

G. Die wiederaufnahmerechtliche Praxis

Franziska Kilian, Karsten Altenhain (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)

I. Einleitung

Seit der Untersuchung von *Peters*¹ sind keine quantitativ vergleichbar umfangreichen Studien erschienen, in denen die wiederaufnahmerechtliche Praxis mithilfe einer Aktenanalyse untersucht wurde. Die juristische Fachliteratur ist sich allerdings mit *Peters*² darin einig, dass die Wiederaufnahmegerichte auch heute die Regeln der §§ 359 ff. StPO zu restriktiv handhaben und die verfahrensrechtlichen Anforderungen zu hoch ansetzen würden.³

- 1 Die Ergebnisse seiner Erhebung, in der er 1.115 für begründet erklärte Wiederaufnahmeverfahren in einem Zeitraum von 1951 bis 1964 untersuchte (*Peters*, Fehlerquellen, Bd. 1, S. 3 f. mit Hinweis auf weniger als 40 Verfahren, die nicht aus diesem Zeitraum stammen), sind in *Peters*, Fehlerquellen, Bd. 1–3 zusammengefasst, wobei er sich in Bd. 3 insbesondere mit dem Wiederaufnahmerecht auseinandersetzt.
- 2 *Peters*, Fehlerquellen, Bd. 3, S. 15 ff. kritisiert „die dem Wiederaufnahmeverfahren abgeneigte Haltung des Gerichtsjuristen“. „Die Gerichtspraxis ist wenig wiederaufnahmefreundlich. Das lassen nicht nur aufgenommene Strafverfahren, sondern vor allem gescheiterte Wiederaufnahmeverfahren deutlich erkennen, bei denen erhebliche Zweifel gegen die Richtigkeit der Grundurteile bestehen“.
- 3 *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 467; *MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann*, § 368 Rn. 4; *KMR-StPO/Eschelbach*, Vor § 359 Rn. 5 („da die Praxis schon seit In-Kraft-Treten der RStPO dazu neigt, Wiederaufnahmeanträge abzublocken“); *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (104) („deutlich zu restriktiv“); *Miebach/Hohmann/Geipel*, A Rn. 10, 29, unterscheidet die „Wiederaufnahmefeindlichkeit der Rechtsprechung“ sowie die „eingeschränkte Handhabung durch die Justiz“; *Hanack*, JZ 1973, 395 (403) („in einem sehr bemerkenswerten Maße restriktiv interpretiert“); *Jehle*, FPPK 2013, 228 (229); *Marxen/Tiemann*, Wiederaufnahme Rn. 1; *dies.*, StV 1992, 534 (537) („Die rechtliche Regelung und die Praxis des strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahrens sind in höchstem Maße unbefriedigend“); *Meyer*, ZRP 1993, 284 („Engherzigkeit der Gerichte bei der Anwendung des Wiederaufnahmerechts“); *Norouzi*, HRRS 2016, 288 (292) („ist aufgrund der strengen und einengenden Praxis der Wiederaufnahmegerichte weitgehend zahnlos“); *Paeffgen*, GA 2013, 253 (265), vergleicht die Erfolgsaussichten eines Wiederaufnahmeantrags mit der Chance, mit einem Schiffsboot einen Tsunami zu überstehen; *Rieß*, NSTZ 1994, 153 (154) („restriktive und bis zur Rechtsverweigerung gehende Tendenz“); *Schöneborn*, MDR 1975, 441, schreibt, „dass die für das Vorprüfungsverfahren maßgeblichen Vorschriften, §§ 368 Abs. 1, 370 Abs. 1 in Verb. mit § 359 Nr. 5 StPO, im Sinne

In der Literatur wurden immer wieder Stimmen laut, die mehr empirische Untersuchungen im Bereich Fehlurteile und Wiederaufnahme des Verfahrens fordern.⁴

Ob der Vorwurf einer zu restriktiven Wiederaufnahmepraxis berechtigt ist, wird im Folgenden anhand der Analyse von 512 Akten, die sowohl erfolgreiche als auch in verschiedenen Stadien erfolglose Wiederaufnahmeverfahren beinhalten,⁵ näher untersucht. Die Untersuchung umfasst mehrere Themenbereiche. Zunächst wird auf die mit der Stellung von Wiederaufnahmeanträgen einhergehenden Probleme und dabei auftretenden Fehler⁶ eingegangen. Danach wird die Anwendung und Auslegung des Wiederaufnahmerechts durch die Verfahrensbeteiligten untersucht. Es folgen Ausführungen zu gesetzlichen Einschränkungen bei der Durchführung eines Wiederaufnahmeverfahrens und zu Erkenntnissen bezüglich des prozessualen Ablaufs der untersuchten Wiederaufnahmeverfahren.

II. Methodik

Für die folgende Untersuchung wurden zu allen Akten jeweils von einem juristischen Mitarbeiter ausführliche Zusammenfassungen erstellt und auf dieser Basis die Verfahren mithilfe der Programme MAXQDA (VERBI Software 2021) und Excel (Microsoft Office 2016) ausgewertet. Dabei wurden zur Sicherung der Reliabilität alle Verfahren jeweils mit einem zweiten

eines engmaschigen Filters interpretiert werden, der alles aussiebt, was nicht ganz offensichtlich auf ein Fehlurteil hindeutet“; BeckOK-StPO/*Singelnstein*, § 359 Rn. 1; *Stern*, NStZ 1993, 409, vergleicht die Haltung der Gerichte gegenüber Wiederaufnahmeverfahren mit der „Bekämpfung eines Sakrilegs“; MAH/*Strate*, § 28 Rn. 5, spricht etwa davon, dass „der Anwalt im Wiederaufnahmeverfahren generell mit einer Strafjustiz konfrontiert ist, die sich in Verteidigungsstellung begeben hat und jeden Angriff auf das alte Urteil mit Zähnen und Klauen abzuwehren versucht“; *Theobald*, S. 1; *Ziemann*, HRRS 2006, 401 (409).

