

Aus Wissenschaft und Praxis: Die geplante Reform der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten

Von Prof. Dr. **Klaus Marxen**, Berlin, Vors. RiLG Dr. **Frank Tiemann**, Potsdam*

Das strafrechtliche Wiederaufnahmerecht soll geändert werden. Der Bundesrat hat jüngst beschlossen, einen Reformentwurf der Länder Nordrhein-Westfalen und Hamburg in den Bundestag einzubringen. Er erweitert die Möglichkeiten, ein rechtskräftig abgeschlossenes Strafverfahren zuungunsten eines Freigesprochenen wiederaufzunehmen.¹ Erreicht werden soll insbesondere, dass ein rechtskräftiger Freispruch auch dann aufgehoben werden kann, wenn eine später vorgenommene DNA-Analyse den Freigesprochenen belastet. Vorgesehen ist der neue Wiederaufnahmegrund für schwerste Straftaten wie Mord und Völkermord. Die Gesetzesinitiatoren halten es für „schlechterdings unerträglich“, wenn bei diesen Taten trotz „derart eindeutiger Nachweise der Täterschaft“ weiterhin an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils festgehalten werden müsste.² – Von einer Durchführung der Reform ist abzuraten. Wie wir nach einer näheren Darstellung des Vorhabens (I.) zeigen werden, befindet sich der Gesetzesvorschlag in einem Widerspruch zur Struktur des Wiederaufnahmerechts (II.) sowie zu Erkenntnissen, die aus dessen historischer Entwicklung zu ziehen sind (III.). Ferner bestehen durchgreifende Bedenken gegen seine Vereinbarkeit mit der Verfassung (IV.) sowie gegen seine praktische Anwendbarkeit (V.).

I. Das Reformvorhaben

Den bislang vier Gründen für eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten in § 362 StPO wird ein fünfter hinzugefügt. Nach § 362 Nr. 5 StPO soll die Wiederaufnahme auch zulässig sein, „wenn auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden, die bei Erlass des Urteils, in dem die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen letztmalig geprüft werden konnten, nicht zur Verfügung standen, neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen zur Überführung des Freigesprochenen geeignet sind“³. Angefügt ist eine Einschränkung dieses Wiederaufnahmegrundes auf Fälle „des vollendeten Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches) oder wegen der mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahndenden vollendeten Anstiftung zu einer dieser Taten“⁴.

Eine weitere Eingrenzung soll durch eine Verfahrensregelung erreicht werden, welche die Gründe für eine Antrags-

verwerfung ohne mündliche Verhandlung im Begründetheitsverfahren nach § 370 Abs. 1 StPO erweitert. Danach wird der Antrag auch dann als unbegründet verworfen, „wenn im Falle des § 362 Satz 1 Nr. 5 StPO nicht dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, dass der Freigesprochene verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt werden wird, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist.“⁵

Die Gesetzesinitiative reagiert auf Aufsehen erregende Aufklärungserfolge durch DNA-Untersuchungen: „Neue kriminaltechnische Untersuchungsmethoden wie die DNA-Untersuchung liefern inzwischen wissenschaftlich eindeutige Ergebnisse zur Identifizierung von Personen. Diese Methoden sind im Zusammenhang mit einem inkriminierten Tatgeschehen geeignet, im Kontext mit weiteren Beweismitteln und unter Würdigung der Gesamtumstände zweifelsfrei den Nachweis einer Täterschaft zu führen.“⁶

Den unmittelbaren Anstoß hat ein Fall aus Nordrhein-Westfalen gegeben.⁷ Ein Angeklagter war aus Mangel an Beweisen von dem Vorwurf rechtskräftig freigesprochen worden, am 10. Dezember 1993 eine Videothek in Düsseldorf überfallen und eine 28 Jahre alte Frau getötet zu haben. Bei einer Untersuchung des Klebebandes, mit dem der Täter eine Plastiktüte um den Kopf des Opfers geschnürt hatte, wurden im Jahr 2004 winzige Hautpartikel aufgefunden, die mit der nunmehr zur Verfügung stehenden DNA-Analyse dem Freigesprochenen zugeordnet werden konnten. Durch die Reform soll erreicht werden, dass in Fällen dieser Art trotz rechtskräftigen Freispruchs eine Verurteilung erfolgen kann.

