

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

5/2022
1. Jahrgang

S. 388-419

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Das „Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben“ und die Schwierigkeit,
es in Anspruch zu nehmen
Zugleich Besprechung von OVG Münster, Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 146/21
Von Prof. em. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Frankfurt a.M.

388

Strafprozessrecht

Aktuelle Entwicklungen im Wiederaufnahmerecht des deutschen Strafprozessrechts:
§ 362 Nr. 5 StPO und der Paradigmenwechsel bei der Wiederaufnahme zuungunsten
des Verurteilten
Von Dr. Theresa Schweiger, München

397

Ausländisches Strafrecht

Cooperation agreements and negotiations in Brazilian criminal justice: agreements
based on the defendant's guilty plea
By Ass.-Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos

407

BUCHREZENSIONEN

Völkerstrafrecht

Kai Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article
Commentary, 4. Aufl. 2022
(Dr. Jan Christoph Nemitz, Den Haag)

419

Das „Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben“ und die Schwierigkeit, es in Anspruch zu nehmen

Zugleich Besprechung von OVG Münster, Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 146/21

Von Prof. em. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Frankfurt a.M.

Das Urteil des BVerfG, mit dem der Tatbestand des § 217 StGB für verfassungswidrig erklärt wurde (BVerfGE 153, 182), hat rechtliche Schranken der Sterbehilfe geöffnet, ohne den faktischen Zugang zu professioneller Suizid-Unterstützung garantieren zu können. Das Urteil des BVerwG, in dem für extreme Fälle ein Anspruch auf Zugang zu einem Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung bejaht wird (BVerwGE 158, 142), behält deshalb auch nach der Entscheidung des BVerfG seine Bedeutung. Der vorliegende Beitrag zeigt, dass die Kritik, die an diesem Urteil verbreitet geübt wird und auf die das BMG seinen „Nichtanwendungserlass“ stützt, methodologisch verfehlt ist und insbesondere die Regelungsstruktur der hier zentralen Bestimmung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG verkennt.

I. Rechtspolitischer Kontext

Das Urteil, mit dem das BVerfG den Straftatbestand der „Geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ (§ 217 StGB a.F.) für verfassungswidrig erklärt und ein Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben anerkannt hat,¹ ist in liberalen Kreisen der Gesellschaft seinerzeit auf große Zustimmung gestoßen. Für die unmittelbar Betroffenen, insbesondere für Personen, die in einer aussichtslosen Situation qualvollen Leidens ihrem Leben ein Ende setzen wollen, verband sich mit ihm die Hoffnung auf einen erleichterten Zugang zu einem menschenwürdigen und unbürokratischen Weg, ihren Sterbewunsch zu realisieren.

Inzwischen hat sich gezeigt, dass sowohl die Genugtuung der in diesem Punkt mehrheitlich² liberalen Bürger als auch die Hoffnungen der unmittelbar Betroffenen verfrüht waren. So liegt derzeit ein neuer Gesetzentwurf vor, der – unter Beteiligung von Abgeordneten, die bereits an der Ausgestaltung des verfassungswidrigen § 217 StGB a.F. maßgeblich mitgewirkt haben – diesen Straftatbestand (§ 217 Abs. 1 StGB a.F.) wörtlich übernimmt und lediglich unter engen Voraussetzungen die Rechtswidrigkeit der „Förderungshandlung“ verneint.³

Die Justiz ist auf dem in diesem Urteil markierten Weg jedenfalls nicht weiter vorangeschritten. Das Bundesverfassungsgericht hat aus seinem Urteil bisher nicht die Konse-

quenz gezogen, Suizidwilligen im Wege einer Nichtigerklärung oder verfassungskonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG den Zugang zu letal wirkenden Betäubungsmitteln zu erleichtern. Vielmehr hat es sowohl Vorlagen des VG Köln (Art. 100 Abs. 1 GG), mit denen die Frage der Verfassungskonformität der Bestimmung gestellt wurde,⁴ als auch die Verfassungsbeschwerden mehrerer suizidwilliger Personen als unzulässig abgewiesen.⁵ Ironischerweise – aber nicht ohne dogmatische Konsequenz – begründet das BVerfG diese Zurückweisungen gerade mit seinem Urteil zu § 217 StGB. Denn die Möglichkeiten von Suizidwilligen, ihren Wunsch nach selbstbestimmtem Sterben zu verwirklichen, hätten sich durch dieses Urteil „wesentlich verbessert.“⁶

Das Bundesverwaltungsgericht hat seine auf eine verfassungskonforme Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG gestützte Auffassung, dass das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) schwerstkranken suizidwilligen Patienten in einer extremen Notlage den Zugang zu einer tödlichen Dosis eines Betäubungsmittels ermöglichen müsse,⁷ in einer späteren Entscheidung zwar nicht revidiert, aber in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen in casu das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen verneint.⁸

II. Das Urteil des OVG Münster vom 2. Februar 2022

1. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG als „zwingender Versagungsgrund“

Das OVG Münster folgt in der vorliegenden Entscheidung des 9. Senats⁹ der bisherigen Linie seiner Rechtsprechung und stellt sich damit gegen die vom BVerwG vertretene Auffassung, der zufolge eine verfassungskonforme Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG möglich und erforderlich ist, um schwerstleidenden Suizidwilligen den Zugang zu einer letalen Dosis eines Betäubungsmittels zu ermöglichen.¹⁰ Es beruft sich dabei auf den – angeblich – „zwingenden Versagungsgrund“ des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG¹¹ und bestreitet unter Hinweis auf das Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. die Erforderlichkeit einer verfassungskonformen Korrektur dieses „zwingenden“ Versagungsgrundes.

¹ BVerfGE 153, 182.

² Nachweise bei Saliger, medstra 2015, 132 (133 mit Fn. 15). Vgl. auch Henking, JR 2015, 174 (183).

³ „Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Hilfe zur Selbsttötung und zur Sicherstellung der Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zur Selbsttötung [...]“ der Abgeordneten Castellucci, Heveling, Kappert-Gonthier u.a., vorgestellt im Februar 2022. Als Autoren werden u.a. die Abgeordnete Kerstin Griese und der ehemalige Gesundheitsminister Hermann Gröhe genannt. – Zur Vorgeschichte des § 217 StGB a.F. ausführlich Saliger, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 156 ff.

⁴ Aussetzungs- und Vorlagebeschlüsse des VG Köln, Beschl. v. 19.11.2019 – 7 K 8560 u.a. (= GesR 2021, 98 m. Anm. Kraatz).

⁵ BVerfG NJW 2020, 2394 (zu den Vorlagen des VG Köln); BVerfG NJW 2021, 1086 (zu Verfassungsbeschwerden gegen das die Erwerbserlaubnis ablehnende Urteil BVerwG NJW 2019, 2789).

⁶ BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 7. Parallele Argumentation in BVerfG NJW 2020, 2394 Rn. 8 ff.

⁷ BVerwGE 158, 142.

⁸ BVerwG NJW 2019, 2789.

⁹ OVG Münster, Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 146/21.

¹⁰ BVerwGE 158, 142.

¹¹ OVG Münster, Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 146/21, Rn. 34

Der Topos des „zwingenden Versagungsgrundes“, der in der Rechtsprechung des OVG Münster immer wieder bemüht wird,¹² ist allerdings ohne argumentativen Wert. Denn er formuliert lediglich das Ergebnis der eigenen Interpretation, trägt aber zu deren Begründung nichts bei. Ob diese Interpretation tatsächlich „zwingend“ ist, bestimmt sich nach den allgemein konsentierten Regeln der Methodenlehre. Folgerichtig beruft sich der *Senat* denn auch auf eine „am Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck des Betäubungsmittelgesetzes und dem Willen des Gesetzgebers orientierte Auslegung“ (Rn. 38). Allerdings zu Unrecht. Eine starke Formulierung („zwingender“ Versagungsgrund) dient hier, wie häufig, dazu, die Schwäche der verfügbaren Argumente zu verdecken. Das wird im Einzelnen darzulegen sein (dazu unter III.).

2. Verfassungskonformität dieser Interpretation

Da der *Senat* davon ausgeht, dass § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG bei einer Interpretation anhand der genannten traditionellen Auslegungsmethoden eine Erlaubnis zum Erwerb einer letalen Substanz zum Zwecke der Selbsttötung verbiete, konzentriert er sich im Folgenden auf die Frage, ob das so gewonnene Ergebnis aus verfassungsrechtlichen Gründen einer Korrektur bedarf (Frage der Verfassungswidrigkeit der Bestimmung bzw. der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Interpretation).

a) Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung

Der *Senat* teilt nicht die von einem Teil des Schrifttums¹³ vertretene und auch den Vorlagebeschlüssen des VG Köln¹⁴ zugrunde liegende Auffassung, dass eine verfassungskonforme Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG wegen eines entgegenstehenden klar erkennbaren Willens des Gesetzgebers ab initio ausscheide. Diese Frage könne offenbleiben (Rn. 49). Denn eine verfassungskonforme Auslegung sei jedenfalls nicht geboten, da durch die Versagung der beantragten Erlaubnis derzeit keine Grundrechte des Klägers verletzt würden (Rn. 53).

¹² OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 66; OVG Münster, Urt. v. 17.2.2017 – 13 A 3079/15, Rn. 47

¹³ Der *Senat* verweist auf das Gutachten von *Di Fabio*, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen, Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19/15 – im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, November 2017, S. 50 ff., abrufbar unter https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (4.5.2022), sowie auf *Hillgruber*, JZ 2017, 777 (781 ff.), und *Weber*, in: *Weber/Kornprobst/Maier*, Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, Anti-Doping-Gesetz, Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2021, BtMG § 5 Rn. 45.

¹⁴ Vgl. Fn. 4.

b) „Gerechtfertigter Grundrechtseingriff“

aa) Konflikt zwischen Selbstbestimmungsrecht und staatlicher „Schutzpflicht“

Zwar greife, so der *Senat*, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG mittelbar in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben ein (Rn. 58). Dieser Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt (Rn. 63). Denn die Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht des Suizidwilligen trete „in Konflikt zu der Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und darüber auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen“ (Rn. 63). Diesen Konflikt löse § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG in einer Weise, die dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerecht werde.

Für seine formelhafte Gegenüberstellung der „Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht des Suizidwilligen“ einerseits, einer „Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und darüber auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen“ andererseits, kann sich der *Senat* u.a. auf die wortgleiche Formulierung des BVerfG in seinem Urteil zu § 217 StGB a.F. berufen.¹⁵ In der Sache ist diese Gegenüberstellung im vorliegenden Kontext problematisch.

Soweit verhindert werden soll, dass ein Suizid-Entschluss im Zustand mangelnder Autonomie getroffen wird („Schutz der Autonomie Suizidwilliger“), wäre das durch entsprechende prozedurale Sicherungen zu gewährleisten, wie sie beispielsweise bei einer Prüfung des Antrags nach § 3 BtMG zur Verfügung stehen. Was den Schutz des Lebens betrifft, so wird dieses fehlerhaft als ein kollektives Rechtsgut verstanden, das über dem Willen dessen schwebt, um dessen Leben es geht. Wenn sich ein Mensch ohne Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfähigkeit dazu entschließt, aus dem Leben zu scheiden, dann ist in einem liberalen Staat, der das Leben des Menschen als ein individuelles und nicht als ein kollektives Rechtsgut versteht, für die vom *Senat* behauptete staatliche „Schutzpflicht“ kein Platz.

bb) Verhältnismäßigkeitsprinzip

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs erörtert der *Senat* die Geeignetheit sowie die Erforderlichkeit zum Zweck der „Suizidprävention“, der dem „Versagungsgrund“ des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG als Schutzfunktion zugewiesen wird (Rn. 66). Beide Voraussetzungen werden bejaht. Der Ausschluss einer Erlaubnis nach § 3 BtMG erschwere, so der *Senat*, eine Selbsttötung (Rn. 68). Dies gelte „jedenfalls in Fällen, in denen der Suizidwunsch Folge einer unmittelbaren Reaktion auf eine aktuelle Lebenssituation ist [...]“ (Rn. 68). Ferner werde damit einem „gesellschaftlichen Druck insbesondere auf vulnerable Personen entgegengewirkt, der durch die Eröffnung einer Erlaubnismöglichkeit entstehen oder empfunden werden könnte [...]“ (Rn. 68).

Aber diese Erwägungen sind wenig überzeugend. Denn die Vorstellung, dass jemand, der sich aus Liebeskummer (so der klassische Beispielfall) oder sonst in einer „unmittelbaren Reaktion auf eine aktuelle Lebenssituation“ umbringen will, zu diesem Zweck einen Antrag nach § 3 BtMG beim

¹⁵ BVerfGE 153, 182, Rn. 223.

Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) stellt, ist fernliegend. Kaum nachvollziehbar erscheint auch die Annahme, ein gesellschaftlicher Druck auf „vulnerable“ Personen, ihr Leben zu beenden, würde die Gestalt einer Aufforderung annehmen, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Offenbar hat der Topos der „vulnerablen“ Person hier eher eine rhetorische (appellative) als eine argumentative Funktion.

Im Übrigen besteht hinsichtlich der „Geeignetheit“ der restriktiven Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zur Suizidprävention (Rn. 66) eine bemerkenswerte Spannung zu den späteren Ausführungen, in denen der *Senat* auf die Alternativen zur Ausführung eines (auch: unterstützten) Suizids verweist, die durch das Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. eröffnet werden (Rn. 94 ff.). Hier wird detailliert dargelegt, welche anderen Möglichkeiten einer zum Suizid entschlossenen Person zur Verfügung stehen, diesen Entschluss mit Hilfe Dritter zu realisieren. Selbstverständlich haben die Darlegungen im letzteren Kontext eine andere Funktion: Sie sollen zeigen, dass die Möglichkeit, Suizid zu begehen (und damit das Recht auf selbstbestimmtes Sterben) durch die restriktive Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG *nicht unangemessen eingeschränkt* wird. Bei der Frage der Geeignetheit der Bestimmung zur Suizidprävention geht es dagegen um den Nachweis, dass die Möglichkeit, Suizid zu begehen, durch die strikte Interpretation dieser Bestimmung *effektiv eingeschränkt* wird. Aber: Dass der *Senat* zur Rechtfertigung seiner restriktiven Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG an einer Stelle die Effizienz, an anderer Stelle die *mangelnde* Effizienz der Regelung hinsichtlich der Suizidprävention betont, irritiert.

Wenig überzeugend ist auch die Bejahung der Erforderlichkeit, für die dem *Senat* ein formelhafter Satz genügt (Rn. 68). Denn wenn es um den Schutz von Personen geht, die ihren Suizidentschluss in einem Zustand mangelnder Eigenverantwortlichkeit gefasst haben, dann wäre der mildere, aber gleichermaßen effiziente Eingriff selbstverständlich der einer Prüfung, ob die Entscheidung zum Suizid tatsächlich eigenverantwortlich getroffen wurde. Für diese Prüfung wäre das Verfahren, in dem das BfArM über den Antrag entscheidet, der logische Ort. Das an späterer Stelle vorgetragene Argument, außerhalb einer gesetzlichen Regelung könnten keine Maßstäbe für die Grenzziehung entwickelt werden (Rn. 80), überzeugt nicht. Selbstverständlich wäre es Sache der entscheidenden Behörde, auf der Basis der vom BVerfG festgelegten Vorgaben¹⁶ zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der beantragten Erlaubnis vorliegen oder nicht. Dass dafür möglicherweise konkretisierende Regeln zu entwickeln wären, die ihrerseits einer gerichtlichen Prüfung zugänglich wären, bedarf keiner Hervorhebung.

Wenn der *Senat* eine klare Differenzierung zwischen den Fällen eines eigenverantwortlichen und wohlüberlegten Suizidentschlusses einerseits, einem mit Willensmängeln behafteten andererseits vermissen lässt, so muss dies nicht auf der argumentationstaktischen Erwägung beruhen, dass sich eine restriktive Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG für die letz-

tere Konstellation leichter begründen lässt. Denkbar wäre auch, dass der *Senat* jegliche „Suizidprävention“ (Rn. 66), also auch die Verhinderung eigenverantwortlich unternommener Suizide und Suizidversuche, als eine legitime staatliche Aufgabe betrachtet. Dafür spricht, dass er in diesem Zusammenhang eine „staatliche Schutzpflicht für das Leben“ anführt (Rn. 66) – also nicht eine staatliche Pflicht, die Autonomie eines Suizidentschlusses zu sichern. Aber die Verhinderung auch eines wohlüberlegt unternommenen Suizids kann spätestens nach dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. nicht (mehr) als staatliche Aufgabe gesehen werden. Der Staat würde ansonsten in Widerspruch zu seiner (durch das BVerfG verbindlich vollzogenen) Anerkennung eines Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben geraten.

Die hier zu Tage tretende mangelhafte Trennung zwischen dem Recht auf Selbstbestimmung einerseits und einem „Rechtsgut des Lebens“ (Rn. 75) andererseits¹⁷ überschattet auch die Ausführungen zur Frage der Angemessenheit des Eingriffs. Die „Zugangsverweigerung zu einer letalen Dosis eines Betäubungsmittels“ schütze, so der *Senat*, „die Selbstbestimmung des Einzelnen über sein Leben und damit [!] das hohe Rechtsgut des Lebens als solches“ (Rn. 75). Was das „Leben als solches“ sein soll, das hier von dem Leben des Einzelnen abgetrennt und zu einem eigenständigen „hohen Rechtsgut“ erhoben wird, bleibt rätselhaft. Selbstverständlich kann man abstrahierend von einem „Rechtsgut Leben“ sprechen, das verletzt wird, wenn ein Angriff gegen das Leben eines Menschen erfolgt – der strafrechtlichen Dogmatik ist diese Begrifflichkeit geläufig. Aber ebenso selbstverständlich ist das Leben, das von der Rechtsordnung geschützt werden muss, immer das Leben eines einzelnen (oder: einzelner) Menschen, nicht ein Leben „als solches“. Das Leben ist ein individuelles Rechtsgut. Das bedeutet: Ein Schutz der „Selbstbestimmung des Einzelnen über sein Leben“ ist nicht nur in dem Sinne gefordert, dass der Staat der freiverantwortlich unternommenen Selbsttötung keine Hindernisse entgegenstellt. Dieser Schutz kann, komplementär, auch dahingehend verstanden werden, dass der Staat („weich paternalistisch“) das *nicht* verantwortlich handelnde Individuum vor einer Vernichtung des eigenen Lebens bewahrt. Ein „Leben als solches“ (Rn. 76), das jenseits des Lebens und des Lebensinteresses des Individuums zu lokalisieren (und zu schützen) wäre, wäre ein theologisches oder metaphysisches Konstrukt.¹⁸

Da der *Senat* in dieser Weise dem Recht des Einzelnen, sein Leben selbstbestimmt zu beenden, eine Schutzpflicht des Staates für „das Leben als solches“ gegenüberstellt, entscheidet sich für ihn die Frage der Angemessenheit des Eingriffs aufgrund einer Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Suizidwilligen einerseits und der staatlichen „Schutzpflicht für Leben und Gesundheit“ andererseits (Rn. 73). Hier habe der Gesetzgeber, so der *Senat*, mit der Regelung

¹⁷ Dazu schon oben II. 2. b) aa).

¹⁸ Die Frage, ob und inwieweit die „Wertjudikatur“ des BVerfG derartigen Konstruktionen Vorschub leistet, ist hier nicht zu thematisieren. Dazu *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 97 und öfter.

¹⁶ BVerwGE 158, 142, Rn. 40.

des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG seinen Spielraum nicht überschritten (Rn. 73).

Begründet wird das vor allem mit der Erwägung, dass sich infolge der Nichtigerklärung des § 217 StGB a.F. durch das BVerfG¹⁹ die Möglichkeiten, für einen geplanten Suizid eine Unterstützung seitens Dritter zu erhalten, wesentlich verbessert hätten (Rn. 88 ff.). Diese Argumentation, die auch neueren Entscheidungen des BVerfG zugrunde liegt,²⁰ lässt die Möglichkeit offen, dass die Regelung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG in der Interpretation, die sie durch den *Senat* und die herrschende Meinung erfährt, vor dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB verfassungswidrig war, und dass sie durch eine künftige restriktive Gesetzgebung zu Suizid- und Sterbehilfe wiederum verfassungswidrig werden könnte. Folgerichtig spricht der *Senat* davon, dass die fehlende Erlaubnisfähigkeit für den Erwerb letaler Substanzen, die zur Selbsttötung geeignet und bestimmt sind, im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips „derzeit“ angemessen sei (Rn. 72).

Die aus dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. resultierende Erweiterung der Möglichkeiten, für ein Suizidvorhaben Unterstützung in Anspruch zu nehmen, entzieht nach Ansicht des *Senats* auch dem Urteil des BVerwG, in dem für bestimmte, eng umgrenzte Fälle eine Verpflichtung des BfArM zur Erteilung einer Erlaubnis für den Erwerb einer letalen Dosis Natrium-Pentobarbital bejaht wurde,²¹ die Grundlage (Rn. 88). Ausdrücklich genannt werden die Möglichkeiten, sich an Sterbehilfe-Organisationen zu wenden oder ärztliche Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen (Rn. 88 ff.). Die Selbstverständlichkeit, mit der hier suizidwillige Personen an Sterbehilfe-Organisationen verwiesen werden,²² verwundert, wenn man sich an die Perhorreszierung dieser Organisationen im Vorfeld der Verabschiedung des § 217 StGB a.F. erinnert.²³ Was die ärztliche Suizidhilfe betrifft, so lässt der *Senat* das Argument, dass wegen drohender standesrechtlicher Konsequenzen nur wenige Ärzte bereit wären, Suizidhilfe zu leisten, nicht gelten.²⁴ Er beruft sich dabei u.a. auf die Äußerung des Vorsitzenden der „Deutschen Gesellschaft für Humanes Sterben“ (DGHS), es gebe bundesweit sechs (!) Ärzte, zu denen man Sterbewilligen Kontakt vermitteln könne (Rn. 101).

