



## Wortprotokoll der 160. Sitzung

### Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 21. Juni 2021, 14:00 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Stellvertretender Vorsitzender  
Dr. Heribert Hirte, MdB

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

### Einzigiger Tagesordnungspunkt Seite 7

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und  
SPD

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

**BT-Drucksache 19/30399**

**Federführend:**

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

**Mitberatend:**

Ausschuss für Inneres und Heimat

**Berichterstatter/in:**

Abg. Axel Müller [CDU/CSU]

Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]

Abg. Roman Johannes Reusch [AfD]

Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]

Abg. Gökay Akbulut [DIE LINKE.]

Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

*hierzu wurde verteilt:*

*19(6)280 Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und  
SPD*



<b>Teilnehmende Abgeordnete</b>	<b>Seite 3</b>
<b>Sprechregister Abgeordnete</b>	<b>Seite 5</b>
<b>Sprechregister Sachverständige</b>	<b>Seite 6</b>
<b>Anlagen:</b>	
<b>Stellungnahmen der Sachverständigen</b>	<b>Seite 28</b>
<b>Ausschussdrucksache 19(6)280</b>	<b>Seite 74</b>





	<b>Ordentliche Mitglieder</b>	<b>Unter- schrift</b>	<b>Stellvertretende Mitglieder</b>	<b>Unter- schrift</b>
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay Achelwilm, Doris Movassat, Niema Straetmanns, Friedrich	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>	Jelpke, Ulla Lay, Caren Möhring, Cornelia Renner, Martina	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan Keul, Katja Rößner, Tabea Rottmann, Dr. Manuela	<input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Kühn (Tübingen), Christian Künast, Renate Mihalic, Dr. Irene Schauws, Ulle	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>



## **Sprechregister Abgeordnete**

	Seite
<b>Canan Bayram (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)</b>	<b>15, 21, 25</b>
<b>Stellvertretender Vorsitzender Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)</b>	<b>7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27</b>
<b>Dr. Johannes Fechner (SPD)</b>	<b>16</b>
<b>Dr. Jan-Marco Luczak (CDU/CSU)</b>	<b>16, 22</b>
<b>Axel Müller (CDU/CSU)</b>	<b>15</b>
<b>Friedrich Straetmanns (DIE LINKE.)</b>	<b>16, 22</b>



## **Sprechregister Sachverständige**

	Seite
<b>Elisabeth Auchter-Mainz</b> Die Beauftragte für den Opferschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln Generalstaatsanwältin a. D.	<b>7</b>
<b>Prof. Dr. Helmut Aust</b> Freie Universität Berlin Professur für Öffentliches Recht und die Internationalisierung der Rechtsordnung	<b>8, 26</b>
<b>Dr. Ulf Buermeyer, LL.M. (Columbia)</b> Vorsitzender der Gesellschaft für Freiheitsrechte e. V., Berlin	<b>9, 20, 22, 26</b>
<b>Stefan Conen</b> Deutscher Anwaltverein e. V., Berlin Mitglied im Ausschuss Strafrecht Rechtsanwalt	<b>11, 19, 23</b>
<b>Prof. Dr. Jörg Eisele</b> Eberhard Karls Universität Tübingen Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht	<b>11, 18, 23</b>
<b>Prof. Dr. Klaus F. Gärditz</b> Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn Lehrstuhl für Öffentliches Recht	<b>12, 18</b>
<b>Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel</b> Universität Augsburg Direktor des Instituts für die gesamten Strafrechtswissenschaften	<b>13, 16, 24</b>
<b>Dr. Wolfram Schädler</b> Rechtsanwalt; Bundesanwalt a. D., Worms	<b>14, 16</b>



**Der stellvertretende Vorsitzende Dr. Heribert**

**Hirte:** Ich eröffne die 160. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz mit der öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung (StPO) – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO mit dem Titel "Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit". Ich begrüße die Kolleginnen und Kollegen hier im Saal, sowie diejenigen, die uns per Webex zugeschaltet sind. Ich begrüße die Sachverständigen hier im Saal sowie diejenigen, die uns per Webex zugeschaltet sind. Anwesend sind hier die Herren Aust, Buermeyer, Conen und Schädler. Ich begrüße die Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung, die ausschließlich per Webex zugeschaltet sind, sowie die Zuhörerinnen und Zuhörer. Gegenstand der heutigen Anhörung ist der Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, der eine Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten zum Gegenstand hat. Zukünftig soll die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen auch dann möglich sein, wenn sich aus nachträglich verfügbaren Beweismitteln die hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung des vormals Freigesprochenen ergibt. Begrenzt werden soll diese Möglichkeit auf Fälle, in denen der Vorwurf auf Mord nach § 211 Strafgesetzbuch (StGB) oder auf ein ausschließlich mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohtes Tötungsverbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch lautet. Nach dem Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen sollen zivilrechtliche Ansprüche, die aus einem nicht verjährbaren Verbrechen erwachsen, zukünftig ebenfalls nicht mehr verjähren können. Einige Hinweise zum Ablauf: Sie, die Sachverständigen, erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme. Wir beginnen dabei alphabetisch, heute also mit Frau Auchter-Mainz, die uns zugeschaltet ist. Dabei die Bitte, nicht länger als vier Minuten zu sprechen. Um dies zu kontrollieren, läuft hier im Saal eine Uhr rückwärts. Nach dreieinhalb Minuten gibt es ein erstes Zeichen, nach vier Minuten gibt es ein lauterer Zeichen. Und irgendwann wird der Vorsitzende dann auch intervenieren. Das kommt als letzte Eskalations-

stufe. Die zugeschalteten Sachverständigen sowie alle anderen per Webex zugeschalteten Teilnehmer bitte ich, ihre Mikrofone auszuschalten, solange sie nicht sprechen. An den Vortrag der Stellungnahmen schließen sich dann die Fragerunden an, je nachdem, wie viele Fragen gestellt werden. Dabei haben wir das übliche Verfahren: Jeder der Kolleginnen oder Kollegen hat zwei Fragen, die er oder sie richten kann an zwei unterschiedliche oder denselben Sachverständigen. Die per Webex teilnehmenden Kolleginnen und Kollegen werden gebeten, das per Chat mitzuteilen. Das Sekretariat gibt mir dann den Fragewunsch durch. Bei den Antworten gehen wir in der ersten Antwortrunde zunächst in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge vor. Die Antworten werden also zunächst von Herrn Schädler gegeben. In der nächsten Antwortrunde werden die Antworten in alphabetischer Reihenfolge gegeben. Noch einige Hinweise technischer Art: Die Anhörung ist öffentlich und wird auf Video aufgezeichnet. Sie wird am morgigen Dienstag, den 22. Juni, um 14 Uhr im Parlamentsfernsehen auf Kanal drei gesendet. Anschließend ist die Aufzeichnung der Sitzung in der Mediathek abrufbar. Das Sekretariat fertigt auf der Grundlage einer Tonaufzeichnung – daher sind die Mikrofone einzuschalten – zudem ein Wortprotokoll an. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne oder per Webex sind nicht gestattet. Ebenfalls nicht gestattet sind Beifalls- oder Missfallensbekundungen von der Tribüne. Rein vorsorglich möchte ich darauf hinweisen, dass Störungen nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht beziehungsweise Strafrecht geahndet werden können. Ich danke für die Aufmerksamkeit. Als Erste hat wie angekündigt Frau Auchter-Mainz das Wort. Bitte schön.

**SVe Elisabeth Auchter-Mainz:** Guten Tag in die Runde. Seit dem Jahre 2017 bin ich Beauftragte für den Opferschutz des Landes Nordrhein-Westfalen. Mein Team und ich sind Ansprechstelle für Opfer von Straf- und Gewalttaten, deren Angehörige und Hinterbliebenen. Seit Januar 2020 habe ich Kontakt zu einem Elternpaar. Sie hatten eine Tochter. Diese ist vor über 20 Jahren als Joggerin in einem Park auf grausame Weise ermordet worden. Ein Tatverdächtiger konnte seinerzeit ermittelt werden. Gegen ihn wurde Anklage erhoben. In der Hauptverhandlung ist er nach widersprüchlichen Einlassungen



freigesprochen worden. Auswertbares Spurenmaterial war nicht vorhanden. Das Urteil ist seit Jahren rechtskräftig. Die Eltern sind über dem Mord an ihrer Tochter zerbrochen. Sie beschäftigen sich Tag ein Tag aus mit der Tat – insbesondere damit, dass die Tat ungesühnt ist. Sie begehren Aufklärung, sie können die Ungewissheit nicht ertragen. Sie können nicht verarbeiten. Sie fühlen sich von der Justiz im Stich gelassen. In diesem Fall gibt es bis heute keine neuen Tatsachen oder Beweismittel. Aber was wäre, wenn in diesem Fall noch Spurenmaterial gefunden und ausgewertet werden könnte und sich dadurch dringende Gründe für eine Verurteilung wegen Mordes ergeben würden? Der Grundsatz „ne bis in idem“ ist eine Grundfeste unseres Strafprozesses. Er ist in Artikel 103 Absatz 3 des Grundgesetzes (GG) verankert und verbietet nicht nur eine mehrfache Bestrafung, sondern auch eine mehrfache gerichtliche Anhängigkeit. Er sichert den Rechtsfrieden. Er sichert das Vertrauen in die Justiz. Als Staatsanwältin mit einer über 30-jährigen Praxis bin ich mir des hohen Wertes dieses Grundsatzes sehr bewusst. Aber er gilt nicht ausnahmslos. § 362 StPO lässt in den Nummern 1 bis 3 bereits eine Wiederaufnahme zuungunsten zu, selbst wenn es zu einer Verurteilung gekommen ist. Nach Nummer 4 ist bei einem glaubhaften Geständnis des Freigesprochenen eine Wiederaufnahme zulässig. Diese Durchbrechungen des Grundsatzes „ne bis in idem“ sind nie in Frage gestellt worden. Eine weitere Durchbrechung ist aus meiner Sicht zur Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit in den in dem Entwurf genannten Fällen aus opferschutzrechtlicher Sicht dringend geboten. Hier handelt es sich ausschließlich um Delikte, die aufgrund ihrer Schwere nicht der Verfolgungsverjährung unterliegen. Sie haben mithin Ausnahmecharakter. Dieser Ausnahmecharakter muss sich auch im Strafprozess widerspiegeln. Auch hier können und dürfen sich die solch gravierender Straftaten Angeklagten nicht auf den Schutzmantel eines formellen Verfahrensgrundsatzes verlassen. Dagegen bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist eine Fortentwicklung bestehender Wiederaufnahmegründe zulässig, sofern nur das Verbot mehrfacher Bestrafung unangetastet bleibt. Ich jedenfalls

könnte den Eltern, wenn in diesem Fall neue Beweismittel gefunden würden, nicht erklären, dass der Grundsatz „ne bis in idem“ der materiellen Gerechtigkeit vorgeht. Hinterbliebene von Mordopfern leiden immens. Sie haben das Bedürfnis, zu erfahren, was mit den ihnen so nahestehenden Menschen geschehen ist. So sagte mir einmal eine Hinterbliebene: „Ich muss wissen, was passiert ist. Ich habe Bilder im Kopf, aber die Realität kann nicht schlimmer sein.“ Eine Mutter, die ihren Sohn auf ungeklärte Weise verloren hat, sagte mir wörtlich: „Ich kann erst trauern, wenn ich weiß, was passiert ist.“ Auch für diese Menschen sind wir verantwortlich und die Justiz muss – soweit eben möglich – aufklären und Antworten geben. Dies kann und darf in den Fällen, um die es hier im Entwurf geht, nicht an formellen Gründen scheitern. Vielen Dank.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Danke, Frau Aucher-Mainz. Als Nächster hat das Wort Herr Aust, der hier im Saal sitzt.

**SV Prof. Dr. Helmut Aust:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, vielen Dank für die Einladung zu dieser Anhörung. Die Anwendung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes von „ne bis in idem“ kann uns alle zum Zweifeln bringen. In der Plenardebatte und auch eben wurde an erschütternde Fälle erinnert. Ein Verfassungsrechtssatz, der materieller Gerechtigkeit im Wege steht – es lohnt sich, dem Zweifel nachzugehen, um sich zu vergewissern, warum das Grundgesetz „ne bis in idem“ in besonderem Maße schützt. Ich möchte drei Gesichtspunkte besonders hervorheben. Erstens: Sie haben heute am Vormittag zum Rassebegriff in Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz getagt. So umstritten wie die Frage seiner Streichung ist, so ist eines klar: Die Aufnahme des Begriffs ist eine Konsequenz und eine Reaktion auf die Verbrechen des Nationalsozialismus. Eine weitere Antwort ist Artikel 103 Absatz 3 GG. Damit haben die Mütter und Väter des Grundgesetzes insbesondere auf Auswüchse reagiert, Freisprüche gegen das gesunde Rechtsempfinden auszuspielen. Niemand unterstellt den Koalitionsfraktionen mit ihrem Gesetzentwurf an diese unsägliche Tradition anzuknüpfen. Aber es lohnt sich, sich dieses Hintergrundes noch einmal zu vergewissern. Die Besonderheit der deutschen Verfassungsrechtslage



ist es, dass das Grundgesetz ein Mehr an Rechtssicherheit gegenüber dem schützt, was sich ohnehin bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt, wo vergleichsweise offen zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit abgewogen werden kann. Im Bereich von Artikel 103 Absatz 3 GG geht das nicht, weil das Grundgesetz hier von vornherein die Rechtssicherheit privilegiert. Es wird darüber diskutiert, ob Artikel 103 Absatz 3 GG Grenzkorrekturen zulasse und nur sein Kern verfassungsrechtlich geschützt sei. Die hier in Bezug genommene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beschäftigt sich aber mit dem Tatbegriff, einer Frage, die nur der einfache Gesetzgeber überhaupt regeln kann. Wenn in der verfassungsrechtlichen Kommentarliteratur von möglichen Weiterentwicklungen gesprochen wird, geht es praktisch immer darum und nicht um Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen. Zweitens: Es wird gelegentlich im Gesetzentwurf und Stellungnahmen auf die EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention), die Grundrechtecharta und die Rechtslage in Österreich verwiesen. All diese Argumente führen in ein verfassungsrechtliches Niemandsland. Schauen wir auf Artikel 4 des Siebten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Es ist richtig, dass Absatz 2 hier Wiederaufnahmemöglichkeiten bei neuer Beweislage vorsieht. Nur ist erstens die Bundesrepublik Deutschland keine Vertragspartei dieses Protokolls und zweitens, selbst wenn sie es wäre, würde sich hieraus kein verfassungsrechtliches Argument ergeben. Artikel 53 EMRK, regelt ausdrücklich die Konvention, steht einem höheren Schutzniveau in den Mitgliedstaaten nicht entgegen. Man kann aus der EMRK kein Argument für die Einschränkung von Grundrechten ziehen. Drittens: Im Raum steht nach dem hier zur Beratung vorgelegten Gesetzentwurf eine Anwendung der geplanten Neuregelung auch auf Altfälle. Es handelt sich hier eindeutig um einen Fall der echten Rückwirkung, die nur unter besonders strengen Voraussetzungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Beeinträchtigt würde ganz allgemein die Wirkung von in der Vergangenheit ergangenen Freisprüchen. Die Rechtswirkung eines Freispruchs entwickelt sich nicht erst im Laufe der Zeit gewissermaßen als in Gang gesetzter Sachverhalt. Lässt sich eine solche Rückwirkung trotzdem rechtfertigen? Nein,

weil das in Bezug genommene Ziel der Herstellung materieller Gerechtigkeit durch Artikel 103 Absatz 3 GG von vornherein der Rechtssicherheit untergeordnet wird. Ich fasse zusammen: Wir haben es mit einem verfassungswidrigen Gesetzentwurf zu tun. Das Vorhaben verstößt sowohl gegen Artikel 103 Absatz 3 GG als auch gegen das Rechtsstaatsprinzip. Ich erlaube mir die Bemerkung, dass es sich auch um kein sorgfältig vorbereitetes Verfahren handelt. Literaturverweise in der Begründung führen ins Nichts. Es ist bis heute anscheinend niemandem aufgefallen, dass der Titel des Gesetzesvorhabens "Erweiterung zuungunsten des Verurteilten" in sich vollkommen unsinnig ist. Es geht darum ja gar nicht. Die Koalitionsfraktionen gehen mit dem Gesetz sehenden Auges das erhebliche Risiko ein, dass dieses vom Bundesverfassungsgericht als nichtig erklärt werden wird. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Aust. Als Nächster hat das Wort Herr Buermeyer, der auch hier im Saal anwesend ist.

SV **Dr. Ulf Buermeyer**: Vielen Dank für die Begrüßung. Ganz herzlichen Dank auch von meiner Seite für die Einladung. Ich freue mich sehr, nach so langer Zeit wieder einmal live im Bundestag ein paar Gedanken mit Ihnen teilen zu dürfen. Ich habe eine ganze Weile überlegt, ob die Diskussion, die wir hier heute führen, eigentlich ein gutes Zeichen ist für den Zustand unseres Rechtsstaats. Mir liegt diese Frage sehr am Herzen. Wie vielleicht einige von Ihnen wissen, war ich rund 13 Jahre als Richter in Berlin tätig. Viele Jahre davon in einer Schwurgerichtskammer. Ich habe unter anderem auch Wiederaufnahmen verhandelt. Ich denke also, dass ich auch die praktische Seite des Sachverhalts, über den wir heute sprechen, ganz gut einschätzen kann. Aber natürlich bin ich hier heute nicht als Richter, sondern als Vorsitzender der Gesellschaft für Freiheitsrechte und engagiere mich auch von daher für den Grundrechtsschutz. Erstmal sieht es durchaus so aus, als wenn wir es hier mit einer rechtsstaatlich sehr wertvollen Debatte zu tun hätten, denn immerhin kämpfen beide Seiten für Werte, die einen Rechtsstaat ausmachen: einerseits die Erforschung der Wahrheit im Strafverfahren, damit die effektive Strafrechtspflege auf der einen Seite, andererseits die



Rechtssicherheit, die natürlich auch ganz wesentlich darauf beruht, dass gerichtliche Entscheidungen Rechtskraft erlangen. Konsequenterweise wird die hiesige Debatte typischerweise „geframed“ als eine Abwägung zwischen verschiedenen Werten innerhalb des Rechtsstaatsprinzips. Und in diesem Spannungsfeld – so wird gerne argumentiert – könne der Gesetzgeber eine Abwägungsentscheidung treffen. Die Frage ist aber: Stimmt denn dieses Framing eigentlich? Klar, die Werte, die hier im Widerstreit stehen, sind allesamt Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips aus Artikel 20 Absatz 3 unseres Grundgesetzes. Deswegen sieht diese These der freien gesetzgeberischen Abwägung zunächst mal ganz plausibel aus. Sie wäre es tatsächlich, wenn der Verfassungsgesetzgeber zu der hier diskutierten Frage nicht mehr gesagt hätte, als was eben Artikel 20 Absatz 3 GG, das Rechtsstaatsprinzip, angibt. Nun wissen wir aber alle: Das Grundgesetz enthält zur Frage der Doppelbestrafung eine weitaus präzisere Festlegung als nur Artikel 20 Absatz 3 GG, nämlich Artikel 103 Absatz 3 unseres Grundgesetzes. Wenn aber die These von der freien Abwägung des Gesetzgebers innerhalb des Rechtsstaatsprinzips zutreffend wäre, so bräuhete es diese Norm einfach nicht. Andersherum formuliert: Eine Abwägung bei der Frage der Doppelbestrafung überhaupt in den Raum zu stellen, bedeutet bereits, sich offen gegen diese klare Aussage unserer Verfassung zu stellen. Ja, man kann über den genauen Inhalt des Doppelbestrafungsverbots in Randbereichen streiten, etwa ob es bei transnationalen Sachverhalten gelten soll. Aber dabei geht es nur darum, ob überhaupt der Tatbestand des Doppelbestrafungsverbots eröffnet ist. Hier aber geht es nicht um die Frage des Tatbestands. Wir sind uns alle einig, dass es hier um den Kern von Artikel 103 Absatz 3 GG geht, nämlich die Frage, ob es trotz rechtskräftigen Freispruchs ein neues Strafverfahren geben darf. Wir reden hier von einer Einschränkung der Rechtsfolgen von Artikel 103 Absatz 3 GG, obwohl doch der Tatbestand eindeutig erfüllt ist. Und so kommen wir zurück zu meiner Ausgangsfrage: Ist diese Debatte ein gutes Zeichen für den Rechtsstaat? Ich denke, diese Frage kann man nur verneinen. Es wird versucht, einen klaren Normbefehl unserer Verfassung zu relativieren und zu umgehen. Der

Gesetzentwurf, der hier zur Beratung steht, bedeutet daher einen doppelten Bruch mit demokratischen Werten. Zum einen geht er an den Kern des „ne bis in idem“, einen jahrtausendealten Grundsatz jeder rechtsstaatlichen Justiz. Dass wir ihn gerne auf Latein zitieren, ist kein Zufall, sondern beruht auf einer römisch-rechtlichen Tradition. Und zum anderen geht es auch darum, ob der Gesetzgeber noch bereit ist, die klaren Grenzen unserer Verfassung einzuhalten. Natürlich beschließt der Bundestag immer mal wieder verfassungswidrige Gesetze. Das passiert im Eifer des Gefechts, aber nur selten war ein Verstoß gegen das Grundgesetz so klar wie hier. Ich möchte zum Abschluss noch kurz auf ein praktisches Problem hinweisen. Alle Beweismittel müssen immer auch im Lichte des übrigen Beweisergebnisses bewertet werden. Und das gilt gerade auch für DNA-Beweismittel. Diese müssen durch Zeugen kontextualisiert werden. Wir müssen uns die Fragen stellen: Wie wurde die DNA-Probe entnommen? Wie wurde sie aufbewahrt? Ich habe selber schon einen Fall erlebt, wo 20 Zigarettenstummel im selben Probenbeutelchen asserviert wurden – Herrn Schädler wird ganz schummrig, das kann ich gut verstehen, so sehen wir das auch als Schwurgerichtskammer. Solche Fehler passieren. Eine solche Asservierung von Beweismitteln hat mich damals sehr zum Nachdenken gebracht und es macht jedenfalls deutlich: Sie müssen Zeugen hören. Gerade bei dem DNA-Beweis, der eine enorme Suggestivkraft aufweist, müssen Sie zunächst klären: Wie sind diese Beweise zustande gekommen? Gerade der Zeugenbeweis ist ein objektiv sehr schlechtes Beweismittel. Jeder Strafrichter weiß, wenn man drei Zeugen zum selben Vorgang befragt, bekommt man vier verschiedene Beschreibungen. Nach vielen Jahren einen Zeugen zu befragen, führt oft dazu, dass er sich nicht mehr präzise erinnern kann – das gilt für entlastende wie für belastende Umstände natürlich gleichermaßen. Mit anderen Worten: Ein altes Strafverfahren führt zu einer systematisch besonders schlechten Wahrheitsfindung. Deswegen dient dieser Gesetzentwurf gerade nicht unbedingt dem Ziel, die materielle Wahrheit herauszufinden. Herzlichen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Buermeyer. Als Nächster hat ebenfalls hier im Saal Herr Conen das Wort.



