„Ne bis in idem“ - auch für Mörder?

Oder: Warum der Zweck auch hier die Mittel nicht heiligt.

Laurenz Eichhorn

18.06.2021 doi: 10.17176/20210618-193411-0

Frederike von M., ermordet am 04.11.1981 – ein Name, ein Datum und eine Geschichte – die 2021 sogar den Bundestag beschäftigt (BT-Drs. 19/30399). Die 17-Jährige ist am Abend des besagten Datums nach dem Musikunterricht auf dem Nachhauseweg. Ihr Ziel erreicht die junge Frau nie. Sie wird vier Tage später tot in einem Waldstück gefunden. Todesursache: Eine Vielzahl von Stichen mit einem zweischneidigen Messer; vorangegangen war eine Vergewaltigung.

Vergangenen Freitag, 11. Juni 2021, hat der Bundestag einen Gesetzentwurf der Fraktionen *CDU/CSU* und *SPD* behandelt. Inhalt: Wiederaufnahme im Strafprozess nach rechtskräftigem Freispruch bei Verbrechen wegen Mordes und Verbrechen nach VStGB.

Der Entwurf führt ausdrucksstark an, dass die bisherige Rechtslage zu „schlechterdings unerträglichen Ergebnissen führen würde“. Doch Gegner des Vorhabens sehen die Rechtssicherheit in Gefahr und sogar das *BMJV* unter *SPD*-Führung verweist auf „schwierige verfassungsrechtliche Fragen“. Dass diese verfassungsrechtlichen Fragen anders zu beantworten sind, als dies der Gesetzentwurf macht, ist im Folgenden zu erläutern.

Der Grundsatz

Viele Normen enthält das Grundgesetz für das Strafrecht nicht. Umso wichtiger sind jene, die Regelungen enthalten – wie zum Beispiel Art. 103 GG. Dessen Absatz 3 formuliert, dass niemand wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf, kurz: *ne bis in idem*. Das, oftmals so deklarierte (*BVerfGE* 56, 22; 89, 381 (für Art. 103 GG generell)), Prozessgrundrecht soll vor mehrfacher Bestrafung wegen derselben Tat schützen. Der Strafverfolgung und der Aburteilung von Straftaten wird ein Element der Singularität zugeschrieben, auch dann, wenn ein strafrechtliches Urteil zu einem Freispruch geführt hat (BVerfGE 12, 62). Über den Wortlaut hinaus interpretiert man ein Verbot der mehrfachen Strafv*erfolgung* in die Norm, sodass schon die Einleitung eines Ermittlungs*verfahrens* untersagt ist (*BGHSt* 44, 1; 20, 292).

Kein Grundsatz ohne Ausnahme!?

Ob es für diesen Grundsatz eine Ausnahme gibt, hängt davon ab, ob man Art. 103 Absatz 3 GG eine absolute Wirkung zuspricht oder eine verfassungsimmanente Begrenzung mit der Folge einer Abwägung zulässt. Die Verfassung bietet keine ausdrückliche Antwort. Wenig überzeugend ist es, daraus die Zulässigkeit von Begrenzungen zu folgern. Das Grundgesetz enthält einige Garantien, die keine Beschränkungsmöglichkeiten benennen und trotzdem unstrittig beschränkbar sind.

Eindeutiger erscheint eine Gesamtbetrachtung der Norm. Art. 103 Absatz 2 GG stellt für den Fall der Verhängung staatlicher Strafe eine besondere Schutzwirkung auf. Anders als das aus dem Rechtsstaatsprinzip direkt gewonnene Rückwirkungsverbot stellt jenes aus Art. 103 Absatz 2 GG ein *absolutes* Rückwirkungsverbot dar. Selbst wenn ein extrem zu missbilligendes Verhalten (vorerst) unbestraft bleibt, kann davon nicht abgewichen werden (man denke exemplarisch an verschiedene „Raser“-Fälle, die vor Schaffung des § 315d StGB im Zweifel nur eine fahrlässige Tötung darstellten). Selbst bei schwerer, so empfundener, „Ungerechtigkeit“ steht die Norm nicht zur Disposition.

