

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	11
I. Problemaufriss	11
II. Grundlagen	14
1. Rechtskraft	15
2. Wiederaufnahme des Strafverfahrens	15
3. Über sogenannte „Fehlurteile“	18
III. Gegenstand und Gang der Untersuchung	20
B. Die Entwicklungsgeschichte von <i>ne bis in idem</i> und der ungünstigen Wiederaufnahme	22
I. Die wandelnde Rechtskraftauffassung bis ins 19. Jahrhundert	22
II. Die der Reichsstrafprozessordnung von 1877 zugrunde liegende Rechtskraftauffassung	25
III. Der Grundsatz <i>ne bis in idem</i> in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	29
IV. Die Rechtskraftauffassung in der Zeit des Nationalsozialismus	31
V. Die Verankerung von <i>ne bis in idem</i> in Art. 103 Abs. 3 GG	36
VI. Die ungünstige Wiederaufnahme in und nach der Besatzungszeit	38
VII. Art. 103 Abs. 3 GG in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik	39
1. Bundesgerichtshof	40
2. Bundesverfassungsgericht	43
VIII. Reformdiskussion der ungünstigen Wiederaufnahme in der Bundesrepublik	45
IX. Zusammenfassende Würdigung	48
C. Die gescheiterte Reform der Wiederaufnahme aus dem Jahr 2021	51
I. Die Ergänzung des § 362 Nr. 5 StPO durch das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ vom 21.12.2021	51
1. Hintergrund und Gesetzgebungsverfahren	51
2. Inhalt und Begründung	53
II. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 –	55
1. Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG	57
2. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 i. V. m. 20 Abs. 3 GG	62
3. Sondervotum	62
III. Zusammenfassende Würdigung	65

D. Interpretation von Art. 103 Abs. 3 GG	67
I. Zur Rechtsnatur von Art. 103 Abs. 3 GG	67
1. Prozessgrundrecht	67
2. Schranken-Schranke	69
3. Art. 103 Abs. 3 GG = <i>ne bis in idem</i> ?	69
4. Weitere Auslegungsfragen	70
5. Ergebnis	71
II. Die Tatbestandsmerkmale von Art. 103 Abs. 3 GG	71
1. „Niemand darf“	72
2. „wegen derselben Tat“	72
3. „auf Grund der allgemeinen Strafgesetze“	74
4. „mehrmals bestraft werden“	76
5. Ergebnis	77
III. Der Grundgedanke von Art. 103 Abs. 3 GG	78
1. Traditioneller Ansatz	78
a) <i>Ne bis in idem</i> im Spannungsfeld zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit	78
b) Die Unvollkommenheit des Spannungsverhältnisses	80
aa) Schillernde Gerechtigkeit	80
(1) Unrichtige Entscheidungen	81
(2) Mehr Gerechtigkeit durch Wiederaufnahme	83
bb) Rechtskraft = Rechtssicherheit?	84
c) Zwischenergebnis	85
2. Alternativsätze	85
a) Der Widerstreit zwischen staatlicher Schutz- und Achtungspflicht	85
b) Rechtsfrieden	86
c) Rechtssicherheit der Person	88
d) Zwischenergebnis	89
3. Eigener Ansatz	89
a) Schutz des Abgeurteilten	89
b) Belastungen durch die „Strafverfolgung als solche“	90
aa) Grundrechtseingriffe durch Zwangsmaßnahmen	91
bb) Persönlichkeitsverletzung durch Stigmatisierung	91
cc) Schutz unabhängig der Feststellung konkreter Belastungen	95
c) Fehlentscheidungsrisiko	95
d) Keine erneute Rechtfertigung der Inanspruchnahme mangels Zumutbarkeit	99
e) Mehr als Vertrauenschutz	102
4. Ergebnis	103
IV. Folgerungen	103
1. Mehrfachverfolgungsverbot – auch bei Freispruch	103

