

Von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard), Bonn\*

*Seit der Aufklärung hat das Verbot mehrfacher Strafverfolgung vielerorts Verfassungsrang erhalten und ist heute an sich ein anerkanntes Menschenrecht. Allerdings attestierte schon Beling der strafprozessualen Rechtskraft, ihr „eigentlichstes Wesen“ sei es, das „Gefühlmäßige totzuschlagen“. Dieser kontraintuitive Charakter von Ne bis in idem führt immer wieder und in vielen Rechtsordnungen zu mitunter heftigen rechtspolitischen Auseinandersetzungen, wofür der deutsche Streit um § 362 Nr. 5 StPO nur eines der jüngsten Beispiele abgibt. Der Beitrag unternimmt es, nicht Detailfragen irgendeiner nationalen Ausgestaltung, sondern grundsätzlicher der Frage nach Zweck und Rechtfertigung dieses bemerkenswert unpopulären Menschenrechts nachzugehen.*

## I. Einleitung

Hier soll es nicht nochmals um die Verfassungswidrigkeit des § 362 Nr. 5 StPO gehen,<sup>1</sup> sondern um den exemplarischen Charakter dieser Episode der deutschen Rechtsgeschichte, der auf eine ungewöhnliche Anomalie hinweist, die bei Ne bis in idem wie wohl kaum einem anderen Menschenrecht besteht, nämlich seine Unbeliebtheit bei weiten Kreisen der Bevölkerung, mitunter auch des Fachpublikums, nicht nur bei uns, sondern auch in weit auseinander liegenden auswärtigen Rechtsordnungen. Auffällig ist dabei insbesondere, dass die Argumente gegen die Anerkennung von Ne bis in idem weitgehend identisch sind, unabhängig vom Ort, vom Charakter der Rechtsordnung und ihres Strafprozessmodells und auch unabhängig vom demokratischen oder autoritären Zuschnitt der Regierungsform. Ne bis in idem ist normativ als universelles Menschenrecht verankert, aber anscheinend ebenso universell unpopulär.

Ungeachtet der positiv-rechtlichen Ausgestaltung im Einzelnen, die von Land zu Land beträchtlich variiert,<sup>2</sup> stellt sich daher die Frage, ob und wenn ja, wie weit der Grundgedanke dieser Garantie Beifall verdient. Mit anderen Worten: Würde man heute den Grundrechtsteil einer Verfassung oder ein Menschenrechtsinstrument vollständig neu schreiben und alles Bekannte einer Prüfung unterziehen, so würden gewiss neben klassischen Abwehrrechten gegen den Staat in Gestalt individueller Handlungsfreiheiten auch Mindestanforderungen an freiheitsverkürzendes Staatshandeln im Allgemeinen und durch Strafrecht und Strafprozessrecht im Besonderen

aufgenommen – aber gäbe es auch wieder einen Platz für Ne bis in idem?

Dem soll im Folgenden nachgegangen werden, angesichts des äußerst umfangreichen Schrifttums aber nur skizzenhaft.

## II. Ne bis in idem als Menschenrecht

Ne bis in idem oder Non bis in idem ist der im kontinental-europäischen (Civil Law) Rechtskreis geläufige Name für das Verbot mehrfacher Strafverfolgung, das im Common Law-Rechtskreis unter der Kurzbezeichnung Double Jeopardy firmiert. Eine weitgehend standardisierte, klarere Sprache verwenden die Menschenrechtsinstrumente. Auf universeller Ebene ist ein Verbot mehrfacher Strafverfolgung zwar nicht in der Universellen Menschenrechtserklärung von 1948,<sup>3</sup> aber im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte der Vereinten Nationen (IPBPR) von 1966<sup>4</sup> enthalten (Art. 14 Abs. 7<sup>5</sup>), der derzeit 174 Vertragsparteien zählt. Auf regionaler Ebene finden sich Mehrfachverfolgungsverbote in der Amerikanischen Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (Art. 8 Abs. 4)<sup>7</sup> und der Arabischen Menschenrechtscharta<sup>8</sup> (Art. 19 Abs. 1<sup>9</sup>), nicht in der Afrikanischen Menschenrechtscharta<sup>10</sup> und der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950,<sup>11</sup> aber im 7. Zusatzprotokoll zur EMRK<sup>12</sup> (Art. 4<sup>13</sup>) und

<sup>3</sup> UN Doc. A/RES/217(III), 10.12.1948.

<sup>4</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 16.12.1966, 999 UNTS 171, in Kraft seit 23.3.1976; BGBl. 1973 II, S. 1533.

<sup>5</sup> „No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.“

<sup>6</sup> American Convention on Human Rights „Pact of San José, Costa Rica“, 22.11.1969, 1141 UNTS 123, in Kraft seit 18.7.1978, 24 Vertragsstaaten.

<sup>7</sup> „An accused person acquitted by a non-appealable judgment shall not be subjected to a new trial for the same cause.“

<sup>8</sup> Arab Charter of Human Rights, 22.5.2004, in Kraft seit 5.3.2008, 16 Vertragsstaaten.

<sup>9</sup> „No one may be tried twice for the same offence.“

<sup>10</sup> African Charter on Human and Peoples' Rights, 27.6.1981, 1520 UNTS 217, in Kraft seit 21.10.1986.

<sup>11</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11.1950, 213 UNTS 221, ETS Nr. 5, BGBl. 1952 II, S. 685/953, in Kraft seit 3.9.1953, 46 Vertragsstaaten.

<sup>12</sup> Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 22.11.1984, 1525 UNTS 195, ETS Nr. 117, in Kraft seit 1.11.1988, 43 Vertragsstaaten, Deutschland zählt nicht dazu.

<sup>13</sup> Art. 4 ZP 7: „(1) No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State. (2) The provision of the preced-

\* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung sowie Strafrechtsgeschichte an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

<sup>1</sup> Vgl. dazu die Retrospektive von Pohlreich, GA 2024, 481 ff. Zusammenfassend jüngst auch Rotsch, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar, StPO, Bd. 2, 2025, § 362 Rn. 6, 14 ff.

<sup>2</sup> Vergleichender Überblick bei de la Cuesta, RIDP 73 (2002), 707 (708 ff.), und den Länderberichten im selben Band sowie bei Swoboda, HRRS 2008, 188 ff.

in der Grundrechtscharta der Europäischen Union<sup>14</sup> (Art. 50<sup>15</sup>), nachdem Ne bis in idem zuvor schon als ungeschriebener Bestandteil des Europarechts angesehen wurde<sup>16</sup>. Der Grundsatz findet sich in mehr als 50 Staatsverfassungen,<sup>17</sup> zahlreichen einfachrechtlichen Regelungen<sup>18</sup> und den meisten Statuten internationaler Strafgerichte,<sup>19</sup> sodass von der Geltung eines internen<sup>20</sup> Mehrfachverfolgungsverbots auch als Völkergewohnheitsrecht oder allgemeines Rechtsprinzip<sup>21</sup> auszugehen ist. Als nicht bindende Empfehlung (soft law) findet sich der Grundsatz ferner in den United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.<sup>22</sup>

Schon die verschiedenen Wortlautfassungen der Menschenrechtsinstrumente, die mal schlagwortartig kurz, mal detailliert ausfallen, legen nahe, dass allenfalls ein Kerngehalt als universell konsentiert gelten dürfte.<sup>23</sup> Bei näherer Betrachtung handelt es sich nicht um eine Gewährleistung, sondern um ein Bündel trennbarer Rechtssätze, die auch separater Betrachtung bedürfen: das Verbot der doppelten

---

ing paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.“

<sup>14</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Nizza-Charta), ABl. EU 2000 Nr. C 364/1, in Kraft seit 1.12.2009.

<sup>15</sup> „Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.“

<sup>16</sup> Nachweise in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. EU 2007 Nr. C 303/17, S. 31, dort auch zur Inhaltsgleichheit mit Art. 4 ZP 7 EMRK.

<sup>17</sup> Nachweise bei *Bassiouni*, *Duke Journal of Comparative & International Law* 3 (1993), 235 (289 Fn. 262).

<sup>18</sup> Siehe die Länderberichte in RIDP 73 (2002).

<sup>19</sup> Siehe nur *Brady/Costi/Friman/Guariglia/Stuckenberg*, in: *Sluiter/Friman/Linton/Vasiliev/Zappalà* (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 2013, S. 382 (436 ff.) m.w.N.

<sup>20</sup> Ein transnationales Mehrfachverfolgungsverbot gibt es nur vereinzelt, z.B. regional gem. Art. 54 SDÜ, aber nicht als Norm des Völkerrechts, siehe nur jüngst Corte di cassazione, Sez. Pen. 1 v. 7.9.2022 – Nr. 32932/22, § 3.1; weitere Nachweise bei *Esser*, in: *Löwe/Rosenberg*, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Großkommentar, Bd. 12, 27. Aufl. 2024, IPBPR Art. 14 Rn. 1569.

