



Prof. Dr. Heinz Schöch

12.3.2009

**Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses
zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen
Wiederaufnahmerechts – BT-Drucksache 16/7957**

1. Regelungsgegenstand und Anlass

Der Gesetzentwurf des Bundesrates vom 30. 1. 2008 verfolgt das Ziel, die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten eines freigesprochenen Angeklagten auch dann zu ermöglichen, wenn auf Grund einer neuen DNA-Analyse ein Tatnachweis so sicher geführt werden kann, dass ein Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils einen unerträglichen Widerspruch zu den materiellen Gerechtigkeitsanforderungen des Einzelfalles darstellen würde.

Anlass ist der bisher ungesühnte Mord an einer verheirateten Frau und Mutter von drei Kindern in Nordrhein Westfalen im Dezember 1993, bei dem zwei Jahre danach der Tatverdächtige aus Mangel an Beweisen freigesprochen wurde. Im Jahr 2004 wurde an einem bei der Tat verwendeten Klebeband winzige Hautpartikel gefunden, bei denen mit Hilfe der jetzt zur Verfügung stehenden Untersuchungsmethoden eine DNA-Spur festgestellt wurde, die dem Freigesprochenen zugeordnet werden konnte, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu seiner Verurteilung führen würde. Das deutsche Strafprozessrecht lässt bisher in solchen Fällen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen nicht zu.

Bisher handelt es sich um den einzig bekannt gewordenen Fall dieser Art, während die Wiederaufnahme eingestellter Ermittlungsverfahren nach neuen molekulargenetischen Untersuchungsergebnissen bereits recht häufig vorkommt. Angesichts immer sensiblerer Analysemethoden erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass sich unter den wenigen Freisprüchen, die es in den vergangenen Jahren nach Mordanklagen gegeben hat, auch einige befinden, in denen der Freigesprochene später mit Hilfe von DNA-Analysen überführt werden könnte.

2. Enge verfassungsrechtliche Grenzen für die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten

2.1 Ausgangspunkt

Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten greift in den Schutzbereich des Verfahrensgrundrechts aus Art. 103 III GG ein, das nicht nur eine wiederholte Bestrafung wegen derselben Tat verbietet, sondern - über den Wortlaut hinausgehend - auch den „Grundsatz der Einmaligkeit der Strafverfolgung“ verbürgt.¹ Deshalb sind die Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten mit Recht erheblich enger ausgestaltet als diejenigen zu Gunsten des Angeklagten. Während die Wiederaufnahme wegen Verfahrensverfälschungen zugunsten des Angeklagten in § 362 Nr. 1 bis 3 StPO im Wesentlichen der Regelung des § 359 Nr. 1 bis 3 StPO entspricht, ist die Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel zuungunsten des Angeklagten grundsätzlich ausgeschlossen und nur ausnahmsweise bei einem glaubwürdigen Geständnis eines Freigesprochenen zulässig.

¹ Maunz/Dürig/Schmidt-Assmann, Art. 103 GG Rn.301; KK-Pfeiffer Einl Rn. 170; Meyer-Gößner Einl. Rn. 171.

Es stellt sich daher die Frage, ob eine Erweiterung dieser engen Regelung überhaupt verfassungsrechtlich zulässig wäre oder ob bereits mit der derzeitigen Ausnahme die Grenze dessen erreicht ist, was Art. 103 GG dem Gesetzgeber erlaubt. Mit dieser Frage setzt sich die Begründung des Gesetzentwurfes eingehend auseinander und gelangt zu dem Ergebnis, dass bei der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung zwischen Rechtssicherheit einerseits und materieller Gerechtigkeit andererseits jedenfalls bei eindeutigen Tatnachweisen und bei Straftaten wie Mord und Völkermord „das Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils zu schlechterdings - an der materiellen Gerechtigkeit zu messenden - unerträglichen Ergebnissen führen würde.“

2.2 Kontroverse Auffassungen in der Literatur

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass eine Erweiterung der Wiederaufnahmegründe über § 362 hinaus verfassungsrechtlich unzulässig sei.² Teilweise wird auch zurückhaltender formuliert, dass für eine Erweiterung der überkommenen Wiederaufnahmegründe ein verfassungsrechtlich legitimes Bedürfnis „derzeit nicht erkennbar“ sei.³

