

§362 Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2018. "§362 Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten." In *StPO Strafprozessordnung mit GVG und EMRK: Kommentar*, edited by Helmut Satzger and Wilhelm Schluckebier, 3. Auflage, 1749–52. 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/>



§ 362 Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten. Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten ist zulässig,

1. wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Gunsten als echt vorgebrachte Urkunde unecht oder verfälscht war;
2. wenn der Zeuge oder Sachverständige sich bei einem zugunsten des Angeklagten 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;
4. wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat abgelegt wird.

A. Grundsätzliches. Die Vorschrift enthält eine Aufzählung der Gründe, die eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ermöglichen (zur Erweiterung nach rechtskräftigem Strafbefehl s. § 373a). Es handelt sich um eine Ausnahme vom Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG), die restriktiv zu handhaben ist (vgl. Vor §§ 359 ff. Rdn. 12; *Kaspar/Armann* R&P 2016, 58, 61). Der Wiederaufnahmegrund des § 79 BVerfGG ist richtigerweise nach historischer und teleologischer Auslegung nur zugunsten des Verurteilten anzuwenden (vgl. BVerfGE 11, 263, 265). Nach Ansicht des BGH kann aber die Durchbrechung der Rechtskraft eines vom Angeklagten mittels Täuschung erschlichenen Einstellungsbeschlusses gem. § 206a auf den Rechtsgedanken des § 362 gestützt werden (BGH, NStZ 2008, 296).

Antragsberechtigt sind die StA und der Privatkläger, nicht dagegen der Nebenkläger (vgl. oben Vor §§ 359 ff. Rdn. 26). Eine **Antragspflicht** der StA aufgrund des Legalitätsprinzips (vgl. nur AK-StPO/Loos § 362 Rn. 3) ist richtigerweise abzulehnen (vgl. *Meyer-Göfner/Schmitt* § 362 Rn. 1); das Prinzip entfaltet nach rechtskräftiger Verurteilung keine unmittelbare Wirkung.

Anders als bei der Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten sind zulässige **Antragsziele** in § 362 3 nicht explizit benannt. In Parallele zur Regelung in § 359 Nr. 5 muss eine für den Verurteilten im Tenor

nachteilig abweichende Entscheidung in Form einer Verurteilung nach einem Freispruch, einer Schärfung im Vergleich zu einer verhängten Strafe (die gem. § 363 nicht auf demselben Gesetz beruhen darf) oder einer wesentlich anderen (nachteiligen) Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung angestrebt werden. Das rechtskräftige Urteil, gegen das im Wiederaufnahmeverfahren zu Ungunsten des Betroffenen vorgegangen werden soll, kann somit ein freisprechendes oder verurteilendes Urteil sein (*Feilcke*, in: Miebach/Hohmann S. 299). Die bislang soweit ersichtlich nicht diskutierte Frage, ob auch bei der ungünstigen Wiederaufnahme die bloße **Schuldspürhänderung** ohne denkbare Auswirkung auf die Rechtsfolge (vgl. oben § 359 Rdn. 9) angestrebt werden kann, dürfte angesichts der nicht vergleichbaren Interessenlage zu verneinen sein. Auch erscheint hier (anders als bei der günstigen Wiederaufnahme, s. § 359 Rdn. 5) die Beschränkung auf eine Abänderung der **Hauptstrafen** i.S.e. restriktiven Handhabung sachgerecht.

