

# „Ein Verdacht ist ein Verdacht ist ein Verdacht“

---

Alexander Brade

2023-05-26T10:57:51

Mit dieser Wendung fasste *Erol Pohlreich*, Bevollmächtigter für die Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen und die FDP, das Dilemma um die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen treffend zusammen. Wie sehr wir uns auch in den Dienst der Wahrheitsfindung stellen, um „materielle Gerechtigkeit“ herzustellen, es bleibt ein Risiko. Das Risiko nämlich, dass ein zweites (oder drittes, usw.) Strafverfahren mit all seinen grundrechtlichen Belastungen für den Betroffenen erneut mit einem Freispruch endet oder aber – schlimmer noch – zu einer erstmaligen Verurteilung eines eigentlich Unschuldigen führt. Dass das reale Risiko von Fehleinschätzungen bei vorläufigen Entscheidungen – sei es die Anordnung von Untersuchungshaft oder die Wiederaufnahme des Verfahrens – gerade beim Mord besteht, belegte *Pohlreich* eindrücklich: Von 109 Personen, gegen die im Jahr 2021 in Deutschland wegen Mordverdachts Untersuchungshaft angeordnet worden war, wurden neun Personen später freigesprochen – in 6,77% der Mordfälle erwies sich also die – auch bei [§ 362 Nr. 5 StPO](#) anzustellende – mit dem dringenden Tatverdacht getroffene Prognose im Nachhinein als falsch.

## Sachverhalt und Stand der Rechtsprechung

Die [mündliche Verhandlung des Zweiten Senats des BVerfG am 24. Mai 2023](#) betraf eine Verfassungsbeschwerde, mit der sich der Beschwerdeführer – ein im Jahr 1983 rechtskräftig von dem Vorwurf der Vergewaltigung und des Mordes Freigesprochener – gegen die Wiederaufnahme seines Strafverfahrens nach [§ 362 Nr. 5 StPO](#) wendet. Nach dieser Vorschrift darf ein Strafverfahren gegen einen rechtskräftig Freigesprochenen wiederaufgenommen werden, „wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes [oder bestimmter Straftaten gegen das Völkerrecht] verurteilt wird.“ Hierin liege, nach Ansicht des Beschwerdeführers, ein Verstoß gegen den Satz, dass niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf ([Art. 103 Abs. 3 GG](#)) und gegen das Rückwirkungsverbot.

Vizepräsidentin *Doris König* wies bereits eingangs darauf hin, dass das Verfahren dem Bundesverfassungsgericht Anlass gibt, sich mit bisher nicht geklärten grundsätzlichen Rechtsfragen auseinanderzusetzen. Das BVerfG hat sich in seiner Rechtsprechung bislang tatsächlich lediglich mit einzelnen Aspekten von [Art. 103 Abs. 3 GG](#) befasst: Das betrifft erstens den Begriff der „mehrfachen Bestrafung“ der sich im Wesentlichen auf rechtskräftige Strafurteile beschränken soll (z.B. [BVerfGE 65, 377](#) für den Strafbefehl), zweitens die Frage, was unter

dem Begriff der „allgemeinen Strafgesetze“ zu verstehen ist (s. etwa [BVerfGE 21, 378](#) u. [391](#), d.h. vor allem Kriminalstrafen), drittens den Begriff „derselben Tat“ ([BVerfGE 56, 22](#)) sowie viertens die Frage nach einer Geltung des Satzes „ne bis in idem“ im allgemeinen Völkerrecht ([BVerfGE 75, 1](#)). Nicht beantwortet ist damit die Frage, wie das in [Art. 103 Abs. 3 GG](#) niedergelegte Verbot insgesamt zu verstehen, insbesondere ob es einer Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang zugänglich ist. Handelt es sich, wie die Berichterstatterin *Astrid Wallrabenstein* in ihrem Sachbericht fragte, um ein abwägungsfestes Verbot, das, vergleichbar zum Tatbegriff, nur „Grenzkorrekturen“ zulasse oder um ein abwägungsoffenes Grundrecht, und, wenn ja, welche Verfassungsgüter stünden dann dem Grundsatz „ne bis in idem“ gegenüber – materielle Gerechtigkeit oder etwa Angehörigenrechte?

