

Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zum
Gesetzentwurf einer Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts
(BT-Drucks. 16/7957)

erarbeitet vom

Strafrechtsausschuss
der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin, Vorsitzender

Rechtsanwalt Dr. Alfred Dierlamm, Wiesbaden (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Thomas C. Knierim, Mainz

Rechtsanwalt Dr. Daniel Krause, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Matt, Frankfurt am Main

Rechtsanwältin Anke Müller-Jacobsen, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Eckhart Müller, München

Rechtsanwalt Dr. Tido Park, Dortmund

Rechtsanwalt Thilo Pfordte, München

Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen

Rechtsanwältin Dr. Anne Wehnert, Düsseldorf

Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Joachim Weider, Frankfurt am Main

Rechtsanwalt und Notar Dr. Jochen Heidemeier, Stolzenau

Rechtsanwalt Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

März 2009

BRAK-Stellungnahme-Nr. 7/2009

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Bundesverband der Freien Berufe

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Deutscher Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Institut der Wirtschaftsprüfer

Deutscher Anwaltverein

Deutscher Notarverein

Deutscher Richterbund

Deutscher Juristinnenbund

Bundevorstand Neue Richtervereinigung

Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

I.

Nach Art. 1 Ziff. 1 des Gesetzesentwurfs soll in § 362 StPO ein fünfter Wiederaufnahmegrund eingefügt werden (§ 362 Nr. 5 StPO-E). Die Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten soll danach zulässig sein, „wenn auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden, die bei Erlass des Urteils, in dem die dem Urteil zugrundeliegenden 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“. Dies soll nach Satz 2 „nur in Fällen 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“ gelten. Zusätzlich soll durch eine Änderung der Vorschrift des § 370 StPO bestimmt werden, dass ein Antrag nach § 362 Nr. 5 StPO-E als unbegründet verworfen wird, wenn „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“.

Der Gesetzesentwurf ist abzulehnen. Er begegnet durchgreifenden strafprozessualen Bedenken. Der Gesetzesentwurf verstößt überdies gegen Verfassungsrecht, insbesondere gegen Art. 103 Abs. 3 GG („ne bis in idem“).

II.

1. Strafprozessuale Bedenken

a) § 362 Nr. 5 StPO-E als Bruch im System des Wiederaufnahmerechts

Die StPO unterscheidet zwischen der günstigen (§ 359 StPO) und der ungünstigen (§ 362 StPO) Wiederaufnahme. Die Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten ist zum einen wegen eines manipulierten Verfahrens (§ 362 Nr. 1-3 StPO), zum anderen wegen eines vom Freigesprochenen abgelegten glaubwürdigen Geständnisses (§ 362 Nr. 4 StPO) möglich. Eine Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel ist hingegen im Unterschied zur günstigen Wiederaufnahme (§ 359 Nr. 5 StPO) nicht zulässig.

Bei der Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten räumt § 362 StPO dem Interesse des rechtskräftig Abgeurteilten, wegen derselben Tat nicht mehrfach mit einem Strafverfahren überzogen zu werden, grundsätzlich den Vorrang vor dem Ziel einer gerechten Bestrafung ein. Ein Angeklagter soll die Leiden, die mit einem Prozess einhergehen, nur einmal erdulden müssen, also durch das rechtskräftige Urteil vor weiteren Unannehmlichkeiten von Seiten der Justiz geschützt sein (vgl. nur von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rn 176).

Dieser Grundsatz erfährt nur in eng begrenzten Ausnahmefällen Durchbrechungen, wenn sich nach Rechtskraft des Urteils herausstellt, dass Beweismittel bzw. das Verfahren manipuliert waren oder der rechtskräftig Freigesprochene ein glaubwürdiges Geständnis ablegt.

