

Stellungnahme

zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO

vorgelegt vom

Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis Alternativ-Entwurf)

Mark Deiters, Albin Eser, Helmut Frister, Matthias Jahn, Heike Jung,
Michael Lindemann, Bernd-Dieter Meier, Carsten Momsen,
Rudolf Rengier, Carl-Friedrich Stuckenberg, Torsten Verrel,
Thomas Weigend, Wolfgang Wohlers

Zusammenfassung:

- Der Arbeitskreis ist zu der Ansicht gelangt, dass die neue Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO mit der Verfassung nicht vereinbar ist, weil sie gegen den Kerngewährleistungsgehalt des in Art. 103 Abs. 3 GG verankerten *ne bis in idem*-Grundsatzes verstößt → S. 12 ff.
- Dies liegt auch in der Konsequenz der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts → S. 11 f. (sub 3.).
- Zudem ist die Vorschrift nicht mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar → S. 21 f.
- Zur Frage der rückwirkenden Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO gibt der Arbeitskreis keine Stellungnahme ab.

Im Einzelnen:

I. Regelungsinhalt des § 362 Nr. 5 StPO

§ 362 Nr. 5 StPO wurde durch Art. 1 Nr. 2 des „Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit)“, BGBl. 2021 I, 5252, in die Strafprozessordnung eingefügt. Die Vorschrift trat am 30.12.2021 in Kraft und lautet im Zusammenhang:

§ 362 Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten

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

[...]

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

1. Voraussetzungen

a) Freispruch des Angeklagten

Subjekt der Vorschrift ist „der freigesprochene Angeklagte“; nach dem Eingangssatz des § 362 StPO ist Rechtskraft nötig. Freispruch hat zu erfolgen, wenn das Gericht das gem. § 261 StPO erforderliche Beweismaß der Überzeugung, dass im angeklagten Sachverhalt die Voraussetzungen einer verfolgbaren Straftat erfüllt sind, nicht zu erlangen vermag. Aus welchen Gründen der Freispruch erfolgt, ist gleichgültig: sei es aus Rechtsgründen (der festgestellte Sachverhalt erfüllt kein Strafgesetz), sei es aus tatsächlichen Gründen (das Gericht ist von der Unschuld des Angeklagten überzeugt oder von seiner Schuld nicht überzeugt). In allen Fällen bleibt die Unschuldsvermutung unwiderlegt, so dass sich nach dem Freispruchsgrund unterscheidende Rechtsfolgen verbieten.¹ Die Gründe sind aber im Urteil anzuführen (§ 267 Abs. 5 StPO).

Nicht erforderlich ist, dass der frühere Anklagevorwurf eine Katalogtat oder überhaupt eine Straftat gegen das Leben umfasste, auch wenn das der praktische Regelfall sein dürfte. Vorstellbar ist auch, dass z.B. derjenige, der wegen Teilnahme an einem Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB) freigesprochen wurde, erneut angeklagt wird, nachdem die Leiche des vermissten Wohnungsinhabers mit Faseranhaftungen, die zu seiner Kleidung passen, gefunden wurde. Erfasst wird auch die Konstellation, dass vom Vorwurf der Körperverletzung freigesprochen wird, später aber das Opfer infolge der Körperverletzung stirbt und nun sich ein Mordverdacht gegen den früheren Angeklagten konkretisiert. In einem solchen Fall hat das Wiederaufnahmeverfahren den Charakter einer bisher als verfassungswidrig² eingestuften Ergänzungsklage.

¹ Zum früheren Freispruch „zweiter Klasse“ = mangels Beweises s. *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1997, S. 123 ff. m. w. Nachw.

² BVerfGE 56, 22, 31 f.; 65, 377, 381 f. Siehe unten S. 8 f. bei Fußn. 60 f. sowie S. 12 bei und nach Fußn. 80.

Nicht erfasst sind Fälle, in denen der Angeklagte im Rahmen derselben Tat im materiell-rechtlichen Sinne (§ 52 StGB) wegen irgendeines anderen Straftatbestands verurteilt wurde,³ denn insoweit darf die Entscheidung nur einheitlich ergehen.⁴ Auch wenn die Anklageschrift den Vorwurf des Mordes erhoben hätte, die Verurteilung aber nur wegen Körperverletzung mit Todesfolge, wie im Schulfall wegen Jagdwilderei oder wegen eines Waffendelikts⁵ erging, erfolgt kein Teilfreispruch hinsichtlich des nicht verwirklichten Tatbestandes.

Sofern zulässigerweise ein Teilfreispruch ergangen ist, also ein abtrennbarer Sachverhalt vorliegt, der eigenständiger Entscheidung zugänglich ist, ist die Vorschrift auch darauf anwendbar. Ein Teilfreispruch ergeht nach herrschender Meinung nur bei verschiedenen materiell-rechtlichen Taten, die mithin in Tatmehrheit (§ 53 StGB) stehen, wenn eine Tat nicht zur Bestrafung führt.⁶ In der Regel liegen bei materiell-rechtlicher Tatmehrheit auch verschiedene Taten im prozessualen Sinn (§ 264 StPO) vor; Teilfreispruch ist aber auch erforderlich, wenn die materiell-rechtlich selbständigen Handlungen ausnahmsweise zu einer Tat im verfahrensrechtlichen Sinn gehören⁷.

Ob eine Verfahrenseinstellung dem Freispruch gleichsteht,⁸ ist zweifelhaft. In Betracht kommt dies nur, soweit eine Einstellungsentscheidung ausnahmsweise die Strafklage verbrauchen kann, also in der Konstellation, dass eine minder schwere Tat nicht erweislich ist und der ideal konkurrierenden schwereren Tat ein Prozesshindernis entgegensteht.⁹ Im umgekehrten Fall – z.B. Verjährung des Totschlags bei fehlender Nachweisbarkeit von Mordmerkmalen – ergeht ohnehin Freispruch.¹⁰

b) Wiederaufnahmegrund (1): „neue Tatsachen oder Beweismittel“

Vorausgesetzt werden Nova, also „neue Tatsachen oder Beweismittel“, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe für die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung wegen einer der aufgezählten Straftaten bilden. Sie müssen dieselbe prozessuale Tat (§ 264 StPO) betreffen, wegen derer der rechtskräftige Freispruch ergangen ist, sonst bedarf es der Wiederaufnahme nicht (*iterum de altero*).

Die Formulierung entspricht den Wiederaufnahmemöglichkeiten *propter nova* in § 359 Nr. 5 und § 373a StPO. Nach der Vorstellung der Entwurfsbegründung ist auch der Begriff der Neuheit entsprechend zu verstehen.¹¹ Dabei wird übersehen, dass der Maßstab der Novität in § 359 Nr. 5 (Verwertung durch das Gericht) und § 373a StPO (Erkennbarkeit aus dem Akteninhalt) unterschiedlich verstanden wird,¹² zumal es sich in dem einen Fall um eine günstige und in dem anderen Fall um eine ungünstige Restitution handelt. Daher wird im Schrifttum vorgeschlagen, dass der Begriff der Neuheit bei der ungünstigen Wieder-

³ Unzutr. Gärditz, Schriftliche Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ in der 160. Sitzung des BT-Rechtsausschusses am 21.6.2021, S. 1 unten.

⁴ Vgl. LR/Stuckenberg, 27. Aufl. 2021, § 260 Rn. 51 m. w. Nachw.

⁵ Beispiel von Jahn, JuS 2022, 554, 556; BeckOK-StGB/Eschelbach, 54. Ed., Stand: 1.8.2022, § 211 Rn. 135.

⁶ BGHSt 44, 196, 202; BGH StraFo 2012, 103.

⁷ BGHR § 260 Abs. 1 Teilfreispruch 7; OLG Saarbrücken NJW 1974, 375, 376; NStZ 2005, 117; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. 2022, § 260 Rn. 13 f.; LR/Stuckenberg, § 260 Rn. 55 m. w. Nachw.; a.A. SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 260 Rn. 10; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 49 Rn. 13 mit Fn. 3 (keine Aufspaltung der prozessualen Tat); gegen Wiederaufnahme SK-StPO/Frister, 5. Aufl. 2018, § 362 Rn. 14.

⁸ Dazu allg. LR/Schuster, 27. Aufl. 2022, § 362 Rn. 8 f., 16, 29.

⁹ Vgl. LR/Stuckenberg, § 260 Rn. 40 ff., 124.

¹⁰ Krit. dazu Lenk, StV 2021, 118, 123.

¹¹ BT-Drs. 19/30399 S. 10.

¹² Vgl. BVerfG NJW 1993, 2735, 2736; 2007, 207, 208; LR/Schuster, § 359 Rn. 90, § 373a Rn. 9, jew. m. w. Nachw.

aufnahme in § 362 Nr. 5 enger gefasst werden müsse als in § 359 Nr. 5 StPO,¹³ weil sonst eine Wiederaufnahme auch dann möglich wäre, wenn die defizitäre Beweisführung im Ursprungsverfahren auf klaren Versäumnissen der Strafverfolgungsbehörden oder des Gerichts beruht¹⁴. Außerdem wäre die Verteidigung sonst gezwungen, im Ursprungsverfahren dafür zu sorgen, dass möglichst alle belastenden Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt und zum Verhandlungsgegenstand gemacht und dadurch „verbraucht“ werden, was aber nicht ihre Aufgabe sein könne.¹⁵

Grundsätzlich wird es wie bei § 359 Nr. 5 StPO aber ausreichen, dass entweder die Tatsachen oder die Beweismittel neu sind, also für bereits bekannte Tatsachen neue Beweismittel und für neue Tatsachen die früher benutzten Beweismittel beizubringen. Auf die Neuheit des Beweismittels kommt es regelmäßig dann an, wenn die Tatsache, die mit ihm bewiesen werden soll, nicht neu ist.¹⁶ Die Entwurfsbegründung nennt beispielhaft neue forensische Untersuchungsmethoden.¹⁷ Fehlerhafte Rechtsanwendung ist keine Tatsache.

Maßgebend für die Neuheit nach § 359 Nr. 5 StPO ist, ob eine Tatsache oder ein Beweismittel im früheren Verfahren der Überzeugungsbildung des Gerichts zugrunde gelegt worden ist, und nicht, ob es ihr hätte zugrunde gelegt werden können,¹⁸ namentlich ob sie Gegenstand der Hauptverhandlung war. Neu ist also auch der Zeuge, der früher gem. §§ 52 ff. StPO die Aussage verweigert hatte oder verweigern musste, jetzt aber Angaben machen will oder darf¹⁹ – für § 362 Nr. 5 StPO wird dies z.T. abgelehnt²⁰.

Die neuen Tatsachen oder Beweismittel müssen nicht für sich allein schon hinreichend sein für einen neuen Verdacht, sondern können diesen auch erst „in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen“ begründen, d.h. anders als in früheren Regelungen werden im vorherigen Verfahren bereits verwendete Beweismittel nicht verbraucht. Dass die Beweismittel geeignet sein müssen, ergibt sich aus § 368 Abs. 1 StPO.

c) Wiederaufnahmegrund (2): „dringende Gründe“ für eine Verurteilung

Die neuen Tatsachen oder Beweismittel müssen „dringende Gründe“ für die Annahme bilden, dass der Freigesprochene verurteilt wird. Nach Ansicht der Entwurfsbegründung entsprechen diese „dringenden Gründe“ dem dringenden Tatverdacht als Voraussetzung für den Erlass eines Haftbefehls (§§ 112, 112a StPO).²¹ Der Bezug ist indes nicht sachgerecht,²² da im Zeitpunkt der Beurteilung eines Haftgrundes typischerweise eine schmalere Prognosebasis besteht als bei Erhebung der Anklage. Bei aller Schwierigkeit der Quantifizierung von justiziellen Wahrscheinlichkeitsgraden²³ wird man die gesetzgeberische Angabe, es müsse eine „große Wahrscheinlichkeit für die Verurteilung“ bestehen,²⁴ wohl als überwiegende Verurteilungschance verstehen müssen.

¹³ LR/Schuster, § 362 Rn. 27, 32; Hoven, JZ 2021, 1154, 1161 (nur Tatsachen und Beweismittel, die noch nicht Gegenstand der Hauptverhandlung waren); s.a. Kaspar, GA 2022, 21, 23.

¹⁴ LR/Schuster, § 362 Rn. 27.

¹⁵ LR/Schuster, § 362 Rn. 32.

¹⁶ Dazu LR/Schuster, § 359 Rn. 85 m. w. Nachw.

¹⁷ BT-Drs. 19/30399 S. 10.

¹⁸ BVerfG StV 2003, 225 f.; NJW 2007, 207, 208; LR/Schuster, § 359 Rn. 93 ff. m. w. Nachw.

¹⁹ OLG Hamburg Alsb. E 2 Nr. 258 a; GA 44 (1896), 410; LR/Schuster, § 359 Rn. 110; Meyer-Goßner/Schmitt, § 359 Rn. 33.

²⁰ LR/Schuster, § 362 Rn. 32; Conen, Schriftliche Stellungnahme zur 160. Sitzung des BT-Rechtsausschusses am 21.6.2021, S. 8 f.

²¹ BT-Drs. 19/30399 S. 10.

²² LR/Schuster, § 362 Rn. 33.

