

Der Rechtsstaat und das Straf- und Strafverfahrensrecht – so lautete das Thema des Deutsch-Japanischen Strafrechtsdialogs im September 2024 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Beide Rechtsordnungen, die japanische wie die deutsche, haben unterschiedliche wie gemeinsame Vorstellungen, was Rechtsstaatsprinzip bedeuten soll, welche Rechte es Betroffenen, Beschuldigten oder Angeklagten vermittelt. Unterschiede wie Gemeinsamkeiten wurden im Dialog intensiv und für alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer ertragreich diskutiert. Dass das Rechtsstaatsprinzip auch Abwägung verlangt – das „Gegeneinander Aufwiegen“ unterschiedlicher Ziele und Werte, die wiederum in beiden Rechtsordnungen unterschiedlich gewichtet werden mögen – hat der Blick in das Recht der Wiederaufnahme gezeigt. Der nachfolgende Beitrag gab den japanischen Kollegen und Kolleginnen einen Überblick über das deutsche Recht der Wiederaufnahme, mit einem Schwerpunkt auf der Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten, dem Versuch einer gesetzlichen Neuregelung und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hierzu im Jahr 2023. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

I. Einleitung

Vor gut 40 Jahren, im November 1981, wurde der Körper der damals 17-jährigen Friederike von Möhlmann in einem Waldstück bei Celle tot aufgefunden. Eine Untersuchung der Leiche ergab, dass das Mädchen einem Sexualverbrechen zum Opfer gefallen war.¹

Die Polizei ermittelte als Tatverdächtigen einen jungen Mann – sie konnte Reifenspuren am Tatort einem Fahrzeugmodell zuordnen, das dieser fuhr. Zudem fanden sich Faser Spuren an der Kleidung des Opfers, die wohl aus dem Fahrzeug des Verdächtigen stammten.² Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage und das Landgericht Lüneburg verurteilte den Angeklagten u.a. wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe.³ Der Angeklagte, der seine Täterschaft stets bestritt, erhob gegen dieses Urteil Revision. In der Tat hob der Bundesgerichtshof das Urteil auf und verwies den Fall an das Landgericht Stade, das den Angeklagten schließlich freisprach. Wesentlicher Grund: Eine Verurteilung erfordert gem. § 261 StPO eine Überzeugung des Gerichts u.a. von der Täterschaft des Angeklagten. In diesem Fall war das Gericht ausschließlich auf forensische, auf wissenschaftlich-technische Erkenntnisse angewiesen. Solche Erkenntnisse erlauben eine richterliche Überzeugung aber nur dann, wenn sie mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit den

Schluss auf eine bestimmte Tatsache zulassen.⁴ Die übereinstimmenden Reifenspuren wie auch die gefundenen Faser Spuren ermöglichten nach Ansicht des BGH eine solche Überzeugung aber nicht, nämlich dass der Angeklagte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Opfer nicht nur in seinem Fahrzeug mitnahm, sondern sie auch vergewaltigte und anschließend tötete.⁵

Der Freispruch des Angeklagten wurde rechtskräftig und damit war das Strafverfahren – eigentlich – endgültig abgeschlossen.

2012 erreichte der Vater des Opfers, dass die Beweise abermals untersucht wurden – nachvollziehbar davon getrieben, eine Form von Gerechtigkeit für die brutale Gewalttat an seiner Tochter zu finden. Die forensischen Möglichkeiten hatten sich in der Zwischenzeit aufgrund des technischen Fortschritts erheblich weiterentwickelt, insbesondere waren nun DNA-Untersuchungen möglich. Das Ergebnis: Auf der Unterwäsche des Opfers befanden sich Spermaspuren, die in der Tat der DNA des ursprünglich Verdächtigen, aber doch rechtskräftig Freigesprochenen, zugeordnet werden konnten.⁶

Ein erneutes Ermittlungsverfahren, eine erneute Anklage und eine erneute Verurteilung waren aber nicht möglich, es bestand ein Verfahrenshindernis wegen eines Strafklageverbrauchs.⁷ Und ein Strafverfahren nach einem rechtskräftigen Freispruch wieder aufzunehmen, wenn sich mit neuen Tatsachen oder Beweismitteln neue Möglichkeiten für eine Verurteilung ergeben, sah die Strafprozessordnung nicht vor.

Der Umstand, dass jemand für ein brutales Gewaltverbrechen nicht bestraft werden kann, obwohl neue Beweismittel für seine Schuld sprechen, war nicht nur für den Vater des Opfers im konkreten Fall unerträglich,⁸ sondern wurde auch von der Politik als unbefriedigend wahrgenommen: Im Juni 2021 verabschiedete der Bundestag das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“, das Ende 2021 in Kraft trat.⁹ Es enthielt die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens auch zuungunsten eines Freigesprochenen, wenn

⁴ BGH NJW 1954, 83; BGH NJW 1954, 1336; BGH NJW 1967, 116 (117); BGH NJW 1957, 1039.

⁵ Entsprechend nahm der BGH einen Verstoß der Vorinstanz gegen den in-dubio-pro-reo-Grundsatz an, BGH NStZ 1983, 228.

⁶ So die Feststellung im Beschluss zur Wiederaufnahme des Verfahrens nach Rechtsänderung, LG Verden BeckRS 2022, 7939 Rn. 2.

⁷ Siehe zu Nachweisen unten Fn. 29.

