

Vorbemerkung zu §§ 359 ff.

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2018. "Vorbemerkung zu §§ 359 ff." In StPO Strafprozessordnung mit GVG und EMRK: Kommentar, edited by Helmut Satzger and Wilhelm Schluckebier, 3. Auflage, 1736–41. 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/>



Viertes Buch. Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens

Vorbemerkung zu §§ 359 ff.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Grundsätzliches	1	C. Überblick über das Verfahren und seine Voraussetzungen	24
B. Verfassungsrechtlicher Hintergrund	8	I. Verfahrensabschnitte	24
I. Rechtsfriede	10	II. Antrag	26
II. Rechtssicherheit	11	III. Form und Frist	28
III. »Gerechtigkeit« und Beeinträchtigung von Grundrechten	13	IV. Statthaftigkeit	29
IV. Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der §§ 359 ff.	19	V. Beschwer	32
		VI. Zuständiges Gericht	33

- 1 **A. Grundsätzliches.** Die in §§ 359 ff. geregelte Wiederaufnahme des Verfahrens eröffnet die Möglichkeit, rechtskräftige strafrechtliche Urteile überprüfen zu lassen. Zur Korrektur von Urteilen, die auf gesetzlich genau festgelegten Fehlerquellen beruhen, wird hier ausnahmsweise (zur Relativierung s. aber unten Rdn. 19 ff.; überzeugende Kritik an der pauschalen Annahme des Ausnahmecharakters bei *Greco* S. 892 ff.) eine **Durchbrechung der materiellen Rechtskraft** zugelassen. Diese Korrekturfunktion des Wiederaufnahmeverfahrens bleibt auch dann unverzichtbar, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist (*Eschelbach* FS Stöckel S. 213); Konsens allein ist kein Garant für inhaltliche Richtigkeit.
- 2 Ihrem Wesen nach ist die Wiederaufnahme ein **Rechtsbehelf eigener Art** und kein Rechtsmittel (*Kaspar/Arnemann* R&P 2016, 58, 59). Dafür spricht, dass der Antrag auf Wiederaufnahme keinen Devolutiv-effekt i.S.d. Entscheidung eines Gerichts höherer Ordnung entfaltet. Auch einen Suspensiveffekt bewirkt der Antrag nicht, das Urteil bleibt vorerst rechtskräftig und wird regelmäßig weiter vollstreckt (vgl. § 360 Abs. 1). Die **Systematik** der gesetzlichen Regelung ist von den zwei denkbaren Wiederaufnahmekonstellationen geprägt: die §§ 359 bis 361 enthalten Vorschriften über die Wiederaufnahme **zugunsten des Verurteilten**, während in § 362 die Gründe einer Wiederaufnahme **zuungunsten des Verurteilten** geregelt sind. Die allgemeinen Vorschriften der §§ 363 bis 373a gelten für beide Formen der Wiederaufnahme.
- 3 Obwohl der Gesetzgeber selbst in der Vergangenheit die Notwendigkeit erkannte, das geltende Recht der Wiederaufnahme umfassend zu **reformieren**, ist dieses Vorhaben bislang nicht umgesetzt worden (BT-Drs. 7/551, 7/2600). Die Expertenkommission zur Reform des Strafverfahrensrechts sah im Jahr 2015 bedauerlicherweise keinen Änderungsbedarf beim Recht der Wiederaufnahme (BMJV Oktober 2015 S. 168; Hinweise zum Reformbedarf bei *Kaspar/Arnemann* R&P 2016, 58, 62 ff.).
- 4 Ob neben den Wiederaufnahmeregelungen Raum für eine (gesetzlich nicht geregelte) **Nichtigerklärung** von Urteilen ist, wird uneinheitlich beurteilt. Die wohl h. Lit. betrachtet die §§ 359 ff. als abschließend (*Leitmeier* NSTz 2014, 690, 692). Nach Ansicht des OLG München kann ein Urteil dagegen auch außerhalb der Wiederaufnahmevorschriften für nichtig erklärt werden, wenn es durch eine »schlechthin unerträgliche Rechtsentscheidung« (im konkreten Fall: eine rechtswidrige Verständigung) zustande kam (OLG München NJW 2013, 2371; dazu krit. *Kudlich* NJW 2013, 3216). Ein Wiederaufnahmeverfahren kommt nicht in Betracht, wenn das Urteil bereits durch das **NS-AufhG** (BGBl I 1998, 2501) aufgehoben wurde (OLG Köln Beschl. v. 18. 02. 2005 – 2 Ws 540/04).
- 5 Eine **spezielle Regelung** eines Wiederaufnahmegrundes zugunsten des Verurteilten enthält § 79 BVerfGG. Danach ist eine Wiederaufnahme von rechtskräftigen Strafurteilen möglich, die auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder gem. § 78 BVerfGG für nichtig erklärten Norm beruhen oder auf einer Auslegung, die das BVerfG für verfassungswidrig erklärt hat (s. näher *Marxen/Tiemann* Rn. 517 ff.; KG Berlin NSTz 2013, 125; LG Fulda StV 2012, 401). Eine ungünstige Wiederaufnahme kann nach zutreffender h.M. nicht auf diese Norm gestützt werden (s. *Greco* S. 991 mwN). Nach Ansicht der Rechtsprechung ist § 79 Abs. 1 BVerfGG dahingehend einschränkend auszulegen, dass eine Anwendung in Fällen der vom BVerfG ausgesprochenen Verfassungswidrigkeit dann nicht in Frage kommt, wenn zugleich nach § 35 BVerfGG die (befristete) Weitergeltung der entsprechenden Norm angeordnet wurde (OLG München BeckRS 2014, 19636).
- 6 In der **Rechtspraxis** haben Wiederaufnahmeanträge nur geringe Erfolgsaussichten, was an der restriktiven Gesetzeslage, aber auch an »wiederaufnahmefeindlichen Tendenzen« in der Rechtsprechung (*Geipel*, in: *Miebach/Hohmann* S. 2) bzw. an »massive[n] psychologischen Widerständen« der Prozessbeteiligten (*Theobald*, in: *Heghmanns/Scheffler* S. 1087) liegen soll (vgl. auch *Greco* S. 893 mwN; *Marxen* FS Kargl S. 325).

