

Das Gesetz zur Wiederherstellung der materiellen Gerechtigkeit: Zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens bei unverjährbaren Delikten

Prof. Dr. Jörg Eisele, Tübingen*

Der verfassungsrechtlich verbürgte Grundsatz ne bis in idem schließt die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens gegenüber einem rechtskräftig Freigesprochenen grundsätzlich aus. Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen erfährt der Grundsatz – schon bisher – Durchbrechungen, um unter Gesichtspunkten der materiellen Gerechtigkeit unerträgliche Ergebnisse zu vermeiden. Unlängst hat der Bundesgesetzgeber den Katalog von Wiederaufnahmegründen zuungunsten des Angeklagten um eine Variante angereichert, nach der auch „neue Tatsachen oder Beweismittel“ eine Wiederaufnahme rechtfertigen, insofern besonders schwere (Tötungs-)Verbrechen in Rede stehen. Der Beitrag ordnet die Erweiterung in die strafprozessuale Systematik der Wiederaufnahmegründe ein und misst sie zudem am Verfassungsrecht. Im Ergebnis wird die Erweiterung als verfassungsrechtlich zulässig und überdies begrüßenswert eingeordnet.

A. Einleitung

Am 17.9.2021 hat der Bundesrat dem Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO zugestimmt.¹ Das Gesetz sieht in § 362 Nr. 5 StPO nunmehr die Wiederaufnahme zuungunsten des Täters vor, „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 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches) verurteilt

wird.“ Bereits seit dem Jahre 1993 wurden mehrere Anläufe für ein solches Gesetzgebungsvorhaben unternommen.² Der Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode sah dann folgende Passage vor: „Wir erweitern die Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten der oder des freigesprochenen Angeklagten in Bezug auf die nicht verjährbaren Straftaten.“³ Dem schloss sich die Justizministerkonferenz im Herbst 2020 an.⁴ Wie bereits bei den früheren Anläufen war dieses Vorhaben allerdings von vornherein sehr umstritten. So stammte der Gesetzentwurf nicht etwa aus dem BMJV, da die damalige Bundesjustizministerin Christine Lambrecht (SPD) offenbar verfassungsrechtliche Bedenken hatte, während die eigene Fraktion entsprechend dem Koalitionsvertrag für die Reform eintrat.⁵

Auf den ersten Blick mag die Neuregelung verwundern, scheint doch der Grundsatz ne bis in idem absolut und schrankenlos zu gelten und damit jeder doppelten Aburteilung entgegenzustehen. Schon der Blick in den Gesetzestext des § 362 StPO zeigt jedoch, dass diese Sichtweise wenig überzeugend ist, sind doch dort bereits vier Fälle benannt, in denen das Verfahren trotz rechtskräftiger Aburteilung zuungunsten des Angeklagten wiederaufgenommen werden kann – und zwar, anders als mit der aktuellen Reform beschlossen, bei jeglichen Straftaten. Die vehemente Berufung auf Verfassungsrecht verkennt, dass die Gewährleistungen des Grundgesetzes keineswegs immer schrankenlos gelten, sondern sorgfältig zu eruieren ist, ob nicht verfassungsimmanente Schranken bestehen.

B. Ausgangsfälle

Wie bereits erwähnt, ermöglicht § 362 StPO seit jeher eine Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten. Schon auf Grundlage der bisherigen Regelung des

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ Dazu Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 19/30399; Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf BT-Drs. 19/30940; Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/31110; ferner Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Ausschussdrucksache 19(6)280.

² Vgl. bereits die früheren Gesetzentwürfe BT-Drs. 13/3594 (SPD-Fraktion); BT-Drs. 16/7957 (Bundesrat).

³ Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 19. Legislaturperiode, S. 125, Z. 5870 f.

⁴ Beschlüsse der 91. Konferenz der Justizministerinnen und -minister (JuMiKo; TOP II 1 Änderungen im Verfahrensrecht bei lange zurückliegenden schweren Straftaten, S. 15, Z. 5853 f.).

⁵ Vgl. etwa Plenarprotokoll 19/234, S. 30369 (Abgeordneter Dr. Fechner, SPD-Fraktion).