**SV Stefan Conen:** Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordnete. Vielen Dank für die Gelegenheit, hier zu sprechen. Ich knüpfe an das an, was Herr Professor Dr. Aust gesagt hat, der nämlich korrekt die Entscheidung zitiert hat, dass das Bundesverfassungsgericht – und das ist sozusagen der Steinbruch, aus dem sich dieser Entwurf bedient – in Randbereichen Grenzkorrekturen zugelassen hat, sofern der Kernbereich nicht betroffen ist. Das betraf, wie das schon mehrmals ausgeführt worden ist, ausschließlich den Tatbegriff. Was der Gesetzentwurf, der in der fachöffentlichen Diskussion erstmal nur in der Hinsicht wahrgenommen worden ist, dass es darum ginge, im Falle technischer Neuerungen Beweise, die man zu der Zeit, als das Urteil gefällt worden ist, technisch gar nicht generieren konnte, später fruchtbar zu machen –. Was das angeht, muss man sagen, dass der jetzige Entwurf sehr weit darüber hinausgeht und damit auch über den Vorgänger, der 2009 hier beraten und nicht verabschiedet wurde, weil schon damals verfassungsrechtliche Bedenken durchschlagend waren. Was hier passiert ist, dass der § 359 Nummer 5 StPO, nämlich die Wiederaufnahme zugunsten eines potenziell zu Unrecht Verurteilten, für die Deliktsfelder, die mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedacht sind und unverjährbar sind, dass die Maßgaben, die § 359 StPO stellt, einfach auf § 362 StPO zuungunsten des Verurteilten ausgeweitet werden. Das ist keine Grenzverschiebung mehr, das ist die Annexion von Neuland, die bisher dem potentiell unschuldig Verurteilten vorbehalten war. Es ist schlicht einfach nicht richtig, dass die Korrekturen möglich wären in Bereichen, die vorkonstitutionell, vor Inkrafttreten des Grundgesetzes, nicht erforscht gewesen wären. Im Gegenteil. In einer frühesten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts heißt es: „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 abgeschlossen Fall nachträglich aus solchen Gründen zu erneuter Entscheidung zu stellen, die nach althergebrachter und

unbestrittener Rechtsüberzeugung zur Begründung eines Wiederaufnahmeverfahrens nicht geeignet sind.“ Da geht der Entwurf weit darüber hinaus. Mein Vorredner, Dr. Buermeyer, hat die immanente Abwägung und *lex specialis* Artikel 103 Absatz 3 GG erläutert. Das, was hier beabsichtigt worden ist, wäre doch verfassungsrechtlich leicht zulässig, wenn die Verfassungsgeber diese Norm mit einem Gesetzesvorbehalt ausgestattet hätten. Artikel 103 Absatz 3 GG als letzter Satz: „Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.“ Das ist nicht geschehen. Dieses Prozessgrundrecht gilt schrankenlos und ist nur immanent begrenzt durch das vorkonstitutionell Vorgefundene. Wir werden keine Entscheidung finden, die das anders sieht. Und das macht die Annexion – wie ich es hier nenne – von Neuland unzulässig. Ich will Ihnen nur ein weiteres Beispiel geben, was § 359 StPO eigentlich nach herkömmlicher Rechtsprechung bedeutet und was künftig auch an Rechtsunsicherheit für vom Mordverdacht Freigesprochene überbleibt: Zeugen, die die Aussage zu Recht verweigert haben, werden künftig die Wiederaufnahme zuungunsten begründen können, wenn sie sich zur Aussage im Nachhinein entschließen. Das ist nicht mehr nur mit den Grenzkorrekturen nicht vereinbar, man muss sagen, dieser Gesetzentwurf schafft, wenn er denn so Gesetz wird, „ne bis in idem“ für vom Mord freigesprochene Personen faktisch ab. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Conen. Als Nächster hat das Wort Herr Eisele, der uns per Webex zugeschaltet ist.

**SV Prof. Dr. Jörg Eisele:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, ich beginne mit dem Ergebnis: Der vorgeschlagene Entwurf ist, anders als teilweise von den Vorrednern vorgetragen, mit Artikel 103 Absatz 3 Grundgesetz vereinbar. Da dem dort verankerten Grundsatz „ne bis in idem“ verfassungsrechtliche Schranken immanent sind, kann die Rechtssicherheit ausnahmsweise durch Aspekte der materiellen Gerechtigkeit durchbrochen werden. Bereits bei Inkrafttreten des Grundgesetzes existierten nämlich Einschränkungen des Grundsatzes, die weiterhin gelten sollten. Dabei sollte der damalige Zustand gerade nicht nur zementiert werden, sondern es sollten Weiterentwicklungen möglich sein. Die damals schon bestehenden Durch-



brechungen stellen also lediglich wichtige Fälle dar, in denen Artikel 103 Absatz 3 Grundgesetz Schranken unterliegt, die auf dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit beruhen. Dies ist auch der Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts, das zwar anlässlich des Tatbegriffs, in der Sache aber allgemeingültige Ausführungen gemacht hat. Demnach schließt Artikel 103 Absatz 3 GG Grenzkorrekturen nicht aus, weil nur der Kern – das ist wichtig – dessen gewährleistet wird, was den Inhalt des Grundsatzes ausmacht. Maßgebliche Kriterien sind erstens: Korrektur im Grenz- und nicht im Kernbereich. Zweitens: Das Festhalten an der Rechtskraft würde zu unerträglichen Ergebnissen führen. Drittens: Die Schwere der Straftat, weil auch das Bundesverfassungsgericht umgekehrt ein Festhalten an der Rechtskraft für zulässig erachtet, wenn die Tat vom Gewicht nicht schwer ist. Viertens: Die Regelung darf nicht allgemein gehalten sein, sondern die Wiederaufnahmekriterien müssen klar umrissen sein. Hier ist eine Grenzkorrektur aus Unerträglichkeitsgründen geboten, da ansonsten 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 in die Rechtsordnung, sondern ist auch für die Angehörigen ein schlichtweg unerträgliches Ergebnis, sodass ein Strafklageverbrauch die Befriedungsfunktion des Strafrechts gerade nicht erfüllen würde. Der vorliegende Gesetzentwurf beschränkt sich auf enge Ausnahmen, die auf einem spezifischen fachlichen Grund, nämlich der Tatschwere, beruhen. Die Unverjährbarkeit der Taten betont den Ausnahmecharakter, ferner aber auch, dass die Rechtsordnung bei diesen Taten schon jetzt die materielle Gerechtigkeit über die Rechtssicherheit stellt. Letztlich ist die Regelung auch klar umrissen, indem sie die Tatbestände explizit benennt. Damit sind aber alle vier Kriterien, die an eine verfassungsimmanente Schranke gestellt werden, erfüllt. Im Übrigen sind die bestehenden Ausnahmen etwa in § 362 und § 373a StPO deutlich weiter gefasst, ohne dass dies verfassungsrechtlich angegriffen würde. Ist die Wiederaufnahme erfolgt, darf allerdings aus meiner Sicht in verfassungskonformer Auslegung

eine Verurteilung auch nur wegen der genannten Taten erfolgen. Lassen sich Mordmerkmale nicht erweisen, kommt eine Verurteilung wegen Totschlags nicht in Betracht. Das ergibt sich daraus, dass das Sachargument der Unverjährbarkeit bei Totschlag nicht greift. Angesichts der allgemeinen Regelung des § 373 StPO könnte dies gegebenenfalls explizit klargestellt werden. Im Übrigen – auch das könnte klargestellt werden – können mit dieser Regelung sehr wohl, anders als teilweise behauptet, auch rückwirkend Altfälle wieder aufgenommen werden. Dem stehen weder das Rückwirkungsverbot des Artikels 103 Absatz 2 Grundgesetz, das nur für das materielle, nicht aber das Verfahrensrecht gilt, noch das allgemeine, aus dem Rechtsstaatsgebot abgeleitete, Rückwirkungsverbot entgegen. Denn hier bestehen überragende Belange des Gemeinwohls. Herzlichen Dank für die Aufmerksamkeit.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Eisele. Das war fast eine Punktlandung. Als Nächster hat Herr Gärditz das Wort.

SV **Prof. Dr. Klaus F. Gärditz**: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich schließe mich den Ausführungen meines Vorredners im Wesentlichen an. Ich halte die Regelung im Ergebnis nicht für verfassungswidrig. Was wird eigentlich geregelt? Hier wird ein neuer Wiederaufnahmegrund geschaffen, der in bestimmten Fällen, für bestimmte Straftaten es auch ermöglicht, noch mal ein bereits rechtskräftig ...\* um dann zum ...\* neuer Erkenntnis zu ...\*.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Gärditz, Moment! Sie kommen hier nur bruchstückweise an. Schalten Sie doch einfach Ihr Video aus, vielleicht wird es dann besser.

SV **Prof. Dr. Klaus F. Gärditz**: Worin ich einen Unterschied zu Herrn Eisele sehen würde, ist bei dem einfachgesetzlichen Befund. Nämlich, dass ich mit Blick auf die eigentlich klare Regelung des § 373 Absatz 1 StPO davon ausgehe, dass bei einem Erfolg der Wiederaufnahme am Ende der neuen Hauptverhandlung auch wegen einer anderen Straftat verurteilt werden kann. Bisher ist es so, dass die neue Hauptverhandlung, wenn die Wiederaufnahme erfolgt ist, nicht an die

\* Aufgrund von technischen Problemen bei der Tonübertragung waren die gekennzeichneten Stellen nicht verständlich.



Wiederaufnahmegründe gebunden ist. Daran ändert dieser Gesetzentwurf nichts. Wie sieht es mit der verfassungsrechtlichen Bewertung aus? Artikel 103 Absatz 3 Grundgesetz – „ne bis in idem“ – sollte nach den Ausführungen im Parlamentarischen Rat letzten Endes nur die bisherige vormalige Rechtslage fortschreiben. Der Gedanke des „ne bis in idem“ ist lange bekannt. Spätestens seit dem 17. Jahrhundert auch in Rechtsgedanken gefasst, wie wir sie heute packen würden, mit einer vagen Idee jedenfalls von Rechtskraft. Dann mit der Reichsjustizgesetzgebung zwar nicht explizit in der StPO verankert, aber doch implizit Bestandteil der Rechtskraftregeln gewesen. Zugleich und ohne, dass darin bis zu den gegenwärtigen Diskussionen ein unmittelbarer Konflikt erblickt worden ist, hat man Wiederaufnahmegründe geschaffen. Es scheint mir klar, dass diese Wiederaufnahmegründe nicht durch den Artikel 103 Absatz 3 Grundgesetz beseitigt werden sollten. Im Übrigen ist es auch so, dass eine rückwirkende Sanktionierung im Sinne von einer Billigung dieser Aufnahmegründe zur Folge hat, dass man ...\* Meines Erachtens geht es letzten Endes nicht um eine Abwägung zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Die lässt in der Tat Artikel 103 Absatz 3 GG nicht zu. ...\*

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Jetzt ist auch die Stimme weg. Genau an dem entscheidenden Punkt. Hören Sie mich? Herr Gärditz, genau bei der Abwägung zur Rechtssicherheit hat die Stimme versagt.

SV **Prof. Dr. Klaus F. Gärditz**: Also, Artikel 103 Absatz 3 GG ist abwägungsfest. Das ist richtig, er ist aber nicht resistent gegen eine Fortentwicklung innerhalb ...\*. Ich halte die vorliegende Regelung für eine systemimmanente Fortschreibung der bisherigen Regelung des § 362 StPO ...\* kontaminierte ...\*. Eine rückwirkende Anwendung der Regelungen halte ich für möglich. ...\* ermöglicht Artikel 103 Absatz 2 GG ...\*. Selbst wenn man hierin eine echte Rückwirkung ...\* hier möglich ist.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Gärditz. Wir haben am Ende leider oft nur Fetzen mitbekommen. Meine Bitte ist, wenn Sie

ein Redemanuskript haben, das auch dem Sekretariat zur Verfügung zu stellen. Wir stellen das zeitnah, nämlich heute oder morgen, schon vorab ein, damit parallel zu der Aufzeichnung, die wir vornehmen, ihr gesprochener Text noch an anderer Stelle zur Verfügung steht. Und wir machen auch einen Hinweis dazu, das können wir vom Sekretariat vornehmen. Das ist ein bisschen traurig gewesen, aber ich glaube, den Rest können wir auch im Rahmen der Fragen nachher noch aufgreifen. Sie wissen ja, von welcher Fraktion Sie vorgeschlagen wurden. Jetzt gebe ich als Nächstem Herrn Kubiciel das Wort.

SV **Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel**: Vielen Dank, meine sehr verehrten Damen und Herren Abgeordnete. Der Gesetzentwurf greift eine seit fast zwei Jahrzehnten geführte Debatte auf und ist das Ergebnis einer gründlichen verfassungsrechtlichen Prüfung. Er ist alles andere als ein Schnellschuss. § 362 Nummer 5 StPO-E stellt auch keinen Paradigmenwechsel dar, sondern schreibt einen im geltenden Recht angelegten Grundgedanken für einen klar und eng gefassten Anwendungsfall fort. Andere Rechtsstaaten, etwa Österreich, und das Siebte Zusatzprotokoll zur EMRK lassen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen unter weitaus geringeren Voraussetzungen zu, als die Neuregelung. Auch das nationale Verfassungs- und Strafprozessrecht zeigen, dass weder das Interesse des Freigesprochenen an der Rechtskraft des Urteils noch die Interessen der Rechtsgemeinschaft an der Verfolgung schwerster Straftaten je für sich uneingeschränkte Verbindlichkeit beanspruchen können. Schon der geltende § 362 StPO stellt einen Kompromiss zwischen der materiellen Gerechtigkeit und dem Schutz des Interesses der Einzelnen am Rechtsfrieden dar. Die Neuregelung fügt dem einen weiteren Kompromiss hinzu. Sie passt sich damit in die vorhandene Rechtsstruktur ein, und zwar nicht im Großen, sondern auch im Detail. So kann schon heute ein glaubwürdiges Geständnis des Angeklagten zur Erneuerung der Hauptverhandlung führen. Dass das Geständnis einen Wiederaufnahmegrund darstellt, liegt auch daran, dass ihm traditionell ein besonders großer Beweiswert zugesprochen wird. Das Geständnis bildet anders formuliert einen dringenden Grund

\* Aufgrund von technischen Problemen bei der Tonübertragung waren die gekennzeichneten Stellen nicht verständlich.



dafür, dass der freigesprochene Angeklagte die Tat begangen hat. Diesen im geltenden Recht angelegten Gedanken schreibt der neue Tatbestand für einen eng begrenzten Anwendungsbereich fort. Artikel 103 Absatz 3 GG steht dem nicht im Wege. Die Vorschrift formuliert eine Regel, ja, aber die ist Ausnahmen zugänglich, und zwar auch neuen Ausnahmen. Die Interpretation des Artikels 103 GG wird nicht auf den Stand der Strafprozessdogmatik von 1949 begrenzt. Das ist eine Mindermeinung. Nach herrschender Lehre und nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf der Gesetzgeber § 362 StPO erweitern, allerdings nicht willkürlich oder über jedes voraussehbare Maß hinaus. Zitat: „Auch hat er den Kern dessen zu achten, was Inhalt des Satzes 'ne bis in idem' ist.“ Die Neuregelung in § 362 Nummer 5 StPO-E bewegt sich aber in diesen verfassungsrechtlichen Grenzen. Sie dient dem Ziel, einen durch neue Tatsachen, Beweismittel von besonders hoher Aussagekraft erneuerten Verdacht schwerster Straftaten aufzuklären. Damit trägt sie dafür Sorge, dass Normgeltung und Befriedungsfunktion des Strafrechts im zentralen Bereich nicht dadurch Schaden nehmen, dass einem erneuerten Verdacht der Begehung schwerster Straftaten nicht nachgegangen werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die in Frage kommenden Straftaten exceptionelles Unrecht beschreiben, was nicht zuletzt deren Unverjährbarkeit sichtbar macht. Doch selbst zur Verfolgung derart schwerster Straftaten ist die Wiederaufnahme nicht ohne weiteres möglich, wie etwa im österreichischen Recht oder in anderen Staaten. Vielmehr müssen neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen dieser Tat verurteilt werden wird. Diese erhöhten Anforderungen tragen Interessen des Freigesprochenen hinreichend Rechnung. Sie gehen über die Anforderungen hinaus, die nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, aber auch in anderen nationalen Regelungen gelten. Hinzugefügt sei, dass nach einer Wiederaufnahme aus meinen Gründen es auch verfassungsrechtlich möglich wäre, wegen anderer Straftaten, etwa wegen Totschlags, zu bestrafen, soweit diese nicht verjährt sind. Wir müssen hier zwei Grundrechts-

eingriffe, die Wiederaufnahme auf der einen Seite und die Durchsetzung eines unverjährten Strafanspruches andererseits, unterscheiden. Da bin ich ganz bei dem, was Herr Gärditz gesagt hat. Die Vorschrift gerät nicht in Konflikt mit dem Rückwirkungsverbot, da sie nicht ausschließlich rückwirkende Geltung hat, sondern auch Wirkung pro futuro zeitigt. Eine rückwirkende Anwendung des Gesetzes wäre indes an der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu messen. Selbst wenn man daran strenge Maßstäbe anlegt, wäre die Rückwirkung meines Erachtens verfassungskonform. Das Bundesverfassungsgericht schließt die Rückwirkung nämlich nicht per se aus, sondern macht sie von überwiegenden Gründen des Allgemeinwohls abhängig. In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht kürzlich die Notwendigkeit erwähnt, in normbegründender Weise der Rechtsgemeinschaft die Geltung des Rechts vor Augen zu führen und einem für die Rechtstreue der Bevölkerung abträglichen Eindruck entgegenzuwirken. Dieser Gedanke lässt sich gerade wegen des besonderen Zuschnitts der Neuregelung auf § 362 Nummer 5 StPO-E übertragen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Kubiciel. Als Nächster und Letzter nun Herr Schädler, hier im Saal.

SV **Dr. Wolfram Schädler**: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordneten, ich bedanke mich selbstverständlich auch für die Einladung. Mein Mandant, Hans von Möhlmann, und ich haben sich für eine Änderung, wie der Gesetzentwurf sie jetzt im Auge hat, seit sechs Jahren eingesetzt. Ich komme daher einen langen Weg her. Auf diesem Weg sind die Argumente intensiv und gegensätzlich und erschöpfend ausgetauscht worden. Alle Gesichtspunkte sind nun in dem aus meiner Sicht sehr bemerkenswerten Gesetzentwurf umfassend dargelegt worden. Meine Stellungnahme kann sich deshalb auf wenige, nämlich nur auf zwei, Punkte beschränken. Erstens: Die lang andauernde Diskussion, die wir geführt haben, wird verständlich vor dem Hintergrund der historischen Erfahrungen mit dem Rechtswesen im Nationalsozialismus, wo es dem Staat nach Belieben möglich war, nicht nur freisprechende Urteile, sondern auch seiner Meinung nach zu milde Urteile zu kassieren und in strengere Urteile



umzuwandeln. Zu Recht wollten die Väter des Grundgesetzes dem einen Riegel vorschieben und enge Grenzen zugunsten der Rechtssicherheit setzen. Und hiermit wird meiner Meinung nach auch der Kern des Artikels 103 Absatz 3 des Grundgesetzes beschrieben. Wir haben immer über Grenzkorrekturen gesprochen. Die Definition des Kerns ist entscheidend. Der Kern ist: Der Staat darf in einem Rechtsstaat nicht Urteile austauschen, die ihm missliebiger sind. Der hier vorliegende Gesetzentwurf respektiert diese Grenzsetzung, da sein Anwendungsbereich auf die unverjähren Delikte Mord und Völkermord beschränkt ist. Hier schließt sich ein Kreis. Mord ist unverjährbar. In allen Diskussionen, die wir in den sechs Jahren geführt haben, war das jedem, auch dem Rechtsunkundigen, präsent. Die Unverjährbarkeit, historisch als Kampf gegen die Nazidelikte damals gedacht, entwickelte sich zu einem Leuchtturm unseres Rechtsstaats, weil dieser jedem signalisiert: Die Strafverfolgung gibt niemals auf, das schwerste aller Delikte zu ahnden. Der vorliegende Gesetzentwurf führt diesen Rechtsgedanken jetzt so zu Ende, dass ein falsch freigesprochener Mörder niemals seines Triumphs über die Fakten sicher sein kann. Zweitens: Der Gesetzentwurf stellt die Balance für die Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Verurteilten wieder her, nachdem diese aus meiner Sicht zu seinen Gunsten durch eine Gesetzesänderung bereits verschoben worden sind. Warum? Die Vorschrift des § 59 StPO, die die Vereidigung regelt, trat am 1. September 2004 in seiner derzeitigen Fassung in Kraft. Nach der alten Fassung hatte das Gesetz die Vereidigung eines Zeugen nach seiner Vernehmung als Regel, die Nicht-Vereidigung als Ausnahme vorgesehen. Mit der Neufassung der Bestimmung hat der Gesetzgeber dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. Danach sollten Zeugen im Regelfall nicht mehr vereidigt werden. Diese Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses hatte unmittelbare Auswirkung auf die Vorschrift, um die es hier geht. Nach § 362 Nummer 2 StPO, der unverändert geblieben ist, kann nämlich das Verfahren nur dann wieder aufgenommen werden, wenn ein Zeuge oder Sachverständiger sich einer fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat. Wird er aber nicht vereidigt und macht er nur fahrlässig eine falsche Aussage, läuft der Wiederaufnahmegrund

des § 362 Nummer 2 StPO faktisch leer, obwohl er früher einer der wichtigsten Gründe für eine Wiederaufnahme gewesen ist. Dieses lässt sich eindrucksvoll beschreiben an dem Prozess, bei dem der Täter von Frederike von Möhlmann freigesprochen wurde: Der Gutachter, der über den Reifenabdruck Auskunft geben musste, hatte – so haben es die Ermittlungen ergeben – ein falsches Gutachten, allerdings nur fahrlässig, abgeliefert. Wäre er – wie früher – vereidigt worden, hätte das Verfahren gegen den Täter wieder aufgenommen werden können. Was bedeutet das? Das bedeutet aus meiner Sicht nichts weniger, als dass der vorliegende Gesetzentwurf die aus dem Lot geratene Rechtswirksamkeit des § 362 StPO durch die hier vorgesehene Nummer 5 wenigstens teilweise wieder korrigiert. Ich danke Ihnen.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Schädler. Damit sind wir am Ende der Runde der Eingangsstatements und kommen in die erste Fragerunde. Dazu hat sich schon Frau Bayram gemeldet.