Genau empirische Untersuchungen im Hinblick auf die Anzahl und die Bedingungen erfolgreicher Wiederaufnahmeanträge existieren kaum, geschweige denn zur Häufigkeit von Fehlurteilen (s. dazu *Kaspar/Arnemann* R&P 2016, 58, 61; *Jehle* Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2013, 220, 227). Verkompliziert werden derartige Betrachtungen schon durch die Schwierigkeit bei der Bestimmung, unter welchen Voraussetzungen ein Urteil als »fehlerhaft« anzusehen ist (*Dunkel/Kemme* NK 2016, 138, 140 f.; zur Annäherung an den Begriff auch *Jehle* Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2013, 220, 222; *Theobald* S. 7 ff.).

B. Verfassungsrechtlicher Hintergrund. Die Frage, inwieweit eine Wiederaufnahme des Verfahrens trotz rechtskräftiger Verurteilung zulässig ist (oder zumindest sein sollte), lässt sich in einen verfassungsrechtlichen Rahmen einordnen. Dieser wird oft auf einen Konflikt eher abstrakter Prinzipien reduziert. Für eine Aufrechterhaltung auch möglicherweise fehlerhafter Urteile werden die **Rechtssicherheit** und der **Rechtsfriede** ins Feld geführt, während als Argument für eine Korrekturmöglichkeit die **Gerechtigkeit** (*Meyer-Göfner/Schmitt* Vorbem., Rn. 1; *Geipel*, in: *Miebach/Hohmann* S. 2), teilweise ergänzend auch das Prozessziel der **Wahrheit** (*Volk/Engländer* § 38 Rn. 1) genannt werden. Zugleich wird oft betont, dass nur ausnahmsweise und nur bei unerträglichen Fehlentscheidungen der Aspekt der Rechtssicherheit hinter den Aspekt der materiellen Gerechtigkeit zurücktreten soll (BGHSt 11, 361, 364; *Beulke* StPR, § 31 Rn. 585; dazu umfassend und mit zutreffender Kritik *Greco* S. 871 ff.). Dass aber dem einen Prinzip ggü. dem anderen so eindeutig der Vorrang gebühren soll, ist nicht ohne Weiteres einzusehen, insb., wenn man bedenkt, dass sowohl die Rechtssicherheit als auch die materielle Gerechtigkeit gleichermaßen Elemente des Rechtsstaates sind (BVerfGE 22, 322, 329; *Meyer-Göfner/Schmitt* Vorbem., Rn. 1). Eine genauere verfassungsrechtliche Analyse unter Einbezug der betroffenen **grundrechtlichen Positionen** ergibt, dass die These vom absoluten Ausnahmecharakter im Hinblick auf die günstige Wiederaufnahme gem. § 359 kritisch zu hinterfragen ist. Dafür sprechen die folgenden Erwägungen:

