

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen § 362 Nr. 5 StPO

Jonas von Zons, M. iur.

BVerfG, Urt. v. 31. Oktober 2023 – 2 BvR 900/22

Art. 1, 2, 20, 93, 103 GG; §§ 13, 22, 23, 90, 92, 93 BVerfGG; § 362 StPO

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)

Im Jahr 1981 ist eine 17-Jährige in der Nähe von Celle auf dem Rückweg von einer Orchesterprobe vergewaltigt und ermordet worden. Der Tatverdächtige I wird damals angeklagt, letztlich jedoch aus Mangel an Beweisen freigesprochen. Im Jahr 2012 kommt eine DNA-Analyse schließlich zu dem Ergebnis, dass das im Slip des Tatopfers gefundene Sekret höchstwahrscheinlich von I stammt. Derartige Methoden existierten zu Beginn der 1980er-Jahre noch nicht. Der Vater der getöteten Frederike initiiert daraufhin im Jahr 2015 eine Petition, die mehr als 180.000 Unterschriften erhält. Dies nahm der Bundesgesetzgeber zum Anlass, die bisher vier Wiederaufnahmetatbestände des § 362 StPO um eine fünfte Ziffer zu ergänzen, die wie folgt lautete:

„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.“

Ähnliche Vorstöße für eine Reform der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen hat es in der Vergangenheit bereits mehrfach gegeben, sie blieben aber erfolglos. Anders jedoch dieser Versuch: Das formell verfassungsgemäße „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ ist im Juni 2021 vom Deutschen Bundestag beschlossen worden und trat am 30.12.2021 in Kraft. Im Februar 2022 beantragt die zuständige StA beim LG Verden die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des I sowie den Erlass eines Haftbefehls. Das Gericht erklärte den Wiederaufnahmeantrag für zulässig und ordnete Untersuchungshaft gegen den I auf Grundlage der Haftgründe der Schwerekriminalität (§ 112 Abs. 3 StPO) und Fluchtgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO) an. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des I ist vom OLG Celle verworfen worden.

I erhebt daraufhin gegen diese Beschlüsse Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht.

Hat die Verfassungsbeschwerde des I Aussicht auf Erfolg?

EINORDNUNG

Kurz vor Ende der vergangenen Legislaturperiode beschloss der Deutsche Bundestag in einem eher unscheinbaren Verfahren eine folgenschwere Änderung des Strafprozessrechts: § 362 StPO wurde um einen neuen Tatbestand erweitert, der die Wiederaufnahme des Strafverfahrens ermöglichte, sofern neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden. Anlass für die Erweiterung war der Fall der vergewaltigten und ermordeten Frederike von Möhlmann, der Anfang der 1980er-Jahre die Bundesrepublik erschütterte. Eine derartige Modifikation war bereits Gegenstand früherer Gesetzesentwürfe der vergangenen Jahrzehnte, die gleichwohl allesamt aufgegeben wurden.¹ Das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“² ist vor diesem Hintergrund in der Literatur bereits zuvor heftig kritisiert worden. Nachdem das BVerfG den die Anordnung der Untersuchungshaft durch das LG Verden bestätigenden Beschluss des OLG Celle³ im vergangenen Jahr im Wege einer einstweiligen Anordnung außer Vollzug gesetzt hatte,⁴ erklärte der Zweite Senat in einem Grundsatzurteil nun auch § 362 Nr. 5 StPO für verfassungswidrig. Art. 103 Abs. 3 GG bildet den Schwerpunkt der Entscheidung. Das *ne bis in idem*-Grundrecht zählte bisher in der Klausurbearbeitung zugegebenermaßen zu den Grundrechten der „letzten Reihe“, auch deshalb galt es als dogmatisch wenig erschlossen. Durch die Kontroverse um die streitgegenständliche StPO-Novelle ist es allerdings in den Fokus der Aufmerksamkeit gerückt und das hier besprochene Urteil des BVerfG hat Klarheit geschaffen.

LEITSÄTZE

1. Das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG enthält kein bloßes Mehrfachbestrafungsverbot, sondern ein Mehrfachverfolgungsverbot, das Verurteilte wie Freigesprochene gleichermaßen schützt.
2. Es entfaltet seine Wirkung auch gegenüber dem Gesetzgeber, wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft.
3. Das in Art. 103 Abs. 3 GG statuierte Mehrfachverfol-

gungsverbot trifft eine Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit. Diese Vorrangentscheidung steht einer Relativierung des Verbots durch Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang nicht offen, sodass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts insoweit kein Gestaltungsspielraum zukommt.

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

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

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

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde des I

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit des und Rechtsweg zum BVerfG
2. Beschwerdeberechtigung
3. Beschwerdegegenstand
4. Beschwerdebefugnis
5. Rechtswegerschöpfung
6. Subsidiarität
7. Form und Frist
8. Zwischenergebnis

II. Begründetheit

1. Vorbemerkung und Prüfungsmaßstab
2. Verletzung des Mehrfachverfolgungsverbotese
 - a) Schutzbereich

¹ Sehr ähnliche Änderungsvorschläge finden sich in einem Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion aus dem Jahr 1993 (BT-Drucks. 12/6219) sowie von 1996 (BT-Drucks. 13/3594), auch der Bundesrat brachte ähnliche Vorschläge im Jahr 2008 (BT-Drucks. 16/7957 = BR-Drucks. 655/07) sowie erneut 2010 (BR-Drucks. 222/10) ein, dort allerdings mit einer Eingrenzung auf „wissenschaftlich anerkannte technische Untersuchungsmethoden“. Vgl. zu noch älteren Reformbestrebungen auch Deml, Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1979, S. 135ff. und solchen allgemein zum Wiederaufnahmerecht Hanack, Zur Reform des Rechts der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß, JZ 1973, 393 (394ff.).