⁸ Der Vater von Friederike von Möhlmann startete nach Bekanntwerden der neuen Beweise eine Petition und legte dort seine Motivation dar: v. Möhlmann, Change.org v. 16.7.2015, abrufbar unter

<https://www.change.org/p/bmjv-bund-gerechtigkeit-f%C3%BCr-die-ermordete-friederike-nachweislich-falsch-freigesprochene-mordtaten-verdienen-nicht-den-schutz-des-gesetzes-362-der-strafprozessordnung-muss-erg%C3%A4nzt-werden> (27.11.2024).

⁹ Dazu näher unten III. 4.

* Die Autorin ist Vertreterin des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Privatdozentin an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ So die Feststellung LG Lüneburg BeckRS 1982, 108600 Rn. 61 f.

² LG Lüneburg BeckRS 1982, 108600 Rn. 22 ff.

³ LG Lüneburg BeckRS 1982, 108600.

neue Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe für dessen Schuld bilden. Kurz nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes beantragte die Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme des Verfahrens im Fall Friederike von Möhlmann, das zuständige Landgericht erklärte dies für zulässig und ordnete zudem Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr an.¹⁰ Das Oberlandesgericht Celle bestätigte wiederum diese Entscheidungen.¹¹

Dagegen legte der Verdächtige Verfassungsbeschwerde ein. Im Oktober 2023 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass die Neuregelung zur Wiederaufnahme mit dem Grundsatz des „ne bis in idem“ und dem Rückwirkungsverbot unvereinbar und nichtig sei. Die Entscheidungen des LG und des OLG hob es auf, der Verdächtige kam frei.¹²

Dieser Fall verdeutlicht, wie zwei Ziele des deutschen Strafverfahrens konfliktieren: Das Streben nach *materieller Gerechtigkeit*, nach einer sachlich richtigen Entscheidung auf der Grundlage der materiellen Wahrheit,¹³ sowie nach *Rechtssicherheit*, nach einer Beständigkeit rechtskräftiger Entscheidungen.¹⁴ Das erste Ziel ist hier zugunsten des zweiten Ziels gescheitert: Der Staat kann den Verdächtigen für den Tod von Friederike von Möhlmann strafrechtlich nicht zur Verantwortung ziehen.

Dieser Fall zeigt auch auf, dass es u.a. der technische Fortschritt ist, der diese beiden Ziele in Konflikt miteinander gebracht hat und jenseits dieses konkreten Falls weiterhin in Konflikt bringen wird. Mit dem enormen Fortschritt im Bereich der Künstlichen Intelligenz stehen neuartige Formen von Beweismitteln am Horizont, die möglicherweise den Nachweis von Schuld in Fällen ermöglichen, in denen dies bisher nicht möglich ist.¹⁵

Wieso aber sollen der technik-gestützten Wahrheitssuche Grenzen gesetzt werden?

Ich werde zunächst diese beiden Ziele der materiellen Gerechtigkeit sowie der Rechtssicherheit konturieren (II.) und sodann einen Überblick über die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Rechts der Wiederaufnahme einschließlich der gescheiterten Neuregelung geben (III.). Schließlich stelle ich die Argumente des BVerfG für eine Verfassungswidrigkeit der Neuregelung im Recht der Wiederaufnahme dar und bewerte diese (IV.).

II. Materielle Gerechtigkeit und Rechtssicherheit

1. Materielle Gerechtigkeit

Zunächst zum Ziel der materiellen Gerechtigkeit: Ziel des Strafverfahrens ist eine sachlich richtige Entscheidung auf

Grundlage der materiellen Wahrheit.¹⁶ Es besteht der Anspruch, dass der historische Sachverhalt rekonstruiert werden kann und – Stichwort Ermittlungsgrundsatz – vom Gericht rekonstruiert werden muss.¹⁷ Prozessual gesehen bedeutet dies: Das Gericht muss den Sachverhalt selbst ermitteln und ist an Anträge oder Erklärungen der Prozessbeteiligten nicht gebunden.¹⁸ Anders im Zivilprozess: Dort müssen die Parteien die Tatsachenfeststellungen ermöglichen,¹⁹ das Gericht darf seinem Urteil nur das zugrunde legen, was die Parteien als Behauptung in den Zivilprozess einführen und, wo nötig, beweisen.²⁰ Mit der Suche nach einer *materiellen* Wahrheit hat dies nichts zu tun.

Zudem: Von den Tatsachen, die für ein Strafurteil notwendig sind, muss das Gericht überzeugt sein, Stichwort § 261 StPO. Im Hinblick auf den Anspruch, den historischen Sachverhalt, die materielle Wahrheit, zu konstruieren, bedeutet richterliche Überzeugung auch die hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Beweisergebnis richtig ist.²¹ Das Beweisergebnis muss dafür auf einer objektiv tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruhen.²²

Hier besteht eine Fehlerquelle: Die menschliche, richterliche Einsicht ist naturgemäß beschränkt²³ – im Fall Friederike von Möhlmann konnte das Gericht eben *noch nicht* feststellen, dass sich Spermaspuren des Täters an der Unterwäsche des Opfers befanden. Diese nicht vermeidbare Fehlerquelle verlangt ein Verfahren, das rechtskräftige Urteile beseitigt, um Justizirrtümer korrigieren zu können²⁴ – das Institut der Wiederaufnahme des Verfahrens. Vor allem gilt dies für eine unrechtmäßige Verurteilung entgegen der historischen Wahrheit – dies widerspricht dann nicht nur dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit, sondern verletzt den Verurteilten auch in seinen Grundrechten: In seinem Persönlichkeitsrecht,

¹⁶ Zu diesem Verständnis von materieller Gerechtigkeit: *Engländer/Zimmermann*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, Vorbem. § 359 Rn. 1; *Tiemann*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, Vorbem. Rn. 1 ff. Dieses Ziel wird als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 3 GG verankert, siehe nur *Singelstein*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.10.2024, § 359 Rn. 1.

