

Stellungnahme

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform
des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts
(BT-Drucksache 16/7957)¹**

I. Einleitung

Klärungsbedürftig sind zwei Fragen. Die erste lautet: Darf der Gesetzgeber dem Vorschlag folgen? Die zweite Frage hat zur Voraussetzung, dass der Gesetzgeber an einer Verabschiedung nicht gehindert ist. Dann ist zu fragen, ob sich eine Umsetzung des Entwurfs empfiehlt.

Mit der ersten Frage sind verfassungsrechtliche Hinderungsgründe angesprochen. Zu prüfen ist die Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit den hier maßgeblichen Verfassungsvorschriften (II.). Zur Beantwortung der zweiten Frage sind rechtspolitische Erwägungen anzustellen. Sie betreffen rechtspraktische, systematische, historische und rechtsvergleichende Aspekte (III.).

¹ Der folgende Text verwertet wesentliche Teile des Aufsatzes „Die geplante Reform der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten“, den ich gemeinsam mit VRiLG Dr. Frank Tiemann veröffentlicht habe (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2008, 188 ff.; abrufbar unter <http://www.zis-online.com>). Für Einzelheiten und Nachweise wird auf diesen Aufsatz verwiesen.

II. Verfassungsrechtliche Grenzen

1. Ne bis in idem – Art. 103 Abs. 3 GG

Art. 103 Abs. 3 GG verbürgt das Verbot der Mehrfachverfolgung als grundrechtsgleiches Recht. Die Vorschrift ist so zu verstehen, dass sie auch die erneute Verfolgung eines rechtskräftigen Freigesprochenen verbietet. Anerkannt ist jedoch, dass die gesetzliche Regelung in § 362 StPO, die eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ermöglicht, nicht gegen die Verfassung verstößt, weil der Verfassungsgeber an dieser historisch tradierten Ausnahme festhalten wollte.

Nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts folgt aus dem Ausnahmecharakter dieser Regelung allerdings nicht, dass dem Gesetzgeber keinerlei Spielraum verblieben ist. Art. 103 Abs. 3 GG stehe „Grenzkorrekturen“ aufgrund „neu auftauchender Gesichtspunkte, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten“, nicht entgegen (BVerfGE 56, 22, 34).

Was das Gericht damit gemeint hat, ergibt sich aus dem Verfahrensgegenstand seiner damaligen Entscheidung. Es ging um die Frage, wie der Begriff der Tat in Art. 103 Abs. 3 GG im Hinblick auf den damals neu eingeführten Tatbestand der kriminellen Vereinigung zu interpretieren ist. Das Gericht hielt eine einengende Interpretation für verfassungskonform, die auch nach Rechtskraft einer Verurteilung wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung eine Strafverfolgung wegen eines Verbrechens ermöglicht, das zwar im Rahmen der Mitgliedschaft begangen wurde, aber noch nicht Gegenstand des früheren Verfahrens gewesen ist. Als einen berücksichtigungsfähigen „neu auftauchenden Gesichtspunkt“ erkannte es die Einführung einer der Art nach neuen Strafvorschrift an, die nicht auf eine bestimmte Tat, sondern auf die Mitgliedschaft in einer Vereinigung abstellt (BVerfGE 56, 22, 34).

Der Leitgedanke des „neu auftauchenden Gesichtspunktes“ ist nicht auf die Entwicklung neuer kriminaltechnischer Untersuchungsmethoden anwendbar, auf die die Gesetzesinitiative abstellt. Schon seit der Mitte des 19. Jahrhunderts befindet sich die Kriminalistik in einem permanenten Prozess der Veränderung ihrer Methoden durch Nutzung neuer technischer Möglichkeiten. Als Beispiele seien genannt: Blutgruppenbestimmung, Daktyloskopie, Textiluntersuchung, Stimmenanalyse, Lackspurenbestimmung. Die DNA-Analyse, die den Anstoß für das Reformvorhaben gegeben hat, setzt diese Reihe lediglich fort; ein „neu auftauchender Gesichtspunkt“ ist sie nicht. Mag sie auch genauere Ergebnisse hinsichtlich der Tatortanwesenheit liefern als z. B. die Daktyloskopie, so ist dieser Unterschied doch nur ein gradueller, kein prinzipieller.