² BGBl. I 2021, 5252f.

³ OLG Celle StV 2022, 492.

⁴ BVerfG NJW 2022, 2389.

- b) Eingriff
- c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
 - aa) Bisheriger Meinungsstand im Schrifttum
 - bb) Position des BVerfG
 - cc) Bewertung der Neuregelung
 - dd) Zwischenergebnis
- d) Zwischenergebnis
- 3. Zwischenergebnis
- 4. Verletzung des Rückwirkungsverbotes
 - a) Prüfungsmaßstab
 - b) Bewertung
- 5. Zwischenergebnis
- IV. Zwischenergebnis
- B. Gesamtergebnis

A. Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde des I hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

I. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde müsste zunächst zulässig sein.

1. Zuständigkeit des und Rechtsweg zum BVerfG

Die Zuständigkeit des und der Rechtsweg zum BVerfG ergibt sich für Verfassungsbeschwerden aus § 13 Nr. 8a BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.

2. Beschwerdeberechtigung

I ist als natürliche Person „jedermann“ i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und damit tauglicher Beschwerdeführer. Zu beachten ist, dass I sich in einer mündlichen Verhandlung gem. § 22 Abs. 1 BVerfGG a.E. durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen muss.

3. Beschwerdegegenstand

Ebenso besteht in Form des gegen I gerichteten Beschlusses des OLG Celle auch gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ein tauglicher Beschwerdegegenstand in Gestalt eines Judikativaktes. Statthaft ist damit eine Urteilsverfassungsbeschwerde.

4. Beschwerdebefugnis

I müsste überdies beschwerdebefugt sein, § 90 Abs. 1 BVerfGG bzw. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Das ist der Fall, wenn die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung durch den angegriffenen Hoheitsakt besteht und er von letzterem auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar be-

troffen ist.

Als rügefähige Grundrechtspositionen kommen das Mehrfachverfolgungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 GG sowie das allgemeine Rückwirkungsverbot aus Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 103 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG in Frage.

I ist durch die Anordnung der Untersuchungshaft durch das LG Verden sowie deren Bestätigung durch das OLG Celle auch selbst, gegenwärtig (= schon und noch) und unmittelbar, d. h. ohne weitere Zwischenakte, betroffen.

I ist folglich beschwerdebefugt.

5. Rechtswegerschöpfung

I hat mit der Beschwerde an das OLG Celle den Rechtsweg erschöpft, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Weitere Rechtsbehelfe existieren nicht.

6. Subsidiarität

Ferner sind die Anforderungen an die formelle Subsidiarität gewahrt, denn es kommt kein Rechtsbehelf – auch kein solcher außerhalb des Instanzenzuges – in Frage, mit dem I sich mit Blick auf die behauptete Grundrechtsverletzung Abhilfe verschaffen könnte. Insbesondere ist keine Anhörrüge statthaft, denn I rügt keine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG. Ebenso verhält es sich für die materielle Subsidiarität, denn I hat bereits in den fachgerichtlichen Verfahren verfassungsrechtlich vorgetragen.

7. Form und Frist

Die Verfassungsbeschwerde ist form- und fristgerecht eingelegt worden, §§ 23 Abs. 1, 92, 93 Abs. 1 BVerfGG.

8. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des I ist zulässig.

II. Begründetheit

Die Urteilsverfassungsbeschwerde müsste ferner begründet sein.

1. Vorbemerkung und Prüfungsmaßstab

Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz. Es prüft nicht die richtige Anwendung des einfachen Rechts, sondern nur, ob eine verfassungsspezifische Verletzung

vorliegt. Das ist der Fall, wenn die gerichtliche Entscheidung auf einer verfassungswidrigen Norm beruht (Normfehler) oder Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung und Tragweite eines Grundrechts beruhen (Anwendungsfehler). In Betracht kommt vorliegend einzig ein Normfehler in Gestalt einer möglichen Verfassungswidrigkeit des § 362 Nr. 5 StPO.

2. Verletzung des Mehrfachverfolgungsverbot

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung des Mehrfachverfolgungsverbot (Art. 103 Abs. 3 GG).

a) Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich des Mehrfachverfolgungsverbot eröffnet sein. Dem Wortlaut nach umfasst die *ne bis in idem*-Garantie des Grundgesetzes lediglich ein Mehrfachbestrafungsverbot. Das BVerfG dehnt den Schutzbereich in Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung und der vorherrschenden Auffassung im Schrifttum auf ein Mehrfachverfolgungsverbot aus,⁵ welches bereits durch die Einleitung eines erneuten Strafverfahrens tangiert ist. Der persönliche Schutzbereich erstreckt sich folglich nicht nur auf Verurteilte, sondern auch auf Freigesprochene.

