

Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 21. Juni 2021

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit)

mit Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Ausschussdrucksache 19(6)280

I. Einführung

Der Gesetzentwurf¹ sieht die Wiederaufnahme zuungunsten des Täters vor, *„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.“*

Die zentrale Frage ist, ob die vorgesehene Neuregelung mit dem in Art. 103 Abs. 3 GG statuierten Grundsatz *ne bis in idem* vereinbar ist, wonach niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf. Zudem gilt es die Frage zu beantworten, ob eine solche Regelung auch „rückwirkend“ für Altfälle gilt und wie die inhaltlichen Grenzen zu bewerten sind.

II. Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 3 GG: *ne bis in idem*

Um es vorwegzunehmen: Der Gesetzentwurf ist mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar, es bedarf daher keiner Grundgesetzänderung nach Art. 79 Abs. 3 GG mit einer Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages. Dies entspricht auch der Sichtweise fast aller wissenschaftlichen Abhandlungen aus jüngerer Zeit.²

¹ Vgl. bereits die früheren Gesetzentwürfe BT-Drs. 13/3594 (SPD-Fraktion); BT-Drs. 16/7957 (Bundesrat).

² *Füllkrug*, Kriminallistik 2020, 405 f.; *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (719 f.); *ders.*, FS Geppert, 2011, 785 (788); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 ff.; für Durchbrechungen bei einer Wiederaufnahme zuungunsten

Die insoweit entscheidende Frage ist, ob Art. 103 Abs. 3 GG schrankenlos gilt oder verfassungsimmanente Schranken zum Tragen kommen können. Dabei ist vorab darauf hinzuweisen, dass trotz des Wortlauts „*niemand (...) mehrmals bestraft*“ der Schutzbereich auch dann eröffnet ist, wenn der Täter zunächst rechtskräftig freigesprochen wurde, nunmehr aber erstmalig verurteilt werden soll.³ Es geht dann in der Sache nicht um eine Doppelbestrafung, sondern um eine Durchbrechung der Rechtskraft.⁴ Entscheidend ist dabei, ob die Rechtssicherheit durch die materielle Gerechtigkeit als Element des Rechtsstaatsprinzips durchbrochen werden kann.⁵

1. Schranken des Art. 103 Abs. 3 GG

Dass der Grundsatz *ne bis in idem* nicht absolut und ausnahmslos von Art. 103 Abs. 3 GG gewährleistet wird,⁶ zeigen bereits bestehende Durchbrechungen, gegen die praktisch kaum der Einwand der Verfassungswidrigkeit erhoben wird.⁷ Vielmehr sollten die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits existierenden Ausnahmen nicht verfassungsrechtlich unzulässig werden.⁸ Damit wird deutlich, dass in jedem Fall bereits der damalige Bestand der Durchbrechungen eine verfassungsimmanente Schranke bildet.⁹ Allerdings ist die Schranke damit nicht abschließend definiert.¹⁰ Weder die Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG noch der Wortlaut lassen eine Begrenzung auf diese Einschränkungen, d.h. den damaligen Bestand erkennen.¹¹ Der damalige Zustand sollte also gerade nicht zementiert werden.¹² Hätte man lediglich die bestehenden Ausnahmen zulassen wollen, hätte es nahegelegen, den Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG entsprechend zu beschränken. Daher kann auch keine „Ewigkeitsgarantie“ des Inhalts des § 362 StPO angenommen werden.¹³

des Angeklagten zudem etwa *Degenhart*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 84; *Eschelbach*, in: KMR-StPO, Stand: August 2005, § 362 Rn. 52 ff.; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 222; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar zum GG, 211. Aktualisierung 2021, Art. 103 Rn. 40 und Rn. 65 ff., der seine Position allerdings freiheitstheoretisch begründet und auf ein dem Täter zurechenbares Verhalten abstellt.

³ Vgl. nur BVerfGE 12, 62 (66); BGHSt 5, 323 (328 ff.); *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (566) m.w.N.

⁴ *Letzgus*, FS Geppert, 2011, 785 (791).

⁵ Siehe *Füllkrug*, Kriminalistik 2020, 405. Näher zum Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (547); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 f.

⁶ Vgl. aber insb. *Remmert*, in: Dürig, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 103 Abs. 3 Rn. 62; ähnl. *Brade*, ZIS 2021, 362 (363).

⁷ Anders aber *Dünnebier*, Festgabe Karl Peters, 1984, 333 (345 ff.); kritisch ferner *Remmert*, in: Dürig, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 103 Abs. 3 Rn. 63; *Brade*, ZIS 2021, 362 f.