¹⁷ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 10 Rn. 5.

¹⁸ §§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, § 2 Rn. 51; *Roxin/Schünemann* (Fn. 17), § 15 Rn. 3; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 18 Rn. 15.

¹⁹ Vgl. § 138 ZPO.

²⁰ *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, 30. Aufl. 2011, § 25 Rn. 12 ff.

²¹ St. Rspr., vgl. BGH StV 1993, 510 f.; BGH StV 2002, 235; BGH NStZ-RR 2013, 387; BGH NStZ 2017, 486.

²² BGH StV 1993, 510; BGH StV 2002, 235; BGH NStZ-RR 2013, 387; BGH NStZ 2017, 486 (487).

²³ Vgl. nur *Tiemann* (Fn. 16), Vorbem. § 359 Rn. 2.

²⁴ *Tiemann* (Fn. 16), Vorbem. § 359 Rn. 3.

¹⁰ LG Verden BeckRS 2022, 7939.

¹¹ OLG Celle BeckRS 2022, 7938.

¹² BVerfGE 166, 359 (360); zudem hatte das BVerfG bereits die Anordnung der U-Haft als unzulässig erklärt: BVerfGE 162, 358 (359).

¹³ Zu diesem Grundsatz mit Nachweisen näher unten Fn. 16.

¹⁴ Zu diesem Grundsatz mit Nachweisen näher unten Fn. 28.

¹⁵ Vgl. nur *Rückert*, GA 2023, 361 ff.; *Ibold*, ZStW 134 (2022), 504 (520); *Ibold*, GSZ 2024, 10.

seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit im Falle einer Geldstrafe²⁵ oder in der Freiheit der Person im Falle einer Freiheitsstrafe.²⁶ Entsprechend ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens gesetzlich vorzusehen.²⁷

2. Rechtssicherheit

Der Grundsatz der Rechtssicherheit auf der anderen Seite fordert, dass rechtskräftige Entscheidungen grundsätzlich beständig sind.²⁸ Die Wirkungen, die von einer rechtskräftigen Entscheidung ausgehen, sollen nicht mehr beseitigt werden können: Lautet der Tenor eines Strafgerichts, dass sich ein Angeklagter schuldig gemacht hat und bestraft werden muss, bleibt die Feststellung der Schuld bestehen und die Strafe muss vollstreckt werden. Lautet der Tenor auf Freispruch – so wie im Fall Friederike von Möhlmann – konnte die Staatsanwaltschaft nach der DNA-Analyse nicht einfach ein neues Verfahren einleiten. Es besteht dann ein Verfahrenshindernis aufgrund entgegenstehender Rechtskraft, ein Strafklageverbrauch.²⁹

Der Grundsatz der Rechtssicherheit hat zwei Funktionen: Allgemein gesehen geht es um Rechtsfrieden – es besteht ein gesellschaftliches Bedürfnis, eine Rechtslage zu dem für das Gericht maßgeblichen Zeitpunkt endgültig festzustellen, einen Streit effektiv beizulegen.³⁰ Im Hinblick auf den individuell Betroffenen geht es zudem um Vertrauensschutz: Er muss darauf vertrauen können, dass eine rechtskräftige Entscheidung Bestand hat.³¹ Diese individualschützende Funktion des Grundsatzes der Rechtssicherheit findet eine spezielle Ausprägung in Art. 103 Abs. 3 GG – dem Grundsatz des *ne bis in idem*³² – in anderen Jurisdiktionen ist etwa von *double jeopardy* die Rede. Art. 103 Abs. 2 GG lautet:

„Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.“

Zu den Schutzdimensionen von *ne bis in idem* später mehr – im Rahmen der Darstellung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Treten nun Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit in Konflikt – weil offensichtlich wird, dass die historische Wahrheit wohl eine andere ist, als sie das Gericht im Moment der Entscheidung festgestellt hat – regelt das Recht der Wiederaufnahme, wie dieser Konflikt aufzulösen ist.

III. Wiederaufnahme im Überblick

Das Recht der Wiederaufnahme ist überwiegend³³ in den §§ 359 StPO geregelt. Dort hat der Gesetzgeber der Rechtssicherheit grundsätzlich Vorrang eingeräumt – nur ausnahmsweise tritt diese zurück und nur ausnahmsweise ist eine Wiederaufnahme möglich.³⁴

Ich werde zunächst einen Überblick über die Wiederaufnahmegründe sowie das Verfahren der Wiederaufnahme geben.

1. Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten

Bei den Wiederaufnahmegründen wesentlich ist die Unterscheidung von Wiederaufnahmegründen zugunsten des Verurteilten (§§ 359 StPO) und zuungunsten des Angeklagten (§§ 362 StPO). Verfassungsrechtlicher Hintergrund: Bei Wiederaufnahmen zugunsten des Verurteilten streiten dessen Freiheitsrechte *für* eine Wiederaufnahme.³⁵ Bei Wiederaufnahmen zuungunsten des Angeklagten streitet *ne bis in idem* hingegen *gegen* eine Wiederaufnahme³⁶ – dieser Grundsatz wirkt begrenzend auf die Möglichkeit der Wiederaufnahme; die Interessenlage ist also jeweils eine grundsätzlich andere.

