

Ev. Akademie Arnoldshain  
20.-22. März 2009

**„Machen, was geht“?**  
Die Wiederaufnahme im Strafverfahren  
zwischen Tradition, Grundgesetz und  
Reformdruck\*

**Matthias Jahn**

---

\* Der Stil des Einführungsvortrages wurde beibehalten.

## „Machen, was geht“? – Die Wiederaufnahme im Strafverfahren zwischen Tradition, Grundgesetz und Reformdruck

lautet der etwas doppelbödige Titel meines einleitenden Überblicks über unseren Gegenstand. „*Machen, was geht*“, das kann im Zusammenhang der Wiederaufnahme zweierlei heißen:

### I.

Die Frage kann zunächst lauten, ob in einem Wiederaufnahmeverfahren *zugunsten* des Verurteilten *etwas geht*. Das ist die Perspektive, mit der der Strafverteidiger konfrontiert wird, manchmal übrigens auch der Hochschullehrer, an den sich ein rechtskräftig Verurteilter wendet. **Der Strafverteidiger** kann hier zur außergerichtlichen „**Instanz letzter Hoffnung**“ werden.

Seine Erfahrungen in und aus Wiederaufnahmeverfahren wird uns am Samstagnachmittag *Johann Schwenn*, Strafverteidiger in Hamburg und einer der erfahrensten Wiederaufnahmespezialisten Deutschlands schildern. Dass hier im Einzelfall am Ende der verdiente Freispruch eines unschuldig Verurteilten stehen kann, schildert eindrucksvoll *Sabine Rückert*, die Gerichts- und Kriminalreporterin der ZEIT, in ihrem Buch „Unrecht im Namen des Volkes“ an Hand eines von *Johann Schwenn* über viele Jahre betreuten Mandats. Ihre Schilderung eines fatalen Justizirrtums wurde im abgelaufenen Jahr zu einem der juristischen Bücher des Jahres gekürt.

Doch im Normalfall sind die Hürden der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten hoch und weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung haben bislang eine Neigung erkennen lassen, daran etwas zu ändern. Paradoxerweise wird das durch die letzte Änderung des § 359 StPO in seiner Ziffer 6 gerade belegt, denn der 1998 neu geschaffene Wiederaufnahmegrund zugunsten des Angeklagten bei Verletzung seiner Rechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention beruht gerade nicht auf Impulsen aus dem innerstaatlichen, sondern dem Völkervertragsrecht.

Über die damit im Zusammenhang stehenden Fragen des **Rechts der Wiederaufnahme in Europa und in einem zukünftigen europäischen Strafverfahren** wird uns Frau *Dr. Sabine Swoboda* von der Universität Passau orientieren. Frau *Swoboda* hat sich freundlicherweise bereit erklärt, für Frau *Friederichsen*, die allseits bekannte Gerichtsreporterin des SPIEGEL, einzuspringen, die ihr für heute Abend angekündigtes Referat leider nicht halten kann. Frau *Friederichsen* hält sich – aus gegebenem – Anlass zur Zeit noch in Österreich auf und wird unsere Tagung *diesmal* nicht beehren können (ich darf das so formulieren, weil sie bei den Tagungen der Arnoldshainer Akademie in den letzten Jahren schon zweimal unser Gast war). Mit dem Vortrag von Frau *Swoboda* wird also der heutige Abend ausklingen.

Wir haben uns darauf verständigt, dass der nach dem Tausch *Swoboda-Friederichsen* ursprünglich für morgen um 17.00 Uhr vorgesehene Vortrag entfällt und wir uns damit einen zusätzlichen zeitlichen Puffer bis zu der für 20.00 Uhr verabredeten Lesung von Herrn *Hettche* verschaffen, der zur eigenen, nach einem vollen Tagesprogramm möglicherweise willkommenen Verwendung offensteht. Herr *Hettche* wird aus seinem

2001 erschienenen Kriminalroman über den Fall und das Wiederaufnahmeverfahren *Hans Arbogast* lesen. *Thomas Hettche* war langjähriges Mitglied der Jury beim renommierten Ingeborg-Bachmann-Wettbewerb in Klagenfurt und wurde selbst u.a. 1990 mit dem Robert-Walser-Preis ausgezeichnet; sein Roman *Der Fall Arbogast* wurde in 10 Sprachen übersetzt.

