

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Anja Schiemann

Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn

Redaktion (national)

Prof. Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion international

Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida
Prof. Neha Jain
Prof. Dr. Doaqian Liu
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco
Munoz-Conde
Prof. Dr. Konstantina
Papathanasiou
Prof. Dr. Wolfgang Schomburg
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dongyiel Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

SONDERHEFT „NOTWEHRRECHT“

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 429 – 471

- 429 | Einleitung zum Sonderheft „Notwehrrecht“**
von Prof. Dr. Elisa Hoven und Prof. Dr. Wolfgang Mitsch
- 430 | Notwehr und Notwehrexzess – Vorschlag einer neuen Formulierung der §§ 32, 33 StGB**
von Prof. Dr. Elisa Hoven und Prof. Dr. Wolfgang Mitsch
- 442 | Kommentar: Zur Nothilfe im Entwurf einer Neuregelung des § 32 StGB**
von Prof. Dr. Armin Engländer
- 445 | Kommentar zum Regelungsentwurf des § 33 E-StGB – Notwehrexzess und Putativnotwehrexzess**
von Prof. Dr. Anna H. Albrecht
- 448 | Versammlungsfreiheit und Notwehr**
Dogmatische Betrachtung an der Schnittstelle von Verfassungsrecht und Strafrecht am Beispiel von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten
von Prof. Dr. Christian Ernst
- 456 | Der Wutbürger aus der zweiten Reihe – Überlegungen zur Einschränkung des Notwehrrechts durch die Versammlungsfreiheit**
von Prof. Dr. Christian Rückert
- 461 | Die Rechtswidrigkeit des Angriffs als Voraussetzung des Notwehrrechts**
von Prof. Dr. Volker Erb
- 464 | Das deutsche Notwehrrecht – Ein knapper Blick von außen**
von Prof. Dr. Felix Bommer
- 470 | Der neueste Stand des Reformvorschlags zur Notwehr**
von Prof. Dr. Thomas Weigend

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 472 – 509

- 472 | BVerfG erklärt Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen in § 362 Nr. 5 StPO für verfassungswidrig
BVerfG, Urt. v. 30.10.2023 – 2 BvR 900/22
- 498 | Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG zu § 362 Nr. 5 StPO
von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch
- 502 | Die Rechtsprechung und der Widerstand mit Gewalt – Plädoyer gegen eine fortschreitende begriffliche Entkonturierung – Zugleich Besprechung von KG, NJW 2023, 2792 („Letzte Generation“)
von Prof. Dr. Fredrik Roggan
- 507 | BVerfG zu Gewicht und Reichweite der Forschungsfreiheit
BVerfG, Beschl. v. 25.9.2023 – 1 BvR 2219/20

BUCHBESPRECHUNGEN | 510 – 513

- 510 | *Ralf Kölbel* (Hrsg.): Whistleblowing. Bd. 1. Stand und Perspektiven der empirischen Forschung
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 512 | *Johannes Makepeace*: Der Polygraf als Entlastungsbeweis
von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHT | 514 – 518

- 514 | Das 7. Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (FORIS)
von Ruben Doneleit und Isabella Klotz

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Einführung zum Sonderheft

Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs regelt die grundlegenden Fragen strafrechtlicher Verantwortung. Trotz der besonderen Bedeutung des Allgemeinen Teils sind die gesetzlichen Regelungen rudimentär, und es bleibt weitestgehend der Rechtsprechung überlassen, die Voraussetzungen etwa für die objektive Zurechnung, den Vorsatz oder das Vorliegen von Garantstellungen oder Sorgfaltspflichtverletzungen zu entwickeln. Auch mit Blick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot sollte das Strafgesetzbuch jedoch den Anspruch haben, die wesentlichen Aspekte des Allgemeinen Teils ausdrücklich zu normieren.

Vor diesem Hintergrund hat es sich die Arbeitsgruppe „Reform des Strafrechts Allgemeiner Teil“ des Kriminalpolitischen Kreises¹ zur Aufgabe gemacht, den Gesamtkomplex des dogmatischen Teils des Strafgesetzbuchs zu überarbeiten und neue Formulierungen für die wesentlichen Fragen vorzuschlagen.² Die Entwürfe der Arbeitsgruppe zielen zum einen auf die Kodifikation bestehender – und für überzeugend befundener – Konzepte, möchten aber gleichzeitig eigene Impulse für die Gestaltung des Allgemeinen Teils geben.

Intensiv hat die Arbeitsgruppe an einer Neuformulierung des Notwehrrechts in § 32 StGB und der Überschreitung der Notwehr in § 33 StGB gearbeitet. Die Ergebnisse unserer Überlegungen wurden in GA 5/2023 veröffentlicht. Ziel unserer Bemühungen war es, in einen wissenschaftlichen Diskurs über Ratio, Voraussetzungen und Grenzen des Notwehrrechts einzutreten. Daher haben wir einige Kolleginnen und Kollegen gebeten, sich kritisch mit unseren Vorschlägen auseinanderzusetzen. Auf einer Online-Tagung am 16. Juni 2023 sind wir miteinander in einen höchst spannenden Austausch getreten. Dieses Sonderheft enthält unseren ursprünglichen Entwurf, die Kommentare zu den vorgeschlagenen Regelungen und zu offenen Flanken des Notwehrrechts. Nach der Tagung hat sich die Arbeitsgruppe zusammengefunden, um den Entwurf im Lichte der durch die Diskussion erlangten Erkenntnisse noch einmal kritisch zu hinterfragen. Das Ergebnis dieses Prozesses findet sich am Ende des Sonderhefts.

Prof. Dr. Elisa Hoven und Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

¹ Im Kriminalpolitischen Kreis arbeiten über 30 Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer aus verschiedenen deutschen Universitäten zusammen. Ziel dieses Zusammenschlusses ist es, strafrechtswissenschaftliche Positionen in die kriminalpolitische Diskussion einzubringen und miteinander in einen langfristigen und kontinuierlichen wissenschaftlichen Austausch zu treten.

² Maßgeblich mitgewirkt am hier formulierten Vorschlag haben neben den Verfassern Jörg Eisele, Volker Erb, Bernd Heinrich, Milan Kuhli, Hans Kudlich, Christoph Sowada und Thomas Weigend.

Notwehr und Notwehrexzess – Vorschlag einer neuen Formulierung der §§ 32, 33 StGB

*Von Prof. Dr. Elisa Hoven und
Prof. Dr. Wolfgang Mitsch**

Abstract

Der in diesem Beitrag vorgestellte Entwurf eines neu formulierten Notwehrrechts war Gegenstand und Grundlage einer lebhaften Diskussion, die im Rahmen einer Online-Tagung stattgefunden hat. Neben den Mitgliedern des Kriminalpolitischen Kreises, die zum Teil an der Erstellung des Gesetzesentwurfes mitgearbeitet hatten, waren weitere Experten und Interessierte beteiligt. Daraus resultierten wertvolle kritische Anmerkungen, die von der Arbeitsgruppe dankbar aufgenommen und umgesetzt wurden.

This article presents a draft for a revised law of self-defense law which has been the subject and basis of a lively discussion that took place as part of an online conference. In addition to the members of the “Kriminalpolitischer Kreis”, who were involved in the drafting of the proposal, other experts also took part in the debate. This resulted in valuable critical comments, which were gratefully received and implemented by the working group.

Im Fokus der Überlegungen der Arbeitsgruppe zur Neufassung des Notwehrrechts standen zwei Aspekte: Zum einen wurde die Frage aufgeworfen, ob die weitreichenden Notwehrbefugnisse für die Verteidigung bestimmter Rechtsgüter, etwa von Eigentums- und Vermögenswerten, angemessen sind. Zum anderen wurde kritisch gesehen, dass die Einschränkung durch die „Gebotenheit“ in § 32 StGB bisher keine gesetzliche Konturierung erfahren hat. Eine Regelung sollte die Einschränkungen des Notwehrrechts festschreiben, auch um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen.¹

Der Regelungsvorschlag, der im Folgenden näher begründet werden soll, lautet:

§ 32 StGB Notwehr

(1) Die Verwirklichung eines Straftatbestandes ist gerechtfertigt, wenn sie durch Notwehr geboten ist. Notwehr ist die Verteidigung gegen einen Angreifer, die erforderlich ist, um dessen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf ein eigenes oder fremdes Individualrechtsgut abzuwenden.

(2) Eine erforderliche Verteidigungshandlung ist in der Regel durch Notwehr geboten, wenn sie sich gegen einen nicht unerheblichen Angriff auf das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder gegen einen schwerwiegenden Angriff auf die Freiheit der Person richtet. In anderen Fällen ist eine Verteidigungshandlung trotz Vorliegens der Voraussetzungen nach Absatz 1 Satz 2 nicht geboten, wenn ihre schweren Folgen in einem groben Missverhältnis zu der von dem Angriff drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung stünden, insbesondere wenn zu erwarten ist, dass sie den Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung des Angreifers herbeiführen würde.

(3) Das Notwehrrecht ist eingeschränkt, wenn die Notwehr übende Person nicht zur Verteidigung der Rechtsordnung gegenüber dem Angreifer berufen ist. Dies gilt insbesondere in folgenden Fällen:

- a) Der Angreifer handelt ohne Schuld;
- b) der Angreifer handelt nicht vorsätzlich;
- c) die Notwehr übende Person ist gegenüber dem Angreifer rechtlich zu besonderer Rücksichtnahme verpflichtet, ohne dass den Angreifer eine gleichwertige Rechtspflicht gegenüber dieser Person trifft; oder
- d) der Angegriffene hat den Angriff durch rechtlich vorwerfbares Verhalten in zurechenbarer Weise ausgelöst. Ist das Notwehrrecht eingeschränkt, so ist die Tatbestandsverwirklichung in der Regel nur dann durch Notwehr gerechtfertigt, wenn sich der Angegriffene dem Angriff nicht entziehen kann und wenn sich die Verteidigung auf solche Handlungen beschränkt, die unter möglicher Schonung des Angreifers zur Abwendung des Angriffs geeignet sind, auch wenn die Notwehr übende Person dabei zumutbare Beeinträchtigungen ihrer Rechtsgüter hinnehmen muss.

(4) Jedermann ist zu erforderlichen Verteidigungshandlungen zugunsten einer rechtswidrig angegriffenen Person (Notwehrhilfe) gemäß Abs. 2 und 3 berechtigt, es sei denn, der Angegriffene hat auf den Schutz des betroffenen Rechtsguts wirksam verzichtet.

* Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht an der Universität Leipzig. Prof. Dr. Wolfgang Mitsch ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam. Der Beitrag ist bereits in GA 2023, 241-263 erschienen. Die Verfasser danken Prof. Dr. Armin Engländer für die freundliche Genehmigung zum Zweitabdruck.

¹ So auch Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 207.

§ 33 StGB Überschreitung der Notwehr

(1) Überschreitet der Täter bei der Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff die Grenzen des Notwehrrechts aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, handelt er ohne Schuld. Dies gilt auch, wenn der Täter aus denselben Gründen in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem gegenwärtigen Angriff handelt.

(2) Nimmt der Täter bei Begehung einer Handlung im Sinne von Abs. 1 irrig einen rechtswidrigen Angriff im Sinne des § 32 Abs. 1 an, so handelt er ohne Schuld, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte und der Verletzte für diesen Irrtum verantwortlich ist.

§ 34a StGB (Subjektives Rechtfertigungselement)

Nach §§ 32 und 34 ist nur gerechtfertigt, wer die Umstände kennt, die die Rechtfertigung begründen. Kennt er diese Umstände nicht, so kommt eine Strafbarkeit wegen Versuchs in Betracht.

II. Grundlegende Überlegungen zur Ratio des Notwehrrechts

Konzeption und Details eines Gesetzesentwurfs zur Notwehr entspringen neben systematischen – z.B. dem Vergleich mit und der Abgrenzung zum rechtfertigenden Notstand gewidmeten – Erwägungen den Überzeugungen der Verfasser zu Sinn und Zweck dieses Rechtfertigungsgrundes. Da der Arbeitskreis nicht angetreten ist, das Rad neu zu erfinden, standen die Begriffe „Selbstschutz“ und „Rechtswahrung“ unangefochten permanent im Raum und lenkten wie eine unsichtbare Hand den Fluss der ausgetauschten Gedanken.² Das Bedürfnis nach Schutz des angegriffenen Guts und das Interesse an der Bewahrung der Rechtsordnung wurden als die tragenden Pfeiler allgemein anerkannt, ohne dass darüber eine Grundsatzdiskussion geführt werden musste. Welche der beiden Säulen die bedeutendere ist, weiß ohnehin niemand genau und konnte deshalb nicht in Form einer „allgemeinen Marschroute“ den Beratungen über Einzelheiten vorangestellt werden. Daher wurde auch keine Notwendigkeit gesehen, eine entsprechende Deklaration in den Gesetzestext aufzunehmen, die ohnehin lediglich symbolischen Charakter hätte. Die beiden Prinzipien werden ihre praktische Bedeutung also bei der Anwendung der Vorschrift, sollte der Entwurf jemals geltendes Recht werden, hauptsächlich als Orientierungsmarken zur Ausfüllung der zahlreichen Auslegungsspielräume und als Schranken – auch als „Schranken-Schranken“ – zur Vermeidung unerträglicher (Extrem-)Ergebnisse entfalten. Letzteres wird sichtbar in der Einleitungsformel des Absatzes 3 des Entwurfs, wo

mit „Verteidigung der Rechtsordnung“ ein Zeichen für eine Rücknahme der in der Logik des Selbstschutzinteresses angelegten, jedoch der Rechtswahrung nicht konvenierenden Schärfe des Notwehrrechts gesetzt wird. Schon die Restriktionen in Absatz 2 Satz 2 sind als Ausfluss einer Grundhaltung zu verstehen, die bei allem Verständnis für die Bedürfnisse des angegriffenen Opfers einen Freibrief zu grenzenloser Gewalt als gemeinwohlschädlich erachten. Einen deutlichen Fußabdruck hat in dem Entwurf auch der spätestens seit der Hochphase der „Viktimodogmatik“ in den 1980ern aus der Notwehrrdiskussion nicht mehr wegzudenkende Gedanke der Selbstverantwortung des Angreifers hinterlassen.³ Dies ist gewissermaßen die Verlagerung des Selbstschutzprinzips auf die Seite des Notwehropfers, was der Angreifer infolge der ihm durch die Verteidigung zugefügten Verletzung ist. Als „Schranken-Schranke“ gewährleistet der viktimodogmatische Akzent, dass die grundsätzlich gebotenen Einschränkungen des Notwehrrechts zu Lasten des Angegriffenen nicht zu weit gehen. Insgesamt kann man wohl sagen, dass der Entwurf sich um eine Balance der mitunter konfligierenden Notwehrgrundgedanken bemüht.

III. Notwehrlage

Der Entwurf setzt für die Ausübung des Notwehrrechts einen „gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf ein eigenes oder fremdes Individualrechtsgut“ voraus. Damit wird an den aus § 32 StGB bekannten Begriffen der Gegenwartigkeit und der Rechtswidrigkeit des Angriffs festgehalten. Diskutiert wurde dabei insbesondere, ob auf das Merkmal der Gegenwartigkeit verzichtet werden kann. Das weitreichende Notwehrrecht legitimiert sich maßgeblich durch die Verantwortlichkeit des Angreifers, während § 34 StGB auf einer Solidarität des Eingriffsopfers mit dem von der Rettungshandlung Begünstigten beruht.⁴ Nach diesem Legitimationsverständnis könnten Verteidigungen gegen Angriffe auch vor deren „Gegenwärtigkeit“ von § 32 StGB erfasst werden. Letztlich wurde jedoch an dem Merkmal der Gegenwartigkeit festgehalten, um nicht zu unkontrollierten „Präventivschlägen“ zu ermutigen; eine Lösung dieses Problems über die Erforderlichkeit wurde überwiegend nicht für ausreichend erachtet.⁵

Ergänzt wird der bisherige Wortlaut von § 32 StGB um die Klarstellung, dass das Notwehrrecht auf Angriffe gegen – eigene oder fremde – Individualrechtsgüter beschränkt ist. Die Entscheidung war nicht unumstritten, denn nach der oben skizzierten Begründung der Notwehr durch das Prinzip der Verantwortlichkeit des Angreifers wäre eine Verteidigung auch gegen Angriffe auf Allgemeinrechtsgüter durchaus denkbar. In den letzten Jahren wurde ein Notwehrrecht für den Schutz von Allgemeinrechtsgütern insbesondere für den Bereich des Tierwohls

² S. zu den beiden Elementen etwa *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 15 Rn. 1 ff.; *Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 1; *Kaspar*, RW 2013, 40 ff.

³ S. zu diesem Gedanken *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 15 Rn. 3h m.w.N.; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), § 7 Rn. 19.

⁴ *Neumann*, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. (2017), § 34 Rn. 13.

⁵ S. zur eigenständigen Bedeutung des Gegenwartigkeitskriteriums auch *Hoyer*, in: *SK-StGB*, 9. Aufl. (2016), § 32 Rn. 43.

diskutiert, in der Rechtsprechung offen gelassen⁶ und im Schrifttum vereinzelt bejaht.⁷ Eine solche Ausdehnung des Notwehrrechts hätte allerdings zur Folge, dass § 32 StGB zu einer „polizeilichen Generalklausel für jedermann“ umfunktioniert würde, ohne dabei den im Polizeirecht geltenden Einschränkungen – insbesondere der Verhältnismäßigkeit – zu unterliegen.⁸ Gewaltsame Auseinandersetzungen der Bürger untereinander zur Durchsetzung normkonformen Verhaltens – etwa im Bereich des Straßenverkehrs oder auch mit dem Ziel des Schutzes der Volksgesundheit⁹ – können nicht wünschenswert sein.

IV. Notwehrhandlung

1. Notwehrhandlung nach § 32 StGB

Notwehrmerkmale, mit denen in § 32 Abs. 2 StGB¹⁰ die rechtfertigungstaugliche Notwehrhandlung beschrieben und begrenzt wird, sind die „Verteidigung“ und die „Erforderlichkeit“. Häufig wird als Teil der Notwehrhandlung auch noch das subjektive Element – manchmal als „Verteidigungswille“ bezeichnet – genannt.¹¹ Im Gesetzestext ist dieses nicht klar abgebildet, weshalb es in strafrechtswissenschaftlichen Texten immer noch der Erklärung bedarf, dass „nach richtiger Auffassung“ eine vollständige Rechtfertigung der Tat ohne die Erfüllung subjektiver Anforderungen nicht möglich ist.¹² Für die Bewertung eines Vorschlags zur Neukodifizierung des Notwehrrechts ist das zweifellos ein relevanter Aspekt, auf den unten (VII.) einzugehen sein wird. Die Möglichkeit einer „Teilrechtfertigung“, bei der die Verteidigungshandlung einen Tatbestand verwirklicht, der – wie z.B. § 315b StGB – ein überindividuelles Rechtsgut und ein Individualgut des Angreifers schützt,¹³ ist weder in der geltenden gesetzlichen Regelung vorgezeichnet noch in der Strafrechtslehre communis opinio. Das zeigt sich darin, dass von vielen in derartigen Fällen auf § 34 StGB ausgewichen wird.¹⁴ Für den Täter ist dies vor allem bei affektbedingter Überschreitung der Erforderlichkeitsgrenze nachteilig, weil das Strafrecht keinen „entschuldigenden Notstandsexzess“ kennt.¹⁵

Dass „Verteidigung“ nur die Beeinträchtigung von Rechtsgütern des Angreifers sein kann, wird derzeit nicht explizit im Gesetzestext hervorgehoben. Es ergibt sich aber schon aus dem natürlichen Verständnis des Wortsinnes von „Verteidigung“, sowie systematisch aus der Notwendigkeit einer klaren Abgrenzung der Notwehr zum rechtfertigenden Notstand. Der den Täter begünstigende Wegfall der notstandstypischen Schranken „Ausweichmöglichkeit“¹⁶ („nicht anders abwendbaren“) und „Verhältnismäßigkeit“¹⁷ („wesentlich überwiegt“) ist nur zum Nachteil eines Opfers vertretbar, das durch seinen rechtswidrigen Angriff die Reaktion des Notwehrübenden ausgelöst hat.¹⁸

Keine ausdrückliche Erwähnung in § 32 StGB erfährt die „Geeignetheit“, die jedoch allgemein anerkanntermaßen eine Bedingung rechtmäßiger Notwehrhandlung ist.¹⁹ Überwiegend wird sie als Bestandteil der „Erforderlichkeit“ angesehen.²⁰ Nur ein Streit um Worte ist es, wenn stattdessen die „Verteidigung“ als sprachlicher Anknüpfungspunkt der Geeignetheit favorisiert wird.²¹ In der Sache selbst ist ungeklärt, wie „völlig aussichtslose“ Aktionen, mit denen der Täter die durch den Angriff geschaffene Lage erkennbar nicht beeinflussen kann, zu bewerten sind. Der Gesetzestext gibt dafür keinerlei Anleitungen, in der wissenschaftlichen Literatur findet das Thema relativ wenig Beachtung.²²

Erforderlich ist eine tatbestandsmäßige Handlung, wenn der Angriff nicht durch eine nicht-tatbestandsmäßige²³ oder weniger schädliche tatbestandsmäßige Handlung (z.B. Faustschlag statt Messerstich oder Pistolenschuss) abgewendet werden kann.²⁴ Möglichkeiten des Selbstschutzes durch Ausweichen oder Fliehen sind dabei nicht zu berücksichtigen, schließen also die Erforderlichkeit einer aktiven Gegenwehr nicht aus, da Ausweichen oder Flüchten keine „Verteidigungshandlungen“ sind.²⁵ Allenfalls im Rahmen der „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts kann dies erheblich werden. Dann – wenn z.B. der Angegriffene wegen einer absichtlichen Provokation des Angriffs auf Flucht verwiesen wird²⁶ –

⁶ Das *OLG Naumburg* lehnte die Rechtfertigung von Tierschützern, die in einen Stall eingedrungen waren, nach § 32 StGB lediglich unter Berufung auf die fehlende Gegenwärtigkeit des Angriffs ab, *OLG Naumburg*, Ur. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17, NJW 2018, 2064 (2066). Abgelehnt wurde das Vorliegen eines notwehrfähigen Rechtsguts in einem ähnlich gelagerten Fall allerdings vom *LG Heilbronn*, Ur. v. 23.5.2017 – 7 Ns 41 Js 15494-16 jug., BeckRS 2017, 132799.

⁷ *Mitsch*, *studere* 2018, 40 (44). Für eine grundsätzliche Einbeziehung von Rechtsgütern der Allgemeinheit *Maurach/Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 8. Aufl. (1992), § 26 Rn. 12.

⁸ *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 32 Rn. 100; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 15 Rn. 39.

⁹ Zu denken ist etwa daran, dass Menschen eine bestehende Maskenpflicht durch körperliche Angriffe auf andere durchsetzen könnten.

¹⁰ Da in § 33 StGB die Worte „Verteidigung“ und „erforderlich“ nicht verwendet werden, herrscht Unsicherheit über den Anwendungsbereich dieser Norm (intensiver und extensiver Notwehrexzess).

¹¹ *Frisch*, *Strafrecht*, 2022, § 4 Rn. 126; anders die Systematisierung der Notwehrmerkmale z.B. bei *Rönnau/Hohn*, in: *LK-StGB*, Bd. 3, 13. Aufl. (2019), § 32 Rn. 155 bis 224 (Notwehrhandlung), Rn. 262 bis 283 (Das subjektive Rechtfertigungselement bei der Notwehr).

¹² *Frisch* (Fn. 11), § 4 Rn. 138.

¹³ *Mitsch*, *Strafrecht in der Examensklausur*, 2022, § 10 Rn. 25; *Janzen*, *ZIS* 2019, 2 (7).

¹⁴ *Brüning*, *ZJS* 2013, 511 (517).

¹⁵ Für eine Entschuldigung aber beim „Defensivnotstandsexzess“ *Zieschang*, in: *LK-StGB*, Bd. 3, 13. Aufl. (2019), § 34 Rn. 170.

¹⁶ *Frisch* (Fn. 11), § 4 Rn. 56, 129.

¹⁷ *Frisch* (Fn. 11), § 4 Rn. 58, 136.

¹⁸ *Frisch* (Fn. 11), § 4 Rn. 127.

¹⁹ *Rosenau*, in: *SSW-StGB*, 5. Aufl. (2021), § 32 Rn. 21.

²⁰ *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 15 Rn. 42; *Rönnau/Hohn*, in: *LK-StGB*, § 32 Rn. 167.

²¹ *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. (2021), § 15 Rn. 30.

²² *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner*, *StGB*, 5. Aufl. (2022), § 32 Rn. 17 (m.w.N.); *Mitsch*, *KriPoZ* 2022, 238 (244).

²³ Beispiel: statt tatbestandsmäßiger körperlicher Misshandlung (§ 223 StGB) bloße nicht-tatbestandsmäßige physische Belästigung oder Behinderung (z.B. leichtes Rempeln, Schubsen) unterhalb der für den Tatbestand maßgeblichen Erheblichkeitsschwelle.

²⁴ *Rönnau/Hohn*, in: *LK-StGB*, § 32 Rn. 175.

²⁵ *Frisch* (Fn. 11), § 4 Rn. 129; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 15 Rn. 49.

²⁶ *Frisch* (Fn. 11), § 4 Rn. 186; *Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, § 32 Rn. 56.

ist aber die Erforderlichkeit der Verteidigung schon geprüft und positiv festgestellt worden. Eine aktive Verteidigung ist also nicht deswegen „nicht erforderlich“, weil der Angegriffene auf Grund einer vorangegangenen Provokation des Angriffs gehalten war, sich dem Angriff durch Weglaufen zu entziehen. Zu den Kriterien, die im Einzelfall die Beurteilung der Erforderlichkeit leiten, verhält der Gesetzestext sich nicht. In der Praxis der Strafgerichte hat dies die unerfreuliche Konsequenz, dass dem Angegriffenen mitunter unrealistische Fähigkeiten zu wirkungsvoller Verteidigung mit angreiferschonenden Mitteln unterstellt werden und demzufolge unzumutbare Verzichtsleistungen auf den Einsatz „scharfer“ Abwehrmaßnahmen abverlangt werden.²⁷

2. Notwehrhandlung nach dem Entwurf

a) Allgemeines

Die Bestandteile der Notwehrhandlung sind in dem Normentwurf in den Absätzen 1 und 2 verankert. Die Notwehrdefinition in Absatz 1 Satz 2 zeigt keine Unterschiede zu der geltenden Regelung in § 32 Abs. 2 StGB. Der Entwurfstext verwendet die Begriffe „Verteidigung“ und „erforderlich“. Wie in § 32 Abs. 2 StGB wird die „Geignetheit“ nicht explizit erwähnt. Auch zum subjektiven Rechtfertigungselement findet sich in § 32 des Entwurfs kein Anknüpfungspunkt (näher dazu unten VII.). Eine tiefgreifende Ergänzung gegenüber der geltenden Vorschrift erfährt die Normierung jedoch in Absatz 2 des Entwurfs. Hier wird zunächst in Satz 1 eine die Notwehrlage betreffende Erheblichkeitsschwelle errichtet, deren Bedeutung für die Notwehrhandlung in der Freistellung von jeglichen Verhältnismäßigkeitserwägungen besteht. Wenn der Angriff die hier beschriebene Qualität und Intensität hat, ist auch die härteste Verteidigung – also die absichtliche Tötung des Angreifers – gerechtfertigt. Das entspricht der geltenden Rechtslage.²⁸ Eine Einschränkung der zulässigen Verteidigungshandlung normiert sodann Absatz 2 Satz 2. Wenn die Verteidigung erkennbar schwere Folgen hat, die zu den Angriffswirkungen in grobem Missverhältnis stehen, ist die Verteidigungshandlung nicht geboten. Strukturell gehört dies – trotz Verwendung des Wortes „geboten“ – noch zu den gesetzlichen Notwehrvoraussetzungen und nicht – wie nach geltendem Recht – zu den „Einschränkungen“. Diese kommen erst in Absatz 3 zum Tragen und greifen ein, wenn alle Voraussetzungen eines „Notwehrrechts“ gemäß Absatz 1 und Absatz 2 erfüllt sind.

b) Verteidigungshandlung

Während im Text des § 32 Abs. 2 StGB sowie in Absatz 1 des Entwurfs das Wort „Verteidigung“ verwendet wird, heißt es in Absatz 2 des Entwurfs zweimal „Verteidigungshandlung“. Sachliche Änderungen gegenüber dem

geltenden Recht werden mit dieser Wortwahl nicht bezweckt. Dass – was praktisch selten sein wird – auch ein tatbestandsmäßiges Unterlassen (§ 13 StGB) Verteidigungsqualität haben kann²⁹, wird nicht in Abrede gestellt. Denn in Absatz 1 wird als Grundlage der Notwehrprüfung die „Verwirklichung eines Straftatbestandes“ genannt, was selbstverständlich auch unechte Unterlassungsdelikte (§ 13 StGB) umfasst. Die Ausdrucksform „Verteidigungshandlung“ hat einen klarstellenden Effekt, indem sie darauf aufmerksam macht, dass es auch einen Verteidigungserfolg gibt und bei der Prüfung bestimmter Notwehrmerkmale eventuell geklärt werden muss, ob es auf die Verteidigungshandlung oder auf den Verteidigungserfolg ankommt. Die Erörterung der „Erforderlichkeit“ wird Anlass geben darauf zurückzukommen. Eine weitere Klarstellung enthält Absatz 1 Satz 2 des Entwurfs, indem er dem Wort „Verteidigung“ den Hinweis auf die Verteidigungsrichtung hinzufügt, nämlich „gegen einen Angreifer“. Tatbestandsmäßige Folgen der gegen den Angreifer gerichteten Verteidigung, die einen Nichtangreifer treffen, liegen also außerhalb des Notwehrrechts. Die Auffassung, dass es schon gar keine „Verteidigung“ ist, wenn die Tat allein einen Nichtangreifer verletzt,³⁰ steht dazu nicht in Widerspruch. Denn die Klarstellung räumt etwaige Zweifel hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung von „Kollateralschäden“ einer gegen den Angreifer gerichteten Abwehr aus. Zudem ermöglicht diese Textfassung die wortlautkonforme Anwendung der Notwehr auf Taten, die den Tatbestand einer Strafvorschrift erfüllen, die ein überindividuelles Rechtsgut – z.B. die Verkehrssicherheit (§ 315b StGB) – und ein Individualgut schützen, wenn der einzige in den Fall auf der „Opferseite“ involvierte Individualgutsträger den Täter rechtswidrig angegriffen hat.³¹ Die Verwirklichung des Straftatbestandes § 315b StGB ist dann durch Notwehr gerechtfertigt, weil die Tat „Verteidigung gegen einen Angreifer“ ist. Dass die „Allgemeinheit“ als Trägerin des verletzten überindividuellen Rechtsgutes „Verkehrssicherheit“ nicht „Angreifer“ ist, steht diesem Ergebnis nicht entgegen.

c) Erforderlichkeit

Schon in Absatz 1 Satz 2 ist die Erforderlichkeit als Notwehrgrenze in die Definition der Notwehr integriert. Absatz 2 Satz 1 wird mit „erforderliche Verteidigungshandlung“ eingeleitet. Die Hervorhebung der Verteidigungskomponente „Handlung“ stellt die Unerheblichkeit des Verteidigungserfolgs bei der Bestimmung der Erforderlichkeit klar. Eine Verteidigung kann daher erforderlich sein, obwohl am Ende – ex post festgestellt – der angestrebte Verteidigungserfolg ausbleibt (Beispiel: Der von einem Pistolenschuss getroffene und leicht verletzte Angreifer setzt seinen Angriff ungehindert fort).³² Umgekehrt entfällt die Erforderlichkeit der Verteidigung nicht, wenn sich ex post herausstellt, dass auch eine Abwehrhandlung mit weniger verletzender Wirkung ausgereicht

²⁷ Erb, NSStZ 2011, 186 ff.

²⁸ S. etwa die Beispielfälle aus der Praxis bei Roxin/Greco (Fn. 2), § 15 Rn. 44.

²⁹ Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 121; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 32 Rn. 83.

³⁰ Hoyer, in: SK-StGB, § 32 Rn. 51.

³¹ S. zu dieser Konstellation Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 123.

³² So auch für das geltende Recht Roxin/Greco (Fn. 2), § 15 Rn. 42.

hätte. Erforderlichkeit ist ein ex ante gewonnenes Prognoseergebnis. Der sich in die Lage des Verteidigers versetzende Rechtsanwender setzt alle objektiv zur Verfügung stehenden hinreichend abwehrtauglichen Handlungsoptionen zu der erwarteten Angreiferschädigung in Beziehung und erklärt sodann die Variante mit dem geringsten prognostizierten Schaden zum „mildesten Mittel“. Wie nach geltendem Recht wird auch in dem Entwurf den Ausweich- und Fluchtmöglichkeiten des Angegriffenen keine Bedeutung bei der Bestimmung der Erforderlichkeit zuerkannt. Anders als § 32 StGB, wo das Thema überhaupt keine Erwähnung findet, bekräftigt der Entwurf die Unbeachtlichkeit des möglichen Ausweichens, indem er in Absatz 3 Satz 2 den Angegriffenen ausdrücklich in den Fällen eingeschränkten Notwehrrechts darauf verweist, sich dem Angriff zu „entziehen“, sofern das möglich ist.

d) Verteidigung gegen schwerwiegende Angriffe

Nach Absatz 2 Satz 1 ist die erforderliche Verteidigung in der Regel geboten, wenn der Angriff gegen eines der genannten persönlichen Rechtsgüter gerichtet ist. Der gesamte Absatz 2 kodifiziert das Thema „Güterproportionalität“, das nach geltendem Recht nur als Fallgruppe der „sozialethischen Einschränkungen“ mit dem Gesetzestext im Wort „geboten“ (§ 32 Abs. 1 StGB) sehr locker verbunden seine Bedeutung für die Notwehrrechtfertigung zur Geltung bringen darf. Der Entwurf hebt die Verhältnismäßigkeit in der Hierarchie der Notwehrvoraussetzungen auf die Ebene der Merkmale, die eine Notwehrhandlung kennzeichnen. Zu Bedenken aus Art. 103 Abs. 2 GG, die gegen die existierende Notwehrovorschrift und ihre Verwässerung durch Einschränkungen ohne ausreichende gesetzessprachliche Konturierung zu Recht erhoben werden,³³ gibt diese Normierung keinen Anlass. Unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 Satz 1 ist auch die absichtliche Tötung des Angreifers – in der Regel – geboten. Zu dem umstrittenen Verhältnis der strafrechtlichen Notwehrregelung zu Art. 2 Abs. 2 MRK³⁴ wird damit nicht abschließend Stellung bezogen. Denn auf der nachgelagerten Stufe der „Einschränkungen“ (Absatz 3) begegnet die Notwehrhandlung weiteren rechtlichen Hürden, die letztlich eine Rechtfertigung der Tat verhindern können. Schon in Absatz 2 Satz 1 selbst kann die Rechtfertigung an der Klausel „in der Regel“ scheitern. Für außergewöhnliche Fälle existiert hier eine „Hintertür“, durch die der Weg zu einer unerträglich empfundenen Rechtfertigungsentscheidung verlassen werden kann. Zu denken ist an Tötungen zur Abwehr von – insbesondere unvorsätzlichen – Angriffen, die hart an der Grenze zur „Unerheblichkeit“ oder „Leichtgewichtigkeit“ liegen.

e) Verteidigung mit schweren Folgen und grobem Missverhältnis

Verteidigungshandlungen, die schwere Folgen und ein grobes Missverhältnis zu den drohenden Angriffsfolgen herbeizuführen drohen, sind nach Absatz 2 Satz 2 keine gebotene Notwehr. Klassische Lehrbuchfälle, wie der des jugendlichen Kirschendiebs, dessen Diebstahl der betroffene Eigentümer durch einen tödlichen Gewehrschuss zu verhindern versucht,³⁵ finden hier ihre Erledigung. „Einschränkungen“ nach Absatz 3 sind kein Thema mehr. Die Tötung ist keine gebotene Notwehrhandlung, die Notwehrrestriktion ist keine „übergesetzliche“. Der Vergleich mit Satz 1 zeigt, dass auch die Abwehr von Angriffen auf Leib, Leben oder Freiheit an dieser Rechtfertigungshürde scheitern kann, wenn die Angriffsfolgen unerheblich oder nicht schwerwiegend, die Verteidigungsfolgen hingegen erheblich und schwerwiegend, ja grob disproportional sind. Insgesamt ist die Norm sehr flexibel, da die Merkmale „schwere Folgen“ und „grobes Missverhältnis“ beachtliche Auslegungsspielräume eröffnen.

f) Fehlvorstellungen

Die Notwehrgrenzen des Absatzes 2 sind objektive – negative – Notwehrvoraussetzungen, die in der Vorstellung des Täters von der Tat ihre subjektive Entsprechung haben müssen. Diesbezügliche Fehlvorstellungen in beiden Richtungen unterfallen daher den dogmatischen Grundsätzen, die sich dazu seit langem etabliert haben. Stellt sich der Notwehrrübende irrtümlich Tatsachen vor, die den Angriff auf die Freiheit „schwerwiegend“ erscheinen lassen, befindet er sich in einem Erlaubnistatbestandsirrtum, der nach h. M. entsprechend § 16 Abs. 1 StGB behandelt wird.³⁶ Eine fehlerhafte Wertung des Gewichts bei zutreffender Wahrnehmung der – nicht schwerwiegenden – Tatsachen fällt demgegenüber in die Kategorie des Erlaubnisirrtums gemäß § 17 StGB.³⁷ Die umgekehrte Irrtumskonstellation – Unkenntnis der die Erheblichkeit des Angriffs begründenden Tatsachen – hat nach h. M. die Behandlung der Tat als untauglichen Versuch zur Folge.³⁸ Fehlerhafte Wertung in der Gegenrichtung – der Täter hält das objektiv nicht grobe Missverhältnis für „grob“ – belastet nicht, sondern wird vielmehr dem „Wahndelikt“ gleichgestellt.³⁹

V. Einschränkungen des Notwehrrechts

1. Notwehreinschränkungen nach § 32 StGB

Die übergesetzlichen sozialethischen Einschränkungen des geltenden Notwehrrechts werden formal dem Merk-

³³ Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 32 Rn. 42; Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 204; Rönna/Hohn, in: LK-StGB, § 32 Rn. 228.

³⁴ S. dazu Rönna/Hohn, in: LK-StGB, § 32 Rn. 235 ff.; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 32 Rn. 104.

³⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, 52. Aufl. (2022), Rn. 523; Kühl (Fn. 3), § 7 Rn. 173.

³⁶ Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 250 f.; Roxin/Greco (Fn. 2), § 14 Rn. 55 f.

³⁷ S. zum Erlaubnisirrtum im geltenden Recht Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 35), Rn. 1332; Roxin/Greco (Fn. 2), § 14 Rn. 80.

³⁸ S. für das geltende Recht Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 35), Rn. 1347; Roxin/Greco (Fn. 2), § 14 Rn. 104.

³⁹ S. für das geltende Recht Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 35), Rn. 1348.

mal „geboten“ in § 32 Abs. 1 StGB zugeordnet⁴⁰ und materiell mit unzureichendem Selbstschutz- oder/und Rechtsbewährungsinteresse legitimiert.⁴¹ Neben den vier den Kern bildenden Fallgruppen – schuldlose Angriffe, provozierte Angriffe, Gütermisshandlung und Angriffe von nahestehenden Personen⁴² – werden seit einiger Zeit auch weitere Konstellationen – z.B. Rettungsfolter, Abwehrprovokation, Chantage⁴³ – hier eingeordnet. Der ganze Bereich steht im Zwielficht unzureichender Bestimmtheit und Begrenzung durch den Gesetzgeber und sieht sich zu Recht auf Art. 103 Abs. 2 GG gestützter Kritik ausgesetzt.⁴⁴ Auf der anderen Seite herrscht weitgehender Konsens dahingehend, dass es extreme Fälle gibt, in denen der Täter zwar alle Notwehrmerkmale des § 32 Abs. 2 StGB erfüllt, gleichwohl durch eine Rechtfertigung unerträglich privilegiert würde. Da diese Wertung aus dem Wortlaut des § 32 StGB nicht hergeleitet werden kann, dient die Ratio der Notwehr als Quelle, wobei die Argumentation mit den beiden „Säulen“, Selbstschutzinteresse und Rechtsbewährungsinteresse je nach Fall unterschiedliche Schwerpunkte setzt.⁴⁵ Es kann nicht bestritten werden, dass das Erscheinungsbild des geltenden § 32 StGB in Bezug auf diese Notwehrein-schränkungen äußerst unbefriedigend ist. Die aktuelle Häufung von Entscheidungen, in deren Mittelpunkt immer neue Nuancen der „Provokation“ des Angriffs stehen, macht die große Rechtsunsicherheit, die hier besteht, deutlich sichtbar.⁴⁶ Die auch bei anderen Themen – z.B. § 13 StGB – gern gebrauchte Exkulpation der Politik, mit einer präzisen und zugleich Fragmentarität vermeidenden Kodifizierung sei der Gesetzgeber (noch) überfordert, die Zeit sei dafür noch nicht reif, war schon immer fragwürdig und ist inzwischen völlig inakzeptabel geworden. Zudem ist es ein Missverständnis, in langjähriger Rechtsprechungspraxis einen vollwertigen Ersatz für fehlende Gesetzgebung zu sehen.

2. Notwehrein-schränkungen nach dem Entwurf

a) Allgemeines

Wie oben bereits dargestellt wurde, ist eine der Kern-Fallgruppen in den Kreis der notwehrbegründenden Merkmale einbezogen worden. Über das „grobe Missverhältnis“ zwischen Angriffs- und Verteidigungsfolgen⁴⁷ ist an dieser Stelle nicht mehr zu diskutieren. Praktische Relevanz hat diese Verlagerung in der Normstruktur mit Blick auf die Rechtsfolgen einer Notwehrein-schränkung: Gemäß Absatz 3 Satz 3 entfällt das Notwehrrecht, wenn und soweit der Angegriffene dem Angriff ausweichen oder sich unter Hinnahme zumutbarer Beeinträchtigungen seiner Rechtsgüter mit möglichst angreiferschonenden Maß-

nahmen verteidigen kann. In Fällen eines „groben Missverhältnisses“ hat der Angegriffene dagegen auch dann kein Notwehrrecht, wenn er sich dem Angriff nicht entziehen kann und die Beeinträchtigungen, die er bei einer möglichst angreiferschonenden Abwehr hinnehmen müsste, nicht zumutbar wären.⁴⁸

Leitgedanke für die Beurteilung sämtlicher Fallgruppen und Fälle ist das mangelnde Interesse an der „Verteidigung der Rechtsordnung“ durch den Notwehrrübenden, Absatz 3 Satz 1. Unmittelbar entscheidungsleitend wird diese Klausel, wenn der konkrete Fall keiner der im Folgenden katalogisierten Fallgruppen zugeordnet werden kann. Für diese Öffnung der Norm sorgt das Wort „insbesondere“. Der Bestimmtheitsgrad des Gesetzestextes wird dadurch natürlich geschwächt. Es wird niemanden überraschen, dass darüber im Kreis der Entwurfsverfasser besonders intensiv gestritten wurde und ein Rest Unbehagen nicht völlig beseitigt werden konnte. Gleichwohl dürfte es nicht vermessen sein, Absatz 3 des Entwurfs in Relation zur lex lata als einen großen Fortschritt zu preisen.

b) Schuldlose Angriffe

Leitbild dieser Fallgruppe ist der von einem Kind begangene Angriff, zu dessen Abwehr eine mehr oder weniger schwere Verletzung erforderlich ist, § 19 StGB.⁴⁹ Um die Komplexität der Notwehrprüfung halbwegs in Grenzen zu halten, sollte der Verantwortlichkeitsmangel nicht zu den Faktoren gezählt werden, die gemäß Absatz 2 Satz 2 das „grobe Missverhältnis“ begründen. Das verhindern auch die dortigen Merkmale, denn sowohl auf die Schwere der „Folgen“ als auch auf die Schwere der „drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung“ hat es keinen Einfluss, ob der Angreifer schuldhaft oder schuldlos handelt. Das Kriterium „ohne Schuld“ erstreckt die Notwehrein-schränkung auf erwachsene Angreifer, deren Schuldfähigkeit nach Maßgabe des § 20 StGB ausgeschlossen ist. Inwieweit dies auch für Angriffe gelten soll, die der Angreifer als „actio libera in causa“ organisiert, wird vor dem Hintergrund des Entwurfstextes, der dazu nicht dezidiert Stellung nimmt, kontrovers diskutiert werden. Zwar trifft die Wertung „ohne Schuld“ auf einen solchen Angriff unter Umständen nicht zu.⁵⁰ Jedoch geht es bei der actio libera in causa direkt um das Thema der Strafbarkeitsvoraussetzung Schuldfähigkeit, während der hiesige rechtliche Zusammenhang – Ausschluss der Notwehrrechtfertigung – ein anderer ist. Allerdings zeigt schon die Fallgruppe der „Angriffsprovokation“, dass der Notwehrdogmatik die Berücksichtigung von manipulativem Vorverhalten nicht fremd ist. Wenn dies auf der Seite des Notwehrrübenden einen rechtlichen Nachteil zu begründen vermag, ist nicht

⁴⁰ BGH, NStZ 2021, 33; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 44.

⁴¹ Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 47; Kühl (Fn. 3), § 7 Rn. 161.

⁴² Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 48 ff.

⁴³ Kühl (Fn. 3), § 7 Rn. 265; dazu auch Kaspar, GA 2007, 36.

⁴⁴ Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 32 Rn. 42; Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 204; Rönnau/Hohn, LK-StGB, § 32 Rn. 228.

⁴⁵ Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 47.

⁴⁶ S. etwa BGH, Beschl. v. 17.6.2020 – 4 StR 658/19, NStZ 2021, 93 ff. m. Anm. Mitsch; BGH, Beschl. v. 26.6.2018 – 1 StR 208/18, BeckRS 2018, 19966.

⁴⁷ Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 32 Rn. 44; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 50.

⁴⁸ So die Rechtsfolge auch nach geltendem Recht, vgl. Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 32 Rn. 50; Notwehr ist „unzulässig“.

⁴⁹ Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 32 Rn. 52.

⁵⁰ Der Wortlaut des geltenden § 32 StGB lässt hingegen die entgegengesetzte Wertung zu, vgl. Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 213.

einzusehen, wieso es auf der Seite des Angreifers anders sein sollte. Man kann also vertreten, dass zumindest bei vorsätzlicher⁵¹ actio libera in causa der Einschränkungsggrund „ohne Schuld“ nicht greift. Eine Angriffstat, die lediglich die Qualität einer Rauschtat des Vollrauschs (§ 323 a StGB) hat, wird indessen einschränkungstauglich sein. Denn schuldhaft handelt der Angreifer in diesem Fall zwar in Bezug auf die Herbeiführung des Rauschzustandes, nicht aber bezüglich der eigentlichen Angriffstat. Im Zustand verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) begangene Angriffe unterfallen dem Text zwar nicht, können aber durch das Tor „insbesondere“ Einlass in das Gebiet der Einschränkungsggründe bekommen. Weitere Fälle schuldloser Angriffe, denen dem Wortlaut nach nur mit eingeschränktem Notwehrrecht begegnet werden darf, sind diverse Irrtümer – Verbotsirrtum (§ 17 StGB), Entschuldigungsirrtum (§ 35 Abs. 2 StGB), Erlaubnistatbestandsirrtum⁵² – und die Entschuldigungsgründe Notwehrexzess (§ 33 StGB) und Notstand (§ 35 Abs. 1 StGB). Ausgangspunkt der Prüfung ist jeweils die Feststellung, dass der Angreifer „ohne Schuld“ gehandelt“ hat. Legt man den aktuellen Diskussionsstand zugrunde, ergeben sich aber im Detail zahlreiche Zweifelsfragen, auf die am Ende eventuell die Antwort gegeben wird, dass das Notwehrrecht nicht eingeschränkt sei. Auch auf der Grundlage des Entwurfs wird über Vieles gestritten werden können: Kommt es bei den Irrtümern der §§ 17, 35 Abs. 2 StGB im hiesigen Kontext auf die Unvermeidbarkeit an?⁵³ Gehört der Erlaubnistatbestandsirrtum überhaupt in die Kategorie „ohne Schuld“ oder besser zu „nicht vorsätzlich“ oder ist er vielleicht sogar überhaupt nicht als Notwehrein-schränkungsgrund anzuerkennen? Der Entwurfstext gibt Diskussionen dazu und unterschiedlichen Ergebnissen Raum. Denn die Konsequenz der Feststellung eines Falls eingeschränkten Notwehrrechts ist gemäß Satz 3 lediglich „in der Regel“ die Aufweichung der Verteidigungsbefugnis durch die Obliegenheit zum Ausweichen oder Hinnehmen zumutbarer leichter Beeinträchtigungen. Im Einzelfall ist also die Entscheidung möglich, dem Angegriffenen das volle Verteidigungsrecht trotz gegebener Ausweichmöglichkeit zuzugestehen, beispielsweise weil der Angreifer in grober Verkennung der Rechtslage geglaubt hat, zu dem Angriff berechtigt zu sein.

c) Unvorsätzliche Angriffe

Bei der Anwendung dieses Einschränkungsggrundes wird zu beachten sein, dass jedenfalls Teilbereiche der Unvorsätzlichkeit in der Struktur der Notwehrmerkmale bereits an früherer Stelle zu erörtern sind und dort zum Ausschluss des Notwehrrechts führen können. Nicht vorsätzlich handelt ein Angreifer, wenn sein Verhalten fahrlässig

oder nicht einmal das ist. Letzteres ist der Fall, wenn die drohende Rechtsgutsverletzung für den Angreifer unvermeidbar ist, weil sein gefährdendes Handeln keine Sorgfaltspflicht verletzt. Nach inzwischen h.M. ist ein solcher Angriff nicht rechtswidrig, weil das Handlungsunrecht fehlt.⁵⁴ Dass der Angegriffene die drohende Verletzung seines Rechtsgutes nicht zu dulden braucht, steht dem nicht entgegen. Ein Notwehrrecht ist hier also gemäß Abs. 1 S. 2 des Entwurfs nicht begründet worden. Folglich gilt die Einschränkung „nicht vorsätzlich“ nur für fahrlässige Angriffe. Hauptfall der Fahrlässigkeit ist in diesem Zusammenhang der Irrtum, den der Angreifer bei sorgfaltspflichtgemäßer Lagebeurteilung vermieden hätte. Da zu den faktisch tauglichen Methoden zur Abwehr eines derartigen Angriffs gewiss auch die Beseitigung des Irrtums durch Aufklärung gehört⁵⁵, ist an dieser Stelle auf eine weitere Priorität in der Notwehrprüfung hinzuweisen: Die Aufklärung eines Irrtums ist in der Regel kein tatbestandsmäßiges Verhalten und deshalb von vornherein nicht rechtfertigungsbedürftig. Es ist somit auch keine „Verteidigung“ im Sinne des § 32 StGB. Wehrt der Angegriffene oder ein Nothelfer den Angriff tatsächlich mittels einer Körperverletzung ab, entfällt die Notwehrrechtfertigung nicht erst wegen einer Einschränkung, sondern weil die Verteidigung nicht erforderlich war.⁵⁶ Wie ein unvorsätzlich Handelnder wird bekanntlich nach h.M. der sich in einem „Erlaubnistatbestandsirrtum“ befindende Täter behandelt.⁵⁷ Inwieweit gegenüber einem auf Grund eines Erlaubnistatbestandsirrtums Angreifenden das Notwehrrecht eingeschränkt oder gar ausgeschlossen ist, ist umstritten.⁵⁸ Bei Unvermeidbarkeit des Irrtums könnte bereits die Rechtswidrigkeit des Angriffs entfallen, ansonsten käme eine Einschränkung in Betracht. Ebenso wie der geltende § 32 StGB enthält auch der Entwurfstext keine Entscheidung zur rechtswidrigkeitsausschließenden Wirkung eines auf sorgfaltspflichtgemäßem „Faktencheck“ beruhenden Erlaubnistatbestandsirrtums. Lehnt man dies ab⁵⁹, kommt man nach Absatz 3 Satz 2 zur Erörterung der Notwehrein-schränkung, wobei es letztlich gleich ist, ob lit. a oder lit. b die einschlägige Variante ist.

d) Pflicht zur besonderen Rücksichtnahme auf den Angreifer

Die wohl am meisten umstrittene Situation im Themenbereich der sozialetischen Notwehrein-schränkungen ist der Angriff eines Ehegatten gegen den anderen Ehegatten.⁶⁰ Der Entwurf anerkennt grundsätzlich die Relevanz der spezifischen Umstände dieser Konstellation für eine Reduktion der Verteidigungsbefugnisse. Mit dem Kriterium einer Pflicht zu besonderer „Rücksichtnahme“ spielt der Text auf Inhaber von Beschützergerantenstellungen an⁶¹, zu denen neben dem Ehegatten auch zahlreiche weitere

⁵¹ Zu unvorsätzlichen Angriffen u. V. 2. c).

⁵² Der Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) wird von Fallgruppe b) „nicht vorsätzlich“ erfasst.

⁵³ In der Literatur wird der Inhalt der Untergruppe „Irrtümer“ meistens durch Hinzufügung des Wortes „unverschuldet“ verringert, vgl. *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 209; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 52.

⁵⁴ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 41; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 15 Rn. 14; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 21.

⁵⁵ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 210.

⁵⁶ So auch für das geltende Recht *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 210.

⁵⁷ *Joecks/Kulhanek*, in: MüKo-StGB, § 16 Rn. 127; *Rengier*, AT, 12. Aufl. (2020), § 30 Rn. 19.

⁵⁸ S. dazu etwa *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 97 m.w.N.

⁵⁹ So *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 43.

⁶⁰ *Kaspar*, AT, 4. Aufl. (2023), § 5 Rn. 217 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 15 Rn. 99; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 238 ff.; *Kühl* (Fn. 3), § 7 Rn. 200.

⁶¹ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 219.

Partner persönlicher Beziehungen gehören. Die Rücksichtnahmepflicht muss bereits vor und außerhalb der Angriffssituation existieren, da sonst die Regelung zirkulär wäre. Dass beispielsweise der von einem Kind Angegriffene zur Zurückhaltung bei der Verteidigung verpflichtet ist, folgt aus Absatz 3 Satz 2 lit. a und hat mit der Pflicht zur „besonderen Rücksichtnahme“ nichts zu tun. Die verbreitete Ablehnung einer auf enger persönlicher Beziehung beruhenden Notwehrein-schränkung hat ihren Grund vor allem in dem Umstand, dass oftmals der Angreifende – z.B. der Ehemann – seinerseits der angegriffenen Person – z.B. der Ehefrau – gegenüber zu besonderer Rücksichtnahme verpflichtet ist. Da er diese Pflicht durch den Angriff grob verletzt, erweist sich sein Verhalten als in hohem Maße verwerflich und der Gedanke an eine Einschränkung des Notwehrrechts als geradezu abwegig.⁶² Der Entwurf berücksichtigt diese Bedenken, indem er die Einschränkung unter den Vorbehalt stellt, dass der Angreifer nicht selbst zur besonderen Rücksichtnahme auf die Notwehr übende Person verpflichtet ist. Auffallend ist an dieser Stelle die variable Terminologie bezüglich der Person, um deren Notwehrrecht es geht. Der Gesetzestext nennt sie nicht „Angegriffener“ oder „Verteidiger“, sondern „Notwehr übende Person“. Dadurch wird die Konstellation der „Nothilfe“ in den Anwendungsbereich der Notwehrein-schränkung einbezogen (näher dazu unten VI.).

e) Provozierte Angriffe

Im Einklang mit der Rechtsprechung⁶³ und der herrschenden Lehre⁶⁴ betrachtet auch der Entwurf die Angriffsprovokation als einen Notwehrein-schränkungsgrund. Der Rechtsunsicherheit bezüglich der relevanten Qualität des provozierenden Verhaltens begegnet der Text klarstellend mit den Worten „rechtlich vorwerfbar“. Damit wird die Schwammigkeit der häufig zu lesenden „sozialethischen Wertwidrigkeit“⁶⁵ – bzw. „sozialethisch zu missbilligendes Vorverhalten“⁶⁶ – unschädlich gemacht und zudem jedes legale, jedoch moralisch umstrittene Verhalten, durch das sich Mitglieder einer aufgeregten Gesellschaft provoziert fühlen könnten, eindeutig als unerheblich abgegrenzt. Die Provokation muss rechtswidrig sein, was natürlich bedeuten kann, dass sie selbst ein rechtswidriger Angriff – z.B. auf die Ehre (§ 185 StGB) – ist. In diesem Fall kann der provozierte Angriff eine gerechtfertigte Verteidigung sein, weshalb ein Notwehrrecht des Provokateurs schon mangels Rechtswidrigkeit des Angriffs entfällt.⁶⁷ Als notwehrrechtseinschränkender Aspekt kommt die Angriffsprovokation also nur bei intensivem oder ex-

tensivem Verteidigungsexzess des Provozierten, ansonsten bei Provokationen, die von vornherein kein notwehrfähiger Angriff sind⁶⁸, zum Tragen. Dass die Provokation dem Angegriffenen auch vorzuwerfen sein muss, also eine unverschuldete rechtswidrige Provokation das Notwehrrecht nicht einschränkt, entspricht dem mildernden Einfluss, den der Schuldgedanke gemäß lit. a zugunsten des schuldlosen Angreifers entfaltet. Es wäre nicht einzusehen, wenn Schuldlosigkeit beim Angriff dem Angreifer zugute käme, Schuldlosigkeit bei der Angriffsprovokation dem provozierenden Angegriffenen indessen nicht. Zumindest einige Fälle der „provozierten Provokation“⁶⁹ können hier ihre Erledigung finden.

Hinsichtlich der verschiedenen subjektiven Stufen der vorwerfbareren Provokation – Absichtsprovokation, vorsätzliche, fahrlässige Provokation – gibt der Entwurfstext dem Rechtsanwender keine Anweisungen. Allerdings wird die rigorose Verneinung eines Notwehrrechts im Falle absichtlicher Provokation⁷⁰ mit dem Gesetzestext nicht mehr vereinbar sein. Kann der Angegriffene dem Angriff nicht ausweichen und wären die von ihm zu duldenen Beeinträchtigungen nicht zumutbar, behält der Provokateur die Verteidigungsbefugnis. Dass dies für Fälle der Absichtsprovokation nicht gelten soll, ist dem Gesetzestext nicht zu entnehmen. Gewiss wird aber der Rechtsanwender die Absicht des Provokateurs als Grund für eine Verschärfung der Ausweichobliegenheit bzw. Beeinträchtigungsduldungspflicht verwenden dürfen. Am anderen Ende der Skala – leicht fahrlässige Provokation – ermöglicht die Klausel „in der Regel“ dem Rechtsanwender die Entscheidung, der Provokation die einschränkende Wirkung von vornherein abzusprechen.

Zusätzlich verengt wird der Bereich notwehrrechtseinschränkender Provokation durch das Erfordernis der Angriffsauslösung „in zurechenbarer Weise“. Damit greift der Entwurf das in der Rechtsprechung zuletzt mehrfach thematisierte Konzept des „Provokationszusammenhangs“ auf.⁷¹ Der Angriff des Provozierten muss als Reaktion auf das provozierende Verhalten des Angegriffenen adäquat und verständlich sein.⁷² Die durch die Provokation hervorgerufene „verständliche Gemüts-erregung“ des Provozierten muss sich in dessen Angriff widerspiegeln. Das bedeutet vor allem, dass zwischen Provokation und Reaktion ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen muss. Erfolgt der Angriff erst zu einem Zeitpunkt, zu dem die durch die Provokation ausgelöste Erregung wieder abgeflaut sein sollte, verdient die Überreaktion des Angreifers kein Verständnis und der Angegriffene keine

⁶² Kaspar (Fn. 60), § 5 Rn. 220; Frisch (Fn. 11), § 4 Rn. 199.

⁶³ BGH, Beschl. v. 3.3.2021 – 4 StR 318/20, NStZ 2021, 607.

⁶⁴ Frisch (Fn. 11), § 4 Rn. 184; Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 224; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 54.

⁶⁵ Kühl (Fn. 3), § 7 Rn. 219.

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 3.3.2021 – 4 StR 318/20, NStZ 2021, 607.

⁶⁷ Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 54; Kühl (Fn. 3), § 7 Rn. 211.

⁶⁸ Unrichtig wäre die Annahme, die Provokationsproblematik entstehe ausschließlich dann, wenn die Provokation keinen Angriff im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB darstellt, vgl. Kühl (Fn. 3), § 7 Rn. 212, der selbst als Anwendungsbeispiel den nicht mehr gegenwärtigen Angriff nennt.

⁶⁹ Mitsch (Fn. 13), § 10 Rn. 29.

⁷⁰ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 35), Rn. 533; dagegen Duttge, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 32 Rn. 31 und Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 227.

⁷¹ BGH, Beschl. v. 17.6.2020 – 4 StR 658/19, NStZ 2021, 93 ff. m. Anm. Mitsch; BGH, Beschl. v. 26.6.2018 – 1 StR 208/18, BeckRS 2018, 19966; BGH, Ur. v. 2.7.2015 – 4 StR 509/14, NStZ-RR 2015, 303 (304).

⁷² Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 59; Kühl (Fn. 3), § 7 Rn. 226.

Beschneidung seiner Abwehrbefugnis.⁷³ Eine gewisse Ähnlichkeit mit § 33 StGB und § 213 StGB ist erkennbar. Die „Verständlichkeits“- oder „Nachvollziehbarkeitsgrenze“ hat neben der zeitlichen auch eine intensitätsbezogene Komponente: Die Schwere des Angriffs muss sich ex post als ex ante erwartbare Reaktion auf die Provokation erweisen. In ihrer Heftigkeit mit der Provokationswirkung nicht erklärable Überreaktionen des Angreifers lassen das Notwehrrecht des Provokateurs unberührt.

Explizit unberücksichtigt bleibt in dem Entwurf die Variante der „Nothilfeprovokation“, bei der die Provokation nicht von der später angegriffenen Person, sondern von einem Dritten – dem potentiellen Nothelfer – begangen wird (näher dazu unten VI.). Anhänger der freilich überwiegend abgelehnten Konstruktion der „actio illicita in causa“ haben in einem solchen Fall mit der Begründung der Strafbarkeit des provokanten Nothelfers keine Probleme.⁷⁴

f) Kumulation von Einschränkungsründen

Es kann sein, dass ein Einschränkungsrund erfüllt ist, der in atypischer Weise nicht die erforderliche Stärke aufweist, um die Notwehrrechtseinschränkung zu begründen. Zu denken ist an Provokationen an der Untergrenze des rechtlich Vorwerfbaren, bewusst fahrlässige Angriffe, in fast vermeidbarem Verbotsirrtum handelnde Angreifer. Die Indizwirkung der in Satz 2 normierten Fälle kann also widerlegt sein, so dass die „Regel“ (Satz 3) außer Kraft gesetzt ist. Denn letztlich ist auf Grund einer Gesamtwürdigung zu entscheiden, ob „die Notwehr übende Person nicht zur Verteidigung der Rechtsordnung gegenüber dem Angreifer berufen ist“, Absatz 3 Satz 1. Daher ist zu überlegen, ob die Insuffizienz eines Einschränkungsrundes dadurch kompensiert werden kann, dass der Fall noch einen weiteren – allein ebenfalls zu schwachen – Einschränkungsrund erfüllt. Zu denken wäre beispielsweise an die Provokation eines schuldlos handelnden Angreifers oder an einen sowohl unvorsätzlich als auch schuldlos Angreifenden. In Bezug auf den geltenden § 32 StGB ist diese Konstellation von *Sowada* ausführlich analysiert worden.⁷⁵ Der Text des Entwurfs steht der Konstruktion einer durch Kumulation mehrerer Einschränkungsründe erfüllten Regel nicht entgegen.

g) Sonstige Einschränkungsründe

Über die „klassischen“ Fallgruppen hinaus werden in der Literatur zahlreiche weitere Einzelaspekte thematisiert, die geeignet sind, das Verteidigungsrecht des Angegriffenen oder eines Nothelfers einzuschränken.⁷⁶ Vor dem Hintergrund des vorgelegten Gesetzesentwurfs bereitet die Behandlung dieser Fälle keine Probleme. Zum Teil erfolgt die Verarbeitung bereits auf der Stufe der notwehrbegründenden Tatsachen gemäß Absatz 1 und Absatz 2,

beispielsweise bei „tödliche Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen“ oder „Art. 2 II a EMRK-Einschränkungen für tödliche Sachwehr“.⁷⁷ Soweit das nicht der Fall ist, gestattet das Einfallstor „insbesondere“ die Einbeziehung in den Anwendungsbereich des Absatzes 3. Unberührt bleibt daneben die Möglichkeit der Diskussion darüber, ob der Fall überhaupt eine Einschränkung des Notwehrrechts gebietet, so z.B. bei der „Rettungsfolter“.

h) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgenseite des Absatzes 3 entspricht der Regelungstechnik der „Regelbeispiele“, wie sie von den benannten „besonders schweren Fällen“ (z.B. § 243 Abs. 1 StGB) bekannt ist.⁷⁸ Auf der einen Seite ermöglicht die Aktivierung des Wortes „insbesondere“ die Anerkennung „unbenannter“ Einschränkungsründe. Auf der anderen Seite kann eine Gesamtwürdigung des Falles zu dem Ergebnis führen, dass abweichend von der „Regel“ die Tat vorbehaltlos durch Notwehr gerechtfertigt ist. Letzteres korrespondiert der großen Bandbreite von Schweregraden innerhalb der vier benannten Einschränkungsründe. Insbesondere in der umstrittenen Fallgruppe c sind Situationen vorstellbar, in denen dem Wortlaut nach zwar eine Einschränkung indiziert ist, gleichwohl der angegriffenen Person unabhängig von Ausweichmöglichkeit und Zumutbarkeit leichter Beeinträchtigungen das „scharfe“ Verteidigungsrecht gewährt werden muss. Ansonsten lässt sich die Regelung als „Drei-Stufen-Modell“ charakterisieren: Die erste Stufe ist die Möglichkeit, sich dem Angriff zu „entziehen“. Hier wird also die grundsätzlich nicht bestehende Pflicht zur Nutzung von Flucht- und Ausweichmöglichkeiten in das Notwehrrecht eingeführt. Bei der Bestimmung der Notwehrvoraussetzung „erforderlich“ ändert sich dadurch freilich nichts. Dort sind Ausweichmöglichkeiten unbeachtlich. Anderenfalls gelangte man im Prüfungsverlauf überhaupt nicht auf die Stufe der „Notwehreinschränkungen“. Was unter der „Entziehungsmöglichkeit“ zu verstehen ist, lässt sich abstrakt schwer definieren, hängt von den situativen Gegebenheiten des konkreten Falles ab. Klar ist, dass der Angegriffene sich auf unsichere Ausweichoptionen nicht einlassen muss. Erwägt er zum Beispiel davonzulaufen, muss er die Schnelligkeit und Ausdauer des Angreifers einkalkulieren und gegebenenfalls in Rechnung stellen, dass dieser ihn binnen kurzer Zeit eingeholt haben wird. Ein wichtiges Begrenzungskriterium sind die Mühen und Risiken, die mit einer Ausweichaktion verbunden sind. Schon auf dieser Stufe ist also eine „Zumutbarkeitsgrenze“ zu beachten. Ein auf dem Bürgersteig neben einer stark befahrenen Straße angegriffener Passant muss nicht seitwärts auf die Fahrbahn treten, um dem bevorstehenden Faustschlag ins Gesicht zu entgehen. Nur wenn es sich bei den Nebenwirkungen der Flucht um eine „zumutbare Beeinträchtigung“ handelt – die auf der zweiten Stufe ohnehin notwehrbeschränkend zur Geltung käme – ist die

⁷³ Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 237; Roxin/Greco (Fn. 2), § 15 Rn. 73a.

⁷⁴ Mitsch, JuS 2022, 18 (22 f.); Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 61a.

⁷⁵ Sowada, in: FS Herzberg, 2008, S. 457 ff.

⁷⁶ Kühl (Fn. 3), § 7 Rn. 265.

⁷⁷ Kühl (Fn. 3), § 7 Rn. 265.

⁷⁸ S. zur Regelungstechnik der Regelbeispiele Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 1142 ff.

Wahrnehmung einer solchen Ausweichmöglichkeit geboten. Ob eine mit Weglaufen oder Ausweichen verbundene „Blamage“ – früher sprach man von „schimpflicher Flucht“⁷⁹ – relevant ist und dem Angegriffenen das unbeschränkte Verteidigungsrecht erhält, hängt von den konkreten Umständen ab. Ein pädagogisch und disziplinarisch schädlicher Autoritätsverlust von Lehrkräften in Schulen, die zwar einem schulrechtlichen Züchtigungsverbot unterliegen, aber wie jeder andere ein Notwehrrecht haben, kann Grund sein, die angegriffene Lehrperson nicht auf ihre Ausweichmöglichkeit zu verweisen. Insbesondere eine männliche Lehrkraft, die gegenüber einem pöbelnden „Halbstarcken“ einknickt, ermutigt die Sympathisanten des Aggressors und verunsichert die friedfertigen Mitschüler, die Grund zu der Befürchtung haben, dass ihr Lehrer sie nicht verteidigen werde, wenn sie selbst Zielscheibe der Aggressionen gewaltbereiter Klassenkameraden werden.

Gibt es für den Angegriffenen keine Chance sich dem Angriff zu entziehen, betritt die Notwehrprüfung die zweite Stufe. Sofern die Hinnahme des Angriffs lediglich „zumutbare Beeinträchtigungen“ befürchten lässt, entfällt das Recht zur aktiven Gegenwehr. „Zumutbar“ bedeutet in erster Linie „geringfügig“. Lebhaft vorstellen kann man sich dies zum Beispiel bei Angriffen von Kleinkindern, denen zwar nicht ausgewichen werden kann, die aber über so geringe physische Intensität verfügen, dass die zu erwartenden Verletzungsfolgen banal sind. Gravierendere Verletzungen können ebenfalls noch in die Kategorie der Zumutbarkeit fallen, wenn mit einer raschen Beseitigung des Schadens zu rechnen ist. Das wird vor allem bei Angriffen gegen Sachen der Fall sein. Kann sich der Angegriffene dem Angriff nicht entziehen und sind die zu erwartenden Beeinträchtigungen seiner Rechtsgüter unzumutbar, behält er sein unbeschränktes Notwehrrecht. Die von ihrem Ehemann brutal geprügelte Ehefrau darf also zur Selbstverteidigung einen tödlichen Stich mit dem Küchenmesser ausführen, sofern mildere Abwehrmittel nicht zur Verfügung stehen.