## **Mehrfachverfolgung ≠ Mehrfachbestrafung (?) und die Frage der Abwägungsoffenheit**

Zunächst befasste sich das BVerfG in der mündlichen Verhandlung aber mit der Frage, ob [Art. 103 Abs. 3 GG](#) neben einem Verbot mehrfacher Bestrafung auch ein Verbot mehrfacher Verfolgung enthält, da Wiederaufnahmeregelungen zuungunsten des Freigesprochenen wie [§ 362 Nr. 5 StPO](#) anderenfalls gar nicht den Schutzgehalt des Satzes „ne bis in idem“ tangierten. Der Raum, den diese Debatte einnahm, war dennoch überraschend, entspricht es doch, wie auch Richter *Thomas Offenloch* betonte, nahezu einhelliger Auffassung, dass [Art. 103 Abs. 3 GG](#) bereits die erneute Strafverfolgung ausschließt (a.A. jüngst nur [Letzger](#)). Dies wurde auch von den Bevollmächtigten der Fraktion CDU/CSU, *Michael Kubiciel*, sowie der Fraktion SPD, *Elisa Hoven*, im Grundsatz nicht infrage gestellt. Beide stellten sich aber auf den Standpunkt, dass der Wortlaut Folgen für die dogmatische Struktur des [Art. 103 Abs. 3 GG](#) haben müsse: Während dieser die erneute Bestrafung kategorisch ausschließe, sei das – nicht vom Normtext ausdrücklich erwähnte – Mehrfachverfolgungsverbot abwägungsoffen formuliert. Diese Unterscheidung stieß im Zweiten Senat indes auf Verwunderung. Die Berichterstatterin merkte – zu Recht – an, dass sich eine solche bisher weder in der Strafprozessrechts- noch in der Verfassungsrechtswissenschaft niedergeschlagen habe, was höchstens auf einen Mangel an Fantasie der jeweiligen Autoren\*innen zurückgeführt werden könne. Sie fragte daher, ob es nicht – der Argumentation *Pohlreichs* folgend – plausibler sei, am Gleichlauf zwischen Mehrfachbestrafungs- und Mehrfachverfolgungsverbot festzuhalten, zumal schon mit dem Strafverfahren Grundrechtseingriffe verbunden seien, die sich nicht wiederholen sollen.

Außerdem machte Richterin *Wallrabenstein* auf einen Widerspruch in *Kubiciels* Argumentation aufmerksam. Wer nämlich das Mehrfachbestrafungsverbot als „Kernbereich“ von [Art. 103 Abs. 3 GG](#) für absolut verbürgt hält, hat es ungleich schwerer, [§ 362 Nr. 1-3 StPO](#), die allesamt Fälle mehrfacher Bestrafung betreffen, verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Richter *Peter Müller* fragte umgekehrt: „Kann [§ 362 Nr. 5 StPO](#) denn überhaupt den Kernbereich berühren, wenn die [§ 362 Nr. 1-4 StPO](#) es ja wohl nicht tun?“ Am ehesten der Unterscheidung etwas abzugewinnen, vermochte Richterin *Christine Langenfeld*, allerdings unter anderen