Überwiegend werden aber begrenzte Ausweitungsmöglichkeiten befürwortet, soweit sie nicht dem Grundgedanken der traditionellen Beschränkungen der Rechtskraft zuwiderlaufen.⁴ Karl Peters, der bedeutendste Forscher zum Wiederaufnahmerecht im vorigen Jahrhundert, sprach sich für eine Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen bei besonders schweren Verbrechen aus, insbesondere „wenn sich die Täterschaft offensichtlich aus aufgefundenen Sachbeweisen ergibt, die der Täter durch planmäßige Abwehrmaßnahmen beseitigt oder verfälscht hat.“⁵ Ein Reformvorschlag der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag zu § 362 StPO aus dem Jahr 1996 (BT-Drs. 13 3594) ist hinsichtlich der Delikte enger (nur Mord und Völkermord), hinsichtlich der neuen Tatsachen und Beweismittel aber erheblich weiter:

„Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des freigesprochenen Angeklagten ist zulässig, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen jeden begründeten Zweifel ausschließen, dass der Angeklagte in einer neuen Hauptverhandlung der Begehung eines Mordes oder Völkermordes überführt werden wird.“

Teilweise wird eine solche Ausweitung, auch im Blick auf grundrechtliche Schutzpflichten, um des Opferschutzes willen befürwortet.⁶ Deshalb überrascht es nicht, dass zum Beispiel der WEISSE RING in seinen rechtspolitischen Forderungen seit einiger Zeit verlangt, dass bei sicher nachgewiesener Täterschaft des freigesprochenen Angeklagten mit Hilfe von DNA-Analysemethoden generell eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten zugelassen werden sollte, zumindest bei schweren Verbrechen, insbesondere Sexualverbrechen.⁷

Die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes sah es in ihrem Gutachten zum Wiederaufnahmeverfahren im Jahr 2002 „als schwer erträglich an, einen Freispruch bei Mord/Völkermord nicht mehr korrigieren zu können, obwohl nachträglich sichere Beweismittel die Täterschaft einwandfrei festgestellt haben.“ Ein Zwang zur gesetzgeberischen Lösung bestehe aber derzeit nicht, da solche Fälle der Kommission nicht bekannt geworden seien.

² AK-Loos Vor § 359 Rn. 2; Grünwald ZStW-Beiheft 94 (1974). 94, 103; Marxen/Thiemann ZIS 2008, 188, 192; Scherzberg/Thiée ZRP 2008, 80, 81.

³ Maunz/Dürig/Schmidt-Assmann, Art. 103 GG Rn.70;

⁴ SK-Frister/Deiters § 362 Rn. 4; BK-Rüping Art. 103 III Rn. 22; LR-Schäfer, 24. Aufl. Einl. Kap 12 Rn. 41; Rieß NSTZ 1994, 153, 159.

⁵ Peters, Strafprozess, 4. Aufl. 1985, S. 671; ähnlich auch Rieß NSTZ 1994, 153, 159, aber ohne das Erfordernis der Beseitigung oder Verfälschung durch planmäßige Abwehrmaßnahmen.

⁶ Kunig in: v. Münch/Kunig Art. 103 Rn. 47, allerdings skeptisch bezüglich des Nachweises eines entsprechenden verfassungsrechtlichen Erfordernisses.

⁷ www.weisser-ring.de: Strafrechtspolitische Forderungen des WEISSE RINGES, Nr.9 (Stand 4.1.2008);

2.3 Offenheit des Bundesverfassungsgerichts für Grenzkorrekturen

Das Bundesverfassungsgericht hob in seiner ersten Entscheidung zum Wiederaufnahmerecht vom 1.7.53, die sich auf Haftentschädigungsansprüche bezog, die Bedeutung der Rechtssicherheit für das Rechtsstaatsprinzip besonders hervor und stellte fest: „Rechtsfriede und Rechtssicherheit sind von so zentraler Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit, dass um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muss.“⁸ Immerhin wird auch in dieser Entscheidung der Rechtssicherheit kein absoluter Vorrang eingeräumt: „Eine Ausnahme von dieser Regel könnte nur dann gerechtfertigt sein, wenn besonders zwingende und schwerwiegende, den Erwägungen der Rechtssicherheit übergeordnete Gründe dazu Anlass geben.“⁹