⁸ Zur Entstehungsgeschichte näher *Remmert*, in: Dürig, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 103 Abs. 3 Rn. 20 ff.

⁹ BVerfGE 3, 248 (252 f.); *Degenhart*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 84; *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (569); *Kment*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 103 Rn. 106; *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 78.

¹⁰ In diese Richtung aber *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32.

¹¹ Deutlich *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (159): „kaum vertretbar“.

¹² BVerfGE 56, 22 (34); *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (570); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (159).

¹³ *Letzgus*, FS Geppert, 2011, 785 (793); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (160).

Die schon damals bestehenden Durchbrechungen stellen lediglich gewichtige Fälle dar, in denen Art. 103 Abs. 3 GG Schranken unterliegt, die auf dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit fußen.¹⁴ Beschränkt wird der Grundsatz *ne bis in idem* nicht nur durch die in § 362 StPO genannten Konstellationen, in denen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Täters erfolgen kann.¹⁵ Zu nennen ist ferner § 373a StPO, wonach die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Verurteilten auch zulässig ist, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen. Entsprechend ist nach § 85 Abs. 3 OWiG die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Betroffenen zulässig, um die Verurteilung nach einem Strafgesetz herbeizuführen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen geeignet sind, die Verurteilung des Betroffenen wegen eines Verbrechens zu begründen. Und letztlich lässt auch § 79 Abs. 1 BVerfGG zuungunsten des Täters gegen ein rechtskräftiges Strafurteil die Wiederaufnahme des Verfahrens zu, wenn dieses auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist. Dabei ist auch zu beachten, dass diese Norm erst nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes geschaffen wurde und nicht zum überkommenen Bestand zählt.

Art. 103 Abs. 3 GG unterliegt damit verfassungsrechtlichen Schranken.¹⁶ Dem entspricht es, wenn ein Abweichen von der Rechtskraft für zulässig erachtet wird, wenn dies andernfalls zu unerträglichen Ergebnissen führe.¹⁷ Auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts schließt Art. 103 Abs. 3 GG Grenzkorrekturen nicht aus, da „nur“ der Kern dessen gewährleistet wird, was den Inhalt des Grundsatzes *ne bis in idem* ausmacht:¹⁸

„Zwar nimmt Art. 103 Abs. 3 GG auf die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltende prozessrechtliche Lage Bezug. 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

¹⁴ Zur Legitimation des Gesetzgebers, die Rechtsicherheit um der Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit willen einzuschränken, vgl. BVerfGE 3, 225 (238); 22, 322 (329).

¹⁵ Zu den Durchbrechungen näher *Letzgus*, FS Geppert, 2011, 785 (789 ff.).

¹⁶ *Letzgus*, NSTz 2020, 717 (719); *ders.*, FS Geppert, 2011, 785 (794): „Austarierung (...) in einer Abwägung“; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar zum GG, 211. Aktualisierung 2021, Art. 103 Rn. 40: „keine starre Verfassungsfestlegung“; *Schöch*, FS Maiwald, 2010, 769 (774): „Abwägung zwischen den rechtsstaatlichen Prinzipien der Rechtssicherheit und materiellen Gerechtigkeit“.

¹⁷ Zur Unerträglichkeitsgrenze *Dürig*, in: Dürig, GG Kommentar, 2. Aufl. 1960, Art. 103 Abs. 3 Rn. 132; *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (569); *Kment*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 103 Rn. 106; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 222; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32; *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (166).

¹⁸ BVerfGE 56, 22 (34 f.); ferner *Eschelbach*, in: KMR-StPO, Stand: August 2005, § 362 Rn. 52 ff.; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar zum GG, 211. Aktualisierung 2021, Art. 103 Rn. 40; *Sabel*, FS Graf-Schlicker, 2018, 561 (564); *Schöch*, FS Maiwald, 2010, 769 (774).