2. Die Frage der Absolutheit	106
a) Argumentationsansätze in Rechtsprechung und Schrifttum	106
aa) Absolutheit ohne Ausnahmen	107
bb) Absolutheit bei Inkorporation vorkonstitutionellen Rechts	108
cc) Verfassungsimmanente Schranke	109
(1) Unerträglichkeitsschranke	109
(2) Gewichtige Gründe	115
dd) Ansatz des Bundesverfassungsgerichts	116
ee) Zwischenergebnis	119
b) Eigener Ansatz	120
aa) Abwägungsfestigkeit	120
bb) Absolutheit	121
cc) Wiederaufnahmeverordnungen als Ausgestaltungen des normgeprägten Prozessgrundrechts	122
(1) Ausgestaltungen versus Eingriffe	122
(2) Ausgestaltungsbedürftigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG	124
(3) Gewährleistungsspezifische Vorgaben	126
c) Ergebnis	130
3. Wirkung bei anderen verfahrensbeendenden Entscheidungen	130
a) Sperrwirkung des Art. 103 Abs. 3 GG nicht teilbar	131
b) Abgrenzung von Art. 103 Abs. 3 GG und dem allgemeinen Prozessgrundsatz <i>ne bis in idem</i>	131
c) Bedeutung für einzelne Entscheidungsarten	133
d) Ergebnis	137
V. Zusammenfassende Würdigung	137
E. Konsequenzen für die ungünstige Wiederaufnahme nach bestehendem und zukünftigem Recht	140
I. Bedeutung von Art. 103 Abs. 3 GG für die ungünstige Wiederaufnahme <i>de lege lata</i>	140
1. Auslegungsmaßstab	140
2. § 362 Nr. 1 StPO	143
a) Tatbestandsmerkmale	143
b) Verfassungskonforme Auslegung (Manipulationsgedanke)	144
3. § 362 Nr. 2 StPO	147
a) Tatbestandsmerkmale	148
b) Verfassungskonforme Auslegung (Manipulationsgedanke)	149
4. § 362 Nr. 3 StPO	151
a) Tatbestandsmerkmale	151
b) Verfassungskonforme Auslegung (Manipulationsgedanke)	152

5. § 362 Nr. 4 StPO	154
a) Tatbestandsmerkmale	154
b) Inhaltliche Anforderung an das Geständnis	156
c) Verfassungskonforme Auslegung (Verzichtsgedanke)	158
6. Ergebnis	162
II. Bedeutung von Art. 103 Abs. 3 GG für die ungünstige Wiederaufnahme <i>de lege ferenda</i>	162
1. Anpassung der bestehenden Wiederaufnahmegründe	163
a) § 362 Nr. 1–3 StPO	163
b) § 362 Nr. 4 StPO	164
c) Beschränkung auf schwere Delikte?	165
2. Erweiterung der ungünstigen Wiederaufnahmegründe	166
a) Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers	167
b) Denkbare Erweiterungsmöglichkeiten <i>propter falsa</i>	169
aa) § 362 Nr. 1 StPO	169
bb) § 362 Nr. 2 StPO	171
cc) § 362 Nr. 3 StPO	173
c) Denkbare Erweiterungsmöglichkeiten <i>propter nova</i>	174
aa) Zur Einordnung von <i>nova</i>	174
bb) Hervorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel durch den Abgeurteilten (Verzichtsgedanke)	177
cc) Vernichtung oder Verhinderung belastender Beweismittel durch den Angeklagten (Manipulationsgedanke)	178
dd) Einbeziehung des Verurteilten	180
3. Ergebnis	182
III. Verfassungsänderung	183
F. Schluss	186
Literaturverzeichnis	188
Sachwortverzeichnis	203

A. Einleitung

I. Problemaufriss

Artikel 103 Absatz 3 des Grundgesetzes besagt, dass niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf (sog. Doppelbestrafungsverbot). Obwohl der Wortlaut der Vorschrift lediglich auf eine doppelte Bestrafung abstellt, verbietet die Verfassungsgarantie nach ständiger Rechtsprechung¹ und Literaturmeinung² auch eine Mehrfachverfolgung, das heißt die Aufnahme von neuen Ermittlungen in einem rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren (sog. Mehrfachverfolgungsverbot). Die Vorschrift verkörpert einen Teilbereich des historisch gewachsenen Grundsatzes *ne bis in idem* (lat.: „nicht zweimal in derselben Sache“) und garantiert sowohl dem Verurteilten³ als auch dem rechtskräftig Freigesprochenen Schutz gegen erneute Verfolgung und Bestrafung wegen derselben Tat.⁴

Obgleich der Tatbestand des Art. 103 Abs. 3 GG keine Einschränkungsmöglichkeiten vorsieht, enthält das Strafprozessrecht Ausnahmen von dem Verbot der Mehrfachverfolgung. Gemäß § 362 StPO kann ein durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenes Verfahren in den dort enumerativ genannten Fällen zulasten des Abgeurteilten wieder aufgenommen werden, etwa wenn im Erstverfahren eine gefälschte Urkunde (Nr. 1) oder eine Falschaussage eines Zeugen (Nr. 2) zugunsten des Angeklagten vorgebracht wurde, wenn ein Richter seine Amtspflichten verletzt hat (Nr. 3) oder wenn der Freigesprochene später ein Geständnis der Straftat ablegt (Nr. 4).

Die im einfachen Recht vorgesehene Möglichkeit der Wiederaufnahme des rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens steht im Widerspruch zu der vorbehaltlos gewährten Verfassungsgarantie. Der Konflikt wird dadurch verstärkt, dass dem Art. 103 Abs. 3 GG immer wieder absoluter Geltungsanspruch zugeschrieben wird.

