

Freie Universität Berlin, FB Rechtswissenschaft
Van'-Hoff-Str.8, 14195 Berlin

Univ.-Prof. Dr. Helmut Aust
Van't-Hoff-Str. 8
14195 Berlin

An den
Deutschen Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Telefon +49 30 838-69979

E-Mail helmut.aust@fu-berlin.de
sekretariat.aust@rewiss.fu-berlin.de

Internet www.jura.fu-berlin.de

**Bearb.-Zeichen
Bearbeiter/in**

16.06.2021

**Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und
SPD – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung („Gesetz
zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“)***

Gegenstand dieser Stellungnahme ist der Gesetzentwurf zur Erweiterung der Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO um eine neue Nr. 5, wonach ein rechtskräftiger Freispruch einer Verurteilung für Mord, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und ausgewählter Formen der Kriegsverbrechen nicht im Weg steht.

Eine solche Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Freigesprochenen halte ich für **verfassungswidrig**.

Diese Einschätzung basiert **zusammengefasst** auf den folgenden Erwägungen:

1. Die Erweiterung der Wiederaufnahmegründe steht im Widerspruch zum Verbot der Doppelverfolgung nach Art. 103 III GG. Die von Art. 103 III GG auf Verfassungsebene vorgenommene Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit kann nicht durch einen Rückgriff auf allgemeine Erwägungen des letzteren Gesichtspunkts wieder aufgelöst werden.
2. Neben dem Verstoß gegen Art. 103 III GG würde die vorgeschlagene Regelung bei einer Anwendung auf sog. „Altfälle“ zudem gegen das vom Rechtsstaatsprinzip umfasste Verbot der Rückwirkung verstoßen. Die Regelung des Gesetzentwurfs stellt eine Form der „echten Rückwirkung“ dar.

* Eine ausführlichere Darlegung der Gründe für die Verfassungswidrigkeit der geplanten Neuregelung findet sich in *Aust/Schmidt*, Ne bis in idem und Wiederaufnahme, ZRP 2020, S. 251 ff.

3. Gegen die Neuregelung sprechen zudem erhebliche rechtspolitische wie verfassungspolitische Überlegungen.

Im Einzelnen:

1. Verstoß gegen den von Art. 103 III GG geschützten Grundsatz von „ne bis in idem“

Das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 103 III GG gewährleistet Vertrauensschutz. Es soll sicherstellen, dass eine Person sich nicht zwei Mal wegen der gleichen Sache – *ne bis in idem* – vor Gericht zu verantworten hat. Dabei erfasst das Grundrecht nach ganz einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur über seinen Wortlaut hinaus nicht nur Bestrafungen im Sinne von staatlichen Maßnahmen nach einer Verurteilung, sondern hat einen weiteren Anwendungsbereich, der bereits die erneute Durchführung eines Strafverfahrens aufgrund der gleichen Tat verbietet.¹ Art. 103 III GG ist dabei ein normgeprägtes Grundrecht, welches in seinem Gehalt im Zusammenhang mit dem einfachen Recht gelesen werden muss.² Dies bedeutet hier allerdings weder, dass durch Art. 103 III GG ein bestimmter Stand des einfachen Rechts konstitutionalisiert wurde,³ noch dass der Gesetzgeber den Inhalt dieses Grundrechts nach Belieben weiter ausgestalten darf. Die Mischung aus normgeprägtem Grundrecht und fehlender Einschränkungsmöglichkeit aufgrund eines Gesetzesvorbehalts hat vielmehr zur Konsequenz, dass weitere Ausgestaltungen möglich sind, soweit sie den Kerngehalt des Grundrechts nicht angreifen und sich auch darüber hinaus als verhältnismäßig darstellen. Das Bundesverfassungsgericht hat dies dahingehend formuliert, dass „Art. 103 III GG (...) Grenzkorrekturen nicht entgegen“ stehe. Garantiert werde der Kern dessen, was als Inhalt des Satzes „ne bis in idem“ in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde.⁴

¹ Nolte in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, 2013, Bd. 5, § 135 Rn. 1, Remmert in Maunz/Dürig, GG, 91. EL 2020., Art. 103 III GG Rn. 65; Nolte/Aust in Huber/Voßkuhle, von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 216; Schulze-Fielitz in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 103 III Rn. 26; Degenhart in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 79; BVerfGE 12, 62 (66) = NJW 1961, 867 (868).

² Schmahl in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, 14. A. 2018, Art. 103 Rn. 81.

³ Vgl. Schulze-Fielitz in Dreier, Bd. III, Art. 103 Rn. 32.

