungstheorien

Angesichts der Vorzüge und Schwächen jeder Theorie über den Strafzweck liegt es nahe, ein Optimum dadurch zu erreichen, dass man die verschiedenen Theorien miteinander verbindet und so ihre jeweiligen Nachteile vermeidet, ohne auf ihre jeweiligen Vorteile verzichten zu müssen. Dies ist das Ziel der **Vereinigungstheorien**, die heute herrschend sind.

Das Ziel der Vereinigungstheorien lässt sich freilich nicht durch eine schlichte Addition der Strafzwecke erreichen. Denn die teilweise gegensätzlichen Blickrichtungen der geschilderten Straftheorien, beispielsweise die Betonung des Vergeltungs- oder aber des Vorbeugungsgedankens, führen zu einer „Antinomie“ (also inneren Widersprüchlichkeit) der Strafzwecke.

Eine Möglichkeit, trotz der Antinomie der Strafzwecke eine Vereinigungstheorie aufzubauen, besteht darin, einem der Strafzwecke gegenüber den anderen den Vorrang zu geben (*Prioritäten setzende Vereinigungstheorie*). Der Hauptstrafzweck bildet den Rahmen, in dem sich die anderen entfalten können. Durch die Notwendigkeit, den Hauptstrafzweck zu begründen, stellen sich weiterhin alle Probleme der einzelnen Theorien über den Strafzweck. Allerdings wird die Situation dadurch entschärft, dass die schwerwiegendsten Einwände der jeweils anderen Theorien wenigstens zum Teil berücksichtigt werden können. Auf dieser Basis kann praktisch jede denkbare Kombination von Strafzwecken begründet werden. Nahezu jede Kombination wird auch tatsächlich vertreten.

Im Zentrum der **generalpräventiven** Theorie steht die Strafdrohung, im Zentrum der **spezialpräventiven** Theorie die Strafe. Diese Beobachtung ist Ausgangspunkt einer besonderen Art von **Vereinigungstheorie**. Statt einem einzelnen Strafzweck die Priorität zuzuweisen, sucht sie die Antinomie der Strafzwecke dadurch auszuräumen, dass sie die einzelnen Strafzwecke verschiedenen Stadien staatlichen Agierens zuordnet (*Stadientheorie*). Das einfachste Modell einer solchen Betrachtungsweise sieht so aus, dass mit der Aufstellung strafrechtlicher Normen durch den Gesetzgeber und die Festlegung der Strafandrohungen

**generalpräventive** Zwecke verfolgt werden sollen. Das gerichtliche Urteil soll sich an der begangenen Tat, also an **absoluten** Kriterien, orientieren, während die Vollstreckung der Strafe **spezialpräventiven** Grundsätzen folgt. Auch diese Form der **Vereinigungstheorien** kann sich aber nicht mit einer schlichten Addition, oder genauer: mit einem schlichten Hintereinanderschalten der Strafzwecke begnügen. Ansonsten ließe sie unberücksichtigt, dass die verschiedenen Stadien trotz ihrer theoretischen Trennbarkeit praktisch in vielfältiger Weise miteinander verbunden sind und dass die alleinige Zuordnung eines einzelnen Strafzweckes zu einem Stadium der Strafrechtsverwirklichung immer auf Kosten der anderen Strafzwecke geht. So beruht die Generalprävention auf einem System abgestufter Strafdrohungen, während ein spezialpräventiver Ansatz darauf verzichten kann und dies konsequenterweise sogar muss.

Berücksichtigt man diese Zusammenhänge, so muss die Stadienbetrachtung dadurch ergänzt werden, dass man innerhalb der Stadien nicht einem einzelnen Strafzweck Geltung verschafft, sondern sich mit dessen Priorität begnügt. Das heißt: In jedem Stadium hat ein bestimmter Strafzweck den Vorrang, die jeweils anderen müssen nach Möglichkeit beachtet werden.