4 Z. B. *Dunkel/Kemme*, NK 2016, 138 (150).

5 Wenn von erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren die Rede ist, sind damit Wiederaufnahmeverfahren gemeint, die ein erfolgreiches Aditions- und Probationsverfahren durchlaufen haben. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass es im Ergebnis nach einer neuen Hauptverhandlung auch zu einer Entscheidungsabänderung gekommen ist.

6 Gemeint sind hier Fehler im Wiederaufnahmeverfahren. Davon zu unterscheiden sind Fehler im Ausgangsverfahren; soweit im Folgenden von solchen Fehlern die Rede ist, sind damit von den Wiederaufnahmegerichten festgestellte Fehler sowie Fehler gemeint, die trotz fehlender Feststellung durch das Wiederaufnahmegericht nach Aktenlage erwiesen sind; vgl. Einführung zu Kapitel D und Kapitel D.IV.2.

juristischen Mitarbeiter besprochen und abweichende Einordnungen im Wege des Konsensverfahrens geklärt.

Um größtmögliche Objektivität bei der Auswertung zu erreichen, wurde vom Gesetz, also in erster Linie von den §§ 359–373a StPO ausgegangen, bei auslegungsbedürftigen Normen von der allgemein anerkannten Auslegung oder, wenn eine solche nicht besteht, von der in Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Ansicht. Bei einem Dissens zwischen Rechtsprechung und Literatur wurde zunächst die Ansicht der Rechtsprechung zugrunde gelegt, um zu überprüfen, ob die Entscheidungen der Wiederaufnahmegerichte diese befolgten, fortführten oder davon abwichen. Mit diesem Vorgehen wurde keine Aussage darüber getroffen, ob die zugrunde gelegten Ansichten vorzugswürdig sind. Es dient allein dazu, die Praxis im Wiederaufnahmeverfahren darzustellen und so eine Grundlage für die Beurteilung zu legen, zu welchen Ergebnissen sie führt und wie sie zu bewerten ist. Die Einbeziehung anderer Ansichten in die Analyse ist damit zwar nicht ausgeschlossen. Die Beantwortung der Frage, ob die Gerichte auf ihrer Grundlage genauso oder anders entschieden hätten, ist aber spekulativ und häufig nicht möglich. Sie ist außerdem müßig. Wie sich in der folgenden qualitativen Analyse zeigen wird, haben selbst die in der Literatur als strenger bewerteten Auslegungsmaßstäbe der Rechtsprechung häufig zu für den Verurteilten positiven Ergebnissen geführt.

III. Die wiederaufnahmerechtliche Praxis

1. Stellung eines Wiederaufnahmeantrags

Die Stellung des Wiederaufnahmeantrags ist einer der ersten Schritte im Wiederaufnahmeverfahren. Antragsberechtigt sind grundsätzlich der Verurteilte, der Verteidiger und der gesetzliche Vertreter des Verurteilten sowie die Staatsanwaltschaft, da im Wiederaufnahmeverfahren die allgemeinen Vorschriften für Rechtsmittel gelten (§§ 365, 296, 297, 298 StPO).⁷ Das Gericht kann kein Wiederaufnahmeverfahren von Amts wegen einleiten.⁸

Es wurde untersucht, welche Probleme bei der Stellung eines Wiederaufnahmeantrags auftreten und welche Fehler den Verfahrensbeteiligten dabei

7 Darüber hinaus ist auch der Privatkläger gem. § 390 Abs.1 S.2 StPO eingeschränkt antragsbefugt. Seit der Novellierung des Opferschutzgesetzes vom 18.12.1986 (BGBl. I 1986, S. 2496) ist der Nebenkläger nicht länger antragsberechtigt. Beide Konstellationen sind in den untersuchten Verfahren nicht vertreten.

8 SK-StPO/*Frister*, Vor § 359 Rn. 9.

unterlaufen. Es sind allerdings auch positive Aspekte bei der Antragsstellung aufgefallen.

a. Antragsstellung durch den Verurteilten und/oder seinen Verteidiger

aa. Probleme vor der eigentlichen Antragsstellung

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, hatten in zehn der insgesamt 512 Verfahren der Verurteilte oder dessen Verteidiger entweder keine Kenntnis von der Möglichkeit der Wiederaufnahme oder wussten nicht, wie ein Wiederaufnahmeantrag aussehen muss.