In einer Entscheidung vom 8.1.81 die sich mit dem Begriff derselben Tat im Sinne des Art. 103 III GG befasst, betont das Bundesverfassungsgericht aber, dass Art. 103 III GG nur den Kern dessen garantiere, was als Inhalt des Satzes „ne bis in idem“ in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde und deshalb durchaus offen für Grenzkorrekturen sei: „Zwar nimmt Art. 103 III GG auf die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltende prozessrechtliche Lage Bezug. Dies bedeutet indessen nicht, dass das überlieferte Verständnis des Rechtssatzes ‚ne bis in idem‘ für jede auftauchende Zweifelsfrage bereits eine verbindliche Auslegung durch die Rechtsprechung bereithielte, und es bedeutet insbesondere nicht, dass für neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten, eine verfassungsrechtliche Festlegung getroffen worden wäre... Zweifellos sollten Gesetzgebung und (herrschende) Auslegung nicht bis in alle Einzelheiten auf den Stand der Rechtsprechung und Prozessrechtslehre bei Inkrafttreten des Grundgesetzes festgelegt und jede weitere Veränderung im Verständnis des prozessualen Verfahrensgegenstandes und der Rechtskraftwirkung ausgeschlossen werden.“¹⁰

2.4 Abwägung zwischen den rechtsstaatlichen Prinzipien der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund ist es geboten, die Frage der Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten bei neuen DNA-Analysen in einer Abwägung zwischen den rechtsstaatlichen Prinzipien der Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit zu entscheiden. Dem hohen Rang, welchen Art. 103 III GG der Rechtssicherheit und damit zugleich der individuellen Freiheit des Freigesprochenen einräumt, ist die materielle Gerechtigkeit gegenüber zu stellen, die durch Freispruch eines höchstwahrscheinlich schuldigen Täters u. U. unerträglich beeinträchtigt wird.¹¹ Letztere kommt in dem staatlichen Strafanspruch zum Ausdruck und wiegt umso schwerer, je größer die durch die Straftat verwirklichte Tatschuld ist.

Bei Mord und Völkermord, die absolut mit der lebenslangen Freiheitsstrafe geahndet werden, wiegen Unrecht und Schuld so schwer, dass man von einem unerträglichem Missverhältnis zu Lasten der Gerechtigkeit sprechen muss. Deshalb ist es sachgerecht, wenn der Gesetzentwurf des Bundesrates für diese beiden Delikte bei nahezu sicherer Überführbarkeit des Täters eine Wiederaufnahme zuungunsten des freigesprochenen Angeklagten zulassen will. Mit Recht wird in der Begründung des Entwurfs auch der Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten eines zu Unrecht freigesprochenen Mörders als Abwägungsgesichtspunkt genannt.¹²

Ob dies darüber hinaus bei besonders schweren Delikten gegen die Person angezeigt ist, wie etwa der WEISSE RING oder *Karl Peters* und *Peter Rieß*¹³ vorgeschlagenen haben, braucht im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens nicht entschieden zu werden. Es wäre meines Erachtens auch bei anderen vollendeten Schwurgerichtsdelikten (§ 74 II GVG)¹⁴ oder bei den in § 66b StGB genannten schweren Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die

⁸ BVerfGE 2, 380. 403

⁹ BVerfGE 2, 380. 405

¹⁰ BVerfGE 56, 22, 34 f.

¹¹ Vgl. *Pieroth/Schlink* Grundrechte, 18. Aufl. 2002, Rn.1114.

¹² BT-Drs. 16/7957, S. 7.

¹³ s. o. Fn. 5

¹⁴ Hierfür sprechen die von *Marxen/Thiemann* ZIS 2008, 188, 191 erwähnten Abgrenzungsprobleme innerhalb der Tötungsdelikte.

persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung vertretbar. In diesen Fällen würde allerdings die 20-jährige Verjährungsfrist den Täter vor weiterer Strafverfolgung nach Ablauf der Verjährung schützen, da diese nach wohl richtiger Auffassung auch die Wiederaufnahme zuungunsten des Täters ausschließt.¹⁵ Damit wäre der Rechtssicherheit hinreichend Rechnung getragen.

3. DNA- Identitätsfeststellung als tragfähiger Grund für eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten

3.1 Höhere Beweiskraft als bei einem Geständnis

Der entscheidende Grund, weshalb die Strafprozessordnung bereits seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 1877 in § 362 Nr. 4 „ein glaubwürdiges Geständnis“ als einzigen Wiederaufnahmegrund zuungunsten des Angeklagten bezüglich neuer Tatsachen zuließ, war dessen angenommene hohe Beweiskraft.¹⁶ Diese wurde höher eingeschätzt als diejenige der damals bekannten Indiztatsachen und Beweismittel, und man hielt es für unerträglich, dass „ein Verbrecher, nachdem er wegen mangelnden Beweises freigesprochen worden“ ist, „sich ungestraft des Verbrechens selbst bezichtigen oder gar rühmen dürfe“ (E 1873).¹⁷

Heute wissen wir aus der Fehlerurteilsforschung von Karl Peters¹⁸ und aus publizierten Entscheidungen, dass es - aus vielerlei Gründen - durchaus auch falsche Geständnisse geben kann. Im Hinblick auf die gebotene sorgfältige Überprüfung der Glaubhaftigkeit des Geständnisses zweifelt aber niemand ernsthaft an der Legitimität und Verfassungskonformität dieses Wiederaufnahmegrundes.