VI. Die Nothilfe

Die größten Kontroversen bestanden bei der Regelung der Nothilfe, die auch in der Literatur breit diskutiert wird.⁸⁰ Während teilweise eine vollständige Gleichbehandlung von Notwehr und Nothilfe gefordert wurde, sprach sich im Ergebnis die Mehrheit grundsätzlich für eine Einschränkung des Nothilferechts in Fällen der sogenannten

„aufgedrängten Nothilfe“ aus. Überlegt wurde zunächst, das Nothilferecht grundsätzlich zur Disposition des Angegriffenen zu stellen und hiervon nur bei Angriffen auf das nicht disponible Rechtsgut Leben eine Ausnahme vorzusehen⁸¹.

Der *BGH* (jedenfalls in einer frühen Entscheidung) und gewichtige Stimmen im Schrifttum nehmen an, dass der Nothelfer nicht mehr Rechte geltend machen dürfe, als der Angegriffene selbst ausüben will.⁸² Diese Position stellt die individualistische Komponente des Notwehrrechts in den Vordergrund und geht davon aus, dass für das Recht keine Veranlassung bestehe, dem Angegriffenen einen nicht erwünschten Schutz aufzudrängen. Ganz ohne Einschränkungen kommt die Idee eines vom Willen des Angegriffenen abhängigen Nothilferechts allerdings nicht aus. So soll ein Veto des Angegriffenen dem Nothilferecht etwa dann nicht entgegenstehen, wenn ihm die Einsichtsfähigkeit fehlt oder er Willensmängeln unterliegt.⁸³

Gegen die Idee eines generellen Verbots der Nothilfe ohne Zustimmung des Angegriffenen spricht allerdings, dass es nicht überzeugend zwischen den verschiedenen Unrechtsebenen differenziert. Der Ausschluss eines Nothilferechts durch den Angegriffenen hat zur Folge, dass das Handeln des Verteidigers als Unrecht gegenüber dem Angreifer erklärt wird. Diese Konsequenz ist in den meisten denkbaren Konstellationen einer vom Angegriffenen abgelehnten Nothilfe nicht überzeugend. Man stelle sich etwa den Fall vor, dass ein Paar beobachtet, wie Diebe das Auto der Frau aufbrechen. Der Mann möchte den Diebstahl verhindern, doch aus Sorge um seine Gesundheit „verbietet“ die Frau ihrem Mann jedes Einschreiten. Der Mann schätzt seine Chancen anders ein, konfrontiert und vertreibt die Täter mittels einfacher Körperverletzungen. Sein Handeln kann nicht deshalb zu strafbarem Unrecht gegenüber den Angreifern werden, weil seine Frau aus Fürsorge für ihren Mann eine Verteidigung ihrer Rechtsgüter abgelehnt hat.⁸⁴ Auch in anderen Konstellationen der Ablehnung von Nothilfe ist die Folge einer Strafbarkeit der Verteidigungshandlung nicht sinnvoll.

In besonderer Weise nachvollziehbar ist etwa der Verzicht des Angegriffenen auf Nothilfe, wenn er darin ein erhöhtes Risiko für sich oder andere sieht; etwa, weil er eine Eskalation der Gewalt oder Racheakte befürchtet. Doch auch in diesem Fall kann die Folge einer gleichwohl vorgenommenen Verteidigungshandlung nicht sein, dass der Nothelfer wegen einer Straftat zu Lasten des Angreifers

⁷⁹ S. etwa *OLG Stuttgart*, Urt. v. 18. 11. 1949 – Ss 139/49, NJW 1950, 119.

⁸⁰ S. etwa *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 25/26; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 204 ff.; *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 1 ff.; *Kasiske*, Jura 2004, 832.

⁸¹ Für die Einschränkung bei nicht disponiblen Rechtsgütern etwa *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 32 Rn. 10; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 183 f.; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 15 Rn. 120; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 25/26; *Kaspar*, JuS 2014, 769. Für die grundsätzliche Zulässigkeit der aufgedrängten Nothilfe unter Betonung des Aspekts der Rechtsbewährung durch den Nothelfer dagegen *Schmidhäuser*, Studienbuch AT, 1982, Kapitel 6 Rn. 80; *Lange*, JZ 1976, 546 (547); *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl. (1975), S. 356 f.; *Schroeder*, in: FS Maurach, 1972, S. 127 (141).

⁸² *BGH*, Urt. v. 2. 10. 1953 – 3 StR 151/53, NJW 1954, 438; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 15 Rn. 116; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 25/26; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 32 Rn. 122 f.

⁸³ Zu entsprechenden Ansätzen siehe *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 184; *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 141 ff.; *Seeberg*, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, 2005, S. 150.

⁸⁴ So im Ergebnis auch *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 148; *Seeberg*, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, 2005, S. 130; *Heller*, Die aufgedrängte Nothilfe, 2004, S. 260 f.; *Seuring*, Die aufgedrängte Nothilfe, 2004, S. 223 f.; *Seier*, NJW 1987, 2476 (2482).

verurteilt wird. Vorzuwerfen ist ihm nicht eine rechtswidrige Verletzung der Rechtsgüter des Angreifers, sondern nur, dass er den Willen des Angegriffenen nicht respektiert hat.⁸⁵ Das ist aber als solches nicht strafbar.

Der Regelungsvorschlag geht daher davon aus, dass die Nothilfe grundsätzlich unabhängig vom Willen des Angegriffenen zur Rechtfertigung führt. Dies soll immer dann gelten, wenn dieser sein Rechtsgut nicht preisgeben möchte, sondern aus anderen Gründen eine Verteidigung ablehnt. Eine Grenze wird dort gezogen, wo der Angegriffene wirksam auf den Schutz seines Rechtsgutes verzichtet hat. Damit werden Fälle erfasst, in denen der Betroffene aus autonomen Erwägungen – und nicht unter dem Eindruck von Zwang oder Gewalt – entscheidet, dass er kein Interesse an der Aufrechterhaltung seiner Rechtsposition hat. In einer solchen – in der Praxis gewiss seltenen – Situation entfällt das Schutzbedürfnis für das betroffene Rechtsgut. Ein dualistisches Notwehrverständnis, das die Aspekte des Individualschutzes und der Rechtsbewahrung nicht als jeweils selbstständig, sondern gemeinsam als das Notwehrrecht tragend anerkennt, kann ein Nothilferecht in einem solchen Fall nicht mehr anerkennen.

Für den Nothelfer stellt sich zudem die Frage, ob und in welchem Umfang die Einschränkungen des Notwehrrechts auf ihn anwendbar sind. Die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung richtet sich stets nach den Möglichkeiten, die der tatsächlich Notwehr übenden Person zur Verfügung stehen.⁸⁶ Wenn etwa der Angreifer zwar dem Angegriffenen, nicht aber dem Notwehrhelfer körperlich überlegen ist, so darf der Notwehrhelfer nicht etwa die Waffe einsetzen, deren sich der Angegriffene bedienen dürfte.

Auch für die Situation der Notwehreinschränkung aufgrund einer gegenüber dem Angreifer bestehenden Garantienpflicht (Abs. 3 lit. c) kommt es (allein) auf die Person dessen an, der tatsächlich Notwehr übt, da sich die Einschränkung des Notwehrrechts hier aus der persönlichen Beziehung zwischen dem Angreifer und dem Notwehr Übenden ergibt.⁸⁷ Greift also beispielsweise die 16jährige T einen Nachbarn N an und könnte sie ihr Vater V nur durch den Einsatz einer lebensgefährlichen Waffe von der Fortsetzung des Angriffs abhalten, so darf er diese Waffe aufgrund seiner Garantienpflicht gegenüber T nicht einsetzen (obwohl N selbst sich mit der Waffe verteidigen

dürfte). Greift hingegen T ihren Vater V an, so darf der hinzukommende Nachbar N die T nötigenfalls auch mit einer Schusswaffe an der Fortsetzung des Angriffs hindern, da er durch keine Garantienpflicht gegenüber T beschränkt ist.

Für die Frage der Notwehreinschränkung aufgrund von Provokation (Abs. 3 lit. d) kommt es allein auf provozierende Handlungen des Angegriffenen an.⁸⁸ Liegen solche Handlungen vor, so ist auch der Notwehrhelfer in seinen Verteidigungsmöglichkeiten nach Abs. 3 Satz 2 eingeschränkt, da sich die Einschränkung nicht aus dem persönlichen Verhältnis der Beteiligten, sondern aus der den Angriff auslösenden Situation ergibt. Aus demselben Grund bleiben provozierende Handlungen des Notwehrhelfers für die Beurteilung außer Betracht, wenn sie nicht dem Angegriffenen zugerechnet werden können. Dies lässt sich damit begründen, dass der selbst an dem Angriff „unschuldige“ Angegriffene nicht dadurch benachteiligt werden sollte, dass der selbständig eingreifende Notwehrhelfer sich im Vorfeld eine Provokation hat zuschulden kommen lassen.

VII. Das subjektive Rechtfertigungselement

Der Entwurf enthält in § 34a StGB-E eine gemeinsame Regelung zum subjektiven Rechtfertigungselement für die Notwehr und den Notstand. Zwischen Rechtsprechung und Literatur besteht bislang Uneinigkeit über die Anforderungen an die innere Tatseite.⁸⁹ Gegen die Annahme einer von der Rechtsprechung geforderten gesonderten Verteidigungsabsicht, die über die Kenntnis der Notwehrlage hinausgeht, spricht maßgeblich, dass die Bewertung der Rechtswidrigkeit nicht von individuellen Motiven abhängig gemacht werden soll. Auch wer aus dominanten, anderen Gründen handelt, verteidigt sein Rechtsgut und die Rechtsordnung.⁹⁰

Satz 2 setzt die im Schrifttum vertretene Versuchslösung um:⁹¹ Fehlt das subjektive Rechtfertigungselement, so ist der Handelnde nicht wegen einer vollendeten, sondern wegen einer versuchten Tat zu bestrafen. Da objektiv eine Rechtfertigungslage besteht, entfällt der Erfolgsunwert der Handlung; das verbleibende Handlungsunrecht desjenigen, der in Unkenntnis von der rechtfertigenden Lage die Rechtsgüter des Angreifers verletzt, wird dogmatisch überzeugend durch das Versuchsunrecht abgebildet.

⁸⁵ Ähnlich auch *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 1999, 444 (445); für eine Zulässigkeit der aufgedrängten Nothilfe in dieser Konstellation auch *Jakobs*, Strafrecht, AT, 2. Aufl. (1991), 12/60.

⁸⁶ So auch für das geltende Recht *Rengier* (Fn. 57), § 18 Rn. 111.

⁸⁷ So auch für das geltende Recht *Kasiske*, Jura 2004, 832 (837); a.A. aber *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 222.

⁸⁸ Insoweit auch *Duttge*, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 32 Rn. 35; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 238.

⁸⁹ Für das Erfordernis einer Verteidigungsabsicht etwa *BGH*, Beschl. v. 16.6.2021 – 1 StR 126/21, BeckRS 2021, 29594; *BGH*, Urt. v. 25.4.2013 – 4 StR 551/12, NJW 2013, 2133 (2135). Dagegen genügt nach der h.M. in der Literatur ein Handeln in Kenntnis der Umstände, die das Verhalten des Angegriffenen objektiv als erforderliche Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff erscheinen lassen, *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 241; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 63; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 266.

⁹⁰ *Kaspar* (Fn. 60), § 5 Rn. 226; *Frister*, AT, 9. Aufl. (2020), Kap. 14 Rn. 24; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 15 Rn. 129 f.; *Kühl*, Jura 1993, 233 (234).

⁹¹ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 35), Rn. 415; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 63; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 268.

VIII. Die Überschreitung der Notwehr, § 33 StGB

Kernpunkt der Diskussion über die Regelung des entschuldigenden Notwehrexzesses war die Einbeziehung der zeitlichen Grenzüberschreitung („extensiver Notwehrexzess“). Da der Text des geltenden § 33 StGB uneindeutig ist, leistet der vorgelegte Entwurf mit Absatz 1 Satz 2 die erforderliche legislative Klarstellung. Inhaltlich enthält sie die denkbar weiteste Variante, indem sogar der „vorzeitige“ extensive Notwehrexzess Berücksichtigung findet. Letzteres bedeutet einen Schritt über das aktuelle Meinungsbild in der diesbezüglich zurückhaltenden Strafrechtswissenschaft hinaus.⁹² Im Vergleich mit dem unstrittigen Fall des „intensiven“ Notwehrexzesses⁹³ ergibt sich nämlich bei beiden Versionen der Überschreitung zeitlicher Grenzen das Vorliegen der die Privilegierung tragenden Gründe: Asthenische Affekte können schon durch die Ankündigung eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs ausgelöst werden und nach dessen Beendigung noch weiter andauern. Für beides ist der Angreifer verantwortlich.⁹⁴ Zeitlich limitiert wird die Berücksichtigungsfähigkeit sowohl des vorzeitigen als auch des nachzeitigen Notwehrexzesses durch das Erfordernis eines Zusammenhangs mit dem „asthenischen Affekt“. Da dieser seine exzessauslösende Wirkung typischerweise in der kurzen Phase unmittelbar vor oder nach dem Angriff entfaltet, ist die Aufnahme des Erfordernisses eines „engen zeitlichen Zusammenhangs“ nicht zwingend notwendig, aber sinnvoll.⁹⁵ Dass bei der „präventiven“ Gegenwehr vor Beginn des Angriffs streng genommen noch keine „Verteidigung“ vorliegt, wird sprachlich dadurch berücksichtigt, dass in Satz 2 das Täterverhalten lediglich mit dem Wort „handelt“ bezeichnet und dieses zu dem „Angriff“ in Beziehung gesetzt wird. Satz 1 in Absatz 1 ist etwas wortreicher als die geltende Vorschrift. Auch dies hat einen klarstellenden Effekt, weil eine „Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff“ nur die den Angreifer verletzende Tat sein kann. Die Verletzung nichtangreifender Dritter, die durchaus auch Überschreitung einer Grenze der Notwehr genannt werden kann⁹⁶, wird damit eindeutig aus dem Anwendungsbereich der Norm herausgehalten.⁹⁷

Eine Lücke des geltenden Rechts schließt der Entwurf mit seinem Absatz 2, der den „Putativnotwehrexzess“ normiert. Das Fehlen einer Kodifizierung hat bekanntlich eine Vielzahl von Lösungsvorschlägen inspiriert und eine entsprechende Rechtsunsicherheit erzeugt.⁹⁸ In seiner ersten Hälfte entspricht der Text dem § 35 Abs. 2 S. 1 StGB. Mit der einschränkenden Verantwortlichkeitsklausel wird eine zu weitgehende Entschuldigung des Täters zum Nachteil eines Nichtangreifers vermieden. Wer es für

„witzig“ hält, jemand anderen „zum Schein“ anzugreifen oder wer diesen damit ärgern oder provozieren will, der muss es hinnehmen, dass das Strafrecht für die überzogene Reaktion des Täters Verständnis aufbringt und dem Verletzten den strafrechtlichen Schutz verweigert.⁹⁹ Wer dagegen für die unvermeidbare Fehlvorstellung des sich angegriffen Fühlenden keinen Anlass gegeben hat, muss als Unbeteiligter sein volles – also nicht ein gemäß § 32 Abs. 3 S. 1 lit. a des Entwurfs eingeschränktes – Notwehrrecht gegenüber dem Täter grundsätzlich behalten. Letzteres ist freilich nicht der Fall, wenn zugunsten des Irrenden § 35 Abs. 2 S. 1 StGB eingreift. Das ist jedoch akzeptabel, da die Anforderungen an den entschuldigenden Putativnotstand strenger sind: Die relevante Gefahrenlage ist wesentlich enger, die Gefahr darf nicht anders abwendbar sein und es darf dem Täter nicht zumutbar sein, die Gefahr hinzunehmen.

IX. Ausblick

Das Strafrecht wird in aller Regel nur dann geändert, wenn bestimmte Formen von Kriminalität die Öffentlichkeit beunruhigen und die Politik durch eine Verschärfung der strafrechtlichen Vorschriften Handlungsfähigkeit demonstrieren möchte. Eine grundlegende Neufassung des Allgemeinen Teils ist daher – nicht nur aufgrund der komplexen Materie – ein ambitioniertes Projekt; es bedarf eines politischen Willens, das Recht nicht nur unter medialem Druck anzupassen, sondern es tatsächlich besser machen zu wollen. Doch womöglich gibt es für eine Reform des Notwehrrechts nun auch einen politischen Anlass. In den vergangenen Wochen haben die Protestaktionen von Klimaaktivisten das Notwehrrecht in den Fokus der öffentlichen Aufmerksamkeit gerückt. Dabei hat sich gezeigt, dass erhebliche Unsicherheit über Voraussetzungen und Grenzen von § 32 StGB besteht.¹⁰⁰ Dass Voraussetzungen und Grenzen des Notwehrrechts den Normadressaten überwiegend unbekannt sind, ist allerdings kein neuer Befund. Bereits in der Vergangenheit haben medial verbreitete Urteile etwa im Fall des Rentners, der einen flüchtenden Dieb erschoss,¹⁰¹ zu Irritationen in der Öffentlichkeit geführt. Der Gesetzgeber ist gehalten, hier für Klarheit zu sorgen.

Der hier vorgelegte Entwurf soll einen Vorschlag dafür unterbreiten, wie dem Notwehrrecht klare gesetzliche Konturen verliehen werden können. Ob in Anbetracht der aktuellen Herausforderungen darüber hinaus gesonderte Regelungen für die Notwehr gegenüber Versammlungsteilnehmern formuliert werden sollten, wäre Anlass für weitere Diskussionen.

⁹² Gegen die Anwendung des § 33 StGB z.B. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 35), Rn. 701; *Rengier* (Fn. 57), § 27 Rn. 18; *Krey/Esser*, AT, 6. Aufl. (2016), Rn. 765; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), § 45 II 4; *Maurach/Zipf* (Rn. 7), § 34 Rn. 27; a.A. *Erb*, in: MüKo-StGB, § 33 Rn. 14; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 22 Rn. 88; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 33 Rn. 14 (analoge Anwendung des § 33 StGB).

⁹³ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 33 Rn. 10; *Kühl* (Fn. 3), § 12 Rn. 135.

⁹⁴ Unrichtig ist die Behauptung von *Kühl* (Fn. 3), § 12 Rn. 141, dass es beim „vorzeitigen“ Exzess „nie zu einer Notwehrlage gekommen ist“. Sofern der „Präventivschlag“ den noch nicht Angreifenden nicht handlungsunfähig gemacht hat, wird dieser sehr wohl seine Angriffsabsicht realisieren und die Notwehrlage erzeugen. Der Täter hat nur „zu früh“ angriffsabwehrend gehandelt.

⁹⁵ *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 22 Rn. 90.

⁹⁶ *Zieschang*, in: LK-StGB, § 33 Rn. 15: „räumlich-extensiver Notwehrexzess“.

⁹⁷ *Frisch* (Fn. 11), § 5 Rn. 183.

⁹⁸ *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 22 Rn. 94; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 33 Rn. 18; *Kühl* (Fn. 3), § 12 Rn. 155; *Krey/Esser* (Rn. 92), Rn. 769; *Maurach/Zipf* (Rn. 7), § 38 Rn. 19.

⁹⁹ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 33 Rn. 18.

¹⁰⁰ Siehe hierzu *Hoven/Rostalski/Weigend*, Angriff oder Verteidigung, ZEIT, v. 15.12.2022, S. 13.

¹⁰¹ *BGH*, Urt. v. 27.10.2015 – 3 StR 199/15, NStZ 2016, 333.

Kommentar: Zur Nothilfe im Entwurf einer Neuregelung des § 32 StGB

Von Prof. Dr. Armin Engländer*

Abstract

Der Beitrag untersucht die Vorschläge des Kriminalpolitischen Kreises zur Nothilfe im Entwurf einer Neuregelung des § 32 StGB. Besondere Kritik erfährt dabei der Ansatz, die aufgedrängte Nothilfe weitgehend zu rechtfertigen.

This article examines the proposals of the Criminal Policy Circle (Kriminalpolitischer Kreis) on defence of another in the draft revision of Section 32 of the German Criminal Code. In particular, it criticises the approach of justifying the defence to a large extent even against the will of the person being attacked.

In den folgenden kurzen Anmerkungen zum Vorschlag des Kriminalpolitischen Kreises zur gesetzlichen Neuregelung der Nothilfe¹ sollen vier Punkte angesprochen werden: (I.) die Rechtsnatur der Nothilfe, (II.) die Anforderungen bei der Erforderlichkeit, (III.) die Nothilfeeinschränkungen und (IV.) die aufgedrängte Nothilfe.

I. Zur Rechtsnatur der Nothilfe

Ihrer Rechtsnatur nach ist die Nothilfe akzessorisch. Der Nothelfer handelt nicht aus eigenem Recht, sondern er nimmt das fremde Verteidigungsrecht des Angegriffenen stellvertretend für diesen wahr.² Das ist zwingend, wenn man dem – meines Erachtens vorzugswürdigen – rein individualistischen Notwehrmodell folgt, nach dem die Notwehr allein der Verteidigung der angegriffenen Individualrechtsgüter dient und sich die Notwehrbefugnis dabei aus den subjektiven Rechten des Angegriffenen gegenüber dem Angreifer ergibt.³ Nichts anderes gilt aber auch, wenn man mit der herrschenden Meinung eine dualistische Notwehrkonzeption befürwortet, da hier das Individualgüterschutzinteresse des Angegriffenen zumindest eine *notwendige* Komponente des Notwehrrechts bildet.⁴ Relevant wird dieser Aspekt insbesondere bei der aufgedrängten Nothilfe, aber auch bei den Nothilfeeinschränkungen – zu beidem sogleich mehr.

II. Zur Erforderlichkeit der Nothilfe

Nur knapp geht die Entwurfsbegründung auf die Erforderlichkeit der Nothilfe ein. Im Ausgangspunkt dürfte klar sein, dass das Gebot zur Wahl des relativ mildesten Mittels auch hier gilt. Dies wirft freilich spezifische Fragen auf, wenn sowohl der Angegriffene selbst als auch der Nothelfer den Angriff gleichermaßen sicher abzuwenden vermögen. Die Entwurfsbegründung erklärt, die Erforderlichkeit richte sich hier stets nach den Möglichkeiten der Person, die die Verteidigungshandlung *tatsächlich* vollzieht.⁵ Das vermag nicht zu überzeugen. Erläutert sei das an zwei Konstellationen.

Die erste: Der Nothelfer besitzt mildere Mittel als der Angegriffene. Diese Konstellation spricht die Entwurfsbegründung kurz an.⁶ Am Beispiel: Der Nothelfer vermag den Angriff mit einem Fausthieb sicher abzuwehren, der Angegriffene nur mit einer Stichwaffe. Zweifelsohne richtig ist es, wenn die Entwurfsbegründung erklärt, der Nothelfer dürfe hier zur Verteidigung nicht die Waffe einsetzen.⁷ Wie verhält es sich aber, wenn der Angegriffene in dieser Konstellation den Angriff selbst abwendet? Soll er dann berechtigt sein, die Waffe einzusetzen, weil es allein auf die Optionen desjenigen ankomme, der die Verteidigungshandlung vornehme? Das kann nicht richtig sein, da damit dem Angreifer mehr Schaden zugefügt würde als zur sicheren Abwehr seines Angriffs notwendig ist. Zwar bleibt der Angegriffene entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht⁸ befugt, sich selbst zu verteidigen (es gibt keine Pflicht zur Inanspruchnahme fremder privater Hilfe); er darf aber mit seiner Verteidigung nicht über die Mittel hinausgehen, die dem Dritten zur Abwehr des Angriffs ausreichen würden.⁹ Es sind also bei der Beurteilung der Erforderlichkeit die Möglichkeiten des Angegriffenen *und* des Dritten zu berücksichtigen.

Denkbar ist auch die umgekehrte Konstellation: Der Angegriffene verfügt über mildere Verteidigungsmittel als

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Hoven/Mitsch, GA 2023, 241.

² Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 90 f.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 296; Seeberg, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, 2005, S. 76.

³ Für eine rechtebasierte Notwehrkonzeption, wenn auch mit Unterschieden im Einzelnen, Greco, GA 2018, 665 (675 ff.); Merkel, FS Jakobs, 2007, S. 375, 389 f.; Neumann, in: Lüderssen u.a. (Hrsg.), Modernes Strafrecht und Ultima-Ratio-Prinzip, 1990, S. 215, 225; Renzikowski (Fn. 2), S. 231 f.; ausf. Engländer (Fn. 2), S. 67 ff.

⁴ BGHSt 24, 356 (359); 48, 207 (212); BGH, NJW 2013, 2133 (2135); Kühl, AT, 8. Aufl. (2017), § 7 Rn. 6 ff.; Rosenau, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 32 Rn 2; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 1 f.; ausf. Kaspar, RW 2013, 40; van Rienen, Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, 2009, S. 138 ff.; Roxin, FS Kühl, 2014, S. 391.

⁵ Hoven/Mitsch, GA 2023, 241 (260).

⁶ Ebd.

⁷ Ebd.

⁸ Heller, Die aufgedrängte Nothilfe, 2004, S. 78 f.; Kasiske, Jura 2004, 832 (839).

⁹ Näher Engländer (Fn. 2), S. 289 ff.

der Nothelfer. Am Beispiel: Der stärkere Angegriffene vermag den Angriff mit einem gezielten Fausthieb sicher abzuwehren, der schwächere Nothelfer hingegen nur durch den Einsatz einer Stichwaffe. Wiederum kann es entgegen der Entwurfsbegründung¹⁰ nicht richtig sein, nur auf die Person zu schauen, die die Verteidigungshandlung tatsächlich vollzieht. Vielmehr muss nach Maßgabe des Gebots zur Wahl des relativ mildesten Mittels auch hier eine Gesamtbetrachtung erfolgen. Das bedeutet: Nimmt der Angegriffene die Verteidigung nicht selbst vor, sondern überlässt sie dem Nothelfer, ist dieser auf die Mittel beschränkt, die dem Angegriffenen genügen würden.¹¹ Der Angegriffene kann die Grenzen seines Abwehrrechts nicht dadurch erweitern, dass er die Ausübung auf einen anderen überträgt. Er muss hier daher den Preis einer weniger effektiven Verteidigung zahlen – was freilich ohne weiteres möglich ist, da § 32 StGB zwar ein Recht zum Einsatz des effektivsten Mittels einräumt, aber keine entsprechende Pflicht auferlegt. Solange die Grenze des relativ mildesten Mittels nicht über- und die Grenze der Geeignetheit nicht unterschritten wird, bleibt der Angegriffene in der Wahl seines Verteidigungsmittels frei.

III. Zu den Einschränkungen des Nothilferechts

Folgefragen für das Nothilferecht werfen die im Regelungsentwurf vorgeschlagenen, freilich von der herrschenden Meinung jetzt schon anerkannten Einschränkungen des Notwehrrechts in den Fallgruppen der Rücksichtnahmepflichten und der provozierten Angriffe auf. Bei den Rücksichtnahmepflichten soll es der Entwurfsbegründung zufolge wie schon bei der Erforderlichkeit allein auf die Person des Verteidigers ankommen, bei der Nothilfe also auf die Person des Nothelfers.¹² Sei sie Beschützergarantin des Angreifers, sei ihr Nothilferecht eingeschränkt. Anderenfalls stehe ihr das volle Nothilferecht auch dann zu, wenn den Angegriffenen im Verhältnis zum Angreifer eine Garantenpflicht treffe. Beides vermag wiederum nicht zu überzeugen.

Zunächst zur Konstellation, in der der Nothelfer Beschützergarant des Angreifers ist. Die Kosten einer Rücksichtnahmepflicht träfen hier nicht den Nothelfer, sondern den Angegriffenen. Dieser hat an dem Pflichtenverhältnis zwischen Nothelfer und Angreifer jedoch nicht teil. Deshalb gibt es keinen Grund, seine Schutzinteressen hinter die Belange des Angreifers zurückzustellen und ihm ein Sonderopfer aufzuerlegen, wenn der Dritte freiwillig zum

Einschreiten bereit ist.¹³ Und in der umgekehrten Konstellation, in der das Notwehrrecht des Angegriffenen infolge einer diesen treffenden Garantenstellung eingeschränkt ist, muss dies aufgrund der Akzessorietät auch für das Nothilferecht gelten. (Freilich erscheint die Begründbarkeit einer solchen Einschränkung des Notwehrrechts durchaus zweifelhaft¹⁴). Maßgeblich für die Einschränkung des Nothilferechts ist daher nicht, ob den Nothelfer, sondern ob den Angegriffenen eine Rücksichtnahmepflicht trifft.

Zustimmung verdient die Entwurfsbegründung dagegen, wenn sie in den Fällen des provozierten Angriffs die Nothilfeeinschränkung nur bei einer Provokation seitens des Angegriffenen, nicht bei einer solchen seitens des Nothelfers bejaht.¹⁵ Geht die Provokation von letzterem aus, käme eine Nothilfeeinschränkung nur in Betracht, wenn er das als solches nicht eingeschränkte Verteidigungsrecht des Angegriffenen nicht vollumfänglich für diesen ausüben dürfte. Dafür gibt es aber keinen Grund. Zum einen hat der Angegriffene ein berechtigtes Interesse daran, dass ihm die bestmögliche Verteidigung zur Verfügung steht. Und zum anderen besteht kein schutzwürdiges Interesse des Angreifers, nur vom Angegriffenen und nicht vom Provokateur als Nothelfer verletzt zu werden.¹⁶

IV. Zur aufgedrängten Nothilfe

Einen Rechtfertigungsausschluss unter dem Gesichtspunkt des Verbots der aufgedrängten Nothilfe will der Regelungsentwurf nur anerkennen, wenn der Angegriffene auf den Schutz des betroffenen Rechtsguts wirksam verzichtet, das heißt kein Interesse an der Aufrechterhaltung seiner Rechtsposition mehr habe.¹⁷ Das rückt die aufgedrängte Nothilfe zumindest hart an die Einwilligung – jedenfalls in der Version der Rechtsschutzverzichts doktrin¹⁸ – heran; in diesen Fällen wird es jedoch zumeist schon an der Rechtswidrigkeit des Angriffs fehlen, so dass sich die Frage einer Rechtfertigung als Nothilfe mangels Nothilfelage von vornherein nicht stellt.

Im Übrigen plädiert die Entwurfsbegründung dafür, dass die Nothilfe *unabhängig* vom Willen des Angegriffenen zur Rechtfertigung führen soll.¹⁹ Begründet wird das insbesondere mit dem Argument der Unrechtsvertauschung.²⁰ Dessen Kern bildet die Annahme, dass das Unrecht der aufgedrängten Nothilfe allein in der Missachtung der Autonomie des Angegriffenen liege. Versage

¹⁰ Hoven/Mitsch, GA 2023, 241 (260).

¹¹ Dazu Engländer (Fn. 2), S. 284 ff. Ebenso Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 42; Sengbusch, Die Subsidiarität der Notwehr, 2008, S. 198 f.

¹² Hoven/Mitsch, GA 2023, 241 (260).

¹³ Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 32 Rn. 49. Ähnlich Kasiske, Jura 2004, 832 (837).

¹⁴ S. dazu Engländer (Fn. 2), S. 358 ff. Ebenso van Rienen (Fn. 4), S. 270 ff.; von Scherenberg, Die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr, 2009, S. 167 ff.; a.A. jedoch die h.M., vgl. BGH, NJW 1969, 802; BGH, NJW 1975, 62 (erheblich enger allerdings BGH, JZ 1984, 529; BGH, JZ 2003, 51, jeweils unter expliziter Offenhaltung, ob an dieser Einschränkung des § 32 StGB überhaupt festgehalten werden soll); Kühl (Fn. 4), § 7 Rn. 202 ff.; Erb, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 219 f.; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 53.

¹⁵ Hoven/Mitsch, GA 2023, 241 (260).

¹⁶ Engländer (Fn. 2), S. 370.

¹⁷ Hoven/Mitsch, GA 2023, 241 (259).

¹⁸ Vgl. BGHSt 17, 359 (360); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), Vorb. § 32 Rn. 10; Otto, FS Geerds, 1995, S. 603, 613; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. § 32 Rn. 33.

¹⁹ Hoven/Mitsch, GA 2023, 241 (259).

²⁰ Zu diesem bereits Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 1999, 444 (445). Zustimmung Seuring, Die aufgedrängte Nothilfe, 2004, S. 233 f.

man dem Nothelfer im Falle einer aufgedrängten Nothilfe die Rechtfertigung nach § 32 StGB, werde er aber nicht wegen dieser Autonomieverletzung, sondern wegen einer Verletzung der Rechtsgüter des Angreifers bestraft. Damit entspreche der Schuldpruch indes nicht mehr dem Unrecht der Tat.

Dieses Argument dringt nicht durch.²¹ Es trifft nicht zu, dass der Nothelfer, der mit seiner aufgedrängten Verteidigungshandlung dem Willen des Angegriffenen zuwiderhandelt, lediglich dessen Autonomie beeinträchtigt. Vielmehr schädigt er – ohne Legitimation – zugleich die Güter des Angreifers. Aus dem Umstand, dass der Angegriffene, begründet durch die Schutzfunktion seiner subjektiven Rechte, den Angreifer verletzt darf und deshalb ihm gegenüber kein Unrecht begeht, wenn er von dieser Befugnis Gebrauch macht, folgt nicht, dass ein Dritter, der über diese Erlaubnis nicht verfügt, gleichfalls kein Unrecht verwirklicht, wenn er an Stelle des Ersteren handelt. Hierfür ist es auch ohne Belang, dass der Angegriffene die Wahrnehmung seines Rechts dem Dritten überlassen könnte. Solange er das nicht tut, stellt das Verhalten des Dritten dem Angreifer gegenüber Unrecht dar. Bei dieser Bewertung handelt es sich auch um keine Besonderheit; vielmehr entspricht sie allgemeinen rechtlichen Zusammenhängen, wenn Eingriffsbefugnisse nur bestimmten Personen zukommen. Besonders deutlich lässt sich das am Beispiel staatlicher Zwangsbefugnisse illustrieren: Entnimmt nach einem Verkehrsunfall ein zufällig am Unfallort anwesender Arzt beim mutmaßlich alkoholisierten Unfallverursacher ohne hoheitliche Anordnung eine Blutprobe, maßt er sich nicht nur eine staatliche Kompetenz an; er verletzt zugleich ohne Rechtfertigung die körperliche Integrität des Betroffenen und begeht folglich diesem gegenüber ein Unrecht. Daran ändert auch nichts, dass eine anordnungsbefugte Person denselben Arzt mit einer Blutprobenentnahme hätte beauftragen können.

Vor dem Hintergrund der Akzessorietät der Nothilfe ist daher an dem Grundsatz festzuhalten, dass die Nothilfe dem Angegriffenen nicht gegen seinen Willen aufgedrängt werden darf.²² Eine Ablehnung der Nothilfe liegt freilich nicht bereits dann vor, wenn der Angegriffene auf

diese lediglich *verzichten* will.²³ Am Beispiel: Die von ihrem Ex-Gatten angegriffene Frau möchte aus Sorge um ihren neuen Partner nicht, dass dieser einschreitet. Hier geht es der Angegriffenen der Sache nach nur darum, den Dritten von einem Beistand freizustellen, ihn also von etwaigen rechtlichen oder moralischen Hilfspflichten zu entbinden. So verhält es sich auch in dem in der Entwurfsbegründung angeführten Autodiebstahls-Beispiel,²⁴ so dass dieses nicht dazu taugt, eine wertungsmäßige Unangemessenheit des Verbots der aufgedrängten Nothilfe aufzuzeigen. Als Ablehnung der Nothilfe zählt es erst, wenn der Angegriffene dem Dritten das Einschreiten *untersagen* will und diesen Wunsch ausdrücklich oder konkludent äußert.²⁵ Am Beispiel: Die von ihrem Ex-Gatten angegriffene Frau möchte diesen aus alter Verbundenheit vor Verletzungen schützen oder fürchtet für den Fall der Gegenwehr eine Eskalation und verbietet deshalb ihrem neuen Partner einzugreifen.

Dass vom grundsätzlichen Verbot der aufgedrängten Nothilfe gewisse Ausnahmen anzuerkennen sind, etwa wenn dem Angegriffenen die Fähigkeit fehlt, die Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung zu überblicken, wenn er sich in einem Irrtum befindet oder – womöglich – wenn der Angriff sich gegen Rechtsgüter richtet, in deren Verletzung ihr Inhaber nicht einwilligen könnte, kann hier nur pauschal erwähnt werden.²⁶ Dieser Umstand ändert aber nichts an der prinzipiellen Richtigkeit des genannten Verbots und sollte keineswegs als Anlass gesehen werden, den Grundsatz – wie vom Regelungsentwurf propagiert – weitestgehend aufzugeben.

V. Abhängigkeit von der Ratio der Notwehr

Zuzugeben ist, dass die Validität der vorgebrachten Kritikpunkte jedenfalls zum Teil auch davon abhängt, welcher Notwehrkonzeption man im Einzelnen folgt. Die unterschiedlichen Begründungsmodelle²⁷ wirken sich selbstverständlich auch auf das Verständnis der Nothilfe aus. Das betrifft auch und gerade die Frage der Akzessorietät der Nothilfe. Diese Grundsatzdebatte über die Ratio der Notwehr auch nur anzureißen, wäre freilich ein Thema mindestens für einen weiteren Kommentar.

²¹ Näher *Engländer* (Fn. 2), S. 114 f.

²² BGHSt 5, 245 (247 f.); *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), § 32 Rn. 11; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 32 Rn. 12; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 182 f.; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 32 Rn. 84; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 25 f.

²³ Dazu *Engländer* (Fn. 2), S. 102.

²⁴ *Hoven/Mitsch*, GA 2023, 241 (259).

²⁵ Fehlt es an einer Willenskundgabe, ist auf den mutmaßlichen Willen des Angegriffenen abzustellen. Näher *Engländer* (Fn. 2), S. 102 ff., 105 ff. S. außerdem *Kaspar*, JuS 2014, 769 (771); *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 183; *Seeberg* (Fn. 2), S. 154 ff.

²⁶ Ausf. hierzu *Engländer* (Fn. 2), S. 112 ff. Zusammenfassend *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 32 Rn. 36. S. auch *Kaspar*, JuS 2014, 769 (773 ff.).

²⁷ Überblick bei *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 32 Rn. 2 ff.

Kommentar zum Regelungsentwurf des § 33 E-StGB – Notwehrexzess und Putativnotwehrexzess

Von Prof. Dr. Anna H. Albrecht*

Abstract

Der Text analysiert den Gesetzesentwurf des Kriminalpolitischen Kreises zur Regelung des Notwehrexzesses und des Putativnotwehrexzesses, veröffentlicht unter Hoven/Mitsch in GA 2023, S. 241 ff., ausgehend vom aktuellen Diskussionsstand in Rechtsprechung und Literatur. Im Schwerpunkt widmet er sich dem Anwendungsbereich des Regelungsvorschlags, insbesondere der Reichweite des intensiven Notwehrexzesses, der Erfassung des extensiven Notwehrexzesses sowie den Voraussetzungen eines entschuldigenden Putativnotwehrexzesses. Er beruht auf einem Kommentar, den die Verfasserin im Juni 2023 auf dem Online-Workshop „Ein neues Konzept der Notwehr“ des kriminalpolitischen Kreises gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

Based on the current state of discussion in jurisprudence and literature, the text analyses the proposed regulation on “Notwehrexzess” (excess of self-defence) and “Putativnotwehrexzess” (excess of putative self-defence), as drafted by the Kriminalpolitischer Kreis and published under Hoven/Mitsch in GA 2023, p. 241 ff. It focuses on the scope of application of the proposed regulation, in particular the breadth of the intensive “Notwehrexzess”, the inclusion of the extensive “Notwehrexzess” as well as the preconditions of an excusable “Putativnotwehrexzess”. It is based on a commentary given by the author in June 2023 at the online workshop “A new concept of self-defence” of the Kriminalpolitischer Kreis. The style of the presentation has been maintained.

I. Einleitung

Es ist zu begrüßen, dass der Entwurf erforderliche Klarstellungen leistet, indem er die wohl zentrale Streitfrage zur Reichweite des Notwehrexzesses – diejenige, ob auch der extensive Exzess erfasst ist – entscheidet und den Putativnotwehrexzess einer gesetzlichen Regelung zuführt. Einzelne Fragestellungen lässt der Entwurf m.E. aber noch offen.

Dabei muss ich darauf hinweisen, dass ich natürlich nicht sämtliche Diskussionszusammenhänge des Kriminalpolitischen Kreises kenne. Insoweit möchte ich mich dem Ganzen auf der Grundlage des von Hoven/Mitsch in GA 2023, S. 241 ff. veröffentlichten Entwurfs samt Begründung und aus der Perspektive des aktuellen allgemeinen Diskussionsstandes nähern.

II. Zu § 33 Abs. 1 E-StGB – Regelung des Notwehrexzesses

Hinsichtlich des Notwehrexzesses ist eine jegliche Klärung, die der Entwurf vornimmt, schon deswegen besonders wertvoll, weil die zusätzlichen Einschränkungen, die der Entwurf in § 32 Abs. 2 StGB dem Notwehrrecht setzt, den Anwendungsbereich des Notwehrexzesses breiter und dessen Regelung umso bedeutsamer werden lassen.

1. Zur Rechtsfolge

Nicht in Frage zu stellen ist insoweit die Klarstellung, dass bei Vorliegen eines Notwehrexzesses der/die Täter:in ohne Schuld handelt – das ist weitgehend konsentiert.¹ Der Entwurf wirft aber durchaus die Frage auf, wie dieses Nichtvorliegen von Schuld begründet ist. Darauf werde ich in anderem Zusammenhang zurückkommen.

2. Zum intensiven Notwehrexzess

In Bezug auf den auch bisher unstreitig erfassten intensiven Notwehrexzess schafft der Entwurf zu § 32 StGB Bedarf zu der Klarstellung, ob auch die zusätzlichen Beschränkungen aus seinem Absatz 2 Satz 2 zu den Grenzen des Notwehrrechts i.S.v. § 33 Abs. 1 StGB zu zählen sind. Denn ausweislich der Entwurfsbegründung sollen damit noch Voraussetzungen² und keine Einschränkungen des Notwehrrechts formuliert werden, die bisher als Grenzen i.S.d. geltenden § 33 StGB verstanden wurden. Mit dem groben Missverhältnis wird aber eine vormalige Fallgruppe der Gebotenheit im herkömmlichen Sinne aufgegriffen.

Auch vor dem Hintergrund des geltenden Gesetzes mag man zweifeln, ob die Fallgruppe des groben Missverhältnisses überhaupt taugliches Einfallstor für die Anwendbarkeit von § 33 StGB ist. Oft ist schlicht zu lesen, dass eine vollständig disproportionale Verteidigung, mag sie auch erforderlich sein, durch Notwehr nicht gerechtfertigt ist.³ In der Regel wird man aber zu der Einschätzung gelangen, dass eine weniger sichere, aber dafür auch weniger einschneidende Verteidigung als Notwehr gerechtfertigt gewesen wäre und damit eine im Vergleich zu intensive Verteidigung vorgelegen hat.

* Die Verfasserin ist Professorin für Straf- und Strafverfahrensrecht an der Universität Potsdam.

¹ Ausführlich dazu Zieschang, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2020), § 33 Rn. 1 ff.; Albrecht, GA 2013, 369 (370 ff.), jeweils m.w.N.

² Hoven/Mitsch, GA 2023, 241 (247).

³ Etwa Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 50.

Damit ließe das geltende Recht Raum für eine Anwendbarkeit des § 33 StGB, wenn der/die Täter:in eine erforderliche, aber grob unverhältnismäßige Verteidigung wählt. Sieht man dies aufgrund der abweichenden Kategorisierung des krassen Missverhältnisses in diesem Entwurf anders, so wäre dem /der Täter:in in solchen Konstellationen das Notwehrrecht schon deswegen versagt, weil es an seinen Voraussetzungen fehlt. Straffreiheit würde ihm nur dann gewährt, wenn seinem Verhalten eine Fehlvorstellung über das tatsächliche Vorliegen der Notwehrvoraussetzungen, also ein Erlaubnistatumsirrtum, zugrunde liegt, der auch in einem Verkennen der tatsächlichen Voraussetzungen des krassen Missverhältnisses liegen kann. Zu denken wäre an Fälle, in denen der/die Täter:in aufgrund einer Fehlvorstellung in tatsächlicher Hinsicht den Wert der verteidigten Rechtsgüter überschätzt oder denjenigen der Rechtsgüter, die sie mit ihrer Verteidigung schädigt, unterschätzt. So mag sie auf die Entfernung hin verkennen, dass das in ihre Richtung gerichtete Luftgewehr der angreifenden Person allenfalls ihren Zaun beschädigen, nicht aber ihr das Leben wird nehmen können, oder bei Abfeuern eines tödlichen Projektils mit einer Waffe davon ausgehen, dass lediglich Tränengas ausströmen und die Augen der angreifenden Person reizen wird. Berührt ist damit das Verhältnis zwischen Erlaubnistatbestandsirrtum und Notwehrexzess.⁴ Jedenfalls in Fällen einer bewussten Überschreitung der Proportionalität wäre der/die Exzedent:in strafbar.

3. Zum extensiven Exzess

Den Streit um die Erfassung des *extensiven* Notwehrexzesses entscheidet der Entwurf zugunsten der weitesten Lösung, die nicht nur den nachzeitigen, sondern auch den vorzeitigen extensiven Exzess unter § 33 StGB fasst.⁵

Aufgeworfen ist damit allerdings die Frage, wie diese – in traditioneller Terminologie – Entschuldigung begründet wird. Herrschend ist die Begründung mit einer doppelten Schuldinderung: Die Notwehrlage verringere das Unrecht der Tat und damit auch deren Schuldgehalt; der in dem asthenischen Affekt begründete psychische Ausnahmezustand bewirke eine weitere Schuldinderung, die zusammen mit der vorgenannten das Maß der Schuld unter die Grenze des Strafwürdigen und -bedürftigen dränge.⁶ Auf dieser Grundlage wird gegen das Entfallen der Schuld beim vorzeitigen Exzess eingewandt, dass es, solange noch kein Angriff vorliegt, an einer der beiden Säulen der Entschuldigung fehle.⁷

Diesem Fehlen eines Angriffs im Zeitpunkt der Exzesshandlung trägt der Entwurf nur sprachlich Rechnung. Die Entschuldigung wird dementsprechend wohl maßgeblich mit dem asthenischen Affekt begründet.⁸ Daher droht ihm

seitens u.a. des herrschenden Exzesskonzepts die kritische Frage, ob der asthenische Affekt das Entfallen der Schuld hinreichend zu begründen vermag, insbesondere ob dies konsistent ist etwa im Vergleich zu § 35 StGB, der nach herrschender Auffassung ebenfalls durch eine vergleichbare doppelte Schuldinderung begründet ist,⁹ und zu § 20 StGB, der den Ausschluss der Schuld in psychischen Ausnahmesituationen unabhängig von einer Unrechtsminderung festhält.¹⁰ Auch die Binnenstimmigkeit des § 33 Abs. 1 StGB wäre betroffen – wenn beim vorzeitigen Exzess kein Angriff vorliegen muss, wieso dann beim intensiven Notwehrexzess, und wieso muss er beim extensiven Exzess zumindest kurz bevorstehen oder gerade erst vorüber sein? Der Entwurf zieht ergänzend die Verantwortlichkeit des Angreifers oder der Angreiferin für das Geschehen zur Begründung heran. Diese mag aber im Vorfeld des Angriffs noch nicht so eindeutig sein.

Das leitet über zu einer weiteren Frage zum vorzeitigen Exzess: Erfassen soll dieser nach dem Entwurf die Zeitspanne „unmittelbar vor [...] dem Angriff“.¹¹ Nun ist nach gängiger Definition ein Angriff bereits dann gegenwärtig, wenn die durch menschliches Verhalten drohende Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen unmittelbar bevorsteht;¹² darunter wird etwa ein dem Versuchsbeginn unmittelbar vorgelagertes Verhalten gefasst.¹³ Der Zeitrahmen des vorzeitigen extensiven Exzesses wäre also durch eine doppelte, wenn der Maßstab des Versuchsbeginns herangezogen wird, gar dreifache Unmittelbarkeit gekennzeichnet. Wie ist diese zu bestimmen? Und ist die Situation, ist die Verantwortlichkeit des (mutmaßlichen) Angreifers oder der Angreiferin dann stets so eindeutig, dass die Milde des § 33 StGB sachgerecht ist?

4. Zum bewussten Exzess

Schließlich legt der Entwurf nicht fest, ob nur der unbewusste oder – so die ganz h.A. – auch der bewusste Notwehrexzess entschuldigt ist.¹⁴ Für die Praxis mag dies schon aus Beweisgründen kaum von Bedeutung sein; dogmatisch würde es eine Einordnung des Notwehrexzesses erleichtern.

III. Zu § 33 Abs. 2 E-StGB – Regelung des Putativnotwehrexzesses

Die Regelung in § 33 Abs. 2 des Entwurfs zielt darauf ab, dem Streit, um die rechtliche Behandlung des Putativnotwehrexzesses ein Ende zu setzen. Sie erkennt auch diesen als Entschuldigungsgrund an, unterwirft ihn aber naturgemäß weiteren Voraussetzungen als den Notwehrexzess: der Unvermeidbarkeit der Fehlvorstellung über das tatsächliche Vorliegen einer Notwehrlage sowie der Verant-

⁴ Siehe dazu *Albrecht*, GA 2013, 369 ff.

⁵ *Hoven/Mitsch*, GA 2023, 241 (261).

⁶ Statt vieler *Erb*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl. (2020), § 33 Rn. 2; *Rogall*, in: *SK-StGB*, 9. Aufl. (2017), § 33 Rn. 2; *Rudolphi*, JuS 1969, 461 (462 f.); *Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 33 Rn. 3 jeweils m.w.N.; für einen Überblick auch über weitere Begründungsmodelle siehe *Albrecht*, GA 2013, 369 (370 ff.).

⁷ *Hoyer*, in: *SK-StGB*, § 33 Rn. 12; *Rosenau*, in: *SSW-StGB*, 5. Aufl. (2021), § 33 Rn. 6; i.Erg. a. der *BGH*, etwa in *NStZ* 2002, 141.

⁸ Vgl. *Hoven/Mitsch*, GA 2023, 241 (261).

⁹ *Rogall*, in: *SK-StGB*, § 35 Rn. 2 f.; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 35 Rn. 2; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, § 35 Rn. 5.

¹⁰ Vgl. *Albrecht*, GA 2013, 369 (371 f.) m.w.N.

¹¹ *Hoven/Mitsch*, GA 2023, 241 (261).

¹² *Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 33 Rn. 3.

¹³ *Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 33 Rn. 14.

¹⁴ Siehe dazu *Theile*, JuS 2006, 965 ff.; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, § 33 Rn. 23.

wortlichkeit der verletzten Person für ebendiese Fehlvorstellung.

Diese Differenzierung zwischen Notwehrexzess und Putativnotwehrexzess wird aus der Verantwortlichkeit des Opfers der Exzesstat abgeleitet, die beim Notwehrexzess in dem tatsächlich vorliegenden Angriff begründet ist, während es beim Putativnotwehrexzess an einer solchen Verantwortlichkeit fehlen kann.¹⁵ An der Leitlinie der Verantwortlichkeit gestaltet der Entwurf dementsprechend auch die Einzelheiten der Entschuldigung aus, indem er eben die Verantwortlichkeit der verletzten Person für den Irrtum des/der Exzesstätter:in verlangt. Das Ergebnis ist eine Regelung, die strenger ist als die §§ 17, 35 Abs. 2 StGB und damit als die Mehrzahl der bisherigen Ansätze zur Behandlung des Putativnotwehrexzesses: Eine Anwendung sowohl von § 17 StGB¹⁶ als auch § 35 Abs. 2 StGB analog¹⁷ ließe allein die Unvermeidbarkeit der Fehlvorstellung genügen. Am ehesten findet die Konzeption des Entwurfs ihre Parallele in derjenigen u.a. von *Roxin/Greco*, denen zufolge § 33 StGB auf den Putativnotwehrexzess jedenfalls dann analog angewendet werden soll, „wenn ausnahmsweise der Irrende schuldlos ist und das Opfer des Exzesses (...) die alleine Verantwortung für die Situation trägt“¹⁸ – nämlich dann, wenn man das Urteil der Schuldlosigkeit und alleinigen Verantwortung des Exzessopfers anhand desselben Maßstabs fällt wie dasjenige der Unvermeidbarkeit der Fehlvorstellung für den Exzedenten.

Der Anwendungsbereich des § 33 Abs. 2 des Entwurfs dürfte, überträgt man die herrschend restriktive Auslegung zu § 17 StGB, schmal sein. Zu hinterfragen ist zudem, ob dieser strengere Maßstab insbesondere gegenüber demjenigen des § 17 StGB angemessen ist und wie er sich in die Anforderungen sonstiger Verantwortungsaus-schlüsse einfügt. So ist dem/der Exzesstätter:in nach der Wertung des § 33 StGB – sowohl im geltendem Recht wie nach Absatz 1 des Entwurfs – angesichts seiner asthenischen Affekte besonderes Verständnis entgegenzubringen; straflos ist er nach § 33 Abs. 2 E-StGB aber nur bei kumulativem Vorliegen der Unvermeidbarkeit wie der Verantwortlichkeit seines Opfers. Demgegenüber ist der/die Verbotsirrende, der/die anders als der/die bewusste Exzedent:in eine fehlerhafte Vorstellung von Recht und Unrecht aufweist, schon bei bloßer Unvermeidbarkeit seines Irrtums auch jenseits von psychischen Ausnahmesituationen und unabhängig von der Verantwortlichkeit des Opfers straflos.

Und schließlich ist in rein sprachlicher Hinsicht zu überdenken, ob die Bezugnahme des § 33 Abs. 2 E-StGB auf ein Überschreiten der Grenzen des Notwehrrechts aus § 33 Abs. 1 E-StGB sinnvoll ist, wenn mangels Angriffs gar kein Notwehrrecht besteht.

¹⁵ Herrschend wird auch hier mit der Unrechtsminderung argumentiert, die beim Notwehrexzess in der Notwehrlage begründet ist, beim Putativnotwehrexzess hingegen fehlt, etwa *Erb*, in *MüKo-StGB*, § 33 Rn. 18.

¹⁶ *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 52. Aufl. (2022), Rn. 704; *BGH*, NJW 1968, 1885.

¹⁷ *Eisele*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, 13. Aufl. (2021), § 18 Rn. 69; *Hardtung*, ZStW 108 (1996), 26, (56 ff.); *Sauren*, in: *Jura* 1988, 567 (572).

¹⁸ *Roxin/Greco*, AT I, 5. Aufl. (2020), § 22 Rn. 96; siehe a. *Hoyer*, in: *SK-StGB*, § 33 Rn. 25 ff.; *Kindhäuser*, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. (2017), § 33 Rn. 17.

Versammlungsfreiheit und Notwehr

Dogmatische Betrachtungen an der Schnittstelle von Verfassungsrecht und Strafrecht am Beispiel von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten

Von Prof. Dr. Christian Ernst*

Abstract

Straßenblockaden von Klimaaktivisten stellen in aller Regel Versammlungen gemäß Art. 8 GG dar. Gehen dadurch beeinträchtigte Verkehrsteilnehmer gegen die Versammlungsteilnehmer vor, wird eine Einordnung als Notwehr nach § 32 StGB diskutiert. Der Beitrag untersucht das Verhältnis zwischen den Voraussetzungen der Notwehr und den versammlungsrechtlichen Befugnissen der Versammlungsbehörde. Ob es sich beim Versammlungsgeschehen um eine Nötigung handelt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Insgesamt zeigt sich bei diesen Betrachtungen, dass das Instrument der Notwehr strukturelle Defizite aufweist, die es als nicht geeignet für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Grundrechtsausgleich erscheinen lassen.

Roadblocks by climate activists generally constitute assemblies under Article 8 of the German Basic Law. When affected road users take action against the assembly participants, a classification as self-defence according to § 32 StGB (German Criminal Code) is discussed. The article examines the relationship between the prerequisites of self-defence and the powers of the assembly authorities under assembly law. Whether an assembly constitutes a case of coercion under § 240 StGB (German Criminal Code) depends on the circumstances of the individual case. Overall, these considerations show that the instrument of self-defence under § 32 StGB (German Criminal Code) has structural deficits and therefore appears unsuitable for balancing fundamental rights as required by the constitution.

I. Einleitung

Nach Art. 8 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Die Inanspruchnahme dieser grundrechtlichen Freiheit kann auf vielfältige Weise mit der Rechtsausübung Dritter in Konflikt geraten. Dies

geschieht aktuell in erheblichem Maße in solchen Situationen, in denen sich Klimaaktivisten zum Protest gegen ihrer Ansicht nach ausbleibende Maßnahmen zum Klimaschutz auf Straßen festkleben. Immer wieder lässt sich beobachten, dass dadurch beeinträchtigte Verkehrsteilnehmer sich selbst helfen und mit Gewalt gegen die blockierenden Versammlungsteilnehmer vorgehen. In der allgemeinen politischen Diskussion hat dies die Frage aufgeworfen, ob Notwehr gegen Straßenblockaden zulässig ist.¹ Dieser Beitrag versucht auf diese Frage eine Antwort zu geben, die auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen und Wertungen adäquat berücksichtigt.

II. Grundlagen der grundrechtlichen Versammlungsfreiheit

Bei der Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG handelt es sich um ein klassisch individuelles Grundrecht, das aber auch Elemente demokratischer Mitwirkung enthält.² Ebenso wie die Meinungsfreiheit gehört auch die Versammlungsfreiheit zu den Kommunikationsgrundrechten.³ Nach dem *BVerfG* ist die Versammlungsfreiheit „für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung konstituierend“, „zählt zu den unentbehrlichen Funktionselementen demokratischen Gemeinwesens“ und stellt ein „wesentliches Element demokratischer Offenheit“ dar.⁴

Die Anwendung der Versammlungsfreiheit setzt voraus, dass diejenigen, die ihren Schutz beanspruchen, körperlich zusammenkommen.⁵ Das bedeutet zwangsläufig, dass die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit von Natur aus mit einer körperlichen Präsenz einhergeht, in der auch ein gewisses Macht- oder sogar Aggressionspotenzial zum Ausdruck kommen kann.⁶ Nicht alleine aus diesem Grund ist der Umgang mit Versammlungen selbst ein Indikator für den gesellschaftlich-politischen Zustand eines Gemeinwesens; dies betrifft sowohl die Themen von Versammlungen aber ebenso auch die Reaktionen durch

* Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht (einschl. Vergaberecht) an der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg/Universität der Bundeswehr.

¹ Rechtswissenschaftlich dazu *Gafus*, Gewaltfantasien und Gewaltmonopol, Verfassungsblog, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/gewaltfantasien-und-gewaltmonopol/> (zuletzt abgerufen am 1.10.23); *Mitsch*, DAR 2023, 234 (235 f.); *Preuß*, NZV 2023, 60 (72 ff.).

² Ausführlich dazu *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 8 Rn. 10 ff.

³ BVerfGE 69, 315 (345); *Kaiser*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. (2023), Art. 8 Rn. 20.

⁴ BVerfGE 69, 315 (Ls. 1, 344, 346); 128, 226 (250).

⁵ *BVerfG*, NVwZ 2020, 711 (Rn. 18); *Blanke*, in: Stern/Becker, GG, 3. Aufl. (2019), Art. 8 Rn. 20. Überzeugend gegen einen Schutz von virtuellen Zusammenkünften *AG Frankfurt a. M.*, MMR 2005, 863 (866); *Deppenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL (Mai 2023), Art. 8 Rn. 46; *Schneider*, in: BeckOK-GG, 56. Ed. (15.8.2023), Art. 8 Rn. 11.3; a.A. *Möhlen*, MMR 2013, 221 (227 ff.); *Giesen/Kersten*, NZA 2018, 1 (6).

⁶ *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 8 Rn. 10; vgl. BVerfGE 69, 315 (345); *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 8 Rn. 10.

Behörden, Gesellschaft und Politik.⁷ Die Versammlungsfreiheit dient deshalb auch gerade dem Schutz von Minderheiten.⁸ Es darf nicht unterschätzt werden, in welchem erheblichem Ausmaß die Diskussion über Versammlungen in sozialen Netzwerken und die klassische Berichterstattung in den Medien den Blick auf Versammlungen beeinflussen kann und einzelne Positionen dadurch in der öffentlichen Wahrnehmung überrepräsentiert werden können.⁹ Dies kann dazu führen, dass die Stimmung im Umgang mit Versammlungen in erheblichem Maße gereizt ist; die öffentliche Auseinandersetzung mit den oben schon angesprochenen Versammlungen von Klimaaktivisten mag davon zeugen. Bei der Versammlungsfreiheit handelt es sich deshalb um eines der Grundrechte, bei dem die Bewertung seiner Ausübung im Einzelfall erheblich von solchen Eindrücken und der eigenen Position zum Anliegen geprägt ist.

Art. 8 GG garantiert ein Selbstbestimmungsrecht für die Veranstalter, die über Zeit, Ort und Modalitäten der Versammlung selbst entscheiden können.¹⁰ Ein *numerus clausus* erlaubter Versammlungsformen existiert nicht, vielmehr ist das Grundrecht durch Typenfreiheit gekennzeichnet.¹¹ Eine Genehmigung oder Erlaubnis setzt die selbstbestimmte Ausübung der Versammlungsfreiheit ausweislich des Wortlauts nicht voraus.¹² Der Schutz des Grundrechts setzt aber voraus, dass die Versammlung friedlich und ohne Waffen stattfindet. Greift der Schutz der Versammlungsfreiheit ein, können behördliche Einschränkungen für versammlungsspezifische Maßnahmen nur noch über das einfache Versammlungsrecht (im Folgenden wird auf das Versammlungsgesetz des Bundes abgestellt) erfolgen. Der Grundsatz der Polizeifestigkeit lässt Eingriffe, die auf andere Rechtsgrundlagen gestützt werden, nicht zu.¹³ Als spezielles Ordnungsrecht verdrängt das einfache Versammlungsgesetz andere Eingriffsgrundlagen.¹⁴ Das bedeutet, dass Versammlungen so lange von den Behörden nur mit den Mitteln des Versammlungsgesetzes adressiert werden können, wie sie nach einfachem Recht nicht verboten oder aufgelöst sind. Letzteres erfolgt über § 15 Abs. 1, 3 VersG (Verbot im Vorfeld: Abs. 1, Auflösung einer laufenden Versammlung: Abs. 3). Die relevanteste Tatbestandsvariante dieser Ermessensvorschrift setzt voraus, dass die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist. Im Falle von sog. Eil- und Spontanversammlungen (Entschluss zur Durchführung weniger als 48 Stunden bzw. weniger als

24 Stunden vor der Durchführung getroffen) ändert sich diese Systematik nicht.

III. Notwehr gegen Versammlungsteilnehmer – Straßenblockaden

1. Schutz der Versammlungsfreiheit in Fällen der Straßenblockade

Das sitzende Sich-Versammeln auf der Straße zum Zweck des Protests gegen die aktuelle Klimaschutzpolitik stellt sich in aller Regel als eine Versammlung i.S.d. Art. 8 GG dar. Nach dem engen Versammlungsbegriff, den das *BVerfG* zugrunde legt, ist eine Versammlung eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zwecks gemeinsamer Willensbildung und -äußerung mit dem Ziel der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung.¹⁵ Diese Voraussetzungen sind typischerweise bei den fraglichen Straßenblockaden erfüllt. Die Kritik an der aktuellen Klimaschutzpolitik stellt sich als eine gemeinsame Willensäußerung dar, die durch Transparente und Äußerungen Dritten mitgeteilt wird und so an der öffentlichen Meinungsbildung teilhaben soll. Die konkrete Gestaltung des Protests durch Sitzen auf einer öffentlichen Straße ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und der inhaltlichen Offenheit der Versammlungsfreiheit.

Die körperliche Anwesenheit der Teilnehmer am Versammlungsort führt zwangsläufig dazu, dass andere den Veranstaltungsort zur selben Zeit nicht nutzen können. Bei dieser tatsächlichen Ausschlusswirkung, die im Falle einer Massendemonstration auf einer Straße ebenso eintreten kann wie beim Ankleben einer Handvoll von Personen, handelt es sich um eine immanente und zwangsläufige Folge einer Versammlung i.S.d. Art. 8 GG, weil diese die körperliche Zusammenkunft voraussetzt.¹⁶ Einem grundrechtlichen Schutz steht dies nicht entgegen. Nach dem *BVerfG* ist aber nicht nur diese faktisch zwangsläufige Blockade, die potenziell bei jeder Versammlung entstehen kann, sondern auch die zielgerichtete Behinderung Dritter legitimer Ausdruck der Versammlungsfreiheit, solange eine passive Resistenz gewahrt bleibt.¹⁷ Dies wird auch grundsätzlich nicht in Frage gestellt, wenn eine Blockade unter Zuhilfenahme von physischen Hindernissen erfolgt, solange sich die beteiligten Personen auf Passivität beschränken, keine aggressiven und erheblichen physischen Einwirkungen erzeugen und kein Hindernis mit Zwangswirkung durch eine körperliche Kraftentfaltung

⁷ Ernst, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 8 Rn. 14; vgl. Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 8 Rn. 11.

⁸ BVerfGE 69, 315 (343 ff.); Hoffmann-Riem, in: Denninger, GG, 3. Aufl. (2002), Art. 8 Rn. 5.

⁹ Vgl. Hoffmann-Riem, in: Denninger, GG, Art. 8 Rn. 8.

¹⁰ BVerfGE 69, 315 (343); 87, 399 (406); 104, 92 (108, 111); 110, 77 (90); 128, 226 (251).

¹¹ Allgemein BVerfG, NVwZ 2011, 422 Rn. 19; BVerfG, NVwZ 2017, 461 Rn. 110.

¹² Zur Bedeutung der Anmeldepflicht des § 14 VersG Ernst, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 8 Rn. 88 m.w.N.

¹³ BVerfG, NVwZ 2005, 80 (81); BVerwGE 82, 34 (38); 129, 142 Rn. 30; VGH Mannheim, NVwZ 1998, 761 (763); Kniesel, in: Dietel/Gintzel/ders., Versammlungsgesetze, 18. Aufl. (2019), Teil I Rn. 392 ff.; Hoffmann-Riem, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte IV (2011), § 106 Rn. 101 ff.

¹⁴ Für die Abwehr versammlungsunspezifischer Gefahren gilt der Vorrang wegen Spezialität des Versammlungsrechts nicht und es kommen auch andere Rechtsgrundlagen in Betracht, etwa das allgemeine Ordnungsrecht oder das Baurecht.

¹⁵ BVerfGE 104, 92 (104); 111, 147 (154); 128, 226 (250); 143, 161 Rn. 110; BVerfG, NVwZ 2004, 1453 Rn. 11; BVerwGE 129, 42 Rn. 15.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 69, 315 (353); Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 8 Rn. 77; Kaiser, in: Dreier, GG, Art. 8 Rn. 33.

¹⁷ BVerfGE 73, 206 (248); 76, 211 (215 ff.); 87, 399 (406); 104, 92 (104 f.); BVerfGK 11, 102 (114); Höfling, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 8 Rn. 33; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 8 Rn. 8; a.A. Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 8 Rn. 66. Fehlt es an der passiven Resistenz, droht die Unfriedlichkeit der Versammlung und damit der Verlust des grundrechtlichen Schutzes.

errichtet wird.¹⁸ Das reine Ankleben und passive Verbleiben an diesem Ort kann zwar als physisches Hindernis eingeordnet werden, die Grenze der Passivität ist damit aber nicht überschritten; es besteht insofern keine Parallelität zwischen dem Ausschluss der grundrechtlichen Gewährleistung nach Art. 8 Abs. 1 GG und dem Gewaltbegriff des § 240 StGB.¹⁹ Das Ankleben und der Klebstoff können mangels Schutzwirkung auch nicht als „Schutzwaffe“ eingeordnet werden, wobei es ohnehin recht fraglich ist, ob solche Schutz Waffen dem Waffenbegriff des Art. 8 GG unterfallen. Solange also keine Auflösung der Straßenblockade nach § 15 VersG erfolgt ist, handelt es sich bei den Sitzblockaden regelmäßig um eine zulässige Ausübung der Versammlungsfreiheit.²⁰

2. Strafrechtliche Notwehr als Schranke der Versammlungsfreiheit

Die Frage, ob gegen eine Versammlung i.S.d. Art. 8 GG Notwehr gemäß § 32 StGB geübt werden kann, hängt in einem ersten Schritt davon ab, ob die mit einer Versammlung einhergehenden Handlungen einen rechtswidrigen Angriff auf rechtlich geschützte Interessen derjenigen Person, die sich verteidigen möchte, darstellt. Die folgenden Überlegungen sollen nicht auf die rechtlich geschützten Interessen, die möglicherweise verletzt sind, gerichtet werden, sondern stattdessen die Rechtswidrigkeit des möglichen Angriffs, also der Versammlung, in den Blick nehmen. Ein Angriff kann als rechtswidrig eingeordnet werden, wenn er objektiv im Widerspruch zur Rechtsordnung steht, auf das Erfüllen eines strafrechtlichen Tatbestands kommt es nicht an.²¹ Bis zu der Auflösung einer Versammlung handelt es sich, wie gesehen, um eine zulässige Grundrechtsausübung. Im Ausgangspunkt spricht dies erst einmal gegen die Annahme eines rechtswidrigen Angriffs.

a) Rechtswidriger Angriff gemäß § 32 Abs. 2 StGB und Tatbestandsvoraussetzungen Versammlungsauflösung nach § 15 VersG

aa) Rechtswidrigkeit nach § 32 Abs. 2 StGB bei Vorliegen der Auflösungs Voraussetzungen des § 15 VersG?

Denkbar wäre es aber, dass sich die Rechtswidrigkeit i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB eines Versammlungsgeschehens dadurch ergibt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der Auflösung einer Versammlung nach § 15 Abs. 3 VersG gegeben sind. Das würde bedeuten, dass dann, wenn eine Behörde eine Versammlung auflösen könnte (unabhängig davon, ob das tatsächlich geschieht), zugleich auch die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit

gemäß § 32 Abs. 2 StGB bestehen würden. Angesetzt wird damit an einem Konkurrenzverhältnis zwischen privaten Notwehrbefugnissen und dem staatlichen Eingriffsregime, das, soweit ersichtlich, bislang kaum diskutiert oder praktisch relevant wurde.²²

Im Rahmen des Tatbestands des § 15 Abs. 3 VersG kommt zuvörderst eine Auflösung aufgrund fehlender Anmeldung der Versammlung in Betracht. Zwar fehlt es bei den fraglichen Protesten von Klimaaktivisten regelmäßig an einer Anmeldung nach § 14 VersG. Deswegen wird sich etwa auf die Institute der Eil- oder Spontanversammlung berufen. Mittlerweile ist aber anerkannt, dass allein eine fehlende Anmeldung für das Auflösen einer Versammlung nicht ausreicht und der Wortlaut des § 15 Abs. 3 VersG an dieser Stelle verfassungskonform auszulegen ist.²³ Der Umstand einer fehlenden Anmeldung kann deshalb schon von vornherein keine Notwehrbefugnisse begründen.

