

Zusammensetzung der Richterbank im Einzelfall als manipuliert erscheinen lassen können (BVerfG-K, NVwZ 89, 141; 96, 160; BVerwG, NVwZ 88, 725; BFHE 168, 508/510 f; BAGE 84, 189/193 f; a. A. noch BVerfGE 31, 181/183 f). Der von einem ehrenamtlichen Richter angegebene Hinderungsgrund muss vom Gericht nicht nachgeprüft werden (BVerwGE 13, 147/148; NVwZ 86, 1011). Verschiebungen der Richterbank als Folge ungerechtfertigten Fernbleibens ehrenamtlicher Richter verstoßen nicht gegen Abs.1 S.2 (BFHE 194, 346/352 f). Bei der Neubildung einer Kammer müssen die abzugebenden Sachen nach allgemeinen und jederzeit ohne weiteres nachprüfbar Merkmalen bestimmt sein (BVerwG, DVBl 85, 166). Der Vorsitz im Senat für Anwaltsachen darf zwischen dem Präsidenten des BGH und einem vom Präsidium des BGH bestimmten Vorsitzenden Richters wechseln (BGHZ 125, 288/292). Haftfragen müssen in der Hauptsacheverhandlung und während ihrer Unterbrechung von denselben Richtern entschieden werden (BGHSt 43, 91/94; vgl. auch BVerfG-K, NJW 98, 2963).

4. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen (Schranken)

- 17 Im Hinblick auf die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers (oben Rn.1) stellt sich die Frage nach kollidierendem Verfassungsrecht (Vorb.45-49 vor Art.1) praktisch nicht (vgl. Pieroth/Schlink 1073; anders Roth, o. Lit., 92 ff).

Art.102 [Unzulässigkeit der Todesstrafe]

Die Todesstrafe² ist abgeschafft^{2 f}.

Literatur: Calliess, Die Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, NJW 1988, 849; Weides/Zimmermann, Berücksichtigung der im Ausland drohenden Nachteile für Freiheit, Leib und Leben bei der Ausübung des Ausweisungsermessens durch Ausländerbehörden, DVBl 1988, 461; Frankenberg, Ausweisung und Abschiebung trotz drohender Todesstrafe?, JZ 1986, 414.

- 1 Die Vorschrift bildet zum einen eine Reaktion auf den Missbrauch der Todesstrafe durch den nationalsozialistischen Staat (BVerfGE 39, 1/36 f; 45, 187/225) und trägt andererseits dem Gesichtspunkt Rechnung, dass der Nutzen der Todesstrafe im Vergleich zur lebenslangen Freiheitsstrafe zu gering ausfällt, um damit die Vernichtung des höchsten Rechtswertes, des Lebens eines Menschen, zu rechtfertigen. Die Vorschrift enthält kein Grundrecht (Wiedemann UC 6; vgl. Art.93 Abs.1 Nr.4 a); sie bildet eine Schranke für die gem. Art.2

Abs.2 S.3 möglichen Beschränkungen des Rechts auf Leben (Gusy MKS 21; Dreier DR 39; Kunig MüK 3). Art.102 dürfte wegen Art.1 Abs.1 nicht abgeschafft werden können (BGH, NJW 96, 858; Kunig MüK 18; Lorenz HbStR VI 25; Gusy MKS 33; offen gelassen BVerfGE 94, 115/138; einschr. Dreier DR 56 ff; Scholz MD 31; a. A. Zippelius BK 70 zu Art.1).

Die Formulierung, „die Todesstrafe ist abgeschafft“, meint nichts 2 anderes als „die Todesstrafe ist verboten“ (Dreier DR 37), und zwar ohne jede Ausnahme (vgl. Gusy MKS 32). Unzulässig ist ein Gesetz, das die Todesstrafe androht, wie jede Verhängung der Todesstrafe (vgl. BVerfGE 18, 112/116). **Todesstrafe** ist die Tötung eines Menschen als staatliche Reaktion auf die Verwirklichung einer Straftat (Kunig MüK 7; Wiedemann UC 5; Scholz MD 16 f). Keine Todesstrafe ist der gezielte Todesschuss der Polizei zur Rettung von Menschenleben; insoweit ist allein Art.2 Abs.2 S.1 einschlägig (Dreier DR 45; Gusy MKS 19; Degenhart SA 2).

Eine **Auslieferung** oder **Ausweisung** in einen anderen Staat 3 wird nicht unmittelbar erfasst, auch wenn die Gefahr besteht, dass dort die Todesstrafe verhängt wird (BVerfGE 18, 112/116 ff; Scholz MD 26; offen gelassen E 60, 348/354; anders BVerwGE 78, 285/294); der deutsche Staat verhängt nicht die Todesstrafe. Einschlägig ist in diesem Fall das Recht auf Leben gem. Art.2 Abs.2 S.1 (Rn.77 zu Art.2; vgl. Rn.13 zu Art.16 a). Darüber hinaus ist die Wertentscheidung des Art.102 zu beachten (BVerwGE 78, 285/294; Degenhart SA 3). Beide Elemente zusammen schließen eine Auslieferung oder Ausweisung bei drohender Todesstrafe regelmäßig aus (HessVGH, NVwZ-RR 90, 511; OLG Düsseldorf, NJW 94, 1485 f; Gusy MKS 28; Degenhart SA 4; Lorenz HbStR VI 18; a. A. für Auslieferung Dreier DR 51; vgl. Rn.76 zu Art.2. Gehen allerdings von dem Betroffenen erhebliche Gefahren für Leib oder Leben anderer Bürger aus, kann deren Schutz der Vorrang zukommen (vgl. Degenhart SA 5).

Art.103 [Anspruch auf rechtliches Gehör; nulla poena sine lege; ne bis in idem]

(1) **Vor Gericht⁵ hat jedermann^{6 ff} Anspruch auf rechtliches Gehör^{11 ff}.**

(2) **Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit^{41 f} gesetzlich^{43 f} bestimmt^{48 f} war, bevor die Tat begangen wurde^{52 ff}.**

(3) Niemand darf wegen derselben Tat^{57f} auf Grund der allgemeinen Strafgesetze⁵⁹ mehrmals bestraft^{60ff} werden.

Übersicht

A. Anspruch auf rechtliches Gehör (Abs.1)	1
I. Bedeutung und Abgrenzung	1
a) Bedeutung	1
b) Abgrenzung	2
II. Schutzbereich	5
1. Gehör vor Gericht	5
2. Träger des Grundrechts	6
a) Allgemeines	6
b) (Förmlich) Beteiligte	7
c) (Materiell) Betroffene	8
III. Beeinträchtigung und Ausgestaltung	9
1. Allgemeines	9
2. Unterlassen der Information	11
a) Allgemeines	11
b) Verfahrensstoff	12
c) Ladungen	14
d) Akteneinsichtsrecht	15
e) Hinweispflichten	16
f) Belehrung	18
3. Verweigerung der Äußerung	19
a) Allgemeines	19
b) Mündliche Verhandlung	20
c) Nichtwahrnehmung	21
d) Unverzügliche Nachholung	22
4. Unzureichende Berücksichtigung	23
a) Allgemeines	23
b) Aufnahmefähigkeit	24
c) Aufnahmebereitschaft	25
d) Erwägung	27
e) Begründung	28
5. Weitere Voraussetzungen der Beeinträchtigung	29
IV. Rechtfertigung (Schranken)	31
1. Grundlagen	31
2. Einzelne prozessrechtliche Institute	32
a) Vertretung durch Anwalt	32
b) Prozesskostenhilfe	34
c) Deutsche Sprache	35
d) Fristen	37
e) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	38

f) Präklusion	39
g) Verwertungs- und Überraschungsverbote ..	39 a
B. Gesetzlichkeit bei Bestrafungen (Abs.2)	40
1. Bedeutung und Abgrenzung	40
2. Schutzbereich	41
3. Beeinträchtigung	43
a) Verstoß gegen Gesetzlichkeitsprinzip	43
b) Verstoß gegen Bestimmtheitsgrundsatz	48
c) Verstoß gegen Rückwirkungsverbot	52
4. Rechtfertigung (Schranken)	55
C. Verbot mehrfacher Bestrafungen (Abs.3)	56
1. Bedeutung und Abgrenzung	56
2. Schutzbereich	57
a) Dieselbe Tat	57
b) Allgemeine Strafgesetze	59
3. Beeinträchtigung	60
a) Sperrwirkung rechtskräftiger Entscheidung ...	60
b) Verbot erneuter Strafverfolgung	63
c) Keine mehrmalige Bestrafung	64
d) Keine Beeinträchtigung	65
4. Rechtfertigung (Schranken)	66

Literatur A (Abs.1): *Vöskuhle*, Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, NJW 2003, 2193; *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 2. A. 2000; *Gusy*, Rechtliches Gehör durch abwesende Richter?, JuS 1990, 712; *Knemeyer*, Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren, HbStR VI, 1989, 1271; *Zierlein*, Die Gewährleistung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art.103 Abs.1 GG) nach der Rechtsprechung und Spruchpraxis des BVerfG, DVBl. 1989, 1169; *Degenhart*, Gerichtsverfahren, HbStR III, 1988, 879; *Schmidt-Aßmann*, Verfahrensfehler als Verletzungen des Art.103 Abs.1 GG, DÖV 1987, 1029; *Mauder*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1986; *Rüping*, Verfassungs- und Verfahrensrecht im Grundsatz des rechtlichen Gehörs, NVwZ 1985, 304; *E. Schumann*, Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, NJW 1985, 1134; *Wimmer*, Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, DVBl. 1985, 773.

Literatur B (Abs.2): *Appel*, Grundrechtsgleiche Rechte, Prozessgrundrechte oder Schranken-Schranken?, Jura 2000, 571; *Schroeder*, Der BGH und der Grundsatz: nulla poena sine lege, NJW 1999, 89; *Rosenau*, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag, 2. A. 1998; *Classen*, Art.103 Abs.2 GG – ein Grundrecht unter Vorbehalt?, GA 1998, 215; *Kenntner*, Der deutsche Sonderweg zum Rückwirkungsverbot, NJW 1997, 2298; *Dreier*, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ 1997, 421; *Volkemann*, Qualifizierte Blankettnormen, ZRP 1995, 220; *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1993; *Grünwald*, Die Entwicklung der Rspr. zum Gesetzlichkeitsprinzip, FS Arthur Kaufmann, 1993, 433; *U. Neumann*, Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?, ZStrW 1991, 331; *Ransiek*,

Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989; *Krahl*, Die Rspr. des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986. – **Literatur C (Abs.3):** *Specht*, Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem“, 1999; *F.-C. Schroeder*, Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem“, JuS 1997, 227.

A. Anspruch auf rechtliches Gehör (Abs.1)

I. Bedeutung und Abgrenzung zu anderen Vorschriften

- 1 a) **Bedeutung.** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist zum einen ein grundrechtsgleiches Recht (Vorb.1 vor Art.1; Rn.52, 72 zu Art.93), zum anderen ein objektiv-rechtliches Prinzip (BVerfGE 70, 180/188). Er ist Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (BVerfGE 9, 89/95; 39, 156/168; 74, 220/224) und des Menschenwürdeschutzes (BVerfGE 55, 1/6; 63, 332/337; BGHZ 118, 312/321). Er sichert die Einhaltung rechtsstaatlicher Mindeststandards (BVerfG, NJW 03, 1926) und stellt das prozessuale „Urrecht“ des Menschen dar (BVerfGE 55, 1/6). „Der Einzelne soll nicht nur Objekt richterlicher Entscheidung sein, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können“ (BVerfG, NJW 03, 1926). Daher ist Abs.1 nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch ein Teilhabe- und Leistungsrecht (unten Rn.32, 34, 36). Besondere Bedeutung entfaltet er im Strafprozess (unten Rn.15, 17, 21, 32, 33).
- 2 b) **Abgrenzung zu anderen Vorschriften.** Im Verhältnis zu den Justizgewährungsansprüchen, die sich im Hinblick auf Akte der öffentlichen Gewalt aus Art.19 Abs.4, im Übrigen aus dem Rechtsstaatsprinzip (Rn.89 f zu Art.20) und den materiellen Grundrechten ergeben (Vorb.11 f vor Art.1), kommt es zu inhaltlichen Überschneidungen (Papier HbStR VI 1223; Nolte MKS 87 ff). Grds. sichert Art.19 Abs.4 den Zugang zum Verfahren, während Art.103 Abs.1 auf einen angemessenen Ablauf des Verfahrens zielt (BVerfG, NJW 03, 1926). Allerdings beinhalten die Justizgewährungsansprüche neben dem Zugang zum Gericht auch eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes (BVerfGE 81, 123/129; 85, 337/345). Insb. Art.19 Abs.4 ist zu einem Gebot wirksamen Rechtsschutzes fortentwickelt worden (Rn.35 f zu Art.19), und aus Art.20 Abs.3 werden Anforderungen an ein faires Verfahren hergeleitet (Rn.93–96 zu Art.20; Tettinger, Staat 1997, 580 ff). Inso-

weit ist Art.103 Abs.1 *lex specialis* (Degenhart SA 3; Kunig MüK 3 b; Nolte MKS 86, 93; Schulze-Fielitz DR 81; vgl. auch BVerfGE 79, 372/376 f). Zum Sonderfall des rechtlichen Gehörs bei Freiheitsentziehung Rn.16 zu Art.104.

Im Verhältnis zu Gleichheitsgeboten gilt: Der Anspruch auf 3 rechtliches Gehör und das aus Art.3 Abs.1 abgeleitete Prinzip prozessualer Waffengleichheit (Rn.63 f zu Art.3) überschneiden sich nicht, weil das erste ein Teilhabe- und Leistungs-, das zweite ein Gleichheitsrecht ist (Nolte MKS 94; Schulze-Fielitz DR 83). Teilw. wird angenommen, dass Art.103 Abs.1 gleichwohl *lex specialis* sei (so Schmidt-Aßmann MD 10; Kunig MüK 3 b). Im Verhältnis zum ebenfalls aus Art.3 Abs.1 abgeleiteten allgemeinen Willkürverbot (Rn.35 zu Art.3) als Institut zur Sicherung materieller Gerechtigkeit, mit dem die grob fehlerhafte Anwendung einfachen Rechts sanktioniert werden soll, ist aber Art.103 Abs.1 *lex specialis* (BVerfGE 55, 95/98 f; 60, 305/308 f; 73, 322/324 f; a. A. BVerfGE 42, 64/72 ff; 52, 131/161 f; 71, 202/204).

