

Diese Datei enthält die Abschnitte zu Arbeitsrecht und Strafrecht (Rn. 248-322 aus *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, die in der Druckfassung ab der 9. Auflage (Köln 2010) nicht mehr enthalten sind.

F. Arbeitsrecht

248

a) Wie das Handels- und das Gesellschaftsrecht ist das Arbeitsrecht besonderes Privatrecht¹. Die Eigenständigkeit beschränkt sich jedoch nicht auf das materielle Recht. Vielmehr zeigt sie sich zusätzlich in den verfahrensrechtlichen Vorschriften. Wer arbeitsrechtliche Ansprüche durchsetzen will, muss einen gesonderten – arbeitsgerichtlichen – Rechtsweg beschreiben. Daraus ergeben sich prozessuale Probleme, die bereits in der Grundlagenausbildung wichtig sind².

Unabhängig von der dogmatischen Einordnung des Arbeitsrechts ins Rechtssystem muss es im Gutachten wie besonderes Zivilrecht behandelt werden. Das bedeutet, dass eine Fallbearbeitung – von seltenen Ausnahmen abgesehen – dem Anspruchsaufbau, jedenfalls aber dem Gutachtenaufbau zu folgen hat³. Auf Grund arbeitsrechtlicher Eigenarten sind jedoch einige Besonderheiten in der gutachterlichen Bearbeitung zu beachten. Sie sollten aber nie die enge Verbindung von Arbeits- und allgemeinem Zivilrecht außer Acht lassen. Viele Übungsgutachten leiden darunter, dass zwar arbeitsrechtliche Sondervorschriften geprüft werden, aber allgemeine Rechtsinstitute unberücksichtigt bleiben.

Beispiel: Eng verknüpft sind zivilrechtliche Grundlagen etwa bei der Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung. Die Grundlagen ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften in §§ 142, 119 I, II, 123 I BGB und werden in den Lehrbüchern und Kommentierungen erläutert. Die Besonderheiten beruhen etwa auf den Vorgaben der europäischen Richtlinie 76/207/EWG, deren Art. 2 es möglicherweise verbietet, beim Einstellungsgespräch nach der Schwangerschaft einer Bewerberin zu fragen und den Arbeitsvertrag anzufechten, wenn auf eine solche Frage die Bewerberin wahrheitswidrig geantwortet hat⁴.

Arbeitsrechtliche Übungsaufgaben sind also mit dem oben beschriebenen gedanklichen Herangehen zu strukturieren und in der dargestellten sprachlichen Form zu verfassen.

249

b) Das Arbeitsrecht ist ein schwer zu erfassendes und sich schnell wandelndes Rechtsgebiet. Damit ist seine große Schwierigkeit, aber auch sein besonderer Reiz umrissen. In wenigen Rechtsgebieten schlagen sich wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen so schnell nieder wie im Arbeitsrecht (z. B. Gleichberechtigung von Mann und Frau, Datenschutz, Kündigungsschutz).

Die Rechtsanwendung wird besonders durch die breite Streuung der arbeitsrechtlichen Normen erschwert. Alle Versuche, ein Arbeitsgesetzbuch zu schaffen, sind bisher gescheitert. Statt dessen gibt es viele Gesetze, die jeweils Ausschnitte aus der Gesamtmaterie regeln. Neben spezifisch arbeitsrechtlichen Gesetzen wie z.B. KSchG, BUrlG, BetrVG, TVG, ArbGG,

¹ Die Lektüre des folgenden Abschnitts ist erst nach einer inhaltlichen Beschäftigung mit der Materie »Arbeitsrecht« sinnvoll. Lehrbücher für den Einstieg z.B. *Söllner / Waltermann* Arbeitsrecht; *Brox / Rütters / Henssler* Arbeitsrecht; *Otto* Arbeitsrecht; *Hanau / Adomeit* Arbeitsrecht; *Hromádka / Maschmann* Arbeitsrecht 1: Individualarbeitsrecht; *Wollenschläger* Arbeitsrecht; *Löwisch* Arbeitsrecht; *Zöllner / Loritz / Hergenröder* Arbeitsrecht; *Michalski* Arbeitsrecht; *Lieb* Arbeitsrecht, sowie *Rolfs* Studienkommentar Arbeitsrecht.

² Hier bleiben die prozessrechtlichen Fragen ausgeklammert.

³ Arbeitsrecht als besonderes Zivilrecht ist gut dargestellt im Lehrbuch von *Ditz / Jung* Arbeitsrecht; eine anspruchsgrundlagenorientierte Herangehensweise wählt *Reichold* Arbeitsrecht.

⁴ Einzelheiten hierzu finden sich im arbeitsrechtlichen Schrifttum und in den Kommentierungen zu § 613a BGB.

finden sich arbeitsrechtliche Normen auch in anderen Gesetzen. Immer ist an §§ 611 ff. BGB als Grundlage für jeden Dienstvertrag und damit auch des Individualarbeitsrechts zu denken. Art. 9 III GG ist dagegen das Fundament für das kollektive Arbeitsrecht. Zusätzlich finden sich Regelungen in anderen Rechtsgebieten, wie z.B. im HGB, Arbeitsschutzvorschriften, Personalvertretungsrecht, SGB VII und Europäischen Richtlinien.

250 c) Zusätzlich ist der Einfluss des europäischen Rechts in kaum einem anderen Rechtsgebiet so groß wie im Arbeitsrecht. Häufig werden arbeitsrechtliche Gesetze zunächst als Richtlinie auf europäischer Ebene entwickelt, bevor der nationale Gesetzgeber sie übernimmt. Zu denken ist dabei etwa an die Gleichstellung der Frau im Arbeitsleben und die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübernahme. Bei der Fallbearbeitung dienen europäische Regeln meist nur als Auslegungshilfen für nationale Gesetze. In erster Linie muss der Rechtsanwender sich auf die deutschen Gesetze stützen.

251 d) Der Umgang mit der Rechtszersplitterung ist schwierig und nicht immer generellen Regeln zugänglich. Hilfreich ist aber, konsequent vorzugehen. Ausgehen sollten Sie dabei von den allgemeinen Vorschriften, die nicht nur im Arbeitsrecht gelten. In einem zweiten Schritt ist dann zu überlegen, ob arbeitsrechtliche Regelungen vorgehen. Meist gelangt man durch die genaue Analyse der tatsächlichen Situation und des Zwecks der arbeitsrechtlichen Vorschrift auf die richtige Spur. Allerdings ist auch bei dieser Vorgehensweise ein Überblick über die arbeitsrechtlichen Vorschriften unentbehrlich.

1. Normenkollisionen

252 Im Arbeitsrecht ist die Zahl der Rechtsquellen besonders groß. Neben gesetzgeberisch erlassenen Rechtsvorschriften und umfangreichen Gesetzesauslegungen der Arbeitsgerichte gibt es zahlreiche durch Tarifvertrags- und Betriebsparteien abgeschlossene normativ wirkende Vereinbarungen.

Um so wichtiger ist es, die Normhierarchie im Arbeitsrecht zu kennen:

- a) Regeln des Völkerrechts
- b) Grundgesetz
- c) einfaches Gesetz, Rechtsverordnungen und Unfallverhütungsvorschriften; Rechtsfortbildung durch Gerichte vor allem in Form von Gewohnheitsrecht
- d) Tarifvertragsregelungen
- e) Betriebsvereinbarungen
- f) Abreden im Arbeitsvertrag und betriebliche Übung
- g) Weisungen des Arbeitgebers

Diese arbeitsrechtliche Normenpyramide ist nicht nur bei der Auflösung von Regelungskonkurrenzen wichtig, sie kann auch als Leitlinie für den Aufbau einer Argumentation dienen.

253 Die Normen jeder Stufe der Pyramide setzen sich, soweit sie anderen Rechtsquellen widersprechen, gegen die Normen aller unter ihr stehenden Stufen durch. Damit folgt das Arbeitsrecht dem allgemeinen Rangordnungsprinzip. Dieses gilt im Arbeitsrecht aber nur strikt,

wo es um Änderungen zu Lasten des Arbeitnehmers geht. Rangniedrigere Vorschriften gehen dagegen vor, wenn die rangniedrigere Vorschrift für den Arbeitnehmer günstiger ist. Dieses **Günstigkeitsprinzip** räumt insbesondere einzelvertraglichen Festlegungen eine größere Bedeutung ein. Ergänzt wird das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertragsrecht durch die Möglichkeit zur Tariföffnung gemäß § 4 III TVG. Es obliegt den Tarifvertragsparteien, der Privatautonomie mehr Raum zu lassen.

Der Umgang mit Normenkollisionen, die in der arbeitsrechtlichen Praxis und Ausbildung eine große Rolle spielen, kann im Gutachten etwa so aussehen:

- Somit handelt es sich um ein tarifgebundenes Arbeitsverhältnis gemäß §§ 3, 4 TVG. Der Arbeitsvertrag weicht hinsichtlich des <Problems> von den Vorgaben des Tarifvertrags der <Tarifvertragsparteien> ab. Die beiden Normen kollidieren. Nach dem Rangordnungsprinzip ist der Tarifvertrag vorrangig anzuwenden. Die im Arbeitsvertrag getroffenen und im Widerspruch zum Tarifvertrag stehenden Regelungen können allenfalls unter den Aspekten der Tariföffnung oder des Günstigkeitsprinzips wirksam sein. Eine Öffnungsklausel enthält der Tarifvertrag nicht. Somit bleibt zu prüfen, ob die Vereinbarung für <Arbeitnehmer> günstiger ist. Auf den ersten Blick erscheint die Gewährung von <einzelvertragliche Leistung> günstiger. Die <einzelvertragliche Leistung> bedeutet ein Mehr an <Leistungsbezeichnung> gegenüber der Gewährung von <tarifvertragliche Leistung>. Beachtet man aber die im Einzelvertrag mit der zusätzlichen Leistung verbundene Verpflichtung zu <einzelvertragliche Pflicht>, kann die arbeitsvertragliche Verpflichtung im Ergebnis doch nachteilig sein. Es ist der Inhalt des Arbeitsvertrags aufgrund seines sachlichen Zusammenhangs als Ganzes zu bewerten. <Abwägung aller Aspekte und Gesamtbewertung>. Infolgedessen ist die tarifvertragliche Regelung günstiger und es gilt das Rangordnungsprinzip. Anzuwenden ist daher <Norm> des Tarifvertrags.

2. Argumentation mit Prinzipien

254 Die folgenden Prinzipien des Arbeitsrechts helfen nicht nur die rechtlichen Zusammenhänge zu verstehen, sondern können auch im Rechtsgutachten argumentativ herangezogen werden. Durch ihre Anwendung zeigen Sie dem Korrektor Ihr Verständnis der Materie und haben Mosaiksteine für eine gute Problemlösung.