Die strukturelle Gemeinsamkeit der Wiederaufnahmegründe zu Ungunsten des Angeklagten besteht darin, dass sie sich dem Verantwortungsbereich des Angeklagten zuweisen lassen. Bei den Wiederaufnahmegründen propter falsa (§ 362 Nr. 1-3 StPO) ist dies der Fall, weil das Verfahren in rechtswidriger Weise beeinflusst wurde. Dass hiernach nicht gefordert wird, dass der Angeklagte selbst sich der strafrechtlich relevanten Beeinflussung schuldig gemacht hat, ist lediglich Gründen der Praktikabilität geschuldet. Der Nachweis der persönlichen Zurechenbarkeit der Manipulation wird durch eine entsprechende unwiderlegliche Vermutung ersetzt (so Grünewald ZStW 120 (2008), 545, 575 m.w.N. aus den Motiven des Gesetzgebers). Auch der Wiederaufnahmegrund des Geständnisses (§ 362 Nr. 4 StPO) fällt in den Verantwortungsbereich des Angeklagten, der den Rechtsfrieden dadurch gefährdet, dass er das Vertrauen in die Richtigkeit der Entscheidung zerstört (Grünewald, ZStW 120 (2008), 545, 577). In diese Systematik der Wiederaufnahmegründe lässt sich § 362 Nr. 5 StPO-E nicht einfügen, denn die aufgrund neuer Untersuchungsmethoden gewonnenen Erkenntnisse sind gerade nicht dem Angeklagten zuzurechnen. Es fällt nicht in seinen Verantwortungsbereich, dass die kriminaltechnische Entwicklung im Zeitpunkt des früheren Strafverfahrens noch nicht soweit fortgeschritten war, dass er hätte überführt werden können.

Wenn die Entwurfsverfasser zur Rechtfertigung des neuen Wiederaufnahmegrundes darauf hinweisen, dass auch das glaubhafte Geständnis im Sinne des § 362 Nr. 4 StPO ein Fall sei, in dem bereits de

lege lata eine Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten wegen eines Novums möglich sei (BT-Drucksache 16/7957, S. 1), so vermag dies nicht zu überzeugen. Ein Geständnis ist nicht etwa deshalb das einzige Novum, das eine ungünstige Wiederaufnahme ermöglicht, weil es ein besonders gutes Beweismittel wäre, sondern weil sich der Freigesprochene nicht ungestraft der Tat berühen können soll (vgl. nur Marxen/Tiemann ZIS 2008, 188, 189; Scherzberg/Thiée ZRP 2008, 80, 82; SK/Frister/Deiters, § 362 Rn 1; Schwarze, Archiv des Criminalrechts, 1951, 554, 583). Dass es hierbei nicht um die besondere Beweiskraft eines Geständnisses geht, zeigt auch die nachfolgende Erwägung: Wird ein Video, auf dem der Angeklagte vor seiner Freisprechung ein glaubhaftes Geständnis abgelegt hat, nach Rechtskraft aufgefunden, vermag dies keine Wiederaufnahme zu seinen Ungunsten zu begründen, obgleich es keine mindere Beweiskraft hat als ein nach der Freisprechung abgelegtes Geständnis. Allein eine neue Tatsache, selbst ein vor Freispruch aufgenommenes Bekennervideo, kann de lege lata keine ungünstige Wiederaufnahme begründen.

Die geplante Neuregelung lässt sich in das systematische Gefüge des geltenden Wiederaufnahmerechts nicht einordnen. Der historische Gesetzgeber hat aus zutreffenden Erwägungen davon abgesehen, die Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten aufgrund besserer Erkenntnismöglichkeiten wegen neuer Tatsachen und Beweismittel einzuführen. Gerade dieser gesetzgeberischen Wertentscheidung würde die Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO-E zuwiderlaufen.

b) Zu der Grundannahme, dass eine DNA-Analyse „allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen zur Überführung des Freigesprochenen geeignet ist“

Der Reformvorschlag beruht auf der Grundannahme, dass eine DNA-Analyse „allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen zur Überführung des Freigesprochenen geeignet ist“.