In sechs dieser zehn Verfahren hatte der Verurteilte Probleme bei der Stellung des Antrags. Auffällig ist, dass der Verurteilte in fünf dieser Verfahren inhaftiert war. Dies legt zunächst die Vermutung nahe, dass es für inhaftierte Verurteilte schwerer sein könnte, Informationen darüber zu erhalten, wie ein Wiederaufnahmeantrag gestellt werden muss. Das könnte insbesondere für Verurteilte gelten, die aus finanziellen Gründen nicht in der Lage sind, einen Verteidiger zu beauftragen. Auch die Aussagen der Verurteilten in den Verfahren stützen diese Vermutung zunächst. So gab ein Verurteilter gegenüber der Staatsanwaltschaft an, dass die Beamten der Justizvollzugsanstalt ihm gesagt hätten, er brauche keinen Verteidiger für die Stellung eines Wiederaufnahmeantrags, da er inhaftiert sei. Der Verurteilte fragte konkret danach, wie ein Antrag zu Protokoll der Geschäftsstelle ablaufe; er sei überfordert. In einem weiteren Verfahren gab ein Verurteilter an, dass er mehrmals nachgefragt habe, wie er einen Antrag zu Protokoll der Geschäftsstelle stellen könne, man ihm aber keine Auskunft gegeben habe. Hier bleibt offen, bei wem der Verurteilte sich erkundigt hatte. Diese Eindrücke müssen allerdings in Relation zu den Verfahren gesetzt werden, in denen inhaftierte Verurteilte formgerechte Anträge stellten. In 40 der 512 Verfahren waren die Antragsteller bei der Antragsstellung inhaftiert.⁹ In 21 dieser 40 Verfahren gelang es ihnen trotzdem, mithilfe eines Verteidigers oder zu Protokoll der Geschäftsstelle¹⁰ einen formgerechten Antrag zu stellen. Im Ergebnis lässt sich deshalb nicht bestätigen, dass es per se für

9 In diesen Verfahren gab es zumindest einen klaren Hinweis in der Akte, dass der Verurteilte zum Zeitpunkt der Antragsstellung inhaftiert war. Es kann sein, dass sich mehr Verurteilte bei der Antragsstellung in Haft befanden, jedoch ergab sich dies dann nicht sicher aus den untersuchten Akten.

10 Der Antrag kann gem. §§ 365, 299 Abs.1 StPO auch bei der Geschäftsstelle des Amtsgerichts gestellt werden, in dessen Bezirk die Justizvollzugsanstalt liegt.

inhaftierte Verurteilte schwerer ist, an Informationen über die formgerechte Antragstellung im Wiederaufnahmeverfahren zu kommen. Allerdings finden sich Einzelfälle, in denen nach Aussage der Inhaftierten keine oder falsche Auskünfte erteilt wurden.

In weiteren vier der eingangs genannten zehn Verfahren hatten die Verteidiger offenbar keine Kenntnis von der Möglichkeit, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu betreiben. In einem Verfahren versuchte der Verteidiger über die Gnadenstelle einen Strafbefehl aufheben zu lassen. Erst diese wies ihn darauf hin, dass es die Wiederaufnahme gibt und diese der vorrangige Rechtsbehelf ist. In einem anderen Verfahren versuchte ein Verteidiger mithilfe eines Einspruchs und eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einen Strafbefehl aufheben zu lassen, obwohl die Voraussetzungen des § 44 StPO nicht vorlagen. Zur Wiederaufnahme kam es dann, weil ein Staatsanwalt auf den möglichen Fehler im Ausgangsverfahren aufmerksam wurde und von sich aus die Wiederaufnahme betrieb. Auch in den beiden übrigen Verfahren war es die Staatsanwaltschaft, die den Verteidiger über die Möglichkeit der Wiederaufnahme informierte oder die Durchführung der Wiederaufnahme des Verfahrens initiierte. In einem dieser Verfahren litt der Verurteilte an einer schizophrenen Psychose. Obwohl dem Verteidiger die Erkrankung bekannt war, stellte er keinen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens. Erst auf Nachfrage der Staatsanwaltschaft übersandte der Verteidiger ein ärztliches Attest und die Staatsanwältin gab die Begutachtung des Verurteilten in Auftrag. Das Gutachten bestätigte, dass die Schuldunfähigkeit zum Tatzeitpunkt nicht ausgeschlossen werden könne, und die Staatsanwältin betrieb damit die Wiederaufnahme des Verfahrens. Der Verurteilte wurde sodann mangels Schuldfähigkeit freigesprochen. In zwei dieser vier Fälle mag die Unkenntnis damit begründbar sein, dass die Verteidiger keine Fachanwälte für Strafrecht waren. Der eine vertrat den Angeklagten eigentlich in einem Asylverfahren, der andere war Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht. Es ist durchaus möglich, dass der – relativ spezielle – Rechtsbehelf der Wiederaufnahme des Verfahrens den beiden Verteidigern deshalb nicht bekannt war. In den anderen beiden Fällen handelte es sich bei den Antragstellern allerdings um Fachanwälte für Strafrecht.

bb. Formale Probleme bei der Stellung des Wiederaufnahmeantrags

§ 366 StPO stellt inhaltliche und formale Anforderungen an einen Wiederaufnahmeantrag. Nach § 366 Abs. 1 StPO müssen darin der gesetzliche Grund der Wiederaufnahme des Verfahrens sowie die Beweismittel angegeben werden. Für den Wiederaufnahmeantrag des Verurteilten sieht § 366 Abs. 2 StPO außerdem vor, dass dieser mittels einer von einem Verteidiger¹¹ oder Rechtsanwalt¹² unterzeichneten Schrift oder zu Protokoll der Geschäftsstelle gestellt werden muss.¹³ Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, so wird der Wiederaufnahmeantrag gem. § 368 Abs. 1 StPO unabhängig von seiner inhaltlichen Berechtigung als unzulässig verworfen.

