

Aktuelle Entwicklungen im Wiederaufnahmerecht des deutschen Strafprozessrechts: § 362 Nr. 5 StPO und der Paradigmenwechsel bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten*

Von Dr. Theresa Schweiger, München**

Der folgende Beitrag konzentriert sich im Anschluss an eine Erläuterung der wesentlichen Grundzüge des deutschen Wiederaufnahmerechts und der entsprechenden verfassungsrechtlichen Rahmensetzung (I.) auf die Vorstellung des erst kürzlich neu eingefügten Wiederaufnahmegrundes zuungunsten des Verurteilten in § 362 Nr. 5 StPO (II.), der in der deutschen Strafrechtswissenschaft eine tiefgreifende Diskussion, insbesondere um den Anwendungsbereich und die Reichweite des verfassungsrechtlichen Grundsatzes „ne bis in idem“ (Doppelverfolgungsverbot, Art. 103 Abs. 3 GG) ausgelöst hat. Nach einer kritischen Evaluierung dieser bedeutsamen Neuerung (III.) soll ein Ausblick auf die Zukunft des Wiederaufnahmerechts unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Implikationen gewagt werden (IV.).

I. Grundzüge des deutschen Wiederaufnahmerechts

1. Im Spannungsfeld von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit

Das strafprozessuale Institut der Wiederaufnahme ermöglicht es in eng umzogenen Grenzen, die materielle Rechtskraft eines Urteils sowohl zugunsten (§ 359 StPO) als auch zuungunsten des Verurteilten¹ (§ 362 StPO) zu durchbrechen. Als solches steht es im Spannungsfeld zweier grundlegender Prinzipien des deutschen Strafverfahrensrechts, die beide Ausfluss des für eine Demokratie zentralen Rechtsstaatsprinzips sind: der materiellen Gerechtigkeit auf der einen Seite und der Rechtssicherheit auf der anderen Seite.² Das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit spiegelt das rechtsstaatliche Bedürfnis nach einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege wider, die mittels eines formalisierten Verfahrens garantieren soll, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, verurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.³ Dem Prinzip materieller Gerechtigkeit ist folglich

immer dann Genüge getan, wenn eine sachlich richtige Entscheidung auf der Basis materieller Wahrheit getroffen wurde.⁴ Das Prinzip der Rechtssicherheit dagegen soll das Vertrauen in einmal abgeschlossene Verfahren stärken und findet Ausdruck im Institut der materiellen Rechtskraft.⁵

Beide Grundsätze, der der materiellen Gerechtigkeit und der der Rechtssicherheit, resultieren gleichermaßen aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG⁶ und stehen sich im Wiederaufnahmerecht antinomisch gegenüber.⁷ Denn die Rechtssicherheit fordert, dass derselbe Prozessgegenstand nur ein einziges Mal in einem Strafverfahren verhandelt und abschließend abgeurteilt werden kann. Sie nimmt durch eine zeitliche Limitierung des Wahrheitserforschungsprozesses zulasten der materiellen Gerechtigkeit in Kauf, dass im Einzelfall eine materiell unrichtige und damit ungerechte Entscheidung das Ergebnis dieses Prozesses ist. Gelangen zwei Verfassungsprinzipien, wie im Wiederaufnahmerecht die materielle Gerechtigkeit und die Rechtssicherheit, in Widerstreit, so ist der Gesetzgeber aufgerufen, diesen Widerstreit durch einen schonenden Ausgleich beider Prinzipien aufzulösen. Hierbei kommt ihm zwar eine grundsätzlich weite Einschätzungsprärogative zu; allerdings sind dem gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum durch die Vorgaben der Verfassung, insbesondere durch die Grundrechte, von vornherein Grenzen gesetzt.⁸

2. Wiederaufnahme zugunsten und zuungunsten des Verurteilten nach §§ 359, 362 StPO nur in engen Grenzen: Grundsätzlicher Vorrang der Rechtssicherheit

Im Wiederaufnahmerecht ist der Widerstreit zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Grundsatz zugunsten der Rechtssicherheit entschieden worden. Dies zeigt sich daran, dass sowohl die Wiederaufnahme zugunsten des

* Erweiterte und um Fußnoten ergänzte Version eines Vortrags, den die Verf. im Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Üniversitesi Istanbul am 10.3.2022 gehalten hat.

** Die Verf. ist Akademische Rätin a.Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie von Herrn Prof. Dr. Saliger an der LMU München.

¹ Im Folgenden wird stets der gesetzliche (§§ 359, 362 StPO) Terminus des Verurteilten im Zusammenhang mit der Wiederaufnahme verwendet, wenngleich die Wiederaufnahme zuungunsten gerade auch im Falle eines Freispruches denkbar ist.

² BVerfG, Urt. v. 1.7.1953 – 1 BvL 23/51 = BVerfGE 2, 380 (403) = NJW 1953, 1137 (1138); BVerfG, Beschl. v. 6.11.1974 – 2 BvR 407/74 = MDR 1975, 468 (469); BGH, Beschl. v. 3.12.1992 – StB 6/92 = BGHSt 39, 75 (78) = NJW 1993, 1481 (1482).

³ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 = BVerfGE 133, 168 (198) = NJW

2013, 1058 (1059 f.). Vgl. in diesem Zusammenhang auch BVerfG, Beschl. v. 19.7.1972 – 2 BvL 7/71 = BVerfGE 33, 367 (382) = NJW 1972, 2214 (2216) m.w.N.

⁴ Engländer/Zimmermann, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3/1, 2019, Vor § 359 Rn. 1.

⁵ Zur zentralen Bedeutung der Rechtssicherheit für die Rechtsstaatlichkeit BVerfG, Urt. v. 1.7.1953 – 1 BvL 23/51 = BVerfGE 2, 380 (403) = NJW 1953, 1137 (1138).

⁶ BGH, Beschl. v. 3.12.1992 – StB 6/92 = BGHSt 39, 75 (78) = NJW 1993, 1481 (1482).

⁷ Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), Stellungnahme Nr. 14 März 2022, S. 7; Ruhs, ZRP 2021, 88.

⁸ BVerfG, Beschl. v. 14.3.1963 – 1 BvL 28/62 = BVerfGE 15, 313 (319) = NJW 1963, 851; BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 = BVerfGE 3, 225 (237 f.) = NJW 1954, 65, (66); Engländer/Zimmermann (Fn. 4), Vor § 359 Rn. 1; Kotzur, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 150.

Verurteilten nach § 359 StPO als auch die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten nach § 362 StPO nur in den dort genannten, eng umgrenzten Fällen zulässig ist.⁹ Im Regelfall ist das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft und der Verfahrensbeteiligten in den Bestand einer rechtskräftig gefällten Gerichtsentscheidung nach der Wertung des Gesetzgebers höher einzustufen als das im Einzelfall materiell richtige Ergebnis. Jedoch führen die Grundrechtspositionen des Verurteilten im Zusammenspiel mit dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit zu einer partiellen Auflockerung dieses Grundsatzes, was sich in den unterschiedlichen Anforderungen an die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten und zuungunsten des Verurteilten niederschlägt.¹⁰

So ist die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten in § 359 StPO vom Anwendungsbereich her grundsätzlich weiter ausgestaltet als die Wiederaufnahmemöglichkeit zuungunsten des Verurteilten in § 362 StPO.¹¹ Dies liegt in der unterschiedlichen personalen Dimension des Wiederaufnahmerechts begründet:¹² Während die (unrichtige) Verurteilung eines Unschuldigen nämlich in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) sowie – im Falle einer Freiheitsstrafe – in dessen Recht zur Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) eingreift, sieht sich der (unrichtig) Freigesprochene zunächst keiner Grundrechtsverletzung durch die Entscheidung¹³ ausgesetzt. In beiden Fällen ist das Ziel materieller Gerechtigkeit offenkundig verfehlt. Doch während im Fall des zu Unrecht Verurteilten die Notwendigkeit seiner Rehabilitierung für die Wiederaufnahme streitet,¹⁴ fehlt im Fall des zu Unrecht Freigesprochenen gerade das rechtliche Incentive verletzter Individualinteressen, die in Gestalt der Grundrechte einen Abwehranspruch gegen den Staat begründen. Die Notwendigkeit einer Zurücknahme des Vorrangs der Rechtssicherheit im Fall der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten liegt folglich in der individuellen Betroffenheit des zu Unrecht Verurteilten begründet. Dagegen setzt sich das Prinzip des grundsätzlichen Vorrangs der Rechtssicherheit im Fall des zu Unrecht Freigesprochenen stärker durch, da in diesem Fall nicht vordergründig Individualinteressen beeinträchtigt sind, sondern „lediglich“ der staatliche Strafanspruch.