(1) Zur Unmöglichkeit der Überführung des Freigesprochenen *allein* mit Hilfe einer DNA-Analyse

Es ist unbestritten, dass sich die Untersuchungsmethoden im Bereich der DNA-Analyse in den letzten Jahren erheblich weiterentwickelt haben. Auch ist nicht zu bestreiten, dass eine DNA-Analyse in einem Strafverfahren einen erheblichen Indiz- oder Beweiswert haben kann. Andererseits ist davor zu warnen, die Möglichkeiten einer DNA-Analyse im Strafprozess zu überschätzen.

Eine DNA-Analyse allein ist nie ein Beweis für die Täterschaft des Freigesprochenen. Mit einer DNA-Analyse wird lediglich eine Wahrscheinlichkeitsaussage darüber getroffen, dass das DNA-Muster A mit dem DNA-Muster B übereinstimmt oder nicht übereinstimmt. Eine Musterübereinstimmung bedeutet aber noch keine gesicherte Information über die Aufklärung der Straftat. Der konkrete Tat- und Täterbezug kann und muss erst durch weitere kriminalistische Ermittlungshandlungen festgestellt werden. Um die kriminalistische Relevanz einer DNA-Spur bestimmen zu können, muss diese mit anderen Ermittlungsergebnissen (z.B. Begehungsweise, Täterverhalten, Opferverhalten, Verhalten Unbeteiligter) in Beziehung gesetzt werden (vgl. hierzu Ackermann/Clages/Roll, Handbuch der Kriminalistik, 3. Auflage 2007, Kapitel X Rn 68, 70; German Kriminalistik 1997, 673, 676). Eine DNA-Spur kann andere kriminalistische Mittel somit nicht ersetzen, sondern allenfalls ergänzen. Die erstgenannte Alternative des § 362 Nr. 5 StPO-E hat damit keinen relevanten Anwendungsbereich.

(2) Überführung des Freigesprochenen mit einer DNA-Analyse „in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen“

Auch soweit der Gesetzesentwurf davon ausgeht, dass die Überführung des Freigesprochenen mit Hilfe einer DNA-Analyse „in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen“ möglich sei, bestehen Bedenken. Ausgangspunkt ist die Vorstellung, dass die DNA-Analyse oftmals das letzte Puzzlestück ist, dessen es zur Tataufklärung bedarf. Aus polizeilich-kriminalistischer Sicht ist

hiergegen wenig einzuwenden. Anders liegt es im Wiederaufnahmeverfahren. Offenbar sind die Entwurfsverfasser davon ausgegangen, dass dem Gericht im Wiederaufnahmeverfahren nach § 362 Nr. 5 StPO-E die früher erhobenen Beweise präsent sind, gleichsam wie ein nicht vervollständigtes Puzzle, wobei nun die Ermittlungsbehörden den DNA-analytischen Befund als letztes Puzzlestück präsentieren, so dass sich das Bild zusammenfügt und der freigesprochene Täter in einer neuen Hauptverhandlung mit hoher Wahrscheinlichkeit verurteilt werden kann (vgl. § 370 Abs. 1 StPO-E).

Dass dies fragwürdig ist, ergibt sich schon daraus, dass es keine prozessual abgesicherte und zugängliche Erkenntnisquelle darüber gibt, welche Beweismittel mit welchen Beweisergebnissen bereits früher erhoben wurden.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass eine personelle Diskontinuität bei den beteiligten Richtern bestehen muss (vgl. § 23 Abs. 2 StPO) und bei den beteiligten Staatsanwälten herbeigeführt werden sollte (Ziff. 170 Abs. 1 RiStBV). Dies begründet die Notwendigkeit, die frühere Beweislage anhand der Akten zu ergründen. Es mag zunächst naheliegend erscheinen, auf die Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft und den Erkenntnisstand der Polizei zurückzugreifen. Allerdings ergibt sich aus Wortlaut und systematischer Struktur des § 362 Nr. 5 StPO-E, dass gerade auf die Beweislage bei „Erlass des Urteils, in dem die dem Urteil zugrundeliegenden Feststellungen letztmalig geprüft werden konnten“ abzustellen ist. Hierfür geben die Ermittlungsakten und die Unterlagen der Polizei keine tragfähige Grundlage.

