

§359 Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2018. "§359 Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten." In *StPO Strafprozessordnung mit GVG und EMRK: Kommentar*, edited by Helmut Satzger and Wilhelm Schluckebier, 3. Auflage, 1741–47. Köln: Carl Heymanns.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



§ 359 Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten. Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten ist zulässig,

1. wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Ungunsten als echt vorgebrachte Urkunde unecht oder verfälscht war;
2. wenn der Zeuge oder Sachverständige sich bei einem zuungunsten des Verurteilten abgegebenen Zeugnis oder abgegebenen Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage schuldig gemacht hat;
3. wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat, sofern die Verletzung nicht vom Verurteilten selbst veranlasst ist;
4. wenn ein zivilgerichtliches Urteil, auf welches das Strafurteil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urteil aufgehoben ist;
5. wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwendung eines milderen Strafgesetzes eine geringere Bestrafung oder eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung zu begründen geeignet sind;
6. wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Grundsätzliches	1	III. Amtspflichtverletzung (Nr. 3)	16
B. Antragsziele	2	IV. Aufhebung eines zivilgerichtlichen Urteils (Nr. 4)	19
I. Freispruch und ähnliche Entscheidungen	3	V. Neue Tatsachen oder Beweismittel (Nr. 5)	22
II. Geringere Bestrafung in Anwendung eines milderen Strafgesetzes	5	1. Neue Tatsachen	23
III. Wesentlich andere Entscheidung über Maßregel der Besserung und Sicherung ..	7	2. Neue Beweismittel	27
IV. Schuldspruchänderung	9	3. Geeignetheit	32
C. Die Wiederaufnahmegründe im Einzelnen ..	10	4. Antragsbegründung	35
I. Unechte oder verfälschte Urkunden (Nr. 1)	10	VI. Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (Nr. 6)	39
II. Falsche Aussage oder Gutachten (Nr. 2) ..	13	1. Grundsätzliches	39
		2. Voraussetzungen	40

A. Grundsätzliches. § 359 enthält die **Gründe**, auf die ein Wiederaufnahmeantrag **zugunsten** **1** des **Verurteilten** gestützt werden kann. Sind **mehrere Gründe** gleichzeitig erfüllt (etwa §§ 359 Nr. 2 oder Nr. 3 und zugleich Nr. 5), hat der Antragsteller grds. eine **Wahlmöglichkeit**, welchen Grund bzw. welche Gründe er geltend machen will. Umgekehrt ist das Gericht durch die Wahl des Antragsgrundes nicht auf diesen beschränkt, es kann daher die Wiederaufnahme auch dann wegen Nr. 5 zulassen, wenn der Antragsteller sich allein auf Nr. 2 oder 3 beruft (s. LR/Gössel § 364 Rn. 7, a.A. OLG Hamburg NSTZ-RR 2000, 241 f.).

B. Antragsziele. Aus dem Antrag muss sich zumindest im Wege der Auslegung (vgl. *Marxen/Tie-* **2** *mann* Rn. 67) entnehmen lassen, welches der **zulässigen Antragsziele** verfolgt wird. In Betracht kommen zunächst ein Freispruch, eine geringere Bestrafung aufgrund eines milderen Strafgesetzes oder eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung. Diese sind zwar nur in § 359 Nr. 5 ausdrücklich normiert, können aber allgemein als zulässige Antragsziele gelten (*Marxen/Tie-* *mann* Rn. 69). Umgekehrt ist die Regelung zugunsten des Verurteilten nicht als für alle Wiederaufnahmegründe abschließend zu verstehen, sodass im Rahmen von § 359 Nr. 1 bis 4 und 6 auch Schuldspruchänderungen in Betracht kommen (s.u. Rdn. 9). Gem. § 406c StPO kann der Angeklagte einen Wiederaufnahmeantrag stellen, der auf die Änderung eines Ausspruchs im Adhäsionsverfahren beschränkt ist (siehe hierzu *Effer-Uhe* StV 2015, 510, 513 f.).

