

Rechtsanwalt
Stefan Conen
Meinekestr. 3
10719 Berlin

Mitglied des Strafrechtausschusses des Deutschen Anwaltsvereins (DAV)

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der
Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten
zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO (Gesetz zur Herstellung
materieller Gerechtigkeit)**

Unter dem Titel „*Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit*“ legen die Koalitionsfraktionen einen Gesetzentwurf vor, mit welchem die Wiederaufnahme zuungunsten von Freigesprochenen in Fällen, in denen lebenslange Freiheitsstrafe wegen unverjährbarer Verbrechen verwirkt wäre, entgegen der bisherigen Rechtslage vereinfacht ermöglicht werden soll. Das Vorhaben ist aus verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen. Es verstößt gegen den in Art. 103 Abs. 3 GG verbürgten Grundsatz „ne bis in idem“, nach welchem niemand wegen der gleichen Tat, für die er bereits einmal rechtskräftig abgeurteilt wurde – sei es mit dem Ergebnis einer Verurteilung, sei es mit einem Freispruch – ein weiteres Mal verfolgt werden kann.

1. Vorbemerkung

Während der Genese des Gesetzesentwurfs war – auch in der Fachöffentlichkeit – stets die Rede davon, mit der Novelle solle ein Wiederaufnahmegrund geschaffen werden, der es allenfalls ermögliche, Verfahren gegen freigesprochene, ehemals des Mordes angeklagte Personen dann

wiederaufzunehmen, wenn *technische Neuerungen, die zur Zeit der Urteilsfindung unbekannt* waren, später Ergebnisse zeitigten, die geeignet wären, den ergangenen Freispruch zu falsifizieren. Damit schien der Entwurf das Gesetzesvorhaben der BT-Drucks 16/7957 neu aufzulegen, die bereits 2009 die vorgenannten Ziele verfolgte, indes nicht verabschiedet wurde. Gegen das Vorhaben wurden schon damals u. a. auch umfängliche verfassungsrechtliche Bedenken eingewandt,¹ deren Qualität wohl auch mit dazu geführt hat, dass das BMJV auf Distanz zum nunmehr hier vorgelegten Entwurf ging. Die Diskussion ist jedenfalls dadurch nicht verstummt, dass der Gesetzgeber der 16. Legislaturperiode den damaligen Entwurf nicht verabschiedete. So hat sich in der Folge unter dem 16.8.2016 auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages erneut der Frage der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit eines solchen neuen Wiederaufnahmegrundes gewidmet.² Er kam zu dem Ergebnis, dass die Wertentscheidung des Verfassungsgebers in Art. 103 Abs. 3 GG der vorbeschriebenen Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten Freigesprochener entgegenstehe. Dies ist nach wie vor richtig und bei dogmatisch stringenter Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG gerade auch in Ansehung des nunmehr über den damaligen Vorschlag weit hinausgehenden Entwurfs des § 362 Nr. 5 StPO-E zwingend. Der vorliegende Vorschlag des neu zu schaffenden Wiederaufnahmegrundes lautet wie folgt:

In § 362 werden der abschließende Punkt durch ein Semikolon ersetzt und folgende Nummer 5 angefügt:

„5. 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 (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Absatz 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches) verurteilt wird.“

¹ statt vieler: *Marxen/Tiemann*, zis 2008, 188 so wie die Protokolle der damaligen mündlichen Anhörung im Rechtsausschuss v. 18.3.2009

² Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages v. 16.8.2016, WD 7 - 3000 - 121/16.