<sup>21</sup> Dazu *Conway*, *International Criminal Law Review* 3 (2003), 217 (221 ff., 229 ff.).

<sup>22</sup> Fassung von 1957/1977: UN Doc A/CONF/6/1, Annex I, Regel 30 Abs. 1 Hs. 2: „No prisoner shall be punished except in accordance with the terms of such law or regulation, and never twice for the same offence.“ In der 2015 revidierten Fassung (Nelson Mandela Rules), UN Doc. A/RES/70/175, Regel 39 Abs. 1 S. 2: „A prisoner shall never be sanctioned twice for the same act or offence.“

<sup>23</sup> Ebenso *Conway*, *International Criminal Law Review* 3 (2003), 217 (221, 244).

oder mehrfachen Bestrafung, die (wenigstens) ein vorheriges Strafurteil voraussetzt,<sup>24</sup> das Verbot erstmaliger Bestrafung nach vorherigem Freispruch, das Verbot erneuter Strafverfolgung (Ermittlungsverfahren) nach rechtskräftigem Urteil – trotz der oft elliptischen Formulierungen dürften wohl alle drei Aspekte heute zum Kerngehalt zählen.

Die Effektivität der Gewährleistung hängt von der Ausgestaltung im Detail und von der Zulassung etwaiger Ausnahmen ab. Die Ausgestaltung betrifft einmal die Frage, wie das „idem“ definiert ist – die engste Fassung verlangt Identität von Sachverhalt *und* rechtlicher Qualifikation (idem crimen), dies ist der ältere Ansatz des römischen und kanonischen Rechts, der heute noch im Common Law-Kreis dominiert, die weiteste Fassung stellt nur auf die Identität des dann nicht leicht zu konturierenden Sachverhalts als Prozessgegenstand ab (idem factum), wie in der Judikatur des EuGH zu Art. 54 SDÜ, des EGMR zu Art. 4 ZP 7 und im deutschen Recht.<sup>25</sup> Dazwischen bewegen sich Ansätze, die fragen, ob die Tatbestände dasselbe oder ein verwandtes Rechtsgut schützen (wie in den Niederlanden<sup>26</sup>) oder dieselben wesentlichen Bestandteile (essential elements) aufweisen (so die frühere EGMR-Rechtsprechung<sup>27</sup>). Erneute Strafverfolgung kann aber zusätzlich noch durch andere Rechtsfiguren gesperrt werden wie das englische Missbrauchsverbot (abuse of process).<sup>28</sup> Die Ausgestaltung betrifft zweitens die Bestimmung des „bis“, d.h. welche Verfahren gesperrt sind – nur Hauptverhandlungen (trial), auch Rechtsmittel gegen Freisprüche (eine Besonderheit im Common Law), Strafverfahren insgesamt, Disziplinarverfahren, verwaltungsrechtliche Verfahren oder zivilrechtlicher Schadensersatz. Es fragt sich weiter, ob die Rechtskraft die inzidente Befassung mit einzelnen Sachverhaltselementen sperrt oder nicht (Bindungswirkung, issue estoppel). Wesentlich ist ferner die Bestimmung des „semel“, d.h. welcher Verfahrensabschluss die Sperrwirkung auslöst (When does jeopardy attach?) – nur rechtskräftige Sachurteile oder auch Einstellungsentscheidungen, mistrials usw.

Hier soll nur der menschenrechtliche Kern interessieren, der jedenfalls erneute Strafverfahren in derselben Sache nach

---

<sup>24</sup> Teilweise wird darunter auch das Verbot mehrfacher Bestrafung in demselben Verfahren gefasst, d.h. ein Verbot der Idealkonkurrenz, so im US-amerikanischen Verfassungsrecht, dazu *Stuckenberg*, *Double Jeopardy*, 2001, S. 16 ff. Dieser Aspekt wird hier ausgeklammert.

<sup>25</sup> Nachweise bei *Stuckenberg*, in: *Brown/Turner/Weisser* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Criminal Process*, 2019, S. 457 (467 f.).

<sup>26</sup> *Klip/van der Wilt*, RIDP 73 (2002), 1091 (1095, 1106 f.).

<sup>27</sup> Dargestellt und aufgegeben in EGMR, Urt. v. 10.2.2009 – 14939/03 (*Zolotukhin v. Russia*) = Slg. 2009-I, 291 (318 f. §§ 73 ff.).

<sup>28</sup> Auch „Connelly principle“ nach *Connelly v. D.P.P.*, [1964] A.C. 1254 (1301 f., 1347 ff., 1359 f.) – H.L.; zum Ausnahmecharakter R. v. *Crawley*, [2014] EWCA Crim 1028 Rn. 17; siehe auch *Young* (Hrsg.), *Young, Corker and Summers on Abuse of Process in Criminal Proceedings*, 5. Aufl. 2022; *Wells*, *Abuse of process*, 4. Aufl. 2023; *Hungerford-Welch*, *Criminal Law Review* 2017, 3 (9 f.).

rechtskräftigem Sachurteil verbietet, mit Blick auf mögliche Durchbrechungen. Angemerkt sei, dass bei engem Verständnis des Umfangs der Rechtskraft als *idem crimen* es in vielen Fällen keiner Durchbrechung bedarf, sodass etwa nach Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung eine erneute Anklage und Verurteilung wegen Mordes ohne Weiteres zulässig wäre.<sup>29</sup> Hier soll der Fokus indes noch weiter verengt werden auf eine Konstellation, in der die Art der Bestimmung des *idem* keine Rolle spielt, nämlich auf die Entdeckung neuer Beweismittel nach Freispruch bei rechtlich gleichbleibendem Tatvorwurf.

### III. Durchbrechungen des Kerngehalts

Art. 4 Abs. 2 ZP 7 zur EMRK lässt Ausnahmen ausdrücklich zu, „falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.“ Der Gerichtshof unterscheidet zwischen zulässiger Wiederaufnahme (*resumption*) des ersten und unzulässigem zweiten Strafverfahren (*second prosecution or trial*)<sup>30</sup> – eine Scheindifferenz, denn realiter unterscheiden sich beide Vorgänge nicht voneinander. Obschon sein Wortlaut keine Ausnahmen erwähnt, wird Art. 14 Abs. 7 IBPBR mit Blick auf die Entstehungsgeschichte<sup>31</sup> ebenfalls offiziell so ausgelegt, dass Wiederaufnahmen (*resumption*) unter außergewöhnlichen Umständen wie der Entdeckung neuer Beweismittel, die zur Zeit des Freispruchs nicht bekannt oder verfügbar waren, zulässig seien.<sup>32</sup> Diese Verträge stehen also einer ungünstigen Wiederaufnahme *propter nova* nicht entgegen – vielleicht war mehr nicht konsensfähig<sup>33</sup> – und gewähren damit deutlich

weniger Schutz, als es zunächst den Anschein hat.<sup>34</sup> Die amerikanischen und arabische Konvention sehen keine Ausnahmen vor, abweichende Interpretationen sind nicht bekannt.

Auf Verfassungsebene ist Ne bis in *idem* mitunter schrankenlos garantiert wie im 5. Zusatzartikel zur US-amerikanischen Bundesverfassung<sup>35</sup> – die Rechtsprechung kennt freilich Ausnahmen bei Bösgläubigkeit<sup>36</sup> – und in Art. 11 lit. h der kanadischen Grundrechtscharta<sup>37</sup>. Auch das einfache Recht sieht mitunter keine ungünstigen Wiederaufnahmemöglichkeiten vor wie traditionell im Common Law-Rechtskreis nach Freisprüchen,<sup>38</sup> ebenso in Frankreich<sup>39</sup>. Dennoch ist gerade im Common Law-Rechtskreis, in welchem sich das Verbot von *Double Jeopardy* und die Unantastbarkeit von Jury-Freisprüchen einer nahezu sakralen Wertschätzung erfreuten, seit langem und verstärkt in den letzten 30 Jahren dasselbe Phänomen zu beobachten gewesen, das in Deutschland wiederholt und zuletzt erfolglos eine ungünstige Wiederaufnahme *propter nova* zu etablieren suchte und neuerdings auch im Völkerstrafrecht<sup>40</sup> aufgetaucht ist.

<sup>34</sup> Gesperret sind nach dem EGMR (Urt. v. 3.10.2002 – 48154/99 [Zigarella v. Italie] = Slg. 2002-IX, 283 [290]) ohnehin nur *bewusst* betriebene mehrfache Verfahren, nicht irrtümliche. verboten ist ein „Nachschlag“ somit nur, wenn er nicht auf *nova* gestützt wird. Das Hauptthema unter Art. 4 ZP 7 scheint die Konkurrenz von Strafverfahren und Verwaltungsanktionen zu sein.