Einige wichtige Prinzipien sind:

a) Privatautonomie

Die Privatautonomie wird zwar häufiger als im allgemeinen Privatrecht durch zwingende Vorschriften eingeschränkt, ist aber nicht ausgeschlossen; die eigenverantwortliche Entscheidung der am Arbeitsverhältnis Beteiligten ist durch die Vertragsfreiheit nach § 305 BGB, § 105 GewO und Art. 2 I GG gewährleistet.

b) Schutzfunktion

Arbeitsrecht ist häufig Schutzrecht zugunsten des Arbeitnehmers. Der sozial Schwächere soll gesetzlich vor Ausnutzung geschützt werden. Arbeitnehmer sind auf den entgeltlichen Einsatz ihrer Arbeitskraft zur Existenzsicherung und Selbstverwirklichung angewiesen und werden daher gegenüber dem Arbeitgeber als typischerweise schwächer angesehen. Damit sind sie – wie die Geschichte zeigt – erpreßbar. Meist erlauben Schutzvorschriften als einseitig

zwingende Normen allerdings ein Abweichen zugunsten des Arbeitnehmers – so dass die Privatautonomie nicht völlig ausgeschlossen ist.

c) Schuldrechtliches Austauschverhältnis

Trotz aller Besonderheiten sind Arbeitsverhältnisse in erster Linie Austauschbeziehungen. Für eine Leistung wird ein bestimmter Lohn gezahlt. Besonderheiten ergeben sich aus dem Charakter als Dauerschuldverhältnis, das insbesondere für den Arbeitnehmer einen starken persönlichkeitsrechtlichen Einschlag hat⁵.

d) Gesellschaftsrechtliche Elemente

Ein Arbeitsvertrag enthält in ausgeprägterem Maß als andere schuldrechtliche Verträge gesellschaftsrechtliche Elemente. Beide Vertragspartner verfolgen im Arbeitsverhältnis einen gemeinsamen Zweck. Es geht um die Koordination von Arbeitskraft auf der einen und Bereitstellung der notwendigen wirtschaftlichen Mittel auf der anderen Seite.

Aufgrund ihrer Positionen haben die Wirtschaftssubjekte besondere gegenseitige Pflichten, die bei gewöhnlichen Dienstverträgen fehlen. Zu denken ist an Rücksichtnahmegebote, Geheimhaltungs- und Treuepflichten und den hohen Rang des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit für alle Handlungen. Rechtsgrundlage hierfür ist insbesondere § 242 BGB und das in einzelnen ausdrücklichen Regelungen, wie §§ 612a, 616, 617, 618 BGB, zum Ausdruck kommende Prinzip von Treu und Glauben.

e) Wirtschaftliche Gesichtspunkte

Gerade in Phasen wirtschaftlicher Rezession wird behauptet, »das Arbeitsrecht« sei ein Hemmschuh. Oft folgen Gesetzesänderungen. Gesetze aus solchen Phasen müssen unter wirtschaftsfördernden Gesichtspunkten ausgelegt werden. Aber auch ältere Gesetze können unter Berücksichtigung wirtschaftslenkender Ziele interpretiert werden. Hier gilt es – wie immer – stringent zu argumentieren und abzuwägen. Die wirtschaftlichen Folgen der einen oder anderen Auslegung einer Rechtsnorm spielen eine wichtige Rolle und sollten im Gutachten herausgearbeitet werden.

f) Autonomie

Arbeitsrechtliche Normen können aufgrund staatlicher Zuweisung der Normsetzungsbefugnis von den Tarif- und Betriebsparteien des Arbeitslebens weitgehend frei von staatlicher Einflussnahme und Kontrolle gesetzt werden.

255 Je nach Regelung und Einzelfall muss die Fallbearbeiterin diese Prinzipien gegeneinander **abwägen**. Es verbieten sich pauschale Urteile und pure Wiederholung dogmatischer Texte. Ausführungen zu einem Merkmal sind nur erforderlich, wenn Sachverhalt und Rechtslage dafür Anhaltspunkte bieten. Auch eine Aufzählung, nach der für die eine oder andere Seite mehr Argumente sprechen, ist nicht sinnvoll. Vielmehr kann einzelnen Gesichtspunkten so großes Gewicht zukommen, dass sie alle anderen überwiegen.

⁵ Gerade hieran wird deutlich, dass Arbeitsrecht (auch) besonderes Schuldrecht ist.

Die Abwägung wird meist bei der Gesetzesauslegung, kann aber auch zur Vertragsinterpretation (Individual- und Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) notwendig sein.

Ist eine Gesetzesauslegung gefordert, so sind die gängigen Auslegungsmethoden (grammatische, systematische, historische, teleologische)⁶ heranzuziehen. Den Schwerpunkt bildet dabei die teleologische Auslegung⁷.

- 256 Die sprachliche Form orientiert sich an den Hinweisen zur richtigen Entscheidung einer Streitfrage und dort insbesondere an den Erläuterungen zur eigenen Stellungnahme. Allerdings soll weniger eine konkret benennbare Ansicht widerlegt als vielmehr die eigene Meinung entwickelt werden. Dabei müssen einzelne Argumente jeweils für sich erläutert und den Gegenargumenten gewichtend gegenüber gestellt werden. So gesehen argumentiert man gegen eine (hypothetische) Gegenmeinung.

3. Typische Situationen

In den meisten Ausbildungs- und Prüfungsordnungen ist vorgesehen, dass aus dem Arbeitsrecht in erster Linie individualarbeitsrechtliche Sachverhalte geprüft werden sollen. Daher finden Sie nachstehend stichwortartig eine Reihe von immer wieder geprüften Problemen.

a) Begründung eines Arbeitsverhältnisses

257

Ansatzpunkt des arbeitsrechtlichen Gutachtens ist im (Individual-)Arbeitsrecht regelmäßig der Arbeitsvertrag. Sobald sich eine Partei von der anderen Dienste versprechen lässt, ist immer Arbeitsrecht zu erwägen. Arbeitsrecht ist insoweit besonderes Dienstvertragsrecht zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern.

Grundsätzlich obliegt es den potentiellen Vertragsparteien, ob sie einen Vertrag schließen: Abschlussfreiheit. Ausnahmsweise sieht die Rechtsordnung Abschlussgebote und –verbote vor. So wird ein Arbeitgeber bei Schwerbehinderten (§ 5 I SchwbG – mit der Alternative einer Pflichtabgabe), einzelvertraglichen Verpflichtungen (z.B. Vereinbarung über den Abschluss eines Vertrags, wenn bestimmte Voraussetzungen eintreten), Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und nach Arbeitskämpfen zum Vertragsschluss verpflichtet: Kontrahierungszwang.

Arbeitgeber kann man auch durch Rechtsübergang werden, so z.B. gemäß § 613a BGB bei Betriebsübergang.

Abschluss- und Beschäftigungsverbote, die der Wirksamkeit des Vertrags entgegenstehen können (§ 134 BGB), sind insbesondere bei Ausländern, Kindern (§§ 5 ff. JArbSchG), Jugendlichen (§§ 7 ff., 22 ff. JArbSchG, 120e GewO) und Beamten (§ 65 BBG) zu beachten.

- 258 Viele Übungsarbeiten haben einen Schwerpunkt gerade in der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis besteht und damit Arbeitsrecht anzuwenden ist oder ob sich die Fallbearbeitung auf allgemeines Zivilrecht und Handelsrecht beschränkt. Häufig sind solche Sachverhalte ergebnisoffen

⁶ Hinweise dazu Rn. 219 ff.

⁷ Dazu Rn. 222.

gestaltet. Dem Bearbeiter obliegt es dann, durch juristisches Argumentieren und Arbeiten mit dem Sachverhalt ein wohlbegründetes Ergebnis zu erzielen. Hier sind ein geschickter Umgang mit den einzelnen Aspekten und Wissen um die Gesetzesdogmatik gefragt.

Weder der Begriff des Arbeitnehmers noch der des Arbeitsverhältnisses sind gesetzlich definiert. Zwar finden sich in den Lehrbüchern häufig Definitionen für den Begriff des Arbeitnehmers⁸ und des Arbeitgebers⁹. Durchgesetzt hat es sich aber, den Arbeitnehmerbegriff aus der Abgrenzung zur Selbstständigkeit i.S.d. § 84 I 2 HGB zu entwickeln. Als Kriterien sind immer zu erwägen, jedoch nur ausdrücklich zu erwähnen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen:

- örtliche und zeitliche Weisungsgebundenheit des Dienstverpflichteten
- Pflicht zur Rechenschaft gegenüber dem Dienstherrn
- enge Vorgaben für die Vertragserfüllung durch den Vertragspartner
- Pflicht zur persönlichen Erbringung der Leistung
- Einbindung in Betriebsablauf und -organisation
- Vorgabe der Arbeitszeit durch den Vertragspartner
- Pflicht des Dienstnehmers, Urlaub zu beantragen
- typische arbeitsvertragliche Vereinbarungen (z.B. Urlaubsanspruch, Urlaubsentgelt, Sonderzahlungen wie Weihnachtsgeld)
- ausschließliche Tätigkeit für den Vertragspartner

Schematisches Abarbeiten aller Kriterien verbietet sich. Damit zeigt man nur Unsicherheit und vermittelt den Eindruck von auswendig gelernten Sätzen, statt juristisch zu arbeiten.

Für den Prüfungseinstieg sollte man sich am Einzelfall orientieren. Prüft man Ansprüche des möglichen Arbeitnehmers, soll die Abwägung bei der Subsumtion unter die Definition des Arbeitnehmers stattfinden. Entsprechend sollte man bei Ansprüchen des Arbeitgebers vorgehen. Bei allgemeinen Fragen kann man mit der Definition des Arbeitsverhältnisses beginnen.

Beispiel für einen Argumentationsaufbau:

- Fraglich ist, ob zwischen <möglicher Arbeitnehmer> und <möglicher Arbeitgeber> ein Arbeitsverhältnis besteht. Ein Arbeitsverhältnis wird begründet durch einen Vertrag über eine entgeltliche Dienstleistung für einen anderen, die länger andauernd erbracht werden soll. Abzugrenzen ist es von der selbstständigen Tätigkeit, wie sie in § 84 I 2 HGB legaldefiniert wird. Für einen Arbeitsvertrag kann insbesondere sprechen, wenn sich eine Partei den Vorgaben und Weisungen sowie der Pflicht zur Rechenschaft gegenüber der anderen Partei unterwirft. <Sachverhaltsdarstellung und -subsumtion>. Des weiteren kann die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung und die exklusive Tätigkeit für den Vertragspartner für ein Arbeitsverhältnis sprechen. <Sachverhaltsdarstellung und -subsumtion>. Gegen ein Arbeitsverhältnis zwischen den Vertragsparteien könnte sprechen ... <Zusammenfassende Würdigung aller Aspekte>. Im Ergebnis ist also (nicht) vom Abschluss eines Arbeitsverhältnisses auszugehen.

⁸ Etwa: Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags verpflichtet ist, für einen anderen eine im wesentlichen von diesem bestimmte Arbeit persönlich und gegen Entgelt zu leisten.