§ 362 Nr. 2 StPO beschloss daher etwa das LG Deggen-
dorf am 17.8.2021 die Wiederaufnahme zuungunsten eines
Täters, der im November 2017 vom LG Passau zu zwölf
Jahren Freiheitsstrafe wegen Totschlags nach § 212 StGB
verurteilt worden war.⁶ Die Wiederaufnahme mit dem Ziel
der Verurteilung wegen Mordes nach § 211 StGB grün-
dete auf der Falschaussage zweier Zeugen zugunsten des
damals Angeklagten, die hierfür im Jahre 2019 verurteilt
wurden. Dass dies eine Durchbrechung des Grundsatzes
ne bis in idem bedeutet, liegt auf der Hand. Nach der Ein-
führung des § 362 Nr. 5 StPO könnte nun auch im Fall
„Möhlmann“, der u. a. den Anlass für die Gesetzesände-
rung bildete, eine Wiederaufnahme stattfinden. Frederike
Möhlmann wurde im Jahr 1981 getötet. Der Tatverdächtige
wurde später rechtskräftig freigesprochen. Nach 30 Jahren
wurden mit Hilfe der nunmehr eingesetzten DNA-Analyse
Spuren gefunden, die dem Freigesprochenen zugeordnet
werden konnten. Gerade diese neuen Möglichkeiten des
DNA-Beweises dürften bei Altfällen den Hauptanwen-
dungsbereich der Neuregelung bilden, wenngleich diese
nicht auf diese Konstellationen beschränkt sind.⁷

Wie groß die Anzahl der Fälle künftig sein wird, die von
§ 362 Nr. 5 StPO betroffen sind, lässt sich schwer prog-
nostizieren. Bislang sind nur wenige Fälle bekannt gewor-
den. Dies hängt aber auch damit zusammen, dass bisher
nach rechtskräftigem Freispruch ja gerade nicht mehr ver-
folgt und verurteilt werden konnte. Daher ergab es für die
Strafverfolgungsbehörden auch keinen Sinn, nach neuen
Beweisen zu suchen. Unabhängig von der künftigen Zahl
der wiederaufgenommenen Fälle geht freilich von der Re-
gelung das präventiv wirkende Signal aus, dass bei den
genannten unverjährbaren Taten der Täter stets mit einer
Verfolgung und Verurteilung rechnen muss und sich seiner
Straffreiheit nicht sicher sein kann.

C. Die Gewährleistung des Grundsatzes *ne bis in idem* in Art. 103 Abs. 3 GG

I. Negativ: Nur innerstaatliche Aburteilungen

Art. 103 Abs. 3 GG nimmt negativ bereits durch seinen
Wortlaut „auf Grund der allgemeinen Strafgesetze“ das
Ordnungswidrigkeitenrecht⁸ und das Disziplinarstrafrecht
vom Grundsatz *ne bis in idem* aus.⁹ Ferner gilt die ver-
fassungsrechtliche Gewährleistung nur hinsichtlich einer
doppelten innerstaatlichen Verurteilung.¹⁰ Einfachgesetz-

lich bringt dies das in § 51 Abs. 3 StGB verankerte An-
rechnungsprinzip zum Ausdruck, wonach die Strafe bei
ausländischen Verurteilungen wegen derselben Tat auf
die in Deutschland zu verhängende Strafe anzurechnen
ist.¹¹ Im Verhältnis von strafgerichtlichen Verurteilun-
gen verschiedener Mitgliedstaaten der EU ist allerdings
zu beachten, dass die Regelungen des Art. 54 SDÜ und
Art. 50 Grundrechtecharta einer doppelten Verurteilung
weitgehend entgegenstehen.¹²

II. Positiv: Alle Aburteilungen, nicht nur Verurteilungen

Positiv ist der Schutzbereich bei strafgerichtlichen Ab-
urteilungen auch dann eröffnet, wenn der Täter zunächst
rechtskräftig freigesprochen wurde, in einem zweiten Ver-
fahren aber erstmalig verurteilt werden soll.¹³ Es geht dann
– wie bei der Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO – in der
Sache gar nicht um eine Doppelbestrafung, sondern um
eine Durchbrechung der Rechtskraft des freisprechenden
Urteils.¹⁴

III. Verfassungsimmanente Schranken des Art. 103 Abs. 3 GG

Entscheidend ist, ob die durch Art. 103 Abs. 3 GG gewähr-
leistete Rechtssicherheit aufgrund materieller Gerechtig-
keitserwägungen als Element des Rechtsstaatsprinzips
durchbrochen werden kann.¹⁵ Dahinter steht die Frage, ob
Art. 103 Abs. 3 GG schrankenlos gilt oder verfassungsim-
manente Schranken Einschränkungen des Grundsatzes *ne bis in idem* rechtfertigen können.