Warum etwas Anderes bei Absatz 3 gelten soll, lässt sich nicht stringent begründen. Man muss der *ganzen* Norm eine Absolutheit zusprechen. Konse-

quenz ist, dass ein Widerstreit zwischen dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit (Rechtsstaatsprinzip), dem staatlichen Anspruch auf Kriminalstrafe und dem Vertrauen, der Rechtssicherheit des Beschuldigten immer abschließend zu dessen Gunsten zu entscheiden ist – unabhängig vom Kriterium „Gerechtigkeit". Die Schwäche anderer Ansätze zeigt sich schnell. Danach ist eine Abwägung mit den genannten verfassungsimmanenten Grundsätzen möglich. Dies bedeutet, dass in Fällen extremer Ungerechtigkeit eine nochmalige Strafverfolgung möglich sein soll. Unabhängig davon, was man darunter überhaupt versteht, ist das folgende Szenario nicht auszuschließen: Zu Beginn ist eine Begrenzung auf äußerst schwerwiegende, ganz erhebliche Straftaten konsensfähig, so auch jetzt die Begründung (Seite 8).

Beständigkeit einer Begrenzung auf schwere Straftaten

Im Laufe der Zeit ändern sich Wertungen und der Gesetzgeber könnte auch weniger schwere Straftaten als so gewichtig erachten, dass ein nochmaliges Ermittlungsverfahren ermöglicht wird. Irgendwann ist Art. 103 Absatz 3 GG stärker beschränkt als zu Beginn erdacht. Auch ist es reine Spekulation, ob ein selbstbewusstes *BVerfG* einer zu starken Erosion entgegentreten würde. Hätte die Gesellschaft einmal Gefallen am Institut der Wiederaufnahme gefunden, erscheint es nicht fernliegend, dass sich auch das *BVerfG* der gesellschaftlichen Entwicklung nicht in den Weg stellen würde. Diese Argumentationslinie darf bei aller Vagheit nicht unterschätzt werden.

Art. 103 Absatz 3 GG als weitergehende Normierung

Ein weiteres Argument, das gegen eine Abwägbarkeit von Art. 103 Absatz 3 GG spricht, liefert ein Blick auf das Rechtsstaatsprinzip. Aus dem dort angeknüpften Vertrauensschutz und dem Grundsatz des Vertrauens auf Rechtssicherheit, ist eine Schutzwirkung zugunsten des Bürgers abzuleiten. Dieses Prinzip ist mit anderen verfassungsimmanenten Rechtsgütern abwägbar. Durch die Normierung des Art. 103 Absatz 3 GG hebt der Gesetzgeber den Vertrauensschutz und die Rechtssicherheit nach strafrichterlichem Urteil auf eine andere Ebene, löst diesen gewissermaßen aus dem abwägungszugänglichen Normenbestand des GG heraus. Die gesonderte Normierung zeigt gerade, dass der Grundgesetzgeber einen erweiterten Schutz wollte und nicht bloß einen solchen des „Kernbereichs" – dieser wäre über das Rechtsstaatsprinzip geschützt. Anders gewendet lässt sich sagen: Art. 103 Absatz 3 GG ist schon das Ergebnis einer Abwägung, nämlich durch den Grundgesetzgeber.

Sofern in der Debatte drauf hingewiesen wird, das deutsche Strafprozessrecht kenne auch neben § 362 StPO (Wiederaufnahme zu*un*gunsten des Verurteilten) im Strafbefehlsverfahren mit § 373a StPO (Verfahren bei Strafbefehl) eine Norm, die eine Wiederaufnahme zuungunsten eines Angeklagten zulasse, so verkennt dieser Ansatzpunkt, dass das Strafbefehlsverfahren schon seinem Wesen nach eher einen vorläufigen, jedenfalls summarischen Charakter hat (*BVerfGE* 65, 377), der nicht mit einer rechtskräftigen Entscheidung durch ein Kollegialgericht (Schwurgericht) verglichen werden kann. Dieses Argument könnte daher als bloße Finte bezeichnet werden.

Bestandsschutz de lege lata?