Im Verhältnis zu anderen Verfassungsrechtsnormen, wie 4 materielle Grundrechte Dritter, die z. B. auf den Schutz persönlicher oder betrieblicher Geheimnisse gerichtet sind (Rüping BK 64 ff), oder wie die dem Rechtsstaatsprinzip zugeordneten Gesichtspunkte der „Funktionsfähigkeit der Rechtspflege“ (BVerfGE 54, 277/292), der Rechtssicherheit (BVerfGE 60, 253/267 f) und des Beschleunigungsgebots (BVerfGE 35, 382/405; 63, 45/68 f) ist zum einen eine entsprechende inhaltliche Bestimmung der Reichweite des Gehörgrundrechts vorzunehmen und zum anderen eine Kollisionslösung bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Beeinträchtigungen zu treffen (unten Rn.31).

II. Schutzbereich

1. Gehör vor Gericht

Der Anspruch auf rechtliches Gehör besteht in jedem Verfahren 5 vor staatlichen Gerichten, auch in Kostenfeststellungsverfahren (BVerfGE 19, 148/149) und in Prozesskostenhilfverfahren (BVerfGE 20, 347/349). Soweit die Zuweisung der rechtsprechenden Gewalt an die Richter reicht (Rn.2–10 zu Art.92), handelt es sich auch um Gerichte iSd Abs.1. Dementsprechend fällt auch der Rechtspfleger nicht hierunter (BVerfGE 101, 397/404 f; a. A. BVerfG-K, NJW 93, 1699; Degenhart SA 4; Nolte MKS 7; Schmidt-Aßmann MD 55). Dagegen gilt Abs.1 weder direkt noch analog gegenüber Verwal-

tungsbehörden (BVerfGE 101, 397/404; Kunig MüK 5; Nolte MKS 7; Schmidt-Aßmann MD 62 ff), einschl. der Disziplinarbehörde (BVerfGE 46, 17/26), und der Staatsanwaltschaft (BVerfGE 27, 88/103; vgl. aber BVerfG-K, NJW 02, 2772). Die Aussagemöglichkeit vor der Polizei entspricht nur dann den Anforderungen des Abs.1, wenn der Betroffene weiß, dass seine Äußerung für das Gericht bestimmt ist (BVerfGE 83, 24/36). Die Übertragung einer Anhörung auf einen Offizier in richterlichem Auftrag ist unzulässig (BVerfGE 73, 206/208). Abs.1 gilt in jeder Instanz (BVerfGE 53, 25/28; 60, 313/317 f; NJW 03, 1926). Während Art.19 Abs.4 kein Recht auf eine weitere Instanz und keinen Rechtsmittelzug gewährleistet (Rn.38 f zu Art.19), verlangt Art.103 Abs.1 wenigstens eine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit für den Fall, dass ein Gericht in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (BVerfG, NJW 03, 1927).

2. Träger des Grundrechts

- 6 a) **Allgemeines.** Grundrechtsberechtigt aus Abs.1 ist jeder, der an einem gerichtlichen Verfahren als Partei oder in ähnlicher Stellung beteiligt ist oder von dem Verfahren „unmittelbar rechtlich betroffen wird“ (BVerfGE 89, 381/390; 92, 158/183; 101, 397/404). Berechtigt sind neben natürlichen Personen, bei denen es nicht auf die Prozessfähigkeit ankommt (BVerfGE 75, 201/215), auch ausländische juristische Personen (BVerfGE 64, 1/11), juristische Personen des öffentlichen Rechts (BVerfGE 61, 82/104) und teilrechtsfähige Vereinigungen (Schmidt-Aßmann MD 31; Zierlein UC 56). Abs.1 sichert nur die Anhörung des Betroffenen selbst und gibt keinen Anspruch auf die Anhörung Dritter (BVerfG-K, NVwZ 95, 157).
- 7 b) **(Förmlich) Beteiligte.** Anhörungsberechtigt sind grds. diejenigen, denen die (einfach-gesetzlichen) Verfahrensordnungen die Stellung einer Partei oder eines Beteiligten einräumen. Die Beteiligten haben das Recht auf Gehör nicht nur vor der Endentscheidung, sondern auch vor Zwischenentscheidungen, durch die sie nicht materiell betroffen sind; insb. ist Gehör zu gewähren vor Entscheidungen über Befangenheitsanträge (BVerfGE 24, 56/62) oder über die Selbstablehnung eines Richters (BVerfGE 89, 28/37; Degenhart SA 17; Schmidt-Aßmann MD 34; a. A. BGH, NJW 70, 1644). Aus Abs.1 ergibt sich kein Anhörungsrecht des Gegners des Antragstellers im Prozesskostenhilfverfahren bezüglich der Angaben eines Antragstellers über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (BVerfG-K, NJW 91, 2078).

c) **(Materiell) Betroffene.** Anhörungsberechtigt sind außerdem diejenigen, die durch eine gerichtliche Entscheidung „unmittelbar rechtlich betroffen sind“ (oben Rn.6). Die „unmittelbare Betroffenheit“ (vgl. BVerwG, NVwZ 82, 243; NVwZ-RR 89, 109; BSGE 54, 104/107) ist abzugrenzen von bloßen „Auswirkungen“ (BGH, JZ 82, 567). „Unmittelbar betroffen“ sind: der Vater des nichtehelichen Kindes im Adoptionsverfahren (BVerfGE 92, 158/183 f); der Rechtsnachfolger eines Beteiligten wegen der sich auf ihn erstreckenden Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung (vgl. etwa § 265 ZPO; BSG, NJW 91, 1909 f); der Beschuldigte im Klagerzwangungsverfahren nach §§ 171 ff StPO, da seine strafprozessuale Stellung nach Erhebung der öffentlichen Klage durch den dem Klagerzwangungsantrag stattgebenden Beschluss des OLG ungünstiger ist als nach Erhebung der öffentlichen Klage durch die Staatsanwaltschaft (vgl. §§ 170, 175, 210, 401 StPO; BVerfGE 17, 356/362 f). „Unmittelbare Betroffenheit“ entsteht auch durch Gestaltungsurteile. Deshalb ist etwa den Mitgesellschaftern einer GmbH Gehör zu gewähren, wenn ein Gesellschafter Auflösungsklage erhebt (BVerfGE 60, 7/14). Gleiches gilt wegen § 113 Abs.1 S.1 VwGO auch für den Adressaten eines begünstigenden Verwaltungsakts im Falle einer Drittanfechtung (Schmidt-Aßmann MD 42; Schulze-Fielitz DR. 23) und in Wahlprüfungsverfahren (BVerfG-K, DVBl 93, 1069).

III. Beeinträchtigung und Ausgestaltung

1. Allgemeines

Abs.1 ist wie Art.19 Abs.4 (Rn.35 f zu Art.19; BVerfGE 67, 208/211; 74, 1/5) und Art.101 (Rn.1 zu Art.101) stark normgeprägt. Gleichwohl liegen die wesentlichen inhaltlichen Strukturen des Anspruchs auf Gehör schon auf Verfassungsebene fest (Nolte MKS 10; Schmidt-Aßmann MD 21). Daher verlangt Abs.1, dass eine einfach-gesetzliche **Ausgestaltung** zur Verfügung stehen muss, die insgesamt die wirksame Ausübung des Gehörrechts ermöglicht (vgl. BVerfGE 89, 28/35 f), die wenigstens einmal durch ein Fachgericht, nicht erst durch das BVerfG kontrolliert wird (BVerfG, NJW 03, 1927 f). Eine bestimmte Art und Weise der Gehörgewährung ist dagegen grds. nicht verbürgt (BVerfGE 6, 19/20; 31, 364/370). Z. B. gebietet Abs.1 nicht, in der verfassungsrechtlichen Organstreitigkeit Dritte über die in § 65 BVerfGG vorgesehene Beitrittsmöglichkeit hinaus zu beteiligen (BVerfGE 20, 18/26). Sofern die ein-

fachen Gesetze keinen Anspruch auf rechtliches Gehör geben, folgt er unmittelbar aus Abs.1 (BVerfGE 9, 89/96 f; 61, 37/41; 60, 7/14; BGH, NJW 94, 392).

- 10 Da die Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber über den verfassungsrechtlichen Gehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör hinausgehen kann, liegt nicht in jeder fehlerhaften Anwendung und Auslegung des einfachen Gesetzes durch die Gerichte zugleich ein Verstoß gegen Abs.1. Es gilt auch hier der Grundsatz (Rn.73 zu Art.93), dass die Anwendung des einfachen Rechts Sache der Fachgerichte ist und das BVerfG lediglich die **Verletzung spezifischen Verfassungsrechts** überprüft (BVerfGE 70, 288/294; 72, 119/121; 75, 302/312 ff). Eine solche Verletzung liegt insb. dann vor, wenn die Auslegung durch die Gerichte zu einem Ergebnis führt, das – wäre es in einem einfach-rechtlichen Gesetz enthalten – nach Abs.1 zur Nichtigklärung durch das BVerfG führen müsste (BVerfGE 74, 228/233 f; 89, 28/36), oder wenn die Rechtsanwendung offensichtlich unrichtig (BVerfGE 69, 145/149; 86, 133/145 f), rechtsmissbräuchlich (BVerfGE 69, 126/139; 75, 302/316 f) oder willkürlich (BVerfGE 69, 126/139 f; 74, 228/234) ist. Wenn sich der Begründung einer Entscheidung nicht entnehmen lässt, ob nur einfaches Recht oder auch Verfassungsrecht verletzt worden ist, muss letzteres angenommen werden (BVerfGE 81, 97/106).

2. Unterlassen der Information

- 11 a) **Allgemeines.** Die effektive Wahrnehmung des Anhörungsrechts setzt zunächst eine Kenntnis des dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Sach- und Streitstandes voraus. Daher garantiert Abs.1 ein Recht auf Information über den Verfahrensstoff. Um die mit diesem Anspruch korrespondierende Informationspflicht des Gerichts auszulösen, bedarf es keines Antrags und keiner Erkundigung des Grundrechtsträgers (BVerfGE 67, 154/155; BVerfG-K, NJW 90, 2374 f). Das Gericht hat die Pflicht, vor dem Erlass einer Entscheidung zu prüfen, ob den Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör gewährt wurde (BVerfGE 36, 85/88; 65, 227/235; 72, 84/88).
- 12 b) Zum **Verfahrensstoff**, über den informiert werden muss, gehören: alle Äußerungen der Gegenseite (BVerfGE 49, 325/328; 55, 95/99), einschl. der Anlagen von Schriftsätzen (BVerfGE 50, 280/284); allgemeinkundige Tatsachen, soweit sie einer Partei möglicherweise nicht bekannt sind (BVerfGE 48, 206/209; BVerwGE 67, 83 f); von Amts wegen eingeführte Tatsachen und Beweismittel (BVerfGE 15, 214/218; 70, 180/189; 101, 106/129); beige-

zogene Gerichtsakten (BVerfG-K, NJW 94, 1210) und Verwaltungsakten (BVerfGE 17, 86/95); ausländische Rechtsnormen (BVerwG, NVwZ 85, 411); Behördenauskünfte (BerlVerfGH, JR 97, 189); Berichtigungen von Entscheidungen, es sei denn, die Änderungen betreffen reine Formalien und greifen nicht in Rechte ein (BVerfGE 34, 1/7); dienstliche Äußerungen (BVerfGE 10, 274/281; 24, 56/62), insb. (wegen Art.101 Abs.1 S.2) wenn sie sich auf die Frage der Befangenheit eines Richters beziehen (oben Rn.7); gerichtskundige Tatsachen (BVerfGE 10, 177/183); gutachtliche Stellungnahmen (BVerfG-K, NJW 91, 2757); polizeiliche Vernehmungsprotokolle (BVerfGE 25, 40/43); prozessleitende Verfügungen (BVerfGE 64, 203/207); Selbstablehnung eines Richters (BVerfGE 89, 28/36 f; BVerfG-K, NJW 98, 370); tatsächliche Feststellungen aus anderen Verfahren (BVerwG, Bh 310 Nr.251 zu § 108; BGH, NJW 91, 2824 ff); unterstellte Tatsachen, die dem Parteivortrag widersprechen (BVerfG-K, NJW 88, 817); Wiedereinsetzungsbeschlüsse (BVerfGE 62, 320/322); u. U. auch ein Vermerk des Berichterstatters über das Ergebnis einer Beweisaufnahme (BGH, NJW 91, 1548 f) und Absprachen zwischen dem Gericht und einem anderen Verfahrensbeteiligten (BGH, NJW 96, 1764).

Keinen Verfahrensstoff stellen andere Personen betreffende polizeiliche „Spurenakten“ (BGHSt 30, 131/141) oder Informationen aus strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (BVerfG-K, NJW 88, 405) dar; zudem kann in Familiensachen das Kindeswohl Einschränkungen der Mitteilungspflicht rechtfertigen (vgl. BVerfGE 79, 51/68). Innerbetriebliche Informationen dürfen nur geheimgehalten werden, wenn ein erhebliches rechtliches Interesse daran besteht und dem Prozessgegner aus deren Verwertung keine unzumutbare Nachteile erwachsen (BGHZ 131, 90/93).

c) Der einfach-rechtlichen Umsetzung des Rechts auf Information dienen die prozessrechtlichen Vorschriften über die **Ladungen** (vgl. z. B. §§ 214 ff ZPO) und die **Bekanntgabe**, insb. die **Zustellung**. Mit dem Institut der Zustellung als formalisierter Bekanntgabe soll zum einen gesichert werden, dass der Betroffene von für ihn erheblichen Informationen zuverlässig Kenntnis erhält (BVerfGE 67, 208/211; BGHZ 116, 45/47). Problematisch sind insofern die Zustellungsarten, bei denen die Möglichkeit der Kenntnisnahme gesteigerten Risiken ausgesetzt ist (Ersatzzustellung; vgl. etwa § 56 Abs.2 VwGO iVm § 11 Abs.1 VwZG) oder zur bloßen Fiktion minimiert wird (vgl. etwa § 56 Abs.2 VwGO iVm § 15 VwZG). Da die Vorschriften über die Zustellung aber neben der Gewährung von

rechtlichem Gehör auch der Verfahrensbeschleunigung (insb. in Massenverfahren; vgl. BVerfGE 77, 275/285; BVerfG-K, NJW 88, 2361) dienen, sind diese Formen der Zustellung zulässig (vgl. BVerfGE 25, 158/165; 26, 315/318; Schmidt-Aßmann MD 72). Die öffentliche Zustellung gem. §§ 203 ff ZPO verletzt Abs.1, wenn deren Voraussetzungen erkennbar nicht vorgelegen haben (BVerfG-K, NJW 88, 2361; BGHZ 149, 311/315 ff). Setzt die Gewährung rechtlichen Gehörs die Übersendung eines Schriftstücks voraus, so muss sich das Gericht auch über dessen Zugang vergewissern; dabei darf es sich im Allgemeinen auf den Nachweis der förmlichen Zustellung (BVerfG-K, NJW 92, 225) nicht aber auf den Zugang formlos übersandter Schriftstücke (BVerfGE 36, 85/88 f; BVerfG-K, NJW 95, 2095; BSG, NVwZ 01, 237) verlassen. Die Konsularbescheinigung über eine Zustellung im Ausland muss Auskunft über den Zeitpunkt der Zustellung sowie darüber geben, an wen und in welcher Form zugestellt wurde (BVerwGE 109, 115/119). U.U. kann auch bei förmlicher Zustellung und unverschuldeter Unkenntnis Abs.1 beeinträchtigt sein (BVerwG, NVwZ-RR 95, 534 f).