Entsprechend unterschiedlich ausgestaltet sind die Anforderungen an eine Wiederaufnahme des Verfahrens. So sind die Wiederaufnahmegründe zugunsten des Verurteilten in § 359 StPO deutlich weiter gefasst als diejenigen zuungunsten des Verurteilten in § 362 StPO; insbesondere ermöglicht § 359 Nr. 5 StPO – anders als (bislang) § 362 StPO – die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel (propter nova) vorgebracht werden, die geeignet sind, den Freispruch oder die Anwendung eines milderen Strafgesetzes zu begründen. Dessen ungeachtet sind die gesetzlich aufgestellten Hürden für die Wiederaufnahme des Verfahrens enorm hoch gesteckt; dies gilt gleichermaßen für die Wiederaufnahme zugunsten wie auch für die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten. Dies liegt darin begründet, dass die mit der Wiederaufnahme verbundene Durchbrechung der Rechtskraft die verfassungsrechtlich induzierte Ausnahme zur Regel des Vorrangs der Rechtssicherheit darstellt.

3. Die Bedeutung von Art. 103 Abs. 3 GG für das strafrechtliche Wiederaufnahmerecht

Die Geltung dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit hat (straf-) verfassungsrechtlich – neben Art. 20 Abs. 3 GG – eine eigenständige Normierung im Doppelverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG erfahren. Der in Art. 103 Abs. 3 GG verbürgte Grundsatz des „ne bis in idem“ soll gewährleisten, dass sich eine Person nicht zwei Mal wegen derselben Sache vor Gericht zu verantworten hat. Obgleich der Wortlaut der Vorschrift anderes nahelegt, verhindert das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG von seinem Sinn und Zweck her nicht nur eine erneute Verurteilung („Bestrafung“), sondern untersagt bereits die abermalige Durchführung eines weiteren Strafverfahrens wegen desselben Sachverhaltes.¹⁵ Als Verbot der Mehrfachverfolgung zielt Art. 103 Abs. 3 GG aus zwei Richtungen auf die Herstellung von Rechtsfrieden durch die Etablierung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz: einerseits von Seiten des Verurteilten,¹⁶ der keine

⁹ Vgl. BRAK (Fn. 7), S. 7.

¹⁰ Engländer/Zimmermann (Fn. 4), Vor § 359 Rn. 1 ff. Vgl. auch Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 72 ff.

¹¹ Engländer/Zimmermann (Fn. 4), Vor § 359 Rn. 6.

¹² Saliger (Fn. 10), S. 73. Vgl. hierzu auch BRAK (Fn. 7), S. 7.

¹³ Gemeint ist hier die rechtskräftige Gerichtsentscheidung. Dass durch die nachfolgende Entscheidung zur Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen dessen Grundrechtspositionen beeinträchtigt werden können, liegt auf der Hand, ist aber ohne Belang für die vorgelagerte Frage, ob im Fall eines unrichtigen Freispruchs der Grundsatz der Rechtssicherheit ausnahmsweise zugunsten der materiellen Gerechtigkeit zurücktreten muss.

¹⁴ Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. 3: Wiederaufnahmerecht, 1974, S. 34; Saliger (Fn. 10), S. 73; BRAK (Fn. 7), S. 7.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.1.1961 – 2 BvL 17/60 = BVerfGE 12, 62 (66) = NJW 1961, 867 (868); BGH, Beschl. v. 9.12.1953 – GS St 2/53 = BGHSt 5, 323 (328) = NJW 1954, 609 (610); Kunig/Saliger, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 64; Remmert in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 6, 95. Lfg., Stand: Juli 2021, Art. 103 Abs. 3 Rn. 61, 65; Nolte/Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 216; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2015, Art. 103 Abs. 3 Rn. 25; Brade, ZIS 2021, 362; Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (358); Ruhs, ZRP 2021, 88 (89). A.A. Hoven, JZ 2021, 1154 (1156 f.), die allein den Wortlaut für maßgeblich hält und die ratio der Vorschrift deshalb allein im Verbot nochmaliger Bestrafung, nicht aber im Verbot nochmaliger Verfolgung sieht; in eine ähnliche Richtung Letzgas, NStZ 2020, 717 (718 f.).

¹⁶ Diese subjektive Dimension von Art. 103 Abs. 3 GG betonend Nolte/Aust (Fn. 15), Art. 103 Rn. 179 ff. In die Richtung

erneute gerichtliche Auseinandersetzung befürchten muss, und andererseits von Seiten der Rechtsgemeinschaft, die den Sachverhalt als abschließend geklärt ad acta legen kann.

Nun gilt der Grundsatz, den Art. 103 Abs. 3 GG vermittelt – Vorrang von Rechtssicherheit durch den Eintritt materieller Rechtskraft – aber nicht absolut.¹⁷ Grenzen setzt dem Mehrfachverfolgungsverbot das eigene Wesen: Als normgeprägtes¹⁸ (Justiz-)Grundrecht¹⁹ gilt Art. 103 Abs. 3 GG zwar vorbehaltlos und ist durch einfachgesetzliches Recht nicht einschränkbar. Allerdings wird sein Gehalt durch kollidierendes Verfassungsrecht begrenzt und muss in der Zusammenschau mit dem einfachen Recht bestimmt werden. So stellt das Ziel materieller Gerechtigkeit als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips eine verfassungsimmanente Schranke des Mehrfachverfolgungsverbot dar, die in dem strafprozessualen Institut der Wiederaufnahme normative Gestalt gefunden hat.²⁰ Darüber hinaus nimmt Art. 103 Abs. 3 GG auf die vorkonstitutionelle Rechtslage, nach der das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung strafverfahrensrechtlich ein Prozesshindernis für eine erneute Entscheidung war, Bezug.²¹ Hierdurch wurde zwar kein bestimmter vorverfassungsrechtlicher Stand des Strafprozessrechts unverrückbar kodifiziert, sodass einer verfassungsrechtlichen Weiterentwicklung des ne bis in idem-Grundsatzes grundsätzlich nicht der Boden entzogen ist.²² Allerdings entfalten die Wertungen des historisch gewachsenen²³ Wiederaufnahmerechts eine limitierende

Wirkung auf den unverrückbaren Gehalt von Art. 103 Abs. 3 GG, der auch den §§ 359, 362 StPO seit Verfassungsbeginn zugrunde liegt. Dieser erstreckt sich einerseits auf die zentrale Bedeutung der Rechtssicherheit für die Rechtsstaatlichkeit, weshalb um ihrerwillen sogar die Möglichkeit einer im Einzelfall unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen wird.²⁴ Andererseits beinhaltet Art. 103 Abs. 3 GG aber auch die schon vorkonstitutionelle Erkenntnis, dass in bestimmten Fällen Ausnahmen vom Dogma des Vorrangs der Rechtssicherheit zu gewähren sind, nämlich dann, wenn das Festhalten an einem rechtskräftigen Urteil nur um der Rechtssicherheit willen zu einem unerträglichen Ergebnis führen würde.²⁵

Auf dieser Basis lässt sich der Kerngehalt von Art. 103 Abs. 3 GG auf den bedingten Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit reduzieren.²⁶ Dieser Kern des verfassungsrechtlichen Mehrfachverfolgungsverbot ist – und das hat das BVerfG bereits vor über 40 Jahren bestätigt – unantastbar und unverrückbar; Raum besteht lediglich für sog. „Grenzkorrekturen“.²⁷ Was freilich unter diese Grenzkorrekturen fällt und nicht bereits den Kern von Art. 103 Abs. 3 GG berührt, eröffnet einen gewissen Interpretationsspielraum, der in den letzten Jahren einer Reihe von – letztlich erfolglosen – Reformvorschlägen²⁸ den Boden bereitet hat. Nun hat der Gesetzgeber vor Kurzem mit § 362 Nr. 5 StPO einen neuen Wiederaufnahmegrund zuungunsten des Verurteilten in das System der strafrechtlichen Wiederaufnahme eingeführt, was unweigerlich zu der Frage drängt: Handelt es sich hierbei um eine noch zulässige Grenzkorrektur des verfassungsrechtlich vorgegebenen Rangverhältnisses von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit, oder hat der Gesetzgeber mit § 362 Nr. 5 StPO einen Wiederaufnahmegrund in das strafprozessuale System eingeführt, der sich über dieses Verhältnis hinwegsetzt, es gar in sein Gegenteil verkehrt?²⁹

zu verstehen auch *Remmert* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 39, für die Rechtssicherheit in erster Linie Freiheitsschutz bedeutet.

