



Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen

zur Verfassungsbeschwerde 2 BvR 900/22

Berichtersteller:

Stefan Conen, Berlin
Dr. Oliver Harry Gerson, Passau
Dr. Lara Wolf, Berlin

9. Dezember 2022



Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde in Sachen 2 BvR 900/22 für die Strafverteidigervereinigungen

Berichterstatter:
Stefan Conen, Berlin
Dr. Oliver Harry Gerson, Passau
Dr. Lara Wolf, Berlin

Berlin, 9. Dezember 2022

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf die Frage der Verfassungsgemäßheit des § 362 Nr. 5 StPO n.F.

Die Neufassung des § 362 Nr. 5 StPO ist als *verfassungswidrig* anzusehen. Dies betrifft sowohl ihren Inhalt und ihre Rechtsfolgen in Bezug auf die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 3 GG (dazu I.) als auch große Teile ihrer rückwirkenden Anwendung (dazu II.).

I. Unvereinbarkeit des § 362 Nr. 5 StPO n.F. mit Art. 103 Abs. 3 GG

Die Regelung des § 362 Nr. 5 StPO verstößt gegen das Justizgrundrecht des Art. 103 Abs. 3 GG und ist materiell verfassungswidrig.

1. Inhalt des Art. 103 Abs. 3 GG

Als geklärt und allgemein anerkannt gilt, dass Art. 103 Abs. 3 GG einen Abwehranspruch des Bürgers gegen die Strafverfolgung statuiert, der nicht lediglich ein Abwehrrecht gegen mehrmalige Bestrafung, sondern bereits im Vorfeld gegen wiederholte Strafverfolgung beinhaltet (»Mehrfachverfolgungsverbot«). Mithin kommt es entgegen einer (zu) engen Wortlautauslegung nicht darauf an, dass ein Freigesprochener zuvor nicht bestraft wurde und ihm im Rahmen einer Wiederaufnahme zu seinen Ungunsten erstmalig eine Verurteilung zu Strafe droht.¹

¹ Allg.M.; vgl. etwa Bonner Kommentar-GG/*Pohlreich*, 207. Akt. 2020, Art. 103 Abs. 3 Rn. 31.





2. Innerkonstitutionelle Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG

a)

Rechtssicherheit ist dem Rechtsstaatsprinzip ebenso inhärent wie die Frage nach der materiellen Gerechtigkeit. Beide Prämissen können mithin als Bestandteile des in Art. 20 Abs. 3 GG verkörperten Prinzips gesehen werden. Anders als der materiellen Gerechtigkeit hat der Verfassungsgeber mit Art. 103 Abs. 3 GG der Rechtssicherheit durch das Institut der Rechtskraft eine eigene, nicht unter Gesetzesvorbehalt stehende grundrechtsgleiche Garantie eingeräumt. Mit dieser Garantie in Form der *lex specialis* des Art. 103 Abs. 3 GG hat er damit für die Frage der Doppelverfolgung eine verfassungsinhärente Entscheidung im Fall des Konflikts zwischen dem Streben nach materieller Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit getroffen. Kern des Art. 103 Abs. 3 GG in diesem Sinne ist es mithin, dass das im Grundgesetz normierte Ergebnis der verfassungsgesetzgeberischen Abwägung zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit verkörpert wird. Dies ist nicht nur als Wertentscheidung² der Verfassung zu respektieren, sondern schon aufgrund der Normhierarchie eigener Ausgestaltung und »Neuabwägung« des einfachen Gesetzgebers entzogen.

Die Annahme, dem einfachen Gesetzgeber stünde es frei, den so umrissenen Kern des Art. 103 Abs. 3 GG durch (vermeintlich) kollidierendes Verfassungsrecht etwa in Form des Strebens nach materieller Gerechtigkeit einer erneuten eigenen Abwägung unterziehen zu dürfen, wäre nicht nur verfassungsrechtlich verfehlt. Sie bedient sich auch der argumentativen Tautologie: Denn wenn sich zur Rechtfertigung der Neuregelung auf die »Unerträglichkeit« des Ergebnisses berufen wird³ – soweit die materielle Wahrheit vermeintlich verfehlt sei – wird im Abwägungsvorgang zugleich behauptet, die materielle Wahrheit müsse Vorrang vor der Rechtssicherheit genießen, weil anderes gerade unerträglich wäre. Damit wird aber das »gefundene« Ergebnis – an der Verfassung vorbei

² v. Mangoldt/Klein/Starck/Nolte/Aust GG, Art. 103 Rn. 181; Bonner Kommentar-GG/Pohlreich (Fn. 1), Art. 103 Abs. 2 Rn. 64 f.; in diese Richtung auch *Sodan* GG, 4. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 32; Dürig/Herzog/Scholz/Remmert GG, 98. EL. 2022, Art. 103 Abs. 3 Rn. 31; *Kaspar* GA 2022, 21 (27); *Aust/Schmid* ZRP 2020, 251 (253); *Frister/Müller* ZRP 2019, 101 (103).

³ BT-Drucks. 19/30399, S. 6 (»Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit«); *Zehetgruber* JR 2020, 157; *Kubiciel* GA 2021, 380 (389).