- 4 **B. Die Wiederaufnahmegründe im Einzelnen. I. Die Wiederaufnahmegründe in § 362 Nr. 1 bis 3.** Die in Nr. 1 bis 3 genannten Gründe entsprechen im Wesentlichen denjenigen in § 359 Nr. 1 bis 3; auf die dortigen Ausführungen kann daher verwiesen werden. Zu beachten ist allerdings, dass die im Rahmen von § 359 vorgenommenen Erweiterungen im Wege der **Analogie** hier aufgrund von Art. 103 Abs. 3 GG, der Bestimmtheit und restriktiven Auslegung **nicht zulässig** sind. So kommt bspw. eine analoge Anwendung von § 362 Nr. 1 auf gefälschte technische Zeichnungen gem. § 268 StGB (vgl. oben § 359 Rdn. 10) nicht in Betracht.
- 5 Erwähnenswert ist weiterhin die Abweichung, dass es bei der strafbaren **Amtspflichtverletzung** gem. § 362 Nr. 3 nicht darauf ankommt, ob diese vom Verurteilten veranlasst wurde (krit. *Grünwald* ZStW 120, 2008, 545, 574 ff.). Aufgrund der ausdrücklichen Regelung dieses Aspekts in der Parallelvorschrift des § 359 Nr. 3 kann e contrario von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers ausgegangen werden. Daher verbietet es sich de lege lata auch, die Wiederaufnahme gem. § 362 Nr. 1 bis 3 generell davon abhängig zu machen, dass die dort genannten Handlungen dem Verurteilten zurechenbar sind (so AK-StPO/Loos § 362 Rn. 9; wie hier *Marxen/Tiemann* Rn. 305), auch wenn dies de lege ferenda zu begrüßen wäre.
- 6 Wie bei § 359 Nr. 2 verlangt auch der Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 2, dass sich der Zeuge oder Sachverständige **»schuldig«** gemacht hat. **Entschuldigungsgründe**, einschließlich eines vom Verurteilten selbst durch Drohungen ausgehenden Nötigungsnotstandes gem. § 35 StGB, schließen daher nach dem klaren Wortlaut der Norm die Wiederaufnahme aus (h.M., vgl. nur KG JZ 1997, 629 m. Anm. *Marxen*; a.A. *Loos* FS Schreiber, S. 277; für eine Zulässigkeit der Wiederaufnahme in diesen Fällen de lege ferenda *Waffmer* Jura 2002, 456; *Greco* S. 986). Das Eingreifen von persönlichen Strafaufhebungsgründen oder Strafausschließungsgründen steht der Wiederaufnahme nicht entgegen (*Feilcke*, in: Miebach/Hohmann S. 303). De lege ferenda wäre zu erwägen, die Wiederaufnahme auch dann zuzulassen, wenn die Bestrafung des Täters allein aufgrund von Umständen ausscheidet, die der Verurteilte in vorwerfbarer Weise herbeigeführt hat (vgl. *Marxen* JZ 1997, 630, 632, der aber gewichtige Bedenken hinsichtlich der wegen Art. 103 Abs. 3 GG erforderlichen Bestimmtheit einer solchen Regelung äußert).
- 7 **II. Geständnis des Verurteilten (§ 362 Nr. 4).** Der Wiederaufnahmegrund setzt voraus, dass ein Freigesprochener vor Gericht oder außergerichtlich ein **glaubwürdiges Geständnis** der Straftat ablegt. Gedacht ist an Fälle, in denen sich ein Freigesprochener im Anschluss an das Urteil seiner Tat öffentlich rühmt und damit den Rechtsstaat geradezu düpiert (vgl. SK-StPO/*Frister* § 362 Rn. 1). Hier kann auch eine Ausnahme vom Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG) grds. gerechtfertigt werden, da das Vertrauen in den Fortbestand des Freispruchs unter diesen Umständen weniger schutzwürdig erscheint. Dies setzt allerdings einen gewissen **Öffentlichkeitsbezug** der Äußerung voraus, was bei der Auslegung der Norm berücksichtigt werden muss (s. Rdn. 11).
- 8 **1. Freispruch.** Der Verurteilte muss freigesprochen worden sein; ein **Teilfreispruch** genügt, sodass in diesem Umfang die Wiederaufnahme zulässig ist. Nicht ausreichend ist jedoch angesichts des klaren Wortlauts eine vermeintlich zu **milde Bestrafung**, auch wenn sie noch so unangemessen niedrig erscheint (*Meyer-Goßner/Schmitt* § 362 Rn. 4; a.A. *Peters* S. 678). Die hier gebotene restriktive Handhabung verbietet es zugleich, Fälle des **Absehens von Strafe** oder der **Straffreierklärung** einem Freispruch gleichzustellen (AK-StPO/Loos § 362 Rn. 14; a.A. *Marxen/Tiemann* Rn. 312 f.). Das liefe auf eine unzulässige Analogie zugunsten des Verurteilten hinaus. Aus diesem Grund ist auch die Gleichstellung einer **Einstellung**, die das Verfahren dauerhaft beendet, mit einem Freispruch im Ergebnis abzulehnen (so aber *Meyer-Goßner/Schmitt* § 362 Rn. 4; wie hier *KMR/Eschelbach* § 362 Rn. 94). Das gilt auch für die Anordnung **jugendstrafrechtlicher Zuchtmittel**; dass diese nicht die Rechtswirkungen einer Strafe haben (§ 13 Abs. 3 JGG) macht ihre Anordnung einem Freispruch nicht vergleichbar.
- 9 Soweit mit dem Freispruch zugleich eine **Maßregel der Besserung und Sicherung** ergeht, ist eine Wiederaufnahme unproblematisch möglich. Entgegen der ganz herrschenden Meinung ist dies dagegen unzulässig im Fall eines **Sicherungsverfahrens** gem. §§ 413 ff., in dessen Rahmen gerade kein Freispruch ergeht (so auch *KMR/Eschelbach* § 362 Rn. 93; zur Gegenansicht s. nur LR/*Gössel* § 362 Rn. 10). Sachlich

