



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 14 März 2022

Zu § 362 Nr. 5 StPO (Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten)

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender
RA Prof. Dr. Jan Bockemühl (Berichterstatter)
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm
RA Prof. Dr. Björn Gercke
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause (Berichterstatter)
RA Prof. Dr. Holger Matt
RAin Anke Müller-Jacobsen
RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
RA Prof. Dr. Tido Park
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Anne Wehnert
RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Dr. Carolin Arnemann (Berichterstatterin)
Prof. Dr. Frank Saliger (Berichterstatter)

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin
RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9
10179 Berlin
Deutschland
Tel. +49.30.28 49 39 - 0
Fax +49.30.28 49 39 - 11
Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9
1040 Brüssel
Belgien
Tel. +32.2.743 86 46
Fax +32.2.743 86 56
Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Krimi-
nalpolitische Zeitschrift, Zeitschrift NK-Neue Kriminalpolitik

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Am 24.06.2021 beschloss der Bundestag mit § 362 Nr. 5 StPO die Ausweitung der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bieten, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes, Völkermordes, des Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen gegen eine Person verurteilt wird.

Auch die Bundesrechtsanwaltskammer sieht es als schwer erträglich an, einen Freispruch bei schwersten Verbrechen nicht korrigieren zu können, wenn eine Täterschaft einwandfrei feststellbar ist. Gleichwohl hält sie die Neuregelung für zu weitgehend und hat verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 362 Nr. 5 StPO.

I. Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit

Der § 362 Nr. 5 StPO zugrunde liegende Entwurf des Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit datiert vom 08.06.2021.¹ Mit ihm haben die Regierungsparteien ihrem Koalitionsvertrag folgend die Schaffung eines „eng umgrenzten Wiederaufnahmegrundes“² bei Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel vorgeschlagen und damit die Diskussion um die Ausweitung der ungünstigen Wiederaufnahme aufgegriffen. Schon 1993³, 1996⁴ und 2008⁵ waren entsprechende Gesetzesvorschläge diskutiert worden.

Nach Erster Beratung des Gesetzes im Bundestag am 11.06.2021⁶ folgte die Öffentliche Anhörung von Sachverständigen im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 21.06.2021⁷, der am 22.06.2021 die Annahme des Gesetzesentwurfs empfahl.⁸ Das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit wurde am 24.06.2021, dem vorletzten Sitzungstag der Legislatur, um 1.45 Uhr im Wesentlichen unverändert beschlossen.⁹

Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 17.09.2021 beschlossen, keinen Antrag auf Überweisung des Gesetzes in den Vermittlungsausschuss zu stellen.¹⁰

¹ BT-Drs. 19/30399.

² BT-Drs. 19/30399, S. 2.

³ BT-Drs. 12/6219.

⁴ BT-Drs. 13 /3594.

⁵ BT-Drs. 16/7957.

⁶ Plenarprotokoll 19/234, 30368.

⁷ Protokoll-Nr. 19/160.

⁸ BT-Drs. 19/30940.

⁹ Plenarprotokoll 19/236, 30755.

¹⁰ BR-Drs. 662/21.

Am 21.12.2021 fertigte der Bundespräsident das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit aus, das am 30.12.2021 in Kraft trat.¹¹ Zugleich äußerte er Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit und riet zu einer erneuten parlamentarischen Prüfung.¹² Auch Bundesjustizminister Buschmann sprach sich für eine erneute Prüfung aus.¹³

Die Bundesrechtsanwaltskammer kritisiert, dass die Verbände bei diesem wichtigen Vorhaben nicht eingebunden wurden. Weder gab es eine Anhörung der Verbände, noch wurde der Bundesrechtsanwaltskammer der Gesetzesentwurf zugeleitet.¹⁴

II. § 362 Nr. 5 StPO im System der Wiederaufnahmegründe

Seit 1877 kannte die StPO in § 402 RStPO bzw. § 362 StPO keinen allgemeinen Wiederaufnahmegrund der neuen Tatsachen oder Beweismittel. Zur Wiederaufnahme des Verfahrens führende nova waren bis 2021 nur mit § 373a StPO im Strafbefehlsverfahren und mit § 362 Nr. 4 StPO bei Vorliegen eines nachträglichen Geständnisses gesetzlich anerkannt.