Eine Wiederaufnahme *zugunsten* des Verurteilten hat v.a. das Ziel, eine bestehende Verurteilung aufzuheben – weil der Verurteilte nicht Täter ist, weil er vorsatzlos, gerechtfertigt oder schuldlos gehandelt hat – oder eine Verurteilung abzumildern, weil Qualifikationsgründe fehlen oder Strafmilderungsgründe gegeben sind.³⁷ Das war nicht das Ziel im Fall Friederike von Möhlmann – dort ging es vielmehr um den umgekehrten Fall einer Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten. Dennoch werfen wir einen kurzen Blick auf die Wiederaufnahmegründe zugunsten des Verurteilten, um eine Vergleichsbasis herstellen zu können.

§ 359 StPO enthält *sechs* abschließend geregelte Gründe für eine Wiederaufnahme des Verfahrens; hinzu kommt ein weiterer in § 79 Abs. 1 BVerfGG geregelter Grund. Diese Gründe betreffen Feststellungsmängel, gravierende Verfah-

²⁵ Art. 2 Abs. 1 GG – vgl. *Engländer/Zimmermann* (Fn. 16), Vorbem. § 359 Rn. 2 m.w.N.

²⁶ Art. 2 Abs. 2 GG – vgl. *Engländer/Zimmermann* (Fn. 16), Vorbem. § 359 Rn. 2 m.w.N.

²⁷ Vgl. *Engländer/Zimmermann* (Fn. 16), Vorbem. § 359 Rn. 2.

²⁸ Zu diesem Verständnis von Rechtssicherheit *Engländer/Zimmermann* (Fn. 16), Vorbem. § 359 Rn. 1. Auch der Grundsatz der Rechtssicherheit wird im Rechtsstaatsprinzip verankert, BGHSt 39, 75 (78) = NJW 1993, 1481 (1482); BVerfGE 22, 322 (329); BVerfG NJW 2023, 3698 (3703); *Schuster*, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9, 27. Aufl. 2022, Vorbem. § 359 Rn. 1; *Singelstein* (Fn. 16), § 359 Rn. 1 m.w.N.

²⁹ Zum Strafklageverbrauch *Jansen/Hoppen*, JuS 2021, 1132 (1132 ff.); *Beulke/Swoboda* (Fn. 18), § 13 Rn. 434.

³⁰ BVerfGE 56, 22 (31 f.); BVerfG NJW 2023, 3698 (3703).

³¹ Der Grundsatz des Vertrauensschutzes wird in Art. 20 Abs. 3 GG verankert – vgl. nur BVerfG NJW 2023, 3698 (3702) m.w.N.

³² Siehe dazu näher und mit Nachweisen unten IV. 1.

³³ Zu Sonderregelungen zur Aufhebung nationalsozialistischer Unwerturteile *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1159 f.); *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (142 ff.).

³⁴ Zum Ausnahmecharakter des Wiederaufnahmeverfahrens *Engländer/Zimmermann* (Fn. 16), Vorbem. § 359 Rn. 5.

³⁵ Siehe oben II. 1.

³⁶ Zum Schutzzumfang sogleich unten IV. 1.

³⁷ Vgl. § 359 Nr. 5 StPO; näher *Engländer/Zimmermann* (Fn. 16), § 359 Rn. 4 ff.

rensmängel und – in beschränktem Maße – Bewertungsmängel.³⁸

Feststellungsmängel sind neue Tatsachen oder Beweismittel, die die erfolgte Verurteilung aufheben oder abmildern (Nr. 5) – sog. *propter nova*.³⁹ Verlangt wird, dass Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die neu und zudem auch geeignet sind, um das Wiederaufnahmeziel zu erreichen.⁴⁰ Das können neu aufgetauchte Zeugen sein, die dem Täter ein Alibi verschaffen oder vielmehr eine andere Person als Täter belasten, oder eben Erkenntnisse, die mit Hilfe neuer technischer Verfahren gewonnen werden können und die Täterschaft des Verurteilten in Frage stellen. In der Praxis hat die Wiederaufnahme *propter nova* die weitaus größte Relevanz.⁴¹

Gravierende *Verfahrensmängel* gem. § 359 Abs. 1 Nr. 1–4 StPO ermöglichen daneben die Wiederaufnahme, wenn durch ein anderweitiges Urteil⁴² festgestellt ist, dass in der Hauptverhandlung eine Urkundenfälschung (Nr. 1) oder eine strafbewehrte Falschaussage zu Lasten des Verurteilten (Nr. 2) bzw. eine Amtspflichtverletzung (Nr. 3) durch einen Richter oder Schöffen begangen wurde; zudem ist eine Wiederaufnahme möglich, wenn ein zivilrechtliches Urteil aufgehoben wurde, welches auf dem Strafurteil gründet (Nr. 4). Solche Verfahrensmängel bedeuten meist auch neue Tatsachen oder Beweismittel (eines entsprechenden Nachweises bedarf es hingegen nicht), die die historische Wahrheit in Frage stellen. Teilweise werden diese Gründe daher auch als *lex specialis* zu § 359 Nr. 5 StPO angesehen.⁴³ Wichtig ist aber, dass diese Verfahrensmängel nicht nur Einfluss auf die historische Wahrheit und damit auf das Prinzip materieller Gerechtigkeit haben können; sie stellen auch die Autorität des Gerichts in Frage, indem auf dessen Überzeugungsbildung v.a. durch Täuschung Einfluss genommen wird.⁴⁴