Hierfür spricht einerseits die Bedeutung der Rechtspraxis im „Dritten Reich“ als Kontrastfolie des Grundgesetzes, die sich insbesondere anhand der Wortbeiträge im Zuge der Beratungen des Parlamentarischen Rates rekonstruieren lässt, die dies als primäre Erwägung zur Konstitutionalisierung des Grundsatzes im Grundgesetz herausstellen.⁶ Neben den Rekurs auf den Willen des Verfassungsgebers treten objektiv-teleologische Erwägungen mit einem Wechsel in die Perspektive des Bürgers: Art. 103 Abs. 3 GG dient auch dem Schutz des Grundrechtsträgers vor den Belastungen einer strafrechtlichen Verfolgung und einer

öffentlichen Stigmatisierung durch ein damit einhergehendes antizipiertes Unwerturteil einer Inkulpatation.⁷ Das Mehrfachverfolgungsverbot erhält also eine persönlichkeitsrechtliche Facette und dient ferner allgemein der Rechtssicherheit der Person. Die Bezeichnung als „grundrechtsgleiches Recht“⁸ darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich um ein echtes Individualgrundrecht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung handelt.

b) Eingriff

Die Erweiterung der Möglichkeit der Wiederaufnahme des Strafverfahrens stellt einen Eingriff in Art. 103 Abs. 3 GG dar.

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist indes, ob ein solcher Eingriff in das Mehrfachverfolgungsverbot verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

aa) Bisheriger Meinungsstand im Schrifttum

Diese Frage blieb bisher ungeklärt und ist im Schrifttum im Vorfeld der Entscheidung kontrovers diskutiert worden. Dort haben sich dazu mit Blick auf die ungünstige Wiederaufnahme des Strafverfahrens im Wesentlichen drei Meinungsgruppen herausgebildet: Diese reichen einerseits von einer vollständigen und konsequenten Abwägungsresistenz des Art. 103 Abs. 3 GG und damit der Verfassungswidrigkeit des gesamten § 362 StPO⁹ über eine – heute freilich seltener vertretene – Versteinerung der vorkonstitutionellen Wiederaufnahmegründe des ehemaligen § 402 RStPO (heute § 362 StPO) auf Ebene der Verfassung¹⁰ bis hin zu einer generellen Offenheit des Art. 103 Abs. 3 GG für die Rechtfertigung von Eingriffen im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht, in concreto etwa mit dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit in

⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 58ff., Ls. 1. Aus der Lit. Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, 85. EL 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 61 m. w. N.; a. A. nur etwa Letzgas, Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten bei neuen Tatsachen und Beweismitteln, NStZ 2020, 717 (718f.) und Hoven, Die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen – Eine Kritik der Kritik, JZ 2021, 1154 (1157).

⁶ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 61ff.

⁷ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 69.

⁸ So nun z. B. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 56, Ls. 1.

⁹ So unlängst statt vieler Brade, Der Grundsatz »ne bis in idem«, Art. 103 Abs. 3 GG, AöR 2021, 130 (170f.) und Gröbl, Die strafprozessuale Wiederaufnahme in malam partem und das Verfassungsrecht, ZJS 2022, 1 (6).

¹⁰ Früher wohl BVerfGE 3, 248 (252); 12, 62 (66); BGHSt 3, 13 (16); 5, 323 (328f., 331); Hill, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 156 Rn. 72; Feilcke, Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten, in: Miebach/Homann, Wiederaufnahme in Strafsachen, 2016, Rn. 4; nicht ausdrücklich, wohl aber in der praktischen Konsequenz Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32.

Gestalt einer Unerträglichkeitsgrenze.¹¹ Das Mehrfachverfolgungsverbot unterläge somit verfassungsimmanenten Schranken. Dieser Position schlossen sich die Richter Müller und Langenfeld im Sondervotum des Urteils an,¹² das den „im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden staatlichen Strafanspruch“¹³ als konfligierenden Belang in Stellung bringt.

Hiernach wäre zu prüfen, ob sich der Eingriff in den Schutzbereich des Mehrfachverfolgungsverbot durch ein Rechtsgut von Verfassungsrang auch in Form einer Kontrolle am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen lässt.¹⁴ Hierfür spreche zum einen, dass allein ein einschränkungsloser Wortlaut noch nicht zwingend zu einer generellen Abwägungsresistenz führt. Dies steht umso mehr im Vergleich mit anderen Grundrechten, man denke etwa an die Glaubensfreiheit.¹⁵ Andererseits habe der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der *ne bis in idem*-Garantie einen Gestaltungsspielraum zur Abwägung von Rechtsfrieden bzw. Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit, der andernfalls übermäßig beschnitten werde.¹⁶ Ergänzend tritt in jüngerer Zeit eine Rechtfertigung mit dem seitens des BVerfG auf Grundlage der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG (unter Umständen auch Art. 6 Abs. 1, 2 GG) entwickelte Anspruch auf effektive Strafverfolgung hinzu.¹⁷ Das Gericht lehnt einen Rekurs auf diese Figur im Kontext der Wiederaufnahme gleichwohl mit Recht ab, denn ein solcher Anspruch erstreckt sich nur auf die Verfolgung einer Straftat als solche, nicht aber auf die Herbeiführung eines bestimmten Ergebnisses.¹⁸