²³ Dazu LR/Stuckenberg, § 203 Rn. 15.

²⁴ BT-Drs. 19/30399 S. 10.

d) Wiederaufnahmeziel: Verurteilung aus § 211 StGB, § 6 Abs. 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1 oder 2, § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB

Gegenstand der Prognose ist die Verurteilung aus den genannten fünf Straftatbeständen. Dabei handelt es sich nach der Entwurfsbegründung um „die schwersten der deutschen Rechtsordnung bekannten Taten“, nämlich „solche Taten, die mit der Höchststrafe belegt sind und nicht der Verjährung unterliegen“. Erwähnt wird ferner der Schutz des Menschenlebens.²⁵

Laut den Entwurfsgründen werden nur „vollendete Verbrechen“ erfasst.²⁶ Der Gesetzeswortlaut ergibt das indes nicht, ebenso wenig wie eine Beschränkung auf täterschaftliche Begehung. Da etwa der Anstifter wie der Täter bestraft wird (§ 26 StGB), wäre ein Ausschluss jeglicher Beteiligung axiologisch fragwürdig, zumal sie ebenso wenig verjährt wie der Versuch²⁷.

Die Auswahl der fünf Straftatbestände erscheint nicht stimmig.²⁸ So sind einige mit der Höchststrafe bedrohte, jedenfalls auch dem Lebensschutz dienende Straftatbestände nicht erfasst (§§ 178, 212 Abs. 2, §§ 251, 306c StGB; auch § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–6 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 VStGB), ebenso einige unverjährbare Taten (alle übrigen Völkerstrafataten in §§ 6–13 VStGB). Umgekehrt sind nicht alle aufgezählten Tatbestände mit absoluter lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht, denn bei § 6 Abs. 1 Nr. 2–5 VStGB kann es gem. § 6 Abs. 2 VStGB minder schwere Fälle geben, die mit zeitiger Freiheitsstrafe bedroht sind, ebenso bei § 7 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 VStGB. Die Auswahl erklärt sich auch nicht daraus, dass die enumerierten Tatbestände beide Merkmale (Tötungsunrecht und Unverjährbarkeit) aufweisen, denn § 6 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 VStGB und § 7 Abs. 1 Nr. 2 VStGB setzen keinen Todeserfolg voraus. Warum die Zufügung schwerer seelischer oder körperlicher Schäden unter § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB erfasst wird, aber nicht die Zufügung schwerer seelischer oder körperlicher Schäden als Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter § 7 Abs. 1 Nr. 8 VStGB, erschließt sich nicht.

Anzumerken ist, dass die Unverjährbarkeit²⁹ hier kein eindeutiger Indikator für Unrechtsschwere ist. Zwar knüpft die Verfolgungsverjährung nach § 78 StGB grundsätzlich an die Höhe der Strafdrohung an, bei Mord und den Völkerstrafataten spielen aber andere Gesichtspunkte eine Rolle. Mord wurde im StGB seit 1871 absolut mit der jeweiligen Höchststrafe bedroht, verjährte aber bis 1969 in 20 Jahren (§ 67 Abs. 1 RStGB). Erst durch das 9. StÄG vom 4.8.1969³⁰ wurde die Verjährungsfrist auf 30 Jahre erhöht und dann durch das 16. StÄG vom 16.7.1979³¹ die Verjährung aufgehoben; der Grund war jeweils, die zum Jahresende drohende Verjährung von NS-Mordtaten zu verhindern.³² Dass auch „gewöhnliche“, nicht im Kontext von Makrokriminalität begangene Mordtaten unverjährbar sind, ist ein unbeabsichtigter Nebeneffekt. Die Unverjährbarkeit der Völkerstrafataten beruht auf Völkergewohnheitsrecht³³ und wird in § 5 VStGB abgebildet;³⁴ sie erstreckt sich auf Taten recht unterschiedlichen Unrechtsgewichts, etwa auch auf Taten

²⁵ Alle zitierten Stellen in BT-Drs. 19/30399 S. 9.

²⁶ BT-Drs. 19/30399 S. 10.

²⁷ *Fischer*, StGB, 69. Aufl. 2022, § 78 Rn. 4; *MüKo-StGB/Mitsch*, 4. Aufl. 2020, § 78 Rn. 15.

²⁸ Zutr. *Arneemann*, *StraFo* 2021, 442, 446 f.; *Hoven*, *JZ* 2021, 1154, 1161.

²⁹ Zuerst wohl von *J. Meyer* als Kriterium herangezogen, *Wiederaufnahmereform*, 1977, S. 84.

³⁰ BGBI. 1969 I, 1065.

³¹ BGBI. 1979 I, 1046.

³² Vgl. den Gesetzentwurf BT-Drs. 8/2653 S. 4 und den Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 8/3032 S. 3 ff.; zur damaligen Diskussion s. die Nachw. bei *LK/Rissing-van Saan/Zimmermann*, 12. Aufl. 2019, § 211 Rn. 166 Fn. 687.

³³ Der „Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity“ vom 26.11.1968, in Kraft seit dem 11.11.1970, 754 UNTS 73, ist Deutschland nicht beigetreten.

³⁴ Dazu *MüKo-StGB/Weigend/Kuhli*, 4. Aufl. 2022, § 5 VStGB Rn. 4 ff. m. w. Nachw.

gegen das Eigentum (§ 9 VStGB) oder den unbefugten Gebrauch der weißen Flagge oder gegnerischer Uniformen (Art. 8(2)(b)(vii) i.V.m. Art. 29 Rom-Statut).

Ob es ein praktisches Bedürfnis für die Wiederaufnahme von Verfahren wegen Völkerstraftaten zur Vermeidung unerträglicher Ergebnisse gibt, erscheint fraglich. In den Verfahrensordnungen der internationalen Strafgerichte ist die ungünstige Wiederaufnahme *propter nova* wegen *core crimes* zumeist³⁵ entweder nur eingeschränkt (binnen eines Jahres nach Rechtskraft)³⁶ oder wie beim Internationalen Strafgerichtshof gar nicht zugelassen³⁷.

2. Rechtsfolgen

Wenn die Wiederaufnahmevoraussetzungen vorliegen und das Gericht – das nicht das Ursprungsgericht ist (§ 140a GVG) – gem. § 370 Abs. 2 StPO die Erneuerung der Hauptverhandlung anordnet, so entscheidet es völlig neu und ohne Bindung an das vorherige Urteil.³⁸ Die richterliche Entscheidungsfreiheit ist nur durch die in § 373 Abs. 2 StPO bestimmte Einschränkung (Verbot der Schlechterstellung bei günstiger Wiederaufnahme) begrenzt.³⁹ Es kommen daher sämtliche Entscheidungsmöglichkeiten in Betracht:

- (1) Die anfängliche Prognose erweist sich als falsch; der Angeklagte wird erneut freigesprochen, d.h. das frühere Urteil wird bestätigt (§ 373 Abs. 1 1. Alt. StPO). Dieser Freispruch unterliegt – ebenso wie alle danach ergehenden Freisprüche – erneut der Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO.
Bestätigt das Gericht das frühere Urteil nicht, so erkennt es „unter seiner Aufhebung anderweit in der Sache“ (§ 373 Abs. 2 2. Alt. StPO):
- (2) Der Angeklagte wird wegen einer Katalogtat verurteilt.
- (3) Der Angeklagte wird nur wegen Teilnahme an einer Katalogtat verurteilt oder im minder schweren Fall oder mit Strafmilderung z.B. nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB.
- (4) Der Angeklagte wird wegen eines anderen Straftatbestands verurteilt.⁴⁰ Dies ist mangels einer besonderen, einschränkenden Vorschrift nach allgemeinen Regeln möglich, weil Gegenstand der neuen Verhandlung die gesamte Tat i.S.d. § 264 StPO ist.⁴¹ Angesichts seiner Pflicht zur umfassenden rechtlichen Bewertung des angeklagten Sachverhalts (§ 264 Abs. 1 StPO)⁴² ist das Gericht weder an Anträge der Staatsanwaltschaft (§ 155 Abs. 2 StPO) noch an seinen eigenen Eröffnungsbeschluss (§ 264 Abs. 2 StPO) und folglich auch nicht an die Gründe des Wiederaufnahmebeschlusses⁴³ gebunden. Eine Einschränkung der Kognitionspflicht im Wege der Auslegung wäre systemwidrig, verstieße gegen § 264 Abs. 1 StPO und fehlt auch bei den anderen Wiederaufnahmegründen des § 362 StPO.

³⁵ Keine zeitliche Begrenzung kennt Art. 21 SCSL Statute i.V.m. Rule 120 SCSL RPE.

³⁶ Art. 25 ICTY Statute i.V.m. Rule 119 ICTY RPE; Art. 26 ICTR Statute i.V.m. Rule 120 ICTR RPE; Rule 190(A) STL RPE.

³⁷ Art. 84 Rome Statute; ebenso Rule 199 ECCC Internal Rules.

³⁸ Vgl. nur LR/Schuster, Vor § 359 Rn. 41; § 373 Rn. 5, 16 f., 21; Marxen/Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 3. Aufl. 2014, Rn. 422 ff., 434, alle m. w. Nachw.

³⁹ BGHSt 19, 280, 282.

⁴⁰ Ebenso LR/Schuster, § 362 Rn. 30; Hoven, JZ 2021, 1154, 1162; Gärditz (Fn. 3), S. 2; Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188, 194; a.A. Rechtsausschuss, BT-Drs. 19/31110 S. 5; Eisele, Schriftliche Stellungnahme in der 160. Sitzung des BT-Rechtsausschusses am 21.6.2021, S. 5; Kaspar, GA 2022, 21, 24 f.; Schöch, FS Maiwald, 2010, S. 769, 776.

⁴¹ BGHSt 19, 280, 282; LR/Schuster, § 373 Rn. 6; Meyer-Goßner/Schmitt, § 373 Rn. 2.

⁴² Umfangr. Nachw. bei LR/Stuckenberg, § 264 Rn. 37 ff.

⁴³ Marxen/Tiemann (Fn. 38), Rn. 435; SK-StPO/Frister, § 373 Rn. 8.

Im obigen Beispiel könnte der Angeklagte statt wegen Verdeckungsmordes etwa wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen oder nur wegen Beihilfe zum Diebstahl verurteilt werden.

- (5) Das Verfahren wird wegen eines Prozesshindernisses vorübergehend (§ 205 StPO) oder endgültig (§§ 206a, 260 Abs. 3 StPO) eingestellt, z.B. weil der allein nachweisbare Totschlag verjährt ist.

Insgesamt ist festzuhalten, dass § 362 Nr. 5 StPO mangels einschränkender Bedingungen theoretisch zur Beseitigung jeglichen Freispruchs und zur Verurteilung wegen jeglichen Straftatbestands führen kann, sofern sich *ex post* der Verdacht einer Katalogtat ergibt. Praktisch wird es sich hauptsächlich um Freisprüche wegen Tötungsdelikten, aber auch wegen prozessualer Taten, in denen Tod durch Fremdverschulden in irgendeiner Weise im Raum stand, handeln.

Zu einer erneuten gerichtlichen Hauptverhandlung kommt es zwar erst, wenn ein Gericht den „dringenden“ Verdacht einer Katalogtat bejaht. Für neue, den Freigesprochenen belastende Strafverfolgungsmaßnahmen, über die allein die Staatsanwaltschaft entscheidet, genügen wie für § 152 Abs. 2 StPO bereits „hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte“, vgl. § 364b Abs. 1 Nr. 1 StPO,⁴⁴ auch wenn das Legalitätsprinzip nicht gelten sollte⁴⁵.

II. Vorgaben des Verfassungsrechts

1. Art. 103 Abs. 3 GG

a) Gewährleistungsumfang: Grundsatz

Art. 103 Abs. 3 GG lautet: „Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.“ Der Wortlaut lehnt sich an zuvor erlassene Landesverfassungen an⁴⁶ und regelt weder Fälle des Freispruchs noch der erneuten Strafverfolgung allgemein.

Die historische Auslegung des Rechtssatzes ergibt indessen zweifelsfrei, dass ungeachtet des elliptischen Wortlauts beabsichtigt war, den überlieferten Grundsatz „ne bis in idem“ – der selbst immer nur eine rhetorische Kurzformel für verschiedene Rechtskraftwirkungen darstellte⁴⁷ – in den Rang eines Verfassungsrechtssatzes zu erheben.⁴⁸ Im Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee heißt es:

„Zum Teil handelt es sich darum, alte bewährte Grundsätze (Anspruch auf den gesetzlichen Richter, sachliche und persönliche Unabhängigkeit der Richter, nulla poena sine lege) wieder zu Ehren kommen zu lassen, zum Teil darum, neue Formulierungen zu finden, um früher unbekannt, in der nationalsozialistischen Zeit eingerissenen Mißbräuchen für die Zukunft den Boden zu entziehen (Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen, Anspruch auf rechtliches Gehör, Recht auf einen Verteidiger, ne bis in idem).“

⁴⁴ KK-StPO/Schmidt, 8. Aufl. 2019, § 362 Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, § 362 Rn. 1; Walder, ZStW 95 (1983), 862, 872.

⁴⁵ Str., dazu SK-StPO/Frister, § 365 Rn. 4 f.; Marxen/Tiemann (Fn. 38), Rn. 44, 297, jew. m. w. Nachw.