(1) Eigenhändige Anträge des Verurteilten

In 138 der 249 Wiederaufnahmeverfahren, die im Aditionsverfahren gescheitert sind, war der Antrag bereits nach § 366 Abs. 2 StPO unzulässig,¹⁴ weil der Verurteilte ihn selbst hand- oder maschinenschriftlich stellte, ohne einen Verteidiger oder Rechtsanwalt hinzuzuziehen oder den Weg über die Geschäftsstelle zu gehen.

(2) Fehlende Unterschrift

In fünf der insgesamt 512 Verfahren wurde der Wiederaufnahmeantrag wegen fehlender Unterschrift verworfen. In drei dieser fünf Verfahren stellte ein Verteidiger einen Wiederaufnahmeantrag und unterschrieb diesen nicht. Die Gründe dafür sind unbekannt, möglicherweise handelt es sich schlicht um Flüchtigkeitsfehler. In einem der drei Fälle hatte der Verteidi-

11 Verteidiger sind z. B. für das Wiederaufnahmeverfahren mandatierte oder bestellte Personen gem. § 138 Abs. 1, 2 StPO und Referendare gem. § 139 StPO; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 366 Rn. 12.

12 Der Rechtsanwalt wird in § 366 Abs. 2 StPO erwähnt, um Fälle zu erfassen, in denen eine Bevollmächtigung nur für den Wiederaufnahmeantrag erfolgt oder der Verurteilte selbst Rechtsanwalt ist; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 366 Rn. 12.

13 Für den in § 366 StPO nicht erwähnten Antrag der Staatsanwaltschaft wird „einfache Schriftform“ verlangt; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 366 Rn. 18; Peters, Fehlerquellen, Bd. 3, S. 122; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 366 Rn. 19; KK-StPO/Tiemann, § 366 Rn. 17.

14 S. Tabelle C8.

ger die Wiederaufnahme für den Verurteilten beantragt und Schriftsätze des Verurteilten angefügt, ohne selbst Ausführungen zu machen oder den Antrag zu unterschreiben. Er erklärte lediglich, dass er den Verurteilten vertrete.

In den anderen beiden der fünf Verfahren hatten die Verurteilten das Protokoll zur Geschäftsstelle nicht unterschrieben. In einem Fall enthielt das Protokoll keine Unterschrift des Verurteilten, da es zunächst als Entwurf gedacht war und am nächsten Tag unterschrieben werden sollte. Dazu kam es dann nicht mehr. Dennoch entschied das Wiederaufnahmegesicht über den Antrag und stellte fest, dass der Entwurf den Anforderungen des § 366 Abs. 2 StPO insoweit entspreche, als er eine Erklärung zu Protokoll der Urkundsbeamtin enthalte und diese Erklärung endgültig gewesen sei. Die fehlende Unterschrift begründe keine Zweifel an der Urheberschaft. Ob die Unterzeichnung durch den Antragsteller bei einem Antrag zu Protokoll der Geschäftsstelle erforderlich ist, wird unterschiedlich beurteilt.¹⁵ Das Wiederaufnahmegesicht in dem dargelegten Fall erachtete das nicht unterschriebene Protokoll zumindest für § 366 Abs. 2 StPO als ausreichend. Jedenfalls ist der Antrag aber dann unwirksam, wenn der Verurteilte mit der Verweigerung der Unterzeichnung zum Ausdruck bringt, den Antrag doch nicht stellen zu wollen.¹⁶ So lag es in dem anderen der beiden Verfahren. Der Verurteilte stellte seinen Wiederaufnahmeantrag zu Protokoll der Geschäftsstelle. Als die Rechtspflegerin ihn darauf hinwies, dass eine Rüge der Lückenhaftigkeit der Beweisaufnahme und -würdigung im Strafbefehl den Antrag nicht zulässig begründen könne, wurde der Verurteilte ungehalten, nahm von der Protokollierung Abstand und weigerte sich, das Protokoll zu unterschreiben. Trotz des Hinweises auf die Formvorschriften stellte der Verurteilte den Antrag per Fax. Dieser Antrag wurde im Ergebnis als unzulässig verworfen.

15 Bejahend wohl MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 366 Rn.17; anders die h. M. zu § 345 StPO: OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2007, 23; Löwe-Rosenberg/Franke (26. Aufl.), § 345 Rn. 35; SK-StPO/Frisch, § 345 Rn. 48; KK-StPO/Gericke, § 345 Rn. 20; Meyer-Goßner/Schmitt, Einl. Rn. 136.

16 So zu § 345 StPO: BayObLGSt 1961, 177; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2007, 23; Löwe-Rosenberg/Franke (26. Aufl.), § 345 Rn. 35; SK-StPO/Frisch, § 345 Rn. 48; Meyer-Goßner/Schmitt, Einl. Rn. 136; BeckOK-StPO/Wiedner, § 345 Rn. 43.