– durch eine der Subsumtion und Argumentation unzugängliche Gefühlskategorie determiniert, die letztlich den Einstieg in die Relativierung ebnen soll. Missachtet wird schlechthin, dass die garantierte formale (Verfahrens-)Gerechtigkeit ebenfalls einen Weg zur Erlangung materieller Gerechtigkeit darstellt.⁴

Art. 103 Abs. 3 GG steht demnach unter keinem verfassungsrechtlichen Vorbehalt in Form der »materiellen Gerechtigkeit«. Die Norm garantiert vielmehr Rechtskraft und -sicherheit auch in Fällen, in denen zweifelhaft bleibt (und ggf. auch bleiben muss), ob materielle Gerechtigkeit durch das Verfahrensergebnis erreicht worden ist – oder wo es sogar naheliegen mag, dass dies nicht der Fall ist. Es ist mithin methodisch nicht vertretbar, diese konkrete Entscheidung der Verfassung, die den allgemeinen Grundsatz des Rechtsstaatsprinzips konkret ausgestaltet, durch erneuten Rekurs auf allgemeine Grundsätze zu unterlaufen und dadurch zu schleifen.⁵ In der verfassungsrechtlichen Literatur wird überdies vertreten, dass selbst im Falle eines zu Unrecht erfolgten Freispruchs Rechtssicherheit eben auch Freiheitsschutz bedeute und damit die Rechtssicherheit gleichsam der Herstellung materieller Gerechtigkeit diene.⁶

b)

Vorstehendes entspricht nicht nur der herrschenden Meinung in der staats- und bislang auch der strafrechtlichen Literatur, sondern insbesondere auch der hierzu ergangenen Rechtsprechung des BVerfG.

Dieses hat in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1981 die mit § 362 Nr. 5 StPO n.F. nunmehr aufgeworfenen Fragen bereits entschieden. So führte das *Verfassungsgericht* dort aus:

»Die materielle Rechtskraft gründet sich auf das Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsruhe; sie schützt den Verurteilten davor, wegen des in der Anklage bezeichneten und individualisierten Sachverhalts nochmals gerichtlich belangt zu werden. Ein erneutes Verfahren ist auch

⁴ *Leitmeier* StV 2021, 341 (344).

⁵ *Kaspar* GA 2022, 21 (27); *Aust/Schmid* ZRP 2020, 251 (253); *Frister/Müller* ZRP 2019, 101 (103); *Leitmeier* StV 2021, 341 (344).

⁶ *Dürig/Herzog/Scholz/Remmert* (Fn. 2), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32.





dann unzulässig, wenn später erschwerende Umstände hervortreten, die dem Gericht im ersten Verfahren nicht bekannt sein konnten. **In diesem Umfang hat sich der Staat um der Rechtssicherheit willen einer freiwilligen Begrenzung in seinem Recht auf Verfolgung strafbarer Handlungen auferlegt** und damit insoweit auch auf die Durchsetzung des die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung sichernden Legalitätsprinzips verzichtet. Der Verfassungsgeber hat das Verfahrenshindernis der Rechtskraft angesichts der Erfahrungen mit einem Unrechtsregime, das vor erneuter Verfolgung schon abgeurteilter Taten nicht zurückgeschreckt und uferlose Durchbrechungen der Rechtskraft zum Zwecke härterer Bestrafung ermöglicht hatte, in den Rang eines Prozessgrundrechts erhoben. **Auch wenn dies im Einzelfall zu als ungerecht empfundenen Ergebnissen führen kann, so ist doch vor dem Hintergrund der geschichtlichen Erfahrungen allen Versuchen entgegenzutreten, den Tatbegriff je nach der Schwere der unberücksichtigt gebliebenen Umstände zu verändern, um nachträglich eine gerechte Bestrafung zu ermöglichen.**⁷

Anders als hier ging es dort um die Frage, was Tatidentität im Sinne des § 264 StPO meint, mithin um eine Frage der Ausgestaltung der Grenzen des Art. 103 Abs. 3 GG. Soweit es vorliegend um den Wesensgehalt der Norm geht, gelten diese apodiktisch getroffenen Aussagen erst recht.

3. Unvereinbarkeit des § 362 Nr. 5 StPO n.F. mit weiterer bisheriger Judikatur des BVerfG

Gegen diese Argumentation führen die Gesetzesbegründung ebenso wie die Neufassung befürwortende Stimmen an, dass das BVerfG in der Vergangenheit betont habe, Art. 103 Abs. 3 GG sei nicht vollkommen statisch, sondern stehe auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive für »Grenzkorrekturen« offen. Dabei wurde in den Diskussionen zur Gesetzesgenese der Begriff der »Grenzkorrektur« allerdings aus dem Kontext der hierzu ergangenen sowie weiterer Entscheidungen des BVerfG gerissen –

⁷ BVerfG NJW 1981, 1433.





dies mit dem Ziel, die Neubestimmung von »Grenzen« und »Kern« des Art. 103 Abs. 3 GG losgelöst von der maßgeblichen Rechtsprechung neu zu operationalisieren und dem einfachen Gesetzgeber überantworten zu können.

Die ständige Rechtsprechung des BVerfG steht diesen Versuchen indes klar entgegen. Es hat die grundlegenden Grenzen, die der Disposition durch den einfachen Gesetzgeber von Verfassungs wegen entzogen sind, selbst früh gezogen. Wollte man § 362 Nr. 5 StPO n.F. für verfassungskonform erklären, wäre demnach die in den letzten 80 Jahren hierzu ergangene Rechtsprechung obsolet. Dies soll im Folgenden dargetan werden:

a)

Bereits 1953 hat das BVerfG ausgeführt:

»Das Rechtsstaatsprinzip enthält als wesentlichen Bestandteil die Gewährleistung der **Rechtssicherheit**; diese verlangt nicht nur einen geregelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens, sondern auch einen Abschluss, dessen Beständigkeit gesichert ist. Hiermit ist zwar die rückwirkende Beseitigung eines Rechtsspruches aus den hergebrachten Wiederaufnahmegründen vereinbar; unvereinbar aber damit ist es, einen in aller Form abgeschlossenen Fall nachträglich aus solchen Gründen zu erneuter Entscheidung zu stellen, die nach althergebrachter und unbestrittener Rechtsüberzeugung zur Begründung eines Wiederaufnahmeverfahrens nicht geeignet sind. **Rechtsfriede und Rechtssicherheit sind von so zentraler Bedeutung, dass um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muss.**«⁸

Mit dieser Entscheidung ist u.a. klargestellt, dass die vorkonstitutionellen Wiederaufnahmegründe aus verfassungsrechtlicher Sicht einen *abschließenden* Kanon bilden, dessen Erweiterung um neue Wiederaufnahmegründe das Grundgesetz in

⁸ BVerfGE 2, 380 ff = NJW 1953, 1137 (1138) (Hervorhebungen durch die *Verf.*).





