

Wider die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten

Eine zu Recht unterbliebene Reform

Von Assessor **Simon Pabst**, Berlin*

Auf Initiative der Länder Nordrhein-Westfalen und Hamburg beschloss der Bundesrat am 20.12.2007 einen Gesetzesentwurf zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts. Demzufolge sollten die Möglichkeiten, ein rechtskräftig abgeschlossenes Strafverfahren zuungunsten eines Freigesprochenen wiederaufzunehmen, erweitert werden.¹ Ziel des Entwurfes war es, dass ein rechtskräftiger Freispruch auch dann aufgehoben werden kann, wenn eine später vorgenommene DNA-Analyse den Freigesprochenen belastet. Dies sollte jedoch nur gelten, wenn dem vormals Freigesprochenen Mord oder Völkermord vorgeworfen werden.

Zu dem Gesetzesentwurf führte der Rechtsausschuss des Bundestages am 18.3.2009 eine öffentliche Sachverständigenanhörung durch. Im Anschluss hieran wurde die Idee der Neuregelung fallen gelassen. Diese Entscheidung ist zu begrüßen und sollte Bestand haben.

I. Das Reformvorhaben

1. Überblick

§ 362 StPO, der vier Gründe für die Wiederaufnahme in malam partem (zuungunsten des Angeklagten) regelt, sollte ein fünfter Grund hinzugefügt werden. Nach § 362 Nr. 5 StPO-Entwurf (StPO-E) sollte 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“². Dies sollte jedoch nur in den Fällen „des vollendeten Mordes (§ 211 StGB), Völkermordes (§ 6 Völkerstrafgesetzbuch [VStGB]), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 VStGB) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 VStGB) oder einer mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahndenden vollendeten Anstiftung zu einer dieser Taten“³ gelten.

Für eine solche Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO-E sollte gemäß eines ebenfalls neu entworfenen § 370 Abs. 1 StPO-E notwendig sein, dass „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.“⁴

* Der Autor ist Assessor in Berlin. Für Kritik und überaus wertvolle Anregungen dankt er Herrn Prof. Dr. Claus Krefß (Universität zu Köln).

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts vom 20.12.2007, BR-Drs. 655/07 = BT-Drs. 16/7957 vom 30.1.2008. Im Folgenden wird aus der Bundestagsdrucksache zitiert.

² § 362 S. 1 Nr. 5 StPO-E, BT-Drs. 16/7957, S. 4.

³ § 362 S. 2 StPO-E, BT-Drs. 16/7957, S. 4.

⁴ § 370 Abs. 1 StPO-E, BT-Drs. 16/7957, S. 4.

Andernfalls sei der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ohne mündliche Verhandlung als unbegründet zu verwerfen.

2. Hintergrund

Anlass für die Gesetzesinitiative war ein Fall, der sich 1993 in Nordrhein-Westfalen zutrug. Ein Mann überfiel eine Videothek, fesselte die Mitarbeiterin und stülpte ihr eine Plastiktüte über den Kopf, die er mit Klebeband umwickelte. Hieran erstickte die Mitarbeiterin. Am 15.1.1997 wurde der Angeklagte wegen dieser Tat vom LG Düsseldorf wegen Mangels an Beweisen freigesprochen.⁵ Im Rahmen der routinemäßigen Überprüfung von Spuren aus ungeklärten Mordfällen wurden 2006 mit neuen Analysemethoden DNA-Spuren des Freigesprochenen an dem Klebeband gefunden. Mit der zur Tatzeit vorhandenen Technik war dies nicht möglich.

Der Entwurf der beiden von der CDU mitregierten Länder Nordrhein-Westfalen und Hamburg führt die Reformdebatte zur Wiederaufnahme im Strafverfahren fort, die durch zwei Gesetzesentwürfe der SPD-Bundestagsfraktionen aus der 12. und 13. Legislaturperiode⁶ angestoßen worden war. Inhaltlich weicht der neue Vorschlag jedoch deutlich von den Vorstößen der SPD ab. Diese hatten im Wesentlichen die Erleichterung einer Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten zum Ziel.⁷ Daneben war die Einführung eines Wiederaufnahmegrundes für Urteile, welche die EMRK verletzen, vorgesehen. Drittens war vorgeschlagen worden, die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten deutlich – nämlich auf Mord und Völkermord – zu beschränken.⁸ Dabei sollte § 362 StPO

⁵ Geschildert von der nordrhein-westfälischen Justizministerin bei der Begründung des Gesetzentwurfs vor dem Bundesrat; BR, Sten. Bericht, 837. Sitzung v. 12.10.2007, S. 341.

⁶ BT-Drs. 12/6219 vom 23.11.1993 und BT-Drs. 13/3594 vom 29.1.1996 – nahezu wortgleich. Anlass hierfür war das Wiederaufnahmeverfahren zugunsten Karl von Ossietzkys, welches 1992 seitens des BGH mit der Begründung abschlägig beschieden wurde, dem RG seien bei dem damaligen Urteil keine Tatsachenfehler unterlaufen.

⁷ Vgl. die Rede des Abgeordneten Jürgen Meyer bei der ersten Lesung des Entwurfes 13/3594 – 98. Sitzung, TOP 11 (S. 8793).