## 5. Zusammenfassung

Angesichts der Schwierigkeiten jeder Theorie, die alle Phänomene erfassen will, kann man das Problem der Strafzwecke insgesamt für unlösbar erklären. Statt eine allumfassende Theorie zu suchen, kann man versuchen, differenzierende Lösungen für bestimmte Deliktgruppen und Tätertypen zu finden. Ob allerdings der Staat das Instrument des Strafrechts mit von Fall zu Fall wechselnden Begründungen einsetzen darf, bleibt angesichts des massiven Grundrechtseingriffs fraglich. Fest steht, dass auch die **Vereinigungstheorien** die Problematik wegen der Antinomie der Strafzwecke nicht endgültig lösen können. Die Verringerung der Problematik, die sie bringen, wird mit Widersprüchlichkeiten in der Einzelausgestaltung erkauft.

Die Antinomie der Strafzwecke lässt sich sowohl bei den Anforderungen, die an den Strafgesetzgeber zu stellen sind, als auch bei der Auslegung von Straftatbeständen am besten in der Weise überwinden, dass man Gerechtigkeit (den Grundwert der absoluten Straftheorie) und Zweckmäßigkeit (den Grundwert der Präventionstheorien) als wechselseitige Begrenzungskriterien aufstellt (und ihnen als dritte Komponente noch die Rechtssicherheit an die Seite stellt). So soll eine Strafnorm nur eingeführt werden, wenn sie **gerecht** ist (d.h. in der kantischen Terminologie: auf die Verletzung eines subjektiven Rechts oder doch eines ihm eng zuzuordnenden Rechtsgutes antwortet) **und zweckmäßig** ist **und** sich in einer Weise formulieren lässt, die **rechtsstaatlichen Anforderungen** gerecht wird. Die Auslegung von Strafnormen muss versuchen, dem Tatbestand solche Konturen zu geben.

### III. Das Gesetzlichkeitsprinzip („nullum crimen, nulla poena sine lege“)

Der sog. strafrechtliche Gesetzlichkeitsgrundsatz findet sich in Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes. Wortgleich findet er sich wieder in § 1 StGB. Man pflegt den Gehalt der beiden Normen mit der lateinischen Formulierung „nullum crimen, nulla poena sine lege“ (kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetze“) zusammenzufassen.

#### 1. Herkunft der Formulierung

Die Formulierung stammt in ihrem Kern von Paul Johann Anselm v. FEUERBACH (1775-1833), dem bereits erwähnten Begründer der generalpräventiv orientierten psychologischen Zwangstheorie. Sie findet sich in seinem erstmals 1801 erschienenen „Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts“ („peinliches Recht“ = „Strafrecht“) und ist eine Konsequenz aus der psychologischen Zwangstheorie. Soll nämlich die Strafdrohung Gegenmotive zu den zur Tat drängenden Motiven entfalten, so muss sie klar ermittelbar sein; dies ist sie nur,

- wenn sie *gesetzlich* fixiert ist,
- und zwar so bestimmt fixiert ist, dass keine Unklarheiten über ihre Anwendung aufkommen können,
- wenn sie erst vom Zeitpunkt ihrer gesetzlichen Fixierung an gilt und
- wenn sie vom Richter nicht über ihren Wortlaut hinaus angewendet wird.

#### 2. Heutige Begründung

Da FEUERBACHS kriminalpolitische Konzeption manchen Einwänden ausgesetzt ist und dem heutigen Recht nicht – jedenfalls nicht ausschließlich – zugrundeliegt, wird heute nach anderen Begründungsmöglichkeiten des Grundsatzes gesucht. Hier stehen die Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes im Vordergrund. Jeder Bürger soll sich darauf verlassen können, dass ein Verhalten, welches nicht präzise im Gesetz als strafbar beschrieben ist, auch nicht rückwirkend oder im Wege analoger Rechtsanwendung für strafbar erklärt wird (sog. Garantiefunktion des Strafgesetzes).