Doch wie lassen sich die existenten Regeln zur Wiederaufnahme rechtfertigen? § 362 StPO (Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten) wird nicht für verfassungswidrig gehalten, was komplexe dogmatische Fragen aufwirft. Möchte man zu dem Ausgeführten nicht in Widerspruch treten und eine konsistente Begründung liefern, ist eine Berufung auf verfassungsimmanente Begrenzungen durch kollidierendes Verfassungsrecht nicht haltbar. In der Literatur anzutreffende Begrenzungen durch eine „Unerträglichkeitsgrenze" sind dogmatisch inkohärent. Ausgangspunkt muss ein anderer sein. Das Grundgesetz ist wesentlich jünger als die StPO (Inkrafttreten 1. Oktober 1879). Die Mütter und Väter des GG kannten die StPO und mussten sich über die existierenden Regelungen zur Wiederaufnahme im Klaren gewesen sein. Es ist anzunehmen, dass sie diese unberührt lassen und ihnen insbesondere nicht die Legitimation versagen wollten. Art. 103 Absatz 3 GG ist vor diesem historischen Kontext zu interpretieren.

Konsequenz dieses Begründungsansatzes ist, dass der bestehende Katalog nicht erweitert werden darf. Die Gründe für eine Wiederaufnahme zu*un*gunsten des

Beschuldigten sind abschließend. Mag dies auf den ersten Blick zu eng erscheinen, handelt es sich im Ergebnis aber um die bloße Fortführung der dargelegten Dogmatik. Als Gegenargument kann man anführen, dass es nicht stringent erscheint, zu sagen, der Grundgesetzgeber wollte die bestehenden Regeln dulden, eine Ausweitung aber nicht. Er hätte Stellung zur Zulässigkeit von Änderungen nehmen müssen. Es ist realitätsfern, dass der Grundgesetzgeber nicht annehmen musste, dass der einfache Gesetzgeber irgendwann aktiv werden würde.

In der Tat ist dieses Argument schwer zu entkräften. Gelingen mag es nur mit einem nochmaligen Hinweis auf das Gewicht der systematischen Betrachtung. Auch der Wortlaut ist wenig offen gefasst und steht einer Handhabung im Sinne der Gegenansicht entgegen. Lässt man sich auf die Gegenansicht ein, die eine Abwägung zulässt, zeigt sich in einem zweiten Schritt ein erhebliches, unlösbares, Problem. Eine Beschränkung ist nur möglich, wenn es sich um schwerste Straftaten handelt, deren Nichtbestrafung bei Beweisbarkeit im Nachhinein zu erheblichem Rechtsunfrieden und zu schlechterdings unerträglichen Ergebnissen führt. Doch was mag man darunter verstehen? Mord? Warum nicht auch Totschlag? Vergewaltigung mit Todesfolge?

Was wäre, wenn in Zukunft Fahrraddiebstähle auf ein so hohes Niveau anstiegen, dass man sagen müsste, es ist unerträglich, dass ein wichtiges Mobilitätsmittel gestohlen werden kann, letztlich aber eine Bestrafung unterbleibt? Zugegeben, das letzte Beispiel mag überzeichnet erscheinen, illustriert es doch aber die Gefahr, die einer Erweiterung innewohnt.

Im Ergebnis kann die Norm mit einer Salamitaktik *peu à peu* erodiert werden. Eine solche Gefahr muss eine *verfassungsrechtliche Vorwirkung* haben, die eine Beschränkung schon *antizipiert* für unzulässig erklärt.

Was nun?

Was nun, wenn Art. 103 Absatz 3 GG, wie festgestellt, eine absolute Wirkung hat und nicht disponibel ist. Das geplante Vorhaben der Koalition ist verfassungsrechtlich unzulässig und kann unter diesen Voraussetzungen nicht verwirklicht werden. Zu einfach wäre es aber, wenn man die Begründung des Gesetzentwurfes nicht kurz würdigt.

Schon auf Seite 1 der Drucksache wird vorgetragen, dass die derzeitige Rechtslage zu einem „unbefriedigenden“ Ergebnis führt, können selbst evidente Beweise eine Wiederaufnahme nach Freispruch nicht rechtfertigen. Diese Aussage kann nur einer Grundhaltung entstammen, die dem Rechtsfrieden, dem Vertrauensschutz und der Garantie keiner erneuten Strafverfolgung des Beschuldigten automatisch weniger Gewicht beimisst. Doch in einem Rechtsstaat kann es nicht unbefriedigend sein, wenn in einem gerichtlichen Verfahren, das einem rechtsförmigen Ablauf folgt, eine Entscheidung getroffen wurde. Der Rechtsstaat ist nicht *nur* darauf aus, ein möglichst richtiges, vermeintlich materiell gerechtes Urteil zu sprechen. Auch der Weg ist entscheidend; ein Strafprozess ist kein Schauspiel, das dem Publikum ein Happy End zeigt, das es sehen *möchte*. Es stellt sich unweigerlich die Frage, was der Gesetzgeber unter materieller Gerechtigkeit versteht – offenbar nur eine Verurteilung, die zu einer harten Strafe führt. Dass auch ein Freispruch nach ordnungsgemäßem Prozedere materiell gerecht sein kann, zieht der Gesetzgeber offenbar nicht in Erwägung.

