

Entscheidungsanmerkung

Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten

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 Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft.
3. Das in Art. 103 Abs. 3 GG statuierte Mehrfachverfolgungsverbot trifft eine Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen (sic!) 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 insofern 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 und 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. (Amtliche Leitsätze)

GG Art. 103
StPO § 362

*BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22*¹

I. Einleitung

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Oktober 2023 zur Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen wegen neuer Beweise ist nunmehr klar, dass sich insbesondere Ismet H., der Beschwerdeführer in dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, nicht erneut vor Gericht wegen Mordes an der damals 17-jährigen Frederike von Möhlmann verantworten muss, es sei denn er hat die Tat bereits gestanden oder wird sie in Zukunft noch

¹ NJW 2023, 3698.

gestehen.² Zuvor hatte der Beschwerdeführer bereits den Erlass einer einstweiligen Anordnung erreicht, in der der gegen ihn ergangene Haftbefehl außer Vollzug gesetzt wurde.³ Mit der hier zu besprechenden Entscheidung war trotzdem nicht zwangsläufig zu rechnen, weil die mögliche Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift im Rahmen des Erlasses einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG nicht berücksichtigt wird.⁴

Doch nicht nur Ismet H., sondern auch andere in der Vergangenheit vom Vorwurf des Mordes oder von bestimmten Verbrechen des Völkerstrafrechtsgesetzbuchs (VStGB) Freigesprochene müssen nun nicht mehr damit rechnen, deswegen noch einmal (oder mehrmals) mit einem Strafverfahren überzogen zu werden.

II. Die Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht hat mit einer Mehrheit von 6 zu 2 Stimmen⁵ entschieden, dass § 362 Nr. 5 StPO mit Art. 103 Abs. 3 GG, auch in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG), unvereinbar und nichtig ist (1. Leitsatz).

Dieses Ergebnis ist zunächst einmal vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Gewährleistungen, gerade in Zeiten, in denen die Diskussionen über Einschränkungen, aber auch die tatsächlichen Einschränkungen von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten zunehmen,⁶ zu begrüßen. Doch es stellt sich die Frage, ob die Entscheidung auch dogmatisch überzeugt. Dies soll im Rahmen dieser Entscheidungsanmerkung unter Einbeziehung der beiden abweichenden Meinungen des Richters Müller und der Richterin Langenfeld erörtert werden.

1. Allgemeine Erörterungen

Interessant ist zunächst, dass das Bundesverfassungsgericht einfließen lässt, bei wie vielen potenziellen Fällen die Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO überhaupt zur Anwendung kommen könnte.⁷ So führt es aus, dass im Jahr 2020 laut Statistischem Bundesamt von 13.819 erledigten Verfahren 19 (!) Anträge auf Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklag-

² Ausführlicher dazu sogleich. Zum Verfahrensgang in dem hiesigen Verfahren siehe BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 22.

³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 26 und BVerfGE 162, 358 ff.

⁴ BVerfGE 162, 358 (365 Rn. 25), hier auch zum Folgenden.

⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 164.

⁶ Beispielhaft soll nur auf die massiven Grundrechtseingriffe im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie und auf die Diskussion um die (noch) weitere Einschränkung des Asylgrundrechts nach Art. 16a GG hingewiesen werden. Zu Ersterem siehe BVerfGE 159, 223 ff., zu der Diskussion um eine Asylrechtsverschärfung nur James, Zeit Online v. 3.11.2023, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2023-11/einwanderung-bundeslaender-fluechtlinge-boris-rheinstephan-weil> (1.1.2024).

⁷ Siehe dazu auch Singelstein, NJW 2022, 1058 (1059 f.).

ten gerichtet waren.⁸ In den letzten Jahren habe es im Durchschnitt pro Kalenderjahr knapp zehn Verfahren gegeben, in denen jemand vom Vorwurf des Mordes freigesprochen wurde.⁹ Einen Freispruch vom Vorwurf des Völkermordes habe es nur einmal im Jahr 2011 gegeben.