Art. 103 Abs. 3 GG entgegensteht.⁹

Diese Linie präzisierte das BVerfG am 18.12.1953 weiter wie folgt:

»Damit hat dieser Grundsatz [*ne bis in idem*, Anm. der Verf.] den Rang eines Verfassungsrechtssatzes erlangt, dessen Abänderung an die erschwerten Voraussetzungen des Art. 79 Abs. 1 und 2 GG geknüpft ist. **Der in Art. 103 Abs. 3 GG niedergelegte Rechtssatz nimmt daher auf den bei Inkrafttreten des GG geltenden Stand des Prozessrechts und seiner Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug.**«¹⁰

b)

Gegen diese verfassungsrechtlich eindeutige Sicht führen die Gesetzesbegründung und ihre Befürworter zwei nachrangig ergangene Entscheidungen ins Feld. In der ersten wird ausgeführt, dass Art. 103 Abs. 3 GG »Grenzkorrekturen« nicht entgegenstehe, sondern nur den »Kerngehalt« dessen garantiere, was als Inhalt des Satzes »ne bis in idem« in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde.¹¹ In der zweiten Entscheidung wird auf Rechtskraftdurchbrechungen bei Strafbefehlen rekurriert.¹² Zur verfassungsrechtlichen Legitimation des § 362 Nr. 5 StPO n.F. taugen beide Entscheidungen indes nicht. Im Gegenteil:

aa) BVerfGE 56, 22

Die zuvörderst von den Befürwortern eines neuen Wiederaufnahmegrundes zuungunsten Freigesprochener ins Feld geführte Entscheidung BVerfGE 56, 22, die Grenzkorrekturen zulasse und nur den Kerngehalt von »ne bis in idem« garantiere, steht tatsächlich einer Ausweitung der Wiederaufnahmegründe eher entgegen, als dass sie deren Legitimationsbasis bilden könnte.

⁹ So auch Dreier-GG/*Schulze-Fielitz*, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Nolte/Aust* GG, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 223; *Sodan* GG (Fn. 2), Art. 103 Rn. 32; *Niemöller/Schuppert* AöR Bd. 107, 387 (472); *Marxen/Tiemann* ZIS 2008, 188 (194); *Pabst* ZIS 2010, 126 (127 f.); *Dürig/Herzog/Scholz/Remmert* (Fn. 2), Art. 103 Abs. 3 GG Rn. 50 m.w.N.

¹⁰ BVerfGE 3, 248ff. = NJW 1954, 69 (Hervorhebungen durch die *Verf.*).

¹¹ BVerfGE 56, 22 (34).

¹² BVerfGE 65, 377 (328).





Liest man die Entscheidung, ohne dabei die vorzitierten Postulate aus ihrem Zusammenhang zu reißen, behandelte das Judikat ausschließlich die Frage, ob der *Tatbegriff* des Art. 103 Abs. 3 GG auf dem Stand festgeschrieben ist, wie ihn die Rechtsprechung zur Zeit der Verabschiedung des Grundgesetzes verstand, oder ob nicht strafprozessual tateinheitlich mit dem Organisationsdelikt des § 129 StGB begangene Taten auch im Lichte des Art. 103 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gleichsam als tatmehrheitlich gewertet werden könnten. Allein Letzteres hat das BVerfG zugelassen und einem statischen, verfassungsrechtlich bindenden vorkonstitutionellen *Tatbegriff* eine Absage erteilt. Die Entscheidung führte aus, dass die vorkonstitutionelle Festschreibung zulässiger Durchbrechungen des »ne bis in idem«-Satzes Weiterentwicklungen und neu auftauchenden Gesichtspunkten in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung nicht absolut entgegenstehe. Das *Verfassungsgericht* formulierte dies wie folgt:

»Dies bedeutet indessen nicht, dass das überlieferte Verständnis des Rechtssatzes ‚ne bis in idem‘ für jede auftauchende Zweifelsfrage bereits eine verbindliche Auslegung durch die Rechtsprechung bereithielte, und es bedeutet insbesondere nicht, dass für neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten, eine verfassungsrechtliche Festlegung getroffen worden wäre. Es kann ferner nicht bedeuten, dass **die in offenen Randbereichen des Tatbegriffs schwierigen Abgrenzungsfragen und dogmatischen Zweifelsfälle jeder Weiterentwicklung von Verfassungen wegen schon entzogen wären**. Zweifellos sollten Gesetzgebung und (herrschende) Auslegung nicht bis in alle Einzelheiten auf den Stand der Rechtsprechung und Prozessrechtslehre bei Inkrafttreten des Grundgesetzes festgelegt und jede weitere Veränderung im Verständnis des prozessualen Verfahrensgegenstandes und der Rechtskraftwirkung ausgeschlossen werden. Art .103 Abs. 3 GG steht Grenzkorrekturen nicht entgegen (so auch Schäfer in: Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl, 1976, Einl Kap 12, Rdnr 33, 37); er garantiert nur den Kern dessen, was als Inhalt des Satzes ‚ne bis in idem‘ in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde.«





Aus dem Beschluss geht mithin klar hervor, was das BVerfG unter einer noch zulässigen »Grenzkorrektur« und dem »Kern dessen, was als Inhalt des Satzes *ne bis in idem* in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde« versteht. Dass die vorstehend skizzierte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung den Kanon der Wiederaufnahmegründe für abschließend anerkannte, wird in der Gesetzesbegründung zu § 362 Nr. 5 StPO n.F. übergangen.