Rechtsanwendungsmängel, die nicht auf einem der Gründe in Nr. 1–5 beruhen, können nur in sehr engem Rahmen als Wiederaufnahmegrund berücksichtigt werden – wenn nämlich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Rechtsverletzung festgestellt (§ 359 Nr. 6 StPO) bzw. das Bundesverfassungsgericht eine relevante Norm bzw. deren Auslegung für unvereinbar bzw. eine relevante Norm für nichtig erklärt hat (§ 79 Abs. 1 BVerfGG).

³⁸ Zu dieser Systematisierung *Engländer/Zimmermann* (Fn. 16), § 359 Rn. 1.

³⁹ Zum Begriff der *propter nova* *Kubiciel*, GA 2021, 380 (381); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (88); *Schönmehl/Bock*, JA 2024, 566 (568); *Schuster* (Fn. 28), Vorbem. § 359 Rn. 30.

⁴⁰ *Singelstein* (Fn. 16), § 359 Rn. 24 ff.; *Tiemann* (Fn. 16), § 359 Rn. 24 ff.

⁴¹ *Tiemann* (Fn. 16), § 359 Rn. 3; *Schuster* (Fn. 28), § 359 Rn. 52.

⁴² Dies ergibt sich aus § 364 StPO.

⁴³ Siehe die Nachweise bei *Engländer/Zimmermann* (Fn. 16), § 359 Rn. 2; a.A. *Tiemann* (Fn. 16), § 359 Rn. 3.

⁴⁴ Siehe dazu näher *Tiemann* (Fn. 16), § 359 Rn. 1; *Schuster* (Fn. 28), § 359 Rn. 140 ff.

2. Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten

Nun zur Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten. Eine solche hat das Ziel, eine Verurteilung bzw. eine höhere Strafe zu erzielen.⁴⁵

Wiederaufnahmegründe können – wie auch bei der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten – gravierende *Verfahrensmängel* sein, die auch ganz ähnlich gestaltet sind. Die Wiederaufnahme ist entsprechend gem. § 362 Nr. 1–3 StPO möglich, wenn durch ein anderweitiges Urteil⁴⁶ festgestellt ist, dass in der Hauptverhandlung eine Urkundenfälschung oder eine strafbewehrte Falschaussage (dieses Mal zu Gunsten des Verurteilten) oder aber eine Amtspflichtverletzung durch einen Richter oder Schöffen begangen wurde.

Zu *Feststellungsmängeln*: Nach altem – und wieder neuem Recht – ist eine Wiederaufnahme *propter nova*, wegen neuer Tatsachen und Beweismitteln, nicht möglich. Die einzige Ausnahme bildet der Fall, dass der Angeklagte nach dem Freispruch ein glaubwürdiges Geständnis von der Straftat abgibt, § 362 Nr. 4 StPO.

Bewertungsmängel sind im Übrigen nicht als Wiederaufnahmegründe vorgesehen.

3. Prozessuale Gestaltung der Wiederaufnahme

Bevor ich sogleich auf den Versuch einer Neuregelung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten eingehe, lassen Sie uns noch kurz einen Überblick über die prozessuale Gestaltung der Wiederaufnahme gewinnen.

Ein Antrag auf Wiederaufnahme ist schriftlich zu stellen.⁴⁷ Zuständig für das Wiederaufnahmeverfahren ist ein Gericht mit der gleichen sachlichen Zuständigkeit, wie das Gericht, das die betreffende rechtskräftige Entscheidung getroffen hat; wurde jemand etwa von einem Amtsgericht rechtskräftig verurteilt, ist ein anderes Amtsgericht zuständig, wurde jemand von einem Landgericht rechtskräftig freigesprochen – so im Fall Friederike von Möhlmann – ist ein anderes Landgericht zuständig, usw.⁴⁸ Das Gericht entscheidet zunächst ohne mündliche Verhandlung über die Zulässigkeit des Antrags auf Wiederaufnahme⁴⁹; bejaht es dessen Zulässigkeit, beauftragt es einen Richter mit der Beweisaufnahme.⁵⁰ Ist das Gericht schließlich der Ansicht, dass nach der Beweisaufnahme genügend Anhaltspunkte für einen Wiederaufnahmegrund gegeben sind, ordnet es die Wiederaufnahme und erneute Durchführung der Hauptverhandlung an. Ansonsten verwirft es den Antrag auf Wiederaufnahme.⁵¹

4. „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“

An der Rechtslage, dass Feststellungsmängel nur in sehr eingeschränktem Maße eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ermöglichen, knüpfte das „Gesetz zur Her-

⁴⁵ *Engländer/Zimmermann* (Fn. 16), § 362 Rn. 1.

⁴⁶ Dies ergibt sich wiederum aus § 364 StPO.

⁴⁷ Vgl. § 366 Abs. 2 StPO.

⁴⁸ Vgl. § 367 Abs. 1 StPO i.V.m. § 140a Abs. 1 GVG.

⁴⁹ Vgl. § 367 Abs. 2 StPO.

⁵⁰ Vgl. § 369 Abs. 1 StPO.