<sup>35</sup> U.S. Const. Amend. V: „nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb“.

<sup>36</sup> Bei „fraud or collusion“, etwa bei Bestechung des Gerichts, *State v. Johnson*, 149 S.E.2d 348 (350) (S.C. 1966); *People v. Aleman*, 667 N.E.2d 615 (624 f.) (Ill. App. Ct. 1996), weil es keine „erste“ Gefahr der Verurteilung gegeben habe.

<sup>37</sup> Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982: „11. Any person charged with an offence has the right: [...] h. if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again“.

<sup>38</sup> Vgl. für Australien: *Model Criminal Code Officers Committee*, Discussion Paper, Issue Estoppel, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals Against Acquittals*, Nov. 2003, S. 1 ff.; für England: *The Law Commission*, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals* (Law Com No 267), March 2001, S. 8 ff.; für Hongkong: *The Law Reform Commission of Hong Kong* (Fn. 32), S. 6 ff.; für Neuseeland: *Law Commission*, Report 70, *Acquittal Following Perversion in the Course of Justice*, March 2001, S. 1 ff.; für Schottland: *Scottish Law Commission*, Report on *Double Jeopardy* (Scot Law Com No 218), 2009, S. 5 ff.; für die USA: 52 Geo. L.J. Ann. Rev. Crim. Proc. 569 ff. (2023); *Rudstein*, *Double Jeopardy. A Reference Guide to the United States Constitution*, 2004, S. 110 ff.

<sup>39</sup> Art. 368 Code de procédure pénale: „Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente.“

<sup>40</sup> *Nuridzhanian*, *Journal of International Criminal Justice* 19 (2021), 1241 (1251 ff.).

<sup>29</sup> So im französischen Laurent-Fall, Cour de cassation, Entsch. v. 19.5.1983 – 82-93.433 = Bull. crim. 1983, Nr. 149.

<sup>30</sup> EGMR, Entsch. v. 20.7.2004 – Nr. 50178/99 (Nikitin v. Russia), § 45.

<sup>31</sup> Während der Beratungen zum IBPBR gab es Bedenken, dass die Formulierung „finally [convicted or acquitted], might hinder the ends of justice by preventing the retrial of criminals acquitted in error. Trials of that nature, under certain conditions and within certain time-limits, were provided for by the laws of various countries.“, UN Doc. A/4299 § 61 (3.12.1959); *Bossuyt*, Guide to the „Travaux Préparatoires“ of the International Covenant on Civil and Political Rights, 1987, S. 316 ff. Der endgültige Text spiegelt das nicht wider, sodass eine Reihe von Staaten Vorbehalte zu Art. 14 Abs. 7 erklärt haben, um Wiederaufnahmen nach nationalem Recht weiter zu erlauben, Nachweise bei *Schabas*, in: Nowak’s CCPR Commentary, 3. Aufl. 2019, Art. 14 Rn. 155 f.

<sup>32</sup> *Human Rights Committee*, CCPR General Comment No. 32, § 56, UN Doc. CCPR/C/GC/32 (23.8.2007); dazu *Schabas* (Fn. 31), Art. 14 Rn. 140; *The Law Reform Commission of Hong Kong*, Report, *Double Jeopardy*, February 2012, §§ 2.18 ff.

<sup>33</sup> Die *travaux préparatoires* zum 7. Zusatzprotokoll sind unergiebig, vgl. Explanatory Report to the Protocol No. 7, 22.11.1984, §§ 30 f.

Unter dem Stichwort „tainted acquittals“ und oftmals angefangen von öffentlicher Empörung über vermeintliches Versagen der Ermittlungsbehörden in spektakulären Einzelfällen – in England die Tötung der 22-jährigen Julie Hogg durch Billie Dunlop, später der rassistisch motivierte Mord an Stephen Lawrence, in Neuseeland der Fall Kevin Moore, in Australien der Mord an der 17 Monate alten Deirdre Kennedy durch Raymond Carroll<sup>41</sup> – sind in einer Reihe von Common Law-Staaten Durchbrechungen von Ne bis in idem eingeführt worden, wenn „fresh and compelling evidence“, insbesondere ein Geständnis, eine Verurteilung wahrscheinlich macht, so in England und Wales,<sup>42</sup> Schottland,<sup>43</sup> Irland<sup>44</sup> und sämtlichen australischen Bundesstaaten.<sup>45</sup> Eine Ausnahme bildet Neuseeland, da dort nova nicht genügen, sondern, insoweit strenger als §§ 362 Nr. 1 bis 3, 364 StPO, der Freispruch auf einer vom Angeklagten begangenen, rechtskräftig festgestellten Straftat gegen die Rechtspflege beruhen muss.<sup>46</sup> Die amerikanische Bundesverfassung oder die kanadische Grundrechtscharta sind nur sehr schwer zu ändern, daher erscheinen dahingehende Vorschläge<sup>47</sup> aussichtslos. Die Entwicklung in England hat, gleichfalls unter dem Eindruck eines spektakulären Mordfalls,<sup>48</sup> eine parallele Diskussion in Frankreich entfacht, die Nationalversammlung hat allerdings die Einführung einer Wiederaufnahme in defavorem abgelehnt.<sup>49</sup>

<sup>41</sup> Näheres bei *Black*, NJA Law Journal 1 (2007), 121 (127 ff.); *Swoboda*, HRRS 2008, 188 (195 f.).

<sup>42</sup> Criminal Justice Act 2003 (England and Wales); das neue Recht wurde rückwirkend auf den Hogg- und Lawrence-Fall angewandt und führte zu Verurteilungen wegen Mordes, siehe *DeBraccio*, Albany Law Review 76 (2012–13), 1821 (1834 ff.).

<sup>43</sup> Double Jeopardy (Scotland) Act 2011.

<sup>44</sup> Criminal Procedure Act 2010 (Ireland).

<sup>45</sup> Crimes (Appeal and Review) Amendment (Double Jeopardy) Act 2006, New South Wales; Criminal Code (Double Jeopardy) Amendment Act 2007, Queensland; Criminal Law Consolidation (Double Jeopardy) Amendment Act 2008, South Australia; Criminal Procedure Amendment (Double Jeopardy and Other Matters) Act 2011, Victoria; Criminal Appeals Amendment (Double jeopardy) Act 2012, Western Australia; Criminal Code Amendment Act 2008, Tasmania.

<sup>46</sup> Crimes Act 1961 sec. 378A(1) i.d.F. des Crimes Amendment (No 2) Act 2008 (New Zealand), sec. 6; infolge der Empfehlung der neuseeländischen Law Commission (Fn. 38), die „fresh and compelling evidence“ nicht für ausreichend hielt.

<sup>47</sup> Z.B. *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511, (514); *Koklys*, The John Marshall Law Review 40 (2006–07), 371 (389 ff.).

<sup>48</sup> Die Affäre Nelly Haderer, dazu *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht, 2018, S. 192 f. Fn. 802 m.w.N.

<sup>49</sup> Dazu *Bayer* (Fn. 48), S. 194 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

Alle diese legislativen Ausnahmen sind ausdrücklich nur für wenige Fälle gedacht gewesen<sup>50</sup> und wurden, soweit bisher bekannt ist, auch kaum angewandt.<sup>51</sup>

Die Begründungen lauteten weithin unisono – und sind auch aus der jüngsten deutschen Diskussion bekannt –, dass die Öffentlichkeit die Straffreiheit schwerer Taten infolge anachronistischer juristischer Technikalien nicht verstehen würde,<sup>52</sup> dass die starre Anwendung der Double Jeopardy-Regel das Recht selbst in Misskredit brächte<sup>53</sup> bzw. die Legitimität der Strafjustiz gefährde,<sup>54</sup> dass namentlich die Interessen der Opfer schwerer wögen als der Schutz der Angeklagten, sogar, dass aus der Perspektive der Opfer oder gesamten Bevölkerung – entgegen der Trajan-Sentenz,<sup>55</sup> auch bekannt als „Blackstone ratio“,<sup>56</sup> dass es besser sei, einen bzw. zehn<sup>57</sup> Schuldige(n) unbestraft zu lassen als einen Unschuldigen zu verurteilen – ein falscher Freispruch mindestens so schlimm sei wie eine falsche Verurteilung,<sup>58</sup> eine Wertung, die in der NS-Zeit geteilt wurde.<sup>59</sup>

Bedenkt man neben dieser rechtspolitischen Entwicklung das völlige Unverständnis, das dem Urteil des BVerfG vom 31.10.2023 zu § 362 Nr. 5 StPO<sup>60</sup> mitunter entgegenschlug,<sup>61</sup> so fragt sich, ob diese Teilgarantie *theoretisch* überhaupt berechtigt ist. Die Frage ist nicht neu: Im deutschen Recht wurde immer schon die „Anstößigkeit“<sup>62</sup> der objektiv-rechtlichen Figur der strafprozessualen Rechtskraft beklagt,

<sup>50</sup> Nachweise bei *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (394, 414); BT-Drs. 19/30399, S. 1, 6, 9, 10.