⁴ BVerfGE 56, 22 (34-35) = NJW 1981, 1433 (1435); siehe auch Schmahl in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG-Kommentar, 14. A. 2018, Art. 103 Rn. 82.

Das Mehrfachverfolgungsverbot⁵ ist zusätzlich zum allgemeinen, abwägungsfähigen Vertrauensschutz aus dem Rechtsstaatsprinzip im Grundgesetz normiert. Soll diese Sondernormierung des „ne bis in idem“-Grundsatzes seine eigenständige inhaltliche Bedeutung beibehalten, so kann der Zweck der Norm nur in der Aufwertung der Rechtssicherheit im Verhältnis zur Einzelfallgerechtigkeit nach einem einmal durchgeführten gerichtlichen Verfahren liegen. Die Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit wird insofern auf Ebene der Verfassung selbst entschieden und zwar mit einer eindeutigen Präferenz für die Rechtssicherheit.

Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis darf folglich als Kern des Mehrfachverfolgungsverbots nicht in sein Gegenteil verkehrt werden. Dies wäre jedoch im Rahmen der Verhandlung unverjährbarer Straftaten die Folge des aktuellen Gesetzentwurfs, der sich qualitativ erheblich von den schon bisher in § 362 StPO geregelten Wiederaufnahmegründen unterscheidet. Diese knüpfen entweder an gravierende rechtstaatliche Mängel des Gerichtsverfahrens oder – im Fall des Geständnisses – an die eigene Verantwortlichkeit des freigesprochenen Angeklagten an. Lassen sich abgeschlossene Verfahren bei Auftreten neuer Erkenntnisse oder Beweismittel neu aufrollen, käme es zu einer Degradierung verbindlicher gerichtlicher Urteile hin zu bloßen „Freisprüchen unter Vorbehalt“.⁶

Insgesamt sprechen also gewichtige Gründe dafür, die angedachten Erweiterungen nicht als Grenzkorrektur, sondern als kernbereichsrelevant einzuordnen. Bei dem aktuellen Reformvorschlag geht es nicht um eine Arrondierung von Detailfragen, die sich etwa auf das genaue Verhältnis zwischen materiellem, prozessualen und verfassungsrechtlichen Tatbegriff beziehen⁷ oder auf die Frage, ob das Ordnungswidrigkeitenrecht von Art. 103 III GG erfasst wird.⁸ Es geht vielmehr um die das generelle Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 103 III GG betreffende Kernfrage, ob nach einem rechtskräftig und daher mit Strafklageverbrauch abgeschlossenen Strafverfahren dasselbe bei Auftreten neuer Erkenntnisse noch einmal wiederaufgenommen werden darf. Es handelt sich hierbei also nicht um eine bloße Grenzkorrektur, sondern um eine Operation am offenen Herzen von „ne bis in idem“.

⁵ Nolte in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, §135 Rn. 1.

⁶ Diese Formulierung verwendend: *Suliak*, LTO, 19.11.2019, abrufbar unter:

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/strafrecht-freispruch-verurteilung-mord-dna-wiederaufnahme-doppelbestrafungsverbot/>.

⁷ Dazu *BVerfGE* 56, 22 (27 ff.) = NJW 1981, 1433 (1433 ff.).

⁸ *Remmert* in Maunz/Dürig, Art. 103 III GG Rn. 58.



Selbst für bloße Grenzkorrekturen des Art. 103 III GG bestünde ferner ein verfassungsrechtliches Rechtfertigungsbedürfnis. Im Rahmen des vorbehaltlos gewährleisteten Art. 103 III GG kann diese Rechtfertigung ausschließlich mithilfe von kollidierendem Verfassungsrecht erfolgen.⁹ Als kollidierendes Verfassungsrecht soll hier augenscheinlich das Rechtsstaatsprinzip herangezogen werden und zwar genauer, wie es der intendierte Gesetzesname suggeriert, die „Herstellung materieller Gerechtigkeit“ herbeigeführt werden.

Dieses Ansinnen ist allerdings fehlgeleitet. Das Grundrecht des Art. 103 III GG stellt, wie bereits dargestellt, vielmehr bereits das Ergebnis einer Abwägung des Verfassungsgebers zwischen den unterschiedlichen Zielen des Rechtsstaatsprinzips für den Fall mehrfacher Strafverfolgung dar.¹⁰ Dabei hat die Verfassung der Rechtssicherheit der Person Vorrang vor dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse verliehen. Es ist methodisch nur schwer vertretbar, eine konkrete Entscheidung der Verfassung, die gerade zur Ausgestaltung eines allgemeinen Grundsatzes dient, dann wieder durch Rekurs auf den allgemeinen Grundsatz zu unterlaufen.