Mehr noch: Das Wissen, das eine DNA-Analyse zu liefern vermag, unterscheidet sich nicht grundsätzlich von dem Wissen, das die Strafverfolgungsbehörden nachträglich auch durch Beweismittel sonstiger, auch nichttechnischer Art erlangen können. Zu denken ist etwa daran, dass sich erst nach der Rechtskraft eines Freispruchs glaubwürdige Zeugen melden, die das Tatgeschehen beobachtet haben, dass ein Tatzeuge, der im Verfahren von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, danach sein Schweigen bricht, dass erst jetzt das Tatopfer oder die Tatwaffe gefunden werden oder dass nunmehr eine Videoaufzeichnung des Tatherganges bekannt wird. Die dadurch gewonnenen Erkenntnisse können aufs Ganze gesehen den Ergebnissen einer DNA-Analyse sogar durchaus überlegen sein, denn diese vermag vielfach nur Aufschluss über die Präsenz einer Person am Tatort zu geben.

Es ist somit stets möglich, dass ein Angeklagter, der rechtskräftig freigesprochen worden ist, im Nachhinein durch neue Beweismittel überführt werden kann. Ob diese durch neue technische Untersuchungsmethoden gewonnen wurden oder nicht, ist für die Bewertung dieses Vorgangs ohne Bedeutung.

Wie dieser Vorgang zu bewerten ist, hat der historische Gesetzgeber klar entschieden, und seine Entscheidung hat der Verfassungsgeber des Grundgesetzes übernommen. Sie lautet: Neue Tatsachen oder neue Beweismittel rechtfertigen keine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten.

Das zeigt eine Analyse der geltenden Vorschriften des Wiederaufnahmerechts. Die darin angeführten Wiederaufnahmegründe sind durch andere Gesichtspunkte legitimiert. Die in § 362 Nr. 1 bis 3 StPO genannten Gründe betreffen schwerwiegende, in der Regel durch Straftaten – zumeist des Angeklagten – herbeigeführte Verfahrensmängel. Auch der Wiederaufnahmegrund des späteren Geständnisses in § 362 Nr. 4 StPO beruht nicht etwa auf dem Gedanken, dass wegen der Veränderung der Beweislage ein erneutes Verfahren zulässig sei. Die Vorschrift dient vielmehr dem Ziel, zu verhindern, dass sich ein irrtümlich Freigesprochener folgenlos der Straftat berühmen kann. Er soll nicht in aller Öffentlichkeit die kriminelle Tat schildern, das Opfer und dessen Angehörige verhöhnen, mit dem Freispruch prahlen und den Staat lächerlich machen dürfen. Darin hat der historische Gesetzgeber eine so große Gefahr für das allgemeine Rechtsbewusstsein gesehen, dass es ihm gerechtfertigt erschien, den Freigesprochenen erneut mit einem Strafverfahren zu überziehen.

Für den Ausschluss neuer tatsächlicher Erkenntnisse als Wiederaufnahmegrund spricht auch der Umstand, dass der Verfassungsgeber auf das Unrecht des NS-Staates reagierte, als er dem Grundsatz „ne bis in idem“ durch Art. 103 Abs. 3 GG den zuvor nicht vorhandenen Verfassungsrang verlieh. In der Spätphase des so genannten Dritten Reichs war das Wiederaufnahmerecht so geändert worden, dass auch zuungunsten des Angeklagten mit neuen Tatsachen oder Beweismitteln das Verfahren fortgeführt werden konnte. Zur Begründung diente das „Verlangen der Volksgemeinschaft nach Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit“ (Begründung des Entwurfs einer StVO, in: Schubert/Regge/Rieß/Schmid [Hrsg.], Quel-

len zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, III. Abt., Bd. 1 [hrsg. v. Schubert], 1991, S. 541). Demgegenüber hatte der Schutz des Angeklagten zurückzutreten. *Freisler*, der die Reform maßgeblich mitgestaltet hatte, betonte: „Formelle Erfordernisse“ dürften nicht daran hindern, „dem materiellen Nachprüfungsbedürfnis erfolgreich den Weg zu versperren“ (Deutsche Justiz 1937, 732). – Der Gesetzgeber der Nachkriegszeit und der Verfassungsgeber haben sich deutlich von dieser Position distanziert. Der vorgelegte Entwurf verringert diese Distanz.

Nicht tragfähig sind die methodischen Erwägungen, auf die in der Begründung des Entwurfs die Annahme gestützt wird, der Vorschlag sei mit der Verfassung vereinbar.