¹⁷ A.A. *Brade*, AöR 2021, 130 (167 ff.), der § 362 StPO in der Konsequenz für verfassungswidrig hält. Siehe auch *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (359 f.), der Art. 103 Abs. 3 GG für abwägungsunzugänglich hält.

¹⁸ *Nolte/Aust* (Fn. 15) Art. 103 Rn. 184; *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 15.

¹⁹ Die genaue terminologische Bezeichnung von Art. 103 Abs. 3 GG ist umstritten, nicht jedoch der rechtliche Gehalt, der aus der Vorschrift folgt, vgl. *Remmert* (Fn. 15), Art. 103 Rn. 2.

²⁰ *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 35.

²¹ BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvR 230/51 = BVerfGE 3, 248 (252) = NJW 1954, 69; *Kunig/Saliger* (Fn. 15) Art. 103 Rn. 64; *Nolte/Aust* (Fn. 15), Art. 103 Rn. 184 ff.; *Schmidt*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, § 362 Rn. 3.

²² BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/80 = BVerfGE 56, 22 (34 f.) = NJW 1981, 1433 (1435); *Kunig/Saliger* (Fn. 15) Art. 103 Rn. 65; a.A. *Nolte/Aust* (Fn. 15), Art. 103 Rn. 223; *Remmert* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 63; *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32. Ablehnend wohl auch *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253).

²³ Dazu zählt auch die Zeit des Nationalsozialismus, in der eine Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten propter nova schon einmal möglich war, wenngleich unter gänzlich anderen Voraus- und Zielsetzungen, die mit § 362 Nr. 5 StPO schlechterdings nicht vergleichbar sind, hierzu *Hoven*, JZ

2021, 1154 (1159). Ausführlich zu den (rechts-)historischen Bezügen der Norm *Brade*, AöR 2021, 130 (135 ff.).

²⁴ BVerfG, Urt. v. 1.7.1953 – 1 BvL 23/51 = BVerfGE 2, 380 (403) = NJW 1953, 1137.

²⁵ *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32. Diese Ausnahmen sind in §§ 359, 362 StPO einfachgesetzlich niedergeschrieben.

²⁶ Vgl. *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 35; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (252); *BRÄK* (Fn. 7), S. 7; *Leitmeier*, StV 2021, 341 (343).

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/80 = BVerfGE 56, 22 (34 f.) = NJW 1981, 1433 (1435). Zweifeln, ob das BVerfG sich heute noch an diesem engen Prüfungsmaßstab messen lassen wollte, *Kubiciel*, GA 2021, 380 (388). Für einen weiteren Interpretationsspielraum auch *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1157).

²⁸ Siehe nur die Gesetzentwürfe von 2008 (BT-Drs. 16/7957), 1998 (BT-Drs. 13/10333), 1996 (BT-Drs. 13/3594) oder von 1993 (BT-Drs. 12/6219).

²⁹ Mit dieser Annahme *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103).

II. § 362 Nr. 5 StPO im System der strafrechtlichen Wiederaufnahme

Um diese Frage beantworten zu können, ist es erforderlich, den neu eingefügten Tatbestand des § 362 Nr. 5 StPO mit seinen Tatbestandsmerkmalen – zunächst ohne kritische Würdigung – darzustellen (1.), die Beweggründe des Gesetzgebers für seine Einführung zu analysieren (2.) und ihn in die Systematik der bisherigen Wiederaufnahmegründe einzuordnen (3.).

1. Der neue § 362 Nr. 5 StPO und seine tatbestandlichen Anforderungen

Mit dem „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“³⁰ vom 21.12.2021 hat der Gesetzgeber – analog des Wiederaufnahmegrundes zugunsten des Verurteilten in § 359 Nr. 5 StPO – einen Wiederaufnahmegrund zuungunsten des Verurteilten propter nova, also bei Auftreten neuer Tatsachen oder Beweismittel eingeführt. Allerdings ist der Anwendungsbereich dieses Wiederaufnahmegrundes begrenzt auf eine Auswahl bestimmter, unverjährbarer Verbrechen mit der Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe, wovon im StGB nur der Mord nach § 211 StGB erfasst ist.³¹ Ferner greift § 362 Nr. 5 StPO nur bei einem mit einem Freispruch rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren.³² Als neu sind Tatsachen und Beweismittel zu bewerten, wenn sie bei der Entscheidung durch das Gericht nicht berücksichtigt werden konnten. Dies soll nach Ansinnen des Gesetzgebers bereits dann der Fall sein, wenn die einschlägige Untersuchungsmethode noch nicht hinreichend anerkannt oder ausgereift war.³³ Wenngleich der Gesetzgeber bei der Einfügung dieses Wiederaufnahmegrundes augenscheinlich von der Beweisführung durch neue kriminaltechnische Methoden, insbesondere der DNA-Analyse, angeleitet war,³⁴ hat er in § 362 Nr. 5 StPO – anders als in

früheren Gesetzentwürfen³⁵ – explizit keine Beschränkung auf Beweise und Tatsachen vorgenommen, die neuen technischen Möglichkeiten von Beweiserhebungsmethoden zu verdanken sind. Schließlich ist der Antrag auf Wiederaufnahme nur zulässig, wenn die neuen Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe für die Annahme bilden, dass der Freigesprochene verurteilt wird. Hierbei gilt der Maßstab des dringenden Tatverdachts, der bspw. für den Erlass eines Haftbefehls nach §§ 112, 112a StPO gefordert wird und die hohe Wahrscheinlichkeit der Verurteilung in der (neuen) Hauptverhandlung voraussetzt.³⁶

2. Beweggründe des Gesetzgebers für die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO

Es ist nicht der erste Versuch des Gesetzgebers in den letzten Jahren gewesen, die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten bei Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel zu ermöglichen.³⁷ Doch während bislang alle Versuche scheiterten – sei es an verfassungsrechtlichen Bedenken oder am schlichten Ablauf der Legislaturperiode –, ging es im Sommer des letzten Jahres auf einmal ganz schnell. Die im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vereinbarte Erweiterung der „Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten der oder des freigesprochenen Angeklagten in Bezug auf die nicht verjährbaren Straftaten“³⁸ wurde Anfang Juni 2021 durch einen Gesetzentwurf³⁹ der CDU/CSU- und SPD-Fractionen in den Bundestag eingebracht, nachdem das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eine entsprechende Änderung der StPO aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken abgelehnt hatte.⁴⁰ Innerhalb von nur etwas mehr als zwei Wochen erfolgten die erste Beratung des Gesetzes im Bundestag, die Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz⁴¹ sowie schließlich am 24.6.2021 – am vorletzten Sitzungstag der Legislaturperiode, um 01:45 Uhr (!) – der Beschluss des Gesetzes durch

³⁰ BGBl. I 2021, S. 5252.

³¹ Neben dem Mord, § 211 StGB, soll § 362 Nr. 5 StPO gelten für den Völkermord (§ 6 Abs. 1 VStGB), für das Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VStGB) und für das Kriegsverbrechen gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB), kritisch hierzu *Singelstein*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2022, § 362 Rn. 10. Zu der unklaren Frage, ob und inwieweit in der erneuten Hauptverhandlung die Verurteilung wegen anderer, nicht zur Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO berechtigender Delikte möglich sein soll, BRAK (Fn. 7), S. 5; *Kaspar* GA 2022, 21 (24 f.).