Bei Straßenblockaden wird aber grundsätzlich eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nach § 15 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 VersG bestehen. Dies hängt zwar von der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „Gefahr“ und „öffentliche Sicherheit“ im Einzelfall ab, doch kann sich eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in solchen Fällen etwa schon durch das Blockieren auf der Straße und die damit verbundene Beeinträchtigung des Verkehrs ergeben. Dass Straßenblockaden nach dem oben Gesagten zugleich dem sachlichen Schutzbereich der Versammlungsfreiheit unterfallen, steht dem nicht entgegen; bei einer Auflösung nach § 15 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 VersG handelt es sich um eine gesetzlich vorgesehene Einschränkung der Versammlungsfreiheit.

Es gibt aber gewichtige Gründe dafür, dass das Vorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzungen nicht zugleich die Rechtswidrigkeit gemäß § 32 Abs. 2 StGB begründet. Eine rechtmäßige Versammlungsauflösung setzt auch eine rechtmäßige Ermessensausübung voraus. Dabei unterliegt das behördliche Ermessen besonderen Anforderungen, die von Privaten nicht zu berücksichtigen sind.²⁴ Von entscheidender Bedeutung sind dabei die Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Nach dem BVerfG ist es deshalb gerade die behördliche Entscheidung, welche die Rechte und Pflichten der Versammlungsteilnehmer konkretisiert. Diese Entscheidung basiert auf einem Verfahren, das im Gegensatz zur Entscheidung eines privaten Notwehrübenden bestimmten rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen muss.²⁵ Es stellt daher zur Grundrechtssicherung der Versammlungsteilnehmer erhöhte

¹⁸ BVerfGE 104, 92 (102); Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 8 Rn. 79a; Höfling, in: Sachs, GG, Art. 8 Rn. 34.

¹⁹ BVerfGE 104, 92 (106).

²⁰ BVerfGE 104, 92 (106).

²¹ Nachweise bei Momsen/Savic, in: BeckOK-StGB, 58. Ed. (1.8.2023), § 32 Rn. 22.

²² Für den Schutz ausschließlich privater Rechte findet sich z.B. im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht eine Subsidiaritätsklausel der öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnisse gegenüber der privaten Rechtsverfolgung vor der Zivilgerichtsbarkeit, vgl. Bäcker, in: Lisken/Denninger, Handbuch Polizeirecht, 7. Aufl. (2021), Kap. D Rn. 14 f. Diese Subsidiaritätsklausel hilft hier aber nicht weiter.

²³ Vgl. BVerfGE 69, 315 (351); Wittmann, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth (Hrsg.), Versammlungsrecht, 2. Aufl. (2020), § 15 Rn. 597 ff.

²⁴ Vgl. für das Strafverfahren insgesamt BVerfGE 104, 92 (111).

²⁵ BVerfGE 104, 92 (107).

Anforderungen an den Abwägung- und Begründungsprozess der Entscheidungsträger.²⁶

Wollte man hingegen das Vorliegen der tatbestandlichen Auflösungs Voraussetzungen für die Ausübung der Notwehr ausreichen lassen, würde den Notwehrausübenden damit die Befugnis zugesprochen werden, Versammlungen faktisch aufzulösen – die Ausübung der Notwehr in Fällen der Straßenblockade würde bei realistischer Betrachtung einem selbstbestimmten Fortbestand der Versammlung entgegenstehen. Das wiederum könnte zum widersprüchlichen Ergebnis führen, dass eine Versammlungsbehörde eine Auflösung nicht vornehmen dürfte, weil die Auflösung unverhältnismäßig oder sonst ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig wäre, hingegen eine private Auflösung durch Ausübung von Notwehr zulässig wäre. Nicht nur würden dann die Befugnisse der Privaten, die sich auf Notwehr berufen, weiter gehen als die Befugnisse der Behörde. Der Rechtsrahmen für Versammlungen könnte den Anspruch, politisch motivierte Gewalt auf oder durch Versammlungen zu verhindern, nicht mehr einlösen. Im Konflikt zwischen Versammlungsteilnehmern und Notwehrausübenden wären die Behörden dann außerdem im Widerspruch gefangen und handlungsunfähig – ein Einschreiten gegen die Versammlungsteilnehmer wäre wegen der zulässigen Grundrechtsausübung rechtswidrig, die Ausübung der rechtmäßigen Notwehr könnte aber auch nicht unterbunden werden. Das Bestehen der tatbestandlichen Auflösungs Voraussetzungen kann deshalb keinen rechtswidrigen Angriff i.S.d. Notwehrrechts begründen.

bb) Strenge versammlungsrechtliche Akzessorietät – Ausdehnung der Polizeifestigkeit der Versammlung auf das Notwehrrecht?

Das Verhältnis von Auflösungsbefugnis nach § 15 VersG und Notwehrrecht gemäß § 32 StGB könnte dann dahingehend aufzulösen sein, dass eine Notwehr erst dann in Betracht kommt, wenn die Versammlung behördlich aufgelöst wurde.²⁷ Dies wurde in der Vergangenheit unter dem Topos der Verwaltungsrechtsakzessorietät diskutiert, allerdings bezogen auf das Verhältnis von staatlicher Gewalt und Versammlungsteilnehmern, nicht aber unter Einbeziehung privater Dritter, die Notwehr üben. Mit dieser Form der Akzessorietät wäre die Polizeifestigkeit, also der Vorrang des Versammlungsrechts, auch auf die private Notwehrausübung ausgedehnt. Notwehr könnte so lange nicht geübt werden, wie die Versammlung nicht behördlich aufgelöst wäre. Das Notwehrrecht würde damit praktisch leerlaufen, weil eine Auflösung ohnehin die Anwe-

senheit der zuständigen Versammlungsbehörde voraussetzt, die dann auch selbst die Auflösung gegebenenfalls vollstrecken könnte. Eine private Notwehrausübung wäre auf Situationen beschränkt, in denen eine Versammlung schon im Vorfeld verboten worden ist, aber dennoch stattfindet.

Dies ist nicht das einzige Argument, das gegen eine solche strenge Akzessorietät des Notwehrrechts zur versammlungsrechtlichen Rechtslage vorgebracht werden kann. Die Kollision von Versammlungsfreiheit und (Grund-) Rechten Dritter ist unter Berücksichtigung beider Positionen auszugleichen. Wollte man diesen Ausgleich aber alleine der Auflösungsbefugnis der Versammlungsbehörde überlassen, wäre auch zu berücksichtigen, dass es Fälle in der Praxis geben mag, in denen behördliche Hilfe nicht zu erhalten ist; hiervon zeugt das Institut des polizeilichen Notstands. Dies ist zwar für Straßenblockaden im Berufsverkehr unrealistisch, es blieben aber, zumindest theoretisch, Konstellationen denkbar, in denen eine Beeinträchtigung durch eine Versammlung dauerhaft bestehen würde, weil mit der Versammlungsbehörde der einzige Akteur zum Interessenausgleich praktisch nicht verfügbar ist. Mit einer versammlungsrechtlichen Akzessorietät wäre deshalb nicht gesichert, dass in jedem Kollisionsfall ein möglichst schonender Ausgleich der widerstreitenden Rechte stattfindet, vielmehr stünde ein Ausgleich von (Grund-)Rechten unter dem Vorbehalt der praktischen Verfügbarkeit der Versammlungsbehörde. Hier würde – wenn auch nur in besonderen Ausnahmesituationen – eine unverhältnismäßige Einschränkung der Rechte Dritter drohen. Aus dem Grund kommt auch der Zuordnung einer Versammlung zum Schutzbereich keine pauschale oder abschließende Wirkung zu.²⁸ Die Frage einer solchen Akzessorietät wäre anders zu bewerten, wenn jeder Versammlung stets eine behördliche Genehmigung vorausgeht. Dies ist aber nicht der Fall, weil es die strukturelle Besonderheit des Versammlungsrechts ist, dass Versammlungen von vornherein und auch ohne behördliches Zutun stets erst einmal zulässig sind. Entscheidend ist deshalb, wer eine gesetzlich vorgesehene Einschränkung des grundrechtlich geschützten Verhaltens aktualisieren darf – Behörde oder Private.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Grundsatz der Polizeifestigkeit Ausdruck der vorrangigen spezialgesetzlichen Regelungen des Versammlungsrechts ist, das z.B. unterschiedliche Gefahrenschwellen für unterschiedliche Arten von Versammlungen berücksichtigt. Die Polizeifestigkeit ist damit ein Element der grundrechtlichen Schranken systematik und richtet sich deshalb direkt nur an die

²⁶ Allgemein zum Grundrechtsschutz durch Verfahren BVerfGE 53, 30 (65 ff.); *Denninger*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. (2011), § 193; *Schmidt-Abmann*, in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Abmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 ff.

²⁷ So *Weichert*, StV 1989, 459 (460) zur Verwerflichkeitsprüfung im Rahmen des § 240 StGB; *Hofmann-Hoepfel*, DÖV 1992, 867 (874). Ebenso *Renzikowski*, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, Versammlungsrecht, § 240 StGB Rn. 65. In diese Richtung auch *Brohm*, JZ 1985, 501 (509); *Schieder*, BayVBl. 2004, 678 (686 f.); vgl. auch *Knemeyer*, NJW 1992, 3131 (3135).

²⁸ Nicht ganz eindeutig *Gafus*, Gewaltfantasien und Gewaltmonopol, Verfassungsblog, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/gewaltfantasien-und-gewaltmonopol/> (zuletzt abgerufen am 1.10.23), nach dem es an der Rechtswidrigkeit i.S.d. § 32 StGB fehlt, „wenn sich ihre Teilnehmer im Rahmen des ihnen von Art. 8 GG Erlaubten bewegen“.

grundrechtsverpflichtete Ausübung staatlicher Gewalt. Die Ausübung von Notwehrbefugnissen durch Private findet auf einer anderen Ebene statt.

cc) Zwischenergebnis

Die Ausübung von Notwehr ist weder immer dann möglich, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für eine behördliche Auflösung vorliegen, noch nur dann, wenn eine Versammlung auch schon tatsächlich aufgelöst ist. Eine strenge versammlungsrechtliche Akzessorietät oder eine formale Übertragung der Polizeifestigkeit von Versammlungen auf die Ausübung des Notwehrrechts lässt sich nicht begründen.

b) Primat des Versammlungsrechts

Dieser Befund darf aber nicht so verstanden werden, dass öffentlich-rechtliche Befugnisse und Notwehrrecht völlig losgelöst voneinander und eigenständig zu betrachten wären. Insbesondere ist zu klären, wie sich die vielfältigen Strukturprinzipien, die bislang betrachtet wurden, auswirken. Angesprochen sind damit etwa die Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Spezialitätsvorrang des Versammlungsrechts oder der Gedanke des Grundrechtsschutzes durch Verfahren.

Das staatliche Regelungsregime, wie es in den Versammlungsgesetzen zum Ausdruck kommt, stellt einen Ausgleich zwischen dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit und betroffenen Rechten Dritter her und zwar vermittelt durch eine Behörde, deren Amtsführung diesen rechtsstaatlichen Grundsätzen zu genügen hat. Dies wirft die Frage auf, inwieweit das strafrechtliche Notwehrrecht strukturell überhaupt dazu geeignet ist, im Falle eines Konflikts zwischen Versammlung und Dritten den Rechtsgüterausgleich herzustellen, der angesichts der berührten Grundrechte verfassungsrechtlich gefordert ist. Private, die Notwehr ausüben, unterliegen nicht denselben rechtsstaatlichen Verpflichtungen wie die Versammlungsbehörde. Sie handeln nicht mit dem Ziel, kollidierende Positionen einem gerechten Ausgleich zuzuführen, sondern verfolgen eigene Interessen. Der Notwehr fehlen Mechanismen zum Rechtsgüterausgleich, die denen des Versammlungsrechts vergleichbar sind, wie jener der umfassenden Güterabwägung.²⁹ Unabhängig vom Ergebnis des Ausgleichs fehlt Privaten auch die Verpflichtung, die Grundrechte der Versammlungsteilnehmer beim Verfahren zu berücksichtigen. Die Auflösung der fraglichen Grundrechtskollisionen kann aus diesen Gründen nicht einseitig einer der beiden Seiten von Rechtsträgern zugewiesen werden, sondern nur unabhängigen Behörden.³⁰

Das Notwehrrecht ist damit strukturell nur unzureichend geeignet, den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Grundrechtsausgleich und eine Einschränkung der Versammlungsfreiheit gerecht zu werden.

Daraus ergibt sich für diese Konstellationen ein Primat des öffentlich-rechtlichen Versammlungsrechts. Hat sich die Versammlungsbehörde mit einer bestimmten Versammlung befasst und eine Entscheidung im Rahmen der versammlungsrechtlichen Befugnisse getroffen, geht diese Entscheidung, unabhängig ihres Inhalts, anderen versammlungsspezifischen Einschränkungsmöglichkeiten, welche die Rechtsordnung bieten mag, vor; dies schließt die Ausübung von Notwehr nach § 32 StGB ein. Das bedeutet, dass in den Konstellationen, in denen eine Versammlungsbehörde die Auflösung einer Versammlung verfügt hat, eine Notwehr daneben zumindest gegenüber versammlungsspezifischen Auswirkungen der aufgelösten Versammlung nicht in Betracht kommt.³¹ Hat sich die Versammlungsbehörde hingegen dazu entschieden, nicht gegenüber einer Versammlung einzuschreiten, sperrt auch diese Entscheidung die Ausübung von Notwehrbefugnissen durch Private. Es wäre mit der grundrechtlichen Versammlungsfreiheit nicht vereinbar, wenn eine Versammlung, die von der Versammlungsbehörde (gemäß § 15 VersG auch unter Berücksichtigung entgegenstehender privater Rechte) als zulässig eingeordnet wird, durch Private unter Berufung auf § 32 StGB behindert oder gar faktisch aufgelöst wird. Für eine Notwehr bleibt potenziell nur dann Raum, wenn die Versammlungsbehörde gar keine Entscheidung (welchen Inhalts auch immer) getroffen hat, weil sie z.B. nicht zur Verfügung steht.

Das Primat des Versammlungsrechts stellt sicher, dass die Versammlungsbehörden ihre Zuständigkeit wahrnehmen können. Dies führt zur Gewährleistung der oben angesprochenen rechtsstaatlichen Strukturen, wie Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt, Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Grundrechtsschutz durch Verfahren. Dieses Primat des Versammlungsrechts bewirkt keine strenge versammlungsrechtliche Akzessorietät, sondern einen Vorrang tatsächlich vorhandener versammlungsrechtlicher Entscheidungen. Für die strafrechtliche Notwehr bedeutet dies, dass diese nur dann in Betracht kommen kann, wenn die zuständige Versammlungsbehörde noch keine Entscheidung getroffen hat, wobei der Inhalt der Entscheidung keine Rolle spielt. Davon zu trennen ist allerdings weiter die Frage, ob überhaupt und ab welchem Zeitpunkt – bei Abwesenheit einer behördlichen Entscheidung – Notwehr im Falle von Versammlungen ausgeübt werden kann.

²⁹ Vgl. *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 34; *Momsen/Savic*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, § 32 Rn. 27.1.

³⁰ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Versammlungsrecht, in: Merten/Papier (Fn. 13), § 99 Rn. 95.

³¹ Ob dies auch für die Verteidigung gegenüber individuellen Angriffen unabhängig vom ursprünglichen Versammlungsgepräge gilt, ist eine Frage des Vorliegens der Notwehrvoraussetzungen im Einzelfall. Solche im Verhältnis zum ursprünglichen Versammlungsgepräge „zusätzlichen“ Angriffe unterfallen jedenfalls nicht dem skizzierten Primat des öffentlich-rechtlichen Versammlungsrechts. Dieses gilt nur für das ursprüngliche Versammlungsgepräge und im Umfang des behördlichen Entscheidungsrahmens.

c) Rechtswidriger Angriff gemäß § 32 Abs. 2 StGB und Nötigung gemäß § 240 StGB

Der für eine Notwehr nach § 32 StGB notwendige rechtswidrige Angriff könnte dann gegeben sein, wenn es sich bei einer Straßenblockade um eine Nötigung gemäß § 240 StGB handeln würde. Diese Qualifizierung von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten als Nötigung wird intensiv diskutiert und fokussiert sich dabei insbesondere auf das Merkmal der Verwerflichkeit gemäß § 240 Abs. 2 StGB.

Die Rechtsprechung zum Nötigungscharakter von Versammlungen kann auf eine lange Tradition zurückblicken und das *BVerfG* hat seit den 1980er Jahren immer wieder zu diesem Fragenkreis Stellung genommen.³² 2001 hat das *BVerfG* näher spezifiziert, unter welchen Voraussetzungen eine Versammlung mit Blockadewirkung, die bei Dritten zu einer Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit führt, als verwerflich i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB eingestuft werden kann.³³ Dabei kommt es auf die näheren Umstände der Versammlung sowie auf Art und Maß der Auswirkungen auf Dritte und deren Grundrechtsausübung an: „Wichtige Abwägungselemente sind unter anderem die Dauer und Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand“.³⁴ Für die Sozialverträglichkeit eines Protests spricht außerdem, wenn „die äußere Gestaltung und die durch sie ausgelösten Behinderungen in einem Zusammenhang mit dem Versammlungsthema [stehen] oder [...] das Anliegen auch die von der Demonstration nachteilig Betroffenen [betrifft]“.³⁵

Die Fernziele der fraglichen Versammlung bzw. der Wert des inhaltlichen Sachanliegens, also etwa Klimaschutz, werden auf einer grundrechtlichen Ebene,³⁶ wie auch sonst bei Kommunikationsgrundrechten, von staatlichen Stellen nicht bewertet. Nach der Rechtsprechung wird allenfalls das Verhältnis i.S. einer inneren Stimmigkeit von Fernziel und Versammlungsmodalitäten berücksichtigt, nicht aber der Wert des Fernziels. In einer der maßgeblichen Entscheidungen des *BVerfG* zum Nötigungscharakter von Sitzdemonstrationen, die mit einem Patt auf der Richterbank entschieden wurde, zog die sich nicht durchsetzende Senatshälfte in Betracht – unter Anlehnung an die Meinungsfreiheit –, dass die Verwerflichkeit i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB umso eher abzulehnen sei, „je weniger es sich um unmittelbar gegen ein privates Rechtsgut gerichtete Äußerungen im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Zwecke und je mehr es sich um einen Beitrag zum Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berüh-

renden Frage handelt“.³⁷ Dieser Ansatz wurde, soweit ersichtlich, bislang nicht weiterverfolgt.³⁸ Für Anliegen zum Klima- und Umweltschutz besteht allerdings mit Art. 20a GG eine konkrete normative Verankerung und staatliche Verpflichtung auf Verfassungsebene und es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass sich dies zukünftig auch noch beim Umgang mit einem entsprechenden Fernziel Klima- und Umweltschutz auswirken wird.³⁹

Eine konkrete Beurteilung von Straßenblockaden anhand der Kriterien des *BVerfG* ist an dieser Stelle nicht möglich, aber es lassen sich generelle Strukturen und Richtungen aufzeigen. Ein Zusammenhang zwischen dem Versammlungsanliegen, der Versamlungsform und dem betroffenen Personenkreis besteht typischerweise, weil bei den Straßenblockaden regelmäßig verkehrspolitische Anliegen artikuliert werden. Ausweichmöglichkeiten für die betroffenen Verkehrsteilnehmer bestehen im Prinzip, doch können diese mitunter wegen der auftretenden Verkehrsstörungen schwer oder gar nicht zu realisieren sein. Für die Intensität der Blockade ist der Anknüpfungspunkt nicht vollends klar. Im Hinblick auf den Umfang der Sperrung wird diese zwar vom Ort der Blockade abhängen, tendenziell aber eher hoch zu bewerten sein, im Hinblick auf die individuelle Betroffenheit demgegenüber geringer, auch wenn dies von der individuellen Situation der Blockierten abhängig ist. Ebenso wenig pauschal beurteilt werden kann die Dringlichkeit des blockierten Verkehrs. Nach Aussagen von Versammlungsteilnehmern scheinen für Notfälle zumindest zum Teil Rettungsgassen vorgehalten werden, mitunter scheinen sich die Teilnehmer auch erst beim Eintreffen der Polizei anzukleben; solche Aspekte wären zu berücksichtigen. Was Ausweichmöglichkeiten und individuelle Intensität angeht, kann zu berücksichtigen sein, dass zumindest in Städten andere (öffentliche) Verkehrsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, auch wenn das eigene blockierte Verkehrsmittel häufig nicht an Ort und Stelle stehen gelassen werden kann. Angesichts dieser Umstände, der Bedeutung der grundrechtlichen Versammlungsfreiheit aber auch der gewöhnlichen, durchschnittlichen Fahrzeitverzögerung, die ohnehin in deutschen Großstädten aufgrund der bestehenden Verkehrsdichte in Kauf genommen werden muss, erscheinen jedenfalls Blockaden, die weniger als 30 Minuten andauern, im Grundsatz als nicht verwerflich.

Daran dürfte sich nichts wesentlich ändern, wenn sich die Versammlungsteilnehmer derart fest mit der Straße verbinden, dass von vornherein klar ist, dass innerhalb der Zeitspanne, in der die Straßenblockade nicht verwerflich ist, eine Ablösung nicht möglich ist. Unberücksichtigt bleibt hier, ob Dritte überhaupt in der Lage sind, solche Situationen eindeutig festzustellen. In solchen Fällen mag die Beurteilung der Blockade als verwerflich nur eine Frage der Zeit sein, dies erlaubt aber nicht die Vorverla-

³² Vgl. Ernst, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 8 Rn. 59 m.w.N.

³³ BVerfGE 104, 92 (112).

³⁴ BVerfGE 104, 92 (112); ebenso *BVerfG*, NJW 2011, 3020 Rn. 39; *OLG Karlsruhe*, NSZ 2016, 32 Rn. 10.

³⁵ *BVerfG*, NJW 2011, 3020 Rn. 39.

³⁶ Zur Frage der Berücksichtigung im Rahmen des einfachgesetzlichen Tatbestands der Nötigung *Preuß*, NZV 2023, 60 (68 f.).

³⁷ BVerfGE 73, 206 (258).

³⁸ Ablehnend BVerfGE 104, 92 (112); *BVerfG*, NJW 2011, 3020 Rn. 39.

³⁹ In diese Richtung *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 29a m.w.N., der empfiehlt, die „soziale Gewichtigkeit“ des kommunizierten Inhalts in die Abwägung einzubeziehen.

gerung der Notwehrausübung oder eine Abkehr vom Primat des Versammlungsrechts, weil die vorzunehmende Abwägung auch dem Schutz der Versammlungsfreiheit und ihrer Träger dient und auch sicherstellt, dass auf eine Versammlung mit versammlungsspezifischen Eingriffsbefugnissen reagiert wird. Da die Dauer der Beeinträchtigung sowie die Dringlichkeit der verhinderten Fortbewegung zu berücksichtigende Kriterien sind, bedeutet dies, dass eine Versammlung mit Ablauf einer bestimmten Zeit verwerflich werden kann, auch wenn dieser Zeitpunkt nicht pauschal bestimmbar ist. Die Situation vor Ort weicht hier elementar von derjenigen ab, die Gerichte vorfinden, wenn sie nachträglich ein Versammlungsgeschehen beurteilen.

d) Fazit

Im Vergleich des Auflösungsstatbestands des § 15 VersG und der im Lichte des Verfassungsrechts ausgelegten und angewendeten Nötigungsvoraussetzungen werden die Voraussetzungen einer Auflösung relativ zügig bestehen, eine verwerfliche Nötigung hingegen wird man erst nach einer gewissen Zeitspanne annehmen können. Neben das normative Primat des Versammlungsrechts dürfte damit typischerweise auch ein faktischer Vorrang des Versammlungsrechts treten.

Im Ergebnis bedeutet dies für die Befugnis zur Notwehr, dass Entscheidungen der Versammlungsbehörde Vorrang genießen. Fehlt es an einer solchen Entscheidung, stellen Versammlungen unterhalb der (zeitlichen) Verwerflichkeitsschwelle keinen rechtswidrigen Angriff dar und eine Notwehr ist deshalb ausgeschlossen. Kommt es hingegen zum Überschreiten der (zeitlichen) Verwerflichkeitsschwelle, kann davon ausgegangen werden, dass in deutschen (Groß-)Städten die Polizei schon vor Ort ist und eine Notwehr deshalb nicht mehr erforderlich ist. Faktisch wird also eine Notwehr gegenüber Straßenblockaden in aller Regel ausgeschlossen sein, entweder weil die Blockade nicht verwerflich ist oder weil polizeiliche Hilfe vor Ort verfügbar ist und diese der privaten Notwehrausübung vorgeht. Eine Notwehr gegenüber einer Blockade, die nicht strafbar ist und sich als rechtmäßige Grundrechtsausübung darstellt, ist unzulässig. Schließlich wäre zu berücksichtigen, dass eine Bewertung der Situation anhand der vom *BVerfG* aufgestellten Kriterien für die Masse der beeinträchtigten Verkehrsteilnehmer nicht möglich ist.

IV. Einschränkung des Notwehrrechts bei Einsatz gegenüber der Versammlungsfreiheit?

Darüber hinaus ist für die Ausübung der Notwehr auch im Übrigen die Bedeutung der Versammlungsfreiheit zu berücksichtigen. Wie festgestellt weist das Notwehrregime, soll es zur Auflösung einer Grundrechtskollision eingesetzt werden, strukturelle Defizite auf.

Die Ausübung einer Notwehr nach § 32 StGB aufgrund einer Nötigung gemäß § 240 StGB führt zu einer Einschränkung der Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG. Als Konsequenz ist auch diese einfachgesetzliche Einschränkungsmöglichkeit nicht nur unter Berücksichtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Notwehrausübenden, sondern auch der Versammlungsfreiheit auszulegen und anzuwenden. Dabei sind die dargestellten strukturellen Defizite zu berücksichtigen. Systemwidrig dürfte es sein, die besondere Bedeutung der Versammlungsfreiheit dergestalt zu berücksichtigen, dass das Vorliegen der Voraussetzungen des § 240 StGB zwar zu einer Strafbarkeit führt, nicht aber zu einem notwehrfähigen Angriff i.S.d. § 32 StGB. Abstufungen bei der Notwehrausübung erscheinen prinzipiell zwar denkbar, dürften jedoch im Geflecht von Straßenblockaden und geeigneten Maßnahmen nur schwer möglich sein. Die Ausübung der Notwehr mit geringerer Intensität wird bei einer Straßenblockade regelmäßig nicht geeignet und zielführend sein.

Möglicherweise könnte in Erwägung gezogen werden, dass ein Notwehrrecht schon dann ausscheidet, wenn polizeiliche Hilfe ohne weiteres herbeigerufen werden kann.⁴⁰ Dies wäre in Fällen einer Straßenblockade im städtischen Umfeld zur Tageszeit grundsätzlich anzunehmen. Es scheint praktisch jedenfalls nur eine Frage kurzer Zeit zu sein, bis die Polizei in solchen Situationen vor Ort ist. Daneben könnte diskutiert werden, ob kurzfristige Einschränkungen einer bestimmten Form der Fortbewegung, ohne dass die Fortbewegungsmöglichkeiten betroffener Personen insgesamt aufgehoben werden, die Gebotenheit der Notwehr einschränken, sofern deren Wahrnehmung ansonsten die Ausübung der Versammlungsfreiheit faktisch verhindern würde.⁴¹

V. Ergebnis

Die strafrechtliche Notwehr ist kaum zur Reaktion auf Straßenblockaden geeignet. Dies gilt sowohl normativ, weil dem Instrument, zumindest im Ausgangspunkt, notwendige Strukturen fehlen, um die zugrunde liegenden Grundrechtskollisionen in verfassungsrechtlich vorgesehener Art und Weise zu einem Ausgleich zu bringen. Dies gilt aber auch faktisch, weil typischerweise polizeiliche Hilfe in einer derart kurzen Zeit verfügbar ist, dass die Rechtsprechung des *BVerfG* keine Bewertung einer Straßenblockade, die von der Versammlungsfreiheit geschützt ist, als Nötigung zulässt. Insofern besteht zwar keine strenge Akzessorietät an die versammlungsrechtliche Rechtslage, wohl aber ein Primat behördlicher Maßnahmen. Medienwirksame Meinungsbeiträge, die gleichwohl einer Notwehrausübung von beeinträchtigten Verkehrsteilnehmer das Wort reden, schenken einseitig nur strafrechtlichen Erwägungen Aufmerksamkeit und blenden

⁴⁰ Gafus, Gewaltfantasien und Gewaltmonopol, Verfassungsblog, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/gewaltfantasien-und-gewaltmonopol/> (zuletzt abgerufen am 1.10.23). Vgl. zu dieser Diskussion Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 41 m.w.N.

⁴¹ Gafus, Gewaltfantasien und Gewaltmonopol, Verfassungsblog, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/gewaltfantasien-und-gewaltmonopol/> (zuletzt abgerufen am 1.10.23); dem folgend Preuß, NZV 2023, 60 (73).

die dem Strafrecht übergeordneten verfassungsrechtlichen Grundlagen und Wertungen aus.⁴² Es ist beruhigend, dass die Praxis unaufgeregter zu Werke schreitet: In Berlin wird gegen 99 Autofahrer und Passanten wegen Über-

griffen gegen Klimaaktivisten, die Straßen blockiert haben, ermittelt (Stand 28.7.23). In jedem Fall prüft die Staatsanwaltschaft, ob es sich um Notwehr handelt. Bislang wurde diese in keinem Fall bejaht.⁴³

⁴² Exemplarisch *Fischer*, LTO, Notwehr gegen Blockade-Demonstranten?, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/meinung/m/frage-an-fischer-notwehrrecht-klimaaktivisten-blockade/> (zuletzt abgerufen am 1.10.23).

⁴³ RBB 24, online abrufbar unter: <https://www.rbb24.de/panorama/beitrag/2023/07/berlin-letzte-generation-aggressive-autofahrer-keine-notwehr-angriffe-auf-aktivisten.html> (zuletzt abgerufen am 1.10.23).

Der Wutbürger aus der zweiten Reihe – Überlegungen zur Einschränkung des Notwehrrechts durch die Versammlungsfreiheit

Von Prof. Dr. Christian Rückert*

Abstract

Blockieren Klimaaktivist:innen Verkehrswege und wenden betroffene Autofahrer:innen Gewalt an, um die Aktivist:innen von der Straße zu entfernen, stellt sich die Frage, ob das gewaltsame Wegreißen und Wegtragen durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt ist. Besonders problematisch ist die Frage, ob trotz Vorliegens einer von Art. 8 GG geschützten Protestform ein rechtswidriger Angriff auf die Allgemeine Handlungsfreiheit der Autofahrer:innen vorliegt und ob das „scharfe Schwert“ des Notwehrrechts aufgrund einer mittelbaren Drittwirkung der Versammlungsfreiheit auf Ebene der Gebotenheit eingeschränkt werden muss. Diesen und weiteren Fragestellungen im Zusammenhang mit Notwehr gegen Klimaproteste widmet sich der folgende Tagungsbeitrag.

If climate activists block traffic routes and the affected motorists use force to remove the activists from the road, the question arises whether the forcible tearing away and carrying away is justified by self-defense according to § 32 StGB. Particularly problematic is the question of whether, even though the climate protests are protected by Article 8 of the German Constitution, there is an unlawful attack on the general freedom of action of the motorists and whether the "sharp sword" of the right to self-defense must be limited due to an indirect third-party effect of the freedom of assembly at the level of necessity. These and other questions in connection with self-defense against climate protests are addressed in the following contribution.

I. Straßenblockaden als (wiederentdeckte) Protestform von Klimaaktivist:innen

Die Letzte Generation hat Straßenblockaden als Protestform wieder in die deutschen Gerichtssäle gebracht. In den meisten anhängigen oder abgeschlossenen strafgerichtlichen Verfahren geht es dabei um eine mögliche Strafbarkeit der Aktivist:innen wegen Nötigung gem. § 240 StGB. Überwiegend sind die Rechtsfragen in diesen Verfahren dabei seit Jahrzehnten höchstrichterlich geklärt, insbesondere die Tatbestandsmäßigkeit ist in aller Regel im Sinne der sog. Zweiten-Reihe-Rechtsprechung von *BGH*¹ und *BVerfG*² zu bejahen. Auch zur Verwerf-

lichkeit i.S.v. § 240 Abs. 2 StGB und der Berücksichtigung sog. Fernziele haben sich *BGH*³ und *BVerfG*⁴ in der Vergangenheit bereits geäußert, hier ist in den instanzgerichtlichen Verfahren dennoch ein unterschiedlicher Umgang mit den Vorgaben des *BVerfG* zu beobachten.⁵ Höchststrichterlich bislang noch nicht geklärt ist dagegen die Frage, ob die von den Sitzblockaden betroffenen Bürger:innen gegen die festgeklebten Klimaaktivist:innen Notwehr üben dürfen, insbesondere, ob § 32 StGB auch das gewaltsame Abreißen der festgeklebten Körperteile mit Verursachung teilweise schwerer Verletzungen rechtfertigen kann. Vorfälle dieser Art hat es bereits gegeben, vereinzelt sind auch strafrechtliche Verfahren bekannt.⁶ Auf den ersten Blick scheint § 32 StGB den Betroffenen tatsächlich das Recht zu geben, die Protestierenden gewaltsam von der Straße zu entfernen, da § 32 StGB insbesondere keine Verhältnismäßigkeitseinschränkungen kennt und daher auch die Anwendung gefährlicher Gewaltmittel gegen relativ harmlose Angriffe rechtfertigen kann, wenn den Betroffenen kein sonst gleich wirksames Mittel zur Abwehr zur Verfügung steht. Bei genauerer Betrachtung kommen allerdings Zweifel auf. Erstens stellt sich die Frage, ob die Protestaktion überhaupt einen rechtswidrigen Angriff darstellt oder ob nicht vielmehr eine rechtmäßige, von Art. 8 GG geschützte Versammlung vorliegt. Selbst wenn dennoch ein rechtswidriger Angriff angenommen werden würde, muss der Blick genauer darauf gerichtet werden, ob die Versammlungsfreiheit nicht im Wege einer mittelbaren Drittwirkung zu einer Einschränkung auf Ebene der Gebotenheit der Notwehr führen muss. Beiden Fragen geht der folgende Beitrag nach.

II. Der Ausgangsfall

Die folgenden Betrachtungen gehen dabei von folgendem (fiktiven) Beispielfall aus:

Umweltaktivistin U klebt – gemeinsam mit anderen Aktivist:innen – ihre Handflächen mit stark haftendem Klebstoff auf den Straßenbelag einer vielbefahrenen Hauptstraße, um den Verkehr dort lahmzulegen und damit gegen die unzureichenden Maßnahmen des Staates und der Zivilgesellschaft gegen die Klimakatastrophe zu demonst-

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht an der Universität Bayreuth; die Idee für den Titel des Beitrags verdankt der Verfasser einem Wortbeitrag von *Katrin Höffler* auf der Tagung, auf welcher der vorliegende Beitrag als Vortrag gehalten wurde.

¹ *BGH*, NJW 1995, 2643.

² *BVerfG*, NJW 2011, 3020.

³ *BGH*, NJW 1988, 1739 (1740).

⁴ *BVerfG*, NJW 2002, 1031 (1034).

⁵ *AG Berlin-Tiergarten*, NStZ 2023, 239; *AG Freiburg*, KlimR 2023, 59; *AG Freiburg*, BeckRS 2022, 38216; *AG München*, BeckRS 2022, 43646.

⁶ https://www.allgaeuer-zeitung.de/bayern/staatsanwaltschaft-ermittelt-nach-klimaprotest-auch-gegen-autofahrer_arid-525330 (zuletzt abgerufen am 26.9.2023).

rieren. Hierdurch entsteht ein Stau auf der Hauptstraße. Der in zweiter Reihe stehende Wutbürger W will das Eintreffen der Polizei nicht abwarten, reißt Us Hände gewaltsam von der Straße und trägt sie weg, um den Weg für sich freizumachen und weiterfahren zu können. Dabei erleidet U erhebliche Verletzungen. Strafbarkeit des W?

III. Die Notwehrlage: Der rechtswidrige Angriff auf die Allgemeine Handlungsfreiheit

Zunächst liegt – und das dürfte weitgehend unstrittig sein – ein gegenwärtiger, da fortdauernder, Angriff auf die Allgemeine Handlungsfreiheit des W vor, da dieser sein Auto nicht weiterbewegen kann. Ob daneben auch ein Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit vorliegt, hängt davon ab, ob es dem W im konkreten Fall rechtlich erlaubt ist, sein Fahrzeug zu verlassen und ggf. zu Fuß weiterzugehen. Dieser Frage wird mangels Relevanz für den hiesigen Beitrag nicht näher nachgegangen. Schwieriger zu beurteilen ist dagegen die Frage, ob der Angriff auf die Allgemeine Handlungsfreiheit des W auch rechtswidrig ist. Hinzuweisen ist dabei zunächst darauf, dass es hierfür nicht auf ein tatbestandsmäßiges Handeln nach § 240 Abs. 1 StGB ankommt. Denn ein rechtswidriger Angriff kann auch unterhalb der Schwelle der Verwirklichung eines Straftatbestandes bzw. auch bei der Bedrohung von Rechtsgütern, die in der konkreten Situation nicht durch einen Straftatbestand geschützt sind, vorliegen.⁷ Vorausgesetzt wird lediglich, dass – zumindest nach h.M.⁸ – der Angreifer Handlungsunrecht in Form von zumindest fahrlässigem Verhalten hinsichtlich der Rechtsgutsbedrohung verwirklicht und sein Verhalten nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt ist.⁹ Während das Handeln der Klimaaktivist:innen in aller Regel vorsätzlich, sogar absichtlich, hinsichtlich der Einschränkung der Allgemeinen Handlungsfreiheit der Verkehrsteilnehmer:innen erfolgt, kommen durchaus verschiedene Rechtfertigungsgründe in Betracht.

1. Keine Rechtfertigung durch den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund des zivilen Ungehorsams

Zu Recht wird bislang einhellig eine Rechtfertigung durch den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund des sog. zivilen Ungehorsams verneint. Eine solche Rechtfertigung kommt nur unter den Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 4 GG in Betracht, welche in den Fällen der Klimaproteste nicht vorliegen.¹⁰ Andernfalls würde man die engen Voraussetzungen der geregelten Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, unterlaufen.

2. Keine „Klimanotwehr“ nach § 32 StGB

Auch auf Notwehr können sich die Protestierenden nicht

berufen. Zum einen, weil Angriffe auf Universalrechtsgüter wie den Erhalt der Umwelt keine Angriffe im Sinne von § 32 StGB sind. Die – heute kaum noch vertretene Gegenauffassung – würde § 32 StGB zu einer quasi-polizeirechtlichen Jedermanns-Generalklausel umfunktionieren und das Gewaltmonopol des Staates unterlaufen.¹¹ Zum anderen fehlte es jedenfalls an der Rechtswidrigkeit des „Angriffs“ der Autofahrer:innen auf den Klimaschutz, da diese sich im Rahmen der erlaubten Nutzung von Straßen und Kraftfahrzeugen bewegen.¹²

3. Kein „Klimanotstand“ nach § 34 StGB

Zwar ermöglicht § 34 StGB auch die Abwehr von Gefahren für die Rechtsgüter der Allgemeinheit – wie die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen i.S.v. Art. 20a GG – und setzt auch keine Rechtswidrigkeit der Gefahr voraus. Allerdings liegen nicht alle Voraussetzungen der Notstandshandlung vor. Nicht zweifeln kann man – vor dem Hintergrund des sehr niederschweligen Maßstabs der Geeignetheitsprüfung und der Bestimmung aus der ex ante-Perspektive – an der Geeignetheit der Protestaktion zur Abwehr der Gefahr für den Klimaschutz durch die Generierung von Aufmerksamkeit und – eine hieraus folgende – Einflussnahme auf den politischen Diskurs, welcher schließlich in konkreten Maßnahmen münden kann.¹³ Über das Vorhandensein eines mildereren, aber gleich effektiven Mittels wird man – vor dem Hintergrund der bisher unzureichenden politischen Maßnahmen für den Klimaschutz – streiten können, insbesondere deshalb, weil das Tatgericht im Einzelfall konkret darlegen muss, welches mildere Mittel tatsächlich gleich effektiv gewesen wäre. Dies dürfte selten gelingen. Allerdings fehlt es sowohl an einem wesentlichen Überwiegen der Klimaschutzinteressen über die Allgemeine Handlungsfreiheit der einzelnen Verkehrsteilnehmer:innen, da die Wahrscheinlichkeit der „Rettung“ des Klimas durch die Protestaktion sehr klein, der Verlust der Allgemeinen Handlungsfreiheit dagegen als sicher gilt und die „Gesamtgefahr“ für das Klima auch nicht von den einzelnen Autofahrer:innen allein ausgeht. Gleichsam ist die Blockade auch nicht „angemessen“ iSv § 34 S. 2 StGB, weil für die Einflussnahme auf die politische Willensbildung in einem demokratischen Rechtsstaat andere Mittel vorrangig zu ergreifen sind.¹⁴

4. Verfassungs- und verwaltungsrechtlich erlaubte Versammlung als Rechtfertigung?

Schließlich kommt eine Rechtfertigung durch das Versammlungsrecht in Frage. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist, dass eine nach Versammlungsrecht rechtmäßige Versammlung den Versammlungsteilnehmer:innen auch – in bestimmten Grenzen – erlauben muss, in die Rechte und Freiheiten anderer einzugreifen. Besonders bedeut-

⁷ Siehe *Erb*, in: MüKoStGB, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 53.

⁸ Statt vieler *Erb*, in: MüKoStGB, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 41 ff. m.w.N.

⁹ Statt vieler *Erb*, in: MüKoStGB, § 32 Rn. 48 ff. m.w.N.

¹⁰ *OLG Celle*, NStZ 2023, 113; *BayObLG*, BeckRS 2023, 8998; *Preuß*, NZV 2023, 60 (71 f.) m.w.N.

¹¹ Zum Ganzen mit Nachweisen *Erb*, in: MüKoStGB, § 32 Rn. 100.

¹² *T. Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (403 f.).

¹³ Wie hier *T. Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (404 f.); a.A. *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114); offengelassen von *AG Flensburg*, KlimR 2023, 25.

¹⁴ Zum Ganzen: *T. Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (405 f.) m.w.N. zu beiden Merkmalen.

sam ist dabei der Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit oder sogar Fortbewegungsfreiheit durch das Stattfinden der Versammlung selbst. Jede Versammlung behindert den Verkehr – und sei es nur den Fußgängerverkehr. Daher ist es im Ausgangspunkt zwingend, einer nach Versammlungsrecht erlaubten Versammlung auch rechtfertigende Wirkung im Straf- und Zivilrecht zuzubilligen. Dies gilt – da das Versammlungsrecht als besonderes Verwaltungsrecht die erlaubten Grenzen einfachgesetzlich festlegt – auch unabhängig davon, ob man Grundrechten unmittelbar rechtfertigende Wirkung im Strafrecht beimisst oder nicht.¹⁵

Die Systematik der Versammlungsgesetze der Länder und des Bundes sieht als Ausgestaltung der Schrankenregelung in Art. 8 Abs. 2 GG vor, dass Versammlungen, welche in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG fallen, grundsätzlich erlaubt sind und nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der Beschränkungsvorschriften (z.B. § 15 VersG, Art. 15 BayVersG) eingeschränkt, verboten und – ggf. in einem zweiten Schritt nach Verbot der Versammlung – aufgelöst werden können. Dagegen existieren gerade keine einfachgesetzlichen Erlaubnisvorbehalte für Versammlungen – diese wären auch verfassungswidrig. Im Gegenteil: Einige Versammlungsgesetze der Länder stellen sogar klar, dass es keiner Erlaubnis zur Benutzung öffentlicher Verkehrsflächen durch die Versammlung bedarf (siehe z.B. § 12 VersFG SH und § 13 VersFG BE). Das bedeutet im Umkehrschluss, dass von Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Versammlungen solange erlaubt sind, bis sie per Verwaltungsakt von der zuständigen Behörde verboten und/oder aufgelöst werden. Da bis zum Verbot oder der Auflösung die Versammlungen den Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit/Fortbewegungsfreiheit der Verkehrsteilnehmer:innen rechtfertigen müssen, ist die ggf. tatbestandlich vorliegende Nötigung solange gerechtfertigt, bis die Versammlung verboten und/oder aufgelöst wurde.¹⁶

Für die Rechtfertigung der Klimaaktivist:innen ist damit entscheidend, ob ihre Straßenblockaden noch als friedlich eingestuft und damit vom Schutzbereich des Art. 8 GG umfasst werden können. Nach der Rspr. des *BVerfG* sind Sitzblockaden zur Erregung öffentlicher Aufmerksamkeit, auch wenn dabei in die Allgemeine Handlungsfreiheit/Fortbewegungsfreiheit Dritter eingegriffen wird, weder allein deshalb unfriedlich noch aus anderen Gründen vom Schutzbereich des Art. 8 GG ausgenommen.¹⁷ Auch ob eine Versammlung angemeldet ist oder nicht, spielt für die Eröffnung des Schutzbereichs keine Rolle (ggf. aber auf Ebene der Einschränkungregelungen in den Versammlungsgesetzen).¹⁸ Dabei hat das *BVerfG* auch entschieden, dass zwar grds. Behinderungen Dritter von

Art. 8 GG nur insoweit gerechtfertigt sind als diese sozialadäquate Nebenfolge einer rechtmäßigen Demonstration seien,¹⁹ Sitzblockaden zumindest aber dann von der Versammlungsfreiheit erfasst sind, wenn die Blockade dem Ziel der öffentlichen Meinungsäußerung oder -bildung dient, insbesondere Aufmerksamkeit für ein politisches Anliegen der Demonstrierenden generieren soll.²⁰ Dementsprechend sind Straßenblockaden zum Zweck der Generierung/Erhöhung von Aufmerksamkeit bzgl. der Ziele des Klimaschutzes als grds. vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit gedeckt anzusehen. Daraus lässt sich nun der Schluss ziehen, dass die von den Blockaden ausgehenden Beeinträchtigungen der Allgemeinen Handlungsfreiheit, ggf. auch der Fortbewegungsfreiheit, solange als erlaubt und damit nicht rechtswidrig iSv § 32 StGB anzusehen sind, bis die Versammlung von der zuständigen Behörde auf Grundlage der Versammlungsgesetze des Bundes oder der Länder (soweit diese solche erlassen haben) verboten und/oder aufgelöst wurde. Eine andere Beurteilung – etwa deshalb, weil der Rechtswidrigkeitsbegriff in § 32 StGB nicht versammlungsrechtsakzessorisch behandelt wird – würde dazu führen, dass § 32 StGB die bewusst eng gezogenen Grenzen der Verbots- und Lösungsmöglichkeiten der Versammlungsgesetze umgeht, indem betroffene Bürger:innen eine rechtswidrige Versammlung ohne Beteiligung der Versammlungsbehörde eigenmächtig gewaltsam auflösen dürften. Eine solche Lösung würde in dem vorliegenden grundrechtssensiblen und mit einer erheblichen Eskalationsgefahr verbundenen Situation zu einem Teilverlust des staatlichen Gewaltmonopols führen.

5. Auswirkungen der Verwerflichkeitsprüfung nach § 240 Abs. 2 StGB auf die Rechtswidrigkeit des Angriffs gem. § 32 Abs. 2 StGB?

Die bisher h.M. berücksichtigt die Wertungen des Art. 8 Abs. 1 GG dagegen auf Ebene der Rechtswidrigkeit des Angriffs im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung nach § 240 Abs. 2 StGB. Inhaltlich ist bei dieser Prüfung umstritten, ob bei der vorzunehmenden Mittel-Zweck-Relation als Zweck nur die Nahziele der Nötigungshandlung (Blockade des Verkehrs)²¹ oder auch die Fernziele (Klima- und Umweltschutz)²² zu berücksichtigen sind. Das *BVerfG* geht einen Mittelweg: Zu berücksichtigen ist – um Art. 8 GG ausreichend Rechnung zu tragen – zumindest das Zwischenziel der Generierung von Aufmerksamkeit für das politische Anliegen der Blockierenden.²³ Im Rahmen dieser Berücksichtigung des Aufmerksamkeitszwischenziels sind folgende Faktoren für die Abwägung im Rahmen von § 240 Abs. 2 StGB relevant: Soziale Gewichtigkeit des verfolgten Anliegens, Dauer und Intensi-

¹⁵ Ablehnend z.B. Böse, ZStW 113 (2001), 40; bejahend z.B. Kudlich, JZ 2003, 127; zur Rechtfertigung von Klimaprotesten unmittelbar aus Art. 8 GG Homann, JA 2023, 649 (653 f.).

¹⁶ Vgl. hierzu auch *BVerfG*, NJW 2011, 3020 Rn. 33 a.E. und *BVerfG*, NJW 2002, 1031 (1032) sowie *BVerfG*, NJW 1987, 43 (47).

¹⁷ *BVerfGE* 73, 206 (248) = NJW 1987, 43; *BVerfGE* 87, 399 (406) = NJW 1993, 581; *BVerfGE* 104, 92 (103 f.) = NJW 2002, 1031; *BVerfG*, NJW 2011, 3020 Rn. 33.

¹⁸ *BVerfGE* 69, 315 (351) = NJW 1985, 2395; *BVerfGK* 4, 154 (158) = NJW 2005, 353 L; *BVerfGK* 11, 102 (108) = NVwZ 2007, 1180; *BVerfG*, NJW 2011, 3020 Rn. 33.

¹⁹ *BVerfGE* 73, 206 (250) = NJW 1987, 43; *BVerfG*, NJW 2002, 1031 (1033).

²⁰ *BVerfG*, NJW 1987, 43; *BVerfG*, NJW 1993, 581; *BVerfG*, NJW 2002, 1031 (1032 f.).

²¹ So *BGH*, NJW 1988, 1739 (1740); *BayObLG*, NJW 1993, 212 (213); *OLG Stuttgart*, NJW 1991, 994 (995).

²² Siehe z.B. *Neumann*, ZStW 109 (1997), 1 (13 ff.); *LG Bad Kreuznach*, NJW 1988, 2624 (2627 ff.).

²³ *BVerfG*, NJW 2002, 1031 (1034).

tät der Blockade, vorherige Bekanntgabe der Protestaktion, Ausweichmöglichkeiten für die betroffenen Verkehrsteilnehmer, die Dringlichkeit des Anliegens der betroffenen Verkehrsteilnehmer (z.B. Krankentransport, Termin zum Vorstellungsgespräch etc.), der Sachbezug zwischen Protestgegenstand und den vom Protest betroffenen Personen.²⁴ Die Verwerflichkeit hängt danach von vielen Einzelfallfragen ab, bei denen keine abstrakte Bewertung möglich ist. Da jedenfalls aber die soziale Gewichtigkeit des Klimaschutzes als hoch einzuschätzen ist und bei der Blockade des Individualkraftfahrverkehrs auch ein enger Sachbezug zum Klimaschutz besteht, sind in vielen Fällen, in denen kein besonders dringliches Anliegen der Blockierten vorliegt (wie etwa ein Krankentransport o.ä.), zumindest „stau-übliche“ Beeinträchtigungsdauern in der Regel hinzunehmen und eine Verwerflichkeit in diesen Fällen zu verneinen.²⁵

Wie *Effer-Uhe* unlängst jedoch überzeugend herausgearbeitet hat, kommt es für die Frage der Rechtswidrigkeit des Angriffs im Sinne des Notwehrrechts gar nicht auf die Frage der Verwerflichkeit iSv § 240 Abs. 2 StGB an. Grund hierfür ist, dass der Verwerflichkeitsmaßstab für § 240 Abs. 2 StGB bewusst höher angesetzt ist als der allgemeine Rechtswidrigkeitsmaßstab bei § 32 StGB. Während für § 240 Abs. 2 StGB erforderlich ist, dass eine Mittel-Zweck-Relation unter Einbeziehung aller Tatumsstände ergibt, dass das eingesetzte Nötigungsmittel zur Erreichung des angestrebten Nötigungszwecks als verwerflich anzusehen ist,²⁶ genügt für § 32 StGB, dass der Täter einfaches Handlungsunrecht in Form von mindestens fahrlässigem Handeln bzgl. der drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung verwirklicht und seinerseits nicht von einem allgemeinen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist.²⁷ Dabei kann der fehlenden Verwerflichkeit zwar eine rechtfertigende Wirkung hinsichtlich der Strafbarkeit des Nötigenden zukommen, jedoch gleichzeitig nicht die Rechtswidrigkeit des Angriffs auf die Handlungs- oder Willensfreiheit des Angegriffenen entfallen lassen. Andernfalls drohte für die Handlungs- oder Willensfreiheit eine Notwehrlücke bzw. eine ungeschriebene Notwehrbeschränkung, weil diese Rechtsgüter gegen Angriffe durch Gewalt oder Drohung nur bei bestehender Verwerflichkeit geschützt wären (anders als andere Rechtsgüter, für die eine allgemeine Rechtswidrigkeit unterhalb der Verwerflichkeitsschwelle ausreicht, um den Anwendungsbereich von § 32 StGB zu eröffnen). Die berechtigte Einschränkung der Anwendbarkeit des § 240 StGB, der andernfalls aufgrund seiner tatbestandlichen Weite auch alltägliches und nicht strafwürdiges Verhalten erfassen würde, würde so plötzlich zur Einschränkung der Verteidigung von Rechtsgütern bei den Betroffenen werden. Daher führt eine fehlende Verwerflichkeit nicht automatisch zu einem Entfallen der Rechtswidrigkeit des Angriffs auf die Handlungs- oder Willensfreiheit.²⁸

6. Zwischenergebnis

Nach alledem hängt die Rechtswidrigkeit des Angriffs der Blockierenden auf die Handlungsfreiheit, ggf. auch die Fortbewegungsfreiheit, der Blockierten nach hier vertretener Auffassung vor allem davon ab, ob die Blockadeaktion in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG fällt (idR bei rein passivem Blockieren und sachbezogenem Anliegen wie dem Klimaschutz: ja) und ob die zuständige Versammlungsbehörde die Versammlung im Einzelfall verboten und ggf. aufgelöst oder im Vorfeld durch eine Allgemeinverfügung untersagt hat.

IV. Exkurs: Die Subsidiarität der privaten Notwehr gegenüber gleich effektiver staatlicher Hilfe

Soweit nach oben geschilderten Maßstäben ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff durch die Protestierenden bejaht wird, stellt sich in vielen Fällen die Frage, ob die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung der Blockierten deshalb verneint werden muss, weil staatliche Hilfe – hier durch Auflösung der Versammlung durch die Polizei – das vorrangig zu berücksichtigende Abwehrmittel darstellt. Die h.M. differenziert hier unter Berufung auf die Grundsätze zum Einsatz des sog. relativ mildesten Mittels (ein milderes Abwehrmittel muss nur gewählt werden, wenn es den Angriff gleich wirksam und gleich schnell beendet wie das schärfere Abwehrmittel) danach, ob die staatliche Hilfe bereits präsent ist und ob die staatliche Hilfe gleich effektiv ist.²⁹ Bei nicht präsenter Hilfe ist es offensichtlich, dass das eigene Handeln der Blockierten den Angriff schneller beendet als das Zuwarten auf das Eintreffen der staatlichen Hilfe (inklusive der durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Sicherheitsrecht verursachten weiteren Dauer bis zur tatsächlichen Auflösung unter Einsatz unmittelbaren Zwangs). Ist staatliche Hilfe präsent, wird häufig dennoch die eigene Abwehr (das gewaltsame Abreißen der angeklebten Hände von der Straße und das gewaltsame Wegtragen der Aktivist:innen) der schnellere Weg zur Abwehr des Angriffs sein. Die Bindung der Polizei an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – der für private Notwehr gerade nicht gilt – führt dazu, dass die Polizei das Ablösen der Hände grds. nicht gewaltsam, sondern unter Einsatz von Lösungsmitteln und unter möglicher Schonung der körperlichen Unversehrtheit der Protestierenden vornehmen muss. Ob sich die betroffenen Bürger:innen dennoch aufgrund der (mittelbaren Dritt-) Wirkung von Art. 8 GG auf die Auflösung durch die Polizei verweisen lassen müssen, wird sogleich noch näher im Rahmen der sog. sozialethischen Notwehreinschränkungen betrachtet. Allein unter dem Gesichtspunkt des sog. relativ mildesten Mittels ist dies jedenfalls selten der Fall.

²⁴ *BVerfG*, NJW 2002, 1031 (1034); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (407 f.).

²⁵ *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (407 f.).

²⁶ Statt vieler *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 240 Rn. 17 m.w.N.

²⁷ Statt vieler *Erb*, in: MüKoStGB, § 32 Rn. 41 ff. m.w.N.

²⁸ Zum Ganzen ausführlich und überzeugend: *Effer-Uhe*, NJOZ 2023, 576.

²⁹ Statt vieler *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 32 Rn. 34 m.w.N.

V. Sozialethische Notwehrein-schränkungen aufgrund der Versammlungsfreiheit?

Schließlich kann der Versammlungsfreiheit in den hier behandelten Fällen auf der Ebene der Gebotenheit im Wege sog. sozialethischer Notwehrein-schränkungen Rechnung getragen werden. Dabei lässt sich ein Einfluss von Art. 8 GG auf die Gebotenheit der Notwehrhandlung auf Grundlage der herrschenden dualistischen Notwehrkonzeption leicht begründen. Im Rahmen dualistischer Notwehrkonzepte³⁰ können die ausdifferenzierten Wertungen des einfachgesetzlichen Versammlungsrechts und die notwendigen Abwägungen auf der verfassungsrechtlichen Ebene der Versammlungsfreiheit die Notwendigkeit der Verteidigung der Rechtsordnung absenken und so eine Beschränkung des Notwehrrechts rechtfertigen. Es handelt sich um eine mittelbare Drittwirkung von Art. 8 GG auf das Notwehrverhältnis zwischen den beteiligten Bürger:innen.

Inhaltlich könnte eine sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts aufgrund der Versammlungsfreiheit unterschiedlich ausgestaltet sein. Eine Möglichkeit wäre es, die Subsidiarität der privaten Notwehr gegenüber staatlichen Maßnahmen zur Auflösung der Versammlung zu verschärfen und die Blockierten auch bei nicht präsenter, jedoch herannahender staatlicher Hilfe auf ein Zuwarten zu verweisen. Hiervon wiederum könnten bei besonders gewichtigen Anliegen (z.B. zeitkritischer Krankentransport) Rückausnahmen gemacht werden. Eine zweite Möglichkeit wäre es, den Maßstab für die Annahme eines sog. krassen Missverhältnisses abzusenken. In der Fallgruppe des krassen Missverhältnisses ist von der h.M. bereits jetzt anerkannt, dass bei geringfügigen Angriffen – insbesondere auf Eigentum, Besitz und Ehre – keine schweren Verletzungen oder Tötungen des Angreifers vom Notwehrrecht gedeckt sind.³¹ Unter dem Eindruck der Versammlungsfreiheit ließe sich argumentieren, dass – wenn nicht ein besonders zeitkritischer Fortbewegungsgrund besteht – bereits dann ein solches Missverhältnis angenommen

werden muss, wenn die notwendigen Verletzungen der Protestierenden über die leichten Verletzungen des gewaltsamen Wegtragens hinausgehen. Insbesondere das Abreißen der festgeklebten Hände wäre dann unzulässig.

VI. Thesen/Takeaways

1. Einfallstore für die Wertungen der Versammlungsfreiheit im Notwehrrecht sind die Rechtswidrigkeit des Angriffs und die Gebotenheit.
2. Die Nötigung durch Straßenblockaden im Rahmen von Klimaprotesten ist idR nicht von einem allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund gedeckt. Allerdings wirkt eine von Art. 8 GG gedeckte und den Versammlungsgesetzen erfasste Versammlung solange auch strafrechtlich rechtfertigend, bis die zuständige Versammlungsbehörde die Versammlung im Wege eines Verwaltungsakts (ggf. einer Allgemeinverfügung im Vorfeld) auf Grundlage des jeweiligen Versammlungsgesetzes verboten, ggf. aufgelöst hat. Vorher liegt kein rechtswidriger Angriff vor.
3. Dagegen liegt auch bei Verneinung der Verwerflichkeit der Nötigung durch die Protestierenden dennoch ein rechtswidriger Angriff gegenüber den Blockierten vor (soweit ein solcher nach den Maßstäben unter 2. vorliegt), weil der Rechtswidrigkeitsbegriff in § 32 StGB nicht deckungsgleich mit dem Rechtswidrigkeitsbegriff in § 240 Abs. 2 StGB ist.
4. Die Erforderlichkeit der Notwehr ist zu verneinen, wenn staatliche, gleich effektive Hilfe präsent ist.
5. Art. 8 GG entfaltet mittelbare Drittwirkung auf der Ebene der Gebotenheit. Möglich wäre eine verschärfte Subsidiarität der privaten Notwehr gegenüber noch nicht präsenter staatlicher Hilfe oder die Absenkung der Schwelle für die Annahme eines sog. krassen Missverhältnisses.

³⁰ Überblick über verschiedene Notwehrbegründungskonzepte bei Rückert, Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht, 2017, S. 17 ff.

³¹ Statt vieler *Momsen/Savic*, in: BeckOK-StGB, 58. Ed. (2023), § 32 Rn. 35 m.w.N.

Die Rechtswidrigkeit des Angriffs als Voraussetzung des Notwehrrechts

Von Prof. Dr. Volker Erb*

Abstract

Die „Rechtswidrigkeit“ des Angriffs im Sinne von § 32 StGB wirft grundlegende Fragen auf, die bis heute nicht abschließend geklärt sind. In der Entwicklung der Diskussion spiegelt sich dabei in gewisser Weise der allgemeine Perspektivenwechsel der Strafrechtsdogmatik vom Erfolgsunrecht zum Handlungsunrecht wider. Eine genaue Betrachtung zeigt jedoch, dass auch die heute verbreitete Betrachtung der Rechtswidrigkeit des Angriffs aus der Handlungsperspektive zu Verzerrungen führen kann.

The "unlawfulness" of the attack within the meaning of Section 32 StGB raises fundamental questions that have not yet been conclusively clarified. To a certain extent, the development of the discussion reflects the general change of perspective in criminal law dogmatics from the unlawfulness of success to the unlawfulness of action. A closer look, however, shows that even today's widespread view of the unlawfulness of the attack from the perspective of action can lead to distortions.

I. Erfolgsbezogene Rechtswidrigkeitsbetrachtung

Im älteren Schrifttum war es verbreitet, die Rechtswidrigkeit des Angriffs allein vom drohenden Erfolg des Angriffs her zu bestimmen. Hiernach sollte der Angriff automatisch „rechtswidrig“ sein, wenn der Angegriffene nicht aufgrund eines zugunsten des Angreifers gegebenen Rechtfertigungsgrundes positiv verpflichtet war, ihn zu dulden. Ob der Angreifer die Umstände erkennen konnte, die sein Verhalten gefährlich machten und deshalb als Angriff auf die Rechtsgüter des anderen erscheinen ließen, sollte hingegen keine Rolle spielen.¹ Als Hauptargument wurde angeführt, ohne eine besondere Eingriffsbefugnis der Gegenseite könne ein potentiell Geschädigter doch schwerlich dazu verpflichtet sein, eine Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter durch das Verhalten Dritter widerstandslos hinzunehmen.² Dieser Evidenzappell hat indes nur eine ganz vordergründige Plausibilität: Warum umgekehrt derjenige, der durch ein in jeder Hinsicht sorgfaltsgerechtes Verhalten zur Gefahr für fremde Rechtsgüter wurde, verpflichtet sein sollte, seinerseits eine massive Beeinträchtigung seiner eigenen Rechtsgüter hinzunehmen, die aus der Ausübung „schneidiger“ Notwehrbefug-

nisse der Gegenseite resultiert, ist ebenso wenig einzusehen.³ Die Frage, wer in einer Konfliktlage, für deren Entstehung keiner der beiden Kontrahenten etwas kann, das Recht auf seiner Seite haben soll, kann nicht allein davon abhängen, wer primär was zu *verursachen* droht. Sie bedarf vielmehr einer subtilen Abwägung, für die die Schwarz-Weiß-Regelung von § 32 StGB offensichtlich ungeeignet ist. Eine sachgerechte Lösung für solche Konstellationen lässt sich nur über die Grundsätze des rechtfertigenden Notstands erreichen, ggf. unter Einbeziehung der Besonderheiten des Defensivnotstands.⁴

II. Rechtswidrigkeitsbetrachtung aus der Perspektive des Angreifers

1. Den Weg für diese Lösung eröffnet ganz zwanglos die heute ganz h.M., wonach die „Rechtswidrigkeit“ des Angriffs nicht allein aus der objektiven Gefährlichkeit des Angriffsverhaltens abgeleitet werden kann, sondern zusätzlich einen Handlungsunwert voraussetzt. Ein solcher Handlungsunwert liegt vor, wenn in der Vornahme des Angriffsverhaltens zumindest ein objektiver Sorgfaltspflichtverstoß in Bezug auf die drohenden Folgen zu erblicken ist.⁵ Kein „rechtswidriger Angriff“ liegt hiernach jedenfalls dann vor, wenn jemand durch die für ihn unerkennbare Gefährlichkeit seines Verhaltens in schicksalhafter Weise zur Bedrohung für fremde Rechtsgüter wird. So wird z.B. der Lokführer, der mit seinem Zug einen Streckenabschnitt befährt, in dem sich jemand auf dem Gleis befindet, vor dem er den Zug wegen des langen Bremswegs nicht rechtzeitig anhalten kann, nicht zu einem Angreifer, gegenüber dem irgend jemand Notwehrbefugnisse geltend machen könnte.⁶ Für Fälle dieser Art dürfte das heute der allgemeinen Meinung entsprechen.

2. Das eigentliche Problem stellt sich dort, wo dem Angreifer nicht der Blick auf die Folgen seines Verhaltens versperrt ist, sondern wo er aufgrund einer für ihn unvermeidbaren Fehleinschätzung der Lage irrtümlich eine Situation annimmt, in der er befugt wäre, die Rechtsgüter des anderen zu verletzen: Auch hier, beim unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtums, haben wir jemanden, der aus seiner Perspektive nicht zu erkennen vermag, dass er im Ergebnis ohne einen rechtfertigenden Anlass fremde

* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Mainz. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, der am 16.5.2023 bei einem online-Workshop des Kriminalpolitischen Kreises gehalten wurde.

¹ Gallas, in: FS Bockelmann, 1979, S. 155 (163 f. mit Fn. 21); Geilen, Jura 1981, 256; Spindel, in: LK-StGB, 11. Aufl. (1992), § 32 Rn. 57, 62; Bockelmann/Volk, Strafrecht AT, 4. Aufl. (1987), S. 90; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. (1996), S. 341; Ebert, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2003), S. 75.

² Deutlich Bockelmann/Volk (Fn. 1), S. 90.

³ Zutr. Rönnau/Hohn, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2019), § 32 Rn. 109.

⁴ Näher Erb, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 40 m.w.N.

⁵ Hirsch, in: FS Dreher, 1977, S. 211 (213 ff.); Otte, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, 1998, S. 52 ff.; Sinn, GA 2003, 96 (103 ff.); Rönnau/Hohn, in: LK-StGB, § 32 Rn. 109; Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 32 Rn. 19; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 21; Hoyer, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 32 Rn. 24; Mitsch in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 13. Aufl. (2021), § 17 Rn. 17; Krey/Esser, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2022), Rn. 482 f.; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 15 Rn. 14.

⁶ Bsp. aus Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 40; ähnliches Bsp. bereits bei Zipf, ZStW 82 (1970), 633 (641 ff.).

Rechtsgüter verletzt. Hieraus wird im Schrifttum verbreitet der Schluss gezogen, dass ein Handeln im unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum ebenfalls keinen rechtswidrigen Angriff darstellt.⁷ Wer nicht erkennen kann, dass die Person, die ihm mit einer Waffe in der Hand gegenübertritt, ein Zivilfahnder mit entsprechenden polizeilichen Handlungsbefugnissen ist, wäre, wenn er in der Annahme eines rechtswidrigen Angriffs auf sein Leben selbst eine Waffe zieht und schneller schießt, also nicht nur wegen Putativnotwehr straflos. Sein eigenes Verhalten wäre infolge des unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtums vielmehr schon objektiv nicht als rechtswidriger Angriff zu bewerten. Es könnte deshalb seinerseits keine Notwehrbefugnisse der Gegenseite auslösen.⁸

3. In einer Konstellation wie der vorliegenden wäre also ausgerechnet derjenige, der – wenn wir dies für das Vorgehen des Zivilfahnders einmal unterstellen – objektiv und subjektiv alles richtig gemacht hat, von Rechts wegen verpflichtet, die Gewalt der Gegenseite widerstandslos über sich ergehen zu lassen, wenn die erforderliche Gegenwehr den Rahmen dessen sprengt, was einer Rechtfertigung nach § 34 StGB zugänglich wäre. Ihm selbst bliebe dann allenfalls die Möglichkeit einer Entschuldigung nach § 35 StGB. Potentiellen Nothelfern, die zu ihm in keiner persönlichen Nähebeziehung stehe, bliebe auch diese Möglichkeit versagt. Der Irrende wäre demgegenüber privilegiert – er könnte seine Putativnotwehrhandlung ungestört ausführen, wenn sie keinen rechtswidrigen Angriff darstellt und deshalb ihrerseits keine Notwehrbefugnisse der Gegenseite auslöst. Wie diese einseitige Parteinahme der Rechtsordnung zugunsten des Irrenden legitimiert werden sollte, bleibt unerfindlich.

4. Wenig überzeugend erscheint auch das Ergebnis in einer Situation, in der beide Kontrahenten in spiegelbildlicher Form dem gleichen Irrtum unterliegen. Das wäre etwa in der folgenden Abwandlung des Zivilfahnder-Beispiels der Fall: Angenommen, beide hielten sich im gleichen Moment in unvermeidbarer Weise wechselseitig für Straftäter, die sich durch eine Ermordung des Gegenübers der drohenden Festnahme entziehen wollen. Auf der Grundlage der Ansicht, die einen durch eine unvermeidbare Putativnotwehrlage begründeten Angriff ebensowenig als rechtswidrig behandeln möchte wie eine echte Notwehrlage, müsste man hier für beide Kontrahenten die Rechtswidrigkeit ihres jeweiligen Angriffs verneinen. Damit würde man indessen beiden bescheinigen, rechtmäßig zu handeln. Mit einer solchen Einräumung gegensätzlicher Handlungsbefugnisse geriete die Rechtsprechung aber offenkundig in einen unüberbrückbaren Selbstwiderspruch.⁹

5. Soweit dieses Problem erkannt wird, versucht man ihm zumeist mit der Begründung auszuweichen, wer einen an-

deren im unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum angreift, handle zwar nicht rechtswidrig, sei aber auch nicht positiv gerechtfertigt.¹⁰ Welchen Sinn es ergeben sollte, ein Verhalten, dem man die Rechtfertigung versagen will, gleichwohl als „nicht rechtswidrig“ zu bezeichnen, ist indessen nicht ersichtlich. Es handelt sich im Grunde genommen nur um eine Begriffsverwirrung, um Wertungswidersprüche zu kaschieren.

