

Initiative #nichtzweimal  
Kurfürstendamm 182  
10707 Berlin  
kontakt@nichtzweimal.com

An den Bundespräsidenten  
Bundespräsidialamt  
Spreeweg 1  
10557 Berlin

Berlin, 08. Oktober 2021

## **Offener Brief an den Bundespräsidenten zum neuen § 362 Nr. 5 StPO**

Sehr geehrter Herr Bundespräsident,

in seiner letzten planmäßigen Sitzung der Legislaturperiode in der Nacht vom 24. auf den 25. Juni hat der Bundestag mit den Stimmen von CDU, SPD und AfD einem Gesetzentwurf der Regierungsfractionen – erstellt ausdrücklich ohne Beteiligung des eigentlich zuständigen Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz – zugestimmt. Der Gesetzentwurf trägt den Titel „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“; demnach soll die Wiederaufnahme gem. § 362 Nr. 5 StPO nunmehr schon dann möglich sein, „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.“ Das Gesetz hat nunmehr in weiten Teilen – nach deutlichem Widerstand fast aller Länder, die nicht (zumindest auch) von der Union regiert werden – die Hürde Bundesrat genommen. Es handelt sich dabei um den einstweiligen Schlusspunkt eines Gesetzgebungsvorhabens, das seit 2007 schwelt und mehrfach – aufgrund starker Bedenken bzgl. der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz – gescheitert war, ehe es nunmehr umgesetzt wurde. Diese aktuelle Fassung stellt die ursprüngliche Fassung in puncto Eingriffsintensität deutlich in den Schatten. Dabei krankt das Gesetz an offenkundigen handwerklichen Mängeln, bedingt wohl auch durch die übereilte Erstellung des Gesetzesentwurfs und die Urhebererschaft „nur“ der Fraktionen. Ein Umstand, den auch der Bundesrat teilweise anerkannt hat: Es erfolgte zwar keine Anrufung des Vermittlungsausschusses, der Bundesrat bat die Bundesregierung aber immerhin um erneute Überprüfung eines Teils des Gesetzes. Hiermit ist freilich angesichts der mittlerweile erfolgten Bundestagswahl nicht zu rechnen.

Gegen das Gesetz im Ganzen bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Daher rufen wir Sie an, von Ihrem Prüfungsrecht Gebrauch zu machen und dieses Gesetz nicht auszufertigen.

In Art. 103 Abs. 3 GG haben die Väter und Mütter des Grundgesetzes eine Grundentscheidung in der Abwägung zwischen staatlichem Strafinteresse und den Rechten im Strafverfahren Verurteilter bzw. Freigesprochener getroffen. Ergebnis ist das Doppelbestrafungsverbot (*ne bis in idem*): Es besagt, dass Personen, die einmal Strafverfolgungsmaßnahmen ausgesetzt waren, die in einer Entscheidung nach gerichtlicher Hauptverhandlung mündeten, sich darauf verlassen können müssen, dass sie in Zukunft wegen derselben Handlung nicht erneut durch Strafverfolgungsbehörden behelligt werden können. Dieser Grundsatz ist über 2000 Jahre alt und Kerngarantie eines jeden modernen Rechtsstaats. *Ne bis in idem* steht neben dem Satz *in dubio pro reo* im Mittelpunkt des modernen rechtsstaatlichen Strafverfahrens und damit im Mittelpunkt des Rechtsstaats selbst, welcher den Anspruch aller Menschen verkörpert, nicht unter dem ständigen Damoklesschwert möglicher Strafverfolgung leben zu müssen, sondern ihr Leben in Freiheit und Würde leben zu können – auch und gerade nach dem Ende eines naturgemäß strapazierten Strafverfahrens. Es handelt sich um rechtsstaatliche Garantien, die im Einzelfall bei Bürgern zu Frustration führen mögen, die aber in ihrer Unverbrüchlichkeit schlechthin notwendig für einen freien Rechtsstaat sind! Dabei differenziert das Doppelbestrafungsverbot nicht danach, welcher Straftat die ehemaligen Angeklagten angeklagt waren: Freigesprochene Mordverdächtige sind ebenso wie freigesprochene vermeintliche Kleinkriminelle oder niemals Angeklagte Unschuldige.