⁸ Das entscheidende Argument: „Darüber hinaus stellt ein aus Mangel an Beweisen erfolgter Freispruch kein Fehlurteil, sondern die von der Prozessordnung vorgesehene rechtmäßige Entscheidung dar, weshalb nicht wegen jeder nachträglich festgestellten Tatsache oder jedes erst nach dem Urteil entdeckten Beweismittels eine Wiederaufnahme des Verfahrens gestattet werden darf. Hinzu kommt, dass den staatlichen Strafverfolgungsbehörden im Unterschied zum Angeklagten vielfältige Mittel zur Sachverhaltsaufklärung und Beweismittelbeschaffung zur Verfügung stehen, so dass erwartet werden muss, dass alle den Angeklagten be- und entlastenden

durch eine Regelung ersetzt werden, die dem jetzt geforderten § 362 Nr. 5 StPO-E ähnelte. Anders als jetzt von Nordrhein-Westfalen und Hamburg befürwortet, wäre diese Regelung also nicht zu den bestehenden Gründen für eine Wiederaufnahme in *malam partem* hinzu-, sondern an ihre Stelle getreten.⁹

Der Gesetzesentwurf des Bundesrates reagierte auf in der Zwischenzeit erreichte Aufklärungserfolge durch DNA-Untersuchungen: „Technische Neuerungen der Beweisfindung müssen in engen Grenzen jedenfalls dann die Setzung neuer Akzente im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit rechtfertigen, wenn und soweit mit ihrer Hilfe derart eindeutige Nachweise der Täterschaft geführt werden können, dass vor dem Hintergrund der Tat und angesichts dieser Ergebnisse der Beweisführung das Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils zu schlechterdings – an der materiellen Gerechtigkeit zu messenden – unerträglichen Ergebnissen führen würde.“¹⁰ Dem liegt die Annahme zugrunde, mit neuen kriminaltechnischen Untersuchungsmethoden wie der forensischen DNA-Analyse im Nachhinein die Täterschaft eines Freigesprochenen belegen zu können.¹¹ Daher müsse man in dem „Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit einerseits und materieller Gerechtigkeit andererseits“, das für das Wiederaufnahmerecht kennzeichnend sei, dessen Elemente „neu austarieren“¹². Andernfalls würde „der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung“ durch einen „erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch“ nachhaltig gestört.¹³

3. Das einstweilige Scheitern der Reform

Im Anschluss an die am 18.3.2009 durchgeführte öffentliche Anhörung gab der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages keine Beschlussempfehlung ab und ließ das Reformvorhaben ruhen. Die mitregierende SPD-Fraktion war nicht gewillt, dem Entwurf zuzustimmen.

Zu erwarten ist jedoch, dass sich der Gesetzgeber – insbesondere unter der neuen Regierungskonstellation – künftig erneut mit diesem oder einem ähnlichen Vorschlag wird befassen müssen, wenn ein ähnlich gelagerter Fall wie der oben beschriebene die Öffentlichkeit beschäftigt.

II. Analyse

1. Verfassungsrechtliche Aspekte

§ 362 StPO stellt eine Ausnahme zu Art. 103 Abs. 3 GG, damit eine Durchbrechung des Verbotes der Mehrfachverfolgung (*ne bis in idem*) und mithin einen Eingriff in ein grundrechtsgleiches Recht dar. Dieser Eingriff wird mit dem Ar-

Tatsachen und Beweise bereits im ersten Verfahren beigebracht werden.“ (BT-Drs. 12/6219, S. 7).

⁹ Erfolg hatte der SPD-Entwurf nur dahingehend, dass der geforderte Wiederaufnahmegrund für Urteile, welche die EMRK verletzen, eingeführt wurde (§ 359 Nr. 6 StPO).

¹⁰ BT-Drs. 16/7957, S. 6.

¹¹ BT-Drs. 16/7957, S. 7.

¹² BT-Drs. 16/7957, S. 6.

¹³ BT-Drs. 16/7957, S. 7.

gument gerechtfertigt, schlechthin unerträgliche Ergebnisse bei Festhalten an der Rechtskraft des Urteils vermeiden zu können.¹⁴

a) Diskussionsstand in der verfassungsrechtlichen Literatur

Der verfassungsrechtlichen Literatur zufolge ist § 362 StPO aufgrund der Ausnahmestellung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten äußerst restriktiv auszulegen.¹⁵ Es folge aus der Menschenwürdegarantie, dass in Art. 103 Abs. 3 GG die formale Rechtssicherheit den Vorrang vor der materiellen Rechtmäßigkeit erhält, da andernfalls der Bürger stets „unter dem Damoklesschwert einer erneuten Strafverhandlung“ stünde und somit „zum Objekt staatlicher Gewalt und staatlichen Geschehens“ gemacht werde.¹⁶ Der bisherige § 362 StPO sei trotz des fehlenden Gesetzesvorbehaltes in Art. 103 Abs. 3 GG jedoch zulässig, da bei dessen Auslegung das bei Inkrafttreten des GG geltende Prozessrecht zu berücksichtigen sei.¹⁷ Eine Erweiterung der bestehenden Wiederaufnahmegründe in *malam partem* ist allerdings nach nahezu einhelliger Ansicht im Schrifttum unzulässig.¹⁸

¹⁴ Eschelbach, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, 40. Lfg., Stand: August 2005, § 362 Rn. 1; Schmidt, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 362 Rn. 1; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 55 Rn. 1.

¹⁵ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 30. Lfg., Stand: Dezember 1992, Art. 103 Rn. 270; Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 103 Rn. 47.

¹⁶ Schmidt-Aßmann (Fn. 15), Art. 103 Rn. 260 (Zitat von Dürig).

¹⁷ BVerfGE 2, 249 (252); Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 103 Abs. 3 Rn. 32. § 362 StPO stimmt im Wesentlichen mit der Regelung des § 402 RStPO von 1877 überein. Diese traditionellen Beschränkungen sind deshalb als immanente Schranken des Verfahrensgrundrechts aus Art. 103 Abs. 3 GG anzusehen. A.A.: Schmidt-Aßmann (Fn. 15), Art. 103 Rn. 262 ff., demzufolge Art. 103 Abs. 3 GG eine eigenständige und das einfache Verfahrensrecht überlagernde Funktion zukommt. § 362 StPO sei dennoch verfassungskonform, da er die materielle Gerechtigkeit als verfassungsrechtlich anerkannten Grundsatz schütze.

