

§ 368 StPO [Entscheidung über die Zulässigkeit]

(1) Ist der Antrag nicht in der vorgeschriebenen Form angebracht oder ist darin kein gesetzlicher Grund der Wiederaufnahme geltend gemacht oder kein geeignetes Beweismittel angeführt, so ist der Antrag als unzulässig zu verwerfen.

(2) Andernfalls ist er dem Gegner des Antragstellers unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung zuzustellen.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
A. Grundsätzliches	1	3. Zulässigkeit der vorweggenommenen Beweiswürdigung	7
B. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit ..	2	4. Maßstab	8
I. Wiederaufnahme gem. §§ 359 Nr. 1 bis 4, 362 Nr. 1 bis 4	3	C. Entscheidung über die Zulässigkeit	9
II. Wiederaufnahme gem. § 359 Nr. 5	4	I. Verfahren	9
1. Bezugspunkt	5	II. Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts	10
2. Perspektive	6	1. Verwerfung als unzulässig (Abs. 1) ..	11
		2. Zulassungsbeschluss (Abs. 2)	12

A. Grundsätzliches. Die Vorschrift regelt in Abs. 1 die Voraussetzungen der Zulässigkeit, die das Gericht i.R.d. Aditionsverfahrens zu überprüfen hat. Die Richtigkeit des Vorbringens des Antragstellers sowie die Beweiskraft der angebotenen Beweismittel werden hier grds. (s. aber auch unten Rdn. 7) zunächst unterstellt und erst i.R.d. anschließenden Probationsverfahrens genauer untersucht (BGHSt 17, 303, 304). Ausgeschlossen ist nur Vorbringen, das »denkgesetzlich unmöglich« (nicht: nur unwahrscheinlich) ist (*Meyer-Gofner* § 368 Rn. 8). Die gerichtliche Fürsorgepflicht gebietet es, vor einer Verwerfung des Antrags zumindest bei einfachen und leicht heilbaren Mängeln auf eine Korrektur oder Ergänzung des Antrags hinzuwirken (*Meyer-Gofner* § 368 Rn. 1).

B. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit. Geprüft werden zunächst die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen, d.h. die in Abs. 1 ausdrücklich erwähnte Einhaltung der vorgeschriebenen Form gem. § 366 sowie die weiteren allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen wie die Zuständigkeit des Gerichts, die Statthaftigkeit des Antrags sowie die Antragsberechtigung und Beschwer des Antragstellers, s. Vorbemerkungen, Rdn. 18 ff. Bei wiederholter Antragstellung ist ein denkbare Verbrauch des Vorbringens zu prüfen (s. § 368 Rdn. 11 sowie § 372 Rdn. 7). Als eher sachliche Voraussetzung der Zulässigkeit ist weiterhin die Angabe eines der gesetzlichen Wiederaufnahmegründe sowie »geeigneter« Beweismittel erforderlich. Die Maßstäbe dieser »Geeignetheitsprüfung« sind in Bezug auf § 359 Nr. 5 sehr umstritten, sodass eine separate Erläuterung angezeigt ist (s.u. Rdn. 4 ff.).

I. Wiederaufnahme gem. §§ 359 Nr. 1 bis 4, 362 Nr. 1 bis 4. In Bezug auf die klar konturierten Wiederaufnahmegründe der §§ 359 Nr. 1 bis 4 sowie 362 Nr. 1 bis 4 ergeben sich in dieser Hinsicht keine besonderen Schwierigkeiten; das Gericht prüft, ob ein vollständiger und schlüssiger Antrag vorliegt, der die jeweils erforderlichen Tatsachen sowie entsprechende Beweismittel enthält. In den Fällen von §§ 359 Nr. 1 bis 3, 362 Nr. 1 bis 3 wird das i.d.R. ein entsprechendes Straf- oder Zivilurteil sein (zu den genaueren Anforderungen an die jeweilige Antragsbegründung s. § 359 Rdn. 12, 15, 18 und 21). Beim Geständnis gem. § 362 Nr. 4 kann Beweis durch Urkunden oder Zeugen geführt werden, u.U. auch durch die Einlassung des Angeklagten, die als »Beweismittel« i.S.d. § 368 zu gelten hat (AK-StPO/Loos § 368 Rn. 13). Die Glaubhaftigkeit des Geständnisses wird erst im Probationsverfahren geprüft (*Meyer-Gofner* § 368 Rn. 2; s.a. unten Rdn. 7).