§ 362 Nr. 5 StPO unterscheidet sich von den bisher in § 362 StPO geregelten Wiederaufnahmegründen, die Fälle gravierender rechtstaatlicher Mängel bzw. die Entscheidung beeinflussende Straftaten zum Gegenstand haben oder im Falle des § 362 Nr. 4 StPO auf dem freien Willensentschluss des nunmehr geständigen Angeklagten gründen. Demgegenüber eröffnet die neue Regelung in § 362 Nr. 5 StPO – im Gegensatz zu den Wiederaufnahmegründen der § 362 Nr. 1-4 StPO – einen Spielraum, der den bisherigen Wiederaufnahmegründen zuungunsten des Verurteilten fremd war und dessen Vorliegen daher auch nicht ohne Weiteres feststellbar ist.

Der Gesetzgeber hatte mit Einführung der Regelungen zur Wiederaufnahme die Möglichkeit der Restitution aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel in § 359 Nr. 5 StPO geregelt und die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten in solchen Fällen ermöglicht. Auf die Einführung eines spiegelbildlichen Wiederaufnahmegrundes zuungunsten des Freigesprochenen in § 362 StPO hatte er aus guten Gründen (*ne bis in idem*) verzichtet. Der neue Wiederaufnahmegrund führt insoweit einen Paradigmenwechsel herbei. Die Bundesrechtsanwaltskammer erachtet den neu eingeführten allgemeinen Wiederaufnahmegrund als systemfremd.

III. Inhalt des § 362 Nr. 5 StPO

Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen ist nach § 362 Nr. 5 StPO möglich, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe für eine Verurteilung wegen unverjährbarer, exzeptioneller Verbrechen bieten.

¹¹ BGBl. I S. 5252.

¹² <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/12/211222-Gesetzesausfertigung-StPO-362.html> (zuletzt aufgerufen am 21.02.2022).

¹³ <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ampel-regierung-bundesjustizminister-buschmann-ueberpruefung-wiederaufnahme-gesetz-stpo-reform/> (zuletzt aufgerufen am 21.02.2022).

¹⁴ Presseerklärung BRAK Nr. 7/2021.

Unklar erscheint insoweit aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer zunächst, ob der Betroffene in der Erneuerungshauptverhandlung auch wegen anderer als der zur Wiederaufnahme berechtigenden Delikte verurteilt werden kann. Der Wortlaut des Gesetzes ist insoweit nicht eindeutig. In der Gesetzesbegründung finden sich hierzu keine Erläuterungen.

1. nova

Aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer ist zudem unklar, wann Tatsachen oder Beweismittel neu i.d.S. sind. Als neu i.S.d. § 359 Nr. 5 StPO gilt, was der Entscheidungsfindung des Gerichts nicht zugrunde gelegt wurde, auch wenn es ihr hätte zugrunde gelegt werden können.¹⁵ Dieses Kriterium auf die neue Regelung in § 362 Nr. 5 StPO zu übertragen, führt zu der Schlussfolgerung, dass **nicht** neu ist, was der Entscheidungsfindung nicht zugrunde gelegt wurde, obwohl es ihr hätte zugrunde gelegt werden können. In der Gesetzesbegründung spricht der Gesetzgeber einerseits davon, dass die Wiederaufnahme nur bei „nachträglich verfügbaren Beweismitteln“¹⁶ greifen soll, will als neu andererseits jedoch auch solche Beweise qualifizieren, die schon früher durch entsprechende Untersuchungsmethoden erhoben werden konnten, deren wissenschaftliche Anerkennung und gerichtliche Verwertbarkeit aber erst im Nachhinein erfolgte oder deren Erhebung erst durch im Nachhinein erfolgte Verbesserungen der Untersuchungsmethode möglich wurde.¹⁷

Der Gesetzgeber betont überdies, dass die neu eingeführte Vorschrift u.a. deshalb verfassungsrechtlich unbedenklich sei, da nicht alle neuen Tatsachen und Beweismittel geeignet seien, die Rechtskraft aufzuheben, sondern nur solche, die eine besonders hohe Beweiskraft hätten.¹⁸