<sup>51</sup> *McMahon*, Criminal Law Journal 38 (2014), 159 (173 ff.).

<sup>52</sup> Vgl. die australischen Webseiten [www.autrefoisacquitt.info](http://www.autrefoisacquitt.info) (16.5.2025) und [www.doublejeopardyreform.org](http://www.doublejeopardyreform.org) (16.5.2025).

<sup>53</sup> *Law Commission E&W* (Fn. 38), § 4.5; *Law Commission NZ* (Fn. 38), S. 7.

<sup>54</sup> *Dennis*, Criminal Law Review 2000, 933 (944 ff.).

<sup>55</sup> D. 48, 19, 5 pr.: „satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari“.

<sup>56</sup> *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 1769, vol. IV, S. 352: „the law holds, that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer“; krit. dazu *Lippke*, Journal of Moral Philosophy 7 (2010), 462 ff.

<sup>57</sup> Zu den verschiedenen Fassungen, die bis zu 10.000 zu 1 reichen, siehe *Volokh*, University of Pennsylvania Law Review 146 (1997–98), 173 ff.

<sup>58</sup> *Martin Linton MP*, House of Commons Debates, 26.10.2000, cols. 140, 144WH; ebenso BT-Drs. 19/30399, S. 9 f.

<sup>59</sup> *Freisler* und *Graf Gleispach* in der 30. Sitzung der Großen Strafprozeßkommission vom 10.5.1937, Protokoll S. 8 f., abgedruckt bei *Schubert/Regge/Rieß/Schmid* (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, III. Abt., Bd. 2, Teil 2, 1992, S. 79 f.

<sup>60</sup> BVerfGE 166, 359.

<sup>61</sup> Statt aller *R. Müller*, FAZ v. 1.11.2023, S. 1: „Rechtsfrieden siegt über materielle Gerechtigkeit? Es dient dem Rechtsfrieden nicht, wenn mutmaßliche Schwerstverbrecher ungeachtet neuer stichhaltiger Beweise unbehelligt bleiben. Ist das nicht auch Teil unserer Staatsräson?“

<sup>62</sup> *Beling*, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928, S. 268.

deren „eigentlichstes Wesen“ es gerade sei, alles „Gefühlsmäßige totzuschlagen“,<sup>63</sup> und neben ihrer gänzlichen Ablehnung<sup>64</sup> allerlei Durchbrechungen befürwortet<sup>65</sup>.

#### IV. Zur Ratio von Ne bis in idem

##### 1. Rahmenbedingungen

Vorab: Die Anrufung des Rechtsgefühls der Bevölkerung ist als Argument oft schon deshalb problematisch, weil es keine verlässliche empirische Basis hat. Die Emotionen der Angehörigen der Opfer verdienen Beachtung, können aber in einem Verfahren, das primär der Verarbeitung eines öffentlichen Konflikts – der Verletzung des Rechts als Recht – dient, nicht maßgebend sein. Zwar wird man Gerechtigkeitsintuitionen, die zudem vielfach in juristischen Fachkreisen geteilt werden<sup>66</sup> – nicht zuletzt im europäischen ius commune vom 16. bis zum 19. Jahrhundert herrschend waren –, ernst nehmen müssen, denn Strafrecht dient der Lösung sozialer Konflikte und kann folglich an den Ordnungsvorstellungen der jeweiligen Gesellschaft nicht vorbeigehen. Dennoch gilt zum einen, wie es *Paul Roberts* ausgedrückt hat: „popular sentiment must answer before the tribunal of reason“,<sup>67</sup> und zum anderen ist modernes Strafprozessrecht eine so hochentwickelte Form der Konfliktverarbeitung, eine so fein kalibrierte Balance von Staatsinteresse und Bürgerfreiheiten, dass ad hoc-Intuitionen übersehen mögen, dass manche prozessuale Figur bei näherer Betrachtung ihren guten Sinn hat.<sup>68</sup>

Welches sind also die Gründe für Ne bis in idem? Die Frage wurde vor den Reformbemühungen auch im Ausland<sup>69</sup> nur selten<sup>70</sup> eingehender behandelt. Solange sich der Grundsatz allgemeiner Wertschätzung erfreute, erschienen vertiefte Begründungen entbehrlich. Wenn es sich wirklich um einen „unbezweifelbar unvergänglichen Grundsatz rechtlicher Zivi-

lisation moderner Staaten“<sup>71</sup> handelt, sollte sich dies leicht aufzeigen lassen – das ist es aber keineswegs.

Im Common Law-Gebiet hielt man den Grundsatz vielfach für uralt, festgeschrieben bereits im Codex Hammurabi, in der Bibel und Magna Charta – nichts davon ist belegbar.<sup>72</sup> Der Gedanke der materiellen Rechtskraft, also der Endgültigkeit einer Entscheidung, dürfte in der Tat so alt sein wie das Prozessrecht überhaupt, denn eine Methode der Streitbeilegung, die den Streit nicht beendet, verdient den Namen nicht und verfehlt ihren Zweck. Es verwundert daher nicht, dass das Institut der Rechtskraft inter partes bereits im antiken griechischen und römischen Recht auch bei Pönalklagen auftaucht.<sup>73</sup> Diese Vorläufer haben mit der Konzeption eines Menschenrechts noch nichts zu tun, diese Nobilitierung der strafprozessualen exceptio rei iudicatae geschieht erst Ende des 18. Jahrhunderts mit der Aufnahme in die französische Verfassung von 1791 und die amerikanische Bill of Rights im selben Jahr.<sup>74</sup> Der Gedanke, dass die materielle Wahrheitssuche stets Vorrang habe und „keine Termine kenne“, Delikte nicht ungesühnt bleiben dürften, sodass es im Strafprozess keine materielle Rechtskraft geben könne, hatte in Kontinentaleuropa den gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess jahrhundertlang beherrscht und wurde im 19. Jahrhundert erst langsam verdrängt.<sup>75</sup> Aus dem 18. Jahrhundert stammt auch die berühmte Formulierung *Blackstones* von der „universal maxim of the common law of England, that no man is to be brought into jeopardy of life, more than once, for the same offence“,<sup>76</sup> die einzelnen Einreden sind in England erst im 17. Jahrhundert endgültig ausgeformt worden.<sup>77</sup>

Nun ist Ne bis in idem kein klassisches Freiheitsrecht,<sup>78</sup> weil es keine distinkte Sphäre menschlicher Betätigung oder deren Voraussetzungen schützt,<sup>79</sup> sondern ein „Verteidigungsrecht“,<sup>80</sup> ein spezielles Abwehrrecht gegen die Aus-

<sup>63</sup> *Beling*, JW 1931, 216 (218).

<sup>64</sup> Etwa *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 2, 1915, S. 317, 329 ff., 339 ff.

<sup>65</sup> Nachweise bei *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 361 Fn. 1392.

<sup>66</sup> Vgl. die englischen Reaktionen auf das Consultation Paper No 156 (Double Jeopardy): Die Mehrheit der einzeln befragten Richter und Anwälte war dafür, Polizei und Strafverfolger waren überwältigend dafür, die Berufsverbände und Rechtswissenschaft meist dagegen, die Öffentlichkeit hälftig geteilt, *The Law Commission E&W* (Fn. 38), § 4.6.

<sup>67</sup> *P. Roberts*, *The Modern Law Review* 65 (2002), 393 (414). Vgl. auch die Stellungnahmen der damaligen französischen Justizministerin *Taubira* und anderen, die von übereilter Reaktion auf aktuelle Ereignisse abraten und Sorgfalt anmahnen, Nachweise bei *Bayer* (Fn. 48), S. 194 Fn. 809.

<sup>68</sup> Ähnl. *P. Roberts*, *The Modern Law Review* 65 (2002), 393 (421): „the moral position is more complex, and frankly less optimistic, than first meets the eye“.

<sup>69</sup> *P. Roberts*, *The Modern Law Review* 65 (2002), 393 (395).

<sup>70</sup> So *Radtke*, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994, S. 36, mit anschließender eingehender Analyse; zuletzt *Greco* (Fn. 65), insb. S. 328–373.

<sup>71</sup> *Ruggiero*, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* 1 (2018), 147 (148): „La regola per cui è vietato sottoporre a processo due volte la stessa persona per il medesimo fatto rappresenta indiscutibilmente un principio indefettibile di civiltà giuridica negli stati moderni.“

<sup>72</sup> Nachweise bei *Stuckenberg* (Fn. 25), S. 462 f.