Grundlegend dafür ist die Annahme, mit neuen kriminaltechnischen Untersuchungsmethoden „naturwissenschaftlich objektive Ergebnisse, die einen eindeutigen Tatnachweis erlauben“, erzielen zu können.⁸ Daraus wird das Erfordernis abgeleitet, in dem „Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit“, das für das Wiederaufnahmerecht kennzeichnend sei, „neue Akzente“ zu setzen.⁹ Angesichts „derart eindeutiger Nachweise der Täterschaft“ würde eine Aufrechterhaltung der Rechtskraft des freisprechenden Urteils „zu schlechterdings – an der materiellen Gerechtigkeit zu messenden – unerträglichen Ergebnissen“ führen.¹⁰ Der Rechtsfrieden und das Vertrauen in die Strafrechtspflege würden durch einen „erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch“ nachhaltig gestört.¹¹ Außerdem werden „Belange

⁵ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 2.

⁶ BR-Drs. 655/07, Beschl. S. 1.

⁷ Der Fall ist von der nordrhein-westfälischen Justizministerin bei der Begründung des Gesetzentwurfs vor dem Bundesrat geschildert worden; BR, Sten. Bericht, 837. Sitzung v. 12.10.2007, S. 341.

⁸ BR-Drs. 655/07, Beschl. S. 1.

⁹ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

¹⁰ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

¹¹ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 6.

* Für wertvolle Unterstützung danken wir Herrn stud. jur. *Nils Andrzejewski*.

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts vom 20.12.2007, BR-Drs. 655/07.

² BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

³ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 1.

⁴ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 1.

der Sicherheit“¹² angeführt: Sei die Justiz daran gehindert, Beweise zu nutzen, die den Freigesprochenen eindeutig überführten, so müsse das auch wegen der Wiederholungsgefahr „zwangsläufig zu einer Beunruhigung der Bevölkerung führen.“¹³

II. Eingriff in die Struktur des Wiederaufnahmerechts

Mit dem Reformvorschlag soll als ein neuer Wiederaufnahmegrund eingeführt werden, dass sich die Beweislage zum Nachteil des Freigesprochenen verändert hat. Nach geltendem Recht sind Veränderungen der Beweislage zuungunsten des Freigesprochenen, 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 vielmehr dem Ziel, zu verhindern, dass sich ein irrtümlich Freigesprochener folgenlos der Straftat berühen kann.¹⁴ 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. Die Entwicklung im Medienbereich hat diese Gefahr nochmals erheblich gesteigert.

§ 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 wieder aufzunehmen, 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 ungestraft bleiben will.

Die genannte Fehlinterpretation liegt aber dem Reformvorschlag zugrunde. § 362 Nr. 4 StPO wird als eine – unzu-

längliche – Reaktion auf Möglichkeiten einer Veränderung der Beweislage gedeutet und die angefügte Nr. 5 als Erweiterung eines in Nr. 4 enthaltenen Regelungsansatzes präsentiert.¹⁵ Was für das nachträgliche Geständnis gelte, müsse gleichermaßen für eine nachträgliche Verbesserung der Beweissituation 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 inzwischen auch verfassungsrechtlich verbürgt ist.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass § 373a StPO im Falle eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten auf der Grundlage neuer Tatsachen oder Beweismittel zulässt, sofern die Verurteilung wegen eines Verbrechens in Betracht kommt. Die uneingeschränkte Berücksichtigungsfähigkeit von nova hat hier ihren Grund allein in den Besonderheiten des Strafbefehlsverfahrens.¹⁶ Es handelt sich um ein summarisches Verfahren, in dem die Beweise im Unterschied zur Hauptverhandlung nicht aufgrund einer umfassenden Beweisaufnahme, sondern lediglich nach Aktenlage gewürdigt werden. Dementsprechend bietet ein Strafbefehl weitaus weniger Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung als ein Urteil auf Grund einer Hauptverhandlung.