¹ BVerfGE 12, 62 (66); 23, 191 (202); 65, 377 (381); 162, 358 (371 Rn. 46); 166, 359 (386 f. Rn. 70 ff.); BGHSt 5, 323 (329); 20, 292 (293); 38, 54 (57).

² Statt Vieler Huber/Voßkuhle/Aust, GG, Art. 103 Rn. 231; BK-GG/Pohlreich, Art. 103 Abs. 3 Rn. 42; Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 61; jeweils m. w. N.; einschränkend aber Hoven, JZ 2021, 1154 (1156 f.); Letzgus, NSZ 2020, 717 (718 f.).

³ Diese Arbeit verwendet das generische Maskulin für Berufs-, Rollen- und Funktionsbeschreibungen (insb. Verurteilter, Freigesprochener, Abgeurteilter). Die Formulierungen beziehen alle biologischen und sozialen Geschlechter ein.

⁴ BVerfGE 12, 62 (66); 23, 191 (202); 166, 359 (381 ff. Rn. 59 ff.); RGSt 72, 99 (102); BGHSt 5, 323 (328 u. 330); 15, 259.

nen wird, der eine Abwägung mit anderen Verfassungsgütern verbiete.⁵ Es drängt sich die Frage auf, wie sich Art. 103 Abs. 3 GG und § 362 StPO dogmatisch vereinbaren lassen.

Der Garantiegehalt der Verfassungsvorschrift war daher in der Vergangenheit Gegenstand zahlreicher Diskussionen.⁶ Zuletzt hat die gescheiterte Reform der ungünstigen Wiederaufnahme im Jahr 2021⁷ für eine eingehende rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Thematik gesorgt. Kurz vor Ablauf der 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages realisierten CDU/CSU und SPD ihr Versprechen aus dem Koalitionsvertrag, „die Wiederaufnahmemöglichkeiten zu ungunsten der oder des freigesprochenen Angeklagten in Bezug auf die nicht verjährbaren Straftaten“⁸ zu erweitern. Mit dem „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ wurde der Katalog des § 362 StPO um eine Ziffer 5 erweitert, die eine Wiederaufnahme des Verfahrens ermöglichen sollte, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe dafür bildeten, dass der Freigesprochene wegen Mordes, Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen verurteilt werden könnte.⁹ Nach der Entwurfsbegründung sollten dadurch insbesondere neue technische Untersuchungsmethoden von DNA-Material sowie Erkenntnisse der digitalen Forensik nach einem rechtskräftigen Freispruch Berücksichtigung finden können.¹⁰ Tatsächlich ermöglichte die neue Vorschrift aber eine Wiederaufnahme bei allen *nova*, also auch bei Auftauchen neuer Zeugen, Urkunden oder Augenscheinobjekten.

Das Gesetz war nicht nur wegen seines auffälligen Namens¹¹ umstritten, der einen schlechten Zustand der „Gerechtigkeit“ in Deutschland suggerierte.¹² Ein Großteil des rechtswissenschaftlichen Schrifttums hielt den (vormaligen) § 362 Nr. 5 StPO wegen Verstoßes gegen das Mehrfachverfolgungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 GG für verfassungswidrig.¹³ Die Einführung des Wiederaufnah-

⁵ Zuletzt BVerfGE 166, 359 (389 ff. Rn. 79 ff.).

⁶ Ausführlich *Frank*, Reformdiskussion, S. 263 ff.

⁷ Dazu ausführlich C.I.

⁸ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, Rn. 5853 f.

⁹ BGBl. I 2021, 5252; zum Gesetzgebungsverfahren vgl. BT-Drs. 19/30399, 5; BR-Drs. 662/21.

¹⁰ BT-Drs. 19/30399, 1.

¹¹ *Grünewald*, JZ 2024, 101 (103): „hypertrophe und anmaßende Bezeichnung des Gesetzes als ‚Gesetz zur Wiederherstellung materieller Gerechtigkeit‘“; siehe auch *Lenk*, StV 2022, 118; *Kaspar*, GA 2022, 21.

¹² *Slognat*, ZStW 2021, 741.