**Abg. Canan Bayram (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender, vielen Dank an alle Sachverständigen. Ich fange an mit einer Frage an die beiden Sachverständigen Herrn Buermeyer und Herrn Conen: Ist das, was die Koalition hier vorschlägt, eine Ihrer Ansicht nach von Artikel 103 Absatz 3 des Grundgesetzes ermöglichte Grenzkorrektur oder nicht vielmehr eine Grenzüberschreitung? Und decken die zur Begründung angeführten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts dies auch ab? Bei denen ging es, wenn ich es recht sehe, vom Gegenstand her ausnahmslos lediglich um Feinjustierungen innerhalb der vorgefundenen alten Rechtsprechung durch neue Rechtsprechung, etwa um die Präzisierung des Tatbegriffs angesichts neuer Straftatbestände. Konkret war das zum Beispiel die kriminelle Vereinigung. Vielen Dank.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Frau Bayram. Jetzt Axel Müller.

**Abg. Axel Müller (CDU/CSU):** Vielen Dank, Herr Vorsitzender, vielen Dank an die Damen und Herren Sachverständigen für Ihre Ausführungen. Ich habe eine Frage an Herrn Professor Dr. Eisele, der uns zugeschaltet war. Noch mal zur Rückwir-



kung: Ist diese Gesetzesfassung, so wie wir sie jetzt haben, mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Rückwirkungsverbot, insbesondere der sogenannten echten Rückwirkung, verfassungskonform? Bei der Antwort möge bitte berücksichtigt werden, dass es sich hier möglicherweise um eine Verfahrensvorschrift handelt und nicht um einen materiellen Gesetzestatbestand, wenn man zu der Ansicht gelangt, dass es eine Rückwirkung wäre. Das wäre meine Frage. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Müller. Als Nächster Herr Fechner.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich würde die Fragen, die Frau Bayram gestellt hat, an Herrn Schädler und an Herrn Professor Kubiciel stellen, weil es aus meiner Sicht ganz entscheidende Fragen sind, die ich wahrscheinlich anders beantworte als sie. Also die Frage, ich wiederhole es noch mal, ob die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts diesem Gesetzentwurf entgegensteht oder ob Sie meinen, dass das miteinander vereinbar ist?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Fechner. Dann – zugeschaltet – Herr Luczak.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich hätte eine Frage, die ich an Herrn Kubiciel und an Herrn Gärditz richten wollen würde. Es ist sehr viel von den Sachverständigen ausgeführt worden zu der Frage Artikel 103 Absatz 3 GG – ist diese Vorschrift einer Abwägung zugänglich innerhalb des Rechtsstaatsprinzips? Setzt der eine absolute Grenze? Ist der abwägungsfest? Ich möchte Sie beide um Ihre Ausführungen bitten, und zwar – Sie hatten es ein bisschen unterschiedlich vorgebracht – selbst wenn man zu der Ansicht käme, er sei abwägungsfest, dann hatten Sie, Herr Gärditz, auch gesagt, dem würde nicht entgegenstehen, dass man den aktuellen § 362 StPO systemimmanent fortschreibt. Ich würde Sie beide noch mal bitten, diesen Komplex noch ein wenig zu beleuchten, wo dort Grenzen sind und wo wir innerhalb der bisherigen Systematik des § 362 StPO aber eben auch eine Fortentwicklung vornehmen können.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Luczak. Herr Straetmanns.

Abg. **Friedrich Straetmanns** (DIE LINKE.): Ich habe zwei Fragen an Herrn Conen. Wir haben viel gehört, das hat ja gerade auch der Sachverständige Dr. Schädler nochmal sehr mit dem Fall Möhlmann in Verbindung gebracht. Das Anliegen, das hinter dem Gesetzesentwurf steht – da ist meine Frage: Ist das ein zahlenmäßig großes Problem, dem sich dieser Gesetzentwurf zuwendet, oder ist das nicht eher quasi ein „Einzelgesetz“, das auch von daher kritisch zu sehen ist? Hätten Sie dazu vielleicht aus Ihrer beruflichen Erfahrung Annäherungswerte oder gar Zahlen, um das zu beleuchten? Es schimmert hier manchmal auch dieser Begriff des gesunden Volksempfindens leicht durch, diese Frage der materiellen Gerechtigkeit: Können Sie das noch mal für uns darlegen? Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Straetmanns. Weitere Fragen sehe ich im Moment nicht. Dann ist als Erster Herr Schädler mit der Antwort auf die Frage von Herrn Fechner dran – jetzt gehen wir rückwärts vor.

SV **Dr. Wolfram Schädler**: Der Gesetzentwurf bezieht sich zu Recht auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1981 im 56. Band. Dort hat das Bundesverfassungsgericht dargelegt, dass es insbesondere nicht bedeutet, dass jede auftauchende Zweifelsfrage bereits verbindlich festgelegt worden ist, sondern dass es auch neue auftauchende Gesichtspunkte geben kann, so wie hier. Das bedeutet – das haben aber auch die Kollegen Sachverständigen gesagt –, dass der Rechtsgedanke des Artikels 103 Absatz 3 GG immer davon abhängt, wo ich den Kerngehalt ansiedle. Das ist das, worum es geht. Taste ich den Kerngehalt nicht an, dann ist es eine Grenzkorrektur und damit verfassungsrechtlich zulässig. Ich will vielleicht auch noch aufgrund meiner beruflichen Erfahrung an eine Diskussion mit dem damaligen Verfassungsrichter Landau, allerdings im Nachhinein, anschließen, der hier durchaus eine Kompetenz des Gesetzgebers für die Änderung des § 362 StPO gesehen hat.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Kubiciel mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Fechner und Herrn Luczak.

SV **Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel**: Vielen Dank. Ich würde die Fragen etwas zusammenziehen und nur an einer Stelle noch mal



differenzieren. Es geht im Kern um die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, die an diese Entscheidung des Gesetzgebers anzulegen sind. Da haben wir nichts anderes als die Entscheidung des 56. Bandes aus dem Jahr 1981. Man weiß nicht, ob nicht das Bundesverfassungsgericht, falls es nochmal über diese Frage zu entscheiden hat, quasi eine eigene Textexegese betreiben wird und diese beiden relevanten Sätze gewissermaßen exegetisch behandeln wird. Deshalb komme ich auf diese beiden Sätze am Ende zurück, denn ich möchte Ihnen zunächst zeigen, was man relativ sicher sagen kann. Relativ sicher zurückweisen kann man die Meinung in der Literatur, die sagt, dass Artikel 103 Absatz 3 GG den Status des Strafprozessrechts von 1949 uns gewissermaßen in alle Ewigkeit fortschreibt, dass jegliche Fortentwicklung des § 362 StPO ausgeschlossen ist. Das entspricht nicht dem Stand der Verfassungsdogmatik in Deutschland, auch nicht dem Stand der Verfassungspraxis. Wir interpretieren das Grundgesetz ständig weiter. Das ist auch gut so, und einen Originalismus, wie es in der US-Verfassungstheorie von etwas kruder Seite vertreten wird, den haben wir nicht. Also: Er ist entwicklungs offen, das möchte ich ganz klar sagen. Dann haben wir uns mit der Frage zu beschäftigen, welche Grenzen denn für die Fortentwicklung des § 362 StPO sub specie Artikel 103 Absatz 3 GG gelten würden. Da würde ich zunächst sagen: Dadurch, dass sie beide Ausfluss des selben Prinzip sind, des Rechtsstaatsprinzips, einerseits des Strebens nach materieller Gerechtigkeit, andererseits die Rechtssicherheit, handelt es sich immer und stets um eine Abwägungsfrage und der § 362 StPO hat eine Abwägung bereits getroffen. Nichts spricht dagegen, auch nicht die Meinung, die ich gerade zurückgewiesen habe, dass wir eine neuerliche Abwägung, einen neuerlichen Kompromiss schließen können, solange er denn – das ist das Einzige, was das Bundesverfassungsgericht klar gesagt hat – den Kern dessen achten, was das „ne bis in idem“-Prinzip ausmacht. Das Bundesverfassungsgericht hat übrigens nicht gesagt, es sind nur Grenzkorrekturen zulässig. Das Bundesverfassungsgericht hat gesagt, es ist nur der Kern des Artikels 103 Absatz 3 GG zu beachten. Und dann kann man weiter lesen, es seien jedenfalls Grenzkorrekturen möglich. Ich würde sagen, zwischen einer Veränderung der äußeren Grenze

und dem inneren Kern gibt es noch einen substanziellen Bestandteil, aber das ist eine Frage der Verfassungstheorie. Deswegen würde ich sagen, dass hier der Gesetzgeber einen deutlichen Spielraum hat und dass – um das Ergebnis vorwegzuziehen – dieser Spielraum auch durch den § 362 Nummer 5 StPO-E, den der Gesetzgeber gewählt hat, nicht ausgereizt, geschweige denn überschritten wird. Was der Kern des „ne bis in idem“ im Prinzip besagt ist, dass niemand zweimal wegen der gleichen Tat bestraft werden darf und nach ganz herrschender Auslegung in der Literatur auch niemand zweimal einem Strafverfahren unterworfen werden soll. Dass nicht eine Wiederaufnahme gewissermaßen aus beliebigem Anlass möglich sein soll, dass ständig das Damoklesschwert einer Wiederaufnahme über allen Tätern schwebt. Aber das tut der Gesetzgeber gerade nicht, sondern für einen eng begrenzten Anwendungsfall, nämlich schwerste Straftaten, ist eine Wiederaufnahme möglich und zwar auch nur dann, wenn besonders dringende Gründe vorliegen, dass der Täter überführt werden kann. Damit ist § 362 Nummer 5 StPO-E sogar noch enger als das, was die Europäische Menschenrechtskonvention uns vorgibt. Auch das würde, glaube ich, das Bundesverfassungsgericht heute bei der Interpretation des Artikels 103 Absatz 3 Grundgesetz berücksichtigen – diese Wertungen, die die EMRK vorgenommen hat. Infolgedessen würde ich zu der Frage von Herrn Luczak „Ist der Artikel 103 Absatz 3 GG abwägungsfest oder einer Abwägung zugänglich?“ sagen: Ja, er ist einer Abwägung zugänglich, weil schon jetzt die geltenden Gründe des § 362 StPO Ergebnisse einer Abwägung sind und man eben nochmals abwägen darf. Und das Zweite ist, dass selbst wenn man auf dem Standpunkt steht, er sei abwägungsfest, und es sei nur in den Strukturen des geltenden Rechts fortzuentwickeln, handelt es sich bei § 362 Nummer 5 StPO-E um eine Fortentwicklung der Struktur des geltenden Rechts. Das hatte ich an dem Beispiel des Geständnisses gezeigt, aber ich hätte zum Beispiel auch auf die Vorschrift zu der Wiederaufnahme von rechtskräftig abgeschlossen Strafbefehlsverfahren hinweisen können. Da gibt es zwar strukturelle Unterschiede zwischen Hauptverhandlung und Strafbefehlsverfahren, aber die entscheidende Frage, über die wir gerade reden, die Rechtskraft, ist dieselbe. Und beim Strafbefehl



kann man bei jeglichen neuen Beweisen die Rechtskraft durchbrechen. Hier ist der Gesetzgeber also enger und insofern halte ich den Gesetzentwurf für verfassungskonform. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Kubiciel. Als Nächster Herr Gärditz mit der Antwort auf die Frage von Herrn Luczak.

**SV Prof. Dr. Klaus F. Gärditz**: Ganz herzlichen Dank. Die Frage ist in der Tat berechtigt, weil bei Artikel 103 Absatz 3 GG viel darum kreist, ob es sich um eine einschränkbare Norm, die einem allgemeinen Abwägungsvorbehalt untersteht, handelt oder um eine feste Gewährleistung und was daraus folgt. Ich selber würde auch mit der wohl überwiegenden Auffassung davon ausgehen, dass Artikel 103 Absatz 3 Grundgesetz bereits Produkt einer abgeschlossenen Abwägung ist, dass also hier die verfassungsgebende Gewalt zwischen Rechtssicherheit einerseits und zwischen materiellen Gerechtigkeitserwartungen andererseits abgewogen hat und ich nicht auf einer zweiten Ebene diese Abwägung relativieren kann. Allerdings ist Artikel 103 Absatz 3 GG in einem historischen Kontext zu sehen, der bereits seit langem anerkannte und unbestrittene Wiederaufnahmegründe kannte. Vor diesem Hintergrund nimmt es nicht Wunder, dass das Bundesverfassungsgericht in einer ganz frühen Entscheidung im dritten Band und dann später in einer im 12. Band jeweils gesagt hat: Ja, diese Norm ist zu interpretieren im Lichte der historischen Hintergründe und des Prozessrechts, wie man es 1949 vorgefunden hat. In dem Licht ist auch die Fortschreibung im 56. Band zu deuten. Der Artikel 103 Absatz 3 Grundgesetz hat nie die Funktion gehabt, sämtliche Durchbrechungen der Rechtskraft zu Lasten von hier Freigesprochenen oder anderweitig Verurteilten auszuschließen. Daher ist es möglich, innerhalb der abwägungsfesten Gewährleistung des Artikels 103 Absatz 3 GG eine Fortschreibung von Wiederaufnahmegründen durchzuführen. Das heißt, wir haben ein rahmenartiges Korsett, was die Gründe sein können. Und die, die der § 362 StPO in Kontinuität zu weitgehend inhaltsgleichen Bestimmungen auch der Reichsstrafprozessordnung regelt, stellen darauf ab, dass das Beweismittel entweder durch schwerwiegende Fehler im Prozess hochgradig

kontaminiert ist oder, dass es aus Interesse an der Befriedungsfunktion der Rechtskraft, wie das der Fall des Geständnisses nach § 362 Nummer 4 StPO zeigt, ein überrangiges Bedürfnis gibt, noch mal einen Wahrheitsfindungsprozess einzuleiten. Das ist eine systemimmanente Fortschreibung, die meines Erachtens auch hier der Gesetzentwurf verfassungskonform vornimmt. Dass man darüber hinaus auch Anforderungen der Verhältnismäßigkeit beachten muss, wenn man das einfache Gesetzesrecht ausgestaltet und solche Fortschreibungen vornimmt, versteht sich von selbst. Das ist meines Erachtens aber hier gewahrt. Die wichtigste Anforderung der Verhältnismäßigkeit besteht darin, dass ich die Schwelle hochlege, was die Wahrscheinlichkeit einer abweichenden gerichtlichen Entscheidung in einer zweiten Hauptverhandlung ergibt. Dafür sorgt der Gesetzentwurf hier aber schon seinem Wortlaut nach. Im Übrigen bleibt es dabei, und auch das geht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konform, dass es hier um eine exzeptionelle Ausnahme geht, die nur punktuell die Rechtskraft durchbrechen soll. Insoweit wird der Kern des „ne bis in idem“ nicht mal angekratzt, sondern es wird lediglich im Rahmen des § 362 StPO eine kompatible Neugestaltung vorgenommen. Vor dem Hintergrund habe ich jedenfalls keine verfassungsrechtlichen Zweifel an dieser Regelung. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Gärditz. Als Nächster Herr Eisele mit der Antwort auf die Frage von Herrn Müller.

**SV Prof. Dr. Jörg Eisele**: Die Frage ging um die rückwirkende Anwendung auf Altfälle und dahin, ob es einen Unterschied mache, dass es um Verfahrensrecht gehe. Zunächst muss man sehen, dass die Rückwirkung möglicherweise gegen Artikel 103 Absatz 2 Grundgesetz verstoßen könnte. Allerdings ist es hier so, dass das Bundesverfassungsgericht und die herrschende Meinung davon ausgehen, dass Artikel 103 Absatz 3 Grundgesetz nicht für das Verfahrensrecht gilt, etwa auch nicht für die Verjährung, sodass insofern eine Rückwirkung zulässig ist. Dann kann man die Frage stellen, ob sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Artikels 20 Absatz 3 GG, das ebenfalls die allgemeine Rückwirkung betrifft, etwas anderes ergibt. Und da kann man schon die Frage stellen, ob ein Rückgriff auf Artikel 20



Absatz 3 GG überhaupt möglich ist oder ob diese Fälle von Artikel 103 Absatz 2 Grundgesetz abschließend geregelt werden. Wenn man zurückgreift auf Artikel 20 Absatz 3 GG ergibt sich freilich nicht, dass eine Rückwirkung unzulässig wäre. Man unterscheidet hier bekanntlich zwischen unechter und echter Rückwirkung. In den Stellungnahmen zur Wiederaufnahme wird das unterschiedlich beurteilt. Manche Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass es von vornherein eine unechte zulässige Rückwirkung wäre, die bestimmten Anforderungen natürlich unterliegt. Aber da kommt es im Ergebnis nicht drauf an, da wenn man zu einer echten Rückwirkung gelangen würde, diese doch durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein kann. Die zwingenden Gründe des Gemeinwohls sind wiederum gerade diejenigen, die den Entwurf tragen. Es geht nämlich um die Befriedungsfunktion des Strafrechts, Gewährleistung des Rechtswesens, die Schwere der Tat, die eben durch die Unverjährbarkeit gekennzeichnet ist, sodass im Ergebnis, auch wenn man vom schwersten Fall ausgeht, einer echten Rückwirkung, diese Rückwirkung dennoch verfassungsrechtlich zulässig wäre.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Eisele. Nun Herr Conen mit den Antworten auf die Fragen von Frau Bayram und Herrn Straetmanns.

SV **Stefan Conen**: Vielen Dank. Ich kann auf meine Vorredner teilweise insofern Bezug nehmen, als dass sich, glaube ich, alle einig sind, dass das Bundesverfassungsgericht den „ne bis in idem“-Grundsatz als die Schutzgarantie versteht, die sich erstmal auf das Prozessrecht, wie es 1949 vorgefunden wurde, bezieht. Im 3. Band, der auch schon von Professor Gärditz angesprochen worden ist, hat das Verfassungsgericht geschrieben: „Damit hat dieser Grundsatz ‚ne bis in idem‘ den Rang eines Verfassungsrechtssatzes erlangt, dessen Abänderung an die erschwerten Voraussetzungen des Artikel 79 Absatz 1 und 2 GG geknüpft ist. Der in Artikel 103 Absatz 3 Grundgesetz niedergelegte Rechtssatz nimmt daher auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozessrechts und seiner Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug.“ Wenn man das zugrunde legt, werden Sie keine Entscheidung finden – ich habe sie

zumindest nicht gefunden –, die davon abgewichen ist. Was bedeutet das? Das vorkonstitutionelle Prozessrecht kannte den jetzigen Wiederaufnahmegrund, der vorgesehen ist im Entwurf zuungunsten, und zwar zugunsten des Verurteilten. Deswegen ist das, was wir hier diskutieren, keine neue Frage, die vor 1949 nicht bekannt gewesen wäre, sondern das ist der von dem Artikel 103 Absatz 3 GG geschützte Stand des Prozessrechts, der jetzt ausgehebelt wird. Deswegen halte ich das für verfassungswidrig. Und die Entscheidung, die ich eben zitiert habe, gibt das auch vor. Denn sie sagt: Die Änderung ist durchaus möglich, aber nur unter den erschwerten Voraussetzungen des Artikels 79 Absatz 1 und 2 GG, also einer Grundgesetzänderung. Dann muss dieses Parlament einen Gesetzesvorbehalt einbauen. Diesen nicht vorhandenen Gesetzesvorbehalt, den kann man nicht ersetzen durch Abwägungslehren, indem man den nichtvorhandenen Gesetzesvorbehalt in abwägungsimmanenten Schranken – meine Vorredner haben es gesagt – einem mutmaßlich abwägungsfesten Artikel 103 Absatz 3 GG unterwirft. Das Strafbefehlsargument aus dem 65. Band: Auch da hat das Bundesverfassungsgericht darüber judiziert. Aber auch da hat es Bezug genommen auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts und hat gesagt: Weil es halt schon der Rechtsprechung des Reichsgerichts immanent war, dass die Rechtskraftwirkung des Strafbefehls durchbrochen werden konnte, geht das auch hier. Ich meine, dass wenn man das alles nebeneinander legt, man sich eingestehen muss, dass man das Bundesverfassungsgericht auffordert, mit seiner bisherigen Rechtsprechung zu brechen, wenn es diesen Gesetzentwurf für verfassungskonform erklären will. Zu den Fragen von Herrn Straetmanns: Mir sind nur zwei Fälle bekannt, in denen aus der Vergangenheit dieses in den Blick genommene Gesetz Anlass geben könnte – mit DNA. Ein Fall wird von dem Kollegen Schädler vertreten. Der andere Fall ist, glaube ich, ein Dortmunder. Aber dieses Gesetz, das kann man ja nicht nur für die Vergangenheit in den Blick nehmen und sagen: „Na ja, wenn man das jetzt hier so passieren lässt, große Auswirkungen wird das nicht haben.“ Weil bei den Wiederaufnahmen, die dadurch auch in Zukunft möglich werden und gegebenenfalls, wenn man bei der Rückwirkung die Position der Entwurfsverfasser vertritt, geht es



nicht nur um DNA. Jeder Zeuge, der noch etwas zu einem nicht verjährten Mordverbrechen sagen kann, kann gegebenenfalls zu einer Wiederaufnahme führen. Ich weiß nicht, wie viele ungeklärte Fälle es gibt. Die bekannten sind zwei. Die Wirkungen dieses Ausbaus sind aber ganz andere und die sind immens und viel immenser als die des Entwurfes, der hier in 2009 in diesem Hause diskutiert wurde und damals nicht verabschiedet wurde. Die Frage nach der materiellen Gerechtigkeit – Sie hatten es formuliert mit dem gesunden Volksempfinden, ich will lieber den Begriff der Unerträglichkeit wählen, der auch in der Gesetzesbegründung und auch in der Diskussion dominiert hat. Der Begriff der „Unerträglichkeit“ ist einer, den der SPD-Politiker Gustav Radbruch in der Radbruch'schen Formel erwähnt hat, und zwar 1946. Und er hat gesagt: Da, wo der Gesetzesbefehl unerträglich wird, kann man von ihm weichen. Er hat das natürlich 1946 als systemische Antwort auf das Dritte Reich und die Verbrechen des Nationalsozialismus, die in Gesetze gegossen waren, gemünzt. Wir leben in einem gut funktionierenden Rechtsstaat, in dem sich diese systemischen Fragen unerträglicher Ungerechtigkeit gerade nicht widerspiegeln und damit auch keine Legitimation zur Abwägung bilden – zu einer Abwägung, die, wie es der jetzige Entwurf vorsieht, wie es das früher einmal gab, dass § 359 und § 362 StPO unter gleichen Voraussetzungen galten. Das war 1943, als das eingeführt wurde. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Conen. Als Letzter Herr Buermayer mit der Antwort auf die Frage von Frau Bayram.

