Die (materielle) Gerechtigkeit vor dem OLG Celle

Oliver García

18.05.2022 doi: 10.17176/20220518-182258-0

Das umstrittene Gesetz vom 21. Dezember 2021 zur Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zu Lasten von Freigesprochenen, das den klangvollen Namen „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ trägt, hat seinen ersten Praxistest bestanden. In einem ausführlich begründeten Beschluss vom 20. April 2022 kam das OLG Celle zu dem Ergebnis, dass das Gesetz in jeder Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Es hat sich ohne Zwischentöne auf die Seite der Befürworter der Verfassungsmäßigkeit geschlagen in einem Meinungsstreit, der zuletzt in einer Vielzahl von gutachterlichen Stellungnahmen und Aufsätzen geführt worden ist (so im Verfassungblog mit Beiträgen von Eichhorn, Aust und Steinbeis).

ne bis in idem - eine Frage der Abwägung?

Die Kontroverse dreht sich vor allem um die Frage, wie sich der neu eingeführte Nr. 5 von § 362 StPO (Wiederaufnahme „zulässig […], 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 […] verurteilt wird“) zu Art. 103 Abs. 3 GG (*ne bis in idem*) verhält. Mit dieser Vorschrift ist – über ihren Wortlaut hinaus – laut BVerfG (Beschluss vom 17. Januar 1961 – 2 BvL 17/60, BVerfGE 12, 62) „das Verbot, eine verbrauchte Strafklage zu wiederholen, zum Rang eines Verfassungsrechtssatzes erhoben worden.“ Sie „garantiert dem schon bestraften oder rechtskräftig freigesprochenen Täter Schutz gegen erneute Verfolgung und Bestrafung wegen derselben Tat.” (Die Formulierung in dem Zitat ist etwas unglücklich, weil der Schutz nicht nur dem „Täter“ zukommt, sondern jedem Verdächtigen; ob er der Täter ist, soll ja im Strafverfahren geklärt – oder hier: nicht mehr geklärt werden).

Aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage, die auch jetzt von niemandem nachhaltig bestritten wird, erschien es lange Zeit eindeutig, dass eine Gesetzesänderung im Sinne des jetzigen § 362 Nr. 5 StPO nicht möglich wäre.[1]

Doch in den letzten Jahren hat sich das Meinungsbild gewandelt. Immer mehr Stimmen sehen in Art. 103 Abs. 3 GG nicht mehr eine absolute Grenze, sondern eine Grundsatzentscheidung, die der Abwägung zugänglich ist. In der parlamentarischen Anhörung zum Änderungsgesetz waren die Stellungnahmen aus der Wissenschaft, die die Verfassungsmäßigkeit bejahten, schon in der Mehrzahl (näher zur Gesetzesgeschichte und –vorgeschichte hier). Dass die Reform jetzt mit beachtlicher Unterstützung der Rechtswissenschaft möglich war, wird man auch als Ausdruck einer größeren kulturellen Trendwende und eines Mentalitätswandels nehmen können, wie sie kürzlich von Stefan Conen beschrieben worden sind. Nicht nur Öffentlichkeit und Politik, sondern auch die jüngere Generation in der Wissenschaft seien, so Conen, „punitiver geworden“. Sicherlich: Die Einsortierung in ein solches Grobraster wird den Beteiligten an der Diskussion um § 362 Nr. 5 StPO nicht durchweg gerecht werden. Doch dass es durchaus um grundsätzlichere Strömungen geht, wird schon am Grenzverlauf der Positionen deutlich: Wer der „materiellen Gerechtigkeit“ nun ein größeres Gewicht einräumen will, ist nicht der größte Anhänger der Idee einer „formellen Gerechtigkeit“, wie sie in Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zum Ausdruck kommt, und die – über alle Einzelfallhärten hinaus – eine freiheitssichernde Dimension hat (nach Rudolf v. Jherings Wort, dass die Form die Zwillingsschwester der Freiheit sei).

[1] vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, Stand November 2018, GG Art. 103 Abs. 3 Rn. 63.

