



Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
RR Sascha Sebastian, M.mel. (Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
RD Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
RiOLG Prof. Dr. Dominik Skauradszun, LL.M.
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
LMR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

Aus dem Inhalt

Beitrag

von Zons

Wider den „Freispruch unter Vorbehalt“

Fallbearbeitung

Hippeli

Strafrecht: „Schwarzfahrer unterwegs“

Rechtsprechung

BGH

Sachmängelhaftung bei Oldtimern
und Gewährleistungsausschluss

BGH

Kein Verbraucherbaupvertrag bei
sukzessiver Beauftragung

BVerfG

Einstweiliger Ausschluss der Partei „Die Heimat“
(vormals NPD) von der staatlichen
Parteienfinanzierung

Rezension

Dolzer

Wicke, GmbHG, 5. Auflage (2024)

Inhaltsverzeichnis

Beitrag	Jonas von Zons Wider den „Freispruch unter Vorbehalt“	Seite ▶ 76
Fallbearbeitung	Michael Hippeli Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Schwarzfahrer unterwegs“	Seite ▶ 90
Rechtsprechung Zivilrecht	BGH Sachmängelhaftung bei Oldtimern und Gewährleistungsausschluss Urteil vom 10.04.2024 (<i>Luca Maria Holst</i>)	Seite ▶ 96
	BGH Kein Verbraucherbaupvertrag bei sukzessiver Beauftragung Urteil vom 16.10.2023 (<i>Tim Tetz/Benedikt Deeg</i>)	Seite ▶ 99
Rechtsprechung Öffentliches Recht	BVerfG Einstweiliger Ausschluss der Partei „Die Heimat“ (vormals NPD) von der staatlichen Parteienfinanzierung Urteil vom 23.01.2024 (<i>Michael Hippeli</i>)	Seite ▶ 102
Rezension	Pius O. Dolzer Wicke, GmbHG, 5. Auflage (2024)	Seite ▶ 102

Editorial

Die vorletzte Ausgabe des Jahres 2024 beginnt wie gewohnt mit einem **Beitrag**. In „*Wider den ‚Freispruch unter Vorbehalt‘*“ befasst sich VON ZONS mit einem der zentralen Grundsätze eines rechtsstaatlichen Strafprozesses, dem Verbot der Doppelbestrafung oder genauer, dem *ne bis in idem*-Grundsatz. Ausgangspunkt ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 362 Nr. 5 StPO, welche analysiert und bewertet wird. Darauf aufbauend geht der Autor auch der Frage nach, ob eine entsprechende Regelung – *de lege ferenda* – auch verfassungsgemäß möglich wäre.

Die **Fallbearbeitung** beginnt mit einer Klausur aus dem **Strafrecht**, welche sich in erster Linie an Studierende der „großen“ Übung richtet. Unter der Überschrift „*Schwarzfahrer unterwegs*“ liefert HIPPELI einen didaktischen Überblick über das Kernproblem des Erschleichens von Leistungen bei der Beförderungser-schleichung; der Auslegung des Merkmals des „Erschleichens“. Daneben wird auf die sonst in der Ausbildung eher stiefmütterlich behandelte Norm des gefährlichen Eingriffs in den Bahnverkehr eingegangen.

Der Bereich zur **Rechtsprechung** beginnt wie gehabt mit dem **Zivilrecht**. In der ersten Entscheidung musste sich der achte Zivilsenat des Bundesgerichtshofes mit der Frage auseinandersetzen, welche Mängel genau von einer zuvor zwischen den Parteien des Kaufvertrags (ausdrücklich oder stillschweigend) geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung über einen Oldtimer erfasst sind (HOLST). In der zweiten Entscheidung in dieser Ausgabe war der siebente Zivilsenat sodann zur Entscheidung über die Frage berufen, ob es für die Annahme eines Verbraucherbaupertrages auf die Gesamtheit aller dem Unternehmer sukzessive im Verlauf von Bauarbeiten erteilten selbständigen Aufträge ankommt (TETZ/DEEG). Im öffentlichen Recht musste sich sodann der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts damit beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen der einstweilige Ausschluss einer Partei von der staatlichen Parteienfinanzierung verfassungsrechtlich geboten und inwieweit die nachträglich in die Verfassung eingefügte Regelung hierzu mit dieser vereinbar ist (HIPPELI).

Das Heft schließt mit einer **Rezension** des Werkes von Wicke zum GmbHG, welches 2024 in der fünften Auflage erschienen ist (DOLZER).



Prof. Dr. **Christian F. Majer**
Schriftleiter

▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



RR **Sascha Sebastian**, M.Mel.
Stellvertretender Schriftleiter

▶ schlussredaktion@zeitschrift-jse.de

Beitrag

Jonas von Zons, M. iur.

Wider den „Freispruch unter Vorbehalt“

Zur Verfassungswidrigkeit des § 362 Nr. 5 StPO



Jonas von Zons | Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie (Prof. Dr. Peter M. Huber) der Ludwig-Maximilians-Universität München.

E-Mail-Kontakt: ▶ jonasvonzons@gmail.com

Gliederung

Abstract

A) Einführung

B) System der Wiederaufnahme des Strafverfahrens

C) Verfassungsrechtliche Bewertung der Erweiterung

I. Verstoß gegen das Mehrfachverfolgungsverbot

1. Schutzbereich

2. Einschränkung

- a) Absolute Gewährleistung?
- b) Konstitutionalisierung des § 362 StPO?
- c) Abwägungsoffenheit und verfassungsimmanente Schranken
- d) Kernbereichsdogmatik des BVerfG
- e) Kontrollmaßstab und Systemkonformität des § 362 Nr. 5 StPO
 - aa) Keine systemkonforme Fortschreibung des § 362 Nr. 1-3 StPO
 - bb) Anknüpfung an § 362 Nr. 4 StPO?
 - cc) Vergleich mit der Parallelvorschrift der günstigen Wiederaufnahme
 - dd) Vergleich mit anderen Wiederaufnahmemöglichkeiten
 - ee) Weitere verfassungsrechtliche Legitimationsversuche
 - ff) § 362 Nr. 5 StPO als Fremdkörper im System der Wiederaufnahme
 - gg) Art. 103 Abs. 3 GG als „Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit“

3. Ergebnis

II. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot

1. Kontrollmaßstab

2. Bewertung

III. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz

1. Kontrollmaßstab

2. Bewertung

IV. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

1. Kontrollmaßstab

2. Bewertung

D) Ergebnis

E) Einführung durch Verfassungsänderung?

F) Fazit und Ausblick

Abstract

Kurz vor Ende der vergangenen Legislaturperiode beschloss der Bundestag in einem eher unscheinbaren Verfahren eine folgenschwere Änderung der Strafprozessordnung. Die zuvor vier Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO sind auf diese Weise um einen fünften Tatbestand erweitert worden. Strafverfahren sollten demnach für bestimmte Straftatbestände im Falle neuer Beweise oder Tatsachen neu aufgerollt werden können. Nachdem das BVerfG bereits im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Norm ernstgenommen hatte, hat der Zweite Senat § 362 Nr. 5 StPO für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Das Urteil stellt sich dabei insbesondere als Grundsatzentscheidung für das dogmatisch bisher wenig erschlossene Terrain des ne bis in idem-Grundrechts dar, aber auch darüber hinaus warf die Erweiterung verfassungsrechtliche Zweifel auf. Fraglich ist nicht zuletzt, ob sich ein ungünstiger Wiederaufnahmetatbestand propter nova womöglich nach einer Verfassungsänderung einführen ließe.

A) Einführung

Die Erweiterung der ungünstigen Wiederaufnahme durch das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“¹ war eine Reaktion des Gesetzgebers auf den Fall *Frederike von Möhlmann*, der im Jahr 1981 die Bundesrepublik erschütterte,² fügt sich aber auch in eine lange Reihe ähnlicher Änderungsvorhaben aus früheren Legislaturperioden ein.³ Der kurios anmutende Titel offenbarte die Zielsetzung der Reform: Die Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten soll einen als unbefriedigend empfundenen Rechtszustand korrigieren und rekuriert maßgeblich auf das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung. Zugleich war die Änderung bereits vor der mündlichen Verhandlung in Karlsruhe Gegenstand einer kontroversen Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit und rechtspolitische Notwendigkeit des § 362 Nr. 5 StPO,⁴ auch aufgrund der im Rahmen der Ausfertigung zum Ausdruck gebrachten Zweifel des Bundespräsidenten.⁵ Nachdem das *LG Verden* die Untersuchungshaft des Tatverdächtigen im genannten Mordfall angeordnet und das *OLG Celle* dies als Beschwer-

1 BGBl. I 2021, S. 5252.

2 ▶ *BT-Drs. 19/30399*, S. 10.

3 Sehr ähnliche Änderungsvorschläge finden sich in einem Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion aus dem Jahr 1993 (▶ *BT-Drs. 12/6219*), derselben Fraktion von 1996 (▶ *BT-Drs. 13/3594*), des Bundesrates von 2008 (▶ *BT-Drs. 16/7957* = ▶ *BR-Drs. 655/07*) sowie erneut von 2010 (▶ *BR-Drs. 222/10*), dort allerdings mit einer Eingrenzung auf „wissenschaftlich anerkannte technische Untersuchungsmethoden“. Vgl. zu noch älteren Reformbestrebungen auch *Deml*, Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens (1979), S. 135 ff. und zu solchen allgemein zum Wiederaufnahmerecht *Hanack*, *JZ* 1973, 393 (394 ff.).

4 Dazu instruktiv aus diskursiver Perspektive und mit einer Zusammenfassung des einschlägigen verfassungsrechtlichen und strafrechtlichen Schrifttums *Gerson*, *NK* 2023, 29, *passim*. Ausführliche rechtspolitische Kritik an § 362 Nr. 5 StPO bei *Mitsch*, *KriPoZ* 2023, 371, *passim*.

5 Bundespräsident *Steinmeier* meldete nach eingehender verfassungsrechtlicher Prüfung jedenfalls Zweifel an der Verfassungskonformität des Entwurfes insbesondere mit Blick auf das Mehrfachverfolgungsverbot (Art. 103 Abs. 3 GG) und das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgende Rückwirkungsverbot an, fertigte ihn indes aus. Dazu die Pressemitteilung vom 22.12.2021 auf der ▶ [Website des Bundespräsidenten](#) (zuletzt abgerufen am 30.4.2024).

degericht bestätigt hatte, hat das BVerfG den Beschluss im Wege einer einstweiligen Anordnung außer Vollzug gesetzt und die Zweifel an der Verfassungskonformität der Reform bereits zu diesem Zeitpunkt ernst genommen.⁶ Der Zweite Senat des Gerichts hat die streitgegenständliche Norm des § 362 Nr. 5 StPO mittlerweile für verfassungswidrig und nichtig erklärt.⁷

B) System der Wiederaufnahme des Strafverfahrens

Ungleich größer als sein Bekanntheitsgrad ist die verfassungsrechtliche Brisanz des vierten Buches der StPO. Der Regelungskomplex beinhaltet die einfachgesetzliche Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Rechtsfrieden bzw. Rechtssicherheit⁸ in Gestalt des Instituts der Rechtskraft und der Wahrheitsfindung als Aspekt materieller Gerechtigkeit⁹ als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips. Der Rechtsbehelf der Wiederaufnahme durchbricht die materielle Rechtskraft und bezweckt letztlich die Korrektur strafgerichtlicher Fehlerurteile.¹⁰ Der Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit bildet neben der Bezeichnung des Gesetzes vorliegend auch die primäre Motivation des Gesetzgebers. Das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ zielte letztlich darauf ab, das Schwergewicht der im Rahmen dieser legislativen Ausgestaltungsbefugnis vorgenommenen Abwägung zur Vermeidung „schlechterdings unerträglicher Ergebnisse“¹¹ zugunsten der Gerechtigkeit zu verschieben. Dieser Aspekt der Begründungslogik knüpfte dabei zumindest rhetorisch an die *Radbruch'sche Formel* an.¹² Flankiert wurde diese gesetzgeberische Zielsetzung durch die beabsichtigte Stärkung des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Funktionsfähigkeit in die Strafrechtspflege.¹³

Möglich ist einerseits die Wiederaufnahme *in bonam partem* (zugunsten des Freigesprochenen) gemäß § 359 StPO, der hierfür insgesamt sechs Wiederaufnahmetatbestände enthält, darunter unter anderem der hier interessierende Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel (Nr. 5). Dieser Beitrag fokussiert sich indes auf die Wiederaufnahme *in malam partem* (zuungunsten des Freigesprochenen), die in § 362 StPO durch das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ statt den zuvor vier zwischenzeitlich fünf Wiederaufnahmetatbestände enthielt. Neben drei Wiederaufnahmegründe *propter falsa* wegen gravierender Verfahrensmängel (Nrn. 1-3) tritt ein Tatbestand *propter nova* aufgrund

eines glaubhaften Geständnisses des Freigesprochenen (Nr. 4) und aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel (ehemals Nr. 5). Das Verfahren der Wiederaufnahme gliedert sich in zwei Verfahrensabschnitte: Am Anfang steht das *Additionsverfahren*,¹⁴ in dem das zuständige Gericht¹⁵ die Zulässigkeit der Wiederaufnahme prüft, d. h. das Vorliegen des Antrages unter Bezeichnung des gesetzlichen Wiederaufnahmegrundes sowie gemäß § 366 Abs. 1 StPO der Beweismittel durch einen Antragsberechtigten.¹⁶ Ist der Antrag zulässig, prüft das Gericht im *Probationsverfahren* die Begründetheit des Wiederaufnahmeartrages und damit das Vorliegen eines der in §§ 359, 362 StPO genannten Wiederaufnahmegründe. Ist der Antrag begründet, ordnet das Gericht wiederum gemäß §§ 370 Abs. 2, 373 StPO die Durchführung einer neuen Hauptverhandlung an.¹⁷ Neben die in der StPO normierte Wiederaufnahme des Verfahrens nach Abschluss eines ordentlichen Strafprozesses tritt die Möglichkeit einer Wiederaufnahme im Strafbefehlsverfahren nach § 373a StPO, die im Rahmen der verfassungsrechtlichen Beurteilung des § 362 Nr. 5 StPO jedoch an anderer Stelle erörtert wird.¹⁸

C) Verfassungsrechtliche Bewertung der Erweiterung

Die bundespräsidiale Stellungnahme sowie die Angriffsrichtung der Verfassungsbeschwerde legen die beiden Schwerpunkte der verfassungsrechtlichen Bewertung offen (Mehrfachverfolgungsverbot und Rückwirkungsverbot). Daneben existieren weitere Problemdimensionen (Gleichheitssatz und Bestimmtheitsgebot), die im Rahmen dieser Abhandlung jedoch nur eingeschränkte Erwähnung finden sollen.

I. Verstoß gegen das Mehrfachverfolgungsverbot

Das Herzstück der verfassungsrechtlichen Kritik bildet das Mehrfachverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG („ne bis in idem“). Dieses Studenten eher wenig geläufige Justizgrundrecht spielt in der juristischen Ausbildung regelmäßig eine untergeordnete Rolle. Es hat mit der vorliegenden Gesetzesnovelle indes seine Position in der „letzten Reihe“ der Grundrechte verlassen und ist in das Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt. In einem auffälligen Missverhältnis zu seiner stiefmütterlichen Behandlung und seinem Bekanntheitsgrad steht gleichwohl die Bedeutung des *ne bis in idem*-Grundsatzes für die Entwicklung des liberalen Rechtsstaates und seine bis in die Antike zurückreichende Ideengeschichte.¹⁹ Zudem darf die weit verbreitete und wohl Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG entlehnte Bezeichnung als „grundrechtsgleiches

6 BVerfGE 162, 358. Vgl. auch die Verlängerung der einstweiligen Anordnung durch BVerfG, Beschl. v. 20.12.2022 – 2 BvR 900/22.

7 BVerfGE 166, 359.

8 Zur Rechtssicherheit BVerfGE 2, 380 (403). Aus Perspektive des Betroffenen auch als Vertrauensschutz verstanden, vgl. BVerfGE 94, 241 (258 f.).

9 Terminologisch lediglich „Gerechtigkeit“ in BVerfGE 21, 378 (388) bzw. stellenweise auch „materiale Gerechtigkeit“ in BVerfGE 22, 322 (329) und nunmehr in BVerfGE 166, 359 (389 Rn. 78); zur *materiellen* Gerechtigkeit als Postulat des Rechtsstaatsprinzips wiederum eingehend BVerfGE 133, 168 (198).

10 Engländer/Zimmermann, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2019), Vorbem. zu § 359 Rn. 1; Singelstein, in: Graf, BeckOK-StPO, 53. Ed. (01.10.2024), § 359 Rn. 1. Vgl. zum Begriff der Fehlentscheidung bzw. des Fehlerurteils die umfassende Darstellung bei Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. I (1970), S. 11 ff.

11 ▶ BT-Drs. 19/30399, S. 1; terminologisch ähnlich ist an anderer Stelle von einem „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“ die Rede (ibid., 2, 6). Kritisch zu dieser Begründungslogik des Gesetzgebers Schiffbauer, NJW 2021, 2097 (2098 f.).

12 Radbruch, SJZ 1946, 105 (107): „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“ Kritisch zur Adaption dieser Sentenz durch den Gesetzgeber Schweiger, ZfStW 2022, 397 (403 f.) und Leitmeier, StV 2021, 341 (343 f.).

13 ▶ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

14 Auch „Aditionsverfahren“ genannt, so etwa Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 5. Aufl. (2023), § 362 Rn. 24 und Eschelbach, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, 33. EL (2002), Vor § 359 Rn. 43.

15 Zuständig ist gemäß § 367 Abs. 1 S. 1 StPO iVm. § 140a Abs. 1 S. 1 GVG ein anderes Gericht mit gleicher sachlicher Zuständigkeit wie das Gericht, gegen dessen Entscheidung sich der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens richtet. Im Fall *Frederike* bedeutete dies, dass nicht mehr das LG Lüneburg zuständig war, sondern die Zuständigkeit für die neue Hauptverhandlung auf das LG Verden überging.

16 Antragsberechtigt sind gemäß § 366 Abs. 1 iVm. § 296 Abs. 1 StPO die StA, formell auch der Angeklagte sowie gemäß § 390 Abs. 1 S. 2 StPO ein bereits im Ausgangsverfahren zugelassener Privatkläger. Zum Ablauf des Additionsverfahrens Arnemann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 96 ff. und Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2023), § 33 Rn. 5 ff.

17 Allgemein zum Verfahrensgang Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 8. Aufl. (2014), Rn. 356 f.; Feilcke, in: Miebach/Hohmann, Wiederaufnahme in Strafsachen (2016), Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten, Rn. 6 f.

18 Dazu unter C) I. 2. e) dd).

19 Zur Historie im Überblick Schroeder, JuS 1997, 227 (228) sowie BVerfGE 166, 359 (361 ff. Rn. 3 ff.); vertieft Schwarplies, Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes „ne bis in idem“ im Strafprozess (1970), S. 14 ff. und Frank, Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im Strafverfahren (2022), S. 11 ff.

Recht²⁰ nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich hierbei um ein echtes Grundrecht des Einzelnen auf Einmaligkeit der Strafverfolgung handelt.²¹

1. Schutzbereich

Obleich der Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG lediglich ein Mehrfachbestrafungsverbot umfasst, dehnt das Bundesverfassungsgericht²² den Schutzbereich des Grundrechts im Einklang mit dem Schrifttum²³ auf ein Mehrfachverfolgungsverbot aus, das bereits mit der Einleitung eines erneuten Strafverfahrens tangiert ist.²⁴ Sein persönlicher Schutzbereich erstreckt sich folglich nicht nur auf den Verurteilten, sondern auch auf den Freigesprochenen. Gerechtfertigt wird diese für sich genommen *contra constitutionem* erfolgte Erweiterung im Wesentlichen mit einem historisch-teleologischen Begründungsmuster. Zum einen stellt sich die Aufnahme der Gewährleistung in das Grundgesetz – anders noch die Weimarer Reichsverfassung, deren Art. 116 lediglich dem heutigen Art. 103 Abs. 2 GG entsprach – eine Reaktion auf ihre Aushebelung in der Zeit des Nationalsozialismus dar. Die Bedeutung der Rechtspraxis im „Dritten Reich“ als Kontrastfolie des Grundgesetzes lässt sich insbesondere anhand der Wortbeiträge im Zuge der Beratungen des Parlamentarischen Rates rekonstruieren, die dies als primäre Erwägung zur Konstitutionalisierung des Grundsatzes im Grundgesetz herausstellen.²⁵ Vorherige Verfassungen in Deutschland enthielten ein Mehrfachverfolgungsverbot gar nicht. Das Reichsgericht setzte seine Geltung in seiner Rechtsprechung wohl aber als einen Gewohnheitsrechtssatz stillschweigend voraus.²⁶ *Ne bis in idem* wurde freilich weniger als grundrechtliches Phänomen, sondern eher als rein objektiv-rechtliche Eingrenzung der Rechtskraft begriffen.²⁷

Neben den Rekurs auf den Willen des Verfassungsgebers treten objektiv-teleologische Erwägungen mit einem Wechsel in die Perspektive des Bürgers: Art. 103 Abs. 3 GG dient auch dem Schutz des Grundrechtsträgers vor den Belastungen einer strafrechtlichen Verfolgung und einer öffentlichen Stigmatisierung

durch ein damit einhergehendes antizipiertes Unwerturteil einer Inkulpatation,²⁸ erhält also eine persönlichkeitsrechtliche Facette. Ferner dient die Vorschrift allgemein der Rechtssicherheit der Person.²⁹ Zuletzt ist die unterschiedliche Ausgangslage der Verfahrensbeteiligten in Erwägung zu ziehen: Die Staatsanwaltschaft verfügt im Verhältnis zum Angeklagten über ein erhebliches Mehr an Wissen, Ermittlungsmöglichkeiten und Finanzmitteln.³⁰ Von *prozessualer Waffengleichheit* kann hier keine Rede sein,³¹ vielmehr handelt es sich um „strukturelle Asymmetrie[n]“³². Eine Verurteilung oder ein Freispruch stellen damit als *Strafklageverbrauch* ein von Amts wegen zu prüfendes Verfahrenshindernis für einen erneuten Strafprozess dar.³³

2. Einschränkbarkeit

Im Anschluss an die Reichweite des Art. 103 Abs. 3 GG ist die deutlich umstrittenere Frage nach der Einschränkbarkeit des Mehrfachverfolgungsverbot in den Blick zu nehmen. Das Grundrecht ist ein methodisch unterentwickeltes Gebiet. Wenig überraschend also, dass sich

auf die Aktualität der hier diskutierten Frage in jüngerer Vergangenheit eine große Vielfalt vertretener Positionen herausgebildet hat. Im Zuge einer groben Systematisierung lassen sich gleichwohl *grosso modo* vier Meinungsgruppen unterscheiden.

a) Absolute Gewährleistung

Zunächst besteht die Möglichkeit, das Mehrfachverfolgungsverbot als absolute Garantie zu verstehen. Mögliche Eingriffe wären einer Rechtfertigung demnach nicht zugänglich, ein Eingriff zieht mit anderen Worten stets eine Verletzung nach sich.³⁴ Hierfür spricht zunächst der Wortlaut als Ausgangspunkt jeder Auslegung, also auch der Verfassungsinterpretation; dieser enthält keinen Gesetzesvorbehalt.³⁵ Begründet wird diese Positi-

20 Etwa Arnemann, StraFo 2021, 442 (444); Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 103 Rn. 95 und nun auch BVerfGE 166, 359 (etwa 380 Rn. 56). Im Kontext des Gesetzgebungsverfahrens zu § 362 Nr. 5 StPO auch die ► **Stellungnahme Kubiciels**, S. 5. (zuletzt abgerufen am 24.07.2024).

21 Wie hier und Brade, AöR 146 (2021), 130 (137) mwN. Als „klassisches Abwehrrecht“ bezeichnet bei Grünwald, ZStW 2008, 545 (567) und ähnlich Fliedner, AöR 99 (1974), 242 (254).

22 BVerfGE 12, 62 (66) unter Bezugnahme auf RGSt 72, 99 (102) sowie BGHSt 5, 323 (328); BVerfGE 23, 191 (202); 65, 377 (381); so auch BVerfGK 4, 49 (52). Unlängst BVerfGE 162, 358 (371 f. Rn. 46).

23 Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 85. EL (11/2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 61 mwN.; aA. nur Helbing, ZRP 2010, 271 und Letzgus, in: FS-Geppert, (2011), S. 785 (793); ders., NStZ 2020, 717 (718 f.) sowie Hoven, die ausdrücklich einen differenzierenden Ansatz verfolgt, indem sie das Mehrfachbestrafungsverbot im Einklang mit dem Wortlaut in Art. 103 Abs. 3 GG verortet, das Mehrfachverfolgungsverbot aber als Teil des Rechtsstaatsprinzips sieht, vgl. dies., JZ 2021, 1154 (1157).

24 Diese Rechtsprechungslinie nunmehr bestätigend BVerfGE 166, 359 (381 ff. Rn. 58 ff.).

25 Hinzuweisen ist zum einen auf den Wortwechsel am Ende der siebten Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, vgl. Büttner/Wettengel, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 13/II (2002), S. 1438. Ausdrücklich zum anderen die widerspruchslöse Äußerung des SPD-Abgeordneten Georg August Zinn während der Sitzung des Ausschusses: „Der Grundgedanke ist, daß niemand wegen derselben Straftat wiederholt verfolgt werden darf.“, zitiert nach Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 13/II (2002), S. 1465.

26 RGSt 2, 347 (348). Das trifft im Hinblick auf die Diskussion um die Wiederaufnahme als ausnahmsweise Durchbrechung des *ne bis in idem*-Satzes wohl auch auf den historischen Gesetzgeber der Reichsstrafprozessordnung zu, vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung, Abt. 1, 1880, S. 205 ff., 271.

27 Exemplarisch RGSt 35, 367 (369 f.). Beachte nur die Bezeichnung als „materielles Schutzrecht“ des Angeklagten (ibid., 370).

28 Prägnant Nolte, in: HGR, Bd. V (2013), § 135 Rn. 35: „Schutz vor Stigmatisierung und Unsicherheit, die mit der Rolle des Angeklagten in einem Strafverfahren verbunden ist.“ Dazu vertieft Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft (2015), S. 120 ff. und systembildend Voulgaris, Transnationales „ne bis in idem“ zwischen staatlicher Schutz- und Achtungspflicht (2016), S. 90 ff. Zu den multidimensionalen Eingriffsintensität eines Strafverfahrens auch Pohlreich, HRRS 2023, 140 (140 f.).

29 Dazu Fliedner, AöR 99 (1974), 242 (254): „Die Würde des Menschen sowie sein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 GG) erfordern es, daß dem Einzelnen ermöglicht wird, einen Schlußstrich unter sein von der Rechtsordnung mißbilligtes Verhalten zu ziehen und es einmal als endgültig erledigt betrachten zu können.“

30 Pohlreich, HRRS 2023, 140 (141 f.) Dessen ist sich auch das BVerfG bewusst, wenn es von „in der Rollenverteilung begründete[n] verfahrensspezifische[n] Unterschiede in den Handlungsmöglichkeiten von StA und Verteidigung“ spricht, vgl. etwa BVerfGE 38, 105 (111); 63, 45 (61); 63, 380 (392 f.); 122, 248 (272); 133, 168 (200 Rn. 59).

31 Dieser Begriff taucht in der Rspr. des BVerfG nicht nur in Bezug auf das Strafverfahren, sondern auch auf den Zivilprozess auf und wird auf Art. 103 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG gestützt, vgl. dazu BVerfG NJW 2001, 2531 (2531) mwN.

32 Treffend insoweit Pohlreich, HRRS 2023, 140 (142).

33 Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2023), § 25 Rn. 11. Als „verfassungsrechtlich garantiertes Prozesshindernis“ bezeichnet bei Radtke, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 59. Ed. (15.08.2023), Art. 103 Rn. 45.

34 So unlängst Brade, AöR 146 (2021), 130 (170 f.); Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (358 f.); Grübl, ZJS 2022, 1 (6); ferner Sodan, in: ders., 4. Aufl. (2018), GG, Art. 103 Rn. 31 f.; Höfling/Burkiczak, in: Friauf/Höfling, GG, 26. EL (IV/2009), Art. 103 Rn. 175; Wassermann, in: AK-GG, 2. Aufl. (1989), Art. 103 Rn. 55; Hassemer, in: FS-Maihofer (1988), S. 183 (203); Maier, in: GedS Kaufmann (1989), S. 789 (794); Neumann, in: FS-Jung (2007), S. 655 (666 f.); Hufen, Staatsrecht II, 10. Aufl. (2023), § 21 Rn. 66; Ipsen, Staatsrecht II, 23. Aufl. (2020), Rn. 939; implizit Grünwald, StV 1987, 453 (457); früher Sachs, Verfassungsrecht II, 2. Aufl. (2003), S. 525; in diese Richtung auch Scherzberg/Thiée, ZRP 2008, 80 (81) und Dünnebiel, in: FG Peters (1984), S. 333 (346 f.), der als Konsequenz jedoch an den Gesetzgeber appelliert, die ungünstige Wiederaufnahme gänzlich abzuschaffen.