³² BT-Drs. 19/30399, S. 10. Eine vermeintlich zu milde Bestrafung genügt – wie schon bei § 362 Nr. 4 StPO – nicht.

³³ BT-Drs. 19/30399, S. 10. Unklar ist, ob unter „neuen“ Tatsachen bzw. Beweismitteln auch solche zu verstehen sind, die das Gericht als verfügbar zwar hätte berücksichtigen können, aber aus welchen Gründen auch immer nicht berücksichtigt hat, wie dies im Fall von § 359 Nr. 5 StPO der Fall ist, *Kaspar*, GA 2022, 21 (23). Kritisch hierzu auch BRAK (Fn. 7), S. 5.

³⁴ *Arnemann*, NJW-Spezial 2021, 440; siehe hierzu BT-Drs. 19/30399, S. 1.

³⁵ Vgl. bspw. BT-Drs. 16/7957, S. 2, bzw. BR-Drs. 655/07, S. 2.

³⁶ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

³⁷ Mit ausführlicher Darstellung zu den diversen Bestrebungen *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1155).

³⁸ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018, S. 125.

³⁹ Entwurf des Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit v. 8.6.2021, BT-Drs. 19/30399.

⁴⁰ *Sehl*, LTO v. 1.6.2021, abrufbar unter

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/mord-wiederaufnahme-doppelbestrafung-verbot-verurteilung-freispruch-bmfv-gesetz-stpo/> (3.5.2022).

⁴¹ Die Stellungnahmen sind abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-pa-recht-wiederaufnahme-strafverfahren-847544> (3.5.2022). Für den Entwurf äußerten sich die Sachverständigen *Eisele*, *Gärditz*, *Kubicel* und *Schädler*, dagegen *Aust* und *Conen* (für den DAV).

den Bundestag.⁴² Eine vorherige Anhörung der Verbände oder der Bundesrechtsanwaltskammer fand nicht statt.⁴³

Anlass für das auffallend rasante⁴⁴ Umsetzen des Vorhabens war die aus Sicht des Gesetzgebers unbefriedigende Situation, dass selbst bei schwersten Straftaten ein mit einem Freispruch beendetetes Verfahren auch dann nicht wiederaufgenommen werden konnte, wenn nachträglich Beweismittel einen eindeutigen Nachweis der Täterschaft erlauben.⁴⁵ Denn anders als bei der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten sah das geltende Recht bis zu diesem Zeitpunkt keinen allgemeinen Wiederaufnahmegrund bei Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel zuungunsten des Verurteilten vor; lediglich der Verurteilte selbst konnte durch ein Geständnis neue Fakten schaffen und so zur Wiederaufnahme zu seinen Lasten beitragen (§ 362 Nr. 4 StPO). Der wahre Antrieb für das gesetzgeberische Vorhaben wird wohl in einem ganz konkreten Einzelfall aus dem Jahr 1981 gesehen werden müssen, auf den der Gesetzentwurf in seiner Begründung sogar explizit Bezug nimmt.⁴⁶ So bemüht sich Hans von Möhlmann, der Vater des vergewaltigten und anschließend ermordeten 17-jährigen Opfers Frederike von Möhlmann, seit dem rechtskräftigen Freispruch im Jahr 1983 um die Anerkennung der Schuld des damals Angeklagten und wirkte zuletzt mit einer von 180.000 Personen unterzeichneten Petition⁴⁷ medienwirksam auf eine entsprechende Änderung des Wiederaufnahmerechts hin. Anlass zu einem erneuten Aufrollen des Falles von Möhlmann geben dabei neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Zusammenhang mit einer DNA-Spur des damals Verdächtigen, die heute seine Täterschaft beweisen können sollen.⁴⁸

⁴² Detaillierter Geschehensablauf skizziert von der BRAK (Fn. 7), S. 3 f.

⁴³ Presseerklärung BRAK Nr. 7/2021.

⁴⁴ Siehe zu dem bemerkenswerten Ablauf auch *Piekenbrock*, JZ 2022, 124 f., der die parallel zur Einführung von § 362 Nr. 5 StPO erfolgte Änderung des § 194 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus nicht verjährbaren Straftaten) kritisiert.

⁴⁵ BT-Drs. 19/30399, S. 1.

⁴⁶ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

⁴⁷ Abrufbar unter

<https://www.change.org/p/bmjv-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> (3.5.2022).

⁴⁸ Am 25.2.2022 wurde der Tatverdächtige Ismet H. aufgrund der neuen Beweislage und bestehender Fluchtgefahr erneut in Untersuchungshaft genommen (Haftbefehl des LG Verden v. 25.2.2022, Az. 1 Ks 148 Js 1066/22). Zugleich hat die erste Große Strafkammer des LG Verden dem Antrag der Staatsanwaltschaft Verden auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 362 Nr. 5 StPO stattgegeben, eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG lehnte es explizit ab, vgl. *Suliak*, LTO v. 4.3.2022, abrufbar unter

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/mord-frederike-von-moehlmann-wiederaufnahme-strafverfahren-stpo-lg-verden->

Erwehrt man sich zunächst noch des sich aufdrängenden Eindrucks, dass der Gesetzgeber sich unter dem medialen Druck eines konkreten Einzelfalls zu einer grundlegenden Änderung des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts hat hinreißen lassen, um im Bundestagswahljahr 2021 mit einem propagierten Siegeszug des Guten über das Böse Stimmen mobilisieren zu können, so beginnt dieser anfängliche Widerstand mit einem Blick in die Gesetzesmaterialien Stück für Stück zu bröckeln: So wird das grundsätzlich nachvollziehbare Ziel, die nachträgliche Aufklärung schwerster Straftaten im Falle neuer technischer Untersuchungs- und Erkenntniswege ermöglichen zu wollen,⁴⁹ auf das Ergebnis einer zwischen den Grundsätzen der materiellen Gerechtigkeit und des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit erfolgten Abwägung gestützt, das in der Beibehaltung der alten Rechtslage einen „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“⁵⁰ erkennt. Warum dann im neuen Tatbestand des § 362 Nr. 5 StPO zur Erreichung dieses Ziels uneingeschränkt auf sämtliche „neue Tatsachen oder Beweismittel“ zurückgegriffen wird, erfährt keine weitere Erläuterung. Stattdessen wird mit der Behauptung fortgefahren, dass es vorkommen kann, „dass ein uneingeschränkter Strafklageverbrauch die ihm eignende Befriedungsfunktion nicht erfüllen kann“, was in jenen Ausnahmesituationen der Fall sei, „in denen der sich nach Abschluss des Verfahrens durch rechtskräftiges Urteil ergebende Zustand aus bestimmten Gründen als derart unerträglicher Widerspruch zu Belangen der materiellen Gerechtigkeit und zu Sinn und Zweck des Strafklageverbrauchs darstellt, dass eine Wiederaufnahme des Verfahrens geboten scheint“.⁵¹ Diese Voraussetzung sei allerdings nur bei den schwersten der deutschen Rechtsordnung bekannten Straftaten, nämlich Mord (§ 211 StGB), Völkermord (§ 6 Abs. 1 VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 2 Nr. 1, 2 VStGB) und Kriegsverbrechen gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB), gegeben. Da ein Festhalten an der Rechtskraft in solchen Fällen zu „schlechterdings unerträglichen Ergebnissen“ führen würde, müssten in diesem Fall „die gleichfalls berührten Freiheitsrechte des einzelnen Betroffenen [...] zurückstehen, was aber in den einschlägigen Konstellationen gerade angemessen erscheint“.⁵² Denn immerhin nehme der Schutz eines Menschenlebens in unserer Rechtsordnung den höchsten Rang ein, weshalb bei diesen Taten ein zu Unrecht

[dna-spuren-beweismittel-richtervorlage-bverfg/](https://www.dna-spuren-beweismittel-richtervorlage-bverfg/) (3.5.2022). Mit Beschluss v. 20.4.2022 hat das OLG Celle die sofortige Beschwerde des Betroffenen gegen den Beschluss des LG Verden als unbegründet verworfen, da § 362 Nr. 5 StPO verfassungskonform sei, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22 = BeckRS 2022, 7938.