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, 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 Eidespflicht 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

¹² BR-Drs. 655/07, Anl. S. 7.

¹³ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 7.

¹⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden *Hahn*, Die gesamten Materialien zur StPO (Motive zum Entwurf des Reichskanzlers), 1. Abteilung, 1880, S. 265; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, S. 69; *Marxen/Tiemann*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 2. Aufl. 2006, Rn. 313, 318.

¹⁵ BR-Drs. 655/07, Beschl. S. 1.

¹⁶ Vgl. dazu etwa BVerfGE 65, 377 (383); 3, 248 (253); *Schmidt*, in: Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 5. Aufl. 2003, § 373a Rn. 4; *Meyer-Göfner*, *Strafprozessordnung, Kommentar*, 50. Aufl. 2007, § 373a Rn. 3.

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 nachträgliche 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 weggelassen, 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 zuun Gunsten des Angeklagten nach dem geltenden Recht und mit dem Gedanken der Rechtskraft unverträglicher *processus ad infinitum*.

III. Historische Bezüge

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.¹⁷ 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.¹⁸ 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.¹⁹ Die Strafprozessreform des 19. Jahrhunderts brachte die Instanzenbindung aus zwei Gründen zum Verschwinden. Mit der Idee, dass das Strafverfahrenrecht „schützende Formen“²⁰ 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.²¹ 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 seinerzeit herrschende präventiv-polizeiliche Denken lebt wieder auf, wenn „Belange der Sicherheit“²² zur Begründung des Vorhabens angeführt werden.

Gleichermaßen bedenklich ist eine tendenzielle Übereinstimmung mit der Reform des Wiederaufnahmerechts im Nationalsozialismus. Der von der Großen Strafrechtskommission 1936-1939 erarbeitete Entwurf einer Strafverfahrensordnung sah in §§ 354 ff. vor, dass die Wiederaufnahme zuun Gunsten des Angeklagten in gleicher Weise wie die zugunsten des Verurteilten bei Vorliegen neuer Tatsachen und Beweismittel zulässig sein sollte.²³ Nicht der Gesamtentwurf, wohl aber der Abschnitt über die Wiederaufnahme wurde umgesetzt. Art. 6 der Dritten Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29. Mai 1943²⁴ gab den Weg frei für die Wiederaufnahme rechtskräftig mit einem Freispruch abgeschlossener Verfahren auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel. Damit war das von *Freisler* vorgegebene Ziel erreicht, „formelle Erfordernisse“ daran zu hindern, „dem materiellen Nachprüfungsbedürfnis erfolgreich den Weg zu versperren“.²⁵ Umgesetzt wurde der schon in der Entwurfsbegründung ausgeführte Gedanke, dass der materiellen Gerechtigkeit, die sich im Verhältnis der Gegnerschaft zur Rechtsicherheit befinde, der Vorrang eingeräumt werden müsse: „Wichtiger als die – vorwiegend als Schutz des Beschuldigten gedachte – formale Rechtskraft ist das Verlangen der Volks-

¹⁹ Nachweise bei *Holzhauser* (Fn. 17), S. 389.

²⁰ So die prägnante Formulierung von *Zachariä*, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, 1846, S. 93.

²¹ Vgl. *Holzhauser* (Fn. 17), S. 391.

²² BR-Drs. 655/07, Anl. S. 7.

²³ Begründung des Entwurfs einer StVO, in: *Schubert/Regge/Rieß/Schmid* (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*, III. Abt., Bd. 1, 1991, S. 540 ff.

²⁴ RGBI. I 1943, S. 342, 345.

²⁵ *Freisler*, *Deutsche Justiz* 1937, 730 (732).