35 Sodan, in: ders., 4. Aufl. (2018), GG, Art. 103 Rn. 31; Neumann, in: FS-Jung

on weiterhin mit der Binnensystematik des Art. 103 GG, der in Abs. 2 spezielle strafrechtsbezogene Ausprägungen allgemeiner Erscheinungsformen des Rechtsstaatsprinzips (Bestimmtheitsgebot und Rückwirkungsverbot) enthält, die absolute Geltung beanspruchen.³⁶ Die gesonderte Normierung des *ne bis in idem*-Grundsatzes in Abs. 3 gebe sich demnach ebenfalls als absolute Gewährleistung zu verstehen, sodass der Verfassungsgeber bei Schaffung des Grundgesetzes die Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit bereits vorgenommen hat und diese einer einfachgesetzlichen Konkretisierung somit gänzlich unzugänglich ist. Neben das systematische Argument tritt die Nähe des Grundrechts zur Menschenwürdegarantie,³⁷ die gleichermaßen absoluten Charakter besitzt.³⁸ Für ein solches Verständnis der Norm streiten ebenfalls der Grundsatz der Grundrechtseffektivität³⁹ und die hohe Eingriffsintensität nicht nur einer Bestrafung,⁴⁰ sondern auch bereits der ihr vorgelagerten Strafverfolgung (s.o.). Stellt man sich auf diesen Standpunkt, gelangt man konsequenterweise zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit nicht nur der streitgegenständlichen StPO-Novelle, sondern des gesamten § 362 StPO.⁴¹

Hiergegen spricht indes, dass allein ein einschränkungsloser Wortlaut noch nicht zwingend zu einer generellen Abwägungsresistenz führt. Dies umso mehr im Vergleich mit anderen Grundrechten, man denke etwa an die Religionsfreiheit.⁴² Überdies setzt sich die herrschende Lesart des Art. 103 Abs. 3 GG mit der Annahme eines Mehrfachverfolgungsverbot (s.o.) bereits über den Wortlaut der Vorschrift hinweg. Der Verweis auf den systematischen Zusammenhang mit Art. 103 Abs. 2 GG büßt an Überzeugungskraft ein, wenn man berücksichtigt, dass sich ein solcher Zusammenhang auch mit Art. 103 Abs. 1 GG ausmachen lässt.⁴³ Auch die Plausibilität des Bezugs zu Abs. 2 lässt sich vor dem Hintergrund in Abrede stellen, dass das BVerfG selbst von einer Einschränkung des Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG in Ausnahmefällen ausging.⁴⁴ Diese Beurteilung lässt sich gleichwohl kontextuell mit der Aufarbeitung des DDR-Unrechts erklären. Ebenfalls erscheint die Annahme einer absoluten Geltung angesichts der bereits rechtsfortbildende Ausdehnung der Reichweite des Mehrfachverfolgungsverbot im Interesse

einer Korrespondenz von Schutzbereich und Schranken nicht sachgerecht.⁴⁵ Eine derartige Erweiterung der Eingriffsmöglichkeiten ist bekanntermaßen bereits im Zuge der Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG vorgenommen worden.⁴⁶ Zuletzt überdehnt das Verständnis des Art. 103 Abs. 3 GG aus dem grundrechtstheoretischen Zusammenhang mit der Menschenwürdegarantie deren Normgehalt und kommt einer Relativierung des „tragenden Konstitutionsprinzips“⁴⁷ des Grundgesetzes gefährlich nahe.⁴⁸

b) Konstitutionalisierung des § 362 StPO?

Einen gänzlich anderen Weg schlägt die sog. *Versteinerungsthese* ein: Vertreter dieser Position gehen davon aus, dass der als inhaltliche Fortgeltung des alten § 402 RStPO unverändert gebliebene § 362 StPO als Teil des „vorverfassungsrechtlichen Gesamtbildes“⁴⁹ die einzige Einschränkungsmöglichkeit des Art. 103 Abs. 3 GG konkretisiert. Die Norm hat mithin das bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltende Prozessrecht *konstitutionalisiert*.⁵⁰ Der Verfassungsgeber habe nicht das Ziel verfolgt, das tradierte System der Wiederaufnahmegründe nachträglich pauschal für verfassungswidrig zu erklären.⁵¹ Diese Auffassung sah sich überdies zunächst durch das BVerfG bestätigt. Das Gericht führte früh aus, dass „der in Art. 103 Abs. 3 GG niedergelegte Rechtssatz [...] auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozessrechts und seiner Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug“⁵² nehme. § 362 Nr. 5 StPO wäre danach ebenfalls verfassungswidrig, da eine Wiederaufnahme *in malam partem propter nova* unter der Geltung des vorkonstitutionellen Strafprozessrechts lediglich auf Grundlage eines glaubwürdigen Geständnisses (Nr. 4) möglich war.

Für einen solchen Willen des Verfassungsgebers finden sich indes keine Anhaltspunkte. Aus dem Deliberationsprozess des Parlamentarischen Rates ergibt sich lediglich, dass „die überkommenen rechtsstaatlichen Grundsätze [...] auch in das Grundgesetz aufgenommen worden sind – z. B. [...] *ne bis in idem*“⁵³. Eine

(2007), S. 655 (661).

36 So wohl *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 85. EL (11/2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 62; *Marxen/Tiemann* ZIS 2008, 188 (192); *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358); *Grübl*, JZS 2022, 1 (6). Dies nunmehr aufgreifend *BVerfG NJW* 2023, 3698 (3702 Rn. 84).

37 *Aust*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. (2024), Art. 103 Rn. 209; diesen Zusammenhang ebenfalls hervorhebend *Fliedner*, AÖR 99 (1974), 242 (254).

38 BVerfGE 75, 369 (380); 93, 266 (293); 115, 320 (358 f.).

39 In der Diktion des BVerfG: „juristische Wirkungskraft einer Grundrechtsnorm“, vgl. BVerfGE 6, 55 (72) unter Verweis auf *Richard Thoma*; BVerfGE 32, 54 (71); 39, 1 (38); jüngst *BVerfG NJW* 2021, 223 (228 Rn. 46).

40 Vor kurzem *BVerfG NJW* 2022, 1160 (1161) im Kontext der Vorlagefrage zu § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB.

41 Ausdrücklich *Brade*, AÖR 146 (2021), 130 (170); *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise (2016), S. 57.

42 So jedenfalls die Rspr. seit BVerfGE 28, 243 (260 f.) für die Gewissensfreiheit und BVerfGE 33, 23 (30 ff.) für die Religionsfreiheit. Nach aA. findet eine Übertragung der Schranken aus Art. 140 GG iVm. Art. 136 Abs. 1 WRV statt, so etwa *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 4 Rn. 87 f.; eine „Schrankenleihe“ der Einschränkungsmöglichkeiten des Art. 5 Abs. 2 GG oder sogar des Art. 2 Abs. 1 GG wird heute nicht mehr vertreten. Die Unergiebigkeit der grammatischen Verfassungsinterpretation wird selbst von einigen Vertretern der Absolutheitsthese konzediert, vgl. etwa *Brade*, AÖR 146 (2021), 130 (141 f.); *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358) sowie jedenfalls insoweit BVerfG NJW 2023, 3698 (3702 Rn. 80).

43 So etwa *Güntge*, JR 2024, 1 (5). Hingegen kritisch mit Blick auf die divergierenden Regelungsgegenstände der Abs. 2 und 3 (materielles Strafrecht bzw. Strafprozessrecht) *Günther*, HRRS 2024, 47 (48).

44 BVerfGE 95, 96 (132 ff.).

45 *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise (2016), S. 86.

46 Der mitunter als wortlautwidrig charakterisierten weiten Auslegung des Schutzbereiches als allgemeine Handlungsfreiheit im Zuge der *Elfes*-Rspr. des BVerfG (BVerfGE 6, 32 [36 f.]) folgte eine ebenfalls erweiterte Auslegung des Begriffs „*verfassungsmäßige Ordnung*“ im Sinne aller Rechtsnormen, die mit der Verfassung formell und materiell im Einklang stehen (Ibid. S. 38 bzw. 298 f.).

47 BVerfGE 87, 209 (228).

48 In diese Richtung *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise (2016), S. 86 und dies andeutend die abweichende Meinung der Richter *Langenfeld* und *Müller* in BVerfGE 166, 419 (421).

49 BVerfGE 9, 89 (96).

50 Früher BVerfGE 3, 248 (252); 12, 62 (66); BGHSt 3, 13 (16); 5, 323 (328 f.); *Höfling/Burkiczak*, in: Friauf/Höfling, GG, 26. EL (IV/2009), Art. 103 Rn. 173; *Hill*, in: HStR, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 156 Rn. 72; *Feilcke*, in: Miebach/Hohmann, Wiederaufnahme in Strafsachen (2016), Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten, Rn. 4. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32 nimmt zwar einerseits an, das Mehrfachverfolgungsverbot unterliege verfassungsimmanenten Schranken, lehnt andererseits aber eine Erweiterung der bestehenden Wiederaufnahmegründe ausdrücklich ab. Diese These wird heute kaum noch vertreten, vgl. *Eschelbach*, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, 40. EL (08/2005), § 362 Rn. 48: „überholt wirkender Maßstab“.

51 In diese Richtung *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 78. Kritisch zur Begründung der Verfassungskonformität des § 362 StPO *Radtke*, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß (1994), S. 77 f.

52 BVerfGE 3, 248 (252); ähnliches Argumentationsmuster in BVerfGE 27, 180 (185) mit Blick auf das Verhältnis von Kriminal- und Disziplinarrecht. Dagegen jedoch ausdrücklich später BVerfGE 56, 22 (35): „Für eine gegenteilige Auffassung bietet auch die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes keinen Anhaltspunkt“.

53 Schriftlicher Bericht des Abgeordneten *Georg August Zinn* über den Abschnitt IX. „Die Rechtsprechung“, Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates vom 6. Mai 1949, S. 49; zitiert

Bezugnahme auf das geltende Prozessrecht ergibt sich weder ausdrücklich, noch aus den Umständen. Im Gegenteil, verweist *Zinn* doch lediglich auf das Mehrfachverfolgungsverbot und nachfolgend in einem anderen Kontext auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit des § 192 RStPO. Überhaupt stellt sich die Frage, auf welches Verfahrensrecht man sich im Entstehungsprozess des Grundgesetzes beziehen wollte, denn zur Zeit der Beratung galt in Deutschland kein einheitliches Strafprozessrecht.⁵⁴ Eine derartige Lesart des Grundrechts stößt zuletzt auf normtheoretische Bedenken, verkehrt sie den in Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG statuierten Vorrang der Verfassung doch in sein Gegenteil: Die Auslegung einer den einfachen Gesetzen übergeordneten Verfassungsnorm kann nicht durch subkonstitutionelles Recht präjudiziert werden.⁵⁵

c) Abwägungsoffenheit und verfassungsimmanente Schranken

Eine im Schrifttum weit verbreitete Auffassung nimmt demgegenüber an, bei der ungünstigen Wiederaufnahme handele es sich zwar um einen Eingriff, der gleichwohl durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt ist, *in concreto* beispielsweise durch Gedanken materieller Gerechtigkeit in Gestalt einer Unerträglichkeitsgrenze.⁵⁶ Auf dieser Grundlage gelangen einige Vertreter zur generellen Abwägungsoffenheit des Art. 103 Abs. 3 GG, sodass das Grundrecht verfassungsimmanente Schranken unterworfen wäre. Eingriffe in Form neuer Wiederaufnahmetatbestände ließen sich dem folgend durch ebenjenes kollidierendes Verfassungsrecht rechtfertigen. Dieser Position schlossen sich die Richter *Müller* und *Langenfeld* im Sondervotum des Urteils zu § 362 Nr. 5 StPO an,⁵⁷ das den „im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden staatlichen Strafanspruch“⁵⁸ als konfligierenden Belang in Stellung bringt.

nach *Schneider/Kramer* (Hrsg.), Das Grundgesetz, Bd. 24 (2019), S. 681. Dazu auch *OLG Celle StV* 2022, 492 (492 f.).

54 Vgl. *Scherzberg/Thiéé*, ZRP 2008, 80 (81); *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise (2016), S. 87 f. Die bis 2021 gültige Fassung des § 362 StPO wurde auf Grundlage des alten § 402 RStPO bundeseinheitlich erst 1950 durch Art. 3 Nr. 152 des sog. Rechtsvereinheitlichungsgesetzes vom 20. September 1950 (BGBl. I 1950, 450 [496]) eingeführt.

55 Ebenso *Arnemann*, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 87 f.; *Wassermann*, in: AK-GG, 2. Aufl. (1989), Art. 103 Rn. 55; *Grünewald*, ZStW 2008, 545 (S. 569); *Eschelbach*, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, 40. EL (08/2005), § 362 Rn. 50. Einen in der Sache unzutreffenden Vergleich mit dem aus der amerikanischen Verfassungsinterpretation bekannten *Originalismus* zieht ferner ▶ *Kubiciel, Stellungnahme*, S. 6.

56 Die Idee einer solchen Unerträglichkeitsgrenze geht wohl auf die Kommentierung *Dürigs* in Maunz/Dürig, GG, 2. Aufl. (1958), Art. 103 Rn. 132 zurück, wird aber nicht von allen Vertretern dieser Auffassung geteilt, teilweise wird auch allgemeine eine Abwägung mit Rechtsgütern von Verfassungsrang für möglich gehalten. Heute *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 35; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 103 Rn. 106; *Brüning*, in: Stern/Becker, GG, 4. Aufl. (2024), Art. 103 Rn. 115; *Radtke*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 59. Ed. (15.08.2023), Art. 103 Rn. 47; *Eschelbach*, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, 40. EL (08/2005), § 362 Rn. 53 ff. *Arnemann*, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 88 f.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 39. Aufl. (2023), Rn. 1447; *Epping*, Grundrechte, 8. Aufl. (2020), Rn. 984; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II (2010), § 75 Rn. 113; *Hörnle*, GA 2022, 184 (188 f.); *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1157); *Schroeder*, JA 2010, 167 (174); *Roggon*, BLJ 2011, 50 (51) und wohl auch *Brodowski*, JuS 2012, 892 (895 f.). Uneindeutig *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 78. Kritisch *Degenhart*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 84; *Ziembra*, Die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen oder Verurteilten (§§ 362 ff. StPO) (1974), S. 79. Einen dogmatischen Kombinationsansatz wählt *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. (2022), Art. 103 Rn. 88. Kritisch zur Bestimmtheit dieses Kriteriums *Frister*, in: Wolter, SK-StPO, 6. Aufl. (2018), § 362 Rn. 5.

57 BVerfGE 166, 419 (421 f.).

58 Ibid. S. 430.

Hiernach wäre zu diskutieren, ob sich der Eingriff in den Schutzbereich des Mehrfachverfolgungsverbot durch ein Rechtsgut von Verfassungsrang auch in Form einer Kontrolle am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen lässt.⁵⁹ Der Gesetzgeber habe dem folgend bei der Ausgestaltung der *ne bis in idem*-Garantie einen Gestaltungsspielraum zur Abwägung von Rechtsfrieden bzw. Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit, der andernfalls übermäßig beschnitten werde.⁶⁰ Ergänzend tritt in jüngerer Zeit eine Rechtfertigung mit dem seitens des BVerfG auf Grundlage der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG (unter Umständen auch Art. 6 Abs. 1, 2 GG) entwickelten *Anspruch auf effektive Strafverfolgung* hinzu.⁶¹ Das Gericht lehnt einen Rekurs auf diese Figur im Kontext der Wiederaufnahme gleichwohl mit Recht ab, denn ein solcher Anspruch erstreckt sich nur auf die Verfolgung einer Straftat als solche, nicht aber auf die Herbeiführung eines bestimmten Ergebnisses.⁶²

d) Kernbereichsdogmatik des BVerfG

Die wohl herrschende Meinung charakterisiert Art. 103 Abs. 3 GG als eine Art normgeprägtes Grundrecht⁶³ bzw. als „normativ vorgeprägte prozessrechtliche Garantie“⁶⁴. Auszugehen ist mithin von einer eingeschränkten Schutzgarantie des Mehrfachverfolgungsverbot, das demnach zwar nicht vollumfänglich absolut gilt, aber eben auch nicht beliebige Änderungen der strafprozessualen Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen gestattet. Das BVerfG präziserte seine Rechtsprechung fast dreißig Jahre nach seiner erstmaligen Auseinandersetzung mit der *ne bis in idem*-Garantie dahingehend, dass es sich explizit gegen eine verfassungsrechtliche Fixierung der überlieferten Wiederaufnahmegründe bis in alle Einzelheiten stellte und die Entwicklungsoffenheit des Grundrechts betonte. „Art. 103 Abs. 3 GG steht Grenzkorrekturen nicht entgegen [...] er garantiert nur den Kern dessen, was als Inhalt des Satzes ‚ne bis in idem‘ in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde“⁶⁵, konstatierte das Gericht und brachte seinen Kontrollmaßstab mit dieser einprägsamen Kurzformel auf den Punkt.

Freilich behandelte die vielfach zitierte Entscheidung den *Tatbegriff* des Art. 103 Abs. 3 GG. Eingedenk der zum einen nicht beabsichtigten Nichtigerklärung des gesamten § 362 StPO, zum anderen der Absage an eine Konstitutionalisierung der Vorschrift *en detail*, ist die uneingeschränkte Geltung dieses Maßstabs für die Wiederaufnahmeregelungen allerdings logisch zwingend. Das Gericht hat diese Rechtsprechung nunmehr über vierzig Jahre später bestätigt.⁶⁶ Zwar stellt es sich einerseits auf den Standpunkt einer generellen Abwägungsresistenz des Art. 103 Abs. 3 GG, erteilt Modifikationen der Wiederaufnahme *in malam par-*

59 So zum Beispiel ausführlich *Kaspar*, GA 2022, 21 (30); *ders.*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 5. Aufl. (2023), § 362 Rn. 30 ff.

60 *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1157).

61 Erstmals BVerfG, Beschl. v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10, Rn. 10. Ferner BVerfG NJW 2015, 150 (Rn. 11); 2015, 3500 (Rn. 20); 2020, 675 (Rn. 35 f.); 2023, 1277 (Rn. 53) sowie BVerfG, Beschl. v. 2.7.2018 – 2 BvR 1550/17, Rn. 38. Das Sondervotum bringt diesen Aspekt explizit in Stellung, vgl. BVerfGE 166, 419 (432 f.). *Hörnle*, GA 2022, 184 (190 f.) führt dies ausdrücklich zur Rechtfertigung des Eingriffs an; *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158) stellt primär auf die Funktion des Strafrechts als Instrument des Rechtsgüterschutzes ab, impliziert aber auch einen solchen Anspruch der Angehörigen. Kritisch zu dieser Rechtsfigur *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (2014), S. 84 ff.

62 BVerfGE 166, 359 (Rn. 133).

63 *Pohlreich*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (BK), GG, 194. EL (11/2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 63 mwN.

64 BVerfGE 166, 359 (Rn. 92).

65 BVerfGE 56, 22 (34 f.). Kritisch zum Rekurs auf diesen Passus *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1157).

66 BVerfGE 166, 359 (395 Rn. 92).

tem andererseits aber wohl keine grundsätzliche Absage.⁶⁷ Die Entscheidung mag deshalb im ersten Zugriff widersprüchlich erscheinen.⁶⁸ Dessen ungeachtet ist sie der Sache nach aber lediglich eine konsequente Fortführung der Judikatur zur Unterscheidung von Kern- und Grenzbereich der *ne bis in idem*-Garantie. Vorsicht ist ferner dabei geboten, die jüngste Positionierung des Gerichts der eine absolute Gewährleistung annehmenden Meinungsgruppe zuzuordnen. Das BVerfG geht zwar von einer Abwägungsfestigkeit des Mehrfachverfolgungsverbotens aus, betont aber zugleich den Charakter der ungünstigen Wiederaufnahmeverordnungen als dessen *immanente Schranken*.⁶⁹ Die Eingriffsresistenz der Garantie betrifft hingegen lediglich darüber hinausgehende Regelungen.

Die historische Auslegung erhält eine herausgehobene Bedeutung, als dass die vorgrundgesetzliche Rechtslage den maßgeblichen Bezugspunkt der Interpretation des Mehrfachverfolgungsverbotens bildet. Der bisherige § 362 StPO lässt sich am ehesten als sachliche Schutzbereichsbegrenzung begreifen und ist als vom Verfassungsgeber vorgefundenes und dem Grunde nach gebilligtes Recht verfassungsgemäß.⁷⁰ Das Gericht erkennt die Verfassungskonformität der übrigen Wiederaufnahmetatbestände *in malam partem* nunmehr ausdrücklich an.⁷¹ Sie sind dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers daher nicht vollständig entzogen, aber die tradierten Wiederaufnahmegründe bilden die strukturelle Grundlage möglicher Änderungen. Die prinzipielle Zulässigkeit einer Erweiterung der Wiederaufnahme ist von der Rechtsprechung bis zum referenzierten Urteil des BVerfG nicht entschieden worden und wurde im Schrifttum unterschiedlich beantwortet.⁷²

Entscheidend für die Verfassungskonformität der StPO-Novelle ist somit die Frage, ob § 362 Nr. 5 StPO eine bloße „Grenzkorrektur“ in Gestalt einer systemkonformen Erweiterung der übrigen

67 Ibid., Rn. 93.

68 Dies monieren auch die dissentierenden Richter in ihrem Sondervotum, vgl. BVerfGE 166, 419 (420 f.). Kritisch deshalb etwa auch Schneider, ZJS 2024, 238 (246) und Stuckenberg, StV 2024, 14 (15).

69 So ausdrücklich BVerfGE 166, 359 (Rn. 118). Der Begriff ist nicht mit der Figur der *verfassungsimmanenten Schranken* zu verwechseln, denn das Verhältnis von Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen zum Mehrfachverfolgungsverbot hat nicht die Möglichkeit der Rechtfertigung von Eingriffen durch kollidierendes Verfassungsrecht (so allerdings die aA. unter C. III. 2. c)), sondern lediglich eine Begrenzung des Schutzbereiches zum Gegenstand.

70 Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32; Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 103 Rn. 106; Degenhart, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 84; Kunig/Saliger, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 47; Schmahl, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. (2022), Art. 103 Rn. 88. Pohlreich, in: Kahl/Waldhoff/Walter (BK), GG, 194. EL (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 66 argumentiert demgegenüber freiheitstheoretisch. Kritisch zumindest Aust, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. (2024), Art. 103 Rn. 237 und Scherzberg/Thië, ZRP 2008, 80 (81).

71 BVerfGE 166, 359 (Rn. 117 f.).

72 Gegen eine Erweiterungsmöglichkeit dezidiert Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 85. EL (11/2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 63, der eine „weitgehende Einigkeit“ in der staatsrechtlichen Literatur konstatiert; ferner Sodan, in: ders., 4. Aufl. (2018), GG, Art. 103 Rn. 32; Aust, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. (2024), Art. 103 Rn. 241; Niemöller/Schuppert, AöR 107 (1982), 387 (472); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32; Höfling/Burkiczak, in: Friauf/Höfling, GG, 26. EL (IV/2009), Art. 103 Rn. 175; Scherzberg/Thië, ZRP 2008, 80 (81); Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (194); Pabst, ZIS 2010, 126 (127 f.). Zweifelnd jedenfalls Hill, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2018), § 156 Rn. 72 und Kunig/Saliger, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 47.

Für die Möglichkeit einer Ausweitung votieren grds. Pohlreich, in: Kahl/Waldhoff/Walter (BK), GG, 194. EL (11/2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 66, die Argumentationsstrukturen zur Zulässigkeit einer echten Rückwirkung übernimmt und eine Erweiterung dann für zulässig hält, wenn das Vertrauen des Grundrechtsträgers aufgrund seines eigenen Verhaltens nicht schutzwürdig war; ähnlich Grünewald, ZStW 2008, 545 (574); einschränkend Tiemann, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 362 Rn. 3.

Wiederaufnahmetatbestände darstellt, oder aber den Kerngehalt von Art. 103 Abs. 3 GG tangiert. An dieser Stelle lässt sich an die aus dem Umgang mit anderen normgeprägten Grundrechten bekannte Unterscheidung zwischen *Ausgestaltung* und *Eingriff* anknüpfen.⁷³ Es kommt demnach zwar nicht zu einer „Versteinerung“ der bestehenden Durchbrechungen auf Ebene der Verfassung, letztere können gleichwohl nicht beliebig verändert werden. Vor dem Hintergrund der bei gesetzsmediatisierten Grundrechten bestehenden latenten Gefahr einer einfachgesetzlichen Aushebelung ihres Schutzgehaltes⁷⁴ ist dabei ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen. Dem der Abwägungskompetenz des Gesetzgebers abträglichen Effekt einer Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG begegnet die Senatsmehrheit zusätzlich mit einer restriktiven Auslegung des Schutzbereiches: Erfasst ist nur die Strafverfolgung einer prozessualen Tat auf Grundlage des Kriminalstrafrechts, die bereits von einem innerstaatlichen Gericht durch ein rechtskräftiges Strafurteil aufgrund einer Hauptverhandlung in der Sache behandelt worden ist.⁷⁵

e) Kontrollmaßstab und Systemkonformität des § 362 Nr. 5 StPO

Zur dogmatischen Struktur des Mehrfachverfolgungsverbotens ist Folgendes festzuhalten: Art. 103 Abs. 3 GG ist ein echtes Grundrecht, für dessen Interpretation die Historie jedoch eine besondere Bedeutung erhält. Trotz seines einschränkungslosen Wortlautes ist die Funktion der vorkonstitutionellen Wiederaufnahmegründe als immanente Schranke anerkannt, was *ne bis in idem* praktisch zu einem normgeprägten Grundrecht macht. Um eine Modifikation des strafprozessualen Wiederaufnahmerechts zuungunsten des Angeklagten nicht als den absolut geschützten Normbereich des Art. 103 Abs. 3 GG verletzender *Eingriff*, sondern als *Ausgestaltung* (s. o.) dieser immanenten Schranke zu charakterisieren, müsste der hinter § 362 Nr. 5 StPO stehende Gedanke bereits in der bisherigen Struktur der Wiederaufnahmegründe angelegt sein. Bei der Prüfung der Verfassungskonformität einer Neuregelung oder Ergänzung ist also letztlich die Systemkonformität einer Modifikation zu untersuchen.

Hiergegen mag konkret zunächst sprechen, dass der historische Gesetzgeber in der Erstfassung der Motive zur Reichsstrafprozessordnung unter dem zeitgeschichtlichen Eindruck der Überwindung des Inquisitionsprozesses eine ungünstige Wiederaufnahme auf Grundlage neuer Tatsachen ausdrücklich ablehnte.⁷⁶ Dies kann indes nicht alleiniger Maßstab für die Systemkonformität des neuen Wiederaufnahmetatbestandes sein. Die vorangegangenen Überlegungen zeigen, dass der Gesetzgeber durchaus über einen eng bemessenen Spielraum für Weiterentwicklungen des Systems der strafprozessualen Wiederaufnahme verfügt. Die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte im Rahmen der Strukturanalyse wird gleichwohl nicht durch den Charakter des Art. 103 Abs. 3 GG als *de facto* gesetzsmediatisiertes Grundrecht relativiert,⁷⁷ sondern aufgrund der durch die Wiederaufnahme vermittelten potentiellen Eingriffsintensität mit Blick auf andere Grundrechte eher erhöht.⁷⁸

73 Dazu allgemein Bumke, Ausgestaltung von Grundrechten (2009), S. 9 ff. und Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand (2000), S. 428 ff.

74 BVerfGE 15, 303 (307) mit Verweis auf BGHSt 5, 323 (329 f.).

75 BVerfGE 166, 359 (394 ff. Rn. 95 ff.).

76 Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Strafprozeß-Ordnung (1872), S. 240: „Auf Grund neuer Thatsachen läßt der Entwurf die Wiederaufhebung des Urtheils zum Nachtheil des Angeklagten in keinem Fall zu.“

77 BVerfGE 45, 434 (436).

78 Rixen, in: Sodan/Stern/Möstl, Staatsrecht, Bd. IV, 2. Aufl. (2022), § 133 Rn. 47, statuiert dabei sogar eine Vermutungsregel, wonach im Zweifel von einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG auszugehen ist.

aa) Keine systemkonforme Fortschreibung des § 362 Nr. 1-3 StPO

Die zuvor bestehenden § 362 Nrn. 1 und 2 könnten als Beleg für den Stellenwert der materiellen Wahrheit als Abwägungsposition herangezogen werden. Wenn bereits eine verfälschte Urkunde oder fahrlässige Verletzung der Eidespflicht zur Wiederaufnahme genügen, müsse dies erst recht für nachträglich auftauchende Beweismittel gelten.⁷⁹ Erklären lässt sich dieser scheinbare Widerspruch allerdings mit der unterschiedlichen Wirkrichtung der Gründe. § 362 Nrn. 1 und 2 betreffen vergangene Umstände, während die *nova* der Nr. 5 gerade *pro futuro* wirken.⁸⁰ *Ratio* der ersten beiden Ziffern ist zudem der Ausgleich für Fehler im Ausgangsverfahren, die die Legitimität der Rechtskraft in diesen Fällen erschüttern.⁸¹ Ein ganz ähnliches Ziel verfolgt auch § 362 Nr. 3 StPO, demzufolge die Mitwirkung eines befangenen Richters einen Wiederaufnahmegrund darstellt. Eine Betrachtung der Wiederaufnahme *propter falsa* unter dem Gesichtspunkt der materiellen Wahrheitsfindung wird dem auch vom BVerfG anerkannten Eigenwert des Verfahrens⁸² als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips und insbesondere als Instrument des Grundrechtsschutzes nicht gerecht. Gegenstand der Normen ist vielmehr die Wiederholung eines rechtsstaatlich defizitären Verfahrens; § 362 Nrn. 1-3 StPO dienen also vorrangig prozessualen, weniger inhaltlichen Zwecken.⁸³ Beide Tatbestände können folglich nicht zum Nachweis einer möglichen Systemkonformität des § 362 Nr. 5 StPO herangezogen werden.

bb) Anknüpfung an § 362 Nr. 4 StPO?