⁴⁹ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber in erster Linie neue technische Möglichkeiten bei der DNA-Analyse vor Augen hatte, BT-Drs. 19/30399, S. 1 f. *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101, weisen diesbezüglich auf die – zugegebenermaßen wenig erstaunliche – Meinungslage in der Bevölkerung hin.

⁵⁰ Im Sinne dieser Terminologie BT-Drs. 19/30399, S. 1, 6, 9.

⁵¹ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

⁵² BT-Drs. 19/30399, S. 9.

erfolgter Freispruch – anders als bei Taten im Bereich der unteren und mittleren Kriminalität – „schlechthin unerträglich“ sei.

Wen nun langsam das Gefühl beschleicht, der Gesetzgeber drehe mit diesem Vorhaben nicht nur an einer kleinen Schraube des Wiederaufnahmerechts, sondern stelle gleich dessen gesamte verfassungsrechtlich vorgegebene Gerechtigkeitsarchitektur auf den Prüfstand, wird sich spätestens mit folgender *Conclusio* bestätigt fühlen müssen: „Der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung werden durch einen erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch wegen Mordes oder wegen der aufgeführten Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch in mindestens ebenso starkem Maße beeinträchtigt wie durch die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten.“⁵³ Dass diese Einschätzung grob rechtsirrig und als Beweggrund für die Einführung der Wiederaufnahme propter nova zuungunsten des Verurteilten nicht tragfähig ist, wird noch zu beleuchten sein (unten III. 1.). Zuvor gilt es jedoch, die generelle Kompatibilität von § 362 Nr. 5 StPO mit dem bisherigen System des Rechts der Wiederaufnahme in der StPO zu hinterfragen.

3. Einordnung von § 362 Nr. 5 StPO in das bisherige System der Wiederaufnahme

Das System der Wiederaufnahme ist geprägt von einer Reglungsdifferenz zwischen den Wiederaufnahmegründen zuungunsten des Verurteilten (§ 359 StPO) und den Wiederaufnahmegründen zuungunsten des Verurteilten (§ 362 StPO). Begründet in der unterschiedlichen personalen Dimension der Wiederaufnahme (oben I. 2.) und dem verfassungsrechtlich installierten Grundsatz des bedingten Vorrangs der Rechtssicherheit in Art. 103 Abs. 3 GG (oben I. 3.) ist die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten (bislang) naturgemäß weiter ausgestaltet (gewesen) als die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten. Dies zeigt sich daran, dass die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten in § 359 StPO – neben den Gründen eines rechtsstaatlich defizitär geführten Verfahrens (bspw. falscher Urkunden- oder Zeugenbeweis, strafbare Amtspflichtverletzung eines beteiligten Richters oder Schöffen, §§ 359 Nr. 1–3, 362 Nr. 1–3 StPO), die für beide Fälle der Wiederaufnahme gleichermaßen gelten – gerade auch dann denkbar ist, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel (propter nova) vorgebracht werden, die geeignet sind, den Freispruch oder die Anwendung eines milderen Strafgesetzes zu begründen, § 359 Nr. 5 StPO. Im Bereich der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten ist dies (bislang) nur möglich (gewesen), wenn der Freigesprochene vor Gericht oder außergerichtlich glaubwürdig ein Geständnis der Straftat ablegt (§ 362 Nr. 4 StPO).

§ 362 Nr. 5 StPO führt aber nicht nur zu einer Aufweichung dieses bislang ausdifferenzierten Verhältnisses der Wiederaufnahmegründe (§§ 359, 362 StPO) zueinander, sondern schürt darüber hinaus Friktionen innerhalb der Wiederaufnahmeregelung zuungunsten des Verurteilten (§ 362 StPO). So schafft der Gesetzgeber mit der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten propter nova (§ 362 Nr. 5

StPO) einen Wiederaufnahmegrund, der praktisch sehr viel häufiger Anwendung finden wird als die in § 362 Nr. 1–3 StPO aufgeführten Fälle schwerer prozeduraler Ungerechtigkeit. Denn auch im Bereich von § 359 StPO ist mit dessen Nr. 5 die Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweismittel oder Tatsachen der in der Praxis häufigste Anwendungsfall.⁵⁴ Daran ändert es auch nichts, dass der Gesetzgeber von einem inhaltlichen Gleichgewicht aller Wiederaufnahmegründe ausgeht.⁵⁵ Denn es macht einen gravierenden Unterschied, ob *falsche* Beweise (vgl. § 362 Nr. 1, Nr. 2 StPO) den Anlass zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens gegen einen Freigesprochenen geben oder schlicht *fehlende* Beweise wie im Fall des § 362 Nr. 5 StPO.⁵⁶

Schließlich besteht die behauptete⁵⁷ Vergleichbarkeit von § 362 Nr. 4 StPO mit § 362 Nr. 5 StPO, die für die Kompatibilität von § 362 Nr. 5 StPO mit den übrigen Wiederaufnahmegründen zuungunsten des Verurteilten angeführt wird, nicht. Zwar ist es richtig, dass bereits mit § 362 Nr. 4 StPO ein Wiederaufnahmegrund zuungunsten des Verurteilten propter nova, nämlich in der Form des glaubwürdigen Geständnisses durch den Verurteilten selbst, existiert. Allerdings besteht der gemeinsame Anknüpfungspunkt, den der Gesetzentwurf in der besonders hohen Beweiskraft von Geständnis auf der einen Seite und sonstigen neuen Tatsachen und Beweismitteln auf der anderen Seite sieht,⁵⁸ nicht. Dies liegt zum einen daran, dass das Geständnis als neues Beweismittel zwingend und ausschließlich aus der Sphäre des Verurteilten selbst stammt, der damit den Garantiegehalt von Art. 103 Abs. 3 GG freiwillig zu seinen Ungunsten aushebelt.⁵⁹ Zum anderen sind die Prämissen von § 362 Nr. 4 StPO und § 362 Nr. 5 StPO nicht dieselben: Da nach dem historischen Gesetzgeber Anlass für die Wiederaufnahme infolge eines Geständnisses des Verurteilten die ansonsten drohende Erschütterung des Vertrauens in die Geltungskraft der Rechtsordnung durch eine Duplicierung des Rechtsstaates⁶⁰ und nicht die Reue des

⁵⁴ Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 359 Rn. 22; ders., GA 2022, 21 (29 f.).

⁵⁵ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

⁵⁶ Arnemann, StraFo 2021, 442 (443).

⁵⁷ So bspw. Kubiciel, GA 2021, 380 (392); Zehetgruber, JR 2020, 157 (162 f.). Siehe auch v. Bierbrauer zu Brennstein, HRRS 2022, 118 (119 f.), die darüber hinaus Ähnlichkeiten zwischen § 362 Nr. 1–3 StPO und § 362 Nr. 5 StPO ausmacht.

⁵⁸ BT-Drs. 19/30399, S. 6.

⁵⁹ Kaspar, GA 2022, 21 (30); Arnemann, StraFo 2021, 442 (443). Zu der theoretischen Fundierung der Durchbrechung der Rechtskraft durch den Verurteilten selbst Grünwald, ZStW 120 (2008), 545 (574).

⁶⁰ Frister, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2018, § 362 Rn. 1 m.w.N.; siehe auch Engländer/Zimmermann (Fn. 4), § 362 Rn. 13; Kaspar, GA 2022, 21 (30); Ruhs, ZRP 2021, 88 (90).

⁵³ BT-Drs. 19/30399, S. 9 f.

Verurteilten ist, läuft der angeführte⁶¹ Vergleich des reuigen mit dem raffinierten Täter argumentatorisch ins Leere.⁶²

In der Gesamtschau zwingt sich der neue § 362 Nr. 5 StPO deshalb eher widerwillig denn geschmeidig in das naturgemäß enge Korsett der Wiederaufnahmevorschriften. Mit dem Aufbrechen des altbekannten Verhältnisses der Wiederaufnahmegründe zueinander und der systemfremden Einfügung eines Wiederaufnahmegrundes propter nova zuungunsten des Verurteilten in § 362 StPO hat der Gesetzgeber einen Paradigmenwechsel⁶³ im Recht der strafrechtlichen Wiederaufnahme eingeläutet, den es kritisch zu hinterfragen gilt.