#### 3. Konsequenzen

Aus § 1 StGB / Art. 103 Abs. 2 GG ergeben sich folgende vier Konsequenzen (hier als Verbote formuliert):

### a) Rückwirkungsverbot

Strafbegründende und strafschärfende Vorschriften dürfen keine Tat erfassen, welche vor der Verkündung der Vorschrift begangen wird. Anders ausgedrückt: Die strafrechtliche Beurteilung einer Tat richtet sich nach dem Recht, welches zur Tatzeit gilt, sofern neueres Recht dem Täter ungünstiger ist. Jede nachträgliche Verschlechterung der Rechtsstellung des Täters ist unzulässig.

### b) Verbot des Gewohnheitsrechts

Strafbegründendes und strafschärfendes **Gewohnheitsrecht** ist verboten und darf daher nicht der Rechtsanwendung zugrundegelegt werden (sog. Gesetzesvorbehalt im Strafrecht). Erforderlich ist die Fixierung in einem förmlichen Gesetz, in einer Rechtsverordnung oder in einer Satzung. Tatbestände mit Freiheitsstrafdrohung bedürfen gem. Art. 104 Abs 1 GG eines förmlichen Gesetzes. Für Strafdrohungen in Rechtsverordnungen und Satzungen muss die gesetzliche Ermächtigungsnorm die Ermächtigung zum Erlass von Strafvorschriften ausdrücklich erwähnen und überdies so formuliert sein, dass

*„sich aus ihr die möglichen Straftatbestände einschließlich der Schuldform und der Art und des Höchstmaßes der Strafe nach den anerkannten Regeln juristischer Auslegung hinreichend deutlich bestimmen lassen“ (BVerfGE 32,363).*

### c) Verbot unbestimmter Strafgesetze

Das strafbare Verhalten und seine strafrechtlichen Folgen müssen mit hinreichender **Bestimmtheit** umschrieben sein. Insbesondere muss der Gesetzgeber unter mehreren gleich wirksamen Möglichkeiten strafrechtlicher Regelung die am wenigsten unbestimmte wählen.

### d) Analogieverbot

Der Richter darf strafbegründende und -schärfende Vorschriften nur im Rahmen des noch möglichen Wortsinns anwenden. Eine „entsprechende“ Anwendung eines Straftatbestandes auf verwandte, möglicherweise als ebenso strafwürdig und strafbedürftig angesehene Fallkonstellationen ist unzulässig. Die Grenze zwischen zulässiger **Auslegung** und unzulässiger Analogie ist im Einzelfall oft schwierig zu bestimmen.

#### 4. Fragmentarischer Charakter des Strafrechts

Der fragmentarische (= bruchstückhafte, lückenhafte) Charakter des Strafrechts ist die notwendige (und rechtspolitisch wichtigste) Folge des Grundsatzes „nullum crimen sine lege“. Daraus können zwar ungerechte Ergebnisse resultieren; ihre Ungerechtigkeit besteht aber stets darin, dass ungerechterweise *nicht* bestraft wird. Dies kann (und muss) der rechtsstaatlichen Zielsetzung wegen hingenommen werden.

### IV. Das strafrechtliche Sanktionensystem

#### 1. Abgrenzung der strafrechtlichen Rechtsfolgen

Strafrechtliche Rechtsfolgen sind diejenigen Folgen, die das Strafgesetz als staatliche Reaktion auf die rechtswidrige Erfüllung eines Straftatbestandes vorsieht. Aus dem breiten Spektrum der möglichen Folgen einer Straftat bilden sie einen bestimmten Ausschnitt.

Die geschilderten Folgen lassen sich folgendermaßen systematisieren:

Soziale Folgen	Rechtliche Folgen
Abwendung von Bekannten	Kündigung
Spießrutenlauf	Geldstrafe
Belastungen des Familienlebens	Verurteilung zum Schadensersatz

Außerstrafrechtliche Rechtsfolgen können zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Rechtsfolgen sein.