Die hohe Leistungsfähigkeit der molekulargenetischen Untersuchungen, deren Methoden in den letzten Jahren weiter verfeinert wurden und die mit immer geringerem Spurenmaterial durchgeführt werden können, konnte kein Gesetzgeber voraussehen, und sie ist auch der juristischen und kriminalistischen Fachwelt erst seit wenigen Jahren bekannt. Die statistische Irrtumswahrscheinlichkeit bei der Feststellung des Identifizierungsmusters liegt bei 1 zu 1,1 Billionen.¹⁹ Die DNA-Analyse unterscheidet sich in ihrer Aussagekraft deutlich von anderen technischen Ermittlungsmethoden wie Blutgruppenbestimmung, Daktyloskopie oder Stimmenanalyse.²⁰ Damit ist die DNA ein zuverlässigeres Beweismittel als das Geständnis, auch wenn man berücksichtigt, dass DNA-Spuren nicht notwendig zum Täter führen und dass die hierbei notwendigen Schlussfolgerungen durchaus fehlerbehaftet sein können. Natürlich handelt es sich bei der positiven DNA-Analyse nur um eine Indiztatsache, die eine Würdigung aller Beweisumstände nicht entbehrlich macht.²¹

Eine normative Gleichstellung der aufgrund einer DNA-Analyse ermittelten Täterschaft mit einer durch ein Geständnis offenbarten Täterschaft ist daher angesichts der neuen wissenschaftlichen Entwicklungen geradezu geboten. Mit der von 1943 bis 1945 geltenden generellen Zulassung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten bei Vorliegen neuer Tatsachen und Beweismittel hat dieser Vorschlag nichts gemein.²²

¹⁵ OLG Nürnberg NStZ 1988, 555; *Meyer-Goßner* § 362 Rn. 1; *KK-Schmidt* § 362 Rn. 7; *Fischer* § 78b Rn. 11a; a. A. BGH GA 1974, 154; OLG Düsseldorf StraFo 2001, 102; LR-Gössel § 362 Rn. 3, die die Verjährungsfrist mit Rechtskraft des Beschlusses nach § 370 II StPO neu beginnen lassen wollen.

¹⁶ A. A. *Marxen/Thiemann* ZIS 2008, 188, 189 und *Scherzberg/Thiée* ZRP 2008, 80, 82, die zu einseitig im Anschluss an entsprechende Äußerungen im damaligen Gesetzgebungsverfahren (s. o. und Fn. 17) nicht die Beweiskraft des Geständnisses, sondern das nicht hinnehmbare freche Prahlen des Täters mit dem unberechtigten Freispruch als entscheidendes Motiv für diesen Wiederaufnahmegrund sehen.

¹⁷ Zitiert nach *SK-Frister/Deiters* § 362 Rn.1

¹⁸ *Peters Fehlerquellen im Strafprozess*, 1. Bd. 1970, 2. Band 1972.

¹⁹ BT-Drs. 16/7957 unter Hinweis auf *Anslinger/Rolf/Eisenmenger* DRiZ 2005, 165 ff.

²⁰ A.A. *Marxen/Thiemann* ZIS 2008, 188, 191, die nur einen graduellen Unterschied annehmen.

²¹ BGHSt 38, 320, 324.

²² A. A. teilweise *Marxen/Thiemann* ZIS 2008, 188, 190 f.