Ertragreicher erscheint demgegenüber ein Vergleich der neuen Nr. 5 (neue Tatsachen und Beweismittel) mit dem bisher einzigen *novum* in Nr. 4 (glaubwürdiges Geständnis). Letzterer Wiederaufnahmetatbestand ließe sich mit demnach mit dem vermeintlich höheren Beweiswert eines Geständnisses erklären.⁸⁴ Die Möglichkeit der ungünstigen Wiederaufnahme aufgrund eines glaubwürdigen Geständnisses verfolgt nach dem Willen des historischen Gesetzgebers zu § 402 Nr. 4 RStPO den Zweck, einer möglichen Erosion der Geltung staatlichen Rechts dadurch entgegenzuwirken, dass sich der Täter nicht „ungestraft des Verbrechens selbst bezichtigen, oder gar rühmen darf“⁸⁵. Erklären lässt sich die Vorschrift daneben mit der historischen Bedeutung des Geständnisses als *regina probationum* im Beweisrecht des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses.⁸⁶ Die Zuschreibung eines besonderen Beweiswertes ist damit freilich nicht verbunden. Ferner offenbaren sich im Interesse des Rechtsstaates kaum hinnehmbare Ungereimtheiten: Ein glaubwürdiges Geständnis entstammt der Sphäre des Freigesprochenen,⁸⁷ damit hat er die

Möglichkeit der eigenen Verurteilung zu späterer Zeit in Form einer zeitlichen Steuerungsmacht selbst in der Hand. Auf das Auffinden neuer Beweismittel hat er aber keinen Einfluss, sodass sein Freispruch in letzter Konsequenz unter einem zeitlich unbegrenzten Vorbehalt stünde.⁸⁸ Über dem Haupt des Freigesprochenen hänge stets das „Damoklesschwert einer eigentlich nur suspendierten Anklage“⁸⁹. Die von Art. 103 Abs. 3 GG intendierte grundsätzliche Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs auf einen Versuch demnach praktisch leer. § 362 Nr. 4 StPO kann nicht als systemimmanentes Pendant zu § 362 Nr. 5 StPO verstanden werden.⁹⁰

cc) Vergleich mit der Parallelvorschrift der günstigen Wiederaufnahme

Darüber hinaus demonstriert gerade der systematische Vergleich mit der Wiederaufnahme *in bonam partem* des § 359 StPO, dass die zu beurteilende Gesetzesänderung keine bloße Konkretisierung im bisherigen Regelungskonzept der Wiederaufnahme des Strafverfahrens angelegter Grundsätze ist. Die Norm enthält in Nr. 5 einen spiegelbildlichen Wiederaufnahmetatbestand *propter nova* zugunsten des Verurteilten, der sich so auch bereits in § 399 Nr. 5 RStPO fand. Die Differenzierung ist folglich sogar vorkonstitutioneller Natur und wird dem Verfassungsgeber bewusst gewesen sein. Dies ist angesichts der grundrechtlichen Implikationen eines ungerechtfertigten Schuldspruchs mit Blick auf das Schuldprinzip und die Freiheit der Person auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Daneben wird Art. 103 Abs. 3 GG durch die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten nach allgemeiner Ansicht ohnehin nicht berührt.⁹¹ Die Regelungsdivergenz ist nicht zufällig, sondern Ausdruck der für die deutsche Rechtskultur selbstverständlichen Wertung, dass „das Vertrauen der Allgemeinheit in die Strafrechtspflege durch einen ungerechtfertigten Freispruch weit weniger erschüttert [wird] als durch die irrtümliche Verurteilung eines Unschuldigen“⁹².

dd) Vergleich mit anderen Wiederaufnahmemöglichkeiten

Auch der Umstand, dass im Strafbefehlsverfahren bereits zuvor ein vergleichbarer Wiederaufnahmetatbestand existierte, führt zu keinem anderen Ergebnis. Ein Rekurs auf den Aspekt der Rechtskraft eines Strafbefehls, der gemäß § 410 Abs. 3 StPO in dieser Hinsicht einem Urteil gleichsteht, vermag diese Beurteilung nicht zu erschüttern.⁹³ Das BVerfG hat die Verfassungskonformität des § 373a StPO lediglich in Ansehung struktureller Unterschiede zwischen Strafbefehlsverfahren und strafprozessualer Hauptverhandlung bestätigt.⁹⁴ Ersteres erfasst vor dem Hintergrund seiner Beschleunigungsfunktion und der Schonung des Justizapparates ohne mündliche Hauptverhandlung lediglich eine summarische Prüfung durch einen Strafrichter am Amtsgericht (§§ 407 Abs. 1, 408 StPO).⁹⁵ Hieraus ergibt sich eine höhere

79 So Zehetgruber, JR 2020, 157 (163 f.).

80 Übereinstimmend Leitmeier, StV 2021, 341 (345).

81 Frister, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), § 362 Rn. 1; Weber-Klatt, Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten (1997), S. 213.

82 BVerfG NJW 1984, 428 (428).

83 Übereinstimmend BVerfGE 166, 359 (Rn. 119).

84 So auch der Gesetzgeber selbst, vgl. ▶ BT-Drs. 19/30399, S. 10. Im Gesetzgebungsverfahren ▶ Kubiciel, Stellungnahme, S. 5 mit einem unzutreffenden Verweis auf Schöch, in: FS-Maiwald (2010), S. 769 (779 f.). Einen anderen Deutungsvorschlag unterbreitet Zehetgruber, JR 2020, 157 (162).

85 Hahn, Materialien, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, Abt. 1 (1880), S. 265. Kramer, in: Miebach/Hohmann, Wiederaufnahme in Strafsachen (2016), Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten, Rn. 355b und Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (189) erweitern diese Begründung zusätzlich um die Gefahr einer Indienstnahme der Medien. Diesen Gedanken gleichwohl in sein Gegenteil verkehrend Kubiciel, GA 2021, 380 (392).

86 Grünwald, ZStW 2008, 545 (563); Weber-Klatt, Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten (1997), S. 255.

87 Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. (2022), § 362 Rn. 19 spricht insoweit von einer „eigenverantwortlichen Entscheidung“; prägnant auch Kaspar, GA 2022, 21 (30): „kein Schutz des Täters gegen sich

selbst“. Ähnlich Prieberrig, HRRS 2023, 156 (159), der dabei allerdings annimmt, alle tradierten Tatbestände der ungünstigen Wiederaufnahme entstammten der Sphäre des Angeklagten.

88 Arnemann, StraFo 2021, 442 (444 f.); Zu dem sich daraus ergebenden Widerspruch ferner Grübl, ZJS 2022, 1 (8 f.).

89 Berner, Archiv für Preussisches Strafrecht (= GA), Bd. III, 1855, 472 (475). Diese Metapher rezipierend BVerfGE 166, 419 (439).

90 Tiemann, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 362 Rn. 26. Kritisch hingegen Gärditz, Jura 2023, 277 (290). Ebenso BVerfG NJW 2023, 3698 (Rn. 122).

91 Statt vieler Brade, AöR 146 (2021), 130 (169 f.).

92 Deml, Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens (1979), S. 137. Anders nur Hoven, JZ 2021, 1154 (1156).

93 So aber Kubiciel, GA 2021, 380 (381); ▶ ders., Stellungnahme, S. 3 und darauf rekurrend OLG Celle StV 2022, 492 (494).

94 BVerfGE 65, 377 (382 f.), S. auch bereits BVerfGE 3, 248 (253). Dies wiederholend BVerfGE 166, 359 (Rn. 108).

95 Übereinstimmend Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl.

Fehleranfälligkeit, die die entsprechende Möglichkeit der Wiederaufnahme rechtfertigt.

Über die im engeren Sinne strafprozessualen Wiederaufnahmemöglichkeiten hinaus lässt § 79 Abs. 1 BVerfGG ebenfalls eine Wiederaufnahme zu, wenn das rechtskräftige Strafurteil auf einer durch das BVerfGG für mit dem Grundgesetz unvereinbar (vgl. §§ 31 Abs. 2 S. 2, 79 Abs. 1 BVerfGG) oder gemäß § 78 BVerfGG für nichtig erklärten Norm beruht. Die Vorschrift ist indes lediglich Ausdruck der prozessualen Kehrseite des Vorrangs der Verfassung und als nachkonstitutionelles Recht zudem nicht Teil des überkommenen Verfahrensrechts. Ein Anwendungsbereich der Norm ist im Rahmen der Wiederaufnahme *in malam partem* außerdem praktisch nicht vorhanden und verbietet sich sogar aufgrund der Schutzrichtung der Vorschrift.⁹⁶ Denkbar ist dabei allenfalls ein Freispruch, der auf einem verfassungswidrigen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund beruht. Die Berücksichtigungsfähigkeit der Regelung des § 85 Abs. 3 S. 2 OWiG wiederum kann bereits angesichts ihrer Einführung erst im Jahr 1968 angezweifelt werden.⁹⁷ Sie kann aufgrund der divergierenden Eingriffsintensität der Verhängung einer Geldstrafe wegen einer Ordnungswidrigkeit und eines Schuldspruchs wegen Verstoßes gegen einen Straftatbestand aber ebenfalls nicht zur strukturellen Legitimation der jüngsten StPO-Novelle herangezogen werden.⁹⁸ Selbst wenn man dieses zugegebenermaßen rein formelle Argument anzweifelte, ließe sich dieser Unterschied mit der Ähnlichkeit zum Strafbefehlsverfahren (vgl. § 72 Abs. 1 S. 1 OWiG) hinsichtlich der Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung erklären.⁹⁹

ee) Weitere verfassungsrechtliche Legitimationsversuche

Der neue Wiederaufnahmetatbestand lässt sich ebenso wenig durch einen Rekurs auf „neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozeßrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten“¹⁰⁰ verfassungsrechtlich legitimieren. Zum einen ist die aus den Entwürfen früherer Legislaturperioden bekannte Eingrenzung auf „neue wissenschaftlich anerkannte, technische Untersuchungsmethoden“¹⁰¹ im Rahmen der untersuchten Novelle ausdrücklich nicht in Gesetzesform gegossen worden. Eine Bezugnahme auf DNA-Analysen lässt sich lediglich dem Willen des aktuellen Reformgesetzgebers entnehmen,¹⁰² genügt aber nicht für eine Berücksichtigung im Rahmen der Prüfung der Verfassungskonformität. In Frage kommt ausweislich des Gesetzeswortlauts und der Gesetzesbegründung einzig eine Subsumtion unter die Formel des BVerfGG im Hinblick auf die grundlegende Neujustierung des Verhältnisses von Rechtssicherheit und „materieller“ Gerechtigkeit. Dieser Gesichtspunkt hat sich Lehre und Rechtsprechung in dieser Form aber keineswegs noch nicht gestellt, sondern ist seit langer Zeit Gegenstand einer umfangreichen Grundsatzdebatte in Kriminologie und Straf-

prozessrechtswissenschaft.¹⁰³ Auch die Entwicklung technischer Methoden der Kriminalistik führt zu keiner anderen Einschätzung, denn diese vermögen lediglich bestehende grundrechtliche Schutzdimensionen ergänzen, sie aber nicht zurückzunehmen.¹⁰⁴

ff) § 362 Nr. 5 StPO als Fremdkörper im System der Wiederaufnahme

Genau genommen verfolgt der Wiederaufnahmetatbestand auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel einen ganz anderen Zweck als die existierenden Ziffern des § 362 StPO. Die Regelung dient dazu, inhaltlich ein anderes Ergebnis zu erzielen und die „Diskrepanz zwischen dem Inhalt eines Strafurteils und der materiell-rechtlichen Wirklichkeit“¹⁰⁵ zu überwinden. Eine solche materiell-rechtliche Zielbestimmung aber existiert im tradierten Bestand des § 362 StPO nicht. Sie lässt sich nicht mit den prozessualen Zwecken der ersten drei Ziffern und auch nicht mit dem speziellen, der Anerkennung rechtsstaatlicher Strafverfahren dienenden und vor allem historisch zu erklärenden Hintergrund der vierten Ziffer vergleichen. Die Neuregelung erinnert vielmehr an die im Gemeinen Recht praktizierte Instanzenentbindung (*absolutio ab instantia*), die bei neuen Tatsachen oder Beweismaterialien im Falle eines zwar verdächtigen Angeklagten, dem die vermeintliche Tat jedoch nicht nachgewiesen werden konnte, jederzeit eine unbegrenzte Wiederaufnahme ermöglichte.¹⁰⁶ Der gemeinrechtliche Inquisitionsprozess¹⁰⁷ hatte einen absoluten und grenzenlosen Wahrheitsanspruch verfolgt, sodass ein Freispruch stets nur vorläufiger Natur war und unter dem Vorbehalt neuer Erkenntnisse stand. Dieses Grundprinzip ist jedoch mit dem Übergang zum reformierten Strafprozess im 19. Jahrhundert und der Entwicklung der modernen Rechtskraftlehre gerade aufgegeben worden.¹⁰⁸ Die Erforschung der Wahrheit erfolgt heu-

¹⁰³ Exemplarisch *Mittermaier*, Handbuch des peinlichen Processes, Bd. 1, Abt. 1 (1810), S. 175: „Die höchste Aufgabe der Gesetzgebung in Bezug auf den peinlichen Proceß liegt darin, die öffentliche Sicherheit, das dringende Interesse des Staates, daß Verbrechen entdeckt werden, mit der Sicherheit der einzelnen Bürger und der Rücksicht auf die mögliche Unschuld in Harmonie zu bringen“.

¹⁰⁴ So überzeugend BVerfGE 166, 359 (Rn. 130).

¹⁰⁵ BVerfGE 166, 359 (Rn. 126).

¹⁰⁶ *Schwarplies*, Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes „ne bis in idem“ im Strafprozess (1970), S. 22 ff. Aus der Reformzeit *Elben*, Die Entbindung von der Instanz (1845), S. 11 ff.

¹⁰⁷ Allgemein zum Inquisitionsprozess im Überblick *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. (2011), Teil 3, § 3 Rn. 129 ff.; vertieft *Ignor*, Die Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846 (2002), S. 41 ff.

¹⁰⁸ Paradigmatisch für den Fokus auf Rechtssicherheit und der persönlichen Stellung des Angeklagten ist nicht nur die „double jeopardy“-Klausel des fünften Zusatzartikels („[...] nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb [...]“) der amerikanischen Verfassung von 17. September 1787 bzw. 15. Dezember 1791 („Bill of Rights“), sondern auch das ausdrückliche Mehrfachverfolgungsverbot der französischen Verfassung vom 3. September 1791, Titre III, Chapitre V „Du pouvoir judiciaire“, Art. 9 para. 7: „Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.“ („Jeder, der durch ein Geschworenengericht rechtskräftig freigesprochen ist, kann für den gleichen Tatbestand nicht erneut ergriffen oder angeklagt werden.“). Im Überblick *Vornbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. (2019), S. 84 ff. sowie *Steinberg*, Deutsche Strafrechtsgeschichte (2023), S. 71 ff. Zeitgenössisch zur Reformepoche *Mittermaier*, Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, 1856, passim sowie *bildhaft Berner*, Archiv für Preussisches Strafrecht (= GA), Bd. III, 1855, 472 (473): „Es muss aber letztlich doch ein Augenblick kommen, wo die Mittel zur Prüfung der Sache erschöpft sind – ein Augenblick, wo das gefundene Ergebnis als Wahrheit betrachtet wird. Mag die Rennbahn, die das Urtheil durchlaufen soll, noch so lang sein: irgendwo muss doch Halt gemacht werden – irgendwo doch die Rechtskraft eintreten – irgendwo muß es mit den Zögerungen, Prüfungen, Berufungen ein Ende nehmen. Sonst würde man, über dem Streben nach einer unerreichbaren absoluten Gerechtigkeit, die Wirklichkeit der einzig möglichen, endlichen und beschränkten Gerechtigkeit aufgeben.“

(2022), § 362 Rn. 20; *Slogsnat*, ZStW 2021, 742 (769); *Leitmeier*, StV 2021, 341 (345); *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (189); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (91); *Weber-Klatt*, Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten (1997), S. 326 ff.; kritisch zu diesem situativen Erklärungsansatz *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft (2015), S. 989 f. Dagegen jedoch *Kerner/Karnowski*, in: FS-Kühne (2013), S. 579 (589 f.).

⁹⁶ Vgl. *Leitmeier*, StV 2021, 341 (344 f.); *Karpenstein/Schneider-Buchheim*, in: *Walter/Grünwald* (BeckOK), BVerfGG, 17. Ed. (01.06.2023), § 79 Rn. 12; *Kaspar*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StPO, 5. Aufl. (2023), Vorbem. zu § 359 Rn. 5; *Frister*, in: *Sachs*, GG, 9. Aufl. (2021), § 362 Rn. 6. Grundlegend BVerfGE 12, 338 (340).

⁹⁷ *Lutz*, in: *KK-OWiG*, 5. Aufl. (2018), § 85 Rn. 2.

⁹⁸ So aber im Gesetzgebungsverfahren ▶ *Eisele*, *Stellungnahme*, S. 3.

⁹⁹ *Leitmeier*, StV 2021, 341 (345).

¹⁰⁰ BVerfGE 56, 22 (34).

¹⁰¹ So etwa ▶ *BT-Drs. 16/7957*, S. 5.

¹⁰² ▶ *BT-Drs. 19/30399*, S. 1, 9, 10.

te nicht mehr „um jeden Preis“¹⁰⁹. Nichtsdestoweniger rezipiert § 362 Nr. 5 StPO die Idee einer absoluten Wahrheitsfindung und ermöglicht eingedenk einer fehlenden Fristbindung¹¹⁰ – zumindest theoretisch – einen *processus ad infinitum*. Die Norm stellt mithin einen anachronistisch anmutenden Fremdkörper im bisherigen System der ungünstigen Wiederaufnahme dar.

gg) Art. 103 Abs. 3 GG als „Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit“¹¹¹

Die Bezugnahme auf *materielle Gerechtigkeit* bzw. auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Geltung der Rechtsordnung im Rahmen der Abwägung, etwa in Form eines Unerträglichkeitsvorbehalts,¹¹² ändert am vorliegenden Befund nichts. Andernfalls stünde dem Gesetzgeber die Möglichkeit offen, Art. 103 Abs. 3 GG einfachrechtlich auszuhebeln.¹¹³ Die dem zugrundeliegende Interpretation des Grundrechts im Lichte des Rechtsstaatsprinzips¹¹⁴ kommt einer dogmatisch fragwürdigen Relativierung des Mehrfachverfolgungsverbot gleich. Selbst unter Rekurs auf das Rechtsstaatsprinzip ist der Rechtsfrieden ein derart zentraler Bestandteil desselben, dass „die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung“¹¹⁵ akzeptiert werden muss. Das Mehrfachverfolgungsverbot stellt somit eine strafrechtsspezifische Ausprägung des allgemeinen Prinzips der Rechtssicherheit dar.¹¹⁶ Anders gewendet: Art. 103 Abs. 3 GG ist als speziellere Bestimmung bereits das Ergebnis einer Entscheidung des Verfassungsgebers, der Rechtssicherheit grundsätzlich den Vorrang einzuräumen.¹¹⁷

Diese eng mit der Entwicklung des Instituts der Rechtskraft verbundene Grundüberzeugung ist keine Erfindung des Parlamentarischen Rates, sondern Ausdruck der alten und fundamentalen Überzeugung, dass die falsche Verurteilung eines Unschuldigen schlimmer ist als der falsche Freispruch eines Schuldigen.¹¹⁸ Aber auch strukturelle Erwägungen sprechen gegen eine Relativierung des Instituts der Rechtskraft, denn „eine ständige Prozeßerneuerung ohne Ende, wie sie ohne die materielle Rechtskraft möglich

wäre, verträgt das Rechtsleben nicht“¹¹⁹. Die zahlreichen und eklatanten Verletzungen des *ne bis in idem*-Grundsatzes in der Zeit des Nationalsozialismus bildeten daneben eine historische Kontrastfolie bei der Entstehung des Grundgesetzes.¹²⁰ Ausnahmen hiervon gelten lediglich für die bislang geltenden Wiederaufnahmegründe und für etwaige Änderungen unter dem Vorbehalt der Systemkonformität.

3. Ergebnis

Die Möglichkeit einer ungünstigen Wiederaufnahme auf Grundlage neuer Tatsachen oder Beweismittel setzt keinen in der Struktur der tradierten Wiederaufnahmegründe angelegten Gedanken fort, sondern relativiert besagte Entscheidung für die Rechtssicherheit.¹²¹ Sie tastet den Kerngehalt des Mehrfachverfolgungsverbot an, stellt daher keine schlichte „Grenzkorrektur“ dar und ist bereits deshalb verfassungswidrig.¹²² Verweise auf den besonderen Unrechtsgehalt der Straftatbestände oder die *in praxi* wenigen betroffenen Fälle¹²³ sind für die Frage der Kernbereichsrelevanz unerheblich, denn es geht ausschließlich um die prinzipielle Systemkonformität der Neuregelung. Ob der Wiederaufnahmetatbestand darüber hinaus womöglich verhältnismäßig war,¹²⁴ kann daher in Ansehung der inhaltlichen Begrenzung dieses Beitrages dahinstehen.

¹¹⁹ So *Beling*, Deutsches Reichsstrafprozessrecht (1928), S. 269.

¹²⁰ So wurde durch Art. 6 der Dritten Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29. Mai 1943 (RGBl. I 1943, 342 [345]) einer der aktuellen Reform inhaltlich vergleichbare Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen auf Grundlage neuer Tatsachen oder Beweismittel geschaffen. Bereits zuvor erhielt der Oberreichsanwalt die Möglichkeit eines Einspruchs gegen rechtskräftige Urteile, vgl. § 3 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmattersverfahrens und des Strafgesetzbuches vom 16. September 1939 (RGBl. I 1939, 1841 [1842]). Prägnant zu den Entwicklungen dieses Zeitraums ferner *OLG München DJ 1938*, 724 [725]: „Der Satz, *ne bis in idem* kann die materielle Gerechtigkeit nicht aufhalten.“. Speziell zur reichsgerichtlichen Praxis der außerordentlichen Wiederaufnahme in jener Zeit *Michaelis*, in: *Recht und Justiz im „Dritten Reich“* (1989), S. 273 ff. sowie vertieft zu den Entwicklungen während der Zeit des Nationalsozialismus *Frank*, Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes „*ne bis in idem*“ im Strafprozess (1970), S. 221 ff. Kritisch zur Relevanz dieses Befundes gleichwohl *Kaspar*, GA 2022, 21 (26).

¹²¹ *Singelstein*, NJW 2022, 1058 (1059).

¹²² So iE. auch *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (140); *Priebering*, HRRS 2023, 156 (158 ff.); *Jahn*, JuS 2022, 554 (555); *Fischer*, KriPoZ 2022, 218 (222); *Arneemann*, NJW-Spezial 2021, 440; *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103 f.); *Pabst*, ZIS 2010, 126 (128); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90 f.); *Slognsat*, ZStW 2021, 742 (772 f.); *Singelstein*, in: *Graf, BeckOK-StPO*, 53. Ed. (10.10.2024), § 362 Rn. 12; *Sabel*, in: *FS-Graf-Schlicker* (2018), S. 561 (571); gegen die Systemkonformität auch *Lenk*, StV 2022, 118 (119) und *Schweiger*, StV 2021, 341 (403), die von einem „Paradigmenwechsel“ spricht, ebenso *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 65. Aufl. (2022), § 362 Rn. 20. Plastisch *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253 f.): „*Operation am offenen Herzen von ne bis in idem*“; diese Metapher noch dezidiierter ausführend *Leitmeier*, StV 2021, 341 (346): „*Extraktion des Herzens*“; die Verfassungsmäßigkeit zumindest anzweifelnd *Weiler*, in: *Dölling/Duttmann/König/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), StPO § 362 Rn. 2; *Schuster*, in: *Löwe/Rosenberg*, Bd. 9/I, 27. Aufl. (2022), StPO § 362 Rn. 26 ff. und sogar der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages, WD 7 – 3000 – 121/16, S. 9. In diese Richtung jedenfalls auch *Scheu/Härde*, JA 2023, 395 (400) und *Bung*, HRRS 2022, 109 (112). Die Verfassungsmäßigkeit anzweifelnd *Radtke*, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK-GG, 59. Ed. (15.08.2023), Art. 103 Rn. 47. AA. *Hörnle*, GA 2022, 184 (194); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (164 f.); *Kubicel*, GA 2021, 380 (392 f.); v. *Bierbrauer* zu *Brennstein*, HRRS 2022, 118 (119 ff.); in eine solche Richtung bereits *Ziemba*, GA 2022, 184 (212) und *Füllkrug*, Kriminalistik 2020, 405 (406). Zweifeln *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 323 f. Differenzierend wiederum *Gärditz*, Jura 2023, 277 (289 f.) Indifferent *Temming*, in: *Gercke/Temming/Zöllner*, StPO, 7. Aufl. (2023), § 362 Rn. 8.

¹²³ ▶ *BT-Drs. 19/30399*, S. 2, 6, 9 f.; ▶ *Eisele*, *Stellungnahme*, S. 5; ▶ *Gärditz*, *Stellungnahme*, S. 6. Zu Recht kritisch zu dieser Feststellung *Kaspar*, GA 2022, 21 (29).

¹²⁴ Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit finden sich beispielsweise in der abweichenden Meinung, S. BVerfGE 166, 419 (439 ff.).

¹⁰⁹ BGHSt 14, 358 (365); 31, 304 (309). Vgl. auch BVerfGE 34, 238 (247).

¹¹⁰ Eine solche Bindung der ungünstigen Wiederaufnahme an eine Frist findet sich nach unterschiedlichen Kriterien etwa in Griechenland, Rumänien, Bulgarien und Schweden, vgl. dazu *Swoboda*, HRRS 2009, 188 (193).

¹¹¹ Etwa BVerfGE 166, 359 (Rn. 75).

¹¹² ▶ *BT-Drs. 19/30399*, S. 8; ferner ▶ *Eisele*, *Stellungnahme*, S. 3; So attestieren auch *Joecks/Jäger*, StudK-StPO, 5. Aufl. (2022), § 362 Rn. 10, der Novelle ohne eine Auseinandersetzung mit der Frage der Systemkonformität unter Verweis auf das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung die Verfassungskonformität. Kritisch zu einer Durchbrechung mit Aspekten materieller Gerechtigkeit *Gärditz*, Jura 2023, 277 (290).

¹¹³ Zu dieser Gefahr *Arneemann*, StraFo 2021, 442 (445); *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (104).

¹¹⁴ So gleichwohl ausdrücklich *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1157) unter Verweis auf *Letzgas*, JZ 2021, 1154 (791). In diese Richtung wohl auch *Kubicel*, GA 2021, 380 (383).

¹¹⁵ BVerfGE 2, 380 (403).

¹¹⁶ BVerfGE 166, 359 (Rn. 83).

¹¹⁷ Im Gesetzgebungsverfahren ▶ *Aust*, *Stellungnahme*, S. 4; ferner *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253); *Leitmeier*, StV 2021, 341 (343); *Slognsat*, ZStW 2021, 742 (761); *Grübl*, ZJS 2022, 1 (9); *Gerson*, StV 2022, 124 (128); *BVerfG* NJW 2023, 3698 (Rn. 82); aA. *Deml*, Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens (1979), S. 50 f.

¹¹⁸ So bereits D. 48, 19, 5: „*satiis enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*“ („es ist nämlich besser, einen für eine Straftat unbestraft zu lassen, als einen Unschuldigen zu verurteilen“), zitiert aus *Mommsen/Krüger*, Corpus Iuris Civilis, Bd. I (1968), S. 864. Der Satz wurde in Laufe der Geschichte vielfach und verschiedentlich nuanciert rezipiert, blieb in seiner Quintessenz jedoch gleich. Vgl. beispielsweise *Voltaire*, *Zadig ou la Destinée*, 1759 (Neudr. 2023), S. 23: „*Qu'il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent*.“ („Dass es besser ist, das Risiko einzugehen, einen Schuldigen zu retten, als einen Unschuldigen zu verurteilen.“). Vgl. auch Fn. 92 unter C) I. 2. e) cc).

II. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot

1. Kontrollmaßstab

Die Erweiterung des § 362 StPO ist vor dem Hintergrund, dass sie sich auch auf „Altfälle“ bezieht, auch am Maßstab des Rückwirkungsverbotes zu messen. Hierbei ist nicht auf die nur für das materielle Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht geltende Vorschrift des Art. 103 Abs. 2 GG zurückzugreifen, sondern das allgemeine Rückwirkungsverbot als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.¹²⁵ Zu unterscheiden ist zwischen echter und unechter Rückwirkung.¹²⁶ Letztere liegt vor, wenn Normen auf noch nicht abgeschlossene Sachverhalte einwirken und dadurch eine Rechtsposition nachträglich entwerten.¹²⁷ Eine Norm entfaltet demgegenüber eine echte Rückwirkung, wenn „ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll“¹²⁸. Das ist hier der Fall: Anknüpfungspunkt für die Anwendung der Norm sind in der Vergangenheit liegende, rechtskräftige Freisprüche. Trotz der oft schwierigen Abgrenzungsfragen¹²⁹ stellt die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO in Anbetracht der demonstrativen Zäsurwirkung eines verfahrensbeendenden Urteils als Rückbewirkung von Rechtsfolgen damit eine echte Rückwirkung dar.¹³⁰ Dieser Einschätzung schließt sich mit Blick auf die streitgegenständliche Erweiterung der Wiederaufnahmetatbestände auch das BVerfG an.¹³¹ Eine echte Rückwirkung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig¹³² und nur gestattet, wenn das Vertrauen des Betroffenen nicht schutzwürdig ist. Das ist der Fall, wenn sich eine Neuregelung abzeichnete, die Rechtslage unklar und verworren war, es sich bei den Folgewirkungen um Bagatelle handelt oder zwingende Gemeinwohlgründe den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz überwiegen.¹³³

2. Bewertung

Die Annahme einer sich abzeichnenden Neuregelung einzig auf Grundlage der Gesetzgebungsvorhaben dazu in früherer Zeit¹³⁴ erscheint wenig überzeugend, zumal erst ein Bundestagsbeschluss den Vertrauensschutz nullifiziert.¹³⁵ Auch war die bisherige Rechtslage alles andere als unklar und verworren. Das Re-

gelungsregime der strafprozessualen Wiederaufnahme zeichnet sich gerade durch wenige Normen aus, die im Falle der §§ 359, 362 StPO zudem jahrzehntelang unverändert geblieben sind. Um Bagatelle geht es ebenso wenig, wird doch das Strafrecht gemeinhin als „schärfste Eingriffskategorie des Staates“¹³⁶ apostrophiert. Darüber hinaus ist die Eingriffsintensität einer lebenslangen Freiheitsstrafe ist auch aufgrund der Verbindung zur Menschenwürdegarantie besonders hoch; dies gilt bereits für das Strafverfahren als solches.¹³⁷ In Frage kommt einzig eine Abwägung mit zwingenden Gründen des Gemeinwohls. Diskutabel ist es zunächst, die Schutzwürdigkeit des Betroffenen als präsumtiver Täter eines unverjährbaren Verbrechens zu verneinen, also auf Erwägungen der materiellen Gerechtigkeit zurückzugreifen.¹³⁸ Allerdings ist an dieser Stelle erneut zu konstatieren, dass Art. 103 Abs. 3 GG einen speziellen Vertrauenstatbestand statuiert und insoweit auch in die Rechtfertigung einer echten Rückwirkung hineinwirkt.¹³⁹

Als stichhaltiger erscheint demgegenüber ein Rekurs auf die „Unverbrüchlichkeit und die Gerechtigkeit der Rechtsordnung“ und „Stärkung der Rechtstreue der Bevölkerung“, die das BVerfG im Beschluss zur Vermögensabschöpfung als zwingende Belange des Gemeinwohls anerkannt hat.¹⁴⁰ Ob sich diese Maßstäbe kontextuell abkoppeln und auf die hiesige Konstellation übertragen lassen, war trotz der oberflächlichen Gemeinsamkeit als normgeprägte Grundrechte mit Blick auf die Strukturverschiedenheit der Eigentumsgarantie und des Mehrfachverfolgungsverbotes allerdings bereits zuvor fraglich. Das BVerfG lehnt die Übertragung dieser Rechtfertigungsgrundsätze nunmehr mit Blick auf die unterschiedliche Zweckrichtung sowie den schuldunabhängigen, kondiktionsähnlichen Charakter der Vermögensabschöpfung ab.¹⁴¹ Die Entscheidung ist überdies gerade wegen ihrer geringen Überzeugungskraft weitgehend auf Kritik im Schrifttum gestoßen,¹⁴² wendet sich das Gericht doch gegen die in seiner eigenen Rechtsprechung geforderte restriktive Handhabung dieser Fallgruppe.¹⁴³ Zusätzlich dehnt es die Rechtfertigungsmöglichkeiten derart weit aus, dass die Schutzvorkehrungen der echten Rückwirkung praktisch leerlaufen. Insbesondere im Hinblick auf die Eingriffsintensität eines Strafverfahrens und einer potentiellen Bestrafung (s. o.) stellen pauschale Erwägungen der Generalprävention folglich keine taugliche Ausnahmekonstellation dar. Die Rückwirkung lässt sich also nicht ausnahmsweise rechtfertigen¹⁴⁴

125 BVerfGE 25, 269 (286 f.); 63, 343 (359); 112, 304 (315); unlängst BVerfGE 156, 354 (Rn. 105) sowie nunmehr ebenfalls BVerfGE 166, 359 (Rn. 142); die Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG im Ordnungswidrigkeitenrecht entspricht der st. Rspr. seit BVerfGE 38, 348 (371 f.). Differenzierend Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 85. EL (11/2018), Art. 103 Abs. 2 Rn. 76; kritisch Lenk, StV 2022, 118 (120 f.) mwN. Eine originelle Position vertritt Pabst, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), S. 130, der, wohl unter Rückgriff auf BVerfGE 113, 273 (308), von einer faktischen Strafbegründung durch Prozessrecht ausgeht und auf dieser Grundlage den Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG eröffnet sieht.