- 3 **I. Freispruch und ähnliche Entscheidungen.** Zulässiges Antragsziel ist zunächst ein **Freispruch**, unabhängig davon, worauf dieser gestützt wird. Ob nach einem Freispruch wegen Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB möglicherweise eine Maßregel der Besserung und Sicherung verhängt wird, ist unerheblich (*Marxen/Tiemann* Rn. 75). Gesteht der Verurteilte eine andere Tat im prozessualen Sinn, ist dies unschädlich. Das kann z.B. bei Einräumung eines falschen Geständnisses der Fall sein trotz der dann drohenden anderweitigen Strafbarkeit gem. §§ 145d, 164 und 258 StGB. Ein **Teilfreispruch** in Bezug auf einzelne gem. § 53 StGB abgeurteilte Straftaten ist möglich, auch wenn Tatidentität gem. § 264 besteht (*Meyer-Goßner/Schmitt* § 359 Rn. 3).
- 4 Weiterhin kommt eine **Einstellung** des Verfahrens als Antragsziel in Betracht, sofern sie ähnlich wie ein Freispruch wirkt. Das ist der Fall, wenn das Verfahren **dauerhaft beendet** wird (OLG Bamberg NJW 1955, 1121; LG Berlin NStZ 2012, 352), etwa bei Verjährung, fehlendem Strafantrag oder nicht nur vorübergehender Strafunmündigkeit, nicht dagegen bei Einstellungen gem. §§ 153, 153a StPO, die keine bzw. nur beschränkte Rechtskraft entfalten (*Marxen/Tiemann* Rn. 84).
- 5 **II. Geringere Bestrafung in Anwendung eines milderen Strafgesetzes.** Das Antragsziel bezieht sich nach herrschender Meinung nur auf **Hauptstrafen**, nicht auf Nebenstrafen und Nebenfolgen (LR/Gössel § 359 Rn. 144). Das ist jedenfalls im Hinblick auf Nebenstrafen, die eben auch »Strafen« sind, im Wortlaut der Norm nicht angelegt. Es widerspricht der hier gebotenen großzügigen Auslegung, zumal es Fälle gibt, in denen gerade die Nebenstrafe (z.B. das Fahrverbot gem. § 44 StGB) eine gravierende Belastung bedeutet (vgl. KMR/Eschelbach § 359 Rn. 188). Die **geringere Bestrafung** muss weiterhin auf ein **milderes Gesetz** gestützt werden, das nicht »dasselbe« Gesetz sein darf, wie sich aus § 363 ergibt. Wann ein solches anderes Gesetz außerhalb der klaren Fälle (z.B. selbstständige Privilegierung im Vergleich zum Grundtatbestand; Wegfall eines Qualifikationstatbestandes) anzunehmen ist, ist sehr umstritten, s. dazu näher die Erläuterungen zu § 363. Die reine Äußerlichkeit der Zusammenfassung mehrerer Regelungen in einem Paragraphen ist hierfür irrelevant (*Meyer-Goßner/Schmitt* § 363 Rn. 3). Keine milderen Gesetze im Sinne der Vorschrift sollen § 47 StGB und § 56 StGB sein, da es sich hierbei nicht um Strafzumessungsnormen handelt (OLG Nürnberg NStZ-RR 2015, 318 f., zw.).
- 6 Kein zulässiges Antragsziel ist nach OLG Celle NStZ-RR 2010, 251 die **Anrechnung** eines Teils der Strafe nach überlanger Verfahrensdauer auf der Grundlage der sog. »**Vollstreckungslösung**« (BGHSt 52, 124). Dabei wird allerdings zu formal auf die fehlende Zuordnung zur »Strafbemessung« abgestellt. Letztlich erfolgt auch hier eine geringere Bestrafung, die zumindest auf dem Rechtsgedanken des § 51 StGB (BGHSt 52, 135) und daher auf einem anderen Strafgesetz beruht. I.S.d. hier befürworteten, extensiven Auslegung sollte daher von einem zulässigen Antragsziel ausgegangen werden. Dafür spricht auch die Entscheidung des OLG Stuttgart (NJW 1968, 2206), nach der die (damals auf § 7 StGB, heute auf § 51 Abs. 3 StGB gestützte) Anrechnung von im Ausland erlittener Untersuchungshaft zulässiges Antragsziel ist.
- 7 **III. Wesentlich andere Entscheidung über Maßregel der Besserung und Sicherung.** Die **Maßregeln** der Besserung und Sicherung sind der abschließenden Aufzählung in § 61 StGB zu entnehmen. Die erstrebte andere Entscheidung kann auch auf **demselben Strafgesetz** beruhen, wie der systematische Vergleich zum Antragsziel der geringeren Bestrafung ergibt; § 363 gilt hier nicht (LR/Gössel § 359 Rn. 150; a.A. KK-StPO/Schmidt § 363 Rn. 3). Ob die Maßregel **neben einer Strafe** oder **isoliert** (ggf. i.R.d. Sicherungsverfahrens gem. §§ 413 ff. StPO) verhängt wurde, ist für die Wiederaufnahme unerheblich.
- 8 Der Antrag muss auf eine **wesentlich andere Entscheidung** über die Maßregel gerichtet sein. Das kann das vollständige **Entfallen** der Maßregel sein. In Betracht kommt aber auch die **Ersetzung** durch eine andere, weniger eingriffsintensive Maßregel. Für die Beurteilung der Eingriffsintensität lassen sich als Faustformel objektive Maßstäbe benennen: Die ambulante Maßregel dürfte stets milder als die stationäre sein. § 64 StGB ist den §§ 63, 66 StGB schon aufgrund der gesetzlichen Höchstfrist in § 67d Abs. 1 StGB vorzuziehen. Im Verhältnis von § 63 StGB zu § 66 StGB lässt sich kein klares Stufenverhältnis feststellen; dass die Belastung durch die Sicherungsverwahrung stets am stärksten sei (*Marxen/Tiemann* Rn. 105), ist schon wegen des Fehlens jeglicher Höchstfrist bei § 63 StGB fraglich. Letztlich ist eine Würdigung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen (vgl. AK-StPO/Loos § 359 Rn. 19). I.Ü. ist auch eine **erhebliche Verkürzung** der Dauer derselben Maßregel als wesentlich andere Entscheidung denkbar. Bei den stationären Maßregeln wird dies allerdings nicht relevant, da deren Dauer im Urteil nicht festgelegt wird. Die **erstmalige Anordnung** einer Maßregel ist kein zulässiges Antragsziel (OLG Köln NStZ-RR 2011, 382).
- 9 **IV. Schuldspruchänderung.** Zulässiges Antragsziel ist – außerhalb von § 359 Nr. 5 (für eine entsprechende Erweiterung de lege ferenda *Greco* S. 914) – weiterhin eine bloße **Schuldspruchänderung**, auch wenn diese keine Auswirkungen auf die Rechtsfolgenseite hat wie bei mehrfachem Mord. § 363 steht dem nicht entgegen, da dort nur eine Strafmilderung ausgeschlossen ist (BGH NStZ 2003, 678 f.). Die Anerkennung des Antragsziels der Schuldspruchänderung macht aber den Ausschluss reiner Strafmaß-

änderungen, die eine mindestens genauso spürbare Entlastungswirkung entfalten, umso fragwürdiger (s. § 363 Rdn. 6).