Die Gesetzesinitiatoren meinen, die verfassungsrechtliche Bindung durch Art. 103 Abs. 3 GG lockern zu können, indem sie die Regelung unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als bloße „Basisgarantie“ interpretieren und zur Bestimmung des „Basisgehalts“ auf das Rechtsstaatsprinzip zurückgreifen (BT-Drs. 16/7957, S. 6). Diesem entnehmen sie „unterschiedliche Anforderungen“, nämlich „die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Grundrechte, des Verhältnismäßigkeits- und des Vertrauensprinzips sowie die Erfordernisse des seinerseits rechtsstaatlich fundierten strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes“ (BT-Drs. 16/7957, S. 6). Für das Verständnis von Art. 103 Abs. 3 GG leiten sie daraus ab: „Eine einseitige ‚täterfreundliche‘ Ausgestaltung oder Anwendung ist verfassungsrechtlich nicht nur nicht geboten, sondern kann angesichts der unterschiedlichen Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips unzulässig sein“ (BT-Drs. 16/7957, S. 6). Damit ist gemeint, dass unter bestimmten Umständen die Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit zurückzutreten hat.

Dieser Umgang mit Art. 103 Abs. 3 GG ist verfassungsrechtlich inakzeptabel. Die Regelung stellt eine Spezialnorm der Rechtsstaatlichkeit dar. Sie

löst das Spannungsverhältnis zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit mit einer klaren Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit auf. Richtig ist zwar, dass der Verfassungsgeber die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen damit nicht vollständig ausschließen wollte. Sie sollte weiterhin möglich sein, allerdings nur in der historisch entwickelten Form der sehr eng gefassten gesetzlichen Wiederaufnahmegründe.

Auch ist dieser Ausnahmereich keineswegs ausschließlich beherrscht vom Gedanken der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit. Wie oben gezeigt, soll mit dem Wiederaufnahmegrund nach § 362 Nr. 4 StPO, an den sich der Gesetzesvorschlag anlehnt, auf die Störung des Rechtsfriedens durch Offenbarung der Tat reagiert werden können. Die in der Verfassung klar zum Ausdruck gekommene Dominanz des Gedankens der Rechtssicherheit in diesem Bereich würde unterlaufen, wenn auf dem Umweg über das allgemeine Rechtsstaatsprinzip der Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit für eine Erweiterung der Wiederaufnahmegründe genutzt werden könnte.

Ein Vergleich mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 103 Abs. 2 GG, das gleichermaßen in einem Spezialitätsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip steht, verdeutlicht die Unzulässigkeit des methodischen Vorgehens, das dem Gesetzesvorschlag zugrunde liegt. Es wäre nicht hinnehmbar, eine rückwirkende Strafvorschrift, sei es auch für schwerste Taten, mit der Begründung zu erlassen, dass das Rückwirkungsverbot Ausdruck des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips sei, welches auch den Gesichtspunkt materieller Gerechtigkeit umfasse, und die Bestrafung dieser Taten aus Gründen materieller Gerechtigkeit auch rückwirkend möglich sein müsse.

2. Allgemeiner Gleichheitssatz – Art. 3 Abs. 1 GG

Die vorgeschlagene Gesetzesfassung verletzt den Gleichheitsgrundsatz, weil sie es zulässt, dass wesentlich gleich gelagerte Sachverhalte ungleich behandelt werden.

Das gilt zunächst für die Bestimmung der neuen Tatsachen und Beweismittel, die nunmehr „zur Überführung des Freigesprochenen geeignet“ erscheinen sollen (BT-Drs. 16/7957, S. 5). Insoweit sollen nur diejenigen in Betracht kommen, die sich „auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden“ ergeben haben (BT-Drs. 16/7957, S. 5). Von ihnen wird erwartet, dass sie „einen eindeutigen Tatnachweis erlauben“ (BT-Drs. 16/7957, S. 1). Es ist jedoch kein überzeugender Grund dafür erkennbar, dass nur die auf diesem Weg gewonnenen, nicht aber sonstige neue Tatsachen und Beweismittel relevant sein sollen, die nunmehr den Freigesprochenen überführen.