Auch wenn es für die rechtliche Würdigung nicht zwingend relevant ist, ist es wichtig, dass das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO in den Kontext der Rechtswirklichkeit einordnet, gerade weil die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO von einem die Gemüter erhaltenden Einzelfall geprägt war¹⁰ und Einzelfälle bekanntlich in den meisten Fällen schlechte Ratgeber für neue Gesetze sind.¹¹

Weiter bemerkenswert, auch wenn für die rechtliche Würdigung ebenfalls nicht zwingend von Bedeutung, ist, dass das Bundesverfassungsgericht eine Anfrage an die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission) zum Grundsatz *ne bis in idem* und der Wiederaufnahme in den Mitgliedstaaten gestellt hat.¹² In 17 Staaten ist nach der Antwort der Kommission mit einzelnen Unterschieden eine ungünstige Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweismittel grundsätzlich möglich.¹³

2. Der Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG

a) Art. 103 Abs. 3 als Verbot erneuter Verfolgung

Im Rahmen der Prüfung des Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 3 GG stellt das Bundesverfassungsgericht zunächst klar, dass die Vorschrift trotz ihres Wortlauts, der lediglich davon spricht, dass niemand wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals *bestraft* werden darf, auch für Freigesprochene gilt.¹⁴ Mit anderen Worten verbietet Art. 103 Abs. 3 GG nicht nur jede erneute Bestrafung, sondern auch jede erneute Verfolgung. Dies kann indes als nahezu unstrittig in Rechtsprechung und Literatur gelten.¹⁵ Umso mehr verwundert es, dass namentlich die Fraktion der SPD¹⁶ und die Fraktion der CDU/CSU¹⁷ in der Anhörung vor dem Bundesverfassungsgericht die Meinung vertreten haben, Art. 103 Abs. 3 GG „umfasse [...] kein generelles Verbot mehrfacher Strafverfolgung.“ Den Ausführungen des Bun-

desverfassungsgerichts zu der Reichweite des Schutzes durch Art. 103 Abs. 3 GG im Hinblick darauf, dass jede erneute Verfolgung verboten ist, ist jedenfalls uneingeschränkt zuzustimmen.¹⁸

b) Art. 103 Abs. 3 GG als absolutes Recht

Nachdem das Bundesverfassungsgericht im Anschluss noch konstatiert, dass Art. 103 Abs. 3 GG auch den Gesetzgeber bindet, wenn er die Möglichkeiten der nachteiligen Wiederaufnahme ausweitet,¹⁹ ist der Weg frei, um § 362 Nr. 5 StPO am Maßstab des Art. 103 Abs. 3 GG zu überprüfen.²⁰

Dabei kommt das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG zu dem Ergebnis, dass der Grundsatz *ne bis in idem* absolute Geltung beanspruche und eine Ausweitung der nachteiligen Wiederaufnahme auf neue Beweise daher verfassungswidrig sei.²¹

aa) Systematische Auslegung

Dies leitet das Bundesverfassungsgericht zunächst maßgeblich aus der systematischen Auslegung her:²² Dass Art. 103 Abs. 2 GG auch absolut gelte, spreche dafür, dass auch Art. 103 Abs. 3 GG absolute Geltung beanspruche und mithin nicht einschränkbar sei.²³ Unabhängig davon, dass Art. 103 Abs. 2 GG selbst nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht uneingeschränkt absolut gilt,²⁴ besteht ein großer Unterschied zwischen Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 103 Abs. 3 GG darin, dass der Schutz des Art. 103 Abs. 2 GG, der vorschreibt, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor

¹⁸ Siehe nochmals BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 59 ff. Ausführlich dazu auch *Bohn* (Fn. 11), S. 57 ff.

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 72 ff.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 75 ff.

²¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 79, 136; ähnlich *Conen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung, Anlage zum Wortprotokoll der 160. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 21. Juni 2021, Protokoll-Nr. 19/160, S. 8; *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (359 f.); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (146); zu weiteren Vertretern dieser Ansicht und einer kritischen Auseinandersetzung mit dieser These siehe auch *Bohn* (Fn. 11), S. 85 f.; entgegen dem BVerfG beispielsweise auch: *Gärditz*, Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“, S. 5; *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1157); *Kaspar*, GA 2022, 21 (27); *Kubiciel*, GA 2021, 380 (383); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (158).

²² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 82 ff.

²³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 84, vgl. auch Rn. 96; so auch: *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358).

²⁴ BVerfGE 95, 96 (133 insb. Rn. 138). Die Entscheidung erging zu den Mauerschützen-Prozessen an der innerdeutschen Grenze. Das Bundesverfassungsgericht stellte dort ausdrücklich klar, dass der Schutz des Art. 103 Abs. 2 GG in dieser „ganz besonderen Situation“ hinter dem Gebot materieller Gerechtigkeit zurücktreten müsse.

⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 16.

⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 17, hier auch zum Folgenden.

¹⁰ Siehe anstatt aller nur MdB Luczak in der ersten Beratung der Gesetzesnormierung am 11. Juni 2021, BT-Plenarprotokoll 19/234, S. 30370.

¹¹ Vgl. *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 205, insb. auch Fn. 72; vgl. auch *Bung*, HRRS 2022, 109 (111 f.).

¹² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 20.

¹³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 21.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 59 ff.

¹⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 67 ff.; siehe auch anstatt aller *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 85. Lfg., Stand: November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 61 m.w.N.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 35.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 40.

die Tat begangen wurde, seine Wurzeln in der Menschenwürde hat²⁵ und die Menschenwürde – als einziges Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht – tatsächlich absolut gilt.²⁶ Diese Wurzeln proklamiert – soweit ersichtlich – niemand in Bezug auf Art. 103 Abs. 3 GG, und eine solche Herleitung ließe sich auch aus der Ideengeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG heraus nicht stützen.²⁷ Zudem ist diese systematische Auslegung, die das Bundesverfassungsgericht vornimmt, bis zu einem gewissen Grad beliebig:²⁸ Im Grundgesetz besteht keine weitere Norm mit inhaltlichem Bezug zu der Gewährleistung des Art. 103 Abs. 3 GG,²⁹ und wenn man mit den Gewährleistungen i.R.d. Art. 103 GG argumentiert, könnte man genau so gut Art. 103 Abs. 1 GG heranziehen, der zwar formell als „einer Abwägung unzugänglich“³⁰ angesehen wird, letztlich aber doch durch kollidierende Verfassungsgüter eingeschränkt werden kann.³¹

bb) Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift

Im Rahmen des Sinns und Zwecks der Vorschrift des Art. 103 Abs. 3 GG führt das Bundesverfassungsgericht an, dass die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Verständnis der Vorschrift als absolutes, nicht einschränkbares Recht stütze.³² Das Bundesverfassungsgericht habe Art. 103 Abs. 3 GG bisher nicht mit anderen Verfassungswerten abgewogen und auch nicht zum Ausdruck gebracht, dass dies überhaupt möglich sei.³³ Wie dies dazu passt, dass „strafrechtsdogmatische Grenzkorrekturen“³⁴ möglich sein sollen, bleibt unklar. Entweder ein Recht gilt uneingeschränkt oder es ist einschränkbar. Nur in dem letzten Fall bleibt Raum für Änderungen in Form von Grenzkorrekturen.

Und auch die verfassungsgerichtliche Terminologie, dass die „vorkonstitutionelle Ausprägung des Grundsatzes ne bis in idem [...]“ – also die althergebrachten Wiederaufnahmegründe der heutigen Nummern 1–4 in § 362 StPO – „als ‚immanente Schranke‘ des Art. 103 Abs. 3 GG“³⁵ anzusehen sei, stünde der absoluten Geltung des Grundsatzes nicht entgegen. Dies würde aber bedeuten, dass das Verbot der Dop-

pelverfolgung in Art. 103 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich nicht für die Einschränkungen in den § 362 Nrn. 1–4 StPO gelten würde. Dies läuft auf eine Auslegung und Einschränkung der Verfassung anhand des einfachen Rechts hinaus und ist dogmatisch nicht begründbar.³⁶