<sup>73</sup> Weitere Nachweise bei *Arbeitskreis Alternativ-Entwurf*, Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO, 2022, S. 13, abrufbar unter <https://tinyurl.com/3by2ezbx> (16.5.2025).

<sup>74</sup> *Arbeitskreis Alternativ-Entwurf* (Fn. 73), S. 14.

<sup>75</sup> *Arbeitskreis Alternativ-Entwurf* (Fn. 73), S. 15.

<sup>76</sup> *Blackstone* (Fn. 56), S. 329.

<sup>77</sup> Plea of autrefois convict, plea of autrefois acquit, plea of autrefois attaind und pardon, dazu *Stuckenberg* (Fn. 24), S. 2 f. m.w.N.

<sup>78</sup> Siehe nur [www.autrefoisacquitt.info/html/polemics.html](http://www.autrefoisacquitt.info/html/polemics.html) (16.5.2025).

<sup>79</sup> Zum Streit um die Einordnung als Grundrecht im deutschen Recht siehe *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 85. Lfg., Stand: November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 2 m.w.N.

<sup>80</sup> *Hélie*, *Traité de l’instruction criminelle*, Bd. 3, 2. Teil, 1848, § 176, S. 534 f.

übung der staatlichen Strafgewalt. Als *Resultat* entsteht negative Freiheit des bereits abgeurteilten Bürgers, der von den Belastungen eines weiteren Strafverfahrens und natürlich einer etwaigen Strafe verschont bleibt; emphatische Worte findet vor allem das Common Law: „one of the strong bulwarks of liberty“<sup>81</sup>.

Aber warum wird diese Freiheit eingeräumt, wenn sie womöglich nicht verdient ist? Es gibt in einem Rechtsstaat grundsätzlich keine Freiheit, sich der Verantwortung zu entziehen, somit auch keine Freiheit, nicht verdienstermaßen bestraft zu werden. Die Befugnis des Staates, als falsch erkannte Entscheidungen zu korrigieren, findet zwar im Vertrauensschutz als subjektiver Dimension der Rechtssicherheit ihre Grenze, aber ob das Vertrauen eines Freigesprochenen auf den Bestand des Freispruchs ausnahmslos schützenswert ist, ist gerade die Frage. Es bedarf also eines weiteren Grundes.

Zum Teil wird danach differenziert, ob das erste Urteil zu Recht erging oder nicht. Falls ja, schütze Ne bis in idem die materielle Gerechtigkeit nebst Rechtssicherheit, Würde und Freiheit, beim zu Unrecht Freigesprochenen gehe die Rechtssicherheit vor.<sup>82</sup> Radikaler ist die Folgerung, dass am Bestand eines zu Unrecht ergangenen Freispruchs niemand – weder Staat, Opfer noch Öffentlichkeit – ein Interesse haben könne außer dem Freigesprochenen, dessen Interesse keinen Schutz verdiene.<sup>83</sup> Diese Begründungsansätze erscheinen allerdings verfehlt,<sup>84</sup> weil sie die allwissende, göttliche Perspektive einnehmen – ob ein Strafurteil „wirklich“ richtig ist, ist aus epistemisch beschränkter menschlicher, damit auch rechtlicher Perspektive belanglos, denn die Information, was „wirklich“ ist, steht im Recht nicht zur Verfügung.<sup>85</sup> Der Staat „sieht“ nur durch Erkenntnisverfahren. Die prozessuale Perspektive ist daher unausweichlich. Nach einem rechtskräftigen Sachurteil muss dieses *zunächst* auch für forensisch wahr gehalten werden. Sofern es nicht verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist, ist das Urteil auch nicht „zu Unrecht“ ergangen. Die Antwort auf die Frage, ob Schutz vor erneuter Verfolgung „verdient“ ist, lautet somit immer: Ja. Die Frage, ob diese Freiheit „wirklich“ verdient ist, stellt sich nur für Allwissende und ist innerhalb des Rechtssystems sinnlos. Verfahrensexterne Informationen können freilich Zweifel an der Richtigkeit des festgestellten Sachverhalts wecken und Anlass geben, ein weiteres Erkenntnisverfahren durchzuführen.

<sup>81</sup> Commonwealth v. Olds, 15 Ky. (5 Littell) 137, 139 (1824), per Mills, J.

<sup>82</sup> So etwa Remmert (Fn. 79), Art. 103 Abs. 3 Rn. 39; Hörnle, GA 2022, 184 (192 f.).

<sup>83</sup> Lippke, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (517).

<sup>84</sup> So schon Grünwald, ZStW-Beiheft 76 (1964), 94 (104 f.); auch Radtke (Fn. 70), S. 42 ff.; ähnl. Slognsat, JZ 2024, 956 (961 f.).

<sup>85</sup> Stuckenberg, ZIS 2017, 445 (449); ebenso jetzt Hoppe/Neubacher, ZStW 136 (2024), 544 (559); Slognsat, JZ 2024, 956 (962).

ren.<sup>86</sup> Die Frage ist mithin, was gegen die Fortsetzung der gerichtlichen Kognition spricht.

Allgemeiner gefragt: Wovon schützt Ne bis in idem überhaupt? Welches ist das Übel, dem vorgebeugt werden soll? Warum sollte der Staat mit erneutem Kostenaufwand noch ein weiteres Strafverfahren betreiben wollen? Sofern der Staat unredlich handelt, also Strafverfolgung als Unterdrückungsinstrument einsetzt – dieses Szenario scheinen amerikanische Gerichte in ihren bekannten Formulierungen vor Augen zu haben<sup>87</sup> –, so dürften rechtliche Garantien ohnehin nicht viel nützen; denn statt einen Fall neu aufzurollen, ließe sich ein neuer Vorwurf einfach erfinden. Manche Kritiker hielten diesen Gesichtspunkt zudem für überholt,<sup>88</sup> im englischen Konsultationsverfahren wurde er allerdings noch Ende 1999 mehrfach vorgebracht<sup>89</sup>. Freilich hat es solche Fälle im alten England, zunächst als Konkurrenz weltlicher und geistlicher Justiz, später auch als Machtmissbrauch,<sup>90</sup> und in jüngster Zeit im Dritten Reich<sup>91</sup> durchaus gegeben. Allerdings erscheint es im Regelfall nicht geboten, vom Missbrauch staatlicher Befugnisse auszugehen, sofern eine Regelung diesen nicht fördert. – Wenn der Staat im Wesentlichen redlich, als Rechtsstaat, handelt, wird es in den allermeisten Fällen schon an den Ressourcen für erneute Strafverfolgung fehlen. Nur bei schweren Taten ist erneute Befassung überhaupt realistisch, die Sperre der Rechtskraft also praktisch nötig. Schon Blackstone hatte sie nur für „jeopardy of life“, also für mit der Todesstrafe bedrohte felonies formuliert.

Daraus ergibt sich zunächst, dass Durchbrechungen der Rechtskraft, die auf schwere Taten begrenzt sind, tatsächlich die Gewährleistung *praktisch* weitgehend, wenn nicht ganz

<sup>86</sup> Das Argument von Slognsat, JZ 2024, 956 (962 f.), verfahrensexterne Umstände könnten die Überprüfung eines Urteils nicht rechtfertigen, greift zu kurz und ist daher falsch. Richtig ist, dass verfahrensexterne Umstände *per se* irrelevant sind. Relevant werden sie, wenn amtliche Wahrnehmung sie in verfahrensinterne Informationen verwandelt, sei es bei Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nach § 152 StPO oder bei Überprüfung einer rechtskräftigen Verurteilung nach § 359 Nr. 5 StPO. Ob und wann dem Staat der erneute Blick auf das Verfahrensergebnis verwehrt ist, ist gerade die Frage.

<sup>87</sup> Commonwealth v. Olds, 15 Ky. (5 Littell) 137, 139 (1824), per Mills, J.: „Every person acquainted with the history of governments, must know, that state trials have been employed as a formidable engine in the hands of a dominant administration. [...] To prevent this mischief, the ancient common law, as well as magna charta itself, provided, that one acquittal or conviction should satisfy the law“; Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436, 456 (1970) (Brennan, J., concurring): „the Double Jeopardy Clause stands as a constitutional barrier against possible tyranny by the overzealous prosecutor.“

<sup>88</sup> Note, The Yale Law Journal 57 (1947), 132 (133); Comley, The Yale Law Journal, 35 (1926), 674: „ridiculous anachronism“.

<sup>89</sup> The Law Commission E&W (Fn. 38), §§ 4.14 f.

<sup>90</sup> Rudstein (Fn. 38), S. 5 ff. m.w.N.

<sup>91</sup> Nachweise bei Arbeitskreis Alternativ-Entwurf (Fn. 73), S. 20 Fn. 148 f.

aufheben, weil sie nur bei schweren Taten überhaupt benötigt wird.