bb) Position des BVerfG

Das BVerfG hat sich zur *ne bis in idem*-Garantie kaum geäußert. Vor allem eine Entscheidung aus dem Jahr 1981 legte aber den Grundstein für die gegenwärtige Positionierung des Gerichts: Demnach sei der Randbereich des Grundrechts „Grenzkorrekturen“ zugänglich. „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“¹⁹, konstatierte das Gericht und brachte seinen Kontrollmaßstab mit dieser einprägsamen Kurzformel auf den Punkt. Die über 40 Jahre alte Entscheidung befasste sich zwar lediglich mit dem Tatbegriff des Art. 103 Abs. 3 GG, die Senatsmehrheit dehnte diesen Maßstab nun gleichsam explizit auf den Problemkomplex der Wiederaufnahme aus.²⁰ Dies ist in Ansehung der nicht beabsichtigten Kasation des gesamten § 362 StPO und der Absage an eine Fixierung der Norm auf Ebene der Verfassung auch logisch konsequent. Zwar stellt es sich einerseits auf den Standpunkt einer generellen Abwägungsresistenz des Art. 103 Abs. 3 GG, erteilt gesetzgeberischen Änderungen der Wiederaufnahme *in malam partem* andererseits aber wohl keine grundsätzliche Absage.²¹ Die Entscheidung mag deshalb im ersten Zugriff widersprüchlich erscheinen, dies monieren auch die beiden dissentierenden Richter in ihrem Sondervotum.²² Dessen ungeachtet ist sie der Sache nach lediglich eine konsequente Fortführung der Rechtsprechung zur Unterscheidung von Kern- und Grenzbereich der *ne bis in idem*-Garantie. Vorsicht ist allerdings dabei geboten, die Stellungnahme des Gerichts der Meinungsgruppe zuzuordnen, die eine absolute Gewährleistung annimmt. Das BVerfG geht zwar von einer Abwägungsfestigkeit des

¹¹ Die Idee einer solchen Unerträglichkeitsgrenze geht wohl auf die Kommentierung Dürigs in Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl. 1958, Art. 103 Rn. 132 zurück, wird aber nicht von allen Vertretern dieser Auffassung geteilt, teilweise wird auch allgemein eine Abwägung mit Rechtsgütern von Verfassungsrang für möglich gehalten. Heute statt vieler etwa Kment, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 103 Rn. 106; Arnemann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen, 2019, S. 88f. sowie Kingreen/Poscher, Grundrechte, 39. Aufl. 2023, Rn. 1447.

¹² BVerfG, Ur. v. 31. Oktober 2023 – 1 BvR 900/22, abw. Meinung Rn. 4f.

¹³ BVerfG, Ur. v. 31. Oktober 2023 – 1 BvR 900/22, abw. Meinung Rn. 18.

¹⁴ So zum Beispiel ausführlich Kaspar, Mord-Freisprüche nur noch unter Vorbehalt? Strafprozessuale und verfassungsrechtliche Probleme der neuen Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 362 Nr. 5, GA 2022, 21 (30).

¹⁵ So jedenfalls die Rspr. seit BVerfGE 32, 98 (107f.) = NJW 1972, 327 (329); nach a. A. findet eine Übertragung der Schranken aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV statt, so etwa Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 87f.; eine „Schrankenleihe“ der Einschränkungsmöglichkeiten des Art. 5 Abs. 2 GG oder sogar des Art. 2 Abs. 1 GG wird heute nicht mehr vertreten.

¹⁶ Hoven (Fn. 5), JZ 2021, 1154 (1157).

¹⁷ Erstmals BVerfG, BeckRS 2014, 59593 Rn. 10. Ferner BVerfG NJW 2015, 150 Rn. 11; NJW 2015, 3500 (3501 Rn. 20); NJW 2020, 675 (676 Rn. 35f.); NJW 2023, 1277 (1278 Rn. 53) sowie BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 2.7.2018 – 2 BvR 1550/17, BeckRS 2018, 19015 Rn. 38. Das Sondervotum bringt diesen Aspekt explizit in Stellung, vgl. BVerfG, Ur. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, abw. Meinung Rn. 21. Hörnle, Die subjektiven Rechte der Angehörigen von Mordopfern – und ihre Relevanz für die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5, GA 2022, 184 (190f.) führt dies ausdrücklich zur Rechtfertigung des Eingriffs an; Hoven (Fn. 5), JZ 2021, 1154 (1158) stellt primär auf die Funktion des Strafrechts als Instrument des Rechtsgüterschutzes ab, impliziert aber auch einen solchen Anspruch der Angehörigen.

¹⁸ BVerfG, Ur. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 133.

¹⁹ BVerfGE 56, 22 (34) = NJW 1981, 1433 (1435).

²⁰ BVerfG, Ur. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 92.

²¹ BVerfG, Ur. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 93.

²² BVerfG, Ur. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, abw. Meinung Rn. 4.

Mehrfachverfolgungsverbot aus, betont zugleich aber den Charakter der ungünstigen Wiederaufnahmeverordnungen als dessen immanente Schranken.²³ Die Eingriffsresistenz der Garantie betrifft demgegenüber lediglich darüber hinausgehende Regelungen.

Das BVerfG charakterisiert Art. 103 Abs. 3 GG als „Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit“²⁴, mithin bereits als das Ergebnis einer Abwägung des Verfassungsgebers. Das Mehrfachverfolgungsverbot stellt eine strafrechtsspezifische Ausprägung des allgemeinen Prinzips der Rechtssicherheit dar, dies umso mehr im binnensystematischen Vergleich zu Art. 103 Abs. 2 GG.²⁵ Neben dieses Argument tritt die Nähe des Grundrechts zur Menschenwürdegarantie, die gleichermaßen absoluten Charakter besitzt. Eine erneute Strafverfolgung wegen derselben Tat stelle die Subjektqualität des Einzelnen prinzipiell in Frage, indem der Betroffene getreu der Objektformel des BVerfG²⁶ zum bloßen Objekt des staatlichen Strafanspruchs degradiert werde.²⁷ Auch die vielen eklatanten Verletzung des *ne bis in idem-Grundsatzes* während der Zeit des Nationalsozialismus unter Rekurs auf das „gesunde Volksempfinden“ sprechen für ein solches Verständnis und dürften auch das Vorstellungsbild des Parlamentarischen Rates bestimmt haben.²⁸