IV. Analyse der Reichweite des Art. 103 Abs. 3 GG

Schon ein erster Blick auf die bestehende Rechtslage zeigt,
dass der Grundsatz *ne bis in idem* keineswegs absolut und
ausnahmslos von Art. 103 Abs. 3 GG gewährleistet wird.¹⁶
So bestehen zahlreiche Durchbrechungen, gegen die bis-
lang praktisch kaum je der Einwand der Verfassungs-

⁶ *Dpa/lby*, Mord statt Totschlag: Prozess vor Wiederaufnahme, SZ.de, www.sueddeutsche.de/bayern/kriminalitaet-deggen-dorf-mord-statt-totschlag-prozess-vor-wiederaufnahme-dpa-urn-newsml-dpa-com-20090101-210817-99-873939, Abruf v. 17.8.2021. Dazu unten F.

⁷ BVerfGE 21, 391 (401); *Radtke*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz 49. Edition 08/2021, Art. 103 Rn. 47.

⁸ Vgl. BVerfGE 3, 248 (252); BVerfGE 21, 378 (384); BVerfGE 66, 337 (357).

⁹ Vgl. nur BVerfGE 75, 1 (5); *Remmert*, in: Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 95. EL 97/2021, Art. 103 Abs. 3 Rn. 76.

¹¹ Vgl. ferner die Regelungen § 153c Abs. 2 StPO und § 154b Abs. 2 StPO; eine Ausnahme ist in § 56 Abs. 3 IRG enthalten; vgl. *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 5 Rn. 59.

¹² Hierzu nur *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2021, 12.2 Rn. 11 ff.; zu weiteren Einzelheiten *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), 74. EL 09/2021, Art. 82 AEUV Rn. 76; zur Reichweite sogleich unten E. II.

¹³ Vgl. nur BVerfGE 12, 62 (66); BGHS 5, 323 (328 ff.); *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545 (566) m. w. N.

¹⁴ *Letzgas*, Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten, in: Geisler (Hrsg.), FS Geppert, 2011, S. 785 (791).

¹⁵ Siehe *Füllkrug*, Kriminalistik 2020, 405; näher zum Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit *Grünewald*, (Fn. 13), S. 547; *Kubiciel*, GA 2021, 381 (386 f.); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (157 f.).

¹⁶ Vgl. aber insb. *Remmert*, (Fn. 10), Art. 103 Abs. 3 Rn. 62; ähnl. *Brade*, ZIS 2021, 362 (363).

widrigkeit erhoben wurde.¹⁷ Schon bei Inkrafttreten des Grundgesetzes und damit des Art. 103 Abs. 3 GG war eine Wiederaufnahme zuungunsten des rechtskräftig Abgeurteilten möglich, so dass der Grundsatz auch aus Sicht der Väter des Grundgesetzes nie uneingeschränkt galt, da die bereits existierenden Ausnahmen nicht verfassungsrechtlich unzulässig werden sollten.¹⁸

1. Bestehende Schranken als enumerative Ausnahmen

Aus dem Gesagten wird deutlich, dass in jedem Fall der Bestand der Durchbrechungen bei Inkrafttreten des Grundgesetzes eine verfassungsimmanente Schranke des Art. 103 Abs. 3 GG bildete.¹⁹ Allerdings ist diese Schranke damit nicht abschließend definiert.²⁰ Denn weder die Entstehungsgeschichte noch der Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG lassen eine Begrenzung auf den Bestand der Schranken bei Inkrafttreten der Regelung erkennen.²¹ Mit Art. 103 Abs. 3 GG sollte der damalige Zustand der Wiederaufnahmemöglichkeiten also gerade nicht zementiert werden.²² Hätte man tatsächlich lediglich die bestehenden Ausnahmen anerkennen wollen, hätte es nahegelegen, den Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG entsprechend zu gestalten und eine explizite Schrankenregelung aufzunehmen.