126 Hier in der wohl weiter verbreiteten Terminologie des Ersten Senates; der Zweite Senat spricht demgegenüber von „tatbestandlicher Rückanknüpfung“ und „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“, handhabt die Fallgruppen aber im Übrigen in identischer Weise.

127 St. Rspr. seit BVerfGE 11, 139 (145 f.); 14, 288 (297).

128 BVerfGE 156, 354 (403) mwN.

129 Allgemein zu dieser Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung BVerfGE 30, 367 (385 f.).

130 Übereinstimmend Pohlreich, HRRS 2023, 140 (154); Scheu/Härdle, StV 2022, 118 (398); Lenk, StV 2022, 118 (121); Gerson, StV 2022, 124 (126); Schweiger, StV 2021, 341 (405); Kaspar, GA 2022, 21 (34); Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (361); Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251 (254); Singelstein, in: Graf, BeckOK-StPO, 53. Ed. (01.10.2024), § 362 Rn. 13; Sabel, StV 2022, 118 (566); in diese Richtung Kuhl/May GA 2022, 37 (49); aA. Kubiciel, GA 2021, 380 (393); ▶ Eisele, Stellungnahme, S. 6; ▶ Schädlér, Stellungnahme, S. 3; ▶ Gärditz, Stellungnahme, S. 7; Schöch, in: FS-Maiwald (2010), S. 769 (779). Grundlegend zur echten Rückwirkung BVerfGE 11, 139 (145 f.) und 101, 239 (263 f.).

131 BVerfGE 166, 359 (Rn. 149).

132 BVerfGE 13, 261 (271); 101, 139 (163); 148, 217 (255).

133 BVerfGE 166, 359 (Rn. 144 ff.) mwN. Allgemein dazu ferner Lepsius, Jura 2018, 577; Jura 2018, 695; jeweils *passim*.

134 Vgl. Fn. 3.

135 Jüngst BVerfGE 145, 20 (Rn. 199) mwN.

136 Nolte, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft (2015), § 135 Rn. 7.

137 Vgl. die Erwägungen unter C) III. 1. a) zum Schutzbereich des Mehrfachverfolgungsverbotes.

138 So unterschiedlich nuanciert ▶ Gärditz, Stellungnahme, S. 8 („Integrität der Rechtsordnung“); ▶ Kubiciel, Stellungnahme, S. 8 f. („Stabilisierung solcher Normen, die Rechtsgüter von höchstem Rang gegen besonders gefährliche und verwerfliche Angriffe schützen“); ▶ Eisele, Stellungnahme, S. 6 („Wahrung der materiellen Gerechtigkeit“); ablehnend zurecht Gerson, StV 2022, 124 (128).

139 Insofern übereinstimmend Slogsnat, ZStW 2021, 742 (774); Gerson, StV 2022, 124 (129) und Pohlreich, HRRS 2023, 140 (155).

140 Beide Zitate aus BVerfGE 156, 354 (410 f.). Darauf zurückgreifend OLG Celle StV 2022, 492 (496).

141 BVerfGE 166, 359 (Rn. 159 f.).

142 Aus der Literatur etwa Lenk, NJW 2021, 1222 (1232); Asholt, JZ 2021, 473 (475); Reichling/Lange/Borgel, NSStZ 2021, 417 (418); Bülte, NZWiSt 2021, 203 ff. Vgl. schon zuvor Trüg, NJW 2019, 1891 (1896) und BGH, Vorlagebeschl. v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18 Rn. 52.

143 Vgl. etwa BVerfGE 101, 239 (263 f.).

144 Übereinstimmend Pohlreich, HRRS 2023, 140 (155); Kaspar, GA 2022, 21 (35 f.); Fischer, StV 2022, 118 (220 f.); Schweiger, StV 2021, 341 (405); Slogsnat, ZStW 2021, 742 (774); Arnemann, StraFo 2021, 442 (445); ▶ Aust, Stellungnahme, S. 5 f.; ders./Schmidt, ZRP 2020, 251 (254); Sabel, StV 2022, 118 (572); Bohn, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise (2016), S. 269 f.; einschränkend Gerson, StV 2022, 124 (129).

und verletzt mithin Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG.¹⁴⁵

III. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz

1. Kontrollmaßstab

Obwohl nicht mit der Verfassungsbeschwerde gerügt, legt die materiell-rechtliche Beschränkung des neuen Wiederaufnahmegrundes auf nur wenige Delikte zugleich eine Prüfung am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes nahe. Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden und diese Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.¹⁴⁶ Der Maßstab der Rechtfertigung variiert dabei von einer bloßen Willkürkontrolle bis hin zu einer Prüfung am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,¹⁴⁷ was freilich nicht als starres, sondern vielmehr als stufenloses System zu verstehen ist.¹⁴⁸ Eingedenk der oftmals hohen Eingriffsintensität strafprozessualer Zwangsmaßnahmen und der Vielzahl potentiell betroffener Grundrechtspositionen (z. B. Art. 2 Abs. 2, 10, 13 GG) sowie des einschneidenden Charakters einer möglichen (lebenslangen) Freiheitsstrafe ist der Rückgriff auf einen besonders strengen Maßstab angezeigt.¹⁴⁹ Für rechtskräftig Freigesprochene besteht das Risiko einer Wiederaufnahme je nach dem von ihnen (womöglich) verletzten Straftatbestand, sodass wesentlich gleiche Sachverhalte (Freisprüche) ungleich behandelt werden.

2. Bewertung

Für das hierfür angelegte Differenzierungskriterium bieten sich verschiedene Möglichkeiten, die der Reformgesetzgeber alleamt zum Gegenstand seiner Begründung gemacht hat. In Frage kommt zunächst eine Ungleichbehandlung von Freisprüchen mit minderschweren Verurteilungen, die sich womöglich durch einen Rückgriff auf die Figur des „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoßes“¹⁵⁰ rechtfertigen lässt. Dies gibt sich gewissermaßen als Leitmotiv der Erweiterung zu erkennen. Ein solcher „Verstoß“ ist indes nicht empirisch oder anhand objektiver Bewertungsmaßstäbe feststellbar, sondern rein wertender Natur. Die Behauptung des Gesetzgebers, „eine Verurteilung wegen einer minderschweren Tat“ beeinträchtigt „das Rechtsempfinden der Bevölkerung zudem nicht so sehr wie das völlige Ausbleiben einer Sanktion“¹⁵¹ keineswegs erwiesen oder gar zwingend ist.¹⁵² Die Vermeidung solcher „Gerechtigkeitsverstöße“ lässt sich damit aufgrund der Unbestimmtheit dieses Begriffs bereits nicht als taugliches Differenzierungsziel fruchtbar machen; stößt jedenfalls an die

Grenzen rationalisierbarer und damit kontrollierbarer Gesetzgebungstechnik.

In Betracht kommt mit Blick auf das gewählte Differenzierungskriterium, hinsichtlich der Katalogtaten entweder auf die Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder *formaliter* auf die Unverjährbarkeit (vgl. § 78 Abs. 2 StGB, § 5 VStGB) als Ausdruck ihres exzeptionellen Unrechtsgehaltes abzustellen.¹⁵³ Fraglich ist vor diesem Hintergrund allerdings, weshalb die völkerstrafrechtliche Tatbestände der Tötung einer geschützten Person gemäß § 11 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, 2 VStGB oder des Verbrechens der Aggression nach § 13 VStGB nicht in den Katalog des § 362 Nr. 5 StPO aufgenommen worden ist, obwohl diese doch mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe bedroht (im Fall des § 13 Abs. 1 VStGB sogar ohne Ausnahme) und nach der allgemeinen Anordnung des § 5 VStGB unverjährbar sind. Ferner existieren Straftatbestände, die zwar der dreißigjährigen Verjährungsfrist des § 78 Abs. 3 Nr. 1 StGB unterliegen, aber ebenfalls eine lebenslange Freiheitsstrafe nach sich ziehen können (z. B. § 212 Abs. 2 oder § 306c StGB). Daneben rekurrierte der Reformgesetzgeber auf den „Schutz eines Menschenlebens“¹⁵⁴ und behauptete daher gerade bei Straftaten zum Schutz des Lebens die „Unerträglichkeit“ eines zu Unrecht erfolgten Freispruchs. Besonders dysfunktional erscheint dieser Differenzierungsansatz, wenn man bedenkt, dass etwa der Tatbestand des Völkermordes ausweislich seines Wortlautes abseits der Begehungsvariante des § 6 Abs. 1 Nr. 1 VStGB eben keinen Tötungserfolg verlangt. Die durch die hohe Belastung durch ein Strafverfahren ohnehin bedingte besondere Eingriffsintensität (s. o.) wird für den Betroffenen noch dadurch erschwert, dass teils gravierende tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten bei der Beurteilung hinzutreten. Konkret etwa, ob die ihm vorgeworfene Tat etwa als Mord zu qualifizieren ist, oder lediglich den Straftatbestand des Totschlags erfüllt.¹⁵⁵ Der Deliktskatalog der Neuregelung folgt damit keiner konsistenten Linie.¹⁵⁶ Ein Verstoß des § 362 Nr. 5 StPO gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist damit jedenfalls naheliegend.¹⁵⁷

IV. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

1. Kontrollmaßstab

Die Neuregelung ist ferner am Bestimmtheitsgebot zu messen. Hierbei ist jedoch nicht auf den strengen Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG zurückzugreifen,¹⁵⁸ sondern auf im Rechtsstaatsprin-

145 Das BVerfG stellt aufgrund der Einwirkung des Mehrfachverfolgungsverbot in das Rückwirkungsverbot im Rahmen der Entscheidung nicht auf Art. 2 Abs. 1 GG als tradierte grundrechtliche Scharniernorm ab, sondern vielmehr unmittelbar auf Art. 103 Abs. 3 GG, vgl. BVerfGE 166, 359 (Rn. 142). Auf Art. 2 Abs. 2 GG stellt wiederum Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 5. Aufl. (2023), § 362 Rn. 38, ab.

146 St. Rspr. seit BVerfGE 1, 14 (52), zuletzt etwa BVerfGE 129, 49 (68).

147 Die Prüfung am Maßstab der Willkürformel ist seit BVerfGE 1, 14 (52) Teil der stRspr. des BVerfG, die Integration der sog. neuen Formel in die st. Rspr. des Ersten Senats erfolgte in BVerfGE 55, 72 (88 ff.), für diejenige des Zweiten Senats wiederum in BVerfGE 71, 39 (58 f.); vgl. jüngst etwa BVerfGE 127, 263 (280).

148 Vgl. etwa BVerfGE 129, 49 (69) mwN.

149 Eine strenge Kontrolle ist insbesondere aufgrund in Qualität oder Quantität besonders betroffener Freiheitsrechte angezeigt, stRspr. seit BVerfGE 37, 342 (353 f.); vgl. zuletzt etwa BVerfGE 162, 378 (448 f.) im Hinblick auf die im Zusammenhang mit einer Masern-Impfpflicht für in einer Kindertagesstätte betreute Kinder betroffenen Freiheitsrechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.

150 ▶ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

151 Ibid.

152 Bereits vor mehr als einem Jahrhundert sah etwa Binding in einer Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung, wenn im Anschluss daran ein Mordvorsatz offenbar wird, eine „schreiende Ungerechtigkeit“, „der Mörder“ könne „doch durch das viel zu milde Strafurteil seiner Verantwortlichkeit für den Mord nicht definitiv entkleidet werden“, vgl. ders., Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 2 (1915), S. 339 f.

153 ▶ BT-Drs. 19/30399, S. 9. Für die Unverjährbarkeit etwa Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 5. Aufl. (2023), § 362 Rn. 22; Zehetgruber, JR 2020, 157 (165 f.); Letzgas, JZ 2021, 1154 (S. 719) und Füllkrug, StV 2022, 118 (405 f.)

154 ▶ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

155 Dies andeutend die Stellungnahme der AfD-Bundestagsfraktion im Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, vgl. ▶ BT-Drs. 19/3110, S. 3 und die Äußerungen Eiseles sowie Conens in der Expertenanhörung in besagtem Ausschuss, vgl. Protokoll der 160. Sitzung vom 21.06.2021, S. 12, 23 (abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-pa-recht-wiederaufnahme-strafverfahren-847544>; zuletzt abgerufen am 25.07.2024). Vgl. auch bereits Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (194).

156 Kritisch auch Hoven, JZ 2021, 1154 (S. 1161) und zu älteren Vorhaben der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages, WD 7 – 3000 – 121/16, S. 13 f., Arnemann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 93 sowie explizit zur Differenzierung zwischen Mord bzw. Völkermord und anderen Delikten Waßmer, Jura 2002, 454 (460) mwN.

157 Übereinstimmend Arnemann, StraFo 2021, 442 (446 f.); Slogsnat, ZStW 2021, 742 (774 f.); kritisch auch Fischer, StV 2022, 118 (220). Für den in dieser Hinsicht gleichen Entwurf von 2007 (BR-Drs. 655/07 = BT-Drs. 16/7957) Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (192 f.), allerdings unter Rekurs auf das Strafmaß der entsprechenden Delikte. AA. Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 5. Aufl. (2023), § 362 Rn. 24 § 362 Rn. 44 sowie ausdrücklich OLG Celle StV 2022, 492 (497), das als Differenzierungskriterium indes einzig auf die Unverjährbarkeit der Delikte abstellt.

158 Vgl. dazu Fn. 125 unter C) II. 1.

zip radizierten allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz. Das Gebot fordert vom Gesetzgeber, Normen möglichst eindeutig zu fassen, sodass dem Normadressaten die Möglichkeit gegeben wird, sein Verhalten an den aufgestellten Geboten und Verboten auszurichten.¹⁵⁹ Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe steht der Bestimmtheit einer Norm zwar nicht von vornherein entgegen,¹⁶⁰ ihr Inhalt muss sich allerdings im Wege der Auslegung oder jedenfalls unter Rückgriff auf eine hinreichend gefestigte Rechtsprechung ermitteln lassen.¹⁶¹ Die Anforderungen an die Bestimmtheit in Form eines Präzisionsgebotes „erhöhen sich mit der Intensität, mit der auf der Grundlage der betreffenden Regelung in grundrechtlich geschützte Bereiche eingegriffen werden kann“¹⁶², verhalten sich also proportional zur Intensität der jeweiligen Grundrechtsbeeinträchtigung.

2. Bewertung

Die Formulierung „dringende Gründe“ wirft zwar zunächst die Frage auf, welcher Wahrscheinlichkeitsgrad zur Einleitung eines Wiederaufnahmeverfahrens erforderlich ist. Zur inhaltlichen Konkretisierung lassen sich jedenfalls die zum dringenden Tatverdacht im Rahmen der Untersuchungshaft (§§ 112 Abs. 1 S. 1, 112a Abs. 1 S. 1 StPO) entwickelten Kriterien heranziehen.¹⁶³ Fraglich ist indes, wann die von der Vorschrift verlangten Tatsachen und Beweismittel als „neu“ anzusehen sind. In dieser Frage besteht jedenfalls die Möglichkeit, auf die gefestigte Rechtsprechung zu dem unter diesem Gesichtspunkt ähnlich formulierten § 359 Nr. 5 StPO im Rahmen der Wiederaufnahme *in bonam partem* zurückzugreifen.¹⁶⁴ Hiernach ist jedes Beweismittel als „neu“ anzusehen, das bei der ersten Entscheidung nicht berücksichtigt worden ist.¹⁶⁵ Durchaus lobenswert ist es, dass das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ zumindest auf das in frühere Entwürfen integrierte Tatbestandsmerkmal „neuer“ Beweismethoden bzw. technischer Verfahren verzichtete.¹⁶⁶ Insgesamt hätte wohl die Möglichkeit bestanden, die Anforderungen des § 362 Nr. 5 StPO sowohl an die Novität der Tatsachen und Beweismittel, als auch die qualifizierten Verdachtsvoraussetzungen im Wege der Auslegung zu konkretisieren, sodass die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots gewahrt waren.

D) Ergebnis

Die Erweiterung des § 362 StPO um einen neuen Wiederaufnahmetatbestand zuungunsten des Freigesprochenen verstößt

gegen das Mehrfachverfolgungsverbot sowie das Rückwirkungsverbot und ist daher verfassungswidrig.¹⁶⁷ Darüber hinaus ist jedenfalls ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nicht ganz fernliegend. Weitere Verfassungsverstöße, etwa gegen die Selbstbelastungsfreiheit, sind zwar durchaus denkbar, aber letztlich nicht entscheidungserheblich.

E) Einführung durch Verfassungsänderung?

§ 362 Nr. 5 StPO ist mit dem Grundgesetz unvereinbar. Vielleicht konnte man gerade deshalb bereits vor dem zugehörigen Urteil des Zweiten Senates erste Stimmen vernehmen, die in Ansehung der verbreiteten verfassungsrechtlichen Kritik eine Verfassungsänderung fordern.¹⁶⁸ Art. 103 Abs. 3 GG könnte etwa um einen zweiten Satz ergänzt werden, der dem einfachen Gesetzgeber bezüglich der Wiederaufnahmegründe eine Ausgestaltungsermächtigung erteilt oder aber einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt enthält. Änderungen des Grundgesetzes müssen sich selbstredend an der *Ewigkeitsklausel* des Art. 79 Abs. 3 GG messen lassen, die ihrerseits auf die in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze verweist. Allein der Umstand, dass die *ne bis in idem*-Garantie eine gewisse Verbindung zur Menschenwürdegarantie aufweist (s. o.), führt allerdings nicht zum Verstoß einer derartigen Verfassungsänderung gegen Art. 1 GG. Diese unterschiedlich intensive Verbindung ist schließlich allen Grundrechten gemein. Die bloße Ergänzung des Art. 103 Abs. 3 GG um einen Gesetzesvorbehalt würde die Menschenwürdegarantie nicht verletzen. Anderes ergibt sich möglicherweise bei einer (ästhetisch aber eher unschönen) Integration diverser Wiederaufnahmegründe in die Vorschrift. Einer gewissen Beliebtheit erfreut sich folgender Gedankengang: Eine erneute Strafverfolgung wegen derselben Tat könnte die Subjektqualität des Einzelnen prinzipiell in Frage stellen, indem der Betroffene getreu der *Objektformel* des *BVerfG*¹⁶⁹ zum bloßen Objekt des staatlichen Strafanspruchs degradiert werde.¹⁷⁰ Bei dem Rekurs auf diese dogmatische Figur ist allerdings Zurückhaltung geboten, denn eine gewisse Objektivierung des Einzelnen ist keine Ausnahmeerscheinung, sie ist der Rechtsordnung moderner Industriegesellschaften vielmehr immanent. Im Rahmen einer kasuistischen Konkretisierung ist ein Vergleich mit den übrigen, konsentierten Fallgruppen angezeigt. Hier bietet sich aufgrund der strafprozessualen Ausgangssituation das Problem der „Rettungsfolter“ an. Im Fall *Gäfygen* ging das *LG Frankfurt am Main* seinerzeit von einem Verstoß gegen die Menschenwürde des Gefolterten aus, denn die Androhung „erheblicher Schmerzen“ zur Rettung entführter Tatopfer den Betroffenen in ein bloßes Objekt dieser staatlichen Rettungsbemühungen verwandelt.¹⁷¹ Anders liegt es jedoch hier: Es geht nicht um die Abwendung womöglich schwerer Gefahren für

¹⁵⁹ StRspr. seit BVerfGE 17, 306 (314).

¹⁶⁰ StRspr. seit BVerfGE 3, 225 (243).

¹⁶¹ Etwa BVerfGE 83, 130 (145); 84, 133 (149).

¹⁶² BVerfGE 83, 130 (145). Vgl. auch BVerfGE 49, 89 (133); 59, 104 (114); 86, 288 (311); 93, 213 (238); 102, 254 (337); 131, 88 (123).

¹⁶³ So wohl der Reformgesetzgeber, der von einer „hohen Wahrscheinlichkeit“ und einer „große(n) Wahrscheinlichkeit für die Verurteilung“ spricht, vgl. ▶ *BT-Drs. 19/30399, S. 1, 10*. Tiemann, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 362 Rn. 20; Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 5. Aufl. (2023), § 362 Rn. 18; Pohlreich, HRRS 2023, 140 (151); Priebering, HRRS 2023, 156 (157); eine Steigerung im Vergleich zum „dringenden Tatverdacht“ verlangt hingegen Schuster, in: Löwe/Rosenberg, Bd. 9/I, 27. Aufl. (2022), StPO § 362 Rn. 33. Hörnle, GA 2022, 184 (193 f.) verlangt, dass „die neue Tatsache oder das neue Beweismittel Sachverhaltsrekonstruktion oder Beweislage in grundlegender Weise ändert“. Das *OLG Celle* wiederum verlangt mit Hinweis auf die Stellungnahme von Gärditz eine „ganz überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Verurteilung“, vgl. StV 2022, 492 (494).

¹⁶⁴ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. (2022), § 362 Rn. 13 und Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 5. Aufl. (2023), § 362 Rn. 17 unter Verweis auf den in ▶ *BT-Drs. 19/30399, S. 10* artikulierten Willen des Gesetzgebers.

¹⁶⁵ BVerfG NJW 2007, 207 (208) mwN. Dazu auch Arnemann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 377 ff.

¹⁶⁶ Hierzu einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot konstatierend Arnemann, StraFo 2021, 442 (445). Zum Entwurf aus dem Jahr 2007 (▶ *BR-Drs. 655/07* = ▶ *BT-Drs. 16/7957*) bereits Pabst, ZIS 2010, 126 (130).

¹⁶⁷ So auch BVerfGE 166, 359 (Rn. 161), das das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ dem folgend gem. § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG für nichtig erklärt hat.

¹⁶⁸ Letzgas, JZ 2021, 1154 (S. 720); freilich aus anderer Motivation heraus Sabel, StV 2022, 118 (571); Kudlich/Göken, NJW 2023, 3683 und Füllkrug, StV 2022, 118 (405) stellen die Möglichkeit einer Verfassungsänderung wertungsfrei in den Raum.

¹⁶⁹ Etwa BVerfGE 115, 118 (153 f.) mwN. Kritisch zu dieser Figur jedoch das Gericht selbst in BVerfGE 30, 1 (25 f.). Nach Wintrich, in: FS-Laforet (1952), 227 (235 f.) sowie Dürig, AöR 81 (1956), 117 (127) unter Rückgriff auf Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, (1785; Neuausgabe 2016), S. 53 (428, 25 ff.): „Nun sage ich: der Mensch, und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muß in allen seinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden.“

¹⁷⁰ Ausdrücklich anführend zum Beispiel Pohlreich, HRRS 2023, 140 (149) sowie Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (192). Diese Argumentationsfigur ebenfalls rezipierend BVerfGE 166, 359 (Rn. 88).

¹⁷¹ *LG Frankfurt aM*, NJW 2005, 692 (693 ff.).

Leib und Leben der Tatopfer, sondern um die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Dies umfasst lediglich die (freilich erzwungene) Teilnahme an einem rechtsstaatlichen Verfahren zu ebenjenem Zweck, das wiederum die persönliche Schuld des Angeklagten zur Grundlage der Urteilsfindung und letztlich der Strafe macht. Eine völlige Negation des Eigenwerts eines Individuums ist damit freilich nicht verbunden. Die Unsicherheit des Ausgangs eines Strafverfahrens ist – vor allem angesichts einer potentiell lebenslangen Freiheitsstrafe – gewiss keine *quantité négligeable*, aber nicht mit der Androhung von Foltermaßnahmen oder gar deren Durchführung vergleichbar. Insbesondere vor dem Hintergrund der demokratietheoretisch gebotenen restriktiven Interpretation des Art. 79 Abs. 3 GG dürfte die Annahme einer Verletzung der Menschenwürde mithin eher fernliegend sein.¹⁷²

Zu einem abweichenden Ergebnis gelangt man angesichts der besonderen Bedeutung der Rechtssicherheit wohl auch nicht unter Verweis auf das ebenfalls änderungsfeste Rechtsstaatsprinzip.¹⁷³ Das Gebot der Rechtssicherheit gilt nicht absolut, der verfassungsändernde Gesetzgeber vermag die durch das Mehrfachverfolgungsverbot getroffene Abwägung zu modifizieren. Ergäbe sich diese verfassungsunmittelbare Vorrangregel bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip, wäre die gesonderte Aufnahme des *ne bis in idem*-Grundsatzes in den Verfassungstext gegenstandslos. Ein Blick in die Rechtsordnungen anderer Staaten zeigt zudem, dass einige von ihnen gänzlich ohne eine Wiederaufnahme *in malam partem* zurechtkommen,¹⁷⁴ sogar eine ungünstige Wiederaufnahme *propter nova* in anderen Ländern hingegen zum tradierten Repertoire des Strafprozessrechts zählt,¹⁷⁵ so zum Beispiel in Österreich (§ 352 Abs. 2 Nr. 2 öStPO). Alle diese Staaten büßen nur hierdurch nicht ihre Eigenschaft als Rechtsstaaten ein. Gewiss vermag eine rechtsvergleichende Betrachtung nicht die Interpretation einer Norm des nationalen Verfassungsrechts determinieren. Eine Verletzung rechtsstaatlicher Fundamentalprinzipien scheint in Ansehung der genannten Erwägungen aber eher fernliegend. Ob eine Änderung des Art. 103 Abs. 3 GG verfassungspolitisch wünschenswert ist, steht auf einem anderen Blatt geschrieben.¹⁷⁶ Angesichts der erforderlichen Zweidrittelmehrheit ist die Umsetzung dieses Vorschlags zumindest eher unwahrscheinlich. Zuletzt versicherte Johannes Fechner, parlamentarischer Geschäftsführer und Justiziar der SPD-Bundestagsfraktion,

in einer Stellungnahme als Reaktion auf das Urteil des *BVerfG*, es werde in der laufenden Legislaturperiode aus den Reihen seiner Partei keine Vorstöße für eine derartige Verfassungsänderung geben.¹⁷⁷

F) Fazit und Ausblick

„Selten war ein Verstoß gegen das Grundgesetz so klar wie hier“¹⁷⁸: Mag diese Einschätzung angesichts der bislang offenen dogmatischen Fragen zu Art. 103 Abs. 3 GG zwar nicht ganz zutreffend sein, verletzt die Erweiterung des § 362 StPO um einen neuen, fremdartigen Wiederaufnahmegrund *propter nova* aber doch mindestens das Mehrfachverfolgungsverbot sowie das Rückwirkungsverbot. Die Unzufriedenheit mit der gegenwärtigen Rechtslage mag zwar menschlich und vor allem aus Sicht der Angehörigen nachvollziehbar sein, stößt jedoch an die Grenze des Grundgesetzes – frühere Gesetzesvorhaben sind daher zu Recht verworfen worden. Auf wie viel Gegenliebe die Grundsatzentscheidung des *BVerfG* im Schrifttum stößt, bleibt jedenfalls abzuwarten.¹⁷⁹ Das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ präsentiert sich dabei als das Produkt einer in der Gesellschaft zunehmend verbreiteten Punitivität und Emotionalisierung des Rechts. Bedenken sollten in jedem Fall die Reminiszenzen an das „gesunde Volksempfinden“ in der Begründungslogik der vorliegenden Reform¹⁸⁰ auslösen. Ob eine solche Reform wiederum im Gefolge einer Verfassungsänderung rechtsbeständig Teil des Strafprozessrechts werden könnte, wird zwar kaum noch diskutiert, dürfte aber zu bejahen sein.

► Inhaltsverzeichnis

172 Kritisch zur Zulässigkeit einer Verfassungsänderung mit Blick auf die von Art. 79 Abs. 3 GG abgesicherte Menschenwürdegarantie hingegen *Slognsat*, ZStW 2021, 742 (773) sowie jüngst *Jäger*, JA 2024, 76 (79). Dies ausdrücklich ablehnend jedenfalls in Bezug auf den Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 85. EL (11/2018), Art. 103 Rn. 8 und ähnlich *Neubauer*, Verfassungsrechtliche Begründung und Legitimation der justiziellen Grundrechte (1991), S. 123; ferner *Herzberg*, JuS 1972, 113 (113): „Art. 103 III GG nimmt an der Bestandsgarantie des Art. 79 GG teil“; ausdrücklich dagegen *Durth/Kempf*, StV 2005, 197 (199), die jedoch etwas uneindeutig davon ausgehen, „als Grundrecht“ nehme die *ne bis in idem*-Garantie „an der Unverbrüchlichkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG teil“.

173 So aber *Brade*, ZIS 2021, 362 (364).

174 In den Vereinigten Staaten ist eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen vor dem Hintergrund der *double jeopardy clause* des fünften Zusatzartikels zur Bundesverfassung grds. unmöglich; die Feststellung der Anwendbarkeit für die Bundesstaaten erfolgte explizit erst in *Benton v. Maryland*, 395 U. S. 784, 795 (1969). Eine Ausnahme gilt lediglich für die Strafverfolgung verschiedener Hoheitsträger auf Grundlage der sog. *dual sovereignty doctrine* seit *United States v. Lanza et al.*, 260 U. S. 377, 382 (1922). Zur fehlenden Möglichkeit einer ungünstigen Wiederaufnahme in Japan ferner *Kato*, ZIS 2006, 354 (*passim*); zu den europäischen Staaten *Swoboda*, HRRS 2009, 188 (190 f.).

175 *Swoboda*, HRRS 2009, 188 (193 ff.), vor allem zur Rechtslage in England.

176 Gegen eine Verfassungsänderung aus rechtspolitischen Erwägungen heraus etwa *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 324; vorsichtiger *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (254).