¹⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden *Holzhauser*, in: Kaufmann/Erlar (Hrsg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. II, 1978, S. 388 ff.

¹⁸ Vgl. *Holzhauser* (Fn. 17), S. 389.

gemeinschaft nach Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit.²⁶ „Gerechtigkeit aber sei „unteilbar“; daher dürfe kein Unterschied zwischen der günstigen und der ungünstigen Wiederaufnahme gemacht werden.“²⁷

Der jetzt vorgelegte Entwurf ist von einer solchen Entwertung des rechtskräftigen Freispruchs zwar weit entfernt. Auch verbietet sich jede Gleichsetzung mit der nationalsozialistischen Reform im Hinblick auf das zugrunde liegende Rechtsverständnis und die politische Intention. Gleichwohl lässt sich nicht übersehen, dass die Begründung sich eines ähnlichen gedanklichen Musters bedient. Das Wiederaufnahmeverfahren sei gekennzeichnet durch den „Konflikt“ zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit.²⁸ In diesem „Spannungsfeld“ sei die „Setzung neuer Akzente“ gerechtfertigt, wenn ein Festhalten an der Rechtskraft zu Ergebnissen führe, die – gemessen an der materiellen Gerechtigkeit – unerträglich seien.²⁹ Der fehlerhafte Freispruch könne gleichermaßen korrekturbedürftig sein wie die zu Unrecht erfolgte Verurteilung: „Der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung werden durch einen erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch wegen Mordes oder wegen eines Verbrechens nach § 6 Abs. 1 Nr. 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB in mindestens ebenso starkem Maße beeinträchtigt wie durch die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten.“³⁰

IV. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Reformvorschlag

Mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Verbot der Mehrfachverfolgung („ne bis in idem“), das durch Art. 103 Abs. 3 GG als grundrechtsgleiches Recht ausgestaltet ist,³¹ lässt sich der Reformvorschlag nicht in Einklang bringen. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird zwar zutreffend darauf hingewiesen,³² dass der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf das Verbot der Mehrfachverfolgung nicht bis in alle Einzelheiten auf dessen tradiertes Verständnis festgelegt ist und dass Art. 103 Abs. 3 GG nur den Kern dessen garantiert, was als Inhalt des Grundsatzes „ne bis in idem“ herausgearbeitet wurde.³³ Art. 103 Abs. 3 GG steht danach „Grenzkorrekturen“ aufgrund „neu auftauchender Gesichtspunkte, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten“, nicht entgegen.³⁴

²⁶ Schubert/Regge/Rieß/Schmid (Fn. 23), S. 541.

²⁷ Schubert/Regge/Rieß/Schmid (Fn. 23), S. 541.

²⁸ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 3.

²⁹ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

³⁰ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 6.

³¹ Vgl. zu dieser verfassungsrechtlichen Einordnung BVerfGE 56, 22 (32); Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 103 Rn. 56; Schmidt/Aßmann, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 47. Aufl. 2006, Bd. 6, Art. 103 Rn. 271.

³² BR-Drs. 655/07, Anl. S. 4 f.

³³ BVerfGE 56, 22 (34 f.); vgl. auch Schmidt-Aßmann (Fn. 31), Art. 103 Rn. 264.

³⁴ BVerfGE 56, 22 (34).

Diese Leitlinie hat das Bundesverfassungsgericht seinerzeit im Zusammenhang mit einem Fall entwickelt, der die Frage aufwarf, 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.³⁵ 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 noch nicht Gegenstand des früheren Verfahrens gewesen ist. Die Einführung einer der Art nach neuen Strafvorschrift, die nicht auf eine bestimmte Tat, sondern auf die Mitgliedschaft in einer Vereinigung abstellt, lässt sich in der Tat ohne weiteres als ein „neu auftauchender Gesichtspunkt“³⁶ ansprechen.