Die Bundesrechtsanwaltskammer hält die Gesetzesänderung, die sich entgegen den älteren Reformdiskussionen nicht auf neue technische Möglichkeiten der Beweismittelgewinnung beschränkt, sondern jede neue Tatsache bzw. jedes neue Beweismittel für ausreichend erachtet, für zu weitgehend. Dies insbesondere vor dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Rechtskraft, der einer Ausweitung der ungünstigen Wiederaufnahme entgegensteht (Art. 103 Abs. 3 GG). Die Bundesrechtsanwaltskammer hält die Gesetzesänderung wegen seiner grundsätzlichen Anwendbarkeit auf jede Art von neuen Tatsachen bzw. neuen Beweismittel dementsprechend auch nicht für eine „eng umgrenzte“ Regelung. Zudem befürchtet die Bundesrechtsanwaltskammer, dass durch § 362 Nr. 5 StPO ein ausgeurteilter Freispruch durch jedwedes Bekanntwerden von neuen Beweismitteln oder Tatsachen in seinem Bestand hinterfragt werden könnte. Damit wäre eine neue Fokussierung behördlicher Ressourcen auf die nachträgliche Überprüfung rechtskräftiger Freispruchentscheidungen verknüpft, die Bedenken begegnet. Überdies stünde eine solche nachträgliche Prüfung in einem klärungsbedürftigen Spannungsverhältnis zum strafbewehrten Verbot der Verfolgung Unschuldiger, denn die verfahrensmäßige Überprüfung der Beständigkeit der Freispruchentscheidung richtete sich gegen eine Person, deren Unschuld rechtskräftig festgestellt ist.

2. Dringende Gründe

Anders als bei § 359 Nr. 5 StPO mit dem Maßstab der Geeignetheit des neuen Vorbringens für eine geringere oder wesentlich andere Rechtsfolge müssen mit § 362 Nr. 5 StPO *dringende* Gründe für die Annahme vorliegen, dass der Freigesprochene in einem neuen Verfahren verurteilt wird. In der Ge-

¹⁵ BeckOK StPO/Singelstein, 41. Ed. 1.10.2021, StPO § 359 Rn. 25.

¹⁶ BT-Drs. 19/30399 S. 2.

¹⁷ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

¹⁸ BT-Drs. 19/30399, S. 6.

setzesbegründung wird dafür eine „hohe Wahrscheinlichkeit“¹⁹ gefordert. Hier orientiert sich der Gesetzgeber hinsichtlich des Verdachtsgrades am dringenden Tatverdacht.²⁰

Obwohl der Gesetzgeber selbst im Entwurf des Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit neben der *hohen* Wahrscheinlichkeit als Prüfungsmaßstab an anderer Stelle den *eindeutigen Nachweis*²¹ für eine Verurteilung wegen einer Katalogtat des § 362 Nr. 5 StPO fordert, erscheint der in der neuen Regelung verwendete Maßstab aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer als nicht zu niederschwellig bzw. als ausreichend, um den Schutz der Rechtskraft ausreichend zu berücksichtigen.

IV. Einzelfallgesetz

In der Gesetzesbegründung wird wiederholt - ebenso wie in der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss - auf ein konkretes Kapitalverfahren für das Bedürfnis nach einer neuen Regelung Bezug genommen („Fall Möhlmann“).²² Es scheint, als wäre dieses Verfahren für den Gesetzgeber maßgeblich gewesen, den neuen Wiederaufnahmegrund einzuführen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer moniert auch bei dieser gesetzlichen Neuregelung, dass eine Rechtstatsachenaufklärung vor ihrem Erlass in Gänze unterblieben ist. Eine solche wäre erforderlich gewesen, um eine Vorschrift, die einen grundsätzlichen Paradigmenwechsel herbeiführt (s.o.), hinsichtlich ihrer Regelungsbedürftigkeit zu untermauern und zu rechtfertigen. Die Mängel der rechtstat-sächlichen Überprüfung im Vorfeld zeigt sich auch darin, dass die Bundesregierung auf die schriftliche Anfrage eines Abgeordneten mitgeteilt hat, ihr seien zwei Fälle (aus den Jahren 1981 und 1983) bekannt, für die die Neuregelung nach Einschätzung der Bundesregierung Relevanz besäße.²³ Zudem ist aus dem Gesetzesvorhaben des Jahres 2008 ausweislich der vom Gesetzgeber selbst mitgeteilten Fallzahlen bekannt, dass im Jahr 2003 bundesweit neun Täter vom Vorwurf des Mordes freigesprochen wurden, im Jahr 2004 17.²⁴ Unbekannt ist hingegen, ob auch nur einer dieser Freisprüche durch das Vorliegen von nova im Nachhinein in seinem Bestand ernsthaft in Zweifel geraten ist. Vor diesem Hintergrund zweifelt die Bundesrechtsanwaltskammer an dem tatsächlichen Reformbedarf.