Anlass für erneute Strafverfolgung bei schweren Taten besteht vor allem dann, wenn später vielversprechende neue Beweismittel (oder schwere Mängel des Verfahrens, die hier ausgeklammert werden) bekannt werden. Diese neue Erkenntnis ist freilich ebenso wenig eine göttliche – ob der Freigesprochene „wirklich“ schuldig ist, kann der Staat auch später nie wissen –, sondern bewegt sich in der unüberwindbaren epistemischen Perspektive des Prozessrechts; vor einer neuen Hauptverhandlung (trial) gibt es daher bestenfalls nur einen noch zu testenden Verdacht, keine Gewissheiten – dies mag im populären Diskurs bisweilen aus dem Blick geraten.

Warum sollte also dem „Forschungsgeist“<sup>92</sup> des Staates Einhalt geboten werden, wenn es später Anlass gibt anzunehmen, dass ein Freispruch zu Unrecht ergangen ist? Bei mutmaßlich zu Unrecht ergangenen Verurteilungen bestehen keine Bedenken gegen die Fehlerkorrektur. In Judikatur und Schrifttum begegnen eine Reihe von Gesichtspunkten, manche sind rechtsordnungsspezifisch, manche zielen auf empirische Effekte bzw. deren Vermeidung, andere sind Wertentscheidungen.

## 2. Die einzelnen Zwecke

a) Manche klassischen Begründungen für die Rechtskraft wie die formale Wahrheitsfiktion (*res iudicata pro veritate accipitur*<sup>93</sup>), die „rechtslogische“ Folge der Konsumtion des Klagerechts<sup>94</sup> oder die Wahrung der Autorität staatlicher Entscheidungen<sup>95</sup> vermögen den Charakter als subjektive Rechtsposition nur reflexhaft und als Menschenrecht gar nicht zu erklären und scheiden daher aus.

b) Rechtsordnungsspezifisch und nicht verallgemeinerungsfähig sind Ansätze, die auf die Bewahrung der Prärogative der Geschworenen, auch gegen die Beweislage freizusprechen zu können (*nullification power*),<sup>96</sup> oder auf die Erhaltung der Rechtsmittelasymmetrie, d.h. des Fehlens ordentlicher Rechtsmittel gegen Freisprüche, abstellen, dem Angeklagten die von ihm mit ausgesuchte erste Jury erhalten wollen<sup>97</sup> oder sonst die Maßgeblichkeit des Wahrspruchs als elementaren Baustein des gesamten Strafjustizsystems betrachten.<sup>98</sup>

<sup>92</sup> Ausdruck von *von Soden*, Geist der peinlichen Gesetzgebung Deutschlands, Bd. 2, 2. Aufl. 1792, § 681, S. 310 f.

<sup>93</sup> D. 50, 17, 207.

<sup>94</sup> Vgl. nur *Binding* (Fn. 64), S. 314, 326 f.

<sup>95</sup> Dazu krit. *Greco* (Fn. 65), S. 338 ff. m.w.N.

<sup>96</sup> Dazu *Rudstein*, San Diego International Law Journal 9 (2008), 217 (252 f.); siehe auch *Jung*, in: Pieth/Seelmann (Hrsg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauß, 2006, S. 43 ff.; krit. *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (520 ff.).

<sup>97</sup> *Qasim*, New Criminal Law Review 24 (2021), 518 (530 ff.).

<sup>98</sup> *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (420 ff.).

c) Überall diskutabel ist hingegen die Befürchtung, erneute Strafverfahren vergrößerten das Risiko der fehlerhaften Verurteilung Unschuldiger, zumal die Ankläger beim zweiten Durchgang die Verteidigungsstrategie kennen. Ne bis in idem hätte somit den Zweck, Justizirrtümer zu verhindern.<sup>99</sup> Vielleicht ist ein zweites Verfahren aber sogar akkurater als das erste, zumindest, wenn man für die Wiederaufnahme hohe Anforderungen an die nova stellt und diese verfahrenstechnisch absichert.<sup>100</sup> Zwar verschlechtern sich Beweismittel typischerweise mit Zeitablauf, doch sind Ausnahmen im Sinne von „new and compelling evidence“ vorstellbar. Allerdings ist keine Methode ersichtlich, wie man dieses Fehlverurteilungsrisiko bestimmen könnte.<sup>101</sup> Ausschließen können wird man Fehlverurteilungen folglich auch nicht. Die optimistische Erwartung, man werde die korrekturbedürftigen Freisprüche ziemlich sicher identifizieren können und die verdientermaßen Freigesprochenen nicht behelligen,<sup>102</sup> sodass *double jeopardy* bisweilen sogar als überholt angesehen wird, weil die moderne Kriminaltechnik viel zuverlässiger sei als früher,<sup>103</sup> erscheint daher unbegründet. Beweismittel, die zwar „compelling“ erscheinen, mögen dennoch in die Irre führen<sup>104</sup> oder manipuliert sein. Ob die Zulassung der Wiederaufnahme propter nova die Fehlurteilsquote verbessert oder verschlechtert, lässt sich nicht verlässlich beurteilen.

d) Dasselbe gilt für die Annahme, das Verbot erneuter Verfahren erhöhe die Effektivität der Strafverfolgung, weil die Behörden sich bemühen müssten, schon im ersten Durchgang eine Verurteilung zu erreichen, wenn es keinen Probeauf (dry run, dress rehearsal) und keinen zweiten Versuch (*second bite at the cherry*) gebe.<sup>105</sup> Dem korrespondiert in der deutschen Diskussion die Disziplinierungs- oder Sanktionsfunktion der Rechtskraft.<sup>106</sup> Zwar gibt es einzelne notorische Beispiele für anklägerische Salamitaktik,<sup>107</sup> doch ist weder

<sup>99</sup> *Green v. United States*, 355 U.S. 184, 188 (1957) per *Black J.*; *Friedland*, Double Jeopardy, 1969, S. 4; *Moore*, Act and Crime, 1993, S. 313, 353; *The Law Commission*, Consultation Paper No 156 (Double Jeopardy), 1999, § 4.5.

<sup>100</sup> Vgl. den Vorschlag von *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (529 ff.).

<sup>101</sup> Eingehend *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (397 ff.).

<sup>102</sup> Etwa *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (516, 519, 534 f.).

<sup>103</sup> *Black*, NJA Law Journal 1 (2007), 121 (138).

<sup>104</sup> Näher *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (416); ähnl. *Hoppe/Neubacher*, ZStW 136 (2024), 544 (549 ff.).

<sup>105</sup> *Moore* (Fn. 99), S. 313, 354; *The Law Commission* (Fn. 99), § 4.11; *Law Commission NZ* (Fn. 32), § 16; ähnl. schon *Beling* (Fn. 62), S. 269; jetzt *Hoppe/Neubacher*, ZStW 136 (2024), 544 (552 f.).

<sup>106</sup> Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 52 Rn. 8; weitere Nachweise bei *Greco* (Fn. 65), S. 358 ff.

<sup>107</sup> Zwecks Überführung in *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436 (1970), zwecks Strafnachschlag in *Ciucci v. Illinois*, 137 N.E.2D 40 (1956), näher *Stuckenberg* (Fn. 24), S. 27.

ersichtlich, ob dieses Ziel realistisch ist, noch, wie das überprüft werden sollte.<sup>108</sup> Selbst wenn sich dies aufweisen ließe, gäbe dieses institutionelle Interesse keinen Grund für ein Menschenrecht ab.

e) Eine empirische Seite hat die manchmal sog. „psychologische Dimension der Endgültigkeit“,<sup>109</sup> gemeint ist das Ziel, Beunruhigung (distress, anxiety) bei den abgeurteilten Angeklagten zu vermeiden, die einträte, wenn sie ohne Ende befürchten müssten, dass das Verfahren wieder aufgerollt würde.<sup>110</sup> In anderen Worten ist dies der psychologische Aspekt des Vertrauensschutzes,<sup>111</sup> die Kehrseite ist der individuelle Rechtsfrieden (repose), die Rechtssicherheit für den Einzelnen. Allerdings mutet die Rechtsordnung dem Einzelnen diese Unruhe etwa im Instanzenzug durchaus zu – nach Rückverweisung sogar im Prinzip endlos<sup>112</sup> –, sodass maßgeblich nicht die Belastung an sich, sondern die normative Frage ist, wann sie zugemutet werden darf.<sup>113</sup>

f) Verwandt damit ist das „Trauma-Argument“,<sup>114</sup> das Justice *Black* eindrücklich formuliert hat<sup>115</sup> und sich auch beim BVerfG<sup>116</sup> findet. Jedes Strafverfahren ist mit erheblichen Belastungen verbunden und diese sollen wegen derselben Sache nur einmal durchlitten werden. Allerdings sind diese Belastungen für sich bloße Tatsachen ohne intrinsischen normativen Wert – schließlich wird jedem Angeklagten diese Belastung als Justizpflicht<sup>117</sup> zugemutet und im deutschen Recht in Ausnahmefällen durchaus auch zweimal (§ 362 Nr. 1–4 StPO). Maßgebend ist also wiederum allein die normative Erwägung, ob es einen guten Grund gibt,<sup>118</sup> dass der Staat den Bürger dieser Belastung erneut aussetzt.