Das Urteil über die Verfassungsmäßigkeit der geltenden Regelungen des BtMG (§ 5 Abs. 1 Nr. 6, § 13 Abs. 1 BtMG) hängt nach Auffassung des *Senats* damit von der Antwort auf die Frage ab, ob es dem Suizidwilligen auch dann, wenn er sich wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in

einer extremen Notlage befindet, möglich und zumutbar ist, sich auf die Suche nach einem Suizidhilfe leistenden Arzt oder sonstiger Suizid-Unterstützung von dritter Seite zu machen. Das BVerwG hatte diese Frage in seiner vor Nichtigerklärung des § 217 StGB a.F. ergangenen Entscheidung verneint.²⁵ Der *Senat* bejaht diese Frage und dementsprechend die „Angemessenheit“ des Grundrechtseingriffs, der nach der von ihm vertretenen Interpretation in der Regelung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zu sehen ist.

c) Das BVerfG zur Frage der Verfassungskonformität des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG

Das Bundesverfassungsgericht ist in diesem Punkt deutlich vorsichtiger. In dem Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2020 wird eine Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ausdrücklich abgelehnt – mit der Begründung, eine „verfassungsgerichtliche Sachentscheidung zum jetzigen Zeitpunkt müsste [...] auf weitgehend unsicherer Grundlage hinsichtlich der gegebenen tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten ergehen.“²⁶ Eine entsprechende „Klärung der Sach- und Rechtslage“ erwartet die Kammer in der Folge von Anstrengungen sterbewilliger Personen, die unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) gehalten seien, ihr Recht auf selbstbestimmte Beendigung ihres Lebens „durch aktive Suche nach suizidhilfebereiten Personen im Inland, durch Bemühungen um eine ärztliche Verschreibung des gewünschten Wirkstoffs oder auf anderem geeigneten Weg konkret zu verfolgen.“²⁷

Man kann darüber streiten, ob sich aus dem Prinzip der „Subsidiarität“ der Verfassungsbeschwerde, auf das sich die Kammer zur Begründung der Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerden beruft, tatsächlich eine Obliegenheit der Beschwerdeführer ableiten lässt, entsprechende Bemühungen zu unternehmen. Denn die Bestimmung des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG, auf die sich die Kammer bezieht, regelt lediglich, dass die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des *Rechtswegs* erhoben werden kann. Dass der Rechtsweg erst dann erschöpft sein soll, wenn der Beschwerdeführer zudem alle zumutbaren Anstrengungen zu einer *faktischen*, eine Grundrechtsverletzung abwendenden Verbesserung seiner Situation unternommen hat, erschließt sich bei der Lektüre dieser Bestimmung nicht ohne Weiteres.

Indes sei hier dahingestellt, ob sich die Kammer in diesem Punkt zu Recht auf eine entsprechende ständige Rechtsprechung des BVerfG beruft²⁸ und ob diese Rechtsprechung angesichts des Wortlauts des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zu rechtfertigen ist. Dahingestellt sei auch, ob es nicht für eine mangelnde Sensibilität gegenüber der Situation von möglicherweise schwerstleidenden suizidwilligen Personen spricht, wenn die Kammer den von ihr geforderten eigenen Bemühungen potentieller Beschwerdeführer die Funktion einer „Abklärung des nunmehr geltenden fachrechtlichen Rah-

¹⁹ BVerfGE 153, 182.

²⁰ BVerfG NStZ-RR 2022, 32; BVerfG NJW 2020, 2394.

²¹ BVerwGE 158, 142.

²² Als problematisch, aber für eine Übergangszeit (bis zu einer gesetzlichen Regelung) zumutbar, betrachtet das VG Köln die Inanspruchnahme von Sterbehilfeorganisationen (VG Köln, Urt. v. 24.11.2020 – 7 K 13803/17 u.a. [= GesR 2021, 98 mit Anm. Kraatz], Rn. 97 f.).

²³ Zu den seinerzeit auch von staatlichen Instanzen zur Kennzeichnung der Tätigkeit dieser Organisationen verwendeten Begriffen *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280 (281 mit Fn. 10).

²⁴ Ebenso BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 7.

²⁵ BVerwGE 158, 142, Rn. 34 ff.

²⁶ BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 8.

²⁷ BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 4.

²⁸ BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 5.

mens“ zuerkennt.²⁹ Immerhin beinhalten diese Bemühungen das Risiko des faktischen Scheiterns (und damit des Zwangs, ein als unerträglich erlebtes Leben fortführen zu müssen); jedenfalls für die beteiligten Dritten bergen sie zudem erhebliche rechtliche Risiken bis hin zur Gefahr strafrechtlicher Konsequenzen.

Festzuhalten, weil für die weitere Entwicklung der Diskussion bedeutsam, ist, dass das BVerfG in dieser Entscheidung die Frage der Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG offen lässt. Der Beschluss fügt sich damit in eine Reihe von Entscheidungen, die dieser Frage über eine prozessuale Argumentation ausweichen. So der Kammerbeschluss vom 20. Mai 2020, in dem die Vorlagen des VG Köln (Art. 100 Abs. 1 GG), mit denen das VG die Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG behauptet hatte, wegen mangelnder Begründung als unzulässig abgewiesen wurden.³⁰ So auch der Beschluss vom 3. November 2021, in dem die Kammer der Verfassungsbeschwerde eines suizidwilligen Strafgefangenen, der Zugang zu einer tödlich wirkenden Substanz beantragt hatte, wegen mehrerer Verstöße gegen Art. 19 Abs. 4 GG im vorangegangenen gerichtlichen Verfahren ohne Sachentscheidung stattgab.³¹ Erkennbar wird in diesen Entscheidungen die Tendenz, einer gesetzlichen Regelung des Komplexes der Suizid- und Sterbehilfe nicht vorzugreifen.³² Deutlich wird aber auch die Tendenz, im Wege einer verfassungskonformen Interpretation von Bestimmungen des BtMG, Sterbewilligen den Zugang zu tödlich wirkenden Medikamenten zu erleichtern.³³

d) Die anstehende Entscheidung des BVerwG

Das Bundesverwaltungsgericht dagegen wird in seiner anstehenden Revisionsentscheidung zum vorliegenden Urteil des OVG Münster in der Sache Stellung nehmen müssen. Es steht dabei vor der Frage, ob es an seinem kontrovers diskutierten Urteil³⁴ festhalten und weiterhin für eine verfassungskonforme Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG plädieren, oder aber unter Hinweis auf die infolge des Urteils des BVerfG zu § 217 StGB veränderten Umstände die Notwendigkeit, in Fällen einer „extremen Notlage“ im Wege einer solchen verfassungskonformen Auslegung den Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung zu ermöglichen, verneinen soll. Damit stellen sich erneut die Probleme der Zulässigkeit und der Erforderlichkeit (der sachlichen Berechtigung) einer verfassungskonformen Auslegung der

Bestimmung. Ich beschränke mich im Folgenden auf die Frage der Zulässigkeit, die anhand von rechtstheoretischen und -methodologischen Kriterien zu beantworten ist.

III. Rechtfertigung einer verfassungskonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG

1. Voraussetzungen einer verfassungskonformen Auslegung

Von Teilen des Schrifttums wird die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG – im Sinne einer Öffnung für die Erlaubnis zum Erwerb letal wirkender Betäubungsmittel zum Zwecke der Selbsttötung – strikt verneint.³⁵ Verwiesen wird dabei auf die vom BVerfG entwickelten Kriterien. In seinem Beschluss vom 19. September 2007, auf den sich etwa *Di Fabio* beruft,³⁶ heißt es dazu:

„Das Gebot verfassungskonformer Gesetzesauslegung verlangt, von mehreren möglichen Normbedeutungen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht [...]. Eine Norm ist daher nur dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung zu vereinbarende Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist diese geboten [...]. Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung ergeben sich damit grundsätzlich aus dem ordnungsgemäßen Gebrauch der anerkannten Auslegungsmethoden.“³⁷

Da nach Ansicht des BVerwG die Norm des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG nur dann mit der Verfassung vereinbar ist, wenn sie für extreme Notlagen die Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb eines letal wirkenden Betäubungsmittels zum Zweck der Suizidverübung zulässt,³⁸ kommt es nach den vom

²⁹ BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 8.

³⁰ BVerfG NJW 2020, 2394.

³¹ BVerfG NStZ-RR 2022, 32.

³² So ausdrücklich BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 9.

³³ Hinweis auf die „Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 13 Abs. 1 BtMG“ in BVerfG NJW 2020, 2394, Rn. 14. Auf § 13 BtMG dürfte auch die Feststellung zielen, dass Ärzte zur Verschreibung tödlich wirkender Medikamente nach der Nichtigerklärung des § 217 StGB a.F. „in strafrechtlicher und betäubungsmittelrechtlicher Hinsicht [...] nunmehr auch befugt“ wären (BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 7).

³⁴ BVerwGE 158, 142.

³⁵ *Di Fabio* (Fn. 13), S. 50 ff.; *Hillgruber*, JZ 2017, 777 (781 ff.); *Weber* (Fn. 13), BtMG § 5 Rn. 45, 47. Zur Kritik an der weithin tendenziösen Argumentation *Di Fabios* in seinem Auftragsgutachten vgl. etwa *Merkel*, in: J. Neumann/Czermak/Merkel/Putzke (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht, 2019, S. 197; *J. Neumann/Minelli*, ifw-Kommentar zum Rechtsgutachten „Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen“ von Prof. Udo Di Fabio für das Arzneimittel-Institut (BfArM), 19.2.2018, abrufbar unter

<https://weltanschauungsrecht.de/kommentar-bfarm-difabio-bverwG> (4.5.2022); *U. Neumann*, in: J. Neumann/Czermak/Merkel/Putzke (ebenda), S. 175; *U. Schroth*, GesR 2020, 477; *van den Daele*, ARSP 2020, 317 (339/340 mit Fn. 76).

³⁶ *Di Fabio* (Fn. 13), S. 51, unter Bezug auf BVerfGE 119, 247 (274), und BVerfGE 69, 1 (55).

³⁷ BVerfGE 119, 247, Rn. 92, 93.

³⁸ BVerwGE 158, 142, bestätigt in BVerwG NJW 2019, 2789, Rn. 18.

BVerfG entwickelten Kriterien darauf an, ob nach *einer* der anerkannten Auslegungsmethoden eine entsprechende Interpretation der Bestimmung möglich ist.

2. Auslegung der Bestimmung anhand der „anerkannten Auslegungsmethoden“

Dies wird teilweise bestritten. Nach der aktuellen Entscheidung des OVG Münster ist eine Erwerbserlaubnis, die auf eine Nutzung von Natrium-Pentobarbital zur Selbsttötung gerichtet ist, mit einer „am Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck des Betäubungsmittelgesetzes und dem Willen des Gesetzgebers orientierte[n] Auslegung“ nicht vereinbar.³⁹ Zur Begründung verweist der 9. Senat insbesondere auf zwei Entscheidungen des 13. Senats des OVG.⁴⁰ Man kann also davon ausgehen, dass sich der Senat die dort vorgebrachten Argumente zu eigen macht. Ergiebig sind hier vor allem die ausführlichen Darlegungen in dem zeitlich früheren Urteil,⁴¹ auf die die spätere der in Bezug genommenen Entscheidungen⁴² mehrfach verweist.

Das Urteil versucht, die in der neueren Entscheidung übernommene Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG als „zwingender Versagungsgrund“ für eine Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels zu Suizidzwecken im Einzelnen zu begründen. Es bezieht sich dabei auf Wortlaut und Systematik der Vorschrift sowie auf den vom historischen Gesetzgeber verfolgten Zweck.⁴³

a) Wortlaut

Hinsichtlich des Wortlauts des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG stützt sich der Senat auf seine Interpretation des Begriffs „medizinisch“. Dieser Begriff bedeute im Kontext der in § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG angesprochenen „medizinischen Versorgung der Bevölkerung“, dass ein „nicht im Sinne der ärztlichen Heilkunst auf Heilung oder Linderung von pathologischen Zuständen“ gerichteter Gebrauch ausgeschlossen werde.⁴⁴ Aber das ist aus mehreren Gründen unzutreffend.

Zunächst ist die ärztliche Tätigkeit schon traditionell nicht auf die Heilung oder Linderung pathologischer Zustände beschränkt. Das gilt etwa für den Bereich der Schönheitschirurgie. Es gilt ebenso für den Schwangerschaftsabbruch, den der Gesetzgeber dem Bereich der ärztlichen Tätigkeit zuweist (arg. § 218a StGB).⁴⁵ Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass im Arzneimittelgesetz, das der medizinischen Versorgung dient, der Vertrieb des Abtreibungsmittels „Mifegyne“ einer gesetzlichen Regelung unterzogen wird.⁴⁶

³⁹ OVG Münster, Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 146/21, Rn. 38, 40.

⁴⁰ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 54 ff., und OVG Münster, Urt. v. 17.2.2017 – 13 A 3079/15, Rn. 46 ff.

⁴¹ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14.

⁴² OVG Münster, Urt. v. 17.2.2017 – 13 A 3079/15.

⁴³ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 66 ff.

⁴⁴ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 72.

⁴⁵ Zum Schwangerschaftsabbruch in diesem Sinne auch Merkel, MedR 2017, 828 (829).

⁴⁶ Hufen, NJW 2018, 1524 (1528).

Seit der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB a.F. lässt sich auch nicht mehr bestreiten, dass die Unterstützung eines freiverantwortlich unternommenen Suizids eine ärztliche Aufgabe sein kann. Das BVerfG unterstellt die „als Teil einer beruflichen Tätigkeit erbrachte Suizidhilfe“ ausdrücklich dem Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 GG).⁴⁷ Schließlich spielt die ärztliche Tätigkeit bei der Suizid- und Sterbehilfe in Gesetzesentwürfen zur Regelung dieses Bereichs eine wichtige, teilweise zentrale Rolle.⁴⁸ Dass der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG die Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb eines Mittels zur Selbsttötung ausschließt, lässt sich heute nicht mehr ernstlich vertreten.⁴⁹

b) Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck

Auch das Argument, der vom historischen Gesetzgeber verfolgte Zweck schließe die Erteilung der fraglichen Erlaubnis aus,⁵⁰ geht fehl. Der Senat räumt ein, dass im Gesetz eine ausdrückliche Regelung, ob eine Abgabe von Betäubungsmitteln zum Zwecke der Selbsttötung zulässig sein soll, fehlt⁵¹ und dass der historische Gesetzgeber diese Situation nicht vor Augen hatte.⁵² Trotzdem soll nach Ansicht des Senats der vom historischen Gesetzgeber verfolgte Zweck für die Interpretation sprechen, dass § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG eine Erlaubnis zum Erwerb einer Substanz zum Zweck der Selbsttötung ausschließt.

Zentral ist hier das Argument, dass es dem Gesetzgeber um den Gesundheitsschutz ging,⁵³ und dass der Suizid nicht der Gesundheit diene.⁵⁴ Letzteres ist nun in der Tat, wie der Senat konstatiert, „offensichtlich“. Indes ist ebenso offensichtlich, dass es absurd wäre, den Suizid als Beeinträchtigung der Gesundheit zu bewerten. Man stelle sich dazu fol-

⁴⁷ BVerfGE 153, 182, Rn. 310–312. Die vorsichtige Formulierung, die Suizidhilfe sei „nicht von vornherein aus dem Schutzbereich der Berufsfreiheit ausgenommen“ (Rn. 311) wird anschließend zu der Feststellung verstärkt, die Voraussetzungen, unter denen für bestimmte Tätigkeiten der Schutz des Art. 12 GG versagt werden könne, träfen „auf die Suizidhilfe auch dann nicht zu, wenn sie in geschäftsmäßiger Form erbracht wird“ (Rn. 312).

⁴⁸ So soll nach dem Entwurf von Castellucci u.a. (s.o. Fn. 3) der Zugang zu einem tödlich wirkenden Medikament in den eng gefassten Ausnahmefällen im Wege einer ärztlichen Verschreibung nach § 13 BtMG ermöglicht werden. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 13 BtMG wird de lege lata erwogen in BVerfG NJW 2020, 2394, Rn. 14.

⁴⁹ Zur Argumentation des BVerfG, dass in extremen Notlagen „die Anwendung eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung ausnahmsweise als therapeutischen Zwecken dienend angesehen werden“ könne (BVerfGE 158, 142, Rn. 37) vgl. U. Neumann (Fn. 35), S. 178 f.

⁵⁰ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 79 ff.

⁵¹ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 79.

⁵² OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 92.

⁵³ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 79.

⁵⁴ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 91.

genden Dialog vor: „Herr X hat letzte Woche seiner Gesundheit erheblich geschadet“ – „?“ – „Ja, er hat sich umgebracht“. Das wäre grotesk, denn „krank“ und „gesund“ sind Prädikate, die nur auf ein lebendes Wesen anwendbar sind.

Auf abstrakterer Ebene formuliert: Die Vorstellung, der Suizid bewirke einen Gesundheitsschaden, basiert auf einem Kategorienfehler. Denn, nochmals gesagt: Von „Gesundheit“ und „Krankheit“ kann nur in Bezug auf einen lebenden Menschen (ein lebendes Wesen) gesprochen werden. Der Tod ist keine gesteigerte Form von Krankheit. Er ist das Ende jeder Krankheit (wie auch der Gesundheit).

Natürlich könnte man hier an eine Analogie in der argumentativ starken Form eines a fortiori-Schlusses denken: Wenn das Gesetz die Gesundheit schützen soll, dann erst recht das Leben. Aber für einen solchen Schluss fehlt die Basis, nämlich die Vergleichbarkeit der Interessenlage. Jeder Mensch hat ein Interesse an Gesundheit, sofern er nicht seelisch krank oder Opfer einer menschenfeindlichen Ideologie ist. Dieses Interesse ist unabhängig von der Situation, in der er sich befindet. Dagegen gibt es Situationen, in denen auch der geistig gesunde und weder durch religiösen noch durch ideologischen Fanatismus geprägte Mensch den Wunsch hat, sein Leben zu beenden. Beispiele dafür liefern die Fallschilderungen, die den einschlägigen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zu § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zugrunde liegen, mit hinreichender (und teilweise erschütternder) Deutlichkeit.

Nicht überzeugend sind auch die weiteren Erwägungen, die der *Senat* zur Stützung seiner These, der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck schließe die Erteilung einer entsprechenden Erlaubnis aus, anstellt. So basiert das Argument: „Bei zweckorientierter Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ist eine Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels in tödlicher Dosis zu versagen, weil [!] dies objektiv betrachtet tödlich wirkt und auch subjektiv dazu bestimmt ist, die Selbsttötung herbeizuführen“,⁵⁵ ersichtlich auf einer Tautologie. Die weitere Behauptung, das Unterbleiben einer gesetzlichen Regelung zu Gunsten einer Freigabe von Betäubungsmitteln zur Selbsttötung spreche dafür, dass der Gesetzgeber die in einem Verfahren von dem BfArM und dem VG Köln vertretene Auffassung „nicht ausdrücklich ändern wollte und dies somit seinem Willen entsprach“,⁵⁶ ist abseitig. Mit einer entsprechenden Begründung kann man in den „Willen des Gesetzgebers“ nahezu Beliebiges hineininterpretieren.

c) „Systematische“ Auslegung

Das entscheidende Argument gegen die von der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte vertretene Auffassung resultiert aber aus der Struktur der Regelung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG. Dieser Auffassung, die in diesem Punkt bisher weder vom Bundesverwaltungsgericht noch, soweit ersichtlich, in der Rechtswissenschaft kritisiert wurde, liegt ein höchst fragwürdiges Verständnis der Funktion zugrunde, die dem Kriterium der „notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung“ in der Systematik der Norm zukommt. Bevor auf diesen zentralen Punkt näher einzugehen ist (dazu

unter IV.), zunächst aber einige Bemerkungen zu Argumenten, die der *Senat* selbst als „systematische Argumente“ rubriziert.⁵⁷

Der *Senat* bezieht sich im Rahmen seiner „systematischen“ Argumentation unter anderem auf den Gesichtspunkt der „Einheit der Rechtsordnung“ und vertritt in diesem Kontext die Auffassung, dass der in der Rechtsordnung verankerten Straffreiheit der Selbsttötung „keine generelle Wertentscheidung des Gesetzgebers zu entnehmen [sei], die es zugleich ausschliesse, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG so auszulegen, dass dieser einer Erlaubnis zum Erwerb von Betäubungsmitteln zum Zweck der Selbsttötung entgegensteht.“⁵⁸ Zur Begründung verweist der *Senat* darauf, dass die Straffreiheit der Selbsttötung keine „positive Entscheidung des Staates“ zu Gunsten der Freiheit zur Selbsttötung darstelle.⁵⁹ Dies war im Jahre 2015 eine vertretbare Auffassung, die allerdings jedenfalls hinsichtlich der angeblich fehlenden „positiven Entscheidung des Staates“ durch das Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F.⁶⁰ inzwischen überholt ist.

In seinem Urteil aus dem Jahre 2017 verschärft der gleiche *Senat* diese Argumentation zum Topos der „Einheit der Rechtsordnung“ dahingehend, dass dieser Gesichtspunkt der von ihm vertretenen Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG nicht nur nicht entgegenstehe, sondern diese geradezu fordere. Er bezieht sich dabei auf den zwischenzeitlich in Kraft getretenen § 217 StGB (a.F.): Durch die Berücksichtigung des in den Materialien zu diesem Gesetz zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willens lasse sich eine „unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung anzustrebende Wertungsgleichheit zwischen dem Strafrecht einerseits und dem Betäubungsmittelrecht andererseits herstellen.“⁶¹

Auch dies war zum Zeitpunkt des Erlasses des Urteils eine vertretbare Sichtweise. Unverständlich ist aber, dass der 9. *Senat* in seiner aktuellen Entscheidung pauschal auf die in den beiden Entscheidungen des 13. *Senats* vorgebrachten Argumente verweist, ohne darauf einzugehen, dass der Gesichtspunkt der „Einheit der Rechtsordnung“, auf den beide Entscheidungen Bezug nehmen, nach dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. nicht mehr für, sondern gegen die vom OVG Münster verfochtene Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG spricht. Den Topos der „Einheit der Rechtsordnung“ nur dann heranzuziehen, wenn er für die eigene Rechtsauffassung spricht, ist mit den Standards rationaler juristischer Argumentation nicht vereinbar.

Die Zwischenbilanz bis zu diesem Punkt lautet: Die in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte dominierende Auffassung, die von ihnen verfochtene restriktive Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG könne sich auf Wortlaut und Systematik sowie auf den Willen des Gesetzgebers stützen, ist für keine der angeführten Auslegungsmethoden überzeugend.

⁵⁷ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 74 ff.

⁵⁸ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 78.

⁵⁹ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 78.

⁶⁰ BVerfGE 153, 182.

⁶¹ OVG Münster, Urt. v. 17.2.2017 – 13 A 3079/15, Rn. 54.

⁵⁵ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 92.

⁵⁶ OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 96.

IV. Regelungsstruktur des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG

Der zentrale Einwand gegen diese Interpretation betrifft indes, wie schon angedeutet, ein Missverständnis der Systematik der Bestimmung, das, soweit ich sehe, bisher auch von den Verfechtern einer „liberalen“ Interpretation der Bestimmung nicht beanstandet wurde.

Sowohl die Vertreter einer restriktiven Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG als auch deren Kritiker gehen bisher übereinstimmend davon aus, dass eine Erlaubnis zum Erwerb einer tödlichen Menge eines Betäubungsmittels nur dann erteilt werden kann, wenn sie sich als Maßnahme der „notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung“ kennzeichnen lässt. Diese Voraussetzung aber lässt sich der Bestimmung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG nicht entnehmen.

Denn: Die Erteilung der Erlaubnis zum Bezug eines tödlich wirkenden Medikaments setzt, entgegen der bisher herrschenden Meinung, *nicht* voraus, dass die beabsichtigte Verwendung der Substanz („die Art und der Zweck des beantragten Verkehrs“) dem Zweck der medizinischen Versorgung der Bevölkerung *dient*. Dass dies erforderlich sei, entspricht weder dem Wortlaut noch Sinn und Zweck des Gesetzes.