⁹ Etwa: Eine (natürliche oder juristische) Person ist Arbeitgeber, wenn sie mindestens einen anderen in einem Arbeitsverhältnis als Arbeitnehmer beschäftigt und diesem dafür Vergütung schuldet.

b) Durchführung des Arbeitsverhältnisses

- 259 Die nachfolgend erwähnten spezifisch arbeitsrechtlichen Probleme treten neben die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Fragen, die im Arbeitsverhältnis relevant werden können.

aa) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

- 260 Nach dem von der Rechtsprechung entwickelten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz darf ein Arbeitgeber nicht einzelne Arbeitnehmer willkürlich anders behandeln als die anderen Arbeitnehmer. Über den allgemeinen grundgesetzlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 I GG) hinaus räumt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz dem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber einen Anspruch auf die Leistung ein, die ihm gleichheitswidrig vorenthalten worden ist. Wenn die Vertragsparteien keine vertragliche Regelung über die beanspruchte Leistung getroffen haben, ist der Grundsatz anspruchsbegründend. Soweit die vertragliche Leistung niedriger angesetzt ist als die beanspruchte, wirkt der Grundsatz anspruchserweiternd.

bb) Betriebliche Übung

- 261 Eine betriebliche Übung liegt nach der Rechtsprechung des *BAG* vor, wenn der Arbeitgeber regelmäßig eine betriebliche Handhabung wiederholt, aus der objektivierten Sicht des Arbeitnehmers ein Verpflichtungswille des Arbeitgebers besteht, die Handhabung in der Zukunft fortzuführen, und der Arbeitnehmer dieses Angebot stillschweigend annimmt. Eine betriebliche Übung kann ebenso wie der arbeitsrechtliche Gleichheitsgrundsatz anspruchsbegründend oder anspruchserweiternd wirken.

cc) Entgeltfortzahlung

- 262 Geradezu das Schulbeispiel für das Zusammenspiel der allgemeinen Normen und der speziellen arbeitsrechtlichen Vorschriften ist die Entgeltfortzahlung. Nach den allgemeinen Leistungsstörungsregeln wäre der Arbeitgeber bei ausbleibender Leistung des Arbeitnehmers wegen § 326 I BGB von seiner Lohnzahlungspflicht befreit (kein Lohn ohne Arbeit). Um ein solches Ergebnis zu verhindern, sieht das Gesetz in vielen Fällen einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohn vor, auch wenn er gerade nicht geleistet hat – etwa bei Krankheit und Urlaub. Zweck aller Regelungen, die eine Entgeltzahlung ohne Arbeitsleistung anordnen, ist der Schutz des Arbeitnehmers. In Anbetracht dessen Abhängigkeit von regelmäßigen Einkünften hat es der Gesetzgeber als unverhältnismäßig angesehen, die allgemeinen Leistungsstörungsregeln auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden. Vielmehr wird dem Arbeitgeber zugemutet, für bestimmte Zeitspannen Lohn ohne Gegenleistung zu zahlen. Dogmatisch werden die Ansprüche verschieden hergeleitet – so ist § 3 I EFZG ebenso wie § 616 BGB keine Anspruchsgrundlage, sondern lässt den vertraglichen Anspruch lediglich fortbestehen –, der systematische und sprachliche Aufbau ist aber vergleichbar.

Eine Formulierung kann daher wie folgt aussehen:

- <Arbeitnehmer> kann gegen <Arbeitgeber> ein Anspruch auf Vergütung gemäß § 611 I BGB zustehen. Zwischen <Arbeitnehmer> und <Arbeitgeber> besteht ein Arbeitsverhältnis. Damit ist <Arbeitgeber> vertraglich zur Entgeltzahlung verpflichtet. Der Anspruch des <Arbeitnehmer> kann aber nach § 326 I BGB untergegangen sein. <Arbeitnehmer> war aufgrund seiner Erkrankung an der Arbeitsleistung gehindert. Damit wird er gemäß § 275 I BGB von seiner Pflicht zur Arbeitsleistung befreit. Fraglich ist, ob dagegen <Arbeitgeber> seine vertragliche Pflicht erfüllen muss. Der Arbeitgeber kann die Erfüllung des Anspruchs auf Gegenleistung nach § 326 I BGB verweigern, wenn dieser die Unmöglichkeit der Arbeitserbringung nicht zu vertreten hat. <Arbeitnehmer> ist ohne schuldhafte Einflussnahme durch <Arbeitgeber> erkrankt. Jedoch kann die Gegenleistungsgefahr auch durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung auf den <Arbeitgeber> übergegangen sein. In Betracht kommt § 3 I 1 EFZG. <Arbeitnehmer> war krankheitsbedingt an der Arbeitsleistung gehindert. Ein Verschulden an der Erkrankung ist nicht ersichtlich. Daher hat <Arbeitnehmer> gegen <Arbeitgeber> einen Anspruch auf Entgeltzahlung in Höhe von <Betrag> gemäß § 611 I BGB iVm § 3 I EFZG.

dd) Haftung

263 Die Haftung des Arbeitnehmers wird hauptsächlich durch zwei rechtliche Elemente begrenzt. Zum Einen ordnet § 105 SGB VII einen vollständigen Haftungsausschluss zugunsten des Arbeitnehmers gegenüber seinen Kollegen für Personenschäden (nicht aber für Sachschäden!) an, die er während seiner betrieblichen Tätigkeit verursacht.

Zum Anderen ist die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich der Rechtsfolge begrenzt. Es ist ein häufig begangener Fehler anzunehmen, der Arbeitnehmer hafte nur für grob fahrlässig verursachte Schäden. Vielmehr sind die allgemeinen Regeln des Zivilrechts zunächst uneingeschränkt anzuwenden. Daraus folgt, dass der Arbeitnehmer auch leichte / einfache / normale Fahrlässigkeit gemäß § 276 I BGB zu vertreten hat.

Die Rechtsprechung hat erst bei der Frage des Schadensersatzumfangs die §§ 249, 251 BGB durch eine sinnentsprechende Anwendung von § 254 BGB korrigiert. Danach besteht ein nach dem Grad des Verschuldens abgestuftes Haftungssystem. Bei vorsätzlichem und grob fahrlässigem Handeln haftet der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber auf den vollen Schadensersatz. Bei normaler Fahrlässigkeit ist der Schaden grundsätzlich zwischen den Arbeitsvertragsparteien zu teilen, wenn nicht aus Arbeitnehmerverdienst, Schadensrisiko, Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Familienverhältnissen und/oder bisherigem Verhalten etwas anderes zu schließen ist. Trifft den Arbeitnehmer nur leichteste Fahrlässigkeit, haftet er nicht.

- <Arbeitgeber> kann gegen <Arbeitnehmer> einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 I BGB haben, weil dieser den <Gegenstand> des <Arbeitgebers> beschädigt hat. Durch <Handlung> verletzte <Arbeitnehmer> ein von § 823 I BGB geschütztes Rechtsgut des <Arbeitgebers>. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. <Arbeitnehmer> verursachte die Verletzung des Eigentums unter Missachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und handelte damit gemäß § 276 II BGB schuldhaft. Infolgedessen müsste <Arbeitnehmer> eigentlich gemäß § 823 I BGB Schadensersatz in Höhe von <Betrag> leisten. Möglicherweise ist die Haftung jedoch ausgeschlossen oder zumindest begrenzt, wenn <Arbeitnehmer> die schadensverursachende Handlung im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit beging. Die auf § 254 BGB beruhende Haftungsbegrenzung setzt zunächst eine betriebliche Tätigkeit voraus. Das sind alle Arbeiten, die betrieblich veranlasst und aufgrund des Arbeitsvertrags geleistet werden. <Subsumtion>. Weiter ist zu fragen, welcher Grad an Verschulden dem <Arbeitneh-

mer> zur Last gelegt werden muss. Davon hängt ab, ob der <Arbeitnehmer> überhaupt und in welchem Maß er haftet. <Arbeitnehmer> hat <Sache> aus Wut über die Anweisung des <Arbeitgebers> vorsätzlich zerstört. Bei vorsätzlichem Handeln muss ein Arbeitnehmer den Schaden voll ersetzen. Auch aus den sonstigen Umständen lässt sich nichts anderes schließen. Daher hat <Arbeitnehmer> an <Arbeitgeber> <Betrag> zu zahlen.

c) Beendigung des Arbeitsverhältnisses

264 Ein Arbeitsverhältnis kann durch verschiedene Ereignisse beendet werden¹⁰. Die wichtigsten sind:

- Anfechtung
- Ablauf eines befristeten Arbeitsvertrags
- Eintritt einer Bedingung
- (ordentliche und außerordentliche) Kündigung
- Aufhebungsvertrag
- Erklärung nach § 12 KSchG
- Auflösung nach §§ 9, 10 KSchG
- Tod des Arbeitnehmers

Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erörtert man am besten chronologisch. Zunächst muss die wirksame Begründung des Arbeitsverhältnisses festgestellt werden. Erst dann kann überhaupt ein Arbeitsverhältnis beendet werden. Fehlt es an einem wirksamen Vertragsschluss, ist die Möglichkeit eines faktischen Arbeitsverhältnisses zu erwägen.

Eine Besonderheit des Arbeitsrechts zeigt sich bei der Anfechtung. Entgegen § 142 BGB wirkt die Anfechtungserklärung nur ex nunc und nicht ex tunc.

Teilweise stellt sich in Kündigungsstreitfällen die Frage nach der fristgerechten Erhebung der Kündigungsschutzklage. Hier empfiehlt es sich, einen Zeitstrahl zu zeichnen, bevor man mit der materiellen Bearbeitung beginnt. Danach muss der Zeitstrahl abgearbeitet werden.

d) Betriebsübergang

265 Keine Beendigung, aber einen Wechsel der Arbeitsvertragsparteien bewirkt ein Betriebsübergang nach § 613a BGB. Soweit der Arbeitnehmer nicht widerspricht, geht das Arbeitsverhältnis auf den Betriebserwerber über. Zu Voraussetzungen und Folgen des Betriebsübergangs gibt es zahlreiche Gerichtsentscheidungen.

e) Kollektives Arbeitsrecht

266 Mit dem Individualarbeitsrecht ist das kollektive Arbeitsrecht verschränkt. Eine klare Trennung ist praktisch oft unmöglich. Auch in der meist individualarbeitsrechtlichen Fallbearbeitung können Normen aus dem kollektiven Arbeitsrecht eine Rolle spielen.

¹⁰ Zahlreiche Probleme in Praxis und Prüfung wurzeln in der Beendigung von Arbeitsverhältnissen insbesondere durch Kündigung.

aa) Betriebsverfassung

267 Mitbestimmung ist die kollektive Beteiligung der Arbeitnehmer an betrieblichen Entscheidungen. Durch die gesetzlich festgelegten Fälle der Mitbestimmung wird die Freiheit des Betriebsinhabers, die betrieblichen Angelegenheiten alleine zu bestimmen, beschränkt. Als Organ der Arbeitnehmer handelt der von ihnen gewählte Betriebsrat.

Das BetrVG enthält zahlreiche Mitbestimmungsvorschriften. Unabdingbar ist es, § 102 und § 103 BetrVG zu kennen. Beide Vorschriften sind bei Kündigungen in einem Betrieb mit Betriebsrat wichtig. Man sollte sofort, wenn das Wort Betriebsrat auftaucht, an Mitbestimmung und das BetrVG denken.

Nach § 102 BetrVG muss der Arbeitgeber, bevor er kündigt, den Betriebsrat über die beabsichtigte Kündigung ordnungsgemäß anhören. Zu beachten ist, dass nur angehört werden muss, auf die Zustimmung kommt es dagegen nicht an.

Die Anhörung muss ordnungsgemäß vorgenommen worden sein. Hinsichtlich dieser Voraussetzung, ohne deren Vorliegen eine Kündigung gemäß § 102 I 3 BetrVG unwirksam ist, hat sich eine Fülle prüfungsrelevanter Probleme herausgebildet.