I. Rechtsfriede. Zunächst kann **Rechtsfriede** nicht beliebig als Argument für die Aufrechterhaltung eines Fehlurteils herangezogen werden. Ein objektiv falsches Urteil ist jedenfalls für Eingeweihte nicht geeignet, echten Rechtsfrieden zu schaffen (vgl. *Eisenberg* JR 2007, 360; *Schwenn* StV 2010, 705, 711). Im Gegenteil: Wahrer Rechtsfriede in einem nicht nur formell verstandenen Sinn setzt voraus, dass auch der Aspekt der »Richtigkeit« des Urteils zur Geltung kommt. Geht man davon aus, stellt sich der Aspekt des Rechtsfriedens nicht nur als Argument pro Rechtskraft bzw. contra Wiederaufnahme dar (vgl. *LR/Gössel* Vorbem. § 359 Rn. 25). Er betont lediglich den Auftrag, Rechtssicherheit und »Gerechtigkeit« in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen (vgl. *Roxin/Schünemann* § 57 Rn. 1).

II. Rechtssicherheit. Es bleibt beim Aspekt der **Rechtssicherheit** als Argument für die materielle **Rechtskraft**, die für eine funktionierende Justiz unverzichtbar ist. Der Angeklagte ist gehalten, Fehler i.R.d. vorgesehenen Rechtsweges geltend zu machen. Es ist zumutbar und aus faktischen Gründen zugleich unumgänglich, ab einem gewissen Zeitpunkt auch bei möglicherweise fehlerhaften Urteilen eine weitere Anfechtungsmöglichkeit zu versagen. Stets ist dabei auch an die Gefahr missbräuchlicher oder jedenfalls offensichtlich nicht Erfolg versprechender Wiederaufnahmeanträge ggü. völlig fehlerfreien Urteilen zu denken. Vor diesem Hintergrund ist die Annahme einer **Vermutung der Richtigkeit** rechtskräftiger Urteile (vgl. nur *Marxen/Tiemann* Rn. 9) nicht zu beanstanden. Je gravierender und je leichter nachweisbar ex post ein Fehler aber ist, desto eher tritt der Aspekt der Rechtssicherheit in den Hintergrund, soweit es um Fehler geht, die sich zulasten des Verurteilten ausgewirkt haben (vgl. *Bock u.a.* GA 2013, 328, 339). Der Fall »Mollath«, der eine fehlerhafte Unterbringung im psychischen Krankenhaus gem. § 63 StGB betraf, hat die Öffentlichkeit für dieses Problem zusätzlich sensibilisiert (s. dazu *Kaspar*, in: *Dudeck u.a.*, S. 103 ff.). Die Problematik stellt sich im Bereich der ungünstigen Wiederaufnahme allerdings nicht in gleicher Weise. Denn hier wird der Aspekt der Rechtssicherheit verfassungsrechtlich verstärkt durch das **Verbot der Doppelbestrafung in Art. 103 Abs. 3 GG**, das über den Wortlaut hinaus einen umfassenden Schutz vor erneuter Strafverfolgung in derselben Sache beinhaltet (BVerfGE 3, 248; *Roxin/Schünemann* § 52 Rn. 7; umfassende Darstellung bei *Isfen*, in: *Oğlakcioğlu/Schuhr/Rückert* S. 41 ff.; zu der etwas unsauberen Formulierung der doppelten »Bestrafung« vgl. auch *Bohn* S. 57 ff.). Da § 362 ohnehin eine legitimationsbedürftige Ausnahme von diesem Prinzip des »ne bis in idem« ist (s. näher *Neumann* FS Jung S. 655; z.T. wird die Norm auch als verfassungswidrig eingestuft, z.B. *Bohn* S. 100), hat das Anliegen einer zurückhaltenden Handhabung hier deutlich mehr Gewicht (vgl. nur *AK-StPO/Loos* § 362 Rn. 1 f.). Nur in diesem Bereich hat die in der Praxis zu beobachtende restriktive Anwendung des Wiederaufnahmerechts (dazu kritisch *Schwenn* StV 2010, 705 ff.; *Bock u.a.* GA 2013, 328 ff.) ihre Berechtigung.