Zulässig sind nach dieser Entscheidung, die den Befürwortern des neuen § 362 Nr. 5 StPO als vermeintliche – aber wie aufgezeigt nicht geeignete – Legitimationsgrundlage dient, daher allenfalls solche Erweiterungen, die der Beantwortung *neu auftauchender Fragen* in Prozesswissenschaft und Rechtsprechung dienen. Dies wird etwa bei Verschiebungen aufgrund einer fortschreitenden Dogmatik des Tatbegriffs häufig der Fall sein. Mithin sind sogenannte »Grenzkorrekturen« nur innerhalb des bereits bestehenden Kanons der Wiederaufnahmegründe gestattet.¹³

bb) BVerfGE 65, 377¹⁴

Auch diese von Befürwortern der Neuregelung häufig zitierte Entscheidung des BVerfG im 65. Band führt zu keinem anderen Befund. Diese befasst sich mit der Reichweite von Art. 103 Abs. 3 GG im Strafbefehlsverfahren entsprechend § 373a StPO. Das BVerfG hat es hier zwar im Grundsatz für zulässig erklärt, die Rechtskraft eines Strafbefehls gegebenenfalls durch Nova zu durchbrechen, welche bei der summarischen Prüfung des Strafbefehlserlasses übersehen wurden. Indes ist es – im Einklang mit der Differenzierung zwischen »Kerngehalt« und »Grenzkorrekturen« – von den oben genannten Grenzziehungen nicht abgewichen. Auch dieses Judikat taugt folglich mitnichten als Legitimation für die gesetzliche Neufassung: Denn die Zulässigkeit einer Durchbrechung der Rechtskraft bei Strafbefehlen war bereits durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts *vorkonstitutionell vorgezeichnet*. Hierauf stellte die Entscheidung des BVerfG sodann auch im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung konsequent und ausdrücklich ab. Für das Anliegen, nachkonstitutionell Grenzen neu ziehen zu dürfen,

¹³ *Schäfer*, auf dessen Kommentierung sich das BVerfG in der vorzitierten Entscheidung bezieht, hat trotz bekundeter Sympathie für das Anliegen des Entwurfs BT-Drucks 16/7957, der eine Wiederaufnahme zuungunsten Freigesprochener unter wesentlich engeren Voraussetzungen als § 362 Nr. 5 StPO n.F. vorsah, in der Anhörung des Rechtsausschusses am 18.3.2009 der Vorschrift die Verfassungswidrigkeit attestiert.

¹⁴ BVerfGE 65, 377.





lässt sich aus dieser Entscheidung damit erneut nichts Legitimierendes ableiten.

4. § 362 Nr. 5 StPO n.F. – keine zulässige Grenzerweiterung ohne Eingriff in den von »ne bis in idem« verkörpertem Kernbereich

Ungeachtet des Umstands, dass die Gesetzesbegründung des § 362 Nr. 5 StPO n.F. und Stimmen in der Literatur sich, wie unter 3. b) aa) gezeigt, untunlich auf den Begriff einer erlaubten »Grenzkorrektur« in *BVerfGE 56, 22 ff.* berufen, vermag der dahinterstehende Gedanke zur Legitimation der Erweiterung des Kanons der Wiederaufnahmegründe in § 362 StPO nicht zu verschlagen.

Wäre § 362 Nr. 5 StPO verfassungsgemäß, würde er den »Kern« von Art. 103 Abs. 3 GG neu definieren. Der Kern dieser Norm ist aber gerade negativ dadurch definiert, dass Wiederaufnahmen zuungunsten Freigesprochener nur in dem Rahmen zulässig sind, wie sie durch den *vorkonstitutionellen* Gesetzgeber definiert wurden. Gestattete man es dem *nachkonstitutionellen* Gesetzgeber, durch einfaches Recht neue Gründe verfassungsgemäß in den § 362 Nr. 5 StPO hinzuzufügen, entstünde ein neuer verfassungskonformer »Kern«, der künftig die Grenze für neue zulässige Weiterungen definieren würde. Künftige »Grenzkorrekturen« wären an diesem durch einfaches Gesetz determinierten Verfassungskern zu messen. Nach so verschobener »Grenze« wäre auch die Aufnahme weiterer Delikte – etwa § 251 StGB (im Höchstmaß mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht, im Mindestmaß mit 10 Jahren) – nur eine weitere, vermeintlich behutsame »Grenzkorrektur«. Sofern auch dies – falls die Neufassung des § 362 StPO als verfassungskonform angesehen würde – absehbar erneut verfassungskonform wäre, bedeutet dies lediglich den Einstieg in die nächste Runde der »Grenzkorrekturen«. Mit anderen Worten: Da Grenzen und Kern(e) des Art. 103 Abs. 3 GG auf diese Weise einfachgesetzlich und nicht verfassungsrechtlich determiniert wären, würde die Annahme der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des § 362 Nr. 5 StPO n.F. es künftig für alle Fälle der Einschätzungsprärogative des einfachen Gesetzgebers überlassen, den Kern des Art. 103 GG auszugestalten. Dies könnte im Übrigen auch dadurch geschehen, dass der Gesetzgeber bestimmte Delikte künftig zunächst mit lebenslanger Freiheitsstrafe pönalisiert, um sie im Anschluss in den Deliktskatalog des § 362 Nr. 5 StPO aufzunehmen. Der ursprüngliche, durch die verfassungsrechtliche Rechtsprechung





abgesicherte, Kerngehalt des Art. 103 Abs. 3 GG wäre als Maßstab durch die einfachgesetzliche Weiterung – sofern für verfassungskonform erklärt – künftig verloren.