⁴⁶ Verfassungen von Württemberg-Baden Art. 4 Abs. 3; Hessen Art. 22 Abs. 3; Bayern Art. 104 Abs. 2; Württemberg-Hohenzollern Art. 17 Abs. 3, s. Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen – Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, Nr. 14, abgedr. in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Band 2 (bearb. von Bucher), 1981, S. 629.

⁴⁷ Dazu unten bei Fußn. 94.

⁴⁸ Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, abgedr. in: Bucher (Fn. 46), S. 572 f.

Die Fassung in Art. 136 Abs. 2 des Herrenchiemseer Entwurfs hieß ähnlich: „Niemand darf wegen derselben Tat zweimal gerichtlich bestraft werden.“ Auch im Parlamentarischen Rat stand außer Zweifel, dass der Grundsatz „ne bis in idem“ gemeint war, dessen Grundgedanke sei, dass „niemand wegen derselben Straftat wiederholt verfolgt werden darf“;⁴⁹ verwiesen wurde auf Art. 90 des BayStGB 1861 („Wer wegen einer ihm zur Last gelegten Tatsache rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, kann wegen derselben Tatsache nicht nochmals vor Gericht gestellt und bestraft werden ...“). Im abschließenden Schriftlichen Bericht des Abgeordneten *Zinn* über den „Abschnitt IX. Die Rechtsprechung“ heißt es:

„Zu erwähnen bleibt noch, daß die überkommenen rechtsstaatlichen Grundsätze, die das Verhältnis des einzelnen Staatsbürgers gegenüber der rechtsprechenden Gewalt angehen, und die im Kern grundrechtsartigen Charakter tragen, auch in das Grundgesetz aufgenommen worden sind — z.B. Unzulässigkeit von Ausnahmegewichten; Anspruch auf den gesetzlichen Richter; Anspruch auf rechtliches Gehör; nulla poena sine lege; ne bis in idem; Freiheitsentziehung nur unter bestimmten Voraussetzungen. — Sie haben teilweise eine besonders prägnante Formulierung gefunden. (Vgl. Art. 101, 103, 104).“⁵⁰

Es spricht mithin nichts dafür, dass nur Teilaspekte dieser „überkommenen rechtsstaatlichen Grundsätze“ in die Verfassung aufgenommen werden sollten.⁵¹ Dies wird bestätigt durch die Annahme,

„[...] daß das Verfassungsrecht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung besteht, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat.“⁵²

Dies hat das Bundesverfassungsgericht schon früh anerkannt:

„Die Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG bietet keine Anhaltspunkte dafür, daß der Rechtssatz „ne bis in idem“ durch die Aufnahme in das Grundgesetz inhaltlich geändert und die durch die Rechtsprechung gezogenen Grenzen anders als bisher bestimmt werden sollten. Vielmehr sollte nur dem überlieferten Rechtssatz wegen seines grundrechtsähnlichen Charakters in dem Grundgesetz Ausdruck verliehen werden [...]

Der in Art. 103 Abs. 3 GG niedergelegte Rechtssatz nimmt daher auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozeßrechts und seiner Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug.“⁵³

Die Strafprozessordnung hat den Grundsatz *ne bis in idem* nicht ausdrücklich normiert – dahingehende Anträge bei der Schaffung der RStPO blieben erfolglos⁵⁴ –, aber ausweislich ihrer Motive als selbstver-

⁴⁹ So der Abgeordnete und Ausschussvorsitzende *Zinn* in der 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, 7.12.1948, abgedr. in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Band 13, Teilband I (bearb. von *Büttner/Wettengel*), 2002, S. 1465.

⁵⁰ Schriftlicher Bericht des Abgeordneten *Zinn* über den Abschnitt IX. Die Rechtsprechung, in: Parlamentarischer Rat Bonn 1948/49, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Drucksachen Nr. 850 und 854) erstattet von den Berichterstattern des Hauptausschusses für das Plenum, Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, S. 43, 49, auch abgedr. in: *Schneider/Kramer* (Hrsg.), Das Grundgesetz, Dokumentation seiner Entstehung, Band 24: Artikel 97 bis 104, 2019, S. 681.

⁵¹ So aber *Hoven*, JZ 2021, 1154, 1156.

⁵² BVerfGE 2, 380, 403 (zum Rechtsstaatsprinzip).

⁵³ BVerfGE 3, 248, 252.

⁵⁴ Dazu *T. Frank*, Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im Strafverfahren, Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem Neunzehnten Jahrhundert, 2022, S. 156 m. w. Nachw.

ständig vorausgesetzt.⁵⁵ Die Rechtsprechung hat es genauso gesehen.⁵⁶ Unstrittig war das Verständnis, dass es sich nicht nur um ein Verbot der Doppelbestrafung, sondern um einen Grundsatz der Einmaligkeit der Strafverfolgung handelte, da die materielle Rechtskraft auch einem Freispruch zukommt und bereits die Einleitung eines Strafverfahrens, nicht erst den Strafausspruch verhindert. Dies gilt auch für Art. 103 Abs. 3 GG:

„Die Vorschrift [...] garantiert dem schon bestraften oder rechtskräftig freigesprochenen Täter Schutz gegen erneute Verfolgung und Bestrafung wegen derselben Tat (RGSt 72, 99 [102]; BGHSt 5, 323 [328]).“⁵⁷

Das vorkonstitutionelle einfache Recht ist im Übrigen nicht unbesehen maßgebend, sondern inhaltlich auf die objektive Wertordnung des Grundgesetzes auszurichten.⁵⁸ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist durch die Bezugnahme auch keine Unveränderbarkeit der vorgefundenen Normenlage eingetreten; im Rahmen der Bestimmung des Tatbegriffs bei Organisationsdelikten (§ 129 StGB) hat es ausgeführt:

„Zwar nimmt Art. 103 Abs. 3 GG auf die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltende prozeßrechtliche Lage Bezug. Dies bedeutet indessen nicht, daß das überlieferte Verständnis des Rechtssatzes „ne bis in idem“ 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. **Art. 103 Abs. 3 GG steht Grenzkorrekturen nicht entgegen (...); er garantiert nur den Kern dessen, was als Inhalt des Satzes „ne bis in idem“ in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde.**“⁵⁹

Eine abschließende Bestimmung dessen, was zum Kernbereich der Garantie gehört, ist bisher in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht erfolgt. Festgehalten wurde allerdings, dass Art. 103 Abs. 3 GG erneuten Strafverfahren wegen später bekanntgewordenen oder erst eingetretenen Tatsachen entgegensteht:

„Demgegenüber bezweckt der Begriff der Tatidentität im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG ausschließlich, die Grenzen der materiellen Rechtskraft abzustecken. Die materielle Rechtskraft gründet sich auf das Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsruhe; sie schützt den Verurteilten davor, wegen des in der Anklage bezeichneten und individualisierten Sachverhalts nochmals gerichtlich belangt zu werden. **Ein erneutes Verfahren ist auch dann unzulässig, wenn später erschwerende Umstände hervortreten, die dem Gericht im ersten Verfahren nicht bekannt sein konnten.** In diesem Umfang hat sich der Staat um der Rechtssicherheit willen eine freiwillige Begrenzung in seinem Recht auf Verfolgung strafbarer Handlungen auferlegt und damit insoweit auch auf die Durchsetzung des die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung sichernden Legalitätsprinzips verzichtet. Der Verfassungsgeber hat das Verfahrenshindernis der Rechtskraft ange-

⁵⁵ Motive zum Entwurf einer Strafprozeßordnung usw., Deutscher Reichstag, 2. Legislatur-Periode, Drucks. II. Session 1874, Anlage c zu Nr. 5 [A], S. 155, 224, abgedr. bei Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Aufl. 1885, S. 207, 271.

⁵⁶ Nachw. bei BVerfGE 3, 248, 251 f.

⁵⁷ BVerfGE 12, 62, 66; 23, 191, 202.

⁵⁸ BVerfGE 23, 191, 202 f.

⁵⁹ BVerfGE 56, 22, 34 f. (Hervorhebung hinzugefügt).

sichts der Erfahrungen mit einem Unrechtsregime, das vor erneuter Verfolgung schon abgeurteilter Taten nicht zurückgeschreckt und uferlose Durchbrechungen der Rechtskraft zum Zwecke härterer Bestrafung ermöglicht hatte, in den Rang eines Prozeßgrundrechts erhoben. **Auch wenn dies im Einzelfall zu als ungerecht empfundenen Ergebnissen führen kann, so ist doch vor dem Hintergrund der geschichtlichen Erfahrungen allen Versuchen entgegenzutreten, den Tatbegriff je nach der Schwere der unberücksichtigt gebliebenen Umstände zu verändern, um nachträglich eine gerechte Bestrafung zu ermöglichen.**⁶⁰

„Ein rechtskräftiger Verfahrensabschluß durch Urteil führt zum Strafklageverbrauch auch hinsichtlich später eintretender erschwerender Folgen der Tat (vgl. RGSt 70, 26 [30 f.]). **Einer „Ergänzungsklage“, wie sie im Schrifttum zum Strafverfahrensrecht teilweise als zulässig erachtet wird (...), stünde Art. 103 Abs. 3 GG entgegen** (vgl. BVerfGE 56, 22 [31]). Die Wiederaufnahme des Verfahrens wegen neuer Tatsachen zuungunsten des Angeklagten ist in § 362 StPO nicht vorgesehen.“⁶¹

b) Konkretisierung der Gewährleistung mit Blick auf die Wiederaufnahme

Der Verfassungsgeber hat die Wiederaufnahmegründe in §§ 359, 362 StPO nicht thematisiert.⁶² Sie gehören jedoch zu dem „vorverfassungsrechtlichen Gesamtbild des Prozeßrechts“⁶³, von dem bei der Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG auszugehen ist. Damit kann allerdings nur die einfachrechtliche Rechtslage vor 1933 gemeint sein, denn die Rechtslage nach 1945 war bis zum Vereinheitlichungsgesetz von 1950, folglich auch bei Inkrafttreten des Grundgesetzes, in den Besatzungszonen hinsichtlich der Wiederaufnahme unterschiedlich.⁶⁴ Die bereits vor 1933 anerkannten Wiederaufnahmegründe sind damit als immanente Schranken⁶⁵ des ansonsten vorbehaltlos gewährleisteten Verfassungsgrundsatzes *ne bis in idem* anzusehen.⁶⁶

Ob damit ein *numerus clausus* der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten verfassungsrechtlich festgeschrieben ist, ist im Schrifttum umstritten.⁶⁷ Weit überwiegend wird aber jedenfalls eine ungünstige Wiederaufnahme *propter nova* für verfassungswidrig gehalten.⁶⁸

⁶⁰ BVerfGE 56, 22, 31 f. (Hervorhebung hinzugefügt).

⁶¹ BVerfGE 65, 377, 381 f. (Hervorhebung hinzugefügt).

⁶² Vgl. JöR NF 1 (1951), 741, 743 f.

⁶³ Vgl. BVerfGE 9, 89, 96.

⁶⁴ Dazu *Weber-Klatt*, Die Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten, 1997, S. 164 ff.; *Ziamba*, Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen oder Verurteilten, Diss. iur. Marburg 1974, S. 71 ff.; s.a. *Neumann*, FS Jung, 2007, S. 655, 658.

⁶⁵ So BVerfGE 3, 248, 252 f. zur beschränkten Rechtskraft des Strafbefehls.

⁶⁶ BGHSt 5, 323, 328 ff.; SK-StPO/*Frister*, § 362 Rn. 3; *Grünwald*, Teheran-Beiheft ZStW 86 (1974), 94, 97, 103; *Achenbach*, ZStW 87 (1975), 74, 98, alle m. w. Nachw.

⁶⁷ Für die sog. Versteinierungsthese: *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357, 358–361; *ders.*, VerBlog 18.6.2021; *ders.*, jurisPR-StrafR 9/2022 Anm. 1; *Friauf/Höfling/Burkiczak*, Berliner Kommentar zum GG, 25. EL IV/09, Art. 103 Rn. 173, 175; *Marxen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts (BT-Drucksache 16/7957), öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am 18. März 2009, S. 5 f.; *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188, 192; *Nolte*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band V, 2013, § 135 Rn. 19; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Nolte/Aust*, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 222 f.; *Dürrig/Herzog/Scholz/Remmert*, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 103 Abs. 3 Rn. 62 f.; *Dreier/Schulze-Fielitz*, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32, 35; *Sodan*, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 32; *H. Thomas*, Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung, 2002, S. 311.