- 15 **d)** Gegenstand des **Akteneinsichtsrechts** sind die Prozessakten und die beigezogenen Akten. Abs.1 gibt aber keinen Anspruch auf Erweiterung des gerichtlichen Aktenbestands (BVerfGE 63, 45/60 f; BVerfG-K, NVwZ 94, 54). Ein inhaftierter Beschuldigter hat Anspruch auf Akteneinsicht jedenfalls seines Verteidigers, wenn und insoweit nur so eine effektive Einwirkung auf die gerichtliche Haftentscheidung möglich ist (BVerfG-K, NJW 94, 3220), richtiger Ansicht nach aber auch dann, wenn er keinen Anwalt hat (Schulze-Fielitz DR 41; a. A. BVerfGE 53, 207/214).
- 16 **e)** **Hinweispflichten** sind im Kern von Abs.1 garantiert (Schmidt-Aßmann MD 76; Schulze-Fielitz DR 42). Danach müssen die Beteiligten zu erkennen vermögen, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommt (BVerfGE 84, 188/190; 89, 28/35; BVerfG-K, NJW 96, 3202; 2000, 275; BVerwGE 78, 30/33). Gleichwohl normiert Abs.1 keine umfassende Frage-, Aufklärungs- und Informationspflicht des Gerichts, insb. nicht im Hinblick auf dessen Rechtsansichten (BVerfGE 67, 90/96; 74, 1/5; 86, 133/145). Das Gericht ist nur verpflichtet, sich über die seiner Entscheidung zugrunde liegenden Rechtsansichten mitzuteilen, wenn sonst der Anspruch auf rechtliches Gehör leerliefe (BVerfGE 86, 133/144). Das wäre etwa dann der Fall, wenn das Gericht auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellen will, mit dessen Entscheidungserheblichkeit auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nicht zu

rechnen braucht (unten Rn.39 a). Dass die Rechtslage unübersichtlich und umstritten ist, löst demgegenüber allein eine Hinweispflicht des Gerichts nicht aus, denn ein Verfahrensbeteiligter muss grds. alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag darauf einstellen (BVerfGE 86, 133/145; BVerfG-K, DVBl 95, 35). Daher verlangt Abs.1 auch nicht, dass das Gericht mit den Beteiligten ein Rechtsgespräch führt (BVerfGE 86, 133/145). Hinweispflichten sind im Strafverfahren eher anzunehmen als im Zivilverfahren (Nolte MKS 50 f).

Einzelfälle: Das Gericht muss bei Ordnungswidrigkeiten 17 (BVerfGE 42, 243/245), Berufungsentscheidungen (Schulze-Fielitz DR 43) und einstimmigen Zurückweisungen der Berufung (BVerwG, NVwZ 99, 1107) die Parteien auf die Möglichkeit eines Beschlussverfahrens ohne mündliche Verhandlung hinweisen. Eine Anhörungsmitteilung gem. § 125 Abs.2 S.3 VwGO darf nicht irreführend sein (BVerwG, NVwZ 99, 1107 f). Ein Verstoß gegen § 265 StPO stellt wegen dessen eminenter Bedeutung für das Äußerungsrecht zwar nicht zwangsläufig, aber idR zugleich eine Verletzung des Abs.1 dar (Schmidt-Aßmann MD 77; vgl. auch BGH, NJW 98, 3788). Dagegen gehen § 139 ZPO und § 86 VwGO über das verfassungsrechtlich Geforderte hinaus (vgl. BVerfG-K, NJW 93, 1699; 94, 849, 1274). Nicht nur § 139 ZPO, sondern auch Art.103 Abs.1 wäre aber etwa dann verletzt, wenn ein Rechtspfleger im Zwangsversteigerungsverfahren einen Hinweis an den Gläubiger unterlassen würde und dieser allein als Folge eines in Verkennung der Rechtslage gestellten, sachlich grob interessewidrigen Verfahrensanspruchs leer ausgehen würde (BVerfG-K, NJW 93, 1699).

f) Abs.1 enthält keine (allgemeine) Pflicht des Gerichts, eine 18 Rechtsmittelbelehrung (Schmidt-Aßmann MD 79; vgl. auch BVerfGE 93, 99/107 ff) oder bei einer anwaltlich vertretenen Partei eine **Belehrung** über die Folgen einer Fristversäumnis zu erteilen (BVerfGE 75, 302/318).

3. Verweigerung der Äußerung

a) **Allgemeines.** Abs.1 gewährleistet weiter die hinreichende 19 Möglichkeit, sich grds. vor Erlass einer Entscheidung mindestens schriftlich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zur Sache zu äußern (BVerfGE 86, 133/144 f; 101, 106/129; BSGE 68, 205/210) und Anträge stellen zu können (BVerfGE 69, 145/148). Er bezieht sich auf den gesamten Verfahrensstoff (oben Rn.12). Ein Anspruch auf eine bestimmte Verfahrensart (vgl. BVerfGE 6, 19/20; 31, 364/

370; BVerfG-K, NJW 93, 2864; BGHZ 118, 312/321), insb. auf mündliche Verhandlung, besteht hingegen nicht (vgl. BVerfGE 36, 85/87; 60, 175/210 f; 89, 381/391; BVerwGE 57, 271/272; BFHE 166, 415/416). Ausnahmen sollen für das Asylrecht (wegen Art.19 Abs.4 und Art.16 Abs.2 S.2 a.F.; BVerfGE 67, 43/61 f) und für Kriegsdienstverweigerungsverfahren (wegen Art.4 Abs.3; BVerwGE 72, 28/29; 77, 157/159; 81, 229/234 ff) gelten; u. U. kann die Überzeugung vom Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Gewissensentscheidung aber auch auf andere Weise gewonnen werden (BVerwG, NVwZ-RR 01, 168). Weiter darf ein Gericht die Prozessfähigkeit eines Beteiligten nur feststellen, wenn es den Betroffenen vorher persönlich angehört hat (BSG, NJW 94, 215). Sieht das einfache Recht eine mündliche Verhandlung vor, von der nur ausnahmsweise abgesehen werden darf, liegt im gesetzwidrigen Absehen von der mündlichen Verhandlung ein Verstoß gegen Abs.1 (BFHE 166, 415/416 f), insb. wenn der Kläger nicht wirksam auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung verzichtet hat (BFH, NJW 96, 1496) oder sich sonst der Möglichkeit seiner persönlichen Teilnahme an der Verhandlung begibt (BVerfGE 41, 246/249).

- 20 **b) Unabhängig davon, ob die Beteiligten die Möglichkeit zu schriftlicher Vorbereitung genutzt haben, ist ihnen in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit zu geben, ihren Standpunkt darzutun** (BSG, NJW 92, 1190). Mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör ist nicht vereinbar, wenn ein Gericht einen Antrag auf Verlegung eines Termins trotz Vorliegen „erheblicher Gründe“ ablehnt und nach mündlicher Verhandlung in Abwesenheit des betroffenen Beteiligten ein Urteil fällt, sofern dieser Beteiligte durch die Verhinderung, an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen, in der sachgemäßen Wahrnehmung seiner Rechte beeinträchtigt worden ist (BVerwG, NJW 92, 2042; 95, 374; vgl. auch BSG, NJW 96, 677 f). Zwar verlangt Abs.1 vom Gericht nicht die Verschiebung eines Termins wegen des Urlaubs des Prozessbevollmächtigten (BVerfGE 14, 195/196), wohl aber wegen kurzfristiger Erkrankung (BVerwG, NJW 84, 882), unverschuldeter Anreiseschwierigkeiten (BVerwG, NJW 86, 1057), Entzugs des Mandats (BVerwG, NJW 86, 339) und erforderlicher weiterer Sachaufklärung (BFHE 154, 17/20). Desweiteren verlangt der Gehörananspruch den ordnungsgemäßen Aufruf der Sache (BVerfGE 42, 364/370; BVerwGE 72, 28/30 ff; BVerwG, NJW 86, 204). Bei geringfügiger Verspätung kann ein Anspruch auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung bestehen (BVerwG, NVwZ 89, 858).

c) Nichtwahrnehmung. Da Abs.1 nur die Äußerungsmöglichkeit garantiert, ist die Wahrnehmung des Gehörrechts eine Obliegenheit, deren Nichterfüllung (prozessuale) Nachteile für den Beteiligten haben kann, denn Abs.1 schützt nicht den nachlässigen Beteiligten, der die nach Lage der Sache gegebenen prozessualen Möglichkeiten nicht ausschöpft (BVerfGE 74, 220/225). Das bedeutet, dass derjenige keinen Anspruch auf Gehör (mehr) hat, der eine mögliche Äußerung in zurechenbarer Weise, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig (Nolte MKS 39), versäumt hat, etwa weil er einen Antrag auf Beiladung (BVerfGE 15, 256/267 f), einen Beitritt als Nebenintervenient (BVerfGE 21, 132/137 f), einen Antrag nach § 33 a StPO (BVerfGE 33, 192/195), nach § 80 Abs.6 VwGO aF (BVerfGE 70, 180/187 ff) oder eine Gegenvorstellung vor der Sachentscheidung (BGH, NJW 95, 403) unterlässt. Keine Nachlässigkeit stellt es allerdings dar, wenn ein Beteiligter nach Verwerfung seines Rechtsmittels als unzulässig das Rechtsmittel nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist begründet (BVerfGE 74, 220/224 f). Versäumnisverfahren im Zivilprozess und Abwesenheitsverfahren im Strafprozess sind zulässige Institute (BVerfGE 41, 246/249); allerdings kann deren Anwendung im Einzelfall, insb. im Strafverfahren, verfassungswidrig sein (vgl. BVerfGE 89, 120/129 f).

d) Unverzügliche Nachholung. Das Äußerungsrecht macht 22 nur Sinn, wenn der Berechtigte damit die gerichtliche Entscheidung beeinflussen kann (BVerfGE 9, 89/96; BVerfG-K, NJW 91, 2757). Daher gewährleistet Abs.1 die Möglichkeit, sich grds. vor der Entscheidung äußern zu können (BVerfGE 83, 24/35 f). Dies gilt auch für Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (BVerfGE 65, 227/233). Ausnahmen sind nur unter „strengen Voraussetzungen“ gerechtfertigt (BVerfGE 65, 227/233), die etwa dann erfüllt sind, wenn eine vorherige Anhörung faktisch unmöglich ist oder den Zweck einer gerichtlichen Maßnahme gefährden würde, z. B. bei Anordnung einer Beschlagnahme (BVerfGE 18, 399/404), Durchsuchung (BVerfGE 57, 346/358 f), Fernmeldeüberwachung (Kunig MüK 15; Schulze-Fielitz DR 47), Untersuchungshaft (BVerfGE 9, 89/96 ff), Vorführung (Kunig MüK 15; Schulze-Fielitz DR 47) und Zwangsversteigerung (BGH, NJW 84, 2167) sowie in manchen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (BVerfGE 49, 329/342; 65, 227/233; 70, 180/188 f), nicht aber im Strafbefehlsverfahren (Schulze-Fielitz DR 47; a. A. BVerfGE 25, 158/165 f). In diesen Fällen gebietet Abs.1 allerdings, die Gewährung rechtlichen Gehörs unverzüglich

nachzuholen. Das Gleiche gilt im Rahmen einer Nichtigkeitsklage (BVerfG-K, NJW 98, 745).

4. Unzureichende Berücksichtigung

23 a) **Allgemeines.** Nach Abs.1 ist das Gericht schließlich verpflichtet, den Vortrag der Beteiligten zu berücksichtigen, d. h. zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen (BVerfGE 83, 24/35; BVerfG-K, NVwZ 95, 1097; NJW 95, 2096). Die Kontrolle des BVerfG orientiert sich dabei an Evidenzen: Da das Fachgericht nicht ausdrücklich jedes Vorbringen der Beteiligten zu bescheiden hat, ist ein Verstoß gegen die Berücksichtigungspflicht nur dann anzunehmen, wenn im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen (vgl. z. B. BVerfG-K, NJW 97, 726 f; NJW 00, 131) oder bei der Entscheidung ersichtlich nicht erwogen worden ist (BVerfGE 65, 293/295 f; 87, 363/392 f; 96, 205/216 f; BVerfG-K, NJW 99, 1388). Besondere Umstände liegen etwa vor, wenn das Gericht auf den wesentlichen Kern des Vortrags einer Partei zu einer zentralen Frage des Verfahrens nicht in den Entscheidungsgründen eingeht (BVerfGE 86, 133/145 f; BVerfG-K, NJW 95, 1885; 99, 1388; NVwZ-RR 02, 803) oder den Hinweis auf Gutachten übergeht (BVerfG, NJW 97, 122 f; BSG, NJW 97, 1661).