Daher kann auch keine „Ewigkeitsgarantie“ des Inhalts des § 362 StPO dahingehend angenommen werden, dass keine weiteren Wiederaufnahmegründe hinzugefügt werden dürfen.²³

2. Analyse der bestehenden Durchbrechungen des Grundsatzes ne bis in idem

Die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bestehenden Durchbrechungen stellen damit lediglich gewichtige Fälle dar, in denen Art. 103 Abs. 3 GG Schranken unterliegt, die auf dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit fußen und die Durchbrechung der von Art. 103 Abs. 3 GG ge-

währleisteten Rechtssicherheit rechtfertigen.²⁴ Beschränkt wird der Grundsatz ne bis in idem nicht nur durch die in § 362 StPO genannten Konstellationen, in denen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Täters erfolgen kann.²⁵ Zu nennen ist ferner § 373a StPO, wonach die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Verurteilten auch zulässig ist, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen. Die Schwelle ist hier ersichtlich geringer als bei der Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO, da die Wiederaufnahme auf alle neuen Tatsachen oder Beweismittel gestützt werden kann, sofern nur eine Eignung besteht, dass eine spätere Verurteilung wegen irgendeines Verbrechens erfolgen wird. Entsprechend ist nach § 85 Abs. 3 OWiG die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Betroffenen zulässig, um die Verurteilung nach einem Strafgesetz herbeizuführen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen geeignet sind, die Verurteilung des Betroffenen wegen eines Verbrechens zu begründen.

3. Verfassungsrechtliche Gewährleistung nach der Rechtsprechung des BVerfG

Wie eben ausgeführt unterliegt Art. 103 Abs. 3 GG richtigerweise verfassungsrechtlichen Schranken.²⁶ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts schließt Art. 103 Abs. 3 GG jedenfalls Grenzkorrekturen nicht aus, da „nur“ der Kern dessen gewährleistet wird, was den Inhalt des Grundsatzes ne bis in idem ausmacht.²⁷ Das BVerfG macht dabei deutlich, dass die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bestehenden Einschränkungen des Art. 103 Abs. 3 GG den Inhalt keineswegs verbindlich festlegten, sondern vielmehr eine Weiterentwicklung möglich sein sollte: „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.“ Damit sollte eben gerade nicht jede weitere Veränderung hinsichtlich des Verständnisses des prozessualen Verfahrensgegenstandes und der Rechtskraft-

¹⁷ Anders aber *Dünnebieber*, Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, in: Wasserburg (Hrsg.), Festgabe Karl Peters, 1984, S. 333 (345 ff.); kritisch ferner *Remmert*, (Fn. 10), Art. 103 Abs. 3 Rn. 63; *Brade*, (Fn. 16), S. 362 f.

¹⁸ Zur Entstehungsgeschichte näher *Remmert*, (Fn. 10), Art. 103 Abs. 3 Rn. 20 ff.

¹⁹ BVerfGE 3, 248 (252 f.); *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 84; *Grünwald*, (Fn. 13), S. 569; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 103 Rn. 106; *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 78.

²⁰ *Kubiciel*, (Fn. 15), S. 385 f.; in diese Richtung aber *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32.

²¹ Deutlich *Zehetgruber*, (Fn. 15), S. 159: „kaum vertretbar“.

²² BVerfGE 56, 22 (34); *Grünwald*, (Fn. 13), S. 570; *Kubiciel*, (Fn. 15), S. 385 f.; *Zehetgruber*, (Fn. 15), S. 159.

²³ *Letzgas*, (Fn. 14), S. 793; *Zehetgruber*, (Fn. 15), S. 160.

²⁴ Zur Legitimation des Gesetzgebers, die Rechtsicherheit um der Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit willen einzuschränken, vgl. BVerfGE 3, 225 (238); BVerfGE 22, 322 (329).

²⁵ Zu den Durchbrechungen näher *Letzgas*, (Fn. 14), S. 789 ff.

²⁶ *Letzgas*, NSStZ 2020, 717 (719); *ders.*, (Fn. 14), S. 794: „Austarierung (...) in einer Abwägung“; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar zum GG, 211. Aktualisierung 2021, Art. 103 Rn. 40: „keine starre Verfassungsfestlegung“; *Schöch*, Wiederaufnahme zuungunsten Freigesprochener bei neuen DNA-Analysen?, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), FS Maiwald, 2010, S. 769 (774).