II. Wiederaufnahme gem. § 359 Nr. 5. Deutlich problematischer ist die Prüfung beim Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 5, der offener gestaltet ist und neben der Neuheit (s. dazu § 359 Rdn. 23 ff.) explizit die Geeignetheit der Tatsachen und Beweismittel zur Unterstützung des Antragsziels enthält. Neben der Erheb-

lichkeit des Vorbringens setzt dies nach herrschender Meinung bereits im Aditionsverfahren eine durch Beweise hinreichend gestützte **Prognose der hinreichenden Erfolgsaussichten** voraus (s. bereits oben § 359 Rdn. 31 ff.; krit. KMR/*Eschelbach* § 359 Rn. 204). Es handelt sich hierbei um die wohl umstrittenste Frage des Wiederaufnahmerechts. Sie ist zugleich praktisch sehr bedeutsam, da die geringe Erfolgsquote der günstigen Wiederaufnahme oft auf eine (zu) strenge Handhabung dieses Kriteriums zurückgeführt wird (*Marxen/Tiemann* Rn. 198). Man hat es hier gewissermaßen mit dem »Nadelöhr« des Wiederaufnahmerechts zu tun, an dem die meisten Anträge scheitern.

- 5 **1. Bezugspunkt.** Unklar ist bereits der genaue **Bezugspunkt der Prüfung**; z.T. wird allein vergangenheitsbezogen auf das **angefochtene Urteil** abgestellt (*Eisenberg* JR 2007, 364; so auch überwiegend die Rechtsprechung, vgl. nur BGHSt 17, 303, 304; BGH NStZ 2000, 218) und gefragt, ob das Vorbringen geeignet ist, dessen Grundlagen zu erschüttern. Teilweise wird die Frage der Geeignetheit des Vorbringens allein auf die **zukünftige Entscheidung** in der neuen Hauptverhandlung bezogen (AnwK-StPO/*Rotsch* § 370 Rn. 3). Von anderer Seite wird eine Verbindung **retrospektiver und prospektiver Elemente** befürwortet (*Marxen/Tiemann* Rn. 228). Letztere Ansicht ist insofern zutreffend, als der Erfolg des Antrags zunächst nur durch das »Nahziel« der Erschütterung des früheren Urteils erreichbar ist, dann aber untrennbar mit einem möglichen Erfolg in der späteren Hauptverhandlung verbunden ist. Auch die Formulierung in § 359 Nr. 5 weist auf diesen Konnex von Geeignetheit und zukünftig neu zu treffender Entscheidung hin. Richtigerweise geht es um eine **originäre Beurteilung des Wiederaufnahmegerichts**, ob aufgrund der vorläufigen Tatsachen- und Beweisgrundlage aus seiner Sicht (str., s. Rdn. 6) die konkrete Möglichkeit (str., s. Rdn. 8) besteht, dass die neue Entscheidung i.S.d. Antragsziels ausfallen wird. Diese Erfolgsaussicht darf nicht verneint werden durch Annahme von den Schuldspruch tragenden Feststellungen, die nicht Gegenstand der früheren Beweisaufnahme waren. Ihre Feststellung ist der neuen Hauptverhandlung vorbehalten (BVerfG NJW 1995, 2024; s.a. unten Rdn. 7).