(3) Keine gestalterische Mitwirkung des Verteidigers oder Rechtsanwalts

§ 366 Abs. 2 StPO verlangt nach seinem Wortlaut nur, dass der Antrag mittels einer von dem Verteidiger oder einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift oder zu Protokoll der Geschäftsstelle angebracht wird. Nach herrschender Meinung reicht es aber nicht aus, dass der Verteidiger oder Rechtsanwalt die Verantwortung für den Inhalt des Antrags nur übernimmt, indem er ihn unterzeichnet. Er müsse auch gestalterisch an dem Antrag mitwirken, damit dieser formgemäß im Sinne des § 366 Abs. 2 StPO sei.¹⁷ Danach genügt es nicht, wenn der Verteidiger oder Rechtsanwalt seine Unterschrift unter einen vom Verurteilten verfassten Antrag setzt, wenn er diesen zusätzlich mit einem Vermerk versieht, dass er sich die Ausführungen zu eigen mache, oder wenn er die Ausführungen des Verurteilten ganz oder überwiegend in einen eigenen Schriftsatz übernimmt. Dahinter steht der Grundgedanke, dass durch das Formerfordernis des § 366 Abs. 2 StPO gewährleistet werden soll, dass „die Anträge und ihre Begründung in geeigneter Form wiedergegeben werden. Es soll dem Gericht die Prüfung grundloser und unverständlicher Anträge erspart und dazu beigetragen werden, dass nur sachgerechte und ordnungsgemäß begründete Anträge angebracht werden.“¹⁸

Bei der Untersuchung der Verfahren sind insgesamt vier Fälle aufgefallen, in denen eine solche gestalterische Mitwirkung des Verteidigers offenbar fehlte. In zwei der Verfahren hatte auch das Wiederaufnahmegericht den Antrag mangels Form abgelehnt und auf die fehlende Mitwirkung oder Verantwortungsübernahme verwiesen. In den übrigen Fällen wurde eine Verwerfung als unzulässig auf das Fehlen von Wiederaufnahmegründen und/oder Beweismitteln gestützt.

In einem der vier Fälle distanzierte sich der Verteidiger von den Ausführungen im Wiederaufnahmeantrag, indem er an dessen Ende erklärte, dass er den Antrag „für Herrn [Name des Verurteilten]“ stelle. In zwei weiteren Fällen übernahm der Verteidiger die Ausführungen des Verurteilten und eines Betreuers wortwörtlich und setzte seine Unterschrift darunter. Im

17 OLG Hamm, NStZ 1988, 571 (572); *Peters*, Fehlerquellen, Bd. 3, S. 123; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 366 Rn. 4; *Löwe-Rosenberg/Schuster*, § 366 Rn. 13; *KK-StPO/Tiemann*, § 366 Rn. 15; ebenso *BGH*, NStZ 1987, 336 zu § 345 Abs. 2 StPO; einschränkend bei juristisch kompetenten Verurteilten *MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann*, § 366 Rn. 13; ganz ablehnend *SK-StPO/Frister*, § 366 Rn. 7; *BeckOK-StPO/Singelstein*, § 366 Rn. 8.

18 OLG Düsseldorf, BeckRS 1993, 9400 Rn. 5.

vierten Fall beantragte der Verteidiger in einem nicht unterschriebenen¹⁹ und begründeten Schriftsatz die Wiederaufnahme des Verfahrens und übersandte als Anlage Schriftsätze des Verurteilten mit der pauschalen Erklärung, dass er den Verurteilten vertrete; den Vorwurf mangelnder Form durch Staatsanwaltschaft und Wiederaufnahmegesicht bezeichnete er als „übertriebene Förmerei“.

Gemeinsam haben alle vier Verfahren, dass die Anträge, an denen die Verteidiger nicht gestalterisch mitwirkten, keine neuen oder geeigneten Tatsachen und Beweismittel enthielten, was die Anträge auch nach § 366 Abs. 1 StPO unzulässig machte. Es ist also durchaus berechtigt, eine gestalterische Mitwirkung des Verteidigers oder Rechtsanwalts zu fordern, da es einem juristischen Laien ohne deren Hilfe in der Regel nicht möglich ist, einen Wiederaufnahmeantrag so zu formulieren, dass ein Wiederaufnahmegrund nachvollziehbar dargelegt wird. Es wäre im Gegenteil eine „übertriebene Förmerei“, ohne das Erfordernis einer gestalterischen Mitwirkung am Anwaltszwang festzuhalten, weil sich dann die Frage stellen würde, warum der Verurteilte seinen Antrag von einem Verteidiger abzeichnen lassen muss.

Für die Antragsstellung zu Protokoll zur Geschäftsstelle (insgesamt in 22 Verfahren erfolgt) gelten nach herrschender Meinung²⁰ ähnliche Anforderungen. Es wird als nicht ausreichend erachtet, wenn der Urkundsbeamte eine vom Verurteilten angefertigte Antragsschrift entgegennimmt; vielmehr soll er dem Verurteilten beratend zur Seite stehen und die Erklärung selbst formulieren. Das macht insofern Sinn, als auch der Protokollierungszwang nur dem Zweck dienen kann, dass Wiederaufnahmeanträge so gestellt werden, dass sie nicht von vorneherein inhaltlich unbrauchbar sind. Gleichwohl konnte bei der Auswertung der Akten beobachtet werden, dass bei einem Antrag zu Protokoll der Geschäftsstelle häufig die Ausführungen des Verurteilten wortgleich übernommen wurden und der Rechtspfleger nur seine Unterschrift darunter setzte. Dennoch haben die Wiederaufnahmegesichte solche Anträge selten wegen fehlender Form und fehlender gestalterischer Mitwirkung abgelehnt, sondern sie stattdessen aus anderen Gründen für unzulässig befunden. Diese Ungleichbehandlung von Anträgen durch