III. Differenzierung zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsebene

Eine überzeugende Lösung muss demgegenüber an der Wurzel des Problems ansetzen: Der Grundsatz, wonach unvermeidbare Fehleinschätzungen kein Rechtswidrigkeitsurteil begründen können, trifft auf Tatbestandsebene zweifellos zu. Bei einer Übertragung auf die Rechtfertigungsebene führt er, wie die beiden Varianten des Zivilfahnder-Beispiels zeigen, hingegen entweder zu einer unangemessenen Parteinahme der Rechtsordnung oder zu widersprüchlichen Rechtswidrigkeitsurteilen. Deshalb ist die Übertragung jenes Grundsatzes auf die Rechtfertigungsebene als solche kritisch zu sehen. Der Schlüssel zur Lösung des Problems liegt in der Frage, worum es bei der Diskussion um die Berücksichtigung der Erkenntnismöglichkeiten des Täters im Rahmen des Rechtswidrigkeitsurteils eigentlich geht: Letzten Endes um nichts anderes als um die sachgerechte Verteilung des *Zufallsrisikos*. Die Gründe, die auf Tatbestandsebene dafürsprechen, den Handelnden von negativen Konsequenzen unerkennbarer Umstände zu entlasten, sind indessen nicht auf die Rechtfertigungsebene übertragbar.

1. Auf Tatbestandsebene kommt der Zufallsfaktor in erster Linie in Form von unvorhersehbaren Folgen einer Handlung zum Tragen. Diese stehen in jeder Hinsicht einem Naturereignis gleich, weil sie per se nicht in der Lage sind, die Motivation des Handelnden in irgendeiner Form zu beeinflussen. Deshalb erscheint es konsequent und sachgerecht, von der durch sie bedrohten Person zu verlangen, sie wie Naturereignisse hinzunehmen und allenfalls dann auf einen anderen abzuwälzen, wenn die Voraussetzungen einer Notstandsrechtfertigung gegeben sind. Dies verbietet ihre Einstufung als „rechtswidrigen Angriff“ i.S. von § 32 StGB. Deshalb kann sich im Ausgangsbeispiel des Zuges, der auf eine auf dem Gleis liegende Person zurast, niemand auf Notwehr berufen, wenn er diesem Zufall eine neue Wendung gibt, indem er den Zug in letzter Sekunde zum Entgleisen bringt.¹¹

2. Die Belastung, die einem Bürger dadurch droht, dass er ggf. unvorhersehbare Auswirkungen fremden Verhaltens hinnehmen muss, erlangt nun eine völlig neue Qualität, wenn man den Ansatz auf die unvermeidbar-zufällige Fehleinschätzung von Ausnahmerechten durch andere

⁷ *Graul*, JuS 1995, 1049 (1052); *Roxin*, in: FS G. Pfeiffer, 1988, S. 45 (51); *Otte* (Fn. 5), S. 59 f.; *Sinn*, GA 2003, 96 (107); *Mitsch*, JA 2016, 161 (167); *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 97, 111; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 21; *Rosenau*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 32 Rn. 19, 32; *Frister*, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2020), 16. Kap. Rn. 12; *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 14 Rn. 112 und § 15 Rn. 15.

⁸ Zu diesem Bsp. bereits *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 43.

⁹ Dazu bereits *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 43.

¹⁰ *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 15 Rn. 15; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, § 32 Rn. 97, 111; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 21.

¹¹ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 40.

Personen überträgt. Ob man von den Folgen eines erlaubten Risikos im Verkehr betroffen ist, oder ob man von einem anderen in einem – wenn auch unvermeidbaren – Erlaubnistatbestandsirrtum getötet oder verletzt wird, dürfen schon in der allgemeinen Wahrnehmung zwei grundverschiedene Dinge sein: Während es im ersten Fall schon etwas gekünstelt anmutet, das zugrundeliegende Verhalten des anderen Verkehrsteilnehmers überhaupt als „Angriff“ zu bezeichnen, erscheint dies im Falle der in Putativnotwehr ausgeübten Gewalt fast selbstverständlich. Diesem Angriff immerhin die Rechtswidrigkeit abzusprechen, setzt die Wertung voraus, das Opfer der Putativnotwehrhandlung sei „näher dran“, die Folgen des fatalen Irrtums zu tragen als derjenige, der diesem Irrtum unterlegen ist. Diese Wertung erscheint jedoch alles andere als überzeugend: Wer vermeintlich gerechtfertigt gezielt Rechtsgüter eines anderen verletzt, agiert nicht mehr im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit, sondern nimmt ein besonderes Recht in Anspruch, eine bestimmte Handlung ohne die normalerweise gebotene Rücksicht auf andere durchzuführen. Damit ist das Risiko, dies infolge einer fehlerhaften Einschätzung der Voraussetzungen zu Unrecht zu tun, seiner Sphäre zuzuordnen.¹² Deshalb ist es es, der im Zweifel die Folgen einer solchen Fehleinschätzung zu tragen hat – selbst dann, wenn diese für ihn nach Lage der Dinge unvermeidbar war.

3. Dem ist in der Rechtfertigungsdogmatik dadurch Rechnung zu tragen, dass eine vorsätzliche Verletzung fremder Rechtsgüter grundsätzlich einen rechtswidrigen Angriff i.S. von § 32 StGB darstellt, solange das betreffende Verhalten nicht in jeder Hinsicht von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt ist. Ein bloßer Erlaubnistatbestandsirrtum genügt hierfür keinesfalls. Die in ihm begangene Tat bleibt auch dann ein rechtswidriger Angriff und eröffnet das Notwehrrecht des hiervon Betroffenen und evtl. Nothelfer, wenn der Irrtum unvermeidbar war.¹³ Auf diese Weise wird eine unangemessene Parteinahme der Rechtsordnung zu Lasten desjenigen vermieden, der objektiv zu Unrecht angegriffen wurde. Soweit man gegenüber einem im unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum handelnden Angreifer umgekehrt die volle „Schärfe“ des Notwehrrechts für unangemessen hält, ist die Lösung an anderer Stelle zu suchen: Angriffe schuldlos Irrrender bilden bekanntlich eine der klassischen und allgemein anerkannten Fallgruppen sozialetischer Einschränkungen des Notwehrrechts.

4. Werfen wir abschließend noch einen Blick darauf, wie die angesprochenen Konstellationen eines beiderseits un-

vermeidbaren wechselseitigen Erlaubnistatbestandsirrtums zu lösen sind.

a) Hier ist zunächst zu bemerken, dass sich das Problem nur stellt, wenn sich beide Beteiligte in gleichwertigen Ausgangspositionen befinden, was nur ganz selten der Fall sein wird. Der Regelfall in der Praxis besteht darin, dass sich ein Beteiligter objektiv zu Unrecht angegriffen wähnt und deshalb selbst als erster einen „echten“ Angriff startet. Dieser ist dann wie gesagt unabhängig von der Vermeidbarkeit des Irrtums rechtswidrig i.S. von § 32 StGB. Die Person, gegen die sich der Angriff richtet, und evtl. Nothelfer derselben haben deshalb ein Notwehrrecht. Ob der Irrtum des Angreifers vermeidbar war, spielt dann erst im Rahmen einer evtl. sozialetischen Einschränkung eine Rolle – neben weiteren Faktoren, insbesondere der Erkennbarkeit des Irrtums für den Verteidiger.

b) Befinden sich die Kontrahenten ausnahmsweise in identischen Ausgangspositionen, indem sie sich wechselseitig als Angreifer betrachten, schon bevor eine Seite eine reale Angriffshandlung begonnen hat, dann liegen die Dinge wie folgt: Beide unternehmen ihren realen Angriff auf die Gegenseite aus einer Situation heraus, in der sie in Wirklichkeit selbst keinem Angriff ausgesetzt waren. Damit ist das Angriffsverhalten keines von beiden einer Rechtfertigung zugänglich. Da sie ihren Angriff insofern beide rechtswidrig begonnen haben, können sie sich nicht auf eine Rechtfertigung durch Notwehr berufen. Mit dieser Bescheinigung einer beiderseitigen Rechtswidrigkeit des Handelns tritt die Rechtsordnung anders als bei einer beiderseitigen Rechtfertigung nicht in einen inneren Widerspruch. Sie legt damit vielmehr nur den Grundstein für eine sachgerechte Lösung auf Schuldebene.¹⁴

IV. Zusammenfassung

Die Rechtswidrigkeit des Angriffs i.S. von § 32 StGB setzt voraus, dass das Verhalten, mit dem der Angreifer fremde Rechtsgüter zu verletzen droht, im Hinblick auf die Herbeiführung dieses Erfolges zumindest objektiv sorgfaltswidrig ist. Eine vorsätzliche Beeinträchtigung fremder Rechtsgüter ist demgegenüber ohne weiteres rechtswidrig, wenn sie nicht durch das Vorliegen aller Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gerechtfertigt ist. Die irrtümliche Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes durch den Angreifer lässt die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens auch dann nicht entfallen, wenn sie unvermeidbar erscheint.

¹² Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 46.

¹³ Zutr. OLG Hamm, BeckRS 2006, 04859 m. Bespr. Jahn, JuS 2006, 466; Hörnle, JZ 2006, 950 (957 f.); Heinrich, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2022), Rn. 1133; ähnlich Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), Vorb. § 32 Rn. 116 f.; im Ergebnis auch Hirsch, in: FS Dreher, 1977, S. 211 (225); Schüler, Der Zweifel über das Vorliegen einer Rechtfertigungslage, 2004, S. 55 ff.; Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 32 Rn. 8; Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. (2017), § 7 Rn. 22 a.E.; grds. auch Momsen/Savic, in: BeckOK-StGB (Stand: 1.5.2023), § 32 Rn. 49 ff. (mit Befürwortung einer Ausnahme für den Fall eines Irrtums, den das Opfer der Putativnotwehrhandlung in zurechenbarer Weise ausgelöst hat).

¹⁴ Dazu bereits Erb, in: MüKo-StGB, § 32 Rn. 47.

Das deutsche Notwehrrecht – Ein knapper Blick von außen

Von Prof. Dr. Felix Bommer*

Abstract

Der Beitrag soll einen Überblick über die Notwehr im schweizerischen Strafrecht geben. Sie wird in ihren Grundlagen und Streitfragen anhand der gesetzlichen Vorgaben mit Blick auf Lehre und Rechtsprechung untersucht. So eröffnet sich die Möglichkeit, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum deutschen Pendant zu erkennen.

This paper aims to provide an overview on the right to self-defense in Swiss criminal law. Its basic principles and contentious issues will be analysed on the basis of the statutory provisions with a view to doctrine and case law. This opens up the possibility of identifying similarities and differences to its German counterpart.

I. Einleitung

Ein knapper Blick von außen auf das deutsche Notwehrrecht ist versprochen. Zu diesem Zweck muss zunächst die Sehschärfe der Brille etwas näher beschrieben werden, um dann sagen zu können, was man bei der Betrachtung von § 32 dStGB und der Novellierung sieht. Anders gewendet: In einem ersten Schritt geht es um die schweizerische Regelung des Notwehrrechts, anschließend sollen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu der geltenden und zu der neu vorgeschlagenen deutschen Regelung herausgearbeitet werden.

Im CH-StGB ist Art. 15 einschlägig, „Rechtfertigende Notwehr“:

Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren.

Art. 16 CH-StGB regelt unter dem Randtitel „Entschuld-bare Notwehr“ den einfachen und den entschuldigenden Notwehrexzess und deren jeweilige Rechtsfolgen:

¹Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr nach Artikel 15, so mildert das Gericht die Strafe.

²Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff, so handelt er nicht schuldhaft.

Damit ist die schweizerische Regelung ähnlich knapp wie der geltende § 32 dStGB. Wie wird sie in Lehre und Praxis interpretiert? Insofern soll an eine vertraute Struktur angeknüpft werden, zunächst an die Unterscheidung zwischen Notwehrlage und Notwehrhandlung. Vorweg aber noch eine Bemerkung zu der inneren Rechtfertigung des Rechtfertigungsgrundes im schweizerischen Strafrecht: Sie weicht nicht ab von der in Deutschland gängigen Auffassung.¹ Geschützt wird nicht nur das bedrohte Rechtsgut des Angegriffenen, sondern auch die Rechtsbewahrung als solche;² der Satz von der Verteidigung des Rechts gegen das Unrecht ist (auch) hierzulande oft zitiert.³ Deshalb besteht auch nach hiesiger Auffassung keine Pflicht zum Fliehen oder Ausweichen in einer Notwehrsituation⁴ (und lässt sich Flucht nur noch schlecht als „Abwehr“ auffassen).

II. Die Notwehrbestimmung von Art. 15 CH-StGB

1. Notwehrlage

Damit eine Notwehrlage entsteht, verlangt das Gesetz, dass „jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht“ wird.

a) Aus dem „jemand“ wird zunächst geschlossen, dass nur Rechtsgüter des Individuums notwehrfähig sind, nicht solche der Allgemeinheit; Art. 15 CH-StGB deckt also nicht die private Ausübung hoheitlicher (polizeilicher) Funktionen.⁵ Was die Rechtsgüter des Individuums betrifft, gelten sie allerdings sämtliche von der Notwehrbefugnis umfasst, nicht etwa nur bestimmte wie Leib und

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht an der Universität Zürich. Er dankt Frau Dr. Sandra van der Stroom für wertvolle Hinweise und Frau BLaw Rachel Gerny für die Bearbeitung der Fußnoten.

¹ Vgl. dazu nur Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht AT, 10. Aufl., (2022), § 16 Rn. 1; Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. (2017), § 7 Rn. 15; Roxin/Greco, Strafrecht AT, Bd. I, 5. Aufl. (2020), § 15 Rn. 1, 3e ff.; anders etwa Frister, Strafrecht AT, 10. Aufl. (2023), § 16 Rn. 3; kritisch Krauss, in: FS Puppe, 2011, S. 635 (635 ff.).

² Donatsch/Gothenzi/Tag, Strafrecht I, 10. Aufl. (2022), S. 230; Geth, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2021), Rn. 191; Kunz, in: FG zum schweizerischen Juristentag, Bern 1988, S. 161 (169); Niggli/Göhlich, in: Basler Kommentar, StGB, 4. Aufl. (2019), Art. 15 Rn. 1; Trechsel/Geth, in: Praxiskommentar-StGB, 4. Aufl. (2021), Art. 15 Rn. 2; relativierend Mona/Leu, recht 2011, 175 (177).

³ Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 4. Aufl. (2011), § 10 Rn. 67; Trechsel/Noll/Pieth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 7. Aufl. (2017), S. 121; Vest et al., StGB AT Kompakt, 3. Aufl., (2023), S. 113; ähnlich Riklin, Strafrecht AT, 3. Aufl. (2007), § 14 Rn. 35. Die französischsprachige Literatur erwähnt den Rechtsbewahrungsgesichtspunkt nicht, Hurtado Pozo/Godel, Droit pénal général, 3. Aufl. (2019), Rn. 677 ff.; Monnier, in: Commentaire romand StGB, 2. Aufl. (2021), Art. 15 Rn. 1 ff.

⁴ Mona/Leu, recht 2011, 175 (176); Stratenwerth, § 10 Rn. 76; kritisch Schobloch, recht 2022, 67 (71) und Graven, ZStrR 1990, 190.

⁵ Monnier, in: CR-StGB, Art. 15 Rn. 5; Stratenwerth, § 10 Rn. 70.

Leben o.ä.,⁶ und zudem unabhängig davon, ob sie strafrechtlichen oder bloß anderweitigen rechtlichen Schutz genießen, etwa durch das Privatrecht oder das öffentliche Recht. Die h.M. lässt genügen, dass sie überhaupt rechtlich geschützt sind.⁷

b) Der Angriff selbst ist gesetzlich nicht näher umschrieben. Es wird darunter ein Verhalten verstanden, welches das Potential in sich trägt, ein rechtlich geschütztes Interesse eines Individuums (s. soeben a) zu beschädigen oder zu vernichten. Damit sind verschiedene denkbare Konstellationen benannt; die paradigmatische ist die vorsätzlich vorgetragene Attacke eines Menschen auf Leib und Leben eines anderen. Doch muss der Begriff des Angriffs in dreierlei Hinsicht erweitert werden. Er ist, erstens, nicht auf Fälle der Begehung beschränkt. Wo dem Angreifer eine Garantenstellung zukommt, kann er auch in einem Unterlassen bestehen, sofern dadurch Rechtsgüter der zu schützenden Person tangiert werden.⁸ Zweitens sind Angriffe nicht, wie man aufgrund des allgemeinen Sprachgebrauchs meinen könnte, auf vorsätzliche Verhaltensweisen beschränkt; auch fahrlässiges menschliches Verhalten kann eine notwehrfähige Situation begründen.⁹ Weiter beschränkt die ganz h.M. Angriffe auf solche eines Menschen und erfasst solche von Tieren nur, wenn sie als Werkzeug, mithin vorsätzlich eingesetzt werden.¹⁰ Doch spricht der Gedanke, dass notwehrauslösend die einem Menschen zurechenbare Handlung wirkt, für die gegenteilige Lösung, ebenso wie die allgemein geteilte Einschätzung, dass man unter Fahrlässigkeitsgesichtspunkten für die Verletzungen eines Dritten einzustehen hat, die diesem vom eigenen (Haus-)Tier zugefügt worden sind.¹¹ Ganz unstrittig ist schließlich, dass der Angriff nicht schuldhaft vorgetragen sein muss,¹² schon deshalb nicht, weil in ihm nicht zwingend ein in einem Straftatbestand zu erfassendes Verhalten zu liegen braucht (s. sogleich d).

c) Der Angriff muss nach dem Wortlaut von Art. 15 CH-StGB weiter gegenwärtig sein; es genügt freilich, dass er „unmittelbar droht“. Das ist keine Klausel, die zu Präventivschlägen ermutigen soll. Vielmehr ist damit gemeint, dass nach den gesamten Umständen mit dem Angriff ernstlich zu rechnen sein muss, dann aber die Abwehr zu einem Zeitpunkt einsetzen darf, zu dem sie noch mit Aussicht auf Erfolg ausgeübt werden kann; man braucht nicht so lange zu warten, bis es „für eine erfolgreiche Verteidigung zu spät sein könnte“.¹³

d) Im Gesetz ist nicht die Rede von einem rechtswidrigen Angriff, sondern – adverbial – dass jemand „ohne Recht“ angegriffen wird. Darin liegt kein Unterschied zum deutschen Recht: Es geht darum, dass der Angriff nicht von einer Norm des Strafrechts (keine Notwehr gegen Notwehr) oder anderer Rechtsmaterien für erlaubt erklärt wird, z.B. in Gestalt öffentlich-rechtlicher Eingriffsrechte.¹⁴ Es ist freilich nicht vorausgesetzt, dass er einer strafrechtlichen Norm zuwiderläuft; die Qualifikation als „rechtswidrig“ kann sich auch aus Verstößen gegen privat- oder öffentlich-rechtliche Normen ergeben. Darin liegt bloß das Abbild der oben unter I.1.a) getroffenen Feststellung, dass auch Rechtsgüter notwehrfähig sind, die nicht strafrechtlichen, sondern „nur“ privat- oder öffentlich-rechtlichen Schutz genießen. Allerdings kommen als deren Quelle nur allgemeingültige Normen in Betracht, nicht solche rein vertraglicher Natur.¹⁵ Gegen den Mieter, der am Sonntag entgegen der Hausordnung die Waschmaschine anwirft, ist keine Notwehr zulässig.

2. Abwehrhandlung

a) Berechtigt zur Abwehr ist „der Angegriffene und jeder andere“. Das Gesetz formuliert die Notwehr also aus der Perspektive des Handelnden und nimmt damit die beiden Protagonisten in den Blick, die für diese Rolle in Frage kommen: Der Angegriffene selber, aber auch ein Nicht-Angegriffener, der ihm zu Hilfe eilt. Insofern scheint zumindest auf sprachlicher Ebene eine Differenz zu § 32 Abs. 2 dStGB vorzuliegen, wenn dort nicht die Notwehrbefugnis als ein Recht des Angegriffenen (oder des Dritten) bezeichnet, sondern über die Erforderlichkeit der Angriffsabwehr deren zulässiges Ausmaß (für den Angegriffenen oder einen anderen) festgelegt wird. Unstreitig ist von den beiden Bestimmungen aber auch ein Nothelfer erfasst (vgl. unten II.4).

b) Das Gesetz spricht von „den Angriff“ abwehren. Daraus zieht man den Schluss, dass sich die Abwehr gegen Rechtsgüter des Angreifers richten muss; nur *er* ist legitimes Ziel der Abwehrbemühungen, weil *er* es ist, der Anlass zu der Abwehrhandlung gibt.¹⁶ Die Beeinträchtigung von Drittinteressen kann allenfalls unter dem Titel des

⁶ Eine in der Öffentlichkeit hin und wieder anzutreffende Fehldeutung.

⁷ Z.B. Besitz oder Bewegungsfreiheit als Teil der persönlichen Freiheit und des Persönlichkeitsrechts (BGE 104 IV 53, 55 E. 2); *Donatsch/Godenzi/Tag*, S. 232; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 70; anders *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 15 Rn. 22.

⁸ *Donatsch/Godenzi/Tag*, S. 231, 236; *Geth*, Rn. 193; *Hurtado Pozo/Godel*, Rn. 679; *Riklin*, § 14 Rn. 28; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 73; *Trechsel/Geth*, in: PK-StGB, Art. 15 Rn. 5; *Vest et al.*, S. 114; i.E. auch *Trechsel/Noll/Pieth*, S. 122; a.M. *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 15 Rn. 14 f.

⁹ *Donatsch/Godenzi/Tag*, S. 231; *Geth*, Rn. 196 Fn. 203; *Trechsel/Geth*, in: PK-StGB, Art. 15 Rn. 8; *Vest et al.*, S. 113; *Trechsel/Noll/Pieth*, S. 122; *Monnier*, in: CR-StGB, Art. 15 Rn. 12a; a.M. *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 15 Rn. 23.

¹⁰ BGE 97 IV 73, 74 E. 2; *Donatsch/Godenzi/Tag*, S. 231; *Geth*, Rn. 193; *Hurtado Pozo/Godel*, Rn. 679; *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 15 Rn. 9, 17; *Riklin*, § 14 Rn. 27; *Trechsel/Geth*, in: PK-StGB, Art. 15 Rn. 8; *Vest et al.*, S. 114; *Trechsel/Noll/Pieth*, S. 122.

¹¹ Wie hier *Coninx*, in: FS Fellmann, 2021, S. 25.

¹² *Donatsch/Godenzi/Tag*, S. 233; *Geth*, Rn. 196; *Hurtado Pozo/Godel*, Rn. 682; *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 15 Rn. 24; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 73; *Trechsel/Geth*, in: PK-StGB, Art. 15 Rn. 8; *Trechsel/Noll/Pieth*, S. 122; *Vest et al.*, S. 115.

¹³ *BGer*, Urte. v. 21.1.2010, 6B_780/2009, E. 2.3; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 71.

¹⁴ BGE 109 IV 5, 7 E. 3; *Riklin*, § 14 Rn. 27.

¹⁵ *Hurtado Pozo/Godel*, Rn. 686; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 70.

¹⁶ *Stratenwerth*, § 10 Rn. 75.

Notstandes gerechtfertigt sein.¹⁷

c) Die Art der Abwehr ist aber weiter dadurch gekennzeichnet, dass sie „in einer den Umständen angemessenen Weise“ zu erfolgen hat. Was das bedeutet, kann nun nicht mehr in derselben Knappheit wie die bisher behandelten Elemente umrissen werden. Die Praxis misst dieser Klausel eine doppelte Bedeutung zu.¹⁸

aa) Zunächst einmal setzt sie die Abwehr in ein Verhältnis zu den Umständen, unter denen sie erfolgt (Subsidiarität genannt¹⁹). Dazu gehören die Elemente, die den Angriff selbst kennzeichnen, seine Intensität und Gefährlichkeit. Erfolgt er einzig durch Körperkraft, oder mit Waffen oder gefährlichen Gegenständen? Handelt es sich um einen Angreifer oder um mehrere oder gar eine ganze Gruppe? Die Abwehr muss geeignet sein, dem konkreten Angriff ein Ende zu setzen.²⁰ Sie hat das aber in einer Art und Weise zu tun, die die Rechtsgüter des Angreifers nach Möglichkeit schont: Wenn eine Drohung mit der Schusswaffe ausreicht, darf nicht geschossen werden; wenn ein Warnschuss genügt, darf nicht gezielt geschossen werden; wenn der Angreifer durch eine körperliche Verletzung abgewehrt werden kann, darf er nicht getötet werden. Wenn die Wirkung der eigenen Abwehrhandlung unsicher ist, was oft der Fall sein dürfte, dann müssen die Mittel stufenweise gesteigert werden, allerdings unter der Voraussetzung, dass dadurch bei einem ersten Fehlschlag nicht die Möglichkeit erfolgreicher Notwehr überhaupt verlorengelht; in diesem Fall darf sogleich das intensivere Mittel eingesetzt werden.²¹ Bei alledem gilt die Perspektive ex ante: Über die Angemessenheit der Abwehr ist auf Grundlage der Situation zu urteilen, wie sie sich dem Angegriffenen im Zeitpunkt des Angriffs dargeboten hat.²² Und die Abwehr ist im Grundsatz auch zulässig, wenn das durch sie geschützte Rechtsgut in seinem Gewicht nicht an das verletzte heranreicht; eine erhebliche Verletzung der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung darf notfalls mit der Tötung des Angreifers beantwortet werden.²³

Das alles ist auf dem Papier unstrittig. Dem Angegriffenen werden damit allerdings schwierige Abwägungsentscheidungen aufgebürdet: Er darf einerseits nicht übermäßig reagieren, will das andererseits aber doch so tun, dass der Angriff ein Ende nimmt, und das in einer Situation, die regelmäßig von Überraschung, Hektik und Angst geprägt ist.²⁴ Deshalb betont das Bundesgericht in ständiger Praxis, dass nicht „nachträglich allzu subtile Überlegun-

gen darüber angestellt werden [dürfen], ob der Angegriffene sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Maßnahmen hätte begnügen können und sollen“.²⁵ Auch diese Position hat in der Lehre Beifall gefunden.²⁶ Er verklingt allerdings sehr bald, wenn man sich vor Augen führt, wie die (höchstrichterliche) Praxis diese Regel handhabt. So soll nämlich „[b]esondere (sic) Zurückhaltung [...] geboten [sein] bei der Abwehr mit gefährlichen Werkzeugen, deren Verwendung stets die Gefahr schwerer oder gar tödlicher Verletzungen mit sich bringt (Messer, Beile, Schusswaffen, etc.)“.²⁷ Offenbar ist bei der Übung von Notwehr generell Zurückhaltung geboten, aber beim Einsatz von Waffen „besondere“. Der Gebrauch eines Messers etwa muss zuerst angedroht werden; erst dann und als letztes Mittel der Verteidigung darf es zum Einsatz kommen, und zwar zunächst nur in nicht lebensbedrohlicher Weise, z.B. durch Stiche gegen Arme oder Beine. Erst wenn sich der Angriff auch dadurch nicht stoppen lässt, kommt eine lebensbedrohende Verwendung des Messers in Betracht, etwa durch einen Stich in die Flanke.²⁸ Beim Einsatz von Schusswaffen gelten ähnliche Einschränkungen: Zuerst, wo möglich, eine Warnung,²⁹ dann unter Umständen ein Warnschuss,³⁰ wenn ein solcher zu gefährlich wäre das hörbare Durchladen der Waffe.³¹ Erst wenn all dies unnütz ist oder erscheint, kann eine gezielte Schussabgabe als zulässig gelten, und auch sie zunächst nur auf Körperpartien, die nicht potentiell tödliche Ziele darstellen. Entgegen eigenen Beteuerungen stellt der Richtertisch also durchaus subtile Überlegung dazu an, wie in einer von Anspannung gekennzeichneten Ausgangslage sich ein Angriff möglichst schonend abwehren lässt.³² Zwei denkbare Erklärungen dafür in aller Kürze: Die dritte Gewalt im Staat will, aus ihrer Sicht aus verständlichen Gründen, die Ausnahme vom Gewaltmonopol, welche die Notwehr darstellt, in möglichst engen und deshalb objektiv gezogenen Grenzen halten³³ und Abwehrende nicht indirekt zur einer extensiven Inanspruchnahme ihrer Befugnis ermuntern. Und mitspielen dürfte auch, was von der Beurteilung der Sorgfaltpflichtverletzung beim Fahrlässigkeitsdelikt her bekannt ist: der Rückschaufehler (hindsight bias), resultierend daraus, dass das Gericht – anders als der Abwehrende – die Wirkungen der Abwehr kennt. Das nachträgliche bessere Wissen, dass die vorher noch ungewisse Wirkung eingetreten ist, führt zu einer Überschätzung ihrer Eintretenswahrscheinlichkeit und zu einer vorschnellen Bejahung der Unangemessenheit der Abwehr.³⁴

¹⁷ Donatsch/Codezzi/Tag, S. 238. Die bei Schwander (Das schweizerische Strafbuch, 2. Aufl. [1964], Rn. 170) genannte „Ausnahme“ der gegen ein Angriffsmittel in fremdem Eigentum gerichteten Abwehr muss unter Notstandsgesichtspunkten beurteilt werden.

¹⁸ Sie geht auf Carl Stooss zurück, den Schöpfer des CH-StGB (Stooss, Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafbuch, AT, 1893, Art. 17, S. 12).

¹⁹ Geth, Rn. 200.

²⁰ Auch aus diesem Grund hat sie sich gegen den Angreifer und nicht gegen Dritte zu richten.

²¹ BGE 136 IV 49, 53 E. 4.2; 107 IV 12, 15 E. 3.b; Donatsch/Codezzi/Tag, S. 238; Monnier, in: CR-StGB, Art. 15 Rn. 14; Stratenwerth, § 10 Rn. 76.

²² Nicht im Zeitpunkt seiner Tat, so aber BGE 136 IV 49, 51 E. 3.2.

²³ Donatsch/Codezzi/Tag, S. 239.

²⁴ Was verteidigungsseitig oftmals Anlass zur Berufung auf Putativnotwehr gibt; Schobloch, recht 2022, 67 (73 f.).

²⁵ BGE 136 IV 49, 51 f. E. 3.2; so bereits 107 IV 12, 15 E. 3.a.

²⁶ Vgl. nur Donatsch/Codezzi/Tag, S. 240.

²⁷ BGE 107 IV 12, 15 E. 3.b.

²⁸ BGE 136 IV 49, 53 f.

²⁹ BGE 136 IV 49, 52 E. 3.3.

³⁰ BGE 102 IV 65, 69 E. 2.b.

³¹ BGer, Urt. v. 17.3.2014, 6B_779/2013, E. 1.3

³² Vgl. Albrecht, ZStrR 2020, 3 (10); Pflaum, ZStW 2019, 524 (526); Wohlers/Pflaum, in: FS Donatsch, 2017, S. 297 (306, 309).

³³ Vgl. Albrecht, ZStrR 2020, 3 (9); Bommer, ZBJV 2015, 350 (352 f.); Schobloch, recht 2022, 68 (72).

³⁴ Wohlers/Pflaum, in: FS Donatsch, S. 297 (309); zu strafprozessual geprägten Erklärungen Albrecht, ZStrR 2020, 3 (14 f.).

bb) Der Gesetzeswortlaut setzt die zulässige Abwehr nicht nur in Relation zu dem Angriff; sonst würde es heißen, die Abwehr müsse in einer „dem Angriff“ angemessenen Weise erfolgen. Messlatte für die Angemessenheit sind vielmehr in allgemeiner Art und Weise „die Umstände“. Daraus zieht die schweizerische Praxis einen Schluss, der in Deutschland – zumindest – umstritten ist: Es darf kein (offensichtliches) Missverhältnis zwischen der Wertigkeit des angegriffenen und des durch die Notwehrhandlung geretteten Gutes bestehen. Mit anderen Worten: Auch das mildeste der möglichen Mittel darf nicht eingesetzt werden, wenn dies nur um den Preis der Verletzung eines Rechtsgutes auf Angreiferseite möglich ist, das in keinem Verhältnis zu demjenigen steht, das der Verteidiger durch seine Abwehrhandlung schützen will (auch Verhältnismäßigkeit i.e.S. oder Proportionalität genannt).³⁵ So gilt das Hausrecht zwar als notwehrfähiges Rechtsgut. Wenn aber der Hauseigentümer einen ungebetenen Gast mit einem Warnschuss zum Büro hinaus scheuchen will, so geht das nach Bundesgericht „offensichtlich über das Zulässige hinaus“;³⁶ darin liegt ein intensiver Notwehrexzess. Auch die Abwehr gegen Angriffe auf Eigentum oder Vermögen ist beschränkt: Nicht als zulässig gelten Notwehrhandlungen, die zum Tod oder einer schweren Körperverletzung des Angreifers führen. Eine einfache Körperverletzung hat das Bundesgericht à la limite noch hingenommen, als ein sehr guter Schütze einem Dieb, der ihm eine Mappe mit zwei (nicht versicherten und nicht versicherbaren) Jahresverdiensten entrissen hatte, hinterherschoss und ihn durch einen Streifschuss am Unterschenkel zu Fall brachte.³⁷

d) Auf die Klausel von der Abwehr „in einer den Umständen angemessenen Weise“ werden in der Schweiz eine Reihe von weiteren Einschränkungen des Notwehrrechts gestützt.

aa) Angriffe von schuldlos oder fahrlässig handelnden Personen gelten nicht als ernstzunehmende Bedrohungen der Rechtsordnung; der Aspekt der Verteidigung des Rechts gegen das Unrecht verliert an Bedeutung. Ihnen ist deshalb möglichst mit Konfliktvermeidung zu begegnen: Fliehen, ausweichen oder Dritthilfe in Anspruch nehmen, wo das möglich ist; bloß geringfügige Beeinträchtigungen muss man hinnehmen.³⁸

bb) Die Angriffsprovokation³⁹ ist in der hiesigen Praxis wenig diskutiert.⁴⁰ Die Absichtsprovokation schließt nach der bundesgerichtlichen Praxis die Anwendung von Art. 15 CH-StGB aus;⁴¹ vereinzelt wird dies im Schrifttum allerdings kritisch gesehen.⁴² Praktisch wichtiger ist die „fahrlässige Provokation“, und bei ihr ist die Situation unübersichtlich: Teilweise optiert die Praxis für den vollen Erhalt des Notwehrrechts,⁴³ es soll der Betroffene aber auch zum Ausweichen verpflichtet sein,⁴⁴ es soll eine allfällige Provokation „bei der [...] Verhältnismäßigkeit der Notwehr und der Entschuldbarkeit eines allfälligen Notwehrexzesses zu berücksichtigen“ sein,⁴⁵ und schließlich soll sogar die Berufung auf eine entschuldbare Aufregung oder Bestürzung entfallen, wenn der Abwehrende „selber schuldhaft durch deliktisches Verhalten die Ursache des Angriffs gesetzt hat“.⁴⁶

cc) Eine Einschränkung des Notwehrrechts bei familiären Näheverhältnissen wird ganz überwiegend abgelehnt.⁴⁷ In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist sie als solche bislang nicht zur Sprache gekommen.

3. Notwehrexzess

Die strenge Linie der Praxis setzt sich fort bei der Beurteilung eines Notwehrexzesses. Das Gesetz erlaubt dessen Berücksichtigung in Gestalt einer Strafmilderung (Art. 16 Abs. 1 CH-StGB). Damit trägt es der Einsicht Rechnung, dass in einer Gesamtbilanz das Unrecht als vermindert erscheint, wenn jemand sich hätte zur Wehr setzen dürfen, dabei aber die (nach schweizerischer Auffassung relativ eng gesteckten) Grenzen zulässiger Verteidigung nicht exakt eingehalten hat (intensiver Exzess). Dementsprechend setzt eine erfolgreiche Berufung auf Art. 16 Abs. 1 CH-StGB nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und überwiegender Lehre voraus, dass eine Notwehrlage tatsächlich bestanden hat; wo sie noch nicht, nicht mehr (extensiver Exzess⁴⁸) oder bloß in der Vorstellung des Abwehrenden vorhanden war, scheidet der darauf gestützte Rekurs aus.⁴⁹ Höchstens bei ganz geringfügigen zeitlichen Überschreitungen der Notwehrgrenzen soll die Exzessregelung weiterhin greifen.⁵⁰ Wo sie aber anwendbar bleibt, führt die Missachtung der Notwehrgrenzen zu einer Strafmilderung nach Art. 48a CH-StGB, unter Umständen aber zu mehr: Bei „entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung

³⁵ Ganz h.M., vgl. *Donatsch/Codezzi/Tag*, S. 239 ff.; *Geth*, Rn. 203; *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 15 Rn. 34 ff.; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 77; *Trechsel/Geth*, in: PK-StGB, Art. 15 Rn. 10; *Trechsel/Noll/Pieth*, S. 127 f.

³⁶ BGE 102 IV 1, 6 E. 3.a.

³⁷ BGE 107 IV 12, 15 E. 3.b.

³⁸ *Geth*, Rn. 203; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 80.

³⁹ Missverständlich als Notwehrprovokation bezeichnet: Provoziert wird nicht die Notwehr(handlung), sondern der Angriff.

⁴⁰ Dazu *Sträuli*, in: FS Donatsch, S. 233.

⁴¹ BGE 104 IV 53, 56 E. 2.a.; 102 IV 228, 230 E. 2; ebenso *Donatsch/Codezzi/Tag*, S. 232; *Geth*, Rn. 203; *Hurtado Pozo/Godel*, Rn. 698; *Pflaum*, ZStW 2019, 524 (530); *Schobloch*, recht 2022, 68 (75); *Trechsel/Noll/Pieth*, S. 130.

⁴² *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 15 Rn. 45 ff.

⁴³ BGE 102 IV 228, 230 E. 2; so wohl auch *Hurtado Pozo/Godel*, Rn. 699 f.; *Schobloch*, recht 2022, 68 (75 f.).

⁴⁴ So BGE 136 IV 49, 52 E. 4.1.

⁴⁵ BGE 142 IV 14, 17 E. 5.3.

⁴⁶ BGE 109 IV 5, 7 E. 3.

⁴⁷ *Geth*, Rn. 203; *Hurtado Pozo/Godel*, Rn. 696; *Monnier*, in: CR-StGB, Art. 15 Rn. 3; *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 15 Rn. 49; *Schobloch*, recht 2022, 68 (76).

⁴⁸ Ablehnend zum Begriff *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 16 Rn. 6.

⁴⁹ *BGer*, Urte. v. 20.1.2012, 6B 383/2011, E. 5.4; Urte. v. 24.10.2013, 6B 345/2013, E. 4.3; *Wohlers*, in: HK-StGB, 4. Aufl. (2020), Art. 16 Rn. 2; *Mausbach/Straub*, in: AK-StGB, 2020, Art. 16 Rn. 2; *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 16 Rn. 2, 6; *Trechsel/Geth*, in: PK-StGB, Art. 16 Rn. 1; *Trechsel/Noll/Pieth*, S. 131.

⁵⁰ *Donatsch/Codezzi/Tag*, S. 241 f.; *Geth*, Rn. 253; *Hurtado Pozo/Godel*, Rn. 867; *Monnier*, in: CR-StGB, Art. 16 Rn. 6; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 86. Dem wird man jedenfalls für den Fall eines ganz knapp abgeschlossenen Angriffs zustimmen müssen; denn bei ihm hat, im Unterschied zum möglicherweise unmittelbar bevorstehenden, eine Aggression tatsächlich stattgefunden, knüpft eine Abwehrhandlung also an ein reales und nicht an ein potentiell Geschehen an (ebenso *Hurtado Pozo/Godel*, Rn. 868; wohl auch *Riklin*, § 14 Rn. 38). Das läuft in der Sache darauf hinaus, bei unklarem Zeitpunkt des Endes des Angriffs zugunsten des Beschuldigten von einem protrahierten Endzeitpunkt auszugehen.

über den Angriff“ handelt der Täter „nicht schuldhaft“, prozessuale Folge davon ist ein Freispruch. Die Praxis fasst diese asthenischen Affekte eng, stellt an sie „besondere Anforderungen“⁵¹ und setzt sie in Beziehung zum Angriff: „Art und Umstände des Angriffs [müssen] derart sein, dass sie die Aufregung oder die Bestürzung entschuldbar erscheinen lassen“, zugleich soll der Maßstab umso strenger sein, „je mehr die Reaktion des Täters den Angreifer verletzt oder gefährdet“.⁵² Das führt in der Praxis dazu, dass ein Exzess nur sehr selten als entschuldbar beurteilt wird.⁵³

4. Notwehrhilfe

Abwehrberechtigt ist nach Art. 15 StGB nicht bloß der Angegriffene selber, sondern, wie das Gesetz ausdrücklich sagt, auch „jeder andere“. Die Notwehrhilfe ist unstrittig erfasst, die Frage ihrer Einschränkung wenig diskutiert: Soweit sich das Schrifttum äußert, geht es davon aus, dass der urteilsfähige Angegriffene, der eigenverantwortlich und ohne äußeren Druck auf sein Recht zur Gegenwehr gültig verzichtet, grundsätzlich nicht gegen seinen Willen verteidigt werden darf.⁵⁴

5. Subjektive Seite der Notwehr

Es entspricht gefestigter Ansicht, dass die volle Rechtfertigung auch bei der Notwehr von subjektiven Elementen abhängt, jedenfalls bei Vorsatzdelikten.⁵⁵ Der Täter muss sich der Notwehrlage bewusst gewesen sein und mit dem Willen gehandelt haben, sein angegriffenes Rechtsgut zu verteidigen.⁵⁶ Darunter fällt auch die Konstellation, dass er eine Abwehrhandlung, zu deren vorsätzlicher Vornahme er befugt gewesen wäre, fahrlässig vornimmt und den Angreifer auf diese Weise an der Fortsetzung des Angriffs hindert.⁵⁷

III. Der Blick von außen auf die deutsche Notwehrrnorm

Auffällig an den beiden geltenden Bestimmungen erscheint zunächst ein äußeres Moment: Beide sind sehr kurz gehalten (was man von dem Entwurf nicht mehr sagen kann). Die Kennzeichen der Notwehrlage scheinen weitgehend identisch: ein menschlicher, rechtswidriger

Angriff, der unmittelbar vor der Ausführung steht oder bereits im Gange ist. Anders liegt es bei der Verteidigungshandlung. Diese ist nach dem Wortlaut von § 32 Abs. 2 dStGB einzig dadurch begrenzt, dass sie zur Abwehr des Angriffs „erforderlich“ ist; von einer Einschränkung dieser sehr weitgehenden Befugnis spricht der Gesetzestext nicht.

Die schweizerische Lösung enthält zwar auch nicht eine eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung. Aber sie setzt die Abwehrhandlung doch in ein Verhältnis zu der Heftigkeit des Angriffs und beschränkt sich nicht darauf, dass die Abwehr erforderlich sei. In der konkreten Anwendung erscheint die schweizerische Lösung gegenüber der geltenden deutschen in dreifacher Hinsicht enger.⁵⁸

- Eine tödlich wirkende oder mit einer schweren Körperverletzung (Art. 122 CH-StGB)⁵⁹ verbundene Abwehr ist dort zulässig, wo es um einen Angriff geht, der auf Tötung, Körperverletzung, (schwere) Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung oder der Freiheit gerichtet ist. Eine Tötung oder eine schwere Körperverletzung zur Rettung von Vermögenswerten, der Ehre oder des Hausrechts würde die schweizerische Praxis als Notwehr nicht durchgehen lassen; es handelte sich um einen Exzess.
- Die Grenze zur Rettung von Vermögenswerten liegt nach schweizerischer Praxis bei einer einfachen Körperverletzung (Art. 123 CH-StGB; ohne den Vorsatz auf eine schwere). Allerdings müsste entscheidend ja sein, ob der Abwehrende in der konkreten Situation die Abwehrhandlung vornehmen durfte (oder nicht), und diese Frage müsste an sich unbesehen um den Erfolg zu beurteilen sein, zu dem die Verteidigung führt, mit der Folge, dass, bei zulässiger Abwehrhandlung, u.U. sogar eine schwere Körperverletzung (oder gar eine Tötung) zu rechtfertigen wäre.⁶⁰ Aber das hat die schweizerische Praxis bislang so nie festgehalten.
- Beim Einsatz von Waffen oder gefährlichen Gegenständen hat das Bundesgericht, wie es scheint im Unterschied zur deutschen Praxis, die Voraussetzungen derart hochgeschraubt, dass ein gerechtfertigter Einsatz fast nur noch in Ausnahmefällen denkbar ist.

Die vorgeschlagene Neufassung liegt nun deutlich näher bei der schweizerischen Lesart des Notwehrrechts. Was

⁵¹ BGE 109 IV 5, 7 E. 3; näher zum Affekt *Ege*, ZStrR 2018, 475 ff.

⁵² *BGer*, Urt. v. 15.2.2019, 6B_873/2018, E. 1.1.3; Urt. v. 7.11.2019, 6B_971/2018, E. 2.3.4; BGE 102 IV 1, 7 E. 3.b.

⁵³ *Albrecht*, ZStrR 2020, 3 (10); *Wohlers/Pflaum*, in: FS Donatsch, S. 297 (309).

⁵⁴ *Donatsch/Godenzi/Tag*, S. 237; *Geth*, Rn. 199; *Hurtado Pozo/Godel*; Rn. 703; *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 15 Rn. 26; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 84; *Vest* et al., S. 118. Fraglich aber, ob diese Grenze ihrerseits wieder begrenzt ist durch die fehlende Einwilligungsmöglichkeit in den Tod und in die grundlose schwere Körperverletzung (so wohl *Donatsch/Godenzi/Tag*, a.a.O.; *Hurtado Pozo/Godel*, Rn. 704; *Vest* et al., a.a.O.). Ebenso wäre die Berufung auf Notwehrhilfe wohl dort zulässig, wo die Entscheidung gegen die Rettung deshalb nicht zum Nennwert zu nehmen ist, weil sie von einem Urteilsunfähigen ausgeht.

⁵⁵ Zur aberratio ictus und zum error in persona *Mona/Leu*, recht 2011, 175.

⁵⁶ BGE 104 IV 1, 1 f. E. a.; 93 IV 81, 83; *BGer*, Urt. v. 7.11.2019, 6B_971/2018, E. 2.4.4.

⁵⁷ *Niggli/Göhlich*, in: BSK-StGB, Art. 15 Rn. 38; anders BGE 104 IV 1, 1 f. E. a.

⁵⁸ *Kunz*, in: FG zum schweizerischen Juristentag, 1988, S. 161 (167); a.A. wohl *Schultz*, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 4. Aufl. (1982), S. 157 f.

⁵⁹ Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer vorsätzlich:

- a. einen Menschen lebensgefährlich verletzt;
- b. den Körper, ein wichtiges Organ oder Glied eines Menschen verstümmelt oder ein wichtiges Organ oder Glied unbrauchbar macht, einen Menschen bleibend arbeitsunfähig, gebrechlich oder geisteskrank macht, das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt;
- c. eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht.

⁶⁰ So i.E. auch *Kunz*, in: FG zum schweizerischen Juristentag, 1988, S. 161 (163).

die Rechtsgüter des Lebens, der körperlichen Integrität oder der sexuellen Selbstbestimmung betrifft (§ 32 Abs. 2 S. 1 E-dStGB), so entspricht sie meiner Einschätzung nach ziemlich genau der schweizerischen Regelung, bei den Angriffen auf die Freiheit ist sie wohl sogar etwas restriktiver (nur „schwerwiegende“). Bei unerheblichen Angriffen auf die genannten Rechtsgüter (bei der Freiheit auch mittelschwere), die an sich notwehrauslösend wirken würden, greift eine Einschränkung, sofern ein Missverhältnis zwischen den schweren Folgen der Verteidigung und den drohenden Verletzungen bestehen würde (§ 32 Abs. 2 S. 2 E-dStGB). Das-

selbe gilt für Angriffe auf andere Rechtsgüter als die genannten, etwa Eigentum und Vermögen, das Hausrecht oder die Ehre. Insofern wahrt wohl auch der Reformvorschlag einen etwas weiteren Bereich zulässiger Verteidigung, als er hierzulande gilt. Insgesamt aber wird man sagen können, dass eine erhebliche Konvergenz der beiden Lösungen besteht. Die Differenz zwischen ihnen beiden scheint jedenfalls kleiner als diejenige zwischen den beiden „deutschen“ Varianten. Oder anders gewendet: Der Schritt vom status quo zu dem neuen Vorschlag wäre ganz erheblich.

Der neueste Stand des Reformvorschlags zur Notwehr

Von Prof. Dr. Thomas Weigend*

Die Reformarbeit ist nie zu Ende... Im Anschluss an den Workshop, der in diesem Heft dokumentiert ist, traf sich die Arbeitsgruppe „Allgemeiner Teil“ des Kriminalpolitischen Kreises erneut, um über den Entwurf zu einer Formulierung des Notwehrrechts im Lichte der verschiedentlich geäußerten Kritik zu beraten. Dabei wurde zwar kein Anlass gesehen, das Gesamtkonzept des Regelungsvorschlags aufzugeben; verschiedene Einzelfragen wurden jedoch erneut aufgegriffen und in der Formulierung nach eingehender Beratung abgeändert. Dabei ging es vor allem um die folgenden Punkte:

I. Definition der Notwehr (§ 32 Abs. 1¹)

1. Der schillernde und durch die bisherige Diskussion inhaltlich belastete Begriff der „Gebotenheit“ der Notwehr soll nach Meinung der Arbeitsgruppe aufgegeben werden. Da die Voraussetzungen und Einschränkungen der Notwehr in der neuen Vorschrift umfassend geregelt werden, bedarf es keines „Aufhängers“ für ungeschriebene Eingrenzungen des Notwehrrechts mehr. Stattdessen soll sich die Definition der Notwehr zunächst an der unverzichtbaren Voraussetzung der „Erforderlichkeit“ der Verteidigungshandlung zur Abwehr des Angriffs orientieren. Um anzuzeigen, dass die Notwehr auch für den Fall der Erforderlichkeit nicht uneingeschränkt zulässig ist, wird in § 32 Abs. 1 nunmehr ausdrücklich auf die „Maßgabe“ der beiden folgenden Absätze hingewiesen. Die umständliche und verwirrende Umschreibung der allgemeinen Notwehrvoraussetzungen des bisher geltenden Rechts in zwei Sätzen kann dadurch auf einen einzigen Satz reduziert werden.

2. Es wird daran festgehalten, dass Notwehr nur gegen Angriffe auf Individualrechtsgüter zulässig ist. Dass auch das angegriffene Rechtsgut einer anderen Person verteidigt werden darf, bedarf jedoch im Rahmen der grundlegenden Definition der Notwehr keiner Hervorhebung, da der Fall der Notwehrhilfe in § 32 Abs. 4 ausdrücklich geregelt wird. Die Wörter „eigenes oder fremdes“ vor dem Wort „Individualrechtsgut“ wurden daher gestrichen.

3. Anstelle der Formulierung, dass die Verwirklichung eines Straftatbestandes durch Notwehr „gerechtfertigt“ sei, kehrt der Entwurf zu der Fassung des bisher geltenden Rechts zurück, wonach die Notwehrhandlung bei Vorliegen aller Voraussetzungen des § 32 StGB „nicht rechtswidrig“ ist. Der Begriff der „Rechtfertigung“ wird dann

bei der Beschreibung der bisher unter „Gebotenheit“ gefassten weiteren Voraussetzungen verwendet.

II. Proportionalität der Notwehr (§ 32 Abs. 2)

1. § 32 Abs. 2, der den Proportionalitätsgedanken in das deutsche Notwehrrecht einführt, ist inhaltlich unverändert geblieben, außer dass der Begriff „geboten“ durch „gerechtfertigt“ ersetzt wurde. Außerdem wurde ein Hinweis auf die (weiteren) Einschränkungen des Notwehrrechts in § 32 Abs. 3 aufgenommen, um den Zusammenhang zwischen den beiden Absätzen deutlich zu machen.

2. Gestrichen wurde die Klausel, wonach die Rechtfertigung unter den gegebenen Proportionalitätsvoraussetzungen (nur) „in der Regel“ eintreten sollte. Entscheidend hierfür war der Einwand gegenüber der früheren Fassung, dass die Voraussetzungen der Rechtfertigung nach Art. 103 Abs. 2 GG abschließend im Gesetz geregelt sein müssten; daher dürfe dem Gericht eine Verurteilung trotz Einhaltung der Proportionalitätsregeln in (nicht näher gekennzeichneten) Ausnahmefällen nicht gestattet werden. Auch bedarf es einer solchen „Fluchtklausel“ nicht, da die Voraussetzungen und Ausnahmen in § 32 Abs. 2 und 3 durchdacht und ausgewogen geregelt sind.

III. Einschränkungen der Ausübung des Notwehrrechts (§ 32 Abs. 3)

1. Einigkeit besteht darin, dass in § 32 Abs. 3 die Umstände beschrieben werden sollen, die unter dem geltenden Recht als Fälle fehlender „Gebotenheit“ der Notwehr diskutiert werden. Hierbei geht es vor allem um die Notwendigkeit einer Verteidigung der Rechtsordnung gerade durch denjenigen, der eine Verteidigungshandlung vornimmt. Zur Beschreibung dieser Situation befürwortet die Arbeitsgruppe nunmehr mehrheitlich die Formulierung „Das Notwehrrecht ist eingeschränkt, wenn es der Verteidigung des Rechts durch den Täter nicht bedarf“.²

2. Vier hervorgehobene Beispielfälle („insbesondere“) für dieses allgemeine Einschränkungskriterium werden (wie im früheren Entwurf) in § 32 Abs. 3 Satz 2 lit. a bis d aufgeführt. Durch die Formulierung „insbesondere“ wird dem Gericht die Möglichkeit offengehalten, auch in anderen Fallkonstellationen eine Einschränkung des Notwehrrechts unter der allgemeinen Voraussetzung, dass „es der Verteidigung des Rechts durch den Täter nicht be-

* Der Verfasser ist Universitätsprofessor i.R. an der Universität zu Köln.

¹ Mit „§ xx“ ohne weiteren Zusatz wird in diesem Beitrag jeweils auf die Vorschrift in der jüngsten Fassung der Arbeitsgruppe des Kriminalpolitischen Kreises Bezug genommen.

² Als Alternative wurde vorgeschlagen: „Das Notwehrrecht ist eingeschränkt, wenn besondere in der Person des Angreifers oder des Angegriffenen liegende Umstände seiner vollumfänglichen Ausübung entgegenstehen.“

darf“, zu bejahen. Da durch diese Formulierung der Grund für die Einschränkung des Notwehrrechts hinreichend klar zum Ausdruck gebracht wird, ist nach Meinung der Arbeitsgruppe der Grundsatz durch den nicht abschließenden Charakter der gesetzlichen Beispiele nicht verletzt.

3. § 32 Abs. 3 Satz 3 beschreibt, wie sich der Täter im Falle einer Einschränkung des Notwehrrechts nach Satz 2 zu verhalten hat, um gerechtfertigt zu sein. Hier schlägt die Arbeitsgruppe keine Änderung vor, außer dass die Beschränkung der Rechtfertigung „grundsätzlich“ (statt „in der Regel“) nur dann eintreten soll, wenn der Täter die Vorgaben zur schonenden Verteidigung einhält. Auch das Wort „grundsätzlich“ lässt einen Freispruch in Ausnahmefällen zu.

IV. Notwehrüberschreitung (§ 33)

1. Trotz verschiedentlich geäußerten Zweifel hält die Arbeitsgruppe an der Lösung fest, dass eine auf asthenischen Affekten beruhende Überschreitung der Grenzen des Notwehrrechts den Täter auch dann entschuldigt, wenn er kurz vor dem Zeitpunkt des Angriffs oder kurz nach dessen Abschluss eine auf Verteidigung zielende Handlung vornimmt. Dafür wird insbesondere das Argument angeführt, dass die zeitlichen Grenzen, innerhalb derer Notwehr stattfinden darf, insbesondere für Nicht-Strafrechtler schwer zu erkennen sind; deshalb könne dem Angegriffenen bei Hinzutreten eines Affekts die Überschreitung dieser Grenzen nicht vorgeworfen werden, sofern er „in engem zeitlichen Zusammenhang“ mit dem Angriff handelt.

2. Für den Putativnotwehrexzess sieht der Entwurf in § 33 Abs. 2 einen eng formulierten Entschuldigungsgrund unter der doppelten Voraussetzung vor, dass der Irrtum unvermeidbar war und durch den Verletzten verursacht wurde. Da auch in anderen Fällen – etwa bei Verursachung des Irrtums durch einen Dritten – der im Affekt handelnde Täter Nachsicht verdienen kann, wurde in § 33 Abs. 2 Satz 2 die Möglichkeit einer Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB eingefügt.

V. Endgültige Fassung der Vorschriften

Aufgrund dieser Überlegungen hat die Arbeitsgruppe im Juli 2023 die folgende neue Formulierung der §§ 32-34a StGB vorgeschlagen:

§ 32 StGB Notwehr

(1) Die Verwirklichung eines Straftatbestandes ist nicht rechtswidrig, wenn sie nach Maßgabe der Absätze 2 und 3 zur Abwendung eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs auf ein Individualrechtsgut gegenüber dem Angreifer erforderlich ist (Notwehr).

(2) Eine Verteidigungshandlung ist vorbehaltlich Abs. 3 durch Notwehr gerechtfertigt, wenn sie sich gegen einen nicht unerheblichen Angriff auf das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die sexuelle Selbstbestimmung

oder gegen einen schwerwiegenden Angriff auf die Freiheit der Person richtet. In anderen Fällen ist eine Verteidigungshandlung trotz Vorliegens der Voraussetzungen nach Absatz 1 nicht gerechtfertigt, wenn ihre schweren Folgen in einem groben Missverhältnis zu der von dem Angriff drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung stünden, insbesondere wenn zu erwarten ist, dass sie den Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung des Angreifers herbeiführen würde.

(3) Das Notwehrrecht ist eingeschränkt, wenn es der Verteidigung des Rechts durch den Täter nicht bedarf. Dies gilt insbesondere in folgenden Fällen:

- a) Der Angreifer handelt ohne Schuld;
- b) der Angreifer handelt nicht vorsätzlich;
- c) die Notwehr übende Person ist gegenüber dem Angreifer rechtlich zu besonderer Rücksichtnahme verpflichtet, ohne dass den Angreifer eine gleichwertige Rechtspflicht gegenüber dieser Person trifft; oder
- d) der Angegriffene hat den Angriff durch rechtlich vorwerfbares Verhalten in zurechenbarer Weise ausgelöst.

Ist das Notwehrrecht eingeschränkt, so ist die Tatbestandsverwirklichung grundsätzlich nur dann durch Notwehr gerechtfertigt, wenn sich der Angegriffene dem Angriff nicht entziehen kann und wenn sich die Verteidigung auf solche Handlungen beschränkt, die unter möglicher Schonung des Angreifers zur Abwendung des Angriffs geeignet sind, auch wenn die Notwehr übende Person dabei zumutbare Beeinträchtigungen ihrer Rechtsgüter hinnehmen muss.

(4) Jedermann ist zu erforderlichen Verteidigungshandlungen zugunsten einer rechtswidrig angegriffenen Person (Notwehrhilfe) gemäß Abs. 2 und 3 berechtigt, es sei denn, der Angegriffene hat auf den Schutz des betroffenen Rechtsguts wirksam verzichtet.

§ 33 StGB Überschreitung der Notwehr

(1) Überschreitet der Täter bei der Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff die Grenzen des Notwehrrechts aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, handelt er ohne Schuld. Dies gilt auch, wenn der Täter aus denselben Gründen in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem gegenwärtigen Angriff handelt.

(2) Nimmt der Täter bei Begehung einer Handlung im Sinne von Abs. 1 irrig einen rechtswidrigen Angriff im Sinne des § 32 Abs. 1 an, so handelt er ohne Schuld, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte und der Verletzte für diesen Irrtum verantwortlich ist. War der Irrtum vermeidbar oder war der Verletzte für ihn nicht verantwortlich, so kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern.

§ 34a StGB (Subjektives Rechtfertigungselement)

Nach §§ 32 und 34 ist nur gerechtfertigt, wer die Umstände kennt, die die Rechtfertigung begründen. Kennt er diese Umstände nicht, so kommt eine Strafbarkeit wegen Versuchs in Betracht.

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

BVerfG erklärt Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen in § 362 Nr. 5 StPO für verfassungswidrig BVerfG, Urteil v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22

Amtliche Leitsätze:

1. Das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG enthält kein bloßes Mehrfachbestrafungsverbot, sondern ein Mehrfachverfolgungsverbot, das Verurteilte wie Freigesprochene gleichermaßen schützt.

2. Es entfaltet seine Wirkung auch gegenüber dem Gesetzgeber, wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft.

3. Das in Art. 103 Abs. 3 GG statuierte Mehrfachverfolgungsverbot trifft eine Vorrangentscheidung zuungunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit. Diese Vorrangentscheidung steht einer Relativierung des Verbots durch Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang nicht offen, sodass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts insoweit kein Gestaltungsspielraum zukommt.

4. Art. 103 Abs. 3 GG umfasst nur eine eng umgrenzte Einzelausprägung des Vertrauensschutzes in rechtskräftige Entscheidungen. Er schützt den Einzelnen allein vor erneuter Strafverfolgung aufgrund der allgemeinen Strafgesetze, wenn wegen derselben Tat bereits durch ein deutsches Gericht ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist.

5. Im Rahmen dieses begrenzten Schutzgehalts verbietet Art. 103 Abs. 3 GG die Wiederaufnahme von Strafverfahren zum Nachteil des Grundrechtsträgers nicht generell, jedenfalls aber die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel.

6. Freigesprochene dürfen darauf vertrauen, dass die Rechtskraft des Freispruchs nur aufgrund der zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft geltenden Rechtslage durchbrochen werden kann. Der Grundsatz ne bis in idem erkennt die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in ein freisprechendes Strafurteil an und Art. 103 Abs. 3 GG verleiht diesem Vertrauensschutz Verfassungsrang.

Gründe:

¹ Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Fragen, ob die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zuungunsten eines rechtskräftig Freigesprochenen aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar und ob die neue Regelung rückwirkend anwendbar ist.

A.

I.

- ² 1. Die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zuungunsten eines Angeklagten ist in § 362 StPO geregelt. Mit dem Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit) vom 21.12.2021 (BGBl I, S. 5252) wurde die Norm um eine weitere Fallgruppe (Nr. 5) ergänzt. Die Vorschrift lautet seither:

§ 362 StPO Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten

Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten ist zulässig,

1. wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Gunsten als echt vorgebrachte Urkunde unecht oder verfälscht war;

2. wenn der Zeuge oder Sachverständige sich bei einem zugunsten des Angeklagten abgelegten Zeugnis oder abgegebenen Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage schuldig gemacht hat;

3. wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat;

4. wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat abgelegt wird;

5. wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Absatz 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches) verurteilt wird.

³ 2. Die ersten vier Wiederaufnahmegründe und damit die vorausgehende Fassung des § 362 StPO lassen sich auf die Reichsstrafprozessordnung vom 1.2.1877 (RGBl, S. 253 ff.) zurückführen.

- ⁴ a) Die Regelung in der Reichsstrafprozessordnung bildete anknüpfend an die uneinheitliche Rechtslage in den deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts einen Mittelweg zwischen einem akkusatorischen und einem inquisitorischen Strafverfahren ab (vgl. Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Strafprozessordnung nach den Beschlüssen der von dem Bundesrath eingesetzten Kommission, 1873, S. 173 f.; Motive zum Entwurf einer Strafprozessordnung von 1874, abgedruckt in: *Hahn*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3, Erste Abteilung, 1880, S. 264 f.).
- ⁵ Der Grundsatz *ne bis in idem* wird auf das kontradiktorische Verfahren im römischen Recht zurückgeführt. Demgegenüber oblag nach dem gemeinrechtlichen und teils auch kodifizierten Inquisitionsverfahren die Aufgabe der Strafverfolgung ausschließlich dem Staat, der im Interesse der Allgemeinheit und der Gerechtigkeit die Wahrheit zu erkennen und durchzusetzen hatte. Dem Verfahrensziel, die objektive Wahrheit zu erlangen, entsprach es, auch nach Abschluss eines Verfahrens ein und dieselbe Tat erneut zu untersuchen und gegebenenfalls erneut zu bestrafen, wenn neue Verdachtsgründe oder Beweismittel zutage traten. Dies wurde durch die sogenannte Lossprechung von der Instanz (*absolutio ab instantia*) ermöglicht, wenn nach den gesetzlichen Beweisregeln des Inquisitionsverfahrens weder die Schuld noch die Unschuld festgestellt werden konnte (vgl. *Grünwald*, ZStW 120 [2008], 545 [549]; *Frank*, Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im Strafverfahren, 2022, S. 11 ff. m.w.N.).
- ⁶ Nach Einführung des akkusatorischen Strafverfahrens in Frankreich infolge der Revolution von 1791 wurde der Anklageprozess in zahlreichen deutschen Partikularstaaten rezipiert und auch in § 179 Abs. 1 der Frankfurter Paulskirchenverfassung von 1849 vorgegeben. Als Kern des akkusatorischen Verfahrens galt, dass die Parteien den Prozessstoff zu sammeln und vorzulegen hatten, so dass bewusst oder unbewusst nicht vorgebrachter Prozessstoff unbeachtlich war. Zugleich hielt der Gedanke der Rechtskraft der richterlichen Streitentscheidung Einzug in den Strafprozess. Bei offen gebliebenen Anklagepunkten trat an die Stelle der nur verfahrenseinstellenden *absolutio ab instantia* der Freispruch als verfahrensbeendendes Sachurteil (vgl. *Grünwald*, ZStW 120 [2008], S. 545 [552] m.w.N.; *Frank*, Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im Strafverfahren, 2022, S. 19 ff.). Eine Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel gab es nicht.
- ⁷ In der Weimarer Republik blieben die strafprozessualen Bestimmungen inhaltlich unverändert (vgl. Verordnung vom 4.1.1924 zur (Neu-)Bekanntmachung der Reichsstrafprozessordnung, RGBI I, S. 299 ff. [358 ff.]). Eine Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zulasten des Angeklagten um neue Tatsachen oder Beweismittel wurde 1931 auf dem Deutschen Juristentag kontrovers diskutiert und im Ergebnis abgelehnt (vgl. Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 4. Lfg. [1931], S. 1141 ff.; Bd. 2 [1932], S. 222 ff.).
- ⁸ b) Unter der nationalsozialistischen Herrschaft wurden die Wiederaufnahmegründe zugunsten und zuungunsten des Angeklagten durch die Dritte Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29.5.1943 (RGBI I, S. 342 ff.) einander angeglichen. In der Begründung des vorangegangenen Entwurfs hieß es, wichtiger als die – vorwiegend als Schutz des Beschuldigten gedachte – formale Rechtskraft sei das Verlangen der Volksgemeinschaft nach Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit. Diese Gerechtigkeit sei einheitlich und unteilbar und sei die gleiche bei Entscheidungen zugunsten wie zuungunsten des Angeklagten (vgl. Begründung des Entwurfs einer Strafverfahrensordnung vom 1.5.1939, abgedruckt in: *Schubert/Regge/Rieß/Schmid*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, Abteilung III, Bd. 1, 1991, S. 541). Daneben konnte mit der sogenannten Urteilsergänzung die Rechtskraft in denjenigen Fällen durchbrochen werden, in denen das Urteil den „Belangen der Volksgemeinschaft“ widersprach (vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. [2018], Art. 103 Abs. 3 Rn. 4).
- ⁹ c) Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs wurde zunächst in den Besatzungszonen die Rechtslage im Wesentlichen entsprechend der Reichsstrafprozessordnung in der Fassung der Neubekanntmachung von 1924 wiederhergestellt (vgl. im Einzelnen *Ziembra*, Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen oder Verurteilten [§§ 362 ff. StPO], 1974, S. 71 und 143; *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 87 f.).
- ¹⁰ Nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland galt dies bundeseinheitlich aufgrund des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 20.9.1950 (BGBl, S. 455). In der Folgezeit wurde eine Reform des Wiederaufnahmerechts im Schrifttum diskutiert (vgl. nur *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 2, 1972, S. 321; *Ziembra*, Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen oder Verurteilten [§§ 362 ff. StPO], 1974; BRAK, Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozess, 1971, S. 76; *Meyer*, Wiederaufnahmereform, 1977, S. 158; *Deml*, Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1979, S. 142), ohne dass es zu Änderungen zuungunsten des Angeklagten kam.
- ¹¹ Im Gegensatz dazu wurde in der Deutschen Demokratischen Republik die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten aus denselben Gründen zugelassen wie zugunsten des Verurteilten; die ungünstige Wiederaufnahme war aber nur innerhalb von fünf Jahren seit Rechtskraft des Urteils möglich (§ 328 der Strafprozessordnung vom 12.1.1968 [GBI DDR 1968 I, S. 49]).
- ¹² 3. Der Einführung des § 362 Nr. 5 StPO gingen mehrere, jeweils durch Einzelfälle angestoßene Reformversuche voraus.