Weiter versucht das Bundesverfassungsgericht die absolute Geltung des Art. 103 Abs. 3 GG darauf zu stützen, dass es betont, dass der Schutz durch Art. 103 Abs. 3 GG unter anderem nur dann besteht, wenn ein Strafverfahren durch ein rechtskräftiges Sachurteil nach einer strafrechtlichen Hauptverhandlung abgeschlossen wurde.³⁷ Die strikte Formalisierung der Hauptverhandlung, das Gebot der Wahrheitserforschung in der Hauptverhandlung, der Unmittelbarkeitsgrundsatz und der generelle rechtsstaatliche Rahmen der Hauptverhandlung gäben dem Urteil die Legitimation, auf der die Rechtskraft und damit auch der Schutz des Art. 103 Abs. 3 GG fuße.³⁸

Unabhängig davon, dass diese Grundsätze in der Praxis häufig nicht strikt angewendet werden, sind die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Begründung des Schutzes durch Art. 103 Abs. 3 GG zutreffend; sie begründen aber dennoch – auch in der Zusammenschau mit den anderen genannten Argumenten – keinen durch Art. 103 Abs. 3 GG vermittelten absoluten Schutz.

Sodann erläutert das Bundesverfassungsgericht, was die Wiederaufnahmegründe der Nummern 1–4 des § 362 StPO maßgeblich von der nun für verfassungswidrig und nichtig erklärten Nr. 5 des § 362 StPO unterscheidet.³⁹ Dabei geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass § 362 Nrn. 1–4 StPO Wiederaufnahmegründe erfassten, „die nicht in erster Linie auf die Änderung des materiellen Entscheidungsinhalts zielen, sondern vorrangig auf die Aufhebung eines Strafurteils gerichtet sind [...]“⁴⁰. Diese Regelungen seien vom Verbot des Art. 103 Abs. 3 GG deswegen nicht erfasst,⁴¹ da sie immanente Schranken des Art. 103 Abs. 3 GG darstellten.⁴² Im Vordergrund stehe bei diesen Wiederaufnahmegründen „nicht notwendig ein im Ergebnis anderes Urteil, sondern primär die Wiederholung des fehlerbehafteten Verfahrens.“⁴³ Gleiches gelte für den Wiederaufnahmegrund des Geständnisses in § 362 Nr. 4 StPO.⁴⁴

Abgesehen davon, dass dies – wie oben dargestellt – dogmatisch nicht herzuleiten ist, spricht gegen diese Annahme die von Bundesverfassungsgericht selbst zitierte Norm des § 370 Abs. 1 StPO, die vorschreibt, dass der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ohne mündliche Verhandlung als unbegründet verworfen wird, wenn unter anderem in den Fällen des § 362 Nr. 1 StPO (unechte oder verfälschte Urkunde) oder Nr. 2 (vorsätzliche Falschaussage oder Mein-

²⁵ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 51 m.w.N.

²⁶ *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 15), 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 73 f. m.w.N.

²⁷ Zur Ideengeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG siehe auch *Bohn* (Fn. 11), S. 36 ff.

²⁸ *Bohn* (Fn. 11), S. 220, hier auch zum Folgenden; a.A. *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358).

²⁹ *Bohn* (Fn. 11), S. 58.

³⁰ *Schulze-Fielitz* (Fn. 25), Art. 103 Abs. 1 Rn. 83.

³¹ *Schulze-Fielitz* (Fn. 25), Art. 103 Abs. 1 Rn. 83 m.w.N.

³² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 90.

³³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 91.

³⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 91, unter Verweis auf BVerfGE 56, 22 (34).

³⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 92, unter Verweis auf BVerfGE 3, 248 (252 f.); ausführlich zu der Formulierung „immanente Schranke“ *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (763 Fn. 126).

³⁶ *Bohn* (Fn. 11), S. 88 f.