Gleiches gilt nicht für die Entwicklung neuer kriminaltechnischer Untersuchungsmethoden. Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts befindet sich die Kriminalistik in einem permanenten Prozess der Verbesserung ihrer Methoden durch Nutzung neuer technischer Möglichkeiten.³⁷ 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 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 eindeutig 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 Gesetzgeber klar entschieden: Neue Beweismittel rechtfertigen keine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten. Das entspricht dem tradierten Verständnis des Grundsatzes „ne bis in idem“

³⁵ BVerfGE 56, 22.

³⁶ BVerfGE 56, 22 (34).

³⁷ Vgl. Becker, Dem Täter auf der Spur. Eine Geschichte der Kriminalistik, 2005, S. 65 ff.

und bildet auch den Kern der durch Art. 103 Abs. 3 GG normierten Gewährleistung. Mit prägnanten Formulierungen hat *Dürig* diesen Kern umrissen.³⁸ „In Art. 103 Abs. 3 fällt des Bürgers wegen die Entscheidung zugunsten der formalen Rechtssicherheit. Der Bürger soll nicht dauernd unter dem Damoklesschwert einer erneuten Strafverhandlung und eventueller Bestrafung stehen. Diese Forderung folgt aus der grundgesetzlich anerkannten Freiheit und Würde des Menschen (Art. 1, 2 Abs. 1). Diese wären aber empfindlich getroffen, wenn der Freigesprochene oder Bestrafte ständig damit rechnen müsste, erneut strafrechtlich belangt zu werden. Der Bürger würde damit [...] zum Objekt staatlicher Gewalt und staatlichen Geschehens.“

Gerade die Erfahrungen mit dem nationalsozialistischen Unrechtsregime, in dem formale Rechtsgarantien weitgehend beseitigt worden waren, haben den Verfassungsgeber veranlasst, dem Grundsatz „ne bis in idem“ durch Art. 103 Abs. 3 GG, der in der Weimarer Verfassung keinen Vorläufer hatte, Verfassungsrang zu verleihen.³⁹ Dementsprechend ist insbesondere die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten restriktiv auszugestalten.⁴⁰ Dem wird es nicht gerecht, die Wiederaufnahme – wenn auch nur in Bezug auf bestimmte Straftaten – allein wegen einer naturgemäß immer möglichen Änderung der Beweislage zuzulassen.

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.⁴¹ Diesem entnehmen sie „unterschiedliche Anforderungen“, nämlich die „Gebote der Voraussehbarkeit, der Rechtssicherheit und der materiellen Richtigkeit oder Gerechtigkeit“.⁴² 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.“⁴³ 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

³⁸ *Dürig* in seiner Kommentierung von Art. 103 Abs. 3 GG; im Wortlaut wiedergegeben in der Neukomentierung durch *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31), Art. 103 Rn. 260.

³⁹ Näher dazu *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31), Art. 103 Rn. 257.

⁴⁰ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31), Art. 103 Rn. 270.

⁴¹ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5. Die in der Gesetzesbegründung eingenommene Position wird zur Hauptsache mit Hinweisen auf die Kommentierung von *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31) abgesichert. Nicht zur Geltung kommt dabei, dass dieser *Autor* eine Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ablehnt: „Materiell dürfte mit den derzeitigen Wiederaufnahmegründen [...] die Grenze erreicht sein, die Art. 103 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber beläßt“ (Art. 103 Rn. 270).

⁴² BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

⁴³ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 5.

der Rechtsstaatlichkeit dar.⁴⁴ 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 Angeklagten damit nicht vollständig ausschließen wollte. Sie sollte weiterhin möglich sein, allerdings nur in der historisch entwickelten Form der sehr eng gefassten gesetzlichen Wiederaufnahmegründe.⁴⁵

Auch ist dieser Ausnahmereich keineswegs ausschließlich beherrscht vom Gedanken der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit. Wie oben gezeigt,⁴⁶ soll mit dem Wiederaufnahmegrund nach Nr. 4, 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,⁴⁷ 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.