Bedenklich wäre auch, auf die in den Urteilsgründen dargestellte Tatsachen- und Beweislage abzustellen. Die Urteilsgründe des freisprechenden Urteils dürften oft zu knapp sein, um die erforderlichen kriminalistischen Bewertungen vornehmen zu können. Bedenken bestehen auch deshalb, weil der Angeklagte inhaltlich falsche Feststellungen tatsächlicher Art mangels Beschwer nicht mit Rechtsmitteln angreifen kann.

Mithin geht die Vorstellung der Entwurfsverfasser fehl, dass das Wiederaufnahmegericht Zugriff auf die früheren Beweismittel hat und

nur prüfen muss, ob die DNA-Analyse das letzte Puzzlestück ist, das das Bild zusammenfügt. Es besteht allenfalls ein diffuses, unklares und prozessual nicht abgesichertes Bild der früheren Beweislage.

c) Wann ist eine Untersuchungsmethode „neu“?

§ 362 Nr. 5 StPO-E knüpft an die Neuheit einer Untersuchungsmethode an. Dabei bleibt offen, wann eine Untersuchungsmethode „neu“ ist. In der Entwurfsbegründung wird lediglich darauf hingewiesen, dass „Tatsachen und Beweismittel auch dann neu sind, wenn die zugrundeliegende Untersuchungsmethode zwar bekannt war, aufgrund mangelnder wissenschaftlicher Anerkennung jedoch noch nicht zu gerichtsverwertbaren Beweisen führen konnte, diese wissenschaftliche Anerkennung jedoch mittlerweile vorliegt“ (BT-Drucksache 16/7957, S. 6). Gleiches soll nach der Entwurfsbegründung gelten, wenn „die Untersuchungsmethode zwar im Grundsatz bekannt war, aufgrund ihrer Verfeinerung oder Verbesserung aber erst jetzt zu verwertbaren Beweisen geführt hat“ (BT-Drucksache 16/7957, S. 6).

Die Regelung würde zu erheblichen Anwendungsproblemen in der Praxis führen. Oft ist nicht einmal für Experten sicher abzuschätzen, ob eine Untersuchungsmethode wissenschaftlich anerkannt ist. Selbst bei etablierten Untersuchungsmethoden gibt es stets kritische Stimmen, so dass nur in seltenen Fällen Übereinstimmung im Hinblick auf die wissenschaftliche Anerkennung zu erzielen sein dürfte.

Ebenso wenig lässt sich sicher abgrenzen, unter welchen Voraussetzungen „Verbesserungen“ oder „Verfeinerungen“ anzunehmen sind. Wann ist ein Entwicklungsschritt ausreichend groß, um die Neuheit der Untersuchungsmethode anzunehmen? So ist offen, ob die Entwicklung der DNA-Analysetechnik von der RFLP-Untersuchungsmethode zur PCR-Methode eine Neuerung im Sinne des § 362 Nr. 5 StPO-E darstellt.

Aufgrund der Unsicherheiten in der Anwendung der Vorschrift ist zu befürchten, dass in der gerichtlichen Praxis der bloße Rückschluss von der Neuheit der Tatsachen und Beweismittel auf die Neuheit der Untersuchungsmethode erfolgt, solange bei dieser nur die geringste Fortentwicklung auszumachen ist. Wenn es aber maßgeblich nur auf die Neuheit der Beweismittel und Tatsachen ankommt, ist die Rechtspraxis

faktisch bei einer nicht an weitere Bedingungen geknüpften ungünstigen Wiederaufnahme propter nova angelangt.

d) Wann liegt ein „Fall des vollendeten Mordes“ vor?

Auch die Regelung der Katalogtaten in § 362 S. 2 StPO-E begegnet Bedenken.