Nach dem unmissverständlichen Wortlaut des Gesetzes ist die Erlaubnis dann *zu versagen*, wenn die beabsichtigte Verwendung der Substanz „nicht mit dem Zweck dieses Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, [...] vereinbar ist“. Die beabsichtigte Verwendung darf also nicht mit diesem Zweck *unvereinbar* sein; sie darf diesem Zweck nicht *widerstreiten*. Das bedeutet aber – selbstverständlich – nicht, dass die Erlaubnis nur erteilt werden dürfte, wenn die beabsichtigte Verwendung dem Zweck der medizinischen Versorgung der Bevölkerung *dient*, also die Gesamtbilanz dieser Versorgung positiv beeinflusst. Vielmehr genügt es, dass die beabsichtigte Verwendung unter dem Gesichtspunkt der medizinischen Versorgung der Bevölkerung indifferent ist. Nicht alles, was nicht geeignet ist, einem bestimmten Zweck zu dienen, ist mit diesem Zweck deshalb unvereinbar. An einem einfachen Beispiel: Wenn das Verbot, sich in der Öffentlichkeit mit Vollverschleierung zu zeigen, mit der Religionsfreiheit *vereinbar* ist, so bedeutet das nicht, dass dieses Verbot der Religionsfreiheit *dienen* würde.

Unter dem Gesichtspunkt der „notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung“ könnte eine beantragte Erlaubnis also nur dann versagt werden, wenn sie diese Versorgung *gefährden* würde und deshalb mit dem entsprechenden Gesetzeszweck unvereinbar wäre. Nun kann die medizinische Versorgung der Bevölkerung zwar durch die Verweigerung, nicht aber durch die Ermöglichung des Zugangs zu Medikamenten beeinträchtigt werden. Dies gilt auch dann, wenn man es für gerechtfertigt hält, den Zugang zu einer letal wirkenden Substanz unter Berufung auf § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zu verweigern. Denn: Dass durch die Ermöglichung des Zugangs die medizinische Versorgung der Bevölkerung gefährdet wäre, lässt sich nicht behaupten.

Eine sinnvolle und systematisch stimmige Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ist deshalb nur dann möglich, wenn man den Grund für die Versagung der Erlaubnis allein in der konkreten Gefahr des Missbrauchs des Betäubungsmittels bzw. der Entstehung/Erhaltung einer Betäubungsmittelabhängigkeit sieht. Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn „die Art und der Zweck des beantragten Verkehrs nicht mit dem Zweck des Gesetzes, [...] den Mißbrauch von Betäubungsmitteln [...] sowie das Entstehen oder Erhalten einer Betäubungsmittelabhängigkeit soweit wie möglich auszuschließen, vereinbar ist“. Die Erlaubnis darf also dann nicht erteilt werden, wenn sich die beabsichtigte Verwendung der Substanz als Missbrauch darstellen würde. Der Bezug auf die „medizinische Versorgung der Bevölkerung“ hat bei dieser Lesart nur die Funktion eines gegenläufigen Abwägungsfaktors. Dies entspricht der Politik des Gesetzgebers, der mit der Verabschiedung des BtMG in erster Linie die Drogensucht sowie deren gesundheitliche und soziale Folgen (Drogenkriminalität) bekämpfen wollte.⁶² Die dafür erforderliche Beschränkung des Zugangs zu Betäubungsmitteln sollte allerdings, so die Strategie des Gesetzgebers, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung nicht beeinträchtigen. In diesem Sinne wurde als Zweck des Gesetzes auch diese Versorgung festgeschrieben.⁶³ Die Spannung, die zwischen beiden Zielsetzungen besteht, kommt im Gesetzestext in der Formulierung „daneben aber“, mit der die beiden Zwecke in Relation gesetzt werden, klar zum Ausdruck.

Denn in dieser Formulierung liegt die Anerkennung, dass die Ziele der medizinischen Versorgung der Bevölkerung einerseits, der Verhinderung von Missbrauch andererseits gegenläufig sind. Das bedeutet: Auch dann, wenn die Gefahr eines Missbrauchs oder der Entstehung/Erhaltung einer Betäubungsmittelabhängigkeit besteht, kann es der Gesichtspunkt der notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung ermöglichen (möglicherweise: gebieten), die betreffende Erlaubnis zu erteilen. Denn Ziel des Gesetzes ist es, diesen Gefahren innerhalb der Grenzen zu begegnen, die durch das Erfordernis der medizinischen Versorgung der Bevölkerung gezogen sind. Ist die Situation eines möglichen Missbrauchs (oder der Gefahr der Entstehung/Erhaltung einer Betäubungsmittelabhängigkeit) nicht gegeben, dann kommt es auf den Gesichtspunkt der „medizinischen Versorgung der Bevölkerung“ nicht mehr an.

Für die Frage, ob eine Erlaubnis zum Erwerb einer tödlich wirkenden Substanz grundsätzlich möglich ist, bedeutet das: Entscheidend ist, ob die Verwendung eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung als „Missbrauch“ der Substanz qualifiziert werden kann. Diese Frage hat das OVG Münster bereits vor dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. zutreffend verneint.⁶⁴ Nach dieser Entscheidung des BVerfG ist die Gegenauffassung nicht mehr vertretbar. Da die Gefahr der Entstehung oder Erhaltung einer Betäubungsmittelabhängigkeit bei Verwendung der Substanz zur Selbsttötung von vornherein nicht in Betracht kommt,⁶⁵ erweist sich die Auffassung, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG verbiete grundsätz-

⁶² Zutreffend OVG Münster, Urte. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 90.

⁶³ Ausdrücklich zu dem Nebeneinander beider Zielsetzungen BT-Drs. 8/3551 v. 9.1.1980 unter A II.

⁶⁴ OVG Münster, Urte. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 90.

⁶⁵ OVG Münster, Urte. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 72.

lich die Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb einer zur Selbsttötung geeigneten und bestimmten Substanz, auch auf der Grundlage einer systematischen Interpretation der Bestimmung als nicht tragfähig. Die verbreitete Auffassung, aus allgemeinen Auslegungskriterien (Wortlaut, vom Gesetzgeber verfolgter Zweck, Systematik) ergebe sich, dass § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG in den fraglichen Fällen der Erteilung einer Erlaubnis als „zwingender Versagungsgrund“ entgegenstehe, ist unzutreffend.

Das bedeutet: Es kann keine Rede davon sein, dass eine „verfassungskonforme“ Auslegung der Bestimmung, wie das BVerwG sie in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2017 vorgenommen hat,⁶⁶ wegen Missachtung eines „klaren Wortlauts“ oder eines „klar erkennbaren Willens des Gesetzgebers“ unzulässig wäre. Es bedeutet aber zugleich, dass der Rückgriff auf die Methode der „verfassungskonformen Auslegung“ nicht erforderlich ist, um den Weg zu einer Erteilung der Erwerbserlaubnis für Natrium-Pentobarbital zu Suizidzwecken zu öffnen.

Es bedeutet *nicht*, dass de lege lata auf die Methode der verfassungskonformen Auslegung im Kontext des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG vollständig verzichtet werden könnte. Denn auf der Basis einer Auslegung der Bestimmung anhand der traditionellen Interpretationsmethoden ergibt sich lediglich die Möglichkeit, nicht aber die Notwendigkeit, dem Antragsteller in bestimmten Fällen („extreme Notlagen“) die Erlaubnis zum Erwerb der letal wirkenden Substanz zu erteilen. Die Erwägungen, die das BVerwG zur verfassungsrechtlichen Gebotenheit der Erteilung der Erlaubnis in diesen Fällen angestellt hat, sind – trotz der inzwischen erfolgten Nichtigerklärung des § 217 StGB a.F. – nach wie vor aktuell.

Dies gilt ungeachtet der zu erwartenden Neuregelung der Suizid- und Sterbehilfe durch den Gesetzgeber. Auch wenn hier im Bereich des Betäubungsmittelrechts eine Lösung über § 13 BtMG gesucht werden sollte, so wäre zu berücksichtigen, dass dem Suizidwilligen gegenüber dem Arzt kein Anspruch auf Verschreibung der Substanz zustehen könnte. Im Übrigen wäre es kaum zu verantworten, die bisherige Rechtsprechung in Hinblick auf eine künftige Gesetzgebung zu ändern, die hinsichtlich ihres Regelungsgehalts wie auch der zeitlichen Perspektive des Gesetzgebungsverfahrens noch weithin unbestimmt ist.

Es ist zu hoffen, dass das Bundesverwaltungsgericht trotz des Drucks, der von Seiten der Politik ausgeübt wurde und der sich beispielsweise in dem unter dem Aspekt der Gewaltenteilung problematischen „Nichtanwendungserlass“ des Bundesministeriums für Gesundheit manifestierte,⁶⁷ an seiner dogmatisch überzeugenden, humanen und der Überzeugung einer klaren Mehrheit in der Bevölkerung entsprechenden⁶⁸ rechtlichen Bewertung festhalten wird.

⁶⁶ BVerwGE 158, 142.

⁶⁷ Schreiben v. 21.6.2018 an den Präsidenten des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte.

⁶⁸ Vgl. Fn. 2.

Aktuelle Entwicklungen im Wiederaufnahmerecht des deutschen Strafprozessrechts: § 362 Nr. 5 StPO und der Paradigmenwechsel bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten*

Von Dr. Theresa Schweiger, München**

Der folgende Beitrag konzentriert sich im Anschluss an eine Erläuterung der wesentlichen Grundzüge des deutschen Wiederaufnahmerechts und der entsprechenden verfassungsrechtlichen Rahmensetzung (I.) auf die Vorstellung des erst kürzlich neu eingefügten Wiederaufnahmegrundes zuungunsten des Verurteilten in § 362 Nr. 5 StPO (II.), der in der deutschen Strafrechtswissenschaft eine tiefgreifende Diskussion, insbesondere um den Anwendungsbereich und die Reichweite des verfassungsrechtlichen Grundsatzes „ne bis in idem“ (Doppelverfolgungsverbot, Art. 103 Abs. 3 GG) ausgelöst hat. Nach einer kritischen Evaluierung dieser bedeutsamen Neuerung (III.) soll ein Ausblick auf die Zukunft des Wiederaufnahmerechts unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Implikationen gewagt werden (IV.).

I. Grundzüge des deutschen Wiederaufnahmerechts

1. Im Spannungsfeld von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit

Das strafprozessuale Institut der Wiederaufnahme ermöglicht es in eng umzogenen Grenzen, die materielle Rechtskraft eines Urteils sowohl zugunsten (§ 359 StPO) als auch zuungunsten des Verurteilten¹ (§ 362 StPO) zu durchbrechen. Als solches steht es im Spannungsfeld zweier grundlegender Prinzipien des deutschen Strafverfahrensrechts, die beide Ausfluss des für eine Demokratie zentralen Rechtsstaatsprinzips sind: der materiellen Gerechtigkeit auf der einen Seite und der Rechtssicherheit auf der anderen Seite.² Das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit spiegelt das rechtsstaatliche Bedürfnis nach einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege wider, die mittels eines formalisierten Verfahrens garantieren soll, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, verurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.³ Dem Prinzip materieller Gerechtigkeit ist folglich

immer dann Genüge getan, wenn eine sachlich richtige Entscheidung auf der Basis materieller Wahrheit getroffen wurde.⁴ Das Prinzip der Rechtssicherheit dagegen soll das Vertrauen in einmal abgeschlossene Verfahren stärken und findet Ausdruck im Institut der materiellen Rechtskraft.⁵

Beide Grundsätze, der der materiellen Gerechtigkeit und der der Rechtssicherheit, resultieren gleichermaßen aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG⁶ und stehen sich im Wiederaufnahmerecht antinomisch gegenüber.⁷ Denn die Rechtssicherheit fordert, dass derselbe Prozessgegenstand nur ein einziges Mal in einem Strafverfahren verhandelt und abschließend abgeurteilt werden kann. Sie nimmt durch eine zeitliche Limitierung des Wahrheitserforschungsprozesses zulasten der materiellen Gerechtigkeit in Kauf, dass im Einzelfall eine materiell unrichtige und damit ungerechte Entscheidung das Ergebnis dieses Prozesses ist. Gelangen zwei Verfassungsprinzipien, wie im Wiederaufnahmerecht die materielle Gerechtigkeit und die Rechtssicherheit, in Widerstreit, so ist der Gesetzgeber aufgerufen, diesen Widerstreit durch einen schonenden Ausgleich beider Prinzipien aufzulösen. Hierbei kommt ihm zwar eine grundsätzlich weite Einschätzungsprärogative zu; allerdings sind dem gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum durch die Vorgaben der Verfassung, insbesondere durch die Grundrechte, von vornherein Grenzen gesetzt.⁸

2. Wiederaufnahme zugunsten und zuungunsten des Verurteilten nach §§ 359, 362 StPO nur in engen Grenzen: Grundsätzlicher Vorrang der Rechtssicherheit

Im Wiederaufnahmerecht ist der Widerstreit zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Grundsatz zugunsten der Rechtssicherheit entschieden worden. Dies zeigt sich daran, dass sowohl die Wiederaufnahme zugunsten des

* Erweiterte und um Fußnoten ergänzte Version eines Vortrags, den die Verf. im Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Üniversitesi Istanbul am 10.3.2022 gehalten hat.

** Die Verf. ist Akademische Rätin a.Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie von Herrn Prof. Dr. Saliger an der LMU München.

¹ Im Folgenden wird stets der gesetzliche (§§ 359, 362 StPO) Terminus des Verurteilten im Zusammenhang mit der Wiederaufnahme verwendet, wenngleich die Wiederaufnahme zuungunsten gerade auch im Falle eines Freispruches denkbar ist.

² BVerfG, Urt. v. 1.7.1953 – 1 BvL 23/51 = BVerfGE 2, 380 (403) = NJW 1953, 1137 (1138); BVerfG, Beschl. v. 6.11.1974 – 2 BvR 407/74 = MDR 1975, 468 (469); BGH, Beschl. v. 3.12.1992 – StB 6/92 = BGHSt 39, 75 (78) = NJW 1993, 1481 (1482).

³ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 = BVerfGE 133, 168 (198) = NJW

2013, 1058 (1059 f.). Vgl. in diesem Zusammenhang auch BVerfG, Beschl. v. 19.7.1972 – 2 BvL 7/71 = BVerfGE 33, 367 (382) = NJW 1972, 2214 (2216) m.w.N.

⁴ Engländer/Zimmermann, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3/1, 2019, Vor § 359 Rn. 1.

⁵ Zur zentralen Bedeutung der Rechtssicherheit für die Rechtsstaatlichkeit BVerfG, Urt. v. 1.7.1953 – 1 BvL 23/51 = BVerfGE 2, 380 (403) = NJW 1953, 1137 (1138).

⁶ BGH, Beschl. v. 3.12.1992 – StB 6/92 = BGHSt 39, 75 (78) = NJW 1993, 1481 (1482).

⁷ Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), Stellungnahme Nr. 14 März 2022, S. 7; Ruhs, ZRP 2021, 88.

⁸ BVerfG, Beschl. v. 14.3.1963 – 1 BvL 28/62 = BVerfGE 15, 313 (319) = NJW 1963, 851; BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 = BVerfGE 3, 225 (237 f.) = NJW 1954, 65, (66); Engländer/Zimmermann (Fn. 4), Vor § 359 Rn. 1; Kotzur, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 150.

Verurteilten nach § 359 StPO als auch die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten nach § 362 StPO nur in den dort genannten, eng umgrenzten Fällen zulässig ist.⁹ Im Regelfall ist das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft und der Verfahrensbeteiligten in den Bestand einer rechtskräftig gefällten Gerichtsentscheidung nach der Wertung des Gesetzgebers höher einzustufen als das im Einzelfall materiell richtige Ergebnis. Jedoch führen die Grundrechtspositionen des Verurteilten im Zusammenspiel mit dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit zu einer partiellen Auflockerung dieses Grundsatzes, was sich in den unterschiedlichen Anforderungen an die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten und zuungunsten des Verurteilten niederschlägt.¹⁰

So ist die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten in § 359 StPO vom Anwendungsbereich her grundsätzlich weiter ausgestaltet als die Wiederaufnahmemöglichkeit zuungunsten des Verurteilten in § 362 StPO.¹¹ Dies liegt in der unterschiedlichen personalen Dimension des Wiederaufnahmerechts begründet:¹² Während die (unrichtige) Verurteilung eines Unschuldigen nämlich in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) sowie – im Falle einer Freiheitsstrafe – in dessen Recht zur Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) eingreift, sieht sich der (unrichtig) Freigesprochene zunächst keiner Grundrechtsverletzung durch die Entscheidung¹³ ausgesetzt. In beiden Fällen ist das Ziel materieller Gerechtigkeit offenkundig verfehlt. Doch während im Fall des zu Unrecht Verurteilten die Notwendigkeit seiner Rehabilitierung für die Wiederaufnahme streitet,¹⁴ fehlt im Fall des zu Unrecht Freigesprochenen gerade das rechtliche Incentive verletzter Individualinteressen, die in Gestalt der Grundrechte einen Abwehranspruch gegen den Staat begründen. Die Notwendigkeit einer Zurücknahme des Vorrangs der Rechtssicherheit im Fall der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten liegt folglich in der individuellen Betroffenheit des zu Unrecht Verurteilten begründet. Dagegen setzt sich das Prinzip des grundsätzlichen Vorrangs der Rechtssicherheit im Fall des zu Unrecht Freigesprochenen stärker durch, da in diesem Fall nicht vordergründig Individualinteressen beeinträchtigt sind, sondern „lediglich“ der staatliche Strafanspruch.

⁹ Vgl. BRAK (Fn. 7), S. 7.

¹⁰ *Engländer/Zimmermann* (Fn. 4), Vor § 359 Rn. 1 ff. Vgl. auch *Saliger*, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 72 ff.

¹¹ *Engländer/Zimmermann* (Fn. 4), Vor § 359 Rn. 6.

¹² *Saliger* (Fn. 10), S. 73. Vgl. hierzu auch BRAK (Fn. 7), S. 7.

¹³ Gemeint ist hier die rechtskräftige Gerichtsentscheidung. Dass durch die nachfolgende Entscheidung zur Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen dessen Grundrechtspositionen beeinträchtigt werden können, liegt auf der Hand, ist aber ohne Belang für die vorgelagerte Frage, ob im Fall eines unrichtigen Freispruchs der Grundsatz der Rechtssicherheit ausnahmsweise zugunsten der materiellen Gerechtigkeit zurücktreten muss.

¹⁴ *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. 3: Wiederaufnahmerecht, 1974, S. 34; *Saliger* (Fn. 10), S. 73; BRAK (Fn. 7), S. 7.

Entsprechend unterschiedlich ausgestaltet sind die Anforderungen an eine Wiederaufnahme des Verfahrens. So sind die Wiederaufnahmegründe zugunsten des Verurteilten in § 359 StPO deutlich weiter gefasst als diejenigen zuungunsten des Verurteilten in § 362 StPO; insbesondere ermöglicht § 359 Nr. 5 StPO – anders als (bislang) § 362 StPO – die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel (propter nova) vorgebracht werden, die geeignet sind, den Freispruch oder die Anwendung eines milderen Strafgesetzes zu begründen. Dessen ungeachtet sind die gesetzlich aufgestellten Hürden für die Wiederaufnahme des Verfahrens enorm hoch gesteckt; dies gilt gleichermaßen für die Wiederaufnahme zugunsten wie auch für die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten. Dies liegt darin begründet, dass die mit der Wiederaufnahme verbundene Durchbrechung der Rechtskraft die verfassungsrechtlich induzierte Ausnahme zur Regel des Vorrangs der Rechtssicherheit darstellt.

3. Die Bedeutung von Art. 103 Abs. 3 GG für das strafrechtliche Wiederaufnahmerecht

Die Geltung dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit hat (straf-) verfassungsrechtlich – neben Art. 20 Abs. 3 GG – eine eigenständige Normierung im Doppelverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG erfahren. Der in Art. 103 Abs. 3 GG verbürgte Grundsatz des „ne bis in idem“ soll gewährleisten, dass sich eine Person nicht zwei Mal wegen derselben Sache vor Gericht zu verantworten hat. Obgleich der Wortlaut der Vorschrift anderes nahelegt, verhindert das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG von seinem Sinn und Zweck her nicht nur eine erneute Verurteilung („Bestrafung“), sondern untersagt bereits die abermalige Durchführung eines weiteren Strafverfahrens wegen desselben Sachverhaltes.¹⁵ Als Verbot der Mehrfachverfolgung zielt Art. 103 Abs. 3 GG aus zwei Richtungen auf die Herstellung von Rechtsfrieden durch die Etablierung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz: einerseits von Seiten des Verurteilten,¹⁶ der keine

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.1.1961 – 2 BvL 17/60 = BVerfGE 12, 62 (66) = NJW 1961, 867 (868); BGH, Beschl. v. 9.12.1953 – GS St 2/53 = BGHSt 5, 323 (328) = NJW 1954, 609 (610); *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 64; *Remmert* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 6, 95. Lfg., Stand: Juli 2021, Art. 103 Abs. 3 Rn. 61, 65; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 216; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2015, Art. 103 Abs. 3 Rn. 25; *Brade*, ZIS 2021, 362; *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (89). A.A. *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1156 f.), die allein den Wortlaut für maßgeblich hält und die ratio der Vorschrift deshalb allein im Verbot nochmaliger Bestrafung, nicht aber im Verbot nochmaliger Verfolgung sieht; in eine ähnliche Richtung *Letzgas*, NSTZ 2020, 717 (718 f.).

¹⁶ Diese subjektive Dimension von Art. 103 Abs. 3 GG betonend *Nolte/Aust* (Fn. 15), Art. 103 Rn. 179 ff. In die Richtung

erneute gerichtliche Auseinandersetzung befürchten muss, und andererseits von Seiten der Rechtsgemeinschaft, die den Sachverhalt als abschließend geklärt ad acta legen kann.