Eine ganz andere Frage ist es dabei, ob die Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten insgesamt zu einer Optimierung des Werts der materiellen Gerechtigkeit führen würde.¹¹ Die Diskussionen um die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten aufgrund von neuen technischen Möglichkeiten geht von einem klaren Nexus zwischen etwa einer DNA-Analyse und einer späteren Verurteilung aus.¹² Es wird suggeriert, dass ein solches Ergebnis quasi nur zu einer Verurteilung führen könne. Dies muss jedoch nicht der Fall sein. DNA-Ergebnisse können eindeutig erscheinen, ihre Verarbeitung im Strafprozess ist dies aber beileibe nicht immer.¹³ Dieser Punkt unterstreicht, dass durch die Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten beileibe nicht nur sichere Verurteilungen zu erwarten sind und der materiellen Gerechtigkeit zum Durchbruch verholfen wird. Vielmehr ist ebenfalls damit zu rechnen, dass auch Unschuldige der erneuten und erheblichen Unsicherheit eines Strafverfahrens

⁹ Noch strenger *Sodan* in ders., GG-Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 31, der jegliche Eingriffe ablehnt; ebenso *Brade* AöR 146 (2021), i.E.

¹⁰ *Nolte/Aust* in Huber/Voßkuhle, von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 103 Rn. 181; *Pohlreich* in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, 207. Akt. 2020, Art. 103 Abs. 2 Rn. 64f.; in diese Richtung auch *Sodan* in ders., GG-Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 32.

¹¹ Kritisch dazu auch *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102).

¹² So z.B. die Fachkommission Strafrecht des BACDJ, Wiederaufnahme zu Ungunsten des Anklagten Ergänzung des § 362 StPO, S. 2, abrufbar unter: https://www.cdu.de/system/tdf/media/fk_strafrecht_und_strafprozessrecht_wiederaufnahme_zu_ungunsten_des_angeklagten_ergaezung_des_ss_362_stpo.pdf?file=1.

¹³ *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102).



ausgesetzt werden können. Zumindest denkbar ist es, dass es auch zu Fällen kommt, in denen durch eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten in der Sache ungerechtfertigte Verurteilungen entstehen.

Davon abgesehen ist der vorliegende Entwurf so formuliert, dass ein Freispruch durch das Auftauchen jeglicher Art von neuen Beweismitteln hinterfragt werden kann. Die Neuregelung liest sich wie eine Ermutigung, „cold cases“ durch eine Armada von Privatreportern der Boulevardpresse nach dem vermeintlichen Versagen staatlicher Ermittlungsbehörden und im Namen der materiellen Gerechtigkeit neu aufzurollen.

2. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot

Über all dies hinaus bestehen gegenüber einer Erweiterung des § 362 StPO, die auch eine Wiederaufnahme von zurzeit der Gesetzesänderung bereits durch Freispruch abgeschlossenen Verfahren regelt („Altfälle“), zusätzliche Bedenken aufgrund einer eindeutigen Kollision mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen des Vertrauensschutzes. Das spezifische strafrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 II GG, das nur die Bestimmung der Strafbarkeit und damit keinerlei verfahrensrechtliche Änderungen wie solche des § 362 StPO umfasst¹⁴, ist hier zwar nicht einschlägig.

Allerdings setzt das Rechtsstaatsprinzip des GG auch anderen Formen der Rückwirkung außerhalb dieses materiell-strafrechtlichen Kontexts Grenzen. Unterschieden wird hier zwischen echter und unechter Rückwirkung bzw. zwischen der Rückbewirkung von Rechtsbefolgen und der tatbestandlichen Rückanknüpfung.¹⁵ Sollten die Wiederaufnahmemöglichkeiten ganz allgemein für in der Vergangenheit liegende und rechtskräftig abgeschlossene Strafverfahren im Hinblick auf die nicht verjährbaren Straftaten erweitert werden, würde dies nach ganz überwiegender Auffassung eine Form der echten Rückwirkung (d.h. der Rückbewirkung von Rechtsfolgen) darstellen.¹⁶ Ein solches Gesetz würde „nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände“ eingreifen.¹⁷ Eine solche echte Rückwirkung ist *grundsätzlich*

¹⁴ Statt aller: *Pohlreich* in Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Art. 103 Abs. 2 Rn. 59.