177 ► <https://www.spdfraktion.de/presse/statements/keine-wiederaufnahme-strafverfahren> (zuletzt abgerufen am 11.08.2024).

178 So *Ulf Buermeyer* in der Anhörung der Sachverständigen während des Gesetzgebungsverfahrens, vgl. ► **Protokoll der 160. Sitzung des Ausschusses für Justiz und Verbraucherschutz vom 21.6.2021**, S. 10 (zuletzt abgerufen am 25.07.2024).

179 Zustimmungende Anmerkungen finden sich bisher bei *Mitsch*, KriPoZ 2023, 498 (501); *Stuckenberg*, StV 2024, 14 (17); *Jäger*, JA 2024, 76 (78 f.) und grds. *Jahn*, JuS 2024, 83 (85). Kritisch hingegen *Kudlich/Göken*, NJW 2023, 3683 (3685 f.) und insbesondere mit Blick auf Begründungsdefizite der Entscheidung *Güntge*, JR 2024, 1 (5 ff.); *Schneider*, StV 2024, 14 (245 ff.) Zustimmung zum Ergebnis, nicht aber zur Begründung *Günther*, HRRS 2024, 47 (50).

180 ► **BT-Drs. 19/30399, S. 9**: „Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung“. Diesen Aspekt andeutend *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097 (2100) und ihn kritisch rezipierend *Lenk*, StV 2022, 118 (123).



Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.*

© iuratio / Adobe Stock / 91251401



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

Fallbearbeitung – Strafrecht

MR Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)

„Schwarzfahrer unterwegs“ Fortgeschrittenenklausur



Michael Hippeli | Referatsleiter im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr, Wohnen und ländlichen Raum. Der Beitrag gibt ausschließlich die eigenen Auffassungen des Autors wieder.

E-Mail-Kontakt: ▶ MichaelHippeli@mail.de

Sachverhalt

Husaiin K (K) ist seit 2015 in Deutschland und seinerzeit über die Balkanroute als sog. umA (unbegleiteter Minderjähriger) aus Afghanistan nach Deutschland gekommen. Mittlerweile ist er nach gesicherten Erkenntnissen der Behörden 24 Jahre alt und lebt aufgrund einer Duldung nach § 60a AufenthG in Halle-Neustadt. K darf auf Basis einer Genehmigung der Ausländerbehörde Halle nach § 32 BeschV theoretisch arbeiten. Jedoch gestaltet sich seine Erwerbsbiografie schwierig. K gilt nämlich nicht gerade als Musterbeispiel von Integration. Die Hauptschule hat er abgebrochen, dementsprechend konnte er auch keine Lehrstelle finden. Sein deutsch ist immer noch mangelhaft, was auch daran liegt, dass er sich überwiegend in der immer größer werdenden afghanischen Ethno-Gruppe in Halle aufhält. Er erhält Bürgergeld, seine Wohnung in einem DDR-Plattenbau zahlt das Amt.

K ist aufgrund seiner vielen Tagesfreizeit und finanziellen Situation bereits mehrfach mit dem Gesetz in Konflikt gekommen. Insgesamt alles Delikte aus dem Bereich der Kleinkriminalität: damals noch verbotener Handel mit Marihuana, einfache Körperverletzung, Taschendiebstahl, Beleidigung, Nötigung und dergleichen.

Hinweis

Aus der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS)¹ ist ablesbar, dass es in Deutschland über gefühlte Wahrnehmungen hinaus auch tatsächlich eine starke Ausländerkriminalität gibt. Rein nach Staatsangehörigkeit waren bei den rund 2,25 Mio. erfassten Straftätern 2023 rund 1,32 Mio. Deutsche und rund 0,92 Mio. Ausländer tatverdächtig. Jedoch waren von den 84,7 Mio. Einwohnern Deutschlands Ende 2023 „nur“ rd. 13,9 Millionen Ausländer.² Demzufolge sind rd. 16,4% der Einwohner Deutschlands Ausländer, die gleichzeitig bei rd. 40,89% aller erfassten Straftaten tatverdächtig sind. Dabei lässt sich feststellen, dass einige Nationalitäten im Vergleich zu ihrem Anteil an der deutschen Wohnbevölkerung extrem überrepräsentiert sind³, während die Deliktsschwerpunkte jeweils variieren.

Am 22.08.2024 steigt K, ohne ein Ticket zu lösen, gegen 10 Uhr in einen Wagen der Straßenbahn-Linie 2 der Stadtbahn Halle. Dabei trägt er ein T-Shirt mit einem gut sichtbaren Aufdruck „ich fahre schwarz“, welches er von seinem Kumpel Mohamed geschenkt bekommen hat. K ist sich der Bedeutung des Aufdrucks bewusst, er will damit den Tatbestand des Schwarzfahrens⁴ vermeiden, denn er macht ja aus seiner Sicht nichts heimlich.

An der Haltestelle Damaschkestraße steigen zwei Fahrscheinkontrolleure der Halleschen Verkehrs-AG (HAVAG), Ronny Reschke (R) und Silvio Sauerbier (S), zu und beginnen mit der Kontrolle. Die HAVAG ist Mitglied des Mitteldeutschen Verkehrsverbundes (MDV). Als die beiden Kontrolleure zu K kommen, bemerken sie anhand des T-Shirts unmittelbar, was Sache ist. R fordert K deshalb unmittelbar nach Begrüßung dazu auf, sich auszuweisen. K versteht über seine Gesichtsmimik erkennbar, was R und S von ihm wollen. Jedoch sagt er kein Wort und zieht vielmehr die von seiner linken Hand nur 10 cm entfernt befindliche Notbremse. R und S, die sich wegen ihrer Kontrolltätigkeit nicht festgehalten und überdies nicht mit dieser Reaktion von K gerechnet hatten, kommen hierdurch zu Fall. K nutzt die Gelegenheit, öffnet die Wagentür per Knopfdruck und sprintet davon.

R und S können ihn jedoch im Rahmen einer Verfolgung nach ca. 500 Metern einholen und zu Boden bringen. Während R auf K kniet, ruft S per Handy die Polizei. Nach Ankunft durchsuchen die Polizeibeamten K zunächst und stellen bei ihm ein Springmesser mit einer 12 cm langen Klinge sicher. R und S erklären gegenüber den Polizeibeamten, „für sämtliche sie selbst und die HAVAG betreffende Delikte Strafanzeige zu stellen“, was auf dem Polizeirevier später auch verschriftlicht wird.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von K nach dem StGB!

Evtl. erforderliche Strafanträge wurden sämtlich form- und fristgerecht gestellt.

¹ Vgl. ▶ www.bka.de (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

² Vgl. ▶ www.destatis.de (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

³ Aus den beiden Statistiken lässt sich entnehmen, dass in 2023 unter den großen Blöcken (mehr als 20.000 Straftaten) statistisch etwa jeder 28. Ukrainer, jeder 19. Pole, Rumäne oder Bulgare, jeder 10 Syrer, jeder 15. Türke, jeder 11. Iraker und jeder 7. Afghane tatverdächtig war. Im Vergleich dazu war im Schnitt jeder 60. Deutsche tatverdächtig (jeweils ohne Betrachtung von weiterem Migrationshintergrund, Geschlechtsverteilung, Mehrfachdelinquenz oder etwaigen Dunkelziffern und soziologischer Milieubetrachtung). Im Ergebnis heißt das, dass das gewählte fiktive Beispiel Afghanistan nicht völlig willkürlich gewählt wurde. Gleichwohl sollen unbescholtene Personen damit natürlich nicht stigmatisiert werden.

⁴ Der Begriff „Schwarzfahren“ entspricht als umgangssprachliche Verwendung in weiten Teilen der Bevölkerung einer ca. 100 Jahre alten Tradition, wird jedoch seit ca. 2020 in einigen Stadtverwaltungen wie Berlin oder München bewusst untersagt, da er eine rassistische Konnotation haben soll. Erstmals nachweisbar ist diese Sichtweise im Diversity-Landesprogramm des Landes Berlin, vgl. ▶ **IT-Drs. 18/3015, S. 51**, wonach dementsprechend von Berliner Behörden nur noch von „Fahren ohne gültigen Fahrschein“ gesprochen werden soll.

Auszug aus den Beförderungsbedingungen und Tarifbestimmungen des MDV zum Stand 01.08.2024:

§ 1 Geltungsbereich

- 1) Diese Beförderungsbedingungen gelten für die Beförderung von Personen, Sachen und Tieren auf den in den Tarifbestimmungen des jeweiligen Verkehrsverbundes aufgeführten Linien bzw. Linienabschnitten der in Teil D Anlage 1 gesondert je Verkehrsverbund aufgeführten VU. [...]
- 4) Der Abschluss des Beförderungsvertrages erfolgt im jeweiligen Verkehrsverbund mit dem VU, dessen Fahrzeug der Kunde betritt. Soweit das Fahrzeug im Auftragsverkehr fährt, ist der Auftraggeber Vertragspartner.

§ 2 Anspruch auf Beförderung

- 1) Anspruch auf Beförderung besteht, soweit: [...]
 5. der Fahrgast einen gültigen Fahrausweis oder eine gültige Fahrtberechtigung vorweisen kann.

§ 3 Von der Beförderung ausgeschlossene Personen

- 1) Personen, die eine Gefahr für die Sicherheit oder Ordnung des Betriebes oder für die Fahrgäste darstellen, sind von der Beförderung ausgeschlossen und können aus den Fahrzeugen und von den Anlagen und Einrichtungen des VU verwiesen werden. Soweit diese Voraussetzungen vorliegen, sind insbesondere ausgeschlossen: [...]
 3. Personen mit Waffen, die unter das Waffengesetz fallen, es sei denn, dass sie zum Führen von Waffen berechtigt sind,
 4. Personen, die Gewaltbereitschaft zeigen oder Gewalt ausüben, [...]
- 3) Über den Ausschluss von Personen entscheidet das Betriebspersonal. Betriebspersonal im Sinne dieser Beförderungsbedingungen sind alle von dem Unternehmen zur Erfüllung seiner Aufgaben beauftragten Personen. Diese üben auch das Hausrecht für das VU bzw. EVU aus. Auf deren Forderung hin sind Fahrzeuge und Anlagen gemäß § 1 Abs. 2 zu verlassen.

§ 4 Verhalten der Fahrgäste

- 9) Bei Straftaten und zur Sicherung zivilrechtlicher Ansprüche des VU haben das Personal sowie Beauftragte das Recht, nach § 229 BGB bzw. § 127 Abs. 1 StPO die Personalien festzustellen und, wenn diese verweigert werden, den Fahrgast bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten. [...]
- 11) Wer missbräuchlich die Notbremse oder andere Sicherungseinrichtungen betätigt, hat – unbeschadet einer Verfolgung im Straf- oder Bußgeldverfahren und weitergehender zivilrechtlicher Ansprüche – einen im Teil D Anlage 3 der Beförderungsbedingungen und Tarifbestimmungen des jeweiligen Verbundes festgelegten Betrag zu zahlen. Dasselbe gilt, wenn gegen die Untersagung nach Absatz 2 Nr. 3 oder Nr. 8 verstoßen wird.

§ 6 Beförderungsentgelte, Fahrausweise

- 1) Für die Beförderung sind die festgesetzten Beförderungsentgelte zu entrichten; hierfür werden Fahrausweise, die als geldwerte Belege gelten, ausgegeben. Die Fahrausweise werden im Namen und für Rechnung der in Teil D Anlage 1 genannten VU verkauft. Die Fahrausweise gelten in allen öffentlichen Linienverkehrsmitteln der in den Verbundtarif einbezogenen Linien; Ausnahmen bzw. Sonderregelungen enthalten die Tarifbestimmungen. [...]
- 6) Der Fahrgast hat seinen Fahrausweis für die gesamte Beförderungsstrecke grundsätzlich vor Fahrtantritt zu erwerben. Dies

gilt insbesondere auch für den Erwerb von Anschlussfahrausweisen gemäß Tarifbestimmungen des jeweiligen Verbundes. Ist der Fahrgast beim Betreten des Fahrzeuges nicht mit einem für diese Fahrt gültigen Fahrausweis versehen, hat er unverzüglich den erforderlichen Fahrausweis zu lösen.

§ 9 Erhöhtes Beförderungsentgelt

- 1) Ein Fahrgast ist zur Zahlung eines erhöhten Beförderungsentgelts verpflichtet, wenn er
 1. sich keinen gültigen Fahrausweis beschafft hat, [...]
 5. den Fahrausweis auf Verlangen nicht zur Prüfung vorzeigt oder aushändigt, [...]
- Eine Verfolgung im Straf- oder Bußgeldverfahren bleibt unberührt.

Gliederung

A) Strafbarkeit von K wegen § 265a Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand
3. Zwischenergebnis

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Strafantrag

V. Ergebnis

B) Strafbarkeit von K wegen § 315 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 3 Nr. 1 b) StGB

I. Tatbestand

1. Grunddelikt, § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB
 - a) Objektiver Tatbestand
 - b) Subjektiver Tatbestand
 - c) Zwischenergebnis
3. Zwischenergebnis

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Ergebnis

C) Strafbarkeit von K wegen § 123 Abs. 1 StGB

D) Strafbarkeit wegen § 223 Abs. 1 StGB

E) Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Gutachten

Hinweis

Eigentlich gilt der eherne Grundsatz, wonach diejenigen Strafbarkeiten vorrangig zu prüfen sind, welche die höhere Strafdrohung auslösen („Dickschiffe zuerst!“). Das wäre hier im Binnenvergleich eindeutig § 315 StGB (Gefährliche Eingriffe in den Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr – bis zu zehn Jahre Freiheitsstrafe) gegenüber § 265a StGB (Erschleichen von Leistungen – bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe). Allerdings ist der Beginn der Prüfung mit § 265a StGB taktisch klüger, da damit schwierige Inzidentprüfungen im Zusammenhang mit § 315 Abs. 3 Nr. 1 b) StGB („in der Absicht, eine andere Straftat [...] zu verdecken“) umgangen werden können.

A) Strafbarkeit von K wegen § 265a Abs. 1 StGB

K könnte sich dadurch, dass er am 22.08.2024 gegen 10 Uhr, ohne ein Ticket zu lösen, in einen Wagen der Straßenbahn-Linie 2 der Stadtbahn Halle stieg, wegen Erschleichens von Leistungen iSd § 265a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis

Ob es das Schwarzfahren noch lange als Teil des § 265a StGB und damit als Straftat und nicht etwa nur als bloße Ordnungswidrigkeit gibt, steht in den Sternen. 2022/2023 hat es jedenfalls ausgehend von der Partei Die Linke erste parlamentarische Vorstöße (Gesetzentwurf und Expertenanhörung dazu gegeben).⁵ Unklar ist derzeit der weitere finale politische Wille der Ampelparteien (und ihrer Nachfolger) auf Bundesebene in dieser Sache. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags sprach Ende Mai 2023 jedenfalls immer noch von einer gebotenen Überprüfung einer Entkriminalisierung im Bereich von Bagatelldelikten wie dem § 265a StGB.⁶ Jedenfalls dürfte es in der Debatte in erster Linie um die angespannten Ressourcen der Staatsanwaltschaften gehen, die derzeit (2022) mit rd. 134.000 Fällen durch rd. 89.000 Tatverdächtige (davon ausländische Staatsbürger: 51,8 %)⁷ belastet werden. In zweiter Linie ist die milieubedingt überwiegend faktisch zur Anwendung kommende Ersatzfreiheitsstrafe hier ein Problem (sog. „Sitzen fürs Schwarzfahren“).⁸

I. Tatbestand

K müsste zunächst den Tatbestand des § 265a Abs. 1 StGB verwirklicht haben. Dazu müsste er den objektiven und den subjektiven Tatbestand des § 265a Abs. 1 StGB verwirklicht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 265a Abs. 1 StGB setzt die Erfüllung einer der dort genannten Tathandlungen voraus. In Betracht kommt dabei vorliegend einzig die Variante des Erschleichens der Beförderung durch ein Verkehrsmittel.

Unter Beförderung durch ein Verkehrsmittel ist dabei zunächst jede beliebige Transportleistung zu verstehen, gleich ob Sachen oder Personen, wie viele Personen und mit welchem Verkehrsmittel und ob diese dabei privat oder öffentlich befördert werden.⁹ Die Straßenbahn in Halle (Stadtbahn Halle) wurde von K

5 Vgl. die einzelnen Dokumente unter www.bundestag.de/ (zuletzt abgerufen am 22.11.2024); dazu Mitsch, NZV 2022, 54 ff.; Schiemann, ZRP 2022, 81 ff.; Kubiciel, jurisPR-StrafR 12/2023 Anm. 1.

6 Vgl. ▶ BT-Drs. 20/7026, S. 21.

7 Vgl. ▶ BT-Drs. 20/7072, S. 18.

8 Vgl. Mosbacher, NJW 2018, 1069 ff.; Straetmanns, ZRP 2018, 69 ff.

9 Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 265a Rn. 7;

auch als Verkehrsmittel zu seiner eigenen Beförderung genutzt. Dieses Merkmal liegt somit vor.

Fraglich ist aber, ob K sich diese Beförderung auch wirklich erschlichen hat. Erschleichen ist dabei einerseits nach teilweiser Ansicht nicht schon das bloß unbefugte Inanspruchnehmen der Leistung; zunehmend wird der objektive Tatbestand wegen der Vermögensschuttfunktion der Vorschrift vielmehr um das ungeschriebene Merkmal der „Entgeltlichkeit“, auf die sich jedenfalls die subjektive Absicht beziehen muss, ergänzt.¹⁰ Dieser Streit muss vorliegend indes nicht entschieden werden. Denn aus den §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 5, 6 Abs. 1 der Beförderungsbedingungen und Tarifbestimmungen des MDV ergibt sich eindeutig der entgeltliche Charakter der Nutzung der Stadtbahn Halle. Demzufolge ist jedenfalls auch die vorgenannte Sichtweise erfüllt.

Andererseits ist auch zu klären, wie ganz allgemein das Erschleichen bei § 265a StGB zu verstehen ist. Einigkeit besteht insoweit darin, dass der Täter des § 265a StGB beim Punkt des Erschleichens ganz allgemein Sicherungsvorkehrungen gegen unbefugte Benutzung ohne Wissen des Berechtigten umgehen oder ausschalten muss.¹¹ Gerade bei der Variante der Beförderungsererschleichung wird dies von der Rspr. jedoch weiter dahingehend konkretisiert, dass sich der Täter in den Genuss der Leistung setzen und dabei mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit iSd Einhaltung der einschlägigen Beförderungsbedingungen umgibt.¹² Demgegenüber fordert die hL. auch hier eine täuschungsähnliche Handlung in der Weise, dass der Täter Sicherungsvorkehrungen gegen unbefugte Benutzung umgeht oder ausschaltet.¹³ K hat keine Sicherungsvorkehrungen gegen unbefugte Benutzung umgangen oder ausgeschaltet, so dass es vorliegend nur darauf ankommen kann, ob er die Beförderungsleistung im Zuge der Nutzung des Anscheins der Ordnungsmäßigkeit in Anspruch genommen hat. Für die hL. spricht zwar der Wortlaut und die systematische Verortung innerhalb der Betrugstatbestände (§§ 263 ff. StGB). Jedoch liefe bei derart hohen Voraussetzungen der Tatbestand in der Variante des Erschleichens der Beförderung durch ein Verkehrsmittel regelmäßig leer, da nahezu kein Schwarzfahrer aktiv Schutzvorkehrungen umgehen oder ausschalten wird, sondern vielmehr rein passiv den Anschein des zahlenden Fahrgastes in der Menge aller Fahrgäste nutzt. Insoweit ist auf die Sichtweise der Rspr. abzustellen.

Die Nutzung des Anscheins der Ordnungsmäßigkeit stellt dabei als solches die bloße Umschreibung für ein Nullum¹⁴ dar, welches sich nicht wirklich weiter definieren lässt. Jedenfalls soll dieser Anschein auch dann noch aufrecht erhalten werden und eben nicht erschüttert oder beseitigt werden können, sofern die Beförderung offen und sichtbar ohne Bezahlung in Anspruch genommen wird, indem auf der Kleidung in irgendeiner Form aufgeschrieben steht, dass für die Beförderung im Gegenzug kei-

ne Bezahlung erfolgt.¹⁵ So sei für einen fiktiven Beobachter nicht eindeutig und zweifelsfrei erkennbar, dass sich der der Täter in Widerspruch zu den Beförderungsbedingungen setzen will. Einerseits, weil eine Aufschrift gleich auf welchem Kleidungsstück nicht für jedermann in jeder Position lesbar ist. Andererseits, weil selbst bei Kenntnisnahme die Frage offenbleibt, ob es sich dabei lediglich um eine Provokation ohne den realen Hintergrund unterlassener Bezahlung handelt. Zudem seien andere Fahrgäste ohnehin nicht für die Feststellung der Zahlungsbereitschaft eines Mitreisenden relevant.

An diesen Vorgaben gemessen ist herauszustreichen, dass auch das provokante T-Shirt des K mit dem Aufdruck „ich fahre schwarz“ nicht ausreichen kann, um den Anschein der Ordnungsmäßigkeit iSd Einhaltung der Beförderungsbedingungen zu erschüttern oder zu beseitigen. Demzufolge ist bei K auch das Merkmal des Erschleichens zu bejahen.

K hat damit den objektiven Tatbestand des § 265a Abs. 1 StGB erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Weiterhin müsste K auch den subjektiven Tatbestand des § 265a Abs. 1 StGB verwirklicht haben.

Subjektiv erfordert § 265a Abs. 1 StGB Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie die Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten. Für den Tatvorsatz genügt dolus eventualis.¹⁶ Dies ist bei K auch durchgängig zu bejahen. Hinsichtlich der Entgeltnichtentrichtungabsicht ist eine Absicht iSv zielgerichtetem Wollen erforderlich, das erforderliche Entgelt nicht oder nicht voll zu entrichten.¹⁷ Die (willentliche) tatsächliche Nichtzahlung belegt diese Absicht bereits.¹⁸ Daran gemessen kann bei K auch die entsprechende Absicht festgestellt werden.

Damit hat K auch den subjektiven Tatbestand des § 265a Abs. 1 StGB erfüllt.

3. Zwischenergebnis

K hat insgesamt den Tatbestand des § 265a Abs. 1 StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit

Das Handeln von K war auch rechtswidrig.

III. Schuld

K hat auch schuldhaft gehandelt.

IV. Strafantrag

Nach § 265a Abs. 3 StGB gelten die §§ 247, 248a StGB entsprechend. Da das von K zu entrichtende Fahrgeld den Schwellenwert der geringwertigen Sache (unter 25 Euro¹⁹ oder unter 50 Euro²⁰) jedenfalls so oder so nicht überschreiten dürfte, gilt somit § 248a StGB entsprechend, so dass grundsätzlich ein Strafantrag des Geschädigten/Verletzten erforderlich ist. Die §§ 3 Abs. 3, 4

Heger, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), § 265a Rn. 4.

10 OLG Frankfurt a.M. NJW 2010, 3107 (3108); Perron, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 265a Rn. 2; Heger, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), § 265a Rn. 6.

11 *Kindhäuser/Hilgendorf*, LPK-StGB, 9. Aufl. (2022), § 265a Rn. 11; *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), § 265a Rn. 5e, kritisch *Lorenz/Sebastian*, KriPoZ 2017, 352 (352 f.).

12 BVerfG NJW 1998, 1135 (1136); BGH NJW 2009, 1091; BayObLG NJW 1969, 1042 (1043); OLG Stuttgart NJW 1990, 924 f.; OLG Hamm BeckRS 2018, 41457.

13 *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 265a Rn. 13 ff.; *Hefendehl*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl. (2022), § 265a Rn. 168; *Hellmann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 6. Aufl. (2023), § 265a Rn. 34.

14 *Bock*, JA 2017, 357 (360); s.a.: *Lorenz/Sebastian*, KriPoZ 2017, 352 (352 f.): „adressatenloser Rechtsschein“.

15 OLG Naumburg BeckRS 2010, 20570; KG Berlin NJW 2011, 2600 (2601); OLG Köln BeckRS 2015, 16686; OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2016, 11242.

16 *LK-StGB/Tiedemann*, 12. Aufl. (2012), § 265a Rn. 48; *Hellmann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 6. Aufl. (2023), § 265a Rn. 45.

17 BayObLG NJW 1969, 1042; Perron, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 265a Rn. 2; Heger, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), § 265a Rn. 6.

18 Vgl. BayObLG BeckRS 2020, 16503

19 BGH BeckRS 2004, 07428; OLG Hamm BeckRS 2015, 11626.

20 BVerwG NVwZ 2003, 108 (109); OLG Zweibrücken NSTZ 2000, 536; OLG Hamm NJW 2003, 3145; OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2008, 311; OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2017, 12.

Abs. 9 der Beförderungsbedingungen und Tarifbestimmungen des MDV lassen darauf schließen, dass R und S nach dem Willen des hier eigentlich Geschädigten/Verletzten (der HAVAG) dazu berechtigt sein sollten, diesen Strafantrag namens der HAVAG zu stellen. Ihre erfolgte „Strafanzeige für sämtliche sie selbst und die HAVAG betreffenden Delikte“ ist insoweit auch als Strafantrag iSd § 265a Abs. 3 StGB iVm § 248a StGB analog auszulegen.

V. Ergebnis

K hat sich somit (verfolgbar) wegen Erschleichens von Leistungen iSd § 265a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Im Fortgang der Prüfung ist allerdings auf die Subsidiaritätsklausel iSd § 265a Abs. 1 aE. StGB zu achten.

B) Strafbarkeit von K wegen § 315 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 3 Nr. 1 b) StGB

Weiterhin könnte sich K dadurch, dass er während der Fahrkartenkontrolle in der Straßenbahn – um der Personenfeststellung und dadurch womöglich auch strafrechtlichen Folgen seines Fahrens ohne gültigen Fahrschein zu entkommen – unbefugt die Notbremse betätigte, wodurch die Straßenbahn abrupt auf der Strecke stehen blieb, iSd § 315 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 3 Nr. 1 b) StGB wegen gefährlichen Eingriffs in den Bahnverkehr strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Dann müsste K sowohl den Tatbestand des Grunddelikts (§ 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB) als auch den Tatbestand der Qualifikation (§ 315 Abs. 3 Nr. 1 b) StGB) verwirklicht haben.

1. Grunddelikt, § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Zunächst müsste K den Tatbestand des Grunddelikts (§ 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB) erfüllt haben. Dies setzt voraus, dass K den objektiven wie auch den subjektiven Tatbestand des § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB verwirklicht hat.

a) Objektiver Tatbestand

K müsste zunächst den objektiven Tatbestand des § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt haben.

Dies setzt voraus, dass die Sicherheit des Schienenbahnverkehrs dadurch beeinträchtigt wurde, dass der Täter einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vorgenommen und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet hat.

Schienenbahnverkehr ist der Betrieb eines jeden Beförderungsmittels, dessen Fortbewegung auf einem festen Schienenstrang erfolgt, wobei es um Eisenbahnen (einschließlich S-Bahnen und Straßenbahnen) geht.²¹ Die von K genutzte Stadtbahn Halle zählt somit zum Schienenbahnverkehr.

Weiterhin kommt durch die unbefugte Betätigung der Notbremse (nur) die Erfüllung der Tathandlung der Vornahme eines ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriffs iSd Nr. 4 in Betracht. Ähnliche, ebenso gefährliche Eingriffe sind solche Verhaltensweisen, die unmittelbar auf einen Verkehrsvorgang einwirken und den in Nr. 1–3 genannten Tathandlungen der Art und Gefährlichkeit nach gleichwertig sind, also ebenso wie die dortigen Varianten unmittelbar auf einen Verkehrsvorgang einwirken und eine funktionelle Ähnlichkeit hinsichtlich der Sicherheitsbeeinträch-

tigung aufweisen.²² Das unbefugte Ziehen der Notbremse zählt hierzu.²³ Da vorliegend auch keinerlei Drittgefahr für den Schienenbahnverkehr iSd einer Not erkennbar war, hat K die Notbremse auch unbefugt betätigt und damit einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff iSd Nr. 4 vorgenommen. Damit ist auch die taugliche Tathandlung gegeben.

Zudem müssten durch die taugliche Tathandlung Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert konkret gefährdet worden sein. Gefährdungsmaßstab ist dabei, dass das Ausbleiben eines Schadens nur noch vom Zufall abhing, es also mindestens zu einem „Beinaheunfall“ gekommen ist.²⁴ Dies muss sich dabei aber auf das konkret gefährdete Rechtsgut beziehen. In Bezug auf die Straßenbahn ist zunächst nicht erkennbar, wie ein Soforthalt durch eine Notbremsung die Straßenbahn als fremde Sache von bedeutendem Wert konkret hätte gefährden können. Zumindest fehlen entsprechende Feststellungen zum Sachverhalt, dass aufgrund der Notbremsung etwa eine Kollision mit Fahrzeugen drohte. Daher kann es vorliegend nur um die konkrete Leibesgefährdung von R und S gehen. Die Notbremsung eines Schienenfahrzeuges mit nicht angeschnallten (und mithin im Wagen stehenden) Passagieren birgt die erhebliche Wahrscheinlichkeit von Stürzen und Verletzungen dieser Passagiere, so dass es nur vom Zufall abhängt, ob sich diese konkrete Gefahr im Einzelfall verwirklicht oder nicht.²⁵ Auf einen konkreten Verletzungserfolg bei derart betroffenen Fahrgästen kommt es jedenfalls nicht an, der Erfolg liegt beim Erfolgsdelikt § 315 StGB vielmehr bereits im Gefährdungserfolg hinsichtlich der geschützten Rechtsgüter vor.²⁶ Die Gefährdung könnte letztlich nur dann verneint werden, wenn es etwa dem Straßenbahnfahrer noch ermöglicht worden wäre, die Fahrgäste vor dem abrupten Halt zu warnen.²⁷ Somit ist vorliegend die konkrete Leibesgefährdung der Insassen der betroffenen Straßenbahn zu bejahen, der tatsächlich erfolgte exemplarische Sturz von R und S infolge der von K ausgelösten Notbremsung illustriert lediglich zusätzlich die konkrete Rechtsgutgefährdung.

b) Subjektiver Tatbestand

Zudem müsste K den subjektiven Tatbestand des § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt haben.

Dies erfordert Vorsatz hinsichtlich der Verwirklichung aller Merkmale des objektiven Tatbestandes, wobei dolus eventualis genügt.²⁸ Für den Gefährdungsvorsatz muss der Täter dabei diejenigen Umstände kennen und mindestens billigend in Kauf nehmen, welche einen konkreten Schadenseintritt als nahe liegende Möglichkeit erscheinen lassen.²⁹

22 Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 315 Rn. 12; Hecker, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 315 Rn. 6.