(1) Beispiel: Umfang der Informationspflicht

268 Wie in anderen Rechtsgebieten kann ein Anhörungsrecht nur sinnvoll ausgeübt werden, wenn der Berechtigte vorher die zur Meinungsbildung notwendigen Informationen erhält. Bei § 102 BetrVG bedeutet dies, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über den Kündigungsvorgang ausreichend informiert. Dazu gehört die Mitteilung der Person des Arbeitnehmers, des Kündigungsgrunds, der Sozialdaten und des Kündigungstermins.

Für den Bearbeiter ist es schwierig, ein formell ordnungsgemäß erscheinendes Vorgehen anzuzweifeln.

- Fraglich ist, ob <Arbeitgeber> den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört hat. Nachdem <Arbeitgeber> den Betriebsrat am ... darüber informierte, dass ..., gab dieser am ... seine Stellungnahme ab (dieser bedarf es wegen der Fiktion des § 102 II 2 BetrVG jedoch nicht). Gegen eine ordnungsgemäße Anhörung kann dennoch sprechen, dass <Arbeitgeber> den Betriebsrat nicht darüber informierte, dass <Abwägung aller für und gegen eine ordnungsgemäße Anhörung sprechenden Gesichtspunkte und Ergebnis>

(2) Beispiel: Fehler innerhalb des Betriebsrats

269 Fehler des Betriebsrats, z.B. bei der Einberufung einer Betriebsratssitzung, sind unerheblich.

- Der Betriebsrat wurde von <Arbeitgeber> über alle Gesichtspunkte der geplanten Kündigung umfassend informiert. Bedenken wegen der Ordnungsmäßigkeit der Kündigung ergeben sich aber daraus, dass im Umlaufverfahren entschieden wurde, obwohl eine Betriebsratssitzung erforderlich gewesen wäre. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass Vorgänge innerhalb des Betriebsrats für die Beurteilung einer Anhörung unerheblich sind.

cc) Fristen

270 Ein Arbeitgeber, der seinem Arbeitnehmer kündigen will, muss insbesondere bei einer außerordentlichen Kündigung zügig vorgehen. Innerhalb der kurzen Kündigungsausspruchsfrist nach § 626 II BGB ist der Betriebsrat anzuhören. Handelt der Arbeitnehmer nicht schnell, läuft er Gefahr, die Frist zu überschreiten.

- Die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 II BGB ist damit eigentlich abgelaufen. Etwas anderes könnte aber gelten, weil der Betriebsrat ... Tage zur Entscheidung hatte. Würde man die Kündigungsfrist um diese Spanne verlängern, wäre die Kündigung fristgerecht erfolgt. Für eine solche Verlängerung spricht zunächst Gegen eine Fristverlängerung ist allerdings anzuführen Infolgedessen ist also von <Ergebnis> auszugehen.

dd) Nachschieben von Kündigungsgründen

271 Das Nachschieben von Kündigungsgründen seitens des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess, die er dem Betriebsrat nicht nach § 102 BetrVG mitgeteilt hat, ist grundsätzlich nicht möglich. Hier greift ein Verwertungsverbot.

- Zweifelhaft ist, ob sich <Arbeitgeber> darauf berufen kann, dass Er hat den Betriebsrat bei dessen Anhörung nämlich nicht über diesen Kündigungsgrund ... unterrichtet. Deshalb ...

ee) Nachholen einer unterlassenen Anhörung

272 Das Problem wird analog zum Nachschieben von Kündigungsgründen behandelt.

ff) Tarifvertragsrecht

273 Wer Arbeitsrecht nicht im Wahlfach vertieft studiert, begegnet den Grundzügen des Tarifrechts nur im Rahmen eines individualrechtlichen Gutachtens. Meist beansprucht der Arbeitnehmer Leistungen aus einem Tarifvertrag oder beruft sich auf ein tarifvertragliches Kündigungsverbot.

Die unmittelbare Wirkung von Tarifverträgen auf einzelne Arbeitsverhältnisse ergibt sich aus dem normativen Teil eines Tarifvertrags. Der Gesetzgeber hat den Tarifparteien in §§ 1-4 TVG eine Rechtssetzungskompetenz eingeräumt.

Der Tarifvertrag ist also entweder als Anspruchsgrundlage zu behandeln oder als Gegenrecht einem Anspruch entgegenzusetzen.

- Ein Anspruch des <Arbeitnehmers> auf Zahlung von <Betrag> gegen <Arbeitgeber> kann sich aus § 611 I BGB iVm <Norm> des Tarifvertrags ergeben. Hierzu muss der Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis zwischen <Arbeitgeber> und <Arbeitnehmer> anwendbar sein. Voraussetzung dafür ist, dass
- Die Kündigung ist aber unwirksam, wenn das im Tarifvertrag vom ... vereinbarte Kündigungsverbot für das Arbeitsverhältnis zwischen <Arbeitnehmer> und <Arbeitgeber> wirksam ist.

f) Arbeitskampf

274 Fragen des Arbeitskampfs und seiner Rechtmäßigkeit sind in individualrechtlichen Fallbearbeitungen nur inzident zu prüfen. Rechtlicher Aufhänger der Übungsarbeit sind entweder Lohnzahlungsansprüche oder Kündigungsfragen.

Im Übrigen ist der Arbeitskampf ein Klausurthema, wenn eine Partei – meist ein Arbeitgeber(verband) – die Unterlassung arbeitskampfrechtlicher Maßnahmen begehrt.

- Zu prüfen ist weiter, ob <Arbeitnehmer> durch die Arbeitsverweigerung in der Zeit zwischen ... und ... seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt hat. Dies ist der Fall, wenn die Beteiligung an... keine Beteiligung an einem gewerkschaftlich geführten Streik war.

- <Arbeitgeber> hat einen Anspruch auf Unterlassung des ... gegen die Gewerkschaft ... gemäß §§ 1004, 823 I BGB, wenn die eingeleiteten Arbeitsk Kampfmaßnahmen rechtswidrig sind.

g) Rechtsweg

275 Wenn nicht der Bearbeitervermerk die Zulässigkeitsprüfung ausschließt, müssen Sie an die Rechtswegzuständigkeit denken. Zuständig sind die Arbeitsgerichte immer, aber auch nur, wenn die Kataloge von §§ 2, 2a ArbGG einschlägig sind. Insbesondere ist § 2 III ArbGG zu erwägen. Danach können auch rechtswegfremde Ansprüche vor dem Arbeitsgericht verhandelt werden.

- Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten kann sich aus § 2 I Nr. .../ § 2 III ArbGG ergeben.

h) Beweislastfragen

276 Schwierig ist es, die teilweise komplizierten Beweislastregeln im Arbeitsrecht sprachlich zu fassen. Die Probleme sollen anhand des Nachweises der Arbeitsunfähigkeit gezeigt werden. Die Beweislast folgt einem Wechselspiel zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Ausgangspunkt ist die Pflicht des Arbeitnehmers, seine Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen. Einem hierzu vorgelegten ärztlichen Attest misst das BAG einen hohen Beweiswert bei. Hat der Arbeitnehmer eine Bescheinigung vorgelegt, obliegt es dem Arbeitgeber, einen ernsthaften Zweifel an deren sachlicher Richtigkeit hervorzurufen. Gelingt ihm dies, muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit voll beweisen.

- Dazu muss die Fehlzeit krankheitsbedingt sein. Beweisbelastet für die Behauptung der Erkrankung an <Krankheit> während der Zeit von <Daten> ist <Arbeitnehmer>. <Arbeitnehmer> hat eine Bescheinigung seines behandelnden Arztes vorgelegt, aus der seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit hervorgeht. Somit ist von einer Krankheit auszugehen, wenn nicht <Arbeitgeber> ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit attestierten Angaben hervorrufen kann. <Arbeitgeber> trägt vor, der ausstellende Arzt sei nach seiner Recherche als Trinker und für die Ausstellung von falschen Bescheinigungen bekannt. Gegen ihn hätten deshalb bereits Dritte ein Verfahren vor der Ärztekammer angestrengt. Durch den Vortrag ist die Beweiskraft der ärztlichen Bescheinigung erschüttert worden. Daher müsste <Arbeitnehmer> weiteren Beweis anbieten, was ihm aber nicht möglich ist. Im Ergebnis ist daher nicht von einer Erkrankung des <Arbeitnehmer> auszugehen.

G. Strafrecht

- 277 Ergänzend zum obigen Bestand an Musterformulierungen, von dem vieles sinngemäß auf strafrechtliche Gutachten übertragbar ist, finden Sie anschließend eine Sammlung von im Strafrecht üblichen Wendungen¹¹.

Im Vergleich zur zivilrechtlichen Anspruchsprüfung ist die Strafbarkeitsprüfung übersichtlicher und stärker standardisierbar; bestimmte Sätze kommen in fast jedem Gutachten vor. Wegen der häufigen »Autorenn-« oder »Blümchenpflück-«Klausuren (bei denen ein Tatbestand nach dem anderen schnellstmöglich anzufahren oder zu pflücken ist) ist aber im Strafrecht mehr als in den anderen Gebieten effizientes Arbeiten wichtig. Die Beherrschung häufig gebrauchter Formulierungen kann helfen, Zeit und Platz zu sparen.

Wer die Technik der Rechtsanwendung im Zivilrecht verstanden hat, wird sein Wissen leicht auf strafrechtliche Aufgaben übertragen können: Letztendlich geht es auch im Strafrecht um die Diskussion von Ansprüchen. Verhandelt werden hier **staatliche Strafansprüche** gegen Bürger. Die Formulierung dafür lautet konventionsgemäß nicht *Die Rechtsgemeinschaft kann einen Strafanspruch gegen T aus § 211 StGB haben*, sondern *T kann sich nach § 211 StGB strafbar gemacht haben*.

- 278 Was im Zivilrecht die Anspruchsgrundlage ist, ist im Strafrecht die **Strafnorm**. Der Einstieg in eine Fallbearbeitung muss wo immer möglich mit einer Strafnorm erfolgen. Strafnormen finden sich im Besonderen Teil des StGB und im Nebenstrafrecht (WaffenG, BtmG usw.), nicht aber im Allgemeinen Teil des StGB. Problemerkörterungen, die mit der Abgrenzung des Versuchs zur vollendeten Tat beginnen, sind also fehlerhaft.

Man erkennt Strafnormen an der Formulierung ... *wird mit ... bestraft*.

Beispiele zur Übung: Regelbeispiele (z. B. § 243 StGB, besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 263 III StGB, besonders schwerer Fall des Betrugs) sind keine Strafnormen, sondern enthalten nur Regeln zur Strafzumessung; Definitionen (z.B. §§ 11 I Nr.1, 330 d StGB) sind nur unselbstständige Teile von Strafnormen.

1. Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt als Grundfall

- 279 Nachstehend finden Sie einige Formulierungsvorschläge in der Reihenfolge, in der sie beim vollendeten Erfolgsdelikt (begangen in unmittelbarer Täterschaft) gebraucht werden. Anschließend sind kurz die Besonderheiten der anderen Begehungsformen skizziert .

a) Auffinden der einschlägigen Strafnorm

- 280 Anders als im Zivilrecht und im übrigen öffentlichen Recht kommt nur geschriebenes (kodifiziertes) Recht in Frage.