2. Verfassungswidrigkeit des § 362 Nr. 5 StPO-E

a)

Der Entwurf stellt damit auch in seiner Begründung das Verhältnis eines Strebens nach materieller Gerechtigkeit bei nachträglich empfundener potentieller „Unerträglichkeit“ des gefundenen rechtskräftigen Prozessergebnisses zu der rechtsstaatlichen Garantie der Rechtssicherheit und des Doppelverfolungsverbots des Art. 103 Abs. 3 GG auf den (verfassungsrechtlichen) Prüfstand. Bereits in einer seiner frühesten Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht hierzu ausgeführt:

„Dabei ist zu berücksichtigen, daß das Verfassungsrecht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung besteht, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat. Zu diesen Leitideen, die auch den Landesgesetzgeber unmittelbar binden, gehört das Rechtsstaatsprinzip; das ergibt sich aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 GG über die Bindung der Einzelgewalten und der Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie aus der Gesamtkonzeption des GG. 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.“³

Mit dieser Entscheidung schien damit u. a. klargestellt, dass die vorkonstitutionellen Wiederaufnahmegründe aus verfassungsrechtlicher Sicht einen abschließenden Kanon bilden, dessen Erweiterung um neue

³ BVerfGE 2, 380 ff = NJW 1953, 1137 (1138)

Wiederaufnahmegründe das Grundgesetz in Art. 103 Abs. 3 GG entgegensteht.

In einer weiteren Entscheidung vom 18.12.1953 führte das Bundesverfassungsgericht das Grundgesetz auch historisch auslegend diese Linie wie folgt fort:

„Damit hat dieser Grundsatz [ne bis in idem, Anm. des 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.“⁴

b)

Die Entwurfsverfasser führen gegen diese, verfassungsrechtlich vermeintlich eindeutige Sicht eine spätere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an, nach welcher Art. 103 Abs. 3GG *Grenzkorrekturen* nicht entgegenstehe, sondern nur *den Kerngehalt dessen garantiere, was als Inhalt des Satzes „ne bis in idem“* in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde.⁵ Des weiteren wird auf eine spätere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage von Rechtskraftdurchbrechungen bei Strafbefehlen rekurriert.⁶ Zur Legitimation des hiesigen Entwurfs taugen beide Entscheidungen jedoch 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 des ne bis in idem garantiere*, steht tatsächlich einer Ausweitung der Wiederaufnahmegründe eher entgegen, als dass sie eine Legitimationsbasis für das Gesetzesvorhaben bilden könnte. Liest man die Entscheidung verständlich und reißt die vorzitierten Postulate nicht aus dem Entscheidungszusammenhang, in welchem sie eingebettet sind, ging es in dem Judikat ausschließlich darum, ob der *Tatbegriff* des Art 103 Abs. 3

⁴ BVerfGE 3, 248ff. = NJW 1954, 69.

⁵ BVerfGE 56, 22 (34)

⁶ BVerfGE 65, 377, 328

GG auf dem Stand festgeschrieben ist, wie ihn die Rechtsprechung zur Zeit der Verabschiedung des Grundgesetzes verstand oder ob nicht angesichts von strafprozessual Tateinheitlich mit dem Organisationsdelikt des § 129 StGB begangene Taten im Lichte des Art. 103 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gleichsam als tatmehrheitlich gewertet werden können. Letzteres hat das Bundesverfassungsgericht zugelassen und einem statischen, verfassungsrechtlich bindenden vorkonstitutionellen Tatbegriff eine Absage erteilt. Die Entscheidung führte aus, dass die verfassungsrechtliche Festschreibung zulässiger Durchbrechungen des „ne bis in idem“ Satzes auf den Stand bei Inkrafttreten des Grundgesetzes Weiterentwicklungen bei neu auftauchenden Gesichtspunkten in Rechtswissenschaft und -sprechung nicht absolut entgegenstehe und 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 Bundesverfassungsgericht unter einer noch zulässigen „Grenzkorrektur“ und dem „Kern dessen, was als Inhalt des Satzes „ne bis in idem“ in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde“ versteht. Zulässig sind danach allenfalls solche Erweiterungen, die durch die Beantwortung *neu auftauchender Fragen* in Prozesswissenschaft und Rechtsprechung dogmatische Verschiebungen wie sie etwa eine fortschreitende