19 Deshalb auch schon oben in Abschnitt (2) behandelt.

20 OLG Düsseldorf, JR 1992, 125; SSW-StPO/Kaspar, § 366 Rn. 5; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 366 Rn. 16 f.; KK-StPO/Tiemann, § 366 Rn. 16; a. A. KMR-StPO/Eschelbach, § 366 Rn. 17, der bereits bezweifelt, dass der Rechtspfleger die Aufgabe einer eigenverantwortlichen Kontrolle des Antragsvorbringens erfüllen kann; SK-StPO/Frister, § 366 Rn. 8.

einen Verteidiger und zu Protokoll der Geschäftsstelle lässt sich nicht erklären.

cc. Inhaltliche Probleme bei der Stellung des Wiederaufnahmeantrags

Ein zulässiger Wiederaufnahmeantrag muss einen bestimmten Inhalt haben, der im Grundsatz von § 366 Abs. 1 StPO vorgegeben ist. Danach müssen im Antrag der gesetzliche Grund der Wiederaufnahme des Verfahrens sowie die Beweismittel angegeben werden. Über diese Minimalanforderungen hinaus verlangt die herrschende Meinung Angaben dazu, welches Urteil angegriffen und welches Ziel mit der Wiederaufnahme verfolgt wird.²¹ Analog zum Revisions- und Klageerzwingungsverfahren (§§ 345 Abs. 2, 172 Abs. 3 S. 1 StPO) sei außerdem „eine in sich geschlossene und aus sich heraus verständliche schlüssige Darstellung der Tatsachen erforderlich, die die Wiederaufnahme begründen sollen.“²²

(1) Unzulässige Bezugnahme oder Verweise

Aus dem Postulat der Geschlossenheit der Darstellung des Wiederaufnahmegrundes leitet die herrschende Meinung ab, dass Bezugnahmen und Verweise auf andere Schriftstücke im Wiederaufnahmeantrag unzulässig seien.²³ Dahinter steht – anknüpfend an die Forderung nach gestalterischer

21 OLG Koblenz, NStZ-RR 1997, 111 (112); Meyer-Goßner/Schmitt, § 366 Rn. 1; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 366 Rn. 1; KK-StPO/Tiemann, § 366 Rn. 1a; a. A. zum Ziel KMR-StPO/Eschelbach, § 366 Rn. 12; SK-StPO/Frister, § 366 Rn. 4.

22 OLG Frankfurt, BeckRS 2012, 15152; ebenso OLG Stuttgart, NJW 1965, 1239; NStZ-RR 2000, 243; Meyer-Goßner/Schmitt, § 366 Rn. 1; Löwe/Rosenberg/Schuster, § 366 Rn. 2; KK-StPO/Tiemann, § 366 Rn. 2.

23 OLG Stuttgart, NStZ-RR 2000, 243; OLG Hamm, NJW 1980, 717; OLG Stuttgart, NJW 1965, 1239; OLG Düsseldorf, NJW 1947/48, 194 (195); Meyer-Goßner/Schmitt, § 366 Rn. 4; Löwe/Rosenberg/Schuster, § 366 Rn. 2; a. A. MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 366 Rn. 7, die das „Geschlossenheitspostulat“ mit der Begründung ablehnen, dass es dem Wiederaufnahmegericht, anders als dem Revisionsgericht, in der Regel möglich sei, die Verfahrensakte einzusehen; das alleinige Argument der Arbeitersparnis für die Gerichte überzeuge nicht; Marxen/Tiemann, Wiederaufnahme, Rn. 130, bezeichnen das Bezugnahmeverbot als „überflüssige[n] Formalismus“; ebenso Miebach/Hohmann/Gorka, Kap. D Rn. 257; Peters, Fehlerquellen, Bd. 3, S. 123, hält Bezugnahmen und Verweise im Wiederaufnahmeantrag grundsätzlich für zulässig, solange der Antrag geordnet und die Belege auffindbar seien.

Mitwirkung – der Gedanke, dass bei der Mitwirkung eines Verteidigers, Rechtsanwalts oder Rechtspflegers „ein geordneter, schlüssiger Wiederaufnahmevortrag“ erwartet werden kann, der es dem Gericht „erspart, das Ziel und die tatsächlichen Grundlagen des Wiederaufnahmeantrags selbst aus den Akten herauszusuchen zu müssen“;²⁴

In elf der 512 untersuchten Verfahren verwendeten der Verurteilte oder dessen Verteidiger bei der Antragsstellung Bezugnahmen oder Verweise, um den Wiederaufnahmeantrag zu stützen. Zwei davon waren bereits gem. § 366 Abs. 2 StPO unzulässig, weil der Verurteilte den Antrag eigenhändig stellte, also nicht über einen Verteidiger oder Anwalt oder zu Protokoll der Geschäftsstelle. Darüber hinaus wurde in diesen zwei Anträgen auch auf vorige Wiederaufnahmeanträge oder Schreiben der Verurteilten in den Verfahrensakten Bezug genommen. Einer der Verurteilten hatte außerdem seine angeblichen neuen Beweise auf eine Website hochgeladen und darauf mit einem Link in seinem per E-Mail gestellten Wiederaufnahmeantrag verwiesen. In beiden Verfahren enthielten die Anträge aber auch sonst keinen Sachvortrag, der eine Wiederaufnahme begründete. In einem weiteren Verfahren erschöpfte sich der vom Verurteilten zu Protokoll der Geschäftsstelle gestellte Antrag darin, dass er auf ein früheres Schreiben von sich verwies, in dem er bereits Einspruch gegen den Strafbefehl eingelegt hatte. Das Wiederaufnahmegericht lehnte den Wiederaufnahmeantrag ab, weil kein Wiederaufnahmegrund vorgetragen wurde. Mit der herrschenden Meinung hätte der Antrag auch aufgrund einer unzulässigen Bezugnahme abgelehnt werden können, da er sich in einem bloßen Verweis auf das frühere Schreiben erschöpfte.