¹¹ Wie schon in den Abschnitten zum Zivilrecht und Arbeitsrecht gilt auch hier: Ohne materiellrechtliche Kenntnisse wird Ihnen das Lesen nur ganz wenig helfen. Schriftumsempfehlungen für den Anfang: Mit *Wessels / Beulke* Strafrecht Allgemeiner Teil kann man wenig falsch machen, soweit es die strafrechtliche Dogmatik betrifft (zum besonderen Teil gibt es die Bände von *Wessels* und *Hettinger* sowie *Hillenkamp*); ausführlicher *Kühl* Strafrecht Allgemeiner Teil. Wer über den dogmatischen Tellerrand ein bisschen hinausgucken möchte, ziehe *Naucke* Strafrecht in Erwägung. Außerdem nützlich *Joecks* Studienkommentar StGB. Zu Aufbau- und Darstellungsfragen in der Strafrechtsklausur *Murmann* JA 2012, 728 ff.; *Wörner* ZJS 2012, 630 ff.; *Stiebig* Jura 2007, 908 ff.

Bei der Analogiebildung im Strafrecht ist eine Besonderheit zu beachten: Die **strafbarkeitsbegründende Analogie** ist unzulässig. Bestraft wird nur, wer einen der im Gesetz vorgesehenen Tatbestände verwirklicht. Maßgeblich ist der Wortlaut der Norm. Dies wird unter dem Begriff des Bestimmtheitsgrundsatzes zusammengefasst, Art. 103 II GG (einfachgesetzlich wiederholt in § 1 StGB)¹². Etwas Anderes gilt, wenn die Analogie den Täter begünstigen würde, insbesondere bei der ausdehnenden Auslegung von Rechtfertigungs- oder Strafmilderungsgründen (strafbarkeitseinschränkende Analogie).

b) Überschrift

281 Die Überschrift kann meist knapp ausfallen.

Beispiel: *Strafbarkeit des T nach § 212 StGB*

Die konkrete Handlung müssen Sie in der Überschrift nicht nennen. Wenn Ihre Arbeit nachvollziehbar gegliedert ist, ersieht der Leser schon aus dem Zusammenhang, welchen Handlungsabschnitt Sie derzeit begutachten. Ohnehin wird im folgenden Satz noch einmal genau gesagt, welches Verhalten Gegenstand der Erörterung ist. Manchmal ist es aber geboten, etwas mehr Information in der Überschrift unterzubringen.

Beispiel: Kommen bei einem Betrug oder einem Totschlagsdelikt mehrere Opfer in Frage, ergänzt man in der Überschrift *zum Nachteil des <Opfers>* oder *wegen versuchten Mordes an O*¹³.

c) Erster Obersatz

282 Auch hier ist es nicht nötig, laufend Beiträge zur Rettung des Konjunktivs im Stil von *<Täter> könnte sich ... strafbar gemacht haben* zu leisten. Im Gegenteil: *kann* bringt zum Ausdruck, dass Sie das Gesetzlichkeitsprinzip ernst nehmen. Wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, *hat* sich der Täter strafbar verhalten. Deshalb ist vorher zu fragen, ob er sich strafbar gemacht haben *kann*.

283 Wie in der zivilrechtlichen Fallbearbeitung ist der richtige Obersatz der Schlüssel zum richtigen Gutachten. Folgende vier Elemente muss er immer enthalten¹⁴:

1. Täter
2. Tathandlung
3. Bezeichnung des Delikts
4. Strafnorm

Allgemeine Form:

> *Dadurch, dass / Indem / Als <Täter> <handelte>, kann er sich wegen <Delikts> gemäß <Strafnorm> strafbar gemacht haben.*

<Täter>: Insbesondere bei mehreren Beteiligten ist es nötig zu sagen, wessen Strafbarkeit Sie gerade begutachten.

<Handlung>: Je mehr in der Fallerzählung passiert, desto wichtiger ist es klarzustel-

¹² Ist angesichts des strafrechtlichen Analogieverbots der Diebstahl von Tieren strafbar (lesen Sie § 90a S. 1 BGB)? Dazu *Braun JuS* 1992, 758, 761 m. w. N.

¹³ Nicht: *wegen versuchtem Mord!*

¹⁴ Hinzukommen kann etwa eine Aussage darüber, zu wessen Lasten die Tat begangen wurde (»Opfer«), dazu soeben Rn. 281.

len, an welches Verhalten (Tun oder Unterlassen) Sie einen Strafbarkeitsvorwurf knüpfen wollen¹⁵.

<Delikt>: Des Weiteren ist das Delikt in Worten zu benennen. Es steht Juristen gut an, nicht nur mit Paragraphen um sich zu werfen, sondern sich so verständlich wie möglich auszudrücken.

<Strafnorm>: Der Leser möchte wissen, welche Norm geprüft wird – meist StGB, manchmal Nebenstrafrecht. Außerdem zeigt sich hier, dass Sie dem Gesetzlichkeitsprinzip Rechnung tragen: Keine Strafe ohne Gesetzesverstoß. Dazu muss das Gesetz benannt werden.

Beispiel: *Indem A dem B mit dem Messer eine Schnittwunde am Arm beibrachte, kann er sich wegen einer gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 StGB strafbar gemacht haben.*

284 Will man ein subjektives Merkmal

Beispiele: Bereicherungsabsicht in § 263 StGB, Zueignungsabsicht in § 242 StGB betonen, kann man einen erweiterten Infinitiv einschieben:

- Indem <Täter> <handelte>, um <Erfolg> zu <erreichen>, kann er sich ... strafbar gemacht haben.

285 Weitere Formulierungsmöglichkeiten:

- Durch das / den / die / Mit dem / der <Handlung> kann <Täter> den Tatbestand des <Delikts> / <Strafnorm> verwirklicht / erfüllt haben.
- Der / Die / Das <Handlung> seitens <Täter> kann den Tatbestand des <Strafnorm> erfüllen.
- In / Im / In der <Handlung> des/r <Handelnde/r> kann ein/e <Delikt> nach <Strafnorm> liegen / zu sehen sein.
- Im Hinblick auf / Hinsichtlich / Bezüglich <Tatobjekt> kann sich <Täter> nach / wegen <Norm> strafbar gemacht haben.
- <Täter> kann wegen <Handlung> nach <Norm> strafbar sein / eines <Delikts> schuldig sein.
- <Handlung> kann eine Strafbarkeit des <Handelnden> nach <Norm> begründen.
- <Handlung> des / durch <Handelnden> kann sich als <Delikt> darstellen.
- Möglicherweise hat sich <Täter> strafbar gemacht, als er ...
- Zu prüfen ist, ob <Täter> wegen <Handlung> nach <Norm> strafbar ist.
- Wegen <Delikts> kann sich <Täter> strafbar gemacht haben, weil ...
- <Täter> kann den Unrechtstatbestand des <Delikt/Norm> erfüllt / verwirklicht haben.

Bei letzterer Formulierung ist zu unterscheiden: Es heißt *verwirklicht*, nicht *verwirkt* oder *verletzt*. *Verwirkt* wird eine Strafe, *verletzt* die Rechtsordnung, *verwirklicht* ein Straftatbestand. Gegen einen Tatbestand kann auch nicht *verstoßen* werden – das Gesetz oder das gesetzliche Verbot ist es, gegen das verstoßen wird. Der Tatbestand wird *erfüllt* oder eben *verwirklicht*.

286 Einige Schwierigkeiten bringt der Gebrauch des Genitivs mit sich¹⁶. Werfen Sie <Täter> *kann sich wegen eines Diebstahls strafbar gemacht haben* und <Täter> *kann sich eines Diebstahls schuldig gemacht haben* nicht

¹⁵ Vermeiden Sie es dabei, schon Tatbestandsmerkmale zu nennen (*Indem A das Buch wegnimmt, kann er sich gemäß § 242 StGB wegen eines Diebstahls strafbar gemacht haben*). Wählen Sie stattdessen lieber eine Umschreibung (*Indem A das Buch mitnimmt, ...*). So umgehen Sie die Gefahr, unzulässigerweise schon im Obersatz vorzusubsumieren.

¹⁶ Dazu auch noch Rn. 331.

durcheinander. Die Mischung *<Täter> kann sich eines Diebstahls strafbar gemacht haben* ist beliebt, aber falsch¹⁷.

d) Objektiver Tatbestand

287 **Definitionen** kann man im Strafrecht oft mit *wer ...* formulieren, also

- Täter ist, wer ...
- Vorsätzlich handelt, wer ...

Eine typische Formulierung ist auch

- Zur Verwirklichung des Merkmals *<»Tatbestandsmerkmal«>* genügt jede/r ..., der/ die ...

aa) Erfolgseintritt

288

- Der tatbestandliche Erfolg des *<Norm>*, der/die *<Erfolg, z. B. Tod eines Menschen>* ist eingetreten / hat stattgefunden / ist in Gestalt des/r ... verwirklicht.

Vermeiden Sie hier die Wendung *§ 211 StGB fordert den Tod eines Menschen* zugunsten von *§ 211 StGB setzt voraus, dass ein Mensch getötet wurde*¹⁸. Es ist ärgerlich genug, dass ständig im technischen Sinne vom *Erfolg* die Rede ist, wenn es um den Tod eines Menschen geht.

Oft kann der tatbestandliche Erfolg ganz kurz erörtert werden, weil er unproblematisch eingetreten ist.

bb) Ursächlichkeit des Handelns für den Erfolgseintritt (Kausalität)

289 Legen Sie sich neben den nachstehenden Vorschläge auch ein paar Formulierungen zurecht, mit denen sie das Ursächlichkeitserfordernis schnell und beiläufig abhaken können. Oft ist es nämlich eindeutig erfüllt.

- *<Handlung>* muss *<Verletzungserfolg>* bewirkt haben.
- Zwischen *<Handlung>* und *<Verletzungserfolg>* muss ein Ursachenzusammenhang bestehen.
- *<Verletzungserfolg>* muss (wenigstens unter anderem) auf *<Handlung>* zurückzuführen sein.
- *<Täter>* hat durch (+Akkusativ) / mit (+Dativ) / mittels (+Genitiv) *<Handlung>* *<Erfolg>* bewirkt / verursacht.
- Durch *<Handlung>* hat *<Täter>* eine Bedingung für *<Erfolg>* gesetzt (, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass *<Erfolg>* (in seiner konkreten Gestalt) entfielen).
- Ohne ... wäre ... nicht ...
- *<Erfolgseintritt>* liegt (auch) nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung; der/die/das *<Handlung>* war daher auch adäquat kausal / ursächlich für *<Erfolg>*.
- *Bei Unterlassen*: Hätte *<Unterlassender>* *<gehandelt>*, so wäre *<tatbestandlicher Erfolg>* nicht eingetreten / mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben.

290 Auf die **objektive Zurechnung** ist beim Vorsatzdelikt nur einzugehen, wenn sie problematisch ist. Ansonsten sollte sie nicht erwähnt werden, da diese Figur für Fahrlässigkeitsdelikte entwickelt worden ist.

¹⁷ Deutlich Horn Jura 1984, 499, der diesen Sprachgebrauch als *hirnrissig* bezeichnet.

Zwischenergebnis zu einem problematischen Tatbestandsmerkmal:

- <Täter> hat damit das <Delikts->merkmal des/r <Merkmal> erfüllt.

e) Subjektiver Tatbestand

291

- Die subjektive Seite des Tatbestands / der Tat / Der subjektive Tatbestand verlangt / besteht in ...
- Auf der subjektiven Seite ist Voraussetzung, dass <Täter> vorsätzlich gehandelt hat / vorsätzliches Handeln des <Handelnden>.
- Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestands in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände.
- Tatbestandsausschließende Wirkung hat jedoch ein möglicher / eventueller Irrtum des <Handelnden> über ...
- <Täter> könnte sich jedoch über ... im Irrtum befunden haben. Dies hätte zur Folge, dass vorsätzliches Handeln gemäß § 16 StGB ausschiede.
- Der Wille des <Handelnden> war darauf gerichtet, ... zu ...
- Der subjektive Tatbestand des <Strafnorm> ist erfüllt, wenn <Täter> vorsätzlich gehandelt hat. Hierunter ist ... zu verstehen. <Täter> muss also ... haben.