SV **Dr. Ulf Buermayer**: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich möchte mich zunächst auch auf die Antwort von Herrn Professor Eisele beziehen. Der hat aus meiner Sicht völlig zu Recht gesagt: Eigentlich geht eine Abwägung zwischen verschiedenen Prinzipien im Rahmen des Artikels 103 Absatz 3 GG gerade nicht, denn diese Abwägung ist bereits im Rechtsstaatsprinzip, also in Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes, verankert und das Grundgesetz kennt eben eine speziellere Regelung, die eine solche Abwägung präjudiziert. Ich finde, das ist ganz wichtig, das festzuhalten, zumal Herr Eisele ja von den Koalitionsfraktionen benannt worden ist. Völlig zu Recht ist auch darauf hingewiesen worden,

dass bereits der geltende § 362 der Strafprozessordnung Durchbrechungen enthält. Spricht das nun nicht gegen die These eines Abwägungsverbotes? Ich denke nein, Herr Conen hat schon völlig zu Recht gesagt, diese Aussage bezieht sich auf den Stand des Prozessrechts von 1949. Und es lohnt sich, genau hinzuschauen, welche Ausnahmen von dem absoluten „ne bis in idem“ der § 362 StPO kennt, denn dabei wird deutlich, dass das kategorial völlig andere Durchbrechungen sind als die, die hier zur Diskussion steht. § 362 StPO kennt bisher zwei Gründe, bei Herrn Kubiciel klang das gerade auch schon an. Zum einen den Grund der Manipulation, beispielsweise durch Meineid oder durch Rechtsbeugung oder den Verzicht des Beschuldigten auf den Schutz des „ne bis in idem“. Das sind die beiden Kategorien, wo bislang auf der Rechtsfolgenseite traditionell historisch und 1949 gleichsam inkorporiert in Artikel 103 Absatz 3 GG das „ne bis in idem“ Durchbrechungen erfährt. Der Gesetzentwurf möchte nun indes dem § 362 der Strafprozessordnung eine völlig neue Form der Durchbrechung des „ne bis in idem“ hinzufügen, nämlich den Durchbrechungsgrund des unbefriedigenden Verfahrensergebnisses. Das muss man sich mal überlegen. Das steht in einem so offenkundigen Widerspruch zum Rechtssicherheitsprinzip, dass es einem schon etwas mulmig werden sollte. Das ist etwas völlig Neues. Das geht tatsächlich an den Kern der Rechtssicherheit und das hat insbesondere nichts mit dem historischen Gehalt von § 362 StPO und damit auch der Auslegung des Artikels 103 Absatz 3 GG zu tun. Es überzeugt hier aus meiner Sicht auch nicht, mit dem Ausnahmecharakter der Regelung zu argumentieren. Ich denke, uns allen fallen sehr schnell weitere schreckliche Straftaten ein und wir könnten uns – sollte das so Gesetz werden – bereits auf die Initiativen einstellen, die eine Erweiterung des Katalogs fordern, insbesondere wenn man sich dieses vollkommen schwammige Kriterium der Unerträglichkeit vor Augen führt. Es gibt ganz viele unerträgliche Dinge draußen in der Welt, die dann eine solche Regelung, einen Annex einer solchen Regelung für scheinbar notwendig erscheinen lassen. Ich hatte in der Einleitung schon differenziert: Woran soll sich der Gesetzgeber denn jetzt eigentlich halten? Traditionell möglich sind Konkretisierungen des Gesetzgebers beim Tatbestand des Artikels 103



Absatz 3 GG, namentlich beim prozessualen Tatbegriff, denn der muss sich tatsächlich auf neue Verfahrensformen zum Beispiel einstellen können. Herr Kubiciel hat bereits völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass „ne bis in idem“ im Strafbefehlsverfahren nicht ohne weiteres gilt. Und das ist tatsächlich auch der Punkt, wo man ansetzen kann. Ein zweiter Punkt wären Fortschreibungen der Durchbrechungsgründe, die das Gesetz historisch kennt: Manipulation oder der freie Wille des Beschuldigten. Aber weitere kategorial neue Gründe einzuführen, das geht aus meiner Sicht tatsächlich gegen den Kern dieses Grundgesetzartikels. Und demzufolge halte ich die Regelung in der jetzt vorgesehenen Form tatsächlich für relativ eindeutig verfassungswidrig. Hier geht es eben nicht um die berühmten Korrekturen im Grenzbereich, die das Bundesverfassungsgericht tatsächlich zugelassen hat. Es geht auch nicht um Korrekturen beim Tatbegriff, sondern es geht um massive Eingriffe auf der Rechtsfolgenseite dieser Verfassungsgarantie. Lassen Sie mich zum Schluss noch einen Satz sagen zu den problematischen Folgen für die Strafjustiz. Man muss sich auch mal überlegen, unter welchem Druck das die Staatsanwaltschaften möglicherweise setzen kann, auch voreilig Anklage zu erheben, wenn man sich überlegen kann, dass es nicht mehr so wie heute quasi einen Schuss gibt, um einen Beschuldigten in einem Strafverfahren eines Mordes zu überführen, sondern wenn die Staatsanwaltschaft beliebig oft zur Tat schreiten könnte. Das ist die faktische Folge, Herr Conen hat darauf aus meiner Sicht hingewiesen, schon eine neue Zeugenaussage könnte das deutlich machen. Das würde auch die Staatsanwaltschaften enorm unter Druck setzen. Auch aus dieser Perspektive kann ich davor ehrlich gesagt nur warnen. Natürlich ist das individuelle Schicksal von Opfern furchtbar. Ich habe damit, wie gesagt, viele Jahre meines beruflichen Lebens zu tun gehabt, aber ich glaube, wir sollten an dieser Stelle sehr genau überlegen, ob wir so tiefgehend in Grundprinzipien unseres Strafprozesses eingreifen wollen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Buermeyer. Damit sind wir am Ende der ersten Antwortrunde. Wir haben für die zweite Runde schon eine Frage von Frau Bayram. Bitte schön.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Und zwar habe ich zwei Fragen an Herrn Kubiciel. Ich würde nur vorweg nachfragen: Bei dem letzten Beitrag haben Sie differenziert zwischen Abwägungsfestigkeit und Fortentwicklung, aber aus dem Beitrag wurde nicht so deutlich, wie Sie das gegeneinander abgrenzen. Vielleicht können Sie das kurz erläutern? Jetzt zu meinen eigentlichen beiden Fragen: Da geht es mir um die Rechtstatsachen. Haben Sie solche, und wenn ja welche, erhoben? Das will ich noch mal kurz erklären: In Ihrer Stellungnahme heißt es, ich zitiere: „Auslöser der rechtspolitischen Debatte sind (mehrere) Tötungsdelikte, bei denen neue kriminaltechnische Untersuchungsmöglichkeiten eindeutige Ergebnisse zur Identifizierung einer Person erbracht und den Nachweis ihrer Täterschaft ermöglicht haben.“ Zum Beleg verweisen Sie in Ihrer Fußnote 4 auf die Bundestagsdrucksache 16/7957 und deren Seite 1. Das war ein Gesetzentwurf aus dem Bundesrat von 2008. An der zitierten Stelle heißt es: „Zahlreiche Beispielfälle aus den vergangenen Jahren zeigen, dass auch bei bislang unaufgeklärten Kapitalverbrechen eine Überführung des Täters gegebenenfalls noch nach vielen Jahren möglich ist.“ Richtig. Das meint die sogenannten Cold Cases, die noch nicht angeklagt sind, bei denen es noch gar keine Verurteilungen gibt. Die können selbstverständlich angeklagt werden, wenn die Ermittlungen aufgrund des wissenschaftlich-technischen Fortschritts oder neuer Beweismittel die Aufklärung ermöglichen. Wie viele Fälle von Freigesprochenen und Verurteilten es gibt, auf die der jetzige Gesetzesvorschlag Anwendung finden könnte, wenn die Rückwirkung zulässig wäre, wissen Sie dagegen offenbar nicht. Das weiß auch die Bundesregierung nicht. Ihr sind über den Fall Möhlmann von 1981 und dem sogenannten Dortmunder Klebeband-Fall von 1993 hinaus keine Fälle bekannt, lautete die Antwort der Bundesregierung auf meine Frage. Keiner der Sachverständigen benennt, wie viele Freisprüche vom Tatvorwurf des Mordes es jährlich gibt und wie viele Angeklagte darunter wegen anderer Taten, etwa Totschlag oder Delikte mit Todesfolge, verurteilt wurden. Auch der Gesetzentwurf verliert zu den Rechtstatsachen kein Wort. Der Sachverständige Eisele – sorry, Herr Eisele – drückt sich ebenfalls um die



Rechtstatsachen herum, argumentiert mit bloßer Vermutung, es könnte weitere Fälle geben. Also: Welche Rechtstatsachen haben Sie erhoben und legen Sie Ihrer Stellungnahme zu Grunde, Herr Kubiciel? Denn ich gehe mal davon aus, dass Sie hier nicht nur als Wahlkampfhelfer für die Union auftreten wollen, die das Thema ja jetzt in ihrem Wahlprogramm hat, oder gar für die SPD, die aus lauter Verzweiflung da mitmacht.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Kollegin. Das war dann auch eine Wahlkampfaußage, aber ist ja auch nicht schlimm. Als Nächster würde jetzt Herr Luczak Fragen stellen.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich bemühe mich, noch ein wenig lauter zu sprechen und deswegen kommentiere ich auch nicht, was die Kollegin gerade gesagt hat, um die Sachverständigen hier nicht den Wahlkampf hineinzuziehen. Eine Frage, die ich an Herrn Kubiciel und Herrn Eisele richten möchte: Ich recurriere noch einmal auf das, was Herr Buermeyer gerade gesagt hat. Er führte aus, dass es hier um kategorial andere Durchbrechungen geht, als das bisherige Recht in § 362 StPO und an anderer Stelle vorsieht. Darüber hatten wir gerade in der ersten Frageunde auch schon gesprochen. Handelt es sich hier um eine systemimmanente Fortentwicklung oder ist es tatsächlich etwas ganz anderes? Und vielleicht können Sie zu dem Vorwurf von Herrn Buermeyer noch ein wenig ausführen: Bewegen wir uns hier im systematischen Bereich der Fortentwicklung oder ist es etwas anderes, was wir hier machen, etwas ganz Neues?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Luczak. Als Nächster Herr Straetmanns.

Abg. **Friedrich Straetmanns** (DIE LINKE.): Die Debatte und Anhörung hinterlässt mich ein bisschen ratlos, ich empfehle aber jedem, der sich mit dem Thema mal abseits des rein Juristischen romanmäßig beschäftigen will, das Buch eines Kollegen, Andreas Hoppert, „Der Zahlenmörder“, wo der Grundsatz „ne bis in idem“ ganz populär aufbereitet wird. Jetzt zu den Fragen, und zwar einmal an Herrn Conen und einmal an Herrn Buermeyer, und zwar dieselbe Frage: Wenn wir jetzt in diesem Gesetzentwurf eine Bezugnahme auf Mord und Verbrechen gegen die Menschlich-

keit oder Kriegsverbrechen haben und Totschlag ausgenommen ist, interpretieren Sie das als eine Unsicherheit der einbringenden Fraktionen, ob das grundgesetzliche Verbot „ne bis in idem“ überhaupt greift, oder wie würden Sie diese Unterscheidung bewerten? Denn in großen Teilen der Bevölkerung ist der Unterschied, glaube ich, nicht so bewusst, außer hinterher bei der Verurteilung im Strafraumen. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Straetmanns. Damit sind wir am Ende der zweiten Fragerunde. Jetzt gehen wir wieder alphabetisch mit den Antworten vor. Herr Buermeyer ist also gleich wieder dran mit der Antwort auf die gerade gestellte Frage von Herrn Straetmanns.

SV **Dr. Ulf Buermeyer**: Vielen Dank. Es ist immer ein bisschen schwer, in den Kopf anderer Menschen zu schauen. Deswegen möchte ich auch nicht spekulieren, was die Antragstellenden hier bewegt haben mag. Ich glaube, strafrechtsdogmatisch wäre die Anknüpfung an die lebenslange Freiheitsstrafe halbwegs plausibel, weil man dann ja immerhin argumentieren könnte, hier geht es um die höchsten Strafen, die unser Strafgesetzbuch kennt. Allerdings bezieht sich der vorgeschlagene Wortlaut eben nicht auf die Rechtsfolge, sondern auf die Tatbestände. Wenn man sich im Strafgesetzbuch einmal umschaut, dann ist die lebenslange Freiheitsstrafe auch in anderen Fällen möglich und unter bestimmten Umständen auch im Falle des Mordes nicht notwendig. Mit anderen Worten: Das ist nicht so ganz konsequent. Das heißt, da müsste man wahrscheinlich noch mal nachschärfen. Ich glaube jedenfalls, sauberer wäre es gewesen, daran anzuknüpfen, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe tatsächlich möglich oder sogar wahrscheinlich erscheint. Aber gut, das ist nun so vorgesehen, wie es ist. Ich glaube aber dennoch, dass es da im Wesentlichen um einen suggestiven Vorschlag geht. Das ist der klassische Fall eines Dammbereichs aus meiner Sicht, dass man mit einem vermeintlich exzeptionellen Fall argumentiert und den entsprechenden normiert, um dann potenziell in einem zweiten Schritt oder in weiteren Schritten die Geltung des Grundsatzes weiter auszuhöhlen. Ich habe schon ausgeführt, warum ich glaube, dass es tatsächlich um etwas kategorial Neues geht. Natürlich ist die lebens-



lange Freiheitsstrafe die härteste Sanktion, die unser Rechtsstaat kennt, aber das ändert nichts daran, dass auch in einem solchen Fall ein quasi normales Strafverfahren stattfindet, wenn auch vor einer besonders bezeichneten Kammer, einer Schwurgerichtskammer. Insofern sehe ich persönlich rechtsdogmatisch nicht den Zusammenhang zwischen den Fällen, um die es hier gehen soll, und der Einschränkung des § 362 StPO. Denn es geht nicht um die Rechtsfolge, sondern es wird nur angeknüpft an die Tatbestände, die nicht notwendig zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe führen müssen. Vielen Dank.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Buermeyer. Als Nächster Herr Conen mit der Antwort auf die andere Frage.

**SV Stefan Conen:** Ich habe ja im Prinzip die gleiche Frage wie Herr Dr. Buermeyer. Ich würde auch sagen, dass eigentlich die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag in den Tatbeständen, wenn man diesen Weg geht, zweifelhaft ist, und zwar deshalb: Sie können jemanden nehmen, der vom Vorwurf des Mordes freigesprochen worden ist, wo aber in der Verhandlung auch schon zum Ausdruck kam, dass der mindestens vermindert schuldfähig sein könnte, vielleicht sogar völlig schuldunfähig. Zu dessen Lasten können Sie nach dem Gesetzentwurf eine Wiederaufnahme betreiben, wenn es neue Beweismittel gibt und der nicht wegen Schuldunfähigkeit, sondern wegen fehlender Überzeugung des Gerichts vom Tatverdacht freigesprochen wurde. Sie können sich den umgekehrten Fall vorstellen, wo ein Totschlag sich nicht nur auf eine Person beschränkt, sondern, wo ohne Mörder zu sein, mehrere Menschen getötet werden. Das könnten Sie nicht wieder aufnehmen nach dem Gesetzentwurf wie er jetzt hier vorliegt. Insofern meine ich auch, dass Herr Dr. Buermeyer völlig Recht hat, dass das natürlich ein Türöffner ist. Denn wenn wir die Unerträglichkeit zum Maßstab machen, wird es immer wieder unerträgliche Verbrechen geben. Sie können es auch daran festmachen: Warum soll eigentlich jemand, der einen Mordanschlag schwer gezeichnet überlebt hat, vielleicht sein Leben lang gelähmt ist, beeinträchtigt ist zu dessen Lasten – da können Sie zu dem Täter, wenn der freigesprochen ist und

dann später wieder in die Nähe der Täterschaft durch neue Beweismittel rückt, keine Wiederaufnahme betreiben. Wie wollen Sie da demjenigen erklären, dass das wesentlich erträglicher ist oder nur dann unerträglich wäre, wenn er sein Leben verloren hätte? Deswegen meine ich, dass diese Kategorie natürlich gerade in diesem emotionalisierten Abwägungsprozess nie Halt machen kann oder sich zumindest nicht erklären kann beim Haltmachen. Ein weiteres vielleicht noch, was das Strukturelle betrifft. Ich will mal ein Beispiel bringen, was eine zulässige strukturelle Erweiterung sein könnte: Das wäre zum Beispiel von der gefälschten Urkunde auf die gefälschte technische Aufzeichnung überzugehen, die es vorkonstitutionell nicht gab, und da im Prinzip digitale Fälschungen zuzulassen im Rahmen des Wiederaufnahmekataloges. Das hier ist aber, wie gesagt, eine ganz andere Kategorie. Und insofern überzeugt die Unterscheidung, dass an Tatbeständen aufzuhängen, meines Erachtens systematisch nicht.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Conen. Als Nächster Herr Eisele mit der Antwort auf die Frage von Herrn Luczak.

**SV Prof. Dr. Jörg Eisele:** Die Frage von Herrn Luczak war, ob es sich noch um eine systemimmanente Weiterentwicklung handelt. Das würde ich bejahen. Wir dürfen nicht nur den § 362 StPO sehen, sondern auch die weiteren Ausnahmeregelungen § 85 Absatz 2 Ordnungswidrigkeitengesetz, § 373a StPO für den Strafbefehl. Anknüpfungspunkt sind dort explizit immer neue Tatsachen oder Beweismittel. Im vorliegenden Gesetzentwurf ist es nicht anders. Im Übrigen kann in den beiden genannten Fällen stets, wenn der dringende Verdacht eines Verbrechens gegeben ist, wiederaufgenommen werden. Blicken wir auf den § 362 StPO, so knüpft der ebenfalls an die Beweismittel an. Und hiervon macht der Entwurf keine Ausnahme. § 362 StPO regelt eben eng explizit benannte Fallgruppen. Hier geht es darum, dass jeweils die Befriedungsfunktion des Strafrechts infrage gestellt wurde und hier passt der Entwurf sehr gut in die Systematik. Das ist im Übrigen nicht bei allen Durchbrechungen zwingend. Anders ist das etwa bei § 79 Bundesverfassungsgerichtsgesetz, der auch eine Durchbrechung zulässt. Hier ist das Entscheidende aber eben nicht das Beweismittel.



Und insofern fügt sich die vorgesehene Regelung als Nummer 5 in die Systematik des § 362 StPO letztlich ein. Es geht auch nicht darum, wie erwähnt wurde, dass ein unbefriedigendes Verfahrensergebnis korrigiert werden soll, denn die Korrektur erfolgt nicht direkt nach dem ersten rechtskräftigen Urteil, sondern das Entscheidende ist, dass später neue Beweismittel vorliegen. Und vielleicht noch ein letztes, weil es angesprochen wurde. Zu den Zahlen: Das ist ganz einfach, Herr Kubiciel wird auch noch etwas sagen. Momentan macht es gar keinen Sinn, nach neuen Beweismitteln zu suchen, wenn der Täter rechtskräftig freigesprochen wurde und eine Verurteilung nicht möglich ist. Insofern versteht es sich eigentlich von selbst, dass hierzu keine empirischen Erfassungen erfolgen, denn das würde momentan gar keinen Sinn machen. Soweit meine Antwort.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Eisele. Als Letzter Herr Kubiciel mit den Antworten auf die beiden Fragen von Frau Bayram und die eine Frage von Herrn Luczak.