C. Die Wiederaufnahmegründe im Einzelnen. I. Unechte oder verfälschte Urkunden 10

(Nr. 1). Vorausgesetzt ist, dass eine zuungunsten des Verurteilten vorgebrachte **Urkunde unecht oder verfälscht** war. Dabei ist von einem Vorbringen der **Urkunde zuungunsten des Verurteilten** auszugehen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie das Urteil zu dessen Nachteil beeinflusst hat (LR/Gössel § 359 Rn. 25). Als **echt vorgebracht** gilt die Urkunde, wenn sie in den Prozess als Beweismittel eingeführt worden ist; eine Verwendung als bloßer Vorhalt genügt nicht (s. Meyer-Göfner/Schmitt § 359 Rn. 7; a.A. KMR/Eschelbach § 359 Rn. 53). Dabei ist der **materielle Urkundenbegriff** des § 267 StGB heranzuziehen, der jede verkörperte Gedankenerklärung mit Beweisfunktion erfasst, die den Aussteller erkennen lässt (h.M., s. nur LR/Gössel § 359 Rn. 15; a.A. Marxen/Tiemann Rn. 137, die einen engeren, an § 249 angelehnten prozessualen Begriff vertreten; offen gelassen bei OLG Nürnberg NJW 2013, 2692, 2693). Zugleich ist eine zumindest analoge Anwendung auf **technische Aufzeichnungen** i.S.v. § 268 StGB zu befürworten (KK-StPO/Schmidt § 359 Rn. 6).

Die **Begehung einer Straftat wird nicht vorausgesetzt** (so aber KK-StPO/Schmidt § 359 Rn. 9; wie hier BGH NStZ 2003, 679; Meyer-Göfner/Schmitt § 359 Rn. 6; OLG Nürnberg NJW 2013, 2694). Soweit die Gegenansicht sich auf § 364 beruft (s. Marxen/Tiemann Rn. 140), liegt darin eine unzulässige *petitio principii*, denn ob § 359 Nr. 1 die Begehung einer Straftat voraussetzt, ist ja gerade die Frage. Die Tatsache, dass im Unterschied zu § 359 Nr. 2 und Nr. 3 nicht ausdrücklich eine Strafbarkeit verlangt wird, spricht *e contrario* für die hier vertretene Ansicht.

Die **Antragsbegründung** setzt die genaue Bezeichnung der Urkunde sowie der Tatsachen voraus, aus denen sich ihre Unechtheit ergibt; weiterhin muss sich aus dem Antrag ergeben, inwiefern das Urteil durch die Urkunde zuungunsten des Angeklagten beeinflusst wurde; dies wird gem. § 370 Abs. 1 (widerlegbar) vermutet (OLG Brandenburg NStZ-RR 2010, 22). Wird quasi »überschießend« sogar ein strafbares Verhalten behauptet, führt dies dennoch nicht zur Anwendbarkeit von § 364 in dem Sinne, dass eine entsprechende Verurteilung vorgetragen und bewiesen werden müsste (a.A. BeckOK/Singelstein § 359 Rn. 9; Hohmann, in: Miebach/Hohmann S. 192) – denn auch in diesem Fall wird der Antrag im Kern auf den letztlich allein ausschlaggebenden Grund des § 359 Nr. 1 gestützt und nicht auf eine »Straftat« i.S.v. § 364 (so im Ergebnis auch KMR/Eschelbach § 359 Rn. 58, der insoweit aber eine »teleologische Reduktion« für erforderlich hält).

II. Falsche Aussage oder Gutachten (Nr. 2). Die Wiederaufnahme kann weiterhin darauf gestützt werden, dass ein Zeuge sich bei einer Aussage zuungunsten des Verurteilten oder ein Sachverständiger sich bei einem zuungunsten des Verurteilten erstellten Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage »schuldig« gemacht hat. Da in derartigen Fällen implizit eine Straftat behauptet wird, müssen die Voraussetzungen von § 364 S. 1 gegeben sein (Hohmann, in: Miebach/Hohmann S. 192). Deshalb ist es nach dem Wortlaut erforderlich, dass die Voraussetzungen einer **schuldhaften Tatbegehung** erfüllt sind (Wasserburg 1983, 279; a.A. AK-StPO/Loos § 359, 23, 29, der ein schuldhaftes Verhalten nicht für zwingend erforderlich hält). Wie im Rahmen von § 359 Nr. 1 (s.o. Rdn. 10) ist eine Wirkung **zuungunsten des Verurteilten** gegeben, wenn ein nachteiliger Einfluss der Aussage oder des Gutachtens auf das Urteil nicht ausgeschlossen werden kann. Nicht verlangt ist, dass das Urteil gerade auf dem Teil der Aussage beruht, der sich als falsch erwiesen hat (Meyer-Göfner/Schmitt § 359 Rn. 12; a.A. BGHSt 31, 365, 371; SK-StPO/Frister § 359 Rn. 25).

Als **Zeuge** sind alle Personen anzusehen, die i.R.d. Erkenntnisverfahrens, nicht notwendigerweise innerhalb der Hauptverhandlung, vernommen wurden. Die Wiederaufnahme kommt daher auch in den Fällen in Betracht, in denen die Niederschrift über eine frühere Vernehmung gem. § 251 verlesen wurde (Wasserburg 1983, 280) oder der Zeuge gem. § 247a audiovisuell vernommen wurde (Marxen/Tiemann Rn. 147). Den ebenfalls erfassten **Sachverständigen** stehen gem. § 191 GVG die **Dolmetscher** gleich (Meyer-Göfner/Schmitt § 359 Rn. 10; Greco S. 947 f.; a.A. SK-StPO/Frister § 359 Rn. 23).

Für die **Antragsbegründung** muss vorgetragen werden, dass die genauer zu bezeichnende Falschaussage das Urteil nachteilig beeinflusst hat, wobei der ursächliche Zusammenhang gem. § 370 Abs. 1 gesetzlich vermutet wird. Weiterhin ist § 364 zu beachten (vgl. dort Rdn. 2 f.).

