

Art. 103 Abs. 3 GG: Gewährleistungsumfang und Einschränkbarkeit

Michael Kubiciel

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael. 2023. "Art. 103 Abs. 3 GG: Gewährleistungsumfang und Einschränkung." Augsburg: Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht, Universität Augsburg. <https://www.uni-augsburg.de/de/fakultaet/jura/lehrende/kubiciel/augsburger-papiere-zur-kriminalpolitik/>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales
Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht

AUGSBURGER PAPIERE ZUR KRIMINALPOLITIK –

AUGSBURG PAPERS ON CRIMINAL LAW POLICY

Michael Kubiciel (Hrsg.)

**Art. 103 Abs. 3 GG: Gewährleistungsumfang
und Einschränkung**

Michael Kubiciel

Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 2/2023

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht,
Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht

Prof. Dr. Michael Kubiciel

Universität Augsburg

Universitätsstr. 24

86159 Augsburg

michael.kubiciel@jura.uni-augsburg.de

Dieses Dokument steht unter dem Schutz des deutschen Urheberrechts.

Anfragen zur Nutzung richten Sie bitte an die o.g. Adressen.

Art. 103 Abs. 3 GG: Gewährleistungsumfang und Einschränkung*

Michael Kubiciel

I. Gewährleistungsumfang des Art. 103 Abs. 3 GG

1. Begrenztes Verbot doppelter Bestrafung

a) Wortlaut und grundrechtliche Struktur

Art. 103 Abs. 3 enthält ein grundrechtsähnliches Recht.¹ Es schließt die *erneute Bestrafung* einer Person wegen derselben Tat aus.² Das Verbot mehrmaliger Bestrafung begrenzt die staatliche Eingriffsbefugnis in einem besonders grundrechtssensiblen Bereich. Der Vollzug der Strafe greift in Freiheitsgrundrechte ein; der dem Strafurteil innewohnende Tadel bzw. Schuldvorwurf berührt das allgemeine Persönlichkeitsrecht.³ Diesen – in summa exzeptionellen – Eingriffen kann der Einzelne nur einmal für dieselbe Tat unterworfen werden. Denn mit dem Vollzug der Strafe erlöschen der staatliche Strafanspruch sowie die damit korrespondierende Pflicht des Einzelnen, die Bestrafung zu dulden. Art. 103 Abs. 3 GG trägt mithin dem Grundsatz Rechnung, dass die Schuld durch die Strafe als getilgt anzusehen ist⁴ und verhindert eine mit dem – verfassungsrechtlich fundierten⁵ – Schuldprinzip unvereinbare doppelte Bestrafung.⁶ In dem Verbot der Vervielfältigung der Strafrechtsfolge bei nur einmaliger Erfüllung des Straftatbestandes liegt daher die Kernverbürgung des Art. 103 Abs. 3 GG. Die Vorschrift garantiert die Kongruenz von Tatbestand und Rechtsfolge, genauer: von der gerichtlichen Feststellung der Verantwortung für *eine* Straftat als Voraussetzung *einer* Bestrafung.

* Der Verf. hat die Fraktion CDU/CSU als Prozessbevollmächtigter im Verfassungsbeschwerdeverfahren vertreten. Der Beitrag dokumentiert den Inhalt seiner schriftlichen Stellungnahme, soweit die im Titel angesprochenen Fragen betroffen sind.

¹ Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 1; Jarass/Pieroth/Kment, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 103 Rn. 95: „grundrechtsähnliches Recht, das traditionell dreistufig zu prüfen ist“.

² Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 2.

³ Die Eingriffsarten zutreffend differenzierend Nettesheim, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 2022, S. 93, 99 f.; siehe ferner Brunhöber, in: Bäcker/Burchard (a.a.O.), S. 53, 75.

⁴ BVerfGE 3, 248, 251; v. Münch/Kunig/Kunig/Saliger, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 63.

⁵ Zum Schuldprinzip BVerfGE 123, 267, 413; 133, 168, 225.

⁶ Vgl. Baumann, JZ 1964, 612, 616: „materiell ungerecht, dieselbe Tatschuld zwei Mal zu vergelten.“

b) Historische Auslegung

In den Materialien, die den Entstehungsprozess des Art. 103 Abs. 2 GG dokumentieren, findet diese Rekonstruktion des Zwecks seine Bestätigung. Zwar lautete eine Entwurfsfassung des „Chiemseer Entwurfs eines Grundgesetzes für den Bund deutscher Länder“, dass „niemand wegen derselben Tat zweimal gerichtlich verfolgt werden darf“;⁷ diese Fassung wurde indes durch eine auf das Verbot doppelter Bestrafung beschränkte Formulierung ersetzt. Art. 136 Abs. 2 lautet: „Niemand darf wegen derselben Tat zweimal gerichtlich bestraft werden.“ Der begleitende Kommentar verweist diesbezüglich auf Vorbilder in Landesverfassungen, die eine *Doppelbestrafung* untersagen.⁸ Der Bericht über den Verfassungskonvent konzentriert sich ebenfalls auf das Verbot mehrmaliger Bestrafung und führt dazu aus, dass dieses „nur für gerichtliche Strafen“ gelte und damit das Nebeneinander von gerichtlicher Strafe und Disziplinarstrafe nicht ausschließe.⁹ Dies deutet jedenfalls nicht auf ein weites, sondern eher auf ein enges Verständnis des Gewährleistungsinhalts hin. Auch die zu Art. 103 Abs. 3 GG geführten Beratungen im Parlamentarischen Rat wurden unter der Überschrift „Verbot der Doppelbestrafung“ geführt und konzentrierten sich auf die *damit* in Zusammenhang stehende Frage, ob das Verbot nur mehrfache Bestrafungen aufgrund von Strafgesetzen verbiete oder auch Verwaltungssanktionen, Disziplinarstrafen und vergleichbare nicht-strafrechtliche Rechtsfolgen erfasse.¹⁰ Der Allgemeine Redaktionsausschuss schlug gar einen Verzicht auf Art. 103 Abs. 3 GG vor.¹¹ Der Verfassungsgeber hat sich diesbezüglich für eine enge Fassung entschieden, die lediglich die doppelte Bestrafung auf Grund der „allgemeinen Strafgesetze“ ausschließt. Nach dem Willen des Grundgesetzgebers erfasst Art. 103 Abs. 3 GG daher keine Sanktionierung nach dem Berufs-, Dienst-, Ordnungs- und Polizeistrafrecht oder dem

⁷ v. Doemming/Füsslein/Matz, JöR 1 (1951), 742. Darauf verweist Brade, AöR 146 (2021), 130, 142, der allerdings auch auf die Änderung in die Art. 103 Abs. 3 GG entsprechende Fassung verweist.

⁸ So auch Bohn, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 58 f.

⁹ Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis zum 23. August 1948, hrsgg. vom Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen, o.J., S. 93.

¹⁰ Siehe Siebte Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof, 6. Dezember 1948, in: Büttner/Wettengel (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 13, 2022, darin: S. 1433 ff.

¹¹ v. Doemming/Füsslein/Matz, JöR 1 (1951), 742. Dazu Höfling/Burkiczak, in: Berliner Kommentar zum GG, Art. 103 Rn. 19.

Disziplinarrecht;¹² selbst eine doppelte Sanktionierung aufgrund eines Strafgesetzes und eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes schließt Art. 103 Abs. 3 GG nicht aus.¹³ Art. 103 Abs. 3 GG entfaltet nach dem Willen des Verfassungsgebers also keinen vollumfänglichen Schutz vor mehrfacher Sanktionierung wegen ein und derselben Tat, sondern nur vor einer mehrfachen Bestrafung auf der Grundlage allgemeiner Strafgesetze.¹⁴ Darin liegt der Gewährleistungskern des Art. 103 Abs. 3 GG.

2. Verbot der Strafverfolgung zum Zweck unzulässiger doppelter Bestrafung

Sowohl der klare Wortlaut als auch die Materialien indizieren mithin einen engen, auf das Verbot doppelter Bestrafung begrenzten Gewährleistungsinhalt.¹⁵ Dennoch lässt sich zumindest *eine* Erweiterung des Doppelbestrafungs- zu einem Doppelverfolgungsverbot systematisch und teleologisch begründen: Wenn Art. 103 Abs. 3 GG eine doppelte Bestrafung wegen derselben Tat verbietet, muss dem Staat bereits verwehrt sein, sich nach dem Vollzug der Strafe im Wege der Durchführung eines weiteren Strafverfahrens eine neue Legitimationsgrundlage für eine weitere Bestrafung derselben Tat zu verschaffen. Das Verbot der Doppelbestrafung ist daher bei teleologischer und grundrechtsoptimierender Betrachtung *auch* als ein Verbot mehrmaliger Strafverfolgung zu interpretieren, wenn diese Strafverfolgung dem Ziel einer von Art. 103 Abs. 3 GG verbotenen erneuten Bestrafung dient.¹⁶ Einleitung und Durchführung eines solchen Strafverfahrens könnten dann keinem verfassungsrechtlich zulässigen Zweck dienen und haben zu unterbleiben. Über den Wortlaut hinaus muss Art. 103 Abs. 3 GG bei systematisch-teleologischer Interpretation also auch ein Verbot der Doppelverfolgung zur Gewährleistung des Verbots der Doppelbestrafung beigelegt werden, das verfahrensrechtlich als ein (nicht in der StPO fixiertes, sondern verfassungsrechtlich fundiertes) Prozesshindernis anzusehen ist.

¹² So die deutlich überwiegende Meinung Sachs/*Degenhart*, GG, Art. 103 Rn. 79; Jarass/*Pieroth/Kment*, Art. 103 Rn. 99; Dreier/*Schulze-Fielitz*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 22; BeckOK/*Radtke*, GG, Art. 103 Rn. 47. A.A. Dürig/*Herzog/Scholz/Remmert*, Art. 103 Abs. 3 Rn. 55. – Präventiv wirkende Rechtsfolgen, insbesondere Maßregeln der Besserung und Sicherung oder Verwaltungsmaßnahmen wie die Versagung einer Fahr- oder Jagderlaubnis oder der Entzug von Versorgungsbezügen werden ebenfalls nicht erfasst.

¹³ Für eine analoge Anwendung in solchen Fällen Dreier/*Schulze-Fielitz*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 22.

¹⁴ Dürig/*Herzog/Scholz/Remmert*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 55.

¹⁵ Ähnlich Höfling/*Burkiczak*, in: Berliner Kommentar zum GG, Art. 103 Rn. 171; Hoven, JZ 2021, 1155, 1156 f.; Letzgus, FS Geppert, S. 785, 793; ders., NSTZ 2020, 717, 718 f. Siehe zu Wortlaut und Historie auch Neumann, FS Jung, S. 655, 657 ff.