¹⁸ Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 103 Rn. 84; Schulze-Fielitz (Fn. 17), Art. 103 Abs. 3 Rn. 35; Nolte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Bd. 3 Art. 103 Rn. 222. Einschränkend Frister/Deiters, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 80. Lfg., Stand: Januar 2003, § 362 Rn. 4.

b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes

Das Bundesverfassungsgericht sieht § 362 StPO im permanenten Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit,¹⁹ stellt aber fest, dass die „Rechtssicherheit [...] von so zentraler Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit [sei], dass um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden [müsse].“²⁰ Das Gericht gibt in diesem Konflikt der Rechtssicherheit also ausdrücklich den Vorrang. Art. 103 Abs. 3 GG stehe aber „Grenzkorrekturen“ nicht entgegen, die aufgrund „neu auftauchender Gesichtspunkte, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten“, vorgenommen werden könnten.²¹

c) Position der Entwurfsverfasser und Kritik

Eben als eine derartige „Grenzkorrektur“ erachten die Initiatoren des Gesetzesentwurfes die vorgeschlagene Regelung²².

Gegen diese Annahme erheben sich jedoch Bedenken: Die DNA-Analyse bedeutet keine kriminalistische Revolution. Vielmehr setzt sich mit ihr lediglich der Prozess fort, in welchem sich seit der Mitte des 19. Jahrhunderts die kriminalistischen Methoden permanent verbessern.²³ Auch das seinerzeit ebenfalls als revolutionär geltende Verfahren der Daktyloskopie etwa wurde nicht zum Anlass genommen, das Strafverfahrensrecht zu ändern.²⁴ Mag jeder Entwicklungsfortschritt der Kriminalistik die Rekonstruktion des historischen Sachverhalts vereinfachen, so bleibt zweifelhaft, ob es sich hierbei jeweils um einen „neu auftauchenden Gesichtspunkt, der sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hat“, handelt.

Die Entwurfsverfasser bejahen dies unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes: Das „überlieferte Verständnis des Rechtssatzes ne bis in idem“ halte „keine verbindliche Auslegung durch die Rechtsprechung

bereit“²⁵. Dabei übersehen sie jedoch, dass die von ihnen herangezogene Entscheidung sich einzig mit einer Veränderung des Tatbegriffs befasst, einem für die strafrechtliche Wissenschaft und Rechtsprechung zentralen Gesichtspunkt, der nicht vergleichbar ist mit dem Auftreten einer neuen Beweisfindungsmethode.

Auch lesen die Entwurfsbefürworter aus den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes, Art. 103 Abs. 3 GG stelle nur eine „Basisgarantie“ dar, deren Kernbereich von § 362 Nr. 5 StPO-E nicht tangiert werde.²⁶ Diese „Basisgarantie“ beinhalte aufgrund des Rechtsstaatsprinzips neben dem Gebot der Rechtssicherheit auch das der materiellen Richtigkeit und Gerechtigkeit. Dabei verschließen sie jedoch die Augen davor, dass das Bundesverfassungsgericht bereits im 2. Band das Spannungsverhältnis zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit in Art. 103 Abs. 3 GG mit einer klaren Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit aufgelöst hat²⁷ und auch in dem herangezogenen Urteil die möglichen Grenzkorrekturen nur soweit zulässt, wie sie den Kern des Grundsatzes ne bis in idem nicht verletzen.²⁸ Dieser Kern liegt in dem Unterschied zwischen § 359 und § 362 StPO, der die Rechtssicherheit gegenüber der Gerechtigkeit dezidiert hervorhebt: § 359 StPO kennt Nova als Wiederaufnahmegrund, § 362 StPO kennt sie nicht – obschon die Ungerechtigkeit in einem Fall so groß sein kann wie in dem anderen.²⁹ Diesen Unterschied zu durchbrechen, wäre keine Grenzkorrektur mehr, wie sie das Bundesverfassungsgericht zugelassen hat.

Auch die Berufung der Entwurfsverfasser auf *Schmidt-Aßmann*³⁰ verfängt nicht, denn dieser bemerkt ausdrücklich „materiell dürfte mit den derzeitigen Wiederaufnahmegründen [...] die Grenze erreicht sein, die Art. 103 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber belässt“³¹.

2. Strafverfahrensrechtliche Aspekte

a) Freie Beweiswürdigung, § 261 StPO

Der Begründungsansatz des Gesetzesentwurfes fußt auf der Annahme, DNA-Analysen ließen aufgrund ihrer enormen Beweiskraft und Nachweissicherheit nahezu keinerlei Unsicherheiten hinsichtlich der Überführung des Angeklagten zu.³² Hierbei wird jedoch übersehen, dass Beweisaufnahmen,

¹⁹ BVerfGE 65, 377 (380).

²⁰ BVerfGE 2, 380 (403).

²¹ BVerfGE 56, 22 (34). Diese Leitlinie entwickelte das Bundesverfassungsgericht 1981 im Zusammenhang mit der Frage, wie der Begriff derselben Tat in Art. 103 Abs. 3 GG im Hinblick auf den damals neu eingeführten Tatbestand der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) zu interpretieren sei. 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“ ansehen.

²² BT-Drs. 16/7957, S. 6.

²³ *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (191).

²⁴ *Scherzberg/Thiëe*, ZRP 2008, 80 (81).

²⁵ Siehe Fn. 21.

²⁶ *Stoffers*, Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses zu der BT-Drs. 16/7957, S. 6.

²⁷ BVerfGE 2, 380 (403); *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (192).

²⁸ BVerfGE 56, 22 (35).

²⁹ Vgl. *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (548).

³⁰ BT-Drs. 16/7957, S. 6, mit Verweis auf *Schmidt-Aßmann* (Fn. 15), Art. 103 Rn. 264 ff.

³¹ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 15), Art. 103 Rn. 270.