Vor dem Hintergrund der bei gesetzesmediatisierten Grundrechten bestehenden latenten Gefahr einer einfachgesetzlichen Aushebelung ihres Schutzgehaltes²⁹ ist dabei ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen. Dem der grundsätzlichen Abwägungskompetenz des Gesetzgebers abträglichen Effekt einer Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG begegnet die Senatsmehrheit zusätzlich mit einer restriktiven Auslegung des Schutzbereiches: Erfasst ist nur die Strafverfolgung einer prozessualen Tat auf Grundlage des Kriminalstrafrechts, die bereits von einem innerstaatlichen Gericht durch ein rechtskräftiges Strafurteil aufgrund einer Hauptverhandlung in der Sache behandelt

worden ist.

cc) Bewertung der Neuregelung

Entscheidend für die Verfassungsmäßigkeit einer Änderung des § 362 StPO ist also die Frage, ob sie als bloße Ausgestaltung der immanenten Schranken des *ne bis in idem-Grundrechts* eine Änderung im „Randbereich“, oder aber einen Eingriff in dessen Kernbereich darstellt und mithin eine Verletzung nach sich zieht. Anders gewendet: Es geht um die Systemkonformität. An dieser Stelle lässt sich an die aus dem Umgang mit anderen normgeprägten Grundrechten bekannte Unterscheidung zwischen Ausgestaltung und Eingriff anknüpfen.³⁰ Die tradierten Wiederaufnahmetatbestände des § 362 StPO sind als vom Verfassungsgeber vorgefundenes und dem Grunde nach gebilligtes Recht nicht verfassungswidrig.³¹ Es kommt darüber hinaus zwar nicht zu einer „Versteinerung“ der bestehenden Durchbrechungen auf Ebene der Verfassung, diese sind aber eben auch nicht beliebigen Modifikationen zugänglich.

Das Gericht führt dem folgend überzeugend aus, dass die neue fünfte Ziffer weder in den § 362 Nrn. 1-3 StPO „angelegt“ ist, noch sich auf den Gedanken der Nr. 4 zurückführen lässt. Die ersten drei Ziffern dienen prozessualen, nicht aber inhaltlichen Zwecken.³² Der Wiederaufnahmetatbestand eines glaubhaften Geständnisses soll dagegen einer möglichen Erosion des staatlichen Rechts dadurch entgegenwirken, dass sich der präsumtive Täter nicht „ungestraft des Verbrechens selbst bezichtigen, oder gar rühmen darf.“³³ Er lässt sich ferner vor dem Hintergrund der historischen Bedeutung des Geständnisses als *regina probationum* im Beweisrecht des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses erklären.³⁴

Die streitgegenständliche Wiederaufnahme *propter nova* stützt sich vielmehr auf einen ganz anderen Gedanken. Die Regelung dient dazu, inhaltlich ein anderes Ergebnis zu erzielen und die „Diskrepanz zwischen dem Inhalt

²³ So ausdrücklich BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 118.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, etwa Rn. 75, Ls. 3.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 83f.

²⁶ Etwa BVerfGE 115, 118 (153f.) = NJW 2006, 751 (758f.) m. w. N. Kritisch zu dieser Figur jedoch das Gericht selbst in BVerfGE 30, 1 (25f.) = NJW 1971, 275 (279).

²⁷ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 88.

²⁸ Dies aufgreifend BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 64, 81. Vertieft zu den Entwicklungen während der Zeit des Nationalsozialismus Frank, Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im Strafverfahren, 2022, S. 221ff. Kritisch zur Relevanz dieses Befundes gleichwohl Kaspar (Fn.14), GA 2022, 21 (26).

²⁹ BVerfGE 15, 303 (307) = NJW 1963, 757 (758) mit Verweis auf BGHSt 5, 323 (329f.) = NJW 1954, 609 (610).

³⁰ Dazu allgemein Bumke, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2009, S. 9 ff. und Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand, 2000, S. 428ff.

³¹ Dies bestätigend BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 117f.

³² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 119.

³³ Hahn, Die gesamten (sic) Materialien zur Strafprozessordnung, Abt. 1, 1880, S. 265; u. a. darauf Bezug nehmend BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 122.

³⁴ So etwa Grünewald, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten, ZStW 2008, 545 (563).

eines Strafurteils und der materiell-rechtlichen Wirklichkeit³⁵ zu überwinden. Sie ist im System des § 362 StPO daher ein Fremdkörper. Ein Rekurs auf den Aspekt der Rechtskraft eines Strafbefehls, der gemäß § 410 Abs. 3 StPO in dieser Hinsicht einem Urteil gleichsteht, vermag diese Beurteilung nicht zu erschüttern.³⁶ Das BVerfG hat die Verfassungskonformität des § 373a StPO zu Beginn der 1980er-Jahre lediglich in Ansehung struktureller Unterschiede zwischen Strafbefehlsverfahren und strafprozessualer Hauptverhandlung gebilligt.³⁷ Ersteres erfasst vor dem Hintergrund seiner Beschleunigungsfunktion und der intendierten Schonung des Justizapparates ohne mündliche Hauptverhandlung lediglich eine summarische Prüfung durch einen Strafrichter am Amtsgericht (§§ 407 Abs. 1, 408 StPO). Hieraus ergibt sich eine höhere Fehleranfälligkeit, die die entsprechende Möglichkeit der Wiederaufnahme rechtfertigt.

cc) Zwischenergebnis

§ 362 Nr. 5 StPO ist nicht im tradierten System des ungünstigen Wiederaufnahmerechts angelegt und stellt somit nicht nur eine „Grenzkorrektur“ dar, sondern greift in den Kernbereich des Mehrfachverfolgungsverbot ein.

d) Zwischenergebnis

Der Eingriff in Art. 103 Abs. 3 GG kann nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.