g) Ein häufig genanntes, vielleicht das häufigste Argument ist das öffentliche Interesse an der Endgültigkeit (finali-

ty) der Strafurteile, „so that life can move on“<sup>119</sup>. Endgültigkeit ist das Definitionsmerkmal der prozessualen Rechtskraft, ihre Rechtsfolge, aber kein Ziel, erst recht kein Selbstzweck, auch wenn es manchmal so klingt. Zu fragen ist vielmehr, warum Endgültigkeit gegenüber Verfahrensfortsetzung vorzugswürdig ist. Zur Debatte steht nicht ein endloser Rechtsmittelzug, sondern eine Verfahrensfortsetzung, wenn neue Erkenntnisse Anlass dazu geben, was wie erwähnt schon aus praktischen Gründen selten der Fall sein wird.<sup>120</sup>

Dass eine Strafsache endgültig erledigt ist, ist, wie soeben angesprochen, in tatsächlicher (psychologischer) Hinsicht eine Erleichterung für den Angeklagten, ebenso auch für Drittbetroffene (Familie, Arbeitgeber), womöglich auch, aber gewiss nicht zwingend für Opfer und deren Angehörige. Gewichtiger erscheinen normative Erwägungen, die auch als „politische Dimension“ firmieren,<sup>121</sup> einmal bezogen auf das Individuum, zum anderen auf die Gesellschaft als Ganzes, die Allgemeinheit.<sup>122</sup> Eine unbegrenzte Wiederaufnahmemöglichkeit mag beim Individuum nicht nur Unruhe und Angst auslösen, sondern schränkt auch den effektiven Gebrauch seiner Freiheitsrechte ein. Insofern ist die prozessuale Rechtskraft in *allen* Verfahrensrechten, aber insbesondere im Strafprozess, freiheitsrelevant, weil sie für Stabilität der Rechtsverhältnisse sorgt, die Voraussetzung für ungetrübte Freiheitsausübung ist.<sup>123</sup> Dies ist die normative Dimension des Vertrauensschutzes,<sup>124</sup> der allerdings nicht weiter reichen dürfte, als das individuelle Vertrauen schutzwürdig ist – was bei demjenigen, der weiß, dass er zu Unrecht freigesprochen wurde, kaum zu begründen ist.<sup>125</sup>

Dass erneute Strafverfahren wegen derselben Sache die Menschenwürde verletzen, wie *Dürig* annahm,<sup>126</sup> weil der Einzelne zum Objekt staatlicher Gewalt herabgewürdigt würde,<sup>127</sup> erscheint zweifelhaft,<sup>128</sup> da zum einen unerklärt bleibt, worin der qualitative Sprung vom ersten zum zweiten Verfahren liegt, zum anderen, weil § 362 StPO dies mit Billigung der Verfassung erlaubt.

Das öffentliche Interesse an der Endgültigkeit der Strafurteile kann schon mit simplen und etwas diffusen Erwägungen begründet werden: Rechtskraft schafft Rechtssicherheit für alle, schont Ressourcen, vermeidet widersprechende Ent-

<sup>108</sup> *Scottish Law Commission*, Discussion Paper on Double Jeopardy, No. 141, 2009, §§ 2.22 f.; *Lippke*, *New Criminal Law Review* 15 (2012), 511 (535).

<sup>109</sup> *P. Roberts*, *The Modern Law Review* 65 (2002), 393 (405 f.): „psychological dimension of finality“.

<sup>110</sup> *The Law Commission E&W* (Fn. 38), § 4.11.

<sup>111</sup> BVerfGE 166, 359 (392).

<sup>112</sup> So auch *Lippke*, *New Criminal Law Review* 15 (2012), 511 (515).

<sup>113</sup> *P. Roberts*, *The Modern Law Review* 65 (2002), 393 (405 f.).

<sup>114</sup> Nach *Moore* (Fn. 99), S. 313 („trauma value“), 352 f.

<sup>115</sup> *Green v. United States*, 355 US 184, 187 (1957) per *Black J.*: „repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity“.

<sup>116</sup> BVerfGE 56, 22 (31); 166, 359 (385 f.); BVerfGK 4, 49 (53).

<sup>117</sup> Dazu *Stuckenberg*, in: *Stuckenberg/Gärditz* (Hrsg.), *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat*, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 483 ff. m.w.N.

<sup>118</sup> *Moore* (Fn. 99), S. 353; siehe auch *Thomas*, *Double Jeopardy. The History, the Law*, 1998, S. 52 ff., 58 ff.; *Greco* (Fn. 65), S. 357.

<sup>119</sup> *The Law Commission* (Fn. 99), § 4.8.

<sup>120</sup> Vgl. *Lippke*, *New Criminal Law Review* 15 (2012), 511 (516, 529 ff., 541).

<sup>121</sup> *P. Roberts*, *The Modern Law Review* 65 (2002), 393 (406).

<sup>122</sup> Vgl. dazu *The Law Commission E&W* (Fn. 38), § 4.12: „finality and individual liberty“, § 4.17: „finality as wider social value“.

<sup>123</sup> Eindringlich *The Law Commission E&W* (Fn. 38), §§ 4.12 f.

<sup>124</sup> Dazu *Radtke* (Fn. 70), S. 51 ff., 65 f.

<sup>125</sup> Krit. daher *Greco* (Fn. 65), S. 349 f.; vgl. *Radtke* (Fn. 70), S. 279.

<sup>126</sup> In der Erstkommentierung von *Dürig*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 1958, Art. 103 Rn. 124.

<sup>127</sup> Ähnl. BVerfGE 166, 359 (392 Rn. 88).

<sup>128</sup> Ebenso *Greco* (Fn. 65), S. 370.

scheidungen.<sup>129</sup> Ein subjektives Recht folgt daraus allenfalls als Reflex. Tiefer setzen Überlegungen an, die die Grundlagen und Grenzen der staatlichen Strafgewalt in Erinnerung rufen und auf das jeweilige Staatsverständnis und den Wert, der dem Individuum zugesprochen wird, abstellen.<sup>130</sup> Versteht sich der Staat als irdisches Werkzeug göttlicher Gerechtigkeit, so kann es im Strafverfahren keine materielle Rechtskraft geben wie im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess, der auch nach Wegbrechen der religiösen Fundierung daran festhielt;<sup>131</sup> Überbleibsel finden sich in den Staaten, die die ungünstige Wiederaufnahme propter nova beibehalten haben<sup>132</sup>. Auch autoritäre Gemeinwesen wie der NS-Staat oder sozialistische Staaten neigen zur nahezu schrankenlosen Durchsetzung ihres Strafanspruchs.<sup>133</sup> In einem Staatswesen, dessen Aufgabe die Gewährleistung der Freiheit des Einzelnen ist, kann Rechtspflege nur unvollkommene Gerechtigkeit produzieren, nicht nur, weil sie von menschlichen Mängelwesen administriert wird, sondern weil sich der Staat auch aus verfahrensexternen Gründen Schranken auferlegt und die Wahrheit nicht „um jeden Preis“ suchen will.<sup>134</sup> Ein freiheitliches Gemeinwesen kann sich somit nur zu der in der Trajan-Sentenz ausgedrückten Vorrangrelation bekennen. Es ist daher ein durchaus plausibles<sup>135</sup> Postulat, dass die Justizpflicht des Bürgers, sich als Beschuldigter den Belastungen eines Strafverfahrens aussetzen zu müssen, wegen derselben Sache nur einmal besteht. Darin liegt mehr als nur ein Ausdruck der *aequitas* oder humanen Billigkeit<sup>136</sup> oder gar „schwächlichen Sentimentalität gegenüber dem Delinquenten“,<sup>137</sup> sondern eine Fixierung dessen, was der Staat vom Bürger zum Wohle aller verlangen kann.

h) Selbst wenn dieser Grundsatz akzeptiert wird, soll damit noch nicht ausgemacht sein, ob er absolut besteht oder

Ausnahmen zulässt.<sup>138</sup> Die den Reformbestrebungen vielfach zugrunde liegende Ansicht, es gehe nur um ganz vereinzelte Ausnahmen in seltenen Fällen, unterliegt jedoch Zweifeln:

Erstens müssten solche Ausnahmen, wenn sie den Grundsatz nicht untergraben sollen, eng konturiert werden, womit wieder neue Gleichbehandlungs- und Gerechtigkeitsprobleme aufgeworfen werden. Warum etwa nur eine Ausnahme für Mord, aber nicht für Vergewaltigung?<sup>139</sup> Soll nur eine einmalige Wiederaufnahme zulässig sein<sup>140</sup> oder beliebig viele?<sup>141</sup> Welche Taten als schwer gelten, hängt von variablen sozialen Anschauungen ab. In England ist die Wiederaufnahme für 30 Tatbestände nebst Teilnahmehandlungen möglich,<sup>142</sup> in den skandinavischen Ländern bei Tatbeständen mit einer Mindeststrafdrohung von einem bis drei Jahren Freiheitsstrafe, teilweise weiter beschränkt durch Fristen<sup>143</sup>. Kohärente Grenzen werden sich nicht finden lassen.<sup>144</sup> Wenn man mehr „Gerechtigkeit“ will, so geht dies aber nicht ohne Gleichbehandlung, erst recht nicht in Rechtsordnungen, die dem Legalitätsprinzip der Strafverfolgung anhängen. Ungünstige Wiederaufnahmen propter nova kann es nur generell oder gar nicht geben.