Ausnahmen von diesen Grundsätzen zuungunsten der Verurteilten, die u.a. in Art. 103 Abs. 3 GG ihren Ausdruck finden, sind wegen ihrer hohen Bedeutung nur in wenigen Fällen denkbar. So erlaubt § 362 StPO eine Wiederaufnahme des Verfahrens in wenigen eng begrenzten Ausnahmefällen: Etwa wenn das Verfahren selbst dem Strafverfolgungsinteresse nicht dienen konnte, da es unter schweren rechtsstaatlichen Mängeln litt, wie etwa der bewusst unwahren Aussage von Zeugen, oder wenn Freigesprochene selbst ein glaubhaftes Geständnis abgaben – sich also selbst ihres Rechts aus Art. 103 Abs. 3 GG begeben haben. Die neu gefasste Regel ist also unbestreitbar ein Paradigmenwechsel, denn hier wurde das Verfahren so durchgeführt, wie es die Gesetze verlangen und eine Manipulation fand nicht statt. Auch haben Verurteilte selbst sich nicht dazu entschlossen, zu einer Strafverfolgung gegen sie beizutragen. Stattdessen wird gegen Freigesprochene (also Unschuldige) eine erneute Strafverfolgung möglich. Damit werden Freisprüche in Verfahren, welche die in § 362 Nr. 5 StPO bezeichneten Straftaten zum Gegenstand haben, zu bloßen „Freisprüchen auf Widerruf“. Es gibt keine Erschöpfung des staatlichen Strafverfolgungsinteresses gegenüber wegen dieser Straftaten irgendwann einmal Angeklagten mehr.

Dabei ergibt sich die Verfassungswidrigkeit der geplanten Gesetzesänderung aus mehreren Gründen:

Verfassungsrecht muss – wenn gewollt – auf Verfassungsebene mit der dafür notwendigen Mehrheit geändert werden. Durch eine Änderung nur des einfachen Rechts – namentlich der StPO – ist dies verfassungskonform nicht möglich. Das liegt an der Natur des Art. 103 Abs. 3

GG als grundrechtsgleiches Recht ohne Gesetzesvorbehalt; eine Einschränkung ist überhaupt nur möglich, wenn durch sie der Kern der Vorschrift nicht betroffen wird. Dieser Kern ist aber gerade der ggü. dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG erhöhte Vertrauensschutz der Verurteilten bzw. Freigesprochenen. Dass es sich gerade hierin um den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG handelt, erkennt man bereits daran, dass er ansonsten schlicht überflüssig wäre, denn was würde den Verurteilten oder Freigesprochenen ein Doppelbestrafungsverbot nützen, wenn bereits das Auftauchen neuer Beweise es aushebeln könnte? Die geplante Änderung betrifft also den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG und müsste – wenn gewollt – als Verfassungsänderung mit der notwendigen Zweidrittelmehrheit durchgeführt werden.

Auch lässt die neue Norm die Frage der Anwendung auf in der Vergangenheit rechtskräftig abgeschlossene Verfahren offen. Somit können sogar bisher die weitere Strafverfolgung verhindernde Urteile in Zukunft wieder unter Vorbehalt gestellt werden. Darin ist ein Verstoß gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Rückwirkungsverbot zu erblicken, welches dem Vertrauensschutz dient und welches bei so grundrechtsintensiven Belastungen wie dem Strafverfahren in besonderer Weise betroffen ist.

Außerdem ist es bereits jetzt umstritten, ob im wiederaufgenommenen Prozess wirklich nur eine Verurteilung wegen eines der in § 362 Nr. 5 StPO aufgeführten mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten Straftatbestände in Betracht käme. So besteht die ernsthafte Gefahr, dass im Wiederaufnahmeverfahren auch wegen anderer Tatbestände verurteilt werden könnte, etwa wegen Totschlags oder gar bloß wegen gefährlicher Körperverletzung statt Mordes. Es ist also gut möglich, dass es zu Verurteilungen über den Katalog des § 362 Nr. 5 StPO hinaus kommt. Anlass zu Kritik bietet aus Gründen der Gewaltenteilung in diesem Zusammenhang auch die unklare Regelungstechnik, die diese Frage vom Gesetzgeber an die Gerichte delegiert.