Die rechtlichen folgen wiederum können folgendermaßen systematisiert werden:

Außerstrafrechtliche Folgen	Strafrechtliche Folgen
Verurteilung zum Schadensersatz	Geldstrafe
Kündigung	

Die bisherigen Erläuterungen kann man so zusammenfassen:

Soziale Folgen	Rechtsfolgen		
	Zivilrechtlich	Strafrechtlich	Verwaltungsrechtlich

## 2. Strafen und Maßregeln

Das Strafgesetzbuch gliedert im dritten Abschnitt des Allgemeinen Teils die wichtigsten strafrechtlichen Rechtsfolgen nach zwei Grundtypen:

- **Strafen** (Erster Titel)
- **Maßregeln der Besserung und Sicherung** (Sechster Titel).

Ein Rechtsfolgensystem, welches Strafen und daneben Maßregeln der Besserung und Sicherung enthält, nennt man ein „zweispuriges“ oder „**dualistisches**“ **Rechtsfolgensystem**. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung wurden erstmals 1933 in das Strafgesetzbuch eingefügt. Sie gehen zurück auf die Lehre Franz von LISZTS. Erinnern Sie sich, dass LISZT die (den entsprechenden Tätertypen angepassten) Zwecke des Strafrechts und der Kriminalpolitik in Abschreckung, Besserung und Unschädlichmachung (Sicherung) einteilte. Zwei dieser drei Zwecke finden sich in den Maßregeln der *Besserung* und *Sicherung* wieder, während die *Abschreckung* als Strafzweck verblieben ist.

Vereinfacht lassen sich **Strafen** und **Maßregeln der Besserung und Sicherung** wie folgt voneinander abgrenzen:

**Strafe** ist ein Übel, das der Täter erleidet, weil er **schuldhaft Unrecht** begangen hat. Ihre Höchstgrenze bestimmt sich nach dem Maß der Schuld; innerhalb der schuldangemessenen Strafe können präventive Gesichtspunkte berücksichtigt werden.

**Maßregeln der Besserung und Sicherung** knüpfen an die aus der Persönlichkeit des Täters folgende Gefährlichkeit an. Sie werden nicht zur Vergeltung einer bestimmten schuldhaft begangenen Straftat angeordnet, sondern ausschließlich zum Zwecke des Schutzes der Allgemeinheit und der Neutralisierung der Gefährlichkeit des Täters. Es handelt sich um **schuldunabhängige** Reaktionsmittel auf eine **rechtswidrige** Verwirklichung eines Straftatbestandes. Konsequentermaßen verlangt das Gesetz für ihre Anordnung regelmäßig nur das Vorliegen einer „rechtswidrigen“ Tat, nicht hingegen das Vorliegen einer Straftat (Straftat = *schuldhaft begangene* rechtswidrige Tat).

Der Unterschied zwischen **Strafen** und **Maßregeln der Besserung und Sicherung** findet in den einzelnen gesetzlichen Regelungen Ausdruck. Dazu folgendes



**Beispiel** Es ist allgemein bekannt, dass man infolge einer Straßenverkehrsstraftat (z. B. Trunkenheitsfahrt, unerlaubtes Entfernen vom Unfallort usw.) neben der Verhängung einer Geld- oder Freiheitsstrafe auch „den Führerschein loswerden“ kann, also eine gewisse Zeit lang von der Teilnahme am Straßenverkehr als Kraftfahrer ferngehalten wird.

Bitte lesen Sie die §§ 44 und 69, 69a StGB.