- ¹³ a) Ende 1992 scheiterte im Fall des 1938 in einem Konzentrationslager verstorbenen Journalisten *Carl von Ossietzky* die von dessen Tochter beantragte Wiederaufnahme des Strafverfahrens, das 1931 mit einer Verurteilung von *Ossietzkys* durch das *RG* wegen Landesverrats geendet hatte (vgl. BGHSt 39, 75). Daraufhin brachte die SPD-Bundestagsfraktion 1993 und erneut 1996 einen Gesetzentwurf zur umfassenden Reform des Wiederaufnahmerechts in den Bundestag ein. Mit Blick auf die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten wurde „wegen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des ‚ne bis in idem‘ (Artikel 103 Abs. 3 GG) nach dem Vorbild ausländischer Rechtsordnungen“ vorgeschlagen, die Wiederaufnahme zuzulassen, „wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen jeden begründeten Zweifel ausschließen, dass der Angeklagte in einer neuen Hauptverhandlung der Begehung eines Mordes (§ 211 StGB) oder Völkermordes (§ 220a StGB) überführt werden wird“ (vgl. BT-Drs. 12/6219, S. 1, 3). Nach kontroverser Debatte sah der Rechtsausschuss des 13. Deutschen Bundestages keinen umfassenden Reformbedarf (vgl. BT-Drs. 13/10333, S. 4), und § 362 StPO blieb unverändert.
- ¹⁴ b) Im September 2007 brachten das Land Nordrhein-Westfalen und die Freie und Hansestadt Hamburg einen Gesetzentwurf in den Bundesrat ein, nach dem in Fällen des vollendeten Mordes und einiger Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch eine Wiederaufnahme zulasten des Angeklagten zulässig sein sollte, „wenn auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden, die bei Erlass des Urteils [...] nicht zur Verfügung standen, neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden“ (vgl. BR-Drs. 655/07, S. 1; BT-Drs. 16/7957, S. 5). Anlass für diese Initiative war ein Fall, in dem 1993 die Angestellte einer Videothek bei einem Raubüberfall getötet worden war und 2004 durch die Untersuchung von auf Asservaten sichergestellten Hautpartikeln diese dem zuvor mangels Beweisen Freigesprochenen zugeordnet werden konnten (vgl. BR PlenProt 837, S. 341 [C]-[D]). Auch hier kam es letztlich nicht zu einer Gesetzesänderung (vgl. Mitteilung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 12.3.2009 zur 130. Sitzung; BR-Drs. 222/10 und BR PlenProt 869, S. 123 [A], 156 [D]; BMJV, Abschlussbericht der StPO-Expertenkommission, 2015, S. 168 und hierzu Anlagenband I, Gutachten, S. 660; BR PlenProt 967, S. 131 [C] und 138 [A]).
- ¹⁵ c) Die Einfügung des § 362 Nr. 5 StPO durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit vom 21.12.2021 ist ebenfalls durch einen Einzelfall – den hier verfahrensgegenständlichen – veranlasst (vgl. BVerfGE 162, 358 [361 Rn. 7] – Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen-eA). Dazu heißt es in der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 9 f.):

Der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung werden durch einen erwiesenermaßen ungerichtfertigten Freispruch wegen Mordes oder wegen der aufgeführten Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch in mindestens ebenso starkem Maße beeinträchtigt

wie durch die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten. Schon der Freispruch in einem einzigen Verfahren – etwa im Falle eines Serienmörders –, der sich nachträglich auf Grund neuer technischer Ermittlungsmethoden als falsch erweist, kann den Rechtsfrieden und das Vertrauen in die Strafrechtspflege nachhaltig stören. Dies zeigt auch der Fall der ermordeten Frederike von Möhlmann, der Anlass für eine Petition zur Reform der Wiederaufnahme geworden ist. Knapp 180.000 Menschen haben diese Petition bereits unterschrieben.

- ¹⁶ 4. Nach einer Auswertung des Statistischen Bundesamtes gingen im Jahr 2020 von den 13.819 vor den Landgerichten erledigten Verfahren 19 auf einen Antrag auf Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten zurück (Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3, 2020, S. 62).
- ¹⁷ In den zurückliegenden Jahren wurden pro Kalenderjahr knapp 10 Verfahren mit einem Freispruch vom Tatvorwurf des Mordes abgeschlossen (vgl. für 2003 und 2004: BT-Drs. 16/7957, S. 2; für 2010–2019: BT-Drs. 19/30798, S. 47 f.; für 2020: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2020, S. 24, 50 f. und 71). Ein Freispruch vom Tatvorwurf des Völkermordes erfolgte einmal im Jahr 2011 (BT-Drs. 19/30798, S. 47 f.).
- ¹⁸ 5. In Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (nachfolgend: 7. ZP-EMRK), das die Bundesrepublik Deutschland nicht ratifiziert hat, ist der Grundsatz *ne bis in idem* verankert, der nur für Strafverfahren innerhalb eines Staates, nicht für Strafverfahren in verschiedenen Staaten gilt (vgl. *EGMR*, *Amrollahi v. Denmark*, Entsch. v. 28.6.2001, Nr. 56811/00, § 1; *Trabelsi v. Belgium*, Urt. v. 4.9.2014, Nr. 140/10, § 164). Dies schließt nach Absatz 2 die Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates nicht aus, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist. Auch nach Art. 14 Abs. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (BGBl II 1973, S. 1553) darf niemand wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des jeweiligen Landes rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, erneut verfolgt oder bestraft werden. Art. 20 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (BGBl I 2002, S. 2144) bietet Schutz vor wiederholter strafrechtlicher Verfolgung im Zusammenhang mit vor dem Strafgerichtshof geführten oder zu führenden Verfahren.
- ¹⁹ Für die Europäische Union entfaltet das Doppelbestrafungsverbot des Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (v. 19.6.1990, ABl EU Nr. L 239 v. 22.9.2000, S. 19, zuletzt geändert durch Art. 64 ÄndVO [EU] 2018/1861 v. 28.11.2018, ABl EU Nr. L 312 v. 7.12.2018, S. 14; nachfolgend: SDÜ) transnationale Wirkung. Es findet seine Verankerung zudem in Art. 50 der Grundrechtecharta der Europäischen Union (nachfolgend: GRCh), der eine erneute Verfolgung oder Bestrafung we-

gen einer Straftat verbietet, deretwegen der Betroffene bereits in der Union rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist (vgl. *EuGH*, Urt. v. 26.2.2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, Rn. 33 f.; Urt. v. 5.6.2014, M, C-398/12, EU:C:2014:1057, Rn. 35; Urt. v. 28.10.2022, PPU, C-435/22, EU:C:2022:852, Rn. 64 ff.; *BVerfG*, Beschl. d. 1. Kammer des Zweiten Senats v. 19.5.2022 – 2 BvR 1110/21, Rn. 40 ff.).

- ²⁰ 6. Eine Anfrage des *BVerfG* an die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission) zur Rechtslage betreffend den Grundsatz *ne bis in idem* und die Wiederaufnahme von Strafverfahren hat ergeben, dass in den meisten derjenigen Staaten, die eine Stellungnahme abgegeben haben, der Grundsatz *ne bis in idem* jedenfalls aufgrund von Art. 4 des 7. ZP-EMRK eine verfassungsrechtliche Verankerung erfahren hat. Zur Zulässigkeit der Wiederaufnahme ergaben die Antworten ein heterogenes Bild nicht zuletzt deswegen, weil in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich zwischen strafrechtlichen und ordnungs- beziehungsweise disziplinarrechtlichen Sanktionen oder unterschiedlichen Arten der Verfahrensbeendigung differenziert wird. Außerdem bestehen unterschiedliche Fristen für eine Wiederaufnahme, entweder durch den Eintritt der Verjährung der verfolgten Straftat oder anknüpfend an die Rechtskraft des Urteils; soweit eine Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweise (*propter nova*) möglich ist, ist teilweise eine Frist ab Kenntniserlangung zu beachten.
- ²¹ Eine Wiederaufnahme zuungunsten der betroffenen Person ist in sieben der ausgewerteten Staaten (vgl. auch Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, WD 7 – 3000 – 262/18 und WD 7 – 3000 – 007/22) insgesamt unzulässig. In weiteren sieben Staaten ist sie beschränkt auf gefälschte Beweismittel, Falschaussagen oder andere Verfahrensfehler wie Korruption, Bestechung oder Amtsmissbrauch (*propter falsa*) vorgesehen. In 17 Staaten ist dagegen mit Unterschieden im Einzelnen eine ungünstige Wiederaufnahme auch aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel (*propter nova*) möglich.

II.

- ²² 1. Der Beschwerdeführer wurde mit seit dem 21.5.1983 rechtskräftigem Urteil des *LG Stade* v. 13.5.1983 vom Vorwurf der Vergewaltigung und des Mordes freigesprochen. Nach Einführung des § 362 Nr. 5 StPO stellte die zuständige Staatsanwaltschaft im Februar 2022 beim *LG Verden* (nachfolgend: *LG*) einen Antrag auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens nach dieser Vorschrift und auf Erlass eines Haftbefehls. Das *LG* erklärte den Wiederaufnahmeantrag mit Beschluss vom 25.2.2022 für zulässig und ordnete Untersuchungshaft gegen den Beschwerdeführer an. Die hiergegen gerichtete Beschwerde verwarf das *OLG Celle* (nachfolgend: *OLG*) mit Beschluss vom 20.4.2022 (vgl. im Einzelnen BVerfGE 162, 358 [360 ff. Rn. 2 ff.]).
- ²³ 2. Mit seiner unmittelbar gegen die Beschlüsse des *OLG* und des *LG* sowie mittelbar gegen § 362 Nr. 5 StPO ge-

richteten Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 103 Abs. 3 GG sowie aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

- ²⁴ § 362 Nr. 5 StPO sei verfassungswidrig und könne auch nicht verfassungskonform ausgelegt werden. Die Norm stelle keine bloße Grenzkorrektur des Art. 103 Abs. 3 GG dar. Die neue Vorschrift sei gegenüber den bisherigen Wiederaufnahmegründen wesensverschieden. Anlass für ihre Einführung seien nicht etwa aufgekommene Zweifelsfragen im Zusammenhang mit einem der bisherigen Wiederaufnahmegründe. Auch stelle die Neuregelung keine Fortschreibung der bisherigen Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO dar; diese beträfen die Manipulation der Beweisführung (Nr. 1–3) beziehungsweise stammten aus der Sphäre des Täters (Nr. 4), der durch das Geständnis auf den Schutz durch das Doppelverfolgungsverbot verzichte.
- ²⁵ Die Wertung des Gesetzgebers, dass durch einen erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung in mindestens ebenso starkem Maße beeinträchtigt werde wie durch die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 9 f.), missachte die Funktion des Strafverfahrens. Zu seinen verfahrensrechtlichen Vorkehrungen gehöre, dass nur der Verurteilte nach § 359 Nr. 5 StPO neue Tatsachen oder Beweismittel geltend machen könne. Diese Besserstellung sei von Verfassungs wegen geboten und dürfe nicht durch eine gleichgewichtige Urteilskorrektur zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs ausgehöhlt werden. Der in den Gesetzesmaterialien angeführte Begriff der Unerträglichkeit sei emotionalisiert und unbestimmt und daher nicht geeignet, als rechtssicheres Kriterium für die Kodifizierung von Ausnahmen vom Grundsatz *ne bis in idem* zu dienen. Die dort zum Ausdruck kommende Annahme, die „sehr hohe Schwelle“ der dringenden Gründe für eine Verurteilung sichere die Verhältnismäßigkeit der Gesamtregelung ab, verfehle die Verdachtslage bei der Wiederaufnahme. Denn allen Urteilen liege ein Eröffnungsbeschluss und damit die Annahme des hinreichenden Tatverdachts zugrunde. Es sei rational nicht vermittelbar, dass dieser eine mindere Intensität aufweise als der dringende Tatverdacht nach § 114 Abs. 2 Nr. 4 StPO. Daher sei nicht sichergestellt, dass eine Verurteilung mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei. Schließlich verstoße die Beseitigung der Rechtskraft des freisprechenden Urteils gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Rückwirkungsverbot.

[...]

B.

- ⁵² Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Insoweit wird auf die Gründe des Beschlusses des *Senats* v. 14.7.2022 über den Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verwiesen (vgl. BVerfGE 162, 358 [367 ff. Rn. 31 ff.]).

C.

⁵³ Die Verfassungsbeschwerde ist auch begründet. Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen den Beschwerdeführer ist verfassungswidrig. Ihre Rechtsgrundlage, der mittelbar angegriffene § 362 Nr. 5 StPO, verstößt gegen Art. 103 Abs. 3 GG (I.). Zudem verletzt seine Anwendung auf Freisprüche, die bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Regelung am 30. Dezember 2021 rechtskräftig waren, das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG (II.).

I.

⁵⁴ § 362 Nr. 5 StPO verstößt gegen Art. 103 Abs. 3 GG. Dieses grundrechtsgleiche Recht verbietet dem Gesetzgeber die Regelung der Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zum Nachteil des Grundrechtsträgers aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel (1.). Damit ist § 362 Nr. 5 StPO nicht vereinbar (2.).

⁵⁵ 1. Art. 103 Abs. 3 GG enthält ein Mehrfachverfolgungsverbot auch gegenüber dem Gesetzgeber (a). Diese verfassungsrechtliche Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit ist abwägungsfest und eröffnet dem Gesetzgeber bei der Regelung der Wiederaufnahme eines Strafverfahrens keinen Spielraum (b). Als abwägungsfestes Verbot ist Art. 103 Abs. 3 GG eng auszulegen; soweit sein Schutzgehalt reicht, verbietet er dem Gesetzgeber die Eröffnung einer Wiederaufnahmemöglichkeit zum Nachteil des Grundrechtsträgers aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel (c).

⁵⁶ a) Art. 103 Abs. 3 GG gewährt einem Verurteilten oder Freigesprochenen ein subjektives grundrechtsgleiches Recht, das zunächst unmittelbar an die Strafgerichte und Strafverfolgungsorgane gerichtet ist (aa). Die gleiche Wirkung entfaltet Art. 103 Abs. 3 GG gegenüber dem Gesetzgeber, wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft (bb).

⁵⁷ aa) Der Grundsatz, dass niemand wegen derselben Tat mehrmals bestraft werden darf (*ne bis in idem*), beschreibt das Prinzip des Strafklageverbrauchs, das Strafgerichte und Strafverfolgungsorgane als Verfahrenshindernis von Amts wegen in jedem Stadium des Strafverfahrens zu beachten haben (vgl. BVerfGE 56, 22 [32]; 162, 358 [371 f. Rn. 46]). Soweit dieser Grundsatz eine erneute Strafverfolgung aufgrund der allgemeinen Strafgesetze betrifft, ist er durch Art. 103 Abs. 3 GG zum verfassungsrechtlichen Verbot erhoben worden (vgl. BVerfGE 3, 248 [251 f.]; 12, 62 [66]; 23, 191 [202]; 56, 22 [32]). Dabei gestaltet Art. 103 Abs. 3 GG das zunächst abstrakte Prinzip des Strafklageverbrauchs als grundrechtsgleiches Recht aus. Er gewährt dem Einzelnen Schutz, den dieser als individuelle Rechtsposition geltend machen kann (vgl. BVerfGE 56, 22 [32]; 162, 358 [371 Rn. 46]; BVerfGK 13, 7 [11]; vgl. auch bereits BVerfGE 3, 248 [252]).

⁵⁸ Dieser Schutz kommt Verurteilten wie Freigesprochenen

gleichermaßen zu (1) und steht bereits der erneuten Strafverfolgung entgegen (2).

⁵⁹ (1) Träger des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 103 Abs. 3 GG sind nicht nur Verurteilte, sondern auch Freigesprochene (vgl. BVerfGE 12, 62 [66]; 162, 358 [371 Rn. 46]; BVerfGK 9, 22 [26]).

⁶⁰ Der Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG ließe zwar eine Auslegung dahingehend zu, dass diese Bestimmung nur nach einer vorangegangenen Verurteilung greift. Eine solche Beschränkung des grundrechtsgleichen Rechts auf Verurteilte hat jedoch weder der historische Verfassungsgeber vorgesehen (a), noch wird Art. 103 Abs. 3 GG in der Praxis der Strafgerichte und Strafverfolgungsbehörden in diesem Sinne verstanden (b). Sie widerspräche zudem dem Zweck des grundrechtsgleichen Rechts (c).

⁶¹ (a) Die Entstehungsgeschichte der Norm streitet für die Einbeziehung des Freispruchs in den Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG.

⁶² Die Materialien lassen erkennen, dass im Parlamentarischen Rat Einigkeit dahingehend bestand, dass die Aufnahme des Grundsatzes *ne bis in idem* in das Grundgesetz Schutz bereits vor der mehrfachen Verfolgung und damit auch nach Freisprüchen bieten sollte. Dem steht nicht entgegen, dass sich der Parlamentarische Rat letztlich für die Formulierung entschied, dass eine „mehrfache Bestrafung“ verboten sein sollte.

⁶³ Am Ende der Beratung in der 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege äußerte der Ausschussvorsitzende Zinn sich zwar ablehnend zu dem ursprünglichen Formulierungsvorschlag „Niemand darf mehrmals strafrechtlich verfolgt werden“. Den Unterschied zwischen „bestrafen“ und „verfolgen“ thematisierte aber weder der Vorschlag noch die Erwiderung. Zinn wandte sich insoweit vielmehr allein gegen die Formulierung „strafrechtlich“, die er anstelle von „aufgrund der allgemeinen Strafgesetze“ für zu weitreichend hielt (vgl. Wortprotokoll der 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege v. 7.12.1948, abgedruckt in: *Büttner/Wettengel*, Der Parlamentarische Rat, Bd. 13/2, 2002, S. 1449 [1472]). Damit bezog er sich auf die zuvor debattierte Begrenzung des grundgesetzlichen Verbotes auf Kriminalstrafen und das Bestreben, eine Formulierung zu finden, nach der sonstige Strafen des Disziplinar-, Ordnungs-, Polizei- oder auch des Steuerrechts weiter zulässig bleiben sollten (vgl. Wortprotokolle der 7. und 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege v. 6. und 7.12.1948, abgedruckt in: *Büttner/Wettengel*, Der Parlamentarische Rat, Bd. 13/2, 2002, S. 1347 [1433 ff.] und S. 1449 [1465 f.]). Auch zu Beginn der 8. Ausschusssitzung hatte Zinn nicht zwischen „bestrafen“ und „verfolgen“ differenziert, vielmehr – insoweit unerwidert – betont, Grundgedanke des in Rede stehenden Grundsatzes *ne bis in idem* sei, „daß niemand wegen derselben Straftat wiederholt verfolgt werden darf“ (Wortprotokoll der 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege vom 7.12.1948, abgedruckt in: *Büttner/Wettengel*,

Der Parlamentarische Rat, Bd. 13/2, 2002, S. 1449 [1465]). Für die Einbeziehung des Freispruchs in das Verbot des Art. 103 Abs. 3 GG spricht auch die Erörterung in der vorangehenden 7. Ausschusssitzung. Zur Darstellung der zahlreichen Problemlagen zwischen Kriminalstrafen, die vom grundgesetzlichen Verbot erfasst sein sollten, und anderen Strafen, die möglich bleiben sollten, wurde gerade ein Beispiel mit strafrechtlichem Freispruch gebildet (vgl. Wortprotokoll der 7. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege v. 6.12.1948, abgedruckt in: *Büttner/Wettengel*, Der Parlamentarische Rat, Bd. 13/2, 2002, S. 1347 [1436]).

- ⁶⁴ Der historische Hintergrund nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft stützt dieses Verständnis. Die Aufnahme des Grundsatzes *ne bis in idem* in das Grundgesetz sollte der uferlosen Durchbrechung des Prinzips der Rechtskraft entgegenwirken, die in der nationalsozialistischen Zeit Platz gegriffen hatte (vgl. Entwurf eines Grundgesetzes des Verfassungskonvents der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen auf Herrenchiemsee v. 10. bis 23.8.1948 – Darstellender Teil, S. 56; Wortprotokoll der 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege v. 7.12.1948, abgedruckt in: *Büttner/Wettengel*, Der Parlamentarische Rat, Bd. 13/2, 2002, S. 1449 [1465 ff.]; BVerfGE 56, 22 [32]; BGHSt 5, 323 [329 f.]). Diese Durchbrechungen richteten sich gerade (auch) gegen Freigesprochene. Die Willkürherrschaft des Nationalsozialismus war namentlich dadurch gekennzeichnet, dass „der Freispruch des Richters dem Freigesprochenen die Freiheit nicht mehr verschaffte“ (vgl. *Bader*, Die deutschen Juristen, 1947, S. 14). Auch wenn in den Beratungen des Parlamentarischen Rates ausdrücklich nur die sogenannte Urteilsergänzung erwähnt wurde (vgl. Wortprotokoll der 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege v. 7.12.1948, abgedruckt in: *Büttner/Wettengel*, Der Parlamentarische Rat, Bd. 13/2, 2002, S. 1449 [1472]), bestehen keine Anhaltspunkte dafür, das verfassungsrechtliche Verbot der Rechtskraftdurchbrechung auf diese Variante zu beschränken (vgl. BGHSt 5, 323 [330]).
- ⁶⁵ Dem Verfassungsgeber stand vielmehr der Grundsatz *ne bis in idem* in seiner breiten, maßgeblich durch das RG geprägten Gestalt vor Augen (vgl. BVerfGE 3, 248 [252]; 9, 89 [95 f.]; 12, 62 [66]; 56, 22 [27 f., 34]). Die Reichsstrafprozessordnung von 1877 und insbesondere auch die Weimarer Reichsverfassung enthielten zwar noch keine ausdrückliche Verankerung des Grundsatzes *ne bis in idem*, setzten dessen Existenz aber als selbstverständlich voraus (vgl. BVerfGE 3, 248 [251]; BGHSt 5, 323 [328]). Dementsprechend ging das RG von Anfang an von der Geltung dieses Grundsatzes aus, den es als Mehrfachverfolgungsverbot verstand (vgl. RGSt 2, 347 [348]; 56, 161 [166]; 70, 26 [30]; 72, 99 [102]; BVerfGE 3, 248 [251]) und auch nach Freisprüchen anwandte (vgl. RGSt 2, 347 [348]). Auf diesen vorkonstitutionellen Stand des Prozessrechts und seine Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung nimmt Art. 103 Abs. 3 GG Bezug. Der Grundsatz *ne bis in idem* sollte insoweit durch die Aufnahme in Art. 103 Abs. 3 GG inhaltlich nicht verändert
- werden (vgl. BVerfGE 3, 248 [252]; 9, 89 [96]; 12, 62 [66]; 23, 191 [202 f.]; 56, 22 [27 f., 34]).
- ⁶⁶ Schließlich hatten zum Zeitpunkt der Beratungen des Parlamentarischen Rates die meisten Landesverfassungen den Grundsatz *ne bis in idem* aufgenommen und dabei in ähnlicher Weise gefasst (vgl. Art. 104 Abs. 2 der Verfassung des Freistaats Bayern v. 2.12.1946; Art. 4 Abs. 3 der Verfassung für Württemberg-Baden v. 28.11.1946; Art. 17 Abs. 3 der Verfassung für Württemberg-Hohenzollern v. 18.5.1947; Art. 7 Abs. 2 der Verfassung der Freien Hansestadt Bremen v. 21.10.1947; Art. 22 Abs. 3 der Verfassung des Landes Hessen v. 1.12.1946; Art. 6 Abs. 4 S. 1 der Verfassung für Rheinland-Pfalz v. 18.5.1947). Es ist nicht erkennbar, dass dabei der Ausschluss von Freisprüchen in Betracht gezogen worden wäre. Auch deshalb ist nicht anzunehmen, dass der Parlamentarische Rat den grundgesetzlichen Schutz auf Verurteilte beschränken wollte.
- ⁶⁷ (b) Die strafrechtliche Praxis unter dem Grundgesetz versteht Art. 103 Abs. 3 GG als verfassungsrechtliche Verankerung des Grundsatzes *ne bis in idem* und wendet ihn auf Schuld- und Freisprüche gleichermaßen an, ohne dies auch nur im Ansatz zu problematisieren. Das verfassungsrechtliche Schrifttum übernimmt dieses Verständnis als Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG.
- ⁶⁸ Der in Art. 103 Abs. 3 GG verankerte Grundsatz *ne bis in idem* ist strafrechtshistorisch eng mit der Unschuldsvermutung verknüpft (vgl. *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. [2018], Art. 103 Rn. 176 f. und 231; *Nolte*, in: Merten/Papier, HGR, Bd. V [2013], § 135 Rn. 4 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 1). Er versteht sich als in der Aufklärung wiedergewonnenes Gegenprinzip zum Inquisitionsprozess des gemeinen Rechts (vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 1). Dieser war von einem absoluten Wahrheitsanspruch einerseits und der bloßen Inquisitenstellung des Einzelnen andererseits geprägt. Dies zeigte sich insbesondere in der verfahrensrechtlichen Möglichkeit der *absolutio ab instantia*, die lediglich eine vorläufige Einstellung des Verfahrens bedeutete und grundsätzlich bei neuen Erkenntnissen die jederzeitige Wiederaufnahme erlaubte. Demgegenüber bestand eine zentrale Bedeutung des Anklageprozesses darin, die prinzipielle Unendlichkeit des gemeinrechtlichen Inquisitionsgrundsatzes abzulösen und ein Strafverfahren unbedingt zum Abschluss zu bringen. Gerade bei Unerweislichkeit der Schuld sollte der Strafprozess nicht nur vorläufig eingestellt, sondern dauerhaft abgeschlossen werden. Der Freispruch erhielt materiellen Gehalt, indem er „bestätigte“, dass die den Prozess leitende Unschuldsvermutung nicht widerlegt wurde. Der Grundsatz *ne bis in idem* zielt daher insbesondere auf den Schutz des – aus Mangel an Beweisen – Freigesprochenen ab. Er sichert die vom Rechtsstaat getroffene „Fundamententscheidung“ (vgl. *Leitmeier*, StV 2021, 341 [343]), bei nicht behebbaren Zweifeln an der Schuld nach dem Grundsatz in *dubio pro reo* zu verfahren und dabei zugunsten des tatsächlich Unschuldigen in Kauf zu nehmen, sich auch – zugunsten eines tatsächlich Schuldigen – irren zu können

(vgl. *Leitmeier*, StV 2021, 341 [343]; *Swoboda*, HRRS 2009, 188 [196 f.]). Deshalb ist in der strafrechtlichen Praxis der Grundsatz *ne bis in idem* stets auch auf Freisprüche bezogen worden (vgl. BGHSt 5, 323 [330]; 38, 37 [42 f.]; *BGH*, NStZ-RR 2004, 238 [240]; NStZ-RR 2016, 47 [49]).

⁶⁹ (c) Das den Freispruch einschließende Verständnis des Art. 103 Abs. 3 GG trägt seinem grundrechtsgleichen Charakter Rechnung. Jedes Strafverfahren stellt unabhängig von seinem Ausgang eine erhebliche Belastung für den Einzelnen dar. Zweck des grundrechtsgleichen Schutzes ist die Zusicherung, dass jeder wegen derselben Tat diesen Belastungen nur einmal ausgesetzt sein soll (vgl. BVerfGE 56, 22 [31]; BVerfGK 4, 49 [53]). Art. 103 Abs. 3 GG bezweckt die Verhinderung von Grundrechtseingriffen durch das Strafverfahren, verbürgt also die „Einmaligkeit der Strafverfolgung“ (vgl. BGHSt 38, 54 [57]; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 133; *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 301 [Dez. 1992]), nicht nur die „Einmaligkeit der Sühne“. Der Einzelne soll darauf vertrauen können, wegen eines konkreten individualisierten Sachverhalts nicht erneut vom Staat belangt und mit den Belastungen eines Strafverfahrens überzogen zu werden (vgl. BVerfGE 56, 22 [31]).

⁷⁰ (2) Auch aus Entstehungsgeschichte und Zweckrichtung ergibt sich, dass Art. 103 Abs. 3 GG über seinen Wortlaut hinaus nicht allein vor einer Verurteilung, sondern auch bereits vor allen Maßnahmen schützt, deren Zweck die mögliche Verurteilung ist (vgl. BVerfGE 12, 62 [66]; 23, 191 [202]; 65, 377 [381]; 162, 358 [371 Rn. 46]; BVerfGK 4, 49 [52]; 13, 7 [11]). Art. 103 Abs. 3 GG enthält ein Mehrfachverfolgungsverbot, kein bloßes Mehrfachbestrafungsverbot.

⁷¹ Aufgabe des Strafprozesses ist es, den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und hierdurch einen gerechten Schuldausgleich zu bewirken (vgl. BVerfGE 133, 168 [198 f. Rn. 55 f.]). Darf der Täter aber nicht erneut bestraft werden, kann ein gleichwohl geführtes Strafverfahren diese Funktion nicht erfüllen. Ohne die Möglichkeit einer Bestrafung entfällt die Legitimationsgrundlage dafür, den Einzelnen mit den Belastungen eines Strafverfahrens zu überziehen. Ein um seiner selbst willen geführtes Strafverfahren, an dessen Ende kein Strafausspruch erfolgen darf, würde den Einzelnen zum bloßen Objekt der Strafverfolgung herabsetzen (vgl. BVerfGE 133, 168 [197 ff. Rn. 53 ff.]). Strafprozessrechtlich stellt Art. 103 Abs. 3 GG deshalb ein Verfahrenshindernis dar, das als solches bereits der erneuten Einleitung eines Strafverfahrens entgegensteht (vgl. BVerfGE 56, 22 [32]; 162, 358 [371 f. Rn. 46]; BVerfGK 13, 7 [11]).

⁷² bb) Gegenüber dem Gesetzgeber entfaltet Art. 103 Abs. 3 GG keine andere Wirkung, wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft (vgl.

BVerfGE 15, 303 [307]).

⁷³ Der Parlamentarische Rat hatte bei der Entscheidung für Art. 103 Abs. 3 GG nicht nur die Urteile und Verfolgungsmaßnahmen der nationalsozialistischen Willkürherrschaft im Blick, sondern auch die ausdrücklich geschaffenen Rechtsbehelfe zur Durchbrechung der Rechtskraft von Strafurteilen (vgl. Entwurf eines Grundgesetzes des Verfassungskonvents der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23.8.1948 – Darstellender Teil, S. 56; Wortprotokoll der 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege v. 7.12.1948, abgedruckt in: *Büttner/Wettengel*, Der Parlamentarische Rat, Bd. 13/2, 2002, S. 1449 [1465 ff.]; BVerfGE 56, 22 [32]). Art. 103 Abs. 3 GG sollte als grundrechtsgleiches Recht daher ebenso wie die Grundrechte des ersten Abschnitts des Grundgesetzes gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar gerade auch den Gesetzgeber binden.

⁷⁴ Das in Art. 103 Abs. 3 GG gegenüber den Strafverfolgungsorganen statuierte Verbot mehrfacher Strafverfolgung wäre praktisch wirkungslos, wenn die einfachgesetzliche Ausgestaltung als Wiederaufnahmeverfahren eine erneute Strafverfolgung und gegebenenfalls Verurteilung ermöglichen könnte (vgl. BVerfGE 15, 303 [307]; BGHSt 5, 323 [331]; *Remmer*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 44). Ungeachtet der strafprozessrechtlichen Frage, ob ein Urteil bereits mit der Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag aufgehoben oder ob nur der aus dem ersten Urteil folgende Strafklageverbrauch beseitigt wird (vgl. hierzu etwa *Schuster*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, Bd. 9/1, 27. Aufl. [2022], § 370 Rn. 31 ff.), ermöglicht das Rechtsinstitut der Wiederaufnahme die erneute Strafverfolgung wegen derselben Tat unter Durchbrechung der Rechtskraft eines früheren Urteils. Soll Art. 103 Abs. 3 GG als individuelles grundrechtsgleiches Recht vor einer erneuten Verurteilung gerade auch wegen der Belastungen schützen, die mit einer erneuten Strafverfolgung verbunden sind, muss es auch die gesetzlichen Regelungen erfassen, die dies strafprozessual ermöglichen (vgl. BGHSt 5, 323 [331]).

⁷⁵ b) Das Mehrfachverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG trifft eine Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit (aa). Sie steht einer Relativierung des Verbots durch Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang nicht offen (bb), so dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts insoweit kein Gestaltungsspielraum zukommt (cc).

⁷⁶ aa) Art. 103 Abs. 3 GG gewährt dem Prinzip der Rechtssicherheit Vorrang vor dem Prinzip der materialen Gerechtigkeit.

⁷⁷ Die Figur der Rechtskraft prägt alle rechtsstaatlichen Entscheidungen (vgl. BVerfGE 2, 380 [392 ff., 403 ff.]; 60, 253 [269 ff.]). Sie entfaltet insbesondere dann ihre Bedeutung, wenn die Sachentscheidung materiell-rechtlich unrichtig ist oder durch Veränderungen der tatsächlichen Grundlagen unrichtig geworden ist (vgl. BVerfGE 2, 380

[403 ff.]; 20, 230 [235]; 35, 41 [58]; 117, 302 [315]). Für Entscheidungen der Exekutive bestehen unterschiedlich ausgeprägte Möglichkeiten der nachträglichen Aufhebung oder Änderung, um den Einklang zwischen Verwaltungsentscheidung und gesetzlicher Grundlage (wieder) herzustellen (vgl. etwa §§ 48 ff., § 51 Verwaltungsverfahrensgesetz; §§ 44 ff. Sozialgesetzbuch X: Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz). Unabhängig davon kann die Rechtskraft staatlicher Akte, insbesondere von Gerichtsentscheidungen, im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit grundsätzlich ungeachtet ihrer inhaltlichen Richtigkeit nicht mehr durchbrochen werden (vgl. BVerfGE 2, 380 [403 ff.]). Wirkt die Rechtskraft einer Entscheidung zugunsten eines Adressaten, wird ihre Bedeutung durch den Aspekt des Vertrauensschutzes verstärkt (vgl. Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. [2018], Art. 20 Rn. 304). In diesen Fällen steht sie im Spannungsverhältnis zum Gebot materialer Richtigkeit und Gerechtigkeit (vgl. BVerfGE 22, 322 [329]; BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Zweiten Senats v. 14.9.2006 – 2 BvR 123/06 u.a., Rn. 17; Beschl. d. 3. Kammer d. Zweiten Senats v. 13.2.2019 – 2 BvR 2136/17, Rn. 20).

⁷⁸ Da sowohl das Prinzip der materialen Gerechtigkeit als auch das Prinzip der Rechtssicherheit mit Verfassungsrang ausgestattet sind, ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, welchem der beiden Prinzipien im konkreten Fall der Vorzug gegeben werden soll (vgl. BVerfGE 3, 225 [237]; 15, 313 [319]; 22, 322 [329]; 131, 20 [46 f.] m.w.N.). Etwas anderes gilt jedoch, wenn das Grundgesetz diese Entscheidung bereits selbst getroffen hat (vgl. für Art. 117 Abs. 1 GG BVerfGE 3, 225 [238 f.]). Eine solche Entscheidung beinhaltet Art. 103 Abs. 3 GG. Indem Art. 103 Abs. 3 GG bestimmt, dass wegen derselben Tat keine erneute Bestrafung erfolgen darf, hat das Grundgesetz für den Anwendungsbereich dieser Bestimmung, mithin den Bereich strafgerichtlicher Urteile, bereits entschieden, dass dem Prinzip der Rechtssicherheit Vorrang vor dem Prinzip der materialen Gerechtigkeit zukommt.

⁷⁹ bb) Die in Art. 103 Abs. 3 GG zugunsten der Rechtssicherheit getroffene Vorrangentscheidung ist absolut. Damit ist das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG abwägungsfest. Zwar folgt dies noch nicht zwingend aus dessen Wortlaut (1) oder Entstehungsgeschichte (2). Jedoch ergibt sich aus der Systematik (3) und dem Sinn und Zweck (4) der Bestimmung, dass diese Entscheidung des Grundgesetzes strikte Geltung beansprucht. Nichts anderes folgt aus der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG (5).

⁸⁰ (1) Der ebenso knappe wie strikte Wortlaut spricht zunächst dafür, dass der von Art. 103 Abs. 3 GG gewährte Schutz absolut ist (vgl. Sodan, in: ders., GG, 4. Aufl. [2018], Art. 103 Rn. 31; Neumann, in: FS Jung, 2007, S. 655 [661]). Allerdings weisen auch einige andere Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte keine ausdrücklichen Vorbehalte oder Einschränkungen auf. Gleichwohl ist allgemein anerkannt, dass sie verfassungsimmanenten Schranken unterliegen.

⁸¹ (2) Auch die Entstehungsgeschichte lässt unterschiedliche Folgerungen zu. Einerseits erfolgte die explizite Verankerung des Grundsatzes *ne bis in idem* in Art. 103 Abs. 3 GG als Reaktion auf die Unterordnung der Rechtskraft unter andere Ziele in der nationalsozialistischen Zeit (vgl. oben Rn. 64). Andererseits nimmt Art. 103 Abs. 3 GG auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozessrechts und seiner Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug (vgl. oben Rn. 65). In der Rechtsprechung des RG kam dem Grundsatz *ne bis in idem* eine der Auslegung der konkreten Prozessrechtsnormen dienende Funktion zu. Er wurde dabei in unterschiedlichem Umfang als verwirklicht oder eingeschränkt angesehen (vgl. RGSt 2, 211 ff.; 2, 347 ff.; 4, 243 ff.; 9, 344 ff.; 51, 241 ff.; 72, 99 ff.).

⁸² (3) Bei systematischer Betrachtung erscheint Art. 103 Abs. 3 GG jedoch abwägungsfest.

⁸³ Art. 103 Abs. 3 GG stellt eine besondere Ausprägung des im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Vertrauensschutzes dar, die ausschließlich für strafrechtliche Verfahren gilt. Als Sonderregelung mit eigenständigem Gehalt geht Art. 103 Abs. 3 GG in seinem Schutzgehalt über die allgemeinen Prinzipien hinaus, die ihrerseits bereits das Vertrauen in eine rechtskräftige Entscheidung schützen und eine übermäßige Beeinträchtigung der Interessen des Einzelnen verhindern. Dieser weiterreichende Vertrauensschutz beruht darauf, dass ihm unbedingter Vorrang gegenüber den grundsätzlich berechtigten Korrekturinteressen zukommt, die der Gesetzgeber ansonsten wie in anderen Sachbereichen auch (vgl. oben Rn. 77) berücksichtigen könnte.

⁸⁴ Art. 103 Abs. 3 GG korrespondiert in Bezug auf diese Unbedingtheit mit Art. 103 Abs. 2 GG. Auch diese Norm stellt eine auf das Strafrecht beschränkte Sonderregelung zu allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien dar. Als Spezialfall des allgemeinen Rückwirkungsverbots und anders als dieses verbietet Art. 103 Abs. 2 GG dem Strafgesetzgeber ausnahmslos, rückwirkende Strafgesetze zu erlassen. Dieses besondere Rückwirkungsverbot wirkt somit absolut und ist einer Abwägung nicht zugänglich (vgl. BVerfGE 30, 367 [385]; 95, 96 [132]; 109, 133 [171 f.]). Ein gleichlaufendes Verständnis des Art. 103 Abs. 3 GG als abwägungsfestes Recht komplementiert diesen materiell-rechtlichen Schutz des Einzelnen im Bereich des Strafrechts auf der verfahrensrechtlichen Ebene.

⁸⁵ Art. 103 Abs. 2 und 3 GG stehen den Freiheitsrechten nahe, die nicht nur innerhalb eines Strafverfahrens zu beachten sind, sondern den Grundrechtsträger bereits vor einem Strafverfahren schützen, ohne dass es zur Verwirklichung dieses Schutzes noch einer gesetzlichen Umsetzung bedürfte. Darin unterscheiden sich Art. 103 Abs. 2 und 3 GG von den Rechten, die – wie beispielsweise Art. 103 Abs. 1 GG – auf die Gewährleistung von Rechtsschutz gerichtet sind. Der für alle Verfahrensarten geltende Anspruch auf rechtliches Gehör bedarf einer verfahrensrechtlichen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber (vgl. BVerfGE 75, 302 [313 f.]; 89, 28 [35 f.]; 119, 292 [296]).

- ⁸⁶ Entsprechendes gilt auch für andere in der Verfassung wurzelnde Rechte im Strafverfahren, die im Gegensatz zu Art. 103 Abs. 3 GG keine ausdrückliche Verankerung im Grundgesetz erfahren haben. Dies sind namentlich die Unschuldsvermutung (vgl. BVerfGE 38, 105 [111]; 122, 248 [271 f.]; 133, 168 [200 f. Rn. 59]) und das Recht auf ein faires Verfahren (vgl. BVerfGE 38, 105 [111]; 122, 248 [271 f.]; 133, 168 [200 f. Rn. 59]) einschließlich seiner Bestandteile wie dem Grundsatz *nemo tenetur* (vgl. BVerfGE 38, 105 [113 f.]; 55, 144 [150 f.]; 56, 37 [43]; 110, 1 [31]; 133, 168 [201 Rn. 60]; *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer d. Zweiten Senats v. 25.1.2022 – 2 BvR 2462/18, Rn. 50 ff.), der Beweisregel in dubio pro reo (vgl. BVerfGK 1, 145 [149]; *BVerfG*, Beschl. d. 1. Kammer d. Zweiten Senats v. 20.6.2007 – 2 BvR 965/07, Rn. 3; vgl. auch BVerfGE 9, 167 [169]; 35, 311 [320]; 74, 358 [371]; 133, 168 [199 Rn. 56]; 140, 317 [345 Rn. 57]) und dem Grundsatz der Waffengleichheit (vgl. BVerfGE 110, 226 [253]; 133, 168 [200 Rn. 59]; *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer d. Zweiten Senats v. 12.11.2020 – 2 BvR 1616/18, Rn. 32). Sie sichern die Subjektstellung des Beschuldigten während des Verfahrens und sind damit naturgemäß in ihrer Reichweite von der Ausgestaltung des Verfahrens selbst abhängig. Deshalb enthalten sie keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- und Verbote, sondern bedürfen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf das Verfahrensrecht der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten, vornehmlich durch den Gesetzgeber (vgl. BVerfGE 74, 358 [371 f.]; 133, 168 [202 Rn. 61] m.w.N.). Demgegenüber will Art. 103 Abs. 3 GG nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens verhindern, dass der Betroffene erneut mit einem solchen Verfahren belastet und in die Rolle des Beschuldigten zurückversetzt wird.
- ⁸⁷ (4) Auch Sinn und Zweck des Art. 103 Abs. 3 GG sprechen dafür, dass die Norm absolute Geltung beansprucht. Sowohl die individuelle als auch die gesellschaftliche Zweckrichtung des Art. 103 Abs. 3 GG verlangen die verbindliche Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit. Dies lässt eine Relativierung seines Schutzes nicht zu.
- ⁸⁸ Der Zweck des Art. 103 Abs. 3 GG als Individualrecht besteht zunächst darin, den staatlichen Strafanspruch um der Rechtssicherheit des Einzelnen willen zu begrenzen (vgl. BVerfGE 56, 22 [31 f.]; vgl. auch bereits BVerfGE 3, 248 [253 f.]). Der Einzelne soll darauf vertrauen dürfen, dass er nach einem Urteil wegen des abgeurteilten Sachverhalts nicht nochmals belangt werden kann (vgl. BVerfGE 56, 22 [31]). Das grundrechtsgleiche Recht dient damit – ebenso wie Art. 103 Abs. 2 GG (vgl. BVerfGE 109, 133 [171 f.]) – zugleich der Freiheit und der Menschenwürde des Betroffenen. Es verhindert, dass der Einzelne – gegebenenfalls im Rahmen eines Prozesses „ad infinitum“ (vgl. *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 [190]; *Arneemann*, NJW-Spezial 2021, 440) – zum bloßen Objekt der Ermittlung der materiellen Wahrheit herabgestuft wird. Deshalb unterliegt die Strafverfolgung einem geregelten Verfahren, nach dessen Abschluss mittels eines Sachurteils eine weitere Strafverfolgung wegen derselben Tat ausscheidet. Art. 103 Abs. 3 GG beschränkt damit die Durchsetzung des Legalitätsprinzips (vgl. BVerfGE 56, 22 [31 f.]). Diese Selbstbeschränkung des Staates folgt dem rechtsstaatlichen Grundprinzip, mit der Rechtskraft einer Entscheidung Rechtssicherheit des Einzelnen zu schaffen, und konkretisiert es für das Strafrecht als einen der intensivsten Bereiche staatlicher Macht. Wäre dem Gesetzgeber vorbehalten, die Abwägung zwischen Rechtssicherheit und staatlichem Strafanspruch anders zu treffen, könnte Art. 103 Abs. 3 GG selbst das Vertrauen des Angeklagten in den Bestand des in seiner Sache ergangenen Strafurteils und damit Rechtssicherheit für den Einzelnen nicht begründen.
- ⁸⁹ Daneben dient die Rechtskraft einer Entscheidung auch dem Rechtsfrieden (vgl. BVerfGE 2, 380 [403]; 56, 22 [31]; 115, 51 [62]). Es besteht ein vom Einzelnen unabhängiges Bedürfnis der Gesellschaft an einer endgültigen Feststellung der Rechtslage (vgl. *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 346 ff. m.w.N.). Daher hat sich die moderne rechtsstaatliche Ordnung gegen die Erreichung des Ideals absoluter Wahrheit und für die in einem rechtsförmigen Verfahren festzustellende, stets nur relative Wahrheit entschieden. Auch das Strafrecht gebietet keine Erforschung der Wahrheit „um jeden Preis“ (vgl. BGHSt 14, 358 [365]; 31, 304 [309]). Insofern sichert die Rechtskraft den dauerhaften Geltungsanspruch gerichtlicher Entscheidungen. Rechtsmittel tragen dem Umstand Rechnung, dass jede Entscheidung fehlerhaft und daher korrekturbedürftig sein kann; sie erhöhen damit die Richtigkeitsgewähr. Die Möglichkeit, ein Verfahren durch Rechtsmittel unaufhörlich weiterzuführen, beziehungsweise die Möglichkeit der Wiederaufnahme, es von Neuem zu beginnen, würde jedoch fortwährende Zweifel an der Richtigkeit des Urteilsspruchs zulassen und damit das Vertrauen in die Effektivität der Streitentscheidung durch die Rechtsprechung beeinträchtigen.
- ⁹⁰ (5) Die bisherige Rechtsprechung des *BVerfG* bestätigt das Verständnis des Art. 103 Abs. 3 GG als absolutes und abwägungsfestes Verbot.
- ⁹¹ Das *BVerfG* hat bisher Art. 103 Abs. 3 GG nicht mit anderen Verfassungswerten abgewogen und auch nicht zum Ausdruck gebracht, dass das Schutzgut des Art. 103 Abs. 3 GG mit anderen Verfassungsgütern abgewogen werden könnte. Vielmehr befassen sich die zu dieser Verfassungsnorm ergangenen Entscheidungen mit der Bestimmung ihres Schutzgehalts. Während Ausgangspunkt hierfür das vorgefundene Gesamtbild des Strafprozessrechts ist (vgl. BVerfGE 3, 248 [252]; 9, 89 [96]; 12, 62 [66]; 65, 377 [384]), werden strafrechtsdogmatische Weiterentwicklungen nicht von vornherein ausgeschlossen. Das *BVerfG* hat sie zum Anlass für korrespondierende „Grenzkorrekturen“ des Schutzgehalts des Art. 103 Abs. 3 GG genommen (vgl. BVerfGE 56, 22 [34]). Diese Grenzkorrekturen nimmt es selbst vor, so dass angegriffene Entscheidungen verfassungsrechtlich vollständig an Art. 103 Abs. 3 GG zu überprüfen sind (vgl. BVerfGE 56, 22 [27 ff.]).
- ⁹² Auch die Formulierung, die vorkonstitutionelle Auslegung des Grundsatzes *ne bis in idem* sei als „immanente

Schranke“ des Art. 103 Abs. 3 GG anzusehen (vgl. BVerfGE 3, 248 [252 f.]), stellt die absolute Wirkung der Norm nicht in Abrede. Sie bringt vielmehr zum Ausdruck, dass mit Art. 103 Abs. 3 GG eine vornehmlich durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts normativ vorgeprägte prozessrechtliche Garantie in das Grundgesetz aufgenommen wurde und sich daher der Gehalt dieser Bestimmung aus dieser Vorprägung erschließt (vgl. BVerfGE 3, 248 [251]). Dem Einwand, dass damit eine „Versteinerung“ des Gewährleistungsgehalts des Art. 103 Abs. 3 GG drohe (vgl. *Zehetgruber*, JR 2020, 157 [160]), begegnet der *Zweite Senat* durch ein enges Verständnis des Schutzgehalts des Art. 103 Abs. 3 GG, das lediglich Grenzkorrekturen im Randbereich erlaubt (vgl. BVerfGE 56, 22 [34]).

- ⁹³ cc) Auch gegenüber dem das Wiederaufnahmerecht gestaltenden Gesetzgeber, der ebenso wie die Strafverfolgungsorgane dem Normbefehl des Art. 103 Abs. 3 GG unterliegt (vgl. oben Rn. 72 ff.), stellt Art. 103 Abs. 3 GG ein absolutes und abwägungsfestes Verbot dar. Zwar obliegt dem Gesetzgeber grundsätzlich die Ausgestaltung der aus dem Rechtsstaatprinzip folgenden Grundsätze. Er kann dabei im Regelfall zwischen dem Prinzip der materialen Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit abwägen. Bei der Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts kommt ihm jedoch ein Gestaltungsspielraum nur zu, soweit nicht das abwägungsfeste Verbot des Art. 103 Abs. 3 GG greift.
- ⁹⁴ c) Als abwägungsfestes Verbot ist das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG in Abgrenzung zu den allgemeinen rechtsstaatlichen Garantien eng auszulegen (aa). Soweit dieser Schutzgehalt reicht, ist dem Gesetzgeber die Eröffnung einer Wiederaufnahme zum Nachteil des Grundrechtsträgers aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel versagt (bb).
- ⁹⁵ aa) Art. 103 Abs. 3 GG umfasst nur eine eng umgrenzte Einzelausprägung des Vertrauensschutzes in rechtskräftige Entscheidungen (1). Er schützt den Einzelnen allein vor erneuter Strafverfolgung aufgrund der allgemeinen Strafgesetze (2), wenn wegen derselben Tat (3) bereits durch ein deutsches Gericht (4) ein rechtskräftiges Strafurteil (5) ergangen ist.
- ⁹⁶ (1) Die Bestimmung des Art. 103 Abs. 3 GG ist auch im Hinblick auf seinen engen Schutzgehalt mit Art. 103 Abs. 2 GG vergleichbar. Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein absolutes und striktes Verbot, das der Abwägung nicht zugänglich ist (vgl. BVerfGE 30, 367 [385]; 95, 96 [132]; 109, 133 [171 f.]). Für den Bereich des materiellen Strafrechts fasst Art. 103 Abs. 2 GG Einzelausprägungen des Rechtsstaatsprinzips enger. Dies gilt insbesondere für den Gesetzesvorbehalt (vgl. BVerfGE 47, 109 [120]; 75, 329 [340 ff.]; 78, 374 [381 f.]; 87, 399 [411]; 126, 170 [194 f.]), das Bestimmtheitsgebot (vgl. BVerfGE 25, 269 [285]; 78, 374 [382]; 126, 170 [194 ff.]; 143, 38 [53 f. Rn. 38]; 159, 223 [292 ff. Rn. 152 ff.] – Bundesnotbremse I [Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen]) und das Rückwirkungsverbot (vgl. BVerfGE 25, 269 [286]; 30, 367 [385]; 46, 188 [192 f.]; 81, 132 [135]; 95, 96 [131]; 109, 133 [172]; 156, 354 [388 f. Rn. 104 f.] – Vermögensabschöpfung). Gerade mit dem absoluten Rückwirkungsverbot erfüllt Art. 103 Abs. 2 GG seine rechtsstaatliche und grundrechtliche Gewährleistungsfunktion durch eine strikte Formalisierung (vgl. BVerfGE 95, 96 [96 LS 1 und 131]). Nichts anderes gilt für Art. 103 Abs. 3 GG. Auch dieses Recht fasst den Vertrauensschutz, der auf den Bestand rechtskräftiger Entscheidungen als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips gerichtet ist, als Einzelausprägung für den Bereich des Strafrechts enger als in anderen Rechtsbereichen. Art. 103 Abs. 3 GG erfüllt seine Gewährleistungsfunktion ebenso wie Art. 103 Abs. 2 GG durch eine strikte Formalisierung.
- ⁹⁷ (2) Das Mehrfachverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG bezieht sich nur auf die Anwendung der allgemeinen Strafgesetze, das heißt des Kriminalstrafrechts (vgl. BVerfGE 21, 378 [383 f.]; 21, 391 [401 f.]; 27, 180 [185]; 43, 101 [105]; 66, 337 [356 f.]).
- ⁹⁸ Art. 103 Abs. 3 GG knüpft an das mit einer Strafe verbundene autoritative Unwerturteil über die schuldhafte Verletzung eines allgemein gewährleisteten Rechtsgutes und die Störung des allgemeinen Rechtsfriedens an (vgl. BVerfGE 21, 391 [403]; 43, 101 [105]). Die Gewährleistung betrifft staatliche Maßnahmen, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens auf die Verhängung eines Übels gerichtet sind, das dem Schuldausgleich dient (vgl. BVerfGK 14, 357 [364]; 16, 98 [107]). Nicht erfasst sind somit Maßnahmen der Strafvollstreckung (vgl. BVerfGE 117, 71 [115]) sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung (vgl. BVerfGE 55, 28 [30]; BVerfGK 14, 357 [364]; 16, 98 [107]).
- ⁹⁹ Dabei erstreckt sich Art. 103 Abs. 3 GG jedoch nicht auf alle Sanktionen, die sich unter den Begriff der Strafe fassen lassen, sondern ausdrücklich nur auf solche, die aufgrund der allgemeinen Strafgesetze ergehen (vgl. auch *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 57). Nach dem dokumentierten Willen des Verfassungsgebers (vgl. Wortprotokoll der 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege v. 7.12.1948, abgedruckt in: *Büttner/Wettengel*, Der Parlamentarische Rat, Bd. 13/2, 2002, S. 1449 [1465 f. und 1472]) ist hierunter allein das „eigentliche“ Strafrecht im Sinne des Strafgesetzbuches und seiner Nebengesetze im Gegensatz zum Dienst-, Disziplinar-, Ordnungs-, Polizei- und Berufsstrafrecht zu verstehen (vgl. BVerfGE 21, 378 [383 f.]; 21, 391 [401, 403 f.]; 27, 180 [185]; 28, 264 [276 f.]; 43, 101 [105]; 66, 337 [357]). Insbesondere ist damit die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten vom Verbot des Art. 103 Abs. 3 GG ausgenommen (vgl. BVerfGE 21, 378 [388]; 43, 101 [105]; *BVerfG*, *Beschl. d. 2. Kammer d. Zweiten Senats* v. 31.5.1990 – 2 BvR 1722/89; vgl. zum Streitstand im Schrifttum *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 58 m.w.N.). Dies gilt ungeachtet dessen, dass ihre Ahndung durch Geldbußen einen Strafcharakter aufweist und daher insbesondere von Art. 103 Abs. 2 GG erfasst wird (vgl. BVerfGE 81, 132 [135]; 87, 399 [411]; BVerfGK 11, 337

[349]). Ebenso wenig erstreckt sich Art. 103 Abs. 3 GG auf verwaltungsrechtliche Sanktionen (vgl. BVerfGE 20, 365 [372]).

¹⁰⁰ (3) Art. 103 Abs. 3 GG verbietet die erneute Strafverfolgung nur, wenn ein Strafurteil dieselbe Tat, also den geschichtlichen – und damit zeitlich und hinsichtlich des Sachverhalts begrenzten – Vorgang zum Gegenstand hat, welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss umreißen und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll (vgl. BVerfGE 23, 191 [202]; 45, 434 [435]; 56, 22 [28]; BVerfGK 5, 7 [8]; 7, 417 [418]; *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer d. Zweiten Senats v. 15.10.2014 – 2 BvR 920/14, Rn. 26).

¹⁰¹ (4) Der Schutz des Art. 103 Abs. 3 GG wird dabei allein durch Strafurteile deutscher Gerichte ausgelöst (vgl. BVerfGE 12, 62 [66]; 75, 1 [15 f.]; BVerfGK 13, 7 [11 f.]; 19, 265 [273]). Bei transnationalen Konstellationen ist darauf abzustellen, inwieweit aufgrund des Völker- oder des Unionsrechts die Mehrfachverfolgung ausgeschlossen ist (vgl. insoweit etwa BVerfGK 13, 7 [11 f.]; 19, 265 [273]).

¹⁰² (5) Art. 103 Abs. 3 GG entfaltet seine Wirkung nur nach Strafverfahren, die durch ein rechtskräftiges Sachurteil abgeschlossen wurden (a). Vertrauensschutz, der durch andere Entscheidungen begründet wird, die zum rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens führen, ist nicht vom engen Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG erfasst, sondern besteht nach allgemeinen Grundsätzen (b).

¹⁰³ (a) Das Mehrfachverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG wird nur durch Strafurteile ausgelöst, die aufgrund einer Hauptverhandlung in der Sache ergangen sind. Diese Begrenzung des Schutzgehalts liegt in der Funktion des strafrechtlichen Hauptverfahrens begründet (vgl. BVerfGE 3, 248 [251 f.]; 65, 377 [383]) und findet ihre Bestätigung in der Entstehungsgeschichte der Bestimmung.

¹⁰⁴ Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts (vgl. BVerfGE 57, 250 [275]; 118, 212 [231]; 122, 248 [270]; 130, 1 [26]; 133, 168 [199 Rn. 56]). Die Hauptverhandlung bildet das Kernstück des Strafprozesses. In ihr soll der Sachverhalt endgültig aufgeklärt und festgestellt werden. Gemäß § 244 Abs. 2 StPO hat das Gericht zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Die Hauptverhandlung bietet nach allgemeiner Prozesserschaffung die größtmögliche Gewähr für die Erforschung der Wahrheit und zugleich für die bestmögliche Verteidigung des Angeklagten und damit für ein gerechtes Urteil (vgl. BVerfGE 65, 377 [383]). Sie schafft die prozessual vorgesehenen Voraussetzungen dafür, Feststellungen zur Schuld zu treffen und gegebenenfalls die Unschuldsvermutung zu widerlegen (vgl. BVerfGE 74, 358 [372 f.]). Aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpft das Gericht seine Überzeugung über

die Tatsachen, die es als erwiesen erachtet und auf die es das Urteil stützt (vgl. § 261, § 264 Abs. 1, § 267 Abs. 1 StPO). Um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen ist der Strafprozess als justizförmiges Verfahren ausgestaltet (vgl. BVerfGE 133, 168 [199 Rn. 56]). Die Wahrheitsfindung erfolgt rechtsgeleitet und stellt die weitestgehende Form rechtsstaatlicher Sachverhaltsermittlung und Urteilsfindung dar. Die Unschuldsvermutung erzwingt ein prozessordnungsgemäßes Verfahren zum Beweis des Gegenteils. Erst auf dieser Grundlage können Feststellungen zur Schuld erfolgen (vgl. BVerfGE 74, 358 [371]). In diesem rechtsstaatlichen Rahmen ist der Staat von Verfassungen wegen gehalten, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholten werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 [383]; 46, 214 [222]; 122, 248 [272]; 130, 1 [26]; 133, 168 [199 f. Rn. 57]). Diese besondere Ausgestaltung des strafgerichtlichen Hauptverfahrens mit der Hauptverhandlung vermittelt dem auf ihm gründenden Urteil die Legitimation, die Grundlage für seine Rechtskraft ist und den damit verbundenen uneingeschränkten Eintritt des Strafklageverbrauchs im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG rechtfertigt (vgl. BVerfGE 3, 248 [253 f.]; 65, 377 [383]; vgl. auch BVerfGE 23, 191 [202]).

¹⁰⁵ Aus diesen Gründen kam der Grundsatz *ne bis in idem* bereits in seiner durch das Reichsgericht geprägten Gestalt, auf die der Verfassungsgeber bei der Schaffung des Art. 103 Abs. 3 GG maßgeblich abstellte, nur bei Strafurteilen uneingeschränkt zur Anwendung (vgl. BVerfGE 3, 248 [251] m.w.N.; 65, 377 [382 f.]).

¹⁰⁶ (b) Die weiteren Entscheidungsformen, mit denen ein Strafverfahren seinen Abschluss finden kann, begründen ebenfalls schutzwürdiges Vertrauen. Der Schutz rührt jedoch nicht unmittelbar aus Art. 103 Abs. 3 GG her, sondern wurzelt verfassungsrechtlich im allgemeinen rechtsstaatlichen Gebot des Vertrauensschutzes. Dies betrifft sowohl Strafbefehle (aa) als auch Verfahrenseinstellungen der Staatsanwaltschaft (bb) und verfahrensbeendende Gerichtsentscheidungen (cc).

¹⁰⁷ (aa) Strafbefehle unterfallen nicht dem Schutz des Art. 103 Abs. 3 GG. Einfachgesetzliche Regelungen – wie insbesondere § 373a StPO – sind vielmehr am allgemeinen Prozessgrundsatz *ne bis in idem* als Ausfluss des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebotes zu messen.

¹⁰⁸ Das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO) dient vornehmlich der Vereinfachung und Beschleunigung des Strafverfahrens. Im Gegensatz zum Urteilsverfahren fehlt dem Gericht die Möglichkeit, den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat frei und umfassend zu ermitteln und so das öffentliche Interesse an einer gerechten Entscheidung uneingeschränkt zu wahren (vgl. BVerfGE 3, 248 [253]; 65, 377 [383]). Insoweit steht ein Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, einem Urteil nicht im Sinne des § 410 Abs. 3 StPO gleich (vgl. bereits BVerfGE 3, 248 [254]). Aufgrund dessen hat schon das Reichsgericht dem Strafbefehl nur einen eingeschränkten Strafklageverbrauch zuerkannt und eine Verurteilung im

ordentlichen Verfahren wegen einer bereits von einem Strafbefehl erfassten Tat dann für zulässig gehalten, wenn die Bestrafung unter einem rechtlichen Gesichtspunkt erfolgte, der nicht schon im Strafbefehl gewürdigt wurde und eine erhöhte Strafbarkeit begründete (vgl. BVerfGE 3, 248 [251] m.w.N.). Diese vorkonstitutionelle Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung als immanente Schranke des Art. 103 Abs. 3 GG angesehen (vgl. BVerfGE 3, 248 [252 f.]; 65, 377 [382 ff.]).

- ¹⁰⁹ (bb) Einstellungsentscheidungen der Staatsanwaltschaft vermitteln dem Betroffenen nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen ein schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand der getroffenen Entscheidung, bewirken aber keinen umfassenden Strafklageverbrauch im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. I. Kammer d. Zweiten Senats v. 19.5.2022 – 2 BvR 1110/21, Rn. 50; BGHSt 54, 1 [6 ff. Rn. 14 ff.]). Art. 103 Abs. 3 GG bezieht sich nur auf Entscheidungen staatlicher Gerichte im Sinne des Art. 92 GG, wie sich aus der Verortung der Norm im „Abschnitt IX. Die Rechtsprechung“ des Grundgesetzes ergibt. Auch enthalten Einstellungsentscheidungen der Staatsanwaltschaft keine der Rechtskraft fähigen Feststellungen zur Schuld des Betroffenen.
- ¹¹⁰ Dem steht nicht entgegen, dass dem in Art. 50 GRCh in Verbindung mit Art. 54 SDÜ geregelten unionsrechtlichen Grundsatz *ne bis in idem* unter bestimmten Voraussetzungen auch staatsanwaltschaftliche Einstellungsentscheidungen unterfallen können (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. I. Kammer d. Zweiten Senats v. 19.5.2022 – 2 BvR 1110/21, Rn. 37 ff. m.w.N. zur Rechtsprechung des *Gerichtshofs der Europäischen Union*). Art. 103 Abs. 3 GG regelt den Schutzgehalt des Grundsatzes *ne bis in idem* gerade nicht umfassend, sondern beschränkt das Verbot der Mehrfachverfolgung auf Strafverfahren vor deutschen Gerichten, die mit einem Sachurteil beendet worden sind. Daher besteht hier kein Anlass, das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG im Lichte der EU-Grundrechtecharta auszulegen (vgl. BVerfGE 152, 152 [177 ff. Rn. 60 ff.] – Recht auf Vergessen I). Vielmehr regeln Art. 50 GRCh und Art. 103 Abs. 3 GG jeweils für ihren eigenen Anwendungsbereich Ausprägungen dieses allgemeinen Prinzips, das unter dem Grundgesetz ergänzend durch das allgemeine rechtsstaatliche Vertrauensschutzbefehl verwirklicht wird. Ein hinreichendes Schutzniveau des Grundsatzes *ne bis in idem* bei staatsanwaltschaftlichen Verfahrenseinstellungen ist somit insgesamt gewährleistet.
- ¹¹¹ (cc) Auch gerichtliche Einstellungsentscheidungen sind nicht vom Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG erfasst. Sie enthalten weder in Form eines Prozessurteils (vgl. § 260 Abs. 3 StPO) noch eines Beschlusses (vgl. § 153 Abs. 2 S. 1, § 153a Abs. 2 S. 1, § 206a Abs. 1, § 206b S. 1 StPO) rechtskräftige Feststellungen zur Schuld der betroffenen Person. Daher schaffen sie zwar nach Maßgabe des allgemeinen Grundsatzes *ne bis in idem* einen Vertrauenstatbestand in den Bestand der Verfahrenseinstellung, entfalten jedoch keine absolute Sperrwirkung nach Art. 103 Abs. 3 GG (vgl. BGHSt 48, 331 [334 ff.]).
- ¹¹² Ebenso wenig haben Gerichtsbeschlüsse, die aufgrund der Ablehnung eines hinreichenden Tatverdachts zur Verfahrensbeendigung führen (vgl. § 174 Abs. 1, § 204 StPO), das Mehrfachverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG zur Folge. Auch sie enthalten keine rechtskräftigen Schuldfeststellungen, sondern beruhen auf einer bloßen Verdachtsprüfung, die außerhalb einer Hauptverhandlung im schriftlichen Verfahren erfolgt (vgl. BGHSt 48, 331 [336]). Sie bewirken daher keinen umfassenden Strafklageverbrauch, der Art. 103 Abs. 3 GG unterfiele, sondern gewähren lediglich schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand der gerichtlichen Entscheidung. Die insoweit in der Strafprozessordnung geregelten Möglichkeiten zur Wiederaufnahme des Verfahrens aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel (vgl. § 211, § 174 Abs. 2 StPO) sind somit nicht an Art. 103 Abs. 3 GG, sondern am allgemeinen Prozessgrundsatz *ne bis in idem* zu messen.
- ¹¹³ Dem steht nicht entgegen, dass das *BVerfG* in zwei Kammerbeschlüssen festgehalten hat, ein Nichteröffnungsbeschluss nach § 204 StPO (vgl. BVerfGK 4, 49 [52 f.]) beziehungsweise ein Verwerfungsbeschluss gemäß § 174 Abs. 2 StPO (vgl. BVerfGK 9, 22 [25 f.]) gewährten Schutz vor erneuter Strafverfolgung, und dabei auch auf die „Garantiefunktion des Art. 103 Abs. 3 GG“ (BVerfGK 9, 22 [25]) beziehungsweise auf dessen „Ausstrahlungswirkung“ (BVerfGK 4, 49 [52]) hingewiesen hat. Denn in der Sache haben beide Kammern lediglich auf den allgemeinen Grundsatz *ne bis in idem* abgestellt und auch nur einen eingeschränkten Strafklageverbrauch infolge der in Rede stehenden Gerichtsbeschlüsse angenommen. Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 3 GG selbst war gerade nicht Gegenstand der Entscheidungen.
- ¹¹⁴ (bb) Im Rahmen dieses begrenzten Schutzgehalts verbietet Art. 103 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber die Wiederaufnahme von Strafverfahren zum Nachteil des Grundrechtsträgers nicht generell (1), jedenfalls aber die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel (2).
- ¹¹⁵ (1) Die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens kann auch darauf gerichtet sein, ein mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarendes Urteil aufzuheben, ohne dass eine Änderung des materiellen Ergebnisses im Vordergrund steht. Ist dies der Fall, ist Art. 103 Abs. 3 GG nicht berührt (a). Auch Regelungen, die aus anderen Gründen auf die Aufhebung eines Strafurteils zielen, verbietet Art. 103 Abs. 3 GG nicht (b).
- ¹¹⁶ (a) Wird durch eine Wiederaufnahme ein Urteil korrigiert, ohne den materiellen Entscheidungsinhalt zu ändern, ist der Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG noch nicht berührt. Dementsprechend verstößt die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht gegen Art. 103 Abs. 3 GG, wenn sie darauf beschränkt ist, die materielle Rechtsgrundlage eines Strafurteils auszuwechseln, weil das Bundesverfassungsgericht sie für nichtig erklärt hat, und dabei alle sonstigen Urteilsbestandteile unberührt lässt (vgl. BVerfGE 15, 303 [307]). Ob eine solche beschränkte Wiederaufnahme eines Strafverfahrens, durch die im Beschlusswege ohne Erneuerung der Hauptverhandlung und ohne Anhörung des Verurteilten das ursprüngliche Urteil geändert wird, nach

den Vorschriften der Strafprozessordnung und des § 79 BVerfGG erfolgen darf, ist nicht unmittelbar vom *BVerfG* zu prüfen (vgl. BVerfGE 15, 303 [306] m.w.N.). Erfolgt auf der Grundlage der bestehenden einfachgesetzlichen Vorschriften eine solche beschränkte Wiederaufnahme, so liegt darin keine von Art. 103 Abs. 3 GG verbotene nochmalige Bestrafung, wenn die tatsächlichen Feststellungen des Urteils, die rechtliche Beurteilung der Tat im Übrigen, die Art und Höhe der Strafe und die Vollstreckungsvoraussetzungen unverändert bleiben (vgl. BVerfGE 15, 303 [308]).

¹¹⁷ (b) Wiederaufnahmeregelungen, die nicht in erster Linie auf die Änderung des materiellen Entscheidungsinhalts zielen, sondern vorrangig auf die Aufhebung eines Strafurteils gerichtet sind, sind ebenfalls nicht vom Verbot des Art. 103 Abs. 3 GG umfasst.

¹¹⁸ Dies betrifft insbesondere die Wiederaufnahme von Strafverfahren gemäß § 362 Nr. 1–4 StPO (vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. [2018], Art. 103 Abs. 3 Rn. 32 und 35; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. [2018], Art. 103 Rn. 222 f.; vgl. auch *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 7. Aufl. [2021], Art. 103 Rn. 78; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. [2021], Art. 103 Rn. 84; *Radtke*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Art. 103 Rn. 47 f. [Stand: Aug. 2022]; a.A. *Sodan*, in: ders., GG, 4. Aufl. [2018], Art. 103 Rn. 31 f.; *Brade*, AöR 146 [2021], 130 [167, 170]; zweifelnd *Neumann*, in: FS Jung, 2007, S. 655 [666]; *Höfling/Burkiczak*, in: Friauf/Höfling, GG, Bd. 5, Art. 103 Rn. 173 ff. [IV/09]; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 62). Diese Bestimmungen stellen immanente Schranken des Art. 103 Abs. 3 GG dar (vgl. BVerfGE 3, 248 [252 f.]; 65, 377 [384]). Inwieweit sie den allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen (zu § 362 Nr. 1–2 StPO vgl. *Grünwald*, ZStW 120 [2008], 545 [574 f.]; *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 985 ff.; zu § 362 Nr. 4 StPO vgl. *Knoche*, DRiZ 1971, 299 [299]; *Loos*, in: FS Schreiber, 2003, S. 277 [280 f.]; *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 51; *Eschelbach*, in: KMR-StPO, § 362 Rn. 84 ff. [Stand: Aug. 2005]), bedarf hier keiner Entscheidung.

¹¹⁹ § 362 Nr. 1–3 StPO ermöglicht die Wiederaufnahme, wenn durch anderweitiges Urteil festgestellt (§ 364 StPO) ist, dass in der Hauptverhandlung eine Urkundenfälschung, eine strafbewehrte Falschaussage durch Zeugen oder Sachverständige oder eine Amtspflichtverletzung durch einen Richter oder Schöffen begangen wurde. Die Wiederaufnahme erfolgt bei einer Amtspflichtverletzung (§ 362 Nr. 3 StPO) unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit des Urteils. Auch in den Fällen eines erwiesenermaßen falschen Beweises (§ 362 Nr. 1 und 2 StPO) steht nicht die Korrektur des Ergebnisses im Vordergrund. Die Wiederaufnahme entfällt in letzteren Fällen nur dann, wenn ausgeschlossen ist, dass diese Handlungen Einfluss auf die Entscheidung gehabt haben (§ 370 Abs. 1, 2. Alt.