**SV Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel:** Ich fange mit der zweiten Frage von Frau Bayram an, nach den Rechtstatsachen, wie sie das genannt hat. Ich habe insofern Rechtstatsachen erhoben, als dass ich alles, was zu dem Gebiet geschrieben worden ist, versucht habe, zu lesen. Und meiner Erinnerung nach werden immer drei Fälle genannt. Das sind die beiden Fälle, von denen Sie gesprochen haben: Der Fall, den, glaube ich, alle kennen, Frederike von Möhlmann. Dann diesen Klebebandfall. Es gibt aber noch einen dritten Fall, bei dem es auch DNA-Spuren gab. Jedenfalls ist der in der Literatur nachweisbar. Eigene Rechtstatsachen habe ich nicht erhoben, aus dem Grund, den Herr Eisele genannt hat. Man hätte vielleicht Befragungen systematisch durch ganz Deutschland bei Mordkommissionen und Staatsanwaltschaften durchführen können, aber das war weder mein Auftrag, noch wäre mir das praktisch möglich gewesen. Bei der Evaluierung des Anti-Doping-Gesetzes habe ich gesehen, was das für einen Zeit- und auch finanziellen Aufwand voraussetzt. Das von Ihnen angesprochene Zitat meiner Stellungnahme verweist nicht auf belegbare Fälle, sondern sollte ein Beispiel dafür geben, was Auslöser rechtspolitischer Diskussionen am Beispiel dieses Gesetzentwurfs ist. Es gibt ja auch noch andere Bundestagsdrucksachen zu

diesem Gebiet. Die zweite Frage von Frau Bayram, die verfassungstheoretische nach dem Verhältnis oder der Abgrenzung zwischen Abwägungsfestigkeit und Fortentwicklung: Um das mal klar zu sagen, ich bin anders als andere Sachverständige nicht der Auffassung, dass der Artikel 103 GG abwägungsfest ist und jeglicher Abwägung entzogen ist. Es handelt sich bei Artikel 103 Absatz 3 GG um ein grundrechtsgleiches Recht, ein Prozessrecht, und das steht nicht unter Gesetzesvorbehalt. Aber es gibt sehr viele grundrechtliche Regelungen, Grundrechte, die nicht unter Gesetzesvorbehalt stehen und die durch verfassungsrechtliche Schranken einschränkbar sind. Das ist, glaube ich, auch ganz herrschende Meinung, dass Artikel 103 Absatz 3 GG, obwohl er keine Wortlautausnahme kennt, verfassungsrechtlichen Schranken unterliegt und insofern eben nicht abwägungsfest ist. Und dann habe ich gesagt, aber selbst wenn man davon ausgehen würde, dass es abwägungsfest ist, dann sagt ja jetzt wieder die andere Auffassung, dass jedenfalls Fortentwicklungen des § 362 StPO möglich sind. Das sagt auch das Bundesverfassungsgericht und zwar, wie ich finde, in einer relativ großzügigen Art und Weise. Es sagt eben nicht, es sind nur Grenzkorrekturen möglich, sondern es sind nur Kernverletzungen verboten. Ein Wort zu den frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Themenkreis: Ende der 40er und Anfang der 50er Jahre ist es natürlich klar, dass man von diesem historischen Gesichtspunkt zurückblickt auf die letzten 10 Jahre, die geschehen sind, und diese Rechtslage rezipiert. Was anderes hätte man sonst tun sollen? Aber die Entscheidung von 1981 tönt anders, da werden andere, nicht historische, sondern systematische Argumente verwendet. Und wenn man jetzt wiederum 40 Jahre später als Bundesverfassungsgericht entscheiden würde, glaube ich erstens, dass auch zum Beispiel die europäische Menschenrechtsentwicklung und Diskussionslage rezipiert würde. Und ich glaube auch, dass das Bundesverfassungsgericht eindeutig sagen würde, dass das Grundgesetz an keiner seiner Stellen – auch nicht beim Artikel 103 Absatz 3 GG – eine historisch einmalige Rechtslage, eine zufällige Rechtslage, petrifiziert. Das ist ja nicht mal in der besonders gesetzgebungskritischen Strafrechtswissenschaft eine herrschende Meinung, sondern dass ist die absolute Mindermeinung. Es ist auch



überhaupt nicht historisch belegbar, dass der historische Verfassungsgesetzgeber oder die Väter und Mütter der Verfassung beim Artikel 103 GG Absatz 3 GG eine Petrifizierung der damaligen StPO-Lage vornehmen wollte, siehe vor allem Engländer/Zimmermann. Sondern er ist Fortentwicklungen zugänglich. Und was sollen Fortentwicklungen anderes sein, als kompromiss-hafte Abwägungen zwischen zwei Gütern. Ich kann mir keine andere Fortentwicklung vorstellen, als eine Abwägung. Und zu der Frage, ob das tatsächlich eine kategoriale Durchbrechung des geltenden Rechts wäre, was Herr Luczak gefragt hat, weil es hier so anklang: Nein, es ist keine kategoriale Durchbrechung des geltenden Rechts, etwas Neues, sondern das schreibt Strukturen fort für einen sehr begrenzten Anwendungsfall, die wir bereits im geltenden Recht finden. Und es ist auch nicht so, dass das Geständnis – wie mein Kollege Buermeyer gesagt hat – als Wiederaufnahmegrund deswegen anerkannt sei, weil sich damit der Täter gewissermaßen selbst die Rechtskraft nimmt. Er muss das ja nicht mal vorsätzlich tun. Also wenn er im privaten Raum ein Geständnis ablegt, dann wäre das ein Anwendungsfall der Nummer 4 des § 362 StPO. Es ist also nicht die Freiwilligkeit dessen oder die Zielgerichtetheit sich dieses Schutzes zu entnehmen, sondern was auch dahinter steckt ist, dass traditionell, auch aus dem 19. Jahrhundert heraus, das Geständnis eine besonders große Beweiskraft hat. Und deswegen wollte man diesen unerträglichen Widerspruch zwischen einem bestandskräftigen Freispruch auf der anderen Seite und einem besonders glaubhaften, also dringendem Grund, dass er doch der Täter war, dadurch abhelfen, als dass man damals historisch naheliegend dieses Geständnis als Wiederaufnahmegrund genommen hat. Insofern entwickelt das der Gesetzgeber weiter und es gibt eben auch Spuren außerhalb des § 362 StPO, wo diese propter nova, und zwar zu geringeren Voraussetzungen, ein Wiederaufnahmegrund sind zum Strafbefehl. Man kann jetzt lange darüber streiten, ob die verfahrensrechtlichen Unterschiede so groß sind – darauf kommt es meines Erachtens nicht an. Es gibt in Deutschland nur eine Rechtskraft. Das ist eine binäre Entscheidung: Ist etwas rechtskräftig oder nicht? Es gibt keine halbe Rechtskraft oder ein bisschen Rechtskraft. Auch der Strafbefehl ist rechtskräftig und dem

können irgendwelche neuen Tatsachen und Beweismittel die Rechtskraft nehmen mit der Folge, dass aus einer Beihilfe zum Diebstahl als Strafbefehl eine Raubmordverurteilung wird. Nichts anderes ist nach § 362 Nummer 5 StPO-E jetzt möglich, wie auch in Österreich, in vielen anderen Rechtsstaaten und auch toleriert von der Europäischen Menschenrechtskonvention – deswegen keine Durchbrechung. Das Dambruchargument: Da ist in der Diskursethik anerkannt, dass das Dambruchargument erstens sehr plausibel ist, weil man mit Gefahren operiert, die man nie ausschließen kann. Änderst du Gesetz 1, wird es irgendwann Gesetz 2 geben. Aber gerade weil das so ein trickreiches und überzeugendes Argument ist, sagt die Diskursethik, das ist nur dann zulässig, wenn es begründbare Belege dafür gibt, dass dieses Gesetz 2, also dieser Dambruch, auch sicher erfolgen wird. Davon kann hier keine Rede sein. Abgesehen davon glaube ich auch nicht, dass es dem Deutschen Bundestag als Gesetzgeber gut zu Gesichte steht, Misstrauen vor sich selbst zu hegen. Also, schon einen ersten Schritt, eine Gesetzesänderung, nicht zu gehen, weil wir Angst davor haben, als der Deutsche Bundestag, dass irgendwann ein zweiter Schritt gegangen wird, der dann verfassungswidrig wäre. Das Dambruchargument halte ich für politisch verständlich, aber es ist weder diskursethisch tragfähig und verfassungsrechtlich erst recht nicht, sondern es ist jedes Gesetz für sich selbst bewerten. Und wie die Bewertung dieses Gesetzentwurfes erfolgt, das haben wir heute mit unterschiedlichen Meinungen gehört.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Kubiciel. Das war das Ende der zweiten Beantwortungsrunde. Für die dritte Fragerunde liegt mir eine Wortmeldung von Frau Bayram vor.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich bin jetzt durch das letzte Argument versucht, Herrn Kubiciel zu bitten, sich die Debatte, die wir im Plenum hatten, noch mal anzuschauen. Der Beitrag der AfD hat mich sehr besorgt. Ich weiß gar nicht, warum die sich hier im Ausschuss nicht zu Wort melden – wahrscheinlich, weil die das abfeiern. Es gibt großen Grund zur Sorge, dass wenn der Damm gebrochen ist, dann noch weitere Forderungen auf uns zukommen. Vielleicht so weit sei mir das kurz gestattet. Ich hätte eine Frage



an zwei Sachverständige, und zwar an Herrn Buermeyer und an Herrn Aust. Ist die Rückwirkung des Koalitionsvorschlages zulässig? Und falls ja: Unterläge die Rückwirkung hier wegen der Grundrechtsrelevanz nicht dem Gesetzesvorbehalt und müsste vielleicht auch nur zur Klarstellung zumindest ausdrücklich angeordnet werden? Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Nun rückwärts im Alphabet: Herr Buermeyer, jetzt sind Sie der Alphabet-Letzte. Sie sind jetzt dran.

SV **Dr. Ulf Buermeyer**: Das Problem mit der Rückwirkung ist heute schon mehrfach diskutiert worden. Ich muss gestehen, das Argument finde ich persönlich nicht ganz so stark. Der entscheidende Unterschied ist, dass die materielle Strafbarkeit des Mordes selbstverständlich auch schon vorher angeordnet war und bei strafprozessualen Regelungen tatsächlich das Rückwirkungsverbot in dieser Strenge eigentlich nicht gilt. Deswegen habe ich da zunächst mal gewisse Sympathien gehabt für den Gedanken, dass man hier durchaus über eine Durchbrechung nachdenken könnte. Auf der anderen Seite muss man natürlich sehen, dass der Staat, vertreten durch das jeweils letztinstanzlich entscheidende Gericht, hier einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, der über die reine gesetzliche Regelung hinausgeht. Es gibt den Vertrauensstatbestand des freisprechenden Urteils, und insofern denke ich schon, dass es sich hier um einen Fall einer echten Rückwirkung handelt, weil gleichsam ein Paket wieder aufgeschnürt wird, wo der individuell Beschuldigte sich zu Recht darauf berufen kann, dass der Staat nach den Maßgaben des geltenden Strafprozessrechts endgültig über den ihm gemachten Vorwurf entschieden hat. Und genau diese Garantie wird hier im Nachhinein wieder aufgehoben. Allenfalls könnte man das aus der Perspektive des Rückwirkungsverbots für Freisprüche vorsehen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes ergehen. Das heißt, dass man Freisprüche, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes ergehen, gleichsam mit der Fußnote versieht: „Der Angeklagte wird vorläufig freigesprochen.“ Das muss man sich ja mal überlegen, das ist das Ergebnis dieser Regelung. Die Urteilsformel im Mordprozessen müsste in Zukunft lauten: „Der Angeklagte wird vorläufig freigesprochen.“ Es könnte ja sein, dass

wir – wie Herr Conen das so oft hier schon auf den Punkt gebracht hat – einen Zeugen finden, der nicht mal ein neues Beweismittel sein muss, anders als bei der Wiederaufnahme zugunsten, der einfach nur eine neue Aussage machen muss. Insofern steht, denke ich, im Ergebnis auch das Rückwirkungsverbot hier der Änderung entgegen. Es sei denn, man beschränkt es durch dieses Einführungsgesetz in der Strafprozessordnung auf zukünftige Freisprüche. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Buermeyer. Als Letzter Herr Aust.

SV **Prof. Dr. Helmut Aust**: Vielen Dank, Frau Bayram, für die Frage. Sie haben zwei Fragen gefragt, einmal grundsätzlich die Zulässigkeit der Rückwirkung und dann die Frage nach einem Gesetzesvorbehalt. Zu dem ersten Punkt: Herr Kollege Eisele hat erstmal vollkommen Recht, dass Artikel 103 Absatz 2 Grundgesetz hier nicht zur Anwendung kommt, weil der sich nämlich nur auf die materiellen Strafgesetze bezieht. Ich finde es dann aber problematisch, sogar zu überlegen, ob man, wenn der nicht zur Anwendung kommt, dann auf das allgemeine Rechtsstaatsprinzip nicht mehr zurückgreifen kann. Das klang in dieser Antwort des Kollegen Eisele durch. Das Rechtsstaatsprinzip gilt immer wenn der Rechtsstaat handelt, und nur, weil Artikel 103 Absatz 2 GG hier nicht zur Anwendung kommt, hat das keine Auswirkungen auf das allgemeine Rechtsstaatsprinzip. Das allgemeine Rechtsstaatsprinzip aus Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz beinhaltet einen Schutz der Rechtssicherheit. Da gilt es nun zu unterscheiden zwischen echter und unechter Rückwirkung. Das wurde hier auch schon verschiedentlich erörtert, und ich bin – wie schon dargelegt – der Auffassung, dass es sich hier um eine echte Rückwirkung handelt. Weil ich mir das einfach denklogisch nicht vorstellen kann, dass man sich die Situation eines rechtskräftig Freigesprochenen so vorstellt, dass der Sachverhalt für ihn nicht abgeschlossen ist. Das setzt voraus, dass sich die Rechtskraft als anhaltender Prozess im Laufe der Zeit entwickelt, der Sachverhalt nicht abgeschlossen ist. Das halte ich für äußerst unplausibel. Es ist sicher so, dass das Bundesverfassungsgericht auch nicht immer ganz sauber zwischen echter und unechter Rückwirkung unterscheidet. Manchmal tut es das stärker, manchmal weniger stark. Wenn es nicht



so klar danach unterscheidet, gewichtet es nach dem Gewicht der betroffenen Rechtsgüter. Und wenn hier eine Verurteilung zu lebenslanger Haft im Raum steht, kann man sich jedenfalls sicher sein, dass egal, ob echte oder unechte Rückwirkung, das Bundesverfassungsgericht sehr, sehr hohe Standards an eine solche Rückwirkung anlegen wird. Nun hat der Kollege Kubiciel auf eine jüngst ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verwiesen, die seiner Auffassung nach hier die Zulässigkeit einer solchen Rückwirkung unterstützt. Er hat davon gesprochen, dass das Bundesverfassungsgericht sich hier für Normgeltung und Befriedungsfunktion positioniert habe. Das stimmt einerseits, aber auch hier muss man, ähnlich wie bei der Entscheidung aus dem 56. Band, etwas genauer hinschauen. Das war eine Entscheidung, wo es um die rückwirkende Erweiterung der Möglichkeiten des Verfalls ging – also ein Einzug von Vermögensgütern. Das Bundesverfassungsgericht hat dann gesagt, ich zitiere: „Von besonderer Bedeutung sind [...] Gesichtspunkte [von Gerechtigkeit und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung] im Bereich der Organisierten Kriminalität wie auch in Deliktsfeldern, in denen in Ermangelung eines unmittelbar Geschädigten nicht ohne Weiteres mit dem Entzug deliktisch erlangten Vermögens zu rechnen ist. Gerade dort kann der der Rechtstreue der Bevölkerung abträgliche Eindruck eines erheblichen Vollzugsdefizits der in den Strafgesetzen zum Ausdruck kommenden Wertungen entgegenstehen [...].“ Es geht also um Vollzugsdefizite, die im Bereich der Organisierten Kriminalität so groß sind, dass sie das Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat erschüttern. Es gibt keine andere Deliktgruppe – bitte korrigieren Sie mich, wenn Sie das anders einschätzen –, wo die Aufklärungs-

und Verurteilungsquote so hoch ist, wie bei Mord. Es gibt dort kein strukturelles Vollzugsdefizit. Insofern ist diese Argumentation des Bundesverfassungsgerichts aus diesem Beschluss vom 10. Februar 2021, Randnummer 151, hier nicht übertragbar. Zweiter Punkt von Frau Bayram – Gesetzesvorbehalt: Ich würde auch sagen, wenn man sich hier schon in einen Zwiespalt und einen Widerspruch mit dem Rückwirkungsverbot setzen möchte, sollte man das wenigstens gesetzlich tun. Wahrscheinlich möchte man das nicht, um dieser heiklen Positionierung zu entgehen. Ich bin aber der Auffassung, dass auch ein Gesetzesvorbehalt hier an der Verfassungswidrigkeit der Regelung an sich nichts ändert. Vielen Dank.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Aust. Weitere Wortmeldungen sehe ich nicht. Herr Straetmanns ist offenbar mit Ihren Antworten schon vorab zufrieden gewesen, insofern hat sich seine Wortmeldung, die zwischenzeitlich noch kam, erledigt. Damit sind wir am Ende dieser dritten Runde, am Ende der Sachverständigenanhörung. Es ist an mir, Ihnen, den Sachverständigen hier im Raum und denen, die zugeschaltet sind, herzlich für die Stellungnahme und den Input zu danken, den Kolleginnen und Kollegen für die Fragen, der Bundesregierung fürs Zuhören und für die Vorbereitung des Gesetzentwurfs. Wir werden jetzt in uns gehen. Die Koalitionsfraktionen werden in sich gehen und das alles noch mal wägen und wichten und ob und wann etwas rauskommt, werden Sie vermutlich sehr bald sehen. Bis dahin wünsche ich alles Gute, ich schließe die Anhörung und wünsche noch einen guten Tag. Bleiben Sie gesund!

Schluss der Sitzung: 15:41 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB  
**Stellvertretender Vorsitzender**



**Anlagen:**

**Stellungnahmen der Sachverständigen**

<b>Prof. Dr. Helmut Aust</b>	<b>Seite 29</b>
<b>Stefan Conen</b>	<b>Seite 36</b>
<b>Prof. Dr. Jörg Eisele</b>	<b>Seite 47</b>
<b>Prof. Dr. Klaus F. Gärditz</b>	<b>Seite 53</b>
<b>Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel</b>	<b>Seite 61</b>
<b>Dr. Wolfram Schädler</b>	<b>Seite 70</b>

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.<sup>1</sup> Art. 103 III GG ist dabei ein normgeprägtes Grundrecht, welches in seinem Gehalt im Zusammenhang mit dem einfachen Recht gelesen werden muss.<sup>2</sup> Dies bedeutet hier allerdings weder, dass durch Art. 103 III GG ein bestimmter Stand des einfachen Rechts konstitutionalisiert wurde,<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> 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).

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

<sup>3</sup> Vgl. Schulze-Fielitz in Dreier, Bd. III, Art. 103 Rn. 32.

<sup>4</sup> 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 Mehrfachverfolgungsverbot<sup>5</sup> 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“.<sup>6</sup>

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 beziehen<sup>7</sup> oder auf die Frage, ob das Ordnungswidrigkeitenrecht von Art. 103 III GG erfasst wird.<sup>8</sup> 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“.

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

<sup>6</sup> Diese Formulierung verwendend: Suliak, LTO, 19.11.2019, abrufbar unter:

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

<sup>7</sup> Dazu BVerfGE 56, 22 (27 ff.) = NJW 1981, 1433 (1433 ff.).

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> *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.

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

<sup>12</sup> 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](https://www.cdu.de/system/tdf/media/fk_strafrecht_und_strafprozessrecht_wiederaufnahme_zu_ungunsten_des_angeklagten_ergaezung_des_ss_362_stpo.pdf?file=1).

<sup>13</sup> *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 umfasst<sup>14</sup>, 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 Rechtsfolgen und der tatbestandlichen Rückanknüpfung.<sup>15</sup> Sollten die Wiederaufnahmemöglichkeiten ganz allgemein für in der Vergangenheit liegende und rechtskräftig abgeschlossene Strafverfahren im Hinblick auf die nicht verjähren Straftaten erweitert werden, würde dies nach ganz überwiegender Auffassung eine Form der echten Rückwirkung (d.h. der Rückbewirkung von Rechtsfolgen) darstellen.<sup>16</sup> Ein solches Gesetz würde „nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände“ eingreifen.<sup>17</sup> Eine solche echte Rückwirkung ist *grundsätzlich*

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

<sup>15</sup> 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.).

<sup>16</sup> *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.

<sup>17</sup> *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.<sup>18</sup>

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.

---

<sup>18</sup> 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.

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,<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.“**

---

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

<sup>2</sup> 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.“<sup>3</sup>*

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

<sup>3</sup> 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.“<sup>4</sup>*

## b)

Die Entwurfsverfasser führen gegen diese, verfassungsrechtlich vermeintlich eindeutige Sicht eine spätere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an, nach welcher Art. 103 Abs. 3 GG *Grenzkorrekturen* nicht entgegenstehe, sondern nur *den Kerngehalt dessen garantiere, was als Inhalt des Satzes „ne bis in idem“* in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde.<sup>5</sup> Des weiteren wird auf eine spätere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage von Rechtskraftdurchbrechungen bei Strafbefehlen rekurriert.<sup>6</sup> 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

<sup>4</sup> BVerfGE 3, 248ff. = NJW 1954, 69.

<sup>5</sup> BVerfGE 56, 22 (34)

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup> 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.

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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,<sup>9</sup> 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.

---

<sup>9</sup> vgl. RGBI. 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> § 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.

---

<sup>10</sup> S. o. unter 2. b. aa)

<sup>11</sup> 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 unverjährbar. 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

## **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 Gesetzentwurf<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

---

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

<sup>2</sup> *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.<sup>3</sup> Es geht dann in der Sache nicht um eine Doppelbestrafung, sondern um eine Durchbrechung der Rechtskraft.<sup>4</sup> Entscheidend ist dabei, ob die Rechtssicherheit durch die materielle Gerechtigkeit als Element des Rechtsstaatsprinzips durchbrochen werden kann.<sup>5</sup>

## 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,<sup>6</sup> zeigen bereits bestehende Durchbrechungen, gegen die praktisch kaum der Einwand der Verfassungswidrigkeit erhoben wird.<sup>7</sup> Vielmehr sollten die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits existierenden Ausnahmen nicht verfassungsrechtlich unzulässig werden.<sup>8</sup> Damit wird deutlich, dass in jedem Fall bereits der damalige Bestand der Durchbrechungen eine verfassungsimmanente Schranke bildet.<sup>9</sup> Allerdings ist die Schranke damit nicht abschließend definiert.<sup>10</sup> Weder die Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG noch der Wortlaut lassen eine Begrenzung auf diese Einschränkungen, d.h. den damaligen Bestand erkennen.<sup>11</sup> Der damalige Zustand sollte also gerade nicht zementiert werden.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

---

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.

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

<sup>4</sup> *Letzgus*, FS Geppert, 2011, 785 (791).

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

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

<sup>7</sup> 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.

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

<sup>9</sup> 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.

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

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

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

<sup>13</sup> *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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Dem entspricht es, wenn ein Abweichen von der Rechtskraft für zulässig erachtet wird, wenn dies andernfalls zu unerträglichen Ergebnissen führe.<sup>17</sup> 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:<sup>18</sup>

*„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*

---

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

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

<sup>16</sup> *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“.

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> 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."<sup>19</sup>*

## **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 würde<sup>20</sup>. 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.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup> Dem entspricht es, wenn in der Literatur die Tatschwere zum Kriterium der verfassungsimmanenten Schranke erhoben wird,<sup>23</sup> so dass die Unerträglichkeit nachvollziehbar auf Wertentscheidungen des Gesetzgebers rückführbar wird.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> BVerfGE 56, 22 (34).