	Schuldausgleich (Repression)	Besserung und Sicherung (Prävention)
Strafe	Ja	Nur im Rahmen der schuldangemessenen Stra- fe
Maßregeln zur Besserung und Sicherung	Nein	Ja

Wie sich aus den Gesetzesstandorten ergibt, ist das Fahrverbot eine (Neben-)Strafe, die Entziehung der Fahrerlaubnis eine Maßregel der Besserung und Sicherung. Beide haben für den Täter zunächst die gleiche fühlbare Auswirkung: er darf in der Zeit, in der Fahrverbot bzw. Entziehung der Fahrerlaubnis wirksam sind, nicht fahren. Betrachtet man jedoch die gesetzlichen Regelungen genauer, so treten Unterschiede hervor.

Die Unterschiede machen die verschiedenen Zwecksetzungen von **Strafe** und **Maßregel der Besserung und Sicherung** deutlich: Voraussetzung für die Verhängung des Fahrverbots ist, dass der Täter wegen einer Straftat, die er bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat, zu einer Freiheits- oder Geldstrafe verurteilt wird. Neben Freiheits- oder Geldstrafe tritt dann das Fahrverbot als Nebenstrafe. Voraussetzung für die Verhängung ist die Begehung einer Straftat, also einer schuldhaft begangenen rechtswidrigen Tat; bei Schuldunfähigkeit des Täters kommt ein Fahrverbot nicht in Betracht. Es dient – in der Terminologie Franz von LISZTS – der *Abschreckung* („Denkzettel“). Dieser Denkzettelfunktion entspricht auch die relativ kurze Dauer eines Fahrverbots (1 Monat bis zu 3 Monaten). Demgegenüber setzt die Entziehung der Fahrerlaubnis in jedem Fall voraus, dass sich aus der begangenen Straftat ergibt, dass der Täter zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist.

Fahrverbot (§ 44 StGB)	Entziehung der Fahrerlaubnis § 69 ff. StGB)
<p><i>Voraussetzungen:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Straftat des Täters bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers</li> <li>2. Verurteilung zu einer Freiheits- oder Geldstrafe wegen dieser Tat</li> </ol>	<p><i>Voraussetzungen:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Rechtswidrige Tat des Täters bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers</li> <li>2. Verurteilung wegen dieser Tat <i>oder</i> Nichtverurteilung wegen Schuldunfähigkeit</li> <li>3. Ungeeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen</li> </ol>
<p><i>Dauer:</i> Ein Monat bis zu drei Monaten</p>	<p><i>Dauer:</i> Sechs Monate bis zu fünf Jahren. Unter den Voraussetzungen des § 69a Abs. 1 auch lebenslänglich möglich.</p>
<p><i>Verfahren:</i></p> <p>Amtliche Verwahrung des Führerscheins zwecks Durchsetzung des Fahrverbotes. (Fahrerlaubnis als solche bleibt erhalten)</p> <p>Nach Ablauf der Frist des Fahrverbotes Rückgabe des Führerscheins an den Betroffenen.</p> <p>Der Betroffene darf sofort wieder fahren</p>	<p><i>Verfahren:</i></p> <p>Erlöschen <i>der Fahrerlaubnis</i> und (als Konsequenz) Einziehung des Führerscheins (als Beweisurkunde über die Fahrerlaubnis)</p> <p>Nach Ablauf der Sperrfrist oder bei vorzeitiger Aufhebung der Sperre (§ 69a Abs. 7 StGB) entscheidet die zuständige Verwaltungsbehörde, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen (zB. erneute Fahrprüfung) dem Betroffenen eine <i>neue (!) Fahrerlaubnis</i> erteilt wird.</p> <p>Erst nach der Neuerteilung darf der Betroffene wieder fahren.</p>
<p><i>Zu widerhandlung strafbar nach § 21 StVG</i></p>	<p><i>Zu widerhandlung strafbar nach § 21 StVG</i></p>