StPO). Ziel der Wiederaufnahme ist in allen diesen Fällen nicht notwendig ein im Ergebnis anderes Urteil, sondern primär die Wiederholung des fehlerbehafteten Verfahrens.

¹²⁰ Die Wiederaufnahmemöglichkeit entfaltet damit Vorwirkungen auf das eigentliche Strafverfahren. Wahrheits- und Rechtspflichten im gerichtlichen Verfahren werden dadurch neben ihrer Strafbewehrung verstärkt. Eine Manipulation des Verfahrens kann nicht dadurch lohnenswert erscheinen, dass ein – für den Angeklagten möglicherweise günstiges – rechtskräftiges Urteil erreicht wird. Bereits der Entwurf der Deutschen Strafprozessordnung von 1873, der § 362 Nr. 1–3 StPO entsprechende Wiederaufnahmegründe vorsah, wurde damit begründet, dass niemand die „Früchte seiner strafbaren Handlungen genießen“ solle. Es verstoße gegen die Fundamentalsätze des Strafrechts, wenn man zulassen wollte, dass „der Verbrecher der verwirkten Strafe durch die Begehung eines neuen Verbrechens entzogen werde“, unabhängig davon durch wen es begangen werde (vgl. Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Strafprozessordnung nach den Beschlüssen der von dem Bundesrath eingesetzten Kommission, 1873, S. 174; vgl. auch *Frank*, Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im Strafverfahren, 2022, S. 177 f.).

¹²¹ Ein Urteil mit einem solch schwerwiegenden Mangel verfehlt die Anforderungen an ein justizförmiges, rechtsgeleitetes Verfahren. Die Wahrung dieser Anforderungen ist jedoch unverzichtbare rechtsstaatliche Voraussetzung für einen gerechten Schuldspruch (vgl. BVerfGE 133, 168 [199 ff. Rn. 56 ff.]). Die Möglichkeit, ein unter solchen Mängeln gefundenes Urteil aufzuheben und das Verfahren zu wiederholen, sichert den Geltungsanspruch des Urteils und damit die rechtsstaatliche Autorität des Strafverfahrens ab.

¹²² Auch § 362 Nr. 4 StPO hat nicht eine Änderung des Freispruchs zum eigentlichen, vorrangigen Ziel. Vielmehr hat die Norm den Zweck, ein Verhalten zu verhindern, das die Autorität des rechtsstaatlichen Strafverfahrens infrage stellen würde (vgl. *Frister*, in: SK-StPO, 5. Aufl. [2018], § 362 Rn. 1; *Tiemann*, in: KK-StPO, 9. Aufl. [2023], § 362 Rn. 1a, 26; *Kaspar*, in: SSW-StPO, 5. Aufl. [2023], § 362 Rn. 7; *Weiler*, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, 5. Aufl. [2022], § 362 StPO Rn. 6; a.A. *Kubiciel*, GA 2021, 380 [392]; *Schöch*, in: FS Maiwald, 2010, S. 769 [779 f.]). In den Motiven zur Strafprozessordnung von 1877 wurde der entsprechende Wiederaufnahmetatbestand damit begründet, dass das allgemeine Rechtsbewusstsein leicht irreführt werden könne, wenn ein Freigesprochener sich folgenlos öffentlich der Straftat rühmen könnte (vgl. Motive zum Entwurf einer Strafprozessordnung von 1874, abgedruckt in: *Hahn*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3, Erste Abteilung, 1880, S. 265). Er solle nicht in aller Öffentlichkeit die kriminelle Tat schildern, das Opfer und dessen Angehörige verhöhnen, mit dem Freispruch prahlen und den Staat lächerlich machen dürfen (vgl. *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 [189] m.w.N.; *Tiemann*, in: KK-StPO,

9. Aufl. [2023], § 362 Rn. 1a, 11). Der Grundsatz des akkusatorischen Strafverfahrens, das mit einem Freispruch endet, wenn die Unschuldsvermutung nicht widerlegt werden kann, wäre verkannt, wenn ein Freigesprochener beanspruchte, in seinen sozialen Bezügen nicht als unschuldig, sondern als Täter wahrgenommen zu werden.

- ¹²³ (2) Demgegenüber verbietet Art. 103 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel, die vorrangig auf eine inhaltlich „richtigere“ Entscheidung zielt (a). Weder ein zwischenzeitlich gewandeltes Verfassungsverständnis (b) noch grundrechtlich geschützte Belange der Opfer und Opferangehörigen (c) führen zu einem anderen Ergebnis.
- ¹²⁴ (a) Die Korrektur eines Strafurteils mit dem Ziel, eine inhaltlich „richtigere“ und damit materiell gerechtere Entscheidung herbeizuführen, lässt sich mit der von Art. 103 Abs. 3 GG getroffenen unbedingten Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit nicht vereinbaren.
- ¹²⁵ Bereits das Reichsgericht, auf dessen Rechtsprechung zum Grundsatz *ne bis in idem* Art. 103 Abs. 3 GG inhaltlich Bezug nimmt (vgl. oben Rn. 65), ging davon aus, dass die Einleitung einer neuen Strafverfolgung auch dann ausgeschlossen sein sollte, wenn Tatsachen oder Beweise, die erst „nach eingetretener Rechtskraft des Urteiles zum Vorschein gekommen sind, vorher aber nicht bekannt und nicht zur Sprache gebracht worden waren, die That unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte strafbar erscheinen lassen“ (vgl. RGSt 2, 347 [348]). Es knüpfte an die der Reichsstrafprozessordnung von 1877 zugrundeliegenden Gesetzesmaterialien an, die betonten, „aufgrund neuer Thatsachen aber [lasse] der Entwurf die Wiederaufnahme des Urtheils zum Nachtheil des Angeklagten in keinem Fall zu“ (vgl. Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Strafprozessordnung nach den Beschlüssen der von dem Bundesrath eingesetzten Kommission, 1873, S. 174).
- ¹²⁶ Der Zweck einer Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel erschöpft sich darin, eine mögliche Diskrepanz zwischen dem Inhalt eines Strafurteils und der materiell-rechtlichen Wirklichkeit, die sich nachträglich offenbart, zu beseitigen. Soweit eine solche Wiederaufnahme vorgesehen ist, gibt der Gesetzgeber der materialen Gerechtigkeit Vorrang vor der Rechtssicherheit. Dies läuft Art. 103 Abs. 3 GG zuwider.
- ¹²⁷ Die Rechtssicherheit, die durch das justizförmig zustande gekommene Urteil geschaffen wurde, erstreckt sich darauf, dass sie nicht durch das Auftauchen neuer Tatsachen oder Beweismittel infrage gestellt wird (vgl. auch BVerfGE 56, 22 [31]; 65, 377 [383 und 385]). Der Rechtsstaat nimmt die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung vielmehr um der Rechtssicherheit willen in Kauf (vgl. BVerfGE 2, 380 [403]), namentlich auch dann, wenn diese Unrichtigkeit auf nachträglich hervortretenden Umständen beruht (vgl. BVerfGE 56, 22 [31]). Diese ziehen die Rechtsförmigkeit und Rechtsstaatlichkeit des vorausgegangenen Strafverfahrens nicht in Zweifel und begründen daher auch keinen schwerwiegenden Mangel der ergangenen Entscheidung. Deshalb zielt die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel nicht darauf, den Geltungsanspruch der ergangenen Entscheidung zu stärken, sondern stellt diese, im Gegenteil, zur Disposition. Aber gerade im Falle eines Freispruchs bedarf es der Autorität eines rechtskräftigen Urteils. Aufgabe und Funktion eines Urteils und dessen Rechtskraft bestehen darin, die Rechtslage zu dem für das Gericht maßgeblichen Zeitpunkt durch die Rechtsbeständigkeit des Inhalts der Entscheidung verbindlich festzustellen und hierdurch Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen (vgl. BVerfGE 47, 146 [161]).
- ¹²⁸ (b) Art. 103 Abs. 3 GG hat auch nicht aufgrund einer gewandelten Verfassungswirklichkeit eine veränderte Bedeutung erhalten, in deren Folge dem Gesetzgeber die Gestaltung einer – womöglich eng umgrenzten – Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel offen stünde.
- ¹²⁹ Zwar sind das Straf- und das Strafprozessrecht fortwährend Änderungen unterworfen. Insbesondere die Zulassung der Verständigung hat dabei auch Einfluss auf die Wahrheitsfindungsfunktion des Strafprozesses erlangt (vgl. BVerfGE 133, 168 [204 ff. Rn. 65 ff.]). An den verfassungsrechtlichen Vorgaben für das Strafverfahren vermögen diese oder auch andere Entwicklungen jedoch nichts zu ändern (vgl. BVerfGE 133, 168 [225 ff. Rn. 100 ff.]).
- ¹³⁰ Nichts anderes gilt für die Weiterentwicklung kriminaltechnischer Methoden und Aufklärungsmöglichkeiten. Sie können neue Ausprägungen grundrechtlicher Schutzbedarfe hervorbringen (vgl. BVerfGE 65, 1 [42]; 109, 279 [309]; 112, 304 [316]; 113, 29 [45 f.]; 120, 274 [305 f.]; 120, 378 [398 f.]; 154, 152 [215 ff. Rn. 87 ff.] – BND – Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung; BVerfG, Urt. d. Ersten Senats v. 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19 u.a., Rn. 52 ff. – Automatisierte Datenanalyse). Eine Zurücknahme verfassungsrechtlichen Schutzes gegenüber staatlichen Eingriffen folgt daraus jedoch nicht.
- ¹³¹ Erst recht nehmen die verfassungsrechtlichen Vorgaben gegenüber dem Gesetzgeber nicht deshalb ab, weil eine gefestigte demokratische und rechtsstaatliche Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland dazu geführt hätte, dass eine Abkehr oder Aufweichung der verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht mehr zu befürchten sind (vgl. dagegen *Hoven*, JZ 2021, 1154 [1160]). Die Gewährleistungen der im Grundgesetz garantierten Grundrechte stehen „nicht unter dem Vorbehalt einer realen Gefahr für die freiheitlich-demokratische Grundordnung“ (vgl. Pohlreich, HRRS 2023, 140 [143]).
- ¹³² (c) Eine Ausweitung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums zur Regelung der Wiederaufnahme von Strafverfahren kann auch nicht auf die Belange von Opfern und deren Angehörigen gestützt werden.
- ¹³³ Zwar kann nach der Kammerrechtsprechung aus der staat-

lichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG ein Anspruch gegen den Staat auf effektive Strafverfolgung dort folgen, wo der Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter abzuwehren, und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates und einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt führen kann (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 1. Kammer d. Zweiten Senats v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10, Rn. 10; Beschl. d. 3. Kammer d. Zweiten Senats v. 6.10.2014 – 2 BvR 1568/12, Rn. 11; Beschl. d. 3. Kammer d. Zweiten Senats v. 19.5.2015 – 2 BvR 987/11, Rn. 20; Beschl. d. 2. Kammer d. Zweiten Senats v. 15.1.2020 – 2 BvR 1763/16, Rn. 35 f.; Beschl. d. 2. Kammer d. Zweiten Senats v. 21.12.2022 – 2 BvR 378/20, Rn. 53). Der Anspruch auf effektive Strafverfolgung verbürgt jedoch kein bestimmtes Ergebnis, sondern verpflichtet die Strafverfolgungsorgane grundsätzlich nur zu einem (effektiven) Tätigwerden (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer d. Zweiten Senats v. 21.12.2022 – 2 BvR 378/20, Rn. 56). Die Gründe für eine Wiederaufnahme zu lasten des Angeklagten aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel wurzeln jedoch nicht in gravierenden Mängeln der Strafverfolgung an sich und insbesondere nicht in der Nichtverfolgung einer Straftat. Ein Freispruch steht vielmehr am Ende eines Strafverfahrens, das gerade nicht eingestellt, sondern durchgeführt worden ist. Das Vertrauen der Opfer und deren Angehöriger in die rechtsförmerge und effektive Strafverfolgung kann daher durch Freisprüche grundsätzlich nicht erschüttert werden.

¹³⁴ Insbesondere der Verweis auf die fortlaufende Verbesserung der Ermittlungsmethoden stellt die Rechtsstaatlichkeit früherer Strafverfolgung nicht infrage. Wird die Aufklärung ungelöster Fälle mithilfe früher nicht verfügbarer Erkenntnismittel möglich, bestätigt dies vielmehr die rechtsstaatliche Unbedenklichkeit der früheren, wenn auch in der Sache unvollständigen Ergebnisse. Technischen Fortschritt unterstellt, kann eine spätere und daher mit moderneren Methoden geführte Aufklärung die Chance besserer Erkenntnisse in sich tragen. Sie kann aber auch durch den Umstand belastet sein, dass nicht alle für das zuerst geführte Verfahren relevanten Beweismittel auch im zweiten Verfahren noch zur Verfügung stehen oder ebenso ertragreich sind, wie sie es im ersten Verfahren waren. Dem steht indes das weit gewichtigere Ziel zeitnaher Aufklärung und Verurteilung von Straftaten gegenüber. Letzteres liegt nicht nur im Interesse des Angeklagten und der Allgemeinheit, sondern insbesondere auch der Opfer und ihrer Angehörigen. Auch der Vertreter des Weisser Ring e.V. hat in der mündlichen Verhandlung erläutert, dass eine generelle Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel nicht dem Anliegen der Opferschutzorganisation entspreche. Ein Strafprozess, der wegen des grundsätzlich stets möglichen Auftauchens neuer Tatsachen oder Beweismittel faktisch nie ende, würde für die Opfer beziehungsweise für ihre Hinterbliebenen eine erhebliche seelische Belastung darstellen, die das Bedürfnis an einer inhaltlich richtigen Aufklärung und Urteilsfindung immer weiter zurücktreten lasse, je mehr Zeit nach der Tat verstrichen sei.

¹³⁵ Ohnehin geht der Anspruch auf effektive Strafverfolgung nicht über die Erzwingung einer Anklage und die Verfahrensrechte als Nebenkläger hinaus. Die inhaltliche Korrektur eines Strafurteils, namentlich eine Verurteilung anstelle eines Freispruchs, ist hiervon nicht umfasst (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 1. Kammer d. Zweiten Senats v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10, Rn. 14; Beschl. d. 3. Kammer d. Zweiten Senats v. 6.10.2014 – 2 BvR 987/11, Rn. 15; Beschl. d. 3. Kammer d. Zweiten Senats v. 19.5.2015 – 2 BvR 1568/12, Rn. 24; Beschl. d. 2. Kammer d. Zweiten Senats v. 15.1.2020 – 2 BvR 1763/16, Rn. 42; Beschl. d. 2. Kammer d. Zweiten Senats v. 21.12.2022 – 2 BvR 378/20, Rn. 56 f.). Der Staat ist nur zur Strafverfolgung selbst, nicht auch zu ihrem Erfolg im Sinne der Ermittlung der absoluten Wahrheit verpflichtet, erst recht nicht im Wege der Wiederaufnahme bereits rechtskräftig abgeschlossener Verfahren.

¹³⁶ 2. Die hier mittelbar angegriffene Norm des § 362 Nr. 5 StPO verstößt danach gegen Art. 103 Abs. 3 GG. Sie erlaubt für den Bereich des Strafrechts (a) eine erneute Strafverfolgung derselben Tat, über die bereits ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist (b), in erster Linie mit dem Ziel der inhaltlichen Korrektur des Urteils (c), und läuft damit dem Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG zuwider (d).

¹³⁷ a) Die Regelung des § 362 Nr. 5 StPO betrifft das Strafrecht. Nicht nur der Tatbestand des Mordes nach § 211 StGB, sondern auch die darüber hinaus von § 362 Nr. 5 StPO erfassten Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch sind allgemeine Strafgesetze im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG (vgl. entsprechend zu Art. 103 Abs. 2 GG *BVerfG*, Beschl. d. 4. Kammer d. Zweiten Senats vom 12.12.2000 – 2 BvR 1290/99, Rn. 18 ff.).

¹³⁸ Das Völkerstrafgesetzbuch sieht für die in ihm geregelten Delikte die Verhängung von Kriminalstrafen vor, die ein autoritatives Unwerturteil über die schuldhafte Verletzung eines allgemein gewährleisteten Rechtsgutes und die Störung des allgemeinen Rechtsfriedens beinhalten. Auch weist es keine Besonderheiten auf, die eine gegenüber dem übrigen Strafrecht abweichende Behandlung rechtfertigten. Es besteht vielmehr eine systematische und inhaltliche Nähe zwischen den beiden Regelungskomplexen, die einer unterschiedlichen Sperrwirkung von Verurteilungen, die auf ihrer Grundlage ergangen sind, entgegensteht. Das Völkerstrafgesetzbuch verzichtet weitgehend auf einen allgemeinen Teil und verweist deshalb in § 2 VStGB auf die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches. Das Delikt des Völkermordes war vor seiner Neuregelung in § 6 VStGB im Jahr 2002 in dem bereits 1954 eingeführten § 220a StGB geregelt (vgl. BGBl II 1954, S. 729 und BGBl I 2002, S. 2254). Nach dem in § 1 S. 1 VStGB normierten Weltrechtsprinzip ist zudem das deutsche Strafrecht im Übrigen anwendbar. Für Tötungen und Körperverletzungen folgt dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus einer Annexkompetenz. Damit kann nach den auch in diesen Fällen geltenden allgemeinen Konkurrenzregeln (vgl. BGHSt 55, 157 [173 Rn. 50]; 64, 89 [107 Rn. 70]) insbesondere eine Ver-

urteilung wegen Völkermordes nach § 6 VStGB in Tateinheit mit Mord nach § 211 StGB erfolgen (vgl. BGHSt 45, 64 [69 f.]; 64, 89 [107 f. Rn. 71]).

¹³⁹ b) § 362 Nr. 5 StPO stellt ferner auf ein rechtskräftiges Strafurteil eines deutschen Gerichts ab, worunter auch der Freispruch fällt. Die Norm ermöglicht mit der Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen eine erneute Strafverfolgung wegen derselben – bereits abgeurteilten – Tat.

¹⁴⁰ c) Grund für die Wiederaufnahme gemäß § 362 Nr. 5 StPO sind neue Tatsachen oder Beweismittel. Zweck dieser Wiederaufnahme ist in erster Linie die inhaltliche Korrektur des Freispruchs. Bereits der Untertitel des Einführungsgesetzes – „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ – verweist auf diesen Zweck der Einführung des neuen Wiederaufnahmegrundes (BGBl I 2021, S. 5252). Auch in der Gesetzesbegründung wird auf keinen anderen Zweck als die Korrektur des „unbefriedigenden“ beziehungsweise „schlechterdings unerträglichen“ Ergebnisses verwiesen, das bestünde, wenn eine Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel weiterhin ausgeschlossen wäre (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 1, 9). Der Bestand des Freispruchs soll entfallen, wenn „nach Abschluss des Gerichtsverfahrens neue, belastende Beweismittel aufgefunden werden, aus denen sich mit einer hohen Wahrscheinlichkeit die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines zuvor Freigesprochenen ergibt“ (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 1 und ähnlich S. 9 f.). Der „Widerspruch der Rechtskraft zur materiellen Gerechtigkeit [soll] aufgelöst“ werden (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 2 und ähnlich S. 9 f.). Ziel des Gesetzes ist nichts anderes als die Ermöglichung der Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 6).

¹⁴¹ d) § 362 Nr. 5 StPO unterläuft somit die in Art. 103 Abs. 3 GG getroffene – abwägungsfeste – Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit. Die Neuregelung ist mit dem Mehrfachverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren.

II.

¹⁴² Zudem verletzt die Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO auf Verfahren, die bereits vor Inkrafttreten dieser Bestimmung durch rechtskräftigen Freispruch abgeschlossen waren, das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

¹⁴³ 1. Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Zulässigkeit einer Rechtsänderung, die an Sachverhalte der Vergangenheit anknüpft und zugleich Rechtsfolgen in die Vergangenheit erstreckt, ist – wegen des Schwergewichts der Regelung auf der Rechtsfolgenseite – vorrangig das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit den von der Rechtsfolgenanordnung berührten Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten (vgl. BVerfGE 72, 200 [257]; 156, 354 [404 f. Rn. 139]).

¹⁴⁴ a) Das BVerfG unterscheidet dabei in ständiger Rechtsprechung zwischen Gesetzen mit „echter“ und solchen mit „unechter“ Rückwirkung. Eine Rechtsnorm entfaltet „echte“ Rückwirkung in Form einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung für vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll. Demgegenüber ist von einer „unechten“ Rückwirkung in Form einer tatbestandlichen Rückanknüpfung auszugehen, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet (vgl. BVerfGE 101, 239 [263]; 123, 186 [257]; 148, 217 [255 Rn. 136]), etwa wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden (vgl. BVerfGE 63, 343 [356]; 72, 200 [242]; 97, 67 [79]; 105, 17 [37 f.]; 127, 1 [17]; 132, 302 [318 Rn. 43]; 148, 217 [255 Rn. 136]).

¹⁴⁵ b) Eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen („echte“ Rückwirkung) ist grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig (vgl. BVerfGE 13, 261 [271]; 95, 64 [87]; 122, 374 [394]; 131, 20 [39]; 141, 56 [73 Rn. 43]; 156, 354 [405 Rn. 140] m.w.N.). Dieses grundsätzliche Verbot der Rückbewirkung von Rechtsfolgen schützt das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte (vgl. BVerfGE 101, 239 [262]; 132, 302 [317 Rn. 41]; 135, 1 [21 Rn. 60]; 156, 354 [405 Rn. 140]). Die Kategorie der „echten“ Rückwirkung – verstanden als zeitliche Rückbewirkung von Rechtsfolgen auf abgeschlossene Tatbestände – findet ihre Rechtfertigung darin, dass mit ihr eine Fallgruppe gekennzeichnet ist, in welcher der Vertrauensschutz regelmäßig Vorrang hat, weil der in der Vergangenheit liegende Sachverhalt mit dem Eintritt der Rechtsfolge kraft gesetzlicher Anordnung einen Grad der Abgeschlossenheit erreicht hat, über den sich der Gesetzgeber vorbehaltlich besonders schwerwiegender Gründe nicht mehr hinwegsetzen darf (vgl. BVerfGE 127, 1 [19]; 156, 354 [406 Rn. 142]).

¹⁴⁶ Das Rückwirkungsverbot findet im Grundsatz des Vertrauensschutzes indes nicht nur seinen Grund, sondern auch seine Grenze (vgl. BVerfGE 13, 261 [271 f.]; 88, 384 [404]; 101, 239 [266]; 126, 369 [393]; 135, 1 [21 Rn. 61]; 156, 354 [406 Rn. 142] m.w.N.). Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit echter Rückwirkungen ist anerkanntermaßen gegeben, wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht auf den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung vertrauen durften, sondern mit deren Änderung rechnen mussten (vgl. BVerfGE 13, 261 [272]; 30, 367 [387]; 88, 384 [404]; 95, 64 [86 f.]; 122, 374 [394]; 135, 1 [22 Rn. 62]; 156, 354 [406 f. Rn. 143] m.w.N.). Vertrauensschutz kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn die Rechtslage so unklar und verworren war, dass eine Klärung erwartet werden musste (vgl. BVerfGE 13, 261 [272]; 30, 367 [388]; 88, 384 [404]; 122, 374 [394]; 135, 1 [22 Rn. 62]; 156, 354 [407 Rn. 143] m.w.N.), oder wenn

das bisherige Recht in einem Maße systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden (vgl. BVerfGE 13, 215 [224]; 30, 367 [388]; 135, 1 [22 Rn. 62]; 156, 354 [407 Rn. 143]). Dasselbe gilt, wenn im Laufe der Zeit (durch Entwicklungen in der Rechtsprechung) ein Zustand allgemeiner und erheblicher Rechtsunsicherheit eingetreten war und für eine Vielzahl Betroffener Unklarheit darüber herrschte, was rechtens sei (vgl. BVerfGE 72, 302 [325 f.]; 131, 20 [41]; 156, 354 [407 Rn. 143]). Der Vertrauensschutz muss ferner zurücktreten, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern (vgl. BVerfGE 13, 261 [272]; 18, 429 [439]; 88, 384 [404]; 101, 239 [263 f.]; 122, 374 [394 f.]; 135, 1 [22 Rn. 62]; 156, 354 [407 Rn. 143]), wenn der Bürger sich nicht auf den durch eine ungültige Norm erzeugten Rechtsschein verlassen durfte (vgl. BVerfGE 13, 261 [272]; 18, 429 [439]; 50, 177 [193 f.]; 101, 239 [263 f.]; 135, 1 [22 Rn. 62]; 156, 354 [407 Rn. 143]) oder wenn durch die sachlich begründete rückwirkende Gesetzesänderung kein oder nur ganz unerheblicher Schaden verursacht wird (sogenannter Bagatellvorbehalt; vgl. BVerfGE 30, 367 [389]; 72, 200 [258]; 95, 64 [87]; 101, 239 [263 f.]; 135, 1 [22 Rn. 62]; 156, 354 [407 Rn. 143]).

¹⁴⁷ 2. Soweit § 362 Nr. 5 StPO die Wiederaufnahme auch für Verfahren ermöglicht, die bereits zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens rechtskräftig abgeschlossen waren (a), liegt darin eine „echte“ Rückwirkung (b), die auch nicht ausnahmsweise zulässig ist (c).

¹⁴⁸ a) Die Regelung des § 362 Nr. 5 StPO erfasst auch Freisprüche, die bereits vor ihrem Inkrafttreten am 30.12.2021 in Rechtskraft erwachsen sind. Eine andere Auslegung der ohne Übergangsbestimmungen erlassenen Norm kommt angesichts des deutlich erkennbaren Willens des Gesetzgebers nicht in Betracht. Gerade den Streitgegenständlichen Fall und die vom Vater des Opfers mit initiierte Petition an den Deutschen Bundestag nimmt die Gesetzesbegründung ausdrücklich in Bezug (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 10; siehe insoweit auch BVerfGE 162, 358 [374 f. Rn. 56]). Zudem sieht die Gesetzesbegründung insbesondere dann eine „unerträgliche“ Situation, deren Beseitigung das Gesetz bezweckt, wenn neue technische Ermittlungsmethoden die Überführung eines in der Vergangenheit Freigesprochenen ermöglichen würden (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 2, 10). Insbesondere auf den Nachweis von DNA-Spuren weist der Gesetzentwurf hin (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 1 f., 9 f.). Dies umfasst in erster Linie Verfahren, in denen der Freispruch zu einer Zeit erging, in der diese Analysemethoden noch nicht die heutige Qualität aufwiesen.

¹⁴⁹ b) Die Erstreckung auf Freisprüche, die bereits vor Inkrafttreten des § 362 Nr. 5 StPO rechtskräftig geworden sind, stellt eine „echte“ Rückwirkung im Sinne einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen dar.

¹⁵⁰ Das Prinzip der Rechtskraft dient gerade dazu, einer Entscheidung abschließenden Charakter zu verleihen und

eine erneute Infragestellung zu verhindern. Insbesondere im Strafverfahren enthält ein Freispruch den abschließenden Aussagegehalt, dass sich der Tatverdacht, der dem Strafverfahren zugrunde lag, nicht bestätigt hat. Der geregelte Lebenssachverhalt, an den eine gesetzliche Neuregelung der Wiederaufnahme Rechtsfolgen knüpft, ist das Verfahren, nicht der zugrundeliegende, den Verfahrensgegenstand prägende tatsächliche Sachverhalt (vgl. BVerfGE 63, 343 [360]). Erfolgt die Wiederaufnahme aufgrund einer Norm, die erst nachträglich in Kraft tritt, ändert sie die Rechtsfolgen eines Freispruchs. Den zuvor bestehenden Vorbehalten, die in den bisherigen Wiederaufnahmegründen zum Ausdruck kommen, fügt die Neuregelung einen weiteren Vorbehalt hinzu (vgl. auch BVerfGE 2, 380 [403]; *Kaspar*, GA 2022, S. 21 [34]).

¹⁵¹ Zudem geht von dem Eintritt der Rechtskraft keine geringere Zäsurwirkung aus als von dem Eintritt der Verfolgungsverjährung. Bereits diese führt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Abschluss des betreffenden Vorgangs und begründet schutzwürdiges Vertrauen vor einer Strafverfolgung; rückwirkende Änderungen der Verjährungsvorschriften stellen daher eine „echte“ Rückwirkung dar (vgl. BVerfGE 156, 354 [403 f. Rn. 135 f.]; vgl. auch bereits BVerfGE 25, 269 [286 ff.]; 63, 343 [359 f.]). Dies gilt erst recht für den rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens.

¹⁵² c) Die mit der Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO einhergehende „echte“ Rückwirkung ist verfassungsrechtlich nicht ausnahmsweise zulässig. Die Voraussetzungen der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannten Ausnahmen liegen nicht vor. Freigesprochene dürfen auf die Rechtskraft des Urteils und die Begrenzung der Rechtskraftdurchbrechung nach alter Rechtslage vertrauen (aa). Auch zwingende Gründe des Gemeinwohls bestehen nicht; insbesondere sind die Maßgaben, die der Senat für die Beurteilung der rückwirkenden Regelung der Vermögensabschöpfung herangezogen hat (BVerfGE 156, 354), nicht auf die Einführung des neuen Wiederaufnahmegrundes zulasten des Angeklagten übertragbar (bb).

¹⁵³ aa) Freigesprochene dürfen darauf vertrauen, dass die Rechtskraft des Freispruchs nur aufgrund der bisherigen Rechtslage durchbrochen werden kann. Der Grundsatz *ne bis in idem* erkennt die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in ein freisprechendes Strafurteil an, und Art. 103 Abs. 3 GG verleiht diesem Vertrauensschutz Verfassungsrang.

¹⁵⁴ § 362 Nr. 5 StPO dient auch nicht dazu, rechtliche Zweifel zu klären. Im Gegenteil besteht über die Rechtskraft eines Freispruchs gerade im Fall neuer Tatsachen oder Beweismittel vollständige Klarheit. Auch die dem Gesetzgebungsverfahren vorangegangenen Reformbestrebungen legen dies als selbstverständlich zugrunde.

¹⁵⁵ Die Unverjährbarkeit der von § 362 Nr. 5 StPO erfassten Delikte gebietet keine andere Bewertung. Gerade für unverjährende Delikte kann erst ein Freispruch die weitere Strafverfolgung ausschließen. Er trifft, anders als das Institut der Verjährung (vgl. BVerfGE 25, 269 [286 f.];

156, 354 [413 Rn. 158 f.]), eine ausdrückliche staatliche Entscheidung darüber, dass die Voraussetzungen für die Bestrafung eines bestimmten Verhaltens nicht erfüllt sind, und knüpft hieran den Ausschluss erneuter Strafverfolgung. Daher entfaltet ein Freispruch eine noch stärkere Zäsurwirkung als der Eintritt der Verfolgungsverjährung (vgl. *Gerson*, StV 2022, S. 124 [128 f.]).

¹⁵⁶ Unerheblich ist, ob der Betroffene zum Zeitpunkt seines Freispruchs wusste, dass das Urteil materiell-rechtlich falsch war. In Fortsetzung des Grundsatzes in dubio pro reo schützen der Grundsatz *ne bis in idem* und Art. 103 Abs. 3 GG den Freigesprochenen gerade unabhängig von dessen materiell-rechtlicher Schuld (vgl. *Kaspar*, GA 2022, S. 21 [35]). Angesichts der Selbstbelastungsfreiheit und des Rechts auf Schweigen darf dem Freigesprochenen nicht nachträglich angelastet werden, dass er ein unrichtiges, aber für ihn günstiges Urteil nicht korrigiert.

¹⁵⁷ bb) Der Vertrauensschutz tritt hier auch nicht wegen zwingender Gründe des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen und eine rückwirkende Beseitigung erfordern, zurück.

¹⁵⁸ Die vom Gesetzgeber mit der Regelung des § 362 Nr. 5 StPO insgesamt beabsichtigte Verwirklichung des Prinzips der materialen Gerechtigkeit verdrängt die zentrale Bedeutung der Rechtssicherheit für den Rechtsstaat nicht. Der Freispruch eines möglicherweise Schuldigen und der Fortbestand dieses Freispruchs trotz abnehmender Zweifel an der Schuld des Freigesprochenen sind unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls nicht „unerträglich“, sondern vielmehr Folgen einer rechtsstaatlichen Strafrechtsordnung, in der der Zweifelsgrundsatz eine zentrale Rolle spielt.

¹⁵⁹ Die Maßstäbe der Entscheidung des Senats zur rückwirkenden Vermögensabschöpfung (BVerfGE 156, 354) können nicht auf die vorliegende Konstellation übertragen werden. Den zwingenden Gemeinwohlgrund, der eine „echte“ Rückwirkung rechtfertigen kann, sah der *Senat* dort in der Situation, dass der Staat mit der Verfolgungsverjährung darauf verzichtet, gegen den Straftäter mit den Mitteln des Strafrechts vorzugehen. Dies könne den für die Rechtstreue der Bevölkerung abträglichen Eindruck eines erheblichen Vollzugsdefizits begründen. Die Vermögensabschöpfung führe „in normbegründender Weise sowohl dem Straftäter als auch der Rechtsgemeinschaft vor Augen [...], dass eine strafrechtswidrige Vermögensmehrung von der Rechtsordnung nicht anerkannt wird und deshalb keinen Bestand haben kann“ (BVerfGE 156, 354 [410 Rn. 151]). Raum für diese Ausnahme vom Rückwirkungsverbot eröffne erst der Umstand, dass die Vermögensabschöpfung keine dem Schuldgrundsatz unterliegende Nebenstrafe darstelle, sondern eine Maßnahme eigener Art mit kondiktionsähnlichem, präventiv-ordnendem Charakter. In diesem Fall stehe die Vertrauensschutzposition der Betroffenen zurück, weil sich die Bewertung eines bestimmten Verhaltens als Straftat durch den Eintritt der Verfolgungsverjährung nicht ändere und daher das Vertrauen in den Fortbestand unredlich erworbener

Rechte grundsätzlich nicht schutzwürdig sei (vgl. BVerfGE 156, 354 [411 ff. Rn. 152, 155, 157, 161]).

¹⁶⁰ Die Wiederaufnahme eines bereits mit Urteil abgeschlossenen Strafverfahrens unterscheidet sich hiervon grundlegend. Sie ist auf eine dem Schuldgrundsatz unterliegende Strafe gerichtet. Das Vertrauen gründet hier nicht in dem Eintritt der Verjährung, sondern in einem rechtskräftigen Urteil. Im Fall eines Freispruchs ist dies gerade nicht mit einem Unwerturteil verbunden, vielmehr ist das Vertrauen verfassungsrechtlich geschützt. Die Wiederaufnahme ist auf eine erneute Strafverfolgung gerichtet und stützt sich auf einen Verdacht, nicht aber auf die Feststellung einer rechtswidrigen Tat (vgl. § 73a StGB). Es lässt sich auch nicht feststellen, dass es zur gesellschaftlichen Normstabilisierung der Rückwirkung des § 362 Nr. 5 StPO bedarf. Insbesondere ist nicht zu erkennen, wie der Fortbestand eines Freispruchs, dem stets eine Hauptverhandlung vorausgegangen ist, den Eindruck eines Vollzugsdefizits erwecken könnte.

D.

I.

¹⁶¹ Gemäß § 95 Abs. 3 BVerfGG ist § 362 Nr. 5 StPO für nichtig zu erklären.

¹⁶² Die auf dieser Vorschrift beruhenden Beschlüsse des *OLG* und des *LG* sind nach § 95 Abs. 2 BVerfGG aufzuheben, und die Sache ist an das *LG* zurückzuverweisen.

[...]

Abweichende Meinung des Richters Müller und der Richterinnen Langenfeld zum Urteil des Zweiten Senats vom 31.10.2023 – 2 BvR 900/22

¹ Der Auffassung der Senatsmehrheit, dass der Strafklageverbrauch nach Art. 103 Abs. 3 GG einer Ergänzung der bestehenden Wiederaufnahmegründe zuungunsten der betroffenen Person prinzipiell entgegensteht, können wir nicht folgen. Der Gewährleistungsinhalt des Art. 103 Abs. 3 GG ist für eine Abwägung mit entgegenstehenden Verfassungsgütern und in der Folge für eine Ergänzung der bestehenden Wiederaufnahmegründe grundsätzlich offen (1.). Als entgegenstehendes Verfassungsgut in die Abwägung eingestellt werden kann der im Rechtsstaatsprinzip verankerte staatliche Strafanspruch (2.). Ob die konkrete Ausgestaltung der streitgegenständlichen Norm des § 362 Nr. 5 StPO verhältnismäßig im engeren Sinne (3.a) und hinreichend bestimmt (3.b) ist, bedürfte näherer Prüfung. Unabhängig davon verstößt die Bestimmung gegen das Verbot der echten Rückwirkung aus Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 103 Abs. 3 GG (4.).

² Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO, der bestimmt, dass ein erfolgter rechtskräftiger Freispruch wegen einer der dort bezeichneten Tatbestände der Möglichkeit einer Wiederaufnahme und damit potentiell einem erneuten Straf-

verfahren unterliegt. Zugelassen wird die Wiederaufnahme danach in jenen Fällen, in denen „neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches) verurteilt wird“.

- ³ 3. a) Nach dem Justizgrundrecht des Art. 103 Abs. 3 GG darf niemand wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden. Ungeachtet des Wortlauts der Norm ist in der bisherigen Rechtsprechung des *BVerfG* anerkannt, dass die Garantie nicht nur die mehrfache Bestrafung, sondern auch die mehrfache Verfolgung wegen einer Tat nach Freispruch untersagt (vgl. *BVerfGE* 12, 62 [66]; vgl. ausführlich dazu Rn. 59 ff.). Das Vorliegen einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Entscheidung stellt ein unmittelbar aus dem Grundgesetz folgendes strafprozessuales Verfahrenshindernis dar (vgl. *BVerfGE* 56, 22 [32]; 162, 358 [371 f. Rn. 46]; vgl. Rn. 71). Das Verbot der Mehrfachverfolgung richtet sich unmittelbar an die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte, aber auch an den Gesetzgeber.
- ⁴ b) Die Auffassung der Senatsmehrheit, wonach Art. 103 Abs. 3 GG eine absolute Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit trifft, mithin einer Relativierung durch Abwägung mit anderen Verfassungsgütern prinzipiell entgegensteht, teilen wir nicht. Richtig ist, dass der Verfassungsgeber mit Art. 103 Abs. 3 GG eine Grundentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit getroffen hat, die der Gesetzgeber nicht unterlaufen darf. Die Durchbrechung der Rechtskraft eines strafgerichtlichen Urteils im Wege der Wiederaufnahme zuungunsten des Betroffenen muss die Ausnahme bleiben und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Das Gewicht eines Wiederaufnahmegrundes muss derart sein, dass der grundsätzliche Bestand eines rechtskräftigen Freispruchs ausnahmsweise dahinter zurücksteht. Eine regelhafte oder beliebige Durchbrechung der Rechtskraft im Rahmen einer Wiederaufnahme zuungunsten des Betroffenen wäre mit Art. 103 Abs. 3 GG nicht vereinbar. Richtig ist aber auch, dass Art. 103 Abs. 3 GG keinen absoluten Schutz gegen Durchbrechungen der Rechtskraft gewährt. Wäre Art. 103 Abs. 3 GG uneingeschränkt abwägungsfest, wäre für jegliche Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen von vornherein kein Raum. Diese Konsequenz zieht die Senatsmehrheit indes nicht, sondern sieht die bestehenden Möglichkeiten einer Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen gemäß § 362 Nr. 1-4 StPO als verfassungsrechtlich unbedenklich an. Die von ihr hierfür vortragene Begründung überzeugt nicht (vgl. nachfolgend Rn. 10 ff.).
- ⁵ c) Nach unserer Überzeugung steht es dem Gesetzgeber offen, unter Beachtung der sich aus Art. 103 Abs. 3 GG ergebenden engen verfassungsrechtlichen Grenzen, die

bestehenden Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Betroffenen zu ergänzen. Dabei enthält der Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG keine ausdrücklichen Schrankenregelungen. Es handelt sich mithin um ein vorbehaltlos gewährleitetes grundrechtsgleiches Recht. Als solches unterliegt es nach den allgemeinen Regeln verfassungsimmanenter Schranken. Vollständig abwägungsfeste Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte sind eine sehr seltene Ausnahme und bedürfen der unmittelbaren Ableitbarkeit aus dem nicht abwägbaren Grundrecht auf Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Für Art. 103 Abs. 3 GG ist davon auszugehen, dass kollidierende verfassungsrechtliche Belange unter Beachtung des verfassungsrechtlich vorgegebenen grundsätzlichen Vorrangs der Rechtssicherheit zur Geltung und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Ausgleich zueinander gebracht werden können.

- ⁶ d) Welche verfassungsrechtlichen Grenzen einer Ergänzung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Betroffenen im Rahmen der Abwägung mit anderen Verfassungsgütern – hier dem staatlichen Strafanspruch und dem dahinterstehenden Prinzip der materialen Gerechtigkeit – aus Art. 103 Abs. 3 GG zu ziehen sind, hat das *BVerfG* bislang nicht bestimmt. Seiner bisherigen Rechtsprechung kann entgegen der Auffassung der Senatsmehrheit (vgl. Rn. 90 ff.) eine Bestätigung der Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG nicht entnommen werden. Das *BVerfG* hat Art. 103 Abs. 3 GG bislang nicht mit anderen Verfassungsgütern abgewogen und sich auch nicht dazu geäußert, ob das Schutzgut des Art. 103 Abs. 3 GG mit anderen Verfassungsgütern abgewogen werden könnte. Vielmehr befassen sich die zu dieser Verfassungsnorm ergangenen Entscheidungen mit der Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 103 Abs. 3 GG. Ausgangspunkt hierfür ist das vorgefundene Gesamtbild des Strafprozessrechts (vgl. *BVerfGE* 3, 248 [252]; 9, 89 [96]; 12, 62 [66]; 65, 377 [384]); die Berücksichtigung strafrechtsdogmatischer Weiterentwicklungen wird hierbei nicht ausgeschlossen und waren Anlass für eine „Grenzkorrektur“ des Schutzgehalts des Art. 103 Abs. 3 GG in Bezug auf den Tatbegriff des Art. 103 Abs. 3 GG (vgl. *BVerfGE* 56, 22 [34]). Um eine solche strafrechtsdogmatisch gebotene Grenzkorrektur dürfte es sich bei dem neu geschaffenen § 362 Nr. 5 StPO indes nicht handeln, sondern um eine weitere Ausnahme vom Strafklageverbrauch im Fall des nachträglichen Auftretens von neuen Tatsachen und Beweismitteln, die als Einschränkung des Art. 103 Abs. 3 GG einer Rechtfertigung im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bedarf.
- ⁷ e) Für eine uneingeschränkte Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG gegenüber anderen Verfassungsgütern können weder Entstehungsgeschichte (aa) noch Systematik (bb) und Sinn und Zweck (cc) des Art. 103 Abs. 3 GG angeführt werden.
- ⁸ aa) Der Senatsmehrheit ist zuzustimmen, soweit sie davon ausgeht, dass der Entstehungsgeschichte keine eindeutigen Folgerungen zugunsten einer absoluten Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG zu entnehmen sind (vgl.

Rn. 81). Stattdessen spricht viel dafür, dass eine Beschränkung auf den abschließenden Katalog von Wiederaufnahmegründen zuungunsten der betroffenen Person, den der Verfassungsgeber im einfachen Recht vorgefunden hat, nicht erfolgt ist. Im Parlamentarischen Rat bestand Einigkeit, dass der vorgrundgesetzliche Besitzstand, so wie er bislang unter der Geltung der Reichsstrafprozessordnung praktiziert worden war, fortgeschrieben werden sollte. Klar war damit auch, dass die bestehenden einfachrechtlichen Wiederaufnahmegründe fortbestehen sollten. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu in einer frühen Entscheidung aus dem Jahr 1953 ausgeführt: „Die Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass der Rechtssatz ‚ne bis in idem‘ durch die Aufnahme in das Grundgesetz inhaltlich geändert und die durch die Rechtsprechung gezogenen Grenzen anders als bisher bestimmt werden sollten. Vielmehr sollte nur dem überlieferten Rechtssatz wegen seines grundrechtsähnlichen Charakters in dem Grundgesetz Ausdruck verliehen werden. (...) Der in Art. 103 Abs. 3 GG niedergelegte Rechtssatz nimmt daher auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozessrechts und seiner Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug.“ (BVerfGE 3, 248 [252]; 12, 62 [66]). Hieran anknüpfend gehen Teile der Literatur davon aus, dass der Gewährleistungsgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG ausschließlich auf den Stand zu beschränken sei, der vor Inkrafttreten des Grundgesetzes von der Rechtsprechung zum *ne bis in idem*-Grundsatz gegeben gewesen sei. Das vorkonstitutionelle Prozessrecht sei daher als einzige immanente Schranke des vorbehaltlos gewährleisteten grundrechtsgleichen Rechts in Art. 103 Abs. 3 GG anzusehen, die der Verfassungsgeber habe festschreiben wollen. Einer weiteren Einschränkung durch das im Grundgesetz verankerte Rechtsstaatsprinzip sei Art. 103 Abs. 3 GG deshalb nicht zugänglich. Eine Ausweitung der in § 362 Nr. 1-4 StPO genannten Gründe für die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zuungunsten des Betroffenen sei damit ausgeschlossen (vgl. *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251; *Conen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung, Anlage zum Wortprotokoll der 160. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 21.6.2021, Protokoll-Nr. 19/160, S. 36 [38 ff.]; a.A. *Kubiciel*, GA 2021, 380 [382 f.] m.w.N. zum Meinungsstand).

⁹ Für eine derart restriktive Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG bieten die Materialien zur Entstehungsgeschichte allerdings keinen Anhalt. Eine Debatte zu der Frage, ob der Bestand an Wiederaufnahmegründen von Verfassungs wegen abschließend zu verstehen sei, gab es – soweit ersichtlich – nicht. Die damals in der Reichsstrafprozessordnung bestehenden Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Betroffenen nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens wurden nicht näher diskutiert. Es ist sicher zutreffend, wie auch das *BVerfG* bereits in seiner frühen Rechtsprechung festgestellt hat, dass Art. 103 Abs. 3 GG auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozessrechts und seine Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug nimmt (vgl. BVerfGE 3, 248 [252]; 12, 62 [66]). Hieraus kann indes

nicht der Schluss gezogen werden, dass dieser Stand des Prozessrechts mit der Aufnahme des Art. 103 Abs. 3 GG in das Grundgesetz verfassungsrechtlich festgeschrieben werden und jegliche Ergänzung des § 362 StPO per se ausgeschlossen werden sollte.

¹⁰ bb) Der Rückgriff der Senatsmehrheit auf die Systematik des Art. 103 Abs. 3 GG (vgl. Rn. 82 ff.) zur Begründung der Abwägungsfestigkeit der Bestimmung überzeugt nicht.

¹¹ (1) Art. 103 Abs. 3 GG stellt, wie der *Senat* zutreffend festhält, eine besondere Ausprägung des im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Vertrauensschutzes dar, die ausschließlich für das strafrechtliche Verfahren gilt. Dieses besondere Vertrauen, das über das allgemeine Vertrauen in eine rechtskräftige Entscheidung hinausgeht, beruhe darauf, dass ihm unbedingter Vorrang gegenüber etwaigen Korrekturinteressen des Gesetzgebers zukomme. Diese Feststellung setzt indes voraus, dass der Verfassungsgeber eine solche absolute Vorrangentscheidung der Rechtssicherheit vor dem ebenfalls verfassungsrechtlich verbürgten Prinzip der materialen Gerechtigkeit tatsächlich getroffen hat. Dies ist indes nach unserem Dafürhalten nicht der Fall. Vielmehr hat der Verfassungsgeber die von ihm damals im einfachen Recht vorgefundenen Wiederaufnahmetatbestände unangetastet gelassen. Bei diesen Wiederaufnahmetatbeständen zuungunsten des Betroffenen handelt es sich – wie auch der *Senat* im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung feststellt (vgl. Rn. 118 unter Hinweis auf BVerfGE 3, 248 [252 f.]; 65, 377 [384]) – um verfassungsimmanente Beschränkungen des Art. 103 Abs. 3 GG. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund der Gesetzgeber daran gehindert sein sollte, weitere Ausnahmen vom Grundsatz *ne bis in idem* vorzusehen, wenn sie den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit solcher Beschränkungen genügen und sich demgemäß als zulässige Konkretisierungen immanenter Schranken des Art. 103 Abs. 3 GG darstellen. Die von der Senatsmehrheit insoweit angeführten Unterschiede zwischen den bestehenden Wiederaufnahmegründen in § 362 Nr. 1-3 StPO (*propter falsa*), § 362 Nr. 4 StPO (glaubwürdiges Geständnis nach Freispruch) und der streitgegenständlichen Norm des § 362 Nr. 5 StPO (vgl. Rn. 117 ff.), die eine Wiederaufnahme wegen neuer Beweismittel und Tatsachen zulässt, sind nicht geeignet, eine derart kategoriale Differenzierung in Hinblick auf die Abwägungsfestigkeit zu tragen. Die Senatsmehrheit macht insoweit zunächst geltend, die bestehenden Wiederaufnahmeregelungen zielten nicht vorrangig auf die Änderung des materiellen Entscheidungsinhalts, sondern ermöglichten die Aufhebung eines Strafurteils aus anderen Gründen (vgl. Rn. 115, 117). Dem steht bereits entgegen, dass – worauf die Senatsmehrheit selbst hinweist (vgl. Rn. 119) – die Wiederaufnahme gemäß § 370 Abs. 1, 2. Alt. StPO entfällt, wenn ausgeschlossen ist, dass die in § 362 Nr. 1 und 2 StPO bezeichneten Handlungen Einfluss auf die Entscheidungen gehabt haben.

¹² (2) Aus unserer Sicht bestätigen die bestehenden, auch von der Senatsmehrheit in Hinblick auf Art. 103 Abs. 3 GG als unbedenklich angesehenen Regelungen, dass eine

Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen strafgerichtlichen Verfahrens zuungunsten des Betroffenen in Betracht kommen kann, wenn das Gewicht der Wiederaufnahmegründe und das dahinterstehende Anliegen einer materiell schuldangemessenen Sanktionierung als Ausdruck einer effektiven Strafrechtspflege den grundsätzlichen Bestand rechtskräftiger Entscheidungen ausnahmsweise überwiegt. Für die in § 362 Nr. 1-4 StPO normierten Tatbestände ist der Verfassungsgeber von einem solchen Überwiegen unstreitig ausgegangen. Eine Durchbrechung der Rechtskraft durch Wiederaufnahme ist danach dann zulässig, wenn das betreffende Strafverfahren unter schweren Verfahrensmängeln gelitten hat (§ 362 Nr. 1-3 StPO) und somit rechtsstaatlichen Grundanforderungen nicht genügt sowie im Fall eines glaubwürdigen Geständnisses des Freigesprochenen (§ 362 Nr. 4 StPO). Dies dokumentiert, dass es verfassungsrechtlich zulässige Fälle gibt, in denen der in Art. 103 Abs. 3 GG normierte Vorrang der Rechtssicherheit zurücktritt und eine absolute Abwägungsfestigkeit der Norm folglich nicht gegeben ist.

- ¹³ (a) In diese „überkommene Matrix des vorgrundgesetzlichen Wiederaufnahmerechts“ lässt sich der streitgegenständliche § 362 Nr. 5 StPO einordnen (vgl. *Gärditz*, Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“, Anlage zum Wortprotokoll der 160. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 21.6.2021, Protokoll-Nr. 19/160, S. 53 [56 f.]). Hierauf hebt auch die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 362 Nr. 5 StPO ausdrücklich ab (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 7 ff.). Ein Paradigmenwechsel ist mit dieser Bestimmung entgegen der Annahme der Senatsmehrheit (vgl. Rn. 114 ff.) nicht verbunden. Die überkommenen Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO sehen eine Wiederaufnahme bei schweren Verfahrensmängeln (§ 362 Nr. 1-3 StPO) vor. In diesen Fällen geht es um die Ermöglichung einer Korrektur einer qualifiziert defizitären Beweisführung, die keinen Bestand haben soll und in deren Folge eine erneute (und auch schwerere) Verurteilung zulässig ist. Hierbei liegen die Hürden mit einer Urkundenfälschung oder einer strafbaren Falschaussage, die nach herrschendem Verständnis nicht in der Sphäre des Angeklagten zu verorten sein muss (vgl. nur *Singelnstein*, in: Graf, BeckOK-StPO, § 362 Rn. 4 [Stand: Jan. 2023]; *Tiemann*, in: KK-StPO, 9. Aufl. [2023], § 362 Rn. 8), nicht einmal besonders hoch. Im Fall des § 362 Nr. 5 StPO geht es ebenfalls um die Korrektur eines Freispruches, der aufgrund von Beweismitteldefiziten in der ursprünglichen Hauptverhandlung, die allerdings erst im Nachhinein offenbar geworden sind, zustande gekommen ist (zu den Anforderungen an die Neuheit der Tatsachen und Beweismittel vgl. unten Rn. 37). Soweit die Senatsmehrheit auf Vorwirkungen der Wiederaufnahmemöglichkeit und die ratio legis des § 362 Nr. 1-3 StPO hinweist, wonach niemand die Früchte einer strafbaren Handlung genießen soll (vgl. Rn. 120), ändert dies nichts daran, dass der damit verbundenen Durchbrechung der Rechtskraft Art. 103 Abs. 3 GG nicht entgegensteht. Warum dies für den seltenen Ausnahmefall des Auftauchens schwerwiegender Tatsachen und Beweismittel für schwerste, unverjährbare Verbrechen anders und jegliche

Abwägung im Rahmen des Art. 103 Abs. 3 GG von vornherein ausgeschlossen sein soll, erschließt sich nicht.

- ¹⁴ Dies gilt erst recht mit Blick auf § 362 Nr. 4 StPO. Im Fall des nachträglichen glaubwürdigen Geständnisses (§ 362 Nr. 4 StPO) ist die Beweislage zulasten des Freigesprochenen verändert mit der Folge, dass eine Wiederaufnahme möglich wird. Nicht anders verhält es sich bei § 362 Nr. 5 StPO, der voraussetzt, dass neue Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe für eine Verurteilung bilden. Für die Wiederaufnahmemöglichkeit im Fall des Geständnisses wird weiter angeführt, dass das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsordnung erschüttert würde, wenn sich ein Straftäter im Nachhinein seiner Straftat ohne Konsequenzen berühren könnte (vgl. *Tiemann*, in: KK-StPO, § 362 Rn. 1a). Auch die Senatsmehrheit macht geltend, Zweck der Norm sei es, ein Verhalten zu verhindern, das die Autorität des rechtsstaatlichen Strafverfahrens infrage stellen würde (vgl. Rn. 122). In vergleichbarer Weise begründet der Gesetzgeber die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO mit einer nachhaltigen Störung des Rechtsfriedens, wenn der infolge des Auftauchens neuer qualifizierter Beweismittel einer der dort erfassten schwersten Verbrechen dringend Verdächtige endgültig straflos bleibt (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 9). Seine Einschätzung, dass in den Fällen des § 362 Nr. 5 StPO der Verzicht auf die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu einer Beeinträchtigung der Autorität des Rechtsstaates führen kann, dürfte verfassungsrechtlich nicht anders zu beurteilen sein wie in den Fällen nachträglicher Geständnisse gemäß § 362 Nr. 4 StPO.
- ¹⁵ (b) Abgesehen davon, dass mit der Auffassung der Senatsmehrheit, die den § 362 Nr. 5 StPO wegen der Absolutheit der Gewährleistung des Art. 103 Abs. 3 GG dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit unterwerfen, zugleich aber die Aufnahmetatbestände der § 362 Nr. 1-4 StPO als vom Verfassungsgeber in den Art. 103 Abs. 3 GG inkorporierte immanente Beschränkungen für verfassungskonform halten möchte, Zufälligkeiten einer vorkonstitutionellen Rechtslage verfassungsrechtlich versteinert würden (vgl. *Hörnle*, GA 2022, 184 [188]), sind mit dieser Sicht schwerlich auflösbare Wertungswidersprüche verbunden. Denn es ist kaum zu erklären, aus welchem Grunde ein Freigesprochener, der in einem Wirtschaftsstrafverfahren von einer gefälschten Urkunde profitiert hatte (die er noch nicht einmal selbst gefälscht haben muss), sich einer erneuten Anklage stellen muss, dagegen aber nicht jemand, der in einem Verfahren wegen Mordes durch ein molekulargenetisches Gutachten der Täterschaft überführt wird (Beispiele in Anlehnung an *Hörnle*, GA 2022, 184 [188]). Ebenso dürfte kaum vermittelbar sein, warum in einem Fall, in dem nach einem Freispruch ein Täter, der Kriegsverbrechen gesteht, erneut angeklagt werden darf, während sein ebenfalls freigesprochener Komplize, der kein Geständnis ablegt, auch im Gefolge des Auftauchens neuer erdrückender Beweise straflos bleibt. Zur Vermeidung derartiger Widersprüche fordern einzelne Stimmen in der Literatur sogar, § 362 Nr. 1-4 StPO insgesamt als verfassungswidrig einzuordnen, um dem Grundsatz der Rechtssicherheit ausnahmslos Geltung zu verschaffen (vgl. *Dünnebiel*, in: FG Peters, 1984,

S. 333 [346]; *Brade*, AöR 146 [2021], 130 [170 f.]; kritisch auch *Hoven*, JZ 2021, 1154 [1162]). Eine solche Lösung wäre konsequent, stünde allerdings im Widerspruch zum Willen des Verfassungsgebers (vgl. Rn. 8 f. der abweichenden Meinung m.w.N.), zur bisherigen Rechtsprechung des *BVerfG* (vgl. BVerfGE 3, 248 [252]; 12, 62 [66]; 56, 22 [34]; 65, 377 [384]) und zur Auffassung der Senatsmehrheit (vgl. Rn. 117 ff.).

- ¹⁶ cc) (1) Auch Sinn und Zweck des Art. 103 Abs. 3 GG erfordern – anders, als die Senatsmehrheit meint (vgl. Rn. 87 ff.) – nicht seine Abwägungsfestigkeit. Der Zweck des Art. 103 Abs. 3 GG als Individualrecht besteht darin, den staatlichen Strafanspruch um der Rechtssicherheit des Einzelnen willen zu begrenzen. Deshalb unterliegt die Strafverfolgung einem geregelten Verfahren, nach dessen Abschluss eine erneute Strafverfolgung grundsätzlich ausscheidet. Art. 103 Abs. 3 GG beschränkt damit die Durchsetzung des Legalitätsprinzips (vgl. BVerfGE 56, 22 [31 f.]). Daneben dient Art. 103 Abs. 3 GG auch dem Rechtsfrieden. Diese Grundentscheidung wird durch eine Beschränkung des Art. 103 Abs. 3 GG, die im Ausnahmefall dem Strafanspruch des Staates zur Herstellung materialer Gerechtigkeit den Vorrang einräumt, indes nicht aufgehoben. In der Tat besteht ein vom Einzelnen unabhängiges Bedürfnis der Gesellschaft an einer endgültigen Feststellung der Rechtslage, um Rechtsfrieden herzustellen. Andererseits darf der Gesetzgeber berücksichtigen, dass der Rechtsfrieden auch Schaden erleiden kann, wenn im Falle schwerster Straftaten im Sinne von § 362 Nr. 5 StPO ein Betroffener trotz erdrückender Beweise straflos bleibt. Der Notwendigkeit möglichst lückenloser Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs in solchen Fällen hat der Gesetzgeber durch die Anordnung der Unverjährbarkeit dieser Straftaten Rechnung getragen. Es erschließt sich uns nicht, dass die Berücksichtigung der dem zugrundeliegenden Wertung bei der Frage der Wiederaufnahme von vornherein ausgeschlossen sein soll.
- ¹⁷ (2) Das in der Literatur geäußerte Bedenken, mit einer Erweiterung der Wiederaufnahmetatbestände zuungunsten des Betroffenen propter nova werde Tor und Tür geöffnet hin zu einer faktischen Preisgabe des Mehrfachverfolgungsverbots (vgl. *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 [104]), entbehrt angesichts der hohen Hürden, die der Gesetzgeber für eine Wiederaufnahme gemäß § 362 Nr. 5 StPO errichtet hat, einer nachvollziehbaren Grundlage. § 362 Nr. 5 StPO markiert keine Aushebelung des durch Art. 103 Abs. 3 GG vorgegebenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses, sondern eröffnet die Möglichkeit der Wiederaufnahme für einen eng begrenzten, extremen Ausnahmefall, der in einem hohen, über die bisher geregelten Ausnahmefälle hinausgehenden Maße geeignet ist, das Vertrauen in den Rechtsstaat zu erschüttern. Es ist nicht absehbar, dass die bestehenden anspruchsvollen verfassungsrechtlichen Sicherungen eine angeblich drohende Fehlentwicklung nicht verhindern könnten. Neben der Sache liegen deshalb auch der Hinweis auf die uferlose Durchbrechung des Prinzips der Rechtskraft unter der Herrschaft des Nationalsozialismus und die Behauptung, dass mit § 362 Nr. 5 StPO das „grundrechtsgleiche Recht aus Art. 103 Abs. 3 GG (...) ein zweites Mal nach 1933 ausgehöhlt“ werde (*Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 [103]). In der Tat reagierte der Verfassungsgeber mit der Aufnahme des Art. 103 Abs. 3 in das Grundgesetz auf die vollständige Preisgabe des Grundsatzes ne bis in idem im nationalsozialistischen Recht (vgl. Rn. 64 m.w.N.; im Einzelnen dazu auch *Hoven*, JZ 2021, 1154 [1159 f.]). Abgesehen davon, dass eine solche Gefahr mit der Schaffung des eng gefassten § 362 Nr. 5 StPO offensichtlich nicht verbunden ist, steht die Norm heute in einem rechtsstaatlich abgesicherten Rahmen, der im Nationalsozialismus völlig abwesend war.
- ¹⁸ 4. Der Strafklageverbrauch nach Art. 103 Abs. 3 GG steht demgemäß einer weiteren Einschränkung durch eine Ergänzung der Wiederaufnahmegründe durch § 362 Nr. 5 StPO nicht grundsätzlich entgegen. Der verfassungsrechtliche Belang, der in die gebotene Abwägung einzustellen ist, ist der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde staatliche Strafanspruch. Die Ermöglichung der Wiederaufnahme gemäß § 362 Nr. 5 StPO propter nova dient der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches bei wenigen besonders schweren Straftaten. Das dahinterstehende Ziel ist die Stabilisierung und Sicherung des Rechtsfriedens und die Durchsetzung von Normen zum Schutz höchstrangiger subjektiver Rechtsgüter (a und b) und von fundamentalen völkerrechtlichen Interessen (c).
- ¹⁹ a) Den Erfordernissen einer an rechtsstaatlichen Garantien ausgerichteten Rechtspflege weist das Grundgesetz einen hohen Rang zu (vgl. BVerfGE 80, 367 [375]). Ohne die rechtsstaatlich gebotene Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege kann der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden (vgl. BVerfGE 33, 367 [383]; 46, 214 [222]; 122, 248 [272]; 130, 1 [26]). Hierzu zählt, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (vgl. BVerfGE 33, 367 [383]; 46, 214 [222]; 122, 248 [272 f.]; 133, 168 [199 Rn. 57]). Zugleich dient die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches dem Rechtsgüterschutz. Verhaltensnormen, die grundlegende Freiheitsrechte wie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit schützen, sind in besonderer Weise auf die Durchsetzung durch die staatlichen Organe angewiesen. Indem der Staat von Opfer und Angehörigen erwartet, dass sie nicht selbst Vergeltung üben und das staatliche Gewaltmonopol achten, muss er die Verantwortung für die Sanktionierung rechtsgüterverletzenden Verhaltens übernehmen (vgl. *Hoven*, JZ 2021, 1154 [1158]; *Hörnle*, Strafrecht, 2. Aufl. [2017], S. 36 [41]).
- ²⁰ Die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches im Wege der schuldangemessenen Bestrafung schweren Unrechts auf der Grundlage einer zutreffenden Tatsachenermittlung ist das Kernanliegen des Strafrechts und damit ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit (vgl. BVerfGE 51, 324 [343 f.]; 107, 104 [118 f.]). Die Gesetzesbegründung zu § 362 Nr. 5 StPO formuliert als Anliegen die Herbeiführung einer materiell schuldangemessenen Bestrafung einer Straftat von erheblichem Gewicht. Damit solle dem Befriedigungsanliegen, das hinter Art. 103 Abs. 3 GG stehe, gerade zur Wirkung verholfen werden (vgl.

BT-Drs. 19/30399, S. 9). Dieses Anliegen des Gesetzgebers, der effektiven Strafverfolgung und der Durchsetzung des materiellen Strafrechts gegenüber der Rechtssicherheit im Fall schwerster Straftaten den Vorrang zu geben, ist legitim und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Freispruch eines Angeklagten, der die Tat tatsächlich begangen hat, mag das Ergebnis eines justizförmigen, rechtsstaatlich nicht zu beanstandenden Verfahrens sein; gleichwohl verfehlt es das wesentliche Anliegen des Strafrechts, nämlich die Ahndung von Unrecht und die damit verbundene Befriedungswirkung des Strafverfahrens. Dass der Staat Unrecht ahndet, ist indessen die berechnete Erwartung der Bürger und Bürgerinnen und rechtsstaatlicher Auftrag. Je schwerer das Verbrechen ist, um das es im konkreten Fall geht, je erdrückender die neu aufgetauchten Tatsachen und Beweismittel sind, desto drängender stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von materialer Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Dieses Verhältnis hat der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise vorliegend zugunsten der ausnahmsweisen Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches auch nach rechtskräftigem Freispruch aufgelöst.

²¹ b) In der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches verwirklichen sich schließlich die Belange von Opfern und deren Angehörigen. Nach der Kammerrechtsprechung des *Zweiten Senats* kann ein grundrechtlich radizierter Anspruch auf Strafverfolgung Dritter bei erheblichen Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Selbstbestimmung und die Freiheit der Person dort bestehen, wo der Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter abzuwehren, und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates und einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt führen kann (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. *1. Kammer d. Zweiten Senats* v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10, Rn. 10; Beschl. d. *3. Kammer d. Zweiten Senats* v. 6.10.2014 – 2 BvR 1568/12, Rn. 11; Beschl. d. *3. Kammer d. Zweiten Senats* v. 19.5.2015 – 2 BvR 987/11, Rn. 20; Beschl. d. *2. Kammer d. Zweiten Senats* v. 15.1.2020 – 2 BvR 1763/16, Rn. 35 f.). Die wirksame Verfolgung von Gewaltverbrechen und vergleichbaren Straftaten dieser Art stellt eine Konkretisierung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Sätze 1 und 2 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG dar und ist ein wesentlicher Auftrag des rechtsstaatlichen Gemeinwesens (vgl. *BVerfGE* 29, 183 [194]; 77, 65 [76]; 80, 367 [375]; 100, 313 [388 f.]; 107, 299 [316]; 122, 248 [272 f.]). Bei Kapitaldelikten kann ein Anspruch auf Strafverfolgung auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG auch nahen Angehörigen zustehen (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. *3. Kammer d. Zweiten Senats* v. 19.5.2015 – 2 BvR 987/11, Rn. 20; Beschl. d. *2. Kammer d. Zweiten Senats* v. 2.7.2018 – 2 BvR 1550/17, Rn. 38; Beschl. d. *2. Kammer d. Zweiten Senats* v. 21.12.2022 – 2 BvR 378/20, Rn. 52).

²² Der in der Kammerrechtsprechung angenommene Anspruch auf effektive Strafverfolgung umfasst allerdings

nur die Strafverfolgung als solche. Ein darüberhinausgehender Anspruch auf eine inhaltliche Korrektur eines Strafurteils im Rahmen einer Wiederaufnahme besteht nicht (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. *1. Kammer d. Zweiten Senats* v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10, Rn. 14; Beschl. d. *3. Kammer d. Zweiten Senats* v. 6.10.2014 – 2 BvR 1568/12, Rn. 15; Beschl. d. *3. Kammer d. Zweiten Senats* v. 19.5.2015 – 2 BvR 987/11, Rn. 24; Beschl. d. *2. Kammer d. Zweiten Senats* v. 15.1.2020 – 2 BvR 1763/16, Rn. 42; vgl. auch Rn. 135; a.A. *Hörnle*, GA 2022, 184 [190 ff.]). Dessen ungeachtet ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht daran gehindert, in Erfüllung und Konkretisierung der ihm obliegenden Schutzpflicht für Leib und Leben bei schwersten Gewaltverbrechen die Möglichkeit der Wiederaufnahme auch nach rechtskräftigem Freispruch und auch jenseits von bestehenden Ansprüchen auf Strafverfolgung zuzulassen, um eine effektive Strafverfolgung zu ermöglichen.

²³ c) Die in § 362 Nr. 5 StPO vorgesehene Wiederaufnahme im Fall völkerrechtlicher Verbrechen effektuiert den staatlichen Strafanspruch im Sinne der Durchsetzung fundamentaler völkerrechtlicher Interessen.

²⁴ aa) § 362 Nr. 5 StPO sieht die Wiederaufnahme für Mord (§ 211 Strafgesetzbuch) und drei völkerstrafrechtliche (Kern-)Verbrechen vor. Es handelt sich um die Straftatbestände des Völkermords (§ 6 Abs. 1 Völkerstrafgesetzbuch), bestimmter Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Völkerstrafgesetzbuch) und von Kriegsverbrechen gegen das Leben einer Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 Völkerstrafgesetzbuch). Diese Straftatbestände hat der deutsche Gesetzgeber im 2002 geschaffenen Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) zusammen mit anderen völkerstrafrechtlichen Tatbeständen geregelt (Völkerstrafgesetzbuch v. 26.6.2002 [BGBl I, S. 2254], geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 22.12.2016 [BGBl I, S. 3150]). Die im Völkerstrafgesetzbuch niedergelegten Verbrechenstatbestände (§§ 6-12 VStGB) unterliegen dem Weltrechtsprinzip (§ 1 VStGB), wonach die Verfolgung dieser Straftaten unabhängig vom Tatort und der Staatsangehörigkeit von Täter und Opfer ist (im Einzelnen dazu *Kreicker*, in: *Eser/Sieber/Kreicker*, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Teilband 7 – Völkerstrafrecht im Ländervergleich, 2006, S. 191 ff.). Die zunehmende Akzeptanz des Weltrechtsprinzips im internationalen wie auch im nationalen Recht ist Teil eines umfassenden Strukturwandels des Völkerrechts, der mit der Anerkennung eines Korpus von Regeln als *ius cogens* einen Konstitutionalisierungsprozess des Völkerrechts eingeleitet hat und der souveränen staatlichen Handlungsfreiheit Grenzen setzt. Das als Geburtsstunde des modernen Völkerstrafrechts geltende Urteil des Internationalen Militärtribunals in Nürnberg von 1946 führte zur raschen Akzeptanz der sogenannten Kernverbrechen (*core crimes*), die auch Gegenstand der §§ 6-13 VStGB sind (vgl. dazu *Ambos*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl. [2022], § 1 VStGB Rn. 1). An diese Entwicklung knüpfte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen an, als er 1993 und 1994 auf der Grundlage von Kapitel VII der UN-Charta den Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (Statut abgedruckt in: BT-Drs. 13/57, dort auch deutsche

Übersetzung) und den *Internationalen Strafgerichtshof* für Ruanda errichtete (Statut abgedruckt in: BT-Drs. 13/7953, dort auch deutsche Übersetzung). Der *Internationale Strafgerichtshof* wurde sodann auf der Grundlage des Römischen Statuts am 17.7.1998 (BGBl II 2000, S. 1393) ins Leben gerufen, das am 1.7.2002 in Kraft trat.