Im Übrigen hält der Entwurf auch einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand, die am Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG ausgerichtet ist. Die vorgeschlagene Gesetzesfassung verletzt diesen Grundsatz, weil sie es zulässt, dass wesentlich gleich gelagerte Sachverhalte ungleich behandelt werden.⁴⁸

⁴⁴ Zutreffend spricht *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31), Art. 103 Rn. 265, davon, dass der Bedeutungsgehalt von Art. 103 Abs. 3 GG „eigenständig“ zu bestimmen und „insbesondere aus dem Gefüge und den spezifischen Wirkungsweisen der rechtsstaatlichen Garantiegehalte“ zu entfalten sei.

⁴⁵ So die ganz h.M., *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31) Art. 103 Rn. 269; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2000, Art. 103 III Rn. 32; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 103 Rn. 84; *Nolte*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2005, Art. 103 Rn. 222; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2003, Art. 103 Rn. 47; *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 (472); abweichend nur *Rüping*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 103 Abs. 3 Rn. 22 (Stand 1982).

⁴⁶ Oben II.

⁴⁷ Vgl. *Nolte* (Fn. 45), Art. 103 Rn. 165.

⁴⁸ Vgl. zum Prüfungsmaßstab bei Art. 3 GG zusammenfassend und m.w.N. *Jarass/Pieroth* (Fn. 31), Art. 3 Rn. 4 ff., 14 ff.

Das gilt zunächst für die Bestimmung der neuen Tatsachen und Beweismittel, die nunmehr „zur Überführung des Freigesprochenen geeignet“ erscheinen sollen.⁴⁹ Insoweit sollen nur diejenigen in Betracht kommen, die sich „auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden“⁵⁰ ergeben haben und „einen eindeutigen Tatnachweis erlauben“⁵¹. 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. Gleichermäßen 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“⁵² 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 schuldfähig gewesen ist oder die so genannte Rechtsfolgenlösung des BGH⁵³ zum Zuge kommt. Die Fortgeltung von Freisprüchen in diesen Fällen könnte sicherlich nicht als „unerträglich“ bezeichnet werden. Nach der h.M., die das Legalitätsprinzip auf die ungünstige Wiederaufnahme für anwendbar hält,⁵⁴ müsste die Staatsanwaltschaft

gleichwohl das Verfahren betreiben. 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 § 176b 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 propter nova zuungunsten des Freigesprochenen, die maßgeblich an eine bloße Veränderung der Beweislage zu seinem Nachteil sowie den als unerträglich empfundenen Fortbestand des rechtskräftigen Freispruchs anknüpft, auch mit Art. 3 GG unvereinbar ist. Es ist zudem nicht erkennbar, dass die aufgezeigten Probleme durch eine Verschiebung der Grenzen gelöst werden könnten.

V. Anwendungsprobleme

Unter dem Gesichtspunkt praktischer Anwendbarkeit wirft der Reformvorschlag eine Vielzahl von Fragen auf. Wir nennen hier nur einige.

Soll ein enges oder weites Verständnis des Begriffs der Technik maßgebend dafür sein, was unter einer technischen Untersuchungsmethode zu verstehen ist?⁵⁵ Stand eine neue Untersuchungsmethode bei Erlass des Urteils auch dann nicht zur Verfügung, wenn dem Staat zurechenbare Gründe – z.B. unzulängliche finanzielle Ausstattung der Polizeibehörden, organisatorische Mängel oder Unkenntnis auf Seiten der Strafverfolgungsorgane – einen Einsatz verhindert haben? Sind, sofern die neuen Untersuchungsmethoden Zwangseingriffe erfordern, die entsprechenden Vorschriften der Strafprozess-

dnung, Bd. 3, 1996, § 362 Rn. 3; Schmidt (Fn. 16), § 362 Rn. 4; a.A. Meyer-Goßner (Fn. 17), § 362 Rn. 1; Marxen/Tiemann (Fn. 14), Rn. 293.