III. Amtspflichtverletzung (Nr. 3). Weiterhin in Betracht kommt die Wiederaufnahme wegen einer **strafbaren Amtspflichtverletzung** der an der Urteilsfällung beteiligten Richter oder Schöffen in dieser Sache (dazu – vor dem Hintergrund der teilweise rechtswidrigen Verständigungspraxis – Bock u.a. GA 2013, 328, 341 ff.). Amtspflichtverletzungen, die nur disziplinarische Folgen nach sich ziehen, genügen nicht (Hohmann, in: Miebach/Hohmann S. 194). Das Erfordernis einer Straftat wird zum Teil mit guten Gründen kritisch gesehen, als mögliche Alternative wird die bloße »Bewusstheit« der Amtspflichtverletzung vorgeschlagen (Greco S. 944, 954). Aufgrund des explizit anders lautenden Wortlauts müsste hier jedoch der Gesetzgeber tätig werden. In Betracht kommen v.a. Rechtsbeugung (§ 339 StGB), aber auch Be-

- stechungsdelikte (§§ 331, 332 StGB) sowie Freiheitsberaubung und Nötigung (§§ 239, 240 StGB). Die Straftat muss »in dieser Sache«, also i.R.d. Tätigkeit als Richter oder Schöffe begangen worden sein. Eine bloße Begehung »bei Gelegenheit« der Tätigkeit, etwa eine Körperverletzung des Richters ggü. einem anderen Verfahrensbeteiligten, genügt hierfür nicht (*Amelung/Werning*, in: Burhoff/Kotz S. 1111).
- 17 **Ausgeschlossen** ist die Wiederaufnahme, wenn die Amtspflichtverletzung **vom Verurteilten selbst veranlasst** war, er also etwa selbst den Richter bestochen hat. Es erscheint sachgerecht, hier die Wiederaufnahme zu versagen, da sie nicht der Aufrechterhaltung des Ansehens der Justiz durch objektive Fehlerkorrektur, sondern der Rehabilitation des Verurteilten dient. Dieser erscheint aber bei eigener Veranlassung der Amtspflichtverletzung jedenfalls dann nicht schutzwürdig, wenn man richtigerweise eine **schuldhaft**e Veranlassung voraussetzt (vgl. AK-StPO/Loos § 359 Rn. 33). Der Wiederaufnahmegrund der Amtspflichtverletzung kann ebenfalls nicht geltend gemacht werden, wenn die behauptete Amtspflichtverletzung im ersten Rechtszug begangen und das Urteil bereits im Wege einer Berufung völlig neu überprüft wurde, so dass mögliche Auswirkungen des Verfahrensmangels ausgeschlossen sind (BGHSt 31, 365, 372).
- 18 Die **Antragsbegründung** muss Angaben über die Person des Richters oder Schöffen sowie die Pflichtverletzung enthalten (*Amelung/Werning*, in: Burhoff/Kotz S. 1113). Ein über den oben erwähnten Sachbezug hinausgehender Nachweis, dass sich die Amtspflichtverletzung zuungunsten des Verurteilten ausgewirkt hat, ist nicht erforderlich, sondern wird unwiderleglich vermutet. Er wäre dem Antragsteller angesichts des Beratungsgeheimnisses auch gar nicht möglich (KK-StPO/Schmidt § 359 Rn. 13). Es handelt sich daher um den einzigen **absoluten Wiederaufnahmegrund**, der ganz unabhängig von der Frage des Einflusses auf das Urteil zu beachten ist (Radtko/Hohmann-Hohmann § 359 Rn. 2). Eine Ausnahme ist nur dort anzuerkennen, wo der Fehler in der Rechtsmittelinstanz korrigiert wurde (BGHSt 31, 365, 372). I.Ü. ist § 364 zu beachten (vgl. dort Rdn. 2 f.).
- 19 **IV. Aufhebung eines zivilgerichtlichen Urteils** (Nr. 4). Die Wiederaufnahme ist weiterhin eröffnet, wenn ein **zivilgerichtliches Urteil**, das der strafrechtlichen Verurteilung zugrunde lag, durch ein anderes rechtskräftiges Urteil **aufgehoben** wurde. Erforderlich ist dafür eine Ersetzung der ursprünglichen Entscheidung durch eine inhaltlich abweichende neue Entscheidung, die in Rechtskraft erwachsen ist. Die strafrechtliche Verurteilung muss auf der früheren Entscheidung »gegründet« sein. Das ist der Fall, wenn es sich um ein zivilgerichtliches Gestaltungsurteil handelte, an das das Strafgericht gebunden war oder wenn das Urteil als urkundliche Beweisgrundlage verwendet wurde.
- 20 Über den Wortlaut hinaus ist nach zutreffender herrschender Meinung auch eine Anwendung auf **Urteile aus anderen Gerichtszweigen**, etwa der Arbeits- oder Sozialgerichtsbarkeit, zu bejahen (*Meyer-Goßner/Schmitt* § 359 Rn. 17; a.A. KMR/Eschelbach § 359 Rn. 115). I.S.d. hier befürworteten extensiven Auslegung gilt dies auch für entscheidungserhebliche **Strafurteile** (so auch SK-StPO/Frister § 359 Rn. 33; a.A. die h.M., vgl. nur *Meyer-Goßner/Schmitt* § 359 Rn. 17) sowie die Aufhebung **rechtswidriger Verwaltungsakte** (BVerfGE 22, 21, 27; a.A. die h.M., vgl. nur BGHSt 23, 86, 94). Wird mit der h.M. die Wiederaufnahme wegen eines aufgehobenen, rechtswidrigen Verwaltungsaktes versagt, kann jedoch zumindest § 359 Nr. 5 StPO einschlägig sein (*Hohmann*, in: Miebach/Hohmann S. 194).
- 21 Zur **Antragsbegründung** muss die aufgehobene Entscheidung benannt werden sowie dargelegt werden, inwiefern sie Grundlage der Verurteilung war. Eine Kausalitätsvermutung wie im Rahmen von § 359 Nr. 1 bis 3 existiert hier nicht (LR/Gössel § 359 Rn. 50). Weiterhin ist das aufhebende Urteil einschließlich dessen Rechtskraft darzulegen.
- 22 **V. Neue Tatsachen oder Beweismittel** (Nr. 5). § 359 Nr. 5 enthält den praktisch besonders bedeutsamen Wiederaufnahmegrund der **neuen Tatsachen oder Beweismittel**. Diese müssen zugleich **geeignet** sein, eines der genannten zulässigen Antragsziele herbeizuführen, was von der Frage der Neuheit zu trennen ist (a.A. LR/Gössel § 359 Rn. 57).
- 23 **I. Neue Tatsachen**. Unter **Tatsachen** sind wie im materiellen Strafrecht alle gegenwärtigen oder vergangenen Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse zu verstehen, die prinzipiell dem Beweis zugänglich sind (vgl. BVerfG StV 2003, 225; BVerfG Beschl. v. 31. 07. 2014 – 2 BvR 571/14, BVerfG NVZ 2016, 45, 47). Sie müssen sich nicht auf den Sachverhalt der abgeurteilten Tat beziehen; auch das Alter des zu Unrecht als Erwachsenen behandelten Angeklagten ist z.B. eine relevante Tatsache (LG Landau NSTZ-RR 2003, 28). In Betracht kommt auch der Widerruf eines Geständnisses, auch nach einer Absprache (OLG Stuttgart NJW 1999, 375); zur erweiterten Darlegungslast in diesen Fällen s.u. Rdn. 36 f.).
- 24 **Nicht erfasst** sind »**Rechtstatsachen**« wie der Wegfall eines Gesetzes oder eine Rechtsprechungsänderung (OLG Zweibrücken wistra 2009, 488; LR/Gössel § 359 Rn. 78). Der Antrag kann auch weder auf Verfahrensfehler (s. *Meyer-Goßner/Schmitt* § 359 Rn. 22) noch auf sachlich-rechtliche Fehler gestützt werden (BGHSt 39, 272, 275). Andernfalls würde man die Wiederaufnahme entgegen der Absicht des Gesetzgebers zu einer »zeitlich unbefristeten Revision« umfunktionieren (*Brauns JZ* 1995, 494; *Bajohr* S. 142; s.a. BVerfG NSTZ-RR 2007, 29, 30; für eine Erweiterung auf offensichtliche Rechtsfehler de lege ferenda *Wäßner Jura* 2002, 460 im Anschluss an *Peters* S. 674; s. zum Ganzen auch *Greco* S. 917 ff.)).