24 b) Kenntnismahme setzt zum einen **Aufnahmefähigkeit** des Gerichts voraus (Rüping BK 53). Die Mitwirkung eines blinden Richters erfüllt diese Voraussetzungen, soweit die Kenntnismahme nicht vom Sehvermögen abhängt (BVerfGE 20, 52/55; BVerfG-K, NJW 92, 2075), was aber bei einem Vorsitzenden Richter in der Hauptverhandlung eines erstinstanzlichen Strafgerichts nicht der Fall ist (BGHSt 35, 164 ff; a. A. Schulze-Fielitz DR 59). Ein schlafender Richter beeinträchtigt Abs.1 (BVerwG, NJW 86, 2721); deutliche Ermüderscheinungen sind aber nicht ausreichend (Nolte MKS 55). Ein tauber Richter erfüllt den Anspruch auf rechtliches Gehör, soweit es für die Streitsache nicht auf das Hörvermögen ankommt. Es genügt nicht den Anforderungen des Abs.1, wenn Schriftsätze lediglich in den Verfügungsbereich des Gerichts gelangen, dem Richter aber nicht zur Kenntnis weitergeleitet worden sind, wobei ein Verschulden der Geschäftsstelle ohne Belang ist (BVerfGE 34, 344/347; 53, 219/222 f). Gleiches gilt im Verhältnis von Ausgangs- und Rechtsmittelgericht (BVerfGE 62, 347/352 f).

c) Kenntnismahme setzt zum anderen **Aufnahmebereitschaft** 25 des Gerichts voraus. Räumt das Gericht den Beteiligten eine Frist zur Äußerung ein, ist es verpflichtet, jeden Schriftsatz zu berücksichtigen, der innerhalb der Frist eingeht (BVerfGE 42, 243/247; 64, 224/227; BVerfG-K, NJW 95, 2096). Wenn Präklusionsvorschriften (unten Rn.39) fehlen, hat es jedes Vorbringen zu berücksichtigen, das bis zum Erlass der Entscheidung eingeht, d. h. bis der Urkundsbeamte die Ausfertigung zur Zustellung hinausgibt (BVerfGE 62, 347/353; BVerfG-K, NJW 93, 51; BGH, NJW 97, 2525; BVerwG, Bh 406.17 Nr.29). Die Gerichte sind aus Abs.1 verpflichtet, die in einem Schriftsatz enthaltenen erheblichen Beweisanträge zu berücksichtigen (BVerfGE 69, 141/143 f; BVerfG-K, NJW 01, 1565; BFHE 174, 301/304; BSGE 79, 125). Die Nichtberücksichtigung eines als sachdienlich und erheblich angesehenen Beweisansgebots verstößt gegen Abs.1, wenn sie „im Prozessrecht keine Stütze mehr findet“ (BVerfGE 105, 279/311; BVerfG-K, NJW 03, 127; 03, 1655). Verletzt ist das Gehörrecht auch, wenn das Gericht bei Anwendung von Präklusionsvorschriften den Ausschluss durch eine fehlerhafte Verfahrensgestaltung verursacht hat (BVerfGE 60, 1/6; 69, 126/139 f; 81, 264/273), Parteivortrag nicht berücksichtigt, der im Rahmen des § 296 ZPO für die Frage nicht fristgerecht vorgebrachter Angriffs- und Verteidigungsmittel erheblich ist (BVerfGE 36, 92/99 f; 70, 215/218) oder der von den Beteiligten nach einem als reinem Durchlauftermin konzipierten frühen ersten Termin vorgebracht worden ist (BVerfGE 69, 126/137 ff). Erst recht ist Abs.1 verletzt, wenn das Gericht einen in zulässiger Weise eingereichten Schriftsatz übersieht (BVerfGE 11, 218/220; 70, 288/295; 72, 84/88 f) oder eine fernschriftliche Berufungsbegründung wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis als unwirksam ansieht (BVerfGE 74, 228/234).

Abs.1 gewährt **kein Recht** auf ein bestimmtes Beweismittel oder 26 bestimmte Arten von Beweismitteln (BVerfGE 57, 250/274; 63, 45/60; BVerfG-K, NJW 98, 1939; BAGE 70, 85/98). Auch bestimmte Beweisregeln, wie z. B. die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, sind nur einfach-rechtlich garantiert (BVerfGE 62, 392/396 f; BVerfG-K, NJW 94, 2347). Die Pflicht zur Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge gilt nicht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BVerfGE 79, 51/62). Abs.1 ist nicht verletzt, wenn das Gericht einen Beweisantrag des Prozessgegners nicht berücksichtigt (BVerfGE 84, 82/89). Der pauschale Bezug auf Vorbringen in früherer Instanz löst idR keine Berücksichtigungspflicht aus (BVerfGE 70, 288/295; BVerfG-K, NJW 92, 495).

27 d) **Erwägen** bedeutet die Pflicht des Gerichts, Vorbringen der Beteiligten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf seine Erheblichkeit und Richtigkeit zu überprüfen. Abs.1 schützt aber nicht davor, dass das Vorbringen aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts unberücksichtigt bleibt (BVerfGE 69, 145/148 f; 70, 288/294; 96, 205/216), weil es unerheblich, insb. abwegig (vgl. BVerfG-K, NJW 96, 2785; 97, 1433 f) ist. Dabei ist die Frage der Erheblichkeit allein nach Maßgabe des formellen und materiellen Rechts zu entscheiden (Schulze-Fielitz DR 61). Auch schützt Abs.1 idR nicht davor, dass das Gericht einem tatsächlichen Umstand nicht die richtige Bedeutung beimißt (BVerfGE 76, 93/98) oder die Rechtsansicht eines Beteiligten nicht teilt (BVerfGE 64, 1/12; BVerfG-K, NJW 95, 2839). Die Vorschrift garantiert auch keinen Anspruch auf einen bestimmten Beratungsablauf (BVerfG-K, NJW 87, 2219 f; BFHE 169, 122 f) oder eine bestimmte Beratungsdauer (BGHSt 37, 141/143); das Votum des Berichterstatters darf auch in Urteilsform vor der Verhandlung vorliegen (BVerfGE 9, 213/215).

28 e) Aus der Pflicht zu erwägen folgt die grundsätzliche Verpflichtung, gerichtliche Entscheidungen zu **begründen** (BVerfGE 54, 86/91 f); denn nur anhand der Gründe kann der Betroffene beurteilen, ob sein Vorbringen berücksichtigt worden ist (Kunig MüK 15; Rüping BK 55; Schulze-Fielitz DR 74). Ausnahmen gelten für letztinstanzliche Entscheidungen (BVerfGE 71, 122/135 f; 81, 97/106; 104, 1/8) und für Erledigungsentscheidungen (BVerfGE 13, 132/149; BayVerfGH, NVwZ 93, 1083). Problematisch ist die weitgehende Einschränkung der Begründungspflicht für zivilgerichtliche (Bagatell-)Sachen in § 495 a Abs.2 ZPO (vgl. Kornblum, ZRP 99, 382; Zierlein UC 90). Die Begründungspflicht erstreckt sich auf die für die Rechtsverfolgung und -verteidigung wesentlichen Tatsachen (BVerfGE 47, 182/189; 58, 353/357; BVerfG-K, NJW 96, 2786; 97, 122; BAGE 93, 267/272 f). Dazu gehört, warum von einer höchstrichterlichen Rspr. abgewichen wird (BVerfG-K, NJW 95, 2911 f; 97, 187), warum trotz neuer Beweisanträge die Offensichtlichkeit gem. § 313 Abs.2 StPO gegeben sein soll (Schulze-Fielitz DR 74) und warum kein Sachverständigengutachten eingeholt wurde (BVerwG, DVBl 02, 53). Eine Bezugnahme auf die vorinstanzlichen Entscheidungsgründe genügt bei noch nicht behandeltem Vorbringen nicht (BSG, NJW 97, 2003). Es besteht keine Pflicht, andere Gerichtsentscheidungen zu zitieren (BVerfGE 80, 170/181). Der Begründungspflicht wird auch durch den Verweis auf

eine selbst aussagekräftige Begründung des Einspruchs- oder Widerspruchsbescheids genügt (BFHE 169, 1/2). Die Verspätung der Begründung allein begründet keinen Gehörstoß (BVerfG-K, NJW 96, 3203).

5. Weitere Voraussetzungen der Beeinträchtigung

Eine Beeinträchtigung setzt ein **Beruh** der Entscheidung auf dem Fehlen des rechtlichen Gehörs voraus (BVerfGE 60, 313/318; 86, 133/147). Das ist der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Anhörung des Beteiligten zu einer anderen, ihm günstigeren Entscheidung geführt hätte (BVerfGE 7, 95/99; 62, 392/396; 89, 381/392 f; BVerwGE 113, 212/216 f). Eine Entscheidung beruht nicht auf dem Fehlen des rechtlichen Gehörs, wenn es sich auf nur hilfsweise herangezogene Beweismittel bezogen hat (BVerfGE 17, 86/96). Dieses Erfordernis führt auch zu einer entsprechenden Begründungspflicht bei der Verfassungsbeschwerde (BVerfGE 28, 17/20; 72, 122/132).

Die Beeinträchtigung kann dadurch **geheilt** werden, dass das zunächst unterbliebene rechtliche Gehör in derselben Instanz oder in der Rechtsmittelinstanz (BVerfGE 5, 9/10; 62, 392/397; 73, 322/326), nicht aber in einem neuen gerichtlichen Verfahren (BVerfGE 42, 172/175) nachgeholt wird. Bei Beeinträchtigung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist ein Rechtsmittel zuzulassen, wenn die Auslegung der Verfahrensvorschriften das ermöglicht (BVerfGE 49, 252/256; 61, 119/121; 69, 233/242; BVerfG-K, NJW 98, 745; Degenhart SA 43; Zierlein UC 98). Versäumt es der Betroffene, von den insofern gebotenen prozessualen Möglichkeiten Gebrauch zu machen, verliert er die Möglichkeit, diese Beeinträchtigung durch Verfassungsbeschwerde zu rügen (Rn.57–61 zu Art.93). Der Betroffene muss über die gebotene Erschöpfung des Rechtswegs hinaus alle ihm zur Verfügung stehenden, nicht offensichtlich unzulässigen prozessualen Möglichkeiten ergreifen, um bereits im Ausgangsverfahren eine Korrektur der geltend gemachten Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erwirken und einen Grundrechtsverstoß zu verhindern (vgl. BVerfGE 81, 22/27; 81, 97/102 f; BVerfG-K, NJW 93, 255; 97, 1301; 99, 1177). Die prozessualen Möglichkeiten müssen aber rechtlich normiert sein (Rn.60 zu Art.93).

IV. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen (Schranken)

1. Grundlagen

31 Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht unter keinem Gesetzesvorbehalt. Für den Vortrag gelten allerdings die Schranken des Art.5 Abs.2 (Kunig MüK 3 c; Nolte MKS 44; Schmidt-Abmann MD 88). Im Hinblick auf die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers (oben Rn.9) stellt sich die Frage nach kollidierendem Verfassungsrecht (Vorb.45–49 vor Art.1) nur ausnahmsweise, z. B. bei der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts zugunsten des Schutzes persönlicher oder betrieblicher Geheimnisse (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 3a zu § 100) oder bei der Einführung eines in camera-Verfahrens im Verwaltungsgerichtsprozess (BVerfGE 101, 106/129 f).

2. Einzelne prozessrechtliche Institute

32 a) Die **Vertretung durch einen Anwalt** soll nach der überwiegenden Rspr. nicht von Abs.1 geschützt sein (BVerfGE 9, 124/132; 39, 156/168; BVerwGE 51, 111 f). Dagegen ist zu sagen, dass angesichts der enormen Kompliziertheit des Rechts die Gefahr besteht, dass einzelne Bürger ohne rechtskundigen Beistand ihr Recht gar nicht zu Gehör bringen können (Nolte MKS 67; Kunig MüK 15; Schmidt-Abmann MD 103; Pieroth/Schlink 1078). Dementsprechend erkennt das BVerwG neuerdings das Recht auf Vertretung durch einen rechtskundigen Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung an (BVerwG, NVwZ 89, 858; NJW 95, 1231, 1441); zur Strafverteidigung vgl. Rn.94 zu Art.20. Umgekehrt ist die gesetzliche Einführung des Anwaltszwangs mit Abs.1 vereinbar (BVerfGE 35, 41/63; Schmidt-Abmann MD 107). Die Bestellung eines Pflichtverteidigers beschwert den Angeschuldigten nicht (BVerfG-K, NJW 98, 2205).

33 Soweit das Recht auf Gehör **durch den Anwalt ausgeübt** wird, hat das Gericht ihm gegenüber die aus Abs.1 folgenden Pflichten zu erfüllen (BGHZ 144, 390/392; Schmidt-Abmann MD 108). Abs.1 verlangt nicht durchgängig, dem Beteiligten neben seinem Anwalt die Möglichkeit zur persönlichen Erklärung zu geben. In bestimmten Fällen kann sich aber ein anderes ergeben: Das letzte Wort des Angeklagten ist verfassungsrechtlich gewährleistet (BVerfGE 54, 140/141 f). Die Information des Verfahrensbevollmächtigten ist dann nicht ausreichend, wenn dem Betroffenen daraus ein erhöhtes Risiko entsteht, von den mitzuteilenden Umständen keine Kenntnis

zu erhalten (BVerfGE 81, 123/126 ff). Zur Frage, inwieweit die von seinem Anwalt verschuldete Versäumung einer Antrags- oder Äußerungsfrist dem Beteiligten zugerechnet werden darf, vgl. Rn.44 zu Art.19.

b) Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich ein grundsätzlicher Anspruch auf Gewährung von **Prozesskostenhilfe** in den Fällen, in denen der Betroffene zur Verfolgung seiner Rechte ohne finanzielle Hilfe des Staats nicht in der Lage ist (Nolte MKS 71; Schmidt-Abmann MD 113; für Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip dagegen Degenhart SA 25; Zierlein UC 82). Das BVerfG leitet diesen Anspruch aus Art.3 Abs.1 ab (Rn.63 zu Art.3).

c) Nach der neueren Rspr. des BVerfG ist die Frage, ob und in welchem Umfang ein der **deutschen Sprache** nicht hinreichend mächtiger Beteiligter Anspruch auf Ausräumung der daraus folgenden Verständnisschwierigkeiten hat, nach Art.2 Abs.1 iVm dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten „Gebot fairen Verfahrens“ zu beurteilen (Rn.93 zu Art.20). Richtigerweise ist die Gewährleistung sprachlicher Verständigung von Art.103 Abs.1 geschützt (vgl. Kunig MüK 15; Nolte MKS 73; Schmidt-Abmann MD 118; Schulze-Fielitz DR 53; BVerwG, NVwZ 83, 668 f). Allerdings ist lediglich eine Verständigung über die wesentlichen Verfahrensvorgänge sicherzustellen (vgl. Schmidt-Abmann MD 118; Schulze-Fielitz DR 53; BVerfGE 64, 135/146).