⁶⁸ Neben den in Fn. 67 Genannten noch: *Arnemann*, StraFo 2021, 442, 444 ff.; *Aust*, Schriftliche Stellungnahme in der 160. Sitzung des BT-Rechtsausschusses am 21.6.2021, S. 3; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251, 252 f.; *S. Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht, 2018, S. 322 ff.; *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 89–100; *Brade*, AöR 146 (2021), 130, 170–175; *ders.*, ZIS 2021, 362, 363; *Bung*, HRRS 2022,

Der Gesetzgeber meint unter Berufung auf BVerfGE 56, 22, 34 und 65, 377, 382, dass Änderungen – gemeint sind wohl: Erweiterungen – des § 362 StPO zulässig seien, was auch der herrschenden Meinung entspreche – letzteres trifft wie gesagt nicht zu⁶⁹. Rechtskraftdurchbrechungen gebe es auch in § 79 Abs. 1 BVerfGG, § 85 Abs. 3 Satz 2 OWiG und § 373a StPO.⁷⁰ Die verfassungsgerichtliche Judikatur sei zudem nicht so zu verstehen, dass nur Grenzkorrekturen möglich seien; vielmehr stehe dem Gesetzgeber ein gewisser Spielraum zu, wie er die gegenläufigen Prinzipien der materiellen Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit abwäge. Die Neuregelung betreffe nur Fälle, in denen ein Festhalten an der Rechtskraft „schlechterdings unerträglich“⁷¹ sei bzw. einen „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“⁷² darstelle. In diesen Fällen könne die Rechtskraft auch keine Befriedungsfunktion erfüllen, denn:

„Der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung werden durch einen erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch wegen Mordes oder wegen der aufgeführten Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch in mindestens ebenso starkem Maße beeinträchtigt wie durch die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten.“⁷³

109, 110 f.; *Conen*, Schriftliche Stellungnahme (Fn. 20), S. 9 f.; *Dünnebier*, FG Peters, 1984, S. 333, 346; BeckOK-StGB/*Eschelbach*, § 211 Rn. 136 f.; KMR/*Eschelbach*, StPO, 40. Lfg. 1.8.2005, § 362 Rn. 67; *ders.*, FS Stöckel, 2010, S. 199, 222; SK-StPO/*Frister*, § 362 Rn. 3; *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101, 103; *García*, Verfblog 18.5.2022; *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 977–981; *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545, 578 f.; *dies.*, RuP 2009, 1, 3; *Grünwald*, Teheran-Beiheft ZStW 86 (1974), 94, 103; *Graf/Hoffmann-Holland*, StPO, 2. Aufl. 2012, § 362 Rn. 11; *Jahn*, JuS 2022, 554, 555; *Kaspar*, GA 2022, 21, 28–30; *König/Pinar*, Schriftliche Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Strafrechtsausschuss zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts (BT-Drs. 16/7957), 2009, S. 8; von Münch/*Kunig/Saliger*, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 78; *Leitmeier*, StV 2021, 341, 346; *Lenk*, StV 2022, 118, 119, 123; *Loos*, FS Schreiber, 2003, S. 277, 279 f.; AK-StPO/*Loos*, Vor § 359 Rn. 2; *Neumann*, FS Jung, 2007, S. 655, 666 f.; *Pabst*, ZIS 2010, 126, 128; Bonner Kommentar zum GG/*Pohlreich*, 194. Aktualisierg. Nov. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 66; *Roggon*, BLJ 2011, 50, 56; *Ruhs*, ZRP 2021, 88, 90 f.; *Sabel*, FS Graf-Schlicker, 2018, S. 561, 571; *G. Schäfer*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 18.3.2009, S. 7; *Scherzberg*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 18.3.2009, S. 3 f.; *Scherzberg/Thiéé*, ZRP 2008, 80, 81; Maunz/Dürig/*Schmidt-Aßmann*, GG, 84. EL August 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 270; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 362 Rn. 19 ff.; *Schweiger*, ZfStW 2022, 397, 402 ff.; *Singelstein*, NJW 2022, 1058, 1059; BeckOK-StPO/*Singelstein*, 44. Ed. 1.7.2022, § 362 Rn. 11 f.; *Slognat*, ZStW 133 (2021), 741, 765 ff.; *Swoboda*, HRRS 2009, 188, 193 f.; *Weber-Klatt* (Fn. 54), S. 387 f.; krit. *Grübl*, ZJS 2022, 1, 6–10; zweifelnd BeckOK-GG/*Radtke*, 52. Ed. 15.8.2022, Art. 103 Rn. 47; LR/*Schuster*, § 362 Rn. 26 ff.

Für Vereinbarkeit mit der Verfassung hingegen: von *Bierbrauer zu Brennstein*, HRRS 2022, 118, 121; *Deml*, Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1979, S. 141–145; *Eisele*, Stellungnahme (Fn. 40), S. 4 f.; *ders.*, BRJ 2022, 6; *Füllkrug*, Kriminalistik 2020, 405, 406; *Gärditz*, Stellungnahme (Fn. 3), S. 5 f.; *Hörnle*, GA 2022, 184 ff.; *Hoven*, JZ 2021, 1154 ff.; *Kubiciel*, Schriftliche Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ in der 160. Sitzung des BT-Rechtsausschusses am 21.6.2021, S. 4 ff.; *ders.*, GA 2021, 380, 382 ff.; *Letzgus*, FS Geppert, 2011, S. 785, 789 ff.; *ders.*, NSTZ 2020, 717; *J. Meyer* (Fn. 29), S. 84, 158; *Schöch*, FS Maiwald, S. 769, 775; *Stoffers*, ZRP 1998, 173, 177 f.; *Zehetgruber*, JR 2020, 157, 162, 166; tendenziell auch *Rieß*, NSTZ 1994, 153, 159.

⁶⁹ Siehe die Nachw. in Fn. 67 und 68.

⁷⁰ BT-Drs. 19/30399 S. 8.

⁷¹ BT-Drs. 19/30399 S. 1, 9.

⁷² BT-Drs. 19/30399 S. 6, ähnlich S. 9, 10.

⁷³ BT-Drs. 19/30399 S. 9 f. Darin liegt eine bemerkenswerte Umkehr der Wertung der berühmten Trajansentenz (Trajanreskript, D. 48, 19, 5 pr.: „satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari“), die eine fast universal akzeptierte Rechtsüberzeugung ausdrückt, nämlich dass die fehlerhafte Verurteilung eines Unschuldigen schlimmer sei als die fehlerhafte Freisprechung eines (Varianten nennen zehn, hundert, zehntausend) Schuldigen, Nachw. bei *Stuckenberg* (Fn. 1), S. 11 f., 253, 286 Fn. 245; *Volokh*, 146 U.Pa.L.Rev. 173 ff. (1997–98)). Eine offene Zurückweisung dieser Wertung war bislang nur im Dritten Reich erfolgt, z.B. von *Freisler* und *Graf Gleispach* gegen *Kohlrausch* (der darin das entscheidende Argument gegen die Zulassung der belastenden Wiederaufnahme *propter nova* sah) in der 30. Sitzung der Großen Strafprozeßkommission vom 10.5.1937, Protokoll S. 8 f., abgedr. bei Schubert/Regge/Rieß/Schmid (Hrsg.), Quellen zur

Den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG missachte die Neuregelung nicht.⁷⁴ Vielmehr handele es sich um eine Fortschreibung des Gedankens, der in § 362 Nr. 4 StPO angelegt sei.⁷⁵ Es sei nicht einsehbar, warum der

„reue Täter, der ein Geständnis ablegt, schlechter gestellt werden soll als der raffinierte Täter, der erst viele Jahre nach dem Freispruch durch einen genetischen Fingerabdruck oder eine DNA-Analyse überführt werden kann.“⁷⁶

Diese Einschätzung erscheint aus folgenden Gründen zweifelhaft:

(1) Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts im 56. Band sind zu Abgrenzungsfragen des prozessualen Tatbegriffs und damit des Umfangs der Rechtskraft ergangen, die erstmals durch die neue Vorschrift des § 129 StGB aufgeworfen worden sind. Insofern handelte es sich um einen „neu auftauchenden Gesichtspunkt“ im „offenen Randbereich“.

Die Erkenntnis, dass die Rechtskraftwirkung als ungerecht, als Verstoß gegen die materielle Gerechtigkeit empfunden werden kann, wenn nachträglich hervorgetretene Tatsachen oder Beweismittel das Urteil als grob unrichtig erscheinen lassen, ist indessen keineswegs neu, sondern war der Grund, warum im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess eine Rechtskraftwirkung auch von Freisprüchen kaum anerkannt war (dazu näher unten⁷⁷). Erst mit der Rezeption des französischen Rechts erhielt das aus dem römischen Recht übernommene Institut der Rechtskraft in Strafsachen auch im deutschen Rechtsraum in der Mitte des 19. Jahrhunderts den Charakter eines Freiheitsrechts, indem die Freiheitsinteressen namentlich der Freigesprochenen höher gewichtet wurden als die Einzelfallgerechtigkeit. Dieses Verständnis von *ne bis in idem* stieß von Anfang an auf Widerstand, und auch die von der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelte weite Rechtskraftwirkung war von Anfang an der Kritik ausgesetzt gewesen, sie gehe zu sehr zu Lasten der materiellen Gerechtigkeit.⁷⁸ Es geht bei dem Anliegen der Neuregelung also nicht um notwendige Flexibilität zur Reaktion auf neue Problemstellungen, sondern um die Revision der Antwort auf die älteste und zentrale Problemfrage des Instituts der Rechtskraft in Strafsachen überhaupt.

(2) Die Annahme, der Gesetzgeber könne die Abwägung zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit auch jenseits von Grenzkorrekturen neu justieren, führt dazu, dass Art. 103 Abs. 3 GG im Ergebnis unter einen Gesetzesvorbehalt gestellt wird, den die Norm aber bewusst nicht aufweist, womit die Entscheidung und Intention des Verfassungsgebers unterlaufen werden.

(3) Der Umfang des Tatbegriffs und die Regelung der Wiederaufnahme bedingen einander und bestimmen im Zusammenspiel den Umfang der Schutzwirkung des *ne bis in idem*-Grundsatzes: Denn der Anwendungsbereich der Wiederaufnahmegründe hängt vom Umfang des Tatbegriffs ab. Was nicht zur prozessualen Tat gehört, erwächst erst gar nicht in Rechtskraft. Was in Rechtskraft erwächst, kann dennoch zu erneuter Verfolgung Anlass geben, soweit eine Wiederaufnahmemöglichkeit besteht.

Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, III. Abt., Band 2, Teil 2 (hrsg. von Schubert), 1992, S. 79 f. Sehr krit. auch *Hoven*, JZ 2021, 1154, 1161; s.a. *D. Bayer/Grosse-Wilde*, JuWissBlog Nr. 71/2021, 25.6.2021.

⁷⁴ BT-Drs. 19/30399 S. 9.

⁷⁵ BT-Drs. 19/30399 S. 6, 9.

⁷⁶ BT-Drs. 19/30399 S. 9.

⁷⁷ Dazu s.u. Text bei Fn. 98 ff.

⁷⁸ Vgl. nur *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 2. Band, 1915, S. 317, 329 ff. Er forderte die unbegrenzte Zulässigkeit der Wiederaufnahme *propter nova* im Interesse der materiellen Gerechtigkeit, *ibid.* S. 339 ff.

Um eine erneute Strafverfolgung zu ermöglichen, gibt es daher zwei konstruktive Wege, die im Dritten Reich auch beschränkt worden⁷⁹ sind: Entweder schränkt man den Tatbegriff ein – so dass etwa später eingetretene Ereignisse davon nicht erfasst werden – und ermöglicht damit ohne weiteres eine neue Anklage, ggf. in modifizierter Form (als Ergänzungs- oder Berichtigungsklage⁸⁰), oder man erweitert die Wiederaufnahmegründe, etwa *propter nova*. Der zweite Weg ist verfahrenstechnisch schwerfälliger, führt aber letztlich zum selben Ergebnis.

Wenn also BVerfGE 65, 377, 381 der Auffassung war, dass Art. 103 Abs. 3 GG solchen „Ergänzungsklagen“, die auf einer Einschränkung des Tatbegriffs fußen, entgegenstünde, und BVerfGE 56, 22, 31 deutlich meint, dass „allen Versuchen entgegenzutreten [sei], den Tatbegriff je nach der Schwere der unberücksichtigt gebliebenen Umstände zu verändern, um nachträglich eine gerechte Bestrafung zu ermöglichen“, so muss Art. 103 Abs. 3 GG konsequenterweise auch funktionsäquivalenten Erweiterungen der Wiederaufnahmegründe entgegenstehen, weil andernfalls das Prozessgrundrecht ausgehöhlt würde. Was für später erst entstandene Tatsachen gilt, muss ebenso für später erst verfügbare Beweismittel, etwa neue forensische Methoden, und erst recht für zuvor zwar vorhandene, aber dem Gericht nicht bekannte Tatsachen und Beweismittel gelten.

(4) Der „Kern“ des vorverfassungsrechtlichen Grundsatzes *ne bis in idem*

Um den „Kern“ des Prozessgrundrechts der Einmaligkeit der Strafverfolgung, der womöglich nicht mit dem engeren Kernbereich nach Art. 19 Abs. 2 GG zu identifizieren ist, näher zu bestimmen, bedarf es zum einen eines genaueren Blicks auf das vorverfassungsrechtliche Gesamtbild und zum anderen eines näheren Blicks auf die Missbräuche im Dritten Reich, die den Verfassungsgeber zur Aufnahme in das Grundgesetz bewogen haben.