Die vorgebrachten Tatsachen sind **neu**, wenn sie vom erkennenden Gericht bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt wurden (BVerfG StV 2003, 225), was v.a. dann der Fall ist, wenn sie **nicht bekannt** waren. Auch dem Gericht **bekannte Tatsachen** können neu sein, wenn sie – warum auch immer – letztlich der Entscheidung nicht zugrunde gelegt wurden, was aus dem Gesamtzusammenhang des Protokolls und der Urteilsgründe ermittelt werden muss (vgl. auch *Fornauf* StraFo 2013, 235, 238). Ob die Tatsache dem Verurteilten bekannt war oder von ihm sogar bewusst dem Gericht vorenthalten wurde, ist für die Neuheit irrelevant (*Meyer-Göfner/Schmitt* § 359 Rn. 30). Auch eine Vermutung, dass dem Verurteilten bereits damals bekannte Tatsachen von ihm auch vorgebracht wurden, ist richtigerweise nicht zulässig (LR/Gössel § 368 Rn. 16; a.A. BeckOK/Singelstein § 368 Rn. 5). Relevant für die Frage der Neuheit ist stets der **Zeitpunkt**, in dem die Entscheidung gefällt wurde. Bei Urteilen ist dies der Abschluss der Beratung und nicht der Abschluss der mündlichen Verhandlung, da (ungeachtet eines möglichen Verstoßes gegen § 261) letztlich die Beratung die tatsächliche Grundlage der Entscheidung darstellt (s. *Marxen/Tiemann* Rn. 178; a.A. LR/Gössel § 359 Rn. 88; *Jacobsen-Raetsch* S. 57). Eine rückwirkende Änderung des zivilrechtlichen Status beurteilt die Rechtsprechung hinsichtlich der Frage der Neuheit uneinheitlich. Die erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft durch einen nach § 170 StGB Verurteilten soll eine neue Tatsache darstellen (OLG Hamm NJW 2004, 2461). Andererseits soll nach dem OLG Koblenz eine rückwirkende Erbenstellung und damit Berechtigung gem. § 28 Abs. 4 Nr. 1 WaffG a.F. keine neue Tatsache in einem Wiederaufnahmeverfahren gegen eine Verurteilung wegen unerlaubten Waffenbesitzes darstellen (OLG Koblenz Beschl. v. 13. 05. 2002 – 2 Ws 392/02; *Amelung/Werning*, in: Burhoff/Kotz S. 1126 f.). Die Neuheit der Tatsache ist dann ausgeschlossen, wenn vom Gericht das **unmittelbare denknotwendige Gegenteil** festgestellt und berücksichtigt wurde. Dies ist nicht der Fall, wenn die neu vorgetragene Tatsache erst durch eine weitere Schlussfolgerung zum Gegenteil einer festgestellten Tatsache hinführt (BGH NStZ 2000, 218).

2. Neue Beweismittel. **Beweismittel** i.S.d. § 359 Nr. 5 sind alle förmlichen Beweismittel der StPO, also Sachverständige, Zeugen, Urkunden und Augenschein. Der Verurteilte ist kein Beweismittel (*Pfeiffer* § 359 Rn. 7). Für die Frage der **Neuheit** gelten sinngemäß die Ausführungen von oben (Rdn. 25). Relevant ist, ob das Beweismittel vom Gericht bei seiner Entscheidung berücksichtigt wurde. Daran kann es trotz vorhandener Kenntnis fehlen: Den unbekannten Beweismitteln stehen die unbenutzten gleich (*Meyer-Göfner/Schmitt* § 359 Rn. 32; vgl. auch BVerfG NJW 2007, 207, 208).