III. »Gerechtigkeit« und Beeinträchtigung von Grundrechten. Erst recht gilt dieses **Gebot der differenzierten Betrachtungsweise**, wenn man sich dem Aspekt der **Gerechtigkeit** zuwendet und diesen mit grundrechtlichen Überlegungen ergänzt. »Gerechtigkeit« allein bleibt als Argument für die Beseitigung von Fehlurteilen zunächst recht blass; natürlich kann man sowohl die Verurteilung eines Unschuldigen als auch den Freispruch eines Schuldigen als Verstoß gegen die »Gerechtigkeit« bezeichnen; bei anderen Fehlerquellen ist dies allerdings schon schwieriger: Nicht jeder formale Fehler ist als Gerechtigkeitspro-

blem darstellbar. Zugleich gerät durch den Rekurs auf die (offenbar in einem eher objektiven Sinn verstandene) »Gerechtigkeit« die Tatsache aus dem Blick, dass zugleich bei der günstigen Wiederaufnahme greifbare Beeinträchtigungen **subjektiver Grundrechte** im Raum stehen.

- 14 Bei der **Verurteilung eines an sich Unschuldigen** ist dies am deutlichsten. Hier wird im Fall der Freiheitsstrafe in Art. 2 Abs. 2 GG eingegriffen. Dieser Eingriff wäre als solcher – wenn man von der Legitimationswirkung der materiellen Rechtskraft absieht – nicht anhand der anerkannten Strafzwecke als verhältnismäßig zu rechtfertigen (vgl. *Kato* ZIS 2006, 354: »untragbarer Eingriff in Menschenrechte«; im Ausgangspunkt ähnlich *Greco* S. 883 ff.: Verletzung des Schuldprinzips). Das Verfassungsrecht gebietet daher eine Ausgestaltung und Auslegung des einfachen Rechts, die keinen starren Vorrang der Rechtskraft enthält, sondern die Belange des Grundrechtsschutzes einerseits sowie der hinter der Rechtskraft stehenden öffentlichen Interessen andererseits zu einem schonenden Ausgleich bringt. Jedenfalls bei offensichtlich und ex post vergleichsweise leicht feststellbaren Fehlurteilen muss eine Abwägung hier tendenziell **zugunsten des Verurteilten** ausgehen.
- 15 Kritisch gegen die hier zugrunde gelegte Vorstellung einer Abwägung konfligierender (auch öffentlicher) Interessen hat sich *Greco* (S. 871 ff.) geäußert. Nach ihm sei die darauf gegründete Bejahung endgültiger Rechtskraft auch im Fall der Verurteilung eines Unschuldigen eine unzulässige Instrumentalisierung des einzelnen; man müsse hier »unübersteigbare Rechte« beachten (s. vor allem *Greco* S. 874). Das damit verbundene Anliegen, die individuelle Rechtsposition des zu Unrecht Verurteilten zu stärken, verdient volle Zustimmung. Auch ist zuzugeben, dass nicht nur die hier betonte legitimationsbedürftige Entziehung von Freiheitsrechten, sondern auch eine Verletzung des Schuldprinzips im Raum steht, wenn ein an sich Unschuldiger (endgültig) bestraft wird.
- 16 Drei Punkte sind dem aber entgegen zu halten. Zum einen wäre noch genauer zu prüfen (was hier nicht geleistet werden kann), ob sich der Gewährleistungsgehalt des Schuldprinzips tatsächlich auf eine (wie zu bestimmende) »Schuld an sich« oder nicht vielmehr auf die prozessordnungsgemäß festgestellte Schuld bezieht. Damit zusammenhängend erscheint es – zweitens – fraglich, ein System prozessualer Regelungen, die eine für alle Seiten akzeptierbare Entscheidung über einen (nie vollständig auflösbaren) Zweifelsfall sichern sollen, an einem ex post feststehenden Ergebnis (»Der Betroffene ist in Wahrheit unschuldig«) zu messen. Würde man davon ausgehen, dürfte es in einem solchen Fall der aus der Perspektive des allwissenden Beobachters zweifelsfrei feststehenden Unschuld keinerlei endgültige Rechtskraft geben. Denn diese hätte stets per definitionem eine (fortdauernde) Verletzung der Rechtsposition des unschuldig Verurteilten zur Folge. Auch die von *Greco* selbst (S. 879 f.) vorgeschlagene »Auslese« von Gründen, die in einem Fall eine Wiederaufnahme erlauben sollen, im anderen nicht, wäre dann nicht zulässig. Man muss also allein schon deswegen, um einen regressus ad infinitum zu verhindern, Grenzen der Überprüfbarkeit ziehen, um die Funktionsfähigkeit des Rechtssystems zu sichern. Dass dies ein im Kern öffentlicher Belang ist, erscheint dabei nicht als prinzipielles Gegenargument, da – drittens – der Betroffene selbst als Teil der Gesellschaft davon profitiert. Die Rechtspositionen des Verurteilten sind in solchen Fällen beeinträchtigt, aber nicht prinzipiell verletzt. Richtig ist, dass sie im Rahmen der unumgänglichen Abwägung deutlich stärker gewichtet werden müssen. Auch wer die Vorstellung einer Abwägung anerkennt, kann sich – wie hier vertreten – auf der Basis verfassungsrechtlicher Erwägungen klar gegen den angeblichen Ausnahmecharakter der günstigen Wiederaufnahme aussprechen (vgl. unten Rn. 14 ff.; tendenziell aA *Greco* S. 895).
- 17 Im umgekehrten Fall des **Freispruchs eines an sich schuldigen Täters** stellt sich die grundrechtliche Situation anders dar. Denn die Abwehrfunktion der Grundrechte wird in diesem Fall mangels Beeinträchtigung eines Grundrechts des Täters nicht relevant. Durch die Aufrechterhaltung eines zu Unrecht erfolgten Freispruchs wird zwar für diejenigen, die von der tatsächlichen Schuld des Täters wissen, das Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttert. Dabei handelt es sich aber nicht um einen unmittelbaren Eingriff in grundrechtlich garantierte Freiheitsrechte (ähnlich *Neumann* FS Jung S. 663). Erst recht gilt dies für eine zu milde Bestrafung eines Täters aufgrund fehlerhafter tatsächlicher oder rechtlicher Erwägungen.
- 18 Davon unberührt bleibt, dass der Staat die Aufgabe hat, durch gleichmäßige und angemessene Bestrafung die **präventiven Strafzwecke** zu verwirklichen. Er darf aus diesem Grunde auch die Rechtskraft des Freispruchs in engen Grenzen durchbrechen, wie es § 362 ermöglicht. Er ist dazu verfassungsrechtlich aber eben nicht verpflichtet, wie sich auch am Institut der Verjährung zeigen lässt: Hier wird nach Ablauf einer gewissen Zeit auf eine Bestrafung an sich schuldiger Täter verzichtet, ohne, dass man hieraus einen Verstoß gegen Grundrechte oder die »Gerechtigkeit« ableiten könnte. Auch dies spricht (neben Art. 103 Abs. 3 GG) für eine eher restriktive Handhabung der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten.
- 19 **IV. Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der §§ 359 ff.** Vor dem Hintergrund der aufgezeigten **Asymmetrie verfassungsrechtlicher Belange** in den zwei Wiederaufnahmekonstellationen lassen sich für das Verständnis und die Auslegung der §§ 359 ff. folgende **leitende Gesichtspunkte** formulieren:

- Die günstige Wiederaufnahme ist großzügiger zu handhaben als diejenige zuungunsten des Verurteilten, da nur im ersten Fall unmittelbare Grundrechtseingriffe inmitten stehen. Diese verfassungsrechtliche Wertung bedingt ein deutliches **Stufenverhältnis** der beiden Wiederaufnahmeformen (vgl. auch *Fezer* Rn. 60), das sich bereits de lege lata anhand der unterschiedlich ausgestalteten Wiederaufnahmegründe nachweisen lässt. Zugleich ist das oben erwähnte Dogma des »absoluten Ausnahmecharakters« der Wiederaufnahme im Bereich des § 359 zu hinterfragen. Die verfassungsrechtlichen Überlegungen sprechen dort eher für eine **extensive Auslegung**.
- Auch die z.T. pauschal abgelehnte **Analogiefähigkeit** der Regelungen muss vor diesem Hintergrund im Hinblick auf die günstige Wiederaufnahme überdacht werden. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die »planwidrige Regelungslücke« als Voraussetzung der Analogie nur dann abzulehnen, wenn sich ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers ermitteln lässt. Dies ist in Bezug auf die abschließend formulierten Wiederaufnahmegründe als solche der Fall, bleibt aber in Bezug auf Ergänzungen innerhalb der gesetzlichen Gründe sowie auf die sonstigen Antragsvoraussetzungen jeweils im Einzelfall zu diskutieren.
- Endgültig zweifelhaft ist die Auffassung, wonach die gesetzliche Regelung der Wiederaufnahmegründe in dem Sinne **abschließend** sei, dass sie selbst der Gesetzgeber nicht ohne Weiteres ausdehnen dürfe (so andeutungsweise BVerfGE 2, 380, 403). Bei der ungünstigen Wiederaufnahme ist das konsequent und entspricht dem oben erwähnten Stufenverhältnis (s. aber auch § 362 Rdn. 14). Bei der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten muss man dagegen von einem deutlich größeren **Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers** ausgehen (vgl. *Grünwald* ZStW 120, 2008, 545, 566). Es wäre ihm also unbenommen, der Gefahr von Fehlurteilen in noch größerem Ausmaß entgegenzuwirken, indem er neue Wiederaufnahmegründe anerkennt oder bestehende ausdehnt.
- Dabei ist auch an den **historischen Hintergrund** zu erinnern, dass das Wiederaufnahmeverfahren bei Schaffung der Reichsstrafprozessordnung die fehlende Berufungsmöglichkeit gegen erstinstanzliche Urteile des Landgerichtes kompensieren sollte (*Marxen* FS Kargl S. 325 f.). Eine allzu starke Beschränkung der Wiederaufnahmemöglichkeiten steht im Gegensatz zu dieser Konstruktion und stellt sich dann spätestens in der Gesamtschau als problematische Beschränkung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz dar (vgl. *Fornauf* StraFo 2013, 235, 238).