¹⁶ Vgl. BGHSt 5, 323, 331: „Das Verbot, eine mehrmalige Aburteilung derselben Tat durch Gesetz einzuführen, würde aber jeder praktischen Wirksamkeit entkleidet sein, wenn die nochmalige Aburteilung nur als ein Wiederaufnahmeverfahren ausgestaltet zu sein brauchte (...).“

3. Generelles Mehrfachverfolgungsverbot?

a) Unergiebige Quellenlage

Den historischen Materialien zum Grundgesetz lässt sich eindeutig nur der Wille entnehmen, jenes begrenzte Verbot mehrmaliger Verfolgung zu statuieren, das der Wortlaut zum Ausdruck bringt (siehe oben 1.). Die Protokolle enthalten lediglich *einen* Hinweis des Abgeordneten *Zinn* auf einen über das Verbot der Doppelbestrafung hinausgehenden Bedeutungsgehalt.¹⁷ Auf diese vereinzelte Textstelle rekurrieren all jene, die dem Art. 103 Abs. 3 eine über seinen Wortlaut hinausgehende Bedeutung beimessen.¹⁸ Dabei blenden sie die zahlreichen Textstellen und Passagen aus, die eindeutig von einem Verbot der Doppelbestrafung sprechen. Zudem gehen sie darüber hinweg, dass die zitierte Textstelle ambivalent ist.¹⁹ Insbesondere wird im weiteren Verlauf der Erörterungen die Wiederaufnahme des Verfahrens nach einem Freispruch nicht erörtert. *Zinn* sprach vielmehr eine in der Zeit des Nationalsozialismus überlieferte Urteilsergänzung im Anschluss an eine Bestrafung an, die aufgrund einer als fehlerhaft erachteten rechtlichen Bewertung zu gering erschien: „Wenn beispielsweise jemand wegen einfachen Landfriedensbruchs *bestraft* war, aber tatsächlich schweren Landfriedensbruch begangen hat, konnte das Urteil ergänzt werden.“²⁰ In dieser Fallkonstellation geht es offenkundig um die oben 2. erwähnte Wiederaufnahme eines Verfahrens zum Zweck einer unzulässigen erneuten Bestrafung. Eine positive Aussage über ein generelles Mehrfachverfolgungsverbot lässt sich dem nicht entnehmen. Vor allem aber schlug *Zinn* sodann selbst die auf die *Doppelbestrafung* verdichtete Fassung des Art. 103 Abs. 3 GG vor.²¹

b) Herrschende Meinung ohne Begründung

Dessen ungeachtet geht die herrschende Meinung wie selbstverständlich davon aus, dass Art. 103 Abs. 3 GG über die oben in 1. und 2. genannten Gewährleistungen hinaus auch die mehrmalige Verfolgung erfasst und eine solche – jedenfalls im Grundsatz – verbietet. Diese Annahme wird häufig nicht

¹⁷ *Zinn*, in: Büttner/Wettengel (Fn. 10), Achte Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof, 7. Dez. 1948, S. 1465 f.: „Der Grundgedanke ist, daß niemand wegen derselben Straftat wiederholt verfolgt werden darf. Gedacht ist dabei an die Kriminalstrafe.“ Im weiteren Verlauf wird dann jedoch wieder deutlich, dass Gegenstand dieser Äußerung nicht das Mehrfachverfolgungs-, sondern das Doppelbestrafungsverbot ist.

¹⁸ Vgl. nur *Bohn* (Fn. 8), S. 59; *Brade*, JöR 146 (2021), 130, 142 (Fn. 81); *Grübl*, ZJS 2022, 1, 6; *Dürig/Herzog/Scholz/Remmert*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 22.

¹⁹ Im weiteren Verlauf der Beratungen wird wieder deutlich, dass Gegenstand der Verhandlungen und wohl auch von *Zinns* Äußerung nicht das Mehrfachverfolgungs-, sondern das Doppelbestrafungsverbot ist.

²⁰ *Zinn*, in: Büttner/Wettengel (Fn. 10), S. 1465.

²¹ Siehe v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR 1 (1951), 743.

begründet.²² So wird beispielsweise schlicht konstatiert, Art. 103 Abs. 3 GG schließe die mehrfache Verfolgung aus.²³ Auf dieser Grundlage wird sodann ein dazu passender Zweck der Vorschrift formuliert – Vertrauensschutz als „Schutz der Rechtssicherheit der Person“²⁴ – und im letzten Schritt postuliert, dass Art. 103 Abs. 3 GG die staatliche Strafverfolgung „auf einen Versuch beschränke“,²⁵ weil das Grundgesetz eine Abwägung vorgenommen und der Rechtssicherheit prinzipiellen „Vorrang“ eingeräumt habe.²⁶ Diese Argumentation wirkt schlüssig, basiert aber auf einer *petitio principii*: Danach wird einfach unterstellt, dass Art. 103 Abs. 3 GG das Verbot der Mehrfachverfolgung umfasse, und der Wortlaut bedeutungslos, ja verfehlt sei, weil er der (erwünschten) weiten Interpretation der Norm im Wege stehe.²⁷

c) Begründungsversuch: Übernahme vor- und außerkonstitutioneller Begriffsverständnisse

Diejenigen, die sich an einer Begründung versuchen, setzen den Inhalt von Art. 103 Abs. 3 GG mit dem Bedeutungsgehalt der „ne bis in idem“-Regel gleich und verweisen darauf, dass schon das vor-konstitutionelle Recht bzw. die Rechtsprechung den Satz „ne bis in idem“ nicht nur als Verbot mehrmaliger Bestrafung gedeutet, sondern auch auf die Einleitung und Durchführung eines Verfahrens wegen derselben Tat erstreckt hätten.²⁸ Das Verbot mehrfacher Verfolgung wird dabei entwicklungs-geschichtlich als „notwendige Konsequenz der Anerkennung der Rechtskraft im Strafprozess“ gedeutet, mit dem „Prinzip der Rechtssicherheit, verstanden als individuelle Orientierungssicherheit“ verbunden und sodann in Art. 103 Abs. 3 GG hineingelesen.²⁹ Bei einem „zu Unrecht erfolgten Freispruch“ bedeute „Rechtssicherheit vor allem Freiheitsschutz“; daher – so die Annahme – entscheide Art. 103 Abs. 3 GG den „in der Tat entstehenden Konflikt zwischen der materiellen Gerechtigkeit und dem staatlichen Strafanspruch einerseits und der Rechtssicherheit des Betroffenen andererseits zugunsten

²² Das konstatiert auch *Bohn* (Fn. 8), S. 57. – Vgl. etwa *Sachs/Degenhart*, GG, Art. 103 Rn. 79; *Kaspar*, GA 2022, 21, 22; *Jarass/Pieroth/Kment*, GG, Art. 103 Rn. 101; *Möstl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 179 Rn. 57; *BeckOK/Radtke*, GG, Art. 103 Rn. 44 f., v. *Münch/Kunig/Kunig/Saliger*, GG Art. 103 Rn. 63; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, 15. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 86; *Hömig/Wolff*, GG, 13. Aufl. 2022, Art. 103 Rn. 21.

²³ *Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 103 Rn. 174.

²⁴ *Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 103 Rn. 179 sowie Rn. 216.

²⁵ *Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 103 Rn. 179.

²⁶ *Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 103 Rn. 181. Ganz ähnliche Begründungsstruktur bei *Brade*, JöR 146 (2021), 130, 141 f.

²⁷ So etwa *Brade*, JöR 146 (2021), 130, 141, dem zufolge der Wortlaut „keine große Hilfe bei der Auslegung“ sei, was aber nur bei der Verfolgung des vom Verf. verfolgten Auslegungszieles zutrifft.

²⁸ *Dürig/Herzog/Scholz/Remmert*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 65; *Dreier/Schulze-Fielitz*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 15: „Inhaltliche Konkretisierung und Ausgestaltung findet Art. 103 Abs. 3 GG vor allem durch das in Jahrhunderten gewachsene, zunächst einfachgesetzlich entfaltete und geprägte Prinzip des Strafprozessrechts“.

²⁹ Vgl. *BK-Pohlreich*, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32, 35, 42.

der Rechtssicherheit.³⁰ Diese Argumentation greift mithin vorkonstitutionelle Entwicklungen und außerkonstitutionelle Verständnisse strafprozessualer Prinzipien auf, verbindet diese mit allgemeineren Erwägungen und weist das Resultat dieser Bewertungen sodann dem Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG zu.

Die dabei entstehenden methodischen und verfassungsdogmatischen Fragen und Probleme sind offenkundig. Zwar kann Art. 103 Abs. 3 GG an Prinzipien des Strafprozessrechts anknüpfen, die älter sind als das Grundgesetz selbst, so wie auch andere Grundrechte – etwa Art. 6 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 GG – wandelbare normative Vorprägungen mit vorkonstitutionellen Wurzeln aufweisen. Gleichwohl kann ein solches vorverfassungsrechtliches Gesamtbild ebenso wenig wie in anderen Normbereichen ausschlaggebend für den Gehalt eines Grundrechtes sein.³¹ Es ist vielmehr zu prüfen, ob und wie sich die vor- und außerkonstitutionellen Prägungen und die daraus ableitbaren normativen Inhalte in die Struktur des jeweiligen Grundrechts bzw. grundrechtsgleichen Rechts einfügen lassen. Dabei muss man beachten, dass sich der von Art. 103 Abs. 3 GG eindeutig erfasste Fall einer doppelten Bestrafung faktisch und grundrechtsdogmatisch gravierend von einer erneuten Strafverfolgung unterscheidet: Eine Bestrafung bedeutet einen (nicht selten drastischen) Entzug von Freiheit oder Eigentum aufgrund eines tadelnd-missbilligenden Strafurteils – es geht also um Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG. Eine erneute Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens gegen einen Freigesprochenen führt – für sich betrachtet³² – hingegen zu qualitativ andersartigen und auch weniger intensiven Belastungen, nämlich den Verlust an Rechtssicherheit und die damit einhergehende Notwendigkeit, sich in einem „justizförmigen und auf Ermittlung der Wahrheit

³⁰ Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 39. – Ergänzend wird die Überlegung angefügt, dass derjenige, dessen „Schuld in einem ersten Strafverfahren nicht bewiesen werden konnte und der deshalb bereits dem ersten Verfahren bei nachträglicher Betrachtung zu Unrecht ausgesetzt war“ erst recht nicht erneut „den besonderen Zumutungen weiterer Strafverfolgung ausgesetzt sein soll“, wenn schon der bereits Verurteilte die erneute Strafverfolgung nicht mehr dulden müsse (Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 65). Indes basiert dieser Erst-recht-Schluss auf einer unausgesprochenen Wertung und überzeugt auch in seiner Abstufung nicht. Denn dass derjenige, der in einem ersten Verfahren freigesprochen und nicht bestraft worden ist, schutzwürdiger ist als derjenige, der die mit einer Bestrafung einhergehenden Grundrechtseingriffe dulden musste, wird weder begründet noch ist dies selbsterklärend. Damit fehlt es aber an den Voraussetzungen eines nicht nur auf rhetorische Überzeugung angelegten, sondern auch logisch stimmigen Erst-recht-Schlusses.

³¹ So zutreffend Sachs/Degenhart, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 76 mit weiteren Nachweisen.