- 6 **2. Perspektive.** Die wohl herrschende Meinung verlangt, dass die Prüfung vom **Standpunkt des erkennenden Gerichts** zu erfolgen hat (BVerfG NJW 1993, 2735 f.; BGHSt 18, 225, 226). Das bedeutet aber eine Überforderung; ein so weitgehendes Nachvollziehen der damaligen Perspektive des Gerichts ist für das jetzt zur Entscheidung berufene Gericht nicht möglich. Weiterhin zeigen die Regelungen in § 23 Abs. 2 sowie § 140a GVG, dass über die Wiederaufnahme gerade unabhängig vom früheren Gericht entschieden werden soll. Richtigerweise ist daher allein der **Standpunkt des Wiederaufnahmegerichts** entscheidend (*Eisenberg* JR 2007, 367; KMR/*Eschelbach* § 359 Rn. 214; *Meyer ZStW* 84, 1972, 934). Der Unterschied zwischen beiden Ansichten wird relativiert, wenn man bedenkt, dass eine **Bindung** in Bezug auf die **rechtliche Würdigung** des erkennenden Gerichts besteht, von der das Wiederaufnahmegericht grds. nicht abweichen darf, de lege lata auch nicht bei Unhaltbarkeit der rechtlichen Würdigung (*Marxen/Tiemann* Rn. 229; a.A. *Meyer-Gofßner* § 368 Rn. 9). Eine Bindung an die **Beweiswürdigung** des erkennenden Gerichts ist dagegen abzulehnen (LR/*Gössel* § 359 Rn. 157 ff.; a.A. *Meyer-Gofßner* § 368 Rn. 9).
- 7 **3. Zulässigkeit der vorweggenommenen Beweiswürdigung.** Inwiefern bereits im Aditionsverfahren eine **vorweggenommene Beweiswürdigung** zulässig ist, ist sehr umstritten. Die **herrschende Meinung** bejaht diese Möglichkeit. Danach darf das Gericht die Beweiskraft der vorgebrachten Beweismittel bewerten, soweit dies ohne Beweisaufnahme möglich ist, und den Antrag ggf. schon mangels hinreichender Erfolgsaussicht als unzulässig verwerfen (BGHSt 17, 303, 304; OLG Jena NStZ-RR 2005, 379; *Meyer-Gofßner* § 368 Rn. 9 ff.) Das wird im Grundsatz vom BVerfG gebilligt, das zugleich aber eine Einschränkung dahin gehend formuliert, dass »die Feststellung solcher Tatsachen, die den Schuldspruch wesentlich tragen, indem sie die abgeurteilte Tat in ihren entscheidenden Merkmalen umgrenzen, oder deren Bestätigung oder Widerlegung im Verteidigungskonzept des Angekl. eine hervorragende Rolle spielt, der Hauptverhandlung vorbehalten bleiben« muss (BVerfG NJW 1995, 2024; zur schwierigen Konkretisierung dieser Kriterien s. *Hellebrand* NStZ 2008, 374, 378). Die **Gegenansicht** lehnt eine antizipierte Beweiswürdigung zu Recht ab, da auf diese Weise gegen den Grundsatz verstoßen wird, dass ein Beweis erst gewürdigt werden kann, nachdem er erhoben wurde (*Eisenberg* JR 2007, 365; AK-StPO/*Loos* § 368 Rn. 27). Sachgerechte Maßstäbe bietet eine **entsprechende Anwendung von §§ 244 Abs. 3 bis 5** (AK-StPO/*Loos* § 368 Rn. 28 ff.; *Eisenberg* JR 2007, 365). So kann Ungeeignetheit bejaht werden, wenn ein Beweismittel zur Sachaufklärung nichts beitragen kann. Für den neuen Sachverständigenbeweis gilt § 244 Abs. 4. Darüber hinaus ist eine erleichterte Ablehnung von Beweismitteln anzuerkennen, deren Beweiswert durch eine **verfahrensinterne Widersprüchlichkeit** gemindert ist, etwa im Fall des Geständniswiderrufs (s.o. § 359 Rdn. 35 ff.).
- 8 **4. Maßstab.** Der Antrag ist nach herrschender Meinung nur zulässig, wenn er mit hinreichender **Wahrscheinlichkeit** zum erstrebten Ziel führen wird (OLG Frankfurt am Main StV 1996, 138, 139; LR/*Gössel*