Es war soeben von hohen Hürden die Rede, und die führen nicht nur im Sport zum Versagen bei der entscheidenden Prüfung. Alle Versuche, die Wiederaufnahme *zugunsten* des Verurteilten aus besserer Erkenntnis zu stärken, sind gescheitert. Hauptziel dieser Reformbestrebungen war, Fehlerquellen zuungunsten des Beschuldigten abzustellen – so konnte man es schon in *Karls Peters'* berühmter Untersuchung zu den Fehlerquellen im Strafprozess nachlesen. Passiert ist in seither vergangenen drei Jahrzehnten: Nichts. So bleibt es der Rechtsprechung überlassen, grobes prozessuales Unrecht zu korrigieren. Zu den dabei auftauchenden Fragen wird Herr Richter am Bundesgerichtshof *Jürgen Cierniak* unter dem Titel „**Die Tatsachenfeststellung vor Gericht - eine Frage der Perspektive?**“ am Samstagvormittag zu uns sprechen. Herr *Cierniak* ist Mitglied des u.a. für Hessen zuständigen 2. Strafsenats und auch in seinem sicherlich zeitraubenden „Nebenberuf“ mit Fragen des Wiederaufnahmerechts befasst, da er mit jeder Auflage weitere Partien des Standardkommentars zur Strafprozessordnung von *Meyer-Goßner* übernehmen wird, der, wie es in den Rezensionen immer wieder (und hier ausnahmsweise einmal zu Recht) heißt, auf dem Arbeitstisch jedes Strafrichters und Staatsanwalts steht.

## II.

Ganz anders ist die Situation in der zweiten Dimension unseres Themas, im Bereich der Wiederaufnahme *zuungunsten* des Verurteilten. Hier hat insbesondere der Fortschritt der kriminaltechnische Untersuchungsmethoden zur Tataufklärung den Reformdruck auf das Wiederaufnahmeverfahren so erhöht, dass sich zunächst zwei Bundesländer und dann auch der Bundesrat zum Handeln gedrängt sahen. „*Machen, was geht*“ heißt hier vor allem: machen, was naturwissenschaftlich-technisch überhaupt zu leisten ist.

Zu den Grundlagen der **DNA-Analyse und anderer kriminaltechnischer Untersuchungsmethoden** wird uns Herr *Dr. Thorsten Ahlhorn*, Leiter des Kriminalwissenschaftlichen und -technischen Instituts beim Hessischen Landeskriminalamt am morgigen Samstag direkt nach dem Frühstück aus seiner forensischen Praxis berichten. Die Rechtspolitik hat sich dem durch die Naturwissenschaften erzeugten Druck ebenso wenig verschlossen wie dem Drängen der öffentlichen und veröffentlichten Meinung. Selten zuvor konnte eine strafprozessuale Gesetzesinitiative derart linear-kausal auf einen einzigen Fall zurückgeführt werden. Anlass für den eben erwähnten Gesetzesantrag von Nordrhein-Westfalen und Hamburg war eine Konstellation, deren nur schwer zu beschreibende menschliche Tragik unsere Distanz haltende juristische Routine nüchtern wie folgt zusammenfasst:

- 1993: *Andrea Butzelar*, eine dreifache Mutter, wird Opfer eines Raubmordes in einer Düsseldorfer Videothek.
- 1997: Der Beschuldigte *Werner P.* wird mangels ausreichender Beweise rechtskräftig freigesprochen.

- 2006: Mittels einer DNA-Analyse wird festgestellt, dass DNA-Spuren des damaligen Verdächtigen am Tatwerkzeug (Klebeband, das zum Ersticken führte) vorhanden waren. Der mit diesem Analyseergebnis konfrontierte Verdächtige schwieg – und schweigt noch – gegenüber der Polizei.

Nach geltendem Recht ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens, die Voraussetzung einer Verurteilung wäre, ausgeschlossen. Nicht wenige Rechtspolitiker, Praktiker und Wissenschaftler meinen, hier bestehe ein unerträgliches Missverhältnis zu Lasten der Gerechtigkeit. Das ist die rechtsphilosophische Dimension unseres Themas. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtslage in Nachbarländern wie etwa Österreich.

Der Bundesrat hat deshalb einen Vorschlag für die Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Verurteilten in § 362 StPO vorgelegt, den sie auf dem Handout abgedruckt finden. Die Wiederaufnahme in *malem partem* soll danach zulässig werden, „wenn auf der Grundlage *neuer*, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden, die bei Erlass des Urteils 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 aber im Wesentlichen nur in Fällen des vollendeten Mordes oder wegen der mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahndenden vollendeten Anstiftung hierzu gelten.

Freilich: Hält man es für unerträglich, dass bei Mord die Wiederaufnahme zuungunsten derzeit unmöglich ist, was sollte *à la longue* davon ab-

halten, dies auch bei Totschlag oder erfolgsqualifizierten Delikten wie Vergewaltigung mit Todesfolge annehmen zu wollen? Unverjährbarkeit ist ein Rechtsbegriff, Unerträglichkeit eine Befindlichkeit.