Dogmatik beim Tatbegriff zeitigt. Mithin sind sogenannte Grenzkorrekturen nur innerhalb des bereits bestehenden Kanons der Wiederaufnahmegründe gestattet.⁷

Neue Beweismittel oder Tatsachen, sei es aufgrund technischen Fortschritts, sei es sogar noch viel weitgehender wie in § 362 Nr. 5 StPO-E formuliert, können hingegen nicht vertretbar als nunmehr neu auftauchende Gesichtspunkte subsumiert werden, die sich der Prozessrechtswissenschaft oder Rechtsprechung bislang so nicht gestellt hätten. Derartige Nova nicht zuzulassen gehört gerade zum Kern dessen, was in deutscher Prozesstradition und -wissenschaft den Grundsatz des „ne bis in idem“ vorkonstitutionell ausmachte. Sie sind damit verfassungsrechtlich nicht zur Disposition des Gesetzgebers gestellt. Zwingend ergibt sich dies schon aus dem Umstand, dass nach Rechtskraft neu auftauchende Tatsachen oder Beweismittel, welche geeignet sind, die Richtigkeit des Urteils in Frage zu stellen, ausschließlich in § 359 Nr. 5 StPO bei der Wiederaufnahme *zugunsten* des Verurteilten geregelt sind. Die Gegenüberstellung von § 359 und § 362 StPO belegt ohne Zweifel, dass es den *Kern* rechtsstaatlicher deutscher Prozesstradition, Rechtsprechung und Verständnis des Satzes „ne bis in idem“ in ausmacht, neue Beweismittel nicht nachträglich eine Wiederaufnahme zuungunsten eines Freigesprochenen begründen zu lassen.

bb) BVerfGE 65, 377

Diese Sicht wird auch nicht durch die weiterhin in der Entwurfsbegründung zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im 65. Band getrübt.⁸ Diese hatte sich mit der Reichweite von Art. 103 Abs. 3 GG im Strafbefehlsverfahren zu befassen. Das Gericht hat es dort im Grundsatz für zulässig erklärt, die Rechtskraft eines Strafbefehls gegebenenfalls durch Nova zu durchbrechen, welche bei der summarischen Prüfung des Strafbefehlserlasses übersehen wurden, ist von den oben genannten Grenzziehungen indes nicht abgewichen.

⁷ Bezeichnenderweise hat *Schäfer*, auf dessen Kommentierung sich das BVerfG in der vorzitierten Entscheidung bezieht, trotz bekundeter Sympathie für das Anliegen des Entwurfs BT-Drucks 16/7957, der eine Wiederaufnahme zuungunsten unter wesentlich engeren Voraussetzungen als § 362 Nr. 5 StPO-E vorsah, diesem klar die Verfassungswidrigkeit in der Anhörung des Rechtsausschusses am 18.3.2009 attestiert.

⁸ BVerfGE 65, 377

Denn dieses Ergebnis war bereits durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vorkonstitutionell vorgezeichnet, das ebenfalls die Durchbrechung der Rechtskraft von Strafbefehlen zuließ, worauf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sodann in seiner Linie konsequent auch ausdrücklich abstellt. Für das Anliegen des vorliegenden Gesetzesentwurfs lässt sich aus dieser Entscheidung damit erneut nichts Legitimierendes ableiten.