C. Überblick über das Verfahren und seine Voraussetzungen. I. Verfahrens-

abschnitte. Beim **Ablauf des Verfahrens** sind mehrere Abschnitte zu unterscheiden. Zunächst wird i.R.d. sog. **Aditionsverfahrens** die Zulässigkeit und Schlüssigkeit des Antrags geprüft (§§ 366 bis 368). Bejahendenfalls erfolgt das sog. **Probationsverfahren** (§§ 369, 370), in dem die Begründetheit des Antrags geklärt wird. Im Erfolgsfall wird regelmäßig (zur Ausnahme s. § 371) eine **neue Hauptverhandlung** angeordnet. Diese ist entgegen einer gängigen Formulierung (vgl. *Fezer* Rn. 71) kein »dritter Abschnitt« des Wiederaufnahmeverfahrens: Wie bei der Rückverweisung nach erfolgreicher Revision erfolgt hier eine ganz neue und eigenständige Hauptverhandlung (*Meyer-Göfner/Schmitt* Vorbem., Rn. 3). Eine Zusammenlegung des Probationsverfahrens und der neuen Hauptverhandlung auf denselben Termin ist zwar ungewöhnlich, aber nicht unzulässig (LG Dresden, Beschl. v. 26. 06. 2012, 3 Qs 62/12).

Um dem **Beschleunigungsgebot** auch im Wiederaufnahmeverfahren Genüge zu tun, ist innerhalb von drei Monaten nach der Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Hauptverhandlung zu beginnen, sofern keine besonderen Umstände vorliegen. Als Eröffnungsbeschluss ist insoweit die Wiederaufnahmeentscheidung anzusehen (BVerfG NJW 2012, 513; s. zum Beschleunigungsgebot auch *Kotz/Rahlf* NStZ-RR 2013, 199, 201).

II. Antrag. Das Verfahren setzt stets einen **Antrag** voraus. Der Kreis der **Antragsberechtigten** ergibt sich zunächst aus §§ 296 ff. i.V.m. § 365 (vgl. dort). Die Antragsberechtigung des **Privatklägers** folgt aus § 390 Abs. 1 Satz 2, während für eine Antragsberechtigung des **Nebenklägers** seit der Änderung von § 397 Abs. 1 durch das Opferschutzgesetz von 1986 keine gesetzliche Grundlage mehr existiert (LG Münster NStZ 1989, 588). Auch ein Anschluss des Nebenklägers im Rahmen eines von anderer Seite eingeleiteten Wiederaufnahmeverfahrens ist nicht zulässig (*Marxen/Tiemann* Rn. 46; a.A. OLG Stuttgart NStZ 1988, 42). **Einziehungsbeteiligte** sind nach Maßgabe der §§ 433 Abs. 1 Satz 1, 437, 439 antragsberechtigt.