Im **Einzelnen** ist in der mündlichen Verhandlung ein Dolmetscher hinzuzuziehen: §§ 185 f GVG sind verfassungsrechtlich gefordert (BVerfGE 64, 135/146; Nolte MKS 74; Schmidt-Abmann MD 119). Die Gerichte sind auch grds. verpflichtet, dafür zu sorgen, dass mangelnde Deutschkenntnisse nicht zu einer Verkürzung des Anspruchs Beteiligter auf rechtliches Gehör führen (BVerfG-K, NJW 91, 2208). Sie müssen deshalb z. B. ggf. von Amts wegen Übersetzungen von verfahrensrelevanten Schriftstücken einholen, wenn der Ausländer darlegt, dass er diese auf Grund finanzieller Notlage nicht beibringen kann (BVerfG-K, NVwZ 87, 785; weitergehend für den Strafprozess wegen Art.6 Abs.3 EMRK: BGHSt 46, 178/184 f). Die beantragte Verwertung einer fremdsprachigen Urkunde darf nicht allein mit der Begründung abgelehnt werden, es fehle an einer deutschen Übersetzung (BVerwG, NJW 96, 1553). Bei sprachbedingter Versäumung einer Rechtsmittelfrist ist Wiedereinsetzung zu gewähren (BVerfGE 40, 95/99 f; 42, 120/123; weitergehend Schmidt-Abmann MD 120). Abs.1 fordert dagegen nicht, entgegen § 184 GVG fremdsprachlichen Schriftsätzen stets Beachtlichkeit zu-

kommen zu lassen (vgl. BGH, NJW 82, 532 f; Kopp/Schenke, VwGO, 9 zu § 55). Es ist auch nicht geboten, dem anwaltlich vertretenen Angeklagten das schriftliche Urteil in einer ihm verständlichen Sprache bekanntzugeben (BVerfGE 64, 135/154).

37 d) Bestimmungen über Fristen sind auf Verfahrensbeschleunigung und Rechtssicherheit angelegt und daher (vgl. oben Rn.4) grds. zulässig (Schmidt-Abmann MD 122); Grenzen ergeben sich v. a. aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Rn.44 zu Art.19). Fristen müssen objektiv ausreichend sein, um innerhalb der Frist eine sachlich fundierte Äußerung zum entscheidungserheblichen Sachverhalt und zur Rechtslage zu erbringen (BVerfGE 49, 212/216), und abgewartet werden (BFHE 188, 273/275). Richterliche Fristen müssen im Gegensatz zu typisierenden gesetzlichen Fristen dem Einzelfall im stärkeren Maße gerecht werden (BVerfG-K, NVwZ 03, 860). Sofern vom Gericht keine Frist gesetzt wurde, muss auf eine erwartete oder angekündigte Stellungnahme eine angemessene Zeit gewartet werden (BVerfGE 60, 313/317). Drei Arbeitstage oder sechs Tage mit eingeschlossenem Wochenende sind nicht ausreichend (BVerfGE 24, 23/25 ff), im vorläufigen Rechtsschutzverfahren auch nicht ein Tag (BVerfGE 65, 227/235). Bei gesetzlichen Fristen sind drei Tage der gesetzliche Mindestspielraum (BVerfGE 36, 298/302 ff; krit. Schmidt-Abmann MD 124; vgl. auch BVerfGE 94, 166/207). Fristablauf ist regelmäßig 24 Uhr, nicht schon der Zeitpunkt des Dienstschlusses (BVerfGE 41, 323/327 f; 42, 128/131 f; BGHZ 80, 62/63). Fristwahrung ist die Verfügungsgewalt des Gerichts, nicht erst des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (BVerfGE 57, 117/120; 72, 84/88). Fristen dürfen grds. bis zum letzten Tag ausgenutzt werden (BVerfGE 62, 334/337; BVerfG-K, NJW 91, 2096). Vgl. auch Rn.44 zu Art.19 und Rn.92 zu Art.20.

38 e) Obwohl die Versäumung von Fristen sanktioniert werden darf (BVerfGE 36, 298/302), ist unter bestimmten Voraussetzungen die **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** verfassungsrechtlich geboten. Das BVerfG leitet dieses Erfordernis nicht nur aus Art.103 Abs.1 (vgl. BVerfGE 25, 158/165 f; 38, 35/38; BVerfG-K, NJW 92, 38), sondern auch aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes ab (Rn.44 zu Art.19). So bildet die nicht zurechenbare Fristversäumnis einen bereits von Verfassungen wegen gewährleisteten Wiedereinsetzungsgrund (vgl. BVerfGE 38, 35/38). Im Übrigen sind bei Entscheidungen über eine Wiedereinsetzung an eine Glaubhaftmachung der Wiedereinsetzungsgründe keine überspannten Anforderungen zu stellen (BVerfGE 40, 182/184; 54, 80/84; 67, 208/212 f;

BVerfG-K, NJW 03, 1516). So brauchen von Seiten des Bürgers für die Urlaubsabwesenheit keine besonderen Vorkehrungen getroffen zu werden (BVerfGE 34, 154/156 f; 41, 332/335; krit. Schmidt-Abmann MD 126). Verzögerungen der Briefbeförderung und -zustellung durch die Post dürfen dem Betroffenen nicht als Versäumnis zugerechnet werden (BVerfGE 53, 25/28 f; 62, 216/221; BVerfG-K, NJW 01, 1566 f; BGHZ 105, 116/118 ff). Moderne Formen der Übermittlung durch Telefax (BVerfG-K, NJW 94, 1854 f) und e-mail (Schulze-Fielitz DR 70) dürfen genutzt werden. Versäumt ein der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtiger Ausländer eine Rechtsmittelfrist, ist das Versäumnis dieser Frist, soweit sie auf den unzureichenden Sprachkenntnissen des Ausländers beruht, grds. als unverschuldet anzusehen (BVerfGE 40, 95/99 f); anderes gilt bei einer Verletzung der auch den Ausländer treffenden Sorgfaltspflicht in der Wahrnehmung seiner Rechte (BVerfGE 86, 280/284 f; BVerfG-K, NVwZ 92, 262 f).

f) **Präklusion**. Vorschriften über den Ausschluss von Vorbringen sind zulässig, sofern der betroffene Beteiligte ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu allen für ihn wichtigen Punkten zur Sache zu äußern, die Äußerungsmöglichkeit aber aus von ihm zu vertretenden Gründen versäumt hat (BVerfGE 67, 39/41 f; 81, 264/273; BVerfG-K, NJW 92, 2556 f; 95, 2980). Allerdings dürfen solche Vorschriften nur „strengen Ausnahmecharakter“ haben (BVerfGE 59, 330/334; 60, 1/6; 62, 249/254; SächsVerfGH, LVerfGE 8, 301/307). Wegen der Intensität des Eingriffs geht die verfassungsgerichtliche Überprüfung ihrer Auslegung und Anwendung über eine bloße Willkürkontrolle (oben Rn.10) hinaus (BVerfGE 75, 302/312; BVerfG-K, NJW 01, 1565). Die Präklusion darf nur Verstöße der Beteiligten gegen ihre Prozessförderungspflicht sanktionieren und ist deshalb ausgeschlossen, wenn das Gericht seiner Fürsorgepflicht nicht nachgekommen ist (BVerfGE 67, 39/41 f; 75, 183/190 f; BVerfG-K, NJW 00, 946; BVerwG, NVwZ 84, 234; BGHZ 86, 218/222 ff), insb. die Beweismittel, um deren Ausschluss es geht, nicht hinreichend genau bestimmt hat (BFHE 177, 233/236), oder wenn die pflichtwidrige Verspätung nicht kausal für die Verzögerung ist (BVerfGE 75, 302/316 f; BVerfG-K, NJW 95, 1417); vgl. auch Rn.43 zu Art.19.

g) **Verwertungs- und Überraschungsverbote** sind die (negative) Konsequenz der (positiven) Pflicht der Gerichte, den Beteiligten die Möglichkeit zur Äußerung zu allen erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Fragen einzuräumen. Denn daraus folgt zum einen,

dass die Gerichte solche Tatsachen oder Beweisergebnisse nicht verwerten dürfen, die nicht zum Gegenstand des Verfahrens gemacht worden sind und zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten (BVerfGE 6, 12/14; 70, 180/189; BVerwGE 78, 30/33; BGHZ 116, 47/58; BFHE 195, 314/316 f). Zum anderen ergibt sich daraus das Verbot von „Überraschungsentscheidungen“, die ohne vorherigen Hinweis des Gerichts auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellen, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielzahl vertretener Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte (BVerfGE 84, 188/190; 86, 133/144; 98, 218/263; BVerfG-K, NJW 03, 2524; BVerwGE 95, 237/241; BFHE 180, 396/401; BAGE 51, 59/104; BSGE 68, 205/211), oder in denen das Gericht ohne entsprechenden Hinweis von seiner ständigen Rspr. (BVerwG, NJW 61, 1549) oder von einem eigenen Hinweis (BVerfG, IN 7. 10. 03 – 1 BvR 10/99, B I 1) abweicht oder höhere Anforderungen an das Vorbringen eines Beteiligten stellt als die ständige höchstrichterliche Rspr. (BVerfG-K, NJW 95, 2544). Es muss also in gravierender Weise prozessuales Vertrauen enttäuscht worden sein (vgl. Schmidt-Aßmann MD 141).

B. Gesetzlichkeit bei Bestrafungen (Abs.2)

1. Bedeutung und Abgrenzung zu anderen Vorschriften

- 40 Abs.2 enthält ein grundrechtsgleiches Recht (Vorb.1 vor Art.1; Rn.52, 72 zu Art.93; BVerfGE 85, 69/72) und ist eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (BVerfGE 7, 89/92; 47, 109/120; 95, 96/130), insb. unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit (Schulze-Fielitz DR 11). Er ist *lex specialis* zum allgemeinen Gesetzesvorbehalt (unten Rn.43), Bestimmtheitsgrundsatz (unten Rn.48) und Rückwirkungsverbot (unten Rn.52). Er konkurriert teilw. mit dem Schutz der Freiheit der Person (Rn.3 f zu Art.104) und soll spezielle Ausformung des allgemeinen Willkürverbots (Rn.35 zu Art.3) sein (BVerfGE 64, 389/394; BVerfG-K, NJW 98, 2589; 01, 1849). Er richtet sich sowohl an den Strafgesetzgeber als auch an den Strafrichter (BVerfGE 105, 135/153).

2. Schutzbereich

- 41 **Strafbarkeit** bezieht sich auf jede missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein schuldhaftes Verhalten (BVerfGE 26, 186/204; 42,

261/262; 45, 346/351). Abs.2 erfasst zunächst das Kriminalstrafrecht und das Ordnungswidrigkeitenrecht (BVerfGE 81, 132/135; 87, 399/411; BayVerfGHE 36, 149/152); anders als Abs.3 (unten Rn.59) aber auch das Berufs-, Disziplinar- und Standesrecht (BVerfGE 45, 346/351; 60, 215/233; 66, 337/355 f; BVerfG-K, DVBl 02, 1627; BVerwGE 93, 269/274; BGH, NJW 91, 1242; a. A. Rüping BK 78; Schmidt-Aßmann MD 196), wobei Abs.2 „wegen der Natur dieser Rechtsgebiete“ allerdings nur eingeschränkt gelten soll (BVerfGE 26, 186/203; 45, 346/351; BayVerfGHE 23, 23/28; BGHSt 19, 90/91 f); nicht aber vollstreckungsrechtliche Beuge- und Ordnungsmittel wie z. B. Ordnungsgelder gem. § 890 ZPO (BVerfGE 84, 82/89), Ordnungsmittel nach § 178 GVG (Schmidt-Aßmann MD 195), präventive Maßnahmen der Gefahrenabwehr (vgl. BVerfGE 20, 323/331), die Kostentragungspflicht des Kraftfahrzeughalters gem. § 25 a StVG (BVerfG-K, NJW 92, 1953) und die Pflicht zur Steuerzahlung (BVerfGE 7, 89/95). Ebensowenig gilt Abs.2 für zivilrechtliche Verpflichtungen zu Schadenersatz (BVerfGE 34, 269/293), für die Vereinsstrafgewalt (Rüping BK 85) oder für die Verwirkung von Ansprüchen (BVerfGE 27, 231/235 f).

Strafbarkeit umfasst den Straftatbestand (BVerfGE 25, 269/286), 42 zu dem sämtliche materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit zählen (Rüping BK 50, 67; vgl. auch BGHSt 39, 1/27; diff. BGHSt 39, 54/71), einschl. des räumlichen Anwendungsbereichs des Strafrechts (BVerfGE 92, 277/313), und die Strafandrohung (BVerfGE 45, 363/371; 86, 288/311; 105, 135/153), zu der alle strafrechtlichen Sanktionen gehören, insb. Nebenstrafen und Nebenfolgen (Rüping BK 60, 74; Schmidt-Aßmann MD 197), Verfall, Einziehung (Rüping BK 60) und Vermögensstrafe (BVerfGE 105, 135/157 f), Strafaussetzung zur Bewährung (Schmidt-Aßmann MD 197; für den Widerruf der Strafaussetzung offen gelassen BVerfG-K, NJW 92, 2877) sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung (Schulze-Fielitz DR 17; Pieroth/Schlink 1086; Kinzig, NJW 01, 1456 f; Zierlein UC 121; offen gelassen BVerfGE 74, 102/126; 83, 119/128; BVerfG-K, NJW 99, 634; diff. Rüping BK 61, 75; Nolte MKS 108; a. A. BGHSt 24, 103/106; Degenhart SA 57; Kunig MüK 20). Abs.2 erfasst dagegen nicht die Strafverfolgungsvoraussetzungen, wie die Verjährung (BVerfGE 25, 269/284 ff; 81, 132/135; BVerfG-K, NJW 00, 1555; BGHSt 40, 113/118) und das Strafantragserfordernis (BGHSt 46, 310/317 f; a. A. Kunig MüK 31; Rüping BK 62), ferner nicht das Strafverfahrensrecht (BVerfG-K, NJW 92, 2877; Rüping BK 76) einschl. der Frage, auf welches Gebiet sich die Strafgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland

erstreckt (BVerfGE 92, 277/324 f), und Behandlungsmaßnahmen im Vollzug der Freiheitsstrafe (BVerfGE 64, 261/280). Ferner soll Abs.2 nicht gelten für die Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe (BVerfGE 86, 288/311; a. A. BVerfGE *abwM* 86, 340/342; Kunig MüK 31; Nolte MKS 112; Schmidt-Aßmann MD 197). Abs.2 ist nicht anwendbar auf die Auslieferungsvoraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit (vgl. BVerfG, IN 5. 11. 03 – 2 BvR 1243/03, B VI).