c) Fehlender Gesetzesvorbehalt in Art. 103 Abs. 3 GG

Die Wertentscheidung des Verfassungsgebers, Art. 103 Abs. 3 GG nur unter den Vorbehalt einer immanenten Schranke des bereits vorkonstitutionell vorgefundenen Rechtszustands zu stellen, steht § 362 Nr. 5 StPO-E ebenfalls entgegen. Hätten die Mütter und Väter des Grundgesetzes eine Regelung wie die hier vorgeschlagene als zukünftige Option zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stellen wollen, hätte es eines Satzes wie etwa „Das Nähere regelt ein Bundesgesetz“ bedurft. Auf einen Gesetzesvorbehalt hat der Verfassungsgeber bei der Schaffung des Art 103 Abs. 3 GG, der gerade auch eine Reaktion auf die auch legislatorische Abschaffung des „ne bis in idem“ Satzes unter den Nationalsozialisten war,⁹ jedoch verzichtet. Dass er der unter nationalsozialistischer Herrschaft geschaffenen Möglichkeit durch sogenannte Nova, also nachträglich bekanntgewordener Tatsachen oder Beweismittel die Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten auf verfassungsrechtlicher Ebene eine Absage erteilte, steht mithin einer auch nur beschränkten Neuauflage wie sie § 362 Nr. 5 StPO-E für unverjährbare Delikte mit lebenslanger Freiheitsstrafe vorsieht per se entgegen.

⁹ vgl. RGBl. I, (1943), v. 29.5.1943 S. 342ff., wo die Wiederaufnahme sowohl zugunsten als auch zuungunsten gleichermaßen zugelassen wird,

„wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder verbunden mit den früheren geeignet sind,

1. die Freisprechung eines Verurteilten oder eine wesentlich mildere Ahndung oder statt der Verurteilung die Einstellung des Verfahrens zu begründen,

2. die Verurteilung eines Freigesprochenen oder eine wesentlich strengere Ahndung oder statt der Einstellung des Verfahrens die Verurteilung des Angeklagten zu begründen...“

d) Verfassungsimmanente Schranke des Art. 103 Abs. 3 GG durch das Rechtsstaatsprinzip?

Art. 103 Abs. 3 GG erfährt auch keine Einschränkung durch das Rechtsstaatsprinzip, denn er ist eine verfassungsrechtlich speziell normierte Ausprägung desselben und damit einer Abwägung mit den in das Rechtsstaatsprinzip hineingelesenen Werten wie etwa der materiellen Gerechtigkeit als *lex specialis* nicht zugänglich. Er begrenzt letztere vielmehr durch die eigene Normierung, weswegen er ihnen gesetzssystematisch keine Abwägung schuldet.

3. Angleichung des § 362 Nr. 5 StPO-E an den geltenden § 359 Nr. 5 StPO?

Anders als in der (auch fach-) öffentlichen Diskussion wahrgenommen beschränkt der Gesetzesentwurf die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten eines Freigesprochenen nicht auf Beweismittel, die erst durch technische Neuerungen generiert werden, welche zur Zeit der Urteilsfällung nicht zur Verfügung standen.

a)

§ 362 Nr. 5 StPO-E implementiert vielmehr die Voraussetzungen des § 359 Nr. 5 StPO, welche für die Wiederaufnahme zugunsten von Verurteilten gelten, als nunmehr taugliche Gründe auch für eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen in den benannten Deliktskategorien. Durch die Übertragung der Regeln, die zum Schutz des möglicherweise zu Unrecht Verurteilten geschaffen wurden, wird mithin absehbar auch die insoweit ergangene Rechtsprechung künftig gegen den rechtskräftig Freigesprochenen gewendet. Damit würden in Zukunft Freisprüche in den betroffenen Verfahren den Charakter eines allenfalls vorläufigen Ergebnisses unter dem Vorbehalt später besserer Erkenntnis erfahren. Dies würde beispielsweise schon dann gelten, wenn in einem mit Freispruch endenden Verfahren ein Zeuge etwa berechtigt die Aussage nach §§ 52, 55 StPO ganz oder teilweise verweigert hätte oder ein Beweisantrag auf seine Einvernahme abgelehnt worden wäre oder das Gericht auf seine Vernehmung verzichtet hätte und der Zeuge sich nach Rechtskraft entschliesse,

seine Aussage doch noch zu Gehör zu bringen und (ggfls. erneut) einen dringenden Tatverdacht zu begründen. Gleiches könnte aber auch in Fällen gelten, wenn ein Freispruch u. a. auch deshalb erging, weil eine V-Mann-Aussage, die – wie es regelmäßig der Fall ist – nur indirekt über den V-Mann-Führer eingeführt wurde und auch im Zusammenspiel mit anderen Indizien dem Tatgericht nicht die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten verschaffte, so dass es ihn freispricht. Hier hätten es unter Geltung eines § 362 Nr. 5 StPO-E die Ermittlungsbehörden künftig u. U. selbst in der Hand durch spätere Namhaftmachung und „Entsperrung“ des V-Mannes und damit der Schaffung eines nunmehr unmittelbar verfügbaren Beweismittels eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen herbeizuführen. Die Beispiele ließen sich fortsetzen.