Dass ein Beweismittel unter **Verstoß gegen § 261 StPO** verwertet wurde, führt nicht dazu, dass es neu i.S.v. § 359 Nr. 5 ist; entscheidend ist lediglich, dass das Beweismittel überhaupt bei der Entscheidungsfindung vom Gericht berücksichtigt wurde, nicht dagegen, dass dies in prozessordnungsgemäßer Weise erfolgte (OLG Stuttgart NStZ-RR 2012, 290).

Der **Sachverständigenbeweis** ist **neu**, wenn der vorgeschlagene Sachverständige im Verfahren nicht gehört wurde, unabhängig davon, ob ein anderer Sachverständiger beteiligt war oder ob der nun vorgeschlagene Sachverständige sein Gutachten auf einer neuen Tatsachengrundlage erstatten soll – das sind Fragen der Geeignetheit (s. LR/Gössel § 359 Rn. 113; a.A. z.T. die Rspr., s. OLG Hamm StV 2003, 231). Nicht um ein neues Beweismittel, sondern um eine neue Tatsache handelt es sich, wenn der bereits gehörte Sachverständige nunmehr zu anderen Ergebnissen gelangt (*Marxen/Tiemann* Rn. 193). Die Neuheit des Sachverständigenbeweises kann auch entfallen, wenn das Instanzgericht die Einholung eines Gutachtens wegen eigener Sachkunde abgelehnt hat und diese in der Urteilsbegründung detailliert dargelegt hat (LG Stuttgart StraFo 2016, 74; LG Landshut Beschl. v. 18. 09. 2013 – 3 Qs 154/13).

Von der **Neuheit des Zeugenbeweises** ist stets auszugehen, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht gehört wurde. Hat ein Zeuge im Ermittlungsverfahren eine Aussage gemacht und wurde diese über die Vernehmung der Verhörperson in die Hauptverhandlung eingeführt und anschließend vom erkennenden Gericht bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt, so liegt hinsichtlich des Zeugenbeweises keine Neuheit vor (OLG Köln Beschl. v. 15. 07. 2013 – 2 Ws 288/13). Soll ein bereits gehörter Zeuge nunmehr zu anderen Beweisinhalten Stellung nehmen, ist er nicht als neues Beweismittel einzuordnen (so aber die h.M., vgl. *Meyer-Göfner/Schmitt* § 359 Rn. 33). Es handelt sich beim Inhalt der Aussage dann aber um eine neue Tatsache (*Marxen/Tiemann* Rn. 188). Da ein Angeklagter kein förmliches Beweismittel ist, ist bei einem früheren Mitangeklagten, der nun als Zeuge aussagen soll, konsequenterweise von einem neuen Beweismittel auszugehen (s. nur LR/Gössel § 359 Rn. 111; a.A. *Meyer-Göfner/Schmitt* § 359 Rn. 33).

Ein **neuer Urkundenbeweis** kommt in Betracht, wenn die Urkunde nicht als Beweismittel vom Gericht berücksichtigt wurde (LG Erfurt JZ 2012, 439), was auch dann anzunehmen ist, wenn sie lediglich vorgehalten wurde (KMR/*Eschelbach* § 359 Rn. 176). Ob die Urkunde ordnungsgemäß in die Hauptverhandlung eingeführt wurde, ist dagegen irrelevant, es kommt allein auf die tatsächliche Berücksichtigung durch das Gericht an (OLG Stuttgart NStZ-RR, 2012, 290). Die Urkunde ist neu, wenn ihr Inhalt vom Gericht falsch wahrgenommen wurde, nicht dagegen, wenn der korrekt erfasste Inhalt rechtlich fehlerhaft gewürdigt wurde. Entsprechend ist der **Augenscheinsbeweis** neu, wenn im Ausgangsverfahren kein Au-

genschein eingenommen wurde oder das Objekt falsch wahrgenommen wurde. Ein neues Beweismittel liegt auch dann vor, wenn das erkennende Gericht bei der Inaugenscheinnahme einer Fehlwahrnehmung unterlegen war, sofern dies der Verurteilte darlegen und beweisen kann (OLG Düsseldorf Beschl. v. 30. 09. 2013 – III – 2 Ws 456–457/13 in NSTZ-RR 2014, 22).