3.2 Ersetzung „neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden“ durch „DNA-Analysen“ im Gesetzentwurf

Der im Entwurf des Bundesrates verwendete Begriff „neue, wissenschaftlich anerkannte technische Untersuchungsmethoden“ könnte zu Unklarheiten in der Rechtsanwendung führen,²³ wenn die Neuheit der Methode oder ihre wissenschaftliche Anerkanntheit umstritten ist. Da derzeit keine andere Methode in Sicht ist, die ähnlich hohe Beweiskraft erlangen könnte wie die molekulargenetischen Untersuchungen, sollte im Gesetzestext der Begriff „DNA-Analyse“ oder „molekulargenetische Untersuchung“ verwendet werden. Dies hätte den Vorteil, dass an die bereits gesetzlich geregelte Materie und Terminologie der §§ 81e bis 81h StPO angeknüpft werden könnte. Danach würde § 362 Nr. 5 S. 1 E-StPO folgendermaßen lauten:

„wenn auf der Grundlage von DNA-Analysen (bzw. molekulargenetischen Untersuchungen), die bei Erlass des Urteils, in dem die dem Urteil zu Grunde liegenden Feststellungen letztmalig geprüft werden konnten, nicht zur Verfügung standen.“

3.3 Erstreckung auf alle zur Zeit der früheren Verhandlung unbekanntem DNA-Spuren

Der oben genannte Vorschlag zur Präzisierung des Gesetzestextes hätte den Vorteil, dass auch die wenig überzeugende Begrenzung des Gesetzestextes auf „neue... Untersuchungsmethoden, die bei Erlass des Urteils ... nicht zur Verfügung standen, überwunden würde. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum ein Beweisstück, das erst nachträglich auftaucht und eine molekulargenetische Untersuchung ermöglicht, nicht berücksichtigt werden sollte. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen die Leiche oder das Tatwerkzeug mit DNA-Spuren erst nach dem freisprechenden Urteil entdeckt werden.

Auf diese Weise wäre auch der – bisher einzig bekannt gewordene - nordrhein-westfälische Fall zweifelsfrei von der Regelung erfasst, bei dem nachträglich an einem bei der Tat verwendeten Klebeband eine DNA-Spur gefunden wurde. Mit der vorliegenden Gesetzesformulierung erscheint dies unsicher, da zweifelhaft sein kann, ob es sich im Vergleich zu den vor 10 Jahren zur Verfügung stehenden Methoden wirklich um eine „neue wissenschaftliche Untersuchungsmethode“ oder nur um methodische Verfeinerungen der schon früher bekannten Methode handelt.

4. Sachgerechte Beschränkung der Rechtskraftdurchbrechung auf Mord und Völkermord und auf Freispruchkorrekturen im Gesetzentwurf des Bundesrates

Wie oben (2.4) dargelegt, ist jedenfalls bei den unverjährbaren und mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedrohten Delikten Mord und Völkermord die Einschränkung des Art. 103 III GG verhältnismäßig und damit die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten der Angeklagten gerechtfertigt.

Dazu trägt auch die Begrenzung auf Freispruchkorrekturen bei, wie sie das Gesetz bisher bei einem glaubwürdigen Geständnis ermöglicht. Die bei aufgedeckten Verfahrensverstößen gemäß § 362 Nr. 1 bis 3 StPO möglichen Korrekturen des Schuld- und Strafausspruchs sind hier nicht erforderlich, da nur besonders schwere und krasse Beeinträchtigungen der materiellen Gerechtigkeit durch einen Freispruch beseitigt werden sollen.

5. Notwendige Begrenzung im Probationsverfahren

Für die Entscheidung über die Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags der Staatsanwaltschaft sieht der Gesetzentwurf des Bundesrates eine Ergänzung des § 370 Abs. 1 StPO vor. Danach ist der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ohne mündliche Verhandlung als unbegründet zu verwerfen, „wenn im Falle des § 362 Satz 1 Nr. 5 nicht dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, dass der Freigesprochene verurteilt oder

²³ *Marxen/Thiemann* ZIS 2008, 188, 190 befürchten sogar immer wieder neue Wiederaufnahmeversuche, also einen „processus ad infinitum“.

nur deshalb nicht verurteilt werden wird, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist.“

Dies bedeutet eine hohe Schwelle für die Zulassung und wirkt der Gefahr entgegen, dass bei DNA-Spuren leichtfertig oder vorschnell auf eine Täterschaft geschlossen wird. „Das Prinzip der Rechtssicherheit wirkt insoweit fort, als ein rechtskräftiges Urteil nicht auf die bloße Vermutung seiner Unrichtigkeit hin erneut überprüft werden darf. Anders als bei der Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten vermögen erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils die Verfahrenserneuerung nicht zu rechtfertigen.“²⁴

Diese zutreffenden Ausführungen aus der Begründung des Bundesratsentwurfs zeigen, dass eine Wiederaufnahme zuungunsten des freigesprochenen Angeklagten auch nach dem Auffinden von DNA-Spuren eine seltene Ausnahme bleiben würde.

²⁴ BR-Drs. 16/7957, S.8