*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 steht Grenzkorrekturen nicht entgegen (so auch Schäfer in: Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl, 1976, Einl Kap 12, Rdnr 33, 37); er garantiert **nur** (Hervorhebung durch den Verf, des Gutachtens) den Kern dessen, was als Inhalt des Satzes "ne bis in idem" in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde. Für eine gegenteilige Auffassung bietet auch die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes keinen Anhaltspunkt."¹⁹*

2. Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit den Vorgaben für Schranken

Eine Grenzkorrektur aus Unerträglichkeitsgründen ist aber gerade geboten, wenn bei den schwersten Straftaten, die das deutsche Strafrecht kennt, „sehenden Auges“ trotz vorliegender Beweismittel eine Verurteilung nicht möglich ist. Dies erschüttert nicht nur das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsordnung, sondern ist auch für die Angehörigen ein schlichtweg unerträgliches Ergebnis, so dass ein Strafklageverbrauch die Befriedungsfunktion des Strafrechts gerade nicht erfüllen würde²⁰. Es wäre dabei auch schwer verständlich, dass nach § 362 Nr. 4 StPO bei einem glaubwürdigen Geständnis eine Wiederaufnahme schon de lege lata möglich ist, nicht aber dann, wenn der Täter alles getan hat, um Beweise zu unterdrücken, die dann erst später aufgefunden werden.²¹

Der vorliegende Gesetzentwurf beschränkt sich auf enge Ausnahmen, die auf einem spezifischen sachlichen Grund beruhen. Die Unverjährbarkeit des Mordes gemäß § 78 StGB sowie der völkerrechtlichen Straftaten nach § 5 VStGB belegen zum einen den Ausnahmecharakter und zum anderen aber auch, dass der Gesetzgeber bei diesen Taten die materielle Gerechtigkeit über die Rechtssicherheit stellt.²² Dem entspricht es, wenn in der Literatur die Tatschwere zum Kriterium der verfassungsimmanenten Schranke erhoben wird,²³ so dass die Unerträglichkeit nachvollziehbar auf Wertentscheidungen des Gesetzgebers rückführbar wird.²⁴

¹⁹ BVerfGE 56, 22 (34).

²⁰ Zutreffend BT-Drs. 19/30399, S. 8.

²¹ Letzgus, FS Geppert, 2011, 785 (788).

²² Füllkrug, Kriminalistik 2020, 405 f.; Zehetgruber, JR 2020, 157 (165 f.).

²³ Umgekehrt kann der Gesetzgeber bei geringfügigen Straftaten das Prinzip der Rechtssicherheit in den Vordergrund stellen, BVerfGE 22, 322(329).

²⁴ Neumann, FS-Jung, 2007, 655 (661 f.); Zehetgruber, JR 2020, 157 (165).

Konsequenterweise sieht der Änderungsantrag daher auch die Unverjährbarkeit der zivilrechtlichen Ansprüche vor. Im Vergleich zu den bereits bestehenden Durchbrechungen betrifft der Entwurf im Übrigen deutlich schwerwiegendere Fälle und ist auch deutlich enger gefasst. So lässt es ja etwa § 373 a StPO genügen, dass neue Beweise für (irgend-)ein Verbrechen vorhanden sind.

Damit der verfassungsrechtliche Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG nicht „verwässert“ wird, ist neben dem Ausnahmecharakter zu fordern, dass die Regelung nicht allgemein gehalten ist, sondern die Wiederaufnahmekriterien klar umrissen sind.²⁵ Dies ist hier der Fall. Inhaltlich werden neben dem Mord (§ 211 StGB) explizit der Völkermord (§ 6 Abs. 1 des VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des VStGB) und Kriegsverbrechen gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 des VStGB) einbezogen.²⁶

Nicht geboten ist eine Beschränkung auf Beweismittel, die bereits in der ursprünglichen Hauptverhandlung vorlagen und lediglich neu ausgewertet wurden.²⁷ Denn unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes *ne bis in idem* wäre es wenig überzeugend, nur diese zuzulassen, während gerade völlig neue Gesichtspunkte ausgeklammert würden. Ist die Wiederaufnahme erfolgt, darf eine Verurteilung allerdings aber auch nur wegen der genannten Taten erfolgen. Dafür spricht auch der Wortlaut des Vorschlags „wegen Mordes (...) verurteilt wird“. Lassen sich also Mordmerkmale nicht erweisen, kann trotz Wiederaufnahme keine Verurteilung wegen Totschlages nach § 212 StGB erfolgen. Dies ergibt sich auch daraus, dass das Sachargument der Unverjährbarkeit beim Totschlag nicht greift.

III. Vereinbarkeit mit internationalen und europäischen Vorgaben

Der Entwurf steht auch im Einklang mit internationalen bzw. europäischen Vorgaben zum Grundsatz *ne bis in idem*. So schließt der Grundsatz *ne bis in idem* nach Art. 4 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK die Wiederaufnahme des Verfahrens nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 2 des Protokolls nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates gerade nicht aus, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.²⁸

Auch unionsrechtliche Regelungen hindern eine Wiederaufnahme nicht. Der in Art. 54 SDÜ ebenfalls verankerte Grundsatz *ne bis in idem* betrifft nur transnationale

²⁵ Grünewald, ZStW 120 (2008), 545 (569); Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 103 Rn. 106; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32.