²⁷ BVerfGE 56, 22 (34 f.); ferner *Eschelbach*, in: KMR-StPO, Stand: 08/2005, § 362 Rn. 52 ff.; *Pohlreich*, (Fn. 26), Art. 103 Rn. 40; *Sabel*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten bei Mord und Völkermord, in: Czerwenka/Korte/Kübler (Hrsg.), FS Graf-Schlicker, 2018, S. 561 (564); *Schöch*, (Fn. 26), S. 774.

wirkung ausgeschlossen werden. Zentral ist sodann die Aussage: „Art. 103 Abs. 3 steht Grenzkorrekturen nicht entgegen (...); er garantiert nur den Kern dessen, was als Inhalt des Satzes *ne bis in idem* in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde. Für eine gegenteilige Auffassung bietet auch die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes keinen Anhaltspunkt.“²⁸ Zu beachten ist, dass das BVerfG gerade nicht nur Grenzkorrekturen erlaubt,²⁹ sondern vielmehr deutlich macht, dass „nur“ der Kern des Art. 103 Abs. 3 GG (schränkenlos) garantiert ist.³⁰

D. Folgerungen für die Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO

Sind also Grenzkorrekturen sowie Korrekturen zwischen Grenzbereich und unantastbarem Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG zulässig, so stellt sich die Frage, aufgrund welcher Kriterien sich der Kernbereich konkretisieren lässt.

I. Zur sog. „Unerträglichkeit“ als Kriterium

Im Schrifttum wird häufig ein Durchbrechen der Rechtskraft für zulässig erachtet, wenn diese andernfalls zu „unerträglichen“ Ergebnissen führe.³¹ Eine solche Durchbrechung aus Unerträglichkeitsgründen könnte aber gerade geboten sein, wenn bei den schwersten Straftaten, die das deutsche Strafrecht kennt, „sehenden Auges“ trotz vorliegender Beweismittel eine Verurteilung nicht möglich ist. Denn dies erschüttert nicht nur das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsordnung, sondern ist auch für die Angehörigen der Opfer ein unerträgliches Ergebnis, so dass ein Strafklageverbrauch die Befriedungsfunktion des Strafrechts nicht erfüllen würde.³² Freilich muss man sehen, dass der Verweis auf die Unerträglichkeit des Festhaltens an der Rechtskraft sich auch auf weitere Straftaten – wie etwa Sexualstraftaten – übertragen ließe und daher schon angesichts der Offenheit des Begriffs kein zentrales Kriterium sein kann. Vielmehr ist dies als Hinweis auf die Schwere der Straftat zu verstehen, deren Aburteilung nach einer Wiederaufnahme des Verfahrens in Rede steht. Dem entspricht es, wenn in der Literatur die Tatschwere zum Kriterium der verfassungsimmanenten Schranke erhoben

wird,³³ so dass die Unerträglichkeit nachvollziehbar auf Wertentscheidungen des Gesetzgebers rückführbar wird.³⁴

II. Tatschwere

Insoweit gründet § 362 Nr. 5 StPO aber auf einer klaren Absichtung mit einem spezifischen sachlichen Grund. Denn die Unverjährbarkeit des Mordes gemäß § 78 StGB sowie der völkerrechtlichen Straftaten nach § 5 VStGB belegen zum einen den Ausnahmecharakter der Norm, dass der Gesetzgeber bei diesen Taten die materielle Gerechtigkeit über die Rechtssicherheit stellt.³⁵ Konsequenterweise wurde auch die Unverjährbarkeit der zivilrechtlichen Ansprüche in diesen Fällen durch Änderung des § 194 Abs. 2 BGB eingeführt. Im Übrigen wird die Tatschwere dadurch verdeutlicht, dass sich die Wiederaufnahmemöglichkeit nur auf Straftaten bezieht, bei denen der Gesetzgeber die lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht. Im Vergleich zu den zuvor bestehenden Durchbrechungen des Grundsatzes *ne bis in idem* betrifft die Neuregelung deutlich schwerwiegendere Fälle und ist auch deutlich enger gefasst. So lässt es etwa § 373a StPO genügen, dass neue Beweise für (irgend-)ein Verbrechen vorhanden sind. Zudem wäre es schwer verständlich, dass *de lege lata* nach § 362 Nr. 4 StPO bei einem glaubwürdigen Geständnis eine Wiederaufnahme möglich ist, nicht aber dann, wenn der Täter alles getan hat, um Beweise zu unterdrücken, die dann erst später aufgefunden werden.³⁶ Entsprechendes gilt, wenn man die beiden Ausgangsfälle miteinander vergleicht, in denen nun jeweils eine Verurteilung wegen Mordes nach § 211 StGB möglich ist.