(a) Geht man davon aus, dass der Verfassungsgeber den wesentlichen Gehalt des *ne bis in idem*-Grundsatzes konstitutionalisieren wollte, so ist zu fragen, worin in der Zeit von der Schaffung der RStPO bis 1933 der Sinn und Zweck dieses Grundsatzes erblickt wurde. Dies erfordert einen kurzen dogmengeschichtlichen Rückblick.⁸¹

Vorab seien die Wirkungen der Rechtskraft knapp erinnert: Die formelle Rechtskraft bewirkt, dass weitere Rechtsmittel gegen das Urteil, die auf Rechtsfehler oder Fehler bei der Tatsachenfeststellung gestützt werden könnten, unzulässig sind. Bereits behauptete („alte“) Fehler können nicht mehr behoben werden. Die materielle Rechtskraft (Sperrwirkung, Verbrauch der Strafklage) bewirkt, dass ein neues Verfahren über denselben Verfahrensgegenstand unzulässig ist. Fallen danach erst Rechtsfehler auf, ändert sich die Rechtslage oder werden neue Tatsachen bekannt oder neue Beweismittel, so steht die Rechtskraft einer Fehlerkorrektur dennoch grundsätzlich entgegen. Eine Unterbindung neuer Verfahren *propter nova* ist mithin keine Nebenfolge, sondern der Hauptzweck der materiellen Rechtskraft.

⁷⁹ Dazu unten S. 19 ff.

⁸⁰ Dazu KMR/Stuckenberg, 29. Lfg. Sept. 2001, § 264 Rn. 35 m. w. Nachw.

⁸¹ Dazu Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, 1844, S. 269 ff.; Berner, Ne bis in idem, GA 3 (1855), 472 ff.; Remeis, Die Wiederaufnahme im Strafverfahren, 1864; Heffter, Non bis in idem im Hinblick auf den gedruckten Entwurf einer „Deutschen Strafprocess-Ordnung“, 1873; Rheingans, Die Ausbildung der strafprozessualen Rechtskraftlehre von der Aufklärung bis zur Reichsstrafprozessordnung 1877, 1937; Schwarplies, Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes „ne bis in idem“ im Strafprozeß, Diss. iur. Zürich 1970; Bayer (Fn. 68), S. 51 ff.; eingehend Frank (Fn. 54), S. 11 ff.

Das Institut der Rechtskraft strafgerichtlicher Erkenntnisse im Sinne ihrer Endgültigkeit ist im römischen Recht etwa seit Beginn der Kaiserzeit⁸² entwickelt und gilt sowohl bei Verurteilung wie bei Freispruch:⁸³

„res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absoluteione contigit“,⁸⁴

„rebus iudicatis standum est“,⁸⁵

„iisdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari“⁸⁶.

Der Umfang der Rechtskraft bezog sich auf denselben Straftatbestand. Dass damit eine formelle Wahrheit etabliert wird, war von vornherein klar:

„res iudicata pro veritate accipitur“⁸⁷.

Die wenigen Ausnahmen⁸⁸ erklären sich durch das römische Klagsystem der Popularklage: Hatte erst ein Unbeteiligter Klage erhoben, so konnte der Verletzte eine erneute Verfolgung betreiben, wenn er von der ersten Klage nicht gewusst hatte;⁸⁹ war der erste Kläger wegen Prävarikation (Parteiverrat) verurteilt⁹⁰ oder lag Tergiversation (willkürliche Aufgabe der Klage)⁹¹ vor, war ein neues Verfahren möglich. Weitere Durchbrechungen im Einzelfall sind allerdings auch überliefert.⁹² Von diesen Rechtssätzen zu unterscheiden ist die – elliptische und daher ungenaue – „Regel“, Parömie oder das „Brocardicum“⁹³ (Sprichwort) „ne bis in idem“ (auch: *non bis in idem, bis de eadem re ne sit actio, nemo debet bis puniri pro uno delicto, nemo debet bis vexari*), die nicht in den Juristenstellen begegnet, sondern bei den römischen Rhetoren, die sie von den griechischen Rhetoren übernommen haben dürften, die sich wiederum auf eine Regel des attischen Rechts stützten.⁹⁴

Diese Sätze des römischen Rechts wurden spätestens im 12. Jahrhundert im kanonischen Recht für den ordentlichen Anklageprozess rezipiert, zunächst nur für den Freispruch („De his criminibus, de quibus absolutus est accusatus, non potest accusatio replicari.“⁹⁵), später für jedes Endurteil.⁹⁶ Dies galt zunächst auch für den im 13. Jahrhundert eingeführten Inquisitionsprozess mit der einzigen Ausnahme der Korrumpierung des Richters.⁹⁷

Diese Grundsätze galten auch im weltlichen Recht, im gemein-rechtlichen Inquisitionsprozess. Von diesem Grundsatz wurden aber allmählich so viele Ausnahmen entwickelt, dass sie ihn weitgehend, wenn

⁸² Remeis (Fn. 81), S. 11 ff.; Heffter (Fn. 81), S. 6 ff.; Liebs, ZRG Rom. 84 (1967), 104, 126 ff., 130 f.; Landau, ZRG Kan. 87 (1970), 124 ff.

⁸³ Berner, GA 3 (1855), 472, 479 ff. m. w. Nachw.; Landau, ZRG Kan. 87 (1970), 124, 127 ff.; Schwarplies (Fn. 81), S. 14 ff.

⁸⁴ D. 42, 1, 1.

⁸⁵ D. 38, 2, 12, 3.

⁸⁶ D. 48, 2, 7, 2.

⁸⁷ D. 50, 17, 207 (Ulpian); vgl. später sogar „auctoritas rei iudicatae praevalet veritati“, Covarruvias, Variarum Resolutionum Iuridicarum ex Iure Pontificio Regio, et Caesareo libri III (= Opera Omnia, vol. 2, 1623), lib. I, cap. 1, n. 4, quarto.

⁸⁸ Dazu Berner, GA 3 (1855), 472, 480 ff.; Remeis (Fn. 81), S. 16 f.

⁸⁹ D. 48, 2, 7, 2.

⁹⁰ D. 43, 29, 3, 13.

⁹¹ Pauli Sententiarum Receptarum (Ausgabe Arndt/Haenel 1833), lib. I, tit. 6B.

⁹² Liebs, ZRG Rom. 84 (1967), 104, 128 f.

⁹³ Heffter (Fn. 81), S. 5.

⁹⁴ Remeis (Fn. 81), S. 11; Heffter (Fn. 81), S. 5; eingehend Liebs, ZRG Rom. 84 (1967), 104 ff. Weniger klar sind Herleitungen aus dem Prophetenvers Nahum 1, 9 (dazu Heffter, ibid. S. 8 f.).

⁹⁵ X, 5, 1, 6 = c. 6 X de accusat.

⁹⁶ Landau, ZRG Kan. 87 (1970), 124, 135 ff.

⁹⁷ Landau, ZRG Kan. 87 (1970), 124, 149 ff.

nicht vollständig aushöhlten.⁹⁸ Unterschieden wurde die Freisprechung wegen erwiesener Unschuld von derjenigen mangelnden Beweises und die volle Rechtskraftwirkung nur der ersteren zuerkannt. Im 16. Jahrhundert entwickelte sich zuerst im Mailänder Gerichtsgebrauch die Entscheidungsform der Lossprechung von der Instanz (*sententia absolutoria stantibus rebus prout stant*,⁹⁹ kurz: *absolutio ab instantia*), die das Verfahren in der Schwebe beließ, das ähnlich wie bei § 170 Abs. 2 StPO jederzeit bei Entdeckung neuer Beweismittel fortgeführt werden konnte. Im 17. Jahrhundert fand sie Eingang in die deutsche Gerichtspraxis und zu Beginn des 19. Jahrhunderts in fast alle Kodifikationen.¹⁰⁰ Zunehmend wurde im Schrifttum auch bei geführtem Unschuldsbeweis eine Wiederaufnahme erlaubt,¹⁰¹ insbesondere bei nachträglichem Geständnis¹⁰². Die bisher benutzten Beweismittel galten allerdings als verbraucht.¹⁰³ Dieser unübersichtliche und willkürlich gehandhabte Rechtszustand bestand bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts hinein.¹⁰⁴

Von Bedeutung für die deutsche Rechtsentwicklung ist, dass die französische Variante des Inquisitionsprozesses im Zuge der französischen Revolution durch einen (hybriden) Anklageprozess nach englischem Vorbild ersetzt, die viel benutzte, aber stark kritisierte Instanzenbindung (*le plus amplement informé*) beseitigt und dem Freispruch uneingeschränkte Sperrwirkung zuerkannt wurde, zuerst in der Verfassung vom 3.9.1791 (tit. III, ch. V, Art. 9 a.E.: „Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut être plus repris ni accusé à raison du même fait.“), so später auch in Art. 360 des napoleonischen Code d’instruction criminelle von 1808.¹⁰⁵ Die Rechtskraft kann nur zugunsten des Verurteilten in drei eng umrissenen und formalisierten Fällen durchbrochen werden (Art. 443–445 CIC). Erklärt werden die Regelungen damit, dass die strafrechtliche Rechtskraft auf zwei Gründen beruhe, einmal garantiere sie die Sicherheit der Rechtsverhältnisse, zum anderen sei sie ein Verteidigungsrecht.¹⁰⁶

„L’exception constitue, en second lieu, une règle de la défense. Est-ce que la position de l’accusé peut demeurer perpétuellement incertaine ? Est-ce qu’il peut dépendre de quelques témoignages qui ont varié ou de persécutions tardives, de changer un état qui a été fixé par les tribunaux ? Ne faut-il pas un terme à toutes les poursuites, et ce terme n’est-il pas dans le jugement qui a prononcé sur l’action ? Si le prévenu, quoique coupable, échappe à la punition, n’a-t-il pas du moins trouvé dans les inquiètes lenteurs et les angoisses de la procédure, une certaine expiation ? S’il n’est pas coupable, ne serait-il pas inhumain de lui faire supporter deux fois ces inquiétudes et ces hontes ?“¹⁰⁷

Erst in der Reformperiode des deutschen Strafprozesses in Gestalt der allmählichen Verdrängung des gemeinrechtlichen Prozesses durch den Anklageprozess nach französischem und englischem Vorbild wurde die Frage des Strafklageverbrauchs neu und zunehmend intensiv diskutiert. Auch jetzt noch wurde von einigen Theoretikern die materielle Rechtskraft aller Urteile in Strafsachen geleugnet, weil Missetaten nicht ungesühnt bleiben dürften¹⁰⁸ und somit die materielle Wahrheit stets den Vorrang vor der formellen

⁹⁸ Planck (Fn. 81), S. 269 ff.; Berner, GA 3 (1855), 472, 482 ff. m. w. Nachw.

⁹⁹ Dazu Zachariae, ArchCrimR NF 1839, 371 ff. m. w. Nachw.; z.B. Clarus, Receptarum sententiarum liber quintus sive Practica criminalis, 1640, qu. 57 n. 3, qu. 62 n. 2.

¹⁰⁰ Dazu Schwarplies (Fn. 81), S. 43 ff.

¹⁰¹ Dazu Planck (Fn. 81), S. 274 f., wohl nicht in der Praxis.

¹⁰² Statt aller Farinacius, Praxis et theoricae criminalis libri duo, 1597, lib I, tit 1, qu. 4 n. 43.

¹⁰³ Z.B. Quistorp, Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts, 2. Theil, 5. Aufl. 1794, § 775.

¹⁰⁴ Dazu ausführlich Frank (Fn. 54), S. 11 ff.

¹⁰⁵ Dazu Frank (Fn. 54), S. 41 ff. Heute in Art. 368 Code de procédure pénale; zum französischen Recht s. Bayer (Fn. 68), S. 191 ff.

¹⁰⁶ Hélie, Traité de l’instruction criminelle, tome 3, 2e partie, 1848, § 176, S. 534 f.

¹⁰⁷ Hélie (Fn. 106), S. 535.

¹⁰⁸ So schon Carpzov, Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, 1635, pars III, qu. 125 n. 4 f.

haben müsse, Wahrheit könne „nicht an Termine gebunden sein“.¹⁰⁹ Andere hingegen verstanden *ne bis in idem* nicht nur als konstruktive Konsequenz einer bestimmten Prozessform (Anlageprozess, Mündlichkeit) oder Gerichtsverfassung (Schwurgerichte),¹¹⁰ sondern als Ausfluss der *aequitas*, als humane Billigkeitsregel zugunsten der Angeklagten,¹¹¹ mehr noch als Freiheitsrecht.¹¹² Man müsse den „Geist der Endlosigkeit der Prozesse“ aufgeben, nicht mehr die absolute Gerechtigkeit anstreben, sondern die einzig erreichbare endliche und beschränkte; das sei man „der Achtung der Freiheit des Angeklagten“¹¹³ schuldig:

„Denn erstlich wäre kein Freigesprochener, mag er schuldig oder unschuldig sein, vor neuer Verfolgung sicher, sobald die Freisprechung als solche nicht schon eine Bürgschaft gegen jedes neue Strafverfahren gewährte. Darf man nun annehmen, daß die große Mehrzahl der Freigesprochenen in der That *unschuldig* ist: so würde man durch die Aufhebung des *Non bis in idem* gegen jene große Anzahl *Unschuldiger* eine *schreiende Ungerechtigkeit* begehen. Um einige wenige Schuldige noch nachträglich strafen zu können, würde man den *zahlreichen Unschuldigen* den gesetzlichen Schutz rauben, der ihnen allein Beruhigung geben kann. Was hätte, auch für den Unschuldigen, die Freisprechung für einen Werth, wenn sie nicht als unwandelbare *Res judicata* da stände, – wenn der Freigesprochene bis zum Ablauf der Verjährungszeit immer noch unter dem Damoklesschwerte einer eigentlich nur suspendirten Anklage leben müßte? Selten verläuft ein Verfahren so vollkommen formgerecht, daß sich nicht nachher noch irgend eine kleine Unregelmäßigkeit finden ließe. Selten werden die Beweise so vollkommen erschöpft, daß sich nicht nachträglich noch neue Beweise auffinden ließen. Wo blieben also die Ruhe, der Friede, die Sicherheit, das Recht des freigesprochenen Unschuldigen, wenn die Freisprechung das Verfahren nicht *unwiderruflich* abschlösse?