³² Das Verfahren *kann* auch zu weiteren, eigenständigen Grundrechtseingriffen durch die Anordnung besonderer Ermittlungsmaßnahmen (Durchsuchung, Untersuchungshaft) führen, die jedoch jeweils gesondert auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen sind.

ausgerichteten Verfahren“³³ verteidigen zu müssen. An der Schutzwürdigkeit des individuellen Rechtsfriedens besteht kein Zweifel; die individualschützende Wirkung der Rechtskraft ist sowohl historisch vor- als auch sachlich außerkonstitutionell anerkannt. Damit ist aber nicht zugleich gesagt, *wo* und *wie* das Grundgesetz dieser Schutzwürdigkeit Rechnung trägt. Verfassungsdogmatisch ließe sich der Schutz des individuellen Rechtsfriedens entweder im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verorten³⁴ oder durch eine erweiternde Interpretation des Art. 103 Abs. 3 GG gewährleisten.

d) Heterogener Gewährleistungsinhalt und Differenzierungsgebot

Entscheidet man sich mit der herrschenden Meinung und Rspr. dafür, das individuelle Interesse an der Rechtskraft freisprechender Urteile in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG einzubeziehen,³⁵ dürfen jedoch drei Punkte nicht in Vergessenheit geraten:

- Erstens ist daran zu erinnern, dass die mehrfache Bestrafung andere Interessen und Grundrechte des Einzelnen berührt als eine mehrmalige Verfolgung. Aus grundrechtlicher Perspektive können beide Eingriffe also nicht gleichgesetzt werden und undifferenziert als ein einheitlicher Gewährleistungsinhalt begriffen werden.
- Zweitens stehen auch unterschiedliche Interessen der Rechtsgemeinschaft in Rede: Bei einer bereits erfolgten Bestrafung hat der Staat seinen Strafanspruch verwirkt, die Schuld des Täters gilt als abgegolten, auf den Normbruch hat der Staat bereits reagiert. Bei einer nochmaligen Durchführung eines Verfahrens soll hingegen überprüft werden, ob auf einen zurechenbaren Normbruch reagiert werden muss, ob also ein Strafanspruch besteht. Während sich ein Interesse der Rechtsgemeinschaft an einer mehrfachen Bestrafung einer Tat straftheoretisch und verfassungsrechtlich nicht begründen lässt, zeigt das Recht an zentralen Stellen selbst, dass die Rechtskraft einer Entscheidung aufgehoben werden kann, um dem Interesse der Rechtsgemeinschaft an einer neuen (fehlerfreien) Feststellung des Strafanspruchs Genüge zu tun. Bei einer

³³ Vgl. BVerfGE 107, 104, 118 f.

³⁴ In diese Richtung zuletzt *Hoven*, JZ 2021, 1155, 1157. – Das Mehrfachverfolgungsverbot *auch* als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips erachtend *Nolte*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 135 Rn. 11.

³⁵ BVerfGE 12, 62, 66; BGHSt 5, 323, 330 f. *Bohn* (Fn. 8), S. 60 begründet dies, ähnlich wie BGHSt 5, 323, 330 f., entstehungsgeschichtlich: Zum einen sei in den Beratungen häufig auf die „ne bis in idem“-Regel rekuriert worden, die auch die mehrfache Verfolgung umfasse, zum anderen sei Art. 103 Abs. 3 GG eine Reaktion auf die nationalsozialistische Wiederaufnahmepaxis, bei der ein Urteil durch ein anderes ersetzt und auf dieser Grundlage eine erstmalige oder erneute Bestrafung ermöglicht wurde.

Abwägung zwischen Rechtskraft einerseits und materieller Gerechtigkeit auf der anderen Seite ist dieser Unterschied relevant.

- Dies leitet über zu einem dritten Unterschied zwischen mehrmaliger Verfolgung und mehrmaliger Bestrafung: Während eine mehrmalige Bestrafung nach dem allgemeinen Strafgesetz ausnahmslos verboten ist, ist eine mehrmalige Verfolgung eines Freigesprochenen seit jeher möglich und von Gerichten anerkannt. Auch das geltende Recht erlaubt die Wiederaufnahme, durchaus auch auf Grundlage sog. *propter nova*, deren rechtskraftdurchbrechende Wirkung auch rechtsgeschichtlich verbürgt ist.³⁶

4. Zwischenergebnis

Der (häufig zu lesende) Satz, dass Art. 103 Abs. 3 GG das Spannungsverhältnis zwischen Rechtskraft einerseits und materieller Gerechtigkeit andererseits zugunsten der Rechtssicherheit entschieden habe,³⁷ ist zwar eingängig. Er geht aber über Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG hinweg, verwischt grundrechtsdogmatische Unterschiede, ignoriert die verschiedenartigen und abwägungsrelevanten Interessen der Rechtsgemeinschaft und steht im Widerspruch zur Rechtslage, die die entgegengesetzte Auflösung des Spannungsverhältnisses zulässt. Daraus folgt, dass ein generelles Verbot mehrfacher Verfolgung nicht zur Kerngewährleistung des Art. 103 Abs. 3 GG gehören kann.

Dies schließt zwar nicht aus, Art. 103 Abs. 3 GG mit der herrschenden Meinung auf Fälle mehrmaliger Verfolgung zu erstrecken, anstatt dem individuellen Interesse an Rechtssicherheit mit Hilfe von Art. 20 Abs. 3 GG Rechnung zu tragen. In diesem Fall ist aber darauf zu achten, dass die in tatsächlicher und grundrechtsdogmatischer Hinsicht verschiedenartigen Eingriffe – mehrmalige Bestrafung einerseits, Wiederaufnahme nach Freispruch andererseits – nicht unter der Hand gleichgestellt werden. So wie Art. 12 Abs. 1 GG, der neben der Berufswahlfreiheit auch die Berufsausübungsfreiheit erfasst, keine homogene Struktur aufweist, so dass Eingriffe in unterschiedlichem Maße rechtfertigungsbedürftig sind,³⁸ können qualitativ andersartige Gewährleistungen auch im Rahmen des Art. 103 Abs. 3 GG nicht

³⁶ Siehe nur *Deml*, Zur Reform der Wiederaufnahme, 1979, S. 5 ff.; *Grünwald* ZStW 120 (2008), 545 ff.

³⁷ So etwa *Brade*, AöR 146 (2021), 130, 139 (und öfters); *Dreier/Schulze-Fielitz*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 35; *Slognat*, ZStW 133 (2021), 741, 761.

³⁸ *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn. 3.

gleichgesetzt und qualitativ unterschiedliche Eingriffe denselben Begründbarkeitsanforderungen unterworfen werden. Wenn man den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG über den Wortlaut hinaus weit auslegt und damit eine grundrechtsdogmatisch heterogene Struktur schafft, muss dies mit einer Differenzierung der Anforderungen an die Einschränkung einhergehen.³⁹ Da das Verbot doppelter Bestrafung ausnahmslos gilt, kann die Differenzierung nur darin bestehen, das Verbot der Mehrfachverfolgung Einschränkungen zugänglich zu machen.

II. Einschränkung des Verbots der Mehrfachverfolgung

1. Kein absolutes Verbot der Mehrfachverfolgung

Dieser Einsicht versperrt sich eine Mindermeinung in der Literatur, die eine ausgesprochen extensive Interpretation des Art. 103 Abs. 3 GG vorschlägt. Danach weist die Vorschrift einen homogenen Gewährleistungsinhalt in Form eines absoluten Verbots mehrmaliger Bestrafung *und* Verfolgung auf, so dass dem geltenden Recht keine neuen Wiederaufnahmegründe hinzugefügt werden dürften.⁴⁰ Teils wird sogar vertreten, dass die bereits seit mehr als 150 Jahren existierenden Wiederaufnahmegründe verfassungswidrig und zu streichen seien.⁴¹ Diese Position findet – wie gesehen – im Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift keine Stütze. Sie ist im Übrigen auch ahistorisch, da das Prinzip „ne bis idem“ so alt ist wie die Geschichte seiner Durchbrechungen: Selbst die „stärksten Verfechter eines liberalen Prozessrechts und des Rechtskraftgedankens“ im 19. Jahrhundert hielten Ausnahmen für zulässig und erforderlich.⁴² Nach „allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum gilt der Grundsatz ‚ne bis in idem‘ nicht unbeschränkt.“⁴³ Auch das BVerfG hat von Anfang an keinen Zweifel daran gelassen, dass es jedenfalls Gründe gibt, die nach „althergebrachter und unbestrittener

³⁹ Deutlicher *Bohn* (Fn. 8), S. 86: Erweiterung des Schutzbereiches muss mit Erweiterung der Einschränkung einhergehen.

⁴⁰ *Grübl*, ZJS 2022, 1, 6, 10; *Slognat*, ZStW 133 (2021), 741, 761 ff.; ähnlich *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 978, 981.

⁴¹ *Brade*, AöR 146 (2021), 130, 170 ff.; siehe ferner *Neumann*, FS Jung, S. 655 ff.

⁴² So *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545, 561. Vgl. etwa *Mittermaier*, Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, 1856, S. 677, demzufolge nicht verkannt werden dürfe, dass „die Rücksicht auf mögliche Nachtheile der Wiederaufnahme nicht den Sieg über die höheren Forderungen der Gerechtigkeit davon tragen soll, und dass, wenn gegen die durch ein offenkundig als ungerecht nachzuweisendes Urtheil Losgesprochenen, unter keinen Umständen, z.B. selbst, wo er ein vollständiges Geständnis seiner Schuld ablegt, die Untersuchung wieder aufgenommen werden dürfte, der Gerechtigkeit und der Volksmoral Hohn gesprochen werden könnte.“

⁴³ *Deml* (Fn. 36), S. 48 m.w.N.

Rechtsüberzeugung zur Begründung eines Wiederaufnahmeverfahrens“ führen können und dürfen.⁴⁴ Wenn aber strafprozess- und verfassungsrechtlich anerkannte Gründe für eine erneute Verfolgung existieren, kann Art. 103 Abs. 3 GG kein absolutes Verbot der Mehrfachverfolgung statuieren.

2. Immanente Schranken als Konstitutionalisierung tradierter Wiederaufnahmegründe?

Eine andere Mindermeinung erkennt zwar im Ausgangspunkt an, dass das Verbot der Mehrfachverfolgung lediglich eingeschränkt gilt, meint aber, dass das Prozessgrundrecht des Art. 103 Abs. 3 GG nur jenen immanenten Schranken unterliege, die der historische Verfassungsgeber im seinerzeit geltenden Strafprozessrecht als Wiederaufnahmegründe vorgefunden und sodann als Einschränkungen des Art. 103 Abs. 3 GG toleriert habe.⁴⁵ Dabei soll es sich ausdrücklich *nicht* um eine im Wege der Abwägung mit anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien zustande gekommene verfassungsimmanente Beschränkung handeln, sondern um eine „durch historische Auslegung ermittelte Schutzbereichsbegrenzung“.⁴⁶ Eine Durchbrechung der Rechtskraft soll folglich „nur in der historisch entwickelten Form der sehr eng gefassten gesetzlichen Wiederaufnahmegründe“ möglich sein.⁴⁷ Nach dieser Auffassung haben die Schöpferinnen und Schöpfer des Grundgesetzes den Aussagegehalt der vorkonstitutionellen Regeln über die Rechtskraft und Wiederaufnahme folglich auf eine verfassungsrechtliche Ebene gehoben. Danach fügt Art. 103 Abs. 3 GG den unterverfassungsrechtlichen Regeln des Strafverfahrensrechts keinen neuen Inhalt hinzu, sondern konstitutionalisiert und petrifiziert das 1949 vorgefundene Recht der Wiederaufnahme.⁴⁸

Gegen diese Auffassung spricht eine Reihe von Gründen.

- Zunächst lässt sich ein entsprechender Wille des historischen Verfassungsgebers in den Gesetzesmaterialien nicht nachweisen.⁴⁹ Die Mindermeinung schreibt dem Verfassungsgeber also eine Position zu, die dieser nicht nachweisbar hatte.

⁴⁴ BVerfGE 2, 380, 403. Siehe dazu auch *Deml* (Fn. 36), S. 49 f. (mit Fn. 221).

⁴⁵ *Höfling/Burkiczak*, in: Berliner Kommentar zum GG, Art. 103 Rn. 175.

⁴⁶ *Slognat*, ZStW 133 (2021), 741, 763 (mit Fn. 126).

⁴⁷ *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188, 192.

