

Materielle Gerechtigkeit versus Rechtssicherheit

Zur Verfassungswidrigkeit des § 362 Nr. 5 StPO anlässlich des Urteils des BVerfG

Von PD Dr. Anja Schmidt, Frankfurt a.M.*

In diesem Beitrag wird die emotional aufgeladene Debatte um die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO und das Urteil des BVerfG, mit dem die Norm aufgrund Art. 103 Abs. 3 GG für mit dem GG unvereinbar und nichtig erklärt wurde, nachvollzogen und kritisch gewürdigt. Zwar ist dem Urteil im Ergebnis zuzustimmen, dies lässt sich jedoch nicht mit der Abwägungsfestigkeit des Mehrfachverfolgungsverbot begründen. Es resultiert vielmehr aus dem Verhältnis zwischen materieller und prozeduraler Gerechtigkeit.

I. Einführung

Am 31. Oktober 2023 erging ein lang erwartetes Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur vor allem strafrechtswissenschaftlich konträr diskutierten Frage, ob der im Jahr 2021 neu eingeführte Wiederaufnahmegrund zuungunsten der freigesprochenen Person in Strafverfahren in § 362 Nr. 5 StPO¹ verfassungsgemäß ist. Das BVerfG erklärte § 362 Nr. 5 StPO aufgrund eines Verstoßes gegen das Mehrfachverfolgungsverbot nach Art. 103 Abs. 3 GG für nichtig und ging davon aus, dass die Norm darüber hinaus im anhängigen Fall aufgrund des rechtsstaatlichen Verbots der echten Rückwirkung nicht anwendbar war.²

§ 362 Nr. 5 StPO regelte in der Fassung des Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit, dass in Fällen unverjährbarer Straftaten, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind, ein durch Freispruch rechtskräftig abgeschlossenes Strafverfahren wiederaufgenommen werden kann, „wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte [wegen einer dieser Taten] verurteilt wird“. Der Gesetzgeber wollte damit „unter Abwägung zwischen den Grundsätzen der materiellen Gerechtigkeit und des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit“ die Wiederaufnahme des Strafverfahrens in Fällen ermöglichen, in denen „ein Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils zu – gemessen an

der materiellen Gerechtigkeit – schlechterdings unerträglichen Ergebnissen führen würde“.³

Die Senatsmehrheit des Bundesverfassungsgerichts betrachtet die Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO als verfassungswidrig, weil sie gegen den in Art. 103 Abs. 3 GG verankerten Grundsatz und das grundrechtsgleiche Recht des Mehrfachbestrafungs- und Mehrfachverfolgungsverbot (ne bis in idem) verstoße, der einer Abwägung nicht zugänglich sei.⁴ Richter Müller und Richterin Langenfeld gingen demgegenüber in ihrer abweichenden Meinung davon aus, dass Art. 103 Abs. 3 GG abwägungsfest sei, so dass durchaus neue Wiederaufnahmegründe eingeführt werden könnten.⁵ Dem Urteil war eine hitzig und intensiv geführte gesellschaftliche⁶ und strafrechtliche Debatte vorausgegangen. In der strafrechtlichen Debatte war die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO teils begrüßt⁷ und teils als „schwarzer Moment für den Rechtsstaat“⁸ oder als „Operation am offenen Herzen von ‚ne bis in idem‘“⁹ geißelt worden. Die ablehnenden Stimmen überwogen dabei deutlich.¹⁰ Bundespräsident Steinmeier hatte das Gesetz zwar ausgefertigt, dabei aber „[a]ngesichts der erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken“ angeregt, es „einer erneuten parlamentarischen Prüfung und Beratung zu unterziehen“.¹¹ Dies zeugt nicht nur davon, wie schwierig die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO zu entscheiden war, sondern auch davon, wie emotional die

³ BT-Drs. 19/30399, S. 1.

⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 54, 161.

⁵ Vgl. Abweichende Meinung des Richters Müller und der Richterin Langenfeld zum BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 1.

⁶ Vgl. allein die Petition „Gerechtigkeit für meine ermordete Tochter Frederike“ v. 16.7.2015, abrufbar unter <https://www.change.org/p/bmfv-bund-gerechtigkeit-f%C3%BCr-die-ermordete-frederike-nachweislich-falsch-freigesprochene-mordtaten-verdienen-nicht-den-schutz-des-gesetzes-362-der-strafprozessordnung-muss-erg%C3%A4nzt-werden> (14.5.2024) und demgegenüber die Initiative #nichtzweimal, abrufbar unter

<https://www.nichtzweimal.com/> (14.5.2024).

⁷ Vgl. Hörnle, GA 2022, 184 (insb. 192 ff.); Hoven, JZ 2021, 1154; Kubiciel, GA 2021, 381.

⁸ Suljak, LTO v. 4.3.2022, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/47720/ (14.5.2024).

⁹ Aust/R. Schmidt, ZRP 2020, 251 (253).

¹⁰ Neben den in Fn. 8 und 9 genannten vgl. etwa Kaspar, GA 2022, 20 (33); Grübl, ZJS 2022, 1 (8); Singelstein, NJW 2022, 1058 (1061); Jahn, JuS 2022, 554 (555 f.); Slogsnat, ZStW 133 (2021), 741 (772 f.); Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (361 f.).

¹¹ Pressemitteilung des Bundespräsidenten v. 22.12.2021, abrufbar unter

<https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/12/211222-Gesetzesausfertigung-StPO-362.html> (14.5.2024).

* Die Autorin vertritt im SS 2024 die Entlastungsprofessur für Strafrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Aufsatz basiert teils auf ihrem Vortrag zu § 362 Nr. 5 StPO, den sie am 11.1.2023 im Rahmen des Habilitationsverfahrens an der Juristischen und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg – noch vor dem Urteil des BVerfG zur Frage seiner Verfassungsmäßigkeit – gehalten hat.

¹ Eingeführt mit dem Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gem. § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit) vom 21. Dezember 2021, BGBl. I 2021, S. 5252.

² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, insb. Rn. 161 und 147.

Debatte geführt wurde. Letzteres ist ein Hinweis darauf, dass mit der materiellen Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit bei kriminellem Unrecht grundlegende Gerechtigkeitsprinzipien miteinander in Konflikt stehen, die äußerst bedeutsam für das Zusammenleben im demokratischen Rechtsstaat sind und auch so durch die Einzelnen empfunden werden.

Im Folgenden wird zunächst der dem Urteil zugrunde liegende Fall der mutmaßlichen Vergewaltigung und Ermordung der Frederike von Möhlmann dargestellt. Danach wird ausgeführt, dass die Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO auf diesen Fall jedenfalls aufgrund des rechtsstaatlichen Verbots der echten Rückwirkung verfassungswidrig war. Anschließend wird gezeigt, dass § 362 Nr. 5 StPO verfassungswidrig war. Allerdings lässt sich dies nicht unmittelbar mit der Abwägungsfestigkeit des Mehrfachverfolgungsverbot begründen, sondern im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit nur damit, dass eine Norm wie § 362 Nr. 5 StPO den Grundsatz der Rechtssicherheit für die rechtskräftig Freigesprochenen gänzlich aufhebt, ohne materieller Gerechtigkeit zwingend zum Durchbruch verhelfen zu können. In die Abwägung einzubeziehen sind neben dem rechtsstaatlichen Prinzip materieller Gerechtigkeit der Strafverfolgungsanspruch des Staates und das verfassungsrechtlich geschützte Interesse der Opfer und Angehörigen einer Straftat.

II. Der Fall Frederike von Möhlmann

Das BVerfG hat § 362 Nr. 5 StPO im Verfahren einer Verfassungsbeschwerde gegen ein konkretes Wiederaufnahmeverfahren für nichtig erklärt.

Der Beschwerdeführer, der gegen den Beschluss zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens durch das LG Verden¹² und die Abweisung der Beschwerde dagegen durch das OLG Celle¹³ Verfassungsbeschwerde erhoben hatte, stand im Verdacht, am 4.11.1981 die 17-jährige Frederike von Möhlmann nach einer Vergewaltigung ermordet zu haben. Nach einer Verurteilung durch das LG Lüneburg und deren Aufhebung durch den Bundesgerichtshof erfolgte im Jahr 1983 der Freispruch des damals Angeklagten durch das LG Stade, weil es zwar Indizien für seine Täterschaft gab, ihm die Tat aber nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen werden konnte.¹⁴ Im Jahr 2012, also knapp 30 Jahre später, wurden damals gesicherte Sperma-Spuren im Slip des Opfers mit neuen technischen Möglichkeiten ausgewertet. Mit der DNA-Analyse ließen sich die Spermaspuren dem damals Freigesprochenen zuordnen. Allerdings war im Jahr 2012 eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens nicht möglich, weil es an einem entsprechenden Wiederaufnahmegrund nach § 362 Nr. 1–4 StPO fehlte. Der Vater von Frederike von Möhlmann, Hans von Möhlmann, setzte sich daraufhin unter anderem für einen neuen Wiederaufnahmegrund ein und überreichte im Jahr 2016 dem BMJV eine entsprechende Petition

¹² LG Verden, Beschl. v. 25.2.2022 – 1 Ks 148 Js 1066/ 22 (102/22) = BeckRS 2022, 7939.

¹³ OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22 = StV 2022, 492.