V. Verfassungsrechtliche Bedenken

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat keine Bedenken, dass die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens zuungunsten des Betroffenen durch § 362 StPO als die Rechtskraft durchbrechende, zulässige Bestrafungsmöglichkeit grundsätzlich verfassungsrechtlich anerkannt ist. Sie ist – verfassungsrechtlich gerechtfertigt – als vorkonstitutionelle Ausnahme vom Verbot der Doppelbestrafung des Art. 103 Abs. 3 GG zu verstehen.

Gleichwohl bestehen gegen die neue Regelung gewichtige Bedenken:

¹⁹ BT-Drs. 19/30399, S. 1, 2.

²⁰ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

²¹ BT-Drs. 19/30399, S. 6.

²² BT-Drs. 19/30399, S. 10.

²³ BT-Drs. 19/31110, S. 3.

²⁴ BT-Drs. 16/7957, S. 2.

1. ne bis in idem, Art. 103 Abs. 3 GG

Im Wiederaufnahmerecht stehen sich die Prinzipien Rechtssicherheit und der materiellen Wahrheit antinomisch gegenüber. Beide gründen im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG. Sie sind gegeneinander abzuwägen.

a. Bedingter Vorrang der Rechtssicherheit im Wiederaufnahmerecht

Der historische Gesetzgeber hat bei der Regelung der Wiederaufnahme der Rechtssicherheit in Gestalt der materiellen Rechtskraft einen bedingten Vorrang vor der (materiellen) Strafgerechtigkeit gegeben. Denn er hat die Wiederaufnahme nicht allgemein zur Herstellung der materiellen Strafgerechtigkeit zugelassen, sondern nur aus den enumerativ aufgeführten Wiederaufnahmegründen. Zudem ist die Wiederaufnahme zwecks Erreichung einer anderen Strafbemessung (§ 363 Abs. 1 StPO) oder zwecks Strafmilderung wegen verminderter Schuldfähigkeit (§ 363 Abs. 2 StPO) ausgeschlossen.

b. Unterschiedliche Ausgestaltung der beiden Wiederaufnahmegerichtungen

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die beiden Wiederaufnahmegerichtungen in §§ 359, 362 StPO unterschiedlich weit ausgestaltet. Während die Wiederaufnahme zugunsten bei allen neuen Tatsachen eröffnet ist (§ 359 Nr. 5 StPO) – der wichtigste Wiederaufnahmegrund –, war die Wiederaufnahme zuungunsten wegen propter nova vor der Reform nur für den Fall eines glaubwürdigen Geständnisses (§ 362 Nr. 4 StPO) sowie im Strafbefehlsverfahren (§ 373a StPO) zugelassen. Diese Regelungsdivergenz ist strafverfahrensrechtlich gut begründet und gehört verfassungsrechtlich zum Kern des Doppelverfolgungsverbots aus Art. 103 Abs. 3 GG.²⁵

Strafverfahrensrechtlich bringt die Regelungsdivergenz zu den Wiederaufnahmegerichtungen die der Strafprozessrechtswissenschaft im 20. Jahrhundert noch selbstverständliche Wertung zum Ausdruck, dass die Verurteilung eines Unschuldigen das Gerechtigkeitsempfinden in einem ungleich höheren Maße verletzt als der Freispruch eines (möglicherweise) Schuldigen aus Beweisgründen.²⁶ Das zeigt sich an dem unterschiedlichen personalen Gehalt der Wiederaufnahme je nach dem, in wessen Interesse sie betrieben wird. Die Wiederaufnahme zugunsten dient der (partiellen) Rehabilitierung des zu Unrecht Verurteilten, die Wiederaufnahme zuungunsten dagegen der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs.²⁷ Bei der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten muss daher die Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Wahrheit grundsätzlich zu Gunsten der materiellen Wahrheit – mithin der Wiederaufnahme – ausfallen. Nur so lassen sich die Freiheitsgrundrechte des nicht zu recht Verurteilten achten, die als Abwehranspruch garantiert sind.