b)

Damit ist die vorgesehene Gleichschaltung des § 362 Nr. 5 E-StPO mit der geltenden Fassung des § 359 Nr. 5 StPO mitnichten lediglich eine Grenzkorrektur wie sie BVerfGE 56, 22 für neu auftauchende Zweifelsfragen zugelassen hat.¹⁰ Der Entwurf respektiert weder die grundsätzlichen Grenzen des bei Inkrafttreten des GG geltenden Stands des Prozessrechts noch seine damalige Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung als immanente Schranke des Art 103 Abs. 3 GG.¹¹ § 362 Nr. 5 StPO-E korrigiert verfassungsrechtliche Grenzen nicht, sondern sprengt sie vielmehr, indem er unzulässig den für den potentiell zu unrecht Verurteilten nach § 359 Nr. 5 StPO reservierte Bereich des Wiederaufnahmerechts zu Lasten des Freigesprochenen annektiert.

Ein „Kernbereich“ der „ne bis in idem“ Garantie für von der Anklage des Mordes Freigesprochene ist im Falle der Verabschiedung des § 362 Nr. 5 StPO-E letztlich nicht mehr auszumachen. Vom Verdacht des Mordes Freigesprochene müssten sich künftig von der Geltung des sonst gültigen „ne bis in idem“ Satzes und der Schutzgarantie des Art. 103 Abs. 3 GG gleichsam verabschieden. Tatsächlich wären sie vom Makel des Mordverdachts nur bedingt freigesprochen, denn Rechtssicherheit soll ihnen insoweit auch bewusst nicht gewährt werden.

¹⁰ S. o. unter 2. b. aa)

¹¹ BVerfGE 3, 248ff. = NJW 1954, 69.

4. Keine Kohärenz des § 362 Nr. 5 StPO-E im Kanon der bestehenden Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Freigesprochenen in § 362 Nr. 1 – 4

Den Wiederaufnahmegründen des geltenden § 362 StPO in Nr. 1 – 4 ist strukturell gemein, dass sie die Durchbrechung der Rechtskraft zuungunsten der Freigesprochenen dann gestatten, wenn diese keinen Vertrauensschutz verdient. In den Nr. 1 - 3 des § 362 StPO ist die zulässige Wiederaufnahme zuungunsten rechtskräftig Abgeurteilter geregelt, sofern in rechtswidriger, strafbewehrter Weise der Ausgang des Verfahrens zugunsten des Angeklagten beeinflusst worden ist, so dass er keinen Vertrauensschutz auf das derart zustanden gekommene Urteil reklamieren kann. Mit einem glaubhaften Geständnis (§ 362 Nr. 4 StPO) begibt er sich selbst und freiwillig dieses Vertrauensschutzes. § 362 Nr. 5 StPO-E stellt hingegen eine neue Qualität eines Wiederaufnahmegrundes zuungunsten dar. Der Freigesprochene soll sich auch dann nicht auf das Urteil verlassen können, wenn es materiell falsch ist und sich dies später noch potentiell durch neue Tatsachen oder Beweismittel korrigieren lässt. Das damit auch gesetzessystematisch Neuland betreten wird belegt erneut, dass es sich bei dem vorliegenden Entwurf eben *nicht* um eine verfassungsrechtlich allein zulässige *Grenzkorrektur* handelt, sondern um eine neue Kategorie im Wiederaufnahmerecht und mithin um einen unzulässigen Eingriff in den *Kernbereich* dessen, was der „ne bis in idem“ Satz bislang garantierte.