¹⁴ Vgl. dazu OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22, Rn. 3 ff.

mit ca. 105.000 Unterschriften.¹⁵ Am 24.6.2021 wurde das Gesetz zur Wiederherstellung materieller Gerechtigkeit, das den neuen Wiederaufnahmegrund einführte, im Bundestag beschlossen.¹⁶ Der Bundespräsident fertigte das Gesetz am 21.12.2022 aus.¹⁷ Am 25.2.2022 nahm das LG Verden aufgrund des § 362 Nr. 5 StPO das Strafverfahren wieder auf.¹⁸ Das OLG Celle wies die Beschwerde gegen den Wiederaufnahmebeschluss am 20.4.2022 zurück.¹⁹ Hans von Möhlmann erlebte zwar noch die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, verstarb aber 79-jährig im Juni 2022.²⁰

III. Verstoß gegen das rechtsstaatliche Verbot echter Rückwirkung im Fall Frederike von Möhlmann

Zunächst ist festzuhalten, dass die Anwendung des neu eingeführten Wiederaufnahmegrundes nach § 362 Nr. 5 StPO unzweifelhaft gegen das rechtsstaatliche Verbot der echten Rückwirkung verstieß, so dass das Urteil des BVerfG jedenfalls im Ergebnis für den ihm zugrunde liegenden Fall richtig ist. Denn in diesem Fall wurde die Norm auf ein vor knapp 40 Jahren rechtskräftig abgeschlossenes Strafverfahren angewendet, also auf einen bereits lange zurückliegenden und rechtskräftig, also rechtlich abschließend, beurteilten Sachverhalt.

1. (K) Ein Fall des Art. 103 Abs. 2 GG?

Das spezifisch strafrechtliche Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG gilt nach allgemeiner Ansicht nicht für strafverfahrensrechtliche Regelungen, weil diese nicht materiell strafbarkeitsbegründend wirken,²¹ das BVerfG geht in seiner Entscheidung gar nicht auf die Norm ein.

Das lässt sich durchaus mit guten Gründen bestreiten. So ist es plausibel, anzunehmen, dass Art. 103 Abs. 2 GG auch für strafverfahrensrechtliche Regelungen gilt, wenn sie den Status der beschuldigten Person als Prozesssubjekt auf eine

¹⁵ Vgl. Petition „Gerechtigkeit für meine ermordete Tochter Frederike“ (Fn. 6) und Spiegel v. 20.9.2016, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/mordfall-frederike-von-moehlmann-petition-laeuft-ins-leere-a-1113107.html> (14.5.2024).

¹⁶ Vgl. BT-Plenarprotokoll 19/236, S. 30755C.

¹⁷ Vgl. Pressemitteilung des Bundespräsidenten (Fn. 11).

¹⁸ LG Verden, Beschl. v. 25.2.2022 – 1 Ks 148 Js 1066/ 22 (102/22) = BeckRS 2022, 7939.

¹⁹ OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22.

²⁰ Vgl. ndr v. 20.6.2022, abrufbar unter https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/hannover_weser-leinegebiet/Mordfall-Frederike-Vater-stirbt-kurz-vor-Prozessbeginn.frederike160.html (14.5.2024).

²¹ Vgl. BVerfGE 25, 269 (286); 30, 367 (385); 81, 132 (135); OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22, Rn. 56; Gerson, StV 2022, 124 (127); Kaspar, GA 2022, 21 (33); Kubiciel, GA 2021, 381 (393); Aust/R. Schmidt, ZRP 2020, 251 (254); Pabst, ZIS 2010, 126 (130); einen Überblick zu Gegenpositionen gibt Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 103. Lfg., Stand: Januar 2024, Art. 103 Abs. 2 Rn. 76.

grundlegende Weise beeinträchtigen.²² So hält auch das BVerfG in seiner Rechtsprechung fest, dass das Vertrauen auf die Beständigkeit prozessualer Normen im Einzelfall „ihrer Bedeutung und ihres Gewichts wegen im gleichen Maße schutzwürdig sein [kann] wie Positionen des materiellen Rechts“.²³ In einer Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl stellte das BVerfG fest, dass es einer materiellen rückwirkenden Rechtsänderung [...] jedoch gleichstehen könnte, wenn sich ein Deutscher, der bislang vor Auslieferung absolut geschützt war, ausgeliefert werden könnte, auch wenn die Tat keinen maßgeblichen Auslandsbezug aufweist und in Deutschland zur Zeit der Begehung nicht strafbar war.²⁴ Die Nähe zur materiellen Rückwirkung besteht hier darin, dass durch die Auslieferung aufgrund eines europäischen Haftbefehls die Strafbarkeit begründet würde. Ähnlich lässt sich in Bezug auf § 362 Nr. 5 StPO argumentieren: Die Wiederaufnahme des Verfahrens kann zu einer Verurteilung wegen einer schweren unverjährbaren Straftat führen, obwohl die verdächtige Person schon einmal rechtskräftig freigesprochen wurde. Sie begründet die Strafbarkeit gewissermaßen auf prozessualen Weg neu. Dies steht einer materiellen Rechtsänderung gleich.²⁵

2. Rechtsstaatliches Verbot der echten Rückwirkung

Jedenfalls aber war § 362 Nr. 5 StPO aufgrund des allgemeinen rechtsstaatlichen Verbots der echten Rückwirkung aus Art. 20 Abs. 3 GG nicht auf den Fall Frederike von Möhlmann anwendbar. Dies wurde bereits in der Literatur betont²⁶ und auch von der Senatsmehrheit²⁷ sowie der abweichenden Meinung angenommen.²⁸

Bei der Anwendung von § 362 Nr. 5 StPO auf Freisprüche, die vor dem Inkrafttreten der Norm rechtskräftig geworden sind, liegt ein Fall der verfassungsrechtlichen sogenannten „echten Rückwirkung“ vor.²⁹ Bei einer „echten Rückwirkung“ werden Rechtsfolgen „zeitlich rückbewirkt“, also auf einen abgeschlossenen Sachverhalt angewendet.³⁰ Der neue

Wiederaufnahmegrund wäre im Fall Frederike von Möhlmann auf einen Sachverhalt angewendet worden, der im Zeitpunkt der Wiederaufnahme schon lange, und zwar knapp 40 Jahre, rechtskräftig abgeschlossen war. Die bei Abschluss des Strafverfahrens eintretende Rechtskraft dient gerade dazu, „einer Entscheidung abschließenden Charakter zu verleihen und eine erneute Infragestellung zu verhindern“.³¹

Eine „echte Rückwirkung“ ist verfassungsrechtlich unzulässig, es sei denn, dass zwingende Gründe des Allgemeinwohls für eine Rückwirkung sprechen und dass es für die Betroffenen keinen Grund für ein schutzwürdiges Vertrauen gab.³² Das Vertrauen in eine Rechtslage ist unter anderem dann nicht schutzwürdig, wenn die Rechtslage unklar und verworren und Klärung zu erwarten war, wenn ein Zustand allgemeiner Rechtsunsicherheit herrschte oder wenn der Rechtsstatus der Betroffenen nur geringfügig beeinträchtigt wird.³³ Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass durch ein rechtsförmiges Strafverfahren mit rechtskräftigem Abschluss schutzwürdiges Vertrauen geschaffen wird. Diese Wertung hat durch Art. 103 Abs. 3 GG sogar Verfassungsrang.³⁴ Wie das BVerfG zutreffend betont, gilt sie auch unabhängig davon, ob die betroffene Person von ihrer Schuld ausgeht, also weiß, dass der Freispruch falsch ist.³⁵ Das folgt schon daraus, dass das Strafverfahren, in dessen Bestand sie vertrauen kann, unabhängig davon rechtskräftig abgeschlossen worden ist. Zudem gilt Art. 103 Abs. 3 GG gerade unabhängig von der Schuld der angeklagten Person.³⁶

Auch das OLG Celle ging von einer echten Rückwirkung aus, argumentierte beim Verwerfen der Beschwerde gegen die Wiederaufnahme des Strafverfahrens im Fall Frederike von Möhlmann jedoch, dass das Verbot der echten Rückwirkung ausnahmsweise nicht gelte. Denn die Wiederaufnahme sei in Fällen schwerster Straftaten zur Wahrung der materiellen Gerechtigkeit und der Integrität der Rechtsordnung notwendig, es handle sich dabei um „zwingende, dem Vertrauensschutz vorgehende Gemeinwohlbelange“.³⁷ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Verwirklichung des Prinzips materieller Gerechtigkeit eine Ausnahme vom Verbot der echten Rückwirkung nicht zwingend erforderlich macht. Denn „unerträglich“ ist die Diskrepanz zwischen einer rechtskräftigen Entscheidung und der materiellen Rechtslage nicht, weil dies

²² Vgl. *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 1 Rn. 60a.

²³ BVerfGE 63, 343 (359); 87 48 (63).

²⁴ Vgl. BVerfGE 113, 273 (308 f.).

²⁵ Vgl. zu diesem Argument *Pabst*, ZIS 2010, 126 (130), der es allerdings für eine Begründung des Verstoßes gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot einsetzt. Im Ergebnis ebenso *Jahn*, JuS 2022, 554 (556); *Lenk*, StV 2021, 118 (121).

²⁶ Vgl. *Lenk*, StV 2022, 118 (121 f.); *Aust/R. Schmidt*, ZRP 2020, 251 (254); *Pabst*, ZIS 2010, 126 (130).

²⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 142 ff.

²⁸ Abweichende Meinung *Müller/Langefeld* (Fn. 5), Rn. 38.

²⁹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 149; *Kaspar*, GA 2022, 21 (33 f.); *Lenk*, StV 2021, 118 (121); *Aust/R. Schmidt*, ZRP 2020, 251 (254); *Pabst*, ZIS 2010, 126 (130); skeptisch *Kubiciel*, GA 2021, 381 (394).

³⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 145, zudem u.a. BVerfGE 148, 217 (255 Rn. 135); 127, 1 (16 f.).

³¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 150; vgl. auch *Kaspar*, GA 2022, 21 (34).

³² Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 103. Lfg., Stand: Januar 2024, Art. 20 Rn. 80 ff.

³³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 146 m.w.N. zur Rspr. des BVerfG, vgl. zudem *Grzeszick* (Fn. 32), Art. 20 Rn. 80 ff.

³⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 152 f.

³⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 156; so zuvor schon *Kaspar*, GA 2022, 21 (35).

³⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 156; so zuvor schon *Kaspar*, GA 2022, 21 (35).

³⁷ OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22, Rn. 56; ähnlich *Kubiciel*, GA 2021, 381 (394).

„Folgen einer rechtsstaatlichen Strafrechtsordnung [sind], in der der Zweifelsgrundsatz eine zentrale Rolle spielt“.³⁸

Im Fall Frederike von Möhlmann verstieß die Wiederaufnahme des Strafverfahrens nach § 362 Nr. 5 StPO damit jedenfalls gegen das Verbot der echten Rückwirkung nach Art. 20 Abs. 3 GG.

IV. Keine Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG

Das Urteil des BVerfG geht weit über die Frage hinaus, ob die Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO auf den Fall der Frederike von Möhlmann gegen das allgemeine rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot verstößt. Im Kern der Entscheidung steht die Frage, ob § 362 Nr. 5 StPO gegen das Mehrfachverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG verstößt. Die Senatsmehrheit geht davon aus, so dass das BVerfG § 362 Nr. 5 StPO mit Art. 103 Abs. 3 GG für unvereinbar und nichtig erklärte.³⁹ Im Kern ihrer Begründung steht das Argument der Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG.

1. Der Gewährleistungsgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG

Wie auch das Gericht zur Begründung seiner Entscheidung zunächst festhält, gewährt Art. 103 Abs. 3 GG ein grundrechtsgleiches Recht, wonach niemand wegen derselben Tat mehrfach bestraft werden darf (*ne bis in idem*).⁴⁰ Dies gilt nach überwiegender Ansicht nicht nur für Verurteilte, sondern auch für Freigesprochene, denn Art. 103 Abs. 3 GG gewährleistet auch, dass niemand mehrfach verfolgt werden darf (Mehrfachverfolgungsverbot, Strafklageverbrauch).⁴¹ Das Gericht hält ausdrücklich fest, dass Art. 103 Abs. 3 GG seine Wirkung nicht nur gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, sondern auch gegenüber dem Gesetzgeber entfaltet, weil die Norm praktisch wirkungslos wäre, wenn durch einfaches Recht neue Wiederaufnahmegründe eingeführt werden könnten.⁴²

Als wichtigster Grund wird für Art. 103 Abs. 3 GG angeführt, dass jedes Strafverfahren unabhängig von seinem Ausgang eine erhebliche Belastung für die angeklagte Person darstellt und deshalb das GG die Einmaligkeit der Strafverfolgung für eine Tat verbürgt, teils ist insofern von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz die Rede.⁴³ Des Weiteren wird

benannt, dass die Unabänderlichkeit des Urteils die Autorität der Gerichte und des Staates verdeutlicht.⁴⁴ In einigen Argumentationen wird auch auf das Gebot materieller Gerechtigkeit Bezug genommen: Demnach kann materielle Gerechtigkeit nur im prozessualen Wege, also nicht unabhängig von einem prozessualen Verfahren erreicht werden, an dessen Ende nur eine prozessuale Wahrheit stehen kann. Dabei sei das Spannungsverhältnis zwischen materieller Gerechtigkeit und Vertrauensschutz auf rechtskräftige Urteile so zu lösen, dass eine materiell unrichtige rechtskräftige Entscheidung nur zugunsten der verurteilten Person aufgehoben werden darf.⁴⁵

2. Kernbereich und Grenzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG

In seiner bisherigen Rechtsprechung legte das BVerfG Art. 103 Abs. 3 GG als normgeprägtes Grundrecht aus, das durch das einfache Recht konkretisiert wird. Damit steht dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts ein gewisser Entscheidungsspielraum zu: Er ist weder auf den Stand der Regelung der Wiederaufnahmegründe vor dem Inkrafttreten der Verfassung festgelegt, noch ist er völlig frei, die Wiederaufnahme von Strafverfahren zu regeln. Genauer darf der Gesetzgeber dabei den Kern- oder Wesensgehalt des Grundrechts nicht angreifen und muss eine verhältnismäßige Regelung treffen. Art. 103 Abs. 3 GG steht damit Grenzkorrekturen bei der einfachrechtlichen Konkretisierung des Mehrfachverfolgungsverbot nicht entgegen.⁴⁶

Damit wird die Frage aufgeworfen, ob sich die Senatsmehrheit zur bisherigen Rechtsprechung in Widerspruch gesetzt hat. Das wäre der Fall, wenn sich der Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO im Grenzbereich des Grundsatzes des Strafklageverbrauchs bewegen würde. In der Rechtsprechung des BVerfG wurde als Veränderung des Grenzbereiches des Art. 103 Abs. 3 GG bislang anerkannt, dass sich die Annahmen dazu ändern, was eine prozessuale Tat i.S.d. Art. 103 Abs. 3 GG ist.⁴⁷ Beispielsweise ging es um die Frage, ob es gegen Art. 103 Abs. 3 GG verstößt, wenn Mord und die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung keine Tat i.S.d. Art. 103 Abs. 3 GG sind, auch wenn nach der früheren fachgerichtlichen Rechtsprechung eine Klammerwirkung des § 129 StGB und damit Tateinheit angenommen wurde. Solche Entscheidungen betreffen die Auslegung des Tatbegriffs im Einzelfall.⁴⁸ In ihnen geht es also vor allem um Details oder „Verästelungen“ des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts, die nicht im Einzelnen in ihrem Fortbestand verfassungsrechtlich verbürgt sind.⁴⁹

³⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 158; so zuvor schon *Kaspar*, GA 2022, 21 (35).

³⁹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 53.

⁴⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 56 f.; vgl. zudem *Remmert* (Fn. 21), Art. 103 Abs. 2 Rn. 1.

⁴¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 60 ff.; BVerfGE 12, 62 (66); BGHSt 5, 323 (328); *Remmert* (Fn. 21), Art. 103 Abs. 2 Rn. 1 f., 65; *Slognsnat*, ZStW 2021 (133), 741 (751 f.); *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358); a.A. *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1156); *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (718 f.).

⁴² Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 72, 74.

⁴³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 69; *Remmert* (Fn. 21), Art. 103 Abs. 3 Rn. 39; *Slognsnat*, ZStW 2021 (133), 741 (750 f.); *Aust/R. Schmidt*, ZRP 2020, 251 (252); *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358, 359).

⁴⁴ Vgl. dazu *Slognsnat*, ZStW 2021 (133), 741 (749 f.) m.w.N.; vgl. mittelbar auch BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 121.

⁴⁵ Vgl. *Slognsnat*, ZStW 2021 (133), 741 (748); *Remmert* (Fn. 21), Art. 103 Abs. 3 Rn. 39.

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 56, 22 (34).

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 56, 22 (34).

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 56, 22 (33 f.); allgemein dazu *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 103 Rn. 96 f.

⁴⁹ Vgl. *Kment* (Fn. 48), Art. 103 Rn. 96.

Bei dem neuen Wiederaufnahmegrund nach § 362 Nr. 5 StPO geht es hingegen darum, bei bestimmten schwerwiegenden Taten das Mehrfachverfolgungsverbot zu durchbrechen, um beim Auftreten neuer Beweismittel eine erneute Strafverfolgung im Hinblick auf ein- und dasselbe Tatgeschehen zu ermöglichen. Insoweit ist nach der Rechtsprechung des BVerfG der Kernbereich des Mehrfachverfolgungsverbot betroffen.⁵⁰ Es handelt sich bei § 362 Nr. 5 StPO nicht nur um ein Detail der Auslegung des Tatbegriffs, sondern um die Aufhebung des Mehrfachverfolgungsverbotes für eine konkrete beschuldigte Person für exakt dasselbe Tatgeschehen.⁵¹ Eine kritische Würdigung des Urteils des BVerfG muss deshalb bei der Frage der Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG in seinem Kernbereich ansetzen, eine Frage, die das BVerfG noch nicht entschieden hatte.⁵²

3. Argumente für die Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG

Die Antwort auf die Frage, ob § 362 Nr. 5 StPO oder überhaupt die Einführung eines neuen Wiederaufnahmegrundes zuungunsten einer rechtskräftig freigesprochenen oder verurteilten Person verfassungsgemäß ist, entscheidet sich wesentlich daran, ob Art. 103 Abs. 3 GG abwägungsfest ist. Dies ist innerhalb des *Senats* und der strafrechtswissenschaftlichen Debatte höchst umstritten.