Diese Voraussetzung zeigt, dass die Entziehung der Fahrerlaubnis auf einen bestimmten gefährlichen Typ von Täter – nämlich den, der sich als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen hat – abzielt. Da dieser Gesichtspunkt unabhängig von der Schuld des Täters zur Geltung kommt, kann die Entziehung der Fahrerlaubnis auch gegen einen **Schuldunfähigen** verhängt werden. Der Täter soll zur *Sicherung der Allgemeinheit* für die voraussichtliche Dauer seiner Ungeeignetheit von der Teilnahme am Straßenverkehr als Kraftfahrer ferngehalten werden. So richtet sich auch die Dauer der Sperrfrist nicht nach dem Maß der verwirklichten **Schuld**, sondern nach der voraussichtlichen Dauer der Ungeeignetheit, und es besteht folgerichtig die Möglichkeit der vorzeitigen Aufhebung der Sperre durch das Gericht, wenn die Prognose gestellt werden kann, dass der Täter nicht mehr ungeeignet ist (§ 69a Abs. 7 StGB).

## a) System der Strafen

Das Gesetz unterscheidet **Hauptstrafen** und **Nebenstrafen**. Hauptstrafen sind Strafen, die jeweils für sich allein verhängt werden können. Nebenstrafen sind Strafen, die nur neben einer Hauptstrafe verhängt werden können.

Hauptstrafen sind die Freiheitsstrafe (§§ 38, 39 StGB) mit der Möglichkeit der Aussetzung zur Bewährung (§§ 56 bis 58 StGB) und die Geldstrafe (§§ 40 bis 43 StGB) mit der Möglichkeit der Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB). Einzige Nebenstrafe ist das Fahrverbot (§ 44 StGB).

Von den Strafen, die als Folge einer Straftat angedroht sind (= Kriminalstrafen), ist eine Reihe weiterer öffentlich-rechtlicher Sanktionen zu unterscheiden, die zwar auch an Verhaltensweisen anknüpfen, die der Rechtsordnung zuwiderlaufen, die aber ihrem Rechtscharakter nach keine „Strafen“ sind. Hierzu gehören z.B.:

- die Rechtsfolgen des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG), z.B. die Geldbuße (§ 17 OWiG),
- Ordnungs- und Zwangsmittel des Prozessrechts, z.B. Ordnungsgeld und Ordnungshaft (können u.a. gegen unentschuldig ausbleibende Zeugen in einer gerichtlichen Verhandlung festgesetzt werden (§§ 51, 77 StPO, 380 ZPO),
- Zwangsgeld und Zwangshaft, die der Erzwingung eines bestimmten Verhaltens dienen (z.B. § 888 Abs.1 ZPO),
- Disziplinarmaßnahmen nach den Disziplinarordnungen des Bundes und der Länder sowie der Wehrdisziplinarordnung,
- ehrengerichtliche Maßnahmen von Berufsständen, z. B. § 114 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO).

### aa) Freiheitsstrafe

#### (1) Einheitliche Freiheitsstrafe

Im früheren Recht gab es vier Arten der Freiheitsstrafe, nämlich: Zuchthausstrafe, Gefängnisstrafe, Einschließung und Strafhaft. An die Stelle dieser differenzierten Arten der Freiheitsstrafe wurde durch das Erste Strafrechtsreformgesetz zum 1. April 1970 eine einheitliche „Freiheitsstrafe“ eingeführt.

Die Freiheitsstrafe ist in den §§ 38, 39 StGB geregelt. Das Gesetz unterscheidet zwischen lebenslanger und zeitiger Freiheitsstrafe.

Lesen Sie bitte § 38 StGB!

## (2) Lebenslange Freiheitsstrafe

Lebenslange Freiheitsstrafe kann nur dann verhängt werden, wenn das Gesetz sie ausdrücklich androht.

Im geltenden Strafgesetzbuch ist lebenslange Freiheitsstrafe beispielsweise bei folgenden Straftatbeständen angedroht: §§ 211; 212 Abs.2; Abs.1; 239a Abs.3; 239b Abs.2 StGB.