Der Verfassungsgeber hat Art. 103 Abs. 3 GG jedoch bewusst nicht unter einen Gesetzesvorbehalt gestellt. Die vorstehend skizzierte – mit einer Annahme der Verfassungskonformität des § 362 Nr. 5 StPO n.F. zwangsläufig einhergehende – Definitionsmacht des einfachen Gesetzgebers ist daher nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Dabei ist das mit § 362 Nr. 5 StPO n.F. verfolgte Ziel des Gesetzgebers seiner Kompetenz allerdings nicht völlig entzogen. Es bedürfte indes einer verfassungsändernden Mehrheit i.S.v. Art. 79 Abs. 1 und 2 GG, um Art. 103 Abs. 3 GG mit einem einfachen Gesetzesvorbehalt auszustatten. Diese formelle verfassungsrechtliche Notwendigkeit kann jedenfalls nicht verfassungskonform durch das einfache Gesetz »zur Herstellung materieller Gerechtigkeit« unterlaufen werden. Auch insoweit sind der Neufassung verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt.

II. Unvereinbarkeit des § 362 Nr. 5 StPO n.F. mit Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 3 GG

Die Frage nach der Vereinbarkeit des § 362 Nr. 5 StPO mit dem Rückwirkungsverbot ist weitaus schwieriger zu beantworten als die Vereinbarkeit der Neuregelung mit dem Doppelbestrafungsverbot nach Art. 103 Abs. 3 GG. Der etwaige Verstoß tritt hier nicht entsprechend deutlich zu Tage.

Jedenfalls verstößt die die *pauschale* Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO auf Altfälle gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot.¹⁵ Nur unter engsten tatbestandlichen Grenzen (»dezidiert belegte Unerträglichkeit im Einzelfall«) ist in seltenen Extremfällen eine Ausnahme vom Rückwirkungsverbot im Einzelfall denkbar. Ein solcher Extremfall erscheint bislang allerdings nicht in Aussicht.

¹⁵ So u.a. *Arnemann* Strafo 2021, 442 (445); *Aust/Schmidt* ZRP 2020, 251 (254); *Eichhorn* KriPoZ 2021, 357 (361); *Gerson* StV 2022, 124 (129 f.); *Jahn* JuS 2022, 554 (556); *Kaspar* GA 2022, 21 (33 ff.); *Kuhli/May* GA 2022, 37 (48 ff.); *Lenk* StV 2022, 118 (120 ff.); *Pabst* ZIS 2010, 126 (130); *Sabel* FS Graf-Schlicker, 2018, S. 561 (572); *Schweiger* ZfISw 2022, 397 (405); a.A. *Kubiciel*, Stellungnahme zu § 362 Nr. 5 StPO, 2021, S. 8; *ders.* GA 2021, 380 (393); *Gärditz*, Stellungnahme zu § 362 Nr. 5 StPO, 2021, S. 7; *Eisele*, Stellungnahme zu § 362 Nr. 5 StPO, 2021, S. 6.





1. Terminologie des »Altfalls«

»Altfall« umfasst im Hinblick auf die Reform des § 362 Nr. 5 StPO drei Fallgruppen: zum einen bereits vor In-Kraft-Treten des § 362 Nr. 5 StPO n.F. rechtskräftig abgeschlossene Verfahren in Tötungssachen,¹⁶ die mit einem Freispruch endeten, zudem die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Neuregelung bereits laufenden, aber noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren in Tötungssachen sowie bei In-Kraft-Treten des § 362 Nr. 5 StPO n.F. noch nicht zur Anklage gebrachte, mutmaßlich aber bereits vor Erlass der Neuregelung begangene Taten.

2. Spezielles Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG und Allgemeines Rückwirkungsverbot nach Art. 20 Abs. 3 GG

Die Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO auf Altfälle könnte das spezifisch strafrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG verletzen. Dieses grundrechtsgleiche¹⁷ Recht bewahrt den Bürger davor, dass der Staat die Bewertung des Unrechtsgehalts einer Tat *nachträglich* zu seinem Nachteil re-arrangiert.¹⁸ Art. 103 Abs. 2 GG wird schrankenlos und abwägungsfest gewährt.¹⁹ Da die *begangene Tat* den tatbestandlichen Anknüpfungspunkt für die Festlegung des Zeitpunkts bildet, sind alle »Altfall«-Konstellationen enthalten.

a)

Das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG soll nach überwiegender Auffassung²⁰

¹⁶ Sowie den enumerierten Delikten des VStGB.

¹⁷ BVerfGE 85, 69 (72); Jarras/Pieroth-GG/*Kment*, 16. Aufl. 2020, Art. 103 Rn. 62; zur Herleitung *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1992, S. 260 f.; Dürig/Herzog/Scholz/*Remmert* (Fn. 2), Art. 103 II Rn. 3 ff.

¹⁸ BVerfG NJW 2021, 1222 (1223).

¹⁹ BVerfGE 95, 96 (131); 109, 133 (171 f.); Jarras/Pieroth-GG/*Kment* (Fn. 17), Art. 103 Rn. 77; Dreier-GG/*Schulze-Fielitz* (Fn. 9), Art. 103 II Rn. 51; Dürig/Herzog/Scholz/*Remmert* (Fn. 2), Art. 103 II Rn. 122; Merten/Papier-HB Grundrechte/*Wolff*, 2013, § 134 Rn. 21, 102.

²⁰ Aus neuester Zeit BVerfG NJW 2021, 1222 (1223); zuvor BVerfGE 1, 4; BVerfG NJW 1968, 1467 (1471); NJW 1969, 1059 (1061); NJW 1975, 1013 (1015); NJW 1992, 2877; BVerfGE 109, 13 (37); 113, 273 (308); BGHSt 20, 22 (27); BGH NJW 2001, 2102 (2107); NStZ 2014, 392 (394); Dreier-GG/*Schulze-Fielitz* (Fn. 9), Art. 103 II Rn. 51; Jarras/Pieroth-GG/*Kment* (Fn. 17), Art. 103 Rn. 68; Merten/Papier-HB Grundrechte/*Wolff* (Fn. 19), § 134 Rn. 109; *Dannecker* (Fn. 17), S. 317 ff.; *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 255 ff.; *Kubiciel* GA 2021, 380 (393); *Stuckenberg* ZIS 2014, 461 (467); *Jäger* GA 2006, 615 (625 f.); *Schöch* FS Maiwald, 2010, S. 769 (778); *Sabel* FS Graf-Schlicker, 2018, S. 561 (565).