III. § 362 Nr. 5 StPO als Paradigmenwechsel im Wiederaufnahmerecht

Für eine angemessene kritische Evaluierung des § 362 Nr. 5 StPO und seiner Bedeutung für die (Weiter-)Entwicklung des Wiederaufnahmerechts gibt es drei geeignete Gradmesser: Erstens die theoretische Begründung seiner Einführung (1.), zweitens die praktische Umsetzung (2.) und drittens die faktische Tauglichkeit (3.).

1. (Un-)Erträglichkeit als untaugliches Kriterium einer Neuausrichtung

In den Gesetzgebungsmaterialien findet sich ein Wort in unerschöpflicher Redundanz wieder: das der Unerträglichkeit. So ist die Rede von „schlechterdings unerträglichen Ergebnissen“,⁶⁴ einem „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“⁶⁵ oder einem „unerträgliche[n] Widerspruch“⁶⁶. Vereinzelt zu finden ist auch der Verweis auf ein Geschehnis in „unerträglicher Form“⁶⁷ sowie die simple Feststellung eines Zustandes als „schlechthin unerträglich“⁶⁸. Abgesehen davon, dass das Kriterium der (Un-)Erträglichkeit aufgrund subjektiver Vorstellungen des Erträglichen für nahezu jede Zwecke brauchbar gemacht werden kann, ist es als emotionsgeleite-

ter⁶⁹ Begriff – für sich genommen – keine taugliche Grundlage rationaler Gesetzesbegründung.⁷⁰ Dies gilt erst recht, wenn der Gesetzentwurf implizit (Un-)Erträglichkeit mit (Un-)Gerechtigkeit gleichsetzt.⁷¹ Zwar fällt die Beurteilung eines Zustandes als gerecht oder ungerecht in die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative und ist deshalb als politisches Argument für oder gegen ein Gesetz nicht von vornherein ausgeschlossen.⁷² Problematisch wird es jedoch, wenn Recht mit Gerechtigkeit gleichgesetzt und Gerechtigkeit subjektiv mittels nicht-rechtlicher Begriffe wie der Unerträglichkeit bestimmt wird. Denn es ist gerade als Errungenschaft des Rechtsstaates zu werten, den Trugschluss der Gleichsetzung von Erträglichkeit und Gerechtigkeit überwunden zu haben. Diese reicht bis zu der Akzeptanz, dass das positive Recht im Einzelfall unerträglich sein muss, um im Allgemeinen gerecht zu bleiben.

Man denke in diesem Zusammenhang nur an den Fall Daschner⁷³, in dem das Landgericht Frankfurt a.M. die beteiligten Polizeibeamten wegen Nötigung im Amt (§ 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB) bzw. Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung im Amt (§ 357 StGB) verurteilte, weil sie dem Beschuldigten im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung rechtswidrig unmittelbaren Zwang zum Zweck der Preisgabe des Aufenthaltsortes eines entführten Kindes angedroht hatten. Dass die Würde eines jeden Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) staatliche Folter jeglicher Art verbietet (Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG), selbst zum Preis des bezweckten Schutzes eines Kinderlebens, ist in diesem Fall für alle Beteiligten, insbesondere die Eltern des Kindes, schwer erträglich, stellt aber als Ergebnis verfassungsgemäßer Abwägung der widerstreitenden Interessen einen der wesentlichen Grundpfeiler unseres Rechtsstaates dar.

Ein ebenso wichtiger Grundpfeiler unseres Rechtsstaates ist die auf die *Radbruchsche* Formel zurückführbare Vor-

⁶¹ BT-Drs. 19/30399, S. 9; *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (718).

⁶² Die fehlende Vergleichbarkeit ist auch der Grund für das Misslingen des Vorhabens, die Einführung eines Wiederaufnahmegrundes zuungunsten des Verurteilten propter nova in § 362 Nr. 5 StPO mit einem Verweis auf die entsprechende Regelung im Strafbefehlsverfahren (§ 373a StPO) zu rechtfertigen. Denn das BVerfG selbst hat für die Verfassungsgemäßheit des § 373a StPO auf den vorläufigen, summarischen Charakter des Strafbefehlsverfahrens abgestellt, dem der Erkenntnisgewinn ohne Hauptverhandlung zugrunde liegt, BVerfG, Beschl. v. 7.12.1983 – 2 BvR 282/80 = BVerfGE 65, 377 (382 f.) = NStZ 1984, 325; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (91). Vgl. auch *Saliger* (Fn. 10), S. 74 f.

⁶³ So schon die BRAK (Fn. 7), S. 6, 8; *Lenk*, StV 2022, 118 (119); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90). A.A. OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22 = BeckRS 2022, 7938 Rn. 48.

⁶⁴ BT-Drs. 19/30399, S. 1, 9.

⁶⁵ BT-Drs. 19/30399, S. 2, 6.

⁶⁶ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

⁶⁷ BT-Drs. 19/30399, S. 10.

⁶⁸ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

⁶⁹ *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (165), und ihm folgend v. *Bierbrauer zu Brennstein*, HRRS 2022, 118 (121), meinen einen Unterschied zwischen emotionaler und rechtlicher Unerträglichkeit ausmachen und mit letzterer § 362 Nr. 5 StPO legitimieren zu können.

⁷⁰ Ähnlich *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90); *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097 (2098 f.). Dies zeigt sich bspw. daran, dass *Zehetgruber*, der die Rechtskraft im Strafprozess durch die tatsächliche Korrektheit der Entscheidung bedingt sieht, den Vorrang der materiellen Gerechtigkeit vor der Rechtssicherheit einfach damit begründet, dass die Verfehlung materieller Gerechtigkeit unerträglich sei, *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (158, 165). Zu Recht kritisch gegenüber dieser Argumentationslinie *Leitmeier*, StV 2021, 341 (344). A.A. OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22 = BeckRS 2022, 7938 Rn. 39.

⁷¹ Dies geschieht unweigerlich, wenn im „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ (BT-Drs. 19/30399) entscheidend mit dem Kriterium der (Un-)Erträglichkeit argumentiert wird.

⁷² Vgl. dazu *Schiffbauer*, NJW 2021, 2097 (2099) m.w.N.

⁷³ LG Frankfurt a.M., Urt. v. 20.12.2004 – 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04) = NJW 2005, 692.

rangrelation der Rechtssicherheit im Verhältnis zur materiellen Gerechtigkeit. *Gustav Radbruch* als einer der bedeutendsten deutschen Rechtsphilosophen des 20. Jahrhunderts verlieh dem Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit mit seiner bahnbrechenden These aus dem Jahr 1946 eine Dimension, die bis heute fortwirkt: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges‘ Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat.“⁷⁴ Diese als *Radbruchsche Formel*⁷⁵ bekannt gewordene Erkenntnis beruht auf der Idee, dass es keine absolute Gerechtigkeit gibt, die der Mensch feststellen kann; aus diesem Grund bemüht er eine weltliche Rechtsetzung, die Rechtssicherheit als Prinzip verbürgt und diese dem Ziel materieller Gerechtigkeit überordnet.⁷⁶

Auch das (bisherige) Recht der Wiederaufnahme spiegelte – verfassungsrechtlich durch Art. 103 Abs. 3 GG abgesichert – die *Radbruchsche* Idee der Vorrangrelation der Rechtssicherheit wider. Insbesondere bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten wurde die Verwirklichung dieses Prinzips deutlich, da die dort genannten Gründe für eine Wiederaufnahme an enorm hohe Anforderungen geknüpft sind und sich entweder auf rechtsstaatliche Defizite (Nr. 1–3) oder auf die persönliche Freigabe des Grundsatzes der Rechtssicherheit durch ein Geständnis des Verurteilten (Nr. 4) beschränken. Dies bedeutet umgekehrt, dass sich im Falle eines Freispruchs in der Regel die Rechtssicherheit durchsetzt und von einem erneuten Verfahren abgesehen werden muss. Nur in absoluten Ausnahmefällen kann eine Durchbrechung der Rechtskraft mit anschließender Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen erfolgen. Anders liegt die Gewichtung dagegen bei der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten in § 359 StPO, deren Anwendungsbereich deutlich weiter ausgestaltet ist. Diese Wertungsdifferenz liegt in der unterschiedlichen personalen Dimension der Wiederaufnahmegründe begründet (siehe hierzu bereits oben I. 2.): Denn während die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten der (partiellen) Rehabilitierung des zu Unrecht Verurteilten dient, zielt die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten auf die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs.⁷⁷ Im Ergebnis repräsentiert diese Regelungsdivergenz der Wiederaufnahmegründe eine grundlegende Werteentscheidung des deutschen Strafverfahrens, die auf dem Grundsatz fußt, dass die Verurteilung eines Unschuldigen das Gerechtigkeitsemp-

finden in einem ungleich höheren Maße verletzt als der Freispruch eines (möglicherweise) Schuldigen.⁷⁸ Umso mehr irritiert der Begründungsansatz des Gesetzgebers, der in der Gesetzentwurfsbegründung vom genauen Gegenteil ausgeht.⁷⁹