Das Argument, dass die Justiz sich dieser Methoden seinerzeit noch nicht habe bedienen können, trägt nicht weit. Gleichermaßen ergibt sich für die Justiz ein neuer, zuvor nicht erreichbarer Erkenntnisstand, wenn ein Zeuge, der von einem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, sich nach der Rechtskraft des Freispruchs äußert und den Freigesprochenen mit einer uneingeschränkt glaubhaften Aussage belastet. Nicht anders ist die Situation, wenn ein während des Verfahrens im Koma befindlicher Zeuge nachträglich das Bewusstsein erlangt und den rechtskräftig Freigesprochenen durch seine Aussage eindeutig überführt. Gleiches gilt für den Fall, dass ein Tatmittel den Freigesprochenen belastende chemische Eigenschaften aufweist, die sich erst durch Zeitablauf offenbaren. Jeweils war es der Justiz – wie im Fall neuer Untersuchungsmethoden – unmöglich, sich dieser neuen Tatsachen und Beweismittel zu bedienen, als sie die zum Freispruch führenden Feststellungen getroffen hat. Dass nur beim Erkenntnisgewinn durch neue Untersuchungsmethoden das Festhalten an

der Rechtskraft „zu schlechterdings unerträglichen Ergebnissen“ (BT-Drs. 16/7957, S. 1) führen soll, ansonsten aber nicht, ist nicht einzusehen.

Auch die materiellrechtliche Deliktsabgrenzung verletzt den Gleichheitsgrundsatz. Am Maßstab der Unerträglichkeit gemessen, müssten eingeschlossene Fälle ausgeschlossen und nicht erfasste Fälle einbezogen werden. Wenn die tatbestandliche Zuordnung zu § 211 StGB den Ausschlag gibt, so können Verfahren selbst dann wieder aufgenommen werden, wenn ersichtlich ist, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe nicht in Betracht kommt, etwa weil der Täter gemäß § 21 StGB vermindert schuldig gewesen ist oder die so genannte Rechtsfolgenlösung des Bundesgerichtshofs (BGHSt 30, 105) zum Zuge kommt. Die Fortgeltung von Freisprüchen in diesen Fällen könnte sicherlich nicht als „unerträglich“ bezeichnet werden. Umgekehrt gilt, dass Fälle, die tatbestandlich nicht erfasst sind, gleichwohl aber wegen des Ausmaßes des Unrechts und der Schuld mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden wären, ausgeschlossen bleiben, weil diese Strafe nicht zwingend angedroht ist. Zu denken ist etwa an besonders schwere Fälle des Totschlags gemäß § 212 Abs. 2 StGB oder an den sexuellen Missbrauch von Kindern mit Todesfolge gemäß § 176 b StGB. Der Maßstab der Unerträglichkeit liefert keinen plausiblen Grund für den Ausschluss dieser Fälle.

Auch die Differenzierung nach der Art der Vorentscheidung hält einer Prüfung unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht Stand. Nur ein zuvor ergangener Freispruch soll einer Wiederaufnahme zugänglich sein. Im Falle einer vorherigen Verurteilung, sei sie auch noch so geringfügig, bleibt es dagegen bei der Rechtskraft. Ein jetzt aufgedeckter Mord kann also nicht verfolgt werden, wenn der Täter zuvor im Zusammenhang mit demselben Vorgang wegen unerlaubten Führens einer Waffe oder wegen Körperverletzung zu einer Geldstrafe verurteilt worden ist. Wiederum ist nicht erkennbar, wie mit Hilfe des Kriteriums der Unerträglichkeit dieser Unterschied gerechtfertigt werden könnte.

Insgesamt zeigt sich, dass die vorgeschlagene Begrenzung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen, die maßgeblich an eine bestimmte Änderung der Beweislage zu seinem Nachteil sowie den als unerträglich empfundenen Fortbestand des rechtskräftigen Freispruchs anknüpft, auch mit Art. 3 GG unvereinbar ist.

3. Lösbarkeit der verfassungsrechtlichen Probleme?

a) Verfassungsänderung

Will der Gesetzgeber gleichwohl an der Reform in der vorliegenden Form festhalten, so bedarf es einer Verfassungsänderung. Art. 103 Abs. 3 GG müsste mit verfassungsändernder Mehrheit entsprechend eingeschränkt werden. Das ist möglich; die Änderungsverbote in Art. 79 Abs. 3 GG greifen nicht ein.

Der Gesetzgeber würde damit einem historischen Vorbild folgen. Die verfassungsgebende Nationalversammlung der Weimarer Republik hat am 24. März 1920 ein Gesetz beschlossen, das die strafrechtliche Verfolgung deutscher Staatsangehöriger wegen Kriegsverbrechen selbst dann ermöglichte, wenn zuvor wegen derselben Tat ein rechtskräftiger Freispruch ergangen war (§ 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes zur Verfolgung von Kriegsverbrechen und Kriegsvergehen vom 18. Dezember 1919; RGBl. S. 341).

b) Gesetzesänderung

Da Art. 103 Abs. 3 GG es nicht zulässt, dass eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen auf der Grundlage neuer Tatsachen oder Beweismittel ermöglicht wird, ist auch durch Änderungen des vorgelegten

Entwurfs eine Übereinstimmung mit verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht erreichbar.