Dagegen steht die Rechtssicherheit bei der Wiederaufnahme zuungunsten der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs stärker entgegen. Dass der Verfassungsgeber über Art. 20 Abs. 3 GG hinaus noch Art. 103 Abs. 3 GG eingeführt hat, belegt, dass er im Fall des bereits rechtskräftig Verurteilten/Freigesprochenen²⁸ die Rechtssicherheit über die Einzelfallgerechtigkeit gestellt wissen wollte. Dem folgend stellt sich § 362 StPO a.F. als Beleg der Errungenschaft des reformierten Strafprozesses dar, das den Vertrauensschutz des Betroffenen in den Vordergrund stellte. Mit Art. 103 Abs. 3 GG hat

²⁵ Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3 Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 25, 32.

²⁶ Z.B. Peters, Strafprozess, 4. Aufl. 1985, § 76 S. 671; Deml, Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1979, S. 137; Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, § 101 II S. 395. Gänzlich andere Wertung nun bei Hoven, JZ 2021, 1154 (1156).

²⁷ Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, 3. Band: Wiederaufnahmerecht, 1974, S. 34.

²⁸ Auch wenn der Freigesprochene vom Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG nicht unmittelbar erfasst ist, schützt Art. 103 Abs. 3 GG nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch ihn vor erneuter Strafverfolgung und Durchführung eines Strafverfahrens nach Rechtskraft.

der Verfassungsgeber der Rechtssicherheit im Grundsatz den Vorrang gegenüber der materiellen Gerechtigkeit im Einzelfall eingeräumt. Er hat die Person des Betroffenen und dessen Grundrechte über das staatliche Strafverfolgungsinteresse gestellt. Mit der Rechtskraft des Freispruchs ist für den Betroffenen Vertrauen in den Bestand der Rechtslage entstanden, das schutzwürdig ist. Dies spiegelt insbesondere der Straftatbestand der Verfolgung Unschuldiger in § 344 StGB. Die stärkere Gewichtung der Rechtssicherheit bei der Wiederaufnahme zuungunsten entspricht im Übrigen der Verteilung der Prozessrisiken. Ist der Staat für die Erreichung des Prozesszwecks im Grundverfahren zuständig, so ist es billig, ihm und nicht dem Verurteilten bzw. Freigesprochenen im Wiederaufnahmeverfahren die Verantwortung für eine Nichterreichung des Verfahrensziels zuzurechnen (Prinzip der asymmetrischen Prozessrisikoverteilung).²⁹ Dies gilt umso mehr, als der Freispruch eines Schuldigen mangels Beweises im Gegensatz zur Verurteilung eines Unschuldigen kein Fehlurteil ist.

c. Verletzung des Kerngehalts von Art. 103 Abs. 3 GG durch § 362 Nr. 5 StPO

Die Bundesrechtsanwaltskammer verkennt nicht, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Art. 103 Abs. 3 GG nicht absolut gilt und infolgedessen Raum für „Grenzkorrekturen“³⁰ bestehen soll. So soll der in Art. 103 Abs. 3 GG verankerte Grundsatz *ne bis in idem* bei Bekanntwerden neuer Gesichtspunkte, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten, Grenzkorrekturen nicht entgegenstehen.³¹ Auch die ungünstige Wiederaufnahme ist demnach in den Randbereichen dynamisch und kann gesetzgeberisch in zulässiger Weise fortentwickelt werden.

Trotz der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit solcher „Grenzkorrekturen“ darf jedoch nicht übersehen werden, dass der Kerngehalt des Art. 103 Abs. 3 GG als normgeprägtes (grundrechtsgleiches³²) Recht nicht durch einfaches Recht in seiner Geltungskraft wesentlich geschwächt werden darf. Der neu eingeführte Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO stellt nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer im Lichte dieser Grundsätze keine verfassungsrechtlich unbedenkliche „Grenzkorrektur“ mehr dar, sondern begründet einen darüber hinaus gehenden verfassungswidrigen Eingriff in den Kernbereich des *ne bis in idem*-Grundsatzes.