In der Sache muss die mit der Einfügung des § 362 Nr. 5 StPO einhergehende Neuausrichtung der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten als klare Abkehr von der Rechtsphilosophie *Gustav Radbruchs* und den auf ihr basierenden verfassungsrechtlichen Grundlagen des Art. 103 Abs. 3 GG gewertet werden. Damit einhergeht eine ungerechtfertigte Umverteilung der strafverfahrensrechtlichen Prozessrisiken: Denn mit der Zuständigkeit des Staates für die Erreichung des Prozesszwecks im Grundverfahren korreliert die Zurechnung der Nichterreichung dieses Verfahrensziels zu seinen Lasten im Wiederaufnahmeverfahren (sog. Prinzip der asymmetrischen Prozessrisikoverteilung⁸⁰). Wenn nun aber die Wiederaufnahmemöglichkeit zulasten des (möglicherweise unrichtig) Freigesprochenen durch die Zulassung jedweder neuen Tatsachen und Beweismittel für die Strafverfolgungsorgane erheblich erleichtert wird, wird das Prozessrisiko im Wiederaufnahmeverfahren einseitig zulasten des Angeklagten bzw. Freigesprochenen verschoben. Dieser Vorgang ist insbesondere deshalb nicht tragbar, da der Freispruch eines Schuldigen mangels Beweises im Gegensatz zur Verurteilung eines Unschuldigen kein Fehlurteil ist.⁸¹

2. Fehler in der praktischen Umsetzung

Neben der fragwürdigen Durchbrechung des fundierten Verhältnisses zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit über das Unerträglichkeitskriterium führt auch die praktische Umsetzung bei der Formulierung des § 362 Nr. 5 StPO zu Bedenken. So ist unklar, was genau alles unter den Begriff der „neuen Beweise und Tatsachen“ fällt,⁸² zumal explizit keine Beschränkung auf neue technische Möglichkeiten der Beweismittelgewinnung vorgenommen wurde.⁸³ Die

⁷⁸ Vgl. BRAK (Fn. 7), S. 7. *Letzgas*, NStZ 2020, 717 (718), hält diese Überlegung bezogen auf das Rechtsempfinden der Allgemeinheit dagegen für „nichts anderes als eine Vermutung oder Behauptung, die durch Tatsachen oder Umfragen keineswegs bewiesen ist“.

⁷⁹ „Der Rechtsfrieden und das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung werden durch einen erwiesenermaßen ungerechtfertigten Freispruch wegen Mordes oder wegen der aufgeführten Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch in mindestens ebenso starkem Maße beeinträchtigt wie durch die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten.“, BT-Drs. 19/30399, S. 9 f. Kritisch zu dieser Einschätzung BRAK (Fn. 7), S. 7; *Frister/Müller* ZRP 2019, 101 (103); *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1161); *Leitmeier*, StV 2021, 341 (343); *Ruhs*, ZPR 2021, 88 (90).

⁸⁰ Hierzu ausführlich *Saliger* (Fn. 10), S. 73 ff.

⁸¹ *Saliger* (Fn. 10), S. 74.

⁸² BRAK (Fn. 7), S. 5; *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1160 f.).

⁸³ *Kaspar*, GA 2022, 21 (28 f.). *Müller/Frister*, ZRP 2019, 101 (103), geben unter Verweis auf *Pabst*, ZIS 2010, 126 (130), darüber hinaus zu bedenken, ob die spätere DNA-Analyse als bereits seit längerem bekannte kriminalistische

⁷⁴ *Radbruch*, SJZ 1 (1946), 105 (107).

⁷⁵ Der zuvor zitierte Satz stellt die überwiegend vertretene Version der *Radbruchschen* Formel, bekannt als sog. Unerträglichkeitsthese, dar, vgl. hierzu *Saliger* (Fn. 10), S. 4 f.

⁷⁶ „Wenn nicht festgestellt werden kann, was gerecht ist, so muss festgesetzt werden, was rechtens sein soll.“, *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 70 f. (*Hervorhebungen* im Original).

⁷⁷ *Peters* (Fn. 14), S. 34

Unbestimmtheit der Begrifflichkeiten ist bei einer Eingriffsnorm wie der des § 362 Nr. 5 StPO nicht hinnehmbar⁸⁴ und besneidet das schutzwürdige Vertrauen rechtskräftig Freigesprochenen in einer Art und Weise, die das Kernanliegen von Art. 103 Abs. 3 GG konterkariert.⁸⁵ Unklar ist des Weiteren, ob der Betroffene in der Erneuerungshauptverhandlung auch wegen anderer als der zur Wiederaufnahme berechtigenden Delikte verurteilt werden kann.⁸⁶ Der Wortlaut des Gesetzes ist insoweit nicht eindeutig und in der Gesetzesbegründung finden sich hierzu ebenfalls keine Erwägungen.

Darüber hinaus legt die unbeschränkte Anwendbarkeit von § 362 Nr. 5 StPO auf bereits zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung rechtskräftig abgeschlossene Freisprüche einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlich in der Form des allgemeinen Rückwirkungsverbotes⁸⁷ abgesicherten Vertrauensschutz nahe.⁸⁸ Denn durch die Rückbewirkung von Rechtsfolgen bereits abgeschlossener Sachverhalte (Aufhebung eines rechtskräftigen Freispruchs) vermittelt § 362 Nr. 5 StPO eine echte Rückwirkung,⁸⁹ die verfassungsrechtlich nur ausnahmsweise zulässig ist. Für eine vom BVerfG gebilligte Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der echten Rückwirkung in der Form des fehlenden Vertrauenstatbestandes, einer unklaren Rechtslage oder eines unerheblichen Schadens⁹⁰ liegen keine Anhaltspunkte vor: Denn einerseits war für niemanden mit einer so grundlegenden Reformierung der seit Jahrzehnten bestehenden Regelung des Wiederaufnahmerechts zu rechnen, sodass Betroffene berechtigterweise ein entsprechendes Vertrauen aufbauen durften,⁹¹ andererseits hat dieses Ver-

trauen auch nicht an Schutzwürdigkeit verloren, denn selbst die Kenntnis eines rechtskräftig Freigesprochenen von seiner Schuld ändert nichts an dem Vertrauenstatbestand, den Art. 103 Abs. 3 GG mit dem Prinzip des grundsätzlichen Vorrangs der Rechtssicherheit auch für fehlerhafte Freisprüche gesetzt hat, zumal der Freispruch eines Schuldigen mangels Beweise kein Fehlurteil ist.⁹² Allein eine Rechtfertigung über die eng auszulegende Ausnahme des zwingenden Gemeinwohlbelangs⁹³ in der Form materieller Einzelfallgerechtigkeit böte einen denkbaren Ausweg aus dem andernfalls drohenden Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot.⁹⁴ Ob das BVerfG diesen Weg im (wahrscheinlichen) Fall einer Verfassungsbeschwerde tatsächlich beschreiten wird oder nicht, wird entscheidend davon abhängen, wie die Richter sich zu der Auflösung des in Art. 103 Abs. 3 GG angelegten Spannungsverhältnisses zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit grundsätzlich positionieren werden.