III. Rechtspolitische Bewertung

1. Rechtspraktische Bedenken

a) Verfahrensrechtliche Defizite

Zur Umsetzung des neuen Wiederaufnahmegrundes werden in der Regel Zwangseingriffe nötig sein. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Gewinnung von Material, das sich für eine Analyse mittels neuer kriminalistischer Untersuchungsmethoden eignet. Die dafür vorhandenen strafprozessrechtlichen Vorschriften verwenden jedoch Begriffe, die auf eine rechtskräftig freigesprochene Person nicht anwendbar sind. Als Beispiele seien genannt: „Beschuldigter“, „Täter oder Teilnehmer“ und „Verdacht“. Diese Vorschriften können nicht als Rechtsgrundlage für zwangsweise Grundrechtseingriffe beim Freigesprochenen herangezogen werden. Das zeigt eine kürzlich ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg (NStZ 2008, 711). Danach darf gegen eine vom Vorwurf der Vergewaltigung rechtskräftig freigesprochene Person die Entnahme einer Speichelprobe zur DNA-Identifizierung nach § 81 g StPO nicht angeordnet werden.

Ungeregelt sind auch sonstige verfahrensrechtliche Fragen. Besonders wichtig sind die Folgenden. Muss der Freigesprochene zuvor bereits wegen eines Deliktes angeklagt worden sein, für das die neue Wiederaufnahmemöglichkeit vorgesehen ist, muss die Anklage jedenfalls ein Tötungsdelikt zum Gegenstand gehabt haben oder ist der Anklagevorwurf ohne Bedeutung dafür, ob die Wiederaufnahme beantragt werden kann? Wie ist zu entscheiden, wenn die neue Hauptverhandlung zum Ergebnis hat, dass der Angeklagt sich zwar strafbar gemacht hat, die speziellen Anforderun-

gen der zur Wiederaufnahme berechtigenden Delikte aber nicht erfüllt sind
– Einstellung des Verfahrens, Verurteilung oder erneuter Freispruch?

Deutlich wird damit, dass die Einführung des Wiederaufnahmegrundes die Schaffung begleitender verfahrensrechtlicher Vorschriften zur Voraussetzung hat. Sie fehlen im vorgelegten Gesetzesentwurf.

b) Anwendungsprobleme

Vorhersehbar ist, dass die Einführung des Wiederaufnahmegrundes der Praxis insbesondere im Hinblick auf die Zuordnung einer Tötungshandlung zu den Mordmerkmalen Schwierigkeiten bereiten wird. Diese hängt maßgeblich von Einzelheiten der Tatausführung sowie von Vorstellungen und Motiven des Täters ab. Vielfach machen damit zusammenhängende Fragen den Schwerpunkt schwurgerichtlicher Hauptverhandlungen aus. Technische Untersuchungsmethoden können zu deren Beantwortung in der Regel aber nur wenig beitragen. Deren Hauptanwendungsfeld betrifft die Frage, ob der Angeklagte einer Tötungshandlung überführt werden kann. So lassen sich mit einer DNA-Analyse Tatspuren, insbesondere Sperma- und Blutspuren, mit äußerst hoher Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Person zuordnen, woraus dann häufig auf die Beteiligung der Person an der Tat geschlossen werden kann. Damit weiß das Gericht aber noch nichts darüber, ob diese Person etwa heimtückisch, also unter bewusster Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers gehandelt hat, oder ob die Tötung aus niedrigen Beweggründen erfolgt ist. Damit sind Merkmale angesprochen, die eine Tötungshandlung zum Mord qualifizieren. Gerade dort soll aber die Grenze zwischen unzulässiger und zulässiger Wiederaufnahme liegen.

Der Reformvorschlag steht erkennbar im Zeichen der Aufklärungserfolge, die im Bereich der Tötungsverbrechen mit modernen technischen Untersuchungsmethoden erzielt worden sind. Übersehen wird, dass Fortschritte in

der Untersuchungstechnik zwar die Überführung von Tätern eines Tötungsdelikts verbessern können, aber nur geringe Auswirkungen auf die Beweislage hinsichtlich der hier relevanten Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag haben.