Die Senatsmehrheit geht davon aus, dass mit dem Mehrfachverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG dem Prinzip der Rechtssicherheit gegenüber dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit Vorrang eingeräumt worden ist.⁵³ Zwar sei es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, welchem der beiden mit Verfassungsrang ausgestatteten Prinzipien er im Einzelfall Vorrang gewähre, dies gelte jedoch nicht, wenn das GG diese Entscheidung – wie im Falle des Art. 103 Abs. 3 GG – selbst trifft.⁵⁴ Art. 103 Abs. 3 GG gelte insoweit absolut und sei damit abwägungsfest.⁵⁵ Zur Begründung führt die Senatsmehrheit an, dass dies zwar nicht zwingend aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte folge, jedoch aus systematischen Gründen und aufgrund des Sinn und Zwecks von Art. 103 Abs. 3 GG zwingend sei.⁵⁶

Hinsichtlich der Systematik argumentiert die Senatsmehrheit, dass die Norm eine besondere Ausprägung des im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Vertrauensschutzes darstelle,

die ausschließlich für Strafverfahren gelte und damit über die allgemeinen Prinzipien hinausgehe.⁵⁷ Zudem korrespondiere Art. 103 Abs. 3 GG mit dem unbedingt geltenden Art. 103 Abs. 2 GG, der ebenfalls als speziell strafrechtliche Norm einen Spezialfall des allgemeinen Rückwirkungsverbot darstelle.⁵⁸ Beide Normen bedürften zudem keiner verfahrensrechtlichen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber, anders als etwa Art. 103 Abs. 1 GG, der Anspruch auf rechtliches Gehör.⁵⁹

Auch von seinem Sinn und Zweck her könne Art. 103 Abs. 3 GG unter Berücksichtigung seiner individuellen und gesellschaftlichen Zweckrichtung nur absolut gelten.⁶⁰ Aus der individuellen Perspektive der angeklagten Person wird dies mit dem notwendigen Vertrauensschutz begründet, der zugleich ihrer Menschenwürde und Freiheit diene. Dadurch werde verhindert, „dass der Einzelne – gegebenenfalls im Rahmen eines Prozesses ‚ad infinitum‘ [...] – zum bloßen Objekt der Ermittlung der materiellen Wahrheit herabgestuft wird“, dies gelte insbesondere für das „Strafrecht als einem der intensivsten Bereiche staatlicher Macht“. In gesellschaftlicher Hinsicht betont das Gericht, dass ein vom Einzelnen unabhängiges Bedürfnis an einer endgültigen Feststellung der Rechtslage bestehe, und insoweit dem Rechtsfrieden diene. Es gehe deshalb nicht um „das Erreichen des Ideals absoluter Wahrheit“, sondern um „die in einem rechtsförmigen Verfahren festzustellende, stets nur relative Wahrheit“. ⁶²

Auch in der Literatur gingen einige von der Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG aus.⁶³ Als Argument wurde insbesondere angeführt, dass Art. 103 Abs. 3 GG das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit gerade einseitig zugunsten der Rechtssicherheit und damit zugunsten der Interessen der beschuldigten Person löst, also selbst das Ergebnis einer Abwägung des Verfassungsgebers darstellt.⁶⁴ Die bereits bestehenden Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Beschuldigten in § 362 Nr. 1–4 StPO, werden dann als immanente Schranken des Art. 103 Abs. 3 GG betrachtet, weil sie auf die vorkonstitutionelle Rechtslage zurückgehen.⁶⁵ Fortentwicklungen der vorkonstitutionellen Rechtslage müssen sich demzufolge auf Grenzkorrekturen beschränken.⁶⁶

⁵⁰ Ebenso *Aust*, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD, Wortprotokoll der 160. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (Anlage), BT-Prot. 19/160, S. 31; anders BT-Drs. 19/30999, S. 8, wo die Abwägungsoffenheit daraus gefolgert wird, dass das BVerfG Korrekturen im Grenzbe-
reich zulässt.

⁵¹ Dahingehend auch *Müller/Langensfeld* (Fn. 5), Rn. 6; ebenso *Aust/R. Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253).

⁵² Vgl. *Müller/Langensfeld* (Fn. 5), Rn. 6; anders hingegen *Kaspar*, GA 2022, 21 (27); *Magnus*, KriPoZ 2024, 26 (29).

⁵³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 76

⁵⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 78.

⁵⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 79.

⁵⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 79.

⁵⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 83.

⁵⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 84.

⁵⁹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 85.

⁶⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 87.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 88.

⁶² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 89.

⁶³ Vgl. *Slogsnat*, ZStW 2021 (133), 741 (761 f.); *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358); *Aust/R. Schmidt*, ZRP 2020, 251 (252 f.).

⁶⁴ Vgl. *Slogsnat*, ZStW 2021 (133), 741 (761 f.); *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (358).

⁶⁵ Vgl. *Slogsnat*, ZStW 2021 (133), 741 (763).

⁶⁶ Vgl. *Slogsnat*, ZStW 2021 (133), 741 (764); *Aust/R. Schmidt*, ZRP 2020, 251 (252).

4. Kritik an der Annahme der Abwägungsfestigkeit

In ihrer abweichenden Meinung bestreiten Richter Müller und Richterin Langenfeld die Abwägungsfestigkeit des Art. 103 Abs. 3 GG. Dieser stehe für eine Abwägung mit entgegenstehenden Verfassungsrechtsgütern und damit auch einer Ergänzung der Wiederaufnahmegründe offen.⁶⁷ Ähnlich argumentier(t)en zumindest einige Stimmen in der Literatur.⁶⁸ Auch der Gesetzgeber ist von der Abwägungsoffenheit des Art. 103 Abs. 3 GG ausgegangen, denn er wog bei der Entscheidung für § 362 Nr. 5 StGB „zwischen den Grundsätzen der materiellen Gerechtigkeit und des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit“ ab.⁶⁹ Die Argumente für die Abwägungsoffenheit sind letztendlich überzeugend, damit ist aber nicht gesagt, dass die Abwägung zugunsten der materiellen Gerechtigkeit ausgeht.

In historischer Hinsicht ist davon auszugehen, dass der Verfassungsgesetzgeber seinerzeit eine Entscheidung für das Mehrfachverfolgungsverbot auf der Basis der vorkonstitutionellen Rechtslage traf. Diese sah bereits die heute bestehenden Wiederaufnahmegründe in § 362 Nr. 1–4 StPO vor.⁷⁰ Der Parlamentarische Rat hat damit eine Entscheidung für den grundsätzlichen Vorrang der Rechtssicherheit vor der materiellen Gerechtigkeit getroffen, wobei es zugleich Ausnahmen von diesem Grundsatz geben kann, die mit dem Mehrfachverfolgungsverbot verfassungsrechtlich vereinbar sind. In diesem verfassungsrechtlichen Licht ist § 362 StPO auch für neue Wiederaufnahmegründe offen.⁷¹ Gegen diese Argumentation wird zwar eingewendet, dass die Durchbrechungen des Grundsatzes des Strafklageverbrauchs auf die vorkonstitutionellen Wiederaufnahmegründe nach dem Willen des Verfas-

sungsgebers begrenzt sein sollen.⁷² Allerdings gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Verfassungsgeber dies tatsächlich wollte, es kann lediglich davon ausgegangen werden, dass er die bestehenden Wiederaufnahmegründe kannte.⁷³ Demnach kann Art. 103 Abs. 3 GG nicht abwägungsfest sein, weil dann auch die anderen Wiederaufnahmegründe in § 362 Nr. 1–4 StPO von vornherein verfassungswidrig wären.⁷⁴ Die herkömmlichen Wiederaufnahmegründe stellen eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit durch Rechtskraft im Strafverfahren dar, und zwar eine Durchbrechung, die der Verfassungsgeber sehenden Auges akzeptiert hat. Deshalb kann die Senatsmehrheit den Willen des Verfassungsgebers auch nicht als zwingenden Grund für die Abwägungsfestigkeit anführen.

Auch in verfassungsdogmatischer Hinsicht kann nicht von einer absoluten Abwägungsfestigkeit ausgegangen werden. Denn zwar ist Art. 103 Abs. 3 GG schrankenlos gewährleistet, aber – wie alle anderen Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte auch – verfassungsimmanenten Schranken unterworfen. Diese müssen „unter Beachtung des verfassungsrechtlich vorgegebenen grundsätzlichen Vorrangs der Rechtssicherheit zur Geltung und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Ausgleich zueinander gebracht werden können“.⁷⁵ Die herkömmlichen Wiederaufnahmegründe können damit als Ausdruck verfassungsimmanenter Schranken des Art. 103 Abs. 3 GG betrachtet werden.⁷⁶ Die damals zufällig geregelten Wiederaufnahmegründe als die verfassungsrechtlich einzig möglichen zu betrachten, würde tatsächlich dazu führen, dass „Zufälligkeiten einer vorkonstitutionellen Rechtslage verfassungsrechtlich versteinert würden“.⁷⁷

Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 103 Abs. 3 GG abwägungsfest ist, wenn auch die Durchbrechung der Rechtskraft nur in gewichtigen Ausnahmefällen in Betracht kommt.⁷⁸ Es besteht ein „zusätzlicher, durchaus substanzieller Spielraum für eine Änderung des § 362 Nr. 5 StPO“ „zwischen einer (jedenfalls erlaubten)

⁶⁷ Vgl. Müller/Langenfeld (Fn. 5), Rn. 1.

⁶⁸ Vgl. Hörnle, GA 2022, 184 (188 f.); Kaspar, GA 2022, 21 (27); Hoven, JZ 2021, 1155 (1157); vgl. auch Kubiciel, GA 2021, 380 (388); Magnus, KriPoZ 2024, 26 (29); Schneider, ZJS 2024, 238 (244 f.); Stuckenberg, StV 2024, 14 (15).

⁶⁹ BT-Drs. 19/30399, S. 6.

⁷⁰ § 402 RStPO Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten findet statt:

1. wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Gunsten als echt vorgebrachte Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht war;
2. wenn durch Beeidigung eines zu seinen Gunsten abgelegten Zeugnisses oder abgegebenen Gutachtens der Zeuge oder Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
3. wenn bei dem Urtheil ein Richter, Geschworener oder Schöffe mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf die Sache einer Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
4. wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständniß der strafbaren Handlung abgelegt wird.