3. Beeinträchtigung

43 a) **Verstoß gegen Gesetzlichkeitsprinzip:** aa) Die Gesetzlichkeit der Strafbarkeit bedeutet einen Gesetzesvorbehalt (vgl. Rn.44–54 zu Art.20), der vom BVerfG als streng bezeichnet wird (BVerfGE 71, 108/114; 75, 329/341; 78, 374/382): Die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe müssen in Parlamentsgesetzen enthalten sein (BVerfGE 85, 69/72 f; 87, 363/391 f; 87, 399/411); Abs.2 regelt aber nicht, welches Verhalten für strafbar erklärt werden darf (BVerfG-K, NJW 94, 2412). Dieser **Parlamentsvorbehalt** dient einem doppelten Zweck. Es geht einerseits (subjektiv-rechtlich) um den Schutz des Normadressaten: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Andererseits soll (objektiv-rechtlich) sichergestellt werden, dass nur der Gesetzgeber (und nicht die vollziehende und rechtsprechende Gewalt) über die Strafbarkeit entscheidet (BVerfGE 67, 207/224; 87, 399/411; 105, 135/153). Damit soll vereinbar sein, dass das BVerfG nach der Nichtigerklärung von Strafvorschriften (vgl. BVerfGE 88, 203/208) durch Vollstreckungsanordnung gem. § 35 BVerfGG Übergangsregelungen trifft (vgl. BVerfGE 88, 203/209 f), die die vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen der Strafbarkeit nicht überschreiten (BVerfGE 88, 203/336 f). Das bedeutet jedoch nicht, dass die gesetzliche Strafnorm Tatbestand und Rechtsfolge selbst vollständig regeln müsste, vielmehr kann sie zu deren Konkretisierung auf andere Rechtsakte (auch auf europäisches Gemeinschaftsrecht; BVerfG-K, NJW 83, 1258 f) verweisen (Blankettstrafgesetz; BVerfGE 75, 329/342; 78, 374/382; 87, 399/407; BGHSt 37, 266/272).

44 bb) **Verweis auf andere Rechtsakte.** Wird der Straftatbestand durch ein anderes **förmliches Gesetz** ergänzt, ist den Anforderungen des Abs.2 genügt, wenn die ausfüllende Norm die Voraussetzungen der Strafbarkeit hinreichend deutlich umschreibt (BVerfGE 75, 329/342; BGHSt 37, 266/272; 42, 219/221 f) und im Übrigen die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Verweisungen (Rn.65 zu Art.20) vorliegen. Damit die Strafbarkeit vorhersehbar bleibt,

muss allerdings klar sein, auf welche Norm verwiesen wird (Schmidt-Aßmann MD 201). Keine Blankettstrafgesetze idS sind die Tatbestände der Eigentumsdelikte (BVerfGE 78, 205/213).

Wird der Straftatbestand durch **Administrativakte** ergänzt (Verwaltungsakzessorität; näher Schmidt-Aßmann MD 202 ff), sind beide Zwecke des Abs.2 (oben Rn.43) gefährdet. Ein Verweis auf eine **Rechtsverordnung** (BVerfGE 51, 60/70 ff; 75, 329/342; 78, 374/382; BVerfG-K, NJW 92, 2624) oder **Satzung** (BVerfGE 32, 346/362 f; BVerfG-K, NVwZ 90, 751) ist zulässig, wenn diesen nur eine „Spezifizierung“ des Tatbestands verbleibt (BVerfGE 75, 329/342; 78, 374/383; BVerfG-K, NJW 92, 2624). Auch wenn die Satzung selbst wieder eine dynamische Verweisung auf Ortsrecht enthält, soll dies noch zulässig sein (BGHSt 42, 79/84 f). Soweit für Rechtsverordnungen auf Art.80 Abs.1 S.2 Bezug genommen wird (vgl. BVerfGE 75, 329/342; 78, 374/382; BVerfG-K, NJW 98, 669 f), kann das nur bedeuten, die Anforderungen dieser Vorschrift (Rn.12 a zu Art.80) spezifisch für das Strafrecht zu verschärfen (Schulze-Fielitz DR 29; Kunig MüK 23; Schmidt-Aßmann MD 210; a. A. Nolte MKS 153). Vorkonstitutionelles Recht erfüllt diese Anforderungen auch, soweit gesetzvertretende Verordnungen den Rang eines förmlichen Gesetzes hatten (BVerfGE 22, 1/12 f) und soweit es zu Landesstrafrecht geworden ist (BVerfGE 33, 206/219 f). Eine generelle Delegation der Normierung von Berufspflichten an die Kammern ist unzulässig (Pieroth/Schlink 1099; a. A. BVerfGE 45, 346/351).

Inwieweit eine Bezugnahme auf **Verwaltungsvorschriften** und **Verwaltungsakte** zulässig ist, ist streitig (näher Schmidt-Aßmann MD 216 ff). Bezüglich Verwaltungsvorschriften ist der Verweis auf sog. normkonkretierende Verwaltungsvorschriften zulässig, wenn das Gesetz auf sie Bezug nimmt (Kunig MüK 24 a; Nolte MKS 154; Schmidt-Aßmann MD 215). Bezüglich Verwaltungsakten besteht Konsens insoweit, als ein Verweis auf Verwaltungsakte nicht als schlechthin unzulässig angesehen wird. Die Anknüpfung an die Tatbestandswirkung eines Verwaltungsakts wird nur grds. für zulässig gehalten; darüber hinaus wird fehlende Nichtigkeit (Nolte MKS 154) oder weiter gehend Bestandskraft oder Rechtmäßigkeit (Degenhart SA 65) gefordert. Eine pauschale Anknüpfung einer Strafdrohung an Verstöße gegen inhaltlich nicht näher bestimmte Verwaltungsakte reicht jedenfalls nicht aus (BVerfGE 78, 374/382, 389; vgl. auch Schmidt-Aßmann MD 219). Danach ist die Strafbarkeit der Zuwiderhandlung gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot, das weder im Gesetz noch in der Verbotserfügung tatbestandlich bestimmt wird, verfassungswidrig (a. A. BVerfG-K, NJW 00, 3637).

- 47 **cc) Analogieverbot.** Abs.2 verbietet der rechtsprechenden Gewalt, Straftatbestände oder Strafen durch Gewohnheitsrecht oder Analogie zu begründen oder zu verschärfen (BVerfGE 71, 108/115; 73, 206/235; 92, 1/12; BGHSt 37, 226/230; 38, 144/151; näher Rüping BK 44 ff), nicht aber zu mildern (vgl. BVerfGE 95, 96/132). Der die Grenze bildende Wortsinn ist aus der Sicht des Bürgers zu bestimmen (BVerfGE 71, 108/115; 82, 236/269; 87, 209/224; BVerfG-K, NJW 95, 3051). Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechts„anwendung“, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht (BVerfGE 82, 236/269; 87, 209/225; 87, 399/411; BVerfG-K, NJW 93, 2524); das ist namentlich der Fall, wenn das materielle Strafrecht objektiv unhaltbar und deshalb willkürlich ausgelegt wird (BVerfG-K, NJW 95, 187). Eine gerichtliche Entscheidung verstößt insb. auch dann gegen das Analogieverbot, wenn (erst) eine verfassungskonforme Auslegung einer Strafvorschrift deren Anwendungsbereich beschränkt (vgl. BVerfGE 87, 399/408 ff).
- 47 a **Im Einzelnen** sind unzulässig die „erweiternde Auslegung“ des Gewaltbegriffs in § 240 Abs.1 StGB (BVerfGE 92, 1/14 ff; *abw. M.* 104, 92/124 ff; zust. Jeand'Heur, NJ 95, 465; krit. Amelung, NJW 95, 2587 ff), die „wertende Auslegung“ des Tatbestandsmerkmals „nicht geringe Menge“ „mit Rücksicht auf den Einzelfall“ (BGHSt 42, 1/3), die *actio libera in causa* als Ausnahme von § 20 StGB (BGHSt 42, 235/241), die Ausdehnung des § 370 AO auf steuerliche Nebenleistungen (BGHSt 43, 381/406), die Erstreckung der Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung auf arbeitslose Steuerbevollmächtigte (BVerfG-K, NJW 02, 3163), die Erweiterung von Pflichten öffentlicher Apotheken durch Anwendung von Normen für Krankenhausapotheken (BVerfG-K, DVBl 02, 1628), die Bestrafung wegen Verunglimpfung der ersten beiden Strophen des Deutschlandlieds (BVerfGE 81, 298/309) und einer Kettenbriefaktion wegen Glücksspiels (BGHSt 34, 171/178). Ein Verstoß gegen das Analogieverbot liegt ferner dann vor, wenn angenommen wird, der Begriff „Mensch“ in § 131 Abs.1 StGB erfasse „menschähnliche Wesen“ (BVerfGE 87, 209/225) und der Begriff „nahe stehende Person“ in § 241 Abs.1 StGB schließe auch nicht existierende Personen ein (BVerfG-K, NJW 95, 2777; a. A. Küper, JuS 96, 783). Zulässig bleibt dagegen die Auslegung und Interpretation der Strafgesetze, etwa des Landfriedensbruchstatbestands (BVerfGE 82, 236/269 ff), des Erschleichens einer Beförderung iSd § 265 a Abs.1 StGB (BVerfG-K, NJW 98, 1136), des Vermögens-

schadens beim sog. Anstellungsbetrug (BVerfG-K, NJW 98, 2590) und der Straßenverkehrgefährdung durch falsches Überholen (BVerfG-K, NJW 95, 315).

- b) Verstoß gegen Bestimmtheitsgrundsatz:** **aa) Allgemeines.** Der Bestimmtheitsgrundsatz ist eine Ausprägung des allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes (Rn.60 f zu Art.20) und stellt noch höhere Anforderungen (BVerfGE 49, 168/181; 78, 374/381 ff; krit. Schulze-Fielitz DR 34). Der Einzelne soll von vornherein wissen können, was strafrechtlich verboten ist und welche Strafe ihm für den Fall eines Verstoßes gegen das Verbot droht, damit er in der Lage ist, sein Verhalten danach einzurichten (BVerfGE 78, 374/381 ff; 87, 363/391 ff; 105, 135/153). Dabei sind allerdings die Verwendung unbestimmter, wertausfüllungsbedürftiger Begriffe und Generalklauseln zulässig (BVerfGE 66, 337/355; 92, 1/12; 96, 68/97 ff). Strafrahmen, denen sich grds. das Mindestmaß einer Strafe und die Sanktionsobergrenze entnehmen lassen, sind im Hinblick auf das Schuldprinzip (Rn.99 zu Art.20) sogar geboten (BVerfGE 105, 135/154 ff), müssen aber von Strafzumessungsregeln begleitet sein (BVerfGE 105, 135/156 ff). Ferner ist ein Anknüpfen an verwaltungsrechtliche Entscheidungen zulässig (oben Rn.45 ff). Allerdings muss die Strafnorm umso präziser sein, je schwerer die angedrohte Strafe ist (BVerfGE 41, 314/320; 75, 329/342 ff; 105, 135/155 ff; krit. Kunig MüK 29). Auch sind an strafbarkeitsbegründende Merkmale höhere Bestimmtheitsanforderungen zu stellen als an „tatbestandsregulierende Korrekture“ (BVerfGE 73, 206/238), die sich zugunsten des Täters auswirken (Nolte MKS 147). Dagegen sind die Bestimmtheitsanforderungen im Disziplinarstrafrecht geringer als im Kriminalstrafrecht (BVerfGE 66, 337/355; BVerwGE 93, 269/274) und darf das besondere Fachwissen des Adressatenkreises einer Norm berücksichtigt werden (BVerfGE 48, 48/57). Das Vorhandensein strafgerichtlicher Judikatur kann die Unbestimmtheit jedenfalls eines neuen Gesetzes nicht kompensieren (Kunig MüK 29; Nolte MKS 150; großzügiger BVerfGE 37, 201/208; 45, 363/372; 96, 68/98).
- bb) Einzelfälle:** Im **Kernstrafrecht** sind folgende Vorschriften **48** ausreichend bestimmt: § 13 Abs.1 StGB, Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (BVerfGE 96, 68/98 ff; BVerfG-K, NJW 03, 1030); § 56 b Abs.2 Nr.3 iVm §§ 56, 56 a StGB, Auflage gemeinnützige Leistungen zu erbringen (BVerfGE 83, 119/128); § 94 Abs.2 S.1 und 2 Nr.2 StGB, Landesverrat, insb. die Begriffsbestimmung eines besonders schweren Falls eines Delikts (BVerfGE 45, 363/372); § 99 Abs.1 Nr.1 StGB, geheimdienstliche Agenten-