³⁷ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 102 f.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 105.

³⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 114 ff.

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 117.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 117 f.

⁴² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 118.

⁴³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 119.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 122.

eid) nach Lage der Sache die Annahme ausgeschlossen ist, dass die in diesen Vorschriften bezeichnete Handlung auf die Entscheidung Einfluss gehabt hat.⁴⁵ Es kommt also zumindest bei den Nummern 1 und 2 des § 362 StPO sehr wohl darauf an, ein im Ergebnis anderes Urteil zu erreichen, da das erste Urteil aufgrund der Verfahrensfehler möglicherweise falsch ist.⁴⁶ Man kann sogar so weit gehen, gerade in der Möglichkeit, dass die Fehler im Ausgangsverfahren Einfluss auf das Ergebnis des Urteils gehabt haben können, die (verfassungsrechtliche) Legitimation der Wiederaufnahmegründe und damit der Durchbrechung der Rechtskraft zu sehen;⁴⁷ denn ein justizförmiges Verfahren ist kein Selbstzweck, der immer zu einer Durchbrechung der Rechtskraft und des Schutzes des Art. 103 Abs. 3 GG führt.⁴⁸ Im Hinblick auf den Wiederaufnahmegrund des Geständnisses kann – unabhängig von der Frage, ob damit ein im Ergebnis anderes Urteil bezweckt wird oder nicht –⁴⁹ auch der Umstand, dass die geständige Person selbst durch das Geständnis auf den Schutz des Art. 103 Abs. 3 GG verzichtet, als Legitimation herangezogen werden.⁵⁰

Ausgehend von der hier im Ergebnis abgelehnten These, dass die Wiederaufnahmegründe des § 362 Nrn. 1–4 StPO nicht dazu dienen, ein inhaltlich anderes – „richtigeres“⁵¹ – Urteil zu erstreben, stellt das Bundesverfassungsgericht sodann dar, dass § 362 Nr. 5 StPO gerade dies bezwecke und deshalb verfassungswidrig sei.⁵² Weder ein sich zwischenzeitlich gewandeltes Verfassungsverständnis noch grundrechtlich geschützte Belange der Opfer oder Opferangehörigen würden dies relativieren.⁵³

⁴⁵ So auch die abweichende Meinung des Richters *Müller* und der Richterin *Langenfeld* vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 11.

⁴⁶ Zu der Frage, wann von einem Fehlurteil auszugehen ist, siehe *Bohn* (Fn. 11), S. 23 f.

⁴⁷ *Bohn* (Fn. 11), S. 96 ff., vgl. hier auch zum Folgenden; in diese Richtung auch *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (146).

⁴⁸ A.A. wohl das BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 121: „Ein Urteil mit einem solch schwerwiegenden Mangel verfehlt die Anforderungen an ein justizförmiges, rechtsgeleitetes Verfahren. Die Wahrung dieser Anforderungen ist jedoch unverzichtbare rechtsstaatliche Voraussetzung für einen gerechten Schuldspruch.“

⁴⁹ Siehe dazu im Ergebnis verneinend BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 122.

⁵⁰ *Bohn* (Fn. 11), S. 95 m.w.N.; *Conen* (Fn. 21), S. 10; *Kaspar*, GA 2022, 21 (30); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (146); *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (767); a.A. *Kubiciel*, GA 2021, 380 (392).

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 123. Dazu, dass ein Urteil nach einem Wiederaufnahmeverfahren nicht zwingend „richtiger“ wird, vgl. auch Rn. 134; *Bohn* (Fn. 11), S. 91.

⁵² Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 123, hier auch zum Folgenden; siehe ebenfalls BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 140.

⁵³ Siehe zur Berücksichtigung des Opferschutzes ausführlich auch *Bohn* (Fn. 11), S. 229 ff.