Der Antrag ist erst **nach vollständiger Rechtskraft des Urteils** möglich, was auch dann der Fall ist, wenn das Urteil nur hinsichtlich eines von mehreren Angeklagten oder einer von mehreren selbstständigen Taten in Rechtskraft erwachsen ist, sog. **vertikale Teilrechtskraft** (BGHSt 14, 85, 88). Aber auch bei **horizontaler Teilrechtskraft**, wenn etwa nur über den Schuldspruch, aber noch nicht über die Rechtsfolge rechtskräftig entschieden ist, sprechen die besseren Gründe dafür, i.S.e. möglichst frühzeitigen Korrektur eines potenziellen Fehlurteils die Wiederaufnahme zuzulassen (OLG Hamm NStZ-RR 1997, 372; a.A. HK-StPO/*Temming* Vor §§ 359 ff. Rn. 4). Der Wortlaut steht einer solchen Auslegung nicht entgegen; der Gefahr widersprechender Entscheidungen (*Gössel* NStZ 1983, 291) kann durch eine sinnvolle Verfahrensgestaltung entgegengewirkt werden (KK-StPO/*Schmidt* Vorbem., Rn. 13).

- 28 **III. Form und Frist.** Für die bei der Antragsstellung zu beachtende **Form** gilt § 366, vgl. dort. Eine **Frist** für die Stellung des Antrags ist nach strafrechtlichen Verurteilungen – anders als im Zivilrecht, s. § 586 ZPO – nicht vorgesehen. Auch die **eingetretene Verfolgungsverjährung** steht einer Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten nicht entgegen, da auch in diesem Fall ein Interesse an Rehabilitierung besteht (*Marxen/Tiemann* Rn. 17). Allerdings ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die ungünstige Wiederaufnahme nur innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfrist möglich; ansonsten stünde der bislang gar nicht verfolgte Täter besser als derjenige, bei dem durch den rechtskräftigen Freispruch sogar ein zusätzlicher Vertrauenstatbestand für das Ausbleiben strafrechtlicher Verfolgung geschaffen wurde (OLG Nürnberg NStZ 1988, 555; *Roxin/Schünemann* § 57 Rn. 11; a.A. BGH MDR 1979, 1311; *Gössel* NStZ 1988, 537). Dabei ist davon auszugehen, dass der Lauf der Verjährungsfrist durch die zwischenzeitliche Freisprechung nicht unterbrochen wird (so aber BGH MDR 1973, 190) und auch nicht ruht (vgl. OLG Nürnberg NStZ 1988, 555).
- 29 **IV. Statthaftigkeit.** Statthaft ist der Antrag jedenfalls gegen jedes strafrechtliche **Sachurteil**. Gleiches gilt für eine Erledigung durch **Strafbefehl** (vgl. § 373a), der gem. § 410 Abs. 3 einem Urteil gleichsteht. Auch im Fall einer rechtskräftigen Bußgeldentscheidung nach einer **Ordnungswidrigkeit** ist die Wiederaufnahme gem. § 85 OWiG möglich. **Prozessurteile** sind nur dann wiederaufnahmefähig, wenn sie eine endgültige Verfahrensbeendigung herbeiführen wie Einstellungsurteile wegen unbehebbarer Verfahrenshindernisse (*Marxen/Tiemann* Rn. 22 f., a.A. *Meyer-Göfner/Schmitt* Vorbem., Rn. 4; *Theobald*, in: Heghmanns/Scheffler S. 1092). In Verfahren nach §§ 109 ff. **StVollzG** ist ein Wiederaufnahmeverfahren nicht statthaft (OLG Rostock NStZ-RR 2012, 359).
- 30 Im Hinblick auf **Beschlüsse** gelten zunächst die Sonderregeln der §§ 174 Abs. 2, 211. I.Ü. ist eine **analoge Anwendung der §§ 359 ff.** umstritten (s. nur *Greco* S. 82 f. mwN). Sie ist zu bejahen im Hinblick auf Beschlüsse, die anstelle eines Urteils ergehen, s. §§ 206b, 349 Abs. 2, 349 Abs. 4 (BGH, NStZ 1985, 486) sowie 371. Bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung besteht hierfür allerdings kein Bedürfnis, da Aspekte der Wiederaufnahme auch i.R.d. Verfahrens gem. § 462 geltend gemacht werden können (*Marxen/Tiemann* Rn. 33). Auch soweit lediglich **einzelne Rechtsfolgen** wie der Widerruf einer Aussetzung zur Bewährung betroffen sind, sind mangels Vergleichbarkeit mit einem Urteil die Voraussetzungen einer Analogie abzulehnen (OLG Hamburg StV 2000, 568 m. abl. Anm. *Kunz*; OLG Koblenz Beschl. v. 18. 07. 2016 – 2 Ws 130/16).