Schließlich setzt das neue Gesetz in mehrerlei Hinsicht einen verfassungswidrigen Fehlanreiz für die Strafverfolgungsbehörden: Eine zügige Anklage wegen Mordes mit unsicheren Erfolgsaussichten sichert die Möglichkeit der Wiederaufnahme bis zum Tode der Beschuldigten.

Auch ermöglicht die aktuelle Fassung Wiederaufnahmen keinesfalls nur im Falle technischer Neuerungen bei der Analyse von Beweisen, sondern auch bei anderen „neuen Beweismitteln“; ein solches ist etwa die Aussage von Zeugen, die sich im ursprünglichen Verfahren noch auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen hatten, also etwa eines (ggf. mittlerweile ehemaligen) Ehepartners, dies nun aber nicht mehr tun. Neben dem – unter Kriminologen einigermaßen unbestrittenen – generell niedrigen Wert des Zeugenbeweises liegt es auf der Hand, dass dies eine echte Gefahr und Einfallstor für allerlei Schindluder ist.

Es zeigt sich: Dieses Gesetz ist wie die sehr ähnlich gelagerte Gesetzesinitiative aus dem Jahr 2009 verfassungswidrig. 2009 scheiterte die Gesetzesinitiative aber noch nach der Expertenanhörung im Rechtsausschuss (BT-Drs. 16/7957), und das obwohl der damalige Vorschlag weit weniger weitreichend war. 2016 kam der wissenschaftliche Dienst des Bundestages erneut zu dem Ergebnis der Verfassungswidrigkeit eines solchen Vorhabens (WD 7 - 3000 - 121/16). Im Jahr 2021 wurden derlei verfassungsmäßige Zweifel in der Koalition – trotz der Verschärfung

ggü. früheren Fassungen – aber offensichtlich ignoriert (mit offensichtlicher Ausnahme des be-  
redt schweigenden BMJV), sodass das Gesetz den Bundestag passieren konnte.

Daher ist es nun wichtig, dass das Gesetz schon gar nicht ausgefertigt wird, denn ein Zuwarten,  
bis das Gesetz vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben wird, wäre den Betroffenen unzu-  
mutbar: Bereits mit dem Moment der Ausfertigung dieses Gesetzes müsste jeder ehemals eines  
Mordes angeklagte Mensch, der freigesprochen oder bloß wegen eines anderen Delikts verur-  
teilt wurde, sein Leben lang in Angst leben.

Wir hoffen, mit diesen knappen Ausführungen verdeutlicht zu haben, welch eklatanter Para-  
digmenwechsel in Strafverfahren des modernen Rechtsstaats des Grundgesetzes mit der Neu-  
regelung verbunden ist.

Wir richten daher den Appell an Sie, verehrter Herr Bundespräsident, von dem Ihnen zustehen-  
den verfassungsrechtlichen Prüfungs- und damit verbundenen Ausfertigungsverweigerungs-  
recht Gebrauch zu machen. Im besten Fall führte dies zu einem Umdenken beim Gesetzgeber,  
ansonsten wäre damit immerhin eine zügige Klärung der Verfassungsmäßigkeit der Regelung  
vor dem Bundesverfassungsgericht erreicht. Damit dienen Sie dem Rechtsfrieden, aber auch  
dem konkreten Frieden der Verurteilten, die sich bisher auf die Rechtskraft ihres Freispruchs  
verlassen durften, was einem Rechtsstaat gut zu Gesichte steht.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Daria Bayer



Gül Pinar



Dr. Ulf Buermeyer



Lasse Ramson



Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, BMin a.D.



Ulrich Schellenberg



Arne Meyn



Joschka Selinger