Ferner ist vorhersehbar, dass es zu erheblichen Anwendungsproblemen im Zusammenhang mit der Voraussetzung kommen wird, dass nur solche Tatsachen oder Beweismittel relevant sein sollen, die auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden beigebracht werden, die zum Urteilszeitpunkt noch nicht zur Verfügung standen. Unklar ist, welcher Technikbegriff zur Anwendung kommen soll. „Technik“ kann eng als Nutzbarmachung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse mittels apparativer Verfahren oder weit als systematisches, prinzipienorientiertes Vorgehen zur Erzielung von Wissen oder Wirkungen verstanden werden. Der Unterschied lässt sich an der modernen kriminalistischen Methode der operativen Fallanalyse (Profiling) demonstrieren: Nach dem weiten Technikbegriff wäre sie als technische Untersuchungsmethode anzusehen, nach dem engen Begriff dagegen nicht.

Gleichermaßen unklar ist, ob die Verfügbarkeit der Untersuchungsmethode sich allein nach dem Entwicklungsstand der Technik richten soll oder auch nach sonstigen Gesichtspunkten beurteilt werden kann, wie z. B. nach den finanziellen Möglichkeiten der Strafverfolgungsorgane zur Nutzung der Technik oder nach dem Ausbildungsstand des Personals.

2. Systemwidrigkeit

Der vorgeschlagene Wiederaufnahmegrund durchbricht die Systematik des strafprozessrechtlichen Wiederaufnahmerechts. Die Folgen erschöpfen sich nicht in einer Widersprüchlichkeit gesetzlicher Vorschriften. Es kommt auch zur Etablierung eines dem deutschen Strafprozessrecht fremden Verfahrenstyps.

Nach geltendem Recht sind Veränderungen der Beweislage zuungunsten des Angeklagten, für sich genommen, irrelevant. Etwas anderes folgt nicht etwa daraus, dass § 362 Nr. 4 StPO die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen im Falle eines nachträglichen Geständnisses ermöglicht. Denn dieser Wiederaufnahmegrund beruht keineswegs auf dem Gedanken, man müsse dem besonderen Beweiswert eines Geständnisses Rechnung tragen, was im Übrigen die Beweislehre des alten Inquisitionsprozesses wiederaufleben ließe. § 362 Nr. 4 StPO dient, wie oben bereits dargelegt, vielmehr dem Ziel, zu verhindern, dass sich ein irrtümlich Freigesprochener folgenlos der Straftat berühen kann. § 362 Nr. 4 StPO wäre also falsch verstanden, wollte man darin ein Pendant zum Wiederaufnahmegrund in § 359 Nr. 5 StPO sehen, der eine Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten unter Berufung auf neue Tatsachen und neue Beweismittel ermöglicht. Nicht die Veränderung der Beweislage ist der Grund für die Einschränkung der Rechtskraft gewesen. Der historische Gesetzgeber hat es hingenommen, dass sich die Beweislage nach einem rechtskräftigen Freispruch zum Nachteil des Freigesprochenen so verändern kann, dass nunmehr eine Verurteilung sicher erscheint. Die mit der Rechtskraft verbundene Zusage, ein Verfahren nicht wiederaufzunehmen, sollte allein deswegen zurückgenommen werden können, weil es dem Gesetzgeber unerträglich erschien, dass der Freigesprochene seine Tat ungestraft offenbaren kann. Die Vorschrift dürfte von denen, die sie betrifft, auch so verstanden werden: Wer zu Unrecht freigesprochen worden ist, sollte sein Wissen für sich behalten, wenn er weiterhin unbestraft bleiben will.

Die genannte Fehlinterpretation liegt aber dem Reformvorschlag zugrunde. § 362 Nr. 4 StPO wird als eine – unzulängliche – Reaktion auf Möglichkeiten einer Veränderung der Beweislage gedeutet und die angefügte Nr. 5 als Erweiterung eines in Nr. 4 enthaltenen Regelungsansatzes präsentiert (BT-Drs. 16/7957, S. 1) Was für das nachträgliche Geständnis gelte, müsse gleichermaßen für eine nachträgliche Verbesserung der Beweissitu-

ation durch neue Untersuchungsmethoden gelten. Damit wird die Grundentscheidung des Gesetzgebers missachtet, eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen allein auf Grund einer späteren Veränderung der Beweislage auszuschließen. Diese Entscheidung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Freispruch auf einer Hauptverhandlung mit umfassender Beweisaufnahme beruht und der Freigesprochene mithin bereits einmal der Übermacht der staatlichen Strafverfolgungsorgane ausgesetzt gewesen ist, die zwar eine Eröffnung des Hauptverfahrens und die Durchführung einer Hauptverhandlung, letztlich aber doch keine Verurteilung zu erwirken vermochten. Deshalb soll derjenige, der durch ein rechtskräftiges Urteil freigesprochen wurde, auf den Bestand der Entscheidung und dementsprechend darauf vertrauen dürfen, nicht erneut wegen derselben Tat verfolgt zu werden, was durch Art. 103 Abs. 3 GG auch verfassungsrechtlich verbürgt ist.