3. Zwischenergebnis

Das Mehrfachverfolgungsverbot ist verletzt.

4. Verletzung des Rückwirkungsverbot

Möglich erscheint vor dem Hintergrund, dass sich die Erweiterung des § 362 StPO auch auf „Altfälle“ bezieht, weiterhin eine Verletzung des Rückwirkungsverbot.

a) Prüfungsmaßstab

Hierbei ist nicht auf die nur für das materielle Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht geltende Vorschrift des Art. 103 Abs. 2 GG zurückzugreifen, sondern auf das allgemeine Rückwirkungsverbot als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.³⁸ Das BVerfG zieht hierfür im Rahmen einer grundrechtlichen Anknüpfung auf Art. 103 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG heran.³⁹ Zu unterscheiden ist dabei zwischen echter und unechter Rückwirkung.⁴⁰ Letztere liegt vor, wenn Normen auf noch nicht abgeschlossene Sachverhalte einwirken und dadurch eine Rechtsposition nachträglich entwerfen.⁴¹ Eine Norm entfaltet demgegenüber eine echte Rückwirkung, wenn „ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll.“⁴²

Das ist hier der Fall: Anknüpfungspunkt für die Anwendung der Norm sind in der Vergangenheit liegende, rechtskräftige Freisprüche. Trotz der oft schwierigen Abgrenzungsfragen stellt die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO in Anbetracht der doch relativ eindeutigen Zäsurwirkung eines verfahrensbeendenden Urteils als Rückbewirkung von Rechtsfolgen damit eine echte Rückwirkung dar.⁴³ Dieser Einschätzung schließt sich mit Blick auf die streitgegenständliche Erweiterung der Wiederaufnahmetatbestände

³⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 126.

³⁶ Nunmehr BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 108.

³⁷ BVerfGE 65, 377 (382f.) = NJW 1984, 325 (325), s. auch bereits BVerfGE 3, 248 (253) = NJW 1954, 69 (69).

³⁸ BVerfGE 25, 269 (286f.) = NJW 1969, 1059 (1061); 63, 343 (359) = NJW 1983, 2757 (2759); 112, 304 (315) = NJW 2005, 1338 (1339) sowie nunmehr ebenfalls BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 142; die Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG im Ordnungswidrigkeitenrecht entspricht der st. Rspr. seit BVerfGE 38, 348 (371f.) = NJW 1975, 727 (730). Differenzierend Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn.5), 80. EL 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 76; kritisch Lenk, Das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ – gerecht oder rechtsstaatlich bedenklich?, StV 2022, 118 (120f.) m. w. N. Eine originelle Position vertritt Pabst, Wider die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten. Eine zu Recht unterbliebene Reform, ZIS 2010, 126 (130), der, wohl unter Rückgriff auf BVerfGE 113, 273 (308) = NJW 2005, 2289 (2294), von einer faktischen Strafbegründung durch Prozessrecht ausgeht und auf dieser Grundlage den Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG eröffnet sieht.

³⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 53, 142.

⁴⁰ Hier in der wohl weiter verbreiteten Terminologie des Ersten Senates; der Zweite Senat spricht demgegenüber von „tatbestandlicher Rückanknüpfung“ und „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“, handhabt die Fallgruppen aber im Übrigen in identischer Weise.

⁴¹ St. Rspr. seit BVerfGE 11, 139 (145f.) = NJW 1960, 1563 (Ls.); 14, 288 (297) = NJW 1963, 29 (30).

⁴² BVerfGE 156, 354 (403) = NJW 2021, 1222 (1226f.) m. w. N.

⁴³ Übereinstimmend aus der Literatur etwa Scheu/Härdle, Materielle Gerechtigkeit versus Grundgesetz – Verfassungsrechtliche Probleme des neuen Wiederaufnahmegrundes in § 352 Nr. 5 StPO, JA 2023, 395 (398); Schweiger, Aktuelle Entwicklungen im Wiederaufnahmerecht des deutschen Strafprozessrechts: § 362 Nr. 5 StPO und der Paradigmenwechsel bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten, ZfStW 2022, 397 (405); Singelnstein, in: BeckOK-StPO, 50. Edition 2024, Stand: 01.01.2024, § 362 Rn. 13; in diese Richtung Kuhli/May, Rückwirkung im Strafprozess. Zum Vertrauen des Beschuldigten und des Bürgers, GA 2022, 37 (49); a. A. Kubiciel, Reform der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen im Licht des Verfassungsrechts, GA 2021, 380 (393); Schöch, Wiederaufnahme zuungunsten Freigesprochener bei neuen DNA-Analysen?, in: FS Maiwald, 2010, S. 769 (779); Eisele, Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren, S. 6; Schädler, Stellungnahme, S. 3; Gärditz, Stellungnahme, S. 7. Alle Stellungnahmen sind abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-parecht-wiederaufnahme-strafverfahren-847544> (Abruf v. 09.02.2023). Grundlegend zur echten Rückwirkung BVerfGE 11, 139 (145f.) und 101, 239 (263f.) = NJW 2000, 413 (415).