Lebenslange Freiheitsstrafe ist in bestimmten Fällen zwingend, überwiegend aber wahlweise angedroht. Absolut angedroht ist sie lediglich bei Mord (§ 211 StGB) und bei besonders schweren Fällen des Totschlags (§ 212 Abs. 2). In allen übrigen Fällen kann sie statt zeitiger Freiheitsstrafe verhängt werden.

Seit Abschaffung der Todesstrafe ist die lebenslange Freiheitsstrafe die schwerste Strafe des deutschen Strafsystems und als solche gleichzeitig das umstrittenste Instrument der Kriminalpolitik; insbesondere wurden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe vorgetragen. Im Jahr 1976 legte die IX. Große Strafkammer des Landgerichts Verden dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob die absolute Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord mit der Verfassung vereinbar sei. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 21.6.1977 die Frage bejaht, diese Auffassung jedoch mit zwei Maßgaben verknüpft:

**(a)** Es müsse gesetzlich – also nicht nur durch die Gnadenpraxis – sichergestellt sein, dass auch der zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance habe, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden (Folgerung aus Art.1 GG)

Der Gesetzgeber ist dieser Forderung durch Einfügung des § 57a in das Strafgesetzbuch nachgekommen.

**(b)** Es müsse durch sachgerechte Auslegung des Mordtatbestandes gewährleistet sein, dass mit der lebenslangen Freiheitsstrafe nur derjenige belegt werden könne, der durch seine Tat ein Höchstmaß an Unrecht und Schuld verwirklicht habe (Folgerung aus Art.2 Abs.1 GG).

Wie dies im Einzelnen zu geschehen habe, hat das Bundesverfassungsgericht nicht vorgegeben; es hat die Beantwortung der Frage der Strafgerichtsbarkeit, insbesondere dem Bundesgerichtshof als ihrem höchsten Gericht überlassen. Dieser hat sich dann für die sog. Rechtsfolgenlösung entschieden, d.h. er hat – contra legem – die Möglichkeit eröffnet, in Fällen, in denen die lebenslange Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, von der

Verhängung dieser Strafe abzusehen und die Strafe nach Maßgabe des § 49 Abs.1 StGB zu mildern.

### (3) Zeitige Freiheitsstrafe

Lesen Sie bitte nochmals § 38 StGB!

§ 38 Abs. 2 StGB bestimmt – als Vorschrift „vor der Klammer“ – allgemein die Reichweite, die eine zeitige Freiheitsstrafe überhaupt haben kann. Danach beträgt

- das Mindestmaß der (zeitigen) Freiheitsstrafe einen Monat,
- das Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe fünfzehn Jahre.

Daneben sind für einzelne Delikte jeweils in den entsprechenden Straftatbeständen – „in der Klammer“ – besondere Freiheits-Strafraumen festgelegt. Der konkrete Freiheits-Strafraumen einer Straftat ergibt sich zumeist aus einem Zusammenspiel zwischen der Strafdrohung des einzelnen Straftatbestandes und der allgemeinen Regelung des § 38 Abs. 2.

Beispiele:

Die Strafdrohung des § 242 StGB (Diebstahl) legt nur eine Obergrenze der angedrohten Freiheitsstrafe fest, nämlich „Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren“. Die Untergrenze ergibt sich aus § 38 Abs. 2 StGB, wonach generell eine Freiheitsstrafe nicht weniger als einen Monat betragen darf.

Die Strafdrohung des § 249 StGB (Raub) legt nur eine Untergrenze der angedrohten Freiheitsstrafe fest, nämlich „Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr“. Die Obergrenze ergibt sich aus § 38 Abs. 2 StGB und liegt bei 15 Jahren.

### (4) Kurzfristige Freiheitsstrafe

Lesen Sie bitte § 47 Abs. 1 StGB!

