

§363 Unzulässigkeit

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2018. "§363 Unzulässigkeit." In *StPO Strafprozessordnung mit GVG und EMRK: Kommentar*, edited by Helmut Satzger and Wilhelm Schluckebier, 3. Auflage, 1752–53. 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/>



§ 363 Unzulässigkeit. (1) Eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu dem Zweck, eine andere Strafbemessung auf Grund desselben Strafgesetzes herbeizuführen, ist nicht zulässig.

(2) Eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu dem Zweck, eine Milderung der Strafe wegen verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 des Strafgesetzbuches) herbeizuführen, ist gleichfalls ausgeschlossen.

- 1 **A. Grundsätzliches.** Die Regelung enthält zwei **unzulässige Antragsziele**, die »andere Strafbemessung auf Grund desselben Strafgesetzes« (Abs. 1) sowie die Strafmilderung wegen verminderter Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB (Abs. 2). Die Beschränkung in Abs. 1 bezieht sich auf beide Formen der Wiederaufnahme und kann sich daher auch zugunsten des Verurteilten auswirken. **Nicht anwendbar** ist § 363 in den Fällen, in denen die Wiederaufnahme ausnahmsweise gem. § 359 Nr. 6 und § 79 BVerfGG auf reine Rechtsfehler gestützt werden kann (Marxen/Tiemann Rn. 283; a.A. für § 79 BVerfGG: LG Berlin NJW 2001, 2271 f.). Ebenfalls unanwendbar ist die Vorschrift in den Fällen des Antragsziels der bloßen Schuld-spruchänderung (BGH NStZ 2003, 679; vgl. oben § 359 Rdn. 9).
- 2 **B. Einschränkung der »Strafmaß«-Wiederaufnahme.** I. »Dasselbe Strafgesetz«. Ausgeschlossen ist das Antragsziel, eine **andere Strafbemessung aufgrund »desselben Strafgesetzes«** herbeizuführen. Ein anderes Strafgesetz, das der Wiederaufnahme nicht entgegensteht, ist stets dann anzunehmen, wenn es sich um **selbstständige Tatbestände** einschließlich von Qualifikationen oder Privilegierungen handelt (vgl. bereits oben § 359 Rdn. 5 f.), die die Möglichkeit einer geringeren oder härteren Strafe eröffnen. Ein milderes anderes Strafgesetz wird auch bei Anwendung von **Jugendstrafrecht** an Stelle von allgemeinem Strafrecht (OLG Hamburg NJW 1952, 1150) angenommen. Bei **Tateinheit** soll es darauf ankommen, ob sich die Wiederaufnahme auf eine Straftat bezieht, die nach § 52 StGB ausschlaggebend für die Strafe war bzw. (im Fall der ungünstigen Wiederaufnahme) für die neue Verurteilung wäre (Meyer-Göfner/Schmitt § 363 Rn. 3). Weisen die Straftaten denselben Strafraumen auf, steht § 363 einer Wiederaufnahme nach BGH NStZ 2003, 678 f. entgegen (a.A. LR/Gössel § 363 Rn. 7).
- 3 Umstritten ist, inwiefern **sonstige Strafänderungsgründe** eine zulässige Wiederaufnahme begründen können. Die herrschende Meinung differenziert hier zwischen **benannten und unbenannten Gründen**. Die erstrebte Anwendung (oder der Wegfall) von tatbestandlich vertypten Strafmilderungsgründen aus dem Allgemeinen Teil des StGB soll zulässig sein, und zwar auch dann, wenn die Milderung (wie bei § 23 Abs. 2 oder § 17 Satz 2) nur fakultativ ist (s. KK-StPO/Schmidt § 363 Rn. 6). Entsprechend soll die Wiederaufnahme im Hinblick auf § 213 1. Alt. StGB zulässig sein, bzgl. § 213 2. Alt. StGB dagegen nicht (LR/Gössel § 363 Rn. 8 ff.). Uneinheitlich werden auch **Regelbeispiele** beurteilt. Teilweise wird ein darauf bezogener Antrag generell für unzulässig erachtet (OLG Düsseldorf NStZ 1984, 571; HK-StPO/Temming § 363 Rn. 2). Die herrschende Meinung differenziert auch hier nach benanntem Regelbeispiel, das die Wiederaufnahme eröffnet, und einem atypischen besonders schweren Fall, bei dem die Wiederaufnahme unzulässig sein soll (AK-StPO/Loos § 363 Rn. 9; Rieß FS Gössel, S. 657 ff.).
- 4 **II. Differenzierung nach Form der Wiederaufnahme.** Die Unterscheidung zwischen benannten und unbenannten Strafänderungsgründen vermag nicht zu überzeugen. Sie macht die Frage der Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags von der an ganz anderen Gesichtspunkten orientierten Entscheidung des Gesetzgebers über die Ausgestaltung der Norm abhängig. Das ist v.a. bei der günstigen Wiederaufnahme bedenklich; denn für den Verurteilten ist prinzipiell jede Reduzierung der Strafe spürbar und Ausdruck der Optimierung grundrechtlich geschützter Freiheiten – einen umgekehrten vergleichbaren Effekt gibt es bei einer Strafschärfung nicht (vgl. Vor §§ 359 ff. Rdn. 13 ff.). Es liegt daher nahe, die Frage, wann »dasselbe Strafgesetz« vorliegt, je nach Form der Wiederaufnahme **differenzierend** zu beurteilen (vgl. KMR/Eschelbach § 363 Rn. 33 ff.; s. auch Greco S. 903 ff.).
- 5 **I. Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten.** Bei der günstigen Wiederaufnahme ist eine **restriktive Auslegung** des Begriffs »desselben« Strafgesetzes angezeigt. Als Strafgesetz in diesem Sinne kann daher die konkrete gesetzliche Regelung gelten, der bei der ursprünglichen Entscheidung der Strafraumen entnommen wurde (vgl. SK-StPO/Frister § 363 Rn. 14 ff.). Daher ist die Wiederaufnahme auch bei der Geltendmachung **unbenannter Milderungsgründe** möglich. Auf diese Weise wird die vor dem Hintergrund