Aus der Sicht des *Autors* ist zwar die Prämisse falsch; dem Ergebnis, dass § 362 Nr. 5 StPO verfassungswidrig ist, ist aber zuzustimmen. Begrüßenswert ist in diesem Zusammenhang, dass nach dem Bundesverfassungsgericht neue technische Möglichkeiten wahrscheinlich zu neuen Gefährdungslagen im Hinblick auf die Grundrechte, jedenfalls aber nicht zu einer Absenkung des verfassungsrechtlichen Schutzniveaus führen.⁵⁴

3. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot

Nachdem das Bundesverfassungsgericht bereits einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG festgestellt hat, führt es weiter aus, dass eine Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO auf Altfälle, die bereits vor Inkrafttreten des § 362 Nr. 5 StPO mit einem rechtskräftigen Freispruch abgeschlossen waren, gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verstößt.⁵⁵ Dabei geht es von einer „echten“ Rückwirkung, also einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen aus, die grundsätzlich verbietet, in bereits abgeschlossene Tatbestände einzugreifen.⁵⁶ Die vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Ausnahmen, bei deren Vorliegen eine „echte“ Rückwirkung ausnahmsweise zulässig ist, namentlich der Umstand, dass kein schützenswertes Vertrauen vorlag oder zwingende Gründe des Gemeinwohls entgegenstehen, lägen nicht vor.⁵⁷ Es liege vielmehr ein schützenswertes Vertrauen vor, weil ein rechtskräftiger Freispruch sogar noch eine größere Zäsurwirkung entfalte als der Eintritt der Verfolgungsverjährung.⁵⁸ Auch lägen in der Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit durch eine Wiederaufnahme keine zwingenden Gründe des Gemeinwohls, denn „der Fortbestand [eines] Freispruchs trotz abnehmender Zweifel an der Schuld des Freigesprochenen sind unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls nicht ‚unerträglich‘, sondern vielmehr Folgen einer rechtsstaatlichen Strafrechtsordnung, in der der Zweifelsgrundsatz eine zentrale Rolle spielt.“⁵⁹ Dem ist vor dem Hintergrund eines Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot nichts hinzuzufügen.

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 130.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 142; so auch *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (361 f.); *Priebering*, HRRS 2023, 156 (160).

⁵⁶ Zur Definition der „echten“ Rückwirkung siehe BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 144, zur Einordnung der Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO siehe BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 147 ff.; so auch *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (254); *Bohn* (Fn. 11), S. 266 ff.; *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (359); *Gerson*, StV 2022, 124 (126); *Kaspar*, GA 2022, 21 (34); a.A. *Gärditz* (Fn. 21), S. 7.

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 152 ff.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 155; ähnlich auch *Bohn* (Fn. 11), S. 269.

⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 158; in diese Richtung auch: *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (155); a.A. *Gärditz* (Fn. 21), S. 7 f.

4. Zwischenfazit

Im Ergebnis ist dem Bundesverfassungsgericht daher zuzustimmen, dass sowohl ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG als auch gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot bei der Anwendung auf rechtskräftig abgeschlossene Verfahren vorliegt, auch wenn die dogmatische Herleitung aus Sicht des *Verf.* im Hinblick auf den absoluten durch Art. 103 Abs. 3 GG vermittelten Schutz nicht überzeugt. Zuzustimmen ist auch der Rechtsfolge der Nichtigkeit des § 362 Nr. 5 StPO, insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht das Verdikt der Nichtigkeit häufig mit der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung umschiff hat.⁶⁰ Es ist richtig und wichtig, dass das Bundesverfassungsgericht in dem hiesigen Verfahren deutliche Worte gefunden und richtigerweise keine Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung gesehen hat.

5. Abweichende Meinung

Im Hinblick auf die aus Sicht des *Verf.* nicht kohärente dogmatische Herleitung sind die Sondervoten des Richters *Müller* und der Richterin *Langenfeld* von Interesse. Auf diese Sondervoten soll daher im Folgenden eingegangen werden.