23 Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 315 Rn. 13; § 315 Rn. 13; Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 6. Aufl. (2023), § 315 Rn. 18.

24 BGH BeckRS 1997, 959; BGH BeckRS 2017, 106915; BGH NJW 2022, 409 (411); Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 315 Rn. 14.

25 OLG Oldenburg NStZ 2005, 387; Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 315 Rn. 17; kritisch aber Pegel, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2022), § 315 Rn. 67.

26 Vgl. BGH NStZ-RR 2020, 183; Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 6. Aufl. (2023), § 315 Rn. 18.

27 BGH NStZ 2022, 228; Rinio, NZV 2021, 329.

28 Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 315 Rn. 18; Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 6. Aufl. (2023), § 315 Rn. 47.

29 Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 315 Rn. 16; Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 6. Aufl. (2023), § 315 Rn. 47.

21 Vgl. BGH NStZ 2022, 228; Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 315 Rn. 2; Pegel, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2022), § 303 Rn. 26.

Da es K gerade planmäßig darauf ankam, sich seiner Personalienfeststellung zu entziehen und die Situation der Notbremse für eine Flucht zu nutzen, muss davon ausgegangen werden, dass er die Leibesgefährdung anderer Fahrgäste und sonstiger Personen, insbesondere auch von den bei ihm stehenden R und S, zumindest wissentlich dieses Umstandes billigend in Kauf genommen hat, auch wenn womöglich nur das Entstehen einer allgemeinen Verwirrung darüber hinaus von einem höherem Vorsatzgrad erfasst war.

K hat damit auch den subjektiven Tatbestand des § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt.

c) Zwischenergebnis

K hat insgesamt den Tatbestand des Grunddelikts § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB verwirklicht.

2. Qualifikation, § 315 Abs. 3 Nr. 1 b) StGB

Womöglich hat K aber auch den Tatbestand der Qualifikation iSd § 315 Abs. 3 Nr. 1 b) StGB erfüllt. Dies setzt voraus, dass K diese Qualifikation objektiv und subjektiv verwirklicht hat.

a) Objektives Vorliegen der Qualifikation

Zunächst müsste K die Qualifikation iSd § 315 Abs. 3 Nr. 1 b) StGB objektiv verwirklicht haben. Insoweit könnte K als Täter des § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB in der Absicht gehandelt haben, eine andere Straftat zu verdecken.

Als eine andere Straftat käme vorliegend das bereits bejahte Erschleichen von Leistungen iSd § 265a Abs. 1 StGB in Betracht.

Problematisch ist aber, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Betätigung der Notbremse noch gar kein Strafantrag iSd § 265a Abs. 3 StGB iVm § 248a StGB analog gestellt war. Vielmehr können sich Schwarzfahrer im öffentlichen Verkehr darauf verlassen, dass grundsätzlich – im Falle einer Entdeckung – erst einmal kein dementsprechender Strafantrag gestellt, sondern nur ein erhöhtes Beförderungsentgelt erhoben wird. § 9 Abs. 1 der Beförderungsbedingungen und Tarifbestimmungen des MDV zeigt diese Usance auf. Damit könnte womöglich auch davon ausgegangen werden, dass K gar keine Straftat verdecken, sondern sich nach seiner Vorstellung lediglich der Festsetzung des erhöhten Beförderungsentgeltes zu seinen Lasten entziehen wollte.

Letztlich kommt es bei § 315 Abs. 3 Nr. 1 b) StGB entscheidend auf die Absicht des Täters an, nicht auf die objektive Sachlage.³⁰ Zudem gilt, dass eine Verdeckungsabsicht nicht schon darin liegt, dass der Täter einen zeitlichen Vorsprung erhalten will, um fliehen zu können.³¹ Da vorliegend keinerlei subjektive Vorstellungen des K bekannt sind und auch aus seinem Tatverhalten keine dementsprechend zwingenden Schlüsse gezogen werden können, muss in dubio pro reo eine bloße Fluchtabsicht ohne Bezug zu einer eventuell vorgestellten Verdeckung einer Straftat unterstellt werden.

Somit liegt die Qualifikation iSd § 315 Abs. 3 Nr. 1 b) StGB bereits objektiv nicht vor.

c) Zwischenergebnis

K hat den Tatbestand der Qualifikation iSd § 315 Abs. 3 Nr. 1 b)

StGB insgesamt nicht erfüllt.

3. Zwischenergebnis

Allerdings hat K zumindest den Tatbestand des Grunddelikts iSd § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit

Das Handeln von K war auch rechtswidrig. Schließlich ist kein Rechtfertigungsgrund für das unbefugte Ziehen der Notbremse erkennbar.

III. Schuld

K hat ferner schuldhaft gehandelt. Insbesondere kann aus seiner ausländischen Herkunft und nur rudimentären Deutschkenntnissen allein nicht gefolgert werden, dass er sich in einem die Schuld ausschließenden Verbotsirrtum iSd § 17 StGB wähnte.

IV. Ergebnis

Damit hat sich K iSd § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB wegen gefährlichen Eingriffs in den Bahnverkehr strafbar gemacht.

C) Strafbarkeit von K wegen § 123 Abs. 1 StGB

Fraglich ist auch, ob sich K womöglich deswegen, da er am 22.08.2024 zum einen ohne gültigen Fahrschein, zum anderen mit einem bei sich geführten Springmesser mit einer 12 cm langen Klinge in eine Straßenbahn in Halle eingestiegen ist, wegen Hausfriedensbruch iSd § 123 Abs. 1 strafbar gemacht hat.

Nach § 123 Abs. 1 StGB macht sich u.a. strafbar, wer in abgeschlossene Räume, welche zum Verkehr bestimmt sind, widerrechtlich eindringt. Straßenbahnwagen sind auch als solche zum Verkehr bestimmte abgeschlossene Räume zu verstehen.³² Problematisch ist aber, ob K wirklich widerrechtlich in die Straßenbahn eingedrungen ist. Eindringen setzt insoweit voraus, dass der Körper des Täters mindestens zum Teil in den entsprechenden Raum gebracht wird, und zwar gegen den erkennbaren oder zu vermutenden Willen des Hausrechtsinhabers.³³ Hieran könnte gerade deshalb zu denken sein, da Personen mit Waffen nach § 3 Abs. 1 der Beförderungsbedingungen und Tarifbestimmungen des MDV von der Beförderung ausgeschlossen sind. Das Springmesser von K ist auch nach Anlage 2 Ziff. 1.4.1 zu § 2 Abs. 2-4 WaffG als Waffe zu verstehen. Allerdings zeigt § 3 Abs. 3 der Beförderungsbedingungen und Tarifbestimmungen des MDV, dass der Ausschluss von der Beförderung nicht bereits objektiv und vor dem Betreten der Straßenbahnwagen gilt, sondern erst dann, wenn das zuständige Bahnpersonal den Ausschluss von der Beförderung festgestellt bzw. geltend gemacht hat. Demzufolge kann der erkennbare oder zu vermutende Wille des Hausrechtsinhabers HAVAG vorliegend nicht derart verstanden werden, dass schon ein simples erstmaliges Betreten eines Straßenbahnwagens samt Waffe zu einem Eindringen iSd § 123 Abs. 1 StGB führt.

Demzufolge hat K sich vorliegend insgesamt nicht wegen Hausfriedensbruch iSd § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

D) Strafbarkeit wegen § 223 Abs. 1 StGB

Fraglich ist schließlich, ob sich K sich wegen Körperverletzung iSd § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat, indem die ihn im Stehen kontrollierenden R und S infolge seines unbefugten Ziehens der Notbremse und des damit abrupten Stopps der Straßenbahn zu Boden fielen.

³⁰ BGH NJW 1978, 2518; Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 6. Aufl. (2023), § 315 Rn. 66.

³¹ BGH NSTZ-RR 2018, 88 (89); OLG Hamm NZV 2008, 261 (262); Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 315 Rn. 24.

³² BayObLG NJW 1986, 2065; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 123 Rn. 9.

³³ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 123 Rn. 5; Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 123 Rn. 15.

Dann müsste das simple Hinfallen von R und S ohne weitere bekannte Verletzungen als körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung zu verstehen sein können. Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen, Verlängern oder Steigern eines möglicherweise nur vorübergehenden krankhaften Zustandes.³⁴ Für eine derart verstundene Gesundheitsschädigung bei R und S gibt es keinerlei Anzeichen. Körperliche Misshandlung ist demgegenüber jede üble, unangemessene Behandlung, die zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlempfindens oder der körperlichen Unversehrtheit führt.³⁵ Insoweit dürfte das Hinfallen von R und S diese Erheblichkeitsschwelle noch nicht überschreiten.

K hat sich somit nicht wegen Körperverletzung iSd § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

E) Gesamtergebnis und Konkurrenzen

K hat sich auf den ersten Blick wegen Erschleichens von Leistungen iSd § 265a Abs. 1 StGB und wegen gefährlichen Eingriffs in den Bahnverkehr iSd § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB strafbar gemacht.

Die Subsidiaritätsklausel des § 265a Abs. 1 aE. StGB bestimmt indes, dass eine Strafbarkeit nach § 265a Abs. 1 StGB nur besteht, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Die Strafbarkeit iSd § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB könnte diese Voraussetzungen erfüllen. Denn hier liegt der Strafraum in einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, während bei § 265a Abs. 1 StGB ein niedrigerer Strafraum in Form von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorhanden ist.

Jedoch ist dabei zu klären, was genau „die Tat“ in § 265a Abs. 1 aE. StGB meint. Dabei soll es sich um die materiell-rechtliche Tat handeln, so dass die Subsidiaritätsklausel nur anwendbar ist, sofern mehrere Tatbestände in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB) zueinanderstehen.³⁶ Da K vorliegend zwei völlig verschiedene Handlungen vorgenommen hat (Einsteigen in die Straßenbahn ohne gültigen Fahrschein; unbefugtes Ziehen der Notbremse) liegt jedoch Gesetzeskonkurrenz (§ 53 StGB) vor. Folglich kommt die Subsidiaritätsklausel des § 265a Abs. 1 aE. StGB hier nicht zur Anwendung.

Insgesamt ergibt sich die Strafbarkeit des K somit aus §§ 265a Abs. 1, 315 Abs. 1 Nr. 4, 53 StGB.

► Inhaltsverzeichnis

³⁴ *Hardtung*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2022), § 223 Rn. 57; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 6. Aufl. (2023), § 223 Rn. 14.

³⁵ *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 223 Rn. 17; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), § 223 Rn. 4.

³⁶ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2022), § 265a Rn. 218.





KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

Rechtsprechung - Zivilrecht

Bundesgerichtshof

Sachmängelhaftung bei Oldtimern und Gewährleistungsausschluss

Urteil vom 10. April 2024, Az.: VIII ZR 161/23

1. Haben die Parteien eines Kaufvertrags (ausdrücklich oder stillschweigend) eine Beschaffenheit der Kaufsache im Sinne von § 434 Absatz 1 Satz 1 BGB aF vereinbart, ist ein daneben vereinbarter allgemeiner Haftungsausschluss für Sachmängel dahin auszulegen, dass er nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit, sondern nur für Mängel nach § 434 Absatz 1 Satz 2 BGB aF gelten soll (st. Rspr.; seit Senatsurteil vom 29. November 2006 –VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86 Rn. 31; zuletzt Senatsurteil vom 27. September 2017 –VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rn. 23).

2. Eine von diesem Grundsatz abweichende Auslegung des Gewährleistungsausschlusses kommt beim Kauf eines (hier fast 40 Jahre alten) Gebrauchtwagens auch dann nicht in Betracht, wenn die Funktionsfähigkeit eines bestimmten Fahrzeugbauteils (hier: Klimaanlage) den Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung bildet. Insbesondere rechtfertigen in einem solchen Fall weder das (hohe) Alter des Fahrzeugs beziehungsweise des betreffenden Bauteils noch der Umstand, dass dieses Bauteil typischerweise dem Verschleiß unterliegt, die Annahme, dass sich ein zugleich vereinbarter allgemeiner Gewährleistungsausschluss auch auf die getroffene Beschaffenheitsvereinbarung erstrecken soll.

3. Haben die Parteien die „einwandfreie“ Funktionsfähigkeit eines typischerweise dem Verschleiß unterliegenden Fahrzeugbauteils im Sinne von § 434 Absatz 1 Satz 1 BGB aF vereinbart, liegt ein Sachmangel vor, wenn sich dieses Bauteil bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs in einem Zustand befindet, der seine einwandfreie Funktionsfähigkeit beeinträchtigt. Das gilt unabhängig davon, ob insoweit ein „normaler“, das heißt ein insbesondere nach Alter, Laufleistung und Qualitätsstufe nicht ungewöhnlicher, die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigender Verschleiß vorliegt – der nach der Senatsrechtsprechung (vgl. Senatsurteile vom 10. November 2021 –VIII ZR 187/20, BGHZ 232, BGHZ 232, 1 Rn. 39; vom 9. September 2020 –VIII ZR 150/18, NJW 2021, 151 Rn. 21 ff.; jeweils mwN) einen Sachmangel nach § 434 Absatz 1 Satz 2 BGB aF nicht begründet – und/oder ob bei objektiver Betrachtung jederzeit mit dem Eintreten einer Funktionsbeeinträchtigung dieses Bauteils zu rechnen war.

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (vereinfacht)

Der Beklagte schaltete 2021 als privater Verkäufer auf einer Onlineplattform eine Anzeige über den Verkauf eines knapp 40 Jahre alten Oldtimers, inklusive der Fahrzeugbeschreibung, die besagte: „Klimaanlage funktioniert einwandfrei. Der Verkauf erfolgt unter Ausschluss jeglicher Sachmängelhaftung.“ Nach einer gemeinsamen Probefahrt, bei der der Kläger dem Beklagten noch mitteilte, wie wichtig es ihm sei, dass die Klimaanlage im

Fahrzeug funktioniere und einer Übermittlung der Beschreibung der Klimaanlage vonseiten des Beklagten an den Kläger, schloss der Kläger mit dem Beklagten einen schriftlichen Kaufvertrag über das Fahrzeug zu einem Kaufpreis von 25.000 €, der folgende AGB-Klausel enthielt: „Das Kraftfahrzeug wird unter Ausschluss der Sachmängelhaftung verkauft. Dieser Ausschluss gilt nicht für Schadensersatzansprüche aus Sachmängelhaftung, die auf einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verletzung von Pflichten des Verkäufers oder seines Erfüllungsgehilfen beruhen sowie bei der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit.“

Dann jedoch stellte der Kläger fest, dass die Klimaanlage des Fahrzeugs nicht funktionierte. Der Klimakompressor wies bereits bei Übergabe des Fahrzeugs einen Riss auf, was der Kläger jedoch nicht bemerkt hatte. Nachdem er festgestellt hatte, dass die Klimaanlage nicht funktionierte, beanstandete er dies in einer E-Mail gegenüber der Beklagten mit der Bitte um einen akzeptablen Vorschlag zu Lösung des Problems. Der Beklagte bezeichnete die E-Mail des Beklagten als Nötigung und wies die Ansprüche des Klägers mit der Bemerkung zurück, er betrachte die Angelegenheit als vollumfänglich abgeschlossen.

Der Kläger erhob daraufhin Klage gerichtet auf die Zahlung der für die Erneuerung des Klimakompressors erforderlichen Reparaturkosten.

B) Verfahrensgang

Sowohl das AG Wetzlar¹, als auch das LG Limburg², die vorinstanzlich über den dargestellten Fall zu entscheiden hatten, wiesen die Klage des Klägers auf Schadensersatz ab. Das LG Limburg begründete seine Entscheidung damit, dass der vereinbarte Gewährleistungsausschluss sich auch auf den Mangel an der Klimaanlage erstrecke – trotz einer geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung über die Funktionsfähigkeit der Klimaanlage zum Zeitpunkt der Fahrzeugübergabe. Bei einem so alten Fahrzeug sei aufgrund unvermeidlicher Alterung einzelner Bauteile stets mit dem Auftreten von Instandsetzungs- und Überholungsbedarf zu rechnen, weshalb aus der Beschaffenheitsvereinbarung keine Instandspflicht resultiere.

C) Die Entscheidung des Senates

Der Senat hatte einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB zu prüfen.

I. Wirksamer Kaufvertrag

Ein wirksamer Kaufvertrag iSd. § 433 BGB über den streitgegenständlichen Oldtimer lag vor.

II. Pflichtverletzung

Der Beklagte könnte seine Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache verletzt haben. Dazu bedarf es eines Mangels bei Gefahrübergang ohne das Vorliegen eines wirksamen Ausschlusses

1 AG Wetzlar, Urt. v. 04.10.2022, Az.: 30 C 269/22.

2 LG Limburg, Urt. v. 30.06.2023, Az.: 3 S 124/22.

der Mängelrechte.

1. Mangel

Zunächst könnte ein Mangel an dem Fahrzeug vorgelegen haben. Hier kommt ein Sachmangel iSd. § 434 BGB in Betracht.

Zunächst könnte eine Beschaffenheitsvereinbarung iSd. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB über die Funktionsfähigkeit der Klimaanlage des Oldtimers zwischen den Parteien vereinbart worden sein. Das Vorliegen einer solchen setzt voraus, dass der Verkäufer die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache verbindlich übernimmt und so seinen Willen zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen.³ Das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung käme weiter nur in eindeutigen Fällen unter strengen Anforderungen im Rahmen einer Vertragsauslegung in Betracht.⁴ Möglich ist vorliegend die stillschweigende Einbeziehung der Internetanzeige enthaltenen Angabe „Klimaanlage funktioniert einwandfrei“ in den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag in Form einer Beschaffenheitsvereinbarung. Für eine derartige Einbeziehung spricht, dass der Kläger dem Beklagten gegenüber spezifisch geäußert hatte, wie wichtig ihm die Funktionsfähigkeit der Klimaanlage sei, dem Beklagten also auch bewusst gesehen sei, dass es dem Kläger darauf ankam und dem Beklagten in diesem Zug sogar die Beschreibung der Klimaanlage übermittelte.⁵ Eine Beschaffenheitsvereinbarung über das Funktionieren der Klimaanlage war demnach gegeben.

Der Klimakompressor wies einen Riss auf, der dafür sorgte, dass die Klimaanlage nicht funktionierte. Unproblematisch weicht die Ist-Beschaffenheit somit von der Soll-Beschaffenheit der Klimaanlage ab. Ein Sachmangel an dem Oldtimer liegt folglich vor.

Hinweis

Sofern keine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, ist im Hinblick auf Verschleißerscheinungen beim Kauf eines Gebrauchtwagens zu beachten, dass ein „normaler“, also insbesondere nach Alter, Laufleistung und Qualitätsstufe nicht ungewöhnlicher, die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigender Verschleiß keinen Verstoß gegen die objektiven Anforderungen an die Kaufsache begründet.⁶

2. Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Der Mangel müsste im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben. Dieser bestimmt sich nach § 446 BGB. Gemäß dessen Satz 1 geht findet der Gefahrübergang mit der Übergabe der verkauften Sache statt. Der Klimakompressor wies bereits bei der Übergabe des Oldtimers einen Riss auf. Der Mangel lag also im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vor.

3. Kein Ausschluss der Mängelrechte

Die Mängelrechte dürften auch nicht ausgeschlossen sein. Hier kommt aufgrund der Klausel „Das Kraftfahrzeug wird unter Ausschluss der Sachmängelhaftung verkauft. Dieser Ausschluss gilt nicht für Schadensersatzansprüche aus Sachmängelhaftung, die auf einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verletzung von Pflichten des Verkäufers oder seines Erfüllungsgehilfen beruhen sowie bei der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit.“ des Kaufvertrags über den Oldtimer ein Ausschluss durch einen vertraglichen Gewährleistungsausschluss in Betracht.

a) Vereinbarung

Eine Vereinbarung über einen Gewährleistungsausschluss ist hier dadurch, dass der Ausschluss Bestandteil des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrags war, unproblematisch gegeben.

b) Keine Unwirksamkeit nach §§ 476, 474 BGB

Die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses ist im Rahmen von Verbrauchsgüterkäufen nach §§ 476, 474 BGB ausgeschlossen. Bei Verbrauchsgüterkäufen handelt es sich um -Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware kauft, § 474 Abs. 1 S. 1 BGB. Hier handelt es sich sowohl bei dem Kläger als auch dem Beklagten um Privatpersonen; der Verkäufer betrieb den Verkauf des Oldtimers nicht im Rahmen seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit und ist damit kein Unternehmer iSd. § 14 BGB. Ein Verbrauchsgüterkauf liegt folglich nicht vor.⁷

c) Keine Unzulässigkeit der Rechtsausübung nach § 444 BGB

Für ein arglistiges Verschweigen des Mangels nach § 444 Alt. 1 BGB liegen keine Anhaltspunkte vor. Der Verkäufer könnte jedoch eine Garantie für die Beschaffenheit des Oldtimers nach § 444 Alt. 2 BGB übernommen haben. Dazu bemerkt der BGH jedoch, dass bei einem privaten Gebrauchtwagenverkauf nur unter besonderen Umständen von der Übernahme einer solchen Beschaffenheitsgarantie ausgegangen werden kann.⁸ Mangels ausdrücklicher Abrede der Parteien oder sonstiger besonderer Umstände im gegebenen Fall, hat der Verkäufer keine solche Beschaffenheitsgarantie übernommen.

d) Keine Unwirksamkeit in AGB

Bei dem vertraglichen Gewährleistungsausschluss handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Mit den für den Gewährleistungsausschluss besonders relevanten § 309 Nr. 7 BGB, der den Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden verbietet, und § 309 Nr. 8b BGB, der einen Gewährleistungsausschluss für neu hergestellte Sachen verbietet, ist die vorliegende Klausel vereinbar. Sonstige Anhaltspunkte für eine Rechtswidrigkeit des Gewährleistungsausschlusses in Form einer AGB-Klausel ergeben sich nicht.

e) Reichweite des Gewährleistungsausschlusses

Fraglich ist jedoch, ob der Gewährleistungsausschluss auch die Haftung für den Mangel am Klimakompressor umfasst. Diese Frage stellt sich insbesondere, wenn, so wie hier (s.o.), eine Beschaffenheitsvereinbarung über die Funktionalität des Kompressors geschlossen wurde. Nach Rechtsprechung des BGH ist in den Fällen einer vereinbarten Beschaffenheit ein daneben vereinbarter allgemeiner Haftungsausschluss für Sachmängel dahin auszulegen, dass er nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit iSe. subjektiven Anforderung, sondern nur für Mängel nach objektiven und Montageanforderungen gelten solle.⁹ Anderenfalls wäre die neben dem Gewährleistungsausschluss stehende Beschaffenheitsvereinbarung für den Käufer (ausgenommen Fälle des § 444 Alt. 1 BGB) sinn- und wertlos.¹⁰

Obwohl bereits im Rahmen der Internetanzeige nach Angabe des einwandfreien Funktionierens der Anlage der Ausschluss jegli-

³ BGH, Urt. v. 10.04.2024, Az.: VIII ZR 161/23, Rn. 30 mwN.

⁴ Ibid.

⁵ AG Wetzlar, Urt. v. 04.10.2022, Az.: 30 C 269/22, Rn. 8.

⁶ BGH, Urt. v. 10.04.2024, Az.: VIII ZR 161/23, Rn. 45 mwN.

⁷ Ibid., Rn. 17

⁸ Ibid., Rn. 21.

⁹ Ibid., Rn. 22 mwN.

¹⁰ Ibid., Rn. 22 mwN.

cher Sachmängelhaftung erklärt wurde, reicht dieser Umstand nicht aus, um den Gewährleistungsausschluss auf die in der Internetanzeige enthaltene, in den Vertrag einbezogene Erklärung über die Funktionsfähigkeit der Klimaanlage zu erstrecken.¹¹ Die Beschaffenheitsvereinbarung wäre sinnlos, wenn, sofern die Funktionsfähigkeit eines Fahrzeugbauteils Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung bildet, das Alter des Bauteils oder der Umstand, dass das Bauteil typischerweise dem Verschleiß unterliegt, die Annahme rechtfertigen würden, dass sich ein vereinbarter allgemeiner Gewährleistungsausschluss auch auf die Beschaffenheitsvereinbarung erstrecken sollte.¹² Der BGH formuliert noch allgemeiner, dass jegliche Besonderheiten der Art und spezifischen Merkmale der Kaufsache keinen Einfluss darauf haben, dass eine Haftung aus Beschaffenheitsvereinbarung über die Kaufsache von einem allgemeinen Gewährleistungsausschluss unberührt bleiben.¹³

III. Erfolgreiche Fristsetzung

Eine Fristsetzung erfordert eine konkrete Aufforderung zur Leistung sowie die Bestimmung einer angemessenen Zeitspanne oder eines Termins, bis zu dem die Nacherfüllung erfolgen soll. Die Bitte des Klägers um einen akzeptablen Vorschlag zur Lösung des Problems genügt diesen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht.

Eine Fristsetzung könnte aber wegen einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung entbehrlich sein, § 281 Abs. 2 BGB. Dazu ist eine Auslegung der konkreten Umstände des Einzelfalls erforderlich. Die Erfüllungsverweigerung wird nur in sehr engen Grenzen angenommen, nämlich wenn eine Fristsetzung nur noch als überflüssige und sinnlose Formalität erscheinen würde.¹⁴ Dies ist gerade nicht der Fall, wenn der Schuldner den Mangel lediglich bestreitet, ohne dass weitere Umstände hinzutreten, sodass ausgeschlossen erscheint, dass der Schuldner sich von einer Nacherfüllung hätte umstimmen lassen.¹⁵ Der Beklagte antwortete dem Kläger auf seine Mängelanzeige, er betrachte die Angelegenheit als vollumfänglich abgeschlossen und verweigerte die Mängelbeseitigung. Die Bezeichnung der Mängelanzeige des Klägers als „Nötigung“ hebt hervor, dass der Beklagte wohl unter keinen Umständen bereit war, überhaupt irgendwann eine Mängelbeseitigung zu leisten. Somit ist eine Fristsetzung vonseiten des Beklagten wegen ernsthafter und endgültiger Leistungsverweigerung entbehrlich.

IV. Vertretenmüssen

Der Verkäufer muss die ursprünglich mangelhafte Lieferung oder die ausgebliebene Nacherfüllung zu vertreten haben, § 276 Abs. 1 BGB. Ein Vertretenmüssen des Beklagten wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich vermutet. Hinzu kommt, dass der Beklagte sogar vorsätzlich die Nacherfüllung verweigert hat. Ein Vertretenmüssen liegt folglich vor.

V. Kausaler Schaden

Der Kläger müsste infolge des Unterbleibens der Nacherfüllung eine unfreiwillige Vermögenseinbuße erlitten haben. Mangels Nachbesserung des Schadens an der Klimaanlage des Oldtimers musste der Kläger die Reparatur anderweitig vornehmen lassen, wodurch ihm Reparaturkosten entstanden sind. Diese Mängelbeseitigungskosten wären ihm durch ordnungsgemäße (dem Schadensersatzanspruch vorrangige) Nacherfüllung durch den Beklagten erspart geblieben. Der Schadensersatzanspruch des Klägers erstreckt sich folglich nach dem Grundsatz der Naturalrestitution § 249 BGB auf diese Reparaturkosten.



Stud. iur. Luca Maria Holst | Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Bayreuth und Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei der Kanzlei Domkamp in Stuttgart.

E-Mail-Kontakt: ▶ Luca.Holst@uni-bayreuth.de

▶ Inhaltsverzeichnis

¹¹ Ibid., Rn. 36.

¹² Ibid., Rn. 38.

¹³ Ibid., Rn. 40.

¹⁴ Looschelders, in: BeckOGK, (Stand: 01.05.2024), § 323 BGB Rn. 179.

¹⁵ Ernst, in: MüKoBGB, Band 3, 9. Aufl. (2022), § 323 BGB Rn. 105.

Rechtsprechung - Zivilrecht

Bundesgerichtshof

Kein Verbraucherbaupvertrag bei sukzessiver Beauftragung

Urteil vom 16. Oktober 2023, Az.: VII ZR 25/23

Bei der Beurteilung, ob es sich um einen Verbraucherbaupvertrag im Sinne von § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB handelt, kommt es nicht auf die Gesamtheit aller dem Unternehmer sukzessive im Verlauf der Bauarbeiten erteilten selbständigen Aufträge an.

(Amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt

Der B erteilte der U im Jahr 2017 einen Auftrag für Rohbauarbeiten zur Errichtung eines neuen BürogebäudeS. Die U stellte die Arbeiten Ende 2017 fertig und rechnete mit Schlussrechnung vom 02.05.2018 ab. Im Jahr 2018 beauftragte der B die U zu verschiedenen Zeitpunkten mit der Verlegung des Estrichs, der Ausführung von Trockenbauarbeiten, Zimmererarbeiten und mit Stundenlohnarbeiten hinsichtlich des TreppenhausS. B erstellte unter dem 27.12.2018 Schlussrechnungen über die Estrichverlegung, die Trockenbauarbeiten und die Zimmererarbeiten sowie unter dem 28.04.2020 eine zusammenfassende Schlussrechnung (unter Berücksichtigung geleisteter Abschlagszahlungen) über diese Arbeiten und die Stundenlohnarbeiten hinsichtlich des Treppenhauses.

U verlangt von B die Stellung einer Bauhandwerkersicherung in Höhe von 138.221,35 €.²

B) Verfahrensgang

Das Landgericht hat über die Klage auf Leistung einer Bauhandwerkersicherung entschieden und den B unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, der U eine Sicherung in Höhe von 14.215 € zu stellen. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat den B verurteilt, der U eine Bauhandwerkersicherung in Höhe von 89.819,77 € zu stellen und die Berufungen im Übrigen zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht für ihn zugelassenen Revision begehrt der B weiterhin Klageabweisung.

C) Die Entscheidung des Senats

I. Anspruch aus § 650f Abs. 1 S. 1 BGB

U könnte gegen B einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 650f Abs. 1 S. 1 BGB haben. Hierzu müsste der sachliche, zeitliche und persönliche Anwendungsbereich der Norm eröffnet sein.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Sachlich gilt die Norm für Bauverträge. § 650a Abs. 1 S. 1 BGB enthält eine Legaldefinition: Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon.

Vorliegend hat der B die U mit Rohbauarbeiten, der Verlegung des Estrichs, der Ausführung von Trockenbau- und Zimmererarbeiten sowie mit Stundenlohnarbeiten hinsichtlich des Treppenhauses beauftragt. Da es sich hierbei jeweils um die Herstellung (eines Teils) eines Bauwerks handelt, sind diese Verträge allesamt als Bauverträge im Sinne von § 650a Abs. 1 S. 1 BGB zu qualifizieren.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich

Gem. Art. 229 § 39 EGBGB ist § 650f BGB auf alle ab dem 01.01.2018 entstandenen Schuldverhältnisse anwendbar.³ Vorliegend haben B und U – mit Ausnahme der Rohbauarbeiten – alle Verträge im Jahr 2018 geschlossen.