So ist offen, auf welchen Zeitpunkt es bei der Beurteilung der Tat ankommen soll. Wie ist der Fall zu beurteilen, in dem das Opfer während des gesamten Erkenntnisverfahrens (wegen versuchten Mordes) im Koma lag, nun aber an den Folgen der vom Täter zugefügten Verletzungen verstorben ist?

Unklar ist weiterhin, wie sich Änderungen in der rechtlichen Beurteilung im Wiederaufnahmeverfahren auswirken. Wenn sich im Probationsverfahren herausstellt, dass lediglich eine weniger schwerwiegende Tat in Betracht kommt, ist offen, ob in diesem Fall der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 370 Abs. 1 StPO als unbegründet verworfen werden muss. § 370 Abs. 1 StPO-E verhält sich nicht dazu und nimmt auch die Katalogtaten nicht in Bezug, sondern stellt nur darauf ab, dass dringende Gründe für eine Verurteilung des Freigesprochenen vorhanden sein müssen. Auch in der Hauptverhandlung kann sich die Beurteilung der Tat ändern. Einerseits wäre es schwer nachvollziehbar, wenn der ursprünglich Freigesprochene, dem sich „nur“ ein Totschlag nachweisen ließe, am Ende der öffentlichen Hauptverhandlung erneut freigesprochen würde. Andererseits würde die Hürde des § 362 S. 2 StPO-E, dass ein Mord vorliegen muss, eingeebnet, wenn man in der neuen Hauptverhandlung auch eine Verurteilung wegen eines weniger schwerwiegenden Delikts zuließe (vgl. Marxen/Tiemann ZIS 2008, 188, 194).

Problematisch ist auch, wann eine mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahndende vollendete Anstiftung zu einer der Katalogtaten vorliegt (vgl. § 362 S. 2 StPO-E). Erhebliche Anwendungsprobleme ergeben sich im Hinblick auf die Vorschrift des § 28 Abs. 1 StGB. Im Wiederaufnahmeverfahren muss entschieden werden, ob beim Anstifter ein Mordmerkmal der ersten oder dritten Gruppe vorliegt. Wenn dies zu verneinen ist, dürfte wegen § 28 Abs. 1 StGB keine Wiederaufnahme erfolgen. Gerade bei den subjektiven Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe

gestaltet sich die Beurteilung ihres Vorliegens oder Nichtvorliegens beim Teilnehmer oftmals schwierig, so dass erhebliche Anwendungsprobleme in der Praxis zu erwarten sind.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken

a) Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG

(1) Schutzbereich

Der in Art. 103 Abs. 3 GG normierte Grundsatz ne bis in idem begrenzt den staatlichen Strafanspruch im Interesse des Rechtsfriedens und um der Freiheit und Würde der Betroffenen Willen: Freigesprochene und Bestrafte sollen nicht ständig damit rechnen müssen, erneut verfolgt und belangt zu werden. Art. 103 Abs. 3 GG beinhaltet nicht nur ein Verbot erneuter Bestrafung, sondern auch ein Verbot erneuter Strafverfolgung nach rechtskräftigem Freispruch (BVerfGE 12, 62, 66; 65, 377, 381; von Münch/Kunig, Art. 103 Rn 36; Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 103 III Rn 12 m.w.N.). Mit der Regelung des Art. 103 Abs. 3 GG hat der Verfassungsgeber das Spannungsverhältnis zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zugunsten der letzteren aufgelöst (vgl. nur von Mangoldt/Klein/Starck/Nolte, Art. 103 Rn 180).

(2) Vereinbarkeit der geltenden Wiederaufnahmegründe zu Ungunsten des Angeklagten mit Art. 103 Abs. 3 GG

Die bestehenden Wiederaufnahmegründe zu Ungunsten des Angeklagten in § 362 StPO stehen zunächst in Widerspruch zu Art. 103 Abs. 3 GG. Dieser Widerspruch wird dadurch behoben, dass Art. 103 Abs. 3 GG historisch dahingehend ausgelegt wird, dass die überkommenen Wiederaufnahmegründe verfassungsrechtlich anerkannt sind (vgl. BVerfGE 3, 248, 252; Scherzberg/Thiée ZRP 2008, 80, 81). Der Verfassungsgeber wollte das bestehende Wiederaufnahmerecht mit Art. 103 Abs. 3 GG nicht aufheben, sondern daran anknüpfen.