Neben einer möglichen Beeinträchtigung des Rückwirkungsverbotes drängt sich mit Blick auf die Beschränkung der zur Wiederaufnahme berechtigenden Tatbestände auch ein Verstoß gegen Art. 3 GG auf. Denn es ist rational nicht erklärbar, warum allein die fehlende Wiederaufnahmemöglichkeit zulasten eines wegen Mordes nach § 211 StGB oder wegen bestimmter Verbrechen des Völkerstrafgesetzbuches zu Unrecht Freigesprochenen „einen unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“ darstellen, dies im Fall einer Vergewaltigung oder eines Raubes mit Todesfolge beispielsweise aber nicht gelten soll.⁹⁵

3. Faktisch fehlender Gewinn der Neuerung

Abschließend ist der faktische Mehrwehrt durch die Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO strittig: Abgesehen davon, dass die praktische Bedeutung der Vorschrift aufgrund weniger be-

Methode überhaupt ein „neues“ Beweismittel wäre; ähnlich *Arnemann*, NJW-Spezial 2021, 440; *Brade*, ZIS 2021, 362 (363).

⁸⁴ *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 546 (569); *Kment*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar*, 16. Aufl. 2020, Art. 103 Rn. 106; *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 103 Abs. 3 Rn. 32.

⁸⁵ Die BRAK (Fn. 7), S. 9, stellt zu Recht klar, dass es selbst bei Mord keinen Freispruch unter Vorbehalt geben darf; ähnlich *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90).

⁸⁶ BRAK (Fn. 7), S. 5; *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1162). Eine anderweitige Verurteilung im Rahmen der Verjährungsgrenzen grundsätzlich befürwortend *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (719).

⁸⁷ Zur Anwendbarkeit des allgemeinen Rückwirkungsverbotes aus Art. 20 Abs. 3 GG anstatt von Art. 103 Abs. 2 GG ausführlich *Gerson*, StV 2022, 124 (125 ff.).

⁸⁸ *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (254); *Müller/Frister*, ZRP 2019, 101 (103). Von einem Verstoß ausgehend BRAK (Fn. 7), 9 ff.; *Kaspar*, GA 2022, 21 (34 ff.).

⁸⁹ A.A. *Kubiciel*, GA 2021, 380 (393). Zur allgemeinen Abgrenzung von echter und unechter Rückwirkung siehe nur *Schulze-Fielitz* (Fn. 15), Art. 20 Rn. 151 ff.

⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08 = BVerfGE 135, 1 (22 f.) = NVwZ 2014, 577 (581); BVerfG, Beschl. v. 23.3.1971 – 2 BvL 2/66, 2 BvR 168/66, 2 BvR 196/66, 2 BvR 197/66, 2 BvR 210/66, 2 BvR 472/66 = BVerfGE 30, 367 (387 ff.).

⁹¹ BRAK (Fn. 7), S. 10; *Gerson*, StV 2022, 124 (127 f.).

⁹² BRAK (Fn. 7), S. 8, 10.

⁹³ Zuletzt BVerfG, Beschl. v. 10.2.2021 – 2 BvL 8/19 = BVerfGE 156, 354 (406) = NJW 2021, 1222 (1228). Dass diese Ausnahme durch die Entscheidung des BVerfG zum Vermögensabschöpfungsrecht deutlich an Konturen verloren hat, arbeitet *Lenk*, StV 2022, 118 (121), heraus. Ähnlich BRAK (Fn. 7), S. 10 f. Auch das OLG Celle, Beschl. v. 22.4.2022 – 2 Ws 62/22 = BeckRS 2022, 7938 Rn. 57 f. bezieht sich auf diese Entscheidung des BVerfG und geht von einer zulässigen Rückwirkung im Fall des § 362 Nr. 5 StPO aus.

⁹⁴ Hierzu ausführlich *Gerson*, StV 2022, 124 (128 f.). Diese Möglichkeit befürwortend *Kubiciel*, GA 2021, 380 (394). A.A. BRAK (Fn. 7), S. 10 f.; *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (361 f.); *Kaspar*, GA 2022, 21 (35 f.).

⁹⁵ Ähnlich schon *Arnemann*, NJW-Spezial 2021, 440; *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103); *Lenk*, StV 2022, 118 (123); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90 f.); *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (754). Siehe auch *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1161 f.), die die Beschränkung des Straftatkatalogs aber nicht für verfassungsrechtlich bedenklich hält.

kannter relevanter Fälle fragwürdig erscheint,⁹⁶ ist bislang auch kein empirischer Nexus zwischen neuen technologischen Beweismöglichkeiten, bspw. neuen DNA-Verfahren, und der materiellen Gerechtigkeit hergestellt worden;⁹⁷ der Nachweis eines DNA-Musters ermöglicht bis heute keinen absolut sicheren Tatnachweis.⁹⁸ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die schiere Möglichkeit einer erneuten Hauptverhandlung nicht automatisch (mehr) materielle Gerechtigkeit verspricht.⁹⁹ So hindern beispielsweise die planmäßige Vernichtung von ehemaligem Beweismaterial oder durch Zeitablauf immer bedeutungsloser werdende Zeugenaussagen eine bessere Sachverhaltsaufklärung eher, als dass sie ihr helfen.¹⁰⁰ Vor diesem Hintergrund wiegt es umso schwerer, dass auch Unschuldige mit der erneuten und belastenden Unsicherheit eines Strafverfahrens konfrontiert werden können.

IV. Fazit: Ausblick in eine unsichere Zukunft des Wiederaufnahmerechts

Im Ergebnis hat der Gesetzgeber dem deutschen Wiederaufnahmerecht mit der Einfügung des § 362 Nr. 5 StPO einen Bärendienst erwiesen. Vieles spricht dafür, dass die neue Vorschrift in ihrer jetzigen Form einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhält. So fällt es schwer, § 362 Nr. 5 StPO mit seinen grundlegenden Änderungen noch als zulässige Grenzkorrektur des verfassungsrechtlich garantierten Mehrfachverfolgungsverbot einzustufen. Die Verkehrung des bisherigen Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit in ihr Gegenteil spricht vielmehr für einen unzulässigen Eingriff in den Kernbereich von Art. 103 Abs. 3 GG. Darüber hinaus legt die unbeschränkte Anwendbarkeit der Vorschrift auf bereits abgeschlossene Sachverhalte einen Verstoß gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot nahe. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass der derzeitige Bundesjustizminister eine (erneute) Überprüfung des Gesetzes durch sein Ministerium angeordnet hat. Im Fall der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift wäre der Gesetzgeber gut beraten, einen neuen Wiederaufnahmegrund zuun-

gunsten des Verurteilten propter nova jedenfalls nur beschränkt auf eine Auswahl besonders belastbarer Beweismittel zu formulieren, die zum damaligen Zeitpunkt aufgrund technischer Unzulänglichkeiten jedenfalls so nicht zur Verfügung standen oder gänzlich unbekannt waren. Darüber hinaus müsste eine (echte) Rückwirkung qua Gesetz ausgeschlossen sein. Allein in diesen sehr engen Grenzen scheint eine Erweiterung der bisherigen Wiederaufnahmegründe auf einfachgesetzlicher Ebene und ohne Verfassungsänderung überhaupt praktikabel. Ob sie wirklich notwendig ist, steht freilich auf einem anderen Blatt.

⁹⁶ Eine fehlende Rechtstatsachenaufklärung bemängelnd und den tatsächlichen Reformbedarf anzweifeln BRAK (Fn. 7), S. 6. A.A. *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (719).

⁹⁷ *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253 f.).

⁹⁸ BGH, Urt. v. 12.8.1992 – 5 StR 239/92 = BGHSt 38, 320 (322 ff.) = NJW 1992, 2976 (2977); *Singelnstein* (Fn. 31), § 362 Rn. 12; *Pabst*, ZIS 2010, 126 (129). *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (103), sprechen in diesem Zusammenhang das nicht zu unterschätzende Fehlerpotential der DNA-Analyse an.

⁹⁹ Dies zu bedenken gebend *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253); *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102); *Kubiciel*, GA 2021, 380 (387); ähnlich *Leitmeier*, StV 2021, 341 (344). Für *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1158), macht dies dagegen keinen entscheidenden Punkt in der Debatte für oder gegen eine erweiterte Wiederaufnahme aus.

¹⁰⁰ Vgl. *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (556). Ähnlich *Gerson*, StV 2022, 124 (125); *Kubiciel*, GA 2021, 380 (387). A.A. v. *Bierbrauer zu Brennstein*, HRRS 2022, 118 (120); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (164).