Sätze wie *A wusste, was er tat und wollte dies auch* ergeben keine ordentliche Subsumtion unter den Vorsatzbegriff, da diese sich auf die Merkmale des objektiven Tatbestands beziehen muss. Auch sollten Formulierungen wie *A hat bezüglich des Todes des B ebenso vorsätzlich gehandelt, wie er Vorsatz beim Diebstahl hatte* vermieden werden: Der eine Vorsatz hat mit dem anderen nichts zu tun.

292

Es ist ebenfalls richtig, den subjektiven Tatbestand in der Schuld zu diskutieren; dies entspricht dem kausalen Deliktsaufbau. Wechseln Sie aber nicht innerhalb eines Gutachtens vom kausalen zum hier dargestellten finalen Aufbau oder umgekehrt.

Zwischenergebnis

- Das Verhalten / Handeln / Tun / Unterlassen / Die Tat / Handlung des <Handelnden> erfüllt die tatbestandlichen Voraussetzungen des <Norm>.

f) Rechtswidrigkeit und Schuld

293

Im Grunde gibt es drei mögliche Konstellationen: Die Rechtswidrigkeit oder Schuld ist ernsthaft problematisch, sie ist völlig unproblematisch oder sie ist zwar im Ergebnis anzunehmen, aber der Aufgabensteller will erkennbar einen Satz darüber lesen.

Im ersten Fall diskutieren Sie im Gutachtenstil mögliche Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe.

Im zweiten Fall formulieren Sie im Urteilsstil. Das spart ziemlich viel Platz.

Beispiel: <Täter> *handelte rechtswidrig und schuldhaft*.

Im dritten Fall orientieren Sie den Umfang Ihrer Ausführungen an der zur Verfügung stehenden Bearbeitungszeit oder dem Seitenlimit.

Beispiel für eine knappe Bearbeitung: *Eine Rechtfertigung dieses Handelns nach <Norm> scheitert, wenn nicht schon am Vorliegen einer Gefahr, so doch jedenfalls an deren fehlender Gegenwärtigkeit: ...*

¹⁸ Ähnlich unschön in einer zivilrechtlichen Fallbearbeitung: *Des Weiteren sieht § 119 II BGB einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person vor, in diesem Falle wäre es die Schwangerschaft der B.*

aa) Rechtswidrigkeit

294 Meist ist eine Definition der Rechtswidrigkeit entbehrlich. Definieren Sie sie nur, wenn sie positiv festgestellt werden muss (wie in § 240 II StGB). Rechtswidrigkeit ist bei einer tatbestandsmäßigen Tat meist, wenn auch nicht immer, gegeben, wenn kein Rechtfertigungsgrund eingreift. Das braucht man aber nicht niederzuschreiben.

Lehrbuchhafte Definitionen der Rechtswidrigkeit, unter die Sie anschließend nicht subsumieren, können Sie genauso gut weglassen:

Beispiele: *Rechtswidrig ist die Tat, wenn sie den objektiven Normen der Rechtsordnung widerspricht* oder *Rechtswidrig ist ein Angriff, der den Bewertungsnormen der Rechtsordnung zuwiderläuft und durch keinen Erlaubnissatz gedeckt ist.*

Zurückhaltung ist geboten mit dem Satz

- Die Rechtswidrigkeit / Widerrechtlichkeit des <Handelns> ist durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert.

Er enthält keine Information, welche die Entscheidung voranbringt. Außerdem ist die Aussage zwar meist richtig, aber als Formulierung ziemlich abgenutzt. Oft genügt

- <Täter> handelte (auch) rechtswidrig.

gegebenenfalls ergänzt durch

- Rechtfertigungsgründe stehen <Handelndem> nicht zur Seite.
- Rechtfertigungsgründe, die eine andere Beurteilung tragen würden, greifen hier nicht ein.
- Die von <Handelndem> begangene Rechtsgutsverletzung ist unerlaubt, weil kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. – *Urteilsstil*

295 Bei den Rechtfertigungsgründen kommt es regelmäßig auf eine **Güterabwägung** an. Da Abwägungen eine ganz typisch juristische Denkform sind, empfiehlt es sich, diese einzuüben. Eingangs benennt man so klar wie möglich die betroffenen Rechtsgüter:

- Gegeneinander zu wägen / abzuwägen sind damit einerseits ..., andererseits / Dem <Rechtsgut> des <Täters / Verteidigers> steht also das / die <Rechtsgut> des <Opfers / Angreifers> gegenüber.

Dann kann man die beteiligten Rechtsgüter gegeneinander gewichten:

- <Rechtsgut> nimmt in der Rechtsordnung einen herausragenden / den zentralen / einen eher zweitrangigen Platz ein. Dies ergibt sich aus (z.B. den zahlreichen straf- und zivilrechtlichen Vorschriften, die eben dieses Rechtsgut schützen) und ist von der Rechtsprechung immer wieder hervorgehoben worden. Dagegen ist <Rechtsgut> ... vielfältig eingeschränkt und in zahlreichen Vorschriften unter Vorbehalt gestellt: ...

Als nächstes ist zu überlegen, wie schwerwiegend der Eingriff in das jeweilige Rechtsgut ausgefallen ist. **Eingriffe** in Rechtsgüter oder Verletzungen derselben können

- erheblich / spürbar / bedeutend / gewichtig / schwer / einschneidend / gravierend / schwerwiegend / groß / grob / größtmöglich / irreversibel oder im gegenteiligen Fall verhältnismäßig / relativ / im Vergleich zu / mit / gemessen an / verglichen mit ... gering(fügig) / unerheblich / vernachlässigbar / leicht zu beheben

sein.

Die Abwägung selbst ist ein wertender Vorgang. Die Qualität der Argumentation ergibt sich aus der Vollständigkeit der einzubeziehenden Gesichtspunkte einerseits und aus der Nachvollziehbarkeit und Überzeugungskraft der Gewichtung andererseits¹⁹.

bb) Schuld

296

- Weiter / überdies muss <Täter> schuldhaft gehandelt haben.
- Entschuldigungs- und / oder Schuldtausschlussgründe liegen nicht vor / sind nicht ersichtlich / erkennbar.

Die Standardformulierung zur Schuld ähnelt der zur Rechtswidrigkeit: Besteht nicht ausnahmsweise Anlass zu einer abweichenden Bewertung, so ist nur kurz festzustellen, dass der Täter schuldhaft gehandelt hat. Insbesondere die Schuldfähigkeit ist nur zu thematisieren, wenn wegen Minderjährigkeit, starker Alkoholisierung oder dergleichen Anlass dazu besteht. Mindestens einmal in jeder Übungsarbeit sollte man zeigen, dass man die Schuldmerkmale beherrscht:

- Der schulfähige <Täter> handelte mit Unrechtsbewusstsein. Entschuldigungsgründe liegen nicht vor. <Täter> handelte also auch schuldhaft.

Beachten Sie, dass § 21 StGB nicht die Schuldfähigkeit selbst betrifft, sondern eine Strafzumessungsregel enthält, die nicht bei der Schuld zu erörtern ist.

g) Qualifikationstatbestände

297

- <Verhalten> des <Handelnden> kann darüber hinaus / zugleich / überdies / weiterhin noch / sogar / auch <Qualifikationstatbestand> erfüllen.

Bei der Erörterung des Grundtatbestands kann die Qualifikation

Beispiel: § 224 StGB ist Qualifikationstatbestand zu § 223 StGB

gleich in den Tatbestand mit einbezogen oder nach der Schuld diskutiert werden. Im letzteren Fall darf aber auch der Vorsatz bezüglich der qualifizierenden Merkmale erst anschließend thematisiert werden.

h) Regelbeispiele

298

Bei Regelbeispielen

Beispiele: besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243 StGB, des Betrugs, § 263 III StGB

darf man nicht vom *Tatbestand*, sondern sollte von *Merkmalen* sprechen, da es sich nur um Beispiele handelt, das Vorliegen der Voraussetzungen also noch nicht notwendig die Rechtsfolge herbeiführt.

Als Strafzumessungsregeln sind die Regelbeispiele im Deliktsaufbau nach der Schuld zu diskutieren.

i) Strafantrag

299

Der Strafantrag

¹⁹ Für die Abwägungsentscheidung sind Sie also voll verantwortlich. In vielen Prüfungsaufgaben wird allerdings nach ein wenig Überlegen klar, dass mit den verfügbaren Informationen nur ein Ergebnis vertretbar ist.

Beispiele: § 230 StGB für §§ 223 und 229 StGB; § 194 I 1 StGB für § 185 StGB

ist eine objektive Bedingung der Strafbarkeit und wird – wenn erforderlich – im Deliktsaufbau nach der Schuld geprüft.

Hat dem Aufgabentext oder dem Bearbeitervermerk zufolge für das fragliche Delikt der Verletzte einen Strafantrag gestellt, sollte man sich auf eine kurze Feststellung – ggf. unter eigener Überschrift – beschränken:

- Der nach <Norm> erforderliche Strafantrag ist gestellt.

Fehlt es am Strafantrag, empfehlen sich folgende Formulierungen

- Eine Bestrafung des <Handelnden> wegen <Norm> scheitert am fehlenden Strafantrag. (Gegebenenfalls (z. B. bei § 229 StGB) muss hier das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung erörtert werden.)
- <Täter> hat sich damit eines/r <Delikts> schuldig gemacht. Voraussetzung für seine Bestrafung ist aber nach <Norm> ein Strafantrag des/r <Verletzten / Antragsberechtigten>.

Meist liegt beim betreffenden Delikt kein Schwerpunkt.

j) Ergebnis

300 Der Ergebnissatz muss die im ersten Obersatz aufgeworfene Frage beantworten.

Ist die Strafbarkeit zu bejahen, heißt es

- <Täter> hat sich daher / also nach <Norm> / wegen <Delikts> strafbar gemacht.
- <Täter> ist wegen <Delikts> nach <Norm> strafbar / zu (be)strafen.
- Damit ist <Täter> auch / zusätzlich / weiter wegen <Delikts> strafbar.
- <Täter> hat sich eines Verbrechens / Vergehens²⁰ nach <Norm> schuldig gemacht.

Wird die Strafbarkeit verneint, heißt es:

- <Täter> bleibt (insofern / auch hier) straffrei.
- <Täter> ist nicht (nach <Norm>) strafbar / hat sich nicht (nach <Norm>) strafbar gemacht.
- Das Handeln des <Täter> / <Handlung> seitens / durch <Handelnden> erfüllt keinen Straftatbestand / nicht den Tatbestand des <Norm>.
- Einer Bestrafung des <Handelnden> nach <Norm> steht entgegen, dass nach <Rechtfertigungs-/Entschuldigungstatbestand> die Rechtswidrigkeit / Schuld ausgeschlossen ist.
- Daher muss eine Strafbarkeit nach <Norm> ausscheiden.
- Da der Versuch eines/r <Delikts> nicht strafbar ist (<Norm/en>), hat sich <Täter> nicht strafbar gemacht.