Sodann: Auch wenn der Freigesprochene *schuldig* sein sollte, so darf doch seine Stellung nicht ins Endlose eine ungewisse bleiben. Es darf nicht fortwährend von einigen neuen schwankenden Zeugnissen, von einigen verspäteten Ermittlungen abhängen, ob der durch eine feierliche öffentliche Gerichtsverhandlung festgestellte Zustand der Dinge stehen bleiben oder wieder zusammenstürzen soll. Auch hier muß die Verfolgung ein *Ende* erreichen. Und dieses Ende liegt offenbar naturgemäß *in dem rechtskräftig werdenden Urtheil*.

Freilich ist es möglich, daß durch die *Exceptio rei judicatae*, die in Strafsachen von Amtswegen berücksichtigt werden muß, mitunter ein Verbrecher der verdienten Strafe entzogen werde. Aber ungleich wichtiger ist es, daß diese *Exceptio* alle Unschuldigen vor neuen Verfolgungen sicher stellt. *Das Letztere läßt sich nur mit dem Ersteren erkaufen.*

¹⁰⁹ Stübel/Klienius, De opinione vulgari, sententias absolutorias in processu inquisitorio, simulac cum reo communicatae sunt, in rem judicatam transire, e jurisprudentia criminali eliminanda, 1798, S. 6 ff.; Meister, Principia juris criminalis Germaniae communis, 7. Aufl. 1828, § 437 S. 535; Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Band 3, 2. Aufl. 1824, § 904, S. 632 f.; Abegg, Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses, 1833, § 204 S. 348; Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Processes, 4. Aufl. 1836, § 56 S. 120 f.; Bauer, Lehrbuch des Strafprocesses, 1835, § 208, S. 351 f.; ders., Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse, Band 2, 1842, S. 356 ff., 363 ff.; dazu Berner, GA 3 (1855), 472, 483 ff.; Schwarplies (Fn. 81), S. 91 ff., jew. m. w. Nachw.

¹¹⁰ Zu den verschiedenen, heute z.T. begriffsjuristisch anmutenden Erklärungsansätzen für die strafrechtliche Rechtskraft s. Rheingans (Fn. 81), S. 46 ff., 87 ff.

¹¹¹ Heffter (Fn. 81), S. 15 f.

¹¹² Eindringlich Berner, GA 3 (1855), 472, 474 f., 485 (es müsse die „für eine freisinnige, verständige Prozeß-Ordnung unentbehrliche Lehre angenommen werden [...], daß an irgend einem Punkte im Interesse der Freiheit, der Menschlichkeit und also auch der Gerechtigkeit *formelle* Wahrheit angenommen werden müsse.“); so schon Graf Soden, Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands, 2. Aufl. 1792, 2. Band, § 681.

¹¹³ Alle Zitate von Berner, GA 3 (1855), 472, 473 ff.

Und dann ist noch zu berücksichtigen, daß selbst der freigesprochene Schuldige *durch die Pein und Angst einer förmlichen, vielleicht langwierigen Kriminaluntersuchung, die er schon überstanden hat, einigermaßen gestraft erscheint!*¹¹⁴

Die partikularrechtlichen Strafprozessgesetze¹¹⁵ bildeten zunächst Varianten der gemeinrechtlichen Rechtslage ab und gestatteten entweder stets eine Wiederaufnahme wegen neuer Beweismittel (z.B. Österreich, Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Übertretungen, 1803, 1. Theil, 2. Abschnitt, §§ 471, 474) oder gemäß den Differenzierungen der überkommenen Freispruchs- und Lossprechungsformen (PreußCrimO 1805, §§ 411, 413 f.). Auch Mitte des 19. Jahrhunderts bestanden in der Wissenschaft noch die „zwei Parteien“¹¹⁶ – für¹¹⁷ und wider¹¹⁸ umfassende Rechtskraft – fort. Es mehrten sich allerdings, unter dem Einfluss des französischen Rechts,¹¹⁹ die befürwortenden Stimmen.¹²⁰ Im Schrifttum wuchs auch die Kritik an der Instanzenbindung, die gegen die Unschuldsvermutung verstoße.¹²¹ Nachdem die Paulskirchen-Verfassung 1849 sich in § 179 Abs. 1 zum Anklageprozess bekannt hatte, setzte sich dieser zunehmend in den Partikularrechten durch, so dass sowohl die Instanzenbindung verschwand – zuerst in Baden 1845 – als auch Rechtskraftdurchbrechungen auf die wenigen Fälle des oft modifizierten französischen Vorbilds zugunsten des Angeklagten beschränkt wurden.

Bei Schaffung der RStPO¹²² bot das Partikularrecht ein inhomogenes Bild, das vom völligen Ausschluss der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten (Bayern, Hessen, Preußen 1849, Rheinprovinz und Elsaß-Lothringen: Code d'instruction criminelle) über die Wiederaufnahme *propter falsa vel confessio* (Baden, Braunschweig, Bremen, Hamburg, Oldenburg, Preußen 1867, Thüringen, Württemberg) bis hin, aber nur noch vereinzelt, zu vielfältigen Durchbrechungen der Rechtskraft, die sich vom gemeinrechtlichen Zustand nur graduell (Sachsen) oder gar nicht unterschieden (Österreich sowie die Territorien, in denen gemeines Recht fortgalt, d.h. die beiden Mecklenburg, Schaumburg-Lippe und Lippe-Detmold).¹²³ In den Beratungen hingegen war die Frage der ungünstigen Wiederaufnahme wenig kontrovers. Die Motive diskutieren nur die Alternative zwischen ihrem völligem Ausschluss und ihrer Zulassung in den wenigen dann Gesetz gewordenen Fällen, die sämtlich Vorbilder im Partikularrecht¹²⁴ haben. Dies betrifft Fäl-

¹¹⁴ Berner, GA 3 (1855), 472, 475 (Hervorh. im Original); vgl. den ähnlichen Gedankengang von *Hélie* (Fn. 107) und *Mittermaier*, Das Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts-Gebrauch und Landes-Gesetzbücher und in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Straf-Verfahren, 4. Aufl. 1846, Band 2, § 205, S. 633 f.

¹¹⁵ Siehe *Rheingans* (Fn. 81), S. 91 ff.; *Frank* (Fn. 54), S. 19 ff. m. w. Nachw.

¹¹⁶ Berner, GA 3 (1855), 472, 487 f.

¹¹⁷ *Mittermaier*, ArchCrimR NF 1850, 497 f., 509; *ders.*, Das Deutsche Strafverfahren (Fn. 114); *Arnold*, GS 1851, 46, 48 f.; *Berner*, GA 3 (1855), 472, 473 ff., 485.

¹¹⁸ Insbesondere *Schwarze*, ArchCrimR NF 1851, 554, 573 ff.; *ders.*, Entwurf einer Straf-Proceß-Ordnung für das Königreich Sachsen, 1853, S. 309 ff.; danach *Binding* (Fn. 78), S. 316, 337: die Rechtskraft sei nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Regel der „Einmaligkeit definitiver Staatsaktion“ und keine oberflächliche Billigkeitsregel aus „schwächlicher überlieferter Sentimentalität gegenüber dem Delinquenten“.

¹¹⁹ Zur Rezeption des französischen Rechts in den Partikularrechten s. *Bayer* (Fn. 68), S. 75 ff.; *Dippel*, GA 1972, 97, 105 f.; *Rheingans* (Fn. 81), S. 84 ff.

¹²⁰ So gibt *Feuerbach* die in der ersten Auflage seines Lehrbuchs (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801, § 640) vertretene Ansicht, dass ein neuer Prozess stets begonnen werden könne, wenn sich neue Indizien zeigen, ab der siebten Auflage (1820, § 617) auf und meint nun, dass ein lossprechendes Urteil für immer alle Anschuldigungsgründe tilge, so dass auch neue Anzeigen und Indizien kein neues Verfahren erlaubten.

¹²¹ Dazu *Schwarplies* (Fn. 81), S. 86 ff.; *Stuckenberg* (Fn. 1), S. 36 f.

¹²² Eingehend *Frank* (Fn. 54), S. 147–185.

¹²³ Vergleichende Zusammenstellung der Partikularrechte in der Anlage 2 der Motive 1874 bei Hahn/Stegemann (Fn. 55), S. 378–389.

¹²⁴ Dazu *Bayer* (Fn. 68), S. 83 ff.

le, in denen das Verfahren durch eine zugunsten des Angeklagten begangene Straftat manipuliert wurde. Dafür

„... war die Erwägung entscheidend, daß man gegen die Fundamentalsätze des Strafrechts verstößt, wenn man es zulassen will, daß der Verbrecher der verwirkten *Strafe durch die Begehung eines neuen Verbrechens* entzogen werde.“¹²⁵

Gestritten wurde über die genaue Formulierung sowie über den Fall des Geständnisses, der im Interesse der „materiellen Gerechtigkeit“ aufgenommen wurde:

„Es steht in dem freien Willen des Angeklagten, ob er nach erfolgter Freisprechung ein Geständnis der That ablegen will; eine Gefährdung der Interessen des Angeklagten ist also mit jener Vorschrift nicht verbunden; wohl aber kann das Rechtsbewußtsein im Volke leicht irre geführt werden, wenn ein Verbrecher, nachdem er wegen mangelnden Beweises freigesprochen worden, sich ungestraft des Verbrechens selbst bezichtigen, oder gar rühmen darf.“¹²⁶

Die nur noch in wenigen Partikularrechten (Sachsen und Württemberg sowie den gemeinrechtlichen Gebieten) zugelassene Wiederaufnahme *propter nova*, jeweils bei Verbrauch bereits benutzter Beweismittel, wurde, soweit ersichtlich, im Zuge der Entwürfe und Beratungen zur RStPO gar nicht mehr diskutiert.¹²⁷ Nach der flächendeckenden Abschaffung der Instanzenbindung in den Partikularrechten zwischen 1845 und 1877 erscheint das konsequent, denn die allgemeine Zulassung von Nova als Wiederaufnahmegrund liefe ebenfalls darauf hinaus, dass jedenfalls ein Freispruch nie endgültig wäre. In der Fassung der Motive von 1872 – nicht mehr in den Motiven von 1874 – findet sich am Ende der lapidare Satz:

„Auf Grund *neuer Thatsachen* läßt der Entwurf die Wiederaufhebung des Urtheils zum Nachtheil des Angeklagten in keinem Fall zu.“¹²⁸

Daraus ergibt sich das Bild, dass der Reichsjustizgesetzgeber den *ne bis in idem*-Grundsatz in der Weise verstanden hat, dass er einen grundsätzlichen Ausschluss der ungünstigen Wiederaufnahme verlangt, die lediglich ausnahmsweise in „beschränktem Umfang“¹²⁹ zulässig ist, wenn die Urteilsgrundlage an dem schweren Mangel einer nachgewiesenen (§ 364 StPO) Straftat leidet oder sich der Freigesprochene der Tat berührt und dadurch den Staat lächerlich macht.

Als unzutreffend erweist sich daher die Annahme des Gesetzgebers von 2021,¹³⁰ in § 362 Nr. 5 StPO liege eine Fortentwicklung des hinter Nr. 4 stehenden Gedankens,¹³¹ denn Nr. 4 beruht nicht auf der Beweisqualität des Novums, sondern auf der damit verbundenen Desavouierung der staatlichen Justiz. Die neue Vorschrift steht vielmehr in klarem Widerspruch zum erklärten Willen des Reichsjustizgesetzgebers, der bloß neue Tatsachen oder Beweismittel „in keinem Fall“ genügen lassen wollte. Unzutreffend ist auch die Annahme,¹³² in den Nummern 1 bis 3 des § 362 StPO seien bereits Nova zugelassen, die deshalb nicht kategorisch ausgeschlossen sein könnten. Alle Fälle des bisherigen § 362 StPO betreffen zwar neue Tatsachen oder Beweismittel, die aber alle neben ihrer Neuheit noch eine besondere Qualität aufweisen, nämlich zum einen belegen, dass das Verfahren in nachweislich (§ 364 StPO) strafbarer Weise manipuliert

¹²⁵ Hahn/Stegemann (Fn. 55), S. 264 (Hervorh. im Original).

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Frank (Fn. 54), S. 178. Im Schrifttum gab es nur noch vereinzelte Vorschläge in diese Richtung, so von Ortloff, GS 1871, 184, 186 ff. und vom sächsischen Generalstaatsanwalt Schwarze, GS 1873, 395, 406 ff.