§ 359 Rn. 153). Sichere Gewissheit wird unstreitig nicht verlangt (*Hellebrand* NStZ 2008, 374, 378). Es soll genügen, wenn ernste Gründe für eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung (OLG Stuttgart StV 1990, 539 f.) bzw. ernsthafte Zweifel an dessen Richtigkeit bestehen (OLG Düsseldorf NStZ 2004, 454; *Eisenberg* JR 2007, 368). Der Grundsatz »in dubio pro reo« soll hier nach herrschender Meinung **nicht unmittelbar** gelten, da es nicht um eine Sachverhaltsfeststellung gehe, sondern nur um einen vorläufigen Überzeugungsgrad des Richters (*Peters* S. 684; dagegen *Schünemann* ZStW 84, 1972, 889 ff.). Teilweise wird ihm aber **mittelbare Bedeutung** in der Weise beigemessen, dass das Wiederaufnahmegesetz die Anwendung des Grundsatzes im Rahmen einer möglichen erneuten Hauptverhandlung in Rechnung zu stellen habe, um die Erfolgsaussichten des Antrags zu beurteilen (*Wasserburg* 1983, 191 ff.; *Marxen/Tiemann* Rn. 222). Eine Mm. lässt die konkrete Möglichkeit des Erfolgs des Antrags genügen (*Wasserburg* 1983, 323; s.a. *Schünemann* ZStW 84, 1972, 870, 889 ff.). Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen: Sie lässt sich besser mit dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Norm vereinbaren und dient zugleich dem effektiven Rechtsschutz (*KMR/Eschelbach* § 359 Rn. 209 ff.).

C. Entscheidung über die Zulässigkeit. I. Verfahren. Die Entscheidung ergeht ohne mündliche Verhandlung (s. § 367 Abs. 2) durch Beschluss. Dieser kann gem. § 372 Satz 1 mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. Er ist daher gem. § 34 mit einer Begründung zu versehen (*Meyer-Göfner* § 368 Rn. 11). Vor der Entscheidung ist die StA gem. § 33 Abs. 2 anzuhören. Eine Anhörung des Verurteilten ist nicht ausdrücklich vorgesehen, folgt aber aus dem Rechtsgedanken des Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. *Marxen/Tiemann* Rn. 326; *Radtke/Hohmann-Hohmann* § 368 Rn. 14) und zwar nicht nur dann, wenn das Gericht den Antrag zugunsten des Verurteilten als unzulässig verwerfen will, sondern auch bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten. Der Verurteilte hat schon i.R.d. Zulässigkeitsverfahrens ein berechtigtes Interesse, seinen Standpunkt darzulegen (*Marxen/Tiemann* Rn. 327; a.A. *Meyer-Göfner* § 368 Rn. 13). Soweit vorhanden müssen auch der Verteidiger sowie die Erziehungsberechtigten gem. § 67 Abs. 1 JGG angehört werden.

II. Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts. Das Wiederaufnahmegesetz hat nur zwei Möglichkeiten der Entscheidung, entweder es verwirft den Antrag als unzulässig gem. Abs. 1 oder erklärt ihn für zulässig, was das weitere Verfahren in Gang setzt (Abs. 2). Für eine Einstellung des Verfahrens in entsprechender Anwendung von § 206a bei einem Verfahrenshindernis ist dagegen mangels Regelungslücke kein Raum (vgl. *Marxen/Tiemann* Rn. 334 m.w.N.; a.A. *LR/Gössel* § 368 Rn. 4): Tritt erst im Laufe des Aditionsverfahrens ein Verfahrenshindernis ein, ist der Antrag nach Abs. 1 als unzulässig zu verwerfen, es sei denn, dass das Rehabilitationsinteresse des Verurteilten überwiegt (vgl. dazu § 361 Rdn. 1). Wenn der Antragsteller das (zulässige) Antragsziel der Einstellung wegen eines ursprünglich bestehenden Verfahrenshindernisses verfolgt, kann dem durch Einstellung gem. § 371 Abs. 2 analog Rechnung getragen werden (s. dazu § 371 Rdn. 2).