Nun gilt der Grundsatz, den Art. 103 Abs. 3 GG vermittelt – Vorrang von Rechtssicherheit durch den Eintritt materieller Rechtskraft – aber nicht absolut.¹⁷ Grenzen setzt dem Mehrfachverfolgungsverbot das eigene Wesen: Als normgeprägtes¹⁸ (Justiz-)Grundrecht¹⁹ gilt Art. 103 Abs. 3 GG zwar vorbehaltlos und ist durch einfachgesetzliches Recht nicht einschränkbar. Allerdings wird sein Gehalt durch kollidierendes Verfassungsrecht begrenzt und muss in der Zusammenschau mit dem einfachen Recht bestimmt werden. So stellt das Ziel materieller Gerechtigkeit als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips eine verfassungsimmanente Schranke des Mehrfachverfolgungsverbot dar, die in dem strafprozessualen Institut der Wiederaufnahme normative Gestalt gefunden hat.²⁰ Darüber hinaus nimmt Art. 103 Abs. 3 GG auf die vorkonstitutionelle Rechtslage, nach der das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung strafverfahrensrechtlich ein Prozesshindernis für eine erneute Entscheidung war, Bezug.²¹ Hierdurch wurde zwar kein bestimmter vorverfassungsrechtlicher Stand des Strafprozessrechts unverrückbar kodifiziert, sodass einer verfassungsrechtlichen Weiterentwicklung des ne bis in idem-Grundsatzes grundsätzlich nicht der Boden entzogen ist.²² Allerdings entfalten die Wertungen des historisch gewachsenen²³ Wiederaufnahmerechts eine limitierende

Wirkung auf den unverrückbaren Gehalt von Art. 103 Abs. 3 GG, der auch den §§ 359, 362 StPO seit Verfassungsbeginn zugrunde liegt. Dieser erstreckt sich einerseits auf die zentrale Bedeutung der Rechtssicherheit für die Rechtsstaatlichkeit, weshalb um ihrerwillen sogar die Möglichkeit einer im Einzelfall unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen wird.²⁴ Andererseits beinhaltet Art. 103 Abs. 3 GG aber auch die schon vorkonstitutionelle Erkenntnis, dass in bestimmten Fällen Ausnahmen vom Dogma des Vorrangs der Rechtssicherheit zu gewähren sind, nämlich dann, wenn das Festhalten an einem rechtskräftigen Urteil nur um der Rechtssicherheit willen zu einem unerträglichen Ergebnis führen würde.²⁵

Auf dieser Basis lässt sich der Kerngehalt von Art. 103 Abs. 3 GG auf den bedingten Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit reduzieren.²⁶ Dieser Kern des verfassungsrechtlichen Mehrfachverfolgungsverbot ist – und das hat das BVerfG bereits vor über 40 Jahren bestätigt – unantastbar und unverrückbar; Raum besteht lediglich für sog. „Grenzkorrekturen“.²⁷ Was freilich unter diese Grenzkorrekturen fällt und nicht bereits den Kern von Art. 103 Abs. 3 GG berührt, eröffnet einen gewissen Interpretationsspielraum, der in den letzten Jahren einer Reihe von – letztlich erfolglosen – Reformvorschlägen²⁸ den Boden bereitet hat. Nun hat der Gesetzgeber vor Kurzem mit § 362 Nr. 5 StPO einen neuen Wiederaufnahmegrund zuungunsten des Verurteilten in das System der strafrechtlichen Wiederaufnahme eingeführt, was unweigerlich zu der Frage drängt: Handelt es sich hierbei um eine noch zulässige Grenzkorrektur des verfassungsrechtlich vorgegebenen Rangverhältnisses von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit, oder hat der Gesetzgeber mit § 362 Nr. 5 StPO einen Wiederaufnahmegrund in das strafprozessuale System eingeführt, der sich über dieses Verhältnis hinwegsetzt, es gar in sein Gegenteil verkehrt?²⁹

zu verstehen auch *Remmert* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 39, für die Rechtssicherheit in erster Linie Freiheitsschutz bedeutet.

¹⁷ A.A. *Brade*, AöR 2021, 130 (167 ff.), der § 362 StPO in der Konsequenz für verfassungswidrig hält. Siehe auch *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (359 f.), der Art. 103 Abs. 3 GG für abwägungsunzugänglich hält.

¹⁸ *Nolte/Aust* (Fn. 15) Art. 103 Rn. 184; *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 15.

¹⁹ Die genaue terminologische Bezeichnung von Art. 103 Abs. 3 GG ist umstritten, nicht jedoch der rechtliche Gehalt, der aus der Vorschrift folgt, vgl. *Remmert* (Fn. 15), Art. 103 Rn. 2.

²⁰ *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 35.

²¹ BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvR 230/51 = BVerfGE 3, 248 (252) = NJW 1954, 69; *Kunig/Saliger* (Fn. 15) Art. 103 Rn. 64; *Nolte/Aust* (Fn. 15), Art. 103 Rn. 184 ff.; *Schmidt*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, § 362 Rn. 3.

²² BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/80 = BVerfGE 56, 22 (34 f.) = NJW 1981, 1433 (1435); *Kunig/Saliger* (Fn. 15) Art. 103 Rn. 65; a.A. *Nolte/Aust* (Fn. 15), Art. 103 Rn. 223; *Remmert* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 63; *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32. Ablehnend wohl auch *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253).

²³ Dazu zählt auch die Zeit des Nationalsozialismus, in der eine Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten propter nova schon einmal möglich war, wenngleich unter gänzlich anderen Voraus- und Zielsetzungen, die mit § 362 Nr. 5 StPO schlechterdings nicht vergleichbar sind, hierzu *Hoven*, JZ

2021, 1154 (1159). Ausführlich zu den (rechts-)historischen Bezügen der Norm *Brade*, AöR 2021, 130 (135 ff.).

²⁴ BVerfG, Urt. v. 1.7.1953 – 1 BvL 23/51 = BVerfGE 2, 380 (403) = NJW 1953, 1137.

²⁵ *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32. Diese Ausnahmen sind in §§ 359, 362 StPO einfachgesetzlich niedergeschrieben.

²⁶ Vgl. *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 35; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (252); *BRÄK* (Fn. 7), S. 7; *Leitmeier*, StV 2021, 341 (343).

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/80 = BVerfGE 56, 22 (34 f.) = NJW 1981, 1433 (1435). Zweifeln, ob das BVerfG sich heute noch an diesem engen Prüfungsmaßstab messen lassen wollte, *Kubiciel*, GA 2021, 380 (388). Für einen weiteren Interpretationsspielraum auch *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1157).

²⁸ Siehe nur die Gesetzentwürfe von 2008 (BT-Drs. 16/7957), 1998 (BT-Drs. 13/10333), 1996 (BT-Drs. 13/3594) oder von 1993 (BT-Drs. 12/6219).

²⁹ Mit dieser Annahme *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103).

II. § 362 Nr. 5 StPO im System der strafrechtlichen Wiederaufnahme

Um diese Frage beantworten zu können, ist es erforderlich, den neu eingefügten Tatbestand des § 362 Nr. 5 StPO mit seinen Tatbestandsmerkmalen – zunächst ohne kritische Würdigung – darzustellen (1.), die Beweggründe des Gesetzgebers für seine Einführung zu analysieren (2.) und ihn in die Systematik der bisherigen Wiederaufnahmegründe einzuordnen (3.).

1. Der neue § 362 Nr. 5 StPO und seine tatbestandlichen Anforderungen

Mit dem „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“³⁰ vom 21.12.2021 hat der Gesetzgeber – analog des Wiederaufnahmegrundes zugunsten des Verurteilten in § 359 Nr. 5 StPO – einen Wiederaufnahmegrund zuungunsten des Verurteilten propter nova, also bei Auftreten neuer Tatsachen oder Beweismittel eingeführt. Allerdings ist der Anwendungsbeereich dieses Wiederaufnahmegrundes begrenzt auf eine Auswahl bestimmter, unverjährbarer Verbrechen mit der Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe, wovon im StGB nur der Mord nach § 211 StGB erfasst ist.³¹ Ferner greift § 362 Nr. 5 StPO nur bei einem mit einem Freispruch rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren.³² Als neu sind Tatsachen und Beweismittel zu bewerten, wenn sie bei der Entscheidung durch das Gericht nicht berücksichtigt werden konnten. Dies soll nach Ansinnen des Gesetzgebers bereits dann der Fall sein, wenn die einschlägige Untersuchungsmethode noch nicht hinreichend anerkannt oder ausgereift war.³³ Wenngleich der Gesetzgeber bei der Einfügung dieses Wiederaufnahmegrundes augenscheinlich von der Beweisführung durch neue kriminaltechnische Methoden, insbesondere der DNA-Analyse, angeleitet war,³⁴ hat er in § 362 Nr. 5 StPO – anders als in

früheren Gesetzentwürfen³⁵ – explizit keine Beschränkung auf Beweise und Tatsachen vorgenommen, die neuen technischen Möglichkeiten von Beweiserhebungsmethoden zu verdanken sind. Schließlich ist der Antrag auf Wiederaufnahme nur zulässig, wenn die neuen Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe für die Annahme bilden, dass der Freigesprochene verurteilt wird. Hierbei gilt der Maßstab des dringenden Tatverdachts, der bspw. für den Erlass eines Haftbefehls nach §§ 112, 112a StPO gefordert wird und die hohe Wahrscheinlichkeit der Verurteilung in der (neuen) Hauptverhandlung voraussetzt.³⁶

2. Beweggründe des Gesetzgebers für die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO

Es ist nicht der erste Versuch des Gesetzgebers in den letzten Jahren gewesen, die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten bei Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel zu ermöglichen.³⁷ Doch während bislang alle Versuche scheiterten – sei es an verfassungsrechtlichen Bedenken oder am schlichten Ablauf der Legislaturperiode –, ging es im Sommer des letzten Jahres auf einmal ganz schnell. Die im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vereinbarte Erweiterung der „Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten der oder des freigesprochenen Angeklagten in Bezug auf die nicht verjährbaren Straftaten“³⁸ wurde Anfang Juni 2021 durch einen Gesetzentwurf³⁹ der CDU/CSU- und SPD-Fractionen in den Bundestag eingebracht, nachdem das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eine entsprechende Änderung der StPO aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken abgelehnt hatte.⁴⁰ Innerhalb von nur etwas mehr als zwei Wochen erfolgten die erste Beratung des Gesetzes im Bundestag, die Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz⁴¹ sowie schließlich am 24.6.2021 – am vorletzten Sitzungstag der Legislaturperiode, um 01:45 Uhr (!) – der Beschluss des Gesetzes durch

³⁰ BGBl. I 2021, S. 5252.

³¹ Neben dem Mord, § 211 StGB, soll § 362 Nr. 5 StPO gelten für den Völkermord (§ 6 Abs. 1 VStGB), für das Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VStGB) und für das Kriegsverbrechen gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB), kritisch hierzu *Singelstein*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2022, § 362 Rn. 10. Zu der unklaren Frage, ob und inwieweit in der erneuten Hauptverhandlung die Verurteilung wegen anderer, nicht zur Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO berechtigender Delikte möglich sein soll, BRAK (Fn. 7), S. 5; *Kaspar* GA 2022, 21 (24 f.).

³² BT-Drs. 19/30399, S. 10. Eine vermeintlich zu milde Bestrafung genügt – wie schon bei § 362 Nr. 4 StPO – nicht.

³³ BT-Drs. 19/30399, S. 10. Unklar ist, ob unter „neuen“ Tatsachen bzw. Beweismitteln auch solche zu verstehen sind, die das Gericht als verfügbar zwar hätte berücksichtigen können, aber aus welchen Gründen auch immer nicht berücksichtigt hat, wie dies im Fall von § 359 Nr. 5 StPO der Fall ist, *Kaspar*, GA 2022, 21 (23). Kritisch hierzu auch BRAK (Fn. 7), S. 5.

³⁴ *Arnemann*, NJW-Spezial 2021, 440; siehe hierzu BT-Drs. 19/30399, S. 1.

³⁵ Vgl. bspw. BT-Drs. 16/7957, S. 2, bzw. BR-Drs. 655/07, S. 2.

³⁶ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

³⁷ Mit ausführlicher Darstellung zu den diversen Bestrebungen *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1155).

³⁸ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018, S. 125.

³⁹ Entwurf des Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit v. 8.6.2021, BT-Drs. 19/30399.

⁴⁰ *Sehl*, LTO v. 1.6.2021, abrufbar unter

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/mord-wiederaufnahme-doppelbestrafung-verbot-verurteilung-freispruch-bmjv-gesetz-stpo/> (3.5.2022).

⁴¹ Die Stellungnahmen sind abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-pa-recht-wiederaufnahme-strafverfahren-847544> (3.5.2022).

Für den Entwurf äußerten sich die Sachverständigen *Eisele*, *Gärditz*, *Kubiciel* und *Schädler*, dagegen *Aust* und *Conen* (für den DAV).

den Bundestag.⁴² Eine vorherige Anhörung der Verbände oder der Bundesrechtsanwaltskammer fand nicht statt.⁴³

Anlass für das auffallend rasante⁴⁴ Umsetzen des Vorhabens war die aus Sicht des Gesetzgebers unbefriedigende Situation, dass selbst bei schwersten Straftaten ein mit einem Freispruch beendetes Verfahren auch dann nicht wiederaufgenommen werden konnte, wenn nachträglich Beweismittel einen eindeutigen Nachweis der Täterschaft erlauben.⁴⁵ Denn anders als bei der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten sah das geltende Recht bis zu diesem Zeitpunkt keinen allgemeinen Wiederaufnahmegrund bei Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel zuungunsten des Verurteilten vor; lediglich der Verurteilte selbst konnte durch ein Geständnis neue Fakten schaffen und so zur Wiederaufnahme zu seinen Lasten beitragen (§ 362 Nr. 4 StPO). Der wahre Antrieb für das gesetzgeberische Vorhaben wird wohl in einem ganz konkreten Einzelfall aus dem Jahr 1981 gesehen werden müssen, auf den der Gesetzentwurf in seiner Begründung sogar explizit Bezug nimmt.⁴⁶ So bemüht sich Hans von Möhlmann, der Vater des vergewaltigten und anschließend ermordeten 17-jährigen Opfers Frederike von Möhlmann, seit dem rechtskräftigen Freispruch im Jahr 1983 um die Anerkennung der Schuld des damals Angeklagten und wirkte zuletzt mit einer von 180.000 Personen unterzeichneten Petition⁴⁷ medienwirksam auf eine entsprechende Änderung des Wiederaufnahmerechts hin. Anlass zu einem erneuten Aufrollen des Falles von Möhlmann geben dabei neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Zusammenhang mit einer DNA-Spur des damals Verdächtigen, die heute seine Täterschaft beweisen können sollen.⁴⁸

⁴² Detaillierter Geschehensablauf skizziert von der BRAK (Fn. 7), S. 3 f.

⁴³ Presseerklärung BRAK Nr. 7/2021.

⁴⁴ Siehe zu dem bemerkenswerten Ablauf auch *Piekenbrock*, JZ 2022, 124 f., der die parallel zur Einführung von § 362 Nr. 5 StPO erfolgte Änderung des § 194 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus nicht verjährbaren Straftaten) kritisiert.

⁴⁵ BT-Drs. 19/30399, S. 1.

⁴⁶ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

⁴⁷ Abrufbar unter

<https://www.change.org/p/bmjv-bund-gerechtigkeit-f%C3%BCr-die-ermordete-frederike-nachweislich-falsch-freigesprochene-mordtaten-verdienen-nicht-den-schutz-des-gesetzes-362-der-strafprozessordnung-muss-erg%C3%A4nzt-werden> (3.5.2022).

⁴⁸ Am 25.2.2022 wurde der Tatverdächtige Ismet H. aufgrund der neuen Beweislage und bestehender Fluchtgefahr erneut in Untersuchungshaft genommen (Haftbefehl des LG Verden v. 25.2.2022, Az. 1 Ks 148 Js 1066/22). Zugleich hat die erste Große Strafkammer des LG Verden dem Antrag der Staatsanwaltschaft Verden auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 362 Nr. 5 StPO stattgegeben, eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG lehnte es explizit ab, vgl. *Suliak*, LTO v. 4.3.2022, abrufbar unter

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/mord-frederike-von-moehlmann-wiederaufnahme-strafverfahren-stpo-lg-verden->

Erwehrt man sich zunächst noch des sich aufdrängenden Eindrucks, dass der Gesetzgeber sich unter dem medialen Druck eines konkreten Einzelfalls zu einer grundlegenden Änderung des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts hat hinreißen lassen, um im Bundestagswahljahr 2021 mit einem propagierten Siegeszug des Guten über das Böse Stimmen mobilisieren zu können, so beginnt dieser anfängliche Widerstand mit einem Blick in die Gesetzesmaterialien Stück für Stück zu bröckeln: So wird das grundsätzlich nachvollziehbare Ziel, die nachträgliche Aufklärung schwerster Straftaten im Falle neuer technischer Untersuchungs- und Erkenntniswege ermöglichen zu wollen,⁴⁹ auf das Ergebnis einer zwischen den Grundsätzen der materiellen Gerechtigkeit und des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit erfolgten Abwägung gestützt, das in der Beibehaltung der alten Rechtslage einen „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“⁵⁰ erkennt. Warum dann im neuen Tatbestand des § 362 Nr. 5 StPO zur Erreichung dieses Ziels uneingeschränkt auf sämtliche „neue Tatsachen oder Beweismittel“ zurückgegriffen wird, erfährt keine weitere Erläuterung. Stattdessen wird mit der Behauptung fortgefahren, dass es vorkommen kann, „dass ein uneingeschränkter Strafklageverbrauch die ihm eignende Befriedigungsfunktion nicht erfüllen kann“, was in jenen Ausnahmesituationen der Fall sei, „in denen der sich nach Abschluss des Verfahrens durch rechtskräftiges Urteil ergebende Zustand aus bestimmten Gründen als derart unerträglicher Widerspruch zu Belangen der materiellen Gerechtigkeit und zu Sinn und Zweck des Strafklageverbrauchs darstellt, dass eine Wiederaufnahme des Verfahrens geboten scheint“.⁵¹ Diese Voraussetzung sei allerdings nur bei den schwersten der deutschen Rechtsordnung bekannten Straftaten, nämlich Mord (§ 211 StGB), Völkermord (§ 6 Abs. 1 VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 2 Nr. 1, 2 VStGB) und Kriegsverbrechen gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB), gegeben. Da ein Festhalten an der Rechtskraft in solchen Fällen zu „schlechterdings unerträglichen Ergebnissen“ führen würde, müssten in diesem Fall „die gleichfalls berührten Freiheitsrechte des einzelnen Betroffenen [...] zurückstehen, was aber in den einschlägigen Konstellationen gerade angemessen erscheint“.⁵² Denn immerhin nehme der Schutz eines Menschenlebens in unserer Rechtsordnung den höchsten Rang ein, weshalb bei diesen Taten ein zu Unrecht

[dna-spuren-beweismittel-richtervorlage-bverfg/](https://www.dna-spuren-beweismittel-richtervorlage-bverfg/) (3.5.2022). Mit Beschluss v. 20.4.2022 hat das OLG Celle die sofortige Beschwerde des Betroffenen gegen den Beschluss des LG Verden als unbegründet verworfen, da § 362 Nr. 5 StPO verfassungskonform sei, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22 = BeckRS 2022, 7938.

⁴⁹ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber in erster Linie neue technische Möglichkeiten bei der DNA-Analyse vor Augen hatte, BT-Drs. 19/30399, S. 1 f. *Friester/Müller*, ZRP 2019, 101, weisen diesbezüglich auf die – zugegebenermaßen wenig erstaunliche – Meinungslage in der Bevölkerung hin.

⁵⁰ Im Sinne dieser Terminologie BT-Drs. 19/30399, S. 1, 6, 9.

⁵¹ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

⁵² BT-Drs. 19/30399, S. 9.

erfolgter Freispruch – anders als bei Taten im Bereich der unteren und mittleren Kriminalität – „schlechthin unerträglich“ sei.

Wen nun langsam das Gefühl beschleicht, der Gesetzgeber drehe mit diesem Vorhaben nicht nur an einer kleinen Schraube des Wiederaufnahmerechts, sondern stelle gleich dessen gesamte verfassungsrechtlich vorgegebene Gerechtigkeitsarchitektur auf den Prüfstand, wird sich spätestens mit folgender *Conclusio* bestätigt fühlen müssen: „Der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung werden durch einen erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch wegen Mordes oder wegen der aufgeführten Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch in mindestens ebenso starkem Maße beeinträchtigt wie durch die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten.“⁵³ Dass diese Einschätzung grob rechtsirrig und als Beweggrund für die Einführung der Wiederaufnahme *propter nova* zuungunsten des Verurteilten nicht tragfähig ist, wird noch zu beleuchten sein (unten III. 1.). Zuvor gilt es jedoch, die generelle Kompatibilität von § 362 Nr. 5 StPO mit dem bisherigen System des Rechts der Wiederaufnahme in der StPO zu hinterfragen.

3. Einordnung von § 362 Nr. 5 StPO in das bisherige System der Wiederaufnahme

Das System der Wiederaufnahme ist geprägt von einer Regelungsdifferenz zwischen den Wiederaufnahmegründen zuungunsten des Verurteilten (§ 359 StPO) und den Wiederaufnahmegründen zuungunsten des Verurteilten (§ 362 StPO). Begründet in der unterschiedlichen personalen Dimension der Wiederaufnahme (oben I. 2.) und dem verfassungsrechtlich installierten Grundsatz des bedingten Vorrangs der Rechtssicherheit in Art. 103 Abs. 3 GG (oben I. 3.) ist die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten (bislang) naturgemäß weiter ausgestaltet (gewesen) als die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten. Dies zeigt sich daran, dass die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten in § 359 StPO – neben den Gründen eines rechtsstaatlich defizitär geführten Verfahrens (bspw. falscher Urkunden- oder Zeugenbeweis, strafbare Amtspflichtverletzung eines beteiligten Richters oder Schöffen, §§ 359 Nr. 1–3, 362 Nr. 1–3 StPO), die für beide Fälle der Wiederaufnahme gleichermaßen gelten – gerade auch dann denkbar ist, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel (*propter nova*) vorgebracht werden, die geeignet sind, den Freispruch oder die Anwendung eines mildereren Strafgesetzes zu begründen, § 359 Nr. 5 StPO. Im Bereich der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten ist dies (bislang) nur möglich (gewesen), wenn der Freigesprochene vor Gericht oder außergerichtlich glaubwürdig ein Geständnis der Straftat ablegt (§ 362 Nr. 4 StPO).

§ 362 Nr. 5 StPO führt aber nicht nur zu einer Aufweichung dieses bislang ausdifferenzierten Verhältnisses der Wiederaufnahmegründe (§§ 359, 362 StPO) zueinander, sondern schürt darüber hinaus Friktionen innerhalb der Wiederaufnahmeregelung zuungunsten des Verurteilten (§ 362 StPO). So schafft der Gesetzgeber mit der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten *propter nova* (§ 362 Nr. 5

StPO) einen Wiederaufnahmegrund, der praktisch sehr viel häufiger Anwendung finden wird als die in § 362 Nr. 1–3 StPO aufgeführten Fälle schwerer prozeduraler Ungerechtigkeit. Denn auch im Bereich von § 359 StPO ist mit dessen Nr. 5 die Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweismittel oder Tatsachen der in der Praxis häufigste Anwendungsfall.⁵⁴ Daran ändert es auch nichts, dass der Gesetzgeber von einem inhaltlichen Gleichgewicht aller Wiederaufnahmegründe ausgeht.⁵⁵ Denn es macht einen gravierenden Unterschied, ob *falsche* Beweise (vgl. § 362 Nr. 1, Nr. 2 StPO) den Anlass zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens gegen einen Freigesprochenen geben oder schlicht *fehlende* Beweise wie im Fall des § 362 Nr. 5 StPO.⁵⁶

Schließlich besteht die behauptete⁵⁷ Vergleichbarkeit von § 362 Nr. 4 StPO mit § 362 Nr. 5 StPO, die für die Kompatibilität von § 362 Nr. 5 StPO mit den übrigen Wiederaufnahmegründen zuungunsten des Verurteilten angeführt wird, nicht. Zwar ist es richtig, dass bereits mit § 362 Nr. 4 StPO ein Wiederaufnahmegrund zuungunsten des Verurteilten *propter nova*, nämlich in der Form des glaubwürdigen Geständnisses durch den Verurteilten selbst, existiert. Allerdings besteht der gemeinsame Anknüpfungspunkt, den der Gesetzentwurf in der besonders hohen Beweiskraft von Geständnis auf der einen Seite und sonstigen neuen Tatsachen und Beweismitteln auf der anderen Seite sieht,⁵⁸ nicht. Dies liegt zum einen daran, dass das Geständnis als neues Beweismittel zwingend und ausschließlich aus der Sphäre des Verurteilten selbst stammt, der damit den Garantiegehalt von Art. 103 Abs. 3 GG freiwillig zu seinen Ungunsten aushebelt.⁵⁹ Zum anderen sind die Prämissen von § 362 Nr. 4 StPO und § 362 Nr. 5 StPO nicht dieselben: Da nach dem historischen Gesetzgeber Anlass für die Wiederaufnahme infolge eines Geständnisses des Verurteilten die ansonsten drohende Erschütterung des Vertrauens in die Geltungskraft der Rechtsordnung durch eine Duplicierung des Rechtsstaates⁶⁰ und nicht die Reue des

⁵⁴ Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 359 Rn. 22; ders., GA 2022, 21 (29 f.).