von Art. 3 Abs. 1 GG schwer zu rechtfertigende ungleiche Behandlung verschiedener Konstellationen allein anhand der gesetzestechnischen Ausgestaltung (vgl. *Marxen/Tiemann* Rn. 90) zumindest abgemildert.

Selbst dann bleibt es aber beim problematischen Ausschluss der Wiederaufnahme etwa in den Fällen, in denen der Antragsteller neue Tatsachen vorträgt, die keinen unbenannten Strafmilderungsgrund eröffnen, sich i.R.d. Strafzumessung gem. § 46 StGB aber aller Voraussicht nach i.S.e. **erheblichen Strafmilderung** auswirken würden. Ein vollständiger Ausschluss der Wiederaufnahme in dieser Konstellation erscheint nicht sachgerecht; die »Offenheit« des Strafzumessungsvorgangs ist kein überzeugendes Gegenargument, wie der Einbezug fakultativer Strafmilderungsgründe durch die herrschende Meinung zeigt (*Marxen/Tiemann* Rn. 88).

De lege ferenda wäre eine Erweiterung der zulässigen Antragsziele um dasjenige der »**wesentlichen Strafmilderung**« zu erwägen (s. *Marxen/Tiemann* Rn. 88 ff.; vgl. auch den Entwurf der SPD-Fraktion aus dem Jahr 1996, BT-Drucks. 13/3594M; ähnlich *Greco* S. 908). Aufgrund der sonstigen durchaus anspruchsvollen Hürden für einen erfolgreichen Wiederaufnahmeantrag ist der Missbrauch der Wiederaufnahme i.S.e. »zweiten Revisionsinstanz« (vgl. *Kühne* Rn. 1116 sowie oben § 359 Rdn. 24) nicht zu befürchten.

2. Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten. Anders ist dies zu beurteilen bei der ungünstigen Wiederaufnahme. Hier ist eine eher **restriktive Handhabung der Norm** angezeigt (vgl. Vor §§ 359 ff. Rdn. 12). Man wird dabei zum Schutz des Verurteilten eine ausreichend typisierte Abweichung der nunmehr anvisierten rechtlichen Grundlage verlangen müssen. Das ist bei **Qualifikationstatbeständen und benannten Regelbeispielen** der Fall, nicht dagegen bei unbenannten Strafschärfungsgründen und erst recht nicht bei reinen Strafzumessungstatsachen, die sich nur innerhalb des unveränderten Strafrahmens auswirken könnten. Nur so ist auch die wegen Art. 103 Abs. 3 GG erforderliche Bestimmtheit der Voraussetzungen der Rechtskraftdurchbrechung zu gewährleisten.

C. Ausschluss der Wiederaufnahme zur Herbeiführung einer Milderung 9

gem. § 21 StGB. Die Regelung in Abs. 2 bestimmt, dass eine auf **verminderte Schuldfähigkeit** (§ 21 StGB) gestützte Strafmilderung kein zulässiges Antragsziel ist. Das hat v.a. bei § 211 StGB weitreichende Folgen, wo § 21 StGB die Möglichkeit einer zeitigen Freiheitsstrafe eröffnet. Das BVerfG hat die Norm zwar für verfassungskonform erklärt (BVerfGE 5, 22). Abgesehen von den oben bereits formulierten generellen Bedenken gegen eine zu restriktive Handhabung der günstigen Wiederaufnahme (s.o. Rdn. 3 ff.) ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, warum gerade dieser benannte (und zudem praktisch sehr relevante) Strafmilderungsgrund pauschal der Wiederaufnahmemöglichkeit entzogen werden sollte (vgl. *Kaspar/Arneemann* R&P 2016, 58, 63 sowie *Greco* S. 910 f.). Der Schutz vor der ohnehin nicht realistischen Gefahr einer »Flut von Anträgen« (HK-StPO/*Temming* § 363 Rn. 3) genügt hierfür nicht. Der Vorwurf des **Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG** (KMR/*Eschelbach* § 363 Rn. 42; SK-StPO/*Frister* § 363 Rn. 21 f.) ist daher nicht von der Hand zu weisen.