gerechtfertigt ist die Unterscheidung freilich nicht, dies kann jedoch nur vom Gesetzgeber beseitigt werden.

2. Glaubhaftes Geständnis. Zugleich muss der Verurteilte selbst (nicht nur ein Mittäter) ein »Geständnis der Straftat« abgelegt haben. Beim **Inhalt** des Geständnisses begnügt sich die herrschende Meinung mit dem Einräumen des äußeren Tatbestandes, sofern der Freispruch auf fehlender Erfüllung des Tatbestands beruht; dass der Täter sich auf Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe beruft, sei in diesem Fall unerheblich (*Meyer-Goßner/Schmitt* § 362 Rn. 5). Das legen aber weder der Wortlaut noch die ratio der Norm nahe: Eine gravierende Störung des Rechtsfriedens setzt voraus, dass sich das Geständnis auf eine (ungeahndet gebliebene) **strafbare Handlung** bezieht, einschließlich rechtswidrigen und schuldhaften Handelns (AK-StPO/Loos § 362 Rn. 18; differenzierend nach Glaubwürdigkeit des Vorbringens *Marxen/Tiemann* Rn. 317 ff.). Das Geständnis muss nach dem **Zeitpunkt** des Freispruchs durch das letzte tatrichterliche Urteil erfolgt sein, jedoch nicht zwingend vor dessen Rechtskraft (vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt* § 362 Rn. 5; a.A. *KMR-Eschelbach*, § 362 Rn. 63). Ein bereits früher abgelegtes, dem Tatgericht lediglich unbekannt gebliebenes Geständnis genügt hingegen nicht; dessen Bekanntwerden stellt lediglich eine (hier grds. nicht genügende, s. aber unten Rdn. 14) neue Tatsache dar (*Marxen/Tiemann* Rn. 314).

Das Geständnis kann **gerichtlich** erfolgen, es genügt aber auch das **außergerichtliche Gestehen der Tat** ggü. einer Privatperson. Mangels ausreichenden Öffentlichkeitsbezugs sind aber Äußerungen ggü. Geheimnisträgern i.S.d. § 203 StGB ausgeschlossen (*Wasserburg* 1983, 288; a.A. die h.M., s. *Meyer-Goßner/Schmitt* § 362 Rn. 6; *Feilcke*, in: *Miebach/Hohmann* S. 306), da grundsätzlich das Schutzgut des § 203 StGB gegenüber dem Interesse des Staates, eine begangene Straftat in einem zweiten Versuch aufzuklären, überwiegt (s. *Jacobsen-Raetsch* S. 50 f.). Aufgrund dieses teleologischen Aspekts sind zugleich Aussagen im Kreis enger Familienangehöriger und vergleichbarer Vertrauenspersonen auszunehmen, die von vornherein dazu bestimmt sind, diesen Kreis nicht zu verlassen (vgl. *Marxen/Tiemann* Rn. 323; a.A. *LR/Gössel* § 362 Rn. 18). Das Geständnis muss weiterhin **glaubhaft** sein, was als Mindestanforderung voraussetzt, dass es denkgesetzlich mögliche und nach der Lebenserfahrung nachvollziehbare Aussagen enthält. Ein späterer Widerruf führt nicht automatisch zum Ausschluss der Glaubhaftigkeit (*Meyer-Goßner/Schmitt* § 362 Rn. 7). Das Geständnis darf darüber hinaus nicht unverwertbar sein (*Amelung/Werning*, in: *Burhoff/Kotz* S. 1132).

In der **Antragsbegründung** muss vorgetragen werden, bei welcher Gelegenheit das Geständnis mit welchem Inhalt abgegeben wurde. Auch die Umstände, die es als glaubhaft erscheinen lassen, sind darzulegen. Soweit das Geständnis in schriftlicher Form vorliegt, ist es dem Antrag beizufügen (*Meyer-Goßner/Schmitt* § 362 Rn. 8).