<sup>20</sup> Zutreffend BT-Drs. 19/30399, S. 8.

<sup>21</sup> Letzgus, FS Geppert, 2011, 785 (788).

<sup>22</sup> Füllkrug, Kriminalistik 2020, 405 f.; Zehetgruber, JR 2020, 157 (165 f.).

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

<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

Nicht geboten ist eine Beschränkung auf Beweismittel, die bereits in der ursprünglichen Hauptverhandlung vorlagen und lediglich neu ausgewertet wurden.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

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

---

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> So auch Füllkrug, Kriminalistik 2020, 405 (406).

<sup>27</sup> So aber Füllkrug, Kriminalistik 2020, 405 (406).

<sup>28</sup> 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,<sup>29</sup> erfasst aber nicht die rein innerstaatliche Sachverhalte. Diese werden zwar von Art. 50 EU-Grundrechtecharta prinzipiell erfasst,<sup>30</sup> jedoch gilt dies nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-Grundrechtecharta nur für die Durchführung von Unionsrecht,<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> *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.

<sup>30</sup> *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.

<sup>31</sup> *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.

<sup>32</sup> Explizit *Schöch*, FS Maiwald, 2010, 769 (777 f.).

<sup>33</sup> 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).

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

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



## ***Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“***

### **I. Regelungsinhalt**

Der Entwurf eines Gesetzes „zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit)“<sup>1</sup> möchte in § 362 StPO, der die Wiederaufnahme zu Lasten der oder dem Verurteilten/Freigesprochenen regelt, einen weiteren Tatbestand aufnehmen:

- „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.“

Die Regelung führt dazu, dass hier auch in Ausnahmefällen ein erfolgter Freispruch wegen einer der bezeichneten Tatbestände einer Wiederaufnahme und damit potentiell einem erneuten Strafverfahren unterliegt. Erfasst werden auch Fälle, in denen ein Angeklagter zwar wegen der Verwicklung anderer Tatbestände verurteilt wurde, die angeklagte und abgeurteilte prozessuale Tat (§ 264 StPO) aber nach erneuter Würdigung aufgrund neuer Beweismittel zu einer Verurteilung nach § 211 StGB oder § 7 Abs. 1 Nr. 1-2 bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB führen könnte.

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 19/30399.

Wird das Verfahren wiederaufgenommen und kommt es zu einer neuen Hauptverhandlung, werden die Verurteilungsmöglichkeiten des Gerichts hingegen nicht durch die Straftatbestände des § 362 Nr. 5 StGB-E eingeschränkt. Vielmehr greift dann die allgemeine Regel des § 373 Abs. 1 StPO. In der erneuten Hauptverhandlung ist hiernach entweder das frühere Urteil aufrechtzuerhalten oder unter seiner Aufhebung anderweit in der Sache zu erkennen. An die Gründe des (wirksamen) Wiederaufnahmebeschlusses ist das Gericht nicht gebunden.<sup>2</sup> Das bedeutet, dass auch eine Verurteilung wegen anderer Straftaten als § 211 StGB oder § 7 Abs. 1 Nr. 1-2 bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB möglich ist. Wird beispielsweise zu Lasten eines Freigesprochenen ein Verfahren wiederaufgenommen, um aufgrund neuer Beweismittel den Vorwurf des Mordes (§ 211 StGB) erneut zu verhandeln, verneint dann aber das erkennende Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung (§ 261 StPO) Mordmerkmale, kann – sofern keine Verjährung eingetreten ist – z. B. auch wegen Totschlags (§ 212 StGB) oder wegen gefährlicher Körperverletzung (§ 224 StGB) verurteilt werden. Wollte man dies anders regeln, müsste man eine Einschränkung der Verurteilungsgründe bei Wiederaufnahmen nach § 362 Nr. 5 StGB-E auch in § 373 StGB verankern, wovon allerdings abzuraten ist, weil dann der einheitliche prozessuale Tatbegriff (§ 264 Abs. 1 StPO), der den Umfang der Rechtskraft markiert, auseinandergerissen würde. Denn die prozessuale Tat bezieht sich auf einen Lebenssachverhalt (einen einheitlichen geschichtlichen Vorgang<sup>3</sup>), nicht aber auf dessen rechtliche Würdigung anhand konkreter Straftatbestände.

## II. Bewertung

Verfassungsrechtlich stellt sich die Frage, inwiefern die vorgeschlagene Regelung mit dem Strafanklageverbrauch (*ne bis in idem*) nach Art. 103 Abs. 3 GG (1.) und mit dem relativen Rückwirkungsverbot nach Art. 20 Abs. 3 GG (2.) in Einklang steht. Hierzu ist Folgendes anzumerken:

### 1. Kein Verbot der Wiederaufnahme zuungunsten Beschuldigter

Der Strafanklageverbrauch nach Art. 103 Abs. 3 GG steht einer Ergänzung der Wiederaufnahmegründe nicht grundsätzlich entgegen. Nach diesem besonderen Justizgrundrecht darf niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden. Ungeachtet des missverständlichen<sup>4</sup> Wortlautes ist anerkannt, dass die Garantie nicht nur gegen die mehrmalige Bestrafung durch (deutsche) Gerichte wegen einer strafprozessualen Tat schützt, sondern auch gegen eine *erneute Strafverfolgung* nach rechtskräftiger Sachentscheidung.<sup>5</sup> Dies gilt gerade auch dann, wenn ein Angeklagter freigesprochen wurde.<sup>6</sup> Anderenfalls hätte die Garantie kaum relevante Anwendungsbereiche. So schützt Art. 103 Abs. 3 GG davor, sich wegen eines strafrechtlichen Vorwurfs nach rechtskräftiger Entscheidung wiederholt verantworten zu müssen. Art. 103 Abs. 3 GG ist auch einer relativierenden Abwägung zwischen einem materiellen Gerechtigkeitsanspruch und Rechtssicherheit nicht zugänglich, weil die Verfassungsbestimmung diese Abwägung bereits selbst abschließend – im Sinne einer Zurückstellung materieller Gerechtigkeitserwägungen – vorgenommen hat.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Engländer/Zimmermann, in: MüKo-StPO, Bd. 3/I, 2019, § 373 Rn. 5; Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 4. Aufl. (2020), § 373 Rn. 5. Vgl. auch Schmidt, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 373 Rn. 7.

<sup>3</sup> Vgl. nur Stuckenberg, in: LR-StPO, Bd. 7, 27. Aufl. (2021), § 264 Rn. 17.

<sup>4</sup> Nolte/Aust, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 174.

<sup>5</sup> BVerfGE 12, 62 (66); Bohn, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 57 ff.; Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), 8. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 83; Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. (2020), Art. 103 Rn. 103; Nolte/Aust, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 216.

<sup>6</sup> BVerfGE 12, 62 (66); BGHSt 5, 323 (328 ff.); Engländer/Zimmermann, in: MüKo-StPO, Bd. 3/I, 2019, Vor § 359 Rn. 3; Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. (2020), Art. 103 Rn. 101; Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 4.

<sup>7</sup> Stuckenberg, in: LR-StPO, Bd. 7, 27. Aufl. (2021), § 264 Rn. 13, m. zahlr. Nachw. Abweichend etwa Engländer/Zimmermann, in: MüKo-StPO, Bd. 3/I, 2019, § 373 Rn. 1.

Die Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG reicht inhaltlich freilich nicht weiter als der Schutz- und Regelungsanspruch dieser Verfassungsgarantie, die nicht losgelöst von ihrem historisch genetischen Kontext gedeutet werden kann. Art. 103 Abs. 3 GG verbietet nicht generell eine Wiederaufnahme zuungunsten Beschuldigter, wie sie auch schon bisher § 362 StPO vorsieht.<sup>8</sup> Der Verfassungsgeber wollte nicht das bereits unter der RStPO<sup>9</sup> gesamtdeutsch etablierte Wiederaufnahmerecht (§§ 399 ff. RStPO)<sup>10</sup> nachträglich für verfassungswidrig erklären.<sup>11</sup> Der Strafanklageverbrauch sowie die Wiederaufnahmegründe haben sich historisch parallel entwickelt und stehen bis heute in einem nicht völlig konsistenten Verhältnis zueinander, dessen krummes Holz auch das Grundgesetz nur hinnehmen, aber nicht glattziehen konnte.

- Die Idee eines *ne bis in idem* war bereits seit dem 17. Jahrhundert bekannt und wurde vor allem in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts verschiedentlich in (konstitutionell-monarchischen) Verfassungen deutscher Länder (auch unter dem Eindruck internationaler Entwicklungen) niedergelegt.<sup>12</sup>
- Im Zeitkontext der Reichsjustizgesetzgebung, auf die die gegenwärtige Regelung im Kern zurückgeht, war die *Maxime* längst anerkannt, obgleich sie keinen Eingang in die Reichsverfassung (1871) fand. Auch unter der WRV gab es keine Art. 103 Abs. 3 GG vergleichbare Bestimmung.
- Das Reichsgericht ging aber von einer einfach-gesetzlichen Geltung aus.<sup>13</sup> Es stellte erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 1880 fest, dass der Strafanklageverbrauch zwar nicht in der RStPO expliziert sei, aber sich aus einer Gesamtschau gleichwohl aus dieser ableiten lasse.<sup>14</sup>

Gleichwohl wurde – soweit ersichtlich – nie ein Widerspruch darin gesehen, einerseits den Strafanklageverbrauch als selbstverständliche Matrix der Rechtskraftwirkung strafrechtlicher Entscheidungen zu nehmen, andererseits besondere gesetzliche Wiederaufnahmegründe auch zuungunsten eines Verurteilten bzw. Freigesprochenen zu schaffen.

Im Parlamentarischen Rat bestand Einigkeit, dass man den vorgrundgesetzlichen Besitzstand, wie er zuletzt unter der Weimarer Reichsverfassung (1919) praktiziert wurde, auch unter dem Grundgesetz fortgeschrieben sehen wolle.<sup>15</sup> Der Strafanklageverbrauch war im Vergleich zu anderen Grundrechtsthemen weitgehend unkontrovers. Damit war aber implizit klar, dass auch die im Kern unangefochtenen und im Parlamentarischen Rat – soweit ersichtlich – nicht thematisierten

<sup>8</sup> Tendenziell kritisch aber *Nolte/Aust*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 222.

<sup>9</sup> Strafprozeßordnung v. 1.2.1877 (RGBl. 1877, S. 253).

<sup>10</sup> Der einschlägige § 402 RStPO lautete:

„Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten findet statt:

1. wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Gunsten als echt vorgebrachte Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht war;
2. wenn durch Beeidigung eines zu seinen Gunsten abgelegten Zeugnisses oder abgegebenen Gutachtens der Zeuge oder Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
3. wenn bei dem Urtheil ein Richter, Geschworener oder Schöffe mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf die Sache einer Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
4. wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständniß der strafbaren Handlung abgelegt wird.“

<sup>11</sup> *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. (2020), Art. 103 Rn. 105; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 32.

<sup>12</sup> Nachw. bei *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, At. 103 Abs. 3 Rn. 11.

<sup>13</sup> S. RGSt 2, 211 ff. (hier im Verhältnis zu Polizeistrafen); RGSt 2, 347 ff.; RGSt 4, 243 ff. (im Verhältnis zu einem Strafbefehl); RGSt 7, 355 ff. (Umfang des Strafanklageverbrauchs bei Antragsdelikten); RGSt 8, 135 ff. (Begriff der prozessualen Tat); RGSt 9, 321 ff. (Polizeiverfügung); RGSt 12, 115 ff. (grenzüberschreitende Wirkung im Reichsgebiet); RGSt 51, 241 ff. (Umfang der Rechtskraft bei Berufung der StA); RGSt 72, 99 ff. (administrative Verfolgung von Teilhandlungen).

<sup>14</sup> RGSt 2, 347 (348).

<sup>15</sup> Nachw. bei *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, At. 103 Abs. 3 Rn. 20 f.

Wiederaufnahmegründe der StPO Bestand behalten sollten. Deren partielle Abschaffung wäre anderenfalls sicherlich zum Gegenstand einer verfassungspolitischen Debatte gemacht worden. Letztlich sollte als mit Art. 103 Abs. 3 GG nur eine Kerngewährleistung der zuvor aus dem einfachen Gesetzesrecht abgeleiteten Figur des *ne bis in idem* in eine Verfassungsgarantie überführt werden.<sup>16</sup> Das BVerfG ging daher frühzeitig davon aus, dass Art. 103 Abs. 3 GG „auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozeßrechts und seine Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug“ nehme.<sup>17</sup> Dieser Stand des Prozessrechts ist aber auch nicht versteinert. Jedenfalls eine *systeminhärente* Fortschreibung des § 362 StPO durch Änderungen ist daher – wie auch die Begründung des Gesetzentwurfs ausführt<sup>18</sup> – ohne Verletzung des Art. 103 Abs. 3 GG möglich.<sup>19</sup>

Weitgehen anerkannt ist damit, dass

- ein *Wiederaufnahmeverfahren zugunsten Verurteilter* problemlos möglich ist und nicht mit Art. 103 Abs. 3 GG kollidiert.<sup>20</sup> Ob es objektiv-verfassungsrechtliche Belange gibt, im Interesse des Rechtsfriedens die eingetretene Rechtskraft nur ausnahmsweise zu durchbrechen, selbst wenn die Stabilität von Strafurteilen dann ggf. auch Verurteilten zum Nachteil gereicht, kann hier dahinstehen;
- ein *Wiederaufnahmeverfahren zuungunsten Beschuldigter* (Freigesprochener bzw. wegen einer milder zu bestrafenden Tat Verurteilter) wird von Art. 103 Abs. 3 GG nicht von vornherein ausgeschlossen, weil die Verfassungsgarantie in der Sache ein vorverfassungsrechtliches Gesamtbild des geltenden Prozessrechts als verfassungskonformen Bestand integriert hat;<sup>21</sup>
- eine *beliebige Durchbrechung der Rechtskraft* zuungunsten Beschuldigter neben den engen sowie tradierten Regelungen des § 362 StPO unzulässig ist, weil anderenfalls die Garantie des Art. 103 Abs. 3 GG leer liefe.

## 2. Gestaltungsoffene Kerngarantie

Darüber hinaus ist jedoch umstritten, mit welcher Detailschärfe die im Wortlaut uneindeutige und abstrakte Garantie des Art. 103 Abs. 3 GG der gesetzgeberischen Gestaltung der Wiederaufnahmegründe Grenzen setzt bzw. inwieweit der 1948/49 vorgefundene (einfachgesetzliche sowie richterrechtliche) Bestand des Strafprozessrechts indirekt verfassungsfest gemacht wurde. Richtigerweise ist nicht jede Facette der überkommenen einfachgesetzlichen Ausgestaltung Bestandteil der verfassungsrechtlichen Garantiefunktion geworden.<sup>22</sup> Art. 103 Abs. 3 GG hat – wie das BVerfG zutreffend ausgeführt hat – nicht den einfachgesetzlichen, durch die Rechtsprechung des RG nachkonturierten Status quo ante in seinen filigranen Verästelungen *en bloc* konstitutionalisiert; Anpassungen und Korrekturen sind daher möglich.<sup>23</sup> Der Gesetzgeber kann daher auch die Rechtskraft relativieren, indem er abgeschlossene Verfahren unter bestimmten Voraussetzungen einer Wiederaufnahme unterwirft.<sup>24</sup> Die Bestimmung steht insoweit für eine Weiterentwicklung

<sup>16</sup> BVerfGE 3, 248 (252).

<sup>17</sup> BVerfGE 12, 62 (66).

<sup>18</sup> BT-Drs. 19/30399, S. 7.

<sup>19</sup> Etwa *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545 (569); *Letzgas*, in: FS Geppert, 2011, S. 785 (793 ff.); *Schöch*, in: FS Maiwald, 2010, S. 769 (775 ff.); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (158 ff.).

<sup>20</sup> *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig/Kotzur/Kämmerer (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 78.

<sup>21</sup> BVerfGE 9, 89 (96); *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. (2012), Art. 103 Rn. 47; *Nolte/Aust*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 185; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 32.

<sup>22</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 33.

<sup>23</sup> BVerfGE 56, 22 (34 f.).

<sup>24</sup> Abweichend (auch zum vorliegenden Entwurf) *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 ff.

offen,<sup>25</sup> jedenfalls sofern sich diese innerhalb der überkommenen Matrix des vorgrundgesetzlichen Wiederaufnahmerechts positionieren lässt.

Wenn vertreten wird, dass Art. 103 Abs. 3 GG eine Erweiterung der bestehenden Wiederaufnahmegründe generell ausschließe,<sup>26</sup> vermag dies nicht zu überzeugen. Unbestritten ist, dass Art. 103 Abs. 3 GG eine rechtskräftige Entscheidung voraussetzt. Rechtsmittel innerhalb eines noch nicht abgeschlossenen Strafverfahrens berühren den Schutzbereich hingegen nicht. Die Rechtskraft von Urteilen und die Grenzen der Rechtskraft lassen sich aber nicht verfassungsunmittelbar deduzieren, sondern sind in erster Linie Konsequenz einfach-gesetzlicher Ausgestaltung. Das Prozessrecht wird daher zutreffend als „immanente Schranke“ des Art. 103 Abs. 3 GG angesehen.<sup>27</sup> Ohne Strafprozessrecht, das die Voraussetzungen, den Inhalt und die Grenzen der Rechtskraft definiert, greift die verfassungsrechtliche Gewährleistung, die an ausgeformte Institute des Prozessrechts anknüpfen muss, letztlich ins Leere.

Durch Wiederaufnahmegründe darf zwar nicht der *institutionelle Kern des Strafanklageverbrauchs ausgehöhlt* werden.<sup>28</sup> Hierfür bieten die in § 362 StPO normierten Tatbestände eine grobe Orientierung, weil sie den historischen Horizont der Verfassunggebung markieren. Das Prozessrecht darf abgeschlossene Verfahren nur dann unter den Vorbehalt einer Wiederaufnahme stellen, wenn das Gewicht der Wiederaufnahmegründe und das dahinterstehende Anliegen, eine *materiell schuldangemessene Sanktionierung* als Ausdruck des rechtsstaatlichen Auftrags zur effektiven Strafrechtspflege herbeizuführen,<sup>29</sup> so hoch ist, dass der grundsätzliche Bestand rechtskräftig abgeschlossener Verfahren ausnahmsweise dahinter zurücktritt. Unzulässig wäre z. B. eine routinemäßige Überprüfung von rechtskräftigen Freisprüchen oder eine niederschwellige Wiederaufnahme, die bei einer beliebigen Neubewertung der Beweislage möglich ist. Zulässig bleiben aber exzeptionelle Vorbehalte, die Reichweite der Rechtskraft dort zu relativieren, wo diese ihrerseits die Befriedigungswirkung der Rechtskraft zu beeinträchtigen droht.<sup>30</sup>

Dies zeigt namentlich § 362 Nr. 4 StPO, der allein auf die gesellschaftlich-kommunikative Normerosion reagiert, die von einem nachträglichen Geständnis ausgeht, das ein Freigesprochener (virtuell feixend) abgibt, weil er sich der Verurteilung erfolgreich entwunden hat. Die Tatbestände des § 362 Nr. 1-2 StPO zeigen wiederum, dass auch eine qualifiziert defizitäre Beweisführung hinreichendes Gewicht haben kann, die Befriedigungswirkung strafgerichtlicher Urteile so zu erschüttern, dass eine Durchbrechung der Rechtskraft ausnahmsweise zu rechtfertigen ist. Namentlich die Schwellen einer Urkundenfälschung oder einer strafbaren Falschaussage liegen nicht einmal sonderlich hoch.

In diese typisierte Matrix fügt sich auch der vorliegende § 362 StPO ein. Die Regelung wird ausweislich der Gesetzesbegründung von den Erwägungen getragen, dass die besondere Schwere der in Rede stehenden Straftaten eine Durchbrechung der Rechtskraft dann erfordere, wenn qualifizierte Beweismittel mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Verurteilung erwarten lassen, weil hier die Beweismitteldefizite in der ursprünglichen Hauptverhandlung angesichts der destabilisierenden Wirkung eines Freispruchs korrekturbedürftig sind. Unabhängig davon, ob der neue Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO rechtspolitisch klug angelegt ist (dies ließe sich noch eher in Bezug auf einzelne Gründe des § 362 StPO fragen), bewegt sich die Regelung jedenfalls innerhalb

<sup>25</sup> *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig/Kotzur/Kämmerer (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 65.

<sup>26</sup> *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. (2012), Art. 103 Rn. 47; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 32. Jetzt zurückhaltender *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig/Kotzur/Kämmerer (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 78, die es hier für möglich erachtet, dass dort eine Ausnahme gemacht wird, wo grundrechtliche Schutzpflichten eine Strafverfolgung gebieten.

<sup>27</sup> *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. (2020), Art. 103 Rn. 105.

<sup>28</sup> So auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 33.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168 (199); 140, 317 (344).

<sup>30</sup> Ähnlich *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), 8. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 84.

des Spektrums der bisherigen exceptionellen Wiederaufnahmegründe, denen und deren Fortschreibungen aber Art. 103 Abs. 3 GG – wie dargelegt – nicht entgegensteht.

### 3. Verhältnismäßige Risikoverteilung

Die Ausgestaltung des dies umsetzenden Prozessrechts muss verhältnismäßig sein, d. h. die Wiederaufnahme zu Lasten des Beschuldigten darf nicht zu unzumutbaren Risiken führen, bis zur Verjährung einer Straftat permanent unter dem Damoklesschwert leben zu müssen, ohne hinreichenden Grund erneut die erhebliche Belastung durch ein öffentliches Strafverfahren dulden zu müssen. Dies wird man nur dort anerkennen können, wo nachträglich verfügbare Beweismittel von besonders hoher Verlässlichkeit die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellung, die einer rechtskräftigen Entscheidung zugrunde lag, mit hoher Wahrscheinlichkeit belegen werden.

Dieser Anforderung ist aber entsprochen, wenn hohe Anforderungen an das Beweismaß gestellt werden. Angesichts der Qualität insbesondere von DNA-Nachweisen kann man dies jedenfalls bei besonders schweren Straftaten rechtfertigen. Die normative Bestimmtheit, an die mit Recht hohe Anforderungen gestellt werden, verlangt insoweit, dass ein gesetzlicher Katalog abschließend festlegt, für welche Beweismittel und für welche Straftaten eine Wiederaufnahme zuungunsten Beschuldigter möglich sein soll.