⁴⁸ Zutreffend *Schuster*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2022, § 362 Rn. 26: „sehr fernliegend“.

⁴⁹ Näher dazu *Engländer/Zimmermann*, in: MK-StPO, Vor § 359 Rn. 3; *Neumann*, in: Müller-Dietz et al. (Hrsg.), FS Jung, 2007, S. 657 ff.; *Zehetgruber*, JR 2020, 157, 159 („kaum vertretbar“).

- Zudem geht die Petrifizierungsthese des § 362 a.F. StPO über den Umstand hinweg, dass die Rechtslage in Bezug auf die Wiederaufnahme bei Schaffung des Grundgesetzes in Deutschland uneinheitlich war und in der französischen Besatzungszone eine Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweise zumindest für möglich erachtet wurde.⁵⁰ Falls die Verfassungsgeber den – allerdings in den Quellen nicht nachweisbaren – Willen gehabt haben sollten, eine einfachgesetzliche Rechtslage festzuschreiben, stellt sich die Frage, welche Rechtslage das gewesen sein soll. Auch dies zeigt, dass die Mindermeinung versucht, ihre Deutung dem Verfassungsgeber zuzuschreiben, um sich eigener Begründungslasten zu entledigen.
- Ferner ist auch das vorkonstitutionelle Verständnis des Grundsatzes „ne bis in idem“ weniger eindeutig als behauptet, waren neue Tatsachen und Beweise doch im 19. Jahrhundert in einigen deutschen Ländern durchaus ein Grund für eine Wiederaufnahme.⁵¹ Wenn dem Verfassungsgeber also ein vorkonstitutionelles Bild des Prinzips „ne bis in idem“ vor Augen gestanden haben sollte, kann dies nicht deckungsgleich mit dem bisherigen Inhalt von § 362 StPO gewesen sein, sondern war vielschichtiger.
- Damit in Zusammenhang steht ein weiterer Einwand: Die Petrifizierungsthese blendet aus, dass die tradierten Wiederaufnahmegründe seit jeher als „Kompromiss“⁵² begriffen wurden, d.h. das Ergebnis einer Abwägung zwischen der „materiellen Gerechtigkeit“ einerseits und der Schaffung von Rechtsfrieden qua Rechtskraft andererseits waren.⁵³ Beide strafprozessualen Ziele können schon deshalb keine absolute Geltung beanspruchen, weil das BVerfG sowohl den Rechtsfrieden als auch die materielle Gerechtigkeit aus dem Rechtsstaatsbegriff ableitet.⁵⁴ Ist aber die Spannung zwischen diesen Teilelementen von vornherein in ein und demselben Begriff angelegt, muss sie im Wege der Abwägung aufgelöst werden.⁵⁵ Das Ergebnis sind die tradierten Wiederaufnahmegründe und die Regelungen in § 362 StPO. Erkennt man aber immanente Schranken des Art. 103 Abs. 3 GG an, die ihrerseits das Ergebnis einer – dann vom Verfassungsgeber implizit mitanerkannten – Abwägung gewesen sind, wäre zu begründen, weshalb

⁵⁰ Vgl. *Bohn* (Fn. 8), S. 87 f.

⁵¹ *Bohn* (Fn. 8), S. 223 f.

⁵² *H. Mayer*, *Der Gerichtssaal* 99 (1930), 299, 314.

⁵³ Siehe nur *Grünwald*, *ZStW* 120 (2008), 545, 547. – Zu diesem Spannungsfeld statt vieler *KMR-Eschelbach*, § 362 Rn. 2.

⁵⁴ So auch *SSW-Kaspar*, *StPO*, 4. Aufl. 2020, Vor § 359 Rn. 9. Zur Rechtssicherheit siehe *BVerfGE* 2, 380, 403; zur Bedeutung der materiellen Gerechtigkeit für das Straf(verfahrens)recht siehe *BVerfGE* 133, 168, 198.

⁵⁵ Siehe auch *Grünwald*, *ZStW* 120 (2008), 545, 5665 f., die zutreffend meint, es sei schon von vornherein nicht einleuchtend, eines der Prinzipien vollständig aufzugeben. Dass kein Prinzip absolut gilt und sich daher auch eine generelle Festlegung auf die Dominanz des Verfahrensziels Rechtskraft verbiete, betont auch *Zehetgruber*, *JR* 2020, 157 f.

jede neuerliche Abwägung, also jede Neugewichtung der Teilelemente der Rechtsstaatlichkeit, von vornherein ausgeschlossen sein soll. Diese Begründung wird selten versucht und kann nicht gelingen. Ein generelles Abwägungsverbot ist weder verfassungshistorisch noch grundrechtsdogmatisch oder methodisch erklärbar. Selbst wenn der Verfassungsgesetzgeber die tradierten Regelungen zur Wiederaufnahme nicht in Frage stellen wollte, sondern diese schlicht akzeptierte, heißt dies nicht, dass er zugleich jede künftige Veränderung ausschließen wollte.⁵⁶

Angesichts dessen überrascht es nicht, dass die ganz herrschende Lehre seit langem davon ausgeht, dass der Gewährleistungsumfang des Art. 103 Abs. 3 GG nicht mit der vorkonstitutionellen Rechtslage deckungsgleich ist.⁵⁷ In den 1960er und 1970er Jahren, als über die Reform der Wiederaufnahme debattiert wurde, plädierte eine überwiegende Auffassung für *erweiterte* Anerkennung neuer Beweise als Wiederaufnahmegrund.⁵⁸ So konstatierte *Deml* in seiner von Roxin betreuten, 1979 erschienenen Dissertationsschrift, dass der Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 4 StPO „nach überwiegender Meinung erweitert und auch wegen anderer Tatsachen und Beweismittel zugelassen werden soll“ und plädiert selbst für die Schaffung einer auf schwere Straftaten nach § 74 Abs. 2 GVG begrenzte Wiederaufnahme bei neuen Tatsachen.⁵⁹ Auch in den letzten Jahren hat eine dementsprechende Erweiterung des § 362 StPO eine größere Anzahl von Befürwortern gefunden.⁶⁰

3. Bisherige Rechtsprechung des BVerfG

Auch das BVerfG geht davon aus, dass der Gewährleistungsumfang des Art. 103 Abs. 3 GG nicht mit der vorkonstitutionellen Rechtslage deckungsgleich ist. Beachtlich ist, dass die Entscheidungen des BVerfG Fälle der Doppelbestrafung betreffen, nicht jedoch die Möglichkeit einer erneuten Verfolgung nach Freispruch thematisieren. Die wenigen maßstabsbildenden Aussagen des BVerfG haben daher

⁵⁶ Eine „Petrifizierung“ des Strafprozessrechts daher ablehnend *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 422, 960: Die Tatsache, dass der Verfassungsgesetzgeber nicht beabsichtigt habe, Bestehendes zu verändern, heiße nicht, dass er alles unverändert lassen wollte.

⁵⁷ Siehe nur *Kaspar*, GA 2022, 21, 26 f.; *Nolte/Aust*, in: Voßkuhle/Huber, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 175.

⁵⁸ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 395; v. *Hentig*, Wiederaufnahmerecht, 1930, S. 276; *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 3, 1974, S. 41 f. Vgl. ferner *Dippel*, GA 1972, 97, 120.

⁵⁹ *Deml* (Fn. 36), S. 140 (Zitat), 142 ff.

⁶⁰ So u.a. *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 21.6.2021; *Füllkrug*, Kriminalistik 2020, 405 f.; *Gärditz*, Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“, 20.6.2021; *Hörnle*, GA 2022, 184 ff.; *Hoven*, JZ 2021, 1155 ff.; *Kubiciel*, GA 2021, 381 ff.; *Letzgas*, NSTZ 2020, 717 ff.; *ders.*, FS Geppert, 2011, 785; *Schöch*, FS Maiwald, S. 769, 771 ff.; *Zehetgruber*, JR 2020, 157 ff.

keinen unmittelbar präjudiziellen Charakter für den vorliegenden Fall. Die Entscheidungen verdeutlichen aber, dass dem Gesetzgeber ein nennenswerter Spielraum für die Fortentwicklung des Wiederaufnahmerechts zuungunsten Freigesprochener zukommen muss, wenn selbst nur der „Kern“ des Doppelbestrafungsverbotes verfassungsrechtlich garantiert ist.

a) In einer frühen Entscheidung zum Verbot der Doppelbestrafung trat der 1. Senat der in der Literatur geäußerten Auffassung entgegen, dass unter der Geltung Art. 103 Abs. 3 GG engere Grenzen für die Wiederaufnahme (von Strafbefehl-Verfahren) als bislang gölten. Die Entstehungsgeschichte „bietet keine Anhaltspunkte dafür, daß der Rechtssatz ‘ne bis in idem’ durch die Aufnahme in das Grundgesetz inhaltlich geändert und die durch die Rechtsprechung gezogenen Grenzen anders als bisher bestimmt werden sollten. Vielmehr sollte nur dem überlieferten Rechtssatz wegen seines grundrechtsähnlichen Charakters in dem Grundgesetz Ausdruck verliehen werden (...). Der in Art. 103 Abs. 3 GG niedergelegte Rechtssatz nimmt daher auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozeßrechts und seiner Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug.“⁶¹ Damit hat das BVerfG den „bisherigen Rechtszustand“ gleichsam „legitimiert“, nicht aber zugleich die geltenden Wiederaufnahmeregelungen festgeschrieben und Gesetzesänderungen ausgeschlossen.⁶² Die Entscheidung betrifft einen echten Fall der Doppelbestrafung. Sie hat keine präjudizielle Wirkung und schließt auch im Übrigen eine Fortentwicklung des Wiederaufnahmerechts nicht aus.

b) In einer anderen Entscheidung, der eine „innerdeutsche“ doppelte Bestrafung in der DDR und der Bundesrepublik zugrunde lag, führt der 2. Senat aus, die Vorschrift „garantiert dem schon bestraften oder rechtskräftig freigesprochenen Täter Schutz gegen erneute Verfolgung und Bestrafung wegen derselben Tat (...).“ Das verfassungsrechtliche Verbot der erneuten Strafklage nach rechtskräftigem richterlichen Sachentscheid könne aber nur gelten, wenn ein Gericht der Bundesrepublik Deutschland entschieden habe.⁶³ Der Entscheidung kommt angesichts der besonderen Fallgestaltung und des thematisierten Rechtsproblems keine präjudizielle Wirkung zu und enthält keine für den vorliegenden Fall maßstabbildenden Aussagen.

⁶¹ BVerfGE 3, 248, 252.

⁶² Zutreffend *Deml* (Fn. 36), 50 (mit Fn. 221).