Zum Kerngehalt des in Art. 103 Abs. 3 GG anerkanntermaßen³³ enthaltenen Mehrfachverfolgungsverbots gehört, dass ein rechtskräftig Freigesprochener darauf vertrauen dürfen muss, dass sein Freispruch nicht nur unter Vorbehalt erfolgt. Das bedeutet, dass er darauf vertrauen können muss, dass eine Wiederaufnahme zuungunsten, wenn überhaupt, nur in eng begrenzten und spielraumfreien Ausnahmefällen zugelassen wird. Das war im bisherigen Wiederaufnahmerecht der Fall. Denn die Wiederaufnahme zuungunsten war beschränkt auf schwere Fälle prozeduraler Ungerechtigkeit im Grundverfahren gemäß § 362 Nrn. 1-3 StPO (verfälschte Urkunden, falsche Aussagen oder Gutachten, strafbare Amtspflichtverletzungen) und die Brüskierung des Gerichts durch ein nachträgliches glaubwürdiges Geständnis des Freigesprochenen (§ 362 Nr. 4 StPO). In diesen im wesentlichen spielraumfreien Fällen erscheint es evident unbillig, dem Staat noch das Prozessrisiko aufzubürden. Das gilt insbesondere für § 362 Nr. 4 StPO, wo der Freigesprochene selbst durch sein nachträgliches Geständnis die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens in den Freispruch verwirkt.

Demgegenüber bewirkt der neue § 362 Nr. 5 StPO einen Paradigmenwechsel im Recht der Wiederaufnahme zuungunsten. War die Wiederaufnahme zuungunsten *propter nova* nach altem Recht auf

²⁹ Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 73 f.

³⁰ Hier bezog es sich auf den Tatbegriff bei Organisationsdelikten.

³¹ BVerfGE 56, 22, 34.

³² Dreier/Schulze-Fielitz, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 14.

³³ BGHSt 10, 358 (363); 20, 292 (293); vgl. auch BVerfGE 3, 348 (255) und BVerfGE 56, 22 (31 f.); von Münch/Kunig-Kunig/Saliger, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 64.

den Fall des nachträglichen Geständnisses eng umgrenzt, so nähert der neue § 362 Nr. 5 StPO die Wiederaufnahme zuungunsten der Wiederaufnahme zugunsten nach § 359 Nr. 5 StPO an. Damit unterläuft die Neuregelung nicht nur das Prinzip der asymmetrischen Prozessrisikoverteilung mit der unterschiedlich weiten Ausgestaltung der beiden Wiederaufnahmerichtungen. Mit der Eröffnung neuer Wertungsspielräume durch Begriffe wie „nova“ und „dringende Gründe“ (oben III. 1. und 2.) sowie der Möglichkeit der Verurteilung aufgrund von Nicht-Katalogdelikten (oben III.) höhlt § 362 Nr. 5 StPO das schutzwürdige Vertrauen Freigesprochener in ihren Freispruch derart aus, dass künftig Freisprüche generell nur noch unter Vorbehalt stehen. Daran ändert der Umstand nichts, dass § 362 Nr. 5 StPO auf bestimmte schwerste Katalogdelikte beschränkt ist. Denn auch bei Mord darf es nicht generell nur noch Freisprüche unter Vorbehalt geben. Das verletzt den Kerngehalt des vorbehaltlos gewährleisteten Mehrfachverfolgungsverbots nach Art. 103 Abs. 3 GG.

Hinzu kommt ein weiterer Aspekt. Das BVerfG hat Grenzkorrekturen der Garantie des Art. 103 Abs. 3 GG nicht ausgeschlossen für „neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten“.³⁴ Von solchen Gesichtspunkten kann bei der Einführung des § 362 Nr. 5 StPO nicht die Rede sein. Der Gesetzgeber begründet die Einführung gerade mit dem Aspekt der unerträglichen Strafungerechtigkeit, die eintreten soll, wenn ein wegen Mordes rechtskräftig Freigesprochener nicht erneut einem Strafverfahren unterworfen werden darf (oben I). Dem Gesetzgeber geht es also um eine grundsätzliche Neubewertung des Spannungsverhältnisses zwischen Rechtssicherheit und materieller Strafgerechtigkeit bei der Wiederaufnahme zuungunsten. Diese Neubewertung ist freilich alles andere als neu, weil sich die Abwägung von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit bei jeder Regelung der Wiederaufnahme stellt. Ob für weniger einschneidende Reformansätze wie die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten für neue, wissenschaftlich anerkannte technische Untersuchungsmethoden (z.B. DNA-Analyse³⁵) etwas Anderes gilt, braucht hier nicht entschieden zu werden. § 362 Nr. 5 StPO ist jedenfalls verfassungswidrig.

Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht sich in diesem Verständnis durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt, das bereits ausführte, dass die Rechtssicherheit verfassungsrechtlich von so zentraler Bedeutung für den Rechtsstaat ist, dass ihretwegen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muss.³⁶

2. Rückwirkungsverbot Art. 2 Abs. 2 iVm Art. 20 Abs. 3 GG und Vertrauensschutz

Die Erweiterung des § 362 StPO um Nr. 5 bezieht sich dem Sinn und Zweck nach auf Altfälle.

Da die Wiederaufnahme des Verfahrens zu einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen³⁷ führen würde, ist sie als echte Rückwirkung in abgeschlossene Sachverhalte (rechtskräftiger Freispruch) im Ausgangspunkt verfassungsrechtlich unzulässig. Nur ausnahmsweise ist eine echte Rückwirkung zulässig, wenn sich kein Vertrauen in den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte oder ein Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt und also nicht schutzwürdig war.³⁸

³⁴ BVerfGE 56, 22 (34).

³⁵ Vgl. dazu den Entwurf in Fn. 5.

³⁶ BVerfGE 2, 370 ff. = NJW 1953, 1137, 1138.

³⁷ Sonst: tatbestandliche Rückwirkung

³⁸ Vgl. BVerfGE 30, 367 (387 ff.), 135, 1 (22 f.).

a. Schutzwürdiges Vertrauen der Freigesprochenen in Rechtslage

Dazu muss man zunächst feststellen, dass die bislang geltende Regelung der Wiederaufnahme zuungunsten seit ca. 70 Jahren Bestand hatte. Zwar gab es immer wieder Anläufe zu einer Erweiterung des § 362 StPO, die aber stets scheiterten (oben I). Damit, dass der Gesetzgeber § 362 Nr. 5 StPO nun in derart weitem Umfang ausdehnen würde, mussten die Betroffenen nicht rechnen. Dies gilt umso mehr, als die bislang geltende Regelung weder unklar, verworren oder in einem Maße systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an ihrer Verfassungsmäßigkeit bestanden hätten. Im Gegenteil waren es immer wieder Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Erweiterungsansätze, die diese scheitern ließen. Im Ausgangspunkt besteht daher ein schutzwürdiges Vertrauen der Freigesprochenen in die alte Rechtslage.

b. Keine Schutzunwürdigkeit des (schuldig) Freigesprochenen

Fraglich ist, ob sich eine sachliche Einschränkung dieses Vertrauens aus dem Umstand ergibt, dass jedenfalls der rechtskräftig schuldig Freigesprochene nicht schutzwürdig ist, weil er zum Zeitpunkt seines Freispruchs von der Unrichtigkeit der gerichtlichen Entscheidung wusste. Aber dieser Einwand wäre rechtsirrig. Denn es kommt bei dem Vertrauensschutz durch das allgemeine Rückwirkungsverbot nicht auf das Verhalten des Einzelnen, sondern auf das Vertrauen in eine Rechtslage an. Insoweit wird zum einen erheblich, dass der Freispruch eines Schuldigen mangels Beweises kein Fehlurteil ist, sondern den Regeln der Strafprozessordnung folgt. Zum anderen betrifft § 362 Nr. 5 StPO neben schuldig Freigesprochenen auch zu Recht Freigesprochene, deren Vertrauen unbestritten schutzwürdig ist. Sie würden durch die Zulassung eines Wiederaufnahmeverfahrens ein zweites Mal zu Unrecht den Belastungen eines Strafverfahrens ausgesetzt.³⁹

c. Keine Schutzunwürdigkeit aufgrund zwingender Belange des Allgemeinwohls

Aus den genannten Gründen rechtfertigen schließlich auch zwingende Gemeinwohlbelange keine echte Rückwirkung. Zwar ist nach dem BVerfG der Betroffene in seinem Vertrauen nicht schutzwürdig, wenn zwingende Gemeinwohlgründe dem Vertrauensschutz vorgehen. Als derartiger Gemeinwohlgrund käme für § 362 Nr. 5 StPO die materielle Einzelfallgerechtigkeit in Betracht, die eine Durchbrechung des Doppelbestrafungsverbots rechtfertigen könnte. Zuletzt hat das BVerfG für die Vermögensabschöpfung einen solchen überragenden Gemeinwohlbelang in der Entziehung strafrechtswidrig erlangter Vermögenswerte gesehen.⁴⁰