- 32 **3. Geeignetheit.** Die neuen Tatsachen oder Beweismittel müssen weiterhin **geeignet** sein. Es bietet sich an, dabei zwischen der Erheblichkeit des Vorbringens und den hinreichenden Erfolgsaussichten als Teilelemente der Geeignetheit zu differenzieren (so *Marxen/Tiemann* Rn. 198 ff.; Radtke/Hohmann-Hohmann § 359 Rn. 40).
- 33 **Erheblich** ist das Vorbringen, wenn es sich – seine Richtigkeit zunächst unterstellt – überhaupt, d.h. abstrakt, i.S.d. Antragstellers auf die Rechtsfolge auswirken kann. Auf die tatsächliche Richtigkeit des Vorbringens kommt es hierbei noch nicht an (*Hohmann*, in: Miebach/Hohmann S. 205). Die Anforderungen an ein erhebliches Vorbringen richten sich nach dem **Antragsziel**. Wird ein Freispruch angestrebt, muss sich aus den vorgebrachten Tatsachen oder Beweismitteln ergeben, dass der Betroffene unter keinem Gesichtspunkt als Täter der abgeurteilten Tat i.S.v. § 264 anzusehen ist. Geht es um die Strafmilderung, müssen die vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel geeignet sein, einen vom Gericht angenommenen Strafschärfungsgrund (etwa eine Qualifikation) zu Fall zu bringen oder eine Privilegierung bzw. einen benannten oder unbenannten Strafmilderungsgrund zu eröffnen (vgl. § 363 Rdn. 3 ff.). Bei der erstrebten wesentlich anderen Maßregelentscheidung müssen Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden, aus denen sich der Wegfall, die Ersetzung durch eine mildere Maßregel oder die erhebliche Verkürzung ergeben kann.
- 34 Weiterhin ist eine **hinreichende Erfolgsaussicht** erforderlich; daran fehlt es z.B., wenn das Vorbringen **denkgesetzlich unmöglich** und damit offensichtlich unrichtig ist (vgl. *Meyer-Göfner/Schmitt* § 368 Rn. 8). Erforderlich ist eine Beurteilung der Richtigkeit und Beweiskraft des Vorbringens, dem Charakter des Wiederaufnahmeverfahrens entsprechend, aber nur anhand einer vorläufigen Einschätzung. Eine endgültige Klärung ist ggf. der erneuerten Hauptverhandlung vorbehalten (*Marxen/Tiemann* Rn. 218). In welchem Umfang eine Prüfung der Erfolgsaussichten bereits i.R.d. Zulässigkeitsprüfung vorgenommen werden darf und welche Maßstäbe dabei gelten, ist im Hinblick auf § 359 Nr. 5 äußerst umstritten, s. dazu § 368 Rdn. 4 ff.
- 35 **4. Antragsbegründung.** Tatsachen müssen mit Bestimmtheit behauptet werden; bloße Vermutungen genügen nicht (*Meyer-Göfner/Schmitt* § 359 Rn. 45). Sofern es sich um neue Tatsachen handelt, können diese mit neuen, aber auch mit bereits früher verwendeten Beweismitteln belegt werden, solange diese i.S.d. § 368 Abs. 1 geeignet sind. Neue **Beweismittel** müssen möglichst genau bezeichnet werden, damit das Gericht sie seiner Entscheidung zugrunde legen kann.
- 36 Werden Beweismittel oder Tatsachen, die bereits der ursprünglichen Entscheidung zugrunde gelegt wurden, mit neuer Beweisrichtung vorgebracht, besteht nach h.M. eine **erweiterte Darlegungslast** des Antragstellers. Inhaltlich soll dies aus dem nur eingeschränkten Beweiswert einer solchen »Wiederverwendung« von Tatsachen oder Beweismitteln folgen, die eine gewisse »verfahrensinterne Widerspruchlichkeit« enthalte (*Marxen/Tiemann* Rn. 242 ff.; LG Saarbrücken Beschl. v. 20. 08. 2013 – 2 Ks 05 Js 216/06; gebilligt in BVerfG NJW 1994, 510; krit. *Wasserburg/Eschelbach* GA 2003, 346 f.; *Kaspar/Arnemann* R&P 2016, 58, 63). Wichtigstes Beispiel ist der **Geständniswiderruf**, bei dem über die Tatsache des Widerrufs hinaus eine einleuchtende Erklärung erforderlich ist, um die hinreichende Erfolgsaussicht zu begründen (s. nur BGH NJW 1977, 59; LG Landau StV 2009, 237; KG Beschl. v. 31. 01. 2001 – 1 AR 1220-00 – 3 Ws 514/00). Das soll auch dann gelten, wenn das Geständnis Teil einer Verständigung war (BayVerfGH NSTZ 2004, 447); allerdings sind die Anforderungen an das zusätzliche Vorbringen hier weniger streng anzusetzen, da ein nur taktisch abgegebenes Geständnis zur Sicherung der Strafmilderung nicht fern liegt (KG NSTZ 2006, 468; GS/Weiler § 359 Rn. 12).
- 37 Gleiches gilt für die Behauptung, ein damaliger **Zeuge** oder ein **früherer Mitangeklagter** werde nun anders, d.h. zugunsten des Verurteilten aussagen: diese Kehrtwende des Zeugen oder Mitangeklagten darf nicht nur behauptet, sondern muss (v.a. dann, wenn er nunmehr für längere Zeit unerreichbar ist, s. OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2005, 179) auch begründet werden, wobei hier weniger strenge Maßstäbe als beim Geständniswiderruf gelten (OLG Rostock NSTZ 2007, 357). Ist mittlerweile ein langer zeitlicher Abstand zum Erlebten gegeben und das Ereignis stellte sich für den Zeugen als eher belanglos dar, muss schlüssig dargelegt werden, warum sich der Zeuge dennoch erinnern kann (OLG München NSTZ 1984, 380). Schließlich ist der Fall zu nennen, dass ein **Beweismittel** benannt wird, auf dessen Erhebung der Antragsteller ursprünglich ausdrücklich **verzichtet** hatte oder das er bewusst zurückgehalten hat. Hierfür muss dargelegt werden, warum nunmehr davon ausgegangen wird, dass das Beweismittel zu einer Entlastung führen könnte (OLG Stuttgart NSTZ-RR 2003, 210; OLG Hamm NSTZ-RR 2000, 85).
- 38 **Keine erweiterte Darlegungslast** besteht in den Fällen, in denen der Verurteilte im Ausgangsverfahren geschwiegen oder der Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, nun aber eine Aussage erfolgen soll. Zulässiges Prozessverhalten darf nicht zum Nachteil des Antragstellers gereichen

(OLG Jena NSTZ-RR 2010, 251). Zu beachten ist überdies, dass auch in Bezug auf den Widerruf einer belastenden Zeugenaussage andere Maßstäbe gelten müssen, da der Antragsteller andernfalls auf die Mitwirkung des Zeugen angewiesen wäre, dieses Verhalten jedoch nicht erzwingen kann. Demzufolge muss es in diesem Rahmen genügen, wenn der Antragsteller darlegt, unter welchen Umständen der Zeuge von seiner Aussage abgerückt ist; er kann gerade nicht dazu verpflichtet sein, die Motive für die ursprüngliche Falschaussage auszuführen (KG NSTZ 2014, 670).