¹⁵ Dazu u.a. *BVerfGE* 72, 200 (241 f.) = NJW 1987, 1749 (1750); *BVerfGE* 127, 1 (16-19) = NJW 2010, 3629 (3630-3631); *BVerfGE* 132, 302 (319) = NJW 2013, 145 (146-147); allgemein zur Entwicklung dieser Unterscheidung *Lepsius*, JZ 2014, 488 (491 f.); *ders.*, JZ 2015, 435 (435 ff.); *Michael*, JZ 2015, 425 (426 ff.).

¹⁶ *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, S. 269 f.; *Pabst*, ZIS 2010, 126 (130); i.E. auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages, WD 7 - 3000 - 121/16, S. 13; dies offen lassend *Kubiciel*, GA 2021, i.E., Abschnitt IV.

¹⁷ *BVerfGE* 30, 367 (385).



verfassungsrechtlich unzulässig. Nur ausnahmsweise soll diese Form des Vertrauensschutzes nicht greifen, wenn das Vertrauen des Betroffenen nicht schutzwürdig ist. Dies soll dann der Fall sein, wenn der Betroffene schon im Zeitpunkt, auf den die Rechtsfolge rückbewirkt wird, nicht mehr auf ihren Fortbestand vertrauen durfte, die Rechtslage unklar oder verworren war, durch die Rückwirkung nur ein ganz unerheblicher Schaden bewirkt wird oder zwingende Gründe des Gemeinwohls dem Vertrauensschutz vorgehen.¹⁸

Es erscheint hier zunächst denkbar, über eine ausnahmsweise gerechtfertigte Rückwirkung zu diskutieren: So ist es vorstellbar, dass der freigesprochene Angeklagte deshalb nicht schutzwürdig ist, weil er oder sie eben Täter/-in eines der nicht verjähmbaren Verbrechen ist und deshalb „zu Unrecht“ freigesprochen wurde. Dies ist letztlich eine Variation des Arguments, nach der die Erweiterung der Wiederaufnahmegründe im Dienst der Optimierung der materiellen Gerechtigkeit steht.

Wie schon bemerkt, greift diese Argumentation aber zu kurz. Sie verkennt, dass dieses Spannungsverhältnis zwischen materieller Gerechtigkeit und durch Art. 103 III GG formalisiertem Vertrauen auf die Rechtssicherheit bereits auf Ebene der Verfassung bestimmt wird. Diese Überlegung schlägt hier auch auf die Ebene des Vertrauensschutzes durch. Eine vom Verfassungsgeber selbst vorgenommene Abwägung zwischen diesen beiden Gesichtspunkten kann nicht gegen zwingende Gründe des Gemeinwohls verstoßen und als Grund für eine Durchbrechung des grundsätzlichen Verbots der echten Rückwirkung von Gesetzen herangezogen werden.

3. Rechtspolitische und verfassungspolitische Erwägungen

Zusammenfassend weist die Bedeutung des geplanten „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ weit über den Einzelfall hinaus. Würde der Deutsche Bundestag das von den Koalitionsfraktionen eingebrachte Gesetz beschließen, würde dies das Signal aussenden, dass rein „formale“ Garantien der Rechtsstaatlichkeit im Zweifel nicht so wichtig sind und auf dem Altar materieller Gerechtigkeit geopfert werden dürfen. Eine Geringschätzung formaler Rechtsstaatlichkeit wird sich aber kaum auf diesen Fall beschränken lassen. Die Botschaft ist verheerend: Braucht es ein Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit, herrschen anscheinend ungerechte Zustände.

¹⁸ Vgl. zusammenfassend *Sommermann* in Huber/Voßkuhle (Hrsg.), von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 295; *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art. 20 GG Rn. 83 ff; *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Art. 20 GG Rn. 186.1.

Das Vorhaben ist geprägt von einer eindimensionalen und mechanischen Sichtweise auf das Problem der materiellen Gerechtigkeit: durch das einfache Verschieben einer Stellschraube soll diese optimiert werden. Der Gesetzesentwurf betont die neuen technologischen Möglichkeiten, auch und gerade im Rahmen der digitalen Forensik. Diese bietet sicher viele erfolgversprechende Möglichkeiten, nicht zuletzt aber in erstmals durchzuführenden Strafverfahren der Zukunft. Zukünftige Strafverfahren sollten mit allen rechtsstaatlich zur Verfügung stehenden technologischen Hilfsmitteln dieser Art arbeiten. Damit wäre der materiellen Gerechtigkeit mehr gedient als mit einer verfassungswidrigen Erweiterung der Wiederaufnahmegründe.