- ²⁵ Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch internationale Strafgerichte ist wegen deren begrenzter Zuständigkeiten und Kapazitäten jedoch immer noch unvollständig. Die Wirksamkeit des Völkerstrafrechts hängt damit entscheidend von seiner dezentralen Anwendung durch die nationalen Strafverfolgungsbehörden ab. Diese Auffassung liegt auch dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch zugrunde, wenn es in der dortigen Gesetzesbegründung heißt: „Das deutsche Völkerstrafgesetzbuch spiegelt die Entwicklung des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts wider und stellt eigenständige, auf die spezifische Rechtsmaterie zugeschnittene strafrechtliche Regelungen bereit. Hierin liegt rechtssystematisch und rechtspolitisch ein erheblicher Fortschritt gegenüber der bisherigen Praxis der Anwendung der allgemeinen deutschen Strafrechtsbestimmungen auf Kernverbrechen nach dem Völkerrecht und zugleich ein Beitrag zur Konsolidierung des Völkerstrafrechts“ (BT-Drs. 14/8524, S. 12).
- ²⁶ bb) Bei völkerrechtlichen Verbrechen geht es nicht nur um den Schutz individueller Interessen, sondern um fundamentale Belange der gesamten Völkerrechtsgemeinschaft. Jeder Staat ist durch völkerrechtliche Verbrechen betroffen; die Rechtsverletzung wirkt erga omnes, verletzt mithin die Rechte aller Staaten, die ein legitimes Interesse daran haben, dass der Frieden, die Sicherheit und das Wohl der Menschheit nicht durch die Begehung völkerrechtlicher Verbrechen gefährdet werden (vgl. *Ambos*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. [2022], § 1 VStGB Rn. 5 f.; *Kreicker*, in: Eser/Sieber/Kreicker, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Teilband 7 – Völkerstrafrecht im Ländervergleich, 2006, S. 20 f. mit zahlreichen Nachweisen). Die Begehung völkerrechtlicher Verbrechen gehört daher ebenso wie die sonstiger schwerer Menschenrechtsverletzungen nicht zu den inneren Angelegenheiten eines Staates. Jedenfalls bei den Kernverbrechen des Völkerstrafrechts – dazu gehören Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gegen das Leben – dürfte jeder Staat als befugt anzusehen sein, diese Verbrechen nach dem Weltrechtsprinzip zu ahnden (vgl. näher dazu und zu den Notwendigkeiten einer entsprechenden transnationalen Koordinierung der Strafverfolgung *Ambos*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. [2022], § 1 VStGB Rn. 14 f., 21 ff.).
- ²⁷ cc) Darüber hinaus bestehen auch staatliche Pflichten zur Verfolgung völkerstrafrechtlicher Verbrechen, darunter auch derjenigen, die von § 362 Nr. 5 StPO erfasst werden. Sie folgen für die Bundesrepublik Deutschland aus völkerrechtlichen Verträgen, die sie ratifiziert hat (vgl. betreffend den Völkermord die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermords vom 9.12.1948 [BGBl II 1954, S. 730]; für Kriegsverbrechen sind die Genfer Abkommen I-IV vom 12.8.1949 [BGBl II 1954, S. 781, 783, 813, 838, 917] und das I. Zusatzprotokoll zu diesen Abkommen vom 8.6.1977 [BGBl II 1990, S. 1551] maßgeblich; vgl. im Einzelnen dazu *Kreicker*, in: Eser/Sieber/Kreicker, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Teilband 7 – Völkerstrafrecht im Ländervergleich, S. 9 ff.). Daneben folgen Strafverfolgungspflichten für völkerrechtliche Verbrechen nach verbreiteter, wenn auch nicht unbestrittener Auffassung auch aus dem Völkergewohnheitsrecht, wenn auch beschränkt auf Taten eigener Staatsangehöriger und begrenzt auf den Tatort- und Aufenthaltsstaat des Beschuldigten (vgl. *Kreicker*, in: Eser/Sieber/Kreicker, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Teilband 7 – Völkerstrafrecht im Ländervergleich, S. 12 ff. m.w.N. zum Meinungsstand). Das nationale Recht trägt diesen Verpflichtungen durch die Aufnahme entsprechender Straftatbestände in das Völkerstrafgesetzbuch Rechnung (§§ 6-8 VStGB). § 1 VStGB erstreckt die deutsche materielle Strafgewalt entsprechend dem Weltrechtsprinzip allerdings auch darüber hinaus auf völkerrechtliche Verbrechen unabhängig von Tatort und Staatsangehörigkeit von Opfer und Täter. Bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen werden die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte nicht nur im nationalen, sondern zugleich im Interesse der gesamten Staatengemeinschaft, als Teil eines Völkerstrafjustizsystems („international criminal justice system“, vgl. *Ambos*, in: MüKo-StGB, § 1 VStGB Rn. 2) tätig. Das Völkerstrafrecht verlangt dabei, dass die Strafverfolgung effektiv und die verhängten Sanktionen gegen Beschuldigte tat- und schuldangemessen sind.
- ²⁸ Die Möglichkeit der Wiederaufnahme nach rechtskräftigem Freispruch durch ein deutsches Gericht im Fall von Nova, die dringende Gründe dafür bieten, dass eine Verurteilung wegen einer der von § 362 Nr. 5 StPO erfassten völkerrechtlichen Kernverbrechen erfolgen wird, dient der Stärkung der strafrechtlichen Verfolgung dieser Taten und damit der Vermeidung der Straflösstellung der Täter. Letzteres ist – wie gezeigt – zentrales Anliegen des modernen Völkerstrafrechts. Gerade im Zusammenhang mit der typischerweise besonders schwierigen Aufklärung der von § 362 Nr. 5 StPO erfassten völkerrechtlichen Verbrechen, deren Begehung regelmäßig im Kontext von internationalen oder innerstaatlichen gewaltsamen Auseinandersetzungen steht, ist davon auszugehen, dass beweiskräftige Nova nicht selten erst Jahre nach den Taten verfügbar sind oder erst später entwickelte Software in gespeichertem Datenmaterial völkerstrafrechtliche Zusammenhänge sicher erkennen kann, die bis dahin verborgen geblieben sind (zur Bedeutung digitaler Beweismittel bei der Aufklärung derartiger Verbrechen vgl. *Koenig*, JICJ 2022, S. 829 ff.; *D’Alessandra/Sutherland*, JICJ 2021, S. 9 ff.; *Freeman*, JICJ 2021, S. 35 ff.). Auch vor diesem Hintergrund kann die Regelung des § 362 Nr. 5 StPO als Ausdruck eines völkerrechtsfreundlichen Verständnisses des staatlichen Strafanspruches im Sinne von dessen weiterer Effektivierung verstanden werden.
- ²⁹ dd) Das hier beschriebene Verständnis der Reichweite des staatlichen Strafanspruches steht im Einklang mit dem geltenden Völkerstrafrecht, soweit dieses die innerstaatliche Geltung des Grundsatzes *ne bis in idem* (d.h. das Verbot der Mehrfachverfolgung durch innerstaatliche Gerichte)

betrifft. Die transnationale Geltung des *ne bis in idem*-Grundsatzes ist nicht Gegenstand des Schutzgehalts von Art. 103 Abs. 3 GG. Die Möglichkeit, das Mehrfachverfolgungsverbot in begründeten Einzelfällen und unter engen Voraussetzungen innerhalb des nationalen Rechtsraums einzuschränken, ist in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR, BGBl II 1973, S. 1553) anerkannt. Das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK (im Folgenden: 7. ZP-EMRK), das die Bundesrepublik Deutschland allerdings bislang nicht ratifiziert hat, trat im Jahr 1988 in Kraft und enthält im Wesentlichen Ergänzungen der Justiz- und Verfahrensgarantien der Art. 5-7 EMRK. Art. 4 Abs. 2 7. ZP-EMRK erlaubt die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten, wenn neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das Verfahren schwerwiegende Mängel aufwies. Eine derartige Einschränkung fehlt in Art. 14 Abs. 7 IPbPR, doch sollen auch nach dieser Bestimmung außergewöhnliche Umstände eine Wiederaufnahme rechtfertigen (vgl. *Kadelbach*, in: *Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 3. Aufl. [2022], Kap. 29 Rn. 36). Mit der Schaffung des § 362 Nr. 5 StPO zur Wiederaufnahme propter nova bewegt sich der Gesetzgeber in dem von Art. 4 Abs. 2 7. ZP-EMRK vorgegebenen Rahmen.

³⁰ Auch der in Art. 50 der Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRCh) verankerte Grundsatz *ne bis in idem*, dessen Anwendbarkeit ohnehin nur in Betracht kommt, wenn es um die Anwendung und Durchführung von Unionsrecht geht, soll den üblichen Regeln zur Rechtfertigung von Eingriffen nach Art. 52 Abs. 1 GRCh unterliegen, also verhältnismäßigen Einschränkungen im Interesse überwiegender Gemeinwohlbelange zugänglich sein (vgl. *Kadelbach*, in: *Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 3. Aufl. [2022], Kap. 29 Rn. 40). Ein über Art. 103 Abs. 3 GG hinausgehender Schutz wird Art. 50 GRCh jedenfalls nicht entnommen. Dies gilt auch, soweit über Art. 52 Abs. 3 GRCh die Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 7. ZP-EMRK herangezogen wird (vgl. *Jarass*, *NSZ* 2012, 611 [616]).

³¹ ee) Die Strafverfahrensordnungen zahlreicher europäischer Länder lassen die Wiederaufnahme propter nova zuungunsten der betroffenen Person zu. Eine rechtsvergleichende Analyse, die auf den Ergebnissen einer Anfrage des *BVerfG* im Rahmen des vorliegenden Verfahrens an die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission) sowie auf den Ausarbeitungen der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages beruht (WD 7 – 3000 – 262/18 und WD 7 – 3000 – 007/22) und insgesamt 32 (im Wesentlichen europäische) Staaten in den Blick nimmt (vgl. Rn. 20 f. des Urteils), ergibt, dass eine Wiederaufnahme zuungunsten des Betroffenen in der Mehrheit der betrachteten Staaten möglich ist. In nur sieben Staaten ist die ungünstige Wiederaufnahme insgesamt unzulässig. In weiteren sieben Staaten ist eine ungünstige Wiederaufnahme eines Strafverfahrens beschränkt auf gefälschte Beweismittel, Falschaussagen oder andere Verfahrensfehler wie Korruption, Bestechung oder Amtsmissbrauch. In 17 der untersuchten Staaten ist dagegen,

wenngleich mit Unterschieden in den Einzelheiten, eine ungünstige Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel möglich.

³² 5. Ob § 362 Nr. 5 StPO in seiner konkreten Ausgestaltung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne genügt (a) und sich als hinreichend bestimmt erweist (b), bedürfte näherer Betrachtung.

³³ a) aa) Von der Wiederaufnahme gemäß § 362 Nr. 5 StPO geht eine erhebliche Beeinträchtigung der durch Art. 103 Abs. 3 GG gewährleisteten individuellen Rechtssicherheit des Freigesprochenen aus. Sie darf nicht zu unzumutbaren Risiken für die Betroffenen führen, ihr Leben lang unter dem Damoklesschwert eines erneuten Strafverfahrens leben zu müssen, ohne dass hierfür ein hinreichender Grund gegeben wäre, der vor der Verfassung Bestand hat. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordert es daher, dass an die Wiederaufnahme propter nova nach rechtskräftigem Freispruch sehr hohe Anforderungen gestellt werden, die Ausdruck des besonderen Gewichts sind, das der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs in den erfassten Konstellationen zukommt. Dieser Anforderung ist zunächst dadurch genügt, dass eine Wiederaufnahme in § 362 Nr. 5 StPO nur bei schwersten Verbrechen vorgesehen ist. Betroffen sind nur Mord und völkerrechtliche Kernverbrechen wie Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gegen eine Person. Erfasst sind nur vollendete Taten und die täterschaftliche Begehung (vgl. *BT-Drs.* 19/30399, S. 10). Es handelt sich sämtlich um unverjährende Straftaten, die besonders schweres Unrecht darstellen und durchweg mit der Höchststrafe, das heißt lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind. Wie bei § 362 Nr. 4 StPO ist auch bei § 362 Nr. 5 StPO Voraussetzung, dass der Beschuldigte im früheren Verfahren freigesprochen worden ist; bei einer lediglich zu milden Verurteilung ist eine Wiederaufnahme ausgeschlossen. Eine Wiederaufnahme kommt daher nicht in Betracht, wenn der Beschuldigte damals etwa wegen Totschlags verurteilt worden ist und nunmehr Beweise aufgetaucht sind, die dringende Gründe für einen Mordvorwurf bilden.

³⁴ bb) Dem Ausnahmecharakter der Wiederaufnahme und der Notwendigkeit des Schutzes des Betroffenen wird auch durch das zweistufige Verfahren (§ 368 Abs. 1, § 370 Abs. 1 StPO) Rechnung getragen, in dessen Rahmen die neuen Tatsachen und Beweismittel im konkreten Einzelfall einer qualifizierten Überprüfung anhand der Anforderungen des § 362 Nr. 5 StPO unterzogen werden. Eine vorschnelle und übermäßige Inanspruchnahme dieses exceptionellen Korrekturinstrumentes dürfte damit ausgeschlossen sein. Bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Betroffenen nach § 362 Nr. 5 StPO kann der Antrag nur von der Staatsanwaltschaft, nicht etwa von Nebenklägern gestellt werden. Sowohl der Beschluss im Aditionsals auch im Probationsverfahren sind mit der Beschwerde anfechtbar (§ 372 i.V.m. § 311 Abs. 2 StPO).

³⁵ cc) Die Angemessenheit des § 362 Nr. 5 StPO in Hinblick auf die Schwere der Beeinträchtigung der Rechte der Be-

troffenen setzt weiter voraus, dass Sicherungsmechanismen vorgesehen sind, die bestmöglich gewährleisten, dass ein Unschuldiger nicht ein zweites Mal einem Strafverfahren wegen derselben Tat unterworfen wird. Diese Anforderung dürfte nur dann erfüllt sein, wenn die neuen Beweismittel von einer solchen Qualität sind, dass eine Verurteilung mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (vgl. *Hörnle*, GA 2022, 184 [193 f.]). Zu Recht wird an dieser Stelle verlangt, dass die neuen Tatsachen oder Beweismittel Sachverhaltskonstruktion oder Beweislage grundlegend ändern müssen. In der mündlichen Verhandlung hat die Sachverständige (...) in diesem Zusammenhang von „compelling evidence“, von einem „game changer“ gesprochen, der die Beweislage in einem völlig anderen Licht erscheinen lassen müsse und damit eine Verurteilung als hoch wahrscheinlich erscheinen lasse (vgl. auch *Hörnle*, GA 2022, 184 [193 f.]). Zu prüfen wäre daher, ob der Wortlaut der Norm hinter diesem Erfordernis zurückbleibt, wenn es dort heißt, dass die neuen Beweismittel und Tatsachen dringende Gründe für die Annahme bilden (müssen), dass der Freigesprochene verurteilt wird. Das *OLG Celle* möchte an dieser Stelle eine ganz überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Verurteilung genügen lassen (Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22, Rn. 35; ebenso *Gärditz*, Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“, Anlage zum Wortprotokoll der 160. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 21.6.2021, Protokoll-Nr. 19/160, S. 53 [58]). In der Begründung zum Gesetzentwurf wird indes nur eine „große Wahrscheinlichkeit“ einer Verurteilung gefordert und zur Präzisierung auf den dringenden Tatverdacht nach den §§ 112, 112a StPO als Voraussetzung für den Erlass eines Haftbefehls verwiesen (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 10). Ob vor diesem Hintergrund eine verfassungskonforme Auslegung des § 362 Nr. 5 StPO in Betracht kommt, die die Norm vor dem Verdikt der Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne bewahrt, bedürfte näherer Betrachtung, von der angesichts der Auffassung der Senatsmehrheit zur Verfassungswidrigkeit der Norm abgesehen wird.

³⁶ dd) Dies gilt in Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Norm auch für die Frage nach einer Kompensation der mit der Durchführung eines zweiten Verfahrens verbundenen Belastung bei der Strafzumessung. Vorgeschlagen wird hier eine Anwendung der *BGH*-Rechtsprechung zur Strafmilderung bei außergewöhnlichen Umständen des Falles nach Maßgabe der sogenannten Rechtsfolgenlösung (BGHSt 30, 105; näher zu der Rechtsprechung des *BGH* und der Zulässigkeit einer solchen Rechtsfortbildung *Schneider*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. [2021], § 211 Rn. 39 ff.). Im Fall der Wiederaufnahme soll nach allerdings umstrittener Ansicht ein Anwendungsfall für eine solche außergesetzliche Strafrahmenermilderung bei der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe vorliegen (in diesem Sinne *Hörnle*, GA 2022, 184 [193]). Ob unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ein solches Vorgehen geboten und der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet wäre, dies im Normtext sicherzustellen, bleibt einer näheren Prüfung vorbehalten.

³⁷ b) Zuletzt stellen sich Fragen in Hinblick auf die Bestimmtheit von § 362 Nr. 5 StPO. Die Norm stellt für die Wiederaufnahme auf „neue Tatsachen und Beweismittel (...), die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden“, dass eine Verurteilung wegen der dort erfassten Verbrechen erfolgen wird, ab. Mit dieser Formulierung greift der Gesetzgeber auf § 359 Nr. 5 StPO zurück, der die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten regelt und zu Recht geringe Anforderungen an die Neuheit der Beweismittel stellt. Danach gilt jedes Beweismittel als neu, das bei der ersten Entscheidung nicht berücksichtigt worden ist (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer d. Zweiten Senats v. 14.9.2006 – 2 BvR 123/06 u.a., Rn. 20). Dazu können auch Tatsachen gehören, die in der Hauptverhandlung Gegenstand der Erörterung waren, aber unter Verstoß gegen § 261 StPO in der Entscheidung nicht berücksichtigt worden sind (vgl. *Hoven*, JZ 2021, 1154 [1161] m.w.N. zur Rechtsprechung). Ein solches Verständnis von Nova würde eine Anwendung von § 362 Nr. 5 StPO in einem Umfang ermöglichen, die dem Ausnahmecharakter der Norm und dem Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG nicht gerecht würde. Desgleichen dürften solche Beweismittel im Rahmen einer ungünstigen Wiederaufnahme ausscheiden, die zwar im früheren Verfahren schon verfügbar gewesen wären, aber aufgrund von Versäumnissen im Ermittlungsverfahren oder des Gerichts unberücksichtigt geblieben sind (vgl. in diesem Sinne *Tiemann*, in: KK-StPO, § 362 Rn. 19a). Vor diesem Hintergrund bestehen Bedenken, ob § 362 Nr. 5 StPO dem verfassungsrechtlichen Gebot genügt, dass Grundrechtseingriffe durch den Gesetzgeber selbst entschieden werden müssen und nicht der Auslegung und Anwendung durch die Gerichte überlassen bleiben dürfen.

³⁸ 6. Unabhängig von bestehenden Zweifeln an der Vereinbarkeit der konkreten Ausgestaltung der streitgegenständlichen Norm mit den Grundsätzen von Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit liegt ein Verstoß gegen das Verbot der echten Rückwirkung aus Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 103 Abs. 3 GG vor. Der Argumentation des Senats, der wir uns anschließen, ist nur Folgendes hinzuzufügen. Auch nach unserer Ansicht ist nicht ersichtlich, dass es zur Vermeidung einer Beeinträchtigung der Rechtstreue der Bevölkerung und des Vertrauens in die Gerechtigkeit und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung (vgl. *BVerfGE* 156, 354 [410 f. Rn. 151] – Vermögensabschöpfung) erforderlich wäre, die Wiederaufnahme propter nova auch auf in der Vergangenheit mit einem Freispruch rechtskräftig abgeschlossene Verfahren zu erstrecken. Diese Feststellung gewinnt aber nicht zuletzt dadurch an Überzeugungskraft, dass es dem Gesetzgeber nach unserer Ansicht für die Zukunft offensteht – im Rahmen der im Vorangegangenen aufgezeigten engen verfassungsrechtlichen Grenzen –, eine Ergänzung der bestehenden Wiederaufnahmetatbestände propter nova im Fall schwerster Verbrechen (vgl. Rn. 33 der abweichenden Meinung) vorzusehen und damit eine Regelung zu schaffen, die dem staatlichen Strafanspruch ausnahmsweise den Vorrang vor der Rechtssicherheit einräumt.

[...]

Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG zu § 362 Nr. 5 StPO

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Mit Urteil vom 31. Oktober 2023 hat der 2. Senat des BVerfG die im Dezember 2021 durch „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ eingeführte Vorschrift § 362 Nr. 5 StPO für mit dem Grundgesetz unvereinbar und deshalb nichtig erklärt. Erwartungsgemäß waren die Reaktionen auf diese Entscheidung nicht nur zustimmende. Die vorliegende Anmerkung wendet sich nicht gegen das Ergebnis, setzt sich aber – auch kritisch – mit einigen Teilen der Entscheidungsbegründung sowie den Erwidierungen der beiden abweichend votierenden Senatsmitglieder auseinander.

I. Erste Reaktionen in Medien

Von Demonstrationen durch die Karlsruher Innenstadt, von wütenden Protesten aufgebrachter Bürger vor dem Bundesverfassungsgericht, von gar schlimmeren Ereignissen, die Zorn und Empörung der Menschen zum Ausdruck bringen, haben die Medien nach dem 31. Oktober 2023 nicht berichtet. Das ist gut. Die ablehnenden Reaktionen auf die Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsbeschwerde, mit der die Grundgesetzwidrigkeit des § 362 Nr. 5 StPO geltend gemacht wurde, beschränken sich auf friedliche und anständige Kundgaben einer durchaus verständlichen Enttäuschung und Verärgerung. Dass man ob der Entscheidung auch wütend und erzürnt sein dürfe, suggeriert ein nicht unwidersprochen bleibender Kommentar, den der von mir ansonsten sehr geschätzte Reinhard Müller auf der ersten Seite der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (FAZ) vom 1. November 2023 zu dem Urteil abgegeben hat. Sein Text beginnt mit den Sätzen: „Wenn zwei Hamas-Terroristen in Deutschland wegen bestialischer Völkermord-Verbrechen angeklagt, aus Mangel an Beweisen aber freigesprochen werden – und dann später einer die Tat gesteht, dann kann er noch einmal vor Gericht gestellt werden, der andere nicht, auch wenn gewichtige Beweise auftauchen.“ So kurz nach dem 7. Oktober mit noch frischen Gedanken an die schrecklichen Ereignisse in unseren Köpfen sind solche Bemerkungen natürlich bestens geeignet, heftige Emotionen von Lesern, die – das unterstelle ich einmal – überwiegend nicht über profundes juristisches Fachwissen zu diesem Thema verfügen, zu wecken. Ohnehin war bereits vor dem Karlsruher Richterspruch klar, dass eine Entscheidung, wie sie jetzt ergangen ist, in der Bevölkerung und auch in der Fachwelt auf massive Ablehnung stoßen würde. Die dissenting votes der beiden Senatsmitglieder haben dieser Einstellung neue Nahrung gegeben, wie der Text in der FAZ, der Argumente aus dem Sondervotum aufgreift, bestätigt. Bevor dieses und die Begründung der

Senatsmehrheit hier einer näheren Analyse unterzogen wird, sind jedoch einige berichtigende und ergänzende Erläuterungen zu den Ausführungen Reinhard Müllers notwendig.

Es stimmt nicht, dass mutmaßliche Hamas-Terroristen nach dem Freispruch eines deutschen Strafgerichts nicht mehr wegen ihrer erst später beweisbar gewordenen Verbrechen vor Gericht gestellt werden können. Das gilt nur für Verfahren vor deutschen Strafgerichten und solchen in EU-Mitgliedsstaaten. Art. 103 Abs. 3 GG steht einem erneuten Strafverfahren in Deutschland entgegen. Art. 54 SDÜ und Art. 50 GrCh erweitern diesen Strafklageverbrauch auf das Gebiet der EU. Eine Verfolgung und Verurteilung beispielsweise in Österreich oder Frankreich wäre also ebenso ausgeschlossen. Aber eine Anklage vor einem Strafgericht in Israel (oder in den Vereinigten Staaten) dürfte faktisch möglich und rechtlich zulässig sein. So weit geht die Reichweite deutscher und europäischer ne-is-in-idem-Normen nicht. Was läge in einem solchen Fall also näher, als die von deutscher Seite vollmundig bekundete Solidarität durch reale Maßnahmen zu manifestieren und ein Auslieferungsverfahren anzustoßen? Da dieses jedoch nach einem Urteil in Deutschland gemäß § 9 Nr. 1 IRG nicht mehr zulässig wäre, sollte die Auslieferung erfolgen, bevor in Deutschland eine zuständige Staatsanwaltschaft beschließt, gegen den Verdächtigen ein Strafverfahren einzuleiten. Nach einem Urteil wäre nur noch eine rechtlich fragwürdige Aktion wie im Fall *Adolf Eichmann*¹ oder auch im Fall *Krombach/Bamberski*² zielführend. Wieso sollte überhaupt ein Strafverfahren in Deutschland eingeleitet werden, wenn die Beweislage unsicher ist und die Menschen, die als Zeugen etwas zur Wahrheitsfindung beitragen könnten, überwiegend in Israel lebende Staatsbürger jüdischen Glaubens sind? Muss man ihnen die vielleicht nicht ungefährliche Reise nach Deutschland zumuten, um sie vor dem Gericht ihre Aussage machen zu lassen? Soll umgekehrt das Gericht samt Staatsanwaltschaft, Verteidigung usw. sich nach Israel begeben, um dort erforderliche Tatortbesichtigungen und Zeugenbefragungen vorzunehmen? Das Beispiel ist also wenig durchdacht, basiert mutmaßlich auf der Ausblendung möglicherweise (nicht) vorhandener Rechtskenntnisse und soll die Adressaten ebenfalls vom Nachdenken abhalten. Derartige Appelle an das Gerechtigkeitsempfinden sind der Aufruf zu gefühlsgeleitetem Gemurre unkundiger Zeitgenossen, für das Politiker – wie die jüngere Gesetzgebungsgeschichte zeigt – durchaus empfänglich sind. Viele bezeichnen so etwas als Populismus. Ich bevorzuge das Wort Irrationalismus. Reinhard

* Der Verfasser ist – seit 2021 emeritierter – Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ Dazu Baumann, JZ 1963, 110 (117).

² Dazu Mitsch, in: FS Rogall, 2018, S. 575 ff.

Müllers Beispiel hält einer nüchtern vernünftigen Würdigung nicht stand. Der Text will nicht aufklären, sondern manipulieren. Die Behauptung von „Wertungswidersprüchen“, die durch die Rechtslage nach dem *BVerfG*-Urteil angeblich entstehen, beruht auf mangelnder Reflexion über die Unterschiede der in § 362 StPO normierten Wiederaufnahmegründe. Ein Urteil, das auf Grundlage einer vom Gericht verwerteten gefälschten Urkunde erging (§ 362 Nr. 1 StPO), ist falsch und leidet an dem Makel einer zumindest objektiv unrichtigen Würdigung der Beweislage durch das Gericht. Ein Freispruch, dessen Unrichtigkeit erst durch neue Erkenntnisse sichtbar wird, die dem Gericht seinerzeit nicht zur Verfügung standen (§ 362 Nr. 5 StPO), ist – soweit das Verfahren im Übrigen rechtskonform durchgeführt wurde – in jeder Hinsicht einwandfrei. Sähe die Strafprozessordnung eine dritte Rechtsmittelinstanz nach der Revision (§§ 331 ff StPO) – eine „Superrevision“ – vor, hätte ein Beschwerdeführer mit diesem Rechtsmittel keinen Erfolg. Von einem Wertungswiderspruch kann also keine Rede sein. Dieser könnte allenfalls im Verhältnis zu § 362 Nr. 4 StPO bestehen, siehe das Eingangsbeispiel. Um einen Wertungswiderspruch zwischen x und y zu beseitigen, gibt es aber immer drei Lösungsvarianten: Man ändert bzw. beseitigt x oder man ändert bzw. beseitigt y oder man ändert bzw. beseitigt sowohl x als auch y. Das *BVerfG* hat eine Beseitigung des § 362 Nr. 5 StPO bewirkt. Der angebliche Wertungswiderspruch zu § 362 Nr. 4 StPO wäre auch durch Beseitigung des § 362 Nr. 4 StPO oder durch Beseitigung von § 362 Nr. 4 StPO und § 362 Nr. 5 StPO behoben worden. Diskutabel wäre sogar eine völlige Aufhebung des gesamten § 362 StPO. Verteidiger der Entscheidung des *BVerfG* werden durch Attacken wie den Text in der FAZ vor keine unlösbaren Herausforderungen gestellt. Das ist bei den Sondervoten, die Richter *Peter Müller* und Richterin *Christine Langenfeld* der Senatsentscheidung hinzugefügt haben, anders.

II. Sondervoten Langenfeld/Müller

Die beiden abweichenden Richter schließen sich der Senats-Entscheidung im Ergebnis an, weil und soweit sie wie ihre Kollegen einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Verbot echter Rückwirkung sehen. Im Übrigen und vor allem in einem zentralen Punkt vermögen sie der von der Senatsmehrheit getragenen Begründung nicht zu folgen. Die von dieser behauptete Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG stehe im Widerspruch zu der als unbedenklich akzeptierten Durchbrechung des Strafklaageverbrauchs in § 362 Nr. 1 bis 4 StPO. Das klingt bestechend überzeugend. Wie sollte die Geltung dieser Normen im Schatten des Art. 103 Abs. 3 GG erklärt werden, wenn nicht als Resultat einer Abwägung gewichtiger Gegeninteressen mit den Interessen, denen der Schutz, den der Strafklaageverbrauch dem Angeklagten gewährleistet, seine Anerkennung verdankt? Wäre Gesetzgebung auf Grundlage einer solchen Abwägung bei Art. 103 Abs. 3 GG unzulässig, dürfte es § 362 StPO insgesamt nicht geben. Dass die Gründe, die hinter § 362 Nr. 1 bis 4 StPO stehen, erheblich schwerer wiegen, als die, mit denen die *lex Friederike von Möhlmann* auf den Weg gebracht

wurde, müsste untersucht werden. Evident ist es meiner Ansicht nach nicht. *Langenfeld* und *Müller* wollen § 362 Nr. 1 bis 4 StPO unangetastet lassen, weil das natürlich eine Voraussetzung des von ihnen unterstützten Strebens nach einer Wiederbelebung des § 362 Nr. 5 StPO ist, die nach der Karlsruher Entscheidung wohl nur noch im Wege einer Grundgesetzänderung möglich ist (s.u. IV.). Bräche § 362 Nr. 1 bis 4 StPO weg, gäbe es auch für § 362 Nr. 5 StPO kein Fundament mehr. Dass über eine Abschaffung der Wiederaufnahmegründe § 362 Nr. 1 bis 4 StPO diskutiert werden sollte, wird gerade durch die Ausführungen im abweichenden Votum nahegelegt. § 362 Nr. 1 bis 3 StPO betreffe Fälle eines auf „schweren Verfahrensmängeln“ beruhenden Urteils. Ob man von einem „Verfahrensmangel“ überhaupt sprechen kann, wenn im Beweisverfahren nicht ein staatliches Strafverfolgungsorgan einen Fehler gemacht hat, sondern – so in den Fällen § 362 Nr. 1, 2 StPO – die Wahrheitsfindung durch Fehlverhalten eines Bürgers beeinträchtigt wurde, ist zweifelhaft. Zweifellos justiziell zu verantwortende fehlerhafte Verfahrensdurchführung liegt allein im Fall des § 362 Nr. 3 StPO vor. Zweifelhafte ist die unkonkret geltend gemacht „Schwere“ des Verfahrensmangels, wenn man sich einmal vor Augen führt, welche gravierenden Fehler bei der Urteilsfindung nach der geltenden Regelung kein Wiederaufnahmegrund sind. Die Missachtung eines – z.B. auf Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO³ oder § 136a StPO beruhenden – Verwertungsverbotes, die dazu geführt hat, dass von zwei Mitangeklagten einer verurteilt und der andere freigesprochen wurde, ist nur ein Beispiel, dem gewiss weitere hinzugefügt werden können. Mit Blick auf § 362 Nr. 3 StPO drängt sich die Frage auf, wieso eine nachgewiesene Strafvereitelung im Amt eines am Verfahren beteiligten Staatsanwalts für eine Wiederaufnahme nicht reichen soll. Wenn schon das Kriterium „schwerer Verfahrensmangel“ die Ausgestaltung der Wiederaufnahmegründe leiten soll, dann müssten nicht nur die vier Varianten des § 362 StPO, sondern auch zahlreiche nicht berücksichtigte Arten von Verfahrensfehlern auf den Prüfstand gestellt und § 362 StPO gegebenenfalls völlig neu gefasst werden.

Viele betonen die Wichtigkeit des Rechtsfriedens, der durch Art. 103 Abs. 3 GG gesichert werden soll, der aber – so die Verfassungsrichter *Langenfeld* und *Müller* – auch umgekehrt erschüttert werden könne, wenn ein vom Vorwurf einer äußerst schweren Straftat Freigesprochener trotz erdrückender Beweise straflos bleibe. Der Rechtsfrieden hat also einen janusköpfigen Charakter: in beide Richtungen scheint er Beachtlichkeit auszustrahlen, was seiner Tauglichkeit als Quelle durchschlagender Argumentation für keine der beiden entgegengesetzten Auffassungen zuträglich ist. Rechtsfriedenstörend kann je nach Ergebnis die Durchführung des Wiederaufnahmeverfahrens selbst sein. Stellt man sich vor, im Fall *Friederike von Möhlmann* wäre die Wiederaufnahme gemäß § 362 Nr. 5 StPO zugelassen, der Angeklagte jedoch in der Hauptverhandlung erneut freigesprochen worden, wären Enttäuschung und Frustration auf Seiten der Wiederaufnahme-Befürworter wahrscheinlich noch stärker, als wenn die Wiederaufnahme abgelehnt worden wäre. Zu der Störung

³ BGHSt 38, 214.

des Rechtsfriedens derer, die mit dem rechtskräftigen Freispruch die Sache ein für allemal ruhen lassen wollen, käme noch der Ärger über einen „ungerechten“ Freispruch hinzu. Auch die Anwendung des § 359 StPO kann einen friedensstörenden Effekt haben, wenn sie einem Angeklagten zugute kommt, dessen Verurteilung evident richtig war, für dessen erneute Verurteilung im wiederaufgenommenen Verfahren aber keine tragfähige Beweislage mehr bestand. Das Argumentieren mit dem „Rechtsfrieden“ steht also ein wenig im Verdacht, nach Belieben für das jeweils gewünschte Ergebnis eingesetzt werden zu können.

III. Senatsmehrheit

Die Senatsmitglieder *Langenfeld* und *Müller* haben schon deutlich gemacht, dass die von ihren Kollegen getragene Entscheidungsbegründung an manchen Stellen berechtigte Kritik hervorruft. Einige Gedanken seien dem hier hinzugefügt.

1. Rechtssicherheit

Der *Senat* schreibt dem „Prinzip der Rechtssicherheit“ eine rein individualschützende Wirkrichtung zu, die einseitig den Freigesprochenen begünstigt und vor einer Verschlechterung seiner durch das rechtskräftig abgeschlossene Verfahren hergestellten Rechtsposition bewahrt. Rechtssicherheit kann man aber auch als Gegenstand eines überindividuellen Interesses in dem Sinne verstehen, dass der rechtskräftige Abschluss eines Verfahrens allgemein und jedem die endgültige Beendigung der justiziellem Befassung mit dem Verfahrensgegenstand zusichert und dass sich jeder darauf verlassen kann. Deshalb könnten auch die in § 359 StPO aufgeführten Gründe für eine Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten danach hinterfragt werden, ob ihre Berücksichtigung nicht der Rechtssicherheit zuwiderläuft und es daher diese Wiederaufnahmemöglichkeit nicht geben dürfte. Wäre im Fall *Friederike von Möhlmann* der Angeklagte bereits in dem ersten Verfahren rechtskräftig verurteilt worden, würde eine auf § 359 Nr. 5 StPO gestützte Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten jedenfalls die Angehörigen der Getöteten in ihrem Vertrauen auf Rechtssicherheit erschüttern. „Rechtssicherheit“ ist deshalb meines Erachtens zu schwach, um die vom *Senat* behauptete „Abwägungsfestigkeit“ bzw. – sofern man eine Abwägung doch zulässt – das wesentliche Überwiegen der hinter Art. 103 Abs. 3 GG stehenden Interessen allein gegenüber einer Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten zu begründen. Warum Rechtssicherheit bei § 362 Nr. 5 StPO der Wiederaufnahme entgegenstehen soll, bei § 359 Nr. 5 StPO hingegen nicht, leuchtet nicht unmittelbar ein. Es muss also einen Unterschied geben, der bewirkt, dass der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in beiden Fällen unterschiedliches Gewicht hat.

Der *Senat* hat im Ergebnis zu Recht auf diesen Unterschied abgestellt. Anders als in den Fällen des § 362 Nr. 5 StPO betrifft die Wiederaufnahme gemäß § 359 Nr. 5 StPO einen Beschuldigten, der auf den Schutz⁴ der Rechtssicherheit verzichtet sowie auch dann, wenn nicht er, sondern die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Wiederaufnahme stellt (§ 365, 296 StPO) an diesem Schutz kein Interesse hat. Deshalb ist es hier leichter, die Hürde des entgegenstehenden Rechtssicherheitsprinzips zu überwinden.

2. Schwerwiegende Mängel des aufzuhebenden Urteils

Der *Senat* bemüht sich ersichtlich, einen Keil zwischen § 362 Nr. 5 StPO und § 362 Nr. 1 bis 4 StPO zu treiben und letztere gegen die selbst postulierte Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG abzuschirmen. Der „begrenzte Schutzgehalt“ des Art. 103 Abs. 3 GG schließe es nicht aus, ein „mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarendes Urteil“ aufzuheben. Abgesehen davon, dass über die rechtsstaatliche Inakzeptabilität der auf den in § 362 Nr. 1 bis 3 StPO benannten Mängeln beruhenden Urteile gestritten werden kann, fragt man sich, wo eigentlich der Unterschied z.B. zwischen § 362 Nr. 1 StPO und § 362 Nr. 5 StPO besteht. Dass das Urteil auf der richterlichen Würdigung einer gefälschten Urkunde beruht, ist ebenfalls eine Erkenntnis, die wie die Kenntnis von „Tatsachen und Beweismitteln“ erst nach Eintritt der Rechtskraft gewonnen wurde. Ist es weniger unvereinbar mit rechtsstaatlichen Grundsätzen, wenn ein von den Kollegen eines angeklagten Polizeibeamten mit Methoden des § 136a Abs. 1 StPO eingeschüchterter Belastungszeuge sich dem Verfahren durch Untertauchen entzogen hat und der Angeklagte daraufhin freigesprochen wurde? Bricht dieser Zeuge Jahre später sein Schweigen, wäre das nach § 362 Nr. 5 StPO berücksichtigungsfähig. Ob das Urteil „justizförmig zustande gekommen“ ist? Wenn nein, müsste trotz jetziger Aufhebung des § 362 Nr. 5 StPO das Tor offen sein für einen neuen Anlauf zur Schaffung einer Norm, die so restriktiv gestaltet ist, dass sie nur Fälle erfasst, in denen dieselben Gründe abgebildet sind, die das Durchbrechen des Art. 103 Abs. 3 GG durch § 362 Nr. 1 bis 3 StPO nach Ansicht des *BVerfG* erlauben. Die Senatsmehrheit behauptet, neue Tatsachen oder Beweismittel zögen die Rechtsförmigkeit und Rechtsstaatlichkeit des vorausgegangenen Strafverfahrens nicht in Zweifel und begründeten daher auch keinen schwerwiegenden Mangel der ergangenen Entscheidung. Das hängt aber davon ab, wie man den Begriff „Tatsachen“ definiert. Was spricht dagegen, schwere Verstöße gegen Verfahrensrecht – Unterdrückung belastenden Beweismaterials durch die Staatsanwaltschaft – diesem Begriff zuzuordnen, wenn nicht nur das Beweismaterial, sondern auch die Ursache seiner Nichtverwendung im Verfahren erst nach dessen rechtskräftigem Abschluss bekannt werden? Sofern eine Wiederaufnahme nicht möglich ist – was nach Aufhebung

⁴ Natürlich kann man darüber streiten, ob die Unabänderbarkeit einer Verurteilung dem Verurteilten gegenüber als „Schutz“ bezeichnet werden kann. Da schon das Strafverfahren selbst ungeachtet seines prognostizierbaren Ausgangs für den Beschuldigten eine Belastung ist und die Rechtskraft dem Verurteilten „Ruhe“ verspricht, wird man das wohl tun können.

des § 362 Nr. 5 StPO der Fall ist – müssen alle damit leben, dass das Urteil nicht mit „rechtsstaatlichen Grundsätzen zu vereinbaren“, nicht „justizförmig“, sondern auf Grund eines mit schwerwiegenden Mängeln behafteten Verfahrens zustande gekommen ist.

3. Erschütterung der Autorität des rechtsstaatlichen Strafverfahrens

Auch das Geständnis des Freigesprochenen ist eine Tatsache, die „neu“ ist, weil es sie während des rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens noch nicht gab. Existierte § 362 Nr. 4 StPO nicht, würde das Geständnis allein im Rahmen des § 362 Nr. 5 StPO der Wiederaufnahme des Verfahrens Vorschub leisten. Da nach der Systematik der Varianten des § 362 StPO das Geständnis aber kein Fall des § 362 Nr. 5 StPO sein soll, ist die Frage nach dem Grund dafür berechtigt, dass § 362 Nr. 4 StPO mit dem Grundgesetz im Einklang steht und § 362 Nr. 5 StPO nicht. Das *BVerfG* erklärt die Grundgesetzkonformität des § 362 Nr. 4 StPO mit dem Zweck „ein Verhalten zu verhindern, das die Autorität des rechtsstaatlichen Strafverfahrens infrage stellen würde.“ Diese Aussage ist offenbar inspiriert von dem häufig zu lesenden Satz, der Freigesprochene solle sich nicht ohne Gefahr für die eigene Freiheit seiner Tat „brüsten“ und die Geschichte seiner eigenen Straftat nicht auch noch lukrativ vermarkten können. Das ist richtig, denn es täte dem Ansehen von Recht und Staat wirklich nicht gut, wenn ein freigesprochener Mörder folgenlos mit seinem Verbrechen prahlen und damit vielleicht sogar noch Staatsanwaltschaft und Gericht verhöhnern könnte. Von der Verhöhnung der Opfer und ihrer Angehörigen wäre an dieser Stelle auch zu sprechen. Aber ein Geständnis kann auch aus echter Reue zur Befreiung von Gewissensdruck abgelegt werden. Welche „Autorität des rechtsstaatlichen Strafverfahrens“ wird dadurch infrage gestellt? Außerdem: Wenn Verfolgungsverjährung eingetreten ist, muss die Gesellschaft mit dem Geständnis des Freigesprochenen auch leben. Was der *Senat* zu § 362 Nr. 4 StPO ausführt, überzeugt also nur zum Teil.

4. Rückwirkung

Die Vorschrift § 362 Nr. 5 StPO würde möglicherweise nicht häufig zur Anwendung kommen. Die starke Erregung in der Debatte um die Ermöglichung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen resultiert daraus, dass es mit der Ermordung *Friederike von Möhlmanns* einen realen Fall gibt, der das Fehlen einer Wiederaufnahme zulassenden Vorschrift für viele als schmerzhafteste Regelungslücke erscheinen lässt. Angenommen, die Senatsmehrheit hätte die Sache so gesehen, wie die beiden dissentierenden Kollegen: dann würde die Norm allein wegen der ihr immanenten Missachtung des auf Art. 20 Abs. 3 GG beruhenden Rückwirkungsverbots scheitern

und könnte vom Gesetzgeber zusammen mit einer die Rückwirkung ausschließenden Übergangsregelung erneut in Kraft gesetzt werden. Auf den Fall *Friederike von Möhlmann* wäre die Vorschrift aber nicht anwendbar. Außerdem würde die ex nunc geltende Norm nichts daran ändern, dass dem Freigesprochenen über Jahre hinweg schweres Unrecht zugefügt wurde, für das die Staatsanwaltschaft mit ihrer rechtswidrigen Suche nach „neuen Tatsachen und Beweismitteln“ die Verantwortung trägt. Die Fortsetzung von Ermittlungen nach Eintritt der Rechtskraft betraf eine nicht „verfolgbare“ Tat (§ 152 Abs. 2 StPO), war deswegen verfahrensrechtlich unzulässig⁵ und erfüllte sogar den objektiven Tatbestand des Verbrechens „Verfolgung Unschuldiger“ (§ 344 StGB)⁶. Wenn also jemand den „Rechtsfrieden“ gestört hat, sind dies die Strafverfolgungsbehörden, die jahrelang ohne gesetzliche Grundlage darauf hingearbeitet haben, dass die Gesetzgebung eine gegen das Grundgesetz verstoßende Vorschrift geschaffen hat, die vor und nach ihrer Aufhebung durch das *BVerfG* die Gesellschaft – jedenfalls was ihre Einstellung zu dem Thema angeht – gespalten hat.

IV. Schluss

Die Entscheidung des *BVerfG* ist richtig. Sie ist auch deswegen zu begrüßen, weil sie ein nicht unbeträchtliches Hindernis auf dem Weg zu der längst überfälligen Reform der §§ 211 ff. StGB beiseite räumt. Mit einem Vorschlag, wie ihn dazu 2014 der Deutsche Anwaltverein unterbreitete, wäre eine Regelung wie § 362 Nr. 5 StPO keineswegs zu vereinbaren. Des Weiteren hätte § 362 Nr. 5 StPO die wünschenswerte Abschaffung des § 78 Abs. 2 StGB blockiert. Auch wenn an dieser Unverjährbarkeitsklausel auf absehbare Zeit niemand rütteln wird, ist durch den Wegfall des § 362 Nr. 5 StPO eine Verengung des Regelungsspielraums rückgängig gemacht worden. Den Befürwortern der erweiterten Wiederaufnahmemöglichkeit sind nicht alle rechtlichen Türen verschlossen. Die Begründung der Entscheidung des *BVerfG* weist auf „Schlupflöcher“ hin, die zu einer Neufassung des § 362 Nr. 5 StPO genutzt werden könnten, der gegenüber ein verfassungsgerichtlicher Rechtsbehelf schlechtere Erfolgsaussichten hätte. Der andere gangbare Weg zum Ziel der Wiedereinführung des § 362 Nr. 5 StPO führt über eine Grundgesetzänderung. Art. 103 Abs. 3 GG müsste ergänzt werden. Es ist nicht zu sehen, dass dem Art. 79 Abs. 3 GG entgegen stünde. Die gemäß Art. 79 Abs. 2 GG erforderliche Zweidrittel-Mehrheit im Bundestag ist jedoch bei den gegenwärtigen Mandatsanteilen der Parteien möglicherweise nur zusammen mit der AfD, die einer weiten Wiederaufnahmemöglichkeit gewiss Sympathien entgegenbringt, zu erreichen. Man kann sich vorstellen, dass weder in der SPD noch in der CDU/CSU Abgeordnete zu finden sind, die sich auf dieses politische Minenfeld begeben möchten.

⁵ Dazu schon Mitsch, KriPoZ 2023, 371 (375).

⁶ Voßen, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 3. Aufl. (2019), § 344 Rn. 21.

Die Rechtsprechung und der Widerstand mit Gewalt Plädoyer gegen eine fortschreitende begriffliche Entkonturierung – Zugleich Besprechung von KG, NJW 2023, 2792 („Letzte Generation“)

Von Prof. Dr. Fredrik Roggan*

Es entspricht einer Tradition der bundesrepublikanischen Rechtsprechung, den in verschiedenen Straftatbeständen existierenden Begriff der Gewalt extensiv auszulegen. So soll ein Autofahrer, der an einem anderen, blockierten Kfz nicht ohne Gefahr für die eigene Gesundheit vorbeifahren kann, Opfer einer Gewalthandlung und damit von den Blockierenden genötigt sein. Die jüngste Judikatur meint, dass auch ein Polizeibeamter, der die auf dem Straßenbelag festgeklebte Hand eines Klimaaktivisten mit einem Lösungsmittel übergießt und dann beispielsweise mithilfe eines Fadens möglichst behutsam löst, ein Gewaltopfer darstellt. Hierbei soll es sich um einen Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 Abs. 1 StGB handeln (können). Der Beitrag kritisiert diese weitestgehende Lösung des Gewaltbegriffs vom natürlichen Wortsinn.

I. Die lange Vorgeschichte einer Entkonturierung

Bei einer begrifflichen Spurensuche stößt man im Falle der „Gewalt“ zunächst auf die Umschreibung, dass es sich hierbei um die „Macht, Befugnis, das Recht und die Mittel (handele), über jemanden (oder) etwas zu bestimmen, zu herrschen“. Alternativ kann unter dem Begriff auch ein „unrechtmäßiges Vorgehen, wodurch jemand zu etwas gezwungen wird“ oder auch „[gegen jemanden, etwas rücksichtslos angewendete] physische Kraft, mit der etwas erreicht wird“ verstanden werden.¹ Der Terminus findet als Tatbestandsmerkmal – auch in Kombination einer Drohung – im Strafgesetzbuch an 44 Stellen Verwendung und wird daneben kombiniert mit anderen Substantiven (etwa –tat, –herrschaft, –tätigkeit oder auch –maßnahmen). Dabei können sich die Definitionen durchaus graduell unterscheiden. So soll die „Gewalt“ in Falle eines Hochverrats gegen den Bund (§ 81 StGB) beispielsweise tatbestandsbezogen enger auszulegen sein, als dies bei einer dem Individualrechtsschutz dienenden Vorschrift der Fall ist.² Schon aus Bestimmtheitsgründen sollten sich die strafrechtlichen Gewaltbegriffe jedoch nicht vollständig vom einleitend genannten, allgemeinen Sprachgebrauch entfernen.

Bekanntermaßen erfuhr der Gewaltbegriff in der Vergangenheit eine besonders prominente Befassung im Zusammenhang mit dem Nötigungstatbestand (§ 240 Abs. 1

StGB) und dort namentlich im Kontext mit Blockadeaktionen. Um den Tatbestand bejahen und damit eine Strafbarkeit von blockierenden Personen begründen zu können, sah sich die Rechtsprechung zu einer „Vergeistigung“ des Gewaltbegriffs veranlasst und subsumierte auch solche Verhaltensweisen unter ihn, bei der es zu keinem körperlichen Kontakt zwischen den Beteiligten kam. Der hierzu gehörige (an dieser Stelle nicht nachzuzeichnende) Diskurs fand ihren bisherigen Schlusspunkt in der sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des BGH³ einschließlich seiner Billigung⁴ durch das BVerfG⁵: Von einer körperlichen Kraftentfaltung soll auch ausgegangen werden können, wenn die Überwindung einer ersten Reihe von dort abgestellten Kfz das Risiko der Selbstschädigung für die in der zweiten Reihe stehenden Kfz-Führenden ausgelöst hätte, wenn diese sich hätten widersetzen wollen.⁶ In derselben Entscheidung wurde auch einem Anketten an ein zu blockierendes Eingangstor eine über den psychischen Zwang hinausgehende Eignung zugesprochen, Dritten den Willen der Demonstranten aufzuzwingen: Dieses habe den Demonstranten die Möglichkeit genommen, beim Heranfahren von Kraftfahrzeugen auszuweichen und die Räumung einer Einfahrt erschwert.⁷

Mit zuletzt genannter Argumentation ist ein Brückenschlag möglich zu der aktuell aufgeworfenen Frage, ob das Ankleben auf einer Straße – namentlich, wenn eine Verurteilung wegen Nötigung aus Gründen fehlender Verwerflichkeit (§ 240 Abs. 2 StGB) scheitert⁸ – als Gewalt im Sinne von § 113 Abs. 1 StGB anzusehen sein kann. Als Tatopfer kommen hierbei dann freilich nicht blockierte Privatpersonen in ihren Kfz in Betracht, sondern Polizeibeamte, denen es um die Entfernung der blockierenden Mitglieder der „Letzten Generation“ (im Folgenden: „LG“) von einer Straße geht. Es ist mithin die Frage zu beantworten, ob das äußere Tatgeschehen, bei dem sich eine Person mittels Sekundenkleber auf einer Straße fixiert, sich mit der eingangs geschilderten, natürlichen Wortbedeutung von Gewalthandlungen überein bringen lässt – oder ob ein solches, strafrechtliches Verständnis sich hiervon – und ihr damit fortschreitend die Konturen nehmend⁹ – (weitestgehend) entfernt hätte. Anlass hierzu gibt eine Revisionsentscheidung des KG, das dem erneut zur Entscheidung berufenen AG Tiergarten im

* Der Verfasser lehrt Strafrecht an der Hochschule der Polizei des Landes Brandenburg, Oranienburg.

¹ Duden, Dudenredaktion, Deutsches Universalwörterbuch, 10. Aufl. (2023), Stichwort „Gewalt“.

² Vgl. nur Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 81 Rn. 6a.

³ BGHSt 41, 182 (183 ff.).

⁴ Fischer, StGB, § 240 Rn. 20a; ausf. auch Küper/Zopfs, Strafrecht BT, 11. Aufl. (2022), S. 197.

⁵ BVerfGE 104, 92 (101 ff.).

⁶ BVerfGE 104, 92 (102 f.).

⁷ BVerfGE 104, 92 (102).

⁸ Vgl. etwa LG Berlin, StV 2023, 546 (Ls.); AG Tiergarten, NStZ 2023, 239 (240 ff.) = StV-S 2023, 8 (9 f.); ausf. Arzt, Vorgänge Nr. 241 (1/2023), 113 (114 ff.); a.A. AG Tiergarten, NStZ 2023, 242 f.; Erb, NStZ 2023, 577 (578 f.).

⁹ Ähnlich Homann, JA 2023, 554.

Rahmen eines *orbiter dictum* ausführliche Hinweise („Seigelanweisung“) gab (hierzu unter II.). Seine Erwägungen bedürfen der kritischen Würdigung (unter III.).

II. Wesentliche Erwägungen des KG

Die bereits angeführte Rechtsprechung des *BVerfG* aufgreifend ist das *KG* der Auffassung, dass das Festkleben auf einer Fahrbahn in seiner physischen Wirkung mit einem Selbstanketten an einem zu blockierenden Eingangstor vergleichbar sei und daher als Gewalt im Sinne des § 113 Abs. 1 StGB qualifiziert werden könne. Es liege eine durch tätiges Handeln bewirkte Kraftentfaltung vor, die gegen den Amtsträger gerichtet und geeignet ist, die Durchführung der Vollstreckungshandlung zu verhindern oder zu erschweren. Dass Polizeibeamten das durch Festkleben entstandene physische Hindernis durch Geschicklichkeit – etwa unter Verwendung eines Lösungsmittels – zu beseitigen in der Lage seien, stehe dem Merkmal der Gewalt nicht grundsätzlich entgegen und nehme dem Vollstreckungsbeamten nicht ohne weiteres die körperliche Spürbarkeit. Dass Polizeibeamte für diesen Vorgang eine bis eineinhalb Minuten benötigten, sei ein gewichtiges Indiz, das für die Annahme von Gewalt im Sinne der in Rede stehenden Vorschrift spreche.¹⁰ Auch der Zeitpunkt der relevanten Tathandlung stehe einer Strafbarkeit nicht entgegen: Nicht relevant sei, dass eine Widerstandshandlung bereits vor Beginn der Vollstreckungshandlung (im entschiedenen Fall dem Entfernen der Demonstranten von der Fahrbahn) vorgenommen wurde. Zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands genüge es, wenn der Täter gezielt eine Widerstandshandlung vornehme, die bei Beginn der Vollstreckungshandlung noch fortwirke. Um ein gezieltes Verhalten des Täters vom bloßen Ausnutzen eines bereits vorhandenen Hindernisses abzugrenzen, müsse allerdings in derartigen Fallgestaltungen der Wille des Täters dahin gehen, durch seine Tätigkeit den Widerstand vorzubereiten. Ein Tatgericht habe deshalb dahingehende Feststellungen zu treffen, ob sich der Täter (zumindest auch) festgeklebt hat, um sich der von ihm erwarteten polizeilichen Räumung zu widersetzen.¹¹ Bei alledem stützt sich das *KG* im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des *BGH* aus dem Jahr 1962 (insbesondere auch hierzu im Folgenden).¹²

III. Kritische Würdigung

Die vom *KG* vertretene Auffassung zur Auslegung des Gewaltbegriffs löst sich vom natürlichen Wortsinn weitestgehend und beruft sich dabei auf eine Entscheidung des *BGH*, die aus den Anfangsjahren der bundesrepublikanischen Judikatur stammt und in dogmatischer Hinsicht als eher unterkomplex zu bezeichnen ist. Nicht zuletzt aus

verfassungsrechtlichen Gründen vermag sie nicht zu überzeugen (unter 5.).

1. Vorbemerkung

Der Beschluss des *KG* vermeidet vollständig eine Befassung mit dem Schrifttum bzw. dort vorzufindenden Argumentationen, die ein restriktiveres Verständnis des Gewaltbegriffs beinhalten. Stattdessen beruft es sich ausschließlich auf andere Judikate, so dass es – pointiert formuliert – innerhalb der „Rechtsprechungs-Bubble“ verbleibt. Durch den Verweis auf die Judikatur des *BVerfG* zur Nötigungsstrafbarkeit (Vergleichbarkeit eines Anketens mit dem Ankleben auf eine Straße) erscheint es auch nicht ausgeschlossen, dass es die Gewaltbegriffe in § 240 Abs. 1 und § 113 Abs. 1 StGB fälschlich¹³ für deckungsgleich hält.

Vor allem aber lohnt ein Blick auf die vom *KG* in Bezug genommene Rechtsprechung des *BGH*, in der auch die gezielte Vorbereitung einer „Widerstandsleistung“ als vorweggenommenes tätiges Handeln und damit tatbestandlich im Sinne des § 113 Abs. 1 StGB begründet wird: „Dieses Ergebnis entspricht der Gerechtigkeit“. Es sei nicht einzusehen, warum der vorbereitete, also geplante Widerstand anders behandelt werden solle als der nicht vorbereitete, der erst im Augenblick der Amtshandlung beginne. Der vorbereitete Widerstand, der oft wirksamer und deshalb mindestens ebenso strafwürdig sei wie der nicht vorbereitete, müsste bei gegenteiliger Entscheidung zur Strafflosigkeit führen. „Dieses Ergebnis wäre auch in rechtspolitischer Hinsicht unerfreulich“. ¹⁴ Das *KG* macht sich mithin eine Argumentation zueigen, die sich weitestgehend auf ein „weil nicht sein kann, was nicht sein darf“ reduzieren lässt.¹⁵ Nicht zuletzt deswegen hat die Entscheidung eine eingehende inhaltliche Befassung verdient. Ausgangspunkt hat hierbei die anerkannte Definition zu sein, wonach mit Gewalt Widerstand geleistet wird, wenn unter Einsatz materieller Zwangsmittel, vor allem körperlicher Kraft, ein tätiges Handeln gegen die Person des Vollstreckenden erfolgt, das geeignet ist, die Vollendung der Diensthandlung zumindest zu erschweren. Die Gewalt muss gegen den Amtsträger gerichtet und für ihn – unmittelbar oder mittelbar über Sachen – körperlich spürbar sein.¹⁶

2. Zur physischen Wirkung des Anklebens auf einer Straße

Wenn denn die körperliche Spürbarkeit ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen einer Gewalt im Sinne des § 113 Abs. 1 StGB sein soll, so stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt und aus welchem Grunde ein Vollstreckungsbeamter eine solche Empfindung haben muss.

¹⁰ *KG*, NJW 2023, 2792 (2793, Rn. 20) = NZV 2023, 461 (463).

¹¹ *KG*, NJW 2023, 2792 (2793, Rn. 21) = NZV 2023, 461 (463).

¹² BGHSt 18, 133 (134 ff.).

¹³ Vgl. dazu jüngst *Heger*, VerfBlog, 2023/6/15, S. 1 f. (pdf); ausf. auch *Bosch*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 113 Rn. 19; *Rosenau*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2021), § 113 Rn. 23; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 113 Rn. 42; *Barton*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, 2019, S. 889; *Zöller/Mavany*, Strafrecht – BT II, 2. Aufl. (2020), S. 204.

¹⁴ BGHSt 133 (135 f.).

¹⁵ *Dießner*, VerfBlog, 2023/6/16, S. 7 (pdf), mit Blick auf *LG Berlin*, Beschl. 31.5.2023 – 502 Qs 138/22.

¹⁶ BGHSt 65, 36 (37).

Unproblematisch ist dies für Fälle zu beantworten, in denen sich ein Festgenommener aus dem Haltegriff eines Polizeibeamten entwindet, im Zufahren auf einen Beamten, um ihn zur Freigabe der Straße zu zwingen oder auch bei einem Schuss auf den Reifen eines polizeilichen Verfolgers.¹⁷ Von diesen Konstellationen unterscheidet sich ein Ankleben auf einer Straße vor dem Erscheinen von Vollstreckungsbeamten grundlegend, weil hiernach keine Aktivität einer später von der Straße zu entfernenden Person mehr erfolgt. Typischerweise verhalten sich namentlich die Aktivist:innen der „LG“ nach dem Festkleben gegenüber Polizeibeamten rein passiv. Zur ersten Berührung zwischen den Personen – und damit einer körperlichen Spürbarkeit – kommt es erst, wenn sich die Vollstreckungsbeamten um das Lösen des Klebers bemühen. Die Art und Intensität der Spürbarkeit wird dabei alleine von der Art der Durchführung der Maßnahme bestimmt, die festgeklebten Personen haben hierauf keinerlei Einfluss. Ebenso wenig können sie die Geschicklichkeit der Beamten beeinflussen und damit beispielsweise die Dauer des Ablösevorgangs (näher dazu unter 3.). Wenn das Verhalten der Personen sich zu diesem Zeitpunkt aber darin erschöpft, gezwungenermaßen (wenngleich selbst verursacht) den Ort nicht zu verlassen, so ist von einem rein passiven Widerstand auszugehen. Der Gesamtsinn des Normbefehls in § 113 Abs. 1 StGB aber verlangt eine *Aktivität* mit Gewalt.¹⁸

Richtigerweise ist damit schon aus diesem Grund (zu weiteren im Folgenden) der Vorgang des (Selbst-)Anklebens auf einer Straße (oder auch an einen beliebigen anderen Gegenstand, etwa einem Kfz) nicht als Widerstand leisten mit Gewalt anzusehen.¹⁹ Zu diesem Zeitpunkt erfolgt in den Fällen der Auflösung von Blockadeaktionen der „LG“ regelmäßig *keine* Kraftäußerung der Aktivist:innen, die sich gegen den Körper bzw. die Person eines Vollstreckungsbeamten richtet. Wenn überhaupt ließe sich beim Vorgang des Anklebens von einer Einwirkung auf die Straße sprechen,²⁰ die aber unproblematisch nicht tatbestandlich ist. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass die Annahme von Gewalt auch deswegen unpassend ist, weil im Falle der Drohungsvariante dann auch die Ankündigung, sich an einem anderen Gegenstand festzukleben, als Gewaltdrohung bezeichnet werden müsste.²¹ Auch deshalb ist dem *KG* deutlich zu widersprechen. Auch sein Hinweis auf die Rechtsprechung des *BVerfG* (Vergleichbarkeit mit einem Selbstanketten) trägt sein Ergebnis nicht, weil letztere auf eine *nötigungsspezifische* Gewalt bezogen ist.

3. Erschwerung einer Vollstreckungshandlung?

Das *KG* sieht im Ankleben auf einer Straße ein tätiges Handeln, das geeignet ist die Räumung der Blockadeaktionen zu verhindern oder erschweren. Auch diese Annahme bedarf der kritischen Prüfung. Nicht dargetan und im Übrigen auch nicht ersichtlich kann durch ein Ankle-

ben auf einer Straße eine Räumung derselben nicht endgültig unterbunden werden. Denn selbst wenn sich durch die Verwendung von Sekundenkleber für einen gewissen Zeitraum eine durchaus stabile Verbindung zwischen dem Körper und dem Straßenbelag ergibt, so wäre diese nicht dauerhaft. Ohnehin ist nicht bekannt, dass durch eine Fixierung jemals eine Räumung verhindert worden wäre. Eine entsprechende Eignung besitzt ein Festkleben mithin nicht.

In Betracht kommt – jedenfalls im Ansatz – allerdings ein Erschweren der Maßnahme, weil die Vollstreckungsbeamten sich zunächst um das Beschaffen eines Lösungsmittels bemühen und sodann das „physische Hindernis“ (vorsichtig) von der Straße ablösen müssen. Je nach Einzelfall einschließlich der Verfügbarkeit des Mittels sowie geschultem Polizeipersonal kann dieser Vorgang einige Minuten (im das *KG* beschäftigenden Fall waren es eine bis anderthalb) oder auch längere Zeit in Anspruch nehmen. Damit ist die Frage zu beantworten, ob ein bloßer *Zeitaufwand* einer Vollstreckungsmaßnahme mit ihrer *Erschwerung* im Sinne der genannten Definition gleichzusetzen ist. Eben dies wird von der Rechtsprechung teilweise verneint: Ein bloßer Zeitaufwand bei der Überwindung des Widerstandes, selbst wenn dieser erheblich wäre, und die damit verbundene „Lästigkeit“ für die Vollstreckungsbeamten sei nicht ausreichend. In diesen Fällen werde zwar Widerstand geleistet, jedoch kein gewaltsamer im Sinne des § 113 Abs. 1 StGB.²² Diese Position verdient schon deshalb Beifall, weil sie von der Vollstreckungshandlung her argumentiert: Das „Maß“ ihrer Beeinträchtigung im Vergleich zu einer völlig ungestörten Vornahme hängt in den hier interessierenden Konstellationen im Wesentlichen vom Verhalten bzw. den Möglichkeiten der Vollstreckungsbeamten ab. Die Betroffenen haben zwar den Anlass für das polizeiliche Einschreiten gesetzt, auf die letztlich „handwerkliche“ Vornahme der Maßnahmen unmittelbaren Zwangs aber keinen Einfluss mehr. Wenn und solange aber das Maß der tatsächlichen Erschwerung einer Vollstreckungsmaßnahme durch eine Widerstand leistende Person Einfluss auf das Strafmaß besitzt, so kann es umgekehrt nicht davon abhängen, ob ein besonders geschickter Polizeibeamte für seine Überwindung (hier: einen Ablösevorgang) nur wenige Sekunden benötigt, ein anderer, weniger geübter hingegen eine halbe Stunde benötigt hätte. Ebenso wenig dürfte sich auswirken, dass der Polizei möglicherweise die Lösungsmittelvorräte vorübergehend ausgegangen sind und sich aus diesem Grunde eine Straßenräumung verzögert hat. Jeweils hätten solche Umstände entscheidende Auswirkungen auf die Dauer der Maßnahme und damit die „Lästigkeit“ für die Polizeibeamten. Mit einer (relevanten) Erschwerung ist dies nicht gleichzusetzen. Die Zeitkomponente für sich genommen trägt zur Frage einer Tatbestandlichkeit im Sinne einer Gewalt nichts bei.²³

¹⁷ Weitere klare Fälle etwa bei *Barton*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, S. 890.

¹⁸ *Barton*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, S. 892.

¹⁹ Ebenso *Heger*, *VerfBlog*, 2023/6/15, S. 2 (pdf).

²⁰ *Dießner*, *VerfBlog*, 2023/6/16, S. 4 (pdf).

²¹ *Homann*, *JA* 2023, 554 (555).

²² *LG Berlin*, *Beschl.* v. 20.4.2023 – 503 Qs 2/23 – juris, Rn. 9; *AG Tiergarten*, *NStZ* 2023, 239 (240) = *StV-S* 2023, 8; a.A. *LG Berlin*, *Beschl.* vom 21.11.2022 – 534 Qs 80/22.

²³ *Krit.* auch *Preuß*, *NZV* 463 (464).

4. Zur Erheblichkeit des Kraftaufwandes bei der Lösung einer Klebeverbindung

Relevant ist im Unterschied zur Thematisierung eines Zeitaufwands für das Überwinden eines Widerstands die Frage nach der hierfür vollstreckungsseitig nötigen Intensität des Kraftaufwands. Richtigerweise wird man nämlich als Voraussetzung für die Annahme tatbestandlicher Gewalt verlangen müssen, dass der Widerstand seinerseits durch den Amtsträger nur mit nicht ganz unerheblicher Gewaltanstrengung überwunden werden kann.

Andernfalls fehlte es an der notwendigen Rückbindung zum Gewaltbegriff.²⁴ Noch pointierter und mit Bezug auf die Blockaden der „LG“: Ein Ankleben auf einer Straße stellt keine Gewalt im Sinne von § 113 Abs. 1 StGB dar, wenn sich die Verbindung ihrerseits ohne Gewaltanwendung durch Vollstreckungsbeamte wieder lösen lässt. Wenngleich der *BGH* die Anforderungen insoweit stark relativiert hat,²⁵ so ist doch, wenn der Gewaltbegriff nicht endgültig entkonturiert werden soll, am Erfordernis eines *Kraftaufwands* festzuhalten.²⁶

Insoweit ist mehr als fraglich, ob die „körperliche Anstrengung“, die beim Ablösen von angeklebten Aktivisten von einer Straße typischerweise (insoweit sind Ausnahmefälle denkbar, bedürften aber einer besonders sorgfältigen Begründung) aufzuwenden ist, als nicht nur unerheblich zu bewerten ist.