Vorzeichen: Verabschiedete man sich nämlich entsprechend des Vorschlags der sachverständigen Auskunftsperson *Tatjana Hörnle* von der in [BVerfGE 56, 22](#) angelegten Unterscheidung von Kern- und Randbereich, ließe sich das unterschiedliche Eingriffsgewicht von erneuter Bestrafung einerseits und erneuter Verfolgung andererseits entsprechend in die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit erforderliche Abwägung einstellen. Das führte – wie Vizepräsidentin *König* hervorhob – dann aber wiederum eher zur Verfassungswidrigkeit des [§ 362 Nr. 1-3 StPO](#). Etwas anderes ergebe sich nur, wenn man – wie die wohl h.M. (stellvertretend [Degenhart Rn. 84](#) m.w.N.) im Unterschied zu den Verfahrensbevollmächtigten annimmt – das zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes geltende Prozessrecht, einschließlich des [§ 362 Nr. 1-4 StPO](#), als „immanente Schranke“ des [Art. 103 Abs. 3 GG](#) verstünde, die den in diesen Wiederaufnahmegründen liegenden Eingriff legitimiere. Folgt man dem, erscheint es nur allzu nachvollziehbar, dass mehrere Richter\*innen Interesse daran zeigten, was den neuen [§ 362 Nr. 5 StPO](#) inhaltlich von Nr. 1-4 unterscheidet. Richter *Müller* fragte etwa: Ist nicht das Geständnis i.S.d. [§ 362 Nr. 4 StPO](#) auch ein besonders beweiskräftiges Beweismittel, wie es von Nr. 5 gefordert wird? Richterin *Langenfeld* formulierte dies allgemeiner: Geht es nicht in allen Fällen des [§ 362 StPO](#) – Nr.1-4 einerseits und Nr. 5 andererseits – um Wahrheitsfindung?

Verfahrensbevollmächtigter *Pohlreich* wehrte sich demgegenüber gegen jede Form der Relativierung des in [Art. 103 Abs. 3 GG](#) verbürgten Mehrfachverfolgungsverbots. Gerade die Erfahrungen des NS-Totalitarismus, die nichts von ihrer Relevanz eingebüßt hätten, zeigten, dass der Satz „ne bis in idem“ auch und gerade für Freigesprochene schnell zur Makulatur verkommen kann. Das trifft zu: Die Erfahrungen, die die Mütter und Väter des Grundgesetzes vor Augen hatten, bestanden nicht in einer mehrfachen Bestrafung im eigentlichen Sinne, sondern darin, dass aufgrund des außerordentlichen Einspruchs und der Nichtigkeitsbeschwerde Freisprüche und angeblich zu niedrige Strafurteile aufgehoben worden sind und infolgedessen eine höhere Strafe verhängt wurde (dazu etwa [hier](#)). Vor allem dürfe, so *Pohlreich*, [Art. 103 Abs. 3 GG](#) nicht so interpretiert werden, dass er im (allgemeineren) Rechtsstaatsprinzip aufgehe. *Stefan Conen* als sachverständige Auskunftsperson wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Grundsatz „ne bis in idem“ als Teil dieses Prinzips zwar der Abwägung zugänglich sei, der Sonderfall des [Art. 103 Abs. 3 GG](#) aber eine einseitige und unbedingte Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit darstelle, die nicht durch Erwägungen materieller Gerechtigkeit überspielt werden dürfe. *Johannes Kaspar* – ebenfalls sachverständige Auskunftsperson – schloss sich dieser Einschätzung an: [Art. 103 Abs. 3 GG](#) sei als abwägungsfestes Verbot zu verstehen, das allenfalls „Grenzkorrekturen“ zulasse. Und um solche Korrektur handele es sich bei [§ 362 Nr. 5 StPO](#) nicht. Er setzt sich damit – durchaus überzeugend – in Widerspruch zu *Hoven*, der zufolge die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen lediglich nicht zum Regelfall werden dürfe. [§ 362 Nr. 5 StPO](#) beseitige nämlich für den Betroffenen, auf dessen Sicht es als Grundrechtsträger ankomme, den Schutzgehalt des Satzes „ne bis in idem“, der ihn vor erneuter Verfolgung schützt, vollständig.