III. Klar umrissene Wiederaufnahme-voraussetzungen

Damit der verfassungsrechtliche Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG nicht „verwässert“ wird, ist neben dem Ausnahmecharakter, der mit der Tatschwere verbunden ist, zu beachten, dass die Regelung nicht allgemein gehalten ist, sondern vielmehr die Wiederaufnahmekriterien klar umrissen sind.³⁷ Dies ist aber bei § 362 Nr. 5 StPO der Fall. Inhaltlich werden neben dem Mord (§ 211 StGB) explizit der Völkermord (§ 6 Abs. 1 des VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des VStGB) und Kriegsverbrechen gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 des VStGB) einbezogen.³⁸ Dies geht an Präzision deutlich über die bisherigen Wiederaufnahmegründe hinaus.

²⁸ BVerfGE 56, 22 (34).

²⁹ So aber ungenau *Leitmeier*, StV 2021, 341.

³⁰ Zutreffend *Kubicel*, (Fn. 15), S. 388.

³¹ Zur Unerträglichkeitsgrenze *Dürrig*, in: *Dürrig* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2. Aufl. 1960, Art. 103 Abs. 3 Rn. 132; *Grünwald*, (Fn. 13), S. 569; *Kment*, (Fn. 19), Art. 103 Rn. 106; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 222; *Schulze-Fielitz*, (Fn. 20), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32; *Zehetgruber*, (Fn. 15), S. 166; kritisch zur Unerträglichkeitsgrenze *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097

³² Zutreffend BT-Drs. 19/30399, S. 8.

³³ Umgekehrt kann der Gesetzgeber bei geringfügigen Straftaten das Prinzip der Rechtssicherheit in den Vordergrund stellen, BVerfGE 22, 322 (329).

³⁴ *Neumann*, *Non numquam bis in idem crimen iudicetur?*, in: *Müller-Dietz/Radtke* (Hrsg.), FS-Jung, 2007, S. 655 (661 f.); *Zehetgruber*, (Fn. 15), S. 165.

³⁵ *Füllkrug*, (Fn. 15), S. 405 f.; *Zehetgruber*, (Fn. 15), S. 165 f.

³⁶ *Letzger*, (Fn. 14), S. 788.

³⁷ *Grünwald*, (Fn. 13), S. 569; *Kment*, (Fn. 19), Art. 103 Rn. 106; *Schulze-Fielitz*, (Fn. 20), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32.

³⁸ So auch *Füllkrug*, (Fn. 15), S. 406.

Nicht geboten ist hingegen eine Beschränkung auf Beweismittel, die bereits in der ursprünglichen Hauptverhandlung vorlagen und lediglich neu ausgewertet wurden.³⁹ Denn unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes *ne bis in idem* wäre es wenig überzeugend, nur diese zuzulassen, während gerade völlig neue Gesichtspunkte ausgeklammert würden.

IV. Absicherungen gegen ein „Unterlaufen“ des Grundsatzes *ne bis in idem*

Zentral ist die Beschränkung des § 362 Nr. 5 StPO auf schwerste Straftaten, an die die lebenslange Freiheitsstrafe als Rechtsfolge geknüpft ist. Mit Blick darauf kann man auch dem denkbaren Einwand begegnen, dass der Gesetzgeber künftig weitere Straftaten unproblematisch dadurch in die Wiederaufnahmevorschrift einbeziehen könnte, dass er deren Unverjährbarkeit anordnet und so die verfassungsrechtlichen Vorgaben einfachgesetzlich unterläuft. Denn eine Erweiterung der Rechtsfolgen einer Straftat durch Einführung einer lebenslangen Freiheitsstrafe wird bereits durch das verfassungsrechtlich abgesicherte Schuldprinzip (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG) limitiert.⁴⁰

Um ein Unterlaufen dieser Begrenzung zu vermeiden, habe ich im Rechtsausschuss die Ansicht vertreten, dass im Falle einer Wiederaufnahme eine Verurteilung tatsächlich auch nur wegen der in § 362 Nr. 5 StPO genannten Taten erfolgen darf.⁴¹ Dabei wird nicht verkannt, dass bei den anderen Wiederaufnahmegründen nach der Wiederaufnahme eine Verurteilung wegen jeglicher Straftat möglich ist. Nach § 373a StPO ist die Wiederaufnahme zwar nur zulässig, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen; lässt sich freilich in der neuen Hauptverhandlung kein Verbrechen erweisen, ist auch die Verurteilung wegen eines Vergehens zulässig.⁴² Für eine Begrenzung bei § 362 Nr. 5 StPO spricht freilich schon der Wortlaut „wegen Mordes (...) verurteilt wird“. Lassen sich also Mordmerkmale nicht erweisen, kann trotz Wiederaufnahme keine Verurteilung wegen Totschlages nach § 212 StGB oder nach §§ 222, 227 StGB erfol-