Die Gründe des OLG Celle

Aus der breiten Diskussion schöpfte nun das OLG die Gründe, warum kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG vorliege. Sie lassen sich so zusammenfassen:

- Dass das Verbot der Mehrfachverfolgung nicht absolut gelte, sei durch die bestehenden Wiederaufnahmegründe zulasten des Freigesprochenen (§ 362 Nr. 1 bis 4 StPO) belegt; der Verfassungsgeber habe diese nicht abschaffen wollen.
- Diese Durchbrechungen *de lege lata* seien auch nicht abschließend. Sie gäben vielmehr zu erkennen, dass Art. 103 Abs. 3 GG von vornherein nur einen Kernbereich von *ne bis in idem* schütze. Dies habe das BVerfG in einer Entscheidung vom 8. Januar 1981 (BVerfGE 56, 22) bestätigt, wo es ausdrücklich davon sprach, dass eine „Weiterentwicklung in offenen Randbereichen und dogmatischen Zweifelsfällen zulässig" sei.
- Es gebe – über die vorkonstitutionellen § 362 Nr. 1 bis 4 StPO hinaus – jetzt schon einschränkende Normen (§ 373a StPO, § 85 Abs. 3 OWiG).
- Korrekturen, die der Gesetzgeber als notwendig ansehe, könne er „auf der Grundlage sich unmittelbar aus der Verfassung ergebender Schranken" treffen.
- Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber habe einen weiten Raum freier politischer Gestaltung.
- Der neue Wiederaufnahmegrund erfasse nur eine „äußerst eng umgrenzte Fallkonstellation". Für seine Anwendung gelten „in mehrfacher Hinsicht besonders hohe Hürden", nämlich: es müssen „neuen Tatsachen oder Beweise vorliegen, denen eine hohe Beweisqualität zukommt",sowie „dringende Gründe für eine spätere Verurteilung",zusätzliche „restriktive Einschränkung" dadurch, dass er nur für Mord und andere unverjährbare Taten gelte.
- Die materielle Gerechtigkeit überwiege bei einer „evidenten Erschütterung des Vertrauens der Bevölkerung in den Rechtsstaat und den Rechtsfrieden", wenn die bisherige Tatsachengrundlage „höchstwahrscheinlich" falsch war und einen „eklatanten Widerspruch" zum tatsächlichen Geschehen darstelle. In diesem Sinne – und nicht im Sinne einer Emotionalisierung – sei die Wendung in der Gesetzesbegründung von der „Unerträglichkeit" des Festhaltens an *ne bis in idem* in diesen Fällen zu verstehen.

Die Kernfrage nach dem Kernbereich

Schon im Ansatz schief erscheint der Teil dieser Argumentation, wonach die Herausnahme von Mord aus *ne bis in idem* nicht so schlimm sei (kein Eingriff in den Kernbereich), weil es ja noch genug andere Straftatbestände gebe, auf die die Regel anwendbar ist. Eine solche Betrachtungsweise widerspricht nicht nur dem Gedanken *iudex non calculat* (der Richter zählt die Argumente nicht, sondern gewichtet sie). Wenn überhaupt Raum für eine Relativierung nach der Schwere ist, dann wäre zu erwarten, dass die Relation lautet: Je schwerer der strafrechtliche Vorwurf, umso strenger gelten die strafprozessualen Verbürgungen (worunter dann auch fällt, dass im Strafbefehlsverfahren *ne bis in idem* geringer ausgeprägt ist), nicht umgekehrt. Wäre es anders, könnte man sich fragen, ob derselbe Ansatz von verfassungsimmanenten Schranken, die an die Schwere anknüpfen, nicht auch für den *nulla-poena*-Satz (Art. 103 Abs. 2 GG)[2], ja auch für das Folterverbot (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG) oder gar das Verbot der Todesstrafe (Art. 102 GG) gelten könnte. Es geht, wohlgemerkt, bei diesen Überlegungen nicht darum, über die Unterschiede zwischen diesen Verbürgungen hinwegzugehen (nicht alles, was hinkt, ist ein Vergleich). Wohl aber sind diese Parallelen geeignet, die Tragfähigkeit eines Argumentationsansatzes als solchen auf den Prüfstand zu stellen.

Doch dies mag dahinstehen. Denn selbst wenn diese Argumentationskette für eine Ausnahme von *ne bis in idem* tragfähig sein mag, die tatsächlich Gesetz gewordene Regelung trägt sie nach ihren eigenen

[2] vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, Stand November 2018, GG Art. 103 Abs. 3 Rn. 62, wo auf die Parallelität hingewiesen wird.