⁵¹ Vgl. § 370 Abs. 2 StPO.

stellung materieller Gerechtigkeit“⁵² 2021 an und fügte einen Wiederaufnahmegrund *zuungunsten* des Angeklagten propter nova an, wie er zuvor nur für die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten galt. Allerdings mit einer wichtigen Beschränkung.

§ 362 Nr. 5 StPO a.F. lautete:

„Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten ist zulässig, [...] 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 Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Absatz 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches) verurteilt wird.“

Diese Vorschrift war nachgebildet dem Wiederaufnahmegrund propter nova wie in § 359 Nr. 5 StPO, galt allerdings nur für vier unverjährende Schwereverbrechen, darunter Mord. Bei solchen Verbrechen sei – so die Gesetzesmaterialien – die Bestandskraft des Urteils beim Auffinden von neuen Beweismitteln „unerträglich“.⁵³ Gerade im Hinblick auf zukünftige Entwicklungen der Forensik sollte die Neuregelung den „Widerspruch zwischen der Rechtskraft des Freispruches und der materiellen Gerechtigkeit“ zugunsten der materiellen Gerechtigkeit auflösen und die Einbindung von Ergebnissen neuer technischer Untersuchungsmethoden ermöglichen.⁵⁴

Das neue Gesetz enthielt keine zeitliche Beschränkung bzgl. der Anwendbarkeit der Neuregelung, d.h. es konnte auch für solche Fälle angewandt werden, in denen bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits eine rechtskräftige Entscheidung ergangen war.⁵⁵

Wie berichtet, führte diese Neuregelung zur Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den ursprünglich Freigesprochenen im Fall Friederike von Möhlmann – das Landgericht hatte den Antrag der Staatsanwaltschaft für zulässig und begründet erachtet und die Neudurchführung der Hauptverhandlung angeordnet.

IV. Entscheidung des BVerfG vom 31.10.2023

In diesem Stadium setzte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31.10.2023 an. Das Bundesverfassungsgericht erklärte den Wiederaufnahmegrund propter nova zuungunsten des Angeklagten für verfassungswidrig

⁵² Gesetz vom 21.12.2021, in Kraft getreten am 30.12.2021, BGBl. I 2021, S. 5252.

⁵³ BT-Drs. 19/30399, S.1, abrufbar unter <https://dserv.bundestag.de/btd/19/303/1930399.pdf> (27.11.2024).

⁵⁴ BT-Drs. 19/30399, S. 2.

⁵⁵ So dann auch die Interpretation des BVerfG NJW 2023, 3698 (3709).

und nichtig, weil 1. diese Neuregelung gegen den Grundsatz des „ne bis in idem“ sowie 2. gegen das Rückwirkungsverbot verstoße. Die diesbezüglichen Argumente möchte ich im Folgenden zusammenfassen.

1. Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“

Zunächst zum Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“, der in Art. 103 Abs. 3 GG ausdrücklich geregelt ist. Dort heißt es:

„Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.“

Das Bundesverfassungsgericht bestimmte die Schutzdimensionen von „ne bis in idem“ wie folgt:

- Art. 103 Abs. 3 GG sei ein grundrechtsgleiches Recht sowohl zugunsten des Verurteilten – des Bestraften – als auch zugunsten des Freigesprochenen – des zwar Verfolgten, aber nicht Bestraften. Ne bis in idem – nicht zweimal in derselben Sache – bedeute also nicht nur ein Doppelbestrafungsverbot, sondern entgegen der restriktiven Formulierung auch ein *Doppelverfolgungsverbot*. Begründet wurde dies mit dem Willen des historischen Gesetzgebers und dem damals bestehenden und insbesondere vom Reichsgericht geprägten Verständnis von ne bis in idem.⁵⁶ Also: Art. 103 Abs. 3 GG stellt sich gegen die Unendlichkeit einer Strafverfolgung, steht vielmehr für deren „Einmaligkeit“.⁵⁷ Es sichert dem Betroffenen zu, dass jeder wegen derselben Tat die Belastungen eines Strafverfahrens nur einmal auf sich nehmen muss.⁵⁸
- Art. 103 Abs. 3 GG richte sich gegen die Staatsanwaltschaft, erneut ein Strafverfahren einzuleiten, und gegen das Gericht, erneut eine Hauptverhandlung anzusetzen⁵⁹ – Stichwort: Strafklageverbrauch.⁶⁰ Art. 103 Abs. 3 GG richte sich aber *auch* gegen den *Gesetzgeber* bei der Entscheidung über die Ausgestaltung des Rechts der Wiederaufnahme.⁶¹
- Ne bis in idem beschränke den Gesetzgeber in dessen Ermessen bei der Gewichtung von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit. Es lasse nämlich keine Abwägung zu Gunsten des Prinzips der materiellen Gerechtigkeit zu. Das Prinzip der Rechtssicherheit habe absoluten Vorrang. Es sei abwägungsfest, der Schutz durch ne bis in idem könne nicht relativiert werden.⁶²

⁵⁶ BVerfG NJW 2023, 3698 (3699 ff.) – dieses Argument wird auch bezeichnet als „Versteinerungsthese“, vgl. *Jahn*, JuS 2024, 83 (84).

⁵⁷ BGH NJW 1991, 2779 (2780); *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 133.

⁵⁸ BVerfG NJW 2023, 3698 (3699–3709). So schon BVerfGE 56, 22 (31); BVerfG BeckRS 2004, 30344308.

⁵⁹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3703 ff.).