Die Verhältnismäßigkeit erfordert es, sehr hohe Anforderungen an eine Wiederaufnahme anzulegen, weil bereits ein rechtskräftiges Strafurteil vorliegt, das in einem formalisierten Strafverfahren ergangen ist, dessen Formalität und kognitiv-epistemische Qualität gerade auch dazu dient, Angeklagte vor ungerechtfertigten Verurteilungen zu schützen. Die §§ 359 ff. StPO tragen dem freilich bereits unabhängig von der hier in Rede stehenden Novelle durch ein qualifiziertes Verfahren Rechnung, das eine willkürliche oder eine voreilige Inanspruchnahme dieses exceptionellen Korrekturinstrumentes ausschließt. Auch die Neuregelung fügt sich in dieses Bezugssystem ein.

Im Übrigen genügt die Neuregelung den hohen Anforderungen an einen besonderen materiellen Ausnahmetatbestand:

- Betroffen sind nur die Straftaten des Mordes, des Völkermordes und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die nach Unrechtsgehalt, Strafraumen und sozialer Destabilisierungswirkung für die Rechtsordnung zu den schwersten Verbrechen gehören, die das geltende Strafrecht kennt. Das öffentliche Interesse, eine schuldangemessene Bestrafung herbeizuführen, wenn eine solche nach der aktualisierten Beweislage indiziert ist, hat hier überragendes Gewicht. Insoweit ist gerechtfertigt, die Rechtskraft freisprechender Strafurteile zu überwinden.
- Die sehr hohe Schwelle, dass neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden müssen, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe für eine Verurteilung bilden, sichert die Verhältnismäßigkeit der Gesamtregelung hinreichend ab. Es wird verhindert, dass freisprechende Urteil mit unzumutbarer Instabilität belastet werden, was der Fall wäre, wenn diese bei schlichten neuen Verdachtsmomenten wieder überprüft und ggf. aufgehoben werden könnten. Dringende Gründe gehen deutlich über die Schwellen eines einfachen Verdachts (§ 152 Abs. 2 StPO) bzw. eines hinreichenden Verdachts (§ 203 StPO) hinaus. Man wird die Regelung dahingehend verstehen müssen, dass eine Verurteilung bei wertender Gesamtbetrachtung mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Das führt dazu, dass nur dann eine Wiederaufnahme in Betracht kommt, wenn neue – bei der ursprünglichen Verhandlung nicht bekannte – Beweismittel vorab einer qualifizierten Überprüfung unterworfen werden. Insoweit wird es nur in extrem seltenen Ausnahmefällen hiernach zu einer Wiederaufnahme kommen.

#### 4. Zulässige unechte Rückwirkung

Der Regelungsentwurf enthält keine explizite intertemporale Regelung. Nach dem Wortlaut und dem erkennbaren Regelungszweck dürften die besseren Gründe dafürsprechen, die Regelung auch auf Freisprüche zu erstrecken, die bei Inkrafttreten der Ergänzung bereits rechtskräftig waren.

Im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG bestehen keine Bedenken, weil es nicht um eine materielle Rückwirkung von Straftatbeständen, sondern nur um eine Veränderung des prozessualen Settings ihrer Verwirklichung geht, die von der Garantiefunktion des Nulla-poena-Satzes nicht erfasst wird.

Insoweit stellen sich aber Fragen im Hinblick auf das allgemeine rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot, das als Bestandteil allgemeinen Vertrauensschutzes meist in Art. 20 Abs. 3 GG verankert wird.<sup>31</sup> Eine *echte Rückwirkung* ist danach grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig.<sup>32</sup> Eine Rechtsnorm entfaltet „echte“ Rückwirkung, wenn sie nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift,<sup>33</sup> insbesondere wenn Rechtsfolgen mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten sollen („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“).<sup>34</sup> Normen mit *unechter Rückwirkung* sollen hingegen grundsätzlich zulässig sein, sofern sich nicht aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen ergeben.<sup>35</sup> Diese Grenzen sind erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.<sup>36</sup> Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet.<sup>37</sup> Dies ist beispielsweise der Fall, wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden („tatbestandliche Rückanknüpfung“).<sup>38</sup>

Wird die Regelung auch auf Fälle erstreckt, die vor Inkrafttreten des Gesetzes rechtskräftig abgeurteilt wurden, dürfte hierin gleichwohl noch eine „unechte“ Rückwirkung. Auch diese ist aber nicht generell zulässig, sondern muss nur die Verhältnismäßigkeit wahren. Wird die Wiederaufnahme auf schwere Straftaten beschränkt, an deren Aufklärung in qualifiziertes öffentliches Interesse besteht, ist auch hier eine Rechtfertigung problemlos möglich. Denn § 362 StPO in der bisher geltenden Fassung eröffnet richtigerweise nur exzeptionelle Wiederaufnahmegründe, implantiert aber nicht implizit jedem (freisprechenden) Strafurteil die Garantie, auch in Zukunft unter veränderter Rechtslage nur unten den bei Verurteilung gegebenen Wiederaufnahmegründen nochmals zur Rechenschaft gezogen zu werden. Vielmehr dürfte die Regelung allgemein klarstellen, dass jedes rechtskräftige Strafurteil unter dem Vorbehalt exzeptioneller Wiederaufnahmegründe steht.

Wirklich gesichert ist dies freilich nicht; auch eine andere Deutung ist vertretbar. Insoweit ginge es dann wegen der rückwirkenden Veränderung der seinerzeit abschließenden Grenzen der Rechtskraft um eine echte Rückwirkung. Selbst wenn man freilich § 362 Nr. 5 StPO-E als echte Rückwirkung deuten wollte, ließe sich diese aber aufgrund der zwingenden Gemeinwohlbelange

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 132, 302 (317); 148, 217 (255).

<sup>32</sup> BVerfGE 13, 261 (271); 101, 139 (263); 148, 217 (255)

<sup>33</sup> BVerfGE 132, 302 (318); 148, 217 (255).

<sup>34</sup> BVerfGE 127, 1 (17); 148, 217 (255).

<sup>35</sup> BVerfGE 148, 217 (255).

<sup>36</sup> BVerfGE 95, 64 (86); 101, 239 (263); 122, 374 (394 f.); 148, 217 (255).

<sup>37</sup> BVerfGE 101, 239 (263); 123, 186 (257); 148, 217 (255).

<sup>38</sup> BVerfGE 148, 217 (255).

hier rechtfertigen, weil es die Integrität der Rechtsordnung besonders schwer beschädigen würde, wenn die vom Wiederaufnahmegrund erfassten Straftaten erkannt als sozialer Konflikt unzureichend bewältigt bleiben müssten.

Für die Zulässigkeit der Rückwirkung sprechen aber auch noch andere Erwägungen: Bereits Art. 103 Abs. 3 GG ist ein spezifischer rechtsstaatlicher Vertrauenstatbestand. Insoweit wäre dieser dann – wie auch Art. 103 Abs. 2 GG – *lex specialis* zum allgemeinen Vertrauensschutz nach Art. 20 Abs. 3 GG. Ist anders gewendet eine erneute Bestrafung nach Wiederaufnahme gemessen an Art. 103 Abs. 3 GG zulässig, was hier angenommen wurde, ergeben sich auch aus dem allgemeinen Rückwirkungsverbot keine strengeren Anforderungen.

Problematisch erscheint es eher, dass die *intertemporale Komponente* in dem Regelungsvorschlag bislang *nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt*. Der Rechtssicherheit würde am besten entsprochen, wenn z. B. in einem Artikelgesetz eine Übergangsregelung über die Inkraftsetzung klarstellen würde, dass die Neufassung auch für rechtskräftige Altfälle gilt (oder – falls unerwünscht – nicht gilt). Es wäre es jedenfalls hilfreich, die Intention des Gesetzgebers über den zeitlichen Anwendungsbereich explizit in der Begründung aufzugreifen und klarzustellen, dass auch Freisprüche, die vor dem Inkrafttreten ergangen sind, der Wiederaufnahme unter den bezeichneten Voraussetzungen unterliegen können oder dass diese eben nicht erfasst sein sollen. Insoweit besteht gegenwärtig noch das Risiko, dass das BVerfG im Falle einer Befassung die gesetzliche Regelung angesichts der Tragweite einer Wiederaufnahme insoweit für unzureichend bestimmt erachtet, weil der rückwirkende Anwendungsbereich für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger nicht hinreichend klar aus der bekannt gemachten gesetzlichen Regelung selbst hervorgeht.

### III. Zivilrechtliche Verjährung

Verfassungsrechtlich unproblematisch ist die nachträglich vorgesehene Aufhebung der Verjährung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche.<sup>39</sup> Wenn schon eine nachträgliche Aufhebung oder Verlängerung von Verjährungsregelungen mit den strengen Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG in Einklang steht,<sup>40</sup> muss dies erst recht für zivilrechtliche Ansprüche gelten, bei denen allenfalls weitmaschige Anforderungen der Verhältnismäßigkeit bei der Ausgestaltung von Ansprüchen im privatrechtlichen Horizontalverhältnis zu beachten sind.

(Professor Dr. Klaus Gärditz)

---

<sup>39</sup> Änderungsantrag v. 14.6.2021, Ausschuss-Drs. 19(6)280.

<sup>40</sup> BVerfGE 25, 269 ff.

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel  
Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales  
Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht  
Universität Augsburg

**Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des  
Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages**

**zu dem Entwurf der Fraktion CDU/CSU und SPD eines  
Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglich-  
keiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO  
(Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit) – BT-Drs. 19/30399  
sowie zum Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 9.6.2021  
(Ausschussdrucksache 19(6)280)**

**I. Zusammenfassung\***

*1. Rechtspolitische Erwägungen*

- Der Gesetzentwurf greift eine seit fast zwei Jahrzehnten geführte rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Debatte auf und ist das Ergebnis intensiver strafprozessualer und verfassungsrechtlicher Prüfungen.
- **§ 362 Nr. 5 StPO-E stellt keinen Paradigmenwechsel dar, sondern schreibt einen im geltenden Recht angelegten Grundgedanken für einen klar und eng gefassten Anwendungsfall fort.**
- **Andere europäische Staaten – etwa Österreich – lassen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen unter weitaus geringeren Voraussetzungen zu. Auch Art. 4 Abs. 2 des**

---

\* Die Stellungnahme greift Überlegungen eines Aufsatzes des Verf. auf, der im Heft 7/2021 des „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“ erscheinen wird.

**7. Protokolls zur EMRK** erkennt die Möglichkeit der Wiederaufnahme von Verfahren zuungunsten des Freigesprochenen an – **bei jeglichen Straftaten und unabhängig von der Qualität der neuen Beweismittel.**

- § 362 Nr. 5 StPO-E ist enger gefasst: Er ist erstens **auf Fälle begrenzt, in denen das geltende materielle Strafrecht schwerstes, weil unverjährbares Unrecht** erblickt. Zweitens ist die Wiederaufnahme nur möglich, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel **dringende Gründe** dafür bilden, dass der Freigesprochene wegen dieser schwersten Straftaten verurteilt wird.
- Dem Gesetzentwurf lässt sich nicht entgegenhalten, er lege den Grundstein für weitere – ggfs. unverhältnismäßige – Durchbrechungen der Rechtskraft durch künftige Gesetzesnovellierungen. Ein solches **Dambruchargument** **verkehrt die Beweislast. Es gilt daher in der Diskursethik nur als valide, wenn mit Gründen belegt werden kann, dass die behauptete Gefahr sehr wahrscheinlich eintreten wird.**<sup>1</sup> Solche Gründe sind nicht ersichtlich.

2. Der Gesetzentwurf ist **verfassungskonform.**

- Die **Gewährleistungen des Art. 103 Abs. 3 GG** gelten nicht einschränkungslos.
- § 362 Nr. 5 StPO-E schränkt Art. 103 Abs. 3 GG **in verhältnismäßiger Weise** ein. Die Regelung dient dem Ziel, einen – durch neue Tatsachen oder Beweismittel von besonders hoher Aussagekraft – erneuerten Verdacht schwerster Straftaten aufzuklären. Die Vorschrift trägt dafür Sorge, dass Normgeltung und Befriedungsfunktion des Strafrechts in zentralen Bereichen nicht dadurch Schaden nehmen, dass einem (erneuerten) Verdacht der Begehung schwerster Straftaten nicht nachgegangen wird.
- Der **Kerninhalt des Art. 103 Abs. 3 GG** bleibt von dieser **punktuellen, eng gefassten Änderung unberührt.**
- Die **Vorschrift gerät nicht in Konflikt mit dem Rückwirkungsverbot**, da sie nicht ausschließlich rückwirkende Geltung hat, sondern Wirkung auch und gerade pro futuro zeitigt. Eine rückwirkende *Anwendung* des Gesetzes wäre an den Regeln des BVerfG über eine echte Rechtsfolgenrückwirkung zu messen; die Rückwirkung ließe sich auf Basis der Rspr. des BVerfG mit überragenden Gründen des Gemeinwohls rechtfertigen.

---

<sup>1</sup> Siehe dazu *Sinnott-Armstrong/Fogelin*, Understanding Arguments: An Introduction to Informal Logic, 8. Aufl. 2009, S. 329.

## II. Im Einzelnen

### 1. Hintergrund der Gesetzgebung

Der Gesetzentwurf hat einen **langen Vorlauf**. Die Frage, ob neue Beweismittel (propter nova) eine Erneuerung der Hauptverhandlung gegen den Freigesprochenen ermöglichen sollen, diskutiert die Rechtswissenschaft seit mehr als einhundertfünfzig Jahren.<sup>2</sup> Präsent im Deutschen Bundestag und Bundesrat ist die Debatte seit 1993.<sup>3</sup> **Auslöser der rechtspolitischen Debatte sind (mehrere) Tötungsdelikte**, bei denen neue kriminaltechnische Untersuchungsmöglichkeiten eindeutige Ergebnisse zur Identifizierung einer Person erbracht und den Nachweis ihrer Täterschaft ermöglicht haben.<sup>4</sup>

Dennoch lässt § 362 StPO eine Wiederaufnahme in solchen Fällen bislang nicht zu. **§ 373 a StPO** ermöglicht hingegen – verfassungsgerichtlich anerkannt<sup>5</sup> – die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen.<sup>6</sup> Zwar bestehen zwischen einem Strafbefehlsverfahren und einem Freispruch am Ende einer Hauptverhandlung verfahrensstrukturelle Unterschiede; nach Abschluss beider Verfahren tritt aber eine identische Rechtskraft ein.<sup>7</sup> Daher sind beide Fälle aus der grundrechtlichen Perspektive des von der Rechtskraft profitierenden Einzelnen vergleichbar.<sup>8</sup> Hier wie dort wird die Rechtskraft einer für ihn günstigen Entscheidung beseitigt und eine reformatio in peius ermöglicht. Ungeachtet dessen regelt das geltende Recht beide Fälle auf entgegengesetzte Weise: Nach einem Freispruch ist die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen und Beweise selbst bei schwersten Straftaten

---

<sup>2</sup> Umfassend *Grünewald* ZStW 120 (2008), 545 ff. – Dennoch sei das Recht der Wiederaufnahme „alt und eingefahren und von bleibenden Reformen fast unberührt“, meint *Dünnebier*, FS Peters, 1974, S. 333.

<sup>3</sup> Aus dem Jahr 1993 BT-Drs. 12/6219; aus dem Jahr 1996 BT-Drs. 13/3594; aus dem Jahr 2008 BT-Drs. 16/7957 (Gesetzentwurf des Bundesrates); aus dem Jahr 2010 BR-Drs. 222/10. – Keinen Handlungsbedarf sah hingegen der Abschlussbericht der beim BMJV angesiedelten Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und Jugendstrafverfahrens, 2015, S. 168 (indes ohne Begründung). – Zu diesem Teil der Historie siehe *Gössel*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2013, Vor § 359 Rn 193 f.; *Sabel*, FS Graf-Schlicker, 2018, S. 561, 566 ff.

<sup>4</sup> Siehe nur BT-Drs. 16/7957, S. 1.

<sup>5</sup> BVerfGE 3, 248 ff.

<sup>6</sup> Siehe dazu *Schmidt*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl. 2019, § 373a Rn 4: verfassungsrechtlich unbedenklich. – Darüber hinaus ist nach § 85 Abs. 2 OWiG die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Betroffenen aufgrund neuer Tatsachen oder Beweise zu dem Zweck zulässig, die Verurteilung nach einem Strafgesetz herbeizuführen.

<sup>7</sup> Vgl. § 410 Abs. 3 StPO und *Meyer-Gößner*, in: *ders./Schmitt, StPO*, 67. Aufl. 2017, § 373a Rn 3.

<sup>8</sup> Das wird vielfach übersehen, so etwa von *Brade*, ZIS 2021, 362 f.; *Leitmeier*, StV 2021, 341, 344; *Rubs*, ZRP 2021, 88, 91.

ausgeschlossen, während propter nova einem Strafbefehl bei weit geringeren Tatvorwürfen umstandslos die – einem Urteil entsprechende – Rechtskraft nehmen. **So kann aus einem Strafbefehl wegen Diebstahls eine Verurteilung zur lebenslangen Freiheitsstrafe wegen Raubmordes werden, während der Freispruch vom Vorwurf des Mordes Bestand hat.**

Letzteres will der vorliegende Gesetzentwurf – unter engen Voraussetzungen – ändern. Er verfolgt dabei das Ziel, unter Abwägung zwischen „den Grundsätzen der materiellen Gerechtigkeit“ und dem „Bedürfnis nach Rechtssicherheit“ unter näher geregelten Voraussetzungen die Wiederaufnahme eines Verfahrens bei schwersten Straftaten zu ermöglichen. **Die Rechtskraft bzw. das Interesse des Freigesprochenen an der Rechtskraft treten unter engen Voraussetzungen des § 362 Nr. 5 StPO hinter der materiellen Gerechtigkeit zurück, so wie dies auch bei den bereits existierenden Wiederaufnahmegründen der Fall ist (dazu sogleich).**

*2. § 362 Nr. 5 StPO-E schreibt im Recht angelegte Grundgedanken fort*

**a) Weder das Interesse des Freigesprochenen an der Rechtskraft eines für ihn günstigen Urteils noch die Interessen der Rechtsgemeinschaft (und der Hinterbliebenen) an der Verfolgung schwerster Straftaten können uneingeschränkte Verbindlichkeit beanspruchen.** Dies verdeutlicht das geltende Strafprozessrecht, das unter den in § 362 StPO genannten Voraussetzungen eine Durchbrechung der zuvor gesetzlich angeordneten Rechtskraft zulässt und damit den Interessen der Rechtsgemeinschaft den Vorzug gewährt. Die bislang in § 362 Nr. 1–4 StPO verankerten Gründe für eine Durchbrechung der Rechtskraft stellen einen Kompromiss zwischen der materiellen Gerechtigkeit und der effektiven Strafverfolgung einerseits sowie dem von Art. 103 Abs. 3 GG beabsichtigten Schutz des Interesses des Einzelnen am Rechtsfrieden qua Rechtskraft andererseits dar.<sup>9</sup> Die Neuregelung fügt sich in die Struktur des § 362 StPO ein. So kann nach § 362 Nr. 4 StPO ein „glaubwürdiges Geständnis“ des Angeklagten zur Erneuerung der Hauptverhandlung führen. Dass das Geständnis einen Wiederaufnahmegrund darstellt, liegt nicht (allein) an der Freiwilligkeit der Äußerung;<sup>10</sup> wäre dem so, müsste nicht nur das Geständnis eine Wiederaufnahme begründen, sondern jede freiwillige Veränderung der Beweislage durch den Freigesprochenen. Der Gesetzgeber hat vielmehr das Geständnis auch und gerade deshalb fokussiert, weil ihm traditionell ein besonders großer

<sup>9</sup> Siehe nur KMR-Eschelbach, Lfg. 40, August 2005, § 362 Rn. 2; Grünwald ZStW 120 (2008), 545, 547.

<sup>10</sup> So aber Grünwald ZStW 120 (2008), 545, 574; ihr folgend Pabst ZIS 2010, 121, 129; Pohlreich, in: Bonner Kommentar zum GG, 194. Aktualisierung November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 66. A.A.: Zehetgruber JR 2020, 157, 162.

Beweiswert zugesprochen wird.<sup>11</sup> Anders gewendet: Das Geständnis bildet einen dringenden Grund dafür, dass der freigesprochene Angeklagte die Tat begangen hat. Diesen, im geltenden Recht angelegten Gedanken, schreibt der neue § 362 Nr. 5 StPO fort.

**b) Nicht wenige Rechtsstaaten lassen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen unter weitaus geringeren Voraussetzungen zu.** So ist im rechtskulturell verwandten Österreich die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen **bei allen Straftaten** möglich und zwar schon dann, wenn sich (**irgendwelche**) **neue Tatsachen oder Beweismittel ergeben, die (bloß) geeignet erscheinen, eine Verurteilung naheulegen** (§ 355 iVm. § 352 Abs. 1 Nr. 2 öStPO). Dieselbe Regelung findet sich in **Art. 4 Abs. 2 des 7. Protokolls zur EMRK**. Angesichts dessen kann die – deutlich engere – Regelung des Gesetzentwurfes keinen rechtsstaatlichen Problemfall darstellen.

## 2. Zur Verfassungskonformität des § 362 Nr. 5 StPO-E

a) Art. 103 Abs. 3 GG steht der beabsichtigten Ergänzung nicht im Wege. Dem neuen § 362 Nr. 5 StPO liegt im Grundsatz dieselbe rechtspolitische und verfassungsrechtliche Abwägung zugrunde wie den bereits existierenden Wiederaufnahmegründen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die widerstreitenden Interessen nach Auffassung des BVerfG Ausprägungen desselben verfassungsrechtlichen Prinzips sind: des Rechtsstaatsprinzips.<sup>12</sup> Schon aus diesem Grund kann weder die materielle Gerechtigkeit noch das Interesse des Einzelnen an der Rechtskraft des Freispruchs *absolute* Geltung haben; beide Interessen sind vielmehr der Abwägung zugänglich und auch bedürftig.<sup>13</sup> **Art. 103 Abs. 3 GG formuliert mithin eine (grundrechtsgleiche) Regel, die nicht einschränkungslos gilt, sondern Ausnahmen zugänglich ist.**<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> *Schöb*, FS Maiwald, 2010, S. 769, 779 f. – Dazu passt auch die Begründung des historischen Gesetzgebers. Dieser war von der Sorge getragen, dass das „Rechtsbewusstsein im Volke“ Schaden nehme, wenn sich ein Freigesprochener der Tat berühme (siehe SK/*Frister*, 5. Aufl. 2018, § 362 Rn. 1 m.w.N.). Schaden nimmt das Rechtsbewusstsein aber nur deshalb, weil das Geständnis einen besonders hohen Beweiswert hat und *deswegen* der Freispruch als diskreditiert und die Tat als weiterhin verfolgungsbedürftig erscheint.