Anforderungen nicht, was sich wie folgt aufzeigen lässt:

Die In-sich-Verhältnismäßigkeit ist gewahrt

Das OLG hat der Verneinung des Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 3 GG noch eine schulmäßige allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung (geeignet, erforderlich, verhältnismäßig i.e.S.) angeschlossen. Ob eine solche Prüfung überhaupt eine eigenständige Bedeutung haben kann neben der spezielleren Vorschrift des Art. 103 Abs. 3 GG, erscheint fraglich, ist aber nicht entscheidend. Denn ob nun die Frage nach der Verhältnismäßigkeit notwendiger Teil der Prüfung einer immanenten Begrenzung der *ne-bis-in-idem*-Verbürgung ist oder ob sie tatsächlich hiervon unabhängig noch einmal gestellt werden kann – das OLG hat sie falsch gestellt.

Hat der Gesetzgeber die Verhältnismäßigkeit beachtet, als er die Regelung A getroffen hat, um Ziel B zu erreichen? Bei der Prüfung dieser Frage stand bei dem OLG Celle A für § 362 Nr. 5 StPO. Und B stand – auch für § 362 Nr. 5 StPO. Das OLG hat die Gesetzesregelung in ihrer konkreten Gestalt abgeglichen mit dem Wunsch, die Regelung in dieser Gestalt zu erlassen. (OLG: *„Die Einführung des Wiederaufnahmegrundes in § 362 Nr. 5 StPO war auch erforderlich. Weniger belastende Mittel, mit denen die mit der Neuregelung verbundenen gesetzgeberischen Ziele in vergleichbar erfolgreicher Weise herbeigeführt werden könnten, sind nicht ersichtlich.“*) Dass eine In-sich-Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einem bejahenden Ergebnis führt, kann nicht verwundern. Richtig gestellt lautet die Frage hingegen so: Wahrt § 362 Nr. 5 StPO die Verhältnismäßigkeit zu dem als legitim erkannten Belang, für den ausnahmsweise eine Durchbrechung des Grundsatzes des Art. 103 Abs. 3 GG bejaht wurde?

Behauptete und tatsächliche Reichweite der Ausnahme

Auch mit dieser Umstellung – oder Präzisierung – der Fragestellung wäre das Ergebnis dasselbe, wenn die vorangegangene Argumentation so gelautet hätte, dass bei Mord (und den übrigen einschlägigen Straftatbeständen) der Gesetzgeber schlechthin freie Hand hätte, das Spannungsfeld von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit neu zu justieren. So lautet die Argumentation aber gerade nicht. Sie lautet so, dass nicht allein das besondere Gewicht dieser Tatbestände – abstrakt – ausreiche als Legitimation, sondern dies nur in Fällen einer „evidenten Erschütterung”, eines „eklatanten Widerspruchs“. Im Widerspruch zu der erklärten Enge der Anforderungen an eine erlaubte Durchbrechung stehen aber die tatsächlichen eingeführten Voraussetzungen einer Wiederaufnahme. Der Gesetzgeber hat sich in § 362 Nr. 5 StPO – bewusst und ausdrücklich – dafür entschieden, den Wiederaufnahmegrund parallel zu § 359 Nr. 5 StPO zu fassen. Die Anforderungen an neue Tatsachen und Beweismittel („Nova“) sind dieselben. Diese Anforderungen sind gemäß ständiger Rechtsprechung denkbar niederschwellig (ausführlich mit Kasuistik aus der Rechtsprechung hier).

Eine auf den ersten Blick bedeutsame Abweichung ist zwar, dass der neue Wiederaufnahmegrund „dringende Gründe“ für die Annahme einer späteren Verurteilung fordert, während in der Parallelvorschrift des § 359 StPO eine Eignung ausreicht. Doch in praktischer Hinsicht ist dies keine wirkliche Eingrenzung, erlaubt – und fordert – die Regelung doch, dass die Nova zusammen mit allen bisherigen Indizien zu würdigen sind. Das bedeutet, dass ein einziges neues Beweisanzeichen – und sei es nur ein „Puzzleteilchen“ – genügen kann, um die Rechtskraft eines Freispruchs zu durchbrechen. Dies ist weit entfernt von den ganz eindeutigen neuen Erkenntnissen, die in der Diskussion in den Vordergrund gestellt werden (wobei meist wissenschaftlich gestützte Beweismittel gemeint sind). Während mit solchen Fallgestaltungen die „Evidenz“ und das „Eklatante“ des Gerechtigkeitsverstoßes belegt wird, hat man tatsächlich im Bereich von Mordanklagen *ne bis in idem* so weit geöffnet, dass jede Form von Beweisschwierigkeiten, die man im Nachhinein besser zu bewältigen glaubt, erfasst wird. Man hat also für Mord *ne bis in idem* schlechthin praktisch abgeschafft, obwohl – der Prämisse gemäß – nur in besonders eindeutigen Fällen eine Durchbrechung geboten – und auch erlaubt – sei. Dass dies innerhalb einer Verhältnismäßigkeitsprüfung schon auf der