⁶⁰ Siehe oben II. 2.

⁶¹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3703 ff.).

⁶² BVerfG NJW 2023, 3698 (3712 f.).

Ich darf als Zwischenergebnis zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts festhalten: Art. 103 Abs. 3 GG „schützt den Einzelnen [...] vor erneuter Strafverfolgung aufgrund der allgemeinen Strafgesetze [...], wenn wegen derselben Tat [...] bereits durch ein deutsches Gericht [...] ein rechtskräftiges Strafurteil [...] ergangen ist“.⁶³

Auf der Grundlage dieses Zwischenstandes könnte man denken, dass nicht nur die Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO verfassungswidrig ist, sondern dies auch die übrigen Regelungen zur Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten sind. Das Doppelbestrafungsverbot soll doch schließlich abwägungsfest und absolut sein. Soweit allerdings geht das Bundesverfassungsgericht nicht und billigt explizit die Regelungen für gravierende Verfahrensmängel, also die Wiederaufnahme bspw. bei festgestellter Urkundenfälschung oder strafbewehrten Falschaussagen zugunsten des Freigesprochenen. Denn Verfahrensmängel berührten nicht primär das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit und Wiederaufnahmen in solchen Fällen bezweckten nicht primär die Korrektur eines falschen historischen Sachverhalts und entsprechend eines fehlerhaften Urteils. Vielmehr gehe es um die Wiederholung eines fehlerhaften Verfahrens, und zwar, um die Autorität des Strafverfahrens abzusichern. Eine Manipulation des Verfahrens soll sich nicht lohnen, indem ein – für den Angeklagten möglicherweise günstiges – rechtskräftiges Urteil erreicht wird.⁶⁴

Das Bundesverfassungsgericht billigt zudem die Möglichkeit einer Wiederaufnahme nach erfolgtem glaubwürdigem Geständnis. Denn auch diese Norm habe zum Ziel, ein Verhalten zu verhindern, welches die Autorität des rechtsstaatlichen Strafverfahrens infrage stellen würde, nämlich, wenn sich der Freigesprochene öffentlich seiner Tat rühmen könne.⁶⁵

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutzzumfang von *ne bis in idem* wirkt im Ergebnis punktuell⁶⁶ und stellt nicht das gesamte System der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten in Frage.

2. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot

Zuletzt noch zum Rückwirkungsverbot:

Wie bereits erwähnt, sah die Neuregelung keine Übergangsbestimmung vor und erfasste damit auch Freisprüche, die bereits vor ihrem Inkrafttreten rechtskräftig geworden waren. Dass damit u.a. auch im Falle Friederike von Möhlmann eine Wiederaufnahme des Verfahrens in Bezug auf den eigentlich Freigesprochenen möglich war, wertete das Bundesverfassungsgericht als Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot.⁶⁷

Die Argumente: Erfolge die Wiederaufnahme aufgrund einer Norm, die erst nachträglich in Kraft tritt, ändere die Wiederaufnahme die Rechtsfolgen eines Freispruchs. Dies bedeute eine sog. echte Rückwirkung, die nicht ausnahms-

weise zulässig sei.⁶⁸ Freigesprochene dürften nämlich auf die Rechtskraft des Urteils und die Begrenzung der Rechtskraftdurchbrechung nach alter Rechtslage vertrauen. *Ne bis in idem* erkenne die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in ein freisprechendes Strafurteil an und Art. 103 Abs. 3 GG verleihe diesem Vertrauensschutz Verfassungsrang. Daran ändere auch die Unverjährbarkeit der von § 362 Nr. 5 StPO erfassten Delikte nichts.⁶⁹ Gerade für unverjährende Delikte könne erst ein Freispruch die weitere Strafverfolgung ausschließen. Er treffe, anders als das Institut der Verjährung, eine ausdrückliche staatliche Entscheidung darüber, dass die Voraussetzungen für die Bestrafung eines bestimmten Verhaltens nicht erfüllt seien. Der Freispruch entfalte gar eine noch stärkere Zäsurwirkung als der Eintritt der Verfolgungsverjährung.⁷⁰

Dieser zusätzliche Grund für die Verfassungswidrigkeit von § 362 Nr. 5 StPO führte auch dazu, dass die abweichende Meinung der Richter Müller und Langenfeld – das Gericht traf seine Entscheidung mit 6 zu 2 Stimmen – nicht das Ergebnis der Entscheidung, sondern nur deren Begründung tangierte.⁷¹ Der Verfassungswidrigkeit der Norm stimmten diese nämlich jedenfalls wegen eines Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot zu.⁷²

3. Bewertung

Ich stimme der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Ergebnis zu, in ihrer Begründung aber nicht vollständig.

Zum Ergebnis:

Der Grundsatz des *ne bis in idem* ist ein Kernelement eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens – niemand soll wegen derselben Sache zweimal bestraft und/oder verfolgt werden. Nur so bleibt der Betroffene Subjekt und nicht nur ein willkürliches Objekt des Strafverfahrens. Das gilt auch in Zeiten einer gefestigten freiheitlich-demokratischen Grundordnung und nicht nur, wenn eine reale Gefahr des Machtmissbrauchs durch Strafverfahren besteht.⁷³ Dafür ist es notwendig, die Möglichkeiten einer Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen sehr eng zu ziehen, insbesondere durch den Ausschluss einer Wiederaufnahme *propter nova*.