¹³ *Arnemann*, StraFo 2021, 442 (443 f.); *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251; *Brade*, ZIS 2021, 362; *Bung*, Hdb Strafrecht IX, § 63 Rn. 42; *Eichhorn*, KripoZ 2021, 357; *Jahn*, JUS 2022, 554; *SSW-StPO/Kaspar*, § 362 Rn. 22 ff.; *ders.*, GA 2022, 21; *ders.*, JZ 2022, 1003; *Leitmeier*, StV 2021, 341; *Lenk*, StV 2022, 118 (119); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140; *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90); *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097; *MG/Schmitt/Schmitt*, 66. Auflage 2023, StPO,

mehrgrundes *propter nova* habe einen Paradigmenwechsel bewirkt¹⁴, der sich nicht mit der Kerngarantie des Art. 103 Abs. 3 GG habe vereinbaren lassen¹⁵, sondern einen „bedauerlichen Beitrag zum Abbau rechtsstaatlicher Kultur in Deutschland“¹⁶ bedeutet habe, insbesondere weil der Tatbestand in einschlägigen Verfahrenskonstellationen regelmäßig einen „Freispruch unter Vorbehalt“¹⁷ bewirkt hätte. Dagegen verteidigte ein Teil des Schrifttums die neue Bestimmung und sah insbesondere in Art. 103 Abs. 3 GG kein Hindernis für die Erweiterung der ungünstigen Wiederaufnahme.¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht erklärte die eingeführte Wiederaufnahmeverordnung infolge einer Verfassungsbeschwerde schließlich für verfassungswidrig und nichtig.¹⁹ Die Entscheidungsformel des Urteils hat gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft.²⁰

Mit dem Grundsatzurteil²¹ hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur dem vormaligen § 362 Nr. 5 StPO, sondern auch einer zukünftigen Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Abgeurteilten aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel eine Absage erteilt. Die Aufhebung des Wiederaufnahmetatbestandes

¹⁴ Lenk, StV 2022, 118 (119); Ruhs, ZRP 2021, 88 (90); Schweiger, ZfIStw 2022, 397; Singelnstein, NJW 2022, 1058; Slognat, ZStW 133 (2021), 741 (752 ff.); KK-StPO/Tiemann, § 362 Rn. 21 ff.; vgl. auch Frister/Müller, ZRP 2019, 101; sowie zur gescheiterten Initiative der 16. Legislaturperiode Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188; Pabst, ZIS 2010, 127; Grünewald, ZStW 120 (2008), 545; Roggon, BLJ 2011, 50 (56); Swoboda, HRRS 2009, 188.

¹⁵ Lenk, StV 2022, 118 (119); Ruhs, ZRP 2021, 88 (90); Schweiger, ZfIStw 2022, 397 (403); MG/Schmitt/Schmitt, 66. Auflage 2023, StPO, § 362 Rn. 20; Singelnstein, NJW 2022, 1058 (1059); Slognat, ZStW 2021, 741 (773); vgl. Scherzberg/Thiéé, ZRP 2008, 80 (81); a.A. OLG Celle, Beschl. v. 20.04.2022 – 2 Ws 62/22, NJW-Spezial 2022, 314 (Rn. 48).

¹⁶ Bung, Hdb Strafrecht IX, § 63 Rn. 42; siehe auch Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251 (253): „Es handelt sich [...] nicht um eine bloße Grenzkorrektur, sondern um eine Operation am offenen Herzen von ‚ne bis in idem‘“, sowie noch weitergehender Leitmeier, StV 2021, 341 (346): „es wäre eine Extraktion des Herzens“.

¹⁷ Huber/Voßkuhle/Aust, GG, Art. 103 Rn. 242.

¹⁸ KK-StPO/Tiemann, § 362 Rn. 25; SSW-StPO/Kaspar, § 362 Rn. 28; Kaspar, GA 2021, 21 (29); Arnemann, StraFo 2022, 442; Leitmeier, StV 2021, 341 (346); Schmidt, ZfIStw 2024, 172 (181).

¹⁹ Von Bierbrauer zu Brennstein, HRRS 2022, 118 (120 f.); Eisele, BRJ 2022, 6 (9 f.); Hörnle, GA 2022, 184; Hoven, JZ 2021, 1154 (1157 f.); Joecks/Jäger, Stuko StPO, § 362 Rn. 10; Kubiciel, GA 2021, 381 (382 ff.); Letzgus, NStZ 2020, 717 (719 f.); Zehetgruber, JR 2020, 157; siehe auch die Stellungnahmen von Auchter-Mainz, Eisele, Gärditz, Kubiciel und Schädler zu BT-Drs. 19/30399 im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw23-de-strafprozess-gerechtigkeit-846330> (zuletzt aufgerufen am 15.09.2024).

²⁰ BVerfGE 166, 359; siehe unten C. II.

²¹ BGBI. 2023 I Nr. 357.

²² Jahn, JUS 2024, 83 (84); kritisch Gärditz, JZ 2024, 96 (101): das BVerfG habe „eine Entscheidung, die hier ein überschaubares Problem betraf, völlig unnötig zu einem scheinbaren Grundsatzurteil über die verfassungsrechtliche Strukturierung des Strafprozessrechts im Allgemeinen ausbaut.“