³² Siehe Fn. 10, 11. In derselben Annahme: Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes (DRB) in einem Gutachten zum Thema „Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens“ im Auftrag des

Beweisführung und Beweiswürdigung zu den schwierigsten und zugleich fehleranfälligsten Bereichen eines Strafprozesses gehören. Zwar ist es für einen Tatrichter zulässig, aufgrund des Ergebnisses einer DNA-Analyse davon überzeugt zu sein, dass die am Tatort gesicherte DNA-Spur vom Angeklagten herrührt.³³ Die Grundidee der Gesetzesinitiatoren allerdings, neue kriminaltechnische Untersuchungsmethoden lieferten „eindeutige“ Ergebnisse zur Identifizierung von Tätern, verspricht weit mehr, als die Praxis hält.³⁴ Bei näherer Betrachtung fußt der Entwurf auf einem starken Wissenschafts- und Fortschrittsglauben, der im Fall der DNA-Analyse durch die forensische Praxis längst widerlegt ist. Erstens wird dies durch das so genannte „Phantom von Heilbronn“ belegt. Die Gen-Spuren vom Mord an einer Polizistin in Heilbronn im Jahre 2007 stammten nicht von einem Tatbeteiligten, sondern von einer Arbeiterin in einem Verpackungsbetrieb, die die Wattestäbchen verpackt hatte, mit der die Polizei DNA-Spuren entnahm. Zweitens lassen sich mittlerweile bereits DNA-Spuren fälschen, die als Rohmaterial für den genetischen Fingerabdruck dienen.³⁵

Doch auch abseits solcher Unwägbarkeiten kann selbst bei einer korrekt verlaufenen Analyse der Sachverständige nicht sagen, wie die am Tatort, am Tatopfer oder an Gegenständen des Verdächtigen aufgefundene DNA-Spur dorthin gelangt ist. So hat stets das Tatgericht die Frage zu beurteilen, ob zwischen der Spur und der Tat ein Zusammenhang besteht.³⁶ Es muss daher berücksichtigen, dass die DNA-Analyse lediglich eine statistische Aussage enthält, die eine Würdigung aller Beweismomente nicht überflüssig macht.³⁷ Im Gegenteil ist sogar vorstellbar, dass das Wissen, das eine DNA-Analyse zu liefern vermag, von dem Wissen, das die Strafverfolgungsbehörden nachträglich auch durch Beweismittel sonstiger, auch nichttechnischer Art erlangen können, noch übertroffen wird. Das ist etwa der Fall, wenn sich erst nach der Rechtskraft eines Freispruchs glaubwürdige Zeugen melden, die das Tatgeschehen beobachtet haben, wenn ein Tatzeuge, der im Verfahren von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, danach sein Schweigen bricht, wenn erst jetzt das Tatopfer oder die Tatwaffe gefunden werden oder wenn nunmehr eine Videoaufzeichnung des Tatherganges bekannt wird.³⁸

Indem der Entwurf aber DNA-Analysen als Tatsachen benennt, „die allein [...] zur Überführung des Freigesprochenen geeignet sind“³⁹, begibt er sich in eine Spannungslage zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO.

Bundesministeriums der Justiz von 2001, S. 68; *van Essen*, *Kriminalistik* 1996, 762 (764).

³³ BGH NJW 2009, 1159.

³⁴ *König*, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zu der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses zu der BT-Drs. 16/7957, S. 5.

³⁵ *Blawat*, *Süddeutsche Zeitung* v. 20.8.2009, S. 19.

³⁶ BGH NSTZ 1994, 554 f.

³⁷ BGHSt 38, 320 (Leitsatz).

³⁸ *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (191).

³⁹ § 362 S. 1 Nr. 5 StPO-E.

b) Struktur des Wiederaufnahmerechts

Anders als bislang, sollen Veränderungen der Beweislage zuungunsten des Freigesprochenen nunmehr zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens führen. Im geltenden § 362 StPO spielen solche Erwägungen keine Rolle. Zwar ermöglicht § 362 Nr. 4 StPO die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen im Falle eines nachträglichen Geständnisses, doch ist dieser Wiederaufnahmegrund nicht mit dem nunmehr geplanten vergleichbar, da er nicht die Interessen des Freigesprochenen gefährdet. Das nachträgliche Geständnis nämlich steht in seinem freien Willen. Rühmt sich ein Freigesprochener im Nachhinein des Verbrechen, so hat der historische Gesetzgeber hierin eine so große Gefahr für das allgemeine Rechtsbewusstsein gesehen, dass es ihm gerechtfertigt erschien, den Freigesprochenen ausnahmsweise erneut mit einem Strafverfahren zu überziehen. Anders als in der vorgeschlagenen Neuregelung kann der Freigesprochene also voraussehen, ob weitere staatliche Eingriffe auf ihn zukommen.⁴⁰ Die dem Reformvorschlag zugrunde liegende Annahme, der geplante Wiederaufnahmegrund sei mit dem des § 362 Nr. 4 StPO vergleichbar, erweist sich also als Fehlinterpretation. Vielmehr ist es eine Grundentscheidung des Gesetzgebers, dass derjenige, der durch ein rechtskräftiges Urteil freigesprochen wurde, auf den Bestand der Entscheidung und dementsprechend darauf vertrauen darf, nicht erneut wegen derselben Tat verfolgt zu werden.⁴¹ Andernfalls müsste er sich wegen desselben Vorwurfs zwei- oder gar mehrfach⁴² vor Gericht verantworten. Dies aber berührte den Kernbereich des Wiederaufnahmerechts, da ein Freispruch in einem Strafverfahren wegen Mord oder Völkermord praktisch wertlos würde.⁴³

c) Grundsatz der Waffengleichheit

Aus dem Rechtsstaatsprinzip, welches die Befürworter des Gesetzesentwurfes heranziehen, um ihre Initiative zu begründen, folgt das Recht auf ein faires Verfahren. Es handelt sich um einen allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatz, der sich aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ergibt und unter anderem die Waffengleichheit zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten nach Erhebung der öffentlichen Klage gewährleistet.⁴⁴ Die Rechte beider Akteure müssen daher entsprechend der Verschiedenheit ihrer Prozessrollen ausba-

⁴⁰ *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (579), die die Neuregelung daher mit freiheitstheoretischen Argumenten ablehnt.