Sinn dieser Vorschrift ist es, die kurzfristige Freiheitsstrafe – d.h. Freiheitsstrafe unter 6 Monaten – so weit wie möglich zurückzudrängen. Die Verhängung einer kurzfristigen Freiheitsstrafe kommt nur bei Vorliegen besonderer Umstände, die die Verhängung unerlässlich machen, in Betracht. § 47 Abs. 1 ist einer der Punkte, in denen die kriminalpolitische Konzeption Franz v. LISZTS sich strafmildernd auswirkt – nicht so sehr aus humanitären Gründen, sondern weil sich die kurzfristige Freiheitsstrafe in den meisten Fällen kriminalpolitisch kontraproduktiv auswirkt (negative Lerneffekte; zu wenig Zeit für Resozialisierungsmaßnahmen).

Im Zusammenhang mit dem Bestreben, die kurzfristige Freiheitsstrafe weitgehend zurückzudrängen, ist auch § 56 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB zu erwähnen, wonach kurzfristige Freiheitsstrafen bei guter Sozialprognose stets zur Bewährung auszusetzen sind.

Aus § 47 Abs. 2 ergibt sich, dass die gesetzlich vorgesehene Alternative zu einer Freiheitsstrafe unter 6 Monaten die Geldstrafe ist!

#### (5) Strafaussetzung zur Bewährung

Wird ein Angeklagter zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, so bedeutet dies nicht ohne weiteres, dass er diese Strafe auch verbüßen muss. Das Gesetz sieht vielmehr die Möglichkeit vor, unter bestimmten Voraussetzungen eine Freiheitsstrafe zur Bewährung auszusetzen. Die Strafaussetzung ist in den §§ 56 ff. StGB geregelt.

#### bb) Geldstrafe

Die *Geldstrafe* wird nicht mehr – wie bis in die Sechzigerjahre des 20. Jahrhunderts – nach festen Geldbeträgen bemessen, sondern nach *Tagessätzen* (§ 40 StGB). Auf diese Weise soll dem Gericht die Möglichkeit gegeben werden, bei gleichem Maß an Schuld ein gleiches Maß an Strafe auszusprechen, zugleich aber die unterschiedliche finanzielle Lage von Verurteilten zu berücksichtigen. Demgemäß ist zwischen der *Anzahl* der Tagessätze, für welche das Maß der Schuld die Grundlage bildet (vgl. § 46 StGB), und der *Höhe* des Tagessatzes, die das Gericht „unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters“ (§ 40 Abs.2 StGB) festsetzt, zu unterscheiden.

Die *Anzahl* der Tagessätze beträgt mindestens fünf und höchstens dreihundertsechzig; bei Bildung einer Gesamtstrafe höchstens siebenhundertzwanzig; die *Höhe* eines Tagessatzes beträgt mindestens 1 € und höchstens 30.000 €.

An die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tritt eine Ersatzfreiheitsstrafe, bei der ein Tagessatz mit einem Tag berechnet wird (§ 43 StGB).

#### b) System der Maßregeln der Besserung und Sicherung

Die **Maßregeln der Besserung und Sicherung** lassen sich in zwei Gruppen aufteilen: freiheitsentziehende Maßregeln und Maßregeln ohne Freiheitsentziehung.

Die einzelnen Maßregeln verfolgen unbeschadet ihrer gemeinsamen Struktur jeweils spezifische kriminalpolitische Ziele und sind daher nach ihrer Ausgestaltung, ihrem speziellen Zweck und ihrer speziellen Wirkung unterschiedlich.

## Literaturhinweise

- Hegel, Georg. W. F.** Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Strafrechtsdenker der Neuzeit, Baden-Baden 1999
- Kant, Immanuel** Die Metaphysik der Sitten (1797), Erläuternde Anmerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, 1990
- Liszt, Franz von** Der Zweckgedanke im Strafrecht (1872/1873). Mit einer Einführung von Michael Köhler (Juristische Zeitgeschichte – Kleine Reihe.6). Baden-Baden 2002





**2001418**  
**(04/25)**

**55100-05-S#1**



Alle Rechte vorbehalten  
© 2025 FernUniversität in Hagen  
Rechtswissenschaftliche Fakultät