⁶³ BVerfGE 12, 62, 66.

c) Die Entscheidung BVerfGE 45, 434 handelt ebenfalls von einem Sachverhalt, der eine zweite Bestrafung wegen „derselben Tat“ zum Gegenstand hat. Problematisch war hier vor allem das Verhältnis des Art. 103 Abs. 3 GG und seines Tatbegriffs zum konkurrenzrechtlichen Tatbegriff des materiellen Rechts. Die Entscheidung hat damit keinen präjudiziellen Charakter und enthält auch im Übrigen für unseren Fall keine maßstabsbildenden Aussagen.

d) Eine vielzitierte Entscheidung betrifft einen vergleichbaren Fall zur Frage der Tatidentität und ihrer Sperrwirkung für eine weitere Bestrafung. In dieser Entscheidung hat der 2. Senat klargestellt, dass

„das überlieferte Verständnis des Rechtssatzes ‚ne bis in idem‘ (nicht) für jede auftauchende Zweifelsfrage bereits eine verbindliche Auslegung durch die Rechtsprechung bereithielte, und es bedeutet insbesondere nicht, daß für neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozeßrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten, eine verfassungsrechtliche Festlegung getroffen worden wäre. Es kann ferner nicht bedeuten, daß die in offenen Randbereichen des Tatbegriffs schwierigen Abgrenzungsfragen und dogmatischen Zweifelsfälle jeder Weiterentwicklung von Verfassungen wegen schon entzogen wären. Zweifellos sollten Gesetzgebung und (herrschende) Auslegung nicht bis in alle Einzelheiten auf den Stand der Rechtsprechung und Prozeßrechtslehre bei Inkrafttreten des Grundgesetzes festgelegt und jede weitere Veränderung im Verständnis des prozessualen Verfahrensgegenstandes und der Rechtskraftwirkung ausgeschlossen werden.“⁶⁴

Die Ausführungen kumulieren in dem Satz, Art. 103 Abs. 3 GG stünde „Grenzkorrekturen“ (des Rechts, M.K.) nicht entgegen;

„er garantiert nur den Kern dessen, was als Inhalt des Satzes ‚ne bis in idem‘ in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde.“⁶⁵

Die Entscheidung betrifft den Gewährleistungskern des Art. 103 Abs. 3 GG: das Verbot doppelter Bestrafung, nicht den Fall mehrfacher Verfolgung mit dem Ziel einer *erstmaligen* Bestrafung. Insofern kommt auch dieser Entscheidung keine unmittelbare präjudizielle Bedeutung zu. Wenn aber Art. 103 Abs. 3 GG sogar Fortentwicklungen des Rechts nicht entgegensteht, die zu einer mehrfachen *Bestrafung* führen können, müssen für den weniger grundrechtsrelevanten, nur im Wege der erweiternden Auslegung erfassten Fall erneuter Verfolgung nach einem Freispruch weitergehende Einschränkungsmöglichkeiten gelten.

⁶⁴ BVerfGE 56, 22, 34 f.

⁶⁵ BVerfGE 56, 22, 34 f.

4. Rechtsprechung des BGH

Auch die Rechtsprechung der Strafsenate des BGH hat sich vornehmlich mit dem Kern des Art. 103 Abs. 3 GG, dem Doppelbestrafungsverbot, befasst.⁶⁶ Zwar stellte der BGH recht bald klar, dass Art. 103 Abs. 3 GG seines Erachtens auch die erneute Verfolgung verbiete, dies aber im Zusammenhang mit einer historischen Sonderkonstellation.⁶⁷ Zudem zogen die Strafsenate die grundsätzliche Einschränkungbarkeit des tradierten Grundsatzes „ne bis in idem“⁶⁸ sowie des Art. 103 Abs 3 GG⁶⁹ weder in diesen Entscheidungen noch später grundsätzlich in Zweifel.

5. Folgerungen

a) Keine diskretionäre Wiederaufnahme

Kann das Verbot erneuter Verfolgung nach einem Freispruch mithin eingeschränkt werden, bleibt zu klären, in welchen Grenzen dies geschehen kann. Selbstverständlich ist zunächst, dass der Gesetzgeber § 362 StPO „nicht beliebig“⁷⁰ oder „über jedes voraussehbare Maß hinaus“⁷¹ erweitern darf, da jeder beliebige und maßlose Eingriff unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig ist. Solche Formeln schließen es aber nicht aus, den Katalog der Wiederaufnahmegründe um „sonstige, vorher nicht beschaffbare, eindeutige und offensichtliche Beweise der Täterschaft zu erweitern“⁷².

b) Abwägungsfeste Kerngewährleistung

Nicht wenige Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass dem Gesetzgeber bei der Fortentwicklung des Wiederaufnahmerechts „enge Grenzen“ gezogen seien.⁷³ Ansatzpunkt für diese Argumentation ist dabei häufig der bereits erwähnte Satz des BVerfG, Art. 103 Abs. 3 GG stünde „Grenzkorrekturen“ nicht entgegen, er garantiere „nur den Kern dessen, was als Inhalt des Satzes ‚ne bis in idem‘ in der

⁶⁶ BGHSt 3, 13, 16.

⁶⁷ Vgl. BGHSt 5, 323, 331: „Das Verbot, eine mehrmalige Aburteilung derselben Tat durch Gesetz einzuführen, würde aber jeder praktischen Wirksamkeit entkleidet sein, wenn die nochmalige Aburteilung nur als ein Wiederaufnahmeverfahren ausgestaltet zu sein brauchte (...).“

⁶⁸ BGHSt 5, 323, 330.

⁶⁹ BGHSt 3, 13, 16.

⁷⁰ BeckOK-StPO/Singelnstein, 37. Edition, Stand: 01.07.2020, § 362 Rn. 1.

⁷¹ Schmidt, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 8. Aufl. 2019, § 362 Rn. 3.

⁷² So Schmidt, in: Karlsruher Kommentar, StPO, § 362 Rn. 2.

⁷³ Engländer/Zimmermann, in: Münchener Kommentar zur StPO, § 362 Rn. 1; Frister/Müller ZRP 2019, 101, 103.

Rechtsprechung herausgearbeitet wurde“.⁷⁴ Daraus lässt sich zumindest ablesen, dass die Kerngewährleistung des Art. 103 Abs. 3 GG – Verbot von Doppelbestrafung und Wiederaufnahme des Verfahrens mit Ziel einer weiteren Bestrafung – einer Relativierung infolge einer Abwägung mit Interessen von Tatopfern oder der Rechtsgemeinschaft entzogen ist. Darüber hinaus aber lassen sich den Entscheidungen des BVerfG keine weiteren maßstabsbildenden Aussagen über die Grenzen des Wiederaufnahmerechts entnehmen. Insbesondere lässt sich weder aus der Verfassung noch der Rspr. des BVerfG unmittelbar ableiten, dass zum Kern des von Art. 103 Abs. 3 GG verbotenen staatlichen Handelns die Wiederaufnahme aufgrund von *propter nova* gehört.

c) Abwägungsnotwendigkeit

Jeder weitere Versuch, abstrakt den Mindestgewährleistungsinhalt des Art. 103 Abs. 3 GG in Bezug auf die Wiederaufnahme zuungunsten Freigesprochener zu bestimmen, entfernt sich damit vom verfassungsdogmatisch gesicherten Inhalt des Art. 103 Abs. 3 GG. Solche Versuche müssen daher hypothetisch bleiben. Für die Frage, ob eine Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeit mit der Gewährleistung des Art. 103 Abs. 3 GG konfligiert, ist die konkrete Ausgestaltung der Erweiterung entscheidend. Da Art. 103 Abs. 3 GG lediglich einen *relativen* Schutz der individuellen Rechtssicherheit gewährleistet, lassen sich die Grenzen des Art. 103 Abs. 3 GG nicht abstrakt, sondern nur in Relation zu konkreten Anforderungen für eine Wiederaufnahme bestimmen. Hierbei sind zwei Unterscheidungen relevant:

- Zunächst ist eine quasi voraussetzungslose Ermöglichung der Wiederaufnahme auf Grundlage einer Neubewertung bekannter Beweise von dem Fall zu unterscheiden, dass bislang unbekannte Beweise den Verdacht gegen den Freigesprochenen auf eine neue, bislang nicht gerichtlich gewürdigte Grundlage stellen und erhärten. Im erstgenannten Fall wird die Rechtskraft bzw. der individuelle Rechtsfrieden zur freien Disposition der Ermittlungsbehörden gestellt und damit so stark relativiert, dass von einer Kernverletzung gesprochen werden kann. Im zweiten Fall reagieren die Ermittlungsbehörden hingegen auf eine erheblich veränderte Tatsachenlage.
- Ob die Rechtssicherheit in einem den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG berührenden Ausmaß zurücktritt, hängt ferner davon ab, ob *jede* neue Tatsache die Wiederaufnahme ermöglicht oder nur eine solche, die einen qualifizierten Verdacht begründet. Hierbei muss gelten, dass sich eine Regelung umso weiter vom Gewährleistungskern des Art. 103 Abs. 3 GG entfernt, je höher die

⁷⁴ BVerfGE 56, 22, 34 f.

Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme sind, da mit den Anforderungen an eine Wiederaufnahme zugleich die individuelle Rechtssicherheit steigt. Insofern ist zu beachten, dass die Grenzschwelle deutlich unter der absoluten Rechtssicherheit liegt, die das Recht – siehe §§ 373a, 362 StPO – eben nicht gewährt.

All dies zeigt, dass die Frage, wann eine Neuregelung der Wiederaufnahme mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar ist, nur im Wege einer Abwägung bzw. im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beantworten ist.

III. Verhältnismäßigkeitsprüfung

1. Sondermaßstäbe?

a) „Nur Grenzkorrekturen“?

Teile der Literatur vertreten unter Berufung auf die Entscheidung BVerfGE 56, 22 die Auffassung, dass dem Gesetzgeber *nur* Grenzkorrekturen des geltenden Rechts möglich seien.⁷⁵ Diese Deutung entspricht jedoch weder dem Wortlaut der Entscheidung, wonach Art. 103 Abs. 3 GG nur *den Kern* des Doppelverfolgungsverbots garantiert, noch dem Sinn der Passage: Da Änderungen an den Rändern nie den inneren Kern berühren, besteht zwischen einer erlaubten Grenzkorrektur und einem verbotenen Zugriff auf den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG ein zusätzlicher Spielraum für eine Änderung des § 362 StPO. Dieser Spielraum lässt sich auch nicht durch das Postulat verengen, der Gesetzgeber dürfe nur eine „sinnhafte Fortentwicklung der vorkonstitutionellen Rechtslage“ vornehmen,⁷⁶ die den „traditionellen Beschränkungen“ des Art. 103 Abs. 3 GG in § 362 StPO nicht zuwiderläuft.⁷⁷ Solche Maßstäbe lassen sich verfassungsrechtlich nicht begründen, weil sie auf die oben entkräftete Position hinauslaufen, der zufolge Art. 103 Abs. 3 GG den geltenden Katalog von Wiederaufnahmegründen zementieren soll.⁷⁸

⁷⁵ Siehe aber *Pabst*, ZIS 2010, 121, 128; *Sabel*, FS Graf-Schlicker, 2018, S. 561, 571. In diesem Sinne auch *Marxen/Thiele*, ZIS 2008, 188, 191 f.

⁷⁶ *Nolte/Aust*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 187.

⁷⁷ SK-StPO/*Frister*, 4. Aufl. 2014, § 362 Rn. 3.

⁷⁸ Deutlich wird dies auch an der Erwägung, die § 362 Nr. 1 bis 4 StPO definierten „den Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG negativ“, daher sei die Fortschreibung durch § 362 Nr. 5 StPO eine Kernverletzung, so *Kaspar*, GA 2022, 21, 29 f.

Kurzum: Der Behauptung, dass die Anerkennung neuer Tatsachen oder Beweismittel als Wiederaufnahmegrund deswegen unzulässig sei, weil damit das bestehende System akzeptierter Wiederaufnahmegründe verändert werde,⁷⁹ fehlt die verfassungsrechtliche Grundlage.

b) Unerträglichkeitsmaßstab?