3. Persönlicher Anwendungsbereich

Sicherungsberechtigter Anspruchsinhaber ist jeder Unternehmer, der zu Leistungen aus einem Bauvertrag nach § 650a BGB verpflichtet ist.⁴ Unabhängig davon, auf welchen Bauvertrag abgestellt wird, ist die U als Unternehmerin eines Bauvertrags sicherungsberechtigt.⁵

Klärungsbedürftig ist, ob B sicherungsverpflichtet ist. Adressat des Sicherungsverlangens ist jeder Besteller einer Bauleistung.⁶ § 650f Abs. 6 BGB macht hiervon Ausnahmen und privilegiert bestimmte Bestellergruppen.⁷ Vorliegend kommt das *Verbraucherprivileg*⁸ des § 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 2 Fall 1 BGB in Betracht. Danach finden die § 650f Abs. 1 bis 5 BGB keine Anwendung, wenn der Besteller Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbaupvertrag nach § 650i BGB handelt.

Zu prüfen ist, ob U und B einen Verbraucherbaupvertrag geschlossen haben. Verbraucherbaupverträge sind gemäß § 650i Abs. 1 BGB Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.

1 Der Sachverhalt und der Verfahrensgang sind dem Tatbestand des Urteils entnommen und leicht abgewandelt worden.

2 Bei dem Betrag handelt es sich um die zusammenfassende Schlussrechnung zuzüglich eines Aufschlags von 10 %.

3 Darauf hinweisend *Leupertz/Halfmeier*, in Prütting/Wegen/Weinreich, 19. Auflage (2024), § 650f Rn. 1.

4 *Busche* in MüKo-BGB, 9. Auflage (2023), § 650f Rn. 5; *Koppmann* in Leinemann/Kues, BGB, 2. Auflage (2023), § 650f Rn. 8.

5 Hierzu ausführlich *Leupertz/Halfmeier*, in Prütting/Wegen/Weinreich, 19. Auflage (2024), § 650f Rn. 7.

6 *Busche*, in MüKo-BGB, 9. Auflage (2023), § 650f Rn. 9.

7 *Voit*, in BeckOK-BGB, 71. Ed. (01.02.2024), § 650f Rn. 6.

8 Etwa *Busche*, in MüKo-BGB, 9. Auflage (2023), § 650f Rn. 11.

Vorliegend kommt ein Verbraucherbaupvertrag nach § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB in Betracht.

a) Verbraucherbaupvertrag bei Einzelgewerksvergabe

Für sich genommen ist keiner der im Jahr 2018 geschlossenen selbstständigen Baupverträge zugleich Verbraucherbaupvertrag gemäß § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB. Zur Begründung nimmt der BGH auf sein Urteil vom 16.03.2023 (Az.: VII 94/22) Bezug: Danach genügt für das Vorliegen eines Verbraucherbaupvertrags gemäß § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB nicht, dass der Unternehmer die Verpflichtung zur Erbringung eines einzelnen Gewerks im Rahmen eines Neubaus eines Gebäudes übernimmt. Aufgrund des Verweises gilt dies auch im Rahmen von § 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 2 Fall 1 BGB.

b) Verbraucherbaupvertrag bei sukzessiver Beauftragung

Etwas anderes könnte sich aus der sukzessiven Beauftragung ergeben: B hat U im Verlauf der Bauarbeiten mehrere selbstständige Aufträge erteilt.

Problematisch und zu klären ist, ob die in den einzelnen Baupverträgen übernommenen Verpflichtungen des U „zusammengerechnet“ werden können.⁹ Möglicherweise bedarf es einer Gesamtbetrachtung, die wertend zu einem Verbraucherbaupvertrag gem. § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB führt.¹⁰

Der BGH lehnt dies ab: Bei der Beurteilung, ob es sich um einen Verbraucherbaupvertrag gemäß § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB handelt, kommt es nicht auf die Gesamtheit aller dem Unternehmer sukzessive im Verlauf der Bauarbeiten erteilten selbstständigen Aufträge an.

aa) Allgemeine Grundsätze

Dies leitet der 7. Zivilsenat zunächst aus den allgemeinen Grundsätzen ab: Jeder selbstständige Vertrag ist nach seinem Inhalt und den für diesen Vertrag geltenden Maßstäben zu beurteilen. Er sieht keinen Grund, hiervon im Rahmen von § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB eine Ausnahme zu machen.

bb) Keine rückwirkende Umqualifizierung

Der BGH lehnt eine rückwirkende Umqualifizierung vom Baupvertrag zum Verbraucherbaupvertrag ab. Zur Begründung zeigt er zunächst auf, welche Herausforderungen hiermit verbunden wären.

„Wollte man in derartigen Fällen alle beauftragten Gewerke insgesamt in den Blick nehmen, lägen die Voraussetzungen eines Verbraucherbaupvertrags erst in dem Moment vor, in dem ein Vertrag geschlossen wird, der zusammen mit den zuvor geschlossenen Verträgen Verpflichtungen begründet, die als Bau eines neuen Gebäudes zu qualifizieren wären. Dieser Umstand kann zu diesem Zeitpunkt weder rechtfertigen, dass der zuletzt geschlossene Vertrag nunmehr – abweichend von seinem Inhalt – als Verbraucherbaupvertrag zu qualifizieren ist, noch, dass dieser und rückwirkend alle Verträge zu Verbraucherbaupverträgen werden.“

(1) Gebote der Rechtssicherheit, der Rechtsklarheit und des Verbraucherschutzes

Einer Rückwirkung auf alle bereits geschlossenen Verträge stehen schon die Gebote der Rechtssicherheit, der Rechtsklarheit und des Vertrauensschutzes entgegen:

„Es ist ausgeschlossen, der Vorschrift des § 650i I BGB – zumal ohne jede Andeutung einer solchen Rechtsfolge in ihrem Wortlaut – die Wirkung einer derartigen rechtlichen Umgestaltung der bis zu diesem Zeitpunkt geschlossenen Verträge zu entnehmen. Es wäre schon völlig unklar, wie etwaige Widersprüche zu den auf die Verträge bis zu diesem Zeitpunkt anwendbaren Vorschriften zu lösen wären. Das betrifft beispielsweise die unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen etwaiger Widerrufsrechte von Verbraucherverträgen, die keine Verbraucherbaupverträge sind (§ 312 I, II Nr. 3 BGB), gem. §§ 312g, 357a II 1 BGB einerseits und von Verbraucherbaupverträgen gem. §§ 650l, 357e BGB andererseits.“

(2) Fehlende Legitimation

Ferner sieht der 7. Zivilsenat hierfür keine Legitimation:

„Es ist auch nicht ersichtlich, mit welcher Begründung (allein) der zuletzt geschlossene Vertrag über ein Gewerk, mithin über den Bau eines Teils eines Gebäudes, im Gegensatz zu allen derartigen Verträgen in Fällen, in denen der Verbraucher verschiedene Unternehmer mit den Gewerken beauftragt, und auch im Unterschied zu den zuvor mit demselben Unternehmer geschlossenen Verträgen als Verbraucherbaupvertrag iSv § 650i I BGB angesehen werden könnte. Es gibt keinen Ansatzpunkt dafür, dass gerade für einen solchen Vertrag einerseits die Verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 650i ff. BGB ausnahmsweise gelten und damit gleichzeitig die ebenfalls Verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 312 ff. BGB nicht gelten sollten. Im Gegenteil ist der mit den §§ 650i ff. BGB maßgeblich verfolgte Zweck, den Verbraucher durch vorvertragliche Unterrichts- und Informationspflichten (vgl. BGH NJW 2023, 2640 = BauR 2023, 1243 Rn. 20) zu schützen, im Wesentlichen nicht mehr erreichbar.“

II. Ergebnis

Es liegt kein Verbraucherbaupvertrag gem. § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB vor. Das Verbraucherprivileg des § 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 2 Fall 1 BGB greift folglich nicht.

U hat somit einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen B.

⁹ Andenkend OLG Düsseldorf ZfBR 2023, 347 (349).

¹⁰ Omlor, JuS 2024, 700 (701).

Hinweis

1. Der BGH setzt seine Rechtsprechung zum Verbraucherbaupvertrag fort. In seiner Entscheidung vom 16.03.2023 (Az.: VII 94/22) hatte er bereits entschieden, dass bei einer Einzelgewerksvergabe an verschiedene Unternehmer kein Verbraucherbaupvertrag vorliegt. In der hier dargestellten Entscheidung hat er nun geurteilt, dass auch bei Vergabe der Einzelgewerke an denselben Unternehmer – jedoch zeitlich nacheinander (daher „sukzessive Beauftragung“) – kein Verbraucherbaupvertrag entsteht.
2. Nach Rechtsprechung des BGH ist für das Vorliegen des ersten Falls des § 650i Abs. 1 BGB erforderlich, dass sich ein Unternehmer (Urteil vom 16.03.2023, Az.: VII 94/22) in einem Vertrag (Urteil vom 16.10.2023, Az.: VII ZR 25/23) zum Bau eines neuen Gebäudes verpflichtet.
3. Zwar beschränkt sich das Urteil auf den ersten Fall des § 650i Abs. 1 BGB, jedoch ist die dort vorgenommene Auslegung nach Meinung der Autoren auf den zweiten Fall des § 650i Abs. 1 BGB vollumfänglich übertragbar. Auch dort verbietet sich eine „Zusammenrechnung“ und daraus folgende Umqualifizierung in einen Verbraucherbaupvertrag.



Tim Tetz | Rechtsanwalt bei der Kanzlei HFK Rechtsanwälte am Standort Stuttgart und Lehrbeauftragter an der DHBW Stuttgart.

E-Mail-Kontakt: ▶ tetz@hfk.de



Benedikt Deeg | Rechtsreferendar im Bezirk des OLG Münchens, Doktorand an der Universität Augsburg und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Kanzlei KDM Juraexperten in Augsburg.

E-Mail-Kontakt: ▶ benedikt.deeg@juraexperten.de

▶ **Inhaltsverzeichnis**

Rechtsprechung - Öffentliches Recht

BundesVerfassungsgericht

Einstweiliger Ausschluss der Partei „Die Heimat“ (vormals NPD) von der staatlichen Parteienfinanzierung

Urteil vom 23. Januar 2024, Az.: 2 BVB 1/19

1. Die für das Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG entwickelten Maßstäbe zum Vorliegen unbehebbarer Verfahrenshindernisse gelten auch für das Verfahren zum Ausschluss einer Partei von staatlicher Finanzierung nach Art. 21 Abs. 3 GG.

2. Die von Art. 79 Abs. 3 GG umfassten Inhalte genießen absoluten Bestandsschutz. Hieraus folgt, dass Art. 79 Abs. 3 GG im Vergleich zu anderen Verfassungsnormen als übergeordnet anzusehen ist und Verfassungsänderungen, welche die von Art. 79 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen nicht beachten, sich als „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ darstellen würden und nichtig wären.

3. Der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Regelungsgehalt wird durch Art. 21 Abs. 3 GG nicht berührt. Art. 21 Abs. 3 Satz 1 GG knüpft den Ausschluss von staatlicher Finanzierung daran, dass die betroffene Partei selbst die Beseitigung der für den demokratischen Wettbewerb konstitutiven freiheitlichen Grundordnung anstrebt oder den Bestand des Staates angreift. Damit betrifft er nur solche Parteien, deren chancengleiche Beteiligung an der politischen Willensbildung nicht Teil des grundgesetzlichen Demokratiekonzepts ist. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG ist.

4. Ein „Darauf Ausgerichtetsein“ iSv. Art. 21 Abs. 3 Satz 1 GG setzt ein qualifiziertes und planvolles Handeln zur Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder zur Gefährdung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland voraus, ohne dass es auf das Erfordernis der Potentialität ankommt.

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (stark vereinfacht)

Vorliegend ging es um den 2019 gestellten Antrag des Deutschen Bundestages, des Bundesrates und der Bundesregierung auf Feststellung, dass die Partei Die Heimat (vormals NPD) von der staatlichen Parteienfinanzierung nach § 18 PartG ausgeschlossen ist. Grundlage ist das in Art. 21 Abs. 3 Satz 1, Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 GG iVm. §§ 13 Nr. 2a, 43 ff. BVerfGG 2017 neu geregelte Verfahren¹ in dieser Sache.

Die Heimat wurde unter dem Namen NPD im Jahr 1964 gegründet. 1964-1969 und 2004-2016 war sie in mehreren Landesparlamenten und – infolge des Wegfalls der Sperrklausel für die Wahl zum Europäischen Parlament – 2014-2019 auch im Europäischen Parlament vertreten. Gegenwärtig sitzen Vertreter von Die Heimat in keinem Parlament oberhalb der kommunalen Ebene mehr. Wahlergebnisse und Mitgliederzahlen sind stark rückläufig. 2022 hatte Die Heimat nur noch ca. 3.000 Mitglieder.

Bis 2021 partizipierte Die Heimat aufgrund ihrer damaligen Wahlergebnisse nach Maßgabe von § 18 Abs. 4 Satz 1 HS 1 PartG von der staatlichen Parteienfinanzierung. Seither gelingt es der Partei nicht mehr, ein für die Beteiligung an der staatlichen Parteienfinanzierung ausreichendes Ergebnis zu erreichen.

Gegen Die Heimat wurden 2001 und 2013 unter ihrem damaligen Namen NPD zwei Verbotsverfahren eingeleitet.² Beide Verfahren waren im Ergebnis erfolglos. 2003 stellte das BVerfG das erste Verfahren wegen unüberwindlicher Verfahrenshindernisse ein. Der erneute Verbotsantrag wurde vom BVerfG 2017³ zurückgewiesen. Insgesamt bestätigte das Gericht seinerzeit zwar, dass Die Heimat nach ihren Zielen und dem Verhalten ihrer Anhänger die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung anstrebe.⁴ Da konkrete Anhaltspunkte von Gewicht fehlten, die ein Erreichen der von Die Heimat verfolgten Ziele zumindest möglich erscheinen ließen (Potentialität), fehle es an einem „Darauf Ausgehen“ iSv. Art. 21 Abs. 2 GG.⁵

2017 stellte das BVerfG zudem fest, dass Sanktionsmöglichkeiten unterhalb der Schwelle des Parteiverbots bei Nichterfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale des Art. 21 Abs. 2 GG nicht bestünden und die Einführung derselben dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten sei.⁶ In der Folge kam es noch im selben Jahr zu einem Gesetzgebungsverfahren im Hinblick auf ein Gesetz zur Änderung des GG⁷. Dieses sollte erstmals ein abgestuftes System an Sanktionsmöglichkeiten im Hinblick auf Parteien mit verfassungsfeindlicher Grundtendenz schaffen. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes am 29. Juli 2017 hat Art. 21 Abs. 3 und Abs. 4 GG folgenden Wortlaut:

(3) Parteien, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgerichtet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen. Wird der Ausschluss festgestellt, so entfällt auch eine steuerliche Begünstigung dieser Parteien und von Zuwendungen an diese Parteien.

(4) Über die Frage der Verfassungswidrigkeit nach Abs. 2 sowie über den Ausschluss von staatlicher Finanzierung nach Abs. 3 entscheidet das Bundesverfassungsgericht.

§ 43 Abs. 1 BVerfGG bestimmt nunmehr:

(1) Der Antrag auf Entscheidung, ob eine Partei verfassungswidrig (Artikel 21 Absatz 2 des Grundgesetzes) oder von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen ist (Artikel 21 Absatz 3 des Grundgesetzes), kann von dem Bundestag, dem Bundesrat oder von der

¹ Vgl. insbesondere BT-Drs. 18/12846 v. 21.06.2017; Kloepfer, NVwZ 2017, 913 ff.; Shirvani, Jura 2018, 921 ff.; Müller, DVBl. 2018, 1035 ff.

² Vgl. Ipsen, NJW 2002, 866 ff.; Michaelis, in NVwZ 2003, 943 ff.; Hufen, ZRP 2012, 202 ff.; Morlok, in ZRP 2013, 69 ff.

³ BVerfG NJW 2017, 611 ff.

⁴ Ibid., S. 630 ff.

⁵ Ibid., S. 646 ff..

⁶ Ibid., S. 618.

⁷ BGBl. I 2017, 2346.

Bundesregierung gestellt werden. Der Antrag auf Entscheidung über den Ausschluss von staatlicher Finanzierung kann hilfsweise zu einem Antrag auf Entscheidung, ob eine Partei verfassungswidrig ist, gestellt werden.

Der neu eingefügte § 46a BVerfGG lautet nun:

(1) Erweist sich der Antrag auf Entscheidung gemäß Artikel 21 Absatz 3 des Grundgesetzes als begründet, so stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Partei für sechs Jahre von der staatlichen Finanzierung nach § 18 des Parteiengesetzes ausgeschlossen ist. Die Feststellung ist auf Ersatzparteien zu erstrecken. Dass eine Partei die Bestrebungen einer nach Satz 1 von der staatlichen Finanzierung ausgeschlossenen Partei als Ersatzpartei an deren Stelle weiterverfolgt oder fortführt, stellt das Bundesverfassungsgericht entsprechend Satz 1 fest. Die Feststellung erfolgt auf Antrag eines Berechtigten nach § 43 Absatz 1 Satz 1; § 45 ist auf das Verfahren nicht anzuwenden.

(2) Beantragt einer der Antragsberechtigten spätestens sechs Monate vor Ablauf der Frist nach Absatz 1 Satz 1 ihre Verlängerung, bleibt die Partei bis zur Entscheidung über diesen Antrag von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen. § 45 ist auf das Verfahren nicht anzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Für die Entscheidung gilt Absatz 1 entsprechend. Erneute Verlängerungsanträge sind statthaft.

B) Die Entscheidung des Senats

Die Entscheidung des Senats umfasst die Herausarbeitung der nun anwendbaren Verfahrensgrundsätze (I.) sowie die Zulässigkeit (II.) und die Begründetheit (III.) des Antrags.

I. Anwendbare Verfahrensgrundsätze

Die im Parteiverbotsverfahren durch das BVerfGG konkretisierten Anforderungen (1.) gelten auch für das Finanzierungsausschlussverfahren (2.). Diesen Anforderungen ist vorliegend Rechnung getragen (3.).

1. Anforderungen an das Parteiverbotsverfahren

Weder das GG noch das BVerfGG enthalten spezielle Normen zu den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen an die Durchführung eines Verfahrens wie vorliegend. Das BVerfGG hat von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen, ob das staatliche Interesse an der weiteren Durchführung des Verfahrens überwiegt oder ob die Fortsetzung des Verfahrens den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit und dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Partei Die Heimat widerspricht.

Voraussetzung für die Annahme eines unbeheblichen Verfahrenshindernisses ist demgemäß ein Verfassungsverstoß von erheblichem Gewicht. Bei weniger schwerwiegenden oder auf andere Weise ausgleichbaren Verfahrensmängeln verbietet sich eine Verfahrenseinstellung. Sie können durch Rechtsfolgen (wie etwa Beweisverwertungsverbote) ausgeglichen werden, die nicht das gesamte Verfahren mit sofortiger Wirkung beenden.

Für die Frage, ob ein gewichtiger Verfassungsverstoß gegeben ist, sind vor allem die sich spezifisch aus dem Wesen des Parteiverbotsverfahrens nach Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden rechtsstaatlichen Anforderungen zu beachten: Das verfassungsgerichtliche Parteiverbot stellt die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde dar. Im Parteiverbotsverfahren

ist daher ein Höchstmaß an Rechtssicherheit, Transparenz, Berechenbarkeit und Verlässlichkeit geboten.

Mit dem Gebot der Staatsfreiheit ist die Tätigkeit von V-Leuten und Verdeckten Ermittlern auf den Führungsebenen einer Partei während eines gegen sie laufenden Verbotsverfahrens nicht vereinbar.

Ebenfalls mit dem Gebot strikter Staatsfreiheit nicht zu vereinbaren ist es, wenn die Begründung eines Verbotsantrags auf Beweismaterialien gestützt wird, deren Entstehung zumindest teilweise auf das Wirken von V-Leuten oder Verdeckten Ermittlern zurückzuführen ist (Gebot der Quellenfreiheit).

Im Parteiverbotsverfahren hat – nicht zuletzt angesichts der Rechtsfolge der Auflösung der betroffenen Partei – zudem der Grundsatz des fairen Verfahrens besondere Bedeutung. Er garantiert Schutz vor Maßnahmen, die den freien Kontakt zwischen der Partei und ihrem Verfahrensbevollmächtigten behindern, und steht einer Verwendung von Informationen über die Prozessstrategie der Partei, die mit nachrichtendienstlichen Mitteln erlangt wurden, entgegen.

2. Übertragung auf das Verfahren des Finanzierungsausschlusses

Die vorgenannten Maßstäbe sind auf das Finanzierungsausschlussverfahren nach Art. 21 Abs. 3 iVm. Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 GG, §§ 13 Nr. 2a, 43 ff. BVerfGG zu übertragen.

a) Systematisches Argument

Hierfür spricht in systematischer Hinsicht der strukturelle Gleichlauf der Verfahren, der schon daran erkennbar ist, dass der Antrag auf Ausschluss einer Partei von der staatlichen Finanzierung als Hilfsantrag zu einem Parteiverbotsantrag gestellt werden kann (§ 43 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG). Beim Finanzierungsausschluss handelt es sich um eine Maßnahme, die im Rahmen eines abgestuften Maßnahmenkonzepts zum Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung vor dagegen gerichteten Bestrebungen verfassungsfeindlicher Parteien eine weniger schwerwiegende Rechtsfolge vorsieht. Abgesehen von dem Erfordernis des „Darauf Ausgehens“ sind das Parteiverbot und der Finanzierungsausschluss tatbestandlich und verfahrensrechtlich identisch ausgestaltet. Dies spricht dafür, beide Verfahren auch hinsichtlich des Vorliegens von unbeheblichen Verfahrenshindernissen den gleichen Regelungen zu unterwerfen.

b) Teleologisches Argument

Die betroffene Partei befindet sich im Finanzierungsausschlussverfahren in einer mit dem Parteiverbotsverfahren vergleichbaren Situation. In diesem Verfahren muss sie sich ebenso wie im Parteiverbotsverfahren gegen den Vorwurf zur Wehr setzen, dass sie sich mit ihren Positionen gegen die Grundsätze der Verfassung richtet. Gelingt ihr dies nicht, muss sie mit dem Wegfall ihres Anteils an der staatlichen Teilfinanzierung für einen Zeitraum von immerhin sechs Jahren (§ 46a Abs. 1 Satz 1 BVerfGG) einschneidende Nachteile mit Blick auf ihre Chancen im Parteienwettbewerb und gegebenenfalls sogar eine Existenzgefährdung in Kauf nehmen. Angesichts dessen bedarf es auch im Finanzierungsausschlussverfahren einer strikten Beachtung rechtsstaatlicher Anforderungen. Dabei kommt ebenso wie im Verbotsverfahren den Grundsätzen der Staatsfreiheit und Selbstbestimmung besondere Bedeutung zu. Auch das Finanzierungsausschlussverfahren muss daher grundsätzlich staatsfrei geführt werden, darf nicht auf Material und Quellen beruhen, die im

Wesentlichen „staatsgeprägt“ sind, und muss dem Recht auf ein faires Verfahren uneingeschränkt Rechnung tragen.

c) Gesetzeshistorisches Argument

Schließlich wird das Erfordernis einer Übertragung der Verfahrensanforderungen aus dem Parteiverbotsverfahren auf das Finanzierungsausschlussverfahren dadurch gestützt, dass während des Gesetzgebungsverfahrens grundsätzlich Einigkeit darüber bestand, das Finanzierungsausschlussverfahren prinzipiell den gleichen Verfahrensanforderungen zu unterwerfen wie ein Parteiverbotsverfahren.

3. Subsumtion in Bezug auf Die Heimat

Nach diesen Maßgaben stehen der Durchführung des Finanzierungsausschlussverfahrens gegen Die Heimat keine unbehebaren Verfahrenshindernisse entgegen. Sowohl die Gebote der Staats- (a) und insbesondere der Quellenfreiheit (b) als auch der Grundsatz des fairen Verfahrens (c) sind eingehalten.

a) Wahrung des Gebots der Staatsfreiheit

Ein Verstoß gegen das Gebot strikter Staatsfreiheit iSd. Verzichts auf den Einsatz von V-Leuten und Verdeckten Ermittlern auf den Führungsebenen von Die Heimat während des laufenden Finanzierungsausschlussverfahrens liegt nicht vor. Im maßgeblichen Zeitraum 2012-2017 wurden bei Die Heimat keine V-Leute und Verdeckte Ermittler eingesetzt, was aufgrund von durch zahlreiche Dokumente ergänzte Testate hinreichend belegt ist.

b) Wahrung des Gebots der Quellenfreiheit

Aufgrund der vorgelegten Testate ist ebenso von der Quellenfreiheit des zulasten von Die Heimat vorgelegten Beweismaterials auszugehen.

c) Wahrung des Grundsatzes des fairen Verfahrens

Auch die Einhaltung der Anforderungen an ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, insbesondere durch den Verzicht auf eine Ausspähung der Prozessstrategie von Die Heimat wird durch die von den Antragstellern vorgelegten Testate und Dokumente hinreichend belegt.

II. Zulässigkeit

Bedenken gegen die Zulässigkeit des Antrags auf Feststellung des Ausschlusses von Die Heimat von staatlicher Finanzierung nach Art. 21 Abs. 3 Satz 1, Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 GG, §§ 13 Nr. 2a, 43 ff. BVerfGG bestehen letztlich nicht.

III. Begründetheit

Der Finanzierungsausschlussantrag ist begründet. Die Regelung des Ausschlusses von der staatlichen Finanzierung nach Art. 21 Abs. 3 GG ist verfassungsrechtlich unbedenklich (1.). Die unter Berücksichtigung der Vorgaben der EMRK auszulegenden Tatbestandsvoraussetzungen (2.) für die Anordnung eines Ausschlusses von Die Heimat von der staatlichen Parteienfinanzierung liegen vor (3.).

1. Art. 21 Abs. 3 GG ist verfassungsmäßig

Gegen den in Art. 21 Abs. 3 Satz 1 GG verankerten Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der staatlichen Finanzierung bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Zweifel an der Gültigkeit der Norm unter dem umstrittenen Gesichtspunkt „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ (a) bestehen nicht. Vielmehr hat der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Neuregelung von seiner Befugnis Gebrauch gemacht, das Demokratiekonzept des Grundgesetzes, wie es durch Art. 20 Abs.

1 und 2 GG vorgegeben ist, unter Berücksichtigung des Bekenntnisses zu einer wehrhaften Demokratie auszugestalten (b).

a) Kein verfassungswidriges Verfassungsrecht

Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist nach Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG berechtigt, durch ein Gesetz den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich zu ändern oder zu ergänzen. Ein verfassungsänderndes Gesetz bedarf einer qualifizierten Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates (Art. 79 Abs. 2 GG). Begrenzt wird der Gestaltungsspielraum des verfassungsändernden Gesetzgebers durch Art. 79 Abs. 3 GG.

Ein Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG durch ein verfassungsänderndes Gesetz kommt nur in Betracht, wenn für eine seinen Vorgaben entsprechende Auslegung der Norm kein Raum ist. Einzelne Verfassungsbestimmungen sind in den Gesamtzusammenhang des GG gestellt und so auszulegen, dass sie mit den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes und seiner Werteordnung vereinbar sind. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber anstrebt, eine Regelung in die Verfassung nur dann einzufügen, wenn sie nicht in Widerspruch zu deren Grundprinzipien steht. Nur wenn eine solche Auslegung der verfassungsändernden Norm von vornherein ausscheidet, kommt ein Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG in Betracht.

Demgemäß handelt es sich bei Art. 79 Abs. 3 GG um eine Ausnahmevorschrift, die restriktiv anzuwenden ist. Die Annahme verfassungswidrigen Verfassungsrechts scheidet von vornherein aus, wenn nur untergeordnete Ausprägungen der genannten Prinzipien betroffen sind, ihr Kernbereich aber unangetastet bleibt. Art. 79 Abs. 3 GG ist in seinem Schutzgehalt nicht betroffen, wenn einzelne Modifikationen der genannten Grundsätze erfolgen, ohne dass deren prägende Bedeutung für die Verfassungsordnung berührt wird.

Davon ausgehend werden die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Regelungsgehalte durch Art. 21 Abs. 3 GG nicht berührt. Dies gilt mit Blick sowohl auf das Demokratieprinzip als auch auf die Menschenwürdegarantie.

b) Wehrhafte Demokratie

Der Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien aus der staatlichen Finanzierung nach Art. 21 Abs. 3 GG stellt jedenfalls keine die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG berührende Aushöhlung des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG dar. Nach dem grundgesetzlichen Konzept der „wehrhaften Demokratie“ können Parteien, die auf die Abschaffung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausgehen, nach Art. 21 Abs. 2 GG verboten und damit vollständig an der Wahrnehmung des Verfassungsauftrags zur Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG gehindert werden. Dabei schließt das Konzept der „wehrhaften Demokratie“ auch die gleichheitswidrige Benachteiligung solcher Parteien durch den Ausschluss aus der staatlichen Finanzierung ein. Die durch Art. 79 Abs. 3 GG garantierte Substanz des Demokratieprinzips, das heißt die selbstbestimmte, freie und gleiche Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger an der politischen Willensbildung und das Gebot der Legitimation der Ausübung staatlicher Gewalt durch das Volk, wird dadurch nicht tangiert.

Von vornherein ausgeschlossen ist zudem die Berührung der Menschenwürdegarantie mit Blick auf die von einem Finanzierungsausschluss betroffenen Parteien. Diese können sich als ju-

ristische Personen nicht auf die Menschenwürde berufen.