Wird von Aktivisten einfacher Sekundenkleber zur Fixierung auf der Straße oder einem anderen Gegenstand genutzt, so genügt regelmäßig das Übergießen der betroffenen Stelle mit einem Lösungsmittel, das seinerseits die Klebemittel und damit die Haftung sukzessive schwächt. Hierdurch wird es Polizeibeamten dann möglich, durch das Hin- und Herziehen eines Fadens oder Stoffstücks an der Klebestelle die Person von der Straße zu lösen. Dieser schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen möglichst behutsam durchzuführende Vorgang ist mit einem allenfalls vernachlässigungswerten körperlichen (Kraft-)Einsatz verbunden.²⁷ Die verlangte Spürbarkeit für die Vollstreckungsbeamten dürfte eher mit einem „Fingerspitzengefühl“ gleichzusetzen sein. Mitunter soll sich die körperliche Tätigkeit der Vollzugsbeamten darauf beschränkt haben, die festgeklebte Hand nur anzuheben, damit das Lösungsmittel auch unter die Hand gelangt.²⁸

Zusammenfassend ist festzustellen, dass in den typischen Blockadefällen von den Polizeibeamten keine Kraft aufzuwenden ist, die als Gewalt anzusehen ist. Etwas anders

könnte gelten – an der Straflosigkeit nach § 113 Abs. 1 StGB nach hier vertretener Auffassung allerdings nichts ändernd (näher unter 5.) – bei der Verwendung eines Beton-Kleber-Gemischs, das beispielsweise das Auffräsen des Straßenbelangs erfordert.²⁹ Wenn aber mehr oder weniger feinfühliges Geschicklichkeit ausreichend ist, um einen Widerstand zu überwinden, so spricht dies im hier gegenständlichen Kontext für die Verneinung der Tatbestandlichkeit im Sinne von § 113 Abs. 1 StGB.

5. Insbesondere: Zum Bestimmtheitsgrundsatz in Gestalt des Analogieverbots

Der Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie. Er verwehrt der Judikative, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen.³⁰ Verfassungswidrig ist demzufolge die Anwendung einer Strafnorm in einem Umfang, der sich nicht mehr durch Auslegung erschließt. Insofern ist die grammatikalische Auslegung im Strafrecht besonders bedeutsam.³¹ Nicht zuletzt durch dieses Gebot wird gewährleistet, dass jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.³²

Nach § 113 Abs. 1 StGB ist eine Tathandlung überhaupt nur dann relevant, wenn sie *bei* einer Vollstreckungshandlung vorgenommen wird. Der Wortlaut setzt also voraus, dass diese bereits existiert bzw. bereits begonnen hat. Sie darf auch noch nicht beendet sein. Insoweit besteht in Rechtsprechung und Schrifttum Konsens.³³ Dabei sollen Beginn und Ende der Vollstreckungshandlung nicht rein formal in vollstreckungsrechtlicher Betrachtung festgelegt werden, sondern auch im Interesse einer kriminalpolitisch motivierten Privilegierung der Widerstandssituation auf Ereignisse in unmittelbarem Zusammenhang mit der eigentlichen hoheitlichen Tätigkeit ausgedehnt werden (können). Ein entsprechend enger Zusammenhang mit der Vollstreckungstätigkeit soll vorliegen, wenn sich der Amtsträger bereits im Kontakt- bzw. Herrschaftsbereich des von der Amtshaftung Betroffenen oder der zu vollstreckenden Amtshandlung befindet.³⁴ Bereits diese Position ist unter dem Gesichtspunkt einer grammatikalischen Auslegung der gesetzlich genannten Tatsituation („*bei* der Vornahme einer solchen Diensthandlung“) nicht frei von Bedenken, denn die bloße räumliche oder zeitliche Nähe eines Vollstreckungsbeamten zu einem Betroffenen (oder einer zu vollstreckenden Amtshandlung) besagt noch nichts über das *Ob* (Entschließungsmessen) oder *Wie* (Auswählermessen) von dessen in der Zukunft liegenden Vollstreckungshandlung.

²⁴ *LG Berlin*, Beschl. v. 20.4.2023 – 503 Qs 2/23 – juris, Rn. 9.

²⁵ *Küper/Zopfs*, S. 194 m.w.N.

²⁶ Zu den im Schrifttum verlangten Voraussetzungen zusammenfassend *Küper/Zopfs*, S. 199 f.; *Rosenau*, in: LK-StGB, § 113 Rn. 23; *Zöller/Mavany*, S. 204: „Bagatellfälle nicht erfasst“; vgl. auch *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht – BT 1, 46. Aufl. (2022), S. 195 f.

²⁷ *Dießner*, *VerfBlog*, 2023/6/16, S. 6 (pdf); *Bohn*, HRRS 2023, 225 (233); *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, 885 (889); *Seel*, HRRS 2023, 313 (315); vgl. auch *Preuß*, NZV 2023, 60 (66).

²⁸ *Homann*, JA 2023, 554 (555).

²⁹ *Erb*, NSTz 2023, 577 (580).

³⁰ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 126, 170 (194 f.).

³¹ *Brüning*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. (2019), Art. 103 Rn. 73.

³² BVerfGE 126, 170 (195).

³³ Nachweise auch auf Rspr. bei *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 113 Rn. 13 m.w.N.; vgl. auch *Fischer*, StGB, § 113 Rn. 7a; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 113 Rn. 4; *Barton*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, S. 885 f.; *Wessels/Hettinger/Engländer*, S. 195; *Zöller/Mavany*, S. 203.

³⁴ *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 113 Rn. 13; vgl. auch *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 113 Rn. 15; *Zöller/Steffens*, JA 2010, 161 (162).

Die vom *KG* vertretene Position geht allerdings noch weiter und bezieht, ohne dass jegliche Einschränkungen gemacht werden, sämtliche Verhaltensweisen in die Strafbarkeit ein, die *vor* Beginn der Vollstreckungshandlung stattfinden, soweit diese bei Beginn der hoheitlichen Maßnahme noch fortwirken. Letzteres ist ohne weiteres der Fall, wenn ein Polizeibeamter an einen auf der Straße festgeklebten Aktivistin herantritt, um diesen von diesem Orte zu entfernen. In diesem Sinne stellt das Sich-Festkleben einen vorweggenommenen Widerstand gegen die Vollstreckungshandlung dar. Im Sinne des *BGH* entspricht dieses Ergebnis der „Gerechtigkeit“, ein anderes wäre „in rechtspolitischer Hinsicht unerfreulich“.

Indessen geht das genannte Verständnis über den gesetzlichen Wortlaut hinaus und wendet die Regelung auch auf Verhaltensweisen an, die im zeitlich beliebigen Vorfeld einer Vollstreckungshandlung gezeigt werden. Einer solchen, analogen Anwendung des Straftatbestands des § 113 Abs. 1 StGB wird in der Literatur mit Recht widersprochen³⁵ und zutreffend von einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG ausgegangen.³⁶ Im Ergebnis setzt sich die Rechtsprechung durch die Einbeziehung des vorweggenommenen Widerstands an die Stelle des Gesetzgebers, dem exklusiv die Kompetenz zustände, zum Zeitpunkt einer Vollstreckungshandlung noch fortwirkende (Widerstands-)Handlungen in die Strafbarkeit einzubeziehen.

IV. Kurzes (Schluss-)Plädoyer

Nicht unwesentlichen Teilen der Rechtsprechung ist in der Frage der Auslegung des Gewaltbegriffs eine gewisse

Beliebigkeit zu attestieren. Mit Blick auf den Nötigungstatbestand wird – auch mit Blick auf das *BVerfG* – konstatiert, dass eine dogmatisch und praktisch befriedigende abschließende Lösung bislang nicht hinreichend deutlich wird.³⁷ Auch aktuell wird daher die Hoffnung geäußert, dass die insoweit herrschende Judikatur aufgegeben wird.³⁸

Die Begriffe der Gewalt in § 240 und § 113 StGB decken sich zwar nicht – und im Falle des Widerstands wäre damit auch ein anderer Befund denkbar. Letzteres ist indessen nicht der Fall, wie sich nicht zuletzt im Beschluss des *KG* manifestiert. Insgesamt sollte sich die Rechtsprechung von einer ergebnisorientierten Auslegung lösen, wie sie deutlich in der angeführten – und noch heute als Leitentscheidung behandelte! – *BGH*-Judikatur aus dem Jahr 1962 zum Ausdruck kommt und auch im Jahr 2023 noch perpetuiert wird.

Dass die Klebe-/Blockadeaktionen der „LG“ mit einem gesteigerten Maß an Lästigkeit für die Allgemeinheit und für die Polizei im Besonderen verbunden sind, dürfte nicht einmal von den Aktivistin bestritten werden. Ob Lästigkeit aber mit Strafwürdigkeit gleichzusetzen ist, bedürfte einer gesetzgeberischen Befassung und ggf. eines Bekenntnisses. Dies ist nicht die Aufgabe der Rechtsprechung.

³⁵ *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 113 Rn. 14; vgl. auch *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 113 Rn. 15; a.A. *Rosenau*, in: LK-StGB, § 113 Rn. 20; *Preuß*, NZV 2023, 60 (66); dies., NZV 2023, 463 (464).

³⁶ *Dießner*, VerfBlog, 2023/6/16, S. 6 (pdf); *Bohn*, HRRS 2023, 225 (233); *Homann*, JA 2023, 554 (555); vgl. auch *Zöller/Steffens*, JA 2010, 161 (163).

³⁷ I.d.S. *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 20.

³⁸ *Arzt*, Vorgänge Nr. 241 (1/2023), 113 (119).

BVerfG zu Gewicht und Reichweite der Forschungsfreiheit BVerfG, Beschl. v. 25.9.2023 – 1 BvR 2219/20

[...]

Gründe:

I.

- ¹ Der Beschwerdeführer, ein Universitätsprofessor, ist Inhaber eines Lehrstuhls an einem Institut für Psychologie. Er forscht in Projekten der empirischen Sozialforschung.
- ² Im Rahmen eines Forschungsprojekts zur „Islamistischen Radikalisierung im Justizvollzug“ wurden im Justizvollzug Inhaftierte interviewt. Vorab wurden die Interviewpartner informiert, und es wurde ihnen Vertraulichkeit zugesichert. Im Informationsschreiben heißt es:

„Vorab möchten wir Sie wissen lassen, dass das, was sie uns erzählen, keine Folgen auf Ihre Strafe oder Ihre Zeit im Gefängnis hat. Sie werden deswegen keine Probleme bekommen. Wir haben Schweigepflicht und dürfen der Gefängnisleitung oder anderen Bediensteten nichts von dem erzählen, was sie uns sagen. Nur wenn Sie uns von einer geplanten Straftat erzählen, müssen wir das melden.“
- ³ Zu den mit den Inhaftierten einer Justizvollzugsanstalt (JVA) durchgeführten Interviews existierten – jeweils (noch) nicht anonymisiert beziehungsweise re-anonymisierbar – ein schriftliches Protokoll und ein elektronisch gesicherter Audiofile.
- ⁴ Die zuständige Ermittlungsrichterin am OLG ordnete mit einem Beschluss eine Durchsuchung der Räumlichkeiten des Lehrstuhls des Beschwerdeführers nach Tonbandaufnahmen, schriftlichen Unterlagen, Computer- beziehungsweise Speicheranlagen sowie sonstigen Gegenständen, insbesondere einem Gesprächsprotokoll, mit Bezug zu einem Interviewten und dem zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossenen Forschungsprojekt an. Zudem wurde die Beschlagnahme der Gegenstände angeordnet, sofern keine freiwillige Herausgabe erfolge. Begründet wurde der Beschluss damit, dass gegen eine im Rahmen des Projekts interviewte Person der Verdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland bestünde. Ihr wird vorgeworfen, sich an einer Vereinigung im Ausland, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet seien, Mord und Totschlag zu begehen, als Mitglied beteiligt zu haben.
- ⁵ Hiergegen erhob der Beschwerdeführer eine Beschwerde. Die Ermittlungsrichterin half der Beschwerde nicht ab. Mit Beschluss wies das OLG die Beschwerde als unbegründet zurück. Zur Begründung führte der Senat in der Beschwerdeentscheidung aus, dass dem Beschwerdeführer weder ein einfachgesetzliches noch ein unmittelbar aus der Verfassung abgeleitetes Zeugnisverweigerungsrecht zustehe. Wissenschaftliche Tätigkeiten fielen nicht unter das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO.

Dies ergebe sich insbesondere aus dem der Gesetzesbegründung zu entnehmenden gesetzgeberischen Willen und aus teleologischen Gründen. So wäre etwa der Quellenschutz, auf den die Medien angewiesen seien, für die Wissenschaft angesichts des dort geltenden Transparenzgebots nicht gleichermaßen bedeutsam. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gebiete weder eine andere Auslegung noch folge hieraus ein strafprozessuales Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbot. Die Maßnahme rechtfertigendes kollidierendes Verfassungsrecht sei vorliegend die Verpflichtung des Staates zu einer funktionierenden Strafrechtspflege und zur Verfolgung schwerer Straftaten. Eine Ausweitung der strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechte sei Sache des Gesetzgebers und erfolge grundsätzlich nicht durch eine erweiternde Auslegung oder eine analoge Anwendung der einschlägigen Vorschriften. Selbst wenn dennoch eine Abwägung zwischen der Forschungsfreiheit einerseits und dem Strafverfolgungsauftrag andererseits geboten sein sollte, fielen die Abwägung zu Lasten der Forschungsfreiheit aus. Auf der Seite der Strafverfolgung stehe der Tatvorwurf eines Verbrechensbestands. Auf Seiten des Beschwerdeführers sei zwar die Forschungsfreiheit zu berücksichtigen. Jedoch sei das Interview mit dem Beschuldigten bereits abgeschlossen gewesen, sodass die Forschungstätigkeit nicht behindert worden sei. Zum anderen seien allenfalls zukünftige, bisher nicht konkretisierte Projekte mit gleichartiger Forschungsmethodik gefährdet, falls potenzielle Interviewpartner nun ihre Teilnahme verweigerten. Dies stelle jedoch eine bloße nicht konkretisierte Erwartung dar. Die Forschungsfreiheit sei somit nur unerheblich beeinträchtigt worden und trete hinter dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse zurück. Zudem sei der Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss auch verhältnismäßig gewesen.

II.

- ⁶ Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG durch die Entscheidungen des OLG. Durch die angeordnete Durchsuchung und Beschlagnahme sei zumindest mittelbar und faktisch in relevanter Weise in die Forschungsfreiheit des Beschwerdeführers eingegriffen worden. Das Forschungsprojekt beziehungsweise zukünftige, gleichgelagerte Projekte seien gefährdet. Interviewpartner könnten ihre Teilnahme aufkündigen beziehungsweise aus Angst davor verweigern, dass auch ihre Interviews beschlagnahmt werden könnten. Der Eingriff sei auch nicht gerechtfertigt. Die Wissenschaftsfreiheit sei schrankenlos gewährleistet. Die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, die dem Rechtsstaatsprinzip zuzuordnen sei, sei nicht ohne Weiteres und voraussetzungslos geeignet, ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht einzuschränken. Der Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit erweise sich als unverhältnismäßig. Das OLG gehe von falschen Wertungen aus, indem einerseits auf die „Schwere der Tat und die

Stärke des Tatverdachts“ abgestellt werde, während andererseits die Forschungsfreiheit „lediglich unerheblich beeinträchtigt“ sei. Eine Fernwirkung des Eingriffs für vergleichbar forschende Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sei auch zu berücksichtigen.

III.

⁷ Dem Deutschen Bundestag, dem Bundesrat, dem Bundeskanzleramt, dem Bundesministerium des Innern und für Heimat, dem Bundesministerium der Justiz, der Bayerischen Staatskanzlei, dem Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, dem Bayerischen Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst sowie dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz wurden Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Gelegenheit zur Stellungnahme wurde auch der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG), dem Wissenschaftsrat, der Kriminologischen Gesellschaft e.V. (KrimG), der Kriminologischen Zentralstelle (KrimZ) sowie dem Max-Planck-Institut als sachkundigen Dritten gegeben. Der Deutsche Bundestag, der Bundesrat, das Bundeskanzleramt und das Bundesministerium des Innern und für Heimat haben jeweils keine Stellungnahme abgegeben. Die übrigen Äußerungsberechtigten haben eine Stellungnahme abgegeben. Die eingegangenen Stellungnahmen und Fehlanzeigen sind dem Bevollmächtigten des Beschwerdeführers übermittelt worden.

⁸ Die Akten des Ausgangsverfahrens lagen vor.

IV.

⁹ Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen (§ 93a Abs. 2 BVerfGG), weil sie unzulässig ist. Die Verfassungsbeschwerde genügt nicht den aus § 23 Abs. 1 S. 2, § 92 BVerfGG folgenden Begründungsanforderungen hinsichtlich der Fristwahrung.

¹⁰ 1. a) Die Begründungsanforderungen aus § 23 Abs. 1 S. 2, § 92 BVerfGG verlangen, dass eine beschwerdeführende Person innerhalb der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG zu den Sachentscheidungsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde vorträgt, soweit deren Vorliegen nicht aus sich heraus erkennbar ist. Hierzu gehört im Zweifelsfall auch die schlüssige Darlegung, dass die Frist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG eingehalten ist (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 1. Kammer des Ersten Senats v. 27.9.2019 – 1 BvR 1700/19, Rn. 3; Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 25. April 2022 – 2 BvR 1705/20, Rn. 1; jeweils m.w.N.). Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die beschwerdeführende Person bereits vor dem angegebenen Zeitpunkt Kenntnis von dem Inhalt der angegriffenen Entscheidung erhalten hat, ist ein Vortrag erforderlich, der über die Mitteilung des Bekanntgabezeitpunkts hinausgeht (vgl. *BVerfG* 14, 468 [469]; *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 26.9.2012 – 2 BvR 1586/12).

¹¹ b) Der Bevollmächtigte des Beschwerdeführers hat die Verfassungsbeschwerde mehr als einen Monat nach dem Datum der Beschwerdeentscheidung, durch deren Zugang

oder formloser Mitteilung die Verfassungsbeschwerdefrist in Gang gesetzt wurde (vgl. § 93 Abs. 1 S. 2 BVerfGG), erhoben. Im Strafprozess erfolgt die Bekanntmachung von Entscheidungen von Amts wegen wahlweise durch Zustellung oder formlose Mitteilung, wenn die Entscheidung – wie hier – nicht in Anwesenheit der betroffenen Person ergeht und keine strafprozessuale Frist in Gang setzt (vgl. § 35 Abs. 2 S. 2 StPO). Vorliegend ergibt sich weder aus den vorgelegten Unterlagen noch aus dem Beschwerdevorbringen ohne Weiteres, wann die letztinstanzliche Entscheidung zugegangen ist. Der Bevollmächtigte des Beschwerdeführers verweist zur Darlegung des Zugangszeitpunktes auf einen Eingangsstempel seiner Kanzlei, der jedoch auf der vorgelegten Ausfertigung der Beschwerdeentscheidung des *OLG* nicht zu finden ist.

¹² 2. In der Sache bestehen jedoch erhebliche Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der angegriffenen Entscheidungen. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass bei jeder strafprozessualen Eingriffsmaßnahme im Einzelfall der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein muss (vgl. zur Zeugenvernehmung *BVerfGE* 33, 367 [374 f.]; 38, 312 [325]; zur Beschlagnahme *BVerfGE* 34, 238 [248 ff.]; 44, 353 [372 ff.]; zur Wohnungsdurchsuchung *BVerfGE* 96, 44 [51]; 113, 29 [52 ff.]; 115, 166 [197 ff.]; 124, 43 [66 f.]; zu körperlichen Untersuchungen *BVerfGE* 16, 194 [201 f.]; 17, 108 [117]; 27, 211 [219]; zur Auskunft über Telekommunikationsverkehrsdaten *BVerfGE* 107, 299 [323 f.]; zur Kombination verschiedener verdeckter Ermittlungsmaßnahmen *BVerfGE* 112, 304 [321]; zur präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung *BVerfGE* 130, 1 [37 f.]). Zwar erkennt zumindest das Beschwerdegericht, dass die Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) zu berücksichtigen und mit der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates, eine funktions-tüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten, in Ausgleich zu bringen ist (vgl. zur präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung *BVerfGE* 130, 1 [26, 37 f.] m.w.N.). Jedoch werden Gewicht und Reichweite der Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) nicht angemessen berücksichtigt. Wenngleich die Bewertung der befassten Gerichte zur Verhältnismäßigkeit der Eingriffsmaßnahme nicht zur vollständigen Überprüfung des *BVerfG* steht, können aber ein vollständiges Unterlassen jedweder Erwägungen (vgl. *BVerfGE* 30, 173 [197]; 59, 231 [270]; 97, 391 [406]; 106, 28 [50]), grobe Fehleinschätzungen (vgl. *BVerfGE* 30, 173 [197]) oder eine Verkennung des Grundrechtseinflusses, auf der die Entscheidung beruht (vgl. *BVerfGE* 95, 28 [37]; 97, 391 [401]), durch das *BVerfG* beanstandet werden (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 27.2.2008 – 2 BvR 583/07, Rn. 2).

¹³ a) Die Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) umfasst auch die Erhebung und Vertraulichkeit von Daten im Rahmen wissenschaftlicher Forschungsprojekte als Bestandteil der Prozesse und Verhaltensweisen bei der Suche nach Erkenntnissen (vgl. *BVerfGE* 35, 79 [112]; 47, 327 [367]; 90, 1 [11 f.]; 111, 333 [354]; hierzu auch *Gärditz*, *StV* 2020, 716 [719]). Gerade empirische Forschung ist

regelmäßig auf die Erhebung von Daten angewiesen und insbesondere aussagefähige sensible Daten können von den Betroffenen oftmals nur unter der Bedingung von Vertraulichkeit erhoben werden. Soweit es, wie hier, um kriminologische Forschungen über Dunkelfelder oder Kontexte strafbarer Verhaltensweisen geht, ist dies offenkundig. Die vertrauliche Datenerhebung gehört zur geschützten wissenschaftlichen Methode. Die staatlich erzwungene Preisgabe von Forschungsdaten hebt die Vertraulichkeit auf und erschwert oder verunmöglicht insbesondere Forschungen, die, wie das hier betroffene Forschungsprojekt, auf vertrauliche Datenerhebungen angewiesen sind. Bei laufenden Forschungsprojekten betrifft dies schon die Fortführung der konkreten Projekte. Darüber hinaus verschlechtern alle staatlichen Zugriffsrechte auch die Bedingungen für zukünftige Forschungen, die auf vertrauliche Datenerhebungen angewiesen sind.

- ¹⁴ b) Die Wissenschaftsfreiheit kann, wie andere vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, aufgrund von kollidierendem Verfassungsrecht beschränkt werden (vgl. BVerfGE 47, 327 [369]; 57, 70 [99]; 122, 89 [107]), wobei es grundsätzlich auch insoweit einer gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. BVerfGE 83, 130 [142]; 107, 104 [120]; 122, 89 [107]). Ein Konflikt zwischen verfassungsrechtlich geschützten Grundrechten ist unter Rückgriff auf weitere einschlägige verfassungsrechtliche Bestimmungen und Prinzipien sowie auf den Grundsatz der praktischen Konkordanz durch Verfassungsauslegung zu lösen (vgl. BVerfGE 47, 327 [369]; 122, 89 [107]).

- ¹⁵ c) Soweit das Beschwerdegericht davon ausgeht, die Forschungsfreiheit sei vorliegend nur unerheblich beeinträchtigt worden, erfasst es die Auswirkungen auf das konkrete Forschungsprojekt, aber auch die Folgen für die Wissenschaftsfreiheit darüber hinaus nicht angemessen. Es verkennt, dass die Daten weder aus Gründen der Wissenschaft auf Veröffentlichung angelegt waren, noch primär die Eingriffswirkung auf das konkrete Interview hätte beschränkt werden dürfen. Vielmehr kommt der Wissenschaftsfreiheit bei der Abwägung ein umso höheres Gewicht zu, je stärker das konkrete Forschungsvorhaben und bestimmte Forschungsbereiche auf die Vertraulichkeit bei Datenerhebungen und -verarbeitungen angewiesen sind. Auch hätte gerade der Zusammenhang zwischen der konkret betroffenen Forschung und dem gegenläufigen Belang der Strafrechtspflege berücksichtigt werden müssen. Die effektive und funktionstüchtige Strafrechtspflege ist zwar ein Zweck von Verfassungsrang (vgl. zur präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung BVerfGE 130, 1 [26, 36 f.] m.w.N.). Für das Gewicht dieses Zwecks ist vorliegend aber zu berücksichtigen, dass die betroffene Forschung auch für die Rechtsstaatlichkeit von besonderer Bedeutung ist. Eine rationale Kriminalprävention ist in hohem Maße auf Erkenntnisse über Dunkelfelder und kriminalitätsfördernde Dynamiken angewiesen. Eine effektive Verhinderung von Straftaten setzt deshalb genau jene Forschung voraus, die durch den Zugriff auf ihre Daten zum Zwecke der konkreten Strafverfolgung erheblich erschwert oder verunmöglicht wird.
[...]

Ralf Kölbel (Hrsg.): Whistleblowing. Bd. 1. Stand und Perspektiven der empirischen Forschung

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2022, Verlag C.F. Müller, ISBN: 978-3-8114-5418-7, S. 308, Euro 89,00.

Im Vorwort heißt es, dass sich dieser Band um eine „umfassende Zusammenführung des empirischen Wissens zum Whistleblowing“ bemüht, wobei es nicht nur um die Aufbereitung vorhandener Literatur, sondern auch um die Darstellung eigener Forschungsprojekte geht (S. V). Interessant ist dieser Band daher schon deshalb, weil das Hinweisgeberschutzgesetz im Juli 2023 in Kraft getreten ist und man sich von der Lektüre insoweit eine Art Grundlegung verspricht sowie ein Grünbuch, an dem man die gesetzliche Umsetzung messen kann.

Begonnen wird in Kapitel 1 mit dem Whistleblowing als Gegenstand der gesellschaftlichen Reflexion. *Kölbel/Herold/Wienhausen-Knezevic* beschreiben hier den Sprachgebrauch, Verwendungskontext und die Herkunft und Entwicklung des Begriffs des Whistleblowings. Letztlich sei nach sämtlichen Ansätzen das Whistleblowing durch die Mitteilung von Missstands-relevanten Informationen charakterisiert (S. 12). Die wichtigste Unterscheidung liege in der Art und Weise zwischen internem und externem Whistleblowing (S. 17).

Im zweiten Kapitel wird dem Whistleblowing als Gegenstand empirischer Analysen nachgespürt und der Logik und den Methoden in der Forschung nachgegangen. *Kölbel/Herold* zeichnen zunächst die Entwicklung der Whistleblowing-Forschung nach, bevor sie das Spektrum der empirisch-analytischen Forschung überblicksartig darstellen. Dabei zeigen sie auch Grenzen der empirisch-analytischen Vorgehensweise auf, die sie in einen eigenen Forschungsansatz überführen. Es gehe um die Untersuchung charakteristischer Entscheidungs- und Eskalationsprozesse, die Whistleblowing-bezogene Institutionenforschung sowie die Whistleblowing-bezogene Kulturforschung (S. 39).

Das dritte Kapitel spürt dem Whistleblowing als Individualphänomen nach und benennt Faktoren und Prozesse der Mitteilungsentscheidung. Zunächst wird das Whistleblowing im Spannungsfeld von Transparenz und Geheimhaltung beschrieben, bevor sich den Verlaufsmodellen zugewandt wird. Dabei vertritt der Autor *Herold* ein eigenes Modell, das an die Grundvorstellung eines Standardmodells anknüpft und zwischen objektivem und subjektivem Verlauf differenziert. Zusammengetragen werden hier diverse Zitate aus einer qualitativen Studie, die „typische Gesamtverläufe“ wiedergeben (S. 66).

Der Verfasser kommt zu dem Schluss, dass es sich bei Whistleblowing um ein Handlungsphänomen handele, das grundsätzlich nicht auf einzelnen Faktoren beruhe,

sondern ein Zusammenspiel aus Einflussgrößen und dem sozialen Meta-Bereich verschiedener Interessenpositionen darstelle (S. 82). Daher komme dem situativen Verlauf vor dem Hintergrund der organisationellen Rahmenebene die größte Bedeutung zu, so dass prinzipiell jede Person in Betracht komme, Whistleblowing zu betreiben (S. 82).

Schließlich wird sich in Kapitel vier der Frage des Whistleblowings als Organisationsform gestellt und das Aufkommen und die Folgen von internem Whistleblowing beschrieben. Auch im Rahmen dieser Studie von *Herold* werden Interviews geführt. Konstatiert werden kann folgendes: „dass sich Missstands-Insider zu internem Whistleblowing entschließen, kommt in der Praxis durchaus und wohl auch nicht selten vor“ (S. 123). Allerdings ist nach der Datenlage der Umfang schwer bestimmbar. Außerdem ist das Risiko des Whistleblowers, Repressalien ausgesetzt zu sein, „relativ hoch und ganz überwiegend von organisationell zu verantwortenden, aber auch von managementseitig nur teilweise kontrollierbaren Faktoren abhängig“ (S. 123).

Der Verfasser des vorherigen Beitrags geht im nächsten Schritt der Frage nach, inwieweit es der Implementierung interner Whistleblowing-Systeme bedarf. Auch hier führen qualitative Interviews zu dem Ergebnis, dass die „Leistungsfähigkeit von internen Whistleblowing-Systemen nur bedingt einschätzbar“ sei (S. 155). Hinsichtlich der Implementierungsanforderungen und -schwierigkeiten werden Experteninterviews wiedergegeben und in ein Fazit überführt. Letztlich schneiden interne Whistleblowing-Systeme beim Meldungs-Aufkommen deutlich besser ab als externe staatliche Pendanten. Eine entscheidende Rolle spielen weiche sozialkommunikative Aspekte rund um Whistleblowing-affine Organisationskulturen. Denn aus ihnen ergäbe sich aus Sicht der potenziellen Whistleblower, wie sie die Möglichkeiten eines Whistleblowing-Systems im Hinblick auf ihre Bedenken und ihre Erfolgserwartungen subjektiv einstufen. Letztlich steht und fällt das Aktivierungs-, Kanalisierungs- und Kontroll-Potenzial mit dem Grad, mit dem die Bewältigung des Konflikts zwischen Schweigen und Whistleblowing gelingt (S. 170).

Das sechste Kapitel betrachtet das Whistleblowing als Phänomen sozialer Kontrolle und widmet sich dem Aufkommen, den Bedingungen und Folgen von externem Whistleblowing (*Kölbel/Herold*). Nach einer Einführung wird dem Einfluss externer Whistleblowing-Systeme auf das Meldungsauftreten nachgespürt und die (rechtlichen) Folgen für externe Whistleblower beschrieben. Es folgt ein Blick auf den organisationellen Umgang mit dem

Inhalt der Meldung. Differenziert wird hier zwischen Meldungen gegenüber staatlichen Institutionen und den Medien. Allerdings sei die Forschungslage viel zu unsicher und vorläufig (S. 219), um hier belastbare Ergebnisse zu liefern.

Wienhausen-Knezevic/Herold widmen sich im siebten Kapitel dem Whistleblowing als kulturellem Phänomen (S. 234 ff.). Sie kommen zu dem Schluss, dass je positiver die gesellschaftliche Mehrheit zum Whistleblowing eingestellt ist, desto stärker wird die Meldebereitschaft potenzieller Whistleblower ausfallen (S. 254). Allerdings seien diese Überlegungen vornehmlich theoretischer Natur. Es könne auch nicht ohne weiteres von einer Whistleblowing-freundlichen Kultur ausgegangen werden (S. 255).

In Kapitel 8 beschreibt *Balbierz* Whistleblowing als politisches Phänomen und zeichnet die Entwicklung des parlamentarischen Diskurses nach (S. 267 ff.). Deutlich wird, dass der Whistleblowerschutz in Deutschland ein sehr junges Objekt der politischen Auseinandersetzung ist. Die Ambivalenz von Whistleblowing äußere sich nicht nur in sehr unterschiedlichen Bewertungen, sondern auch in einer kontroversen Beurteilung im politischen Feld (S. 293 f.). Dies bedürfe der Vertiefung.

Kölbel zeichnet im letzten Kapitel die Sichtweisen und den Stand der empirischen Forschung zum Whistleblowing nach (S. 296 ff.). Nach einer Zusammenfassung der aus den anderen Kapiteln gewonnenen Erkenntnissen stellt er ausblickend fest, dass die empirische Forschung zum Whistleblowing auf einem vorläufigen Stand ist und eine Reihe von Schwächen aufweist. Allerdings lasse der Forschungsstand eine Vielzahl an Betrachtungsweisen zu, die nicht die Frage nach richtig oder falsch aufwerfen, sondern letztlich die Frage des Erkenntnisinteresses. Schließlich bestimme das Gros der Whistleblowing-Realität die alltäglichen, kleinen und unspektakulären Konstellationen. Dies führe zu einer Akzentverschiebung der Betrachtungsweisen.

Der Band 1 zu dem Stand und den Perspektiven der empirischen Forschung zum Whistleblowing, herausgegeben von *Kölbel* ließ eigentlich einen zweiten Band – zu was? – erwarten. Bislang ist dieser leider ausgeblieben. Es wäre zielführend, gerade nach Umsetzung des Hinweisgeberschutzgesetzes, das Mitte dieses Jahres in Kraft getreten ist, einen weiteren Band um die rechtliche Lage folgen zu lassen. Aber vielleicht ist der ja auch in Vorbereitung. Jedenfalls empfiehlt sich Band 1 für all diejenigen Leser, die jenseits aller Dogmatik auf empirischer Grundlage danach schauen, welche rechtlichen Umsetzungen auch sinnvoll sind.

Johannes Makepeace: Der Polygraf als Entlastungsbeweis

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2023, Verlag Mohr Siebeck, ISBN: 978-3-16-161813-0, S. 203, Euro 74.

Der Einsatz des Polygrafen als Entlastungsbeweis gehört zu einer der umstrittensten Fragen sowohl unter Psychologen als auch Juristen. Während der *BGH* in Strafsachen dem Polygrafen jeglichen Beweiswert abspricht, kommt er gerade bei familiengerichtlichen Verfahren durchaus zum Einsatz. *Makepeace* weist einleitend auf die Sexualstrafrechtsreform hin, durch die es in der Folge zu vermehrten Verurteilungen kam. Auch wenn dies nicht unbedingt auf Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen zurückzuführen sei, so führe doch die Beweiserleichterung zu einer höheren Erfolgswahrscheinlichkeit der Strafanzeige, die auch das Risiko von Falschbeschuldigungen erhöhe (S. 4). Insofern verschärfe das neue Sexualstrafrecht das Problem der Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen, in denen außer den Aussagen keine anderen unabhängigen, unmittelbar tatbezogenen Beweismittel verfügbar sind. Allerdings hielten es Richter in solchen Konstellationen in der Regel nicht für erforderlich, sachverständige Glaubhaftigkeitsbegutachtungen in Auftrag zu geben, sondern trauten sich eine eigene Einschätzung zu (S. 9). Eine große Zahl empirischer Studien hätten aber bewiesen, dass sich Aussagebeurteiler maßlos überschätzen, sofern sie sich auf ihre Intuition und Erfahrung verlassen. Auch wenn man ein Gutachten in Auftrag gäbe, seien diese einer Studie von *Busse/Volbert* zufolge nur in 50% de lege artis. Dennoch gäbe es empirische Untersuchungen, dass die Gerichte den Gutachtern je nach Studie zwischen 89 und 100 % Folge leisteten.

Vor diesem Hintergrund wird sich im zweiten Kapitel der aussagepsychologischen Begutachtung inhaltlich zugewandt. Zunächst wird die Glaubhaftigkeit von der Glaubwürdigkeit abgegrenzt und in die hypothesengeleitete Diagnostik eingeführt. Ausgehend von der sog. Nullhypothese wird zunächst darauf abgestellt, dass der vorgetragene Sachverhalt unwahr ist. Diese Hypothese wird so lange aufrechterhalten, bis alle in Betracht kommenden Subhypothesen verworfen worden sind. Dies heißt nicht automatisch, dass die Aussage wahr ist, sie lässt sich nur nicht anhand der aussagepsychologischen Begutachtung mit Sicherheit ausschließen. Der Ausschluss verschiedener potentieller Quellen einer unwahren Aussage erfolgt anhand unterschiedlicher diagnostischer Methoden. Die auf *Undeutsch* zurückzuführende Grundannahme besagt zunächst, dass subjektiv wahrheitsgemäße Aussagen sich in ihrer Qualität von bewusst wahrheitswidrigen Aussagen unterscheiden – es sei um einiges leichter, die Wahrheit zu sagen, als zu lügen. Insofern gilt es, die qualitativen Unterschiede anhand von Realkennzeichen der kriterienorientierten Aussageanalyse festzustellen. Diese Realkennzeichen benennt und beschreibt *Makepeace* sehr

knapp, aber präzise. Danach weist er auf die Suggestionsanfälligkeit von Aussagen hin. Die Gefahr daran sei, dass sich diese nicht zwingend von auf eigenem Erleben beruhenden Aussagen unterscheiden, da die beeinflusste Person von der Richtigkeit ihrer Aussage überzeugt sei. An dieser Stelle hätte man sich ebenso wie zu den Realkennzeichen ein wenig mehr Ausführungen erhofft.

Schließlich werden die Grenzen der kriterienorientierten Aussageanalyse aufgezeigt. Diese bestünden dann, wenn kein ausreichendes Analysematerial vorhanden sei, die Lügenden entsprechend „gecoacht“ seien oder dem Verletzten zuvor Akteneinsicht gewährt worden sei.

Nach diesem kurzen Einblick in die Grundzüge der Aussagepsychologie wird im 3. Kapitel die Frage nach dem Beweiswert aussagepsychologischer Begutachtung nachgegangen. Dieses Kapitel bietet eine Fülle an Studien, die ein ernüchterndes Bild der Zuverlässigkeit aussagepsychologischer Begutachtungen zeichnen. Die zusammenfassende Kritik von *Makepeace* ist berechtigt und nach Aufzeigen der Defizite zwingend. Gleichwohl bescheinigt er, dass die Methode „immerhin besser als die Münze“ (S. 85) sei – ein wahrlich schwacher Trost.

Ob der Einsatz des Polygrafen Abhilfe schaffen kann, beleuchtet das 4. Kapitel. Dabei wird zunächst das Urteil des *BGH* aus dem Jahr 1998 (BGHSt 44, 308) wiedergegeben, dass die polygrafengestützte Glaubhaftigkeitsbegutachtung als völlig ungeeignetes Beweismittel einstuft. Anschließend wird das Verfahren sowie der aussagepsychologische Begutachtungsprozess rund um den Einsatz des Polygrafen beschrieben. Betont wird insbesondere, dass es sich bei der sachverständigen Glaubhaftigkeitsbegutachtung mithilfe eines Polygrafen um einen komplexen Gesamtprozess handelt (S. 96).

Die Methoden polygrafengestützter Glaubhaftigkeitsbegutachtungen werden in einem weiteren Unterkapitel beschrieben, insbesondere der Vergleichsfragenmethode wird breiterer Raum gegeben (S. 100 ff.). Dagegen wird der Tatwissenstest (vorschnell) aus Inpraktikabilitätsgründen verworfen. Dabei ist ein Tatwissenstest insbesondere in einem frühen Ermittlungsstadium durchaus geeignet, belastbare Erkenntnisse zu generieren. Das sieht zwar auch *Makepeace* (S. 111), fokussiert dann aber doch recht schnell allein auf die Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen. Dies ist zwar konsequent, wenn man an die einleitenden Worte denkt, verkürzt aber dennoch den umfassenden Blick auf den Polygrafen und seine Möglichkeiten.

In einem nächsten Schritt wird zum Vorwurf der Manipulierbarkeit Stellung genommen und hier insbesondere Kritik daran geübt, dass auch bei den herkömmlichen Metho-

den der Glaubhaftigkeitsbeurteilung Manipulierbarkeit nie ausgeschlossen ist und sie dennoch zur Anwendung kommen.

In Kapitel 5 wird unter dem Titel „Zahlen lügen nicht“ dazu Stellung genommen, dass der Polygraf entgegen der Behauptung des *BGH* doch kein völlig ungeeignetes Beweismittel ist (S. 114). Hier untersucht der Verfasser diverse Studien, um zu konstatieren, dass der Polygraf alles andere als ein völlig ungeeignetes Beweismittel ist (S. 138 ff.). Zwar biete der Polygraf keine 100 %ige Sicherheit, jedoch gelte dies für fast alle anderen Beweismittel und Indizien. Der Beweis- und damit Mehrwert einer Methode bestimme sich nicht danach, ob im Einzelfall Fehlentscheidungen möglich seien oder nicht, sondern danach, ob die Fehlerquote möglichst geringgehalten werden könne (S. 141).

Dem Polygrafen im Strafverfahren wird das 6. Kapitel gewidmet. Zunächst wird festgestellt, dass eine polygrafengestützte Begutachtung nur mit dem Willen des Probanden möglich ist. Hinsichtlich der Begutachtung des Beschuldigten stellt *Makepeace* fest, dass nur ein entlastendes Ergebnis verwertbar ist. Auch beim Zeugen bestünde keine Begutachtungspflicht und bei einer verweigerten Glaubhaftigkeitsbegutachtung dürfe dies nicht zu seinen Lasten gewertet werden. Allerdings könne dies zugunsten des Angeklagten gewertet werden (S. 169).

In Kapitel 7 folgen statistische abschließende Überlegungen, die aber wiederum sehr kurz ausfallen. Der Blick in die Zukunft in Kapitel 8 bietet neben einer kurzen Zusammenfassung unter „Zukunftsmusik“ auch noch einen kurzen Exkurs auf bildgebende Verfahren wie der funktionellen Magnetresonanztomografie (S. 179 ff.). Auch bei diesem Ausblick setzt sich das fort, was über die ganze Arbeit hinweg ein wenig zu kritisieren ist – die minimalistischen Ausführungen, die durchaus noch viel Spielraum nach oben gelassen haben.

Was die Arbeit dennoch auszeichnet, ist der interdisziplinäre Blick und gerade auch die dezidierte Auseinandersetzung mit diversen Studien rund um den Polygrafen. Die Antwort, ob der Polygraf zum Einsatz kommen soll oder nicht, bleibt etwas kryptisch, jedenfalls bescheinigt *Makepeace* der Methode einen Mehrwert (S. 182). Dieses Ergebnis hätte mehr überzeugt, wenn es noch etwas ausführlicher hergeleitet worden wäre; so hat man das Gefühl, dass viele Facetten zwar angerissen, aber nicht weiter vertieft worden sind.

Dennoch, gerade dem Juristen bietet die Auseinandersetzung mit den aussagepsychologischen Grundzügen und Studien genug Stoff, um über die Standards des wissenschaftlichen Sachverständigenbeweises intensiver nachzudenken. Letztlich tut vor Gericht vor allem eins Not: das interdisziplinäre Denken und der entsprechende Austausch, um den komplexen Lebenssachverhalten ausreichend Rechnung zu tragen.

TAGUNGSBERICHT

Das 7. Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (FORIS) *Big Data im Sicherheitsrecht*

von Ruben Doneleit und Isabella Klotz*

Am 15. September 2023 fand zum nunmehr siebten Mal (und erstmals unter neuem Namen¹) das Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (FORIS) in Mainz statt. Die Schirmherrschaft für die Tagung hatte auch in diesem Jahr die rheinland-pfälzische Ministerpräsidentin *Malu Dreyer* übernommen. Tagungsort war deshalb wiederum die am Rhein gelegene Mainzer Staatskanzlei. Dieses Jahr lautete das Thema der vom Institut für Digitalisierung und das Recht der Inneren Sicherheit (IDRIS) der LMU München gemeinsam mit dem Landeskriminalamt Rheinland-Pfalz ausgerichteten Veranstaltung „Big Data im Sicherheitsrecht“.

I. Grußwort und Einführung in das Tagungsthema

Zu Beginn richtete *Harald Esseln* (Ministerium des Innern und für Sport Rheinland-Pfalz, Referat Kriminalitätsbekämpfung) ein Grußwort an die Teilnehmer der Tagung. Dabei betonte er, dass Daten die „neue Währung“ unserer Zeit seien und Massendaten, sogenannte Big Data, zunehmend auch im Sicherheitsrecht relevant würden. Anschließend führten *Mario Germano* (Präsident des Landeskriminalamtes Rheinland-Pfalz) und *Prof. Dr. Mark A. Zöller* (LMU München) in das Tagungsthema ein. Bereits zu Beginn wurde so deutlich, dass Big Data Wissenschaft und Praxis seit geraumer Zeit gleichermaßen beschäftigen.

II. Erste Sitzung

1. KI – Potentiale und Risiken

Den Auftakt zur ersten Sitzung, moderiert von *Alexander Büchel* (Ministerium des Innern und für Sport Rheinland-Pfalz), machte der Vortrag von *Prof. Dr. Sebastian Vollmer* (Deutsches Forschungszentrum für Künstliche Intelligenz [DFKI], Kaiserslautern). In seiner instruktiven Präsentation erklärte der Spezialist für Data Science und Leiter des gleichnamigen interdisziplinären Forschungsbereichs die Funktionsweisen und tatsächlichen Grenzen von Künstlicher Intelligenz (KI). KI sei ein Werkzeugkasten, der zweifelsfrei Vorteile mit sich bringe, dem zugleich aber auch verschiedene Nachteile immanent seien. Diese Potentiale und Risiken wurden allgemein und speziell für den Bereich der Massendaten an verschiedenen

Beispielen erläutert. So bietet das bereits in der Praxis verwendete „supervised learning“ die Möglichkeit, zum Beispiel Vorhersagen über Krankenakten bzw. -verläufe zu machen.

Die Ausführungen von *Prof. Dr. Sebastian Vollmer* beschränkten sich aber nicht auf die deutsche Lebenswirklichkeit. Anschaulich wurden auch Anwendungsbeispiele aus den USA, wie das COMPAS-System (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), erläutert, das dort zur Risikobewertung von Wiederholungstätern eingesetzt wird. Auch wurde die „generative artificial intelligence“ vorgestellt, die beispielsweise bei der Wahrscheinlichkeitsermittlung zur Textvervollständigung für Dienste wie „Bing Chat“ oder „ChatGPT“ Anwendung findet.

Der Vortrag ließ jedoch auch nicht die mit der Anwendung solcher technischen Lösungen einhergehenden Probleme außer Acht. Diese beschränken sich keinesfalls auf rein technische Unsicherheiten, wie etwa Probleme beim Programmierungsablauf oder die Unklarheit, welche Daten für die „Fütterung“ der KI verwendet werden, um diese zu trainieren. Da KI-Systeme eigene, nicht vorgegebene Entscheidungen treffen und neue Lösungen antizipieren sollen, stellen sich auch schwierige ethische Fragen, die nicht aus dem Blickfeld geraten dürfen. Eindrückliches Beispiel hierfür ist das zuvor genannte COMPAS-System, bei dem letztlich von menschlicher Seite aus erwogen werden müsse, ob die in der Prognose angelegte Fehleranfälligkeit bestimmter Entscheidungen in Kauf genommen wird. Nicht ohne Grund ist die Anwendung dieses Systems hochumstritten. Im Kern gelte es, einen Ausgleich zwischen der „fairness“, das heißt vor allem die weitgehende Vermeidung von Diskriminierung, und möglichen Einbußen an „accuracy“, also der Treffsicherheit bzw. Genauigkeit einer KI-Entscheidung, zu finden. Die KI allein könne diesen nicht bieten – ein Konsens diesbezüglich müsse von der Gesellschaft ausgehandelt werden. Zuletzt betonte *Prof. Vollmer*, er glaube zwar fest an das Potenzial von Künstlicher Intelligenz, mithilfe der Auswertung von Massendaten Lösungen für die relevanten Probleme unserer Zeit, etwa den Klimawandel, zu finden. Ihn beunruhige aber das Risiko, dass der Mensch die KI für „schlechte Zwecke“ einsetzen könnte.

* Die Verfasser sind Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung (*Prof. Dr. Mark A. Zöller*) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Zuvor firmierte die Veranstaltung als „Trierer Forum zum Recht der Inneren Sicherheit (TRIFORIS)“.

2. Die Überwachungsgesamtrechnung

Anschließend referierte *Prof. Dr. Markus Löffelmann* (Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Berlin) über die sogenannte Überwachungsgesamtrechnung. Zunächst zeichnete er dafür die begriffliche und juristische Entstehungsgeschichte dieses Konzepts nach, welches seinen vorläufigen Höhepunkt mit der Aufnahme in den aktuellen Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP auf Bundesebene erreichte. Aus rechtsdogmatischer Sicht greife die Überwachungsgesamtrechnung im Wege einer doppelten Verhältnismäßigkeitsprüfung ein, bei der eine Regelung zunächst für sich genommen verhältnismäßig sein muss, bevor sie im Gesamtkontext der Überwachungsgesamtrechnung in Bezug zu sämtlichen bereits bestehenden (Überwachungs-)Normen gesetzt wird.

Hierbei ergäben sich jedoch verschiedene Probleme. Diese beginnen dem Referenten zufolge bereits mit der Konturierung des Gegenstands einer Überwachungsgesamtrechnung. Fraglich sei, was „Überwachung“ überhaupt bedeutet, ob sich diese auf alle Daten oder nur auf Massendaten beziehen kann und ob nur verdeckte oder auch offene Maßnahmen des Staates hiervon erfasst sein sollen. Zudem müsse eine Gewichtung der verschiedenen Überwachungsmaßnahmen erfolgen. Da es hierfür kaum Parameter oder statistische Daten gebe, bereite auch dieser zweite Schritt in der Praxis erhebliche Probleme. Entsprechendes gelte für den „Nutzen“ der Überwachung. Gegebenenfalls ließen sich hierfür die Fallzahlen der Polizeilichen Kriminalstatistik oder die der Verurteilungstatistik heranziehen. Entscheidend sei aber auch, dass zugleich ein individueller Blick auf die Lage des jeweiligen Betroffenen geworfen werde und nicht nur eine rein kumulativ übergeordnete Betrachtung bezogen auf den gesamtgesellschaftlichen Nutzen erfolge.

Besonders problematisch sei im Rahmen einer Überwachungsgesamtrechnung jedoch die Frage, wie die „Verrechnung“ von Belastungen und Nutzen zu erfolgen hat. *Prof. Löffelmann* führte dazu aus, dass einerseits häufig eine verfassungsrechtliche Asymmetrie bestehe, da eine Überwachungsmaßnahme für den Betroffenen stets grundrechtsrelevant sei, die Überwachung und ihr Zweck aber nicht zwingend verfassungsrechtlich geschützt sein müsse, da der Gesetzgeber frei in der Schaffung neuer Rechtsgüter ist. Andererseits seien die verschiedenen Rechtsgüter inkommensurabel, da eine vergleichende Gewichtung stets eines Paradigmas bedürfe, welches hierfür bisher nicht existiere. Um der Problematik Herr zu werden, versuche eine Überwachungsgesamtrechnung daher mittels einer normativen Evaluierung eine sachgerechte Lösung zu erzielen. Hierbei werde, anders als beim Überwachungsbarometer des Max-Planck-Instituts², eine subjektive Beeinflussung durch die Festlegung der Skalenergebnisse mit ihrer suggestiven Wirkung und die Gewichtung einzelner Faktoren vermieden.

In der Diskussion im Anschluss an den Vortrag ging es darum, wie eine solche Überwachungsgesamtrechnung vollzogen werden kann. Hierfür wurde eine unabhängige Freiheitskommission vorgeschlagen. Diese sollte aber weniger ein Kontrollgremium im engeren Sinne sein, sondern nur eine beratende Rolle übernehmen. Zudem wurde festgehalten, dass subjektive Einflüsse bei der Gewichtung einzelner Maßnahmen oder Rechtsgüter nie gänzlich ausgeschlossen werden können. Ferner sollte der – bereits weitgehend etablierte – Begriff „Überwachungsgesamtrechnung“ in Zukunft überdacht werden, da eine mathematische Addition einzelner Rechte und Beeinträchtigungen nicht möglich sei. Denkbar erscheine die Bezeichnung als „Betrachtung“ oder „Evaluation“.

3. Die Vorratsdatenspeicherung – eine (un)endliche Geschichte?

Der darauffolgende Vortrag von *Prof. Dr. Jens Puschke, LL.M.* (King's College) von der Philipps-Universität Marburg befasste sich mit den rechtlichen Entwicklungen rund um das Thema der Vorratsdatenspeicherung. Der Referent eröffnete mit der These, dass die Vorratsdatenspeicherung „noch nicht am Ende sei“.

Vorratsdatenspeicherung meint, dass Telekommunikationsdienstleister dazu verpflichtet werden, massenhaft Verkehrs- und Standortdaten anlasslos zu speichern. Dabei wird nicht danach unterschieden, ob die Speicherung für repressives oder präventives Anschlusshandeln erfolgt. Im Mittelpunkt stehe die Information, „wann wer wo mit wem wie lange Kontakt hatte“. Eine verfassungs- und unionsrechtskonforme rechtliche Regelung der Vorratsdatenspeicherung sei dem deutschen Gesetzgeber trotz zweier Anläufe bisher allerdings nicht gelungen, was eine „Blamage“ darstelle. Nach Ansicht von *Prof. Puschke* sei bei der Konzeption einer gesetzlichen Grundlage zu beachten, dass die Speicherung sensibler Daten schon für sich genommen ein schwerer Grundrechtseingriff ist, der durch den fehlenden Anlass noch verstärkt werde. Den sogenannten „chilling effect“, also ein abschreckendes Unsicherheits- und Überwachungsgefühl der Bürger, das dazu führen kann, dass Grundrechte nicht (mehr) ausgeübt werden, gelte es unbedingt zu vermeiden.

Bei den vorangegangenen Regelungsversuchen sei das verfassungsrechtliche Defizit vor allem bei den Regelungen zur Datensicherheit und zu den Abrufmöglichkeiten zu finden gewesen. Es werde auch vertreten, dass die anlasslose Speicherung von Daten stets rechtswidrig sei. Dennoch hatte der Europäische Gerichtshof in seiner jüngsten Entscheidung³ der Vorratsdatenspeicherung keine vollständige Absage erteilt. Eine solche könne vielmehr in Abhängigkeit von dem betroffenen Rechtsgut und dessen Bedeutung oder bei der Bekämpfung schwerer Kriminalität möglich sein. Hierbei sei aber eine objektive Bestimmung anhand maßstabsbildender Kriterien schwierig. Zudem müsse die Speicherung auf den absolut not-

² Abschlussbericht des Max-Planck-Instituts zum Überwachungsbarometer, online abrufbar unter: <https://shop.freiheit.org/#!/Publikation/1168> (zuletzt abgerufen am 6.10.2023).

³ *EuGH*, NJW 2022, 3135 m. Anm. *Graulich* = GRUR-RS 2022, 24116.

wendigen Zeitraum begrenzt werden und eine „intensive Verhältnismäßigkeitsprüfung“ erfolgen.

Auf Basis dieser Erwägungen des *EuGH* wird von Befürwortern des Vorratsdatenspeicherung deren (Wieder-)Einführung vor allem im Bereich der Kinder- und Jugendpornographie gefordert. Eine hierfür vorgesehene Rechtsgrundlage müsste aber den strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügen. *Prof. Puschke* betonte in diesem Zusammenhang, dass die gesellschaftliche Forderung höchstens die Erforderlichkeit, jedoch weder die Gebotenheit noch die Angemessenheit zu begründen vermag. Insofern gebe es eine „Schiefelage in der öffentlichen Diskussion“.

Der Referent ging auch auf das sogenannte Quick-Freeze-Verfahren als (vermeintlich) mildere Alternative zur Vorratsdatenspeicherung im bisherigen Sinne ein, bei dem die Daten nur kurzfristig gespeichert werden. Eine längere Sicherung mit anschließender Abrufmöglichkeit erfolgt hier nur bei einem bestimmten Anlass, wie einem strafprozessualen Tatverdacht. Eine solche Regelung sei zwar grundrechtsschonender, stehe jedoch in Konflikt mit der Dogmatik der StPO, da hierdurch die Gefahr begründet werde, die Anforderungen an den Tatverdacht zu lockern. Zudem gingen durch das Quick-Freeze-Verfahren unter Umständen relevante Daten dauerhaft verloren.

Sollte der Gesetzgeber tatsächlich einen dritten Anlauf für die Vorratsdatenspeicherung wagen, müsse diesem zwingend eine rationale Abwägung auf Basis der Empirie zugrunde liegen. Gleichzeitig gelte es dabei auch die Maßstäbe der Überwachungsgesamtrechnung zu berücksichtigen. Wichtig war *Prof. Puschke* zum Ende des Vortrags klarzustellen, „unüberwachte Bereiche – auch im Internet – gehören zu einer demokratischen Gesellschaft dazu“.

III. Zweite Sitzung

1. Umgang mit Massendaten im Strafverfahren

Die von *Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich* (Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Berlin) moderierte zweite Sitzung des Tages begann mit dem Vortrag von *Carsten Gußmann* (Generalstaatsanwaltschaft Köln, Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime Nordrhein-Westfalen) zum Umgang mit Massendaten im Strafverfahren. Dabei wurde anhand verschiedener Fallstudien erläutert, inwiefern Big Data die nationalen Sicherheitsbehörden vor teils erhebliche ermittlungsspezifische Probleme stellt, die über die zuvor von anderen Vortragenden erörterten rechtlichen Probleme hinausgehen. So können etwa die Datenmengen in strafrechtlichen Verfahren bei Urheberrechtsverstößen mittlerweile mehrere Petabyte umfassen, was mehreren Millionen Gigabyte entspricht. Von menschlicher Hand kann eine solche „Flut“ an Daten daher nur noch theoretisch bei einer unbegrenzten Anzahl von Ermittlern ausgewertet werden. Die in der Praxis begrenzten personellen Ressourcen können bei Verfahren mit Big Data-Bezug daher dazu führen, dass andere Verfahren zurückgestellt werden müssen. Ohne unterstützende externe Sachverständige ließen sich diese Art von

Verfahren in der Praxis heutzutage jedenfalls kaum noch bewältigen.

Für die mit der Auswertung von Massendaten in der Strafverfolgung einhergehenden Probleme gebe es jedoch verschiedene Ansätze zu deren Bewältigung. So gelte es zunächst, einzelne Daten beziehungsweise Asservate zu kategorisieren und zu priorisieren. Hierbei kann etwa eine zentrale Datenaufbereitungsstelle helfen, wie sie in Nordrhein-Westfalen mittlerweile vom Landeskriminalamt betrieben wird. Die gesichteten Asservate können im Anschluss für Vernehmungsvorhalte oder die Validierung eines Anfangsverdachts verwendet werden. Zudem sei künftig zu erwägen, beispielsweise bei Massen von kinder- oder jugendpornographischen Daten eine automatische Sichtung mittels KI vornehmen zu lassen, die schneller und „schonender“ für die Ermittler ist. Werden etwa Erkenntnisse im Bereich der Organisierten Kriminalität oder des Betäubungsmittelhandels gewonnen, die unter Umständen zu hunderten oder gar tausenden Ermittlungsverfahren führen können, bietet sich als Unterstützung ein Softwareroboter (robotic process automation, RPA) an, der vollautomatisch einzelne Arbeitsschritte, wie das Einfügen von Personenstandsdaten in Haftbefehle, übernimmt.

Im Anschluss wurde unter anderem eine StPO-Reform diskutiert, insbesondere wurde vorgeschlagen, die einschlägigen Regelungen zur Anklageschrift und zum Urteil dahingehend abzuändern, dass dort auf einen Datenträger verwiesen werden kann.

2. Der Einsatz künstlicher Intelligenz im Sicherheitsrecht

Privatdozentin *Dr. Victoria Ibold* (LMU München) befasste sich im Anschluss mit dem Einsatz von KI im Sicherheitsrecht. Zunächst legte sie den Fokus auf den Begriff der „Künstlichen Intelligenz“. Diese wurde definiert als Computersystem, das menschlich intelligentes Verhalten mittels maschinellen Lernens imitiert. Anwendungsfelder seien etwa das predictive policing oder personenbezogene Rückfallprognosen.

Der Einsatz der KI-Systeme berge jedoch Risiken, da hinsichtlich des Entscheidungsfindungsprozesses stets eine sogenannte „Black Box“ bestehe. Wie genau das Ergebnis durch die KI erzielt wird, sei auch für Experten nicht in Gänze nachvollziehbar. Das technische Können geht somit weiter als das technische Verstehen. Im Strafverfahren muss der Einsatz von Technik jedoch vertrauenswürdig sein, was nicht stets der Fall ist, wie am Beispiel der Verwendung von Lügendetektoren deutlich wird. Zudem müssen technische Vorgänge transparent und nachvollziehbar sein. Daher müssten sie einer richterlichen Kontrolle zugänglich sein, denn das Recht dominiere nach wie vor die Technik und nicht anders herum. Dies sei bisher aber nicht ausreichend gewährleistet, da oftmals unklar bliebe, woher die Datengrundlage der KI stamme (sogenannter „Datenbias“).

Um diesen Problemen entgegenzutreten, befindet sich eine EU-Verordnung zum Thema KI im Trilogverfahren. Diese verfolgt einen horizontalen Ansatz, indem sie

grundsätzlich alle KI-Aktivitäten erfasst. Einzelne Ausnahmen bestehen etwa im Bereich der Nachrichtendienste. Die Verordnung soll sowohl für die Produktsicherheit von KI-Systemen als auch für das Sicherheitsrecht erstmalig einen einheitlichen Rechtsrahmen schaffen. Diesen Anspruch bezeichnete die Referentin als problematischen „Rasenmäher-Ansatz“, da es sich um sehr verschiedene Rechtsgebiete handele.

Davon unberührt bleibt jedoch die zum Schluss des Vortrags erhobene Forderung der Referentin, dass das nationale Sicherheitsrecht weiterhin objektiv und rechtsstaatlich sein müsse. Da dies durch Art. 19 Abs. 4 GG auch verfassungsrechtlich determiniert sei, bedürfe es künftig einer richterlichen und somit transparenten Kontrolle des Einsatzes Künstlicher Intelligenz im Sicherheitsrecht.

3. Der Algorithmus als Ermittler – Zum Rechtsrahmen für Datenanalysen

Der letzte Vortrag des Tages von *Prof. Dr. Dieter Kugelman* (Landesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Rheinland-Pfalz) befasste sich mit der Frage, welche Rolle Algorithmen in der Ermittlungspraxis spielen. Anwendungsfelder für Algorithmen in der Strafverfolgung sind etwa automatische Datenanalysen oder Gesichtserkennungen. Bei diesen gebe es verschiedene Schritte, die durchlaufen werden. Zunächst erfolge die (Massen-)Datenerhebung, bevor die Daten strukturiert, ausgewertet und genutzt werden können. Dabei greife bereits die Datenerhebung zumindest in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen ein. Weitere verletzte Grundrechte können das Recht auf die Integrität informationstechnischer Systeme sowie die Art. 10, 13 GG sein. Kein Grundrechtseingriff bestehe dagegen bei öffentlich zugänglichen Daten, weil diesen kein schutzwürdiges Vertrauen zukomme.

Vor diesem Hintergrund führte der Referent aus, dass zur verfassungsmäßigen Ausgestaltung einer Norm zur Rechtfertigung derartiger Grundrechtseingriffe die datenschutzrechtlichen Grundsätze zu beachten sind. So seien das Gebot der Datenminimierung und die Vorgaben der Zweckbestimmung und -änderung ebenso wie Gewährleistung der Betroffenenrechte zu achten. Werden Daten durch Algorithmen ausgewertet, bedürfe es daher spezifischer Schutzmechanismen durch technische und organisatorische Maßnahmen. Zudem seien Streubreitendaten Unbeteiligter zu reduzieren, was bedeute, dass alte Daten zu löschen oder bestehende Daten zu aktualisieren sind. Ferner müsse eine gesetzliche Regelung bestimmt genug sein. Dies werde dadurch sichergestellt, dass zwischen unterschiedlichen Adressaten differenziert wird und verschiedene Datentypen (beispielsweise anhand des darauf bezogenen Grundrechtseingriffes) kategorisiert werden. Schließlich müsse die Eingriffsschwelle der Rechtsgrundlage auch zum Gewicht des durch sie geschützten Rechtsguts passen. All das lasse sich bewerkstelligen, wenn der Gesetzgeber beim Einsatz von Algorithmen für die Datenanalyse ausdifferenzierte und abgestufte Regelungen implementiere.

In der anschließenden Diskussion kam die Frage auf, inwiefern eine staatliche Offenlegungspflicht für den Einsatz von Algorithmen besteht. Es ließe sich etwa erwägen, dass ein Angeklagter im Strafverfahren einen Anspruch auf Prüfung der Nachvollziehbarkeit, entsprechend dem Eichzeugnis eines Blitzers zur Überwachung des Straßenverkehrs, habe, um seinem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen. Hierbei bestehe dann aber das Problem, dass eine solche Pflicht – die im Ergebnis in der Diskussion daher abgelehnt wurde – im Widerspruch zu privaten Geschäftsgeheimnissen stünde und daher künftige Innovationen Dritter, auch zugunsten des Staates als potenziellem Käufer, auf diesem Feld vereiteln würde. Der (ausschließliche) Einsatz von open source-Technologien wurde in diesem Zusammenhang verworfen, da hierbei nicht sichergestellt sei, wie lange das System tatsächlich für die Strafverfolgungsbehörden verfügbar und aktualisierbar ist, da es jederzeit umprogrammiert werden könne.

IV. Podiumsdiskussion

Der finale Programmpunkt der Tagung war die Podiumsdiskussion zum Thema „Ransomware-Angriffe“. An dieser nahmen *Carsten Meywirth* (Leiter Abteilung Cybercrime, Bundeskriminalamt), *Beatrix Jacobs* (Generalstaatsanwaltschaft Koblenz, Landeszentralstelle Cybercrime), *Dr. Dirk Häger* (Abteilungsleiter Operative Cyber-Sicherheit, Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik) und Rechtsanwalt *Dr. David Albrecht* (FS-PP Berlin) teil. Moderiert wurde die Diskussion von Rechtsanwalt *Prof. Dr. Björn Gercke*.

In der Diskussion zeichneten sich zwei Schwerpunkte ab. Zunächst ging es um eine aktuelle Bestandsaufnahme hinsichtlich der Häufigkeit und des Schädigungspotenzials von Ransomware-Angriffen. Dabei waren sich die Teilnehmer der Diskussion einig, dass sich in den vergangenen Jahren sowohl die Anzahl der registrierten Ransomware-Angriffe als auch der hieraus entstandene Schaden konstant gesteigert hat, was sich jedoch nicht nur mit der gestiegenen Aufmerksamkeit speziell im Bereich der Cyberkriminalität im engeren Sinne erklären lässt. Vielmehr habe die zunehmende Professionalisierung der Täter mit ihrem wachsenden technischen Fachwissen, aber auch der Möglichkeit, über das Darknet die Dienste von Hackern käuflich zu erwerben (sogenanntes Crime-as-a-Service), zu den Steigerungen beigetragen. Katalysator hierfür seien außerdem die Corona-Pandemie und der russische Angriffskrieg in der Ukraine gewesen, die das gesamte Leben weiter in die digitale Welt verlagert hätten. Die Diskussionsteilnehmer werteten Ransomware-Angriffe daher (auch künftig) als größte Bedrohung im Bereich Cybercrime.

Den zweiten Schwerpunkt bildete die Frage, welche Reaktion als Betroffener eines derartigen Angriffs sinnvoll ist. Zunächst stimmten die Diskutanten dahingehend überein, Lösegeldforderungen nicht nachzukommen. Es könne nie sicher sein, dass die Hacker auch tatsächlich in der Lage oder überhaupt gewillt sind, nach erfolgter Zahlung sämtliche infiltrierten Systeme wieder freizugeben.

Zudem setze man sich durch Verweigerung der Zahlung nicht der Gefahr eines eigenen Strafverfahrens, etwa wegen Terrorismusfinanzierung oder (finanzieller) Unterstützung einer kriminellen Vereinigung, aus. Inwieweit solche Strafbarkeitsrisiken der eigentlichen „Opfer“ tatsächlich bestehen, ist derzeit noch nicht höchstrichterlich geklärt. Vertreten wird aber unter anderem von der Generalstaatsanwaltschaft Koblenz, dass im Falle einer Zahlung und dem oftmals nur schwer nachweisbaren Bestand einer kriminellen Vereinigung, eine Rechtfertigung über § 34 StGB in Betracht kommt. Empfehlenswert, wenn gleich mühsam für die Betroffenen sei es aber, mithilfe professioneller Unterstützung und bestehender Backups die Daten und technischen Systeme neu aufzubauen. Zudem könne die Erstattung einer Strafanzeige zumindest unter dem Aspekt sinnvoll sein, dass für Strafverfolgungsbehörden und Politik sichtbar wird, wie viele solcher Angriffe überhaupt stattfinden. Aufgrund der regelmäßig grenzüberschreitenden Dimension von Ransomware-Angriffen und der häufigen Verweigerung von Rechtshilfe einzelner Länder, bestehe jedoch selten eine realistische Chance, die Täter strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Empfehlenswert sei daher für die Betroffenen vor allem eine hinreichende Prävention. Abschließend wurde noch ein Appell an die Politik gerichtet, künftig den Ressourcenmangel zur Bekämpfung von Cyberkriminalität zu beseitigen und durch eine bessere Gesetzgebung die Möglichkeiten zur Herstellung von unsicherer Software zu minimieren.

Zuletzt sprach Frau *Dr. Anslieb Esseln* (Landeskriminalamt Rheinland-Pfalz) das Schlusswort, in dem sie noch einmal zusammenfassend auf die verschiedenen Vorträge

des Tages zurück und auf mögliche Entwicklungen in der Zukunft blickte. Nach den Danksagungen wurden die Teilnehmer verabschiedet.

V. Fazit

Das 7. Forum zum Recht der Inneren Sicherheit widmete sich einem der bedeutendsten Probleme, welches die rasant fortschreitende Digitalisierung aller Lebensbereiche mit sich bringt. Dass der Gesetzgeber und damit auch das Sicherheitsrecht sich den wandelnden gesellschaftlichen Entwicklungen nicht verschließen kann und darf, hat die Tagung deutlich gemacht. Big Data birgt jedoch nicht nur Gefahren für den einzelnen Betroffenen oder den Staat. Entscheidend wird sein, dass der Gesetzgeber die bestehenden Chancen nutzt und durch verfassungsgemäße Gesetze den Einsatz von fortschrittlichen Technologien und der Künstlichen Intelligenz, nicht nur in Bezug auf Massendaten, zugunsten der Bürger und dem Schutz ihrer Rechte regelt. So kann bei sinnvollem Einsatz von KI und Algorithmen allgemein der zunehmenden Tendenz entgegen gewirkt werden, dass Strafverfahren mithilfe von Datenmengen überflutet werden und damit – anders als in der Vergangenheit – Beweise nicht zurückgehalten, sondern unter „Datenbergen“ versteckt werden. Dass dabei ein Schulterschluss zwischen juristischer Theorie sowie polizeilicher und technologischer Praxis zwingend notwendig ist, haben die Vorträge in ihrer Gesamtheit eindrucklich gezeigt.