gen. Dies ergibt sich auch daraus, dass das Sachargument der Unverjährbarkeit und die lebenslange Freiheitsstrafe als Kriterium der Tatschwere bei diesen Straftaten nicht greift. Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz hat sich nach der Anhörung dieser Sichtweise angeschlossen, nämlich „dass nach einer Wiederaufnahme gemäß § 362 Nummer 5 StPO in einem neuen Strafverfahren nur eine Verurteilung 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) möglich sein wird. Damit wird dem Ausnahmecharakter und dem exceptionellen Unrecht, das sich in lebenslanger Freiheitsstrafe als Rechtsfolge sowie der Unverjährbarkeit manifestiert, Rechnung getragen.“⁴³

E. Vereinbarkeit mit internationalen und europäischen Vorgaben

§ 362 Nr. 5 StPO steht – was nur kurz erläutert werden soll – auch im Einklang mit internationalen bzw. europäischen Vorgaben zum Grundsatz *ne bis in idem*.

I. Art. 4 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK

So schließt der Grundsatz *ne bis in idem* nach Art. 4 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK die Wiederaufnahme des Verfahrens nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 2 des Protokolls nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates gerade nicht aus, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.⁴⁴ Insoweit knüpft § 362 Nr. 5 StPO gerade in diesem Sinne an neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen an.

II. Unionsrechtliche Regelungen

Ebenso wenig widerspricht § 362 Nr. 5 StPO unionsrechtlichen Regelungen. Der in Art. 54 SDÜ verankerte Grundsatz *ne bis in idem* betrifft von vornherein nur transnationale, d. h. grenzüberschreitende Sachverhalte,⁴⁵ erfasst also nicht rein innerstaatliche Sachverhalte. Diese werden zwar von Art. 50 EU-Grundrechtecharta prinzipiell er-

³⁹ So aber *Füllkrug*, (Fn. 15), S. 406.

⁴⁰ Siehe etwa BVerfGE 20, 323 (331); BVerfGE 45, 187 (260); BVerfGE 80, 244 (255); *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 111; *Eisele*, JZ 2001, 1157 (1162).

⁴¹ *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags am 21. Juni 2021, S. 5, abrufbar unter: www.bundestag.de/resource/blob/848326/7b398e9ecb912c0345208dd82c3fd5ba/stellungnahst-eisele-data.pdf, Abruf v. 15.11.2021.

⁴² § 373a Abs. 2 StPO verweist (u.a.) auf § 373 Abs. 1 StPO, wonach das Gericht entweder das Urteil bzw. den Strafbefehl aufrechterhalten oder „anderweit in der Sache zu erkennen“ hat, was auch die Verurteilung wegen eines (anderen) Vergehens einschließt; zu den Entscheidungsmöglichkeiten vgl. *Gössel*, in: Erb/Esser/Franke/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., Bd. 7/2, § 373a Rn. 15 i. V. m. § 373 Rn. 16 ff.

⁴³ Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/31110.

⁴⁴ *Nolte/Aust*, (Fn. 31), Art. 103 Rn. 223; *Pohlreich*, (Fn. 26), Art. 103 Rn. 5; *Sabel*, (Fn. 27) S. 564; *Remmert*, (Fn. 10), Art. 103 Abs. 3 Rn. 30.

⁴⁵ *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490 (493); *Pohlreich*, (Fn. 26), Art. 103 Rn. 12; *Remmert*, (Fn. 10), Art. 103 Abs. 3 Rn. 33.

fasst,⁴⁶ jedoch gilt dies nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-Grundrechtcharta nur für die Durchführung von Unionsrecht.⁴⁷ Hierzu gehören jedoch Tötungsdelikte nicht, da für diesen Bereich keinerlei Kompetenz der Europäischen Union gemäß Art. 83 AEUV besteht.