2. Andere Begehungsformen

301 Die verschiedenen Begehungsformen erfordern im Gutachten einen an deren jeweilige Besonderheiten angepassten Deliktsaufbau. Man kann die zusätzlich erforderlichen Erörterungen in die oben genannten Satzkonstruktionen beinahe baukastenartig einfügen.

a) Versuch

302 **aa)** Schon in der **Überschrift** sollten Sie §§ 22, 23 I StGB nennen; bei Vergehen (Definition in § 12 II StGB) muss zusätzlich die Bestimmung im Besonderen Teil zitiert werden, welche die Strafbarkeit des Versuchs ausdrücklich anordnet.

²⁰ Die Unterscheidung zwischen Vergehen und Verbrechen (dazu § 12 I, II StGB) muss dem Leser nicht vorgeführt werden; verwendet man aber diese Begriffe, sollte man sie richtig gebrauchen.

Beispiel für den ersten Obersatz: *Dadurch, dass A mit dem Messer auf B losging, um ihn am Arm zu verletzen, ihm das Messer aber dann aus der Hand glitt, kann er sich nach §§ 223, 224, 22, 23 I StGB wegen einer versuchten gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht haben.*

303 **bb) Zur Feststellung der Versuchsstrafbarkeit** genügt ein Satz.

Bei Verbrechen ist der Versuch immer strafbar.

- Die Versuchsstrafbarkeit des <Delikts> ergibt sich aufgrund dessen Qualität als Verbrechen aus §§ 12 I, 23 I StGB.

Bei Vergehen ist der Versuch nur strafbar, wenn dies im Besonderen Teil des StGB bei dem betreffenden Delikt ausdrücklich angeordnet ist.

- Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus <Norm im BT> in Verbindung mit §§ 12 I, 23 I StGB.

304 **cc) Die Nichtvollendung der Tat** ist logische Voraussetzung der Strafbarkeit wegen der versuchten Tat. Handelt es sich ganz offensichtlich nur um einen Versuch, geht man auf eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat nicht ein, sondern beginnt sofort mit dem Versuch. In der Überschrift und im Obersatz kann dann so formuliert werden:

- ... des / eines versuchten <Delikts> gemäß <Norm> ...
- ... eines <Delikts->Versuchs nach ...

Wenn die Dinge nicht ganz so eindeutig liegen, ist eingangs der Diskussion des versuchten Delikts wenigstens kurz festzustellen, dass es an der Vollendung fehlt:

- <Merkmal> ist nicht erfüllt / hat nicht stattgefunden / <Tatbestandlicher Erfolg> ist nicht eingetreten, so dass eine Vollendung / eine vollendete Tat / eine Strafbarkeit wegen Vollendung ausscheidet. Gemäß <Norm> ist (aber auch) der Versuch strafbar.
- Die Tat des <Täters> ist nicht zur Vollendung gekommen: (z. B.: B ist nicht tot).
- Zu <Erfolg> kam es nicht.

Ist die Abgrenzung des Versuchs zur Vollendung ernsthaft problematisch, prüft man zuerst die vollendete Tat und schwenkt nach der Feststellung, dass ein Merkmal nicht verwirklicht ist, auf den Versuch um. Dessen Begutachtung kann man – unter einer neuen Überschrift und mit neuem Obersatz – einleiten mit

- In Betracht kommt aber ein/e versuchte/r <Delikt> nach <Norm>.

305 Im **Tatbestand** wird abweichend vom üblichen Aufbau mit der Frage nach dem subjektiven Teil (**Tatentschluss**) begonnen.

- <Täter> muss mit dem Tatentschluss gehandelt haben, eine/n <Delikt> zu begehen.
- <Täter> muss den Vorsatz gehabt haben, <Tatbestandsmerkmal> zu erfüllen.

Zum Tatentschluss gehören auch sonstige subjektive Merkmale wie die Zueignungsabsicht beim Diebstahl.

Dem objektiven Tatbestand entspricht beim Versuch das **unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung**.

- Gemäß § 22 StGB muss <Täter> zur Verwirklichung des <Delikts->Tatbestands unmittelbar angesetzt haben. Bejaht wird ein solches unmittelbares Ansetzen (bereits), wenn / sobald ...

b) Rücktritt

306 Als im Deliktsaufbau nach der Schuld zu diskutierender Strafaufhebungsgrund kommt ein Rücktritt in Betracht. Der Obersatz zum Rücktritt kann ganz ähnlich klingen wie der Obersatz zur Strafbarkeit: Es sind Handelnder, Handlung und gesetzliche Regelung (hier: § 24 I

StGB, einschlägige Alternative nicht vergessen) zu benennen. Dabei ist wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt zunächst zu untersuchen, ob es sich um einen beendeten oder einen unbeendeten Versuch handelt.

- <Täter> kann, indem er <handelte>, mit strafbefreiender Wirkung vom Versuch zurückgetreten sein, § 24 I S. 1 oder S. 2 StGB.
- Indem er <handelte / unterließ / aufgab>, kann <Täter> vom Versuch des/r <Delikts> zurückgetreten sein.
- Die Voraussetzungen der Straffreiheit sind unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um einen beendeten oder einen unbeendeten Versuch handelt. Daher ist zunächst zu entscheiden, ob der Versuch des <Täter> bereits beendet war, als er ...

Im Ergebnis:

- <Handlung> führt zur Straflosigkeit des <Handelnden> wegen Rücktritts nach § 24 I n. Alt. StGB.

c) Unterlassen²¹

307 Schon in der Überschrift sollten Sie immer § 13 I StGB mit zitieren. Bei der Umschreibung der Tathandlung können Sie bereits zeigen, dass der Strafbarkeitsvorwurf an ein Unterlassen angeknüpft wird.

- ... eines <Delikts>, begangen durch Unterlassen, ...
- ... wegen <Delikts> durch Unterlassen ...
- Indem <Täter> es unterließ, <notwendige Handlung vorzunehmen>, kann er sich gemäß §§ 13 I StGB, <Strafnorm> wegen eines <Delikts>, begangen durch Unterlassen, strafbar gemacht haben.

Beispiel für den ersten Obersatz: *Weil A es als Arzt unterließ, die Schnittwunde des B ordnungsgemäß zu verbinden, und die Wunde sich entzündete, kann A sich wegen einer Körperverletzung durch Unterlassen gemäß §§ 223, 13 StGB strafbar gemacht haben.*

Erforderlichenfalls ist schon zu Beginn der Prüfung abzugrenzen, ob es sich bei dem dem Täter vorgeworfenen Verhalten um ein Tun oder ein Unterlassen handelt (problematisch etwa in Sterbehilfesituationen). Diese Abgrenzung ist wichtig, weil eine Strafbarkeit wegen Unterlassens eine Garantenstellung voraussetzt.

d) Mittäterschaft

308 Vergessen Sie nicht, § 25 II StGB zu nennen.

Beispiel für den ersten Obersatz: *Indem A dem C in die Hand stach, während B den C festhielt, kann sich A wegen einer gefährlichen Körperverletzung in Mittäterschaft gemäß §§ 223, 224, 25 II StGB strafbar gemacht haben.*

Die Strafbarkeit mehrerer Täter gemeinsam zu begutachten empfiehlt sich nur, wenn sie sich identisch verhalten haben.

- Dadurch, dass <Täter 1> und <Täter 2> <handelten>, können sich beide eines mittäterschaftlich begangenen <Delikts> schuldig gemacht haben
- Indem <Täter 1> und <Täter 2> gemeinsam / zusammen <handelten>, können sie sich des gemeinschaftlichen / mittäterschaftlichen / mittäterschaftlich begangenen / in Mittäterschaft begangenen <Delikts> schuldig gemacht haben.

²¹ Bei unechten Unterlassungsdelikten, also solchen, die auch durch aktives Handeln begangen werden können.

309 Haben sich beide unterschiedlich verhalten, prüft man zweckmäßigerweise denjenigen zuerst, der den Tatbestand allein vollständig oder zum größeren Teil verwirklicht hat (den Tatnäheren), und im Anschluss den anderen.

Für den anderen bietet sich folgender Einstieg an:

- <Täter 2> hat <Tatbestandsmerkmal> nicht selbst verwirklicht; das Verhalten des <Täter 1> kann ihm jedoch möglicherweise aufgrund der mittäterschaftlichen Begehungsweise über § 25 II StGB zugerechnet werden. Voraussetzung dafür sind ein gemeinsamer Tatplan und ein wichtiger Tatbeitrag des <Täter 2>.

Beispiel: *Indem B wie verabredet C festhielt, während A mit dem Messer auf C einstach, kann er sich wegen gemeinschaftlich begangener gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 I, 224, 25 II StGB strafbar gemacht haben. B hat den Messerstich nicht selbst ausgeführt und dadurch C körperlich misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt. Eventuell kann ihm die oben festgestellte Körperverletzung des A über die Mittäterschaft nach § 25 II StGB zugerechnet werden.*

310 Bei mehraktigen oder zusammengesetzten Tatbeständen muss die Strafbarkeit beider Täter gleichzeitig erörtert werden.

Beispiel: Bei einem Raub (§ 249 StGB) wendet <Täter 1> die Gewalt an und <Täter 2> begeht die Wegnahme. Auch hier sind die Voraussetzungen der Mittäterschaft – gemeinsamer Tatplan und gemeinschaftliches Zusammenwirken – ausdrücklich anzusprechen.

e) Mittelbare Täterschaft

311 In Überschrift und Obersatz ist § 25 I Alt. 2 StGB zu nennen.

- Indem er den unvorsätzlich / nicht vorsätzlich / nicht rechtswidrig / rechtmäßig / durch <Rechtfertigungsgrund> gerechtfertigt handelnden / nicht schuldhaft / wegen <Norm> schuldlos handelnden²² <Werkzeug> veranlasste, <zu handeln>, kann sich <Täter> wegen <Delikts>, begangen in mittelbarer Täterschaft, strafbar gemacht haben.
- Indem <Täter> <Werkzeug> benutzte, um <zu handeln>, kann er sich wegen eines <Delikts>, begangen in mittelbarer Täterschaft nach § 25 I Alt. 2 StGB, strafbar gemacht haben.

Beispiel für den ersten Obersatz: *Dadurch, dass A den zwölfjährigen B zwingt, dem C einen schmerzhaften Tritt in die Magengegend zu versetzen, kann sich A wegen einer Körperverletzung, begangen in mittelbarer Täterschaft, nach §§ 223, 25 I Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.*

312 Im objektiven Tatbestand stellen Sie fest:

- <Täter> hat <Tatbestandsmerkmal> nicht selbst erfüllt. Zu fragen ist daher, ob er <Werkzeug> als Werkzeug benutzt hat.

Anschließend fragen Sie, ob das Werkzeug tatbestandsmäßig gehandelt hat. Dann erörtern Sie, ob dieses Handeln dem Täter über die Figur der mittelbaren Täterschaft zugerechnet werden kann.