In acht der eingangs erwähnten elf Verfahren wurde der Wiederaufnahmeantrag durch einen Verteidiger gestellt. In fünf dieser acht Verfahren lehnte das Wiederaufnahmegericht den Wiederaufnahmeantrag wegen eines Verstoßes gegen das Bezugnahmeverbot ab. In einem Verfahren bezog sich der Verteidiger auf eine Falschaussage einer Zeugin, die sich aus einem parallelen Zivilverfahren ergeben sollte. Er reichte zwar das Hauptverhandlungsprotokoll ein, aus diesem ergab sich die vorgetragene Falschaussage aber nicht. Zusätzlich verwies er auf die Akten des Landgerichts und Oberlandesgerichts in dem Zivilverfahren, die angefordert werden könnten. In einem anderen Fall bezog sich ein Verteidiger auf einen Beschluss des Familiengerichts, den er nicht einreichte oder vollständig wiedergab. In dem dritten Verfahren nahm der Verteidiger im Antrag Bezug auf verschiedene

24 OLG Frankfurt, BeckRS 2012, 15152; ebenso OLG Stuttgart, NStZ-RR 2000, 243.

Bescheide des Finanzamtes sowie ein Urteil eines Amtsgerichts, ohne die Bescheide oder das Urteil inhaltlich näher zu erläutern oder beizufügen. Auch hier war das Wiederaufnahmegericht der Ansicht, dass es sich um eine unzulässige Bezugnahme handelte. Die drei aufgeführten Beispiele haben gemeinsam, dass die Verteidiger in den Anträgen Bezug auf Schriftstücke oder Informationen nahmen, die sich aus verfahrensfremden Akten ergaben. Wenn man den Gedanken hinter der herrschenden Meinung heranzieht, dass dem Wiederaufnahmegericht regelmäßig nicht zugemutet werden kann, den Wiederaufnahmegrund aus den Verfahrensakten herauszusuchen, dann kann ihm erst recht nicht zugemutet werden, weitere Akten oder Schriftstücke aus anderen Verfahren oder anderen Quellen anfordern zu müssen, um darin nach dem Wiederaufnahmegrund zu suchen. Insofern ist die Ablehnung der Wiederaufnahmegerichte mit dem Verweis auf eine unzulässige Bezugnahme nachvollziehbar. Das dürfte auch für ein weiteres der insgesamt acht durch Verteidiger initiierten Wiederaufnahmeverfahren gelten, in dem das Wiederaufnahmegericht den Antrag ablehnte, weil kein Wiederaufnahmegrund und keine Beweismittel vorgetragen worden seien. Der Verteidiger hatte sich auch hier auf verfahrensfremde Dokumente – genauer auf Bescheide im Rahmen eines Asylverfahrens – bezogen und von diesen jeweils nur die erste Seite eingereicht, aus denen sich der vollständige Inhalt nicht ergab.

In einem anderen Verfahren kann man den Verweis auf die Unzulässigkeit von Bezugnahmen aber durchaus hinterfragen. Hier hatte sich der Verteidiger im Wiederaufnahmeantrag auf das Urteil im Ausgangsverfahren bezogen und die entsprechenden Passagen als Auszüge dem Antrag beigelegt. Das Wiederaufnahmegericht lehnte den Antrag ab und begründete dies auch damit, dass es sich dabei um eine unzulässige Bezugnahme handele. Es führte aus, der Verurteilte müsse die Feststellungen der Beweiswürdigung sowie den Schuldspruch des Urteils im Gesamten im Antrag mitteilen. Auch wenn man die herrschende Meinung im Grundsatz teilt, erscheint es fraglich, ob es generell für das Gericht unzumutbar ist, einen Blick in das Urteil im Ausgangsverfahren zu werfen, zumal es die Verfahrensakte mitübersandt bekommt. In dem konkret beschriebenen Verfahren hatte der Verteidiger sogar alle relevanten Passagen, auf die er sich in seinem Antrag bezog, als Anlage dem Wiederaufnahmeantrag beigelegt. Dennoch zu verlangen, dass der Verteidiger Schuldspruch und Feststellungen zur Beweiswürdigung im Antrag selbst wiedergibt, führt dazu, dass der Wiederaufnahmeantrag in großen Teilen aus einer wortgleichen Wiedergabe des Ausgangsurteils besteht, ohne dass das Gericht einen informativen

Mehrwert erhält. Auch unter den Gesichtspunkten der Arbeitersparnis und der Gewährleistung einer aus sich heraus verständlichen schlüssigen Darstellung macht das wenig Sinn. Beidem wird auch genügt, wenn die gegenständlichen Passagen als Anhang mitübersendet werden. Ob Ausführungen zum Ausgangsurteil oder zu anderen Teilen der Akte des Hauptverfahrens nun im Antragstext selbst oder als Anhang vorhanden sind, hat vielleicht einen Einfluss auf den Lese- und Gedankenfluss des Lesers und damit auf die Bequemlichkeit bei der Sichtung des Antrags. Es führt aber sicher nicht dazu, dass der Antragsinhalt nicht mehr nachvollzogen werden kann. Außerdem ergibt sich diese strenge Anwendung des Bezugnahmeverbots nicht aus dem Gesetz.