Ein weiterer struktureller Widerspruch tut sich auf, wenn auch noch die Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten in § 362 Nr. 1 bis 3 StPO in den Blick genommen werden. Sie knüpfen daran an, dass das dem Urteil vorangegangene Verfahren gravierende Mängel aufwies. So ist die Wiederaufnahme zulässig, wenn eine in der Hauptverhandlung zugunsten des Angeklagten als echt vorgebrachte Urkunde unecht oder verfälscht war (§ 362 Nr. 1 StPO), wenn ein Zeuge oder Sachverständiger sich bei einem zugunsten des Angeklagten abgegebenen Zeugnis oder abgegebenen Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidspflicht oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage schuldig gemacht hat (§ 362 Nr. 2 StPO) oder wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat (§ 362 Nr. 3 StPO). Gemeinsam ist diesen Gründen mit dem Grund in Nr. 4, dass ein Vorgang mit unmittelbarem Bezug zu der rechtskräftig abgeschlossenen Sache die Wiederaufnahme ermöglicht. Die Staatsanwaltschaft, die zur Hauptsache als Antragstellerin in Betracht kommt, soll auf die nachträgli-

che Feststellung einer verfälschenden Einwirkung auf das Verfahren und auf die nachträgliche Offenbarung der Täterschaft des Angeklagten mit einem Wiederaufnahmeantrag reagieren können. Daraus ergibt sich eine bestimmte Leitlinie für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft. Mit der Rechtskraft ist das Verfahren als abgeschlossen zu betrachten. Einer weiteren Befassung damit bedarf es grundsätzlich nicht. Nur die genannten Vorgänge mit unmittelbarem Sachbezug geben Anlass, das Verfahren wieder zu betreiben.

Völlig anders ist der vorgeschlagene Wiederaufnahmegrund neuer Untersuchungsmethoden ausgestaltet. Seine Anwendung im konkreten Fall hängt nicht von der Feststellung eines Vorgangs mit unmittelbarem Sachbezug, sondern von der allgemeinen Entwicklung kriminaltechnischer Untersuchungsmethoden ab. Die Sachbehandlung nach Eintritt der Rechtskraft ist nicht retrospektiv, sondern prospektiv ausgerichtet. Die in Betracht kommenden Verfahren dürften nicht weggelegt, sondern müssten kontinuierlich weiter betrieben werden. Es bedarf einer permanenten Beobachtung der Entwicklung der Kriminalistik, deren Fortschritte in Beziehung zu setzen sind zu den Beweisen, die im bisherigen Verfahren zum Freispruch geführt haben. Sollte ein auf diesen Wiederaufnahmegrund gestützter Antrag erfolglos geblieben sein oder die erneute Hauptverhandlung wieder zu einem Freispruch geführt haben, so kann das Verfahren gleichwohl nicht als abgeschlossen gelten, weil wiederum neue Untersuchungsmethoden einen erneuten Antrag veranlassen könnten. Eröffnet würde ein mit dem System der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten nach dem geltenden Recht und mit dem Gedanken der Rechtskraft unverträglicher *processus ad infinitum*.

3. Rückkehr zu überwunden geglaubten historischen Verfahrensformen

Der vorgeschlagene Wiederaufnahmegrund hat zur Folge, dass der Freispruch in Fällen schwerster Delikte mit einem Vorbehalt verbunden wird.

Die Strafjustiz behält sich vor, das Verfahren wiederaufzunehmen, wenn sie mittels neuer Untersuchungsmethoden neue Erkenntnisse gewinnt. Damit lebt die historische Entscheidungsform der Instanzenbindung (absolutio ab instantia) wieder auf. Sie bestand in einer vorläufigen Beendigung des Strafverfahrens in Fällen, in denen die vorhandenen Beweise für eine Verurteilung nicht ausreichten und eine spätere Überführung auf Grund neuer Indizien möglich erschien.