tätigkeit (BVerfGE 57, 250/262 ff); § 100 e StGB a. F., verräterische Beziehungen (BVerfGE 28, 175/183 ff); § 107 a Abs.1 StGB, Wahlfälschung (BVerfG-K, NJW 93, 55 ff); § 131 StGB, der die Gewaltdarstellung und Aufstachelung zum Rassenhass unter Strafe stellt, soll nicht schon wegen der Vielzahl auslegungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale zu unbestimmt sein (BVerfGE 87, 209/225), das Tatbestandsmerkmal „in einer die Menschenwürde verletzenden Weise“ soll dem Bestimmtheitsgebot genügen, soweit darunter Darstellungen von grausamen und unmenschlichen Gewalttätigkeiten verstanden werden, die darauf angelegt sind, beim Betrachter eine Einstellung zu erzeugen oder zu verstärken, die den jedem Menschen zukommenden fundamentalen Wert- und Achtungsanspruch leugnen (BVerfGE 87, 209/228 ff); § 170 b StGB, Verletzung der Unterhaltspflicht (BVerfGE 50, 142/164 ff); § 180 a Abs.1 Nr.2 StGB, Förderung der Prostitutionsausübung durch Maßnahmen, die über das bloße Gewähren von Wohnung, Unterkunft oder Aufenthalt und die damit üblicherweise verbundenen Nebenleistungen hinausgehen (BVerfG-K, NJW 93, 1911); § 184 Abs.1 StGB, Verbreitung pornographischer Schriften (BVerfG-K, NJW 82, 1512); § 185 StGB, Beleidigung (BVerfGE 93, 266/291 ff); § 220 a StGB, Völkermord (BVerfG-K, NJW 01, 1850 ff); § 240 StGB, Nötigung durch Gewalt (BVerfGE 73, 206/237 ff; 92, 1/13 ff; 104, 92/101, 103; BVerfG-K, NJW 02, 2309; BGHSt 41, 231/240 ff); § 241 Abs.1 StGB, Bedrohung (BVerfG-K, NJW 95, 2776); § 261 Abs.1, 5 StGB, leichtfertige Geldwäsche (BGHSt 43, 158/167 ff); § 263 a StGB, unbefugte Verwendung von Daten (BGHSt 38, 120/121); § 327 Abs.2 Nr.1 StGB, Betreiben einer genehmigungspflichtigen Anlage ohne Genehmigung (BVerfGE 75, 329/343 ff); § 360 Abs.1 Nr.11 StGB a. F., grober Unfug (BVerfGE 26, 41/43; a. A. Nolte MKS 139; Rüping BK 29); § 366 Nr.10 StGB a. F., Übertretung von Polizeiverordnungen, die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen erlassen wurden (BVerfGE 23, 265/269). – **Nicht** ausreichend bestimmt sind demgegenüber die Klausel der „guten Sitten“ in § 226 a StGB (Rüping BK 69), die Strafandrohung jeder zulässigen Strafe (Rüping BK 70; a. A. BGHSt 13, 190/191) oder von Geldstrafen in unbestimmter Höhe (Rüping BK 73; a. A. BGHSt 3, 259/262) sowie die Vermögensstrafe (BVerfGE 105, 135/158 ff).

- 50 Im **Nebenstrafrecht** sind ausreichend bestimmt: Arzneimittelbegriff nach dem ArzneimittelG (BVerfG-K, NJW 00, 3417; BGHSt 43, 336/342 ff); § 19 Abs.2 TransplantationsG (BVerfG-K, NJW 99,

3400); Gebot, die Jahresbilanz innerhalb der einem ordnungsgemäßen Geschäftsgang entsprechenden Zeit zu ziehen (BVerfGE 48, 48/57 ff); Gebot der Listenführung nach dem HeimarbeitsG (BVerfGE 41, 314/320 ff); Steuerhinterziehung (BVerfGE 37, 201/208 ff); Weisung, Arbeitsleistungen zu erbringen gem. § 10 Abs.1 S.3 Nr.4 JGG (BVerfGE 74, 102/126); Gefahr für die Sicherheit und Ordnung des öffentlichen Straßenverkehrs gem. § 21 StVG a. F. (BVerfGE 14, 245/253 ff); § 370 Abs.1 Nr.1 AO, nach dem sich derjenige strafbar macht, der den Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht und dadurch Steuern verkürzt (BVerfG-K, NJW 92, 35; vgl. auch BGHSt 37, 266/272); außenwirtschaftliche Betätigung ohne die erforderliche Genehmigung gem. § 34 Abs.1 Nr.3 AWG (BVerfG-K, NJW 93, 1910); Embargo-Verstöße gem. MilitärregierungsG Nr.53 (BVerfG-K, NJW 99, 3325); § 29 Abs.1 Nr.3 BtMG (BVerfG-K, EuGRZ 97, 521); vereinsrechtliches Betätigungsverbot gem. § 20 Abs.1 S.1 Nr.4 VereinsG (BVerfG-K, DVBl. 02, 471). Die Vorschrift des § 26 Nr.2 VersammlG, die die Durchführung einer unangemeldeten Versammlung unter Strafe stellt, soll auch für sog. Eilversammlungen hinreichend bestimmt sein, obwohl sie auf die Vorschrift des § 14 VersammlG verweist, nach deren verfassungskonformer Auslegung Eilversammlungen anzumelden sind, „sobald die Möglichkeit dazu besteht“ (BVerfGE 85, 69/72 ff, 75; a. A. BVerfGE *abwM* 85, 77 ff). – **Nicht** ausreichend bestimmt waren dagegen Vorschriften des Personenbeförderungsg a. F. (BVerfGE 17, 306/314 ff) und § 15 Abs.2 Buchstabe a FernmeldeanlagenG, wonach die Strafbarkeit sich erst aus Ermessensentscheidungen der Exekutive ergab (BVerfGE 78, 372/383 ff).

Sonstiges. Ausreichend bestimmt sind die Begriffe der Würdigkeit und Gewissenhaftigkeit als Berufspflichten (BVerfGE 45, 346/352 ff; 94, 372/394) und § 33 Abs.1 AWG, der für Zuwiderhandlungen gegen die gem. §§ 2 Abs.1; 3 Abs.2, 3; 7 AWG durch Rechtsverordnung geregelten Beschränkungen des Außenwirtschaftsverkehrs ein Bußgeld androht (BVerfG-K, NJW 92, 2624), nicht dagegen das Verbot, sich „nach Art eines Land- oder Stadtreichers herumzutreiben“ (VGH BW, NJW 84, 508). Fassbare Konturen soll auch der Begriff der organisierten Kriminalität erhalten haben (BayVerfGH, NVwZ-RR 98, 278).

- c) **Verstoß gegen Rückwirkungsverbot:** aa) **Allgemeines.** 52 Das Rückwirkungsverbot ist ein Sonderfall des allgemeinen Rückwirkungsverbots (Rn.67 zu Art.20). Im Unterschied zu diesem

enthält Abs.2 ein absolutes Rückwirkungsverbot (BVerfGE 30, 367/385; 95, 96/131). Es verbietet dem Strafgesetzgeber die rückwirkende Strafbegründung und Strafschärfung (BVerfGE 25, 269/285; 46, 88/192 f; 81, 132/135; BVerfG-K, NJW 93, 2167 f; 93, 2524) und dem Strafrichter die rückwirkende Anwendung einer Strafnorm (Hassemer AK – StGB 42 zu § 1). Es gilt auch bei der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten (BVerfG-K, NStZ 96, 193). Zulässig ist dagegen die Anwendung mildernden Rechts als des zur Tatzeit geltenden (BVerfGE 95, 96/137) und eines Gesetzes, das das zum Tatzeitpunkt geltende Strafgesetz ersetzt, wenn altes und neues Gesetz den Unrechtsgehalt der Tat gleich bewerten (BVerfGE 46, 188/193; 81, 132/136). Desweiteren ist das Rückwirkungsverbot nicht schon deshalb verletzt, weil die Tat in der Zeit zwischen ihrer Begehung und der Entscheidung vorübergehend nicht mit Strafe bedroht gewesen ist (BVerfGE 81, 132/135). Bei Dauerdelikten darf eine Strafschärfung aber nur die Teilakte erfassen, die nach der Rechtsänderung begangen wurden (BayObLG, NJW 96, 1422).

53 **bb) Die Änderung der Rechtsprechung** soll nicht unter das Rückwirkungsverbot fallen (BayObLG, NJW 90, 2833 f; Rüping BK 63). Dies ist problematisch, wenn sich die Strafverfolgungsorgane für die Auslegung eines generalklauselartigen Tatbestandsmerkmals (oben Rn.48) an einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung orientieren. Denn in diesen Fällen ist die strafrechtliche Reaktion erst auf Grund dieser „gesetzesergänzenden“ (vgl. Schmidt-Aßmann MD 239) Rechtsprechung vorhersehbar und berechenbar. Wenn dem Bestimmtheitsgrundsatz gerade durch die Herausbildung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung Genüge getan wird (BVerfGE 37, 201/208; 48, 48/56; 73, 206/243; BVerfG-K, NJW 90, 3140), ist es nicht einzusehen, Änderungen dieser Rechtsprechung dem Anwendungsbereich der Vorschrift zu entziehen (Hettinger/Engländer, FS Meyer-Gossner, 2001, 145 ff). Demgegenüber will das BVerfG wie folgt differenzieren: Rechtsprechungsänderungen seien an Abs.2 zu messen, wenn sie (ohne Veränderung der Tatsachenbasis) das strafrechtliche Unwerturteil modifizieren (vgl. BVerfG-K, NJW 90, 3140; Degenhart SA 74 f; Kunig MüK 32 a; Schmidt-Aßmann MD 241). Hingegen sei Abs.2 nicht betroffen, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung wegen einer Veränderung der Tatsachenbasis zu einer anderen rechtlichen Bewertung bestimmter Sachverhalte gelangt (vgl. BVerfG-K, NJW 90, 3140; Schmidt-Aßmann MD 241; Schulze-Fielitz DR 46; krit. Degenhart SA 74 f). Die vom BGH vorgenommene Herabsetzung des Promille-Grenzwertes (BGHSt 37, 89/91 ff), bei

dessen Erreichen stets Fahrunsicherheit iSd §§ 315 c Abs.1 Nr.1 a, 316 StGB angenommen wird, sei Letzterem zuzuordnen und daher nicht an Abs.2 zu messen (BVerfG-K, NJW 90, 3140; 95, 126; a. A. Krahl, NJW 91, 808 f).

cc) Einigungsbedingte Fragen. Abs.2 erfasst nicht nur Straftatbestände i.e.S., sondern auch Rechtfertigungsgründe (oben Rn.42) und gebietet demgemäß, einen bei Begehung der Tat normierten Rechtfertigungsgrund auch dann noch anzuwenden, wenn dieser im Zeitpunkt des Strafverfahrens entfallen ist (BVerfGE 95, 96/132). Nach der 1982 erlassenen Vorschrift des § 27 DDR-GrenzG war der Schusswaffeneinsatz gegen Flüchtlinge gerechtfertigt. Ebenso stellte sich die allgemeine Befehlslage vor 1982 nach Rechtsverständnis und Staatspraxis der DDR als Rechtfertigungsgrund für Tötungshandlungen an der Grenze dar (BGHSt 41, 101/103 f). Dennoch bejaht der BGH die heutige Bestrafung der „**Mauerschützen**“, weil die genannten Rechtfertigungsgründe wegen offensichtlichen, unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte unwirksam seien. Die Erwartung, ein menschenrechtswidriger Rechtfertigungsgrund werde auch in Zukunft angewandt werden, sei durch Art.103 Abs.2 nicht geschützt (BGHSt 39, 1/14 ff; 39, 168/181, 183 f; 40, 241/250; 41, 101/111 f). Diese Rspr. hat das BVerfG bestätigt: Der nach der DDR-Staatspraxis bestehende Rechtfertigungsgrund soll als extremes staatliches Unrecht unbeachtlich sein, der strikte Vertrauensschutz des Art.103 Abs.2 hinter das Gebot materieller Gerechtigkeit zurücktreten und damit das absolute Rückwirkungsverbot eine Einschränkung erfahren (BVerfGE 95, 96/133). Dadurch setzt sich das Gericht jedoch in Widerspruch zu seiner eigenen Prämisse, wonach es gegen Abs.2 verstößt, wenn „die Bewertung des Unrechtsgehalts der Tat nachträglich zum Nachteil des Täters geändert wird“ (BVerfGE 95, 96/131). BVerfG und BGH verkennen den Sinn des Art.103 Abs.2 (oben Rn.43), dessen Rückwirkungsverbot eine Bestrafung nur zulässt, wenn sie im Tatzeitpunkt für den Bürger vorhersehbar und berechenbar war (vgl. Dannecker/Stoffers, JZ 96, 492). Deshalb schützt die Vorschrift den Betroffenen auch davor, dass die zum Tatzeitpunkt nach geltender Staats- und Auslegungspraxis (vgl. oben Rn.53) verbürgte Straffreiheit nachträglich zu strafbarem Unrecht umgewertet wird. Von dem Betroffenen kann nicht verlangt werden, dass er die Ungültigkeit von Strafgesetzen wegen Unvereinbarkeit mit höherrangigen Normen, wie etwa den allen Völkern gemeinsamen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit (vgl. BGHSt 39, 1/15), dem

Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (vgl. BGHSt 39, 1/18) oder der DDR-Verfassung (vgl. BGHSt 39, 1/23 f), erkennt. Daher kann der Rechtfertigungsgrund der Vorschrift des § 27 DDR-GrenzG nur in den Fällen außer Betracht bleiben, in denen das Verhalten des Täters bereits durch diese Norm nicht gedeckt war (sog. Exzesstaten; Schulze-Fielitz DR 49; vgl. auch Schmidt-Abmann MD 255). Die Mauerschützen begingen auch kein völkerrechtliches Verbrechen (Nolte MKS 124 ff).

- 54 a Eine aus Sicht des Art.103 Abs.2 bedenkliche (weil nachträgliche) sog. menschenrechtsfreundliche Auslegung des DDR-Rechts hat der BGH auch in den Fällen zugrundegelegt, in denen es um Mitglieder des Politbüros (BGHSt 45, 270/304 f) sowie um Vorwürfe der **Rechtsbeugung** gegen DDR-Richter und Staatsanwälte ging (zusammenfassend BGHSt 41, 157/164); er ist damit im Ergebnis weit seltener zur Strafbarkeit gelangt als bei den Mauerschützen. Entscheidend ist, ob eine – aus heutiger Sicht – durch Willkür gekennzeichnete schwere Menschenrechtsverletzung vorliegt (BVerfG-K, NJW 98, 2587, 2589; BGHSt 41, 247/253 ff; 41, 317/321). Die Verfolgung der **Spionagetätigkeit** von DDR-Agenten ist demgegenüber durchweg mit Art.103 Abs.2 vereinbar (BVerfGE 92, 277/323 f; Degenhart SA 76; a. A. Rittstieg, NJW 94, 912 f).

4. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen (Schranken)

- 55 Da Abs.2 keine Eingriffsermächtigung enthält, könnten Beeinträchtigungen allenfalls durch kollidierendes Verfassungsrecht (Vorb.45–49 vor Art.1) gerechtfertigt werden. Dass in der „ganz besonderen Situation“ der „Mauerschützen“ (BVerfGE 95, 96/133; vgl. oben Rn.54) Abs.2 hinter dem rechtsstaatlichen Gebot materieller Gerechtigkeit zurücktreten müsse, überzeugt nicht: Die Verfassung kennt keine ungeschriebenen Ausnahmen für besondere Situationen (Pieroth/Schlink 1098). Beeinträchtigungen des Schutzbereichs von Abs.2 führen stets zu seiner Verletzung.

C. Verbot mehrfacher Bestrafungen (Abs.3)

1. Bedeutung und Abgrenzung zu anderen Vorschriften

- 56 Abs.3 enthält ein grundrechtsgleiches Recht (Vorb.1 vor Art.1; Rn.52, 72 zu Art.93; Schmidt-Abmann MD 271; BVerfGE 56, 22/32: Prozessgrundrecht). Das Spannungsverhältnis zwischen Rechts-

sicherheit und materieller Gerechtigkeit (BVerfGE 65, 377/380) wird hier zugunsten der Rechtssicherheit aufgelöst (vgl. Schulze-Fielitz DR 13; Hill HbStR VI 1339; krit. Nolte MKS 230 f; diff. Schmidt-Abmann MD 259 ff): Der Einzelne wird davor bewahrt, sich nach einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Entscheidung erneut verantworten zu müssen. Zum rechtsstaatlichen Verbot mehrfacher Bestrafung unten Rn.59.

2. Schutzbereich

- a) **Dieselbe Tat** meint einen nach natürlicher Lebensauffassung **57** einheitlich zu bewertenden Lebensvorgang, auf den Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll (BVerfGE 23, 191/202; 56, 22/28; BGHSt 43, 96/98 f; 43, 252/255 ff). Der Tatbegriff des Abs.3 knüpft damit zwar an den prozessualen Tatbegriff an (BVerfGE 45, 434/435; 56, 22/27 f; BGHSt 32, 146/150; 38, 172/173); das bedeutet jedoch nicht, dass hiermit alle Verästelungen der Strafprozessrechtsdogmatik verfassungsrechtlich verbürgt sind (BVerfGE 56, 22/34; Kunig MÜK 39; Schmidt-Abmann MD 283; Rüping BK 57); Abs.3 garantiert vielmehr nur den Kerninhalt des „ne bis in idem“-Satzes (BVerfGE 56, 22/34 f). Der Tatbegriff des Abs.3 ist nicht identisch mit dem materiell-rechtlichen Tatbegriff der §§ 52, 53 StGB (BVerfGE 45, 434/435; 56, 22/29 f, 32 f, 34; BGHSt 35, 60/61): Tatmehrheit iSd § 53 StGB schließt Tateinheit iSd Abs.3 nicht aus (BVerfGE 45, 434/435); umgekehrt bilden Gesetzesverletzungen, die gem. § 52 StGB tateinheitlich begangen worden sind, nicht stets eine einheitliche Tat iSd Abs.3 (BVerfGE 56, 22/34).

Im Einzelnen ist Tateinheit angenommen worden, wenn die **58** wiederholte Nichtbefolgung einer Einberufung zum Ersatzdienst auf eine einmal getroffene und seither fortwirkende Gewissensentscheidung zurückgeht (BVerfGE 23, 191/203 ff; BVerfG-K, NVwZ-RR 02, 759). Sie ist dagegen abgelehnt worden bei einer wiederholten Befehlsverweigerung eines Wehrdienstpflichtigen, wenn nicht angenommen werden kann, dass diese auf einer einmal getroffenen und seitdem fortwirkenden Gewissensentscheidung beruht, weil der Betroffene noch nicht als Kriegsdienstverweigerer anerkannt worden ist (BVerfGE 28, 264/279 f); bei der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung und Mord (BVerfGE 56, 22/29, 33 ff) bzw. Beihilfe zum Mord (BVerfGE 45, 434/435 ff).

- 59 **b)** Mit den **allgemeinen Strafgesetzen** ist das Kern- und Nebenstrafrecht (BVerfGE 27, 180/185), nicht aber das Berufsstrafrecht (BVerfGE 66, 337/357), Dienststrafrecht (BVerfGE 21, 391/401; 43, 101/105), Disziplinarrecht (BVerfGE 27, 180/184 ff; 28, 264/276 f; 66, 337/357; diff. Nolte MKS 213), Ordnungsstrafrecht (BVerfGE 21, 391/401; 43, 101/105) oder Polizeistrafrecht (BVerfGE 21, 391/401; 43, 101/105) gemeint. Sie umfassen konsequenterweise (vgl. Rn.4 zu Art.74; oben Rn.42) die Maßregeln der Besserung und Sicherung (Pieroth, JZ 02, 926 f). Ebenfalls nicht auf Grund allgemeiner Strafgesetze erlassen werden Maßnahmen der Verwaltung, wie etwa die Nichterteilung einer Fahrerlaubnis (BVerfGE 20, 365/372) oder der Entzug von Versorgungsbezügen (BVerfGE 22, 387/420). Es sprechen allerdings gute systematische Gründe (Rn.4 zu Art.74) dafür, auch das Ordnungswidrigkeitenrecht zu den allgemeinen Strafgesetzen zu rechnen (Kunig MüK 41; Nolte MKS 214; a. A. BVerfGE 43, 101/105). Grenzen mehrfacher Sanktionierung durch nicht unter Abs.3 fallende Mittel können sich aber aus dem Rechtsstaatsprinzip (Rn.98 f zu Art.20) ergeben (für Disziplinarmaßnahmen BVerfGE 21, 378/388; 27, 180/188; 28, 264/276 f).

3. Beeinträchtigung

- 60 **a) Sperrwirkung rechtskräftiger Entscheidung.** Sperrwirkung entfaltet nicht nur das rechtskräftig verurteilende, sondern über den Wortlaut hinaus auch das freisprechende Urteil (BVerfGE 12, 62/66; 65, 377/381; Nolte MKS 216; Schmidt-Aßmann MD 295; Rüping BK 61). Bei anderen gerichtlichen Entscheidungen kommt es darauf an, inwieweit sie mit Rechtskraftwirkung einen Vorgang vollständig erfassen und abschließend entscheiden (BVerfGE 94, 351/364; Rüping BK 61; Zierlein UC 173). Nur eingeschränkte Sperrwirkung kommt daher Einstellungsbeschlüssen nach § 153 Abs.2 StPO (Rüping BK 65) und § 153 a Abs.2 StPO (Schmidt-Aßmann MD 296) sowie die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschlüssen gem. § 211 StPO (Nolte MKS 216) zu (Schulze-Fielitz DR 27).
- 61 Die **Rechtskraft des Strafbefehls** war früher umstritten. Die ständige Rechtsprechung der Strafgerichte hat wegen des summarischen Charakters des Strafbefehlsverfahrens nur eine eingeschränkte Rechtskraft des Strafbefehls angenommen und eine erneute Verfolgung zugelassen, wenn sich nachträglich ein im Strafbefehl nicht gewürdigter rechtlicher Gesichtspunkt ergeben hat, der eine erhöhte Strafbarkeit begründete (BGHSt 3, 13 ff; 28, 69 ff). Das BVerfGE

(BVerfGE 3, 248/252 ff) hat das zunächst mit Art.103 Abs.3 für vereinbar gehalten. Später hat es nach Maßgabe des Art.3 Abs.1 diese Rechtsprechung erheblich eingeschränkt und festgestellt, dass die Rechtskraft des Strafbefehls einer erneuten Verfolgung entgegenstehe, wenn ein Umstand, der die Bestrafung des Täters wegen eines schwereren Vergehens begründen würde, erst nach rechtskräftiger Erledigung des Strafbefehlsverfahrens eingetreten sei (BVerfGE 65, 377/382 ff). Nunmehr ist die Wiederaufnahme des Verfahrens für Strafbefehle in § 373 a StPO entsprechend § 153 a Abs.2 StPO geregelt und nur noch zulässig, wenn neue Umstände die Verurteilung wegen eines Verbrechens begründen würden.

Nur die **Entscheidung eines deutschen Gerichts** führt nach Abs.3 zu einem Verbrauch der Strafklage (BVerfGE 12, 62/66; 75, 1/15). Eine Entscheidung durch ein ausländisches Gericht entfaltet demgegenüber keine Sperrwirkung (BGHSt 24, 54/57; BGH, StV 86, 292; 88, 19; Nolte MKS 189 ff; anders für Gerichte der Mitgliedstaaten der EU Schulze-Fielitz DR 28; Zierlein UC 177). Keine ausländischen Gerichte sind DDR-Gerichte (vgl. Art.18 Abs.1 EVertr; Degenhart SA 87; Schulze-Fielitz DR 28) und der EuGH (BGHSt 24, 54/57). Auch Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, insb. die „Zusage“, eine bestimmte Tat nicht zu verfolgen, führen nicht zu einem Strafklageverbrauch (BGHSt 28, 119/121; 29, 288/292; 37, 10/11 f).

b) Verbot erneuter Strafverfolgung. Ein rechtskräftiger Verfahrensabschluss führt zu einem umfassenden, jeden rechtlichen Gesichtspunkt einschließenden Verbrauch der Strafklage. Er verbietet nicht nur eine mehrfache Verurteilung oder eine Verurteilung nach einem Freispruch, sondern steht bereits der Einleitung eines erneuten Verfahrens entgegen (BGHSt 35, 60/61; 38, 54/57; 44, 1/3; Nolte MKS 215; Schmidt-Aßmann MD 301; Rüping BK 25). Abs.3 bildet daher ein Verfahrenshindernis (BVerfGE 56, 22/32; BGHSt 20, 292/293; 38, 37/43; BayVerfGE 11, 11/13 f; Kunig MüK 36; Rüping BK 72), das im Rechtsmittelverfahren von Amts wegen zu beachten ist (BGHSt 20, 292/293; 38, 37/43). Eine rechtskräftige Entscheidung schließt die Strafklage auch dann aus, wenn erschwerende Folgen der Tat erst nach Rechtskraft eintreten, so dass eine „Ergänzungsklage“ ausgeschlossen ist (BVerfGE 65, 377/381). Erst recht verbietet Abs.3, in einem weiteren Strafverfahren strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, wie etwa den Erlass eines Haftbefehls (BGHSt 38, 54/57 f), zu verhängen oder gar aus einer wiederholten Sachentscheidung zu vollstrecken (Rüping BK 25).

64 **c) Keine mehrmalige Bestrafung** stellt es dar, wenn in einem Strafverfahren mehrere Sanktionen verhängt werden, insb. ist zulässig, neben einer Strafe Maßregeln zur Besserung und Sicherung anzuordnen (vgl. BVerfGE 55, 28/30 für die Führungsaufsicht gem. § 68 f StGB; BVerfG-K, NJW 89, 2529 für die Verhängung von Jugendarrest wegen Verstoßes gegen eine Bewährungsaufgabe gem. §§ 23 Abs.1 S.4, 11 Abs.3 S.1 JGG). Auch ist es zulässig, gleichzeitig eine Vertragsstrafe und die Verhängung von Ordnungsmitteln zu verlangen (BGHZ 138, 67/70). Von Abs.3 nicht erfasst werden außerdem die Wiederaufnahme und Kassation von Entscheidungen zugunsten des Verurteilten (Schmidt-Aßmann MD 302).

65 **d) Keine Beeinträchtigung**, sondern „immanente Schranke“ des Abs.3 soll der bei Inkrafttreten des GG geltende Stand des Prozessrechts und seine Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung sein (BVerfGE 3, 248/252 f; 9, 89/96; vgl. auch Nolte MKS 185; Schmidt-Aßmann MD 268). Dies gilt aber nur für den Kerngehalt des Abs.3; Grenzkorrekturen sind dadurch nicht ausgeschlossen (BVerfGE 56, 22/34 f). Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten kann als Beeinträchtigung des Schutzbereichs verstanden werden (Schmidt-Aßmann MD 270; Pieroth/Schlink 1114).

4. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen (Schranken)

66 Abs.3 enthält keinen Gesetzesvorbehalt; Schranken können sich daher nur aus kollidierendem Verfassungsrecht (Vorb.45–49 vor Art.1) ergeben. Abs.3 verlangt dabei eine genaue Normierung der Voraussetzungen, unter denen die Strafklage ausnahmsweise nicht verbraucht sein soll (vgl. Schmidt-Aßmann MD 270; Rüping BK 22). Inhaltlich kann die Rechtfertigung nur darauf gestützt werden, dass durch die Aufrechterhaltung der Rechtskraft die materielle Gerechtigkeit unerträglich beeinträchtigt würde (Schmidt-Aßmann MD 270; Schulze-Fielitz DR 35; Pieroth/Schlink 1114). Der die Wiederaufnahme regelnde § 362 StPO entspricht diesen Anforderungen (Schmidt-Aßmann MD 270; Kunig MüK 47; krit. Nolte MKS 221 ff).

Art.104 [Formelle Voraussetzungen bei Freiheitsbeschränkungen]

(1) Die Freiheit der Person² kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes^{3f} und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen⁵ beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden^{7f}.

(2) Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung^{10ff} hat nur der Richter zu entscheiden^{13ff}. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen^{18, 20}. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten^{23f}. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln¹⁸.

(3) Jeder wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzuführen, der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat^{20, 22}. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen²¹.

(4) Von jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung ist unverzüglich ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen^{17, 20}.

Übersicht

I. Anforderungen an Freiheitsbeschränkungen	1
1. Grundlagen und Anwendungsbereich des Art.104	1
a) Bedeutung, Systematik, Abgrenzung	1
b) Freiheitsbeschränkungen	2
2. Voraussetzungen für Freiheitsbeschränkungen (Abs.1)	3
a) Formelle Voraussetzungen	3
b) Materielle Vorgaben; Misshandlungsverbot ...	6
II. Anforderungen an Freiheitsentziehungen (Abs.2–4)	9
1. Grundlagen und Anwendungsbereich	9
a) Systematik und Abgrenzung	9
b) Anordnung oder Verlängerung einer Freiheitsentziehung	10
2. Freiheitsentziehung durch Richter	13
a) Richtervorbehalt	13
b) Ermächtigung	14
c) Mündliche Anhörung	15
d) Weitere Anforderungen an Anordnungsentscheidung	16
e) Benachrichtigung	17