⁴¹ *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188 (189); *Scherzberg/Thiëe*, ZRP 2008, 80 (81).

⁴² Der Entwurf sagt nichts darüber, wie oft ein Verfahren wiederaufgenommen werden kann. Einschränkend kann daher einzig die Tatsache wirken, dass auch „neue Beweismittel“ im Sinne des Entwurfes nach einer Wiederaufnahme verbraucht wären. Anschließend könnten jedoch erneut Nova gefunden werden und zu einer zweiten Wiederaufnahme führen.

⁴³ *Weber-Klatt*, Die Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten, 1997, S. 381.

⁴⁴ BVerfGE 38, 105 (111).

lanciert werden.⁴⁵ Ein Angeklagter wäre aber nach der Entwürfsregelung absurderweise bemüht, alle denkbaren ihm möglicherweise belastenden, aber noch nicht in die Hauptverhandlung eingeführten Beweismittel in das Verfahren einzubringen.

3. Praktikabilität

a) Unbestimmtheit

Der Entwurf kreierte durch seine sprachliche Ausgestaltung eine große Anzahl an Unklarheiten, indem er unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet. Die als notwendig erachteten Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme sind nicht zweifelsfrei feststellbar und würden daher zu unerträglich langen Streitigkeiten über ihr Vorliegen führen. Ob eine Untersuchungsmethode „neu“ ist und „bei Erlass des [letztinstanzlichen] Urteils [...] noch nicht zur Verfügung stand“, wird bei Fällen aus jüngerer bis mittlerer Vergangenheit so gut wie nie beweisbar sein. Wissenschaftliche Methoden entwickeln sich über einen langen Zeitraum. Wann es zu ihrem Durchbruch kam, so dass sie „zur Verfügung standen“, ist unklar. Auch soll die Untersuchungsmethode „wissenschaftlich anerkannt“ sein. Indes werden auch die Feststellung und die genaue zeitliche Fixierung einer wissenschaftlichen Anerkennung mit Schwierigkeiten behaftet sein. Schließlich bestünde wohl selbst über den im allgemeinen Sprachgebrauch verwurzelten Begriff der „Technik“ in § 362 Nr. 5 StPO-E Unklarheit.⁴⁶

b) Verfahrensverlauf

Fraglich ist auch, wie zu entscheiden wäre, wenn die neue Hauptverhandlung zum Ergebnis käme, dass der Angeklagte sich zwar strafbar gemacht hat, die speziellen Anforderungen der zur Wiederaufnahme berechtigenden Delikte aber (etwa wegen Fehlens eines Mordmerkmals) nicht erfüllt sind. Müsste das Verfahren eingestellt, der Angeklagte verurteilt oder erneut frei gesprochen werden?⁴⁷ Übersehen wird nämlich, 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.

Zudem zielt der Entwurf an der tatsächlichen Praxis vorbei. Die vorgesehene Begrenzung auf Fälle des Freispruchs

⁴⁵ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, Einl. Rn. 88.

⁴⁶ Marxen/Tiemann, ZIS 2008, 188 (193).

⁴⁷ Die Anordnung der Wiederaufnahme nach § 370 Abs. 2 StPO beseitigt die Rechtskraft des Freispruchs und versetzt das Verfahren in den Zustand zurück, in dem es sich vor dem Urteil befunden hat. Daher müsste wohl eine Verurteilung auch nach einem anderen Straftatbestand möglich sein. Um dies zu verhindern müsste die Aufhebung der Rechtskraft nur für jene Delikte gelten, die auch die Wiederaufnahme ermöglichen. Was das Ergebnis einer dann erneut erfolglos bleibenden Anklage wäre – Verfahrenseinstellung, Bestätigung des ersten Urteils oder ein zweiter Freispruch – wäre allerdings weiterhin unklar.

erfasst nur einen unwesentlichen Bruchteil aller möglicherweise als materiell ungerecht zu bewertenden Urteile. Weit häufiger, als ein Angeklagter gänzlich freigesprochen wird, wird er wohl aufgrund eines mitverwirklichten und nachweisbaren Bagatelldelikts zu einer geringen Strafe verurteilt.⁴⁸ In diesen Fällen greift das Gesetz ins Leere.⁴⁹

c) Rückwirkungsverbot

Auch muss sich der Gesetzesentwurf entgegen halten lassen, dass sein Anwendungsbereich nur im Falle künftiger Freisprüche eröffnet sein wird, nicht bei bereits ergangenen. In Bezug auf jene ist das Rückwirkungsverbot zu beachten. Zwar betrifft das absolute Rückwirkungsverbot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG grundsätzlich nur das materielle Strafrecht⁵⁰ und greift im Falle des hier vorliegenden Änderungsvorschlages daher nicht. Es ist allerdings ein Sonderfall des allgemeinen Rückwirkungsverbotes aus Art. 20 GG.⁵¹ Dieses ist hier einschlägig. Der Gesetzesentwurf würde in einigen wenigen Fällen zu einer erneuten Strafverfolgung führen, obgleich ein Freigesprochener eigentlich auf den Schutz des Grundsatzes ne bis in idem vertraut. Geschaffen würde somit eine Strafbegründung durch Prozessrecht, die einer materiell rückwirkenden Rechtsänderung gleichstünde.⁵² Insofern greift es in einen bereits festgestellten Tatbestand ein und stellt eine verbotene echte Rückwirkung im Sinne des Art. 20 GG dar.

Indem das neue Gesetz somit nicht auf Altfälle angewendet werden könnte, die DNA-Analyse bei Kapitalverbrechen aber mittlerweile stets eingesetzt wird, zielt der Entwurf an seinem eigentlichen Anlass vollkommen vorbei und könnte nur für die Zukunft denkbare entsprechende Konstellationen bei anderen neuartigen Methoden der Kriminalistik erfassen.