VI. Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (Nr. 6). 1. Grundsätzliches. Der 1998 eingeführte Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 6 ermöglicht eine Wiederaufnahme auch bei einer vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgestellten **Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)**, sofern das Urteil auf dieser Verletzung beruht. Eine solche Verletzung kann zwar vom EGMR i.R.d. Entscheidung über eine Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK festgestellt und dem Antragsteller ggf. eine Entschädigung zugesprochen werden. Darüber hinaus besteht aber keine unmittelbare kassatorische Wirkung der Entscheidung (BVerfG NJW 1986, 1425 f.). Die Vorschrift des § 359 Nr. 6 eröffnet vor diesem Hintergrund nach dem Willen des Gesetzgebers die Möglichkeit, konventionswidrige Rechtsakte aufzuheben, um so dem Grundsatz der konventionsfreundlichen Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts Rechnung zu tragen (BT-Drucks. 13/10333, S. 4). Ausnahmsweise kann die Wiederaufnahme hier also (wie bei § 79 BVerfGG) auf **reine Rechtsfehler** gestützt werden.

2. Voraussetzungen. Erforderlich ist nach dem Wortlaut des Gesetzes wie auch dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drucks. 13/10333, S. 3 f.) eine **ausdrückliche Feststellung** der Konventionswidrigkeit durch den EGMR. Die Wiederaufnahme darüber hinaus auch bei »offensichtlicher« Konventionsverletzung ohne eine entsprechende Feststellung zuzulassen, sprengt daher die Grenzen der zulässigen Analogie (s. SK-StPO/Frister § 359 Rn. 75; a.A. LG Ravensburg NSTZ-RR 2001, 115). Auch bei **Verstößen gegen sonstiges Gemeinschaftsrecht** kommt eine analoge Anwendung nicht in Betracht (Meyer-Göfner/Schmitt § 359 Rn. 52; für eine analoge Anwendung von § 79 BVerfGG bei Gemeinschaftsrechtswidrigkeit Satzger S. 677 ff.; a.A. Bajohr S. 105 ff.).

Weiterhin verlangt das Gesetz, dass das angefochtene Urteil auf der festgestellten Konventionswidrigkeit **beruht**. Hierfür ist der Maßstab des § 337 anzulegen (BT-Drucks. 13/10333, S. 5; Weigend StV 2000, 388; OLG Bamberg, Beschl. v. 5. 3. 2013, 1 Ws 98/13), das Urteil muss also in dem Sinne rechtsfehlerhaft sein, dass es ohne die Konventionsverletzung möglicherweise anders ausgefallen wäre (Jahn JuS 2013, 273, 274). Festzuhalten ist dabei, dass eine Wiederaufnahme dann ausgeschlossen ist, wenn die Konventionswidrigkeit schon im Verlauf des Verfahrens korrigiert wurde bzw. keine Verwertung stattfand und somit keinen Niederschlag in der Entscheidung fand (Marxen/Tiemann Rn. 281; OLG Frankfurt Beschl. v. 29. 6. 2012 – 1 Ws 3/12). Maßgeblich ist, ob die Entscheidung ohne die festgestellte Verletzung für den Antragsteller möglicherweise günstiger ausgefallen wäre. Dies kann ausgeschlossen sein, wenn eine **Kompensation** für den Konventionsverstoß erfolgt ist (vgl. OLG Celle NSTZ-RR 2010, 251). War dies nicht der Fall, muss allerdings ein Beruhen im oben genannten Sinn angenommen werden, da stets eine wesentliche Strafmilderung im Raum stehen wird. § 363 ist richtigerweise nicht anwendbar (vgl. Meyer-Göfner/Schmitt § 359 Rn. 52), zumal der Wiederaufnahmegrund ansonsten praktisch leerlaufen würde. Hat bereits der EGMR festgestellt, dass das Urteil nicht auf dem Konventionsverstoß beruht, so muss das deutsche Strafgericht dies nicht noch einmal selbst überprüfen (str., OLG Frankfurt a.M., Beschl. 29. 6. 2012, 1 Ws 3/12; Jahn Jus 2013, 273).

De lege lata steht eine Wiederaufnahme gem. § 359 Nr. 6 nur demjenigen offen, der das Urteil des EGMR **in eigener Person** erstritten hat (OLG Bamberg Beschl. v. 05. 03. 2013 – 1 Ws 98/13; Meyer-Göfner/Schmitt § 359 Rn. 52). Dies findet im Wortlaut der Norm zwar keine klare Stütze und steht im Widerspruch zur (wesensverwandten) Vorschrift des § 79 BVerfGG, ergibt sich aber aus dem in der Gesetzesbegründung dokumentierten eindeutigen Willen des Gesetzgebers (vgl. BT-Drucks. 13/10333, S. 3 f.; so auch SK-StPO/Frister § 359 Rn. 75; a.A. Marxen/Tiemann Rn. 285; Radtke/Hohmann-Hohmann § 359 Rn. 54; Greco S. 951). Das erscheint aber nicht sachgerecht und insb. dann als unzumutbare Verzögerung der Wiederaufnahmemöglichkeit, wenn die strafrechtliche Verurteilung auf einem **materiellen Strafgesetz** beruht, dessen **Konventionswidrigkeit** anderweitig vom EGMR festgestellt wurde (vgl. Weigend StV 2000, 39, 45). Die Problematik wird weiter verschärft in den Fällen der »Piloturteilsstrategie«, die bei einer Vielzahl von Betroffenen zum Ausschluss der Möglichkeit führen kann, ein eigenes Urteil zu erstreiten (vgl. Swoboda HRRS 2009, 188, 192). De lege ferenda sollte man daher die i.R.d. »Beruhenprüfung« ohnehin festzustellende Relevanz der Konventionsverletzung auch für die Verurteilung des Antragstellers genügen lassen (krit. auch Gerst NSTZ 2013, 310, 312).

In der **Begründung** des Antrags ist die konkrete Entscheidung des EGMR zu nennen sowie darzulegen, inwiefern die Verurteilung auf der dort festgestellten Verletzung der EMRK beruht. Dafür ist (vergleichbar den Anforderungen an die Begründung der Revision) eine geschlossene und aus sich heraus verständliche Sachverhaltsdarstellung erforderlich (OLG Stuttgart NSTZ-RR 2000, 243).