5. Das Kriterium der „Unerträglichkeit“ als rechtspolitischer Kompass des Reformvorschlags im Umgang mit Art. 103 Abs. 3 GG

Mit einer empfundenen und behaupteten Unerträglichkeit bei mutmaßlich materiell nicht gerechtfertigten Freisprüchen bemüht das hiesige Vorhaben gerade auch eine Gefühlskategorie zur Schleifung des Art. 103 Abs. 3 GG, die rationalen Argumenten von vornherein nicht mehr zugänglich ist. Eine Kategorie der Unerträglichkeit will sich diesen auch entziehen. Indes können Kategorien wie gefühlte Unerträglichkeit oder himmelschreiendes Unrecht als Leitschnur rechtspolitischen Handelns per se nicht damit haltmachen eine Wiederaufnahme lediglich zuungunsten von Mordvorwürfen Freigesprochener zu gestatten. Überlebende etwa schwerster Sexualstraftaten oder von Mordversuchen grausamst und zeitlebens gezeichnete Personen werden für Freisprüche mutmaßlicher Täter, die durch spätere Beweismittel oder Tatsachen infrage gestellt sind, nachvollziehbar kein Verständnis haben und diese als nicht minder

unerträglich empfinden. Dieses Gefühl würde nachvollziehbar verstärkt, gäbe es künftig eine Wiederaufnahmekategorie, die ihnen allein deshalb keine Aussicht auf Genugtuung böte, weil sie den Mordversuch oder das Sexualverbrechen überlebt hätten. Die Kategorie der „Unerträglichkeit“ ist als Richtschnur für Grenzziehungen mithin gänzlich ungeeignet. Dass auch das Rechtsgefühl der Bevölkerung durch solche neu entstehenden Diskrepanzen messbar weniger erschüttert wäre als die Entwurfsverfasser dies für die Fälle vermuten, die ihnen bei der Novelle des § 362 Nr. 5 StPO-E vor Augen stehen, wird man kaum behaupten können.

Die Beschränkung tauglicher Wiederaufnahmen auf Delikte, die nicht verjähren, entlarvt ebenfalls die Untauglichkeit einer an „Unerträglichkeit“ ausgerichteten rechtspolitischen Kompassnadel. Denn Mord ist erst seit 1979 unverjähren. War ein nicht gerechtfertigter Freispruch vom Vorwurf des Mordes deshalb zuvor erträglicher?

Schwer erträglich für das Rechtsbewusstsein und das Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat (eines der Ziele des Entwurfs) dürfte es aber auch sein, dass es dem Bundesverfassungsgericht bei der absehbaren Prüfung der Vereinbarkeit des § 362 Nr. StPO-E mit Art. 103 Abs. 3 GG vorbehalten bliebe, ggfls. eine Norm für verfassungswidrig zu erklären, die in der politischen Kommunikation zuvor emotionalisiert damit aufgeladen wurde, einen vermeintlich rechtsstaatlich unerträglichen Zustand von Unrecht zu beenden. Denn wenn das Bundesverfassungsgericht sodann aus guten Gründen nicht mit seiner bislang ergangenen Rechtsprechung brechen will, ist es genötigt, einen in der politischen Kommunikation als rechtsstaatlich unerträglich beschriebenen Zustand zu konservieren, indem es die verfassungsrechtliche Garantie des althergebrachten ungeteilten Grundsatzes des „ne bis in idem“ auch den Angeklagten gewährleistet, die vom Vorwurf des Mordes freigesprochen wurden. Dem Vertrauen der rechtstreuen Bevölkerung in den Rechtsstaat, seine Regeln und die Rechtsprechung wäre dies im Ergebnis ebenso wenig förderlich wie emotionalisierte Kategorien generell als Leitschnur rationaler Rechtspolitik taugen.

21.6.2021

gez. Stefan Conen, Rechtsanwalt