Einen größeren Maßstab führen jene in die Diskussion ein, die eine Wiederaufnahme zuungunsten Freigesprochener zulassen wollen, weil und soweit der Fortbestand der Rechtskraft und der Verzicht auf ein neues Verfahren zu einer „unerträglichen Beeinträchtigung der Gerechtigkeit“ führe.⁸⁰ Damit wird anerkannt, dass die Rechtskraft nicht absolut gilt, sondern dass der „Gedanke der Güterabwägung (...) auch im prozessualen Strafrecht seine Heimstatt finden“ muss, wenn die Aufrechterhaltung einer Entscheidung der Gerechtigkeit widerspricht.⁸¹ Allerdings ist das Unerträglichkeitskriterium unbestimmt und wird im bislang geltenden § 362 StPO in sehr verschiedenartiger Weise konkretisiert, weil die in den Nrn. 1 bis 4 enthaltenen Wiederaufnahmegründe aus unterschiedlichen prozessrechtlichen Epochen stammen und auf verschiedenartigen dogmatischen Annahmen ruhen.⁸² Wenn aber die Vorschrift „ihrer Herkunft und Funktionsbestimmung nach grundverschiedene“ Wiederaufnahmegründe in heterogener Weise zusammenführt,⁸³ können diese nur deshalb unter dem *umbrella term* „unerträglich“ zusammengefasst werden, weil sich dieser durch eine erhebliche Offenheit auszeichnet.

Das Unerträglichkeitskriterium bestätigt also, dass die Rechtskraft im Wege der Abwägung mit der materiellen Gerechtigkeit eingeschränkt werden kann. Eine Einschränkung soll möglich sein, wenn der Fortbestand der Rechtskraft bei der Rechtsgemeinschaft ein erhebliches Störgefühl auszulösen vermag. Dem ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – insbesondere bei der Prüfung des Zieles und der Angemessenheit – Rechnung zu tragen, schafft aber keinen Sondermaßstab.

⁷⁹ Pabst, ZIS 2010, 121, 128; Frister/Müller, ZRP 2019, 101, 103.

⁸⁰ So Dürig, in: Maunz/Dürig, Bd. 6, 27. Lieferung, Stand: November 1988, Art. 103 Rn. 132. Dem folgend Brünig, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 103 Rn. 116; Nolte/Aust, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 103 Rn. 222; Schmahl, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG Art. 103 Rn. 88.

⁸¹ Lampe, GA 1969, 33, 38 f.

⁸² Vgl. Bohn (Fn. 8), S. 53 ff.

⁸³ Deml (Fn. 36), S. 9.

2. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

Wie die Verfassungsgüter Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit in Bezug auf eine konkrete Frage auszubalancieren sind, hat der Gesetzgeber zu bestimmen. Ihm obliegt auch die Entscheidung darüber, ob Ausnahmen vom Verbot der Mehrfachverfolgung zu machen sind, wenn „ein Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils zu – gemessen an der materiellen Rechtskraft – schlechterdings unerträglichen Ergebnissen führen würde.“⁸⁴ Der Gesetzgeber kann sich bei seiner Entscheidung darin unterstützt sehen, dass eine große Mehrheit der Bevölkerung der Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeit im Fall eines Mordverdachts positiv gegenübersteht und diese von Angehörigen immer wieder eingefordert wird.⁸⁵ Er sollte in seine rechtspolitische Erwägung einfließen lassen, dass die Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeit nicht zwangsläufig zu erneuerten Strafverfahren und damit zu mehr materialer Gerechtigkeit führen wird: Selbst wenn abgeschlossene Strafverfahren nach vielen Jahren wieder aufgenommen werden können, kann im konkreten Fall die Erneuerung des Hauptverfahrens wegen der schon erfolgten Vernichtung von Asservaten oder einem Ausfall aussagefähiger Zeugen ausgeschlossen sein. Und selbst dort, wo die Hauptverhandlung durchgeführt wird, kann am Ende ein weiterer Freispruch stehen, wenn die noch vorhandene Beweislage eine Verurteilung ausschließen oder sich aus anderen Gründen die Unschuld des Angeklagten erweisen sollte.⁸⁶ Ferner sollte berücksichtigt werden, dass die Schaffung einer neuen Wiederaufnahmeregelerung für eine eng begrenzte Gruppe von Straftaten (Mord, Völkermord) eine rechtspolitische Dynamik auslösen kann, die zu Forderungen nach Erstreckung dieser Wiederaufnahmeregelerung auf andere Straftaten führen kann.⁸⁷

Indes obliegt es zuvorderst dem Gesetzgeber darüber zu entscheiden, wie er diese Argumente gewichtet. Seine demokratisch legitimierte Entscheidung ist zu respektieren, solange er sich in den Grenzen der Verfassung bewegt. Bei dieser Prüfung, ob die Grenzen der Verfassung beachtet worden sind, hat das BVerfG das Eigenrecht des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu respektieren, so dass Zurückhaltung bei der verfassungsrechtlichen Maßstababbildung geboten ist.⁸⁸

⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 16/7957, S. 1.

⁸⁵ Nach einer repräsentativen Umfrage sollen sich 91% der Bevölkerung für eine entsprechende Erweiterung aussprechen, s. dazu *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (dort Fn. 5).

⁸⁶ Vgl. *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545, 556: Bei einem größeren zeitlichen Abstand sei in der Regel keine bessere Sachverhaltsaufklärung mehr möglich.

⁸⁷ Vgl. *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101, 103; *Pabst* ZIS 2010, 126, 131 f.

⁸⁸ *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 159, 262.

3. Keine Entscheidung teilrechtsdogmatischer Meinungsstreitigkeiten

Insbesondere dürfen keine verfassungsrechtlichen Maßstäbe gebildet werden, indem umstrittene strafprozessrechtsdogmatische Fragen verfassungsgerichtlich entschieden werden, d.h. *eine mögliche* Antwort auf teilrechtsspezifische Fachfragen als verfassungsrechtliches Kriterium bei der Bewertung des § 362 Nr. 5 StPO verwendet wird.

Wenn das OLG Celle ausführlich und differenziert darlegt, weshalb § 362 Nr. 5 StPO keinen strukturellen Bruch mit geltenden strafverfahrensrechtlichen Regeln und Prinzipien darstellt, sondern sich mit Vorschriften in der StPO oder dem OWiG vergleichen lässt, die ebenfalls eine Wiederaufnahme von Verfahren zulasten des Einzelnen aufgrund neuer Beweise ermöglichen, kann das BVerfG dieser *fachgerichtlichen* Analyse strafverfahrensrechtlicher Strukturen keine *eigene* strafverfahrensrechtliche Deutung entgegenhalten und für verbindlich erklären. Dies gilt bspw. für die Feststellung, dass Vorschriften wie § 373a StPO, § 85 Abs. 3 OWiG und § 362 Nr. 5 StPO bei allen strukturellen Unterschieden „wesentlich gemein“ sei, dass nach dem Abschluss der jeweiligen Verfahren „eine grundsätzlich identische Rechtskraft eintritt (vgl. § 410 Abs. 3 StPO)“.⁸⁹ Dem wird zwar die Unterschiedlichkeit der Verfahren entgegengehalten, die der Entscheidung vorausgehen;⁹⁰ dies ändert aber nichts daran, dass in *allen* Fällen *dieselbe* (den Einzelnen begünstigende) Rechtskraft aufgehoben und eine reformatio in peius ermöglicht wird.⁹¹

Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist ferner die strafprozessrechtsdogmatische Feststellung, dass § 362 Nr. 5 StPO nicht die Binnensystematik der Vorschrift aufbreche, da der neue Wiederaufnahmegrund durchaus mit einem (gerichtlichen oder außergerichtlichen, technischen oder untechnischen) Geständnis vergleichbar sei, das wegen seines großen Beweiswertes traditionell einen dringenden Grund für die Täterschaft eines zuvor Freigesprochenen bilde.⁹² Dem wird zwar entgegengehalten,

⁸⁹ OLG Celle, StV 2022, 492, 494.

⁹⁰ Leitmeier, StV 2021, 341, 344; Ruhs, ZRP 2021, 81, 91.

⁹¹ Kubiciel, GA 2021, 380, 381; Zehetgruber, JR 2020, 157, 164 f.

⁹² OLG Celle, StV 2022, 492, 495 f.; ebenso Deml (Fn. 36), S. 142 f.; Hoven, JZ 2021, 1155, 1160; Kubiciel, GA 2021, 380, 392; Schöch, FS Maiwald, S. 769, 780; Zehetgruber, JR 2020, 157, 161 f.

entscheidend für die Anerkennung des Geständnisses als Wiederaufnahmegrund sei dessen Freiwilligkeit;⁹³ dies deckt sich indes weder mit der Quellen- noch der Rechtslage, da nicht jede freiwillige Verschlechterung der Beweislage die Wiederaufnahme erlaubt, sondern nur die geständnisgleiche Selbstbezeichnung. All diese Fragen sind fachwissenschaftlich umstritten, die Antworten des OLG Celle sind aber dogmatisch gut begründet, vertretbar und keinesfalls willkürlich. Infolgedessen kann das BVerfG dieser fachgerichtlichen Analyse der Strafprozessordnung keine eigenständige als verfassungsrechtlich zwingend entgegenhalten. Gerade weil man „über die Systemfremdheit von § 362 Nr. 5 StPO (...) streiten lässt,⁹⁴ kann das BVerfG diese teilrechtsspezifischen dogmatischen Fragen nicht entscheiden.

4. Legitimes Ziel

a) Herstellung materieller Gerechtigkeit bei erneuertem Interesse an Strafverfolgung

Als legitimes Gemeinwohlinteresse für die Erweiterung des § 362 StPO verweist der Gesetzgeber auf die „Herstellung der materiellen Gerechtigkeit“ als Ziel des Strafverfahrens. Dabei handelt es sich um einen traditionsreichen Begriff, mit dem gemeinhin die Regelungen zur Wiederaufnahme gerechtfertigt werden⁹⁵ und der auch in der Judikatur des BVerfG zum Strafverfahrensrecht geläufig ist. So enthält das Rechtsstaatsprinzip nach ständiger Rspr. des BVerfG „als wesentlichen Bestandteil“ auch die Idee der Gerechtigkeit.⁹⁶ Die Idee der Gerechtigkeit erfordere die Berücksichtigung der Notwendigkeiten einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden könne.⁹⁷ Sowohl die Verwirklichung des Rechtsstaates als auch die materielle Gerechtigkeit setzten daher „ausreichende Vorkehrungen“ dafür voraus, dass „Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden“ können. Infolgedessen verletze eine Veränderung der „verfahrensrechtlichen Position“ des Beschuldigten nicht automatisch dessen Rechte.⁹⁸

⁹³ Zuletzt *Kaspar*, GA 2022, 21, 30; *Slognsat*, ZStW 133 (2021), 743, 767.

⁹⁴ So auch *Kaspar*, JZ 2022, 1003, 1004.

⁹⁵ Dazu u.a. *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545, 547 vgl. auch BVerfGE 133, 168, 198.

⁹⁶ Ständige Rspr., siehe nur BVerfGE 7, 89, 92; 74, 129, 152.

⁹⁷ BVerfGE 122, 248, 272.

⁹⁸ So BVerfG, NJW 2015, 1083, 1084. – Zum funktionalen und freiheitstheoretischen Zusammenhang zwischen Freiheit, Rechtsstaat, der Notwendigkeit der Rechtsdurchsetzung und korrespondierenden strafprozessualen Duldungspflichten grundlegend *Pawlik*, GA 1998, 378 ff.

