

Erweiterung von § 362 StPO im Lichte des Verfassungsrechts

Eine Erwiderung auf Letzgus, NStZ 2020, 717

Von Wiss. Mit. Dr. Alexander Brade, Leipzig*

In seinem Aufsatz kommt der Autor zu dem Ergebnis, dass die derzeit von den Bundestagsfraktionen der Großen Koalition¹ avisierte Erweiterung der Möglichkeiten der Wiederaufnahme zuungunsten eines freigesprochenen Angeklagten verfassungsrechtlich zulässig sei. Zur Begründung stützt er sich auf die Durchbrechung der Rechtskraft im einfachen Recht, den Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG sowie die „Abwägungsfähigkeit“ dieser Norm. Diesen Überlegungen ist zu widersprechen.

I. Schutzbereich: Mehrfachverfolgungsverbot

Art. 103 Abs. 3 GG verbietet nicht nur die „mehrfache Bestrafung“, sondern jede erneute Strafverfolgung.² Für die Verfassungsinterpretation kommt dem Gesetzestext bekanntlich nur selten begrenzende Funktion zu.³ Das gilt erst recht für Art. 103 Abs. 3 GG, dessen Wortsinn angesichts seiner Entstehungsgeschichte „irreführend und klärungsbedürftig“⁴ ist: Der Parlamentarische Rat hatte bei der Aufnahme des Satzes „ne bis in idem“ in das Grundgesetz die grobe Missachtung dieses Grundrechts zur Zeit des Nationalsozialismus vor Augen.⁵ Diese Erfahrungen bestanden aber nicht in einer mehrfachen Bestrafung, sondern darin, dass aufgrund des außerordentlichen Einspruchs und der Nichtigkeitsbeschwerde Freisprüche und angeblich zu niedrige Strafurteile aufgehoben worden sind und infolgedessen eine höhere Strafe verhängt wurde.⁶ Vor diesem Hintergrund würde es den eigentlichen Sinn und Zweck von Art. 103 Abs. 3 GG verfehlen, diese Bestimmung, wie Letzgus anregt,⁷ erst im Fall einer tatsächlichen abermaligen Bestrafung anzuwenden.

* Der Verf. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Umwelt- und Planungsrecht an der Universität Leipzig bei Prof. Dr. Kurt Faßbender.

¹ Suliak, LTO v. 1.6.2021, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/mord-wiederaufnahme-doppelbestrafung-verbot-verurteilung-freispruch-bmjv-gesetz-stpo/> (4.6.2021).

² Ganz h.M., vgl. etwa BVerfGE 12, 62 (66); Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 12.

³ Vgl. nur Voßkuhle, JuS 2019, 417 (423).

⁴ Nolte/Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 174.

⁵ Vgl. v. Doemming/Füsslein/Matz, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 1 (1951), 741 (743). Näher Bohn, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 60 f.

⁶ Schroeder, JuS 1997, 227 (228). Im Einzelnen Pohlreich, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 194. Lfg., Stand: November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 28.

⁷ Letzgus, NStZ 2020, 717 (718 f.).

II. Rechtskraftdurchbrechung im einfachen Recht

Die Argumentation, wonach vom einfachen Recht auf das Verfassungsrecht geschlossen werden könne, stößt bereits auf Bedenken grundsätzlicher Art: Art. 103 Abs. 3 GG ist eine Verfassungsnorm und deshalb den einfachen Gesetzen übergeordnet.⁸ Das Prozessrecht kann daher grundsätzlich nicht zur Interpretation oder zur Einschränkung von Verfassungsrecht herangezogen werden, sondern muss sich umgekehrt selbst an den Anforderungen des Grundgesetzes messen lassen. Bei dieser Prüfung fällt auf, dass bei einer Reihe der von Letzgus genannten Beispiele zur Rechtskraftdurchbrechung Zweifel angebracht sind. Das gilt selbst für die derzeit gültige Fassung von § 362 StPO, dessen Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 3 GG weit weniger gesichert erscheint, als der Autor annimmt.⁹ Im Übrigen geht Letzgus¹⁰ von falschen Voraussetzungen aus: § 79 Abs. 1 BVerfGG gilt nach ganz h.M.¹¹ „lediglich“ für die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten, nicht aber zu seinen Lasten; systematisch ergänzt § 79 Abs. 1 BVerfGG den Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 6 StPO. Insofern stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 3 GG von vornherein nicht.

Dasselbe gilt für § 85 Abs. 3 S. 2 OWiG, sofern man – mit dem Autor – die Rechtsprechung des BVerfG zugrunde legt, die das Ordnungswidrigkeitenrecht gerade als nicht von Art. 103 Abs. 3 GG erfasst sieht.¹² Selbst für das Strafrecht

⁸ So bereits Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1958, Art. 103 Abs. 3 Rn. 131.

⁹ Eingehend Brade, AöR 146 (2021), im Erscheinen. Die Verfassungswidrigkeit behauptend Maier, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 789 (794); Neumann, in: Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 655; mit abweichendem Ansatz Bohn (Fn. 5), S. 83 ff. Eine verfassungskonforme Auslegung von § 362 StPO befürwortend Pohlreich (Fn. 6), Art. 103 Abs. 3 Rn. 66. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 6, 30. Lfg., Stand: Dezember 1992, Art. 103 Abs. 3 Rn. 270, spricht sich zumindest für eine restriktive Auslegung von § 362 StPO aus.