## Mögliche Abwägung und ihre Parameter

Die zweite Hälfte der mündlichen Verhandlung stand unter der Prämisse, dass [Art. 103 Abs. 3 GG](#) ein abwägungsfähiges Grundrecht ist. Dabei stellte sich zunächst die Frage, welche Verfassungsgüter dann dem Schutz des Freigesprochenen gegenüberstünden – materielle Gerechtigkeit, die Rechte der Angehörigen und/oder der staatliche Strafanspruch als solcher? Der Belang „materieller Gerechtigkeit“ erregte dabei die Gemüter in besonderer Weise. Während sich die Verfahrensbevollmächtigten *Hoven* und *Kubiciel* vehement für diesen stark machten, stieß er bei den übrigen Beteiligten mit Recht zumindest auf Skepsis. Richterin *Kessal-Wulf* stieß sich an der Begrifflichkeit und fragte, ob es im Strafrecht derartiger „schillernder Begriffe“ bedürfe. So weit wie *Pohlreich*, der angesichts einer potenziellen Verschlechterung der Beweislage, den Umstand, dass die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen überhaupt materieller Gerechtigkeit dienen könne, vollumfänglich in Frage stellte, wollte Vizepräsidentin *König* zwar nicht gehen. Auch sie merkte aber an, dass die Formulierung der „Herstellung materieller Gerechtigkeit“ impliziere, dass die Schuld des Betroffenen bereits feststehe – allenfalls könne es um die *Möglichkeit* der Herstellung materieller Gerechtigkeit gehen. Damit ist noch nicht gesagt, dass sich ein so formulierter Belang [Art. 103 Abs. 3 GG](#) auch im Rahmen einer möglichen Abwägung entgegenhalten ließe. Der Bevollmächtigte *Kaspar* etwa bestritt dies, da der Grundgesetzgeber den Konflikt zwischen Rechtssicherheit und „materieller Gerechtigkeit“ in [Art. 103 Abs. 3 GG](#) bereits zugunsten ersterer entschieden habe. Richter *Müller* meldete daran Zweifel an, gab aber zu verstehen, dass jedenfalls nicht nur die Rechte der Angehörigen, sondern auch der staatliche Strafanspruch in die mögliche Abwägung einzustellen seien. Das bedeutet allerdings nicht, dass sich ein Anspruch auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen aus dem Recht auf effektive Strafverfolgung (vgl. etwa [hier](#)) ableiten ließe. Der Senat, allen voran Vizepräsidentin *König*, schien *Kaspar* in seiner Einschätzung zu folgen, dass ein „Anspruch auf Bestrafung des wahren Schuldigen“ die Rechtskraft als solche infrage zu stellen drohte.

Unterschiedlich gesehen wurde dagegen die Frage, wie restriktiv [§ 362 Nr. 5 StPO](#) tatsächlich formuliert ist und ob er deshalb einer möglichen Abwägung zwischen den Belangen des Freigesprochenen und den soeben benannten Verfassungsgütern standhalten würde oder nicht. Die Bevollmächtigte *Hoven* hielt [§ 362 Nr. 5 StPO](#) jedenfalls für angemessen, da die Norm drei Korrektive enthalte: „neue Tatsachen“, „dringende Gründe“ sowie die Beschränkung auf schwerste Straftaten. *Tatjana Hörnle* folgte dem im Wesentlichen, gab aber zu bedenken, dass unklar sei, ob die „dringenden Gründe“, wie sich der [Gesetzesbegründung](#) entnehmen lässt, dem dringenden Tatverdacht i.S.d. [§§ 112, 112a StPO](#) entsprechen oder ob es sich nicht vielmehr – darüber hinausgehend – um einen echten „Gamechanger“ handeln muss. Erforderlichenfalls müsse hier mit dem Instrument verfassungskonformer Auslegung operiert werden. Dieser Gedanke schwang bei der Mehrheit der Richter\*innen mit, wenn sie z.B. – wie die Richterinnen *Wallrabenstein* und *Langenfeld* – der (nach einfachem Recht zu bejahenden) Frage nachgingen, ob [§ 362 Nr. 5 StPO](#) die Wiederaufnahme nur wegen der darin genannten Delikte zulasse, im anschließenden Strafverfahren aber auch eine Verurteilung wegen anderer, weniger