Die vom Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich gebotene Herstellung materieller Gerechtigkeit setzt zu allererst die Klärung der Frage voraus, ob bzw. inwieweit der Staat einen Strafanspruch gegen einen Beschuldigten hat und in welchem Maße dieser ggfs. durchgesetzt werden soll. Legitim ist diese Klärung deshalb, weil das Strafrecht die personale Freiheit (auch) dadurch ermöglicht, dass es Verhaltensnormen, die für diese Gesellschaft besonders wichtig sind, garantiert und ihre Geltung erforderlichenfalls mit Strafwang faktisch und symbolisch bestätigt.⁹⁹ Diese norm- und freiheitsstabilisierende Leistung kann das Strafrecht nur erbringen, wenn rechtliche Regelungen *und* institutionelle Strukturen dafür Sorge tragen, dass einem Tatverdacht in einem ausreichenden Maße nachgegangen und auf einen zurechenbaren Normverstoß in einer adäquaten Weise reagiert wird. Darin liegt die freiheitliche Seite der vom BVerfG als Verfassungsziel anerkannten Effektivität der Strafverfolgung.¹⁰⁰

Das „Interesse der Allgemeinheit, und insbesondere der Opfer, an einer wirksamen Strafverfolgung“¹⁰¹ endet nicht per se mit Eintritt der Rechtskraft. Vielmehr wird das Interesse der Allgemeinheit (und das der Angehörigen) für erledigt *erklärt*: Der Rechtsfriede *soll* qua Rechtskrafterklärung eintreten, weil das Verfahren in einer Weise durchgeführt worden ist, die dem Urteil individuelle Akzeptanz und gesellschaftliche Anschlussfähigkeit ermöglicht. Indes hängt die Überzeugungsfähigkeit der Erklärung von Rechtskraft, so wie jede normative Setzung, von äußeren Bedingungen ab, die sich ändern können: Ein Urteil kann auf einer unechten Urkunde beruhen, eine geständnisgleiche Einlassung des Freigesprochenen dessen Täterschaft bezeugen. § 362 StPO enthält daher auflösende Bedingungen der Rechtskraft, weil die dort normierten Umstände geeignet sind, einem Freispruch die Möglichkeit der Akzeptabilität durch die Rechtsgemeinschaft zu nehmen. Sind die gesetzlichen Bedingungen erfüllt, kann die Hauptverhandlung wiederholt werden, um die (neue) Erklärung von Rechtskraft und Rechtsfrieden auf ein tragfähiges Fundament zu stellen. Auch neue Tatsachen oder Beweismittel von besonders hoher Aussagekraft können den Freispruch entkräften und damit den Rechtsfrieden destabilisieren. In einem solchen Fall lebt das Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen Strafverfolgung wieder auf. Wenn der Gesetzgeber diesem Effekt mit einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe entgegenwirken will, verfolgt er mithin ein legitimes Ziel.

⁹⁹ Näher dazu (mit Abweichungen in Einzelfragen) *Jakobs*, FS Amelung, 2007, S. 44 ff.; *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 164 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 90 ff.

¹⁰⁰ Zuletzt BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Januar 2020, 2 BvR 859/1, Rn. 18 ff.

¹⁰¹ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 26. November 2003, BvR 1247/01, Rn. 54.

b) Straftaten mit exceptionellem Unrechtsgehalt

Es kommt hinzu, dass § 362 Nr. 5 StPO das Interesse an einer effektiven Strafverfolgung sowie das Ziel einer Ermöglichung eines stabilen Rechtsfriedens auf Taten mit exceptionellem Unrechtsgehalt beschränkt. Die Wiederaufnahme ist nur möglich, wenn neue Tatsachen oder Beweise dringende Gründe dafür bieten, dass der Verurteilte wegen Mordes sowie Völkermordes (§ 6 Abs. 1 VStGB), eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1, 2 VStGB) oder eines Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB) verurteilt werden wird.

Dieser begrenzte Anwendungsbereich trägt sowohl entsprechenden Forderungen der Literatur Rechnung, die eine Wiederaufnahme aufgrund von propter nova auf Fälle schwersten Unrechts beschränken wollen,¹⁰² als auch dem oben erwähnten Unerträglichkeitskriterium. § 211 StGB sanktioniert besonders gefährliche und verwerfliche Angriffe auf den grundgesetzlichen „Höchstwert Leben“¹⁰³; das VStGB enthält „schwerste Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganze berühren.“¹⁰⁴ Damit hat der Gesetzgeber seinen Ermessensspielraum angemessenen ausgefüllt,¹⁰⁵ zumal das Recht die besondere Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit solcher Taten auch durch eine Nichtverjährbarkeit zum Ausdruck bringt. Auch mit der Regelung zur Unverjährbarkeit ermöglicht das Strafrecht eine effektive Strafverfolgung solcher Taten.

c) Gegenwärtige und künftige Anwendungsfälle

Die Neuregelung hat eine Bedeutung, die über den vorliegenden Fall hinausreicht. Zum einen berichten Literatur und Medien über mindestens einen weiteren, ähnlich gelagerten Fall, in dem eine DNA-Spur auf die Täterschaft eines zunächst Freigesprochenen hingewiesen hat.¹⁰⁶ Zum anderen dürfte die sprunghafte Entwicklung der technischen und digitalen Forensik dazu führen, dass bereits vorhandene analoge und digitale Bild-, Ton- und Datenquellen tiefergehend ausgewertet werden können und infolgedessen zu neuen Erkenntnissen über Tathergänge in bereits abgeschlossenen Verfahren führen. Zum dritten ist die Aufmerksamkeit auf die gegenwärtigen und künftigen Verfahren wegen Verbrechen nach dem VStGB in Syrien, der Ukraine und anderen Orten zu richten. Hier könnte ein politischer Wandel

¹⁰² Deml (Fn. 36), S. 144; vgl. auch Bohn (Fn. 8), S. 228.

¹⁰³ Zuletzt BVerfG, NJW 2014, 2176, 2176.

¹⁰⁴ MüKO-StGB/Wehrle, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, Einleitung VStGB Rn. 2.

¹⁰⁵ Hoven, JZ 2021, 1155, 1161.

¹⁰⁶ Bohn (Fn. 8), S. 18 f.; Dahlkamp, „Der letzte Versuch“, in: Der Spiegel 47/2008, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/der-letzte-versuch-a-a9eda33c-0002-0001-0000-000062127258>.

in Syrien und Russland Zugang zu Quellen ermöglichen, die zu einer Neubewertung auch bereits (durch Freispruch) abgeschlossener Verfahren führen. Angesichts dessen sollte bei Straftaten dieser Art eine Wiederaufnahme auch zuungunsten Freigesprochener möglich sein, zumal die völkerstrafrechtliche Entwicklung seit Beginn ihrer modernen Entwicklung zeigt, dass das Ahndungsinteresse der Weltgemeinschaft das Recht der Einzelnen an Fortgeltung einer für sie günstigen nationalen Rechtslage verdrängt.¹⁰⁷

d) Zwischenfazit

Mit § 362 Nr. 5 StPO trägt der Gesetzgeber dafür Sorge, dass die Geltung zentraler Normen zur *Sanktionierung* von exzeptionellem Unrecht¹⁰⁸ sowie die Befriedungsfunktion des Strafrechts nicht dadurch Schaden nehmen, dass einem dringenden Verdacht nicht nachgegangen werden kann.¹⁰⁹ Die Ermöglichung der Wiederaufnahme des Verfahrens dient damit dem Interesse an einer effektiven Verfolgung von Taten mit exzeptionellem Unrechtsgehalt: Straftaten zum Nachteil höchstrangiger subjektiver Rechte bzw. von „Fundamentalinteressen der Völkergemeinschaft“¹¹⁰.

2. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die Erleichterung der Wiederaufnahme des Verfahrens bei unverjährbaren Straftaten ist zur Erreichung dieser Ziele geeignet und erforderlich.¹¹¹ An der Eignung zur Effektivierung der Strafverfolgung bestünde selbst dann kein Zweifel, wenn die Wiederaufnahmemöglichkeit nicht in jedem Fall zu einer Erneuerung der Hauptverhandlung und einer Verurteilung führen sollte. Denn für die Eignung reicht es bereits aus, dass das Mittel der Zielerreichung förderlich ist.¹¹² Dass von der Wiederaufnahmemöglichkeit in einigen Fällen aus tatsächlichen oder anderen rechtlichen Gründen kein Gebrauch gemacht werden kann, spricht folglich nicht gegen die Eignung der abstrakt-generellen Regelung.¹¹³

¹⁰⁷ Zum Einwand „nulla poena sine lege“ in den sog. Nürnberger Prozessen *Kubiciel*, in: Cordes u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Teilband 4, 2. Aufl., 2017, Sp. 6-7.

¹⁰⁸ Also die Sanktionsnorm (= die Strafrechtspflege), nicht aber die an den Einzelnen gerichtete Verhaltensnorm, etwa das Tötungsverbot des § 211 StGB.

¹⁰⁹ Vgl. SSW-Kaspar, § 362 Rn. 14.

¹¹⁰ Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, § 93.

¹¹¹ So auch Kaspar, GA 2022, 21, 32.

¹¹² BVerfGE 90, 145, 172 f.

¹¹³ Vgl. BVerfGE 90, 145, 182: Abzustellen sei auf die generelle Wirkung der Vorschrift.

Des Weiteren ist zu fragen, ob die Erleichterung der Wiederaufnahme im verfassungsrechtlichen Sinne erforderlich ist. Wie bei der Eignung, so kommt auch auf dieser Ebene dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, den das BVerfG nur in begrenztem Umfang überprüfen kann.¹¹⁴ Verfassungswidrig ist ein Eingriff nur dann, wenn die „sachliche Gleichwertigkeit“ einer weniger eingriffsintensiven Maßnahme „in jeder Hinsicht“ feststeht.¹¹⁵ Ein weniger eingriffsintensives Mittel, das in sachlich gleichwertiger Weise die Ziele des Gesetzgebers erreicht, ist nicht erkennbar. Auf ein nicht gleichwertiges Mittel oder gar den gänzlichen Verzicht auf sein Vorhaben kann der Gesetzgeber nur verwiesen werden, wenn die erforderliche Maßnahme unangemessen und damit unverhältnismäßig wäre.

3. Angemessenheit

Bei der Erörterung der Angemessenheit ist die Schwere des Grundrechtseingriffs mit dem Nutzen des verfolgten Zweckes abzuwägen. Die Angemessenheit ist dann gewahrt, wenn der Grundrechtseingriff nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.¹¹⁶

a) Zulässiges Ziel von erheblichem Gewicht

Mit § 362 Nr. 5 StPO verfolgt der Gesetzgeber ein zulässiges Ziel von erheblichem Gewicht.¹¹⁷ Die Geltung zentraler Normen zur Sanktionierung exzeptionellen Unrechts sowie die Befriedungsfunktion des Strafrechts soll nicht dadurch Schaden nehmen, dass einem dringenden Verdacht nicht nachgegangen werden kann. Dies ist auch deshalb wichtig, weil Sanktionsnormen, mit denen auf die Verletzung essentieller Verhaltensnormen zum Schutz höchster Rechtsgüter reagiert wird, von besonderer Bedeutung sind.¹¹⁸ Zu den Interessen der Rechtsgemeinschaft an der Verfolgung solcher exzeptioneller Taten treten die Interessen der Angehörigen von Opfern¹¹⁹ hinzu.

¹¹⁴ Statt vieler BVerfGE 90, 145 f. (Leitsatz 2a), vgl. ferner BVerfGE 117, 163, 189.