Ebenso lag meines Erachtens ein klarer Fall einer echten Rückwirkung vor – allein deswegen war die gesetzliche Neuregelung verfassungswidrig und nichtig.

Zur Begründung in Bezug auf *ne bis in idem* jedoch:

Das Bundesverfassungsgericht stützt seine Argumentation wesentlich darauf, dass der Grundsatz des *ne bis in idem* abwägungsfest sei, also insbesondere nicht durch das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit relativiert werden könne. Dies

⁶⁸ BVerfG NJW 2023, 3698 (3709 f.).

⁶⁹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3711).

⁷⁰ BVerfG NJW 2023, 3698 (3710).

⁷¹ Zur abweichenden Meinung BVerfG NJW 2023, 3698 (3712 ff.).

⁷² BVerfG NJW 2023, 3698 (3719).

⁷³ BVerfG NJW 2023, 3698 (3708), ebenso *Honer*, DÖV 2024, 349 (357). Zur Aushöhlung des *ne-bis-in-idem*-Grundsatzes während der NS-Herrschaft *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (143). Das historische Argument überzeugt nach Ansicht von *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1160), nicht.

⁶³ BVerfG NJW 2023, 3698 (3703).

⁶⁴ BVerfG NJW 2023, 3698 (3707).

⁶⁵ BVerfG NJW 2023, 3698 (3713 f.).

⁶⁶ Vgl. auch *Kudlich/Göken*, NJW 2023, 3683 (3685).

⁶⁷ BVerfG NJW 2023, 3698 (3699).

überzeugt nicht, wenn das Gericht gleichzeitig eine Ausnahme von *ne bis in idem* in den bisher geregelten gesetzlichen Fällen zulässt.⁷⁴ Denn dann lässt das Gericht sehr wohl den Anspruch auf Rechtssicherheit des Freigesprochenen zugunsten des Schutzes der Autorität des Strafverfahrens zurücktreten. Damit wird *ne bis in idem* also doch relativiert. Dies offen auszusprechen, nämlich dass zwar nicht das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit, sehr wohl aber die Autorität des Strafverfahrens das Prinzip der Rechtssicherheit zu relativieren vermögen, hätte nicht geschadet. Und es hätte die Möglichkeit eröffnet, intensiver zu diskutieren und zu prüfen, ob denn die Autorität des Gerichts wirklich ein so hohes Gewicht hat, dass in der Abwägung das Prinzip der Rechtssicherheit überwiegt.⁷⁵ Dadurch könnte das System der Wiederaufnahme viel genereller auf den Prüfstand gestellt und konkreter gefragt werden, ob *ne bis in idem* nicht noch viel weiter zu interpretieren ist. Andere Verfassungen, wie etwa die US-amerikanische Verfassung, haben ein weiteres Verständnis von *ne bis in idem* – das Verbot von *double jeopardy* in der US-amerikanischen Verfassung verbietet gar Berufungen nach einem Freispruch und erkennt in geringerem Maße Feststellungsmängel für eine Wiederaufnahme an.⁷⁶ Und auch der rechtsvergleichende Blick in die japanische Rechtsordnung, die Gegenstand dieser Tagung ist, zeigt eine restriktivere Handhabung der Wiederaufnahme zu Lasten des Freigesprochenen.⁷⁷

V. Ergebnis

Am Ende bleibt mit Blick auf den Fall Friederike von Möhlmann ein unbefriedigendes – aus der Sicht der Opferfamilie gar ein unerträgliches – Ergebnis.⁷⁸ Obwohl die Schuld nun eindeutig scheint, kann der Staat seinen Strafanspruch nicht durchsetzen, der Täter nicht zur Verantwortung gezogen werden. Die Einzelfallgerechtigkeit scheitert. Dieses Ergebnis muss aber ein Rechtsstaat in Kauf nehmen,⁷⁹ die Gesellschaft dieses Ergebnis aushalten.

⁷⁴ Begründet wird dies zwar mit der „Versteinerungsthese“ (Fn. 56), im Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG findet diese aber keinen Niederschlag, so auch *Leitmeier*, NSTZ 2024, 398 (399 f.). Ebenso kritisch *Kusche*, NSW 2024, 319 (322 ff.).

⁷⁵ Nach *Kudlich/Göken*, NJW 2023, 3683 (3685 f.), ist ein inhaltlich unrichtiges Urteil im Bereich der Kapitaldelikte dem Rechtsfrieden nicht weniger abträglich als eines, in dem es zu formalen Verstößen im Verfahren gekommen ist; ähnlich *Leitmeier*, NSTZ 2024, 398 (399 f.).

⁷⁶ Vgl. den fünften Verfassungszusatz (5th amendment): „No person shall [...] be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb“, zum Umfang von *double jeopardy*: *United States v. Martin Linen Supply Co.*, 430 U.S. 564, 570–72 (1977); *Sanabria*, 437 U.S. at 63–65; *Finch v. United States*, 433 U.S. 676 (1977).

⁷⁷ Siehe dazu *Saito*, ZfIStw 6/2024, 445.

⁷⁸ Darauf, dass die Entscheidung in der „Bevölkerung“ wohl auf wenig Verständnis stoßen wird, *Jäger*, JuS 2024, 76 (78).

⁷⁹ Vgl. auch *Jahn*, JuS 2024, 83 (85), mit Verweis auf einen Ausspruch *Radbruchs*, der von jedem Juristen, der sich mit dem Strafen befasse, ein schlechtes Gewissen verlangte.