4. Rechtspolitische Bewertung

Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bedenken, der Schwierigkeiten innerhalb des strafprozessualen Systems

⁴⁸ Der Lehrbuchfall: Der Wilderer, der beim Wildern den Jäger erschießt (vgl. Roxin/Schünemann [Fn. 14], § 50 Rn. 13 ff.). Würde dieser zunächst wegen Beweismangels nur nach § 292 StGB verurteilt, käme eine Wiederaufnahme auch nach dem neuen Entwurf nicht mehr in Betracht.

⁴⁹ Stoffers (Fn. 26), schlägt daher vor, auch den verurteilten Angeklagten zu erfassen. Das soll allerdings nur gelten, wenn dieser im ersten Verfahren nicht wegen eines Verbrechens verurteilt wurde, da es ansonsten an einem unerträglichem Missverhältnis fehle.

⁵⁰ BVerfGE 25, 269 (285); 81, 132 (135).

⁵¹ Pieroth, in: Jarass/ders., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 103 Rn. 52.

⁵² Vgl. BVerfGE 113, 273 (308 ff.); Lüderssen/Jahn, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschn. M Rn. 49a. Etwas anderes besagt auch nicht BGH NJW 2009, 791 (Zur Verwertbarkeit von TKÜ-Zufallsfunden nach Rechtsänderung); im zu entscheidenden Fall war der Angeklagte von den Maßnahmen vor Rechtsänderung nicht unmittelbar betroffen.

sowie der fraglichen Praxistauglichkeit stellt sich die Frage, welche Argumente den Verfassern und Verfechtern des Entwurfes zur Seite stehen.

Es ist die Sehnsucht nach materieller Gerechtigkeit und konkret: Die Unerträglichkeit eines tatsächlich unbegründeten Freispruchs bei einer schwerwiegenden Anklage. Wer einen Mord begeht, verstößt gegen alle ethischen und moralischen Grundsätze und bringt in aller Regel eine menschenverachtende Haltung zum Ausdruck.

Das Postulat des Bundesverfassungsgerichtes, dass um der Rechtssicherheit willen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung unter Umständen in Kauf genommen werden müsse,⁵³ wird in dem Gesetzesentwurf daher umgekehrt: „Der hohe Wert eines Menschenlebens und die besondere Verwerflichkeit der Tat rechtfertigen es, dass in diesen Fällen Belange der Rechtssicherheit hinter der materiellen Gerechtigkeit zurücktreten. Der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung werden durch einen erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch wegen § 211 StGB, §§ 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.“⁵⁴ Ebenso sieht es der Deutsche Richterbund als schwer erträglich an, „einen Freispruch bei Mord/Völkermord nicht mehr korrigieren zu können, obwohl nachträglich sichere Beweismittel die Täterschaft einwandfrei festgestellt haben.“⁵⁵

Das Gefühl der Unerträglichkeit ist ein anerkanntes Argument. Deutlich wird dies etwa vor dem Hintergrund der Unverjährbarkeit von Mord und Völkermord. Bis 1965 verjährten diese Straftaten nach zwanzig Jahren. Dies wurde allerdings aufgegeben, um Täter von NS-Verbrechen nicht durch Nachlässigkeiten der Justiz zu begünstigen, was das Rechtsgefühl der Gesellschaft allgemein überfordert hätte.⁵⁶

a) Unerträglichkeit versus Vorverurteilung

Dem in dem Gesetzesentwurf angeführten Argument der Unerträglichkeit ist allerdings entgegen zu halten, dass eine Wiederaufnahme nach Maßgabe des Entwurfes bereits an eine endgültige Festlegung des Gerichts grenzt, da jeder begründete Zweifel ausgeschlossen sein muss.⁵⁷ Ein Verfahren mit Vorverurteilung wäre daher die unausweichliche Folge. Die Initiatoren bringen sich in einen unauflösbaren Widerspruch: Um im Bereich der verfassungsrechtlich vermeintlich zulässigen „Grenzkorrekturen“ zu bleiben, sind sie bemüht, nicht bereits aufgrund bloßer Vermutungen ein Wiederaufnahmeverfahren zuzulassen. Zu diesem Zwecke versuchen

sie, die Schwelle für eine Wiederaufnahme in § 370 Abs. 1 StPO-E bewusst hoch anzusetzen und fordern „dringende Gründe“⁵⁸. Hierdurch greift das Wiederaufnahmeverfahren aber der späteren Hauptverhandlung vor.

Als Behelf geben die Verfasser des Entwurfes an, ein Wiederaufnahmeverfahren könne nur eine summarische Prüfung sein.⁵⁹ Hiermit jedoch argumentieren sie ihrem eigenen Kernargument der Unerträglichkeit zuwider, wonach das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung „durch einen *erwiesenermaßen* ungerechtfertigten Freispruch beeinträchtigt“ sei und dass neue Beweise „*eindeutige* Nachweise der Täterschaft“ erbringen könnten.⁶⁰ Von einer summarischen Prüfung kann demnach keine Rede sei. Die vorgeschlagene Regelung kollidiert daher mit dem Prinzip der Gesamtwürdigung aller Beweise, der Unschuldsvermutung und dem Zweifelsatz.⁶¹ Diesen Grundsätzen das zwar erstrebenswerte, aber dennoch nur vage Ziel der materiellen Gerechtigkeit gegenüberzustellen und sie aufgrund dessen zu beschneiden, überzeugt nicht.

b) Schwelle der Unerträglichkeit

Eine Wiederaufnahme propter nova soll nur in den Fällen der unverjähren Straftaten des Mordes und Völkermordes möglich sein, da sich hierbei der unbedingte Sanktionswille des Gesetzgebers zeige.⁶² Dies erscheint zu schematisch, wenn zur Begründung entscheidend auf die Erschütterung des Gerechtigkeitsempfindens abgestellt wird. Denn eine solche Erschütterung liegt fern, wenn ersichtlich ist, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe – etwa wegen verminderter Schuldfähigkeit des Angeklagten – gar nicht in Betracht kommt. Die Staatsanwaltschaft müsste aufgrund des Legalitätsprinzips gleichwohl das Verfahren betreiben.⁶³ Umgekehrt gilt, dass, am Maßstab der Unerträglichkeit gemessen, deutlich mehr Straftatbestände aufgenommen werden müssten; etwa die übrigen vollendeten Schwurgerichtsdelikte (§ 74 Abs. 2 GVG), die in § 66b StGB genannten schweren Verbrechen⁶⁴ oder die Delikte, die den Haftgrund der Schwerstkriminalität begrün-

⁵³ Siehe Fn. 20.