¹²⁸ Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Strafprozeß-Ordnung, 1872, S. 240 (Hervorh. im Original).

¹²⁹ Ibid. S. 239.

¹³⁰ Oben Fn. 75.

¹³¹ So schon Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188, 189 zum damaligen, ebenso begründeten Gesetzentwurf.

¹³² Letzgus, FS Geppert, S. 785, 797; ähnl. Kubiciel, Schriftliche Stellungnahme (Fn. 68), S. 4; Zehetgruber, JR 2020, 157, 163 f.

wurde, das Urteil sich daher als *productum sceleris* darstellt, das keinen Bestand haben kann, zum anderen bei § 362 Nr. 4 StPO einen Verzicht auf den Schutz der Rechtskraft ausdrücken, der auch als Verwirkung gedeutet werden kann. Ein Schluss von diesen, wenn man so will, *qualifizierten* Nova auf die Zulässigkeit *schlichter* Nova wird von der Gesetzesgenese nicht nur nicht getragen, sondern wie gezeigt ausdrücklich verworfen.

Als Sinn und Zweck des *ne bis in idem*-Grundsatzes im reformierten deutschen Strafprozess ist demnach angesehen worden, der Endgültigkeit strafgerichtlicher Erkenntnisse den Vorrang gegenüber ihrer Perfektibilität einzuräumen. Darin liegt eine Abkehr von der Ansicht des gemeinen Rechts, dass die materielle Gerechtigkeit unbegrenzte Fehlerkorrektur gebiete, sogar zu Lasten des Freigesprochenen. Darin dürfte mehr als bloß¹³³ eine Lösung des „Konflikts zwischen den Grundsätzen der materialen Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit“¹³⁴ liegen, nämlich eine Anerkennung der negativen Rechtskraftwirkung als Freiheitsgewährleistung. Dieser Gedanke von *ne bis in idem* als Verteidigungs- und Freiheitsrecht, das alle zu Recht freigesprochenen Unschuldigen schützen soll, selbst wenn als unerwünschter Nebeneffekt auch einige Schuldige davon profitieren sollten, war schon zuvor in Frankreich verwirklicht worden. Zur Zeit der Schaffung der RStPO war der Ausschluss jeglicher belastenden Rechtskraftdurchbrechung aufgrund schlichter Nova genauso wie die Abschaffung der *absolutio ab instantia* jedenfalls zur diskussionslosen Selbstverständlichkeit geworden, so dass man darin durchaus einen Kernbestandteil dieses Grundsatzes erblicken kann.

(b) Zu fragen ist sodann, welche konkreten Missbräuche der Verfassungsgeber vor Augen hatte, die ihn zur Aufnahme des *ne bis in idem*-Grundsatzes in das Grundgesetz bewogen haben.

Im Parlamentarischen Rat ist mehrfach gefragt worden, ob man den Grundsatz überhaupt in die Verfassung aufnehmen müsse, weil er sich an sich von selbst verstehe. Der Abgeordnete *Zinn* hat darauf geantwortet:

„Man könnte daran denken, eine solche Bestimmung überhaupt wegzulassen. Aber der Satz muß herein, weil die Rechtsprechung der Nazizeit eine Ergänzungsmöglichkeit des Urteils entwickelt hat. Wenn beispielsweise jemand wegen einfachen Landfriedensbruch [sic] bestraft war, aber tatsächlich schweren Landfriedensbruch begangen hat, konnte das Urteil ergänzt werden. Dies bedeutet eine Durchbrechung des Grundsatzes der materiellen Rechtskraft. Aus diesem Grund war das in den Herrenchiemseer Entwurf hereingekommen.“¹³⁵

„Die Rechtsprechung der Nazizeit hat in Durchbrechung des Grundsatzes der materiellen Rechtskraft des Urteils die sogenannte Urteilsergänzung entwickelt. Aus diesem Grund ist der Satz in den Herrenchiemseer Entwurf geraten.“¹³⁶

Die Fortsetzung eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens nach Bekanntwerden neuer Tatsachen oder Beweismittel sowohl zu Gunsten als auch zu Ungunsten des Angeklagten ist schon vom Beginn der „völkischen Rechtserneuerung“ an – die Arbeiten an einer Strafprozessreform begannen 1933¹³⁷ – propa-

¹³³ Die Ansicht, dass in den Wiederaufnahmegründen nur ein Konflikt zwischen formeller und materieller Gerechtigkeit vorliege, marginalisiert den subjektiven Gewährleistungsgehalt, dazu *Grünwald*, Teheran-Beiheft ZStW 86 (1974), 94, 103 f., 106; SK-StPO/*Frister*, Vor § 359 Rn. 1 ff.; *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101, 102 ff.; *Neumann*, FS Jung, S. 655, 662 ff.

¹³⁴ Vgl. BVerfGE 22, 322, 329; BVerfG NJW 1993, 2735, 2736; 2007, 207.

¹³⁵ *Zinn* (Fn. 49), S. 1465.

¹³⁶ *Zinn* (Fn. 49), S. 1472.

¹³⁷ Dazu *Frank* (Fn. 54), S. 221 ff.

giert worden. Die Begründung entspricht derjenigen, die der Analogienovelle von 1935¹³⁸ zugrundeliegt, die das Gesetzlichkeitsprinzip abgeschafft und die Rechtsfindung nach „gesundem Volksempfinden“ und dem Grundgedanken eines vom Wortlaut her nicht passenden Strafgesetzes zugelassen hat, nämlich die „Verwirklichung wahrer Gerechtigkeit“, die die „materielle Gerechtigkeit“ an die Stelle der formellen Gerechtigkeit „liberalistischen“ Rechtsdenkens setzt.¹³⁹ Gefordert wurde aus diesem Grunde, weil es „nur eine Gerechtigkeit“ geben könne,¹⁴⁰ die Gleichstellung der Gründe begünstigender und belastender Wiederaufnahme, die insbesondere bei Nova zulässig sein sollte,¹⁴¹ obschon zugleich betont wurde, dass am Institut der Rechtskraft festzuhalten sei und die Wiederaufnahme stets Ausnahmecharakter trage, weil eine Änderung des Urteils mit einem „sehr hohem Grade an Wahrscheinlichkeit“ zu erwarten sein müsse¹⁴². Zum Teil wurde auch vorgeschlagen, die Wiederaufnahmemöglichkeit je nach der „Schwere des Verbrechens“ und der „Strafwürdigkeit des Verbrechers“ zu begrenzen.¹⁴³ Bisweilen war die Rede von der „Unantastbarkeit des Grundsatzes“ der Rechtskraft und bloß „seiner ausnahmsweisen Durchbrechung in bestimmten Einzelfällen“.¹⁴⁴ Eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten dürfe nur, müsse aber auch in den Fällen zugelassen werden, in denen es für das Gerechtigkeitsempfinden des Volkes „unerträglich“ sei, dass keine Strafe verhängt wurde.¹⁴⁵

So hieß es in der Begründung des Entwurfs einer Strafverfahrensordnung und einer Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung von 1939:

„Das Verlangen der Volksgemeinschaft nach Rechtssicherheit und Rechtsfrieden und die Achtung vor dem Richterspruch gebieten, daß nach Erschöpfung des ordentlichen Rechtsmittelzuges eine erneute Erörterung der Sache grundsätzlich ausgeschlossen sein muß. Das Gerechtigkeitsempfinden des Volkes verlangt aber, daß ein Urteil, das schwere Ungerechtigkeiten enthält, auch nach Eintritt der Rechtskraft geändert wird. In diesem Widerstreit zwischen Rechtskraft und Gerechtigkeit wählt der Entwurf eine Lösung, die einerseits die Beseitigung materieller Ungerechtigkeiten ermöglicht, andererseits aber starke Sicherungen gegen voreilige und zu weitgehende Einbrüche in die Rechtskraft vorsieht.“¹⁴⁶

„Im bisherigen Recht ... Diese Regelung, mit der die Verfahrensordnung einseitig den „Schutz“ des Einzelnen vor dem Zugriff der Strafgewalt dient, ist mit den heutigen Anschauungen nicht mehr vereinbar. Wichtiger als die – vorwiegend zum Schutz des Beschuldigten gedachte – formale Rechtskraft ist das Verlangen der Volksgemeinschaft nach Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit. Diese Gerechtigkeit ist einheitlich und unteilbar, sie ist die gleiche bei Entscheidungen zugunsten wie bei Entscheidungen zuungunsten des Angeklagten. Der Weg zur Findung

¹³⁸ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28.6.1935, RGBI 1935 I, 839.

¹³⁹ Zur Analogienovelle s. nur *Gürtner*, Von der Entstehung des nationalsozialistischen Strafrechts, in: *Gürtner/Freisler* (Hrsg.), *Das neue Strafrecht*, 1936, S. 22 f.

¹⁴⁰ *Freisler*, DJ 1937, 730, 731.

¹⁴¹ *Freisler*, DStR 1935, 228, 236 f.; *ders.*, DJ 1937, 730 ff.; *Siegert*, DStR 1935, 283, 288; *Dahm*, DR 1936, 34, 41; *Nagler*, ZAkDR 1939, 371, 372 f.; *Doerner*, in: *Gürtner* (Hrsg.), *Das kommende deutsche Strafverfahren*. Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission, 1938, S. 428, 430 ff.; w. Nachw. bei *Frank* (Fn. 54), S. 235 ff. Zu den wenigen Gegnern gehörte *Graf zu Dohna*, DStR 1936, 16, 22; *ders.*, DStR 1937 201 ff., der vor einer völligen Preisgabe der Rechtskraft und Rückkehr zur *absolutio ab instantia* warnte; ebenso *Kohlrausch* (Fn. 73).

¹⁴² *Doerner* (Fn. 141), S. 431, 433.

¹⁴³ *Siegert*, DStR 1935, 283, 290.

¹⁴⁴ *Niederreuther*, DJ 1938, 1752, 1753, 1755.

¹⁴⁵ So *Freisler* in der 30. Sitzung der Großen Strafprozeßkommission vom 10.5.1937, Protokoll S. 8, 17, abgedr. bei *Schubert/Regge/Rieß/Schmid* (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*, III. Abt., Band 2, Teil 2 (hrsg. von Schubert), 1992, S. 79, 88.

¹⁴⁶ Entwurf einer Strafverfahrensordnung und einer Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung, Zweite Lesung, 14.2.1939, Begründung, S. 169, abgedr. bei *Schubert/Regge/Rieß/Schmid* (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*, III. Abt., Band 1 (hrsg. von Schubert), 1991, S. 540.

der Gerechtigkeit darf daher nicht erschwert werden, wenn die Gerechtigkeit sich zuungunsten des Täters auswirken würde.“¹⁴⁷

Tatsächlich ist die materielle Rechtskraft von Strafsachen während der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft dann auf vier verschiedenen Wegen beschränkt bzw. durchbrochen worden. In chronologischer Reihenfolge:

(i) Ohne jegliche gesetzliche Grundlage begann die Rechtsprechung die Rechtskraft von Verurteilungen einzuschränken, wenn neue Hinweise eine schärfere Bestrafung ermöglichten. So wurden von den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zum Umfang des Strafklageverbrauchs Ausnahmen zugelassen, wenn sonst „das Rechtsempfinden in schwerster Weise verletzt würde“, „wegen schreienden Gegensatzes zwischen Theorie und gesundem Rechtsempfinden“:¹⁴⁸

„Der Satz des „ne bis in idem“ kann die materielle Gerechtigkeit nicht aufhalten.“¹⁴⁹

Es sind offenbar diese Fälle, die *Zinn* in den oben zitierten Äußerungen vor Augen hatte.

(ii) Die geplante umfassende Strafprozessreform ist nie verwirklicht worden. Aus dem Entwurf 1939 herausgelöst und noch 1939 separat umgesetzt¹⁵⁰ wurde als Ausfluss der Gerichtsherreneigenschaft des „Führers“ der „Außerordentliche Einspruch“, den der Oberreichsanwalt binnen sechs Monaten nach Eintritt der Rechtskraft beim Reichsgericht oder beim Volksgerichtshof erheben konnte, wenn er „wegen schwerwiegender Bedenken gegen die Richtigkeit des Urteils eine neue Verhandlung und Entscheidung in der Sache für notwendig hält“. Erfasst wurden auch Nova. Benutzt wurde der Rechtsbehelf eher selten und überwiegend zur mitunter drastischen Strafschärfung.¹⁵¹

(iii) Ebenfalls aus dem Entwurf 1939 herausgelöst und einzeln positiviert wurde die „Nichtigkeitsbeschwerde“,¹⁵² mit der in der 1942 erweiterten Gestalt¹⁵³ der Oberreichsanwalt binnen eines Jahres nach

¹⁴⁷ Ibid. S. 541.

¹⁴⁸ OLG München DJ 1938, 724 f. m. w. Nachw.; Volksgerichtshof DJ 1938, 1193 (rechtskräftige Verurteilung wegen Paßvergehens steht neuer Verurteilung wegen Landesverrats, begangen durch dieselbe Handlung, nicht entgegen, weil „einem gesunden Rechtsempfinden und dem Staatsinteresse entsprechend“); dazu *Niederreuther*, DJ 1938, 1752, 1754 f.; *Schwarze*, DStR 1939, 89, 96 ff.; s.a. Volksgerichtshof DJ 1941, 1077; DR 1942, 1137 (jeweils Verurteilung zum Tode wegen Landesverrats trotz vorheriger rechtskräftiger Verurteilung zu Gefängnisstrafen wegen derselben Tat aufgrund minderer Tatbestände).