Müller und *Langenfeld* gehen davon aus, dass Art. 103 Abs. 3 GG durchaus durch kollidierendes Verfassungsrecht einschränkbar ist.⁶¹ Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn und die Bestimmtheit der Norm des § 362 Nr. 5 StPO bedürften jedoch einer näheren Prüfung. Jedenfalls liege aber – insofern im Einklang mit der Mehrheitsentscheidung – ein Verstoß gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot vor.

Folgerichtig wird in der abweichenden Meinung dargelegt, dass auch die Wiederaufnahmevorschriften des § 362 Nrn. 1–4 StPO verfassungswidrig sein müssten, wenn Art. 103 Abs. 3 GG absolute Geltung beanspruchen würde.⁶²

Gegen die Annahme einer absoluten Geltung führen *Müller* und *Langenfeld* an, dass eine solche nur auf „sehr seltene Ausnahme[n]“⁶³ zutrefte und es dafür einer unmittelbaren Ableitbarkeit aus der – unantastbaren – Menschenwürdeggarantie des Art. 1 Abs. 1 GG bedürfe.⁶⁴ Auch würden die bereits vor der streitgegenständlichen Ergänzung des § 362 StPO bestehenden Wiederaufnahmegründe zeigen, dass Art. 103 Abs. 3 GG nicht uneingeschränkt Geltung beanspruche.⁶⁵

Allerdings neigen *Müller* und *Langenfeld* in ihrer abweichenden Meinung dazu, § 362 Nr. 5 StPO als verfassungsgemäß einzustufen. Dies begründen sie unter anderem mit einem Vergleich zu dem Wiederaufnahmegrund des Geständnisses in § 362 Nr. 4 StPO, der eine Wiederaufnahme

propter nova bereits jetzt zulasse.⁶⁶ Dies kann indes nicht überzeugen, da die maßgebliche Legitimation des Wiederaufnahmegrunds des § 362 Nr. 4 StPO – wie oben dargelegt – darin liegt, dass der/die Freigesprochene selbst darüber entscheiden kann, ob er oder sie ein Geständnis ablegen will oder nicht.⁶⁷

In der dann konsequenterweise vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung gehen *Müller* und *Langenfeld* zunächst davon aus, dass das Gebot einer effektiven Strafverfolgung einen legitimen Zweck des Wiederaufnahmegrunds des § 362 Nr. 5 StPO darstelle.⁶⁸ Letztlich konstatieren sie aber, dass die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn und die Bestimmtheit der Norm einer eingehenderen Prüfung bedürften.⁶⁹ Dabei tendieren sie dazu, § 362 Nr. 5 StPO als verfassungsgemäß anzusehen,⁷⁰ wenn auch nur im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung im Hinblick auf den nötigen Tatverdacht.⁷¹ Zudem erwägen sie eine Kompensation für das weitere Verfahren im Rahmen der Strafzumessung.⁷²

Diesen beiden letzten Erwägungen ist indes grundlegend zu widersprechen:

Auch wenn man von einer grundsätzlichen Einschränkung des Schutzes aus Art. 103 Abs. 3 GG ausgeht, führt dies nicht dazu, dass § 362 Nr. 5 StPO mit Art. 103 Abs. 3 GG in Einklang steht.⁷³ Freisprüche in Bezug auf Mord und die im Gesetz genannten Verbrechen nach dem VStGB verlieren durch die Vorschrift jeden Wert und Schutz,⁷⁴ insbesondere weil jegliche neuen Beweismittel ausreichen sollten, um die Wiederaufnahme bei den aufgeführten Taten zu ermöglichen.⁷⁵ Die Schwere des Eingriffs verschärft sich zudem dadurch, dass alle in § 362 Nr. 5 StPO aufgeführten Straftaten i.V.m. § 79 Abs. 2 StGB nicht verjähren, sodass die Verfolgung ad infinitum fortgesetzt werden kann.⁷⁶ Weiterhin betrifft der Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO weder die Justizförmigkeit des Ausgangsverfahrens wie bei § 362 Nrn. 1–3 StPO noch ist das Vorliegen des Wiederaufnahmegrunds dem eigenen Risikobereich zuzuordnen wie bei § 362 Nr. 4 StPO.⁷⁷ Diese genannten Umstände führen damit insgesamt zu einem verfassungswidrigen Eingriff

⁶⁰ Vgl. dazu nur *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 449 ff.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 1, hier auch zum Folgenden.