1. Verwerfung als unzulässig (Abs. 1). Das Gericht kann den Antrag nach Abs. 1 als unzulässig verwerfen mit der Folge, dass das Vorbringen, sofern die Verwerfung nicht nur auf formalen Gründen beruht, verbraucht ist und ein erneuter Antrag nicht darauf gestützt werden kann. Es ist eine Entscheidung über die Kosten zu treffen, die gem. § 473 Abs. 6 vom Antragsteller getragen werden müssen. Die Entscheidung ist, wenn der Antrag vom Verurteilten gestellt wurde, diesem gem. § 35 Abs. 2 Satz 1 förmlich zuzustellen. Gleiches gilt für die StA, die auch in diesem Fall beschwerdeberechtigt ist. Ggü. dem Privatkläger genügt dagegen, da er durch die Entscheidung nicht beschwert wird, die formlose Bekanntmachung gem. § 35 Abs. 2 Satz 2.

2. Zulassungsbeschluss (Abs. 2). Der Beschluss über die Zulassung des Antrags ist stets erforderlich, auch wenn der Antrag offensichtlich begründet ist (*Meyer-Göfner* § 368 Rn. 12). Er ist Voraussetzung für das Begründetheitsverfahren und selbstständig anfechtbar. Ist die Beweiserhebung entbehrlich (vgl. § 369 Rdn. 2), kann der Beschluss aber mit demjenigen nach § 370 Abs. 2 verbunden (OLG Brandenburg NStZ-RR 2010, 22) und mit einer einheitlichen Begründung versehen werden (*Marxen/Tiemann* Rn. 356; a.A. *LR/Gössel* § 370 Rn. 4). Eine nur teilweise Zulassung ist möglich, z.B. in Bezug auf einzelne von mehreren Taten, die in Tatmehrheit begangen wurden oder nur in Bezug auf die Rechtsfolgen (BGHSt 11, 361). Auch die Zulassung nur einzelner von mehreren geltend gemachten Wiederaufnahmegründen kommt in Betracht (*LR/Gössel* § 368 Rn. 33; a.A. *SK-StPO/Frister/Deiters* § 368 Rn. 14), nicht dagegen eine Beschränkung auf einzelne Tatsachen oder Beweismittel innerhalb des Wiederaufnahmegerades des § 359 Nr. 5 (KK-StPO/Schmidt § 368 Rn. 17).

Die Entscheidung ist gem. § 368 Abs. 2 dem Antragsgegner förmlich zuzustellen. Das ist bei einem Antrag des Verurteilten (bzw. seines gesetzlichen Vertreters oder Erziehungsberechtigten) die StA sowie ggf. der Privatkläger. Bei einem Antrag der StA zugunsten des Verurteilten muss mangels Antragsgegner keine Zustellung erfolgen. Wurde der Antrag von Staatsanwalt oder Privatkläger zuungunsten des Verurteilten gestellt,

ist letzterer Antragsgegner und damit Adressat der förmlichen Zustellung. Die Zustellung dient der Vorbereitung von Erklärungen des Antragsgegners, die nicht der Formvorschrift des § 366 Abs. 2 unterliegen. Eine Pflicht zur Erklärung besteht nicht (*Meyer-Gofner* § 368 Rn. 13). Eine bindende Wirkung entfaltet der Zulassungsbeschluss nicht; nur Formmängel gem. § 366 Abs. 2 werden nicht mehr geprüft (*LR/Gössel* § 370 Rn. 10; a.A. *Marxen/Tiemann* Rn. 383). Ansonsten kann aber auch i.R.d. anschließenden Begründetheitsprüfung noch eine Verwerfung als unzulässig erfolgen (OLG Koblenz NStZ-RR 2007, 317).