²⁶ So auch Füllkrug, Kriminalistik 2020, 405 (406).

²⁷ So aber Füllkrug, Kriminalistik 2020, 405 (406).

²⁸ Nolte/Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 223; Pohlreich, in: Bonner Kommentar zum GG, 211. Aktualisierung 2021, Art. 103 Rn. 5; Sabel, FS Graf-Schlicker, 2018, 561 (564); Remmert, in: Dürig, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 103 Abs. 3 Rn. 30.

Gestaltungen,²⁹ erfasst aber nicht die rein innerstaatliche Sachverhalte. Diese werden zwar von Art. 50 EU-Grundrechtecharta prinzipiell erfasst,³⁰ jedoch gilt dies nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-Grundrechtecharta nur für die Durchführung von Unionsrecht,³¹ wozu die Tötungsdelikte nicht gehören, zumal für diesen Bereich schon gar keine Kompetenz der Europäischen Union gemäß Art. 83 AEUV besteht.

IV. Praktische Bedeutung

Bislang gibt es offenbar keine empirische Auswertung, wie viele Fälle von einer solchen Regelung betroffen wären. Allerdings müssen solche Fälle bislang auch nicht zwingend an das Tageslicht treten. Denn nach rechtskräftigem Freispruch kann derzeit ja gerade nicht mehr verfolgt und verurteilt werden. Daher macht es für die Strafverfolgungsbehörden auch keinen Sinn, nach neuen Beweisen zu suchen. Aus meiner Sicht hat der Entwurf zwei weitere Komponenten, die zu beachten sind: Zum einen geht wie bei der Unverjährbarkeit von Mord das Signal für künftige Fälle aus, dass der Täter stets mit einer Verfolgung rechnen muss und sich seiner Straffreiheit nicht sicher sein kann. Zum anderen können auch Altfälle aufgerollt werden, so dass sich die Zahl der praktischen Fälle durchaus erhöhen kann.

V. Anwendung auf „Altfälle“

Eingedenk der Unverjährbarkeit der Delikte ist eine Wiederaufnahme dann auch bei „Altfällen“, d.h. solchen, die vor Inkrafttreten des angestrebten Gesetzes abgeurteilt wurden, möglich.³² Dies ergibt sich schon daraus, dass das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nach Rechtsprechung und h.M. nur für das materielle Recht, nicht aber das Strafverfahrensrecht gilt.³³ Auch liegt kein Verstoß wegen verbotener Rückwirkung gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG vor. Handelt es sich um keine „echte“ Rückwirkung, sondern lediglich um eine tatbestandliche Rückanknüpfung, ist diese zulässig.³⁴ Selbst wenn man dies anders sieht und eine „echte“ Rückwirkung annehmen würde, wäre eine Durchbrechung des Rückwirkungsverbots wegen überragender Belange des Gemeinwohls, nämlich der Wahrung der materiellen Gerechtigkeit, aus den bereits genannten Gründen zulässig.³⁵

²⁹ *Eckstein*, ZStW 124 (2012), 490 (493); *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar zum GG, 211. Aktualisierung 2021, Art. 103 Rn. 12; *Remmert*, in: Dürig, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 103 Abs. 3 Rn. 33.

³⁰ *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar zum GG, 211. Aktualisierung 2021, Art. 103 Rn. 5; *Remmert*, in: Dürig, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 103 Abs. 3 Rn. 35.

³¹ *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 173; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar zum GG, 211. Aktualisierung 2021, Art. 103 Rn. 15; *Remmert*, in: Dürig, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 103 Abs. 3 Rn. 35.

³² Explizit *Schöch*, FS Maiwald, 2010, 769 (777 f.).

³³ BVerfGE 24, 33 (55); BGHSt 26, 288 (289); 50, 138 (141); Sabel, FS Graf-Schlicker, 2018, 561 (566); *Schöch*, FS Maiwald, 2010, 769 (778); speziell zur Verjährung BGHSt 21, 367 (369).

³⁴ Dafür in diesem Fall *Schöch*, FS Maiwald, 2010, 769 (778 f.).

³⁵ Insoweit mit anderer Bewertung *Sabel*, FS Graf-Schlicker, 2018, 561 (566).