⁵⁵ „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; vgl. dazu Becker [Fn. 37], S. 231 ff.) demonstrieren: Nach dem weiten Technikbegriff wäre sie als technische Untersuchungsmethode anzusehen, nach dem engen Begriff dagegen nicht.

⁴⁹ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 1.

⁵⁰ BR-Drs. 655/07, Anl. S. 1.

⁵¹ BR-Drs. 655/07, Beschl. S. 1.

⁵² BR-Drs. 655/07, Beschl. S. 2.

⁵³ BGHSt 30, 105.

⁵⁴ Eschelbach, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, Stand: August 2005, § 362 Rn. 20; Gössel, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2003, § 362 Rn. 1; Loos, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozessor-

ordnung mit ihren zentralen Begriffen „Verdacht“, „Beschuldigter“, „Täter oder Teilnehmer“ gegenüber einer rechtskräftig freigesprochenen Person anwendbar? 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 Angeklagte sich zwar strafbar gemacht hat, die speziellen Anforderungen der zur Wiederaufnahme berechtigenden Delikte aber nicht erfüllt sind – Einstellung des Verfahrens, Verurteilung oder erneuter Freispruch?⁵⁶

Besondere Aufmerksamkeit verdient ein praktisches Problem, das die Zuordnung einer Tötungshandlung zu den Mordmerkmalen betrifft. Sie 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. Ihr 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.

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.

Im Übrigen ist durch kriminologische Untersuchungen nachgewiesen, dass die tatbestandliche Zuordnung von Tötungsdelikten im Verfahrensverlauf außerordentlich großen Schwankungen unterworfen ist und dass Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte über ein beträchtliches Maß an Defi-

nitionsmacht verfügen.⁵⁷ Das Gesetz entfaltet in der Praxis offenbar nur eine eingeschränkte Bindungswirkung. Auch diese praktische Unbestimmtheit steht der Einführung eines Wiederaufnahmegrundes entgegen, der es von der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag abhängig macht, ob in die grundrechtsgleich geschützte Rechtsposition eines rechtskräftig Freigesprochenen eingegriffen werden darf.⁵⁸

VI. Fazit

Die aufgezeigten Bedenken gegen den Reformvorschlag sollten Anlass dazu geben, von der beabsichtigten Neuregelung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten Abstand zu nehmen. Es ist verfehlt, aufgrund von Einzelfällen, die äußerst selten auftreten dürften, Eingriffe in die Grundstruktur des Rechts der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten vorzunehmen, die mit dem Grundgesetz nicht in Einklang zu bringen sind. Die rechtsstaatliche Gewährleistung formaler Rechtsgarantien, unter denen Art. 103 Abs. 3 GG einen besonders hohen Rang einnimmt, hat zur notwendigen Kehrseite, dass kriminalpolitisch möglicherweise unbefriedigende Ergebnisse in Kauf genommen werden.

⁵⁶ Da die Anordnung der Wiederaufnahme nach § 370 Abs. 2 StPO die Rechtskraft des Freispruchs beseitigt und das Verfahren in den Zustand zurückversetzt wird, in dem es sich vor dem Urteil befunden hat, ist wohl der Weg frei für eine Verurteilung unabhängig vom Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs. Eine denkbare Gegenposition würde darin bestehen, dass die Aufhebung der Rechtskraft nur für den Fall einer Verurteilung wegen der Delikte angenommen wird, die eine Wiederaufnahme ermöglichen. Freilich bliebe dann noch zu klären, ob der fortbestehenden Rechtskraft durch eine Verfahrenseinstellung, durch eine Bestätigung des Urteils oder durch einen erneuten Freispruch Rechnung zu tragen ist.

⁵⁷ Vgl. Arzt, in: Arzt/Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 2 Rn. 9 m.w.N.

⁵⁸ Vgl. zu den Bestimmtheitsanforderungen an Wiederaufnahmegründe Eschelbach (Fn. 54), § 362 Rn. 24.