- Dazu muss <Werkzeug> als Werkzeug gehandelt haben. Das kann sich daraus ergeben, dass <Werkzeug> unvorsätzlich / nicht vorsätzlich / nicht rechtswidrig / rechtmäßig / durch <Rechtfertigungsgrund> gerechtfertigt gehandelt hat / sich im Nötigungsnotstand befand.

f) Beihilfe

313 Vergessen Sie nicht, § 27 I StGB in Überschrift und Obersatz zu nennen.

- <Gehilfe> kann als Helfer des <Haupttäters> / wegen Beihilfe zum/r <Haupttat> des <Haupttäters> nach <Strafnorm>, 27 I StGB strafbar geworden sein, indem er <handelte>.

²² Die Verwendung der Fachbegriffe empfiehlt sich nur, wenn das tatbestandslose, rechtmäßige, schuldlose usw. Handeln des Werkzeugs bereits vorher festgestellt wurde.

- Zum/r <Haupttat> des <Haupttäters> kann / könnte <Gehilfe> dadurch Beihilfe geleistet haben, dass er <handelte>.

Beispiel für den ersten Obersatz: *Indem A Wache stand, während B den C verprügelte, kann sich A wegen Beihilfe zur Körperverletzung gemäß §§ 223, 27 StGB strafbar gemacht haben.*

314 Im **Tatbestand** gehen Sie dann wie folgt vor:

- Erste Voraussetzung ist eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat, zu der <Gehilfe> Beihilfe geleistet haben kann. Dies ist der / die bereits oben festgestellte <Delikt> des <Haupttäters>.

Beim subjektiven Tatbestand sollten Sie den Ausdruck *doppelter Gehilfenvorsatz* trotz seiner Beliebtheit vermeiden. Wie auch sonst muss sich der Vorsatz des Gehilfen auf alle Merkmale des objektiven Tatbestands (hier also: die Haupttat und das Hilfeleisten dazu) beziehen.

Ist nicht klar, ob der Täter Mittäter oder Gehilfe ist, diskutieren Sie zuerst die Mittäterschaft, brechen das Gutachten gegebenenfalls im objektiven Tatbestand ab und prüfen danach mit neuem Obersatz die Beihilfe.

g) Anstiftung

315 Zitieren Sie § 26 StGB in Überschrift und Obersatz.

- <Anstiftungshandlung> kann eine Strafbarkeit des <Anstifters> wegen Anstiftung zum/r <Haupttat> begründen.
- Zum/r <Haupttat> des <Haupttäters> kann / könnte <Anstifter> dadurch angestiftet haben, dass er <handelte>.

Beispiel für den ersten Obersatz: *Indem A dem B eine lohnende Beute in Aussicht stellte, wenn dieser dafür C verprügeln würde, kann sich A wegen einer Anstiftung zur Körperverletzung nach §§ 223, 26 StGB strafbar gemacht haben.*

316 Bei Anstiftung und Beihilfe müssen Sie immer deren **Akzessorietät** beachten, also die Strafbarkeit des Helfers oder Anstifters nur und erst dann erörtern, wenn die Strafbarkeit des Haupttäters bereits festgestellt ist.

h) Fahrlässigkeitsdelikte

317 Wenn eindeutig nur eine Bestrafung wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts (z.B. § 229 StGB) in Betracht kommt, beginnt man die Prüfung mit diesem.

Sind Vorsatz und Fahrlässigkeit voneinander abzugrenzen, empfiehlt es sich, mit dem Vorsatzdelikt (z.B. § 223 StGB) zu beginnen und die Abgrenzungskriterien beim Vorsatz zu diskutieren. Verneinen Sie den Vorsatz, müssen Sie die Prüfung des Fahrlässigkeitsdelikts mit einem neuen Obersatz beginnen, da Sie unter die Voraussetzungen eines anderen Delikts subsumieren (z.B. § 229 StGB nach § 212 StGB). Hinsichtlich des Erfolgseintritts, der Kausalität und der objektiven Zurechnung können Sie auf das bereits beim Vorsatzdelikt Ausgeführte verweisen.

318 Da es beim Fahrlässigkeitsdelikt maßgeblich darauf ankommt, dass der Erfolg aufgrund eines sorgfaltswidrigen Verhaltens des Täters eingetreten ist, ist im Obersatz die sorgfaltswidrige Verhaltensweise möglichst genau zu benennen. Häufig wird hier nur das Geschehen recht allgemein beschrieben.

Beispiel: Kehrt A den Weg vor seinem Haus und lässt den Besen mitten auf dem Weg liegen, so dass B darüber stolpert und sich ein Bein bricht, so ist die Tathandlung nicht das Kehren des Wegs, sondern das Liegenlassen des Besens. Nur hinsichtlich des letzteren lässt sich vernünftigerweise ein Fahrlässigkeitsvorwurf begründen.

Der Obersatz kann lauten *Indem A mitten auf dem Weg einen Besen liegen lässt, über den B stolpert und sich dabei ein Bein bricht, kann A sich nach § 229 StGB wegen einer fahrlässigen Körperverletzung strafbar gemacht haben.*

Wichtig ist, auch im Gutachten genau zu prüfen, worin die Sorgfaltspflichtverletzung besteht. Für den Straßenverkehr etwa gibt es zahlreiche Normen, die Sorgfaltsstandards festlegen (z.B. Höchstgeschwindigkeiten). Oft ist aber zu begründen, warum ein bestimmtes Verhalten als fahrlässig zu betrachten ist, ohne dass hierfür ein gesetzlicher Anhaltspunkt zu finden wäre. Dabei empfiehlt es sich, das normgemäße Verhalten zu beschreiben, also genau anzugeben, wie der Täter sich hätte verhalten müssen. Achten Sie darauf, hier eng am konkreten Fall zu argumentieren und aus den abstrakten Sorgfaltsanforderungen möglichst schnell Standards für die Situation des Täters abzuleiten.

- 319 Beim Fahrlässigkeitsdelikt gibt es keinen subjektiven Tatbestand; die subjektive Fahrlässigkeit wird immer – unabhängig vom finalen oder kausalen Aufbau – bei der Schuld geprüft. Der Täter muss sich auch subjektiv fahrlässig verhalten haben. Dies setzt die subjektive Vorhersehbarkeit des Erfolgs und die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens voraus.

Beispiel: Auch für den schuldfähigen A war es subjektiv vorhersehbar, dass ein anderer über einen öffentlichen Weg laufen und über einen dort liegenden Besen fallen kann, so dass er sich verletzt. A war es zuzumuten, den Besen wegzuräumen und sich so normgemäß zu verhalten. Somit hat A auch subjektiv fahrlässig gehandelt.

3. Rechtsfolgen

- 320 Die Rechtsfolgenseite der Norm wird in strafrechtlichen Gutachten – jedenfalls bis zur Ersten Staatsprüfung – nicht näher thematisiert; für die Bestimmung des **Strafmaßes** fehlt es in den Sachverhalten regelmäßig an Informationen. Es genügt die Feststellung, ob sich der Betreffende strafbar gemacht hat. Der Ausspruch der konkreten Rechtsfolge (Freiheits- oder Geldstrafe, Umfang der Strafe, Strafaussetzung zur Bewährung, Gesamtstrafenbildung usw.) ist eine eigene Wissenschaft, die im akademischen Unterricht fast keine Rolle spielt und deren Kenntnis von Ihnen – noch – nicht verlangt wird. Das ist schon deswegen nicht möglich, weil die für eine Strafzumessungsentscheidung benötigten Informationen nicht auf einer DIN A4-Seite Platz fänden.

Etwas Anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise ausdrücklich – etwa nach der Zulässigkeit einer bestimmten Strafe – gefragt wird²³.

4. Konkurrenzen

- 321 Während im Zivilrecht Konkurrenzfragen meist eher im Vorübergehen erörtert werden, sieht der regelmäßige Aufbau eines strafrechtlichen Gutachtens einen eigenen Abschnitt über das Konkurrenzverhältnis der Straftatbestände vor, die bejaht wurden. Obwohl an dieser Stelle selten ein Schwerpunkt liegt, sollte man die damit verbundenen Fragen nicht übergehen²⁴. Das geht schon deswegen nicht, weil man eine Vorstellung davon haben muss, welcher Tatbestand zwar vorliegt, aber im Ergebnis etwa konsumiert wird. (Ein solcher ist eben auch nur kurz zu begutachten.)

²³ Zur Einführung Brögelmann JuS 2002, 903 ff., 1005 ff.; näher Streng Sanktionen; Meier Sanktionen.

²⁴ Instruktiv Walter JA 2004, 133 ff.; Seher JuS 2004, 392 ff.

Es empfiehlt sich, die Konkurrenzen erst am Ende der Bearbeitung zu diskutieren²⁵, da dann feststeht, welche Straftatbestände erfüllt sind. Ein im Gutachten geprüfter, aber nicht verwirklichter Tatbestand wird auch bei den Konkurrenzen nicht mehr erwähnt.

Zuerst ist zu überlegen, ob der Täter sich durch mehrere einzelne rechtlich selbstständige Handlungen strafbar gemacht hat. In diesem Fall spricht man von Tatmehrheit (§ 53 StGB).

Beispiel: A raubt B deren Handtasche und beleidigt sie dabei, zwei Tage später begeht er einen weiteren Diebstahl bei B; strafbar ist er nach §§ 249, 240, 242, 185 StGB wegen Raubs, Nötigung, Diebstahls und Beleidigung. Ausführlich sollte man dann § 249 StGB prüfen, §§ 242 und 240 StGB nur kurz, da diese denen des § 249 StGB fast entsprechende Tatbestandsmerkmale aufweisen; § 185 StGB und § 242 StGB wegen des zweiten Diebstahls sind in »normalem« Umfang zu erörtern.

Strafbarkeit nach den §§ 249, 242, 240, 185 StGB – Tateinheit;

Strafbarkeit nach den §§ 249, 242, 240 StGB – Gesetzeskonkurrenz;

Strafbarkeit nach § 242 StGB – Tatmehrheit.

Formulierung: *A hat sich im ersten Tatkomplex gemäß §§ 249, 242, 240, 185 StGB, im zweiten Tatkomplex gemäß § 242 StGB strafbar gemacht. Im ersten Komplex treten §§ 242, 240 StGB im Weg der Gesetzeskonkurrenz hinter die Strafbarkeit aus § 249 StGB zurück²⁶. A hat sich somit wegen Raubs gemäß § 249 StGB und tateinheitlich²⁷ dazu gemäß § 52 StGB wegen einer Beleidigung gemäß § 185 StGB strafbar gemacht. Der zwei Tage später begangene Diebstahl (§ 242 StGB) steht hierzu in Tatmehrheit gemäß § 53 StGB.*

²⁵ Das führt oft dazu, dass beim Klausurenschreiben wegen der gegen Ende auftretenden Zeitnot die Konkurrenzen sehr knapp oder gar nicht behandelt werden. Während man hier teils auf das Verständnis der Korrektorinnen zählen kann, sollte man beim Verfassen einer Hausarbeit die Konkurrenzen nicht vernachlässigen.

²⁶ Im Allgemeinen genügt es, *Gesetzeskonkurrenz* zu schreiben, ohne auf deren einzelne Formen einzugehen, weil letzteres eine leicht zu umgehende Fehlerquelle ist. Zudem ist die Frage umstritten.

²⁷ Ein einzelnes Delikt kann nie als solches tateinheitlich oder tatmehrheitlich begangen worden sein, sondern immer nur im Verhältnis zu anderen Delikten. Beispiel: Nicht *A hat tateinheitlich einen Diebstahl begangen*, sondern *A hat in Tateinheit mit dem Diebstahl eine Sachbeschädigung begangen*.