auch das BVerfG an.⁴⁴ Eine echte Rückwirkung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig⁴⁵ und nur gestattet, wenn das Vertrauen des Betroffenen nicht schutzwürdig ist. Das ist der Fall, wenn sich eine Neuregelung abzeichnete, die Rechtslage unklar und verworren war, es sich bei den Folgewirkungen um Bagatelle handelt oder zwingende Gründe des Gemeinwohls den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz überwiegen.⁴⁶

b) Bewertung

Die Annahme einer sich abzeichnenden Neuregelung einzig auf Grundlage der Gesetzgebungsvorhaben dazu in früherer Zeit⁴⁷ erscheint wenig überzeugend, zumal erst ein Bundestagsbeschluss den Vertrauensschutz eliminiert.⁴⁸ Auch war die bisherige Rechtslage alles andere als unklar und verworren, denn das Regelungsregime der strafprozessualen Wiederaufnahme zeichnet sich gerade durch wenige Normen aus, die im Falle der §§ 359, 362 StPO zudem jahrzehntelang unverändert geblieben sind. Um die Bagatelle geht es ebenso wenig, gilt doch das Strafrecht gemeinhin als „schärfste Eingriffskategorie des Staates“⁴⁹ und die Eingriffsintensität einer lebenslangen Freiheitsstrafe ist auch aufgrund der Verbindung zur Menschenwürdegarantie besonders hoch; dies gilt bereits für das Strafverfahren als solches.⁵⁰

In Frage kommt einzig eine Abwägung mit zwingenden Gründen des Gemeinwohls. Diskutabel ist es zwar, die Schutzwürdigkeit des Betroffenen als präsumtiver Täter eines unverjährenen Verbrechens zu verneinen, also auf Erwägungen der materiellen Gerechtigkeit zurückzugreifen.⁵¹ Stichhaltiger wäre demgegenüber ein Rekurs auf die „Unverbrüchlichkeit und die Gerechtigkeit der Rechtsord-

nung“ und „Stärkung der Rechtstreue der Bevölkerung“, die das BVerfG im Beschluss zur Vermögensabschöpfung als zwingende Belange des Gemeinwohls anerkannt hat.⁵² Ob sich diese Maßstäbe entkontextualisieren und auf die hiesige Konstellation übertragen lassen, war mit Blick auf die Strukturverschiedenheit von Eigentumsgarantie und Mehrfachverfolgungsverbot allerdings bereits zuvor fraglich. Die Entscheidung ist überdies gerade wegen ihrer geringen Überzeugungskraft weitgehend auf Kritik im Schrifttum gestoßen,⁵³ wendet sich das Gericht doch gegen die in seiner eigenen Rechtsprechung geforderte restriktive Handhabung dieser Fallgruppe⁵⁴ und dehnt die Rechtfertigungsmöglichkeiten derart weit aus, dass die grundsätzliche Unzulässigkeit der echten Rückwirkung praktisch leerläuft. Das BVerfG lehnt die Übertragung dieser Rechtfertigungsgrundsätze nunmehr mit Blick auf die unterschiedliche Zweckrichtung sowie den schuldunabhängigen, kondiktionsähnlichen Charakter der Vermögensabschöpfung ab.⁵⁵ Insbesondere im Hinblick auf die Eingriffsintensität eines Strafverfahrens und einer potentiellen Bestrafung (s. o.) stellen generalisierende Erwägungen der Generalprävention folglich keine taugliche Ausnahmekonstellation dar. Die Rückwirkung lässt sich also nicht ausnahmsweise rechtfertigen⁵⁶ und verletzt mithin Art. 103 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.

5. Zwischenergebnis

Das Rückwirkungsverbot ist ebenfalls verletzt.

IV. Zwischenergebnis

§ 362 Nr. 5 StPO verletzt das Mehrfachverfolgungsverbot sowie das Rückwirkungsverbot. Die Urteilsverfassungsbeschwerde des I ist folglich begründet.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 149.

⁴⁵ BVerfGE 13, 261 (271) = NJW 1962, 291 (291); 101, 139 (163) = NJW 2000, 413 (415); 148, 217 (255) = NJW 2018, 1379 (1383).

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 144ff. m. w. N.

⁴⁷ Vgl. Fn. 1 zur Einordnung.

⁴⁸ Jüngst BVerfGE 145, 20 (98) = NVwZ 2017, 1111 (1125) m. w. N.

⁴⁹ Nolte, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 135 Rn. 7.

⁵⁰ Vgl. die Erwägungen unter A. III. 2. a) zum Schutzbereich des Mehrfachverfolgungsverbot.

⁵¹ So unterschiedlich nuanciert Gärditz, Stellungnahme, S. 8 („Integrität der Rechtsordnung“); Kubiciel, Stellungnahme, S. 8f. („Stabilisierung solcher Normen, die Rechtsgüter von höchstem Rang gegen besonders gefährliche und verwerfliche Angriffe schützen“); Eisele, Stellungnahme, S. 6 („Wahrung der materiellen Gerechtigkeit“) (Fn. 44); ablehnend zu Recht Gerson, „Vom Wecken schlafender Hunde“ – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen des § 362 Nr. 5 StPO bei der Wiederaufnahme von Altfällen zuungunsten des Angeklagten, StV 2022, 124 (128).