2. Tatbestandsvoraussetzungen

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Ausschlusses einer Partei von staatlicher Finanzierung nach Art. 21 Abs. 3 GG sind durch den weitgehenden Gleichlauf mit den materiellen Voraussetzungen des Parteiverbots nach Art. 21 Abs. 2 GG geprägt (a). Davon ausgehend ist der Regelungsgehalt der einzelnen Tatbestandsmerkmale unter Beachtung des Gebots restriktiver Auslegung (b) zu bestimmen (c) und dabei insbesondere das „Darauf Ausgerichtetsein“ als neues Merkmal zu konkretisieren (d). Schließlich ist das so erzielte Ergebnis auf seine Vereinbarkeit mit der EMRK zu prüfen (e).

a) Gleichlauf mit Parteiverbot

Der Vergleich von Art. 21 Abs. 3 Satz 1 GG mit der Regelung zum Parteiverbot in Art. 21 Abs. 2 GG ergibt einen weitgehenden Gleichlauf der Bestimmungen hinsichtlich ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen. Beide Normen unterscheiden sich insoweit nur in Bezug auf die von der betroffenen Partei wahrzunehmenden Handlungsform („darauf ausgehen“ gegenüber „darauf ausgerichtet sein“). Diese weitgehende Identität der Tatbestandsmerkmale ist vom verfassungsändernden Gesetzgeber beabsichtigt. Für eine im Hinblick auf die identischen Tatbestandsvoraussetzungen in gleicher Weise vorzunehmende Auslegung spricht ferner der systematische Zusammenhang zwischen den Verfahren.

b) Restriktive Auslegung

Wie beim Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG ist auch bei der Auslegung des Art. 21 Abs. 3 Satz 1 GG den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für die Offenheit des Prozesses der politischen Willensbildung, die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) und die Parteienfreiheit (Art. 21 Abs. 1 GG) sowie dem sich daraus ergebenden Ausnahmecharakter der Norm Rechnung zu tragen.

Das GG geht schließlich davon aus, dass nur die ständige geistige Auseinandersetzung zwischen den einander begegnenden sozialen Kräften und Interessen, den politischen Ideen und damit auch den Parteien, die diese vertreten, der richtige Weg zur Bildung des Staatswillens ist. Es vertraut daher im Grundsatz auf die Kraft dieser Auseinandersetzung als wirksamste Waffe gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien. Dementsprechend muss ein Ausschluss von der staatlichen Finanzierung in Art. 21 Abs. 3 Satz 1 GG als „demokratieverkürzende Ausnahmenorm“ verstanden werden, was zu einer restriktiven Auslegung zwingt.

c) Tatbestandsmerkmale in Art. 21 Abs. 3 GG

Die Tatbestandsmerkmale in Art. 21 Abs. 3 GG sind damit letztlich unter Berücksichtigung der Maßgaben des Urteils des BVerfG vom 17. Januar 2017⁸ zum Parteiverbot auszulegen. Dort wurde Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung iSv. Art. 21 Abs. 2 GG präzisiert.

aa) Freiheitliche demokratische Grundordnung

Die freiheitliche demokratische Grundordnung iSv. Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 GG umfasst nur wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unverzichtbar sind. Der Schutzbereich der freiheitlichen demokratischen Grundordnung kann dabei nicht unter Rückgriff auf Art. 79 Abs. 3 GG bestimmt werden. Denn der Regelungsgehalt des

Art. 79 Abs. 3 GG geht – etwa durch die Bezugnahme auf die Prinzipien der Republik und des Bundesstaates – über den für einen freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaat unverzichtbaren Mindestgehalt hinaus.

Ihren Ausgangspunkt findet die freiheitliche demokratische Grundordnung vielmehr in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG). Die Garantie der Menschenwürde umfasst insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die elementare Rechtsgleichheit. Mit der Subjektqualität des Menschen ist ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch verbunden, der es verbietet, den Menschen zum „bloßen Objekt“ staatlichen Handelns zu degradieren.

Menschenwürde ist dabei egalitär; sie ist unabhängig von Merkmalen wie Herkunft, einer behaupteten „Rasse“, Lebensalter oder Geschlecht. Dem Achtungsanspruch des Einzelnen als Person ist die Anerkennung als gleichberechtigtes Mitglied in der rechtlich verfassten Gemeinschaft immanent. Mit der Menschenwürde sind daher ein rechtlich abgewerteter Status oder demütigende Ungleichbehandlungen nicht vereinbar. Dies gilt insbesondere, wenn derartige Ungleichbehandlungen gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen. Antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte sind damit nicht vereinbar und verstoßen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung.

bb) Anstreben der „Beseitigung“ oder „Beeinträchtigung“ der freiheitlichen demokratischen Grundordnung

Weitere tatbestandliche Voraussetzung sowohl für ein Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG als auch für einen Finanzierungsausschluss nach Art. 21 Abs. 3 Satz 1 GG ist insbesondere, dass die Partei eine „Beseitigung“ oder „Beeinträchtigung“ der freiheitlichen demokratischen Grundordnung anstrebt.

Dabei bezeichnet der Begriff des „Beseitigens“ die Abschaffung zumindest eines der vorstehend beschriebenen Wesenselemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder deren Ersetzung durch eine andere Verfassungsordnung beziehungsweise ein anderes Regierungssystem.

Dem Begriff des „Beeinträchtigens“ kommt demgegenüber ein eigenständiger, den Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG erweiternder Regelungsgehalt zu. Von einer „Beeinträchtigung“ ist auszugehen, wenn eine Partei nach ihrem politischen Konzept mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bewirken will.

Dass eine Partei die Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung anstrebt, muss sich nach Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG aus den Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger ergeben. Davon sind die Umstände zu unterscheiden, auf die zurückgegriffen werden kann, um die Ziele der Partei und das Verhalten ihrer Anhänger lediglich nachzuvollziehen. Insoweit sind grundsätzlich alle Tatsachen verwertbar, die geeignet sind, über die Ausrichtung der Partei Aufschluss zu geben. Erforderlich ist allerdings, dass Beweismittel, die gegen die Partei verwendet werden sollen, dieser auch zugerechnet werden können.

Die Ziele einer Partei sind der Inbegriff dessen, was sie politisch anstrebt. Sie ergeben sich in der Regel aus dem Programm und den sonstigen parteiamtlichen Erklärungen, aus den Schriften der von ihr als maßgebend anerkannten Autoren über die politische

⁸ BVerfG NJW 2017, 611 ff.

Ideologie der Partei, aus den Reden der führenden Funktionäre, aus dem in der Partei verwendeten Schulungs- und Werbematerial sowie aus den von ihr herausgegebenen oder beeinflussten Zeitungen und Zeitschriften. Das Verhalten der Parteiorgane und der Anhänger kann Schlüsse auf die Zielsetzung zulassen.

Eine schriftliche Fixierung der Ziele ist nicht erforderlich. Entscheidend sind die wirklichen Ziele der Partei, nicht die vorgegebenen. Auch geheime Zielsetzungen oder nachträgliche tatsächliche Änderungen sind rechtserheblich. Stehen die nach außen erklärten Ziele mit den tatsächlichen Zielen in Widerspruch, ist auf Letztere abzustellen. Abweichungen von schriftlich verlautbarten Zielsetzungen dürfen aber nicht bloß unterstellt werden, sondern müssen nachweisbar sein.

Daneben können sich die Absichten der Partei im Verhalten ihrer Anhänger widerspiegeln. Anhänger sind alle Personen, die sich für eine Partei einsetzen und sich zu ihr bekennen, auch wenn sie nicht Mitglied der Partei sind. Allerdings kann nicht jegliches Verhalten von Anhängern einer Partei zugerechnet werden. Eine Zurechnung ist insbesondere problematisch, wenn die Partei keinerlei Möglichkeit hat, das Verhalten zu beeinflussen. Entscheidend ist daher, dass in dem Verhalten des jeweiligen Anhängers der politische Wille der betroffenen Partei erkennbar zum Ausdruck kommt. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn das Verhalten eine in der Partei vorhandene Grundtendenz widerspiegelt oder die Partei sich das Verhalten ausdrücklich zu eigen macht.

d) „Darauf Ausgerichtetsein“

Art. 21 Abs. 3 Satz 1 GG fordert für einen Ausschluss von der staatlichen Finanzierung, dass die betroffene Partei darauf ausgerichtet ist, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen. Allein hierin unterscheidet sich der Wortlaut der Norm von Art. 21 Abs. 2 GG, der stattdessen ein „Darauf Ausgehen“ fordert. Ein „Darauf Ausgerichtetsein“ setzt ein qualifiziertes und planvolles Handeln zur Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung voraus, ohne dass es auf das Erfordernis der Potentialität ankommt.

Dies setzt voraus, dass kontinuierlich auf die Verwirklichung eines der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechenden politischen Konzepts hingearbeitet wird. Davon kann nur ausgegangen werden, wenn die einzelne Handlung Ausdruck einer der Partei zuzurechnenden Grundtendenz ist. Das planvolle Handeln der Partei muss sich darüber hinaus als qualifizierte Vorbereitung im Hinblick auf die Erreichung ihrer gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG gerichteten Ziele darstellen. Dass das Handeln der Partei bereits zu einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG führt, ist nicht erforderlich. Entsprechend dem Ausnahmecharakter des Parteiverbots kann ein „Darauf Ausgehen“ allerdings nur angenommen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte von Gewicht vorliegen, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass das gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG gerichtete Handeln einer Partei erfolgreich sein kann. Ob ein solches ausreichendes Maß an Potentialität hinsichtlich der Erreichung der von einer Partei verfolgten Ziele besteht, ist dabei im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung festzustellen.

e) Vereinbarkeit mit der EMRK

Art. 21 Abs. 3 GG ist letztlich auch mit den Vorgaben der EMRK vereinbar. Hinsichtlich eines Ausschlusses von der staatlichen

Parteienfinanzierung ist Art. 14 iVm. Art. 11 EMRK als Maßstab anzuwenden. Die Nichtberücksichtigung einer Partei, deren Betätigung nach ihren Zielen oder eingesetzten Mitteln mit dem Konzept einer demokratischen Gesellschaft unvereinbar ist, bei der Vergabe staatlicher Mittel stellt sich hiernach als grundsätzlich verhältnismäßig und konventionskonform dar.

3. Subsumtion in Bezug auf Die Heimat

Nach den vorgenannten Maßstäben ist der Antrag auf Ausschluss von Die Heimat von der staatlichen Parteienfinanzierung begründet.

Im Urteil des BVerfG vom 17. Januar 2017⁹ wurde die Verfassungsfeindlichkeit von Die Heimat iSd. Art. 21 Abs. 3 GG zum damaligen Entscheidungszeitpunkt bereits festgestellt. Die Heimat ist seither auch unverändert nach ihren Zielen und dem Verhalten ihrer Anhänger auf die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausgerichtet.

Dies ergibt sich bereits zweifelsfrei aus der neuen offiziellen Kommentierung des Parteiprogramms „Was wir wollen“ aus dem Jahr 2018. Das politische Konzept von Die Heimat ist danach auch weiterhin mit der Garantie der Menschenwürde iSv. Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Dies ergibt sich aus der Fortgeltung des Parteiprogramms und den dazu getroffenen Feststellungen im Urteil des BVerfG vom 17. Januar 2017¹⁰ und wird durch die vorgelegten neuen Belege aus der Zeit nach Verkündung des Urteils bestätigt.

Die Heimat bekennt sich hiernach zum Vorrang einer ethnisch definierten „Volksgemeinschaft“. Aus ihrer Sicht ist oberstes Ziel deutscher Politik die Erhaltung des durch Abstammung, Sprache, geschichtliche Erfahrungen und Wertvorstellungen geprägten deutschen Volkes. Anzustreben sei die „Einheit von Volk und Staat“ und die Verhinderung einer „Überfremdung Deutschlands, ob mit oder ohne Einbürgerung“. Dieser von Die Heimat in ihrem Parteiprogramm vertretene Volksbegriff negiert – wie im Urteil vom 17. Januar 2017¹¹ dargelegt – den sich aus der Menschenwürde ergebenden Achtungsanspruch der Person und führt zur Verweigerung elementarer Rechtsgleichheit für alle, die nicht der ethnischen „Volksgemeinschaft“ angehören. Eine Vielzahl vorgelegter Belege sowie zurechenbare Publikationen und Äußerungen führender Funktionäre dokumentieren, dass sich bei Die Heimat bis heute daran nichts geändert hat.

Darüber hinaus missachtet Die Heimat weiterhin das Demokratieprinzip. Ihr fortgeltendes Parteiprogramm sowie sonstige, ihr nach der Verbotsentscheidung zurechenbare Publikationen und Äußerungen führender Parteifunktionäre sind mit dem Demokratieprinzip iSd. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG unvereinbar. Zudem zeigen die nunmehr vorgelegten Belege den Fortbestand der Wesensverwandtschaft von Die Heimat mit dem Nationalsozialismus auf.

Die Heimat ist schließlich auf die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausgerichtet. Dass sie in geplanter und qualifizierter Weise zur Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung unmittelbar ansetzt, wird durch ihre Organisation, Strategie und Aktivitäten sowie durch die Fähigkeit belegt, sich veränderten Rahmenbedingungen anzupassen. Ihr beträchtlicher Bedeutungsverlust zwingt sie allerdings zur Anpassung ihrer nach wie vor bestehenden Handlungskonzepte. Sie überschreitet jedoch insgesamt die Schwelle vom blo-

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

ßen Bekenntnis der Ablehnung zur Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.

Abschließende Hinweise für Studierende

1. Eine Entscheidung, die zunächst von Vielen als Blaupause für ein Vorgehen gegen die seit 2022 deutlich erstarkende AfD verstanden wurde. In Bezug auf die AfD mehrten sich schließlich die Stimmen, die ein Verbotsverfahren mit Blick auf die gesamte Partei oder zumindest den Entzug der Grundrechte (und damit auch des passiven Wahlrechts) einzelner besonders schwieriger Exponenten an der Parteispitze der AfD fordern. Grundlage dieser Forderungen ist die Einstufung durch die Verfassungsschutzbehörden von mittlerweile gleich drei Landesverbänden (Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen) sowie der Jugendorganisation Junge Alternative als „gesichert rechtsextrem“. Dazu kommt das sog. Potsdamer Geheimgespräch¹², auf dem im November 2023 auch durch AfD-Vertreter Pläne für eine sog. Remigration bestimmter Bevölkerungsteile besprochen worden sein sollen.

2. Als Blaupause in Bezug auf den temporären Ausschluss der AfD von der staatlichen Parteienfinanzierung ist das vorliegende Urteil gänzlich ungeeignet. Denn die Fälle Die Heimat/NPD und AfD lassen sich in weiten Teilen nicht miteinander vergleichen. Die Heimat machte es dem BVerfG schließlich relativ leicht, indem sie in ihrer schriftlichen Programmatik eindeutige Hinweise dahingehend lieferte, dass sie darauf ausgerichtet ist, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen. Gleichwohl benötigte das BVerfG zur Entscheidung mehr als vier Jahre (!). Einen derart leichten Fall dürfte es in der Form aber kein zweites Mal geben. Denn nun sind kritische Parteien vorgewarnt und werden ihre Programmatik voraussichtlich entsprechend abmildern.

Bei der AfD ist sich die Wissenschaft weitestgehend einig, dass die derzeitige Programmatik der Partei (Satzung¹³, Wahlprogramme etc.) relativ unauffällig und beileibe nicht extremistisch angelegt ist. Schwierig sind vielmehr einzelne Aussagen einzelner Funktionäre, insbesondere bestimmter Spitzenvertreter. Hier ergeben sich in der Folge schwierige Zurechnungsfragen. Sind etwa bestimmte Äußerungen des Thüringer Landesvorsitzenden Björn Höcke überhaupt Äußerungen namens der Partei oder handelt es sich dabei doch eher um Privatäußerungen? Prägen solche Äußerungen dann auch die gesamte Partei und geben ihr in Folge bestimmte faktische Ziele vor? Sind diese Ziele dann solche, welche die geschriebenen Ziele überlagern und damit das Parteihandeln bestimmen?

Geht man davon aus, dass das BVerfG schon für einen einfach gelagerten Fall wie in Bezug auf Die Heimat, wo es zudem auf Vorjudikate zurückgreifen konnte, mehr als vier Jahre für ein Urteil benötigt hat, so lässt sich erahnen, wie lange ein deutlich schwierigeres Parteiverbots- oder Finanzierungsausschlussverfahren in Sachen AfD dauern könnte. Der Ausgang in der Sache ist zudem nicht wirklich prognostizierbar und damit völlig ungewiss. Ein langes quälendes Verfahren führt zudem zur Möglichkeit eines regelrechten Opferkultes, was der AfD über Jahre hinweg sogar noch weiteren Zulauf bescheren könnte.

3. Am Tag der Verkündung des vorliegenden Urteils sprach die Bundesinnenministerin jedenfalls von einem „weiteren Instrument zum Schutz unserer Demokratie“¹⁴. Dies dürfte jedoch

nur teilweise zutreffen. Denn da nun feststeht, dass nahezu dieselben Hürden wie bei einem Verbotsverfahren bestehen, wird ein Finanzierungsausschlussverfahren ein höchst ineffektives Verfahren sein. Schließlich dauert es bei nahezu identischen Voraussetzungen erkennbar länger, eine Partei finanziell auszuhungern, als sie gleich zu verbieten.¹⁵ Das BVerfG weist schließlich zu Recht darauf hin, dass die staatliche Parteienfinanzierung nur eine Teilfinanzierung ist. Gleichzeitig finanzieren sich Parteien nämlich auch über Mitgliedsbeiträge, Spenden, Erbschaften sowie Eigengeschäfte. Damit ist klar, dass sich insbesondere prosperierende extremistische Parteien durch den temporären Ausschluss von der Parteienfinanzierung nur höchst langsam in einer wehrhaften Demokratie bekämpfen lassen.

4. Zu begrüßen ist allerdings generell, dass das neue Finanzierungsausschlussverfahren nunmehr scharf geschaltet ist¹⁶, indem insbesondere die tatbestandlichen Voraussetzungen höchstrichterlich geklärt wurden. Das ist letztlich das (einzige) Verdienst Der Heimat. Ohne das BVerfG-Urteil aus 2017, mit welchem sie nur deswegen nicht verboten wurde, weil sie schon damals zu schwach war, um überhaupt noch der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gemäß ihren Zielen gefährlich werden zu können, wäre das neue Finanzierungsausschlussverfahren niemals eingeführt worden. Mittlerweile ist Die Heimat zu einem armen Häuflein Rechtsextremer geworden, denen durch die AfD vollends das Wählerpotenzial weggenommen wurde.



MR Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX) | Referatsleiter im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr, Wohnen und ländlichen Raum. Der Beitrag gibt ausschließlich die eigenen Auffassungen des Autors wieder.

E-Mail-Kontakt: ▶ MichaelHippeli@mail.de

► Inhaltsverzeichnis

¹² Vgl. etwa mwN. ▶ www.wikipedia.org (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

¹³ Vgl. ▶ www.afd.de/satzung/ (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

¹⁴ Vgl. ▶ www.taz.de (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

¹⁵ AA Kluth, in: BeckOK-GG, 59. Ed. (19.08.2024), Art. 21 Rn. 212e („Das Verbotsverfahren dürfte damit endgültig seine praktische Relevanz verloren haben“); ähnlich Ipsen/Koch, in: Sachs, GG, 10. Aufl. (2024), Art. 21 Rn. 221.

¹⁶ Wie hier ▶ www.lto.de („jetzt voll einsetzbar“; zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

Rezension

Verlag C.H. Beck

Wicke GmbHG, 5. Auflage (2024)

Die fünfte Auflage des Beck'schen Kompakt-Kommentars zum GmbHG von Hartmut Wicke, erschienen im Jahr 2024, setzt erneut Maßstäbe in der praxisnahen und übersichtlichen Darstellung des GmbH-Rechts. Auf über 800 Druckseiten werden zahlreiche Gesetzesänderungen seit der letzten Auflage umfassend berücksichtigt. Besonders hervorgehoben werden die Einbeziehungen des DiRUG und DiReG, des SanInsFoG, FöPoG II, UmRUG und des MoPeG. Auch die Änderungen des GWG, Reformen des Vormundschafts- und Betreuungsrechts sowie aktuelle Rechtsprechung, beispielsweise zum Gesellschafterausschluss, wurden aufgenommen.

Der Kompakt-Kommentar richtet sich explizit an Berater wie Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater sowie an Geschäftsführer und Gesellschafter in Unternehmen. Er bietet diesen Zielgruppen eine schnelle Lösung für alltägliche Anwendungsfragen und einen ersten Einstieg in komplexere Themen. Diese Zielsetzung wird hervorragend erfüllt. Die Kommentierungen zu den einzelnen Paragraphen sind übersichtlich gestaltet und mithilfe eines Inhaltsverzeichnisses leicht zugänglich. Die Ausführungen sind prägnant und verständlich formuliert, was den Kommentar besonders benutzerfreundlich macht.

Wer nicht ohnehin auf Online-Bibliotheken zugreift, wird den „Wicke“ in seiner physischen Ausgabe als wertvollen Begleiter schätzen lernen. Hier gewinnt er einen weiteren Pluspunkt mit seiner Handlichkeit. Die Reihe der Kompakt-Kommentare macht ihrem Namen dabei alle Ehre und macht die Ausgabe besonders praktisch für den Einsatz in streitigen Gesellschafterversammlungen.

Insgesamt bietet der Beck'sche Kompakt-Kommentar zum GmbHG von Hartmut Wicke ein wertvolles und für die Praxis überaus hilfreiches Nachschlagewerk. Die umfassende Berücksichtigung aktueller Gesetzesänderungen und Rechtsprechung sowie die benutzerfreundliche Gestaltung machen ihn zu einem unverzichtbaren Werkzeug für Berater und Unternehmensverantwortliche. Mit dieser Neuauflage hat Hartmut Wicke erneut bekräftigt, dass seine Kommentierung in einer gut sortierten Fachbibliothek nicht fehlen sollte.



Dr. Pius O. Dolzer | Rechtsanwalt bei der Kanzlei SZA Schilling, Zutt & Anschütz in Mannheim.

E-Mail-Kontakt: ▶ pius.dolzer@sza.de

▶ **Inhaltsverzeichnis**

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Dr. Alexander Bechtel
Prof. Dr. Sarah Bunk
RA Dr. Pius O. Dolzer
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)
RA Steffen Follner
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
RR Dr. Christine Keilbach
Prof. Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
Prof. Dr. Torsten Noak
Marcus Nonn
RR Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellvertretender Schriftleiter)
Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand

Prof. Dr. Christian F. Majer
(Vorsitzender)
RR Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
(Schatzmeister)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
(Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch
(Ressortleiter Öffentliches Recht)

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
RD Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
MR Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
RiOLG Prof. Dr. Dominik Skauradszun, LL.M.
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
LMR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

14. Jahrgang (2024)

ISSN 2195-044X

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>

E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
▶ **Thümmel, Schütze & Partner** | ▶ **BRP Renaud & Partner**

Beiträge aus früheren Ausgaben

2/2024	Stjepan Sirovina	Die Neuregelung der Abnahme im Werkvertragsvertragsrecht	► lesen
2/2024	Jonas von Zons	Götterdämmerung für die Fünf-Prozent-Hürde	► lesen
1/2024	Florian Feigl	Die Wahlrechtsreform der Ampelkoalition	► lesen
4/2023	Torsten Noak	Das Bundesverfassungsgericht und das Zitiergebot: eine weiterhin „gestörte Beziehung“	► lesen
3/2023	Nick Marquardt	Die Auswahl von Insolvenzverwaltern unter besonderer Berücksichtigung von Diversitätsaspekten	► lesen
3/2023	Sebastian Schuh	Effektiver Umweltschutz	► lesen
2/2023	Sven Kaltenbach/ Dominik Bok	Der Versuch des Wohnungseinbruchdiebstahls	► lesen
1/2023	Jonas Sauer	Corona „ex post“	► lesen
1/2023	Dominik Skauradszun Johannes Schröder	Der Vertragsschluss in der Selbstbedienungssituation	► lesen
4/2022	Maximilian A. Max	Umweltschutz durch Verbandsklage im Zivilrecht?	► lesen
3/2022	Hendrik Berndt	Künstliche Intelligenz als eigene Rechtsperson - Die „KI-mbH“	► lesen
3/2022	Felix Buchmann	Die Auswirkungen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge auf den Telekommunikationssektor	► lesen
2/2022	Friederike Meurer	Das neue Kaufrecht	► lesen
2/2022	Jana Müser	Bewährung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Corona-Pandemie?	► lesen
1/2022	Judith Klink-Straub	Schuldrechtsreform 2.0	► lesen
1/2022	Dr. Arne Pautsch Jana Müser	Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt	► lesen
4/2021	Maria Spinnler	Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger?	► lesen
3/2021	Marie-Sophie Herlein	Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration	► lesen
2/2021	Nora Rzadkowski	Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraftgetreten!	► lesen
2/2021	Michael Hippeli	Netiquette im digitalen Lehrbetrieb	► lesen
1/2021	Michael Hippeli	Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit	► lesen
1/2021	Christian F. Majer Arne Pautsch	„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis	► lesen
4/2020	Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!	► lesen
4/2020	Gesine Berthold	Immunitätsausweise in Zeiten von Corona	► lesen
3/2020	Michael Hippeli	Smart Contracts	► lesen
3/2020	Friederike Meurer	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona	► lesen
2/2020	Leonie Schmitt	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen	► lesen
2/2020	Matthias Müller	Gemeinderatssitzungen per Video	► lesen
1/2020	Florian Außem	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus	► lesen
1/2020	Arne Pautsch	Corona und Grundgesetz	► lesen
4/2019	Jonas Rohde	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern	► lesen

3/2019	Hans-Dieter Pfannenstiel Gordon von Miller	Wölfe in Deutschland	► lesen
2/2019	Christian Knoth	Fluggastrechte in der Europäischen Union	► lesen
1/2019	Arne Pautsch	Geschlechterparität im Bundestag?	► lesen
4/2018	Michael Hippeli	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren	► lesen
3/2018	Christian F. Majer	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung	► lesen
2/2018	Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger	► lesen
2/2018	Arne Pautsch	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg	► lesen
1/2018	Antonia Braun	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz	► lesen
4/2017	Arne Pautsch	Die Wahlpflicht	► lesen
4/2017	Momme Buchholz Helge Hölken Elisa Kuhne	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung	► lesen
3/2017	Sascha Sebastian	Die Inhaftierung „islamistischer Gefährder“ als menschenrechtliches Problem	► lesen
3/2017	Benjamin Bungarten	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers	► lesen
2/2017	Susanne Bertow	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?	► lesen
2/2017	Markus Meißner Philipp Fitzek	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)	► lesen
1/2017	Tim P. Holler Christoph J. Bender	Der Ehebegriff als Methodenproblem	► lesen
1/2017	Torsten Noak	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt	► lesen
4/2016	Philipp Tolga Mavituna	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagraphen	► lesen
4/2016	Markus Meißner	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen	► lesen
3/2016	Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?	► lesen
2/2016	Christian F. Majer Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?	► lesen
1/2016	Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben	► lesen
4/2015	Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet	► lesen
3/2015	Patrick Christian Otto	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts	► lesen
3/2015	Christian F. Majer	Die Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen	► lesen
2/2015	Simon Pschorr	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle	► lesen
2/2015	Arne Pautsch	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand	► lesen
1/2015	Christian Picker	Das neue Mindestlohngesetz	► lesen
4/2014	Caprice Nina Doerbeck	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?	► lesen
4/2014	Sascha Brüggemann	Datenkrake NSA	► lesen
3/2014	Alexander Bechtel	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?	► lesen
2/2014	Christian F. Majer	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung	► lesen

2/2014	<i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?	▶ lesen
1/2014	<i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?	▶ lesen
4/2013	<i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat	▶ lesen
4/2013	<i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan	▶ lesen
3/2013	<i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit	▶ lesen
2/2013	<i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.	▶ lesen
1/2013	<i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht	▶ lesen
1/2013	<i>Hartmut Kilger Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte	▶ lesen
4/2012	<i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern	▶ lesen
3/2012	<i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten	▶ lesen
2/2012	<i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe	▶ lesen
1/2012	<i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen	▶ lesen
1/2012	<i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?	▶ lesen
1/2011	<i>Dominik Skauradszun Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten	▶ lesen
1/2011	<i>Werner Walk Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung	▶ lesen

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –
 Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter
 ▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer re-view“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift „**Jura Studium & Examen (JSE)**“ richtet sich, wie im Namen schon angedeutet, vorwiegend an Jura-Studenten und Rechtsreferendare. Sie ist aber keine klassische Ausbildungszeitschrift und will zu diesen auch nicht in Konkurrenz treten. Didaktische Beiträge, Überblicksaufsätze, Grundfälle, Grundlagenbeiträge und dergleichen werden in ihr nicht zu finden sein.

Stattdessen enthält sie in ihrem Aufsatzteil Beiträge zu Themen mit aktuellem politischen oder rechtspolitischen und auch -ethischen Hintergrund. Solche Themen sind zugleich häufig von hoher Examensrelevanz, insbesondere in der mündlichen Prüfung; sie sind jedoch auch beliebter Gegenstand von Examensklausuren. Unabhängig davon sind sie auch für Studenten und Referendare von allgemeinem Interesse. Die Zeitschrift möchte so auch die Teilhabe der Studenten und Referendare an der aktuellen juristischen Debatte ermöglichen und fördern. Nicht zuletzt möchte die Zeitschrift Themen mit rechtsethischem Bezug ein Forum geben. Die Beiträge werden vom jeweils fachlich zuständigen Beirat begutachtet („peer-review“).

Dabei ist eine gewisse Aktualität naturgemäß von besonderer Bedeutung. Wir erklären dem Autor daher eine Garantie der zeitnahen Veröffentlichung: wenn ein Beitrag angenommen wird, wird er in der nächsten oder übernächsten Ausgabe veröffentlicht. Der Autor kann ansonsten anderweitig disponieren und den Beitrag ggfs. zu einem späteren Zeitpunkt nochmals einreichen.

Die Zeitschrift setzt einen besonderen Schwerpunkt auf Examenskandidaten, wie schon im Namen zum Ausdruck gebracht. Sie enthält daher die zwar nicht nur, aber vor allem für die Examensvorbereitung wichtigen Klausuren zur Übung. Dabei liegt der Schwerpunkt auf Klausuren aus Examensklausurenkursen und dem Original-Staatsexamen.

Von zentraler Bedeutung in der Examensvorbereitung ist auch die Kenntnis der aktuellen examensrelevanten Rechtsprechung. Die Zeitschrift enthält daher die wichtigsten aktuellen Urteile, knapp und übersichtlich unter Verwendung von Originalzitate aufbereitet.

Die Zeitschrift ist so konzipiert, dass ihre Lektüre von der ersten bis zur letzten Seite für den Leser von Relevanz ist. Auf Beiträge, die nur einen kleinen Kreis interessieren, wird daher weitgehend verzichtet. Beispielsweise sind Klausuren aus dem Schwerpunktbereich von untergeordneter Bedeutung – sie sind für die Mehrzahl der Leser nicht von Relevanz. Dasselbe gilt für Berichte über Auslandsstudien und Praktika – auf sie wird daher vollständig verzichtet. Verzichtet werden soll letztendlich auch auf allgemeine wissenschaftliche Beiträge und Urteilsanmerkungen. Sie sollen den einschlägigen Fachzeitschriften vorbehalten bleiben.

ISSN 2195-044X



9 772195 044008