zwar nur auf das materielle Strafrecht Anwendung finden (*Strafbarkeit*, nicht: Verfolgbarkeit).²¹ Nach anderer Auffassung müssen allerdings auch solche Prozessgesetze, die den Freiheitsbereich des Betroffenen tangieren, einbezogen werden.²² Sieht man den Sinn und Zweck des Art. 103 Abs. 2 GG im umfassenden Schutz des Bürgers vor gesetzgeberischer Willkür durch eine objektive Begrenzung der staatlichen Strafgewalt,²³ ist diese Auffassung grundsätzlich vorzugswürdig. So drängt sich die Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG im Hinblick auf nachträgliche Änderungen des Prozessrechts insbesondere auf, wenn die geänderte Verfahrensvorschrift auch materiellrechtliche Wirkungen entfaltet (z.B. §§ 153 ff. oder §§ 359 ff. StPO). In diesen Konstellationen begründet die rückwirkende Änderung die Verfolgbar-/Ahndbarkeit und damit – mittelbar – auch die Strafbarkeit nachträglich neu- bzw. wieder.²⁴ Nach dieser Lesart des Art. 103 Abs. 2 GG ist es demzufolge nur entscheidend, ob der Betroffene bei Anwendung der in Streit stehenden Vorschrift in Bezug auf strafrechtliche Sachverhalte nachträglich schlechter gestellt und benachteiligt wird; nicht maßgeblich ist, ob die Vorschrift eher dem materiellen Strafrecht oder dem Verfahrensrecht angehört.²⁵

b)

Aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG (zum Teil i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) lässt sich überdies ein *allgemeines* Rückwirkungsverbot ableiten.²⁶ Dieses findet umfänglich auch im Prozessrecht Anwendung. Im Unterschied zu Art. 103 Abs. 2 GG wird dieses nicht auf einen fixen Zeitpunkt, sondern auf einen (zumindest teilweise) in der Vergangenheit liegenden Gesamttatbestand (z.B. die strafrechtliche Verfolgung) bezogen. Typischerweise²⁷ findet beim allgemeinen Rückwirkungsverbot eine

²¹ BVerfG NJW 2021, 1222 (1223); Jarras/Pieroth-GG/*Kment* (Fn. 17), Art. 103 Rn. 64.

²² U.a. *Schreiber* ZStW 80 (1968), 348 (361 ff.); modifizierend LR-StPO/*Lüderssen/Jahn*, 27. Aufl. 2016, Einl. M Rn. 69 ff.

²³ LR-StPO/*Lüderssen/Jahn* (Fn. 22), Einl. M Rn. 69; Dreier-GG/*Schulze-Fielitz* (Fn. 9), Art. 103 II Rn. 12 f.; *Schreiber* ZStW 80 (1968), 348 (363).

²⁴ LR-StPO/*Lüderssen/Jahn* (Fn. 22), Einl. M Rn. 71 unter Verweis auf BVerfG NJW 2005, 2289 (2294); *Wohlers* FS Kargl, 2015, S. 587 (588 ff.).

²⁵ So auch *Lenk* StV 2022, 118 (121) unter Bezug auf BVerfG NJW 2005, 2289 (2294) – Europäischer Haftbefehl.

²⁶ Vgl. nur BVerfG NJW 2021, 2424 (2425); so auch *Aust/Schmidt* ZRP 2020, 251 (254); *Pabst* ZIS 2010, 126 (130); *Bohn* (Fn. 20), S. 266 ff.

²⁷ Allerdings nicht „gesichert“, so Merten/Papier-HB Grundrechte/*Schmidt-Aßmann* (Fn. 6), § 26 Rn. 86. Die *Senate* des BVerfG divergieren in der Terminologie; *Kubiciel* GA 2021, 380 (393) meint, dass eine Abgrenzung nur schwer möglich





Differenzierung zwischen der sog. »unechten« Rückwirkung (tatbestandliche Rückanknüpfung) und der sog. »echten« Rückwirkung (Rückbewirkung von Rechtsfolgen) statt.²⁸ Eine echte Rückwirkung liegt vor, »wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift.«²⁹ Eine unechte Rückwirkung ist anzunehmen, wenn die Rechtsfolgen eines Gesetzes zwar erst nach Verkündung der Norm eintreten, in dessen Tatbestand allerdings Sachverhalte einbezogen sind, die bereits vor Verkündung »ins Werk gesetzt« wurden.³⁰ Die *unechte* Rückwirkung ist zulässig, sofern ein Überwiegen des öffentlichen Interesses an der rückwirkenden Änderung der Gesetzeslage das Vertrauen des Betroffenen in die Fortgeltung der Gesetzeslage angenommen werden kann.³¹ Die *echte* Rückwirkung ist hingegen grundsätzlich unzulässig und nur in eng auszulegenden Ausnahmefällen gestattet.³²

c)

Die Wiederaufnahme von Verfahren, die bereits vor In-Kraft-Treten des neuen § 362 Nr. 5 StPO mit einem rechtskräftigen Freispruch endeten, zuungunsten des Angeklagten nach § 362 Nr. 5 StPO n.F. stellt einen Fall der *echten* Rückwirkung (bzw. der Rückbewirkung von Rechtsfolgen) dar.³³ Die gerichtliche Ahndung der Tat ist durch den rechtskräftigen Freispruch endgültig und für den Betroffenen begünstigend abgeschlossen worden; zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft bestand keine Möglichkeit zur Wiederaufnahme des Verfahrens wegen neuer Tatsachen oder

sei.