<sup>12</sup> Zur Rechtssicherheit siehe BVerfGE 2, 380, 403; zur Bedeutung der materiellen Gerechtigkeit für das Straf(verfahrens)recht siehe BVerfGE 133, 168, 198.

<sup>13</sup> So auch SSW/*Kaspar*, StPO, 4. Aufl. 2020, Vor § 359 Rn. 9.

<sup>14</sup> So auch *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251, 252.

b) Die teilweise vertretene **Auffassung, der historische Verfassungsgeber habe mit Art. 103 Abs. 3 GG ein Verbot jeder weiteren Abwägung statuieren und die vorkonstitutionelle Rechtslage festschreiben wollen, lässt sich historisch nicht belegen.**<sup>15</sup> Vor allem aber ist eine solche, an den „Originalismus“ (konservativer) amerikanischer Verfassungsjuristen erinnernde Veränderungs- bzw. Interpretationssperre der deutschen Verfassungstheorie und -praxis wesensfremd. Die herrschende Lehre und das BVerfG gehen daher zu Recht davon aus, dass Änderungen des § 362 StPO ohne Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG möglich sind.<sup>16</sup> Wie die in Rede stehenden Verfassungs- und Verfahrensziele abzuwägen sind, hat grundsätzlich der Gesetzgeber zu bestimmen. Ihm obliegt auch die Entscheidung darüber, ob Ausnahmen vom Verbot der Mehrfachverfolgung zu machen sind, weil das Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils zu – gemessen an der materiellen Rechtskraft – schlechterdings unerträglichen Ergebnissen führen würde.

c) Der Gesetzgeber darf § 362 StPO allerdings nicht willkürlich<sup>17</sup> oder „über jedes voraussehbare Maß hinaus“<sup>18</sup> erweitern; auch hat er den „Kern“ dessen zu achten, „was als Inhalt des Satzes ‚ne bis in idem‘ in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde“.<sup>19</sup> **Die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO bewegt sich in diesen verfassungsrechtlichen Grenzen.** Sie ist weder unverhältnismäßig noch berührt sie den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG.

aa) Die Regelung dient dem **Ziel, einen – durch neue Tatsachen oder Beweismittel von besonders hoher Aussagekraft – erneuerten Verdacht schwerster Straftaten aufzuklären.** Damit trägt sie dafür Sorge, dass **Normgeltung und Befriedungsfunktion des Strafrechts in zentralen Bereichen nicht dadurch Schaden nehmen, dass einem (erneuerten) Verdacht der Begehung schwerster Straftaten nicht nachgegangen wird.**

---

<sup>15</sup> Näher dazu *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, 2019, Vor § 359 Rn. 3; *Neumann*, FS Jung, 2007, S. 657 ff.; *Zehetgruber* JR 2020, 157, 159 („kaum vertretbar“). Insoweit übereinstimmend *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 960.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 56, 22, 34 f. Zur heute herrschenden Lehre siehe nur *Grünwald* ZStW 120 (2008), 545, 569, *Kunig*, in: v. Münch/ders., GG, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 37; *Letzoug*, in: FS Geppert, 2011, S. 785, 793 ff.; *Sabel*, in: FS Graf-Schlicker, 2018, S. 561, 566; *Schöch*, FS Maiwald, 2010, S. 769, 775 ff.; *Zehetgruber* JR 2020, 157, 158 ff.

<sup>17</sup> BeckOK-StPO/*Singelstein*, 37. Edition, Stand: 01.07.2020, § 362 Rn. 1.

<sup>18</sup> KK-StPO/*Schmidt*, 8. Aufl. 2019, StPO § 362 Rn. 3.

<sup>19</sup> BVerfGE 56, 22, 34 f.

bb) Der **Anwendungsbereich ist auf Tatbestände begrenzt, die sich durch einen einzigartigen Unrechtsgehalt von anderen Straftatbeständen abheben.** § 211 StGB sanktioniert besonders gefährliche und verwerfliche Angriffe auf den grundgesetzlichen „Höchstwert Leben“<sup>20</sup>; die Straftatbestände Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch stellen „schwerste Verbrechen“ dar, die „die internationale Gemeinschaft als Ganze berühren.“<sup>21</sup> **Das besondere Unrecht und der exzeptionelle Charakter dieser Tatbestände scheint auch in der lebenslangen Freiheitsstrafe als Rechtsfolge sowie der Unverjährbarkeit entsprechender Taten auf.** Die geplante Erleichterung der Wiederaufnahme des Verfahrens dient folglich der Verfolgung schwerster Straftaten und dem Schutz von höchstrangigen Rechten bzw. Fundamentalinteressen der Völkergemeinschaft. Dies stellt ohne Zweifel ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel dar.

cc) Die Neuregelung der Wiederaufnahme ist verhältnismäßig. Sie greift weder in unverhältnismäßiger Weise in die Grundrechte des Freigesprochenen ein noch verletzt sie den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG. Denn selbst zur Verfolgung der genannten schwersten Straftaten ist die Wiederaufnahme nicht ohne weiteres möglich, wie dies im österreichischen Recht vorgesehen und von der Europäischen Menschenrechtskonvention gestattet wird. Vielmehr müssen „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, Völkermordes oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit verurteilt wird.“ Verlangt werden also qualifizierte Tatsachen oder Beweise, die eine „große Wahrscheinlichkeit“ dafür begründen, dass der Freigesprochene Täter eines Mordes, Völkermordes oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist.<sup>22</sup> Diese Prognose muss sich aus bereits belegbaren Tatsachen ergeben und darf nicht aus künftigen möglichen Ermittlungsergebnissen oder kriminalistischen Vermutungen hergeleitet werden.<sup>23</sup> Diese erhöhten Anforderungen tragen den Interessen des Freigesprochenen hinreichend Rechnung. Sie gehen über die Anforderungen hinaus, die in anderen gesetzlichen Regelungen, etwa § 373a Abs. 1 StPO, gelten.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Zuletzt BVerfG NJW 2014, 2176, 2176.

<sup>21</sup> Werle, in: MüKo-StGB, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, Einleitung VStGB Rn. 2.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfG NJW 1996, 1049; BGHSt 38, 276, 278; KK-StPO/Graf, 8. Aufl. 2019, StPO § 112 Rn. 3.

<sup>23</sup> Böhm/Werner, in: MüKo-StPO, 2014, StPO § 112 Rn. 22 f.

<sup>24</sup> Zu solchen Regelungen Letzgas, NStZ 2020, 717 ff.

### 3. Zur rückwirkenden Anwendung der Neuregelung

Die **Vorschrift gerät nicht in Konflikt mit dem Rückwirkungsverbot**, da sie nicht ausschließlich rückwirkende Geltung hat, sondern Wirkung auch und gerade pro futuro zeitigt. Eine rückwirkende *Anwendung* des Gesetzes wäre indes an den Regeln des BVerfG über eine echte Rechtsfolgenrückbewirkung zu messen.

Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG ist zwar nicht einschlägig, da es nur auf Normen des materiellen Strafrechts Anwendung findet; indes gilt das aus dem Rechtsstaatsgebot abgeleitete (allgemeine) Rückwirkungsverbot. Nach teilweise vertretener Auffassung hängt die Verfassungskonformität eines rückwirkenden Gesetzes davon ab, ob der Gesetzgeber nur eine Rückanknüpfung an vergangene Sachverhalte vornimmt (unechte Rückwirkung) oder die Geltung der Rechtsfolge auf die Vergangenheit erstreckt (echte Rückwirkung). Diese soll schwerer, jene leichter zu legitimieren sein.<sup>25</sup> Dies zugrunde gelegt nimmt die neue Wiederaufnahmeregelung nur eine tatbestandliche Rückanknüpfung vor, die nicht den zeitlichen, sondern den sachlichen Anwendungsbereich einer Norm betrifft, weil die Rechtsfolgen – Verlust der Rechtskraft – erst nach Verkündung des § 362 StPO ändernden Gesetzes eintreten (können). Da dem Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit in solchen Fällen „kein genereller Vorrang“ zukommt, kann bei Abwägung des „Gewicht[s] der berührten Vertrauensschutzbelange und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens“<sup>26</sup> von einer zulässigen Rückanknüpfung ausgegangen werden.<sup>27</sup> Indes ist die Differenzierung zwischen echter und unechter Rückwirkung umstritten, da ihr „beträchtliche Abgrenzungsprobleme“ attestiert werden.<sup>28</sup>

Ungeachtet dessen dürfte das BVerfG zwar strenge Maßstäbe an die rückwirkende Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO anlegen, diese aber dennoch als verfassungskonform bewerten. Das BVerfG verlangt in solchen Fällen, dass die Rückwirkung **überwiegenden, zwingenden Gemeinwohlgründen** dient.<sup>29</sup> Im Zusammenhang mit derartigen überragenden Gemeinwohlzielen hat das BVerfG auch die Notwendigkeit gezählt, „**in normbegräftigender Weise**“ der Rechtsgemeinschaft die Geltung des Rechts vor Augen zu führen bzw. einem für die „Rechtstreue der Bevölkerung abträglichen Eindruck eines erheblichen

---

<sup>25</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 156 ff.

<sup>26</sup> BVerfGE 109, 133, 181 f., 186.

<sup>27</sup> So *Schöch*, in: FS Maiwald, 2010, S. 769, 779.

<sup>28</sup> Näher und mit weiteren Nachweisen *Greszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 90. Ergänzungslieferung, Februar 2020, Art. 20, VII, Rn. 77, 79.

<sup>29</sup> Zuletzt BVerfG JZ 2021, 464, 471; dazu *Kubiciel*, FAZ Einspruch v. 9.3.2021. Umfassend dazu *Greszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 20, VII, Rn. 85 ff.

Vollzugsdefizits“ entgegenzuwirken.<sup>30</sup> Dieser Gedanke lässt sich – gerade wegen des Zuschnitts der Neuregelung – auf § 362 Nr. 5 StPO übertragen: Die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen dient – wie oben gezeigt – der Stabilisierung solcher Normen, die Rechtsgüter von höchstem Rang gegen besonders gefährliche und verwerfliche Angriffe schützen. Gerade bei diesen Straftaten kann sich der Bestand einzelner Freisprüche negativ auf die Rechtsgemeinschaft auswirken, wenn der Überzeugungskraft des Freispruchs ein Geständnis des Täters oder eben andere besonders gewichtige Beweismittel entgegenstehen. Darüber hinaus hat das BVerfG ausgeführt, dass die rückwirkende Erweiterung von Wiederaufnahmegründen mit dem Rechtsstaatsgebot im Einklang steht, wenn dies aus Gründen erfolgt, die nach althergebrachter und unbestrittener Rechtsüberzeugung zur Begründung eines Wiederaufnahmeverfahrens geeignet sind.<sup>31</sup> Wie bereits dargelegt, zeigt die Existenz von § 362 Nr. 4 StPO, dass nach althergebrachter Rechtsauffassung eine Wiederaufnahme des Verfahrens auch zuungunsten des Verurteilten möglich sein soll, wenn ein neues Beweismittel mit einem besonders hohen Beweiswert vorliegt. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine Durchbrechung des Vertrauensgrundsatzes daher möglich.

#### *4. Änderungsantrag: Unverjährbarkeit zivilrechtlicher Ansprüche*

Der Änderungsantrag passt die zivilrechtliche Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche aus unverjährbaren Straftaten den strafrechtlichen Verjährungsregelungen des § 78 Abs. 2 StGB bzw. des § 5 VStGB an. Das ist verfassungsrechtlich zulässig. Die Ausgestaltung des Verjährungsrechts muss zwar hinreichend kohärent sein, um Art. 3 I GG zu genügen.<sup>32</sup> Die Verjährungsausnahme für Ansprüche aus unverjährbaren Straftaten ist aber mit Blick auf die in Rede stehenden individuellen und überindividuellen Interessen begründbar. Dementsprechend enthält das Zivilrecht bereits jetzt unverjährbare Ansprüche und zeigt damit, dass Interessen geben kann, die den Interessen des Beklagten vorgehen.

---

<sup>30</sup> BVerfG JZ 2021, 464, 471.

<sup>31</sup> BVerfGE 2, 380, 403 ff.

<sup>32</sup> BeckOGK/Piekenbrock BGB § 194 Rn. 16.



RA Dr. Schädler, Wilhelm-Leuschner-Straße 2 67547 Worms

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Recht  
und Verbraucherschutz  
Leiterin  
Sekretariat PA 6  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Fax: 030 227-36081

**Dr. Wolfram Schädler**  
**Rechtsanwalt**  
**Bundesanwalt a.D.**  
Steuer-Nr. 4386433460  
Finanzamt Wiesbaden II

**In beratender Funktion**  
**Dr. Andreas Ernemann**  
Vorsitzender Richter  
am BGH a.D.

Wilhelm-Leuschner-Straße 2  
(Europahaus)  
67547 Worms  
Tel.: 06241/9737935  
Fax.: 06241/9737936  
[www.rechtsanwalt-schaedler.de](http://www.rechtsanwalt-schaedler.de)  
[opferanwalt@rechtsanwalt-schaedler.de](mailto:opferanwalt@rechtsanwalt-schaedler.de)  
[revisionen@rechtsanwalt-schaedler.de](mailto:revisionen@rechtsanwalt-schaedler.de)

**In Kooperation mit**  
**Dr. Frank K. Peter**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Strafrecht  
Fachanwalt für Familienrecht  
Zertifizierter Nebenkläger- und  
Opferschutzvertreter (DSV)  
Counsel admitted to the  
International Criminal Court (ICC),  
The Hague, NL

Wilhelm-Leuschner-Straße 2  
(Europahaus)  
67547 Worms  
[www.kanzlei-im-europahaus.de](http://www.kanzlei-im-europahaus.de)  
[office@kanzlei-im-europahaus.de](mailto:office@kanzlei-im-europahaus.de)

Worms, den 17.06.2021

## Statement

**zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses  
für Recht und Verbraucherschutz am  
21.06.2021, 14:00 Uhr**

**zum Gesetzentwurf der Fraktionen der  
CDU/CSU und SPD zur Erweiterung der  
Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten  
des Verurteilten gemäß § 362 StPO (Gesetz  
zur Herstellung materieller Gerechtigkeit)**

---

## Stellungnahme:

Mein Mandant, Hans von Möhlmann, und ich haben sich für eine Änderung des § 362 StPO, so, wie sie der Gesetzentwurf jetzt im Auge hat, seit 6 Jahren eingesetzt.

Ich komme daher einen langen Weg her. Auf diesem Weg sind die Argumente intensiv und gegensätzlich ausgetauscht worden. Die Gesichtspunkte sind nun in dem bemerkenswerten Gesetzentwurf erschöpfend und umfassend erörtert worden. Die folgende Stellungnahme kann sich deshalb auf wenige Punkte beschränken.

Ich darf aber schon an dieser Stelle mitteilen, dass mein Mandant und ich uns freuen über die derzeitige Bewegung, die in die lange Jahre festgefahrene Diskussion gekommen ist.

1.

Die lang andauernde Diskussion wird verständlich vor dem Hintergrund der historischen Erfahrungen mit dem Rechtswesen im Nationalsozialismus, wo es dem Staat nach Belieben möglich war, nicht nur freisprechende Urteile, sondern auch seiner Meinung nach zu milde Urteile zu kassieren und in strengere Urteile umzuwandeln. Zu Recht wollten die Väter des Grundgesetzes dem einen Riegel vorschieben und enge Grenzen zugunsten der Rechtssicherheit setzen.

Und hiermit ist aber nach meiner Meinung auch der Kern von Art. 103 Abs. 3 des Grundgesetzes beschrieben: **Der Staat darf in einem Rechtsstaat nicht Urteile austauschen, die ihm missliebig sind.**

Der Gesetzentwurf respektiert diese Grenzsetzung, da sein Anwendungsbereich auf die unverjährbaren Delikte Mord und Völkermord beschränkt ist.

Und hier schließt sich ein Kreis:

Mord ist unverjährrbar. In allen unseren Diskussionen war das jedem, vor allen dem Rechtsunkundigen, präsent. Die Unverjährrbarkeit, historisch als Kampf gegen die Nazidelikte gedacht, entwickelte sich zu einem Leuchtturm unseres Rechtsstaates, weil dieser jedem signalisiert, die Strafverfolgung gibt niemals auf, das Schwerste aller Delikte zu ahnden!

---

Der vorliegende Gesetzentwurf führt diesen Rechtsgedanken jetzt so zu Ende, dass ein falsch freigesprochener Mörder niemals seines Triumphs über die Fakten sicher sein kann.

2.

Der vorliegende Gesetzentwurf beschreibt eine Änderung der Strafprozessordnung und somit eine unechte Rückwirkung.

Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes und das daraus abgeleitete strafrechtliche Rückwirkungsverbot gelten unstreitig nur für die Strafbarkeit des Verhaltens, also für das materielle Strafrecht, nicht für strafprozessuale Fragen und damit auch nicht für das Wiederaufnahmerecht.

Auf die Ausführungen von Prof. Schöch am 18.03.2009 im Rahmen einer vorherigen Anhörung zu einem entsprechenden Gesetzentwurf des §362 StPO darf ich mich an dieser Stelle beziehen.

3.

Der Gesetzentwurf stellt die Balance für die Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Verurteilten wieder her, nachdem diese durch die Änderung des 1. Justizmodernisierungsgesetzes vom 24.08.2004 zu seinen Gunsten verschoben worden sind:

Die Vorschrift des § 59 StPO, die die Vereidigung regelt, trat am 01.09.2004 in seiner derzeitigen Fassung in Kraft. Nach der alten Fassung hatte das Gesetz die Vereidigung eines Zeugen nach seiner Vernehmung als Regel, die Nichtvereidigung als Ausnahme vorgesehen. Mit der Neufassung der Bestimmung hat der Gesetzgeber dieses Regelausnahmeverhältnis umgekehrt; danach sollten Zeugen im Regelfall nicht mehr vereidigt werden.

Diese Umkehrung des Regelausnahmeverhältnisses bei der Vereidigung hatte unmittelbare Auswirkung auf die Vorschrift, um die es hier geht: Nach §362 Nr.2 StPO in seiner unveränderten Fassung kann das Verfahren nämlich nur dann wieder aufgenommen werden, wenn ein Zeuge oder Sachverständiger sich einer u.a. fahrlässigen Verletzung der **Eidespflicht** schuldig gemacht hat.

---



---

Wird er aber **nicht** vereidigt und er macht nur fahrlässig eine falsche Aussage läuft der Wiederaufnahmegrund der Nr. 2 des §362 StPO faktisch leer, ob wohl er einer der wichtigsten Gründe für eine Wiederaufnahme gewesen ist.

Dieses lässt sich eindrucksvoll beschreiben an dem Prozess, bei dem der Täter von Frederike von Möhlmann freigesprochen wurde: Der Gutachter, der über den Reifenabdruck Auskunft geben musste, hatte – so haben es die Ermittlungen ergeben – ein falsches Gutachten, allerdings nur fahrlässig, abgeliefert. Wäre er – wie früher - vereidigt worden, hätte das Verfahren gegen den Täter ohne weiteres wiederaufgenommen werden können.

Was bedeutet das?

Das bedeutet aus meiner Sicht nichts weniger, als dass der vorliegende Gesetzentwurf die aus dem Lot geratene Rechtswirksamkeit des § 362 StPO durch die hier vorgesehene Ziffer 5 wenigstens teilweise wieder korrigiert.

Ich danke Ihnen, dass Sie mir die Gelegenheit gegeben haben, meine Argumente noch einmal in diesem Stadium des Gesetzgebungsverfahrens darzulegen.



# Deutscher Bundestag

19. Wahlperiode

## Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für  
Recht und Verbraucherschutz

Ausschussdrucksache  
**19(6)280**

14. Juni 2021

09.06.2021

## Änderungsantrag

der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und  
SPD

– Drucksache 19/30399 –

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

Der Bundestag wolle beschließen,

den Gesetzentwurf auf Drucksache 19/30399 mit folgenden Maßgaben, im Übrigen unverändert anzunehmen:

1. Nach Artikel 1 werden die folgenden Artikel 2 und 3 eingefügt:

### „Artikel 2

#### Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

§ 194 Absatz 2 der Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Mai 2021 (BGBl. I S. 1082) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„(2) Der Verjährung unterliegen nicht

1. Ansprüche, die aus einem nicht verjährbaren Verbrechen erwachsen sind,

2. Ansprüche aus einem familienrechtlichen Verhältnis, soweit sie auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustands für die Zukunft oder auf die Einwilligung in die genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung gerichtet sind.“

### Artikel 3

#### Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Dem Artikel 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 12. Mai 2021 (BGBl. I S. 1082) geändert worden ist, wird folgender §... [einsetzen: nächste bei der Verkündung freie Zählbezeichnung] angefügt:

„§ ... [einsetzen: nächste bei der Verkündung freie Zählbezeichnung]

Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit).

§ 194 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der ab dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes nach Artikel 4 ] geltenden Fassung ist auf die an diesem Tag bestehenden noch nicht verjährten Ansprüche anzuwenden.“ ‘

2. Artikel 2 wird Artikel 4.

## Begründung

Zivilrechtliche Ansprüche, die aus einem nicht verjährbaren Verbrechen erwachsen, sollen künftig ebenso wie die Straftaten, aus denen sie erwachsen sind, nicht mehr verjähren können. Deshalb wird § 194 Absatz 2 BGB geändert. Bisher gilt für solche zivilrechtlichen Ansprüche schon nach § 197 Absatz 1 Nummer 1 BGB eine 30-jährige Verjährungsfrist. Durch die Änderung werden alle bestehenden, noch nicht verjährten Ansprüche, die aus einem unverjährbaren Verbrechen erwachsen sind, nicht mehr der Verjährung unterworfen. Das wird durch die Überleitungsvorschrift in Artikel 229 EGBGB klargestellt.