⁷¹ So auch Kubiciel, GA 2021, 380 (382 f.).

⁷² Vgl. Conen, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der StPO, Anlage zum Wortprotokoll der 160. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Prot. 19/160, S. 41, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/865284/6e33b09a259e446da38a0469414f32ac/wortprotokoll.pdf> (15.5.2024).

⁷³ Vgl. Müller/Langenfeld (Fn. 5), Rn. 6.

⁷⁴ Vgl. Müller/Langenfeld (Fn. 5), Rn. 4.

⁷⁵ Müller/Langenfeld (Fn. 5), Rn. 5; im Ergebnis ebenso Hörnle, GA 2022, 184 (188 f.) und Kaspar, GA 2022, 21 (27), die dies allerdings als Grenzkorrektur betrachten.

⁷⁶ Vgl. Müller/Langenfeld (Fn. 5), Rn. 11. Vgl. auch Eisele, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der StPO (Fn. 72), S. 48.

⁷⁷ Müller/Langenfeld (Fn. 5), Rn. 15; vgl. auch Hörnle, GA 2022, 184 (188).

⁷⁸ Ähnlich Gärditz, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der StPO (Fn. 72), S. 55; Kubiciel, GA 2022, 380 (391 f.); Hörnle, GA 2022, 184 (188); Kaspar, GA 2022, 21 (27); Günther, HRRS 2024, 47 (48 f.).

Grenzkorrektur und einem verbotenen Zugriff auf den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG⁷⁹. Die Grundentscheidung des Verfassungsgebers zugunsten der Rechtssicherheit in Art. 103 Abs. 3 GG darf aber auch durch den Gesetzgeber nicht unterlaufen werden.⁸⁰

V. § 362 Nr. 5 StPO im Spannungsfeld zwischen materieller Gerechtigkeit, dem staatlichen Strafverfolgungsanspruch, Opferbelangen und Rechtssicherheit

Als verfassungsrechtlichen Belang, der in die Abwägung einzustellen ist, hat der Gesetzgeber das Prinzip materieller Gerechtigkeit betrachtet. Im strafrechtlichen Schrifttum wurde die Debatte auch meist auf das Verhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit im Falle des Strafklageverbrauchs beschränkt. Hinzu kommen jedoch der abweichenden Meinung und Stimmen in der Literatur zufolge der rechtsstaatliche Strafanspruch, der Belang einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und die Belange von Opfern einer Straftat und deren Angehörigen.

1. Das Prinzip materieller Gerechtigkeit

Der Gesetzgeber stützte die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO auf das Prinzip materieller Gerechtigkeit. Es sei ein „unerträglicher Gerechtigkeitsverstoß“ bzw. „unerträglicher Widerspruch zu Belangen materieller Gerechtigkeit (und Sinn und Zweck des Strafklageverbrauchs)“, wenn schwerstes Unrecht nicht bestraft wird.⁸¹ Das Prinzip materieller Gerechtigkeit, das das BVerfG in seinem Urteil nicht vertieft erörtert, fußt ebenso wie Art. 103 Abs. 3 GG auf dem Rechtsstaatsprinzip. Das Rechtsstaatsprinzip umfasst nach der Rechtsprechung des BVerfG „als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein“.⁸² Dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Prinzip materieller Gerechtigkeit kommt damit eine besondere Bedeutung für das Strafverfahren zu:

„Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt.“⁸³

Materielle Gerechtigkeit bedeutet demnach in Bezug auf kriminelles Unrecht in Verbindung mit dem Schuldprinzip, dass ein wirklich geschehenes Verbrechen schuldangemessen bestraft wird.⁸⁴ Wenn ein Verbrechen aufgrund der Rechtskraft eines strafrechtlichen Freispruchs nicht bestraft wird, kollidieren damit zwei verfassungsrechtlich geschützte Güter

miteinander, der Grundsatz des Strafklageverbrauchs und der Grundsatz materieller Gerechtigkeit.

Johannes Kaspar gibt zwar zu bedenken, dass „ein pauschales Abstellen auf Belange der ‚Gerechtigkeit‘ zur Rechtfertigung des Eingriffs fragwürdig [ist]“.⁸⁵ Allerdings geht es gerade nicht um ein pauschales Abstellen auf ein unscharfes Rechtsprinzip. Der Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit, der Strafverfolgungsanspruch des Staates und das Recht auf effektive Strafverfolgung der Opfer und ihrer Angehörigen ist im Falle einer Straftat ebenso konkret und nicht diffus wie der Anspruch auf Vertrauensschutz der rechtskräftig wegen dieser Tat freigesprochenen Person. Diese sind mit dem Anspruch auf Vertrauensschutz gerade für den Fall einer rechtskräftig freigesprochenen Person und neuer für eine Verurteilung sprechender Beweise in ein angemessenes Verhältnis zu setzen.

2. Staatlicher Strafanspruch

In ihrer abweichenden Meinung weisen Richter *Müller* und Richterin *Langenfeld* darauf hin, dass auch der staatliche Strafanspruch relevant ist, der eine Konkretisierung des Prinzips materieller Gerechtigkeit darstellt und ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip wurzelt.⁸⁶ Der Gerechtigkeit kann nur durch eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zum Durchbruch verholfen werden, in deren Rahmen Straftäter und Straftäterinnen einer gerechten Strafe zugeführt werden.⁸⁷ Insoweit der Strafklageverbrauch die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches verhindert, steht er damit auch im Konflikt mit diesem.

3. Das Recht der Opfer und ihrer Angehörigen auf eine effektive Strafrechtspflege

Die abweichende Meinung sieht den staatlichen Strafanspruch im Zusammenhang mit dem Rechtsgüterschutz und dem staatlichen Gewaltmonopol. Der Rechtsgüterschutz kann im Falle kriminellen Unrechts nur durch den Staat erfolgen, weil die Opfer und ihre Angehörigen durch das Gewaltmonopol an einem eigenmächtigen Ausgleich des begangenen Unrechts gehindert sind.⁸⁸ Das Prinzip materieller Gerechtigkeit zielt aus diesem Grund nicht nur abstrakt-generell auf die Bewältigung schwerer Schuld und dient damit dem gesellschaftlichen Rechtsfrieden. Es gilt auch zugunsten der individuellen Tatopfer und ihrer Angehörigen, die ein unmittelbares Interesse an der Aufarbeitung einer Straftat haben, durch das staatliche Gewaltmonopol aber daran gehindert sind, die Tatbewältigung in Form eines spezifischen Ausgleichs schweren Unrechts selbst in die Hand zu nehmen.

Dieses verfassungsrechtlich geschützte Interesse an der Strafverfolgung geht dabei nicht so im staatlichen Strafanspruch auf, dass ihm kein Gewicht in der verfassungsrechtlichen Bewertung zukäme, auch wenn der staatliche Strafanspruch unter anderem im Interesse der Opfer und ihrer Angehörigen besteht. Er stellt eine eigenständige Rechtsposition

⁷⁹ *Kubicjel*, GA 2022, 380 (388); ähnlich *Kaspar*, GA 2022, 21 (28).

⁸⁰ Vgl. *Müller/Langenfeld* (Fn. 5), Rn. 4; ähnlich *Gärditz* (Fn. 78), S. 55.

⁸¹ BT-Drs. 19/30399, S. 6 und 9.

⁸² BVerfGE 133, 168 (198).

⁸³ BVerfGE 133, 168 (198).

⁸⁴ Grundlegend zum Schuldprinzip BVerfGE 45, 187 (228).

⁸⁵ *Kaspar*, GA 2022, 21 (31).

⁸⁶ Vgl. *Müller/Langenfeld* (Fn. 5), Rn. 6, 18.

⁸⁷ Vgl. *Müller/Langenfeld* (Fn. 5), Rn. 19.

⁸⁸ Vgl. *Müller/Langenfeld* (Fn. 5), Rn. 19.

dar, die in einem spezifischen Verhältnis zum staatlichen Strafanspruch steht.⁸⁹ *Tatjana Hörnle* hat darauf hingewiesen, dass die Abwägung nicht auf die Bestimmung des Verhältnisses zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit beschränkt werden darf, sondern die kollidierenden Grundrechte der betroffenen Individuen in den Mittelpunkt stellen müsse.⁹⁰ Es geht ihr dabei nicht nur um Art. 103 Abs. 3 GG als grundrechtsgleiches Recht, sondern auch um eine mögliche Rechtfertigung eines Eingriffs in dieses grundrechtsgleiche Recht aufgrund des Rechts der Opfer auf eine effektive Strafrechtspflege, das ebenfalls Verfassungsrang hat.⁹¹ Zwar kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Opferbelange gegenüber dem Prinzip materieller Gerechtigkeit und dem Strafverfolgungsanspruch des Staates vorrangig wären, allerdings sind sie als eigenständige Rechtsposition in die Abwägung einzubeziehen.⁹² Dies lässt sich daraus herleiten, dass der Staat grundlegende Freiheitsrechte zu gewährleisten hat und ihm insofern Schutzpflichten zukommen, und dass die Tatopfer und ihre Angehörigen die Bewältigung der Straftat aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols nicht in ihre eigenen Hände nehmen dürfen. Das Recht auf effektive Strafverfolgung ist in der Rechtsprechung des BVerfG inzwischen auch bei erheblichen Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter, wie Leben, Leib, sexuelle Selbstbestimmung und Freiheit der Person anerkannt.⁹³