Auch ist es nicht überzeugend, wenn die Begründung ausführt, dass Ziel des Entwurfs eine Abwägung zwischen den Grundsätzen der materiellen Gerechtigkeit und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit ist. Art. 103 Absatz 3 GG wirkt *absolut*; eine Abwägung ist schon von vornherein unmöglich. Sie scheitert an der generellen „Abwägungs*un*fähigkeit“. Darüber hilft auch nicht die Proklamation eines unerträglichen Gerechtigkeitsverstoßes (Seite 2) hinweg. Sofern die Begründung darlegt, der Kerngehalt des Art. 103 Absatz 3 GG werde nicht tangiert (Seite 5), wird verkannt, dass Art. 103 Absatz 3 GG *nicht* nur einen *„abwägungsfesten Kern“* enthält, sondern *im Ganzen* nicht abgewogen werden kann. Ebenfalls wenig überzeugend ist die These, das GG sei einer Weiterentwicklung nicht verschlossen. Insbesondere nicht für neue Gesichtspunkte aus Prozessrechtswissenschaft und Rechtsprechung.

Die Möglichkeit, dass sich im Nachhinein und nach rechtskräftigem Freispruch neue objektive Beweise finden, die den Täter überführen, ist nicht neu. Schon jetzt ist es denkbar, dass sich später ein Zeuge meldet, die Tatwaffe beim Täter gefunden wird und so weiter. Die Existenz verbesserter DNA-Methoden ist ein technischer Fortschritt, jedoch keine grundsätzlich neue Entwicklung in Wissenschaft und Rechtsprechung.

Kann das sein?

Ja – die verfassungsrechtlichen Bedenken lassen sich nicht entkräften. Der Gesetzentwurf ist mit dem Grundgesetz unvereinbar. Damit ist jedoch nichts über eine Ausweitung der zivilrechtlichen Möglichkeiten gesagt – hier ist denkbar, den Täter erweiterten Ansprüchen auszusetzen. Strafrechtliche und zivilrechtliche Verjährung könnten angeglichen werden. Dies ist nur eine erste Idee.

Zurück zum Anfang: Als Mörder von *Frederike* wurde ein Tatverdächtiger ermittelt. Das *LG Lüneburg* verurteilte ihn, der *BGH* hob das Urteil auf und das *LG Stade* sprach im zweiten Durchgang frei. 2012 ermöglichten moderne DNA-Methoden die Untersuchung eines Haares, das sich am Opfer fand. Es stammt vom Freigesprochenen. Allem Anschein nach ist er der Täter. Wiederaufnahme: unzulässig. Es kann nicht geleugnet werden, dass dies menschlich unerträglich ist. Falsch ist es aber auch, wenn der Gesetzgeber ein verfassungsrechtliches Grundprinzip derart beschränkt. Es geht nicht um eine Lappalie, sondern um eine Verbürgung aus dem *Kern* des Rechtsstaates – dies muss von der Legislative bedacht werden.

AUTOR*IN

Laurenz Eichhorn

Laurenz Eichhorn ist akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats-und Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht (Prof. Martin Nettesheim) an der Universität Tübingen. Er forscht vorrangig im interdisziplinären Bereich des Strafverfassungsrechts und verfasst seine Doktorarbeit über Fragen des Strafrechts aus verfassungsrechtlicher Sicht.

EMPFOHLENE ZITATION

Eichhorn, Laurenz: „Ne bis in idem“ – auch für Mörder?: Oder: Warum der Zweck auch hier die Mittel nicht heiligt., Verfassungsblog, 18.06.2021, doi: 10.17176/20210618-193411-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20210618-193411-0.