(3) § 362 Nr. 5 StPO-E als verfassungswidrige Erweiterung der bestehenden Wiederaufnahmegründe zu Ungunsten des Angeklagten

Da die bestehenden Wiederaufnahmegründe zu Ungunsten des Freigesprochenen nur deshalb verfassungsrechtlich legitimiert werden können, weil der Verfassungsgeber an die vor Erlass des Grundgesetz bestehende Gesetzeslage anknüpfen wollte, ist eine Ausweitung der Wiederaufnahmegründe abzulehnen (Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 103 III Rn 32; Sachs/Degenhart, Art. 103, Rn 90; von Münch/Kunig, Art. 103 Rn 47; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, Art. 103 III Rn 270; Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 1989, § 156 Rn 72).

Die Entwurfsverfasser weisen auf die Entscheidung BVerfGE 56, 22 ff hin und halten die Einfügung des neuen Wiederaufnahmegrundes als „Grenzkorrektur“ für verfassungsrechtlich zulässig. Dieser Auffassung liegt eine Verkennung von Bedeutung und Reichweite der zitierten Entscheidung zugrunde. In der Entscheidung ging es um die Frage, ob dieselbe („idem“) Tat vorliegt, wenn ein Verbrechen während der fortdauernden Begehung eines (rechtskräftig abgeurteilten) Dauerdelikts begangen wurde. Es kamen also zwei unterscheidbare Rechtsgutsangriffe in Betracht, bei denen eine Tatidentität mit guten Gründen verneint werden konnte. Bei dem vorliegenden Gesetzesentwurf geht es jedoch um den ne-bis-in-idem-Grundsatz im Kern. Es handelt sich keinesfalls lediglich um eine „Grenzkorrektur“. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung BVerfGE 56, 22, 34 f ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „Grenzkorrekturen“ in engen Grenzen möglich sind, allerdings der Kern dessen garantiert ist, was als Inhalt des Satzes „ne bis in idem“ in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde. Die Entwurfsverfasser verkennen, dass durch die Einführung des neuen Wiederaufnahmegrundes der ne-bis-in-idem-Grundsatz nicht nur in Randbereichen, sondern in seinem substanziellen Kern betroffen wäre.

Selbst wenn man – nicht vertretbar – die Aufnahme des neuen Wiederaufnahmegrundes nach § 362 Nr. 5 StPO-E als bloße „Grenzkorrektur“ im Sinne der Entscheidung BVerfGE 56, 22 ansähe,

so würde es an einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung hierfür fehlen. Die Entwurfsverfasser gehen in der Begründung des Gesetzesentwurfs davon aus, dass der materiellen Gerechtigkeit im Spannungsfeld zur Rechtssicherheit der Vorrang gebühre, wenn „das Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils zu schlechterdings – an der materiellen Gerechtigkeit zu messenden – unerträglichen Ergebnissen führen würde“ (BT-Drucksache 16/7957, S. 5).