Jedoch ist die hiesige Konstellation mit der Vermögensabschöpfung nicht vergleichbar. Die Vermögensabschöpfung ist im Vergleich zum Wiederaufnahmeverfahren ein relativ junges Rechtsinstitut. Soweit der Gesetzgeber nunmehr seine Auffassung zum klassischen Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit für die Wiederaufnahme zuungunsten ändern möchte, kann er dies nur für die Zukunft tun. Denn auch wenn die Einzelfallgerechtigkeit eine wichtige Zielvorgabe jeder Rechtsordnung markiert, steht sie in einem antinomischen Spannungsverhältnis zur Rechtssicherheit, kann sich also nicht ungebremst durchsetzen. Das gilt umso mehr, als Art. 103 Abs. 3 GG der Wiederaufnahme zuungunsten stärkere verfassungsrechtliche Fesseln anlegt als Art. 14 GG der Vermögensabschöpfung. Wollte man anders entscheiden, bliebe von dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutz nichts mehr übrig, weil der Gesetzgeber künftig jede neue Rechtsauf-

³⁹ Vgl. auch Kaspar, GA 2022, 21 (35).

⁴⁰ BVerfG JZ 2021, 464 (471 ff.).

fassung mit echter Rückwirkung ausstatten dürfte.⁴¹ § 362 Nr. 5 StPO verstößt damit auch gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot.

3. Materielle Deliktsdifferenzierung Art. 3 GG

§ 362 Nr. 5 StPO eröffnet eine Wiederaufnahmemöglichkeit nur für unverjährbare Straftaten. Der Gesetzgeber hat sich damit im Sinne normativer Klarheit an der Verjährungsfrage orientiert, da bei unverjährbaren Delikten der Widerspruch zwischen der Rechtskraft des Freispruchs und der materiellen Gerechtigkeit besonders schwer wiege.⁴²

Aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer steht jedoch zu befürchten, dass der neu eingeführte Wiederaufnahmegrund nicht auf unverjährbare Delikte beschränkt bleibt. So erscheinen auch andere Delikte, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind, „unerträglich“. Aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer birgt der neu eingeführte Wiederaufnahmegrund die Gefahr eines Dammbrochs, der im Sinne einer Ausweitung des Wiederaufnahmegrundes zu einer Aushöhlung des ne bis in idem-Grundsatzes führen würde.

Hinzu kommt, dass die Deliktdifferenzierung, die der Gesetzgeber wählte, inkonsequent ist. So beschränkte sich der Gesetzgeber auf mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedrohte Morddelikte des § 211 StGB sowie die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohte Tötungsverbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch. Ist jedoch die Verjährungsfrage maßgeblich, wäre konsequenterweise aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer auch das – ebenfalls mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohte – Verbrechen der Aggression, § 13 VStGB, in den Katalog einzubeziehen.

VI. Fazit

Intention des Gesetzgebers war es, den raffinierten Täter dem reuigen gleichzustellen und die Wiederaufnahme auch in Fällen zuzulassen, in denen erst viele Jahre nach dem Freispruch eine Überführung durch eine DNA-Analyse möglich ist.⁴³ Entgegen dem Gesetzgeber geht die Bundesrechtsanwaltskammer jedoch nicht davon aus, dass die bisherige Gesetzeslage zu einem unerträglichem Gerechtigkeitsverstoß⁴⁴ führte bzw. die Rechtskraft unantastbar war. § 362 StPO belegt, dass die Rechtskraft – auch bislang – gerade nicht unantastbar war. Hinzu kommt, dass auch der Nachweis eines DNA-Musters keinen sicheren Tatnachweis ermöglicht. Vielmehr besteht kein klarer Nexus, ist vielmehr damit zu rechnen, dass auch Unschuldige mit der erneuten und belastenden Unsicherheit eines Strafverfahrens konfrontiert werden.

Die Bundesrechtsanwaltskammer gelangt zu dem Ergebnis, dass § 362 Nr. 5 StPO einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhält.

- - -

⁴¹ Vgl. zur Vermögensabschöpfung auch Saliger, ZIS 2019, 210 (2119)

⁴² BT-Drs. 13/30399, S. 2.

⁴³ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

⁴⁴ BT-Drs. 19/30399, S. 1.