¹¹⁵ BVerfGE 126, 331, 362.

¹¹⁶ BVerfGE 50, 217, 227; 80, 103, 107; 99, 202, 212 f.

¹¹⁷ Kaspar, GA 2022, 21, 33, meint hingegen, das Interesse an der Strafverfolgung „hat hier also insgesamt kein großes Gewicht“, da die „Normbefolgungsbereitschaft“ der Gesellschaft nicht beeinträchtigt werde, wenn einem dringenden Tatverdacht des Mordes oder eines völkerstrafrechtlichen Verbrechens nicht nachgegangen werde. Indes zeigen Umfragen, dass die übergroße Mehrheit der Bevölkerung eine Wiederaufnahme in solchen Fällen befürwortet. Dies spricht zumindest dafür, dass die Nichtverfolgung ein erhebliches Störgefühl in weiten Kreisen der Bevölkerung hinterlässt und also das Vertrauen in die staatliche Strafverfolgung unterminiert wird – gerade bei Taten von dieser exzeptionellen Schwere. Dass die Geltung der kulturell tief verankerten Verhaltensnorm etwa des § 211 StGB – Du sollst nicht töten! – durch einen Verzicht auf die Wiederaufnahme nicht erodiert, ist unstreitig, zumal sie auch bei einem Verzicht auf erstmalige Verfolgung nicht leidet. Darum geht es hier aber auch nicht: Es geht um die Sanktionsnorm, d.h. die staatliche Strafrechtspflege.

¹¹⁸ Zutreffend Hörnle, GA 2022, 184, 190.

¹¹⁹ Dazu Hörnle, GA 2022, 184, 183 ff.

b) Angemessene Berücksichtigung von Individualinteressen

Auf der Seite desjenigen, dem die Wiederaufnahme die individuelle Rechtssicherheit nimmt, ist zu berücksichtigen, dass das Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich „einen Abschluss“ eines Verfahrens verlangt, „dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist“¹²⁰. Nach einer verbreiteten Metaphorik soll der Freigesprochene nicht dauerhaft unter dem „Damoklesschwert einer eigentlich nur suspendierten Anklage“ leben müssen.¹²¹ Unverhältnismäßig wären daher Regelungen, die ohne weiteres eine Wiederaufnahme ermöglichen, selbst wenn diese nur für schwerste Delikte gälten.¹²² Folglich ist eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen auch bei schwersten Straftaten nur möglich, wenn sie von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die die grundrechtliche Position des Betroffenen stärken, d.h. seine Rechtssicherheit erhöhen und eine diskretionäre Entscheidung der Strafverfolgungsbehörden über die Beantragung einer Wiederaufnahme ausschließen. Damit sieht § 362 Nr. 5 StPO strengere Voraussetzungen vor als beispielsweise das Recht Österreichs und das 7. Protokoll zur EMRK.

Dem trägt § 362 Nr. 5 StPO dadurch Rechnung, dass nur neue Tatsachen und Beweismittel von besonderer Beweisqualität eine Wiederaufnahme ermöglichen, die allein oder in Verbindung mit anderen Beweismitteln allein „dringende Gründe“ dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen der genannten exzeptionellen Delikte verurteilt werden wird. Diese Voraussetzung verstärkt zum einen den Schutz des Freigesprochenen gegen die Durchführung einer weiteren Hauptverhandlung. Zum anderen ist sie strukturell mit verfassungsrechtlich unbedenklichen Regelungen des geltenden Rechts vergleichbar, die teils sogar geringere Anforderungen enthalten. So stellt auch § 373a Abs. 1 StPO auf neue Tatsachen und Beweise ab, ermöglicht aber die Wiederaufnahme unter deutlich geringeren Voraussetzungen (bloße Eignung der Beweise, keine dringenden Gründe), obwohl aus Sicht des Grundrechtsträgers ein ähnlicher Eingriff vorliegt wie bei einer Wiederaufnahme nach einem Freispruch: Hier wie dort wird das Vertrauen des Einzelnen in einen rechtskräftigen Verfahrensabschluss (vgl. § 410 Abs. 3 StPO) gebrochen, um ihn ein zweites Mal mit einem (bereits erloschenen) Strafanspruch des Staates zu

¹²⁰ BVerfGE 2, 380, 403.

¹²¹ Berner GA 3 (1855), 472, 475; vgl. auch Grünewald, ZStW 120 (2008), 545, 564; Künast, Editorial StV 11/2015; Pabst, ZIS 2010, 121, 127. Vgl. auch KMR-Eschelbach, Vor § 359 Rn. 3: „Ein Rechtsweg ‚ad infinitum‘ wäre seinerseits rechtsstaatswidrig.“

¹²² Vgl. Hörnle, GA 2022, 184, 192.

konfrontieren. Unterschiede zwischen Strafbefehlsverfahren und Strafverfahren i.e.S. ändern nichts daran, dass die verfassungsrechtliche Konfliktlage – gerade aus der hier maßgeblichen individualgrundrechtlichen Sicht – vergleichbar ist. Zudem knüpft sich § 362 Nr. 5 StPO an den Grundgedanken des in § 362 Nr. 4 StPO an. Dass das sog. „Geständnis“, also die Selbstbezichtigung gegenüber Behörden oder Privaten, zur Erneuerung der Hauptverhandlung führen kann, liegt nämlich nicht an der Freiwilligkeit seiner Äußerung, sondern dass der Selbstbezichtigung traditionell ein besonders großer Beweiswert zugesprochen wird.¹²³ Nur weil der Selbstbezichtigung eine erhebliche Indizwirkung zukommt, kann es die staatliche Strafrechtspflege „düpiert“. ¹²⁴ Wenn der Gesetzgeber mithin die Wiederaufnahmemöglichkeit um propter nova von besonderer Beweiskraft ergänzen sollte, knüpfte er also nicht allein an die Struktur des § 373a StPO an, sondern auch an der Struktur des § 362 StPO.

c) Dammbbruch-Argument verfassungsrechtlich unbeachtlich

Verfassungsrechtliche Zweifel an der Angemessenheit des § 362 Nr. 5 StPO lassen sich auch nicht mit dem rechtspolitischen Argument begründen, die Neuregelung könnte den Grundstein für weitere – dann ggfs. unverhältnismäßige – Durchbrechungen der Rechtskraft durch künftige Gesetzesnovellierungen legen. Damit wird ein Dammbbruch-Argument aufgerufen, dessen rhetorische Kraft sich allein dem Umstand verdankt, dass nur die Möglichkeit eines schädlichen Verlaufes beschrieben wird, dessen Eintritt von niemandem sicher ausgeschlossen werden kann, obwohl dieser ebenso wenig als wahrscheinlich vorausgesagt werden kann. Dass ein non-liquet bzw. Nicht-Wissen um nur mögliche künftige Verläufe argumentativ zur Begrenzung gegenwärtiger Handlungsmöglichkeiten verwendet wird, gilt in der Diskursethik als unzulässig.¹²⁵ Diskursethisch zulässig kann ein Dammbbruch-Argument allenfalls sein, wenn mit Gründen belegt werden kann, dass die behauptete Gefahr tatsächlich eintreten wird. Solche Gründe kann es mit Bezug auf die künftige Tätigkeit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers schon deshalb nicht geben, weil die Abgeordneten des Deutschen Bundestages frei und nur ihrem Gewissen unterworfen über jedes Gesetz gesondert entscheiden, was keinen Raum für Spekulationen über

¹²³ Schöch, FS Maiwald, S. 769, 779 f. – Dazu passt auch die Begründung des historischen Gesetzgebers. Dieser war von der Sorge getragen, dass das „Rechtsbewusstsein im Volke“ Schaden nehme, wenn sich ein Freigesprochener der Tat berühme (siehe SK/Frister, § 362 Rn. 1 m.w.N.). Schaden nimmt das Rechtsbewusstsein aber nur deshalb, weil das Geständnis einen besonders hohen Beweiswert hat und *deswegen* der Freispruch als diskreditiert und die Tat als weiterhin verfolgungsbedürftig erscheint.

¹²⁴ Auf diese Düpierung abstellend, aber dennoch auf die Freiwilligkeit als Distinguierungsmerkmal abstellend Kaspar, GA 2022, 21, 30.

¹²⁵ Dazu Sinnott-Armstrong/Fogelin, Understanding Arguments: An Introduction to Informal Logic, 8. Aufl. 2009, S. 329.

künftige, angeblich bereits determinierte Entscheidung lässt. Ungeachtet dessen kann die verfassungsrechtliche Bewertung eines Gesetzes auch deshalb nicht von der Bewertung eines – nur möglichen – neuen Gesetzes abhängen, weil nicht abzusehen ist, wie dieses aussehen könnte. Verfassungsrechtlicher Bewertung zugänglich ist nur das streitgegenständliche Gesetz mit seinen Rechtsfolgen, nicht hingegen ein hypothetisches Gesetz mit dessen möglichen Folgen. Letzteres muss einer eigenen verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten. Flösse hingegen eine mögliche Gesetzgebung in der Zukunft in die verfassungsrechtliche Bewertung eines realen Gesetzgebungsvorhabens oder eines bereits existierenden Gesetzes ein, müsste dies zu einer Selbstlähmung des Parlaments aus Furcht vor seiner Tätigkeit in künftigen Legislaturperioden bzw. zu einer verfassungsgerichtlichen Einschränkung des demokratisch legitimierten aufgrund bloßer Hypothesen führen.

4. Ergebnis

§ 362 Nr. 5 StPO greift in verhältnismäßiger Weise in das vom Prozessgrundrecht des Art. 103 Abs. 3 GG nur eingeschränkt gewährleistete Verbot mehrmaliger Verfolgung ein. Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Gesetz zur Wiederherstellung materieller Gerechtigkeit einen verfassungsgerichtlich anerkannten Zweck. Sowohl den Grundrechten des Einzelnen als auch den bislang geltenden prozessrechtlichen Strukturen hat er mit der Ausgestaltung der Vorschrift und ihrem begrenzten Anwendungsbereich Rechnung getragen. Von einem unverhältnismäßigen Eingriff in das Prozessgrundrecht des Art. 103 Abs. 3 GG kann daher keine Rede sein.¹²⁶

Zur Sicherung der grundrechtlichen Position des Einzelnen ist in der Praxis eine gründliche Prüfung und zurückhaltende Auslegung des Merkmals „dringende Gründe“ durch die Fachgerichte notwendig, aber auch ausreichend. Das LG Verden hat eine angemessene Prüfung der für und gegen den Beschuldigten sprechenden Tatsachen und Beweise vorgenommen; weder dieses Gericht noch das OLG Celle haben dem Merkmal „dringende Gründe“ einen Bedeutungsgehalt beigemessen, der in Konflikt mit den eben ausgeführten verfassungsrechtlichen Vorgaben geriete.¹²⁷

¹²⁶ Ebenso aus der neuesten Literatur Hörnle, GA 2022, 184, 193 f.; Hoven, JZ 2021, 1155, 1162; Kubiciel, GA 2021, 380, 391 f.; Schöch, FS Maiwald, S. 769, 774 f.; Zehetgruber JR 2020, 157, 166.

¹²⁷ Vgl. OLG Celle vom 20.4.2022, S. 20, 22, 24 (nicht abgedruckt in StV 2022, 492).

IV. Ergebnis

§ 362 Nr. 5 StPO ist verfassungskonform, an der verfassungskonformen Anwendung der Vorschrift durch das LG Verden sowie der Entscheidung des OLG Celle bestehen daher keine Zweifel.