¹⁴⁹ OLG München DJ 1938, 724, 725.

¹⁵⁰ Durch Art. 2 §§ 3–7 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmachtstrafverfahrens und des Strafgesetzbuchs vom 16.9.1939, RGBl. 1939 I, 1841, 1842.

¹⁵¹ Dazu *Broichmann*, Der außerordentliche Einspruch im Dritten Reich – Urteilsaufhebung durch den „Führer“, 2014; *Hanne*, Rechtskraftdurchbrechungen von Strafentscheidungen im Wechsel der politischen Systeme, 2005, S. 71 ff.; *Wagner*, in: Weinkauff/Wagner (Hrsg.), Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, in: Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte, Band 16/1, 1968, S. 189, 268 ff.

¹⁵² Art. 5 § 34 der Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte, der Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtliche Vorschriften vom 21.2.1940, RGBl. 1940 I, 405, 410: „Gegen rechtskräftige Urteile des Amtsgerichts, der Strafkammer und des Sondergerichts kann der Oberreichsanwalt beim Reichsgericht binnen eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft die Nichtigkeitsbeschwerde erheben, wenn das Urteil wegen eines Fehlers bei der Anwendung des Rechts auf die festgestellten Tatsachen ungerecht ist.“

¹⁵³ Art. 7 § 2 der Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 13.8.1942, RGBl. 1942 I, 508, 509; „Der Oberreichsanwalt beim Reichsgericht kann die Nichtigkeitsbeschwerde erheben, wenn die Entscheidung wegen eines Fehlers bei der Anwendung des Rechts ungerecht ist oder wenn erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der in der Entscheidung festgestellten Tatsachen oder gegen den Strafausspruch bestehen ...“.

Rechtskraft auch Nova zuungunsten des Angeklagten geltend machen konnte, und von der reichlich Gebrauch gemacht wurde.¹⁵⁴

(iv) Die Vorschriften über die Wiederaufnahme wurden erst 1943 durch die 3. Vereinfachungsverordnung¹⁵⁵ im geplanten Sinne verändert. § 359 StPO erhielt folgende Fassung:

„Ein durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenes Verfahren wird wieder aufgenommen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder verbunden mit den früheren geeignet sind,

1. die Freisprechung eines Verurteilten oder eine wesentlich mildere Ahndung oder statt der Verurteilung die Einstellung des Verfahrens zu begründen,
2. die Verurteilung eines Freigesprochenen oder eine wesentlich strengere Ahndung oder statt der Einstellung des Verfahrens die Verurteilung des Angeklagten zu begründen,
3. eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Sicherung und Besserung herbeizuführen.

Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ist nur zulässig, wenn die neue Verfolgung zum Schutze des Volkes notwendig ist.“

Es ist unbekannt, ob der Verfassungsgeber auch diese weiteren Möglichkeiten zur Durchbrechung der Rechtskraft vor Augen gehabt hat. Da diese Instrumente mindestens ebenso notorisch waren wie die freihändige Rechtskraftbeschränkung der Rechtsprechung, spricht einiges dafür. Jedenfalls aber ist es zur Vermeidung von Inkonsistenz geboten, die Konstitutionalisierung des Grundsatzes *ne bis in idem* darauf zu erstrecken, weil es nur ein konstruktiver Unterschied ist, ob eine neue Verfolgung durch Verengung des Rechtskraftumfangs oder durch die Durchbrechung der Rechtskraft ermöglicht wird.

Da der nationalsozialistische Gesetzgeber am Grundsatz der Rechtskraft festhalten und lediglich den „Widerstreit zwischen Rechtskraft und Gerechtigkeit“ in „unerträglichen“ Fällen anders lösen wollte als der „liberale“ Reichsjustizgesetzgeber, spricht weiterhin einiges dafür, dass der Verfassungsgeber solchen Überlegungen – die 1935 auch zur Aufhebung des *Nulla poena*-Satzes geführt hatten – ähnlich wie in Art. 103 Abs. 2 GG nun durch eine strikt formalisierte Regel ohne Gesetzesvorbehalt einen Riegel vorschieben, mithin mit Art. 103 Abs. 3 GG die belastende Wiederaufnahme *propter nova* gänzlich untersagen wollte. Für eine im Schrifttum propagierte, der Vorschrift angeblich immanente „Unerträglichkeitsgrenze“¹⁵⁶ spricht daher nichts, im Gegenteil, da die Durchbrechungen der Rechtskraft im Dritten Reich ebenfalls mit der „unerträglichen“ Beeinträchtigung des Rechtsempfindens¹⁵⁷ gerechtfertigt wurden.

2. Art. 3 Abs. 1 GG

Die neue Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO könnte zudem gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, indem sie wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich und wesentlich ungleiche gleich behandelt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gebietet der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG,

¹⁵⁴ Dazu *Wagner* (Fn. 151), S. 271 ff.; *Hanne* (Fn. 151), S. 83 ff.

¹⁵⁵ Dritte Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29.5.1943, RGBl. 1943 I, 342, 345.

¹⁵⁶ So insb. *Maunz/Dürig*, GG, 2. Aufl. 1960, Art. 103 Abs. 3 Rn. 131 f.

¹⁵⁷ Vgl. *Freisler* (Fn. 145).

„wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 120, 1 [29]; 122, 210 [230]; 129, 49 [68]; st.Rspr.). Hieraus ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (vgl. BVerfGE 126, 400 [416]; 127, 263 [280]; st.Rspr). Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.

Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfGE 129, 49 [68 f.]; 130, 131 [142]).

Eine strengere Bindung des Gesetzgebers ist insbesondere anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen umso mehr verschärfen, je weniger die Merkmale für Einzelne verfügbar sind (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]; 129, 49 [69]) oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (vgl. BVerfGE 124, 199 [220]; 129, 49 [69]). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich auch aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]; 129, 49 [69]; 130, 131 [142]). Im Übrigen hängt das Maß der Bindung unter anderem davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Kriterien zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird (BVerfGE 129, 49 [69] m.w.N.).¹⁵⁸

Da die Folgen einer – auch schon bloß erwarteten – Wiederaufnahme erhebliche Eingriffe in die Grundrechte des erneut Verfolgten durch die Zwangsmittel des Strafverfahrensrechts, von Art. 2 Abs. 1 GG über Art. 10, 13 GG und Art. 2 Abs. 2 GG (Untersuchungshaft), bis hin zur Verurteilung zu Freiheitsstrafe nach sich ziehen können, erscheint hier eine strengere Bindung des Gesetzgebers geboten. Ob sich Nova ergeben, hängt in der Regel auch nicht vom Verhalten der Betroffenen ab.

a) Ein Gleichheitsverstoß kommt zum einen in Betracht hinsichtlich der Beschränkung der Wiederaufnahme auf Fälle des Freispruchs. Der Gesetzgeber hat diese Differenzierung wie folgt begründet:

„Die Grenzen einer Wiederaufnahme würden anderenfalls zu verschwimmen drohen. Eine fehlerhafte Verurteilung wegen einer minderschweren Tat beeinträchtigt das Rechtsempfinden zu dem nicht so sehr wie das völlige Ausbleiben einer Sanktion.“¹⁵⁹

Der zweite Satz ist zweifelhaft. Fälle von sich im Nachhinein als viel zu milde erweisender Bestrafung lassen sich ebenfalls als „unerträglicher Gerechtigkeitsverstoß“ darstellen. Schon *Binding* sah in der Unmöglichkeit der Wiederaufnahme etwa einer Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung, wenn nachher der Mordvorsatz klar zutage tritt und kein Grund nach § 362 Nr. 1 bis 4 StPO vorliegt, „eine schreiende Ungechtigkeit“.¹⁶⁰ Das Kriterium des „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoßes“ bzw. der „Beeinträchtigung des Rechtsempfindens der Bevölkerung“ ist nicht empirischer Natur, sondern wertend, weist aber selbst keine definierte Binnenstruktur auf, die Abstufungen der Wertung nachvollziehbar macht. Ein Sachgrund ist daher nicht erkennbar. Ob Freispruch oder Verurteilung wegen eines anderen, das tatsächlich verwirklichte Unrecht aber nicht ansatzweise ausschöpfenden Delikts erfolgt, unterliegt dem Zufall der Beweislage; insofern erscheint die Differenzierung in doppelter Hinsicht willkürlich.

¹⁵⁸ BVerfGE 133, 1, 14 Rn. 44 f.

¹⁵⁹ BT-Drs. 19/30399 S. 10.

¹⁶⁰ *Binding* (Fn. 78), S. 339 f.

Der erste Satz begründet die Grenzziehung mit der Notwendigkeit einer Grenzziehung, also die Differenzierung mit der Notwendigkeit der Differenzierung, somit nicht mit einem Sachgrund, und ist daher unbeachtlich.

b) Unter Gleichheitsgesichtspunkten problematisch erscheint auch die Auswahl der Straftatbestände, deren Verdacht eine Wiederaufnahme erlaubt: § 211 StGB, § 6 Abs. 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 und § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB. Wie oben angesprochen, hat der Gesetzgeber als Auswahlkriterien die Androhung der Höchststrafe, die Unverjährbarkeit und den Lebensschutz angeführt.¹⁶¹ Folgende Differenzierungen geben zu Zweifeln Anlass:

aa) So sind einige auch mit der Höchststrafe bedrohte, auch dem Lebensschutz dienende Straftatbestände nicht erfasst wie §§ 178, 212 Abs. 2, §§ 251, 306c StGB. Diese Delikte unterliegen jedoch nach 30 Jahren der Verfolgungsverjährung, § 78 Abs. 3 Nr. 1 StGB. Wie oben¹⁶² dargelegt, ist die Unverjährbarkeit aber weder eine Funktion noch ein konsistentes Merkmal von Unrechtsschwere, also kein tauglicher Sachgrund. Dies gilt insbesondere für den Zeitraum, in dem die Verjährung noch läuft.¹⁶³ Hier wird Gleiches ohne zureichenden Grund ungleich behandelt.

bb) Der Strafbestand der vorsätzlichen Tötung einer geschützten Person nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–6, Abs. 2 Satz 2 VStGB ist auch mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht und unverjährbar (§ 5 VStGB). Eine Begründung dafür, warum dieser Tatbestand nicht in § 362 Nr. 5 StPO aufgezählt wird, fehlt. Hier wird wesentlich Gleiches ohne Sachgrund ungleich behandelt.

cc) Die § 6 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 VStGB und § 7 Abs. 1 Nr. 2 VStGB sind zwar unverjährbar, setzen aber keinen Todeserfolg voraus. Warum diese Tatbestände einbezogen sind, ist sachlich nicht erklärbar.

dd) Hält man die Einbeziehung von § 6 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 VStGB und § 7 Abs. 1 Nr. 2 VStGB für zulässig, so fragt sich, warum dann die Zufügung schwerer seelischer oder körperlicher Schäden unter § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB als Tatbestandsalternative des Völkermords erfasst wird, aber nicht die Zufügung schwerer seelischer oder körperlicher Schäden als Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter § 7 Abs. 1 Nr. 8 VStGB. Ein Sachgrund hierfür ist nicht ersichtlich.

Insgesamt verstößt die Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Eine dem Gleichheitssatz genügende Fassung des § 362 Nr. 5 StPO müsste wenigstens alle mit der Höchststrafe bedrohten, auch dem Lebensschutz dienenden Straftatbestände umfassen.¹⁶⁴ Vorschläge für die Einbeziehung weiterer schwerer Delikte wie Entführungen, Körperverletzungen und Sexualdelikte sind im Schrifttum bereits gemacht worden.¹⁶⁵ Je weiter § 362 Nr. 5 StPO jedoch gefasst würde, desto mehr würde der Kernbereich des Grundsatzes *ne bis in idem* verletzt.

¹⁶¹ BT-Drs. 19/30399 S. 9.

¹⁶² Bei Fn. 28.

¹⁶³ *Arnemann*, StraFo 2021, 442, 446 f.

¹⁶⁴ Zu den Schwierigkeiten konsistenter Grenzziehung s. schon *J. Meyer* (Fn. 29), S. 83 f.

¹⁶⁵ *Hörnle*, GA 2022, 184, 194. Zuvor schon *Schöch*, FS Maiwald, S. 769, 775 ff.: alle vollendeten Schwurgerichtsdelikte (§ 74 Abs. 2 GVG).

III. Ergebnis

§ 362 Nr. 5 StPO verstößt gegen Art. 103 Abs. 3 GG, weil das ausnahmslose Verbot von ungünstigen Wiederaufnahmen wegen *schlichter* Nova angesichts der geschichtlichen Erfahrungen zum wesentlichen Inhalt dieses vorbehaltlos gewährleisteten Prozessgrundrechts gehört.

§ 362 Nr. 5 StPO verstößt ferner gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil in der Beschränkung auf Freisprüche und in der Auswahl der Straftatbestände, deren Verdacht ein neues Strafverfahren eröffnet, mehrfach Gleiches ohne Sachgrund ungleich und Ungleiches gleich behandelt wird.