Diese Ziffer 6 der Vorschrift ist am Mittwoch dieser Woche im Rechtsausschuss des Bundestages deshalb erwartungsgemäß kontrovers diskutiert worden. Ich gehe davon aus, dass unsere zum Plenum hin offene Abschlussdiskussion am Sonntagvormittag unter dem Obertitel „**Muss das Recht der Wiederaufnahme reformiert werden?**“ einiges von diesen Kontroversen widerspiegeln wird. Neben der trichterlichen Perspektive, die durch *Klaus-Dieter Drescher*, Schwurgerichtsvorsitzendem am Landgericht in Frankfurt, repräsentiert wird, und der Perspektive des Strafverteidigers, für die Rechtsanwalt *Thomas Scherzberg*, Vorstandsmitglied der Vereinigung Hessischer Strafverteidiger und am Mittwoch dieser Woche Sachverständiger im Bundestag steht, haben wir mit Herrn Ministerialdirigent *Heinz-Leo Holten* den Leiter der Abteilung Strafrechtspflege im Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen gewinnen können, des Bundeslandes also, auf das die Gesetzesinitiative ganz wesentlich zurückgeht, sowie mit Herrn Ministerialdirigent *Eberhard Siegmund* den Leiter der u.a. für das Strafprozessrecht zuständigen Unterabteilung R B im Bundesjustizministerium der Justiz.

Wir werden dabei auch im Auge behalten müssen, ob das geplante Gesetz – sollte es je seinen Weg ins Bundesgesetzblatt finden, was nach dem, was man aus Berlin hört, jedenfalls in dieser Legislaturepisode nicht überwiegend wahrscheinlich erscheint –, zur Erreichung seines Zieles überhaupt geeignet ist. Zunächst einmal schafft es viele interessante Auslegungsprobleme, die die Prozessrechtsdogmatik sofort in den

Bann geschlagen haben. Wenigstens fünf Fragen an dieses Gesetz kann man formulieren:

1. Würde sich etwa am Düsseldorfer Ausgangsfall durch § 362 Nr. 6 StPO-neu – ungeachtet der schwierigen Frage, ob es überhaupt rückwirkend angewendet werden dürfte – überhaupt etwas ändern? Handelt es sich also bei einer DNA-Analyse einer Spur aus dem Jahr 1993 im Jahr 2009 um die Anwendung einer „neuen“ Untersuchungsmethode oder vielmehr bloß um die *Fortentwicklung* einer auch bereits Anfang der 1990er Jahre etablierten Methode?
2. Ist die Überführung des Freigesprochenen auch nur theoretisch „*allein*“ durch eine neue Untersuchungsmethode ohne die Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen jemals möglich?
3. Ist es nicht willkürlich, nur eine DNA-Analyse als Novum zuzulassen, nicht aber ein nachträglich entdecktes Videoband, auf dem die Tat in Echtzeit zu sehen ist?
4. Müsste der neue Wiederaufnahmegrund nicht zu voreiligen Anklagen führen, weil ein Freispruch stets nur vorläufigen Charakter trüge?
5. Und selbst, wenn die einfach-gesetzliche Regelung greifen würde: Wäre das Gesetz mit Rücksicht auf das Verbot der Doppelbestrafung in Art. 103 Abs. 3 GG mit der Verfassung vereinbar? „Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden“, heißt es dort, und wird vom *Bundesverfassungsgericht* über den Wortlaut hinaus zu Recht so interpretiert, dass auch die mehrfache Strafverfolgung erfasst ist.

Diese und weitere Fragen werden uns in den nächsten Tagen Stoff für Diskussionen liefern. Beginnen werden wir unsere Tagung mit dem zuletzt angesprochenen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt. Die Bun-

desregierung hat es in ihrer Stellungnahme zum Bundesratsentwurf sibyllinisch so ausgedrückt:

*„Der Vorschlag betrifft ... sehr sensible und schwierige Fragestellung und wirft nach Ansicht der Bundesregierung sowohl verfassungsrechtliche als auch strafverfahrensrechtliche Fragen auf, die im Gesetzgebungsverfahren geprüft werden müssen“*

Einige Sachverständige sind am Mittwoch im Rechtsausschuss deutlicher geworden. Der als Sachverständige geladene Vorsitzende des *Strafrechtsausschusses des DAV*, aber auch die *Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer* halten das Gesetz für verfassungswidrig.

Herr Kollege *Marxen* von der Berliner Humboldt-Universität und bis 2007 im zweiten Hauptamt Richter am Berliner Kammergericht sowie vormals an den Landgerichten Bremen, Bielefeld und Münster, wird für uns die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Wiederaufnahmerechts näher ausleuchten. Auch er war am Mittwoch im Rechtsausschuss als Sachverständiger zugegen: **Wiederaufnahme und das Verbot der Doppelbestrafung - Ein noch zeitgemäßer Widerspruch?**