Ebene der Erforderlichkeit nicht trägt, liegt auf der Hand.

Ein Rest von Schutz?

Gewiss: Gegenüber der hier vertretenen Ansicht, die Neuregelung habe *ne bis in idem* für den Bereich des Mordtatbestandes „praktisch“ abgeschafft, könnte eingewandt werden: Aber eben nicht ganz. Denn weiterhin sei der Mordverdächtige davor geschützt, nicht bei jedem neuen „einfachen“ Verdacht neu angeklagt zu werden. Gerade die Beschränkung auf die „dringenden Gründe“ sichere eine hinreichende Wirkkraft von Art. 103 Abs. 3 GG auch für diesen Bereich. Dass diese Erwiderung nicht tragfähig ist, ergibt sich (neben dem angesprochenen *iudex-non-calculat*-Gedanken) aus folgender Überlegung: Diese Argumentation impliziert, ohne Art. 103 Abs. 3 GG sei eine Durchbrechung der Rechtskraft für den Gesetzgeber voraussetzungslos möglich. Dies trifft aber nicht zu. Auch ohne Art. 103 Abs. 3 GG stehen einer beliebigen Durchbrechung der Rechtskraft getroffener Entscheidungen (nicht nur im Bereich des Strafrechts, sondern auch des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts) die rechtsstaatlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit entgegen, da in rechtsförmig abgeschlossene Sachverhalte eingegriffen wird.[3] Die bloß einfache Chance, eine „materiell bessere“ Entscheidung zu erreichen, wäre unabhängig von Art. 103 Abs. 3 GG von vornherein kein hinreichend gewichtiges gesetzgeberisches Ziel. Deshalb muss Art. 103 Abs. 3 GG einen darüber hinausgehenden Gehalt haben, will man in ihm nicht einen bloßen Programmsatz sehen. Und diesen weitergehenden Gehalt enthält § 362 Nr. 5 StPO nunmehr dem Mordverdächtigen zur Gänze vor.

Verfassungskonforme Auslegung?

Die Entscheidung des OLG Celle ist falsch. § 362 Nr. 5 StPO ist verfassungswidrig, und zwar auch und gerade auf dem Boden der Meinung des OLG, dass der Gesetzgeber die Wiederaufnahmegründe öffnen könnte für „evidente Fälle“. Indem er sie auch für nicht evidente Fälle geöffnet hat, hat er jedenfalls die verfassungsrechtlichen Grenzen überschritten. Der Umstand, dass das konkrete, hier zugrundeliegende Verfahren möglicherweise einen „evidenten Fall“ betrifft, für den der Gesetzgeber eine verfassungsmäßige Lösung finden könnte, ändert nichts daran, dass die OLG-Entscheidung falsch ist. Einer verfassungskonforme Auslegung von § 362 Nr. 5 StPO, mit der die Norm auf Fälle der vorliegenden Art beschränkt werden könnte, stehen das Verbot der Auslegung *contra legem* (zuletzt BVerfG, Urteil vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17, Rn. 387) sowie die Wesentlichkeitstheorie entgegen (zuletzt BVerfG, a.a.O., Rn. 385; näher dazu hier).

AUTOR*IN
Oliver García
Oliver García leitet den Rechtsinformationsdienst dejure.org. Er schreibt im Blog De legibus zu juristischen Themen.

EMPFOHLENE ZITATION
García, Oliver: Die (materielle) Gerechtigkeit vor dem OLG Celle, Verfassungsblog, 18.05.2022, doi: 10.17176/20220518-182258-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20220518-182258-0.

[3] vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, Stand November 2018, GG Art. 103 Abs. 3 Rn. 86.