Auch in seinem Urteil zu § 362 Nr. 5 StPO geht die Senatsmehrheit auf die „Belange von Opfern und deren Angehörigen“ ein.⁹⁴ Sie stellt im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG fest, dass der Anspruch auf effektive Strafverfolgung jedoch kein bestimmtes Ergebnis verbürge, sondern die Strafverfolgungsorgane lediglich grundsätzlich zu einem effektiven Tätigwerden verpflichtet.⁹⁵ Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel habe ihren Grund jedoch nicht in gravierenden Mängeln der Strafverfolgung und könne deshalb das Vertrauen der Opfer und ihrer Angehörigen in eine rechtsförmige und effektive Strafverfolgung durch Freisprüche nicht grundsätzlich erschüttern.⁹⁶ Dass dies faktisch nicht zutrifft, zeigen allein die Bemühungen der Familie von Möhlmann um eine Aufklärung der Tatumstände des Todes von Frederike von Möhlmann auch Jahrzehnte nach dem rechtskräftigen Freispruch des Verdächtigen. Auch in norma-

tiver Hinsicht ist das Recht auf effektive Strafverfolgung von Bedeutung. Zwar stellt, wie das Gericht zutreffend festhält, die fortlaufende Verbesserung von Ermittlungsmethoden die Rechtsstaatlichkeit früherer rechtskräftig abgeschlossener Ermittlungsverfahren nicht in Frage und der Anspruch auf effektive Strafverfolgung geht nicht über Erzwingung einer Anklage und die mit der Nebenklage verbundenen Rechte hinaus.⁹⁷ Allerdings hindert dies allein den Gesetzgeber nicht daran, die Belange der Opfer und ihrer Angehörigen über diesen grundrechtlich verbürgten Anspruch hinaus durch einen Wiederaufnahmegrund aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel in Fällen schwerster Kriminalität stärker zu gewichten.⁹⁸ Im Ergebnis muss der Anspruch der Opfer einer Straftat und gegebenenfalls ihrer Angehörigen auf effektive Strafverfolgung als eigenständige Rechtsposition mit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen.

4. Verhältnis der kollidierenden Verfassungsrechtsgüter

Die Einführung des neuen Wiederaufnahmegrundes verfolgte mit dem verfassungsrechtlichen verankerten Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit ein legitimes Ziel, auch der Strafanspruch des Staates und die Belange der Opfer und ihrer Angehörigen sind verfassungsrechtlich legitimiert. Seine Einführung war zur Gewährleistung dieser Ziele im Falle neuer Tatsachen und Beweismittel auch erforderlich, denn diesen Belangen lässt sich im Einzelfall nur gerecht werden, wenn die Rechtskraft eines Freispruchs durchbrochen wird, um eine Verurteilung für den Fall neuer dafürsprechender Beweise zu ermöglichen. Fraglich ist die Bestimmung der Angemessenheit. Die mit der Einführung des § 362 Nr. 5 StPO verfolgten Zwecke dürfen nicht außer Verhältnis zum Eingriff in das grundrechtsgleiche Recht in Art. 103 Abs. 3 GG stehen.

a) Abwägung

aa) Keine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses

Elisa Hoven geht davon aus, dass das Interesse der rechtskräftig freigesprochenen Person an der Nichtbelastung mit einem erneuten Strafverfahren durch das allgemeine Rechtsstaatsprinzip geschützt ist. Bei der Abwägung dürfe die Strafe nicht auf ihren Eingriffscharakter reduziert werden, vielmehr müsse im Blick behalten werden, dass sie auch ein unverzichtbares Mittel des Rechtsgüterschutzes sei, die der Staat „dem Täter, der Gesellschaft und auch dem Opfer der Straftat [schuldet]“.⁹⁹ Die damit vom Staat allen relevanten Rechtspositionen geschuldete Durchsetzung materieller Gerechtigkeit werde verfehlt, wenn der Angeklagte, der die Tat tatsächlich begangen hat, freigesprochen worden sei. Der Staat dürfe keinen zu Unrecht erfolgten Freispruch bestehen lassen, denn dann würde „er sehenden Auges ein Urteil, das den Anforderungen an Wahrheit und Gerechtigkeit widerspricht [akzeptieren]“.¹⁰⁰ Bei schweren Straftaten könne es daher nur in

⁸⁹ Ausführlich *A. Schmidt*, in: Asholt/Kuhli/Ziemann/Basak/Reiß/Beck/Nestler (Hrsg.), *Grundlagen und Grenzen des Strafanspruchs*, 2015, S. 175, insb. 198 ff.

⁹⁰ Vgl. *Hörnle*, GA 2022, 184 (186 f., 190).

⁹¹ Vgl. *Hörnle*, GA 2022, 184 (190).

⁹² Ähnlich *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158).

⁹³ Vgl. BVerfG NJW 2023, 1277 (1278 Rn. 52 ff.); BVerfG NSStZ-RR 2020, 52 (51); BVerfG NSStZ-RR 2020, 148 (149); BVerfG NJW 2015, 150 (150 f.); BVerfG NSStZ-RR 2015, 117 (117); BVerfG NJW 2015, 3500 (3501).

⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 132.

⁹⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 133 und Nachweise in Fn. 94, insb. BVerfG NJW 2023, 1277 (1278 Rn. 56 f.).

⁹⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 133.

⁹⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 134 f.

⁹⁸ Vgl. auch *Müller/Langefeld* (Fn. 5), Rn. 22.

⁹⁹ *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158).

¹⁰⁰ *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158).

Ausnahmefällen geboten sein, auf die Durchsetzung des Strafrechts zugunsten anderer Prinzipien zu verzichten.¹⁰¹

Damit kehrt *Hoven* das vom Gesetzgeber und auch sonst angenommene Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Rechtssicherheit im Falle eines rechtskräftigen Strafurteils und der materiellen Gerechtigkeit einschließlich des Strafverfolgungsanspruch des Staates und der Interessen der Opfer und ihrer Angehörigen an einer wirksamen Strafverfolgung um. Es bedürfte demnach eher besonderer Gründe, warum ein Strafverfahren nicht wiederaufgenommen werden sollte, wenn im Falle eines rechtskräftigen Freispruchs neue Beweismittel auftauchen, die für eine Verurteilung sprechen. Dies würde die Rechtssicherheit jedenfalls zu weitgehend einschränken: Sie würde für rechtskräftig Freigesprochene dann generell nicht gelten und geradezu ausgehöhlt, denn im Fall der rechtskräftig freigesprochenen Person gab es schon ein Strafverfahren, das der materiellen Gerechtigkeit zum Durchbruch verhelfen sollte. Zudem setzt die Argumentation voraus, dass feststeht, dass die angeklagte Person im rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahren zu Unrecht freigesprochen wurde. Dies könnte sich allerdings erst in einem neuen Strafverfahren erweisen, das selbst materielle Gerechtigkeit wieder nur innerhalb der Grenzen prozeduraler Gerechtigkeit herstellen kann.

bb) Positionen für einen gesetzgeberischen Ermessensspielraum

Im Hinblick auf die Angemessenheit weisen Richter *Müller* und Richterin *Langenfeld* darauf hin, dass die Durchbrechung der Rechtskraft eine Ausnahme bleiben und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen muss, insbesondere muss das Gewicht des Wiederaufnahmegrundes „derart sein, dass der grundsätzliche Bestand eines rechtskräftigen Freispruchs ausnahmsweise dahinter zurücksteht“.¹⁰² Im Ergebnis gehen beide davon aus, dass sich die gesetzgeberische Entscheidung für § 362 Nr. 5 StPO im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegt hat. Insbesondere führen sie an, dass der neue Wiederaufnahmegrund die Durchbrechung der Rechtskraft nur in Ausnahmefällen unverjährbarer Straftaten zugelassen hat. Zudem könne der Rechtsfrieden, der mit der Rechtskraft hergestellt werden soll, gerade dann Schaden leiden, „wenn im Falle schwerster Straftaten im Sinne von § 362 Nr. 5 StPO ein Betroffener trotz erdrückender Beweise straflos bleibt“.¹⁰³

Michael Kubiciel weist auf den besonderen Stellenwert der Rechtssicherheit für die angeklagte Person hin. Grundsätzlich soll demnach niemand dauerhaft unter dem Damoklesschwert einer weiterhin möglichen Anklage leben müssen, obwohl das Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen wurde. Auch bei schwersten Delikten dürfe deshalb die Wiederaufnahme nicht ohne weiteres möglich sein.¹⁰⁴ Sie bedürfe deshalb eines hinreichenden Anlasses, der gegeben sei bei der „Entdeckung neuer Tatsachen oder Beweismittel von einer so

hohen Beweisqualität [...], dass sie mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Überführung des Freigesprochenen erwarten lassen“.¹⁰⁵

Ähnlich stellt *Tatjana Hörnle* fest, dass eine Wiederaufnahme nur in sehr seltenen Fällen in Betracht kommen dürfe. Zudem rekurriert sie darauf, dass der Beschuldigte, der von seiner Schuld weiß, weniger belastet ist, weil ihm lediglich ein weiteres Strafverfahren droht, nicht aber die nochmalige öffentliche Untersuchung eines nicht zutreffenden Verdachts. Gerade bei unverjähbaren Taten müssten schuldige Beschuldigte aber immer mit einer Bestrafung rechnen, zudem könne man der überobligationsmäßigen Belastung mit einem zweiten Strafverfahren bei der außergesetzlichen Strafrahmengmilderung bei § 211 StGB oder sonst bei der Strafzumessung gerecht werden.¹⁰⁶ Problematisch ist *Hörnle* zufolge allein die Konstellation, dass ein Unschuldiger nach einem rechtskräftigen Freispruch nochmals einem Strafverfahren ausgesetzt wird. Deshalb müsse es gesetzlich äußerst unwahrscheinlich gemacht werden, dass dieser Fall eintritt. Es müssten daher schon nach den gesetzlichen Vorgaben besonders strenge Anforderungen an die neuen Beweise gestellt werden.¹⁰⁷

Weitere Stimmen betonen, dass die Wiederaufnahme nur in den eng umgrenzten Fällen schwerster, unverjährbarer Verbrechen erfolgen soll, so dass der Ausnahmecharakter gewahrt werde.¹⁰⁸

cc) Verstoß gegen das Mehrfachverfolgungsverbot

Diesen Argumentationen kann jedoch nicht gefolgt werden, denn es spricht eine grundsätzliche Erwägung gegen den Vorrang der materiellen Gerechtigkeit, des staatlichen Strafverfolgungsanspruches und des Anspruchs der Opfer und ihrer Angehörigen auf eine effektive Strafverfolgung.