Man müsste ferner fragen, ob man es dem Zufall überlassen kann, dass „new and compelling evidence“ auftaucht, oder ob zur Vermeidung willkürlicher Ergebnisse nicht alle Urteile regelmäßig überprüft werden müssten, was nicht zu leisten ist.<sup>145</sup>

Zweitens erscheint das Denken vom einzelnen Ausnahmefall her, in dem ein richtigeres Ergebnis hergestellt wird, bereits im Ansatz fehlerhaft: Es geht nicht um die Behandlung einzelner Fälle, sondern um die Etablierung einer Ausnahmeregel. Regeln gelten abstrakt und generell. Lässt man für bestimmte Klassen oder für alle Freisprüche Wiederaufnahmen propter nova zu, so entzieht man *allen* erfassten Freigesprochenen unterschiedslos den oben erwähnten Vertrauensschutz – auch hierin kann man eine Ungerechtigkeit sehen. In den Worten *Berners*:

„Darf man nun annehmen, daß die große Mehrzahl der Freigesprochenen in der That *unschuldig* ist: so würde man durch die Aufhebung des Non bis in idem *gegen jene große Anzahl Unschuldiger eine schreiende Ungerechtigkeit begehen*. Um einige wenige Schuldige noch nachträglich strafen zu können, würde man den *zahlreichen Un-*

<sup>129</sup> Krit. *Greco* (Fn. 65), S. 344 ff. m.w.N. („kollektivistisch“).

<sup>130</sup> Vgl. *The Law Commission E&W* (Fn. 38), §§ 4.17 ff. mit Zitat von *P. Roberts*, *Criminal Law Review* 2000, 952 (954); *ders.*, *The Modern Law Review* 65 (2002), 393 (411 ff.).

<sup>131</sup> Nachweise bei *Arbeitskreis Alternativ-Entwurf* (Fn. 73), S. 14 f.; umfassend zur Genese im deutschen Recht *T. Frank*, *Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im Strafverfahren Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem Neunzehnten Jahrhundert*, 2022.

<sup>132</sup> Z.B. Österreich: § 355 öStPO i.V.m. § 352 Abs. 1 Nr. 2 öStPO; weitere Nachweise bei *Swoboda*, *HRRS* 2008, 188 (193).

<sup>133</sup> Nachweise bei *Greco* (Fn. 65), S. 364 ff.

<sup>134</sup> BVerfGE 166, 359 (392 f. Rn. 89).

<sup>135</sup> Ähnl. *P. Roberts*, *Criminal Law Review* 2000, 952 (954): „My citizen’s duty is done, and I am beyond your reach.“; *Greco* ([Fn. 65], S. 371 ff., 977 ff.) hält dies für vernunftrechtlich geboten.

<sup>136</sup> *Heffter*, *Non bis in idem im Hinblick auf den gedruckten Entwurf einer „Deutschen Strafprocess-Ordnung“*, 1873, S. 15 f.

<sup>137</sup> *Binding* (Fn. 64), S. 337.

<sup>138</sup> *The Law Commission E&W* (Fn. 38), § 4.22; ähnl. *Lippke*, *New Criminal Law Review* 15 (2012), 511 (534 f.).

<sup>139</sup> Vgl. *Lippke*, *New Criminal Law Review* 15 (2012), 511 (523 f.).

<sup>140</sup> So in England, *Criminal Justice Act* 2003 (c. 44), sec. 76(5).

<sup>141</sup> *Amar*, *The Yale Law Journal* 106 (1997), 1807 (1815); *Lippke*, *New Criminal Law Review* 15 (2012), 511 (540 f.).

<sup>142</sup> *Criminal Justice Act* 2003 (c. 44), Schedule 5.

<sup>143</sup> Nachweise bei *Swoboda*, *HRRS* 2008, 188 (193).

<sup>144</sup> Ähnl. *P. Roberts*, *The Modern Law Review* 65 (2002), 393 (423 f.).

<sup>145</sup> *Radtke* (Fn. 70), S. 39.

*schuldigen* den gesetzlichen Schutz rauben, der ihnen allein Beruhigung geben kann.“<sup>146</sup>

sich aufdrängende Abhilfe hier mehr Schaden anrichtet als Nutzen stiftet.

Darauf, ob die Mehrheit der Freigesprochenen „wirklich“ unschuldig ist,<sup>147</sup> kommt es nicht an, sofern nur angenommen werden darf, dass es überhaupt „verdiente Freisprüche“ gibt. Da wie oben gezeigt niemand weiß, welche Freisprüche „verdient“ sind und welche nicht, bleibt nur die Formulierung einer ausnahmslosen Regel.

Ne bis in idem schützt daher notwendigerweise unterschiedslos diejenigen, die es verdient haben, und diejenigen, die es nicht verdient haben, vor erneuter Strafverfolgung, weil der Schutz der Ersteren ohne die Begünstigung der Anderen nicht zu haben ist.<sup>148</sup> Diese Asymmetrie zugunsten der Unschuld ist eine rechtspolitische Entscheidung, die freiheitlichen Rechtsordnungen gut ansteht.<sup>149</sup>

## V. Fazit

Ne bis in idem ist die Sammelbezeichnung für ein Bündel distinkter Abwehrrechte gegen wiederholte staatliche Strafverfolgung. Die Teilgarantien müssen einzeln betrachtet werden; unpopulär ist in jüngerer Zeit insbesondere ein Verbot erneuter Strafverfolgung nach Freispruch, obschon neue Belastungsbeweise vorliegen. Ein solches Verbot der Wiederaufnahme in defavorem propter nova ist kein universelles, aber immerhin ein regionales Menschenrecht, freilich nicht in Europa. Eine Reihe von Staaten hat dieses Verbot in der jüngeren Vergangenheit erheblich eingeschränkt, in anderen Staaten wächst der Rechtfertigungsdruck. Die alte Sorge vor schikanöser Strafverfolgung scheint erloschen und einem starken Bestrafungsbedürfnis gewichen zu sein.

In freiheitlichen Staaten ist jedoch nach wie vor eine begrenzte Inanspruchnahme der Bürger der Perfektibilität der Strafverfolgungsergebnisse vorzuziehen. Ausnahmen für spektakuläre Einzelfälle lassen sich nur durch Etablierung von Regeln erzielen, die notwendig inkohärent sind und die Korrektur einzelner Fehler auf Kosten der Freiheit aller erkaufen, die „Gerechtigkeitsbilanz“ mithin insgesamt verschlechtern.

Bedenkt man ferner, dass „unverdiente“ Straflosigkeit auf sämtlichen Stufen der Strafverfolgung eintreten kann und in großem Umfang meist unerkannt („Dunkelfeld“) auch eintritt, so relativiert sich die Anstößigkeit der Rechtskraft. In manchen Fällen ist diese Unvollkommenheit staatlicher Rechtspflege nur sichtbarer und wird daher schmerzhafter empfunden, was den Blick dafür verstellt, dass die scheinbar

---

<sup>146</sup> *Berner*, GA 3 (1855), 472 (475) (*Hervorhebungen* im Original).

<sup>147</sup> Das nimmt auch *Lippke*, *New Criminal Law Review* 15 (2012), 511 (519), an.

<sup>148</sup> *Berner*, GA 3 (1855), 472 (475). Wenn man von „Vertrauensschutz“ sprechen wollte, so handelt es sich nicht um individuell begründeten, sondern pauschalisierenden Vertrauensschutz.

<sup>149</sup> Gegen *Lippke*, *New Criminal Law Review* 15 (2012), 511 (519), der dies für eine zu dürftige Grundlage für eine absolute Regel hält.