⁵⁵ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

⁵⁶ Arnemann, StraFo 2021, 442 (443).

⁵⁷ So bspw. Kubiciel, GA 2021, 380 (392); Zehetgruber, JR 2020, 157 (162 f.). Siehe auch v. Bierbrauer zu Brennstein, HRRS 2022, 118 (119 f.), die darüber hinaus Ähnlichkeiten zwischen § 362 Nr. 1–3 StPO und § 362 Nr. 5 StPO ausmacht.

⁵⁸ BT-Drs. 19/30399, S. 6.

⁵⁹ Kaspar, GA 2022, 21 (30); Arnemann, StraFo 2021, 442 (443). Zu der theoretischen Fundierung der Durchbrechung der Rechtskraft durch den Verurteilten selbst Grünwald, ZStW 120 (2008), 545 (574).

⁶⁰ Frister, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2018, § 362 Rn. 1 m.w.N.; siehe auch Engländer/Zimmermann (Fn. 4), § 362 Rn. 13; Kaspar, GA 2022, 21 (30); Ruhs, ZRP 2021, 88 (90).

⁵³ BT-Drs. 19/30399, S. 9 f.

Verurteilten ist, läuft der angeführte⁶¹ Vergleich des reuigen mit dem raffinierten Täter argumentatorisch ins Leere.⁶²

In der Gesamtschau zwingt sich der neue § 362 Nr. 5 StPO deshalb eher widerwillig denn geschmeidig in das naturgemäß enge Korsett der Wiederaufnahmevorschriften. Mit dem Aufbrechen des altbekannten Verhältnisses der Wiederaufnahmegründe zueinander und der systemfremden Einfügung eines Wiederaufnahmegrundes propter nova zuungunsten des Verurteilten in § 362 StPO hat der Gesetzgeber einen Paradigmenwechsel⁶³ im Recht der strafrechtlichen Wiederaufnahme eingeläutet, den es kritisch zu hinterfragen gilt.

III. § 362 Nr. 5 StPO als Paradigmenwechsel im Wiederaufnahmerecht

Für eine angemessene kritische Evaluierung des § 362 Nr. 5 StPO und seiner Bedeutung für die (Weiter-)Entwicklung des Wiederaufnahmerechts gibt es drei geeignete Gradmesser: Erstens die theoretische Begründung seiner Einführung (1.), zweitens die praktische Umsetzung (2.) und drittens die faktische Tauglichkeit (3.).

1. (Un-)Erträglichkeit als untaugliches Kriterium einer Neuausrichtung

In den Gesetzgebungsmaterialien findet sich ein Wort in unerschöpflicher Redundanz wieder: das der Unerträglichkeit. So ist die Rede von „schlechterdings unerträglichen Ergebnissen“,⁶⁴ einem „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“⁶⁵ oder einem „unerträgliche[n] Widerspruch“⁶⁶. Vereinzelt zu finden ist auch der Verweis auf ein Geschehnis in „unerträglicher Form“⁶⁷ sowie die simple Feststellung eines Zustandes als „schlechthin unerträglich“⁶⁸. Abgesehen davon, dass das Kriterium der (Un-)Erträglichkeit aufgrund subjektiver Vorstellungen des Erträglichen für nahezu jede Zwecke brauchbar gemacht werden kann, ist es als emotionsgeleiteter

Begriff – für sich genommen – keine taugliche Grundlage rationaler Gesetzesbegründung.⁷⁰ Dies gilt erst recht, wenn der Gesetzentwurf implizit (Un-)Erträglichkeit mit (Un-)Gerechtigkeit gleichsetzt.⁷¹ Zwar fällt die Beurteilung eines Zustandes als gerecht oder ungerecht in die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative und ist deshalb als politisches Argument für oder gegen ein Gesetz nicht von vornherein ausgeschlossen.⁷² Problematisch wird es jedoch, wenn Recht mit Gerechtigkeit gleichgesetzt und Gerechtigkeit subjektiv mittels nicht-rechtlicher Begriffe wie der Unerträglichkeit bestimmt wird. Denn es ist gerade als Errungenschaft des Rechtsstaates zu werten, den Trugschluss der Gleichsetzung von Erträglichkeit und Gerechtigkeit überwunden zu haben. Diese reicht bis zu der Akzeptanz, dass das positive Recht im Einzelfall unerträglich sein muss, um im Allgemeinen gerecht zu bleiben.

Man denke in diesem Zusammenhang nur an den Fall Daschner⁷³, in dem das Landgericht Frankfurt a.M. die beteiligten Polizeibeamten wegen Nötigung im Amt (§ 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB) bzw. Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung im Amt (§ 357 StGB) verurteilte, weil sie dem Beschuldigten im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung rechtswidrig unmittelbaren Zwang zum Zweck der Preisgabe des Aufenthaltsortes eines entführten Kindes angedroht hatten. Dass die Würde eines jeden Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) staatliche Folter jeglicher Art verbietet (Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG), selbst zum Preis des bezweckten Schutzes eines Kinderlebens, ist in diesem Fall für alle Beteiligten, insbesondere die Eltern des Kindes, schwer erträglich, stellt aber als Ergebnis verfassungsgemäßer Abwägung der widerstreitenden Interessen einen der wesentlichen Grundpfeiler unseres Rechtsstaates dar.

Ein ebenso wichtiger Grundpfeiler unseres Rechtsstaates ist die auf die *Radbruchsche* Formel zurückführbare Vor-

⁶¹ BT-Drs. 19/30399, S. 9; *Letzgas*, NStZ 2020, 717 (718).

⁶² Die fehlende Vergleichbarkeit ist auch der Grund für das Misslingen des Vorhabens, die Einführung eines Wiederaufnahmegrundes zuungunsten des Verurteilten propter nova in § 362 Nr. 5 StPO mit einem Verweis auf die entsprechende Regelung im Strafbefehlsverfahren (§ 373a StPO) zu rechtfertigen. Denn das BVerfG selbst hat für die Verfassungsgemäßheit des § 373a StPO auf den vorläufigen, summarischen Charakter des Strafbefehlsverfahrens abgestellt, dem der Erkenntnisgewinn ohne Hauptverhandlung zugrunde liegt, BVerfG, Beschl. v. 7.12.1983 – 2 BvR 282/80 = BVerfGE 65, 377 (382 f.) = NStZ 1984, 325; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (91). Vgl. auch *Saliger* (Fn. 10), S. 74 f.

⁶³ So schon die BRAK (Fn. 7), S. 6, 8; *Lenk*, StV 2022, 118 (119); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90). A.A. OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22 = BeckRS 2022, 7938 Rn. 48.

⁶⁴ BT-Drs. 19/30399, S. 1, 9.

⁶⁵ BT-Drs. 19/30399, S. 2, 6.

⁶⁶ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

⁶⁷ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

⁶⁸ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

⁶⁹ *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (165), und ihm folgend v. *Bierbrauer zu Brennstein*, HRRS 2022, 118 (121), meinen einen Unterschied zwischen emotionaler und rechtlicher Unerträglichkeit ausmachen und mit letzterer § 362 Nr. 5 StPO legitimieren zu können.

⁷⁰ Ähnlich *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90); *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097 (2098 f.). Dies zeigt sich bspw. daran, dass *Zehetgruber*, der die Rechtskraft im Strafprozess durch die tatsächliche Korrektheit der Entscheidung bedingt sieht, den Vorrang der materiellen Gerechtigkeit vor der Rechtssicherheit einfach damit begründet, dass die Verfehlung materieller Gerechtigkeit unerträglich sei, *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (158, 165). Zu Recht kritisch gegenüber dieser Argumentationslinie *Leitmeier*, StV 2021, 341 (344). A.A. OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22 = BeckRS 2022, 7938 Rn. 39.

⁷¹ Dies geschieht unweigerlich, wenn im „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ (BT-Drs. 19/30399) entscheidend mit dem Kriterium der (Un-)Erträglichkeit argumentiert wird.

⁷² Vgl. dazu *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097 (2099) m.w.N.

⁷³ LG Frankfurt a.M., Urt. v. 20.12.2004 – 5/27 KLs 7570 Js 203814/03 (4/04) = NJW 2005, 692.

rangrelation der Rechtssicherheit im Verhältnis zur materiellen Gerechtigkeit. *Gustav Radbruch* als einer der bedeutendsten deutschen Rechtsphilosophen des 20. Jahrhunderts verlieh dem Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit mit seiner bahnbrechenden These aus dem Jahr 1946 eine Dimension, die bis heute fortwirkt: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges‘ Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat.“⁷⁴ Diese als *Radbruchsche* Formel⁷⁵ bekannt gewordene Erkenntnis beruht auf der Idee, dass es keine absolute Gerechtigkeit gibt, die der Mensch feststellen kann; aus diesem Grund bemüht er eine weltliche Rechtsetzung, die Rechtssicherheit als Prinzip verbürgt und diese dem Ziel materieller Gerechtigkeit überordnet.⁷⁶

Auch das (bisherige) Recht der Wiederaufnahme spiegelte – verfassungsrechtlich durch Art. 103 Abs. 3 GG abgesichert – die *Radbruchsche* Idee der Vorrangrelation der Rechtssicherheit wider. Insbesondere bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten wurde die Verwirklichung dieses Prinzips deutlich, da die dort genannten Gründe für eine Wiederaufnahme an enorm hohe Anforderungen geknüpft sind und sich entweder auf rechtsstaatliche Defizite (Nr. 1–3) oder auf die persönliche Freigabe des Grundsatzes der Rechtssicherheit durch ein Geständnis des Verurteilten (Nr. 4) beschränken. Dies bedeutet umgekehrt, dass sich im Falle eines Freispruchs in der Regel die Rechtssicherheit durchsetzt und von einem erneuten Verfahren abgesehen werden muss. Nur in absoluten Ausnahmefällen kann eine Durchbrechung der Rechtskraft mit anschließender Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen erfolgen. Anders liegt die Gewichtung dagegen bei der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten in § 359 StPO, deren Anwendungsbereich deutlich weiter ausgestaltet ist. Diese Wertungsdifferenz liegt in der unterschiedlichen personalen Dimension der Wiederaufnahmegründe begründet (siehe hierzu bereits oben I. 2.): Denn während die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten der (partiellen) Rehabilitation des zu Unrecht Verurteilten dient, zielt die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten auf die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs.⁷⁷ Im Ergebnis repräsentiert diese Regelungsdivergenz der Wiederaufnahmegründe eine grundlegende Werteentscheidung des deutschen Strafverfahrens, die auf dem Grundsatz fußt, dass die Verurteilung eines Unschuldigen das Gerechtigkeitsemp-

finden in einem ungleich höheren Maße verletzt als der Freispruch eines (möglicherweise) Schuldigen.⁷⁸ Umso mehr irritiert der Begründungsansatz des Gesetzgebers, der in der Gesetzentwurfsbegründung vom genauen Gegenteil ausgeht.⁷⁹

In der Sache muss die mit der Einfügung des § 362 Nr. 5 StPO einhergehende Neuausrichtung der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten als klare Abkehr von der Rechtsphilosophie *Gustav Radbruchs* und den auf ihr basierenden verfassungsrechtlichen Grundlagen des Art. 103 Abs. 3 GG gewertet werden. Damit einhergeht eine ungerechtfertigte Umverteilung der strafverfahrensrechtlichen Prozessrisiken: Denn mit der Zuständigkeit des Staates für die Erreichung des Prozesszwecks im Grundverfahren korreliert die Zurechnung der Nichterreichung dieses Verfahrensziels zu seinen Lasten im Wiederaufnahmeverfahren (sog. Prinzip der asymmetrischen Prozessrisikoverteilung⁸⁰). Wenn nun aber die Wiederaufnahmemöglichkeit zulasten des (möglicherweise unrichtig) Freigesprochenen durch die Zulassung jedweder neuen Tatsachen und Beweismittel für die Strafverfolgungsorgane erheblich erleichtert wird, wird das Prozessrisiko im Wiederaufnahmeverfahren einseitig zulasten des Angeklagten bzw. Freigesprochenen verschoben. Dieser Vorgang ist insbesondere deshalb nicht tragbar, da der Freispruch eines Schuldigen mangels Beweises im Gegensatz zur Verurteilung eines Unschuldigen kein Fehlurteil ist.⁸¹

2. Fehler in der praktischen Umsetzung

Neben der fragwürdigen Durchbrechung des fundierten Verhältnisses zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit über das Unerträglichkeitskriterium führt auch die praktische Umsetzung bei der Formulierung des § 362 Nr. 5 StPO zu Bedenken. So ist unklar, was genau alles unter den Begriff der „neuen Beweise und Tatsachen“ fällt,⁸² zumal explizit keine Beschränkung auf neue technische Möglichkeiten der Beweismittelgewinnung vorgenommen wurde.⁸³ Die

⁷⁸ Vgl. BRAK (Fn. 7), S. 7. *Letzhus*, NStZ 2020, 717 (718), hält diese Überlegung bezogen auf das Rechtsempfinden der Allgemeinheit dagegen für „nichts anderes als eine Vermutung oder Behauptung, die durch Tatsachen oder Umfragen keineswegs bewiesen ist“.

⁷⁹ „Der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung werden durch einen erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch wegen Mordes oder wegen der aufgeführten Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch in mindestens ebenso starkem Maße beeinträchtigt wie durch die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten.“, BT-Drs. 19/30399, S. 9 f. Kritisch zu dieser Einschätzung BRAK (Fn. 7), S. 7; *Frister/Müller* ZRP 2019, 101 (103); *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1161); *Leitmeier*, StV 2021, 341 (343); *Ruhs*, ZPR 2021, 88 (90).

⁸⁰ Hierzu ausführlich *Saliger* (Fn. 10), S. 73 ff.

⁸¹ *Saliger* (Fn. 10), S. 74.

⁸² BRAK (Fn. 7), S. 5; *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1160 f.).

⁸³ *Kaspar*, GA 2022, 21 (28 f.). *Müller/Frister*, ZRP 2019, 101 (103), geben unter Verweis auf *Pabst*, ZIS 2010, 126 (130), darüber hinaus zu bedenken, ob die spätere DNA-Analyse als bereits seit längerem bekannte kriminalistische

⁷⁴ *Radbruch*, SJZ 1 (1946), 105 (107).

⁷⁵ Der zuvor zitierte Satz stellt die überwiegend vertretene Version der *Radbruchschen* Formel, bekannt als sog. Unerträglichkeitsthese, dar, vgl. hierzu *Saliger* (Fn. 10), S. 4 f.

⁷⁶ „Wenn nicht festgestellt werden kann, was gerecht ist, so muss festgesetzt werden, was rechtens sein soll.“, *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 70 f. (*Hervorhebungen* im Original).

⁷⁷ *Peters* (Fn. 14), S. 34

Unbestimmtheit der Begrifflichkeiten ist bei einer Eingriffsnorm wie der des § 362 Nr. 5 StPO nicht hinnehmbar⁸⁴ und beschneidet das schutzwürdige Vertrauen rechtskräftig Freigesprochener in einer Art und Weise, die das Kernanliegen von Art. 103 Abs. 3 GG konterkariert.⁸⁵ Unklar ist des Weiteren, ob der Betroffene in der Erneuerungshauptverhandlung auch wegen anderer als der zur Wiederaufnahme berechtigenden Delikte verurteilt werden kann.⁸⁶ Der Wortlaut des Gesetzes ist insoweit nicht eindeutig und in der Gesetzesbegründung finden sich hierzu ebenfalls keine Erwägungen.

Darüber hinaus legt die unbeschränkte Anwendbarkeit von § 362 Nr. 5 StPO auf bereits zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung rechtskräftig abgeschlossene Freisprüche einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlich in der Form des allgemeinen Rückwirkungsverbotes⁸⁷ abgesicherten Vertrauensschutz nahe.⁸⁸ Denn durch die Rückbewirkung von Rechtsfolgen bereits abgeschlossener Sachverhalte (Aufhebung eines rechtskräftigen Freispruchs) vermittelt § 362 Nr. 5 StPO eine echte Rückwirkung,⁸⁹ die verfassungsrechtlich nur ausnahmsweise zulässig ist. Für eine vom BVerfG gebilligte Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der echten Rückwirkung in der Form des fehlenden Vertrauenstatbestandes, einer unklaren Rechtslage oder eines unerheblichen Schadens⁹⁰ liegen keine Anhaltspunkte vor: Denn einerseits war für niemanden mit einer so grundlegenden Reformierung der seit Jahrzehnten bestehenden Regelung des Wiederaufnahmerechts zu rechnen, sodass Betroffene berechtigterweise ein entsprechendes Vertrauen aufbauen durften,⁹¹ andererseits hat dieses Ver-

trauen auch nicht an Schutzwürdigkeit verloren, denn selbst die Kenntnis eines rechtskräftig Freigesprochenen von seiner Schuld ändert nichts an dem Vertrauenstatbestand, den Art. 103 Abs. 3 GG mit dem Prinzip des grundsätzlichen Vorrangs der Rechtssicherheit auch für fehlerhafte Freisprüche gesetzt hat, zumal der Freispruch eines Schuldigen mangels Beweise kein Fehlurteil ist.⁹² Allein eine Rechtfertigung über die eng auszulegende Ausnahme des zwingenden Gemeinwohlbelangs⁹³ in der Form materieller Einzelfallgerechtigkeit böte einen denkbaren Ausweg aus dem andernfalls drohenden Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot.⁹⁴ Ob das BVerfG diesen Weg im (wahrscheinlichen) Fall einer Verfassungsbeschwerde tatsächlich beschreiten wird oder nicht, wird entscheidend davon abhängen, wie die Richter sich zu der Auflösung des in Art. 103 Abs. 3 GG angelegten Spannungsverhältnisses zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit grundsätzlich positionieren werden.

Neben einer möglichen Beeinträchtigung des Rückwirkungsverbotes drängt sich mit Blick auf die Beschränkung der zur Wiederaufnahme berechtigenden Tatbestände auch ein Verstoß gegen Art. 3 GG auf. Denn es ist rational nicht erklärbar, warum allein die fehlende Wiederaufnahmemöglichkeit zulasten eines wegen Mordes nach § 211 StGB oder wegen bestimmter Verbrechen des Völkerstrafgesetzbuches zu Unrecht Freigesprochenen „einen unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“ darstellen, dies im Fall einer Vergewaltigung oder eines Raubes mit Todesfolge beispielsweise aber nicht gelten soll.⁹⁵

3. Faktisch fehlender Gewinn der Neuerung

Abschließend ist der faktische Mehrwehrt durch die Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO strittig: Abgesehen davon, dass die praktische Bedeutung der Vorschrift aufgrund weniger be-

Methode überhaupt ein „neues“ Beweismittel wäre; ähnlich *Armann*, NJW-Spezial 2021, 440; *Brade*, ZIS 2021, 362 (363).

⁸⁴ *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 546 (569); *Kment*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar*, 16. Aufl. 2020, Art. 103 Rn. 106; *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32

⁸⁵ Die BRAK (Fn. 7), S. 9, stellt zu Recht klar, dass es selbst bei Mord keinen Freispruch unter Vorbehalt geben darf; ähnlich *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90).

⁸⁶ BRAK (Fn. 7), S. 5; *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1162). Eine anderweitige Verurteilung im Rahmen der Verjährungsgrenzen grundsätzlich befürwortend *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (719).

⁸⁷ Zur Anwendbarkeit des allgemeinen Rückwirkungsverbotes aus Art. 20 Abs. 3 GG anstatt von Art. 103 Abs. 2 GG ausführlich *Gerson*, StV 2022, 124 (125 ff.).

⁸⁸ *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (254); *Müller/Frister*, ZRP 2019, 101 (103). Von einem Verstoß ausgehend BRAK (Fn. 7), 9 ff.; *Kaspar*, GA 2022, 21 (34 ff.).

⁸⁹ A.A. *Kubiciel*, GA 2021, 380 (393). Zur allgemeinen Abgrenzung von echter und unechter Rückwirkung siehe nur *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 20 Rn. 151 ff.

⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08 = BVerfGE 135, 1 (22 f.) = NVwZ 2014, 577 (581); BVerfG, Beschl. v. 23.3.1971 – 2 BvL 2/66, 2 BvR 168/66, 2 BvR 196/66, 2 BvR 197/66, 2 BvR 210/66, 2 BvR 472/66 = BVerfGE 30, 367 (387 ff.).

⁹¹ BRAK (Fn. 7), S. 10; *Gerson*, StV 2022, 124 (127 f.).

⁹² BRAK (Fn. 7), S. 8, 10.

⁹³ Zuletzt BVerfG, Beschl. v. 10.2.2021 – 2 BvL 8/19 = BVerfGE 156, 354 (406) = NJW 2021, 1222 (1228). Dass diese Ausnahme durch die Entscheidung des BVerfG zum Vermögensabschöpfungsrecht deutlich an Konturen verloren hat, arbeitet *Lenk*, StV 2022, 118 (121), heraus. Ähnlich BRAK (Fn. 7), S. 10 f. Auch das OLG Celle, Beschl. v. 22.4.2022 – 2 Ws 62/22 = BeckRS 2022, 7938 Rn. 57 f. bezieht sich auf diese Entscheidung des BVerfG und geht von einer zulässigen Rückwirkung im Fall des § 362 Nr. 5 StPO aus.

⁹⁴ Hierzu ausführlich *Gerson*, StV 2022, 124 (128 f.). Diese Möglichkeit befürwortend *Kubiciel*, GA 2021, 380 (394). A.A. BRAK (Fn. 7), S. 10 f.; *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (361 f.); *Kaspar*, GA 2022, 21 (35 f.).

⁹⁵ Ähnlich schon *Armann*, NJW-Spezial 2021, 440; *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103); *Lenk*, StV 2022, 118 (123); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90 f.); *Slognat*, ZStW 133 (2021), 741 (754). Siehe auch *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1161 f.), die die Beschränkung des Straftatkatalogs aber nicht für verfassungsrechtlich bedenklich hält.

kanter relevanter Fälle fragwürdig erscheint,⁹⁶ ist bislang auch kein empirischer Nexus zwischen neuen technologischen Beweismöglichkeiten, bspw. neuen DNA-Verfahren, und der materiellen Gerechtigkeit hergestellt worden;⁹⁷ der Nachweis eines DNA-Musters ermöglicht bis heute keinen absolut sicheren Tatnachweis.⁹⁸ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die schiere Möglichkeit einer erneuten Hauptverhandlung nicht automatisch (mehr) materielle Gerechtigkeit verspricht.⁹⁹ So hindern beispielsweise die planmäßige Vernichtung von ehemaligem Beweismaterial oder durch Zeitablauf immer bedeutungsloser werdende Zeugenaussagen eine bessere Sachverhaltsaufklärung eher, als dass sie ihr helfen.¹⁰⁰ Vor diesem Hintergrund wiegt es umso schwerer, dass auch Unschuldige mit der erneuten und belastenden Unsicherheit eines Strafverfahrens konfrontiert werden können.