⁵⁴ BT-Drs. 16/7957, S. 7.

⁵⁵ DRB-Gutachten (Fn. 32), S. 70. Er merkt jedoch an, solche Fälle seien ihm nicht bekannt; ein Zwang zur gesetzgeberischen Lösung bestehe daher nicht (Votum bei 6 Ja-Stimmen und 4 Enthaltungen).

⁵⁶ BT-Drs. 4/3494; Benda, Der Rechtsstaat in der Krise, 1972, S. 43 ff.

⁵⁷ Dies wird im Erstverfahren mit dem inhaltsarmen Eröffnungsbeschluss gerade vermieden.

⁵⁸ Eschelbach (Fn. 14), § 362 Rn. 64 geht davon aus, dass dieser Begriff dem Wahrscheinlichkeitsmaßstab des dringenden Tatverdachts entspreche.

⁵⁹ BT-Drs. 16/7957, S. 8 a.E.

⁶⁰ BT-Drs. 16/7957, S. 6; *Hervorhebung vom Verf.*

⁶¹ Eschelbach (Fn. 14), § 362 Rn. 66.

⁶² BT-Drs. 16/7957, S. 7. Der Gesetzesentwurf übersieht, dass gemäß § 5 VStGB nicht nur die im Gesetzesentwurf genannten, sondern auch die weiteren Straftatbestände des VStGB nicht der Verjährung unterliegen. Der gedankliche Ansatz der Unerträglichkeit bei unbedingtem Sanktionswillen wird demnach nicht konsequent verfolgt.

⁶³ Eschelbach (Fn. 14), § 362 Rn. 20; Gössel, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl. 1997, § 362 Rn. 1; Schmidt (Fn. 14) § 362 Rn. 4. A.A.: Meyer-Göfner (Fn. 45), § 362 Rn. 1; Marxen/Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 2. Aufl. 2006, Rn. 293.

⁶⁴ Schöch, Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses zu der BT-Drs. 16/7957, S. 3.

den.⁶⁵ 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. Das Gerechtigkeitsempfinden in der Bevölkerung ist hier ebenso nachhaltig erschüttert wie bei Mord oder Völkermord.⁶⁶ Gerade mit den neuen Möglichkeiten der DNA-Analyse sind neue Erkenntnisse im Bereich schwerster Sexualdelikte sehr wahrscheinlich.⁶⁷ Die neuen kriminaltechnischen Verfahren entfalten hierbei sogar deutlich mehr Wirkung, da sie unter Umständen direkte Hinweise auf eine Täterschaft geben können.⁶⁸

Zwar kommt das Recht – wie beispielsweise die Verjährungsregeln plastisch zeigen – nicht ohne Schematisierungen aus. Doch Unerträglichkeit passt in kein Schema. Sie ist kein Rechtsbegriff, sondern eine Befindlichkeit und als solche nicht empirisch überprüfbar. Um sie als Kriterium heranziehen zu können, müsste sie normativ konkretisiert werden.⁶⁹ Sie an die Unverjährbarkeit zu knüpfen, ist hochselektiv und willkürlich. Nur weil die Unverjährbarkeit von Mord und Völkermord ebenfalls aufgrund des Wunsches nach materieller Gerechtigkeit⁷⁰ eingeführt wurde, kann sie in dem hier in Rede stehenden Gesetzesentwurf nicht als Argument herangezogen werden.

c) Rechtsvergleich

Im von der Bundesrepublik Deutschland am 11.12.2000 ratifizierten Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) fanden zahlreiche deutsche Vorschläge ihren Niederschlag.⁷¹ Die Notwendigkeit eines Wiederaufnahmetatbestandes zuungunsten des Angeklagten wurde jedoch weder von deutscher Seite noch von der eines anderen Staates gesehen. So gewährleistet Artikel 20 IStGH-Statut den Grundsatz *ne bis in idem* ohne einen derartigen Vorbehalt. Obschon die in dem Gesetzesentwurf aufgeführten Tatbestände des Völkermordes, des Verbrechens gegen die Menschlichkeit und des Kriegsverbrechens gegen eine Person im IStGH-Statut zentrale Rollen einnehmen, sahen die Unterzeichnerstaaten nicht die Notwendigkeit einer Wiederaufnahmeregelung im Falle eines einmal erfolgten Freispruches. Dies wohlgermerkt vor dem Hintergrund, dass in der Schaffensphase des Statuts die technischen Möglichkeiten der DNA-Analyse wohlbekannt waren.

⁶⁵ *Stoffers* (Fn. 26), S. 4.

⁶⁶ *Eschelbach* (Fn. 14), § 362 Rn. 65.

⁶⁷ *van Essen*, *Kriminalistik* 1996, 762 (765).

⁶⁸ Allerdings kann sich auch bei Vergewaltigungen herausstellen, dass der genetische Fingerabdruck eines Angeklagten im Wege des einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs auf das Opfer gekommen ist, das eigentliche Verbrechen jedoch von einem anderen begangen wurde. Auch hier kann daher die DNA-Analyse niemals alleiniges Beweismittel sein.

⁶⁹ *Grünwald*, *ZStW* 120 (2008), 545 (574).

⁷⁰ Siehe oben Fn. 56.

⁷¹ *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. 2007, Rn. 299.