¹⁰ Letzgus, NStZ 2020, 717 (718).

¹¹ Vgl. etwa Engländer/Zimmermann, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3/1, 2019, § 362 Rn. 1; Bohn (Fn. 5), S. 23 Fn. 11 m.w.N.; a.A. Letzgus, in: Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, 2011, S. 785 (789).

¹² BVerfGE 43, 101 (105). A.A. im Schrifttum z.B. Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 6, 85. Lfg., Stand: November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 55, 58. Zumindest für eine analoge Anwendung: Kunig/Saliger, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 72.

fehlsverfahren, das ebenfalls eine Regelung zur Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten kennt (§ 373a StPO), hat sich das BVerfG nicht auf Art. 103 Abs. 3 GG gestützt;¹³ es operiert vielmehr mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁴ Zwar tut sich auch insoweit ein „Spannungsfeld [auf] zwischen den [...] Prinzipien der Rechtssicherheit, die der Fortsetzung eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens grundsätzlich entgegensteht, und der materialen Gerechtigkeit, die durch eine objektiv unrichtige Beurteilung einer Tat beeinträchtigt ist“.¹⁵ Im Unterschied zu Art. 103 Abs. 3 GG sieht das Grundgesetz aber für Fälle, in denen „lediglich“ das (allgemeinere) Rechtsstaatsprinzip betroffen ist, gerade keine Vorfestlegung *zulasten* des Postulats der Gerechtigkeit vor. Für den darüber hinausgehenden Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG, der im hier interessierenden Fall des § 362 StPO und seiner möglichen Erweiterung tangiert ist, bleibt es hingegen dabei, „dass sich der Staat um der Rechtssicherheit willen eine freiwillige Begrenzung in seinem Recht auf Verfolgung strafbarer Handlungen auferlegt [hat] und damit insoweit auch auf die Durchsetzung des die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung sichernden Legalitätsprinzips verzichtet [hat]“.¹⁶

III. „Abwägungsfähigkeit“ von Art. 103 Abs. 3 GG?

Diese einseitige und unbedingte Vorrangentscheidung zuungunsten der Rechtssicherheit hat auch auf Schrankenebene Bestand: Weder enthält Art. 103 Abs. 3 GG seinem Normtext nach („niemand darf“) einen Gesetzesvorbehalt, noch besteht Anlass dazu, die Schranke in kollidierendem Verfassungsrecht zu suchen.¹⁷ Abgesehen davon wird Art. 103 Abs. 3 GG, um mit *Remmert* zu sprechen, als eigenständiger Verfassungsnorm nur gerecht, wer ihm einen Schutzgehalt zugeht, der über den normalen grundrechtlichen Vertrauensschutz sowie Verhältnismäßigkeitsabwägungen hinausgeht.¹⁸ Insofern ist es verfehlt, wie der Autor zu behaupten, „dass Art. 103 Abs. 3 GG gerade wegen der Verfassungskollision mit dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit eng ausgelegt werden“ müsse¹⁹ – das Gegenteil ist der Fall. Damit ist gewiss noch nicht gesagt, dass § 362 StPO verfassungswidrig ist; es verbleibt das Argument, dass der historische Verfas-

sungsgeber diese Norm vorgefunden und die Rechtslage insoweit nicht habe ändern wollen.²⁰ Folgt man dem, scheidet eine Erweiterung gegenüber den ursprünglich vorgesehenen Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Angeklagten indes von vornherein aus.²¹

Es mag zutreffen, dass Art. 103 Abs. 3 GG Fortentwicklungen nicht grundsätzlich entgegenstehe.²² Dafür müsste es sich aber nach der vom Autor in Bezug genommenen Rechtsprechung um „Grenzkorrekturen“ handeln, die sich aufgrund „neu auftauchender Gesichtspunkte in der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten“.²³ Vorliegend fehlt es an beidem: Zwar beschränkt sich der Gesetzesvorschlag des Autors nicht auf „auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden“²⁴ gewonnene neue Tatsachen und Beweismittel als Grundlage für ein Wiederaufnahmeverfahren, doch hat auch er zuvörderst „moderne Techniken der Molekularbiologie, insbesondere einer DNA-Analyse“ im Blick. Nun ist es freilich so, dass dem historischen Gesetzgeber und dem Verfassungsgeber die Entwicklung der Kriminalistik keineswegs fremd war.²⁵ Die DNA-Analyse, die schon den Anstoß für ältere Reformvorhaben bildete, setzt die Reihe kriminaltechnischer Methoden, die spätestens ab Mitte des 19. Jahrhunderts mit der Entwicklung der Daktyloskopie (Fingerabdruckverfahren) begann, lediglich fort; ein „neu auftauchender Gesichtspunkt“ ist sie also nicht.²⁶ Abgesehen davon lässt sich selbst bei Zugrundelegung eines bloß relativen Vorrangs des Gesichtspunktes der Rechtssicherheit in Art. 103 Abs. 3 GG – ein Standpunkt, der hier wie gesagt nicht geteilt wird – die Begrenzung des geplanten Wiederaufnahmegrundes auf nicht verjährrbare Straftaten nicht als „Grenzkorrektur“ begreifen. Für diejenigen, die sich aufs Neue dem Vorwurf des Mordes bzw. des Völkermordes ausgesetzt sehen, würde vielmehr das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 103 Abs. 3 GG umgekehrt – die materielle Gerechtigkeit verkäme zur Regel, während die Rechtssicherheit für sie zur Ausnahme würde.²⁷