Ziel des Strafprozesses ist es, ein Urteil über die Schuld oder Unschuld der angeklagten Person zu fällen, um materielle Gerechtigkeit herzustellen, dem staatlichen Strafverfolgungsanspruch und dem Interesse der Opfer und ihrer Angehörigen an einer wirksamen Strafverfolgung zu genügen. Die Durchsetzung dieser verfassungsrechtlich geschützten Belange im Herstellen materieller Gerechtigkeit durch Strafe ist dabei auf die Wahrheitsfindung im Strafprozess angewiesen. Denn was dem staatlichen Strafausspruch als Wahrheit zugrunde gelegt werden kann, lässt sich nur im rechtsstaatlichen Strafverfahren mit seinen spezifischen Verfahrensgarantien ermitteln. Materielle Gerechtigkeit, die Verfolgung des staatlichen Strafanspruches und der Anspruch auf effektive Strafverfolgung der Tatopfer ist ohne prozedurale Gerechtigkeit nicht zu erreichen, auch wenn der Strafprozess zum Ziel hat, sich der materiellen Wahrheit so weit wie möglich anzunähern sowie dem staatlichen und individuellen Strafverfolgungsanspruch gerecht zu werden. Nur die in einem rechts-

¹⁰⁵ *Kubiciel*, GA 2022, 380 (392).

¹⁰⁶ Vgl. *Hörnle*, GA 2022, 184 (192 f.).

¹⁰⁷ Vgl. *Hörnle*, GA 2022, 184 (193).

¹⁰⁸ Vgl. *Eisele* (Fn. 76), S. 51; *Gärditz* (Fn. 78), S. 58; dahingehend auch *Letzgus*, NSTz 2020, 717 (719); *Magnus KriPoZ* 2024, 26 (29).

¹⁰¹ Vgl. *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158).

¹⁰² *Müller/Langenfeld* (Fn. 5), Rn. 4.

¹⁰³ *Müller/Langenfeld* (Fn. 5), Rn. 16.

¹⁰⁴ Vgl. *Kubiciel*, GA 2022, 380 (391 f.).

staatlichen Strafverfahren ermittelte prozedurale Wahrheit kann und muss damit genügen, um dem Prinzip materieller Gerechtigkeit, dem staatlichen Strafverfolgungsanspruch und den Belangen der Opfer und ihrer Angehörigen gerecht zu werden. Ein Wiederaufnahmegrund wie § 362 Nr. 5 StPO, der von vornherein auf die Durchbrechung der Rechtskraft aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit zielt, ist daher unangemessen und verletzt deshalb das Mehrfachverfolungsverbot. Insoweit ist der Senatsmehrheit zuzustimmen, auch wenn diese Überlegung nicht zur Annahme der Abwägungsfestigkeit führen kann. Insbesondere den auch verfassungsrechtlich als eigenständige Rechtsposition anzuerkennenden Belangen der Opfer und ihrer Angehörigen muss durch eine entsprechende Ausgestaltung des Strafverfahrens Rechnung getragen werden.

Es ist zudem äußerst fraglich, ob diesen Belangen durch die Wiederaufnahme von Verfahren tatsächlich besser zum Durchbruch verholfen werden kann als es beim Festhalten am Verbot der mehrfachen Anklage wegen derselben Tat der Fall ist. Die Erreichung materieller Gerechtigkeit und die Durchsetzung der Strafverfolgungsansprüche ist auch in dem neuen Verfahren auf das Herstellen prozeduraler Gerechtigkeit angewiesen. Diese muss in einem neuen Prozess aber nicht notwendig zu einem anderen Ergebnis führen. Im Fall von Möhlmann zum Beispiel ermöglicht die Spermaspur zwar neue Sachverhaltsfeststellungen, allerdings muss eine erneute Beweisaufnahme nicht zur Verurteilung des Freigesprochenen führen.¹⁰⁹ Die Beweisaufnahme ist unter anderem dadurch erschwert, dass die konkrete Tat bereits mehr als 40 Jahre zurückliegt, was die Erreichbarkeit anderer Beweise höchst problematisch macht. Ein erneuter Prozess muss daher nicht zwingend der materiellen Gerechtigkeit zum Durchbruch verhelfen. Es bleibt vielmehr immer mehr oder weniger unklar, ob der materiellen Gerechtigkeit im Strafprozess tatsächlich zum Durchbruch verholfen wurde. Wenn es zulässig wäre, dass eine rechtskräftig freigesprochene Person immer wieder einem Strafverfahren ausgesetzt werden könnte, dürfte sie sich nie darauf verlassen, dass irgendwann einmal Rechtssicherheit eintritt. Die Gebote der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens wären für diese Person wegen ein- und desselben Tatgeschehens bis zu ihrem Tod letztlich aufgehoben, wenn neue Tatsachen und Beweismittel auftreten. Prozedurale Gerechtigkeit lässt sich damit nur erreichen, wenn es einen Verfahrensstand und Zeitpunkt gibt, zu dem Rechtssicherheit und Rechtsfrieden endgültig eintreten. Denn die Norm läuft in den genannten Fällen auf „Freisprüche unter Vorbehalt hinaus“.¹¹⁰ Nicht zuletzt dürfte sich ihre Anwendung auf wenige Ausnahmefälle beschränken und sie damit eher symbolischer Natur sein.¹¹¹

b) Vergleich mit den anderen Wiederaufnahmegründen in § 362 Nr. 1–4 StPO

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts durch den Vergleich mit den anderen Wiederaufnahmegründen in § 362 StPO. § 362 Nr. 1–4 StPO lassen eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des verurteilten Angeklagten zu,

1. wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Gunsten als echt vorgebrachte Urkunde unecht oder verfälscht war;
2. wenn der Zeuge oder Sachverständige sich bei einem zugunsten des Angeklagten abgelegten Zeugnis oder abgegebenen Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage schuldig gemacht hat;
3. wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat;
4. wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat abgelegt wird.

Diese Wiederaufnahmegründe werden allgemein als zulässige Durchbrechung des Mehrfachverfolungsverbotes betrachtet. Sie müssen also letztlich auf demgegenüber höher-rangigen verfassungsrechtlich legitimen Zwecken beruhen. Die Senatsmehrheit betrachtet die Wiederaufnahmegründe in § 362 Nr. 1–4 StPO als „immanente Schranken des Art. 103 III GG“,¹¹² wobei unklar bleibt, worauf diese verfassungs-dogmatisch gründen, also ob sie auf vorrangigem kollidierendem Verfassungsrecht oder auf der vom Verfassungsgeber akzeptierten vorkonstitutionellen Rechtslage beruhen sollen.

§ 362 Nr. 1–3 StPO werden häufig, auch durch die Senatsmehrheit, auf die Überlegung zurückgeführt, dass sie einen schwerwiegenden Mangel des Verfahrens und deshalb auch kein schutzwürdiges Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens begründen.¹¹³ So hält die Senatsmehrheit fest, dass in den Fällen des § 362 Nr. 1–3 StPO die Wiederaufnahme unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit des Urteils erfolge, Ziel der Wiederaufnahme sei nicht ein im Ergebnis anderes Urteil, sondern „primär die Wiederholung des fehlerbehafteten Verfahrens“.¹¹⁴ Es handele sich deshalb um schwerwiegende Mängel, die die Anforderungen an ein justizförmiges, rechtsgeleitetes Verfahren verfehlen, so dass die Wiederholung des Verfahrens „den Geltungsanspruch des Urteils und damit die rechtsstaatliche Autorität des Strafverfahrens ab[sichert]“.¹¹⁵ Im Hinblick auf den Strafverfolgungsanspruch des Staates ist dies zwar konsequent argumentiert, allerdings ist auch das rechtsstaatlich geschützte Interesse der beschuldigten Person auf das Vertrauenkönnen in das Strafurteil zu berücksichtigen, insbesondere wenn sie den schwerwiegenden Verfahrensmangel nicht zu vertreten hat. Hinzu kommt, dass es nicht nur um den Strafverfolgungsanspruch des Staates und das staatliche Interesse an rechtsstaat-

¹⁰⁹ Vgl. auch *Singelnstein*, NJW 2022, 1058 (1060 Rn. 13); *Aust/R. Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253 f.).

¹¹⁰ *Aust/R. Schmidt*, ZRP 2020, 251 (252).

¹¹¹ Vgl. *Singelnstein*, NJW 2022, 1058 (1060 f. Rn. 15).

¹¹² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 118.

¹¹³ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 119 ff.

¹¹⁴ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 119.