Im ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhundert diente diese Entscheidungsform präventiv-polizeilichen Zwecken. Aus dem Fortbestehen des Verdachtes wurde auf die Gefahr zukünftiger Straftaten geschlossen. Folglich sahen einige Partikularrechte vor, dass zugleich sichernde Maßnahmen gegen den Beschuldigten verhängt wurden. Die Strafprozessreform des 19. Jahrhunderts brachte die Instanzenbindung aus zwei Gründen zum Verschwinden. Mit der Idee, dass das Strafverfahrensrecht „schützende Formen“ zu gewährleisten habe, setzte sich der Gedanke der Rechtskraft durch. Auch machte die Änderung der Prozessstruktur diese Entscheidungsform entbehrlich, weil die Aufgabe der Untersuchungsführung vom Gericht auf die Staatsanwaltschaft überging. Sie hat es seither in der Hand, bei unsicherer Beweislage durch eine Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO eine nur vorläufige Verfahrensbeendigung herbeizuführen, die nicht daran hindert, mit neuen Beweisen und neuen Untersuchungsmethoden das Verfahren fortzuführen. Dementsprechend erschien es bislang hinnehmbar, dass dann, wenn die Staatsanwaltschaft sich zur Anklage entschließt und das Gericht entgegen der staatsanwaltlichen Prognose zum Freispruch gelangt, diese Entscheidung endgültig ist. Der Gesetzesvorschlag fällt hinter den Rechtszustand zurück, der durch die Reformbewegung des 19. Jahrhunderts erreicht wurde. Auch das seitherzeit herrschende präventiv-polizeiliche Denken lebt wieder auf, wenn „Belange der Sicherheit“ (BT-Drs. 16/7957, S. 7) zur Begründung des Vorhabens angeführt werden.

4. Einwände aus rechtsvergleichender Perspektive

Eine dem vorgelegten Entwurf entsprechende Regelung findet sich in keinem anderen europäischen Land. Insgesamt ist in Europa das strafrechtliche Wiederaufnahmerecht sehr unterschiedlich geregelt. Es gibt nicht wenige europäische Länder, in denen sogar jegliche Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ausgeschlossen ist. Das gilt etwa für Frankreich, Italien und Spanien. Angesichts dieser Rechtslage kann es nicht überzeugen, wenn zur Begründung des Gesetzentwurfs vorgetragen wird, dass das Festhalten an der bisherigen Wiederaufnahmeregelung in Deutschland zu „unerträglichen Ergebnissen“ führen würde (BT-Drs. 16/7957, S. 1). Wie viel unerträglicher müsste dann die Situation in Ländern sein, die nicht einmal eine Wiederaufnahme in den Grenzen des § 362 Nr. 1 bis 4 StPO zulassen? Man wird schwerlich annehmen können, dass die deutsche Gesellschaft den Verzicht auf eine Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten nicht ertragen könnte, wenn in anderen europäischen Ländern das Fehlen jeglicher Wiederaufnahmemöglichkeit ertragen wird.

Der Regelungsbereich des Entwurfs betrifft teilweise auch völkerstrafrechtliche Verbrechen. Die Rechtskraft eines Freispruchs soll ebenfalls zur Verfolgung eines ausschließlich mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten Tötungsverbrechens nach dem Völkerstrafgesetzbuch durchbrochen werden können. Im Falle der Verabschiedung des Gesetzes würde sich damit eine Divergenz zum internationalen Völkerstrafrecht ergeben. Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs kennt keine auch nur ansatzweise vergleichbare Regelung. Art. 20 des Statuts enthält in Abs. 1 und 2 Vorschriften, die eine strikte Einhaltung des Grundsatzes „ne bis in idem“ verlangen. Die Ausnahmeregelung in Abs. 3 erfasst eine völkerstrafrechtliche Spezialproblematik, die in keinem Zusammenhang mit der hier erörterten Fragestellung steht. Man wird zwar vermuten dürfen, dass nicht beabsichtigt ist, mit der neuen Regelung auch die Rechtskraft von Freisprüchen des Internationalen Strafgerichtshofs in Frage zu stellen. Gleichwohl ergibt

sich ein Widerspruch zur völkerstrafrechtlichen Bindungswirkung der Rechtskraft.

Angesichts der immer weiter voranschreitenden Europäisierung und Internationalisierung der Strafrechtspflege empfiehlt es sich, die aufgezeigten Widersprüche zu vermeiden.

5. Lösbarkeit der rechtspolitischen Probleme?

Da die dargelegten Einwände größtenteils grundsätzlicher Art sind, erübrigen sich Vorschläge zur Änderung des Gesetzentwurfs.

IV. Ergebnis

Der Entwurf ist mit verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht vereinbar. Im Übrigen ist auch aus rechtspolitischen Gründen von einer Verabschiedung abzuraten.