²⁸ BVerfG NJW 2021, 1222 (1226 f.); NJW 2021, 2424 (2425); Jarras/Pieroth-GG/Jarras (Fn. 19), Art. 20 Rn. 96; LR-StPO/Lüderssen/Jahn (Fn. 22), Einl. M Rn. 70.

²⁹ BVerfG NJW 1981, 1771 (1774); NJW 1986, 2561 (2563); erneut BVerfG NJW 2021, 1222 (1227).

³⁰ BVerfG NJW 2004, 739 (748); aus neuester Zeit NJW 2021, 1222 (1227) m.w.N.

³¹ BVerfG NJW 1969, 1203 (1205); NJW 2002, 3009 (3011); *Badura*, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, D Rn. 53.

³² BVerfG NJW 1962, 291; NJW 1971, 1211; NJW 1977, 2024; NJW 1987, 1749; BVerfGE 88, 384 (403 f.); 97, 67 (80).

³³ *Gerson* StV 2022, 124 (126) sowie *Arneemann* Strafo 2021, 442 (445); *Aust*, Stellungnahme zu § 362 Nr. 5 StPO, 2021, S. 5 f.; *Aust/Schmidt* ZRP 2020, 251 (254); *Bohn* (Fn. 20), S. 269 f.; *Eichhorn* KriPoZ 2021, 357 (361); LR-StPO/Lüderssen/Jahn (Fn. 22), Einl. M Rn. 81; *Jahn* JuS 2022, 554 (556); *Kaspar* GA 2022, 21 (33 ff.); *Kuhli/May* GA 2022, 37 (48 ff.); *Pabst* ZIS 2010, 126 (130); *Sabel* FS Graf-Schlicker, 2018, S. 561 (572); *Schweiger* ZfISw 2022, 397 (405); BeckOK-StPO/Singelstein, 45. Ed. 1.10.2022, § 362 Rn. 11; i.E. auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags, WD 7 – 3000 – 121/16, S. 13; offengelassen von *Kubiciel* GA 2021, 380 (393); a.A. *Schöch* FS Maiwald, 2010, S. 769 (779), ohne Begründung.





Beweismittel, da der heutige § 362 Nr. 5 StPO noch nicht existiert hat. Durch das Wiederaufnehmen eines solchen Verfahrens mittels des neu geschaffenen § 362 Nr. 5 StPO werden demzufolge Rechtsfolgen (sprich: Verlust der Rechtskraft) für einen in der Vergangenheit endgültig abgeschlossenen Sachverhalt nachträglich neu bewirkt.³⁴

Die Wiederaufnahme von Verfahren in zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Neuregelung laufenden und daher noch nicht rechtskräftig entschiedenen Mordsachen (u.a. Taten nach § 362 Nr. 5 StPO) ist als Fall der *unechten* Rückwirkung (bzw. der tatbestandlichen Rückanknüpfung) einzuordnen. Die gerichtliche Ahndung der Tat ist hier gerade noch nicht abgeschlossen und meint damit Sachverhalte, die bereits vor In-Kraft-Treten der Neuregelung der Wiederaufnahme »ins Werk gesetzt« wurden.³⁵

Die – zukünftige – Wiederaufnahme von noch nicht zur Anklage gebrachten, womöglich aber bereits vor Erlass der Neuregelung *begangenen*, mutmaßlichen Taten begründet keinen Fall der Rückwirkung i.S.d. *allgemeinen* Rückwirkungsverbots nach Art. 20 Abs. 3 GG, da der betroffene Sachverhalt noch nicht »ins Werk« gesetzt wurde.

d)

Die Anwendung des Rückwirkungsverbots nach Art. 103 Abs. 2 GG erfasst damit mehr Konstellationen als die des Art. 20 Abs. 3 GG, da von Art. 103 Abs. 2 GG auch die noch nicht zur Anklage gebrachten, womöglich aber bereits vor Erlass der Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO *begangenen*, mutmaßlichen Taten in den Schutzbereich einzubeziehen wären. Findet lediglich das allgemeine Rückwirkungsverbot aus Art. 20 Abs. 3 GG Anwendung, besteht zudem der Nachteil, dass Einschränkungen hiervon zulässig sind und damit das Schutzniveau für den Betroffenen sinkt. Da das Prozessrecht jedoch »versteinern« würde, wenn es ausnahmslos dem strengen Regime des schrankenlos gewährten Art. 103 Abs. 2 GG unterworfen wäre,³⁶ scheint der von *Lüderssen* und *Jahn* propagierte »Mittelweg« vorzugswürdig, der Art. 103 Abs. 2 GG zwar zum Teil auch auf

³⁴ *Gerson StV* 2022, 124 (126).

³⁵ *Gerson StV* 2022, 124 (126).

³⁶ So auch LR-StPO/*Lüderssen/Jahn* (Fn. 22), Einl. M Rn. 70.





das Prozessrecht anwendet, dabei aber die Differenzierung des Art. 20 Abs. 3 GG in echte und unechte Rückwirkung und damit auch den Abwägungskanon für die Bestimmung einer Verletzung in die Prüfung des Art. 103 Abs. 2 GG integriert.³⁷

3. Verletzung des Rückwirkungsverbots

Keiner der Ausnahmetatbestände, der eine Rückwirkung – unabhängig, ob nach Art. 20 Abs. 3 GG oder modifiziert nach Art. 103 Abs. 2 GG – zulässt, ist im Kontext des § 362 Nr. 5 StPO n.F. gegeben.³⁸

a)

Rechtssicherheit meint im Wirkungsbereich des Rückwirkungsverbots vor allem Vertrauensschutz.³⁹ Eine Durchbrechung des Verbots setzt voraus, dass das Vertrauen des Betroffenen in die Fortgeltung des ihn begünstigenden Rechtszustands als nicht oder nicht ausreichend schutzwürdig anzusehen ist.⁴⁰ Zu den anerkannten Fallgruppen,⁴¹ in denen das Vertrauen des Bürgers hinter dem Interesse an der rückwirkenden Regelung zurückstehen muss, gehören u.a. Konstellationen, in denen der Betroffene zu dem Zeitpunkt, auf den sich die Rückwirkung bezieht, mit der Neuregelung rechnen musste,⁴² die Belastung durch die Rückwirkung als unwesentlich angesehen werden kann oder überwiegende bzw. zwingende Gründe des Gemeinwohls die Rückwirkung erfordern.⁴³

aa)

Die seit 1993 schwelende Debatte über die Einführung eines neuen, ungünstigen Wiederaufnahmegrundes kann die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in den Fortbestand

³⁷ So LR-StPO/Lüderssen/Jahn (Fn. 22), Einl. M Rn. 70; kritisch Gerson StV 2022, 124 (127): Grenze des Wortlauts.