¹¹⁵ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 121.

lich schutzwürdigen gerichtlichen Entscheidungen gehen kann. Es geht auch um die materielle Gerechtigkeit, der durch das rechtsstaatliche Verfahren zum Durchbruch verholfen werden soll, das rechtsstaatliche Strafverfahren ist kein Selbstzweck. Die Verfassungsmäßigkeit der Nr. 1–3 des § 362 StPO lässt sich nur damit begründen, dass in diesen Fällen das Prinzip materieller Gerechtigkeit und das rechtsstaatliche Interesse an einem nicht an schwerwiegenden Fehlern leidenden Verfahren den Anspruch der beschuldigten Person auf Vertrauensschutz überwiegt.

Ein wichtiger Unterschied zwischen § 362 Nr. 1–3 StPO und § 362 Nr. 5 StPO ist aber, wie die Senatsmehrheit festhält, dass neue Tatsachen und Beweismittel „die Rechtsförmigkeit und Rechtsstaatlichkeit des vorausgegangenen Verfahrens nicht in Zweifel [ziehen]“ und damit „[daher] auch keinen schwerwiegenden Mangel der ergangenen Entscheidung [begründen]“. ¹¹⁶ Das ursprüngliche Strafverfahren leidet in diesen Fällen nicht an schwerwiegenden Mängeln. Es kann insofern davon ausgegangen werden, dass die Rechtssicherheit, die in einem justizförmigen Verfahren geschaffen wird, gerade dadurch erreicht werden soll, dass auch beim Auftreten neuer Tatsachen und Beweismittel die Rechtskraft nicht durchbrochen werden kann. Die Rechtssicherheit, die durch den rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens erreicht werden soll, „erstreckt sich darauf, dass sie nicht durch das Auftauchen neuer Tatsachen oder Beweismittel infrage gestellt wird“. ¹¹⁷ Der Senatsmehrheit ist damit zuzustimmen, wenn sie den wesentlichen Unterschied zwischen § 362 Nr. 1–3 StPO und § 362 Nr. 5 StPO darin sieht, dass dieser „vorrangig auf eine inhaltlich ‚richtigere‘ Entscheidung zielt“, jene aber nicht. ¹¹⁸

Dieses Argument trägt aber nicht im Vergleich mit § 362 Nr. 4 StPO, bei dem ein nachträgliches glaubwürdiges Geständnis der freigesprochenen Person zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens führen kann. ¹¹⁹ So ist der Senatsminderheit zuzugestehen, dass es sich auch im Falle des § 362 Nr. 4 StPO um ein neu auftauchendes Beweismittel nach der Rechtskraft des Strafurteils handelt, die Wiederaufnahme geht dann auf eine Veränderung der Beweislage nach Rechtskraft des Urteils zurück. ¹²⁰ Der Rechtsfrieden sei im Falle des § 362 Nr. 4 StPO ebenso erschüttert wie im Falle des § 362 Nr. 5 StPO. ¹²¹ Die Senatsmehrheit argumentiert, dass in diesem Fall die Wiederaufnahme nicht vorrangig auf eine Änderung des Freispruchs zielt, sondern darauf, „ein Verhalten zu verhindern, das die Autorität des rechtsstaatlichen Strafverfahrens infrage stellen würde“. ¹²² Hinzuzufügen

ist, dass sich der Freigesprochene, der sich nach der Rechtskraft des Urteils zur Täterschaft bekennt, nicht auf schutzwürdiges Vertrauen berufen kann. ¹²³ Auch § 362 Nr. 4 StPO lässt sich damit nicht mit dem Vorrang der materiellen Gerechtigkeit gegenüber der Rechtssicherheit erklären.

Abschließend ist damit festzuhalten, dass § 362 Nr. 5 StPO den anderen Wiederaufnahmegründen in § 362 Nr. 1–4 StPO nicht vergleichbar ist, weil er in erster Linie auf die Aufhebung des Strafurteils aufgrund der materiellen Unrichtigkeit des rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens zielt. ¹²⁴

c) Die „Unerträglichkeitsformel“

Der Gesetzgeber hat sich darauf berufen, dass es unerträglich sei, wenn in Fällen schwerster unverjährbarer Straftaten eine Wiederaufnahme nicht möglich sei. ¹²⁵ Das erinnert an die Radbruch'sche Formel. ¹²⁶ Diese besagt, dass ein Konflikt zwischen Rechtssicherheit und materialer Gerechtigkeit grundsätzlich zugunsten des positiven Gesetzes, also zugunsten der Rechtssicherheit zu lösen ist, es sei denn, dass „das positive Gesetz ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“. ¹²⁷ Darüber hinaus entbehrt Recht überhaupt der Rechtsnatur, „wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde“. ¹²⁸ Es ist durchaus überlegenswert, diese Gedanken von der Geltung von Rechtsnormen auf die Rechtskraft von Urteilen zu übertragen. Demnach könnte ein rechtskräftiges Urteil unabänderlich sein, es sei denn, es steht in einem unerträglichem Widerspruch zur Gerechtigkeit. ¹²⁹

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Urteil ein Nichturteil in Anlehnung an die Verleugnungsformel ist, wenn es aufgrund eines materiell verfassungsgemäßen Strafgesetzes ergangen ist, das in einem rechtsstaatlichen Verfahren erlassen wurde. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn ein Strafverfahren nicht darauf ausgerichtet ist, die materielle Wahrheit im Interesse des Staates oder der Rechtsgemeinschaft und im Interesse der von der Tat betroffenen Einzelnen zu ermitteln oder wenn es grundlegende Voraussetzungen prozeduraler Gerechtigkeit verfehlt.

Es könnte sich nur um in einem grundlegenden Sinne unrichtige Urteile handeln, die der Gerechtigkeit zu weichen hätten, wenn unerträgliche Zweifel daran bestehen, dass sie formell oder materiell gerecht sind. Doch von solchen unerträglichen Zweifeln kann in Fällen nachträglicher Tatsachen und Beweismittel keine Rede sein: In diesen Fällen kann es zwar sein, dass ein Widerspruch zwischen materieller Ge-

¹¹⁶ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 127.

¹¹⁷ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 127, vgl. auch BVerfGE 56, 22 (31).

¹¹⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 123; a.A. Bohn, ZfIStw 1/2024, 58 (60 f.).

¹¹⁹ Vgl. auch Slogsnat, ZStW 133 (2021), 741 (765).

¹²⁰ Vgl. Müller/Langefeld (Fn. 5), Rn. 14.

¹²¹ Vgl. Müller/Langefeld (Fn. 5), Rn. 14.

¹²² BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 122; vgl. auch Slogsnat, ZStW 133 (2021), 741 (767); Tiemann, in:

Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 362 Rn. 1a.

¹²³ Ebenso Slogsnat, ZStW 133 (2021), 741 (767).

¹²⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, Rn. 117.

¹²⁵ BT-Drs. 19/30399, S. 1, 6.

¹²⁶ So auch Slogsnat, ZStW 133 (2021), 741 (747 ff.).

¹²⁷ Radbruch, SJZ 1946, 105 (107).

¹²⁸ Radbruch, SJZ 1946, 105 (107).

¹²⁹ Vgl. Slogsnat, ZStW 133 (2021), 741 (749).

reichtigkeit und der rechtsstaatlich ermittelten prozeduralen Wahrheit besteht. Dieser Widerspruch ist aber, wie gezeigt, nicht gänzlich ausräumbar, da sich die materielle Wahrheit rechtsstaatlich nur in einem Strafverfahren ermitteln lässt, das immer mit einer prozeduralen Wahrheit endet, auch im Falle seiner Wiederholung. Der Widerspruch zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit ist insoweit nicht unerträglich. Er ist auf nicht ausräumbare Unzulänglichkeiten von Strafverfahren zurückzuführen. Dass eine schuldige Person nicht verurteilt werden kann, ist rechtsstaatstypisch und kann insofern nicht als unerträglich betrachtet werden.¹³⁰

Dennoch ist es nachvollziehbar, dass ein Freispruch insbesondere für das Opfer der Tat und seine Angehörigen unerträglich ist, weil diese als unmittelbar Betroffene schweren Unrechts ein schutzwürdiges Interesse an seiner staatlichen Aufarbeitung haben. Dies gilt nicht nur für schwerste unverjährende Taten, sondern auch für andere schwere Straftaten. Der wiederholte schwere sexuelle Missbrauch eines Kindes über einen längeren Zeitraum oder die Qual eines Folteropfers etwa stellen ebenfalls schweres und nur schwer erträgliches Unrecht dar, das für die betroffenen Personen schwerwiegende Folgen für ihr ganzes Leben haben kann. Um dem gerecht zu werden, bedürfte es einer staatlichen Anerkennung des Opferstatus unabhängig davon, ob konkreten Personen in einem staatlichen Strafverfahren die Täterschaft nachgewiesen werden kann. Das deutsche System der Straftatbewältigung ist mit seiner Fokussierung auf die Strafe insoweit immer noch zu eng auf das Verhältnis zwischen Beschuldigten und Staat beschränkt.

VI. Fazit

Die Debatte um die Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO war emotional deutlich aufgeladen. Eine Entscheidung der Sachfrage fällt tatsächlich schwer, wenn es um schwerstes kriminelles Unrecht angesichts des Leids der Opfer und ihrer Angehörigen geht. Dennoch ist § 362 Nr. 5 StPO als verfassungswidrig zu bewerten. In Bezug auf die anlässlich eines konkreten Falles gesetzte Norm ist zudem festzuhalten, dass empörende einzelne Fälle grundsätzliche und verallgemeinerbare verfassungsrechtliche Grundsätze nicht „schlagen“ dürfen.¹³¹

¹³⁰ Ähnlich *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (754 ff.).

¹³¹ Vgl. *Singelstein*, NJW 2022, 1058 (1059): „Einzelfälle schlagen Grundsatz“.