- 31 Sehr umstritten ist dies im Hinblick auf **Verfahrenseinstellungen gem. § 153a**. Gegen eine Analogie spricht die Tatsache, dass sie nur mit Zustimmung des Angeklagten erfolgen dürfen, i.d.R. weniger belastend sind als eine Verurteilung und zugleich kein vergleichbares Rehabilitationsinteresse nach sich ziehen. Richtigerweise wird man hier also weder die Möglichkeit noch das Bedürfnis nach einer analogen Anwendung der §§ 359 ff. bejahen können (OLG Zweibrücken NJW 1996, 2246; a.A. *Hellmann* MDR 1989, 952; differenzierend *Greco* S. 863 f.). Gleiches gilt für eine Einstellung gem. § 47 JGG (LG Baden-Baden NStZ 2004, 513).
- 32 **V. Beschwer.** Stellt der Verurteilte den Wiederaufnahmeantrag, ist nach allgemeinen Grundsätzen seine **Beschwer** erforderlich. In den Fällen des **Absehens von Strafe** (§§ 46a, 46b, 60 StGB), die zumindest einen Schuldspruch enthalten, ist von einer Beschwer ebenso auszugehen wie im Fall der Straffreierklärung nach § 199 StGB und der Anordnung jugendstrafrechtlicher Rechtsfolgen nach §§ 9, 13 und 27 JGG (*Meyer-Göfner/Schmitt* Vorbem., Rn. 6). Die Beschwer muss sich aus dem **Urteilstenor** ergeben. Daher kann ein Freigesprochener i.d.R. keine Wiederaufnahme beantragen, etwa mit dem Ziel eines »Freispruchs erster Klasse« wegen erwiesener Unschuld. Durch ein **Einstellungsurteil gem. § 260 Abs. 3** ist der Verurteilte nicht beschwert, sodass für ihn eine Wiederaufnahme nicht in Betracht kommt (*LR/Gössel* Vorbem., Rn. 127).
- 33 **VI. Zuständiges Gericht.** Die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags folgt in sachlicher wie örtlicher Hinsicht aus § 367 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 140a GVG. Die **örtlich zuständigen Gerichte** für Wiederaufnahmeverfahren werden gem. § 140a Abs. 2 GVG vom Präsidium des OLG vor Beginn des Geschäftsjahres festgelegt. Zuständig ist stets ein **anderes Gericht** als dasjenige, gegen dessen Urteil sich der Wiederaufnahmeantrag richtet. Weiterhin gilt gem. § 140a Abs. 1 Satz 1 GVG das Prinzip der **gleichen sachlichen Zuständigkeit**, d.h. über den Antrag, der sich gegen ein **erstinstanzliches Urteil** richtet, entscheidet grds. ein anderes erstinstanzliches Gericht mit gleicher sachlicher Zuständigkeit. In den in § 140a Abs. 3 bis 6 GVG näher geregelten Ausnahmefällen liegt die Zuständigkeit bei einem anderen Spruchkörper desselben Gerichts.
- 34 Gegen **Berufungsurteile** entscheidet über die Wiederaufnahme grds. ein LG, da sich das Berufungsurteil regelmäßig mit der Schuldfrage auseinandersetzt. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, etwa wenn die Berufung gem. § 322 Abs. 1 Satz 2 als unzulässig oder gem. § 329 Abs. 1 wegen des Ausbleibens des Angeklagten verworfen wird, ist das AG zuständig (OLG Frankfurt am Main NStZ-RR 2006, 275). Gleiches gilt bei einer ausbleibenden Überprüfung des Schuldspruchs durch das LG aufgrund einer Berufungs-

beschränkung, wohingegen die Zuständigkeit eines LG im Wiederaufnahmeverfahren zu bejahen ist, wenn es die in Rede stehende Beschränkung nicht erkannt und somit in nicht zulässiger Weise abermals über die Schuldfrage entschieden hat (LR/Gössel § 367 Rn. 9). Über die Wiederaufnahme ggü. einer **revisionsgerichtlichen Entscheidung** entscheidet gem. § 140a Abs. 1 Satz 2 grds. ein anderes Gericht gleicher Ordnung wie das Gericht, gegen dessen Urteil Revision eingelegt worden war, und zwar auch dann, wenn sich das Wiederaufnahmebegehren lediglich auf Mängel des Revisionsverfahrens stützt (BGH NStZ-RR 1999, 176).