IV. Fazit: Ausblick in eine unsichere Zukunft des Wiederaufnahmerechts

Im Ergebnis hat der Gesetzgeber dem deutschen Wiederaufnahmerecht mit der Einfügung des § 362 Nr. 5 StPO einen Bärendienst erwiesen. Vieles spricht dafür, dass die neue Vorschrift in ihrer jetzigen Form einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhält. So fällt es schwer, § 362 Nr. 5 StPO mit seinen grundlegenden Änderungen noch als zulässige Grenzkorrektur des verfassungsrechtlich garantierten Mehrfachverfolgungsverbot einzustufen. Die Verkehrung des bisherigen Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit in ihr Gegenteil spricht vielmehr für einen unzulässigen Eingriff in den Kernbereich von Art. 103 Abs. 3 GG. Darüber hinaus legt die unbeschränkte Anwendbarkeit der Vorschrift auf bereits abgeschlossene Sachverhalte einen Verstoß gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot nahe. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass der derzeitige Bundesjustizminister eine (erneute) Überprüfung des Gesetzes durch sein Ministerium angeordnet hat. Im Fall der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift wäre der Gesetzgeber gut beraten, einen neuen Wiederaufnahmegrund zuun-

gunsten des Verurteilten propter nova jedenfalls nur beschränkt auf eine Auswahl besonders belastbarer Beweismittel zu formulieren, die zum damaligen Zeitpunkt aufgrund technischer Unzulänglichkeiten jedenfalls so nicht zur Verfügung standen oder gänzlich unbekannt waren. Darüber hinaus müsste eine (echte) Rückwirkung qua Gesetz ausgeschlossen sein. Allein in diesen sehr engen Grenzen scheint eine Erweiterung der bisherigen Wiederaufnahmegründe auf einfachgesetzlicher Ebene und ohne Verfassungsänderung überhaupt praktikabel. Ob sie wirklich notwendig ist, steht freilich auf einem anderen Blatt.

⁹⁶ Eine fehlende Rechtstatsachenaufklärung bemängelnd und den tatsächlichen Reformbedarf anzweifelnd BRAK (Fn. 7), S. 6. A.A. *Letzgas*, NSTZ 2020, 717 (719).

⁹⁷ *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253 f.).

⁹⁸ BGH, Urt. v. 12.8.1992 – 5 StR 239/92 = BGHSt 38, 320 (322 ff.) = NJW 1992, 2976 (2977); *Singelnstein* (Fn. 31), § 362 Rn. 12; *Pabst*, ZIS 2010, 126 (129). *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103), sprechen in diesem Zusammenhang das nicht zu unterschätzende Fehlerpotential der DNA-Analyse an.

⁹⁹ Dies zu bedenken gebend *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253); *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102); *Kubiciel*, GA 2021, 380 (387); ähnlich *Leitmeier*, StV 2021, 341 (344). Für *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158), macht dies dagegen keinen entscheidenden Punkt in der Debatte für oder gegen eine erweiterte Wiederaufnahme aus.

¹⁰⁰ Vgl. *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (556). Ähnlich *Gerson*, StV 2022, 124 (125); *Kubiciel*, GA 2021, 380 (387). A.A. v. *Bierbrauer zu Brennstein*, HRRS 2022, 118 (120); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (164).

Cooperation agreements and negotiations in Brazilian criminal justice: agreements based on the defendant's guilty plea

By Ass.-Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos*

This article presents the current situation of agreements based on a defendant's consent to criminal sanctions in Brazil's justice system. In order to illustrate this scenario, this research exposes basic characteristics of the Brazilian criminal process, existing mechanisms of plea-bargaining and the description of the practical application of collaboration agreements in Operation Car Wash. It concludes that, although there is still no plea-bargaining mechanism that allows a conviction without trial, current options authorize the imposition of criminal sanctions without trial and deviate from the traditional legality principle in criminal procedure of non-adversarial systems. The ensuing tendency towards administratization of criminal justice can also be seen in Brazil, although with some distinctions.

I. Introduction

Unlike most Latin American countries, Brazil has been late in implementing a comprehensive reform of its criminal justice system, governed by a Code of Criminal Procedure valid since 1941 – although with significant changes in some chapters.¹ In addition, with regard to criminal procedure, Brazil still seems to resist the international trend of expansion and generalization of agreements that serve to impose sanctions without the need for full a trial, with all its traditional guarantees.²

* PhD in Law from the University of São Paulo (USP), with a research stay at the Universidad Complutense de Madrid (UCM, PDSE/CAPES scholarship) and postdoctoral research at the Universidade Federal do Rio de Janeiro. Assistant Professor at the Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/DF. Assistant Professor at the Universidade Estadual de Goiás. Editor-in-Chief of Revista Brasileira de Direito Processual Penal (Brazilian Journal of Criminal Procedure, <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP>). Law Clerk at the Brazilian Supreme Court. orcid.org/0000-0003-2020-5516. Contact: vinicius.vasconcellos@ueg.br.

¹ On Latin American reforms, see: *Langer*, *American Journal of Comparative Law* 55 (2007), 617. There is also a study by *Maier/Ambos*, *Reformas procesales penales*, available at <https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Forschung/Projekte/Reformas%20Procesales%20Penales/ReformasPPAL.pdf> (2.5.2022); for summaries see *Ambos*, *ZStW* 110 (1998), 225; *Ambos/Woischnik*, *ZStW* 113 (2001), 334, in Spanish: *Justicia*, *Revista de Derecho Procesal* 2-3-4 (2000), 427, available at [https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Ambos con Jan Woischnik Las reformas procesales penales en Amrica Latina Un resumen Justicia Revista de Derecho Procesal Espaa Nos 2-3-4 2000 427-483.pdf](https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Ambos%20con%20Jan%20Woischnik%20Las%20reformas%20procesales%20penales%20en%20Amrica%20Latina%20Un%20resumen%20Justicia%20Revista%20de%20Derecho%20Procesal%20Espaa%20Nos%202-3-4%202000%20427-483.pdf) (2.5.2022).

² On this international trend, see *Alkon*, *Transnational Law & Contemporary Problems* 19 (2010), 355; see also *Turner*,

In recent years, legislative innovations have introduced criminal consensus mechanisms, such as *transação penal*, *suspensão condicional do processo*, *acordo de não persecução penal* and *colaboração premiada* (cooperation agreement).³ On the one hand, the first three mechanisms mentioned have limited applicability to minor offenses – with no possibility of imprisonment, but only alternative sanctions – and do not result in a formal conviction against the defendant. However, they completely exclude the need for an oral trial and the production of evidence to convict defendants.

On the other hand, cooperation agreements typically uphold the need for oral proceedings and have the purpose of acquiring evidence, since they impose a duty on the defendant to cooperate with the prosecution – for example, producing evidence for the conviction of codefendants. In this way, the bargaining system delineation is regulated by the Law. Theoretically, there is still a necessary submission to prosecution standards, distinct from the way common law systems exercise their discretion.

However, when one observes Law 12.850/2013, regulating procedural aspects of the cooperation agreement, there are still insufficient parameters, which ignore the law-in-

Plea Bargaining Across Borders, 2009; *Langer*, *Annual Review of Criminology* 4 (2021), 377; *Turner/Weigend*, in: *Ambos/Duff/Roberts/Weigend* (eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 1, 2020, p. 389.

³ In this article, to avoid mistranslations and imprecise interpretations, I will maintain the Portuguese terms for the first three mechanisms, with no attempt to translate them – in order to avoid precarious distinctions among them – especially in relation to some other terms in English that may express dissimilar categories of meaning. To exemplify the problem, all four mechanisms are frequently translated as “plea bargaining”, with no major concerns about the differences and similarities between the terms. To clarify, I will try to expose here the basic characterizes of each term in chapter 2 of this article. I will translate “colaboração premiada” as “cooperation agreement”, as done by *Langer*, *Annual Review of Criminology* 4 (2021) 377. Nevertheless, the translation of Law 12.850/13 made by the Federal Prosecutor’s Office uses the expression “plea agreement” when referring to “colaboração premiada”, available at

<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacao-em-ingles/law-12-850-organised-crime> (2.5.2022) In my opinion, “plea agreement” could represent a generic expression for “colaboração premiada”, “transação penal”, or “acordo de não persecução penal”. I actually prefer to specify “colaboração premiada” as “cooperation agreement”. On the difficulties related to translations on legal research, see *Rinceanu*, *Revista de Estudos Criminais* 17 (2018), 7.

action perspective. So, the practice of cooperation agreements offers a sharp contrast to the normative framework.⁴

Therefore, the issue of cooperation agreements needs to be analyzed in view of their practical application; to be focused on concrete agreements, especially in complex investigations (e.g. Operation Car Wash⁵), and taking into account the case law which interpreted Law 12.850/2013 and complemented gaps in legal regulations.⁶

In this paper, I will therefore examine the cooperation agreements signed within the framework of Operation Car Wash, between the Federal Prosecutor's Office (Ministério Público Federal [MPF]) and the defendants: Paulo Roberto Costa (Petição 5.210 Supremo Tribunal Federal [STF])⁷, Alberto Youssef (Petição 5.244 STF)⁸, Delcídio do Amaral

⁴ *Bottino*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 24 (2016), 376.

⁵ About Operação Lava Jato ("Operation Car Wash") it has been stated: "It has become an emblematic operation, without precedent in Brazil, aimed at the pursuit of crimes of corruption, criminal organization, and money laundering, among other infractions. The discovery of connections between public companies, large private corporations, and the political party system captured the attention of the media and public opinion. It influenced – and continues to influence – the direction of national politics." (*Zilli*, in: Bechara/Goldschmidt [eds.], *Lessons of Operation Car Wash*, 2020, p. 68).

⁶ On the relevant practices, when studying agreements in criminal matters, we may refer to the German example, where the agreements appear in judicial practice before being formally regulated into Law. See *Weigend*, in: Jackson/Langer (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context, Essays in honour of professor Mirjan Damaška*, 2008, p. 39; *Swenson*, *Pace International Law Review* 7 (1995), 373. Also about the German scenario, before the introduction of agreements, see *Langbein*, *Michigan Law Review* 78 (1979), 204. But some may say that even at that time there were already informal agreements: *Rauxloh*, *Fordham International Law Journal* 34 (2011), 296. Regarding the German discussion about the constitutionality of the agreements: *Weigend/Turner*, *Germany Law Journal* 15 (2014), 81.

⁷ Cooperation agreement in criminal actions no. 5026212-82.2014.404.7000 and 5025676-71. 2014.404.7000 and in representation no. 5014901-94.2014.404.7000, all before the 13th Federal Criminal Court of the Judiciary Subsection of Curitiba/PR. Available at <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf> (2.5.2022).

⁸ Cooperation agreement in criminal actions no. 5025687-03. 2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 5047229-77.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000, and 5035707-53.2014.404.7000, all before the 13th Federal Criminal Court of the Judiciary Subsection of Curitiba/PR. Available at <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oYoussef.pdf> (2.5.2022).

(Petição 5.952 STF)⁹, José Sérgio Machado (Petição 6.138 STF)¹⁰ and Joesley Batista (Petição 7.003 STF)¹¹. These agreements have already been ratified by the Federal Supreme Court and publicly disclosed on the Internet.

Thus, I intend to verify whether the consensual mechanisms and agreements existing in Brazil can be compared to the international scenario of an expansion of negotiated criminal justice and plea bargaining. Besides the analysis of the different mechanisms with a view to the Brazilian cooperation agreements, the question arises whether the agreements made in Operation Car Wash are in accordance with the Brazilian legal regulations. Moreover, the issue of whether or not the current Brazilian scenario conforms to the so-called administratization of criminal justice and convictions will be put under examination.¹² It will be demonstrated that Brazil's mechanisms for negotiation authorize the imposition of criminal sanctions without trial and thus fall outside the traditional principle of mandatory prosecution common to continental European systems.¹³ Thus, in essence, Brazil follows the logic of administratization of criminal justice.

II. Foundations of Brazilian criminal procedure

In the first place, Brazil's criminal procedure system is described by the national legal scholars as mixed, because it is structured firstly as a preliminary stage of inquiry and then as a stage of an oral trial¹⁴. Certain authors argue, from a more critical point of view, that the procedure is, in fact, essentially inquisitorial, since the judge is allowed to produce evidence *ex officio*¹⁵ when he/she is yet to set out a clear separation

⁹ Cooperation agreement signed in Inquiries no. 4.170 and 3.989 of the STF. Available at <http://s.conjur.com.br/dl/delacao-premiada-delcidio-amaral.pdf> (2.5.2022).

¹⁰ Plea agreement signed in Inquiries no. 4.215/DF and 3.989/DF and in Complaint 17.623/PR, all of the STF. Available at <http://s.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf> (2.5.2022).

¹¹ Cooperation agreement signed with the Office of the Prosecutor General before the Supreme Federal Court. Available at

<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-as-condicoes-do-acordo-de-delacao-de-joesley-da-jbs/> (2.5.2022).

¹² *Langer*, *Annual Review of Criminology* 4 (2021), 377.

¹³ On the differences between plea bargaining in the U.S. system and abbreviated trial procedures in civil law systems, see *Gilliéron*, in: Brown/Turner/Weisser (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, 2019, p. 703 (704).

¹⁴ *Nucci*, *Curso de Direito Processual Penal*, 15th ed. 2018, p. 50; *Mendonça*, *The Criminal Justice System in Brazil: a brief account*, Resource Material, Resource Material 2014, 63 (64).

¹⁵ Under the terms of art. 156 of the Brazilian Code of Criminal Procedure (CCP), the judge may: "I – order, even before the opening of the criminal trial, the anticipated production of evidence deemed urgent and relevant, observing the necessity, adequacy and proportionality of such a measure" and "II – de-

between the investigative and the trial phases.^{16, 17} However, in constitutional terms, it is stated that the Federal Constitution of 1988 established an accusatorial system, by determining in art. 129, sec. I, that the Public Prosecution (Ministério Público – MP) is privately responsible for promoting criminal prosecution when a crime is committed.¹⁸

The first phase of criminal prosecution, although not mandatory, is the preliminary investigation. Strictly speaking, it is not considered a procedural stage, but preparatory¹⁹, and may occur in various forms, such as police inquiry, public civil inquiry, direct investigation by the Prosecution, Parliamentary Investigative Commission, etc.²⁰ The investigation is essentially carried out in written records, with limited publicity, and its function is to prepare a possible accusation to be filed for the initiation of the trial, as well as to obtain non-repeatable evidence.²¹ However, in the broadest sense, it can be stated that “the function of avoiding unfounded accusations is the main objective of preliminary investigation, because in reality, avoiding unfounded accusations means clarifying the fact”.²²

The exercise of the right of defense during the investigative stage is partially restricted. Although in recent years the presence of the attorney and his access to the dossier file has

termine, in the course of the trial, or before the decision, measures to be taken to settle any doubt on a relevant matter”.

¹⁶ According to arts. 12 and 155 of the Brazilian CCP, the investigative dossier must be fully annexed to the case file and the judge may consider its elements in the sentence, although this cannot be sufficient grounds for conviction on its own: “Art. 12. The investigative dossier of the police must be annexed to the accusation whenever it serves as a basis for it”; “Art. 155. The judge will form his conviction by the free assessment of the evidence produced in the adversarial proceeding, and cannot base his decision solely on the elements gathered in the investigation, except for precautionary, non-repeatable and anticipated evidence”. We must point out that Law 13.964/2019 has made some important changes in this respect, like creating the “judgement of guarantees” and setting out the separation of the investigatory and trial dossiers, which we will explain in subsequent paragraphs. But these changes have been suspended in a decision by the Brazilian Supreme Court.

¹⁷ On the allegation of an inquisitorial system, see: *Coutinho*, *Revista de Estudos Criminais* 1 (2001), 28; *Lopes Júnior*, *Direito Processual Penal*, 9th ed. 2012, p. 134 et seq.

¹⁸ The Supreme Federal Court has a firm position in favor of adopting an accusatory system, with the separation of the functions of accusation and judging, although, as a rule, this does not prohibit the judge’s initiative to produce evidence ex officio. For an exposition of such precedents, see *Vasconcellos*, *Direito, Estado e Sociedade* 47 (2015), 181.

¹⁹ *Fernandes*, *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*, 2005, p. 35.

²⁰ *Badaró*, *Processo Penal*, 5th ed. 2017, p. 121.

²¹ *Fernandes* (fn. 19), p. 75.

²² *Lopes Júnior/Gloeckner*, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, 6th ed. 2014, p. 107 et seq.

been progressively ensured,²³ there is still no regulation on investigations of the defendant, and the possibility of production of evidence for the defense at such a stage is limited.²⁴

Generally, the investigation takes place through a police inquiry and here we point out a peculiar characteristic inside Brazilian criminal procedure: the figure of the police chief officer (“delegado de polícia”). He/she is a senior police officer responsible for conducting the police inquiry and has “relative discretionary power to determine the collection of evidence through the investigation”.²⁵

There are no maximum terms or deadlines in the Code of Criminal Procedure for the investigations, that may last for months or even years. In the end, the police chief presents a report on the investigation, which is sent to the prosecutor, who will decide whether to file the accusation or ask the judge to dismiss it.²⁶ Therefore, according to the Law, the police authority has no discretion to decide what to investigate or dismiss, because everything must be submitted to the Judiciary to decide.²⁷

There is some debate on the role of the Public Prosecution Service in relation to the police inquiry. It is argued that, as the one responsible for the accusation, the prosecutor must also regulate the investigations, thus having greater control over the direction of the police inquiry. However, resistance from the police chief may occur. The level of authority for the prosecutor in relation to police investigation and the independence of the police chief is still controversial.²⁸ On the other hand, the Brazilian Supreme Court (STF) has declared

²³ For instance, the Supreme Federal Court’s *Súmula Vinculante* no. 14 (“It is right of the attorney, in the interest of the defendant, to have broad access to evidence that, already documented in an investigative procedure conducted by the police, concerns the exercise of the right of defense”) and the modification brought by Law 13.245/2016, which expanded the attorney’s performance in the police inquiry, available at http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm (2.5.2022).

²⁴ For this scenario, see *Saad*, *O direito de defesa no inquérito policial*, 2004, p. 198–205; *Choukr*, *Garantias constitucionais na investigação criminal*, 2nd ed. 2001, p. 124–132; *Tucci*, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 4th ed. 2011, p. 303 et seq.; *Lopes Júnior/Gloeckner* (fn. 22), p. 468.

²⁵ *Mendonça*, *The Criminal Justice System in Brazil: a brief account*, Resource Material, Resource Material 2014, 63 (66).

²⁶ *Badaró* (fn. 20), p. 145–150. Law 13.964/19 has modified the dismissal of the investigation procedure, defining that the prosecutor could dismiss the investigation without submitting it to judicial control, as it would be reviewed by the Public Prosecution Service itself. But this modification was suspended by the Brazilian Supreme Court.

²⁷ Law no. 3.689, October 3, 1941, *Código de Processo Penal* (C.P.P.), art. 17: “The police authority may not have the inquiry’s files dismissed.”

²⁸ *Lopes Júnior/Gloeckner* (fn. 22), p. 243–249.

the constitutionality of investigations carried out directly by the Public Prosecution Service, even without the police.²⁹

The role of the Judiciary in the preliminary investigation phase is essentially to safeguard fundamental rights and limit state investigative powers. Prosecutors and the police cannot make arrests, except in *flagrante delicto*; nor can they engage in invasive investigative means such as telephone tapping or search and seizure without judicial authorization with a warrant. Therefore, any measure to that effect is submitted to the judge of the case.³⁰

It is worth noting that until recently the Brazilian CPP did not display the separation between the judge of guarantees and the judge in the trial phase. Judging competence was determined by the principle of “*prevenção*” – i.e., the same judge who followed the investigation and eventually decided on precautionary or investigative measures was still responsible for the trial and subsequent decision.³¹ However, in December 2019, Law 13.964/19 created the judge of guarantees, determining that they are responsible for decision-making acts in the investigative phase and, subsequently, prohibited from judging the case on trial.³² Following this, the modification was provisionally suspended by the Brazilian Supreme Court and the judge of guarantees has still not become a reality in juridical proceedings.

Usually, the criminal accusation is initiated by the public prosecutor.³³ For such cases, it is stated that the principle of mandatory prosecution is in force in Brazil. So, provided there is sufficient evidence to indicate the occurrence of a crime (probable cause), criminal proceedings must necessarily be initiated by the prosecutor.³⁴ Traditionally, there would be no principle of opportunity or discretionary powers available to the Public Prosecution Service.³⁵

²⁹ STF, RE n. 593.727/MG, Rapporteur Min. Cezar Peluso, 14/05/2015, Diário do Judiciário Eletrônico [D.J.e.] 08/09/2015 (Brazil).

³⁰ *Lopes Júnior/Gloekner* (fn. 22), p. 258 et seq. For a comparative approach about this topic: *Kremens*, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 6-3 (2020), 1585.

³¹ On the judge’s impartiality and the guidelines to define competence, see *Maya*, *Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção: da competência ao juiz das garantias*, 2011.

³² Available at http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm (2.5.2022).

³³ *Mendonça*, *The Criminal Justice System in Brazil: a brief account*, Resource Material, Resource Material 2014, 63 (65).

³⁴ *Jardim*, *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*, 3rd ed. 1998, p. 92–99; *Fernandes* (fn. 19), p. 63; *Batista*, *Panorama of Brazilian Law*, 1992, 210. The majority of researches argues that Brazilian CCP imposes the principle of mandatory prosecution in articles 42 (“The prosecutor will not be able to dismiss the accusation”) and 576 (“The prosecutor will not be able to withdraw the appeal that has been filed”).

³⁵ Recently, Law 12.850/2013 regulated an innovative hypothesis for the prosecutor “not offering the accusation” in specific cases of cooperation agreement, when the defendant

Concerning the judicial phase, the trial is normally carried out in the first degree by a single judge.³⁶ The jury is used only for intentional crimes against life, like murder or abortion.³⁷ The ordinary Brazilian criminal procedure is written, with an oral stage in the “trial hearing”, where witnesses, experts and defendants undergo inquiry (art. 400, CCP). However, in general, all other acts are written and, as already explained, the elements produced in the preliminary investigation can also be considered by the judge in the sentence.