Gegen diese Argumentation spricht schon, dass seit Inkrafttreten der StPO in Konstellationen dieser Art bislang gerade kein „schlechterdings unerträgliches Ergebnis“ gesehen worden ist. Denn die Situation, dass sich nach einem Freispruch die Schuld des Freigesprochenen eindeutig herausstellt, ohne dass einer der Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO vorliegt, wird auch schon vor der Einführung neuer kriminalistischer Techniken vorgelegen haben, etwa wenn nachträglich ein neuer Belastungszeuge, eine zur Überführung des Täters geeignete Urkunde oder ein vor dem Urteil aufgenommenes Bekennervideo aufgefunden wird. Dennoch hat sich der Gesetzgeber auf die Normierung von Wiederaufnahmegründen in Fällen falscher Beweise und gerade nicht in Fällen fehlender Beweise beschränkt. Dass es Fälle mit „schlechterdings unerträglichen Ergebnissen“ – mit oder ohne DNA-Analyse – geben mag, steht außer Zweifel und ist vom Gesetz- und Verfassungsgeber dahingehend gewürdigt worden, dass der Rechtssicherheit im Rahmen der bestehenden Wiederaufnahmegründe nach § 362 StPO der Vorrang gebührt. Demgemäß können die von den Entwurfsverfassern heraufbeschworenen „schlechthin unerträglichen Ergebnisse“, die im Einzelfall im Jahre 1877 ebenso auftreten konnten wie heute, keine Rechtfertigung für eine Erweiterung der Wiederaufnahmegründe und damit für einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG bieten. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass Mord nicht verjährt (vgl. § 78 Abs. 2 StGB). Die Unverjährbarkeit von Mord wurde vor fast 30 Jahren in das Gesetz eingeführt. Es erschließt sich nicht, warum ein Gesetzeszustand, der drei Jahrzehnte akzeptiert und als unbedenklich angesehen wurde, nun „schlechthin unerträglich“ sein soll.

§ 362 Nr. 5 StPO-E verstößt gegen Art. 103 Abs. 3 GG.

(4) Weitergehende Bedenken im Hinblick auf die rückwirkende Änderung der Wiederaufnahmegründe mit Wirkung für im Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits rechtskräftige Freisprüche

Ein weiteres verfassungsrechtliches Problem ergibt sich daraus, dass die Entwurfsregelung des § 362 Nr. 5 StPO-E vornehmlich auf Fälle anwendbar wäre, in denen im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung bereits Rechtskraft eingetreten wäre.

Zwar dürfte nach wohl immer noch herrschender Auffassung das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG auf strafprozessrechtliche Regelungen grundsätzlich nicht anwendbar sein (vgl. nur BVerfGE 25, 269, 286 f; kritisch LR/Lüderssen/Jahn, Einl. Abschn. M Rn 48 ff); ein spezielles Rückwirkungsverbot für den Grundsatz ne bis in idem ergibt sich jedoch unmittelbar aus Art. 103 Abs. 3 GG. Indem Art. 103 Abs. 3 GG ab dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Verurteilung einen Schutz vor einem erneuten Verfahren gewährt, wird dem Freigesprochenen eine verfassungsrechtlich garantierte Position eingeräumt. In diese wird eingegriffen, wenn das Schutzniveau – das sich anhand der im Zeitpunkt des Freispruchs bestehenden Wiederaufnahmemöglichkeiten bestimmt – nachträglich reduziert wird, weil weitergehende Wiederaufnahmemöglichkeiten eröffnet werden.

Wenn also Art. 103 Abs. 3 GG auch vor einer nachträglichen Schwächung der Rechtskraft durch die rückwirkende Einführung neuer Wiederaufnahmegründe schützt, erhöht sich die Rechtfertigungsbedürftigkeit gegenüber einem nur für die Zukunft wirkenden gesetzgeberischen Eingriff: Überwunden werden muss nicht nur das generelle Verbot des Doppelverfahrens, sondern auch der bereits konkret verwirklichte subjektiv-rechtliche Schutz eines rechtskräftig Freigesprochenen vor einer Wiederaufnahme aufgrund anderer als zum Zeitpunkt des Urteils möglicher Wiederaufnahmegründe. Auch im Hinblick auf die bereits erworbene subjektive Grundrechtsposition des Freigesprochenen kann ein

„unerträgliches Ergebnis“ keine Rechtfertigung dafür bieten, dem Freigesprochenen diese Rechtsposition nachträglich und rückwirkend wieder zu entziehen.