F. Anwendung auf „Altfälle“

Eingedenk der Unverjährbarkeit der Delikte ist eine Wiederaufnahme konsequenterweise auch bei „Altfällen“, d. h. solchen, die vor Inkrafttreten des § 362 Nr. 5 StPO abgeurteilt wurden, möglich.⁴⁸ Dies ergibt sich schon daraus, dass das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nach Rechtsprechung und h. M. nur für das materielle Recht, nicht aber das Strafverfahrensrecht gilt.⁴⁹ Auch liegt kein Verstoß wegen verbotener Rückwirkung gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG vor. Handelt es sich um keine „echte“ Rückwirkung, sondern lediglich um eine tatbestandliche Rückanknüpfung, ist diese zulässig.⁵⁰ Selbst wenn man dies anders sieht und eine „echte“ Rückwirkung aufgrund der Durchbrechung der Rechtskraft des ersten Urteils annehmen würde, wäre eine Durchbrechung des Rückwirkungsverbots wegen überragender Belange des Gemeinwohls, nämlich der Wahrung der materiellen Gerechtigkeit bei unverjährbaren Delikten, an welche die lebenslange Freiheitsstrafe geknüpft ist, aus den bereits genannten Gründen zulässig.⁵¹

G. Fazit

Die Regelung des § 362 Nr. 5 StPO wurde bereits von der Mehrheit der Sachverständigen im Rechtsausschuss begrüßt.⁵² Dies entspricht auch der Sichtweise vieler

wissenschaftlicher Abhandlungen aus jüngerer Zeit.⁵³ Art. 103 Abs. 3 GG gilt eben keineswegs absolut, sondern unterliegt verfassungsimmanenten Schranken. Die Möglichkeit einer Wiederaufnahme ist demnach mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar, so dass es auch keiner Grundgesetzänderung nach Art. 79 Abs. 3 GG mit einer Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages bedurfte.

⁴⁶ Pohlreich, (Fn. 26), Art. 103 Rn. 5; Remmert, (Fn. 10), Art. 103 Abs. 3 Rn. 35.

⁴⁷ Nolte/Aust, (Fn. 31), Art. 103 Rn. 173; Pohlreich, (Fn. 26), Art. 103 Rn. 15; Remmert, (Fn. 10), Art. 103 Abs. 3 Rn. 35.

⁴⁸ Explizit Schöch, (Fn. 26), S. 777 f.

⁴⁹ BVerfGE 24, 33 (55); BGHSt 26, 288 (289); BGHSt 50, 138 (141); Sabel, (Fn. 27), S. 566; Schöch, (Fn. 26), S. 778; speziell zur Verjährung BGHSt 21, 367 (369).

⁵⁰ Dafür in diesem Fall Schöch, (Fn. 26), S. 778 f.

⁵¹ Kubiciel, (Fn. 15), S. 393 f.; insoweit mit anderer Bewertung Sabel, (Fn. 27), S. 566.

⁵² Eisele, (Fn. 41), S. 1 ff.; Gärditz, Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“, abrufbar unter: www.bundestag.de/resource/blob/848600/9936b15d9f8bb-01892ff71409db0b46b/stellungnahme-gaerditz-data.pdf, Abruf v. 15.11.2021; Kubiciel, Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags, abrufbar unter: www.bundestag.de/resource/blob/848496/3362d92456bdd71df6ac854de90f3796/stellungnahme-kubiciel-data.pdf, Abruf v. 15.11.2021; Schädler, Statement zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 21.6.2021, abrufbar unter: www.bundestag.de/resource/blob/848910/afb0dcd0044b2ccf64528079af787a12/stellungnahme-schaedler-data.pdf, Abruf v. 15.11.2021.

⁵³ Füllkrug, (Fn. 15), S. 405 f.; Kubiciel, (Fn. 15), S. 381 ff.; Letzgus, (Fn. 26), S. 719 f.; ders., (Fn. 14), S. 788; Zehetgruber, (Fn. 15), S. 157 ff.; für Durchbrechungen bei einer Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten zudem etwa Degenhart, (Fn. 19), Art. 103 Rn. 84; Eschelbach, (Fn. 27), § 362 Rn. 52 ff.; Nolte/Aust, (Fn. 31), Art. 103 Rn. 222; Pohlreich, (Fn. 26), Art. 103 Rn. 40 und Rn. 65 ff., der seine Position allerdings freiheitstheoretisch begründet und auf ein dem Täter zurechenbares Verhalten abstellt; krit. etwa Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251; Frister/Müller, ZRP 2019, 101; Leitmeier, (Fn. 29), S. 341; Ruhs, ZRP 2021, 88; Slognat, ZStW 133 (2021), 741.