¹³ BVerfGE 3, 248 (252 ff.).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 65, 377 (382 ff.). Dagegen zu Recht *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 79.

¹⁵ BVerfGE 65, 377 (380).

¹⁶ Treffend BVerfGE 56, 22 (31 f.); ähnlich bereits BVerfGE 2, 380 (403). Aus dem Schrifttum: *Nolte/Aust* (Fn. 4), Art. 103 Abs. 3 Rn. 181; *Schulze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 103 Abs. 3 Rn. 13. Kritisch dazu *Schmidt-Aßmann* (Fn. 9), Art. 103 Abs. 3 Rn. 259 ff.

¹⁷ Näher *Brade*, AÖR 146 (2021), im Erscheinen. Für verfassungsimmanente Beschränkbarkeit dagegen *Schulze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 103 Abs. 3 Rn. 35; *Voulgaris*, Transnationales „ne bis in idem“ zwischen staatlicher Schutz- und Achtungspflicht, 2013, S. 37 f.

¹⁸ So *Remmert* (Fn. 12), Art. 103 Abs. 3 Rn. 62.

¹⁹ *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (719).

²⁰ So z.B. BVerfGE 3, 248 (252); 12, 62 (66); aus dem Schrifttum: *Kunig/Saliger* (Fn. 12), Art. 103 Rn. 78; *Remmert* (Fn. 12), Art. 103 Abs. 3 Rn. 63. Kritisch jedoch *Bohn* (Fn. 5), S. 87; *Neumann* (Fn. 9), S. 657 f.

²¹ Vgl. nur *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (191).

²² In diese Richtung *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (719).

²³ BVerfGE 56, 22 (34), allerdings für den Tatbegriff des Art. 103 Abs. 3 GG!

²⁴ So z.B. ein älterer Gesetzesentwurf (BR-Drs. 222/10, S. 1).

²⁵ *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103).

²⁶ *Marxen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts (BT-Drs. 16/7957), S. 3, abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=5263&id=1134> (4.6.2021); *Pabst*, ZIS 2010, 126 (128).

²⁷ Zahlreiche Stimmen gehen daher von der Betroffenheit des Kerns von Art. 103 Abs. 3 GG aus, siehe etwa jüngst *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (252 f.); ferner *Scherzberg*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts – BT-Drs. 16/7957,

IV. Schutz vor Verfassungsänderung

Es bleibt daher nur der Weg der Verfassungsänderung, den *Letzgus* zum Abschluss seiner Ausführungen – hilfsweise – anklingen lässt.²⁸ Doch das ist leichter gesagt als getan; dies hängt zum einen mit den dafür erforderlichen Mehrheitsverhältnissen im Bundestag und Bundesrat zusammen (Art. 79 Abs. 2 GG). Zum anderen unterliegen Verfassungsänderungen der materiellen Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG, der sog. Ewigkeitsgarantie: Zwar dürften wiederholte Strafverfahren wegen derselben Tat den Betroffenen nicht generell in seiner Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verletzen.²⁹ Größere Zurückhaltung kann dagegen das Postulat der Rechtssicherheit erfordern, das nach hier vertretener Auffassung zu den in Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 GG „niedergelegten“ Grundsätzen zählt.³⁰ Auch soweit sich also die Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit, die Art. 103 Abs. 3 GG zugrunde liegt, abändern ließe hin zu einer Vorrangentscheidung zugunsten der materiellen Gerechtigkeit, dürfte der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht zur bloßen Makulatur verkommen; dafür muss gewährleistet sein, dass die Zulässigkeit strafrechtlicher Verfolgung wegen derselben Tat überwiegend auf einen Versuch der Strafverfolgung beschränkt ist – und bleibt.

S. 4; *Schäfer*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts, 2009, S. 7. A.A. *Stoffers*, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates – Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts, S. 6 f. (Stellungnahmen abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=5263&id=1134> [4.6.2021]), der – wie *Letzgus* – auf die (angebliche) Unerträglichkeitsschranke des Art. 103 Abs. 3 GG verweist.

²⁸ Vgl. *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (720).

²⁹ Vgl. aber *Dürig* (Fn. 8), Art. 103 Abs. 3 Rn. 124 („Damoklesschwert“). Näher dazu *Brade*, AöR 146 (2021), im Erscheinen.

³⁰ Zu den verschiedenen Auffassungen, was diesen Kerngehalt im Einzelnen ausmacht, siehe nur *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 33 m.w.N.