Entsprechendes ergibt sich aus dem Rückwirkungsverbot als Gewährleistung des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG, vgl. nur BVerfGE 25, 269, 290). Auch insoweit kommt es auf eine Abwägung zwischen dem Vertrauen des Betroffenen und dem Ziel des Staates, materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen, an. Eine Rechtfertigung für einen rückwirkenden Eingriff in eine bereits erworbene Grundrechtsposition des rechtskräftig Freigesprochenen ist nicht ersichtlich. Im Übrigen liegt ein Fall sog. echter Rückwirkung vor, da durch die Einführung des neuen Wiederaufnahmegrundes ungünstige prozessuale Folgen an bereits abgeschlossene Tatbestände geknüpft würden. Eine sog. echte Rückwirkung ist aber nur in engen Ausnahmefällen – z.B. bei fehlender Vertrauensgrundlage – zulässig (vgl. nur Sachs, Art. 20 Rn 133 m.w.N.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

b) Keine ausreichenden Rechtsgrundlagen für die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen nach einem rechtskräftigen Freispruch

Die Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO-E lässt befürchten, dass nach einer rechtskräftigen Freisprechung kein Rechtsfrieden einkehrt, sondern die Ermittlungsbehörden weiter ermitteln, um Material für eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu schaffen. Es ist unklar, auf welcher Rechtsgrundlage derartige Ermittlungen geführt werden sollen. Insbesondere ist fraglich, auf welche Rechtsgrundlage die DNA-analytischen Untersuchungen gestützt werden können.

Selbst wenn man – nicht unproblematisch – für die Untersuchung von Spuren, die am Tatort oder am Opfer aufgefunden wurden, § 81 e Abs. 2 StPO als Rechtsgrundlage genügen ließe, so stellt sich die Frage, ob der Freigesprochene im Zuge der Prüfung der Voraussetzungen des § 362 Nr. 5 StPO-E zwangsweise einer körperlichen Untersuchung im Sinne des § 81 a StPO unterzogen werden könnte, um eine molekulargenetische Untersuchung nach § 81 e Abs. 1 StPO durchzuführen. Es ist nämlich weder geklärt, ob der Freigesprochene überhaupt Beschuldigter im Sinne

des § 81 a Abs. 1 StPO sein kann, noch ob überhaupt ein Strafverfahren anhängig ist, wie die Vorschrift des § 81 a Abs. 2 StPO dies implizit voraussetzt.

Bei der Gewinnung von Vergleichsspuren stellt sich weiterhin die Frage, ob auf die DNA-Analysedatei zurückgegriffen werden darf. Denn es ist fraglich, ob die in Betracht kommende Rechtsgrundlage in § 81 g Abs. 5 S. 3 StPO anwendbar ist, was voraussetzen würde, dass das geplante Wiederaufnahmeverfahren ein „Strafverfahren“ im Sinne dieser Vorschrift ist. Hieran bestehen durchgreifende Zweifel, denn die Norm hat den Zweck, die Aufklärung künftiger Straftaten zu ermöglichen bzw. die Durchführung künftiger Strafverfahren zu erleichtern, nicht aber bei vergangenen, durch Freispruch beendeten Verfahren Vergleichsmaterial in der Hinterhand zu halten. Hierfür spricht auch § 8 Abs. 3 BKAG (i.V.m. § 81 g Abs. 5 S. 1 StPO), wonach nach Freispruch eine weitere Speicherung von Daten unzulässig ist, wenn sich aus den Gründen der Entscheidung ergibt, dass der Beschuldigte die Tat nicht oder nicht rechtswidrig begangen hat (vgl. auch Busch NJW 2002, 1754, 1757; ausführlicher auch Eisenberg/Singelstein GA 2006, 168). Dies gilt nicht nur bei einem Freispruch wegen erwiesener Unschuld, sondern auch bei einem Freispruch aus Mangel an Beweisen (OLG Oldenburg StraFo 2008, 376; AG Tiergarten Strafverteidiger 2008, 349; Eisenberg/Singelstein GA 2006, 168, 180).

- - -