⁶² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 4, vgl. auch Rn. 15; dies betont auch *Hörnle*, GA 2022, 184 (188).

⁶³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 5; so auch *Hörnle*, GA 2022, 184 (188).

⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 5.

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 12.

⁶⁶ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 14; ähnlich *Gärditz* (Fn. 21), S. 5 f.

⁶⁷ Siehe nochmals *Bohn* (Fn. 11), S. 95 m.w.N.; *Conen* (Fn. 21), S. 10; *Kaspar*, GA 2022, 21 (30); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (146); *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (767); a.A. *Kubiciel*, GA 2021, 380 (392).

⁶⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 20.

⁶⁹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 32.

⁷⁰ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 33 ff.

⁷¹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 35.

⁷² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 36.

⁷³ Ausführlich dazu im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn *Bohn* (Fn. 11), S. 227 ff. und 233 ff.

⁷⁴ *Leitmeier*, StV 2021, 341 (346).

⁷⁵ Vgl. *Bohn* (Fn. 11), S. 234.

⁷⁶ Vgl. *Bohn* (Fn. 11), S. 235.

⁷⁷ *Bohn* (Fn. 11), S. 235 ff.

in den Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG in Bezug auf die in § 362 Nr. 5 StPO genannten Delikte.⁷⁸

Einen solchen erheblichen Eingriff in das Recht des Art. 103 Abs. 3 GG nachträglich abzufedern, indem eine etwaig verhängte Strafe gemildert werden soll, kann fast schon als anmaßend bezeichnet werden: Es drängt sich der Eindruck auf, dass verfassungsrechtliche Bedenken dadurch beiseite gewischt werden, dass man sich gegenseitig versichert, dass dies nicht so gravierend sei, da anstelle lebenslanger Freiheitsstrafe nach § 49 Abs. 1 S. 1 StGB analog eine Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren verhängt werden könne.⁷⁹ Weder kann eine solche Milderung eine Kompensation für einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG darstellen noch kann sie als Anknüpfungspunkt für eine verfassungskonforme Auslegung des § 362 Nr. 5 StPO dienen. Es bleibt letztlich im Interesse eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens dabei, dass § 362 Nr. 5 StPO verfassungswidrig ist.

III. Fazit

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist die deutliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Nichtigkeit des § 362 Nr. 5 StPO zu begrüßen. Dies gilt trotz der aufgezeigten dogmatischen Brüche. Indem das Bundesverfassungsgericht klargestellt hat, dass sowohl ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG als auch gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot vorliegt, dürfte es etwaigen weiteren Gesetzesinitiativen einen Riegel vorgeschoben haben. Ob dies nunmehr einen Schlusspunkt unter die aufgeheizte, schon seit Jahrzehnten in der Rechtswissenschaft geführte Debatte um die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten setzt oder die Befürworterinnen und Befürworter der Gesetzesänderung langfristig eine Verfassungsänderung anstreben,⁸⁰ bleibt abzuwarten. Bis auf Weiteres erhält uns das Bundesverfassungsgericht den schützenswerten Status-Quo des ne-bis-in-idem-Grundsatzes.

*Dr. André Bohn, LL.M. (Maastricht), Wuppertal/Kiel**

⁷⁸ Vgl. *Bohn* (Fn. 11), S. 234.

⁷⁹ Zur in diesem Kontext vorgeschlagenen sogenannten Rechtsfolgenlösung siehe BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 36 m.w.N.

⁸⁰ Siehe dazu *Leitmeier*, StV 2021, 341 (346); *Slognsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (773).

* Der *Autor* ist als Strafverteidiger in Wuppertal ansässig und als Lehrkraft für besondere Aufgaben am Institut für Kriminalwissenschaften der Universität zu Kiel tätig.