⁵² Beide Zitate aus BVerfGE 156, 354 (393, 410f.) = NJW 2021, 1222 (1224, 1230). Darauf zurückgreifend OLG Celle StV 2022, 492 (496).

⁵³ Aus der Literatur etwa Lenk, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. vom 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, NJW 2021, 1222 (1232) und Asholt, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. vom 10.02.2021 – 2 BvL 8/19 JZ 2021, 473 (475). Vgl. schon zuvor Trüg, Anmerkung zu BGH, Vorlagebeschl. v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18, NJW 2019, 1891 (1896) und BGH, Vorlagebeschl. v. 7.3.2019 – 3 StR 192/18 Rn. 52.

⁵⁴ Vgl. etwa BVerfGE 101, 239 (263f.) = NJW 2000, 413 (415).

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 31. Oktober 2023 – 2 BvR 900/22 Rn. 159f.

⁵⁶ Übereinstimmend beispielsweise Kaspar (Fn. 14), GA 2022, 21 (35f.); Slogsnat, Ne bis in idem: Legitimität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Beschuldigten durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit, ZStW 2021, 742 (774); Aust, Stellungnahme, S. 5f.; ders./Schmidt, Ne bis in idem und Wiederaufnahme, ZRP 2020, 251 (254); Sabel, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten bei Mord und Völkermord, in: FS Graf-Schlicker, 2018, 561 (572); Bohn, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 269f.; einschränkend Gerson (Fn. 51), StV 2022, 124 (129).

B. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des I ist zulässig und begründet. Sie hat daher Aussicht auf Erfolg. § 362 Nr. 5 StPO ist gem. § 95 Abs. 3 S. 2, 1 BVerfGG für nichtig zu erklären.

FAZIT

Das BVerfG hat dem „Freispruch unter Vorbehalt“ zu Recht ein Ende bereitet und zugleich wichtige dogmatische Prämissen zum Mehrfachverfolungsverbot aufgestellt – auf wie viel Gegenliebe die Grundsatzentscheidung in der Literatur stößt, bleibt abzuwarten.⁵⁷ Das Sondervotum dürfte wohl darauf hindeuten, dass die Positionierung der Senatsmehrheit nicht unwidersprochen bleiben dürfte. Das Urteil stellt indes eine konsequente Fortführung der vergangenen Entscheidung aus dem Jahr 1981 dar. Frühere Gesetzesvorhaben sind daher mit Recht verworfen worden. Die Unzufriedenheit mit der Rechtslage und vor allem mit dem aktuellen Urteil mag menschlich und vor allem aus Sicht der Angehörigen nachvollziehbar sein. Vielleicht konnte man gerade deshalb rasch erste Stimmen vernehmen, die in Ansehung der verfassungsrechtlichen Kritik im Schrifttum eine Verfassungsänderung fordern.⁵⁸ Der SPD-Bundestagsabgeordnete Dr. Johannes Fechner versicherte in einer Stellungnahme als Reaktion auf das Urteil des BVerfG jedoch rasch, es werde keine derartigen Vorstöße geben.⁵⁹ Ein rechtsvergleichender Blick in die Rechtsordnungen anderer Staaten zeigt zudem, dass einige von ihnen sogar gänzlich ohne eine Wiederaufnahme *in malam partem* zurechtkommen, ohne dadurch ihre Eigenschaft als Rechtsstaaten einzubüßen. Das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ präsentiert sich nicht zuletzt als das Produkt einer in der Gesellschaft zunehmend verbreiteten Punitivität und Emotionalisierung des Rechts.

⁵⁷ Zustimmende Anmerkungen finden sich bisher bei *Stuckenberg*, Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 31.10. 2023 – 2 BvR 900/22, StV 2024, 14 (17); *Jäger*, Anmerkung zu BVerfG: Wiederaufnahme propter nova – ein Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem*?, JA 2024, 76 (78f.) und grds. *Jahn*, Anmerkung zu BVerfG: Strafprozessrecht: Verfassungswidrigkeit der Neuregelung einer Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen, JuS 2024, 83 (85). Kritisch hingegen *Kudlich/Görken*, Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen – das Urteil des BVerfG und seine Ausstrahlungswirkungen, NJW 2023, 3683 (3685f.).

⁵⁸ *Letzgas* (Fn. 5), NSTZ 2020, 717 (720); freilich aus anderer Motivation heraus *Sabel*, in: FS Graf-Schlicker (Fn. 56), 561 (571); *Kudlich/Görken* (Fn. 57), NJW 2023, 3683 (3683) stellen die Möglichkeit einer Verfassungsänderung wertungsfrei in den Raum. Kritisch zur Zulässigkeit einer Verfassungsänderung mit Blick auf die von Art. 79 Abs. 3 GG abgesicherte Menschenwürdegarantie *Slogna* (Fn. 56), ZStW 2021, 742 (773) sowie jüngst *Jäger* (Fn. 57), JA 2024, 76 (79) und das Rechtsstaatsprinzip *Brade*, Erweiterung von § 362 StPO im Lichte des Verfassungsrechts. Eine Erwiderung auf *Letzgas*, NSTZ 2020, 717, ZIS 2021, 362 (364). Dies implizit ablehnend *Herzberg*, *Ne bis in idem* – Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils, JuS 1972, 113 (113): „Art. 103 III GG nimmt an der Bestandsgarantie des Art. 79 GG teil“.

⁵⁹ <https://www.spdfraktion.de/presse/statements/keine-wiederaufnahme-straftverfahren> (Abruf v. 09.02.2023).