schwerwiegender Delikte möglich sei. Richterin *Kessal-Wulf* nahm darüber hinaus eine (de lege lata nicht existierende) zeitliche Grenze der Inanspruchnahme des Wiederaufnahmerechts in den Blick, während sich Vizepräsidentin *König* und Richter *Maidowski* schließlich mit einer immer wiederkehrenden (einfachrechtlich denkbaren) Ketten-Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen sichtlich schwer taten. All dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass – wie Berichterstatterin *Wallrabenstein* mehrfach anmerkte – die Bestimmtheit einer Rechtsnorm nicht unter einer verfassungskonformen Auslegung leiden darf. Auch bildet ihre Grenze der (ausdrücklich) erklärte [Wille des Gesetzgebers](#). Daran dürfte es beispielsweise scheitern, [§ 362 Nr. 5 StPO](#) auf bestimmte Nova, also bestimmte neue Tatsachen oder Beweismittel, wie z.B. molekulargenetische Untersuchungen, zu reduzieren.

## Prognose für den Verfahrensausgang

Den Ausgang des Verfahrens zu prognostizieren, fällt außerordentlich schwer. Das liegt zum einen daran, dass das BVerfG schon mit seiner mit 5:3 Stimmen ergangenen [Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren](#), die damals zugunsten des Freigesprochenen ausging, widersprüchliche Signale gesendet hat. Zum anderen sind die Rechtsfragen, die das (Hauptsache-)Verfahren selbst aufwirft, wie anfangs betont, bislang völlig ungeklärt. Nichtsdestotrotz zeichnen sich gewisse Trends ab. Voraussichtlich wird das BVerfG – bei aller Kritik an der inneren Systematik des [§ 362 StPO](#) – dessen Nr. 1-4, die nicht Verfahrensgegenstand sind, unangetastet lassen. Zumindest ein Teil der Richter\*innen hegt ersichtlich Sympathien für die Idee einer in [§ 362 Nr. 1-4 StPO](#) angelegten „immanenten Schranke“ des [Art. 103 Abs. 3 GG](#). Dieser Gedanke wird sich indes kaum auf die neue Nr. 5 übertragen lassen, da bei Nr. 1-3 der Makel schon dem ersten Urteil anhaftet, was bei Nr. 5 nicht der Fall ist. Zwar liegt auch bei Nr. 4 ein neues Beweismittel vor, das allerdings – wie *Pohlreich* zu Recht hervorhebt – anders als bei Nr. 5 dem freiwilligen Entschluss des Betroffenen entspringt. Für die Richter\*innen *Langenfeld* und *Müller* bliebe – hielten Sie an ihrer Auffassung fest – dann nur der Weg des Sondervotums. [§ 362 Nr. 5 StPO](#) ließe sich folglich nur halten, sofern [Art. 103 Abs. 3 GG](#) entgegen der bisherigen Senatsrechtsprechung als abwägungsfähiges Grundrecht verstanden würde. Eine Mehrheit der Richter\*innen scheint einer solchen Neuausrichtung zwar nicht grundsätzlich abgeneigt, dass [§ 362 Nr. 5 StPO](#) in seiner jetzigen Form Bestand hätte, erscheint nach dem Verlauf der mündlichen Verhandlung dennoch unwahrscheinlich. Die Norm ist nämlich weit weniger restriktiv formuliert, als es auf den ersten Blick scheint. Entscheidend könnte deshalb sein, welche Bereitschaft das Gericht zu verfassungskonformer Auslegung trotz z.T. anders lautendem gesetzgeberischen Willen zeigt.