Although it is said that freedom should be the rule during the process,³⁸ Brazil has high percentages of precautionary detainees, around 40% of the total number of imprisoned people.³⁹ Recently, as decided by the Supreme Court, a detention hearing for the control of arrests in *flagrante delicto* has become mandatory within 24 hours after the arrest.⁴⁰

It is usual for people to claim that the Brazilian judicial system has an excessive number of appeals. The Brazilian Constitution of 1988 states that “no one shall be considered guilty before the issuing of a final and unappealable penal sentence” (art. 5, LVII). Thus, the enforcement of a sentence can only start after the conclusion of all possible appeals, so that prison before *res judicata* would only be authorized when motivated by precautionary reasons. This position was recently reiterated by the Supreme Court. In a tight vote

is the first to collaborate with Justice and not the head of the criminal organization (art. 4, paragraph 4). Regarding the opportunity principle in Germany, see *Ambos*, in: *Ambos/Zilli/Mendes* (eds.), *Colaboração Premiada: perspectiva comparada*, 2020, p. 219.

³⁶ According to the Brazilian Constitution of 1988 (articles 102 and 105, for instance), there are hypotheses on “privileged jurisdiction” (like parliamentary immunity), in which people occupying functions relevant to the State are directly judged by Court boards, such as State Courts of Appeal or even the Supreme Court.

³⁷ Decreto-Lei n. 3.689, decree of the 3rd of October, 1941, Código de Processo Penal (C.P.P.), article 74, paragraph 1.

³⁸ The Supreme Court has repeatedly ruled that automatic precautionary incarcerations cannot exist, neither because of the opening of the trial phase or for the gravity of the accusation. There are two types of precautionary detentions, preventive (C.C.P.) and temporary (Law 7.960/89), which can be motivated by the judge, based on precautionary grounds. However, the C.C.P. ensures that precautionary detention can be motivated by the will to safeguard “public order” (art. 312), an open concept that allows abuses to restrict freedom without precautionary motivation, in addition to the fact that there are no maximum terms determined by law.

³⁹ Data provided by the National Justice Council for the year 2018, available at <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf> (2.5.2022).

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, *Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* 347, Plenário, Rapporteur Min. Marco Aurélio, Diário do Judiciário Eletrônico [D.J.e.] 19.2.2016.

(6x5), it declared the constitutionality of art. 283 of the CCP and prohibited the provisional execution of the sentence.⁴¹

The conviction or acquittal sentence may be reviewed by a State Court through an “appeal”.⁴² It is a measure that has no major formalities, returning all of the debated issues of the trial for review, in a written manner and without compliance with the principle of immediacy between the judge and the evidence. Although the CCP authorizes the renovation of evidence in the Court, such a provision is almost never used in practice. Therefore, the appeal is decided on the basis of the elements produced by the trial judge in the first instance and documented in the case file.⁴³

Then there are special (like the cassation of the European continental systems)⁴⁴ and extraordinary appeals, respectively directed to the Superior Court of Justice (for violation of federal law or divergence between State Courts) and to the Supreme Court (for violation of the Constitution). As much as it is possible to file them, these appeals are subject to strict controls and rarely admitted by the higher courts.

III. Negotiated Criminal Justice in Brazil

Nowadays, negotiation mechanisms are not generalized in Brazilian criminal procedure, currently being applicable only in specific cases and based on standards regulated by law. In this sense, negotiated criminal justice is defined as a “model that is guided by acceptance of both parties (a consensus between the accusation and the defense) to a plea agreement, generally imposing early resolution, abbreviation or full suppression of the criminal procedure or some of its stages, fundamentally with the objective to facilitate the imposition of a sanction with reduced sentence, which characterizes the benefit to the accused due to the waiving of the trial”.⁴⁵

⁴¹ Supremo Tribunal Federal, *Ações Declaratórias de Constitucionalidade* 43, 44 and 54, In plenary. Rapporteur: Min. Marco Aurélio. *Diário do Judiciário Eletrônico* [D.J.e.] 7.11.2019.

⁴² *Batista*, *Panorama of Brazilian Law*, 1992, 210 (223 et seq.).

⁴³ Audiovisual recording mechanisms for audiences have been structured progressively, so that the Courts might reproduce the judicial acts by audio and video, but this is still not widespread in Brazil.

⁴⁴ *Thaman*, in: *Brown/Turner/Weisser* (fn. 13), p. 949–957.

⁴⁵ *Vasconcellos*, *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*, 2nd ed. 2018, p. 50. Similarly: “These various procedures have a common feature in that they allow for a resolution of the case based upon consent of the parties”, (*Gilliéron* [fn. 13], p. 703). Also: “The expressions “negotiated criminal justice” and “agreements in the criminal process” can be understood in a broad sense or in a restricted sense. In a broad sense, they are used to refer to any agreement that takes place in the criminal process, even if it does not lead to a conviction or acquittal. In a restricted sense, they are used to refer only to an agreement that leads to a sentence that convicts or acquits the defendant” (*Oliver*, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 7 [2021], 1261).

Law 9.099/1995 regulates two negotiation mechanisms for minor and medium offenses.⁴⁶ The “*transação penal*” is an agreement that can be made in the “*Juizados Especiais Criminais*” (“Special Criminal Courts”) for minor offenses called “*infrações de menor potencial ofensivo*” (crimes with a maximum sanction of up to 2 years, or misdemeanors under Law 3.688/1941). According to article 76 of Law 9.099/1995, in a preliminary hearing, the Prosecution may offer the defendant the immediate imposition of alternative sanctions (social work or a fine instead of imprisonment). Formally, the defendant does not have to confess and the judicial homologation of the agreement is not considered as a conviction. So, it does not count on a criminal record, but if the conditions are not fulfilled, the prosecutor may reopen the case.⁴⁷

The “*suspensão condicional do processo*” is a mechanism that allows the suspension of the procedure so that the defendant fulfills conditions (alternative measures, without imprisonment) and is supervised for a certain period. It is also regulated in Brazil in 1995 by Law 9.099 (art. 89), but it has a broader application to all crimes imposed with a minimum sanction of up to one year. As in the “*transação penal*”, if the conditions are not fulfilled by the defendant, the prosecutor may resume the course of the trial and request the conviction. If the conditions of the agreement are accomplished, the process is dismissed with no formal conviction registered for the defendant, so it does not count on a criminal record.

In addition to the mechanisms introduced in 1995, the cooperation agreement (“*colaboração premiada*”) stands out among the possibilities for negotiation in criminal matters in Brazil. Having become general knowledge for the population in recent times, certain Laws allow for cooperation agreements for many types of crimes: heinous crimes (Law 8.072/1990), crimes against the financial system (Law 9.080/1995), money laundering (Law 9.613/1998), kidnapping (Law 9.269/1996), narcotics (Law 11.343/2006).

However, amongst this set of laws, there was no regulation for procedural rules for the negotiation mechanism.⁴⁸ Thus, in Brazil, cooperation agreement was already authorized before Operation Car Wash, but there was greater insecurity and lack of predictability in carrying out the acts of cooperation by the defendant: each judge adopted a different procedure, with no rule for the concrete benefit after the self-incriminating acts by the defendants.

⁴⁶ “[...] in the field of negotiated criminal justice, the law of 1995 did not only regulate the transaction provided for in the Constitution, but also created the ‘*conciliação civil*’ and the ‘*suspensão condicional do processo*’”, in *Grinover*, *A marcha do processo*, 2000, p. 74. However, some may affirm that the civil damage settlement mechanism (art. 72, Law 9.099/95) is not characterized as a negotiation mechanism, as it involves an agreement between the victim and the offender, without negotiation with the State (public prosecutor).

⁴⁷ As decided by the Brazilian Supreme Court in the *Súmula Vinculante* 35 (a consolidation of case law applicable for all Brazilian judges).

⁴⁸ *Mendonça*, *Revista Custos Legis* 4 (2013), 2.

Law 12.850/2013 appeared in Brazil with important innovations for the negotiation system. Although it still presents relevant gaps, the new law regulated procedural aspects of the cooperation agreement in order to provide greater legal certainty. In the following items, the fundamental characteristics of the current legislation will be analyzed.

In 2017, the National Council of the Public Prosecution Service (Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP), an administrative control body of the Public Prosecution Service in Brazil, issued a resolution to regulate the “criminal investigative procedure under the responsibility of the Public Prosecution Service” (Resolução 181/2017).⁴⁹ In this document, the “acordo de não persecução penal” (non-prosecution agreement) was introduced, authorizing bargaining between the prosecutor and the defendant in crimes with a minimum sanction of up to four years. In exchange for a confession, a possible criminal conviction is avoided by imposing obligations such as repairing the damage to the victim, waiving properties and rights, rendering service to the community, or other conditions stipulated by the Prosecution.⁵⁰ The CNMP resolution is a normative resolution without the status of a Law, giving rise to numerous questions about the constitutionality of the mechanism, considering that the Brazilian Constitution (Constituição Federal – CF) determines that only Federal Law can rule on criminal and procedural issues (art. 22, section I).⁵¹

In December 2019, Law 13.964/2019 expressly included the “acordo de não persecução penal” in the Code of Criminal Procedure, in similar terms to that previously provided for in the CNMP Resolution.⁵² Under the terms of art. 28-A, “not being a hypothesis for dismissal and the defendant having formally and circumstantially confessed the practice of a criminal offense without violence or serious threat to others, and with a minimum sanction of less than 4 (four) years, the Public Prosecution may propose a non-prosecution agreement, as long as necessary and sufficient for censure and crime prevention”, with the possibility of imposing conditions (alternative sanctions) that do not involve restricting the individual's freedom.

Such a mechanism has a wide scope, since most Brazilian crimes in the Penal Code have a minimum punishment of less than 4 years, leading to an expansion of negotiated criminal justice in Brazil. However, there is still no possibility of conviction or imposition of imprisonment solely based on the defendant's guilty plea outside of the criminal trial.

In several bills currently awaiting approval in Congress, there are proposals to expand the criminal negotiation mech-

anisms in Brazil. In the new CCP bill (“Projeto de Lei 8.045/2012”), approved in the Senate and under debate in the Chamber of Deputies, an “abbreviated trial” is stipulated, which would authorize the “immediate application of punishment in crimes whose maximum sanction does not exceed eight years”, after the confession of the defendant and the dismissal of the production of evidence by the parties. However, there is strong resistance to the legal scholars, where unconstitutional elements have been pointed out in the wake of such a proposal.⁵³

Moreover, it is worth mentioning the bill that originated the aforementioned Law 13.964/2019. The federal government elected in 2018 presented a bill with the objective of changing several aspects of Brazilian criminal and procedural legislation, called “Anti-crime package”.⁵⁴ In addition to the “non-prosecution agreement” described above, the aim was to create a “plea agreement”, which would authorize the imposition of criminal sanctions, including imprisonment, for any type of crime, without any limitation by its seriousness or by any sanction that could be imposed. In other words, this would be the creation of a mechanism that would potentially enable the generalization of plea bargaining in Brazil. The criticism presented in the face of this proposal was intense⁵⁵ and ended in its exclusion from the final bill that becomes the Law 13.964/2019. In any case, the constant presence of legislative proposals to expand upon negotiation mechanisms demonstrates the tendency to generalize their influence in the Brazilian criminal justice system.

IV. Cooperation agreements in Brazilian criminal procedure

After analyzing the general scenario of negotiation in Brazilian criminal justice and its movements of expansion, we must specifically examine the rules of the cooperation agreements. Initially, the current regulatory framework will be presented, based on Law 12.850/2013. According to Brazilian Supreme Court case law and selected agreements signed in Operation Car Wash, we will subsequently describe the practical outlines that have effectively determined the realization of agreements in cases of white-collar crimes prosecution.

The Brazilian cooperation agreement has characteristics that are partially distinct from a plea bargain. It is defined as

⁴⁹ Available at

<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf> (2.5.2022).

⁵⁰ For further reading, see Cunha/Barros/Souza/Cabral (eds.), *Acordo de não persecução penal*, 2018.

⁵¹ Vasconcellos, *Boletim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 25 (2017), 7 et seq.

⁵² Available at

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm (2.5.2022).

⁵³ Prado, in: Prado/Martins/Carvalho (eds.), *Decisão judicial, A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*, 2012, p. 54 et seq.; Freitas, in: Pinto/Gonçalves (eds.), *Processo & Efetividade*, 2012, p. 22 et seq.; Casara, in: Coutinho/Carvalho (eds.), *O novo Processo Penal à luz da Constituição, Análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*, Vol. 2 2011, 155 et seq.

⁵⁴ On the anti-crime package, check the April and May special editions of IBCCRIM's Bulletin, available at <https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/14463-Boletim-IBCCRIM-lanca-duas-edicoes-especiais-sobre-Pacote-Anticrime> (2.5.2022).

⁵⁵ Vasconcellos, *Boletim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 27 (2019), 27 et seq.

a “means of investigation”,⁵⁶ so it would have an evidence-driven purpose, in which the accused would be encouraged to collaborate with criminal prosecution for the determination of truth.⁵⁷ According to Law 12.850/2013, the defendant who makes a cooperation agreement must waive his right to remain silent and assume the duty to tell the truth.⁵⁸ The collaborator’s statements (and confession) are not themselves sufficient to justify a conviction (art. 4º, paragraph 16),⁵⁹ so that the normal course of criminal proceedings is maintained with the prosecution’s duty to produce evidence and fragilize the presumption of innocence.

However, the cooperation agreement is also classified as a “procedural legal transaction”,⁶⁰ in which the defense re-

ceives a benefit (reduced sentence or even judicial pardon, for example) in exchange for collaboration with the State. It occurs with the waiving of important fundamental rights, such as the right against self-incrimination and to self-defense in a broad sense.⁶¹ Therefore, although it presents certain distinctions, the cooperation agreement may be defined as a mechanism of negotiated criminal justice.⁶²

Initially, we analyze the normative regulation provided for in Law 12.850/2013, and then, based on the empirical analysis of agreements signed in Operation Car Wash, verify that the practice (law-in-action) does not have to comply with the limits determined in the Law. So, we may argue that the mechanism has changed to a wider agreement, more similar to plea bargaining in a broad sense.

According to art. 4º of Law 12.850/2013, the possible benefits and duties for the defendant’s collaboration are determined on such grounds:

“Article 4. The judge may grant judicial forgiveness, reduction of up to 2/3 (two thirds) of the imprisonment punishment or substitution of it for a restriction of rights punishment, under the request of the parties, for the accused who has collaborated effective and voluntarily with the investigation and the criminal proceedings, as long as such information produces one or more of the following results:

- I – the identification of the other co-authors or the other participants in the criminal organisation or their committed criminal offences;
- II – the revelation of the hierarchical structure and the distribution of tasks within the criminal organisation;
- III – the prevention of criminal offences stemming from the criminal organisation’s activities;
- IV – the complete or the partial recovery of the product or the profit stemming from the criminal organisation’s activities;

⁵⁶ *Brandalise*, *Prawo W Działaniu* 41 (2020), 12.

⁵⁷ “The cooperation agreement, as a means of obtaining evidence, is intended for the ‘acquisition of entities (material things, traces [in the sense of signs or tracks] or statements) endowed with probative capacity’, which is why it is not evidence in itself.” (STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, D.J.e. 27.8.2015. p. 21). In this sense, the amendment brought by Law 13.964/19, inserted as art. 3º-A in Law 12.850/13, states that “the cooperation agreement is a procedural agreement and a means of obtaining evidence, which presupposes public utility and interest”.

⁵⁸ “In Brazil, the right to remain silent is a constitutional guarantee: ‘the arrested person shall be informed of their rights, among which there is the right to remain silent’ (1988 Constitution, Article 5, LXIII). Therefore, the interrogation of a suspect or a defendant is not preceded by any oath. Moreover, there is no punishment even in the case of a proven lie. Despite the reference to the ‘arrested person’, it is unanimously accepted that any suspect or defendant, whether or not arrested, has the right to remain silent. The Code of Criminal Procedure adds that silence may not carry a value against the defense; in other words, presumptions against suspects who refuse to testify are explicitly prohibited (Article 186). In synthesis, there are virtually no legal limits to the right to remain silent. In fact, if the suspect or defendant prefers, they are allowed not to show up for questioning, according to the majority of Brazilian judges. There is an exception created by the new Organized Crime Act (Federal Statute n. 12.850/2013), which says that the defendant who makes an agreement with the prosecutor must waive his right to be silent and has to tell the truth.” (*Mendonça*, *The effective collection and utilization of evidence in criminal cases: current situation and challenges in Brazil*, Resource Material 2014, 58).

⁵⁹ *Brandalise*, *Prawo W Działaniu* 41 (2020), 12 (37-39).

⁶⁰ “[...] the cooperation agreement is a procedural legal transaction, since in addition to being expressly qualified by the law as a ‘means of obtaining evidence’, its object is the cooperation of the accused for the investigation and for the criminal procedure, an activity of procedural nature, even if this legal transaction has the substantial effect (of material law) concerning the reduced sanction to be attributed to this collaboration” (STF, HC 127.483/PR, Plenário, rapporteur:

Min. Dias Toffoli, D.J.e. 27.8.2015, 23-24). See also: *Zilli*, in: *Ambos/Zilli/Mendes* (fn. 35), p. 46.

According to *Mendes*, “these agreements can be understood as public-private partnerships within the apparatus of state prosecution, in which defendants and enforcement authorities establish a durable and stable relationship directed at the successful prosecution of other offenders” (*Mendes*, *Leniency Policies in the Prosecution of Economic Crimes and Corruption*, 2021, p. 321).

⁶¹ According to *Anitua*, such mechanisms “have as a common feature granting the State (which is represented by the Judiciary or the Public Prosecution Service) the possibility of reducing the sentence or even pardoning the accused based on pacts or agreements” (*Anitua*, in: *Anitua* [ed.], *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*, 2010, p. 154. See also *Brito*, *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*, 2016, p. 127–133).

⁶² *Vasconcellos*, *Colaboração premiada no processo penal*, 2nd ed. 2018, p. 23–28; *Marques*, *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal* 60 (2014), 47.

V – the location of the victim, if there is one, with his/her physical integrity preserved.

Paragraph 1. In any case, the personality of the informant, the nature, the circumstances, the graveness, and the social repercussion of the criminal action, as well as the efficiency of the information, shall be taken into consideration in order for the benefit to be granted.”⁶³

The legislation structures a limited negotiation system, with specific benefits and foreseeable results, that is, with a limited margin for bargaining.⁶⁴ Considering the reduction of sentence by up to 2/3 as a first possible benefit, Law 12.850/2013 seems to impose that the agreement would only indicate the reduction of punishment agreed by the parties, but the judge would still determine the final sanction.⁶⁵ In addition, the results of the agreement are defined as the defendant’s possible collaborations. Thus, there is the establishment of an apparently exhaustive regime of possible benefits and outcomes, which would tend to indicate the consolidation of a limited model for negotiations. Accordingly, there would be a verifiable reduction in flexibility for sentencing with regard to the principle of mandatory prosecution in Brazilian criminal procedure.

The standard procedure for the cooperation agreement, under Law 12.850/2013, would involve a negotiating phase between the parties, followed by the formalization of the agreement, which must be sent to the judge for approval. Such an agreement, in practice, is structured similarly to a civil contract, with clauses that regulate the obligations and benefits for the involved parties.

The original regulation of Law 12.850/2013 determined that at the time of the agreement’s ratification the judge must analyze “regularity, legality and voluntariness” (art. 4º, paragraph 7), and may “refuse to approve the agreement if it does not meet with the legal requisites, or he may adjust it to the particular case” (art. 4º, paragraph 8).⁶⁶ In the final stage of the trial (the sentence), the judge must analyze the effectiveness of the collaboration carried out by the defendant (art. 4º,

paragraph 11).⁶⁷ If the defendant complied with the terms of the agreement and performed effective collaboration, he has an individual right to the benefit determined, where the judge maintains the agreement.⁶⁸

In this sense, the Brazilian Supreme Court laid down in habeas corpus 127.483: “[...] if the subjective right of the collaborator to the reduced sanction is configured by completely fulfilling their obligations, they have the right to demand it in court, including by appealing the sentence that fails to recognize it or applies it in a way that does not abide by the original agreement”.⁶⁹ It is also worth mentioning that the judge cannot participate in the negotiations of the agreement (art. 4º, paragraph 6), in order to protect impartiality,⁷⁰ and that no one shall be convicted of a crime or imprisoned in a decision based solely on the declarations of an informant that made a collaboration agreement (art. 4º, paragraph 16).

In contrast to the system prescribed in Law 12.850/2013, the agreements formalized in Operation Car Wash have innovated in several aspects, such as the provision of “different regimes for the execution of the sanction”, the release of assets resulting from illicit activities, the provision of immunity to family members of the defendant, the waiver of the right to appeal and the imposition of generic duties to the collaborator. From the analysis of the agreements that are the object of this research, it is possible to verify the characteristics that have determined Brazilian negotiation practice in collaboration agreements.

As an example, in one of the agreements, it was established that, upon reaching the amount of 30 years of imprisonment in final sentences, the sanction imposed would be fulfilled “in imprisonment for a period not exceeding 5 (five) years and not less than 3 (three) years”, with subsequent progression “directly to home arrest, even if the legal requirements are not met” (clause 5, items I, II, III and V, agreement in Petição 5.244 STF). Similarly, in another collaboration, a house arrest sentence was imposed for one year (with ankle monitor); zero to two years of imprisonment in partially severe conditions; and subsequent progression to an open regime (clause 5, item I, agreement in Petição 5.210 STF).

⁶³ Translation of Law 12.850/13 made by the Brazilian Federal Prosecution Service, available at <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacao-em-ingles/law-12-850-organised-crime> (2.5.2022).

⁶⁴ According to *Zilli*, “the contracting parties cannot extend the rewards beyond those indicated by law”, because “here reigns the principle of the legality of the content rules” (*Zilli*, Boletim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 300 (November 2017), 4.

⁶⁵ *Carvalho*, in: Bedê Jr./Campos (ed.), *Sentença criminal e aplicação da pena*, 2017, p. 519 et seq. Similarly, stating that only after sentencing the judge must apply the concrete punishment predefined in the agreement: *Fonseca*, *Colaboração Premiada*, 2017, p. 125.

⁶⁶ Art. 4º, paragraph 8 was modified by Law 13.964/19, which excludes the judge’s power to make the agreement adequate for the case. Nowadays, the judge may only refuse the agreement and the parties may modify it, if they wish.

⁶⁷ *Pereira*, *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, 3rd ed. 2016, p. 147.

⁶⁸ “In ratifying the agreement, the judge does not limit himself to declaring its legal validity, but also, in a way, assumes a commitment on behalf of the State: in the event of collaboration under the agreed terms and for it to be effective, in principle there must be granted to the defendant the advantages promised to him”, see *Canotilho/Brandão*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 133 (2017), 150.

⁶⁹ STF, HC 127.483/PR, Tribunal do Pleno, rapporteur Min. Dias Toffoli, D.J.e. 27.8.2015, p. 63. See also: STF, QO PET 7.074, Tribunal do Pleno, rapporteur Min. Edson Fachin, D.J.e. 29.6.2017.

⁷⁰ *Coura/Bedê Junior*, *Revista dos Tribunais* 969 (2016), 150 et seq. On the judicial participation in agreements, see also *Turner*, *American Journal of Comparative Law* 54 (2006), 501 et seq.