Ob die die Regelungen zur **Verfolgungsverjährung** bei einem Wiederaufnahmeantrag gem. § 362 Nr. 4 StPO gelten ist umstritten (s. dazu auch Vor §§ 359 ff. Rdn. 28). Der BGH sieht mit der Rechtskraft des Urteils ein Erlöschen des Rechts auf Strafverfolgung (BGHSt, 20, 198, 200). Mit Anordnung der Wiederaufnahme gem. § 370 Abs. 2 StPO soll, was sowohl für freisprechende als auch verurteilende Urteile gelten soll, eine neue Verfolgungsverjährung beginnen (BGH GA 1974, 149 f.; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW 1988, 2251). Abweichend davon sah das OLG Nürnberg zu Recht weder ein Ruhen, noch eine Unterbrechung der Strafverfolgungsverjährung durch ein freisprechendes, rechtskräftiges Urteil (OLG Nürnberg NStZ 1988, 555; s. auch *Amelung/Werning*, in: *Burhoff/Kotz* S. 1133). Eine Ungleichbehandlung zu dem Fall, dass die Staatsanwaltschaft nicht anklagt, sei nicht gerechtfertigt. Außerdem verliere der Sinn und Zweck des Rechtsinstitutes der Verjährung (Rechtsfriede, schwindender Strafanspruch) in Wiederaufnahmesituationen nicht seine Gültigkeit. Die Abweichung zur Linie des BGH erklärte das OLG Nürnberg damit, dass diese Entscheidung noch zu einer anderen Rechtslage ergangen sei.

III. Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel. Außerhalb von § 373a ist eine Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten allein wegen **neuer Tatsachen oder Beweismittel** nicht möglich. Das ist als Ausdruck des von Art. 103 Abs. 3 GG gewährten Schutzes überzeugend. Problematisch erscheinen allerdings Fälle, in denen sich nach schwersten Verbrechen durch neue Möglichkeiten der Wissenschaft ex post klare Belege für eine Täterschaft des Freigesprochenen ergeben, etwa durch Analyse der am Tatort aufgefundenen DNA-Spuren. Als normativer Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Taten, bei denen das Ausbleiben von Strafe von der Allgemeinheit als unerträglicher Verstoß gegen die Gerechtigkeit empfunden werden muss, bietet sich das Verjährungsrecht an, das bei Taten wie Mord und Völkermord keine Verjährung vorsieht (§ 78 Abs. 2 StGB; § 5 VStGB).

Eine **Erweiterung des Katalogs des § 362** um diese Fälle (vgl. den Gesetzesentwurf des Bundesrates, BT-Drucks. 16/7957) wäre daher als weitere eng begrenzte Ausnahme von Art. 103 Abs. 3 GG zu erwägen (vgl. *Schöch* FS Maiwald, S. 769; *Kaspar/Armann* R&P 2016, 58, 63; ähnlich bereits *Peters* S. 671; ablehnend *Grünwald* ZStW 120, 2008, 545, 578; *Marxen/Tiemann* ZIS 2008, 188; *Pabst* ZIS 2010, 126; *BMJV* 2015, 168; umfassend *Bohn* S. 193 ff.). Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ist möglich, wenn man unerträgliche Verstöße gegen die »materielle Gerechtigkeit« (die letztlich auch der positiv-generalpräven-

tiven Befriedungsfunktion des Strafrechts in gravierender Weise zuwiderlaufen) als immanente Schranke des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 103 Abs. 3 GG anerkennt (vgl. KMR/*Eschelbach* § 362 Rn. 53 ff., der im Ergebnis aber große Bedenken äußert; letztlich ablehnend *Neumann* FS Jung, S. 662 ff.; kritisch auch *Greco* S. 979, 992 sowie *Isfen*, in: *Oğlakcioğlu/Schuhr/Rückert* S. 51). In der Praxis scheint die Wiederaufnahme zu Ungunsten eines Freigesprochenen aufgrund neuer DNA Analysen allerdings nicht besonders relevant zu sein, da derartige Fälle meist im Ermittlungsverfahren eingestellt wurden und eine Wiederaufnahme in diesem Stadium unproblematisch möglich ist, sofern die Tat nicht bereits verjährt ist (*Isfen*, in: *Oğlakcioğlu/Schuhr/Rückert* S. 38; relativierend zur fehlenden Praxisrelevanz *Bohn* S. 216 f.).