³⁸ Dazu Gerson StV 2022, 124 (127 ff.)

³⁹ BVerfG NJW 2021, 1222 (1227 m.w.N.); Badura (Fn. 31), D Rn. 53.

⁴⁰ BVerfGE 30, 367 (387 ff.); 88, 384 (404); BVerfG NJW 1962, 291; NJW 1987, 1749 (1752); NJW 1997, 722 (725).

⁴¹ Vgl. Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 17 Rn. 119; Badura (Fn. 31), D Rn. 53.

⁴² BVerfG NJW 1962, 291; NJW 1963, 29 (30); NJW 1966, 293 (294); NJW 1968, 739 (742); BVerfGE 30, 36 (387); weitere Fallgruppen bei Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, GG, 98. EL 2022, Art. 20 Rn. 83 ff.

⁴³ BVerfG NJW 2021, 1222 (1228).



des Freispruchs in Rechtskraft nicht aushebeln. Erst ein konkreter Gesetzesbeschluss des Bundestages ist dazu geeignet, den Vertrauensschutz zu derogieren,⁴⁴ da nur dann mit der Neuregelung »ernsthaft gerechnet« hätte werden müssen.⁴⁵

bb)

Das Nicht-Verjähren der in § 362 Nr. 5 StPO enumerierten Taten soll nur sicherstellen, dass dem Staat die *einmalige* Verfolgung des mutmaßlichen Täters möglich bleibt. Keinesfalls wird durch die Nicht-Verjährung (mit-)erklärt, dass ein bereits rechtskräftig Freigesprochener – entgegen dem Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG – wiederholter Verfolgung und Bestrafung ausgesetzt werden dürfe.⁴⁶

cc)

Prozessuale Fehler bei der Aufklärung schwerer Straftaten sind auch nicht pauschal als »unerträglich« anzusehen, selbst wenn die Aufhebung eines entsprechenden Freispruchs als verfassungsrechtlich bedeutsamer Abwägungstopos in der Form eines »zwingenden Belangs des Gemeinwohls« anerkannt würde.⁴⁷ Nova können einen Freispruch in Tötungssachen zudem nachträglich als unzutreffend erscheinen lassen, was auch Auswirkungen auf die »materielle Gerechtigkeit« zeitigt. Da allerdings die Evidenz des Fehlers und seine Auswirkungen auf das Verfahrensergebnis in die Bewertung miteinzubeziehen sind,⁴⁸ kann die »Unerträglichkeit« des Fortbestehens des Freispruchs nicht allein aus der Schwere der Tat deduziert werden. Möglich bleibt allenfalls ein Rekurs auf eine dezidiert zu belegende »Unerträglichkeit« im Einzelfall.⁴⁹ An deren Darlegung müssen angesichts der erheblichen Bedeutung des Rückwirkungsverbots für

⁴⁴ BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1125); NJW 2013, 145; NJW 2010, 3705.

⁴⁵ BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1125).

⁴⁶ Gerson StV 2022, 124 (128).

⁴⁷ Im Rahmen der Entscheidung über die rückwirkende Anwendung der Vermögensabschöpfung nach § 316h EGStGB hat das BVerfG sowohl die »Gerechtigkeit und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung« als auch die Stärkung der »Rechtstreue der Bevölkerung« als entsprechende zwingende Belange des Gemeinwohls angesehen, die den Vertrauensschutz des Betroffenen überwiegen können, vgl. BVerfG NJW 2021, 1222 (1229); zuvor BVerfGE 110, 1 (19 f.); abl. Lenk NJW 2021, 1231 (1232); ders. StV 2022, 118 (121 f.); Asholt JZ 2021, 473 (475); Reichling/Lange/Borgel NStZ 2021, 417 (418).

⁴⁸ MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, 2019, Vor § 359 Rn. 3; SSW-StPO/Kaspar, 4. Aufl. 2020, Vor § 359 Rn. 11.

⁴⁹ Gerson StV 2022, 124 (128 f.).





die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens jedoch höchste Anforderungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gestellt werden, die den in Streit stehenden Fall in die Nähe eines »historisch einmaligen Ereignisses« rücken, dessen Wiederaufnahme die einzige Möglichkeit darstellt, die ansonsten gesellschaftsschädigende, fortbestehende Verletzung der materiellen Gerechtigkeit zu kompensieren.

b)

Nur für diesen extrem seltenen Ausnahmefall des Überwiegens des öffentlichen Interesses an der rückwirkenden Regelung ist bei dezidiert belegter »Unerträglichkeit« des Fortbestehens des Freispruchs eine Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO n.F. auch für Altfälle möglich, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Neuregelung bereits laufend, aber noch nicht rechtskräftig abgeschlossen waren.

Unter modifizierter Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG gilt das Identische auch für die bei In-Kraft-Treten des § 362 Nr. 5 StPO noch nicht zur Anklage gebrachten, mutmaßlich aber bereits vor Erlass der Neuregelung begangenen Taten.⁵⁰

⁵⁰ Bei Anwendung des Art. 20 Abs. 3 GG wird diese Untergruppe der Altfälle hingegen nicht mehr vom Rückwirkungsverbot erfasst (s.o. II.2.d.).