In a different agreement, also within Operation Car Wash, the sentence was imposed as house arrest for one year, with progression to partially severe conditions for a period of up to two years and open conditions for the rest of the restriction of liberty (clause 5, item I, agreement in Petição 5.210 STF). In a critical perspective, some Brazilian researchers affirm that differentiated imprisonment regimes were introduced in complete deviation from the regime provided for in the Penal Code (Código Penal – CP) and the Law of Penal Execution (Lei de Execuções Penais – LEP), thus creating an “à la carte penal execution”.⁷¹

In addition, Brazilian negotiation practices have also authorized clauses that allow the maintenance of assets obtained from illicit activities in the hands of the defendant or his family. Within the scope of Operation Car Wash, an agreement was signed allowing goods/financial gains from crimes to remain with the collaborator’s family members, such as armored cars and properties, under the justification of characterizing “security measures during the period in which the collaborator would be detained” (clause 7, paragraphs 3, 4, 5, and 6, agreement in Petição 5.244 STF).

These provisions were challenged before the Brazilian Supreme Court by codefendants incriminated in the cooperation agreements. However, in habeas corpus 127.483, the Court upheld their legality for three reasons: a) the Mérida and Palermo Conventions⁷² authorize such measures in a teleological interpretation of their regulations; b) based on the logic of “who can offer more, pays the least”, there would be no obstacle to other types of benefits, like a pardon or the discharge of the indictment; and, c) considering that the collaborator has the right to protection, which will be guaranteed by the State at a later stage, there is no reason to prohibit the pertaining immediate measures.

In addition to the obligations provided for in article 4 of Law 12.850/2013, which must be specified in the cooperation agreement, practice in Operation Car Wash has introduced a clause providing for a “permanent” and “generic” duty for the defendant to collaborate. For example, it requires the collaborator to “cooperate whenever requested, through personal attendance at any of the Federal Prosecution Service’s branches, at the Federal Police or at the headquarters of the Federal Tax Office, to analyze documents and evidence, recognize people, provide testimonies and assist specialists in expert analysis” (clause 10, c, agreement in Petição 5.244 STF; similarly, clause 12, paragraph d, Petição 7.003 STF). Thus, the defendant becomes an auxiliary to criminal prosecution, with the aim of using his knowledge to facilitate the interpretation of documents. There has also been a clause of “general duty to cooperate”, which expands on the list of obligations for the collaborator, making the list provided for in the agreement non-exhaustive (clause 10, paragraph 1,

agreement in Petição 5.244 STF; clause 15, sole paragraph, agreement in Petição 5.210 STF; clause 8, agreement in Petição 5.952 STF; clause 15, agreement in Petição 6.138 STF, clause 14, Petição 7.003 STF).

Faced with such a scenario, there are those who defend a wide possibility of clauses (benefits and duties) to be accorded in the agreements, although not authorized in the current legislation. It is said that an analogy in bonam partem must be admitted, outlining the following criteria: “(i) the benefit cannot be expressly prohibited by law; (ii) there must be relative legal coverage, allowing the analogy, although adaptations to the specific case are possible; (iii) the object of the agreement must be lawful and morally acceptable; (iv) it must respect fundamental rights and human dignity; (v) there must be reasonableness (adequacy, necessity and proportionality in the strict sense); and (vi) there must be the legitimacy of the Public Prosecution Service to grant the benefit”.⁷³

On the other hand, there are those who call for a “culture of legality of benefits”,⁷⁴ in order to ensure the correspondence between what is proposed in the agreement and the subsequent realization of the benefit in the sentence. So, “the Public Prosecution Service cannot offer to the collaborator a ‘prize’ that is not expressly authorized in the law”, in addition to the fact that “this limitation refers not only to the type of benefit (prize), but also to its extension, even if temporal”.⁷⁵

Undoubtedly, it can be said that the cooperation agreements made in Operation Car Wash and analyzed in this study provided for clauses with benefits and duties different from those authorized by Law 12.850/2013. In other words, the practice of Brazilian cooperation agreements, at least in the aforementioned operation, exceeded and disregarded the limits defined in the legislation. Thus, in practice, a “bold view” (“visão arrojada”) of the cooperation agreement regulated in Law 12.850/2013 was adopted, since the possibilities for negotiations had been greatly expanded.⁷⁶

In December 2019, Law 13.964 was enacted, which inserted and altered relevant provisions for cooperation agreements. With regard to the theme explored in this paper, the new legislation amended paragraph 7 of art. 4º, expressly stating that, at the time of homologation of the agreement, the judge must analyze “II - adequacy of the agreed benefits to those provided for in the *caput* and in paragraphs 4 and 5 of this article, being null and void the clauses that violate the defining criteria of the initial conditions of enforcing the sentence of art. 33 of Decree-Law No. 2.848, of December 7, 1940 (Penal Code), the rules of each of the conditions provided for in the Penal Code and Law No. 7.210, of July 11, 1984 (Law of Penal Execution) and the requirements for the

⁷¹ Lopes Junior’s preface in Vasconcellos (fn. 45), p. 14.

⁷² Available at

https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf and <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf> (2.5.2022).

⁷³ Mendonça, in Moura/Bottini (eds.), *Colaboração premiada*, 2017, p. 104.

⁷⁴ See Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, 2nd ed. 2012, p. 259.

⁷⁵ Jardim, *Revista Eletrônica de Direito Processual* 17 (2016), 3.

⁷⁶ On adopting such terminology, see Cavali, in: Moura/Bottini (fn. 73), p. 257.

progression regime not covered by paragraph 5 of this article”.⁷⁷

It is clear, therefore, that Law 13.964/2019 was intended to determine a limited negotiation model in cooperation agreements, in the sense that benefits should not be offered in discordance to the system of punishments and conditions regulated in the Penal Code and in the Law of Penal Execution. In other words, it was intended to change what had been accomplished in the practice of the agreements described above. Undoubtedly, it is a relevant modification, which will be widely debated by legal scholars and in the Courts.

V. The mechanisms of Brazilian criminal agreements in the face of the international trend of expanding plea bargaining and the administratization of criminal justice

The international expansion of mechanisms like plea bargaining is a subject of intense study worldwide. *Langer* develops an analysis about the introduction of criminal agreements in civil law systems (Germany, Italy, Argentina and France)⁷⁸ in order to argue that such importations do not reproduce the common law model in its precise terms (even without completely denying the American influence), and maintains the hypothesis that there is, in fact, a phenomenon of fragmentation and divergence in civil law systems.⁷⁹

Additionally, his criticism is emblematic concerning the “legal transplant” metaphor, used predominantly in texts of comparative analysis.⁸⁰ The author points out its limitations, especially because it represents a simple “copy and paste”,

which reduces the complexity of the transformative phenomenon.⁸¹ Thus, he proposes the definition of “legal translations”, considering that adversarial and inquisitorial systems are different procedural cultures, so that the transfer of mechanisms becomes a fact to be analyzed regarding the language and the tradition of the importing field.⁸²

In a more recent study, *Langer* describes the administratization of criminal convictions, based on statistical data that demonstrate the advancement of bargaining models and trial-avoiding around the world. The author analyses the concept of “trial-avoiding conviction mechanisms”, which includes any procedural instrument that allows a criminal conviction without trial. Thus, it excludes from that analysis mechanisms like the collaboration agreement, since they would not impose a conviction without trial.⁸³ Likewise, in relation to Brazil, *Langer* affirms that “transação penal” is not similar to plea bargaining because it does not impose a conviction without trial, considering that, if the agreement is breached by the defendant, the criminal prosecution resumes its course, which may end in a criminal conviction.⁸⁴

In addition, *Langer* develops the conceptual outlines of the administratization of criminal convictions phenomenon, which he defines based on two characteristics: “(a) trial-avoiding mechanisms have given a larger role to nonjudicial, administrative officials in the determination of who gets convicted and for which crimes, and (b) these decisions are made in proceedings that do not include a trial with its attached defendants’ rights”.⁸⁵ Although we do agree that the current Brazilian negotiation instruments cannot be defined as “trial-avoiding conviction mechanisms”, we may affirm that they do conform to those two characteristics, in order to characterize the phenomenon of administratization of criminal justice in similar terms.

As explained above, in Brazilian criminal justice nowadays there are possible agreements between prosecution and

⁷⁷ See at

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm (2.5.2022).

⁷⁸ For instance, it is indicated that the author sets out differences between the systems among themselves and in relation to the American model, such as the judge's probative powers in face of the parties' agreement in Germany, the limitations and consequences of patteggiamento in Italy, the possibility of acquittal and the need for confession of all offenders in Argentina and characterization as an alternative mechanism to jurisdiction in France (*Langer*, in: Thaman [ed.], *World Plea Bargaining, Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, 2010, p. 3 [50]).

⁷⁹ “Thus, while American influences on the civil law world have been undeniable, at least in its formal criminal procedures, they are not producing a strong Americanization, or adversarialization, of the civil law, but rather its fragmentation. This fragmentation is due at least in part to the fact that the inquisitorial systems have ‘translated’ American adversarial influences in different ways” (*Langer* [fn. 78], p. 79). Also supporting the fragmentation thesis, in the terms proposed by *Langer*, see *Armenta Deu*, *Sistemas procesales penales*, 2012, p. 288.

⁸⁰ See also *Grande*, in: Brown/Turner/Weisser (fn. 13), p. 67–88; *Vieira*, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 4 (2018), 767. Also, regarding the agreements in international criminal procedure: *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. 3, 2016, p. 433–444; *Damaška*, in: Thaman (fn. 78), p. 81.

⁸¹ See *Langer* (fn. 78), p. 39–42.

⁸² “Specifically, the transformations that plea bargaining has undergone when transferred to these civil law jurisdictions can be understood either as decisions taken by the ‘translators’ (i.e., legal reformers) or as a product of the structural differences that exist between adversarial and inquisitorial ‘languages’” (*Langer* [fn. 78], p. 5, supra note 78 at 08). In a similar perspective: “Caseload pressures have pushed many civil-law criminal justice systems to develop alternatives to full trials. In this context, they have looked to the U.S. plea bargaining as a possible model. However, they generally have not implemented plea bargaining to the same extent. Instead, each legal system has adapted the practice to meet its own needs and values.” (*Gilliéron* [fn. 13], p. 718).

⁸³ *Langer*, *Annual Review of Criminology* 4 (2021) 377 (387).

⁸⁴ *Langer*, *Annual Review of Criminology* 4 (2021) 377 (380).

⁸⁵ *Langer*, *Annual Review of Criminology* 4 (2021) 377 (378). On the position of the prosecutor during criminal process, see *Kremens*, *Powers of the Prosecutor in Criminal Investigation*, 2021.

defense based on the defendant's consent: *transação penal*, *suspensão condicional do processo*, *acordo de não persecução penal* and *colaboração premiada* (cooperation agreement). In all those mechanisms, the State offers incentives to the accused to facilitate and contribute to the criminal prosecution.⁸⁶ In exchange for benefits, such as a reduced sanction, the accused accepts the charged crimes or collaborates with criminal prosecution, producing evidence against other defendants, pleading guilty, refunding illegally obtained assets, etc.

In any case, based on incentives and benefits offered by the State, the accused no longer opposes resistance to the criminal prosecution, which occurs through agreements between the prosecution and the defense in the criminal process. Therefore, we may argue that in Brazil there are some kinds of plea agreements in criminal justice, while “they are characterized as facilitators of criminal prosecution by encouraging the non-resistance of the defendant, with his compliance with the prosecution, in exchange for a benefit/prize (such as reducing the sentence), with the aim of implementing a punitive sanction more quickly and less costly to the State”.⁸⁷

Undoubtedly, there are relevant distinctions when comparing to the common-law plea bargaining, which confirms the thesis that such international influences end not in transplants, but translations that conform mechanisms to the premises and culture of the receiving legal system.⁸⁸ There is currently no plea bargaining instrument in Brazil that allows a formal conviction to occur without due processing.

On the one hand, the *transação penal*, *suspensão condicional do processo* and *acordo de não persecução penal* have limited applicability to minor and medium crimes, without the possibility of imposing imprisonment, but only alternative sanctions, and without placing a formal conviction against the defendant. In addition, in case of non-compliance with the agreement, criminal prosecution may be resumed in order to make it possible to actually result in a formal conviction.

However, such mechanisms allow the imposition of a sanction based on the consensus of the accused, his agreement and his compliance with the prosecution. In other words, even if there is no formal conviction, the imposition of a sanction without process, without defense and without the production of evidence is authorized, excluding the need for a trial with the defendants' rights attached.⁸⁹ There is, therefore, an expansion of the powers of non-judicial actors, especially those of the Public Prosecution Service, which defines the terms of the agreement and, consequently, of the sanction applied. In practice, the judicial control of the agreement is formal and, as a rule, superficial, as it does not enter into the discussion of the defendant's guilt considering the available evidence. Thus, we may say that there is almost

no control of the factual basis for the imposition of the sanction.⁹⁰

The cooperation agreement, on the other hand, as a rule, maintains the need for the trial and has an evidence-based purpose, since it imposes on the defendant the duty to cooperate with the prosecution in order to produce evidence against codefendants. However, as pointed out before, in current practice the cooperation agreements have greatly expanded the prosecution powers to dispose and negotiate the criminal sanction, even including different benefits from those authorized in the Law.

Therefore, we do not want to lessen the relevant distinctions between Brazilian consensual mechanisms and foreign examples similar to plea bargaining, but we conclude that the scenario in Brazil allows us to verify a phenomenon similar to that defined by *Langer* as “administratization of criminal convictions”, which we may perhaps name here, more generally, as the administratization of criminal justice or criminal sanctions.

With *transação penal*, *suspensão condicional do processo*, *acordo de não persecução penal* and *colaboração premiada* (cooperation agreement), according to the way these mechanisms are applied in Brazilian practice, there is a strengthening of a larger role to nonjudicial, administrative officials in the determination of who gets convicted and for which crimes; and these decisions are made in procedures that do not include a full trial.⁹¹

⁹⁰ Regarding the factual basis for judicial control in plea bargaining: “Broadly accepted negotiated agreements based on plea bargaining, or other instruments made available to prosecutors allowing for disposition of cases outside of trial inevitably lead to ambiguous determination of the factual basis of decisions concerning the criminal liability of the defendant. While the judgment frequently relies on the evidence already considered as admissible by the prosecutor, the court's responsibility for admitting the evidence becomes limited.” (*Kremens/Jasiński*, Editorial of the dossier “Admissibility of Evidence in Criminal Processes. Between the Establishment of the Truth, Human Rights and the Efficiency of Proceedings”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 5 (2021), 15. On exclusionary rule and judicial control in plea bargaining, see *Weigend*, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 7 (2021), 247. See also *Ambos/Thaman*, in: *Ambos/Weigend/Duff/Roberts/Heinze* (eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 2, 2022, p. 334–337; *Thaman*, in: *Ambos/Zilli/Mendes* (fn. 35), p. 265–268; about the German “crown witness” see *Ambos*, *Revista General de Derecho Procesal* 51 (2020), at: https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Ambos_Testigo_de_Corona_RevGeneralDerProcesal_51_Mayo_2020.pdf (2.5.2022).

⁹¹ *Vieira*, in: Ferrer Beltrán/Vásquez (eds.), *Del derecho al razonamiento probatorio*, 2020, p. 45.

⁸⁶ *Anitua* (fn. 61), p. 154.

⁸⁷ *Vasconcellos* (fn. 62), p. 26.

⁸⁸ See *Langer* (fn. 78), p. 8.

⁸⁹ *De-Lorenzi*, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, 2021, p. 208-248.

VI. Conclusion

Finally, we may recall the problems that guided this research paper: May the consensual mechanisms and agreements existing in Brazil be compared to the international scenario of an expansion of negotiated criminal justice and plea bargaining? Can we confirm in Brazil a phenomenon of “administratization of criminal convictions” as described by *Langer*?

1. Transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal and colaboração premiada (cooperation agreement), in the terms applied in Brazilian practice, characterize mechanisms that allow the imposition of criminal sanctions based on the defendant’s consent, thus establishing a larger role to non-judicial, administrative officials in the determination of who gets convicted and for which crimes through procedures that do not include a full trial.

2. The cooperation agreements in Operation Car Wash, analyzed in this research, stipulated clauses with benefits and duties different from those authorized by Law 12.850/2013, expanding possibilities for negotiation and the power of the Public Prosecution Service. This constitutes a clear setback for the principle of mandatory prosecution classically described as a rule in Brazilian criminal procedures, in line with the principle of legality.

3. By disregarding the limits prescribed by law, the Brazilian cooperation agreement system comes close to a broad and almost unlimited negotiation model, more like a plea bargaining system. In other words, the tendency to expand negotiation mechanisms in the Brazilian criminal process is unquestionable, both through formal legislative bills and informally in practices performed by those who act in criminal justice.

4. Although there are relevant distinctions, which demonstrate not the transplantation to, but the translation of such mechanisms for the Brazilian criminal system, the scenario in Brazil demonstrates a phenomenon similar to that defined by *Langer* as “administratization of criminal convictions”. This may be more appropriately called the administratization of criminal justice and criminal sanctions.

Buchrezension

Kai Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary, Beck/Nomos/Hart, München, 4. Aufl. 2022, 3.064 S., € 450.

Jeder Praktiker und Akademiker, der je mit dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs in Berührung gekommen ist, hat immer wieder von einem Kommentar profitiert, der schnell unter dem Namen „Der Triffterer“ bekannt wurde. Der 2015 verstorbene Otto Triffterer hatte bereits früh in seiner akademischen Laufbahn ein Interesse und eine beträchtliche Expertise im damals noch recht neuen juristischen Feld des Völkerstrafrechts entwickelt: Schon in den frühen 1960er-Jahren veröffentlichte er seine „Dogmatische[n] Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg“, eine dogmatische Untersuchung des materiellen Völkerstrafrechts seit den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen. In der Folge blieb er diesem Thema treu, engagierte sich bei der Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs und brachte dieses Thema vielen jungen Völkerrechtlern nahe, indem er ihnen in seiner 1999 gegründeten „Salzburg Law School“ eine wunderbare Gelegenheit bot, gemeinsam mit Vertretern aus Wissenschaft, Gerichtspraxis und anderen Studenten in die Welt des Völkerstrafrechts einzutauchen.

Die dritte Auflage des „Article-by-Article Commentary“ wurde von Otto Triffterer und Kai Ambos noch gemeinsam herausgegeben; die nun vorliegende vierte Auflage verantwortet Ambos als Alleinherausgeber. In dieser Rolle hat er sie voller Respekt Otto Triffterer gewidmet, „the founder and father of this Commentary“.

Über die Jahre und Jahrzehnte wuchs die Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs an, und so veränderte sich auch der Fokus des Kommentars von Verweisungen auf die Entwürfe des Statuts, Vorschläge und travaux préparatoires hin zu Analysen von Entscheidungen und Urteilen – und zwar nicht nur solche des Gerichts, sondern auch von anderen internationalen und nationalen Strafgerichten. Insbesondere die Änderungen am Statut in den Jahren zwischen 2017 und 2019 nehmen eine prominente Rolle in der 4. Auflage ein: Während die Zuständigkeit des Gerichts über den Straftatbestand des Angriffskrieges 2017 aktiviert wurde, gab es mit dem vorsätzlichen Verhungernlassen von Zivilisten im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt auch eine Ergänzung bei den Kriegsverbrechen.

Der umfassende Charakter dieses Kommentars und die Expertise seiner Autoren – viele von ihnen „alte Hasen“, die seit Jahrzehnten das Gericht von seinen Kindesbeinen an verfolgt und geprägt haben – garantieren einen Überblick über die Rechtsprechung und das anwendbare Recht auf aktuellem Stand.

Der Autor dieser Besprechung hat in ganz besonderer Weise von der aktuellen sowie früheren Auflagen dieses Kommentars profitiert, und zwar in drei Funktionen: zunächst als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Breisgau (an dem damals Kai Ambos seine be-

eindruckende Karriere begann). Danach wieder als Legal Officer am Jugoslawien-Tribunal; und schließlich als Rechtsberater an der Deutschen Botschaft in Den Haag. Daher kann er, durch persönliche Anschauung aus verschiedenen Perspektiven, die Vielfalt dieses Kommentars rühmen, der nichts weniger ist als ein unabdingbarer Begleiter für jede und jeden aus den Bereichen Wissenschaft, (internationale) Strafjustiz und Diplomatie.

Vor allem vor dem Hintergrund dieser letzten Kategorie ist die Kommentierung von Art. 3 zur Entstehungsgeschichte des Gerichts besonders wertvoll für die praktische Arbeit der Diplomaten in Den Haag. *Harmsen* und *Strijards* gelingt es vorzüglich, das rechtliche Zusammenspiel zwischen Gericht und Gaststaat Niederlande zu beleuchten, auch dank einer genauen Analyse des „Headquarters Agreement“. Dabei verweisen beide regelmäßig und hilfreich auf andere Strafgerichte und Tribunale in Den Haag, insbesondere das Jugoslawien-Tribunal, wodurch sie wertvolle Hilfestellung bei der Einordnung ähnlicher Fragen vor dem Strafgerichtshof geben, etwa im Rahmen der Unterbringung von Inhaftierten. Die Autoren beschreiben auch in beeindruckender Detailtiefe die Asylverfahren, die vier Zeugen in den Verfahren gegen Katanga, Chui und Lubanga angestrengt hatten.

Zudem bietet beispielsweise die Kommentierung von Art. 17 eine eindrucksvolle Analyse des Prinzips der Komplementarität, eines wichtigen Elements der Zulässigkeit von Verfahren, das wiederum ein „Eckstein“ des Römischen Statuts darstellt. Wie *Schabas* und *El Zeidy* zu Recht sagen: „[The] Statute comes with the most complex and developed system of admissibility the field of international criminal law has experienced“ (Art. 17, Fn. 4). Beide Autoren dirigieren Leserin und Leser meisterhaft durch dieses schwierige Thema und erlauben damit ein Verständnis der Vertragsstaaten vom Prozess der Zulässigkeit. In ähnlicher Weise erläutern *Nsereko* und *Ventura* beispielhaft Art. 18 mit seinen verschiedenen und komplexen Verfahrensschritten nach Beendigung der vorläufigen Ermittlungen.

Aber auch die Kommentierung weiterer Artikel hat sich für die diplomatische Arbeit mit dem Strafgerichtshof als sehr hilfreich erwiesen: zum Beispiel das Verfahren zur Ergänzung der Prozess- und Beweisregeln. Seit vielen Jahren kam es nicht mehr zu solchen, vom Gericht vorgeschlagenen Ergänzungen, weil sich die Vertragsstaaten außer Stande sahen, diese Entscheidungen im Konsens zu treffen. Da eine solche Praxis des „entweder Konsens oder gar nicht“ aber in deutlichem Widerspruch zu Wortlaut und Zweck des Art. 51 (2) steht, hat die überzeugende Analyse dieses Artikels im Kommentar dazu beigetragen, dass die Vertragsstaatenversammlung 2021 schließlich einen Weg fand, diese Blockade aufzuheben. Somit hat der Kommentar an dieser Stelle einen ganz konkreten Beitrag zu Effektivität und Effizienz des Römischen Statuts und der Arbeit des Strafgerichtshofs geleistet.

Dr. Jan Christoph Nemitz, Den Haag