In allen EU-Mitgliedstaaten ist der Grundsatz des *ne bis in idem* anerkannt.⁷² Einige Strafverfahrensordnungen kennen die diesen Grundsatz einschränkende Wiederaufnahme in *malam partem*,⁷³ und von diesen wiederum einige – etwa die österreichische StPO⁷⁴ – die Wiederaufnahme *propter nova*.⁷⁵ Die Grenze zieht hierbei die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 4 Nr. 2 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK, wonach das gleiche tatsächliche Verhalten unter einem gleichartigen rechtlichen Vorwurf nicht erneut strafrechtlich verfolgt werden darf.⁷⁶ Nur wirklich neue Fakten und Beweise sollen eine Wiederaufnahme begründen, damit die Staatsanwaltschaft nicht durch die erneute Anklage eines aus ihrer Sicht unbefriedigenden Verfahrens zu einer Art Superrevisionsinstanz werden kann.⁷⁷ Diese Leitlinie sowie die englische Diskussion um eine Wiederaufnahme in *malam partem*⁷⁸ sollten den deutschen Reformbestrebungen ein Vorbild geben, sich nicht an den wenigen Ausnahmen zu orientieren, die eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten aufgrund neuer Beweise zulassen.

Gänzlich unbekannt ist eine Wiederaufnahme in *malam partem* in den USA,⁷⁹ wo das Verbot des mehrfachen Vorgehens des Staates gegen seine Bürger in derselben Sache zu den Grundlagen des rechtsstaatlichen Verfahrens gehört.⁸⁰ Auch bei der Schaffung der Europäischen Grundrechte-Charta wurde eine solche Regelung bewusst nicht aufgenommen.⁸¹

Zwar muss sich eine rechtsvergleichende Betrachtung auf diesem Gebiet entgegen halten lassen, dass die Übertragbarkeit der Argumentationsmuster nicht durchweg zu gewährleisten ist. Der Grund hierfür ist insbesondere in der Unterschiedlichkeit der Tatbegriffe zu finden. Doch liefert die Rechtsvergleichung immerhin einen Fingerzeig dahin, dass die geltende Rechtslage nicht als unerträglich gewertet werden muss.

⁷² *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 52.

⁷³ Vgl. *Swoboda*, *HRRS* 2009, 188 (191).

⁷⁴ § 355 Nr. 2 österr. StPO. Eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen ist sogar bei neuen Beweismitteln möglich, die bereits vorhanden, aber dem Ankläger unbekannt waren (*Fabrizy*, *Die österreichische Strafprozessordnung*, Kommentar, 9. Aufl. 2004, § 355 Rn. 2).

⁷⁵ *Swoboda*, *HRRS* 2009, 188 (193).

⁷⁶ *Gollwitzer*, in: *Rieß* (Fn. 63), 25. Aufl. 2004, MRK Art. 6/Art. 14 IPBPR Rn. 276.

⁷⁷ *Pravednaya .I.* Russland, EGMR Nr. 65929/01, Urt. v. 18.11.2004. *Scherzberg/Thiëe*, *ZRP* 2008, 80 (83) halten ein solches Vorgehen der Staatsanwaltschaft auch in Deutschland für möglich, sollte der Gesetzesentwurf angenommen werden.

⁷⁸ Ausführlich: *Swoboda*, *HRRS* 2009, 188 (193 ff.).

⁷⁹ *Schmidt* (Fn. 14), § 362 Rn. 2.

⁸⁰ 5. Zusatz zur Verfassung der USA.

⁸¹ *Alber*, in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommmentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 50 Rn. 2.

d) Wiederholungsgefahr

Neben der Unerträglichkeit zieht die Gesetzesbegründung Belange der Sicherheit in Betracht.⁸² Finden sich Beweise, die die Täterschaft des Freigesprochenen zweifelsfrei belegen, erscheint es den Verfassern als „zwangsläufig“, dass es etwa im Hinblick auf eine mögliche Tatwiederholung zu einer Beunruhigung der Bevölkerung käme, wenn die Justiz hieraus keine Konsequenzen zöge.⁸³ Ob das Strafprozessrecht sicherheitspolitischen Erwägungen dieser Art Rechnung tragen und damit präventiv-polizeiliche Züge annehmen soll, kann nur im Rahmen einer offen geführten rechts- und innenpolitischen Debatte erörtert und entschieden werden. Eine solche These ganz am Ende einer Gesetzesbegründung gleichsam als Annex aufzustellen, wird der dahinter stehenden politischen Grundsatzentscheidung nicht gerecht.

IX. Fazit

Der Reformvorschlag des Bundesrates zur Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ist zu Recht verworfen worden. Die verfassungs- und strafverfahrensrechtlichen Einwände sowie die mangelnde Praktikabilität wiegen so schwer, dass davon abzuraten ist, den Entwurf zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufzugreifen. Unerträgliche Störungen des Rechtsfriedens sind aufgrund der gegenwärtigen Rechtslage nicht zu befürchten.

⁸² BT-Drs. 16/7957, S. 7 a.E.

⁸³ In der Tat zu Beunruhigung in der Bevölkerung kam es im Frühjahr 2009 in der Bevölkerung der Ortschaft Heinsberg-Randerath. Anlass war der Fall eines aus der Haft entlassenen, aber laut eines im Vollzug angefertigten Gutachtens noch als gefährlich geltenden Sexualstraftäters. Zwar wäre dieses Vorkommnis nicht mit der geplanten Regelung zu verhindern gewesen, da die Entlassung nicht aufgrund eines Freispruches, sondern nach verbüßter Straftat erfolgte. Die im Anschluss daran geforderte Verschärfung des Rechts der nachträglichen Sicherungsverwahrung zeigt allerdings auf, wie ähnlich diese der nachträglichen Wiederaufnahme der Grundidee nach ist und lässt daher befürchten, dass auch das Wiederaufnahmerecht zuungunsten des Angeklagten immer weiter verändert würde, so wie dies im Recht der Sicherungsverwahrung der Fall ist.