§ 366 Abs. 2 StPO bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf den Angeklagten und die in § 361 Abs. 2 StPO bezeichneten Personen, nicht auf die Staatsanwaltschaft. Bei § 366 Abs. 1 StPO ergibt sich eine solche Einschränkung des personellen Anwendungsbereichs nicht aus dem Wortlaut. Folglich müsste das Bezugnahmeverbot eigentlich auch für Anträge der Staatsanwaltschaft gelten, sofern man es an dieser Vorschrift festmacht.²⁵

In der Wiederaufnahmepraxis wird ein Bezugnahmeverbot für Anträge der Staatsanwaltschaft nicht angenommen. Regelmäßig bestand in den untersuchten Verfahren der Wiederaufnahmeantrag der Staatsanwaltschaft in einem kurzen handschriftlichen Vermerk, in dem zur Begründung auf ein anderes Dokument, zum Beispiel auf ein Urteil in einem anderen Verfahren, hingewiesen wurde. Aber auch in längeren Anträgen nutzte die Staatsanwaltschaft sehr häufig Verweise und Bezugnahmen auf Beschlüsse, Urteile oder Gutachten aus anderen Verfahren. Die Wiederaufnahmege-richte haben dies praktisch nie bemängelt, sondern im Gegenteil anstandslos akzeptiert, obwohl sie auch hier die entsprechenden Unterlagen und

25 Das ist umstritten. Zum Teil wird vertreten, dass unzulässige Bezugnahmen zu einem Mangel der Form gem. § 366 Abs. 2 StPO führen (Meyer-Goßner/Schmitt, § 366 Rn. 4). Nach anderer Ansicht ist darin ein inhaltlicher Mangel nach § 366 Abs. 1 StPO zu sehen (Marxen/Tiemann, Wiederaufnahme, Rn. 117). Der Wortlaut des § 366 StPO spricht eher dafür, das Verbot von Bezugnahmen und Verweisen Abs. 1 zuzuordnen. Zwar gibt der Wortlaut beider Absätze keine Auskunft zu einem Bezugnahmeverbot, allerdings statuiert Abs. 1, dass in dem Antrag der gesetzliche Grund der Wiederaufnahme angegeben werden muss. Daraus kann man ableiten, dass der gesetzliche Grund der Wiederaufnahme in schlüssiger Form angegeben werden muss, was Bezugnahmen und Verweise ausschließt. Diejenigen, die als Folge solcher Bezugnahmen bereits die Form nach § 366 Abs. 2 StPO ablehnen, müssten generell zu dem Ergebnis kommen, dass ein Bezugnahmeverbot für Anträge der Staatsanwaltschaft nicht gilt.

Akten selbst herausuchen mussten. Nur in einem einzigen Verfahren klang zumindest Kritik an. Es ging es um eine möglicherweise nicht erkannte Schuldunfähigkeit. In einem anderen Verfahren hatte ein Gutachter festgestellt, dass der Verurteilte zu den Tatzeitpunkten des Ausgangsverfahrens unter Wahnvorstellungen gelitten habe. Darauf stützte sich der Wiederaufnahmeantrag, wobei der Staatsanwalt auf das Gutachten verwies. Das Wiederaufnahmegericht befand den Antrag für zulässig. Dagegen legte der Verteidiger überraschend sofortige Beschwerde ein.²⁶ Das Beschwerdegericht führte aus, es könne angesichts der Tatsache, dass der Verurteilte nicht beschwert sei, dahinstehen, ob der Antrag der Staatsanwaltschaft den Anforderungen des § 366 Abs. 1 StPO entspreche. Danach müsse ein Antrag den gesetzlichen Grund der Wiederaufnahme angeben, wozu eine geschlossene und aus sich heraus verständliche Sachdarstellung ohne Bezugnahmen und Verweisungen auf andere Fundstellen erforderlich sei. Aus dem Wiederaufnahmeantrag erschließe sich aber nur mittelbar, dass im Bewährungsheft ein forensisch-psychiatrisches Gutachten vorhanden sei, gemäß dem der Verurteilte unter Wahnvorstellungen gelitten habe.

Die Ausführungen des Beschwerdegerichts sind im Vergleich zu den anderen untersuchten Verfahren ein Unikum, da – wie geschildert – die Wiederaufnahmegerichte bei Anträgen der Staatsanwaltschaft das Bezugnahmeverbot nicht beachten. Die Praxis stellt insoweit also wesentlich geringere Anforderungen an Wiederaufnahmeanträge der Staatsanwaltschaft als an solche des Verurteilten. Auf § 366 Abs. 1 StPO lässt sich diese Ungleichbehandlung nicht stützen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Arbeitersparnis der Gerichte und der Unzumutbarkeit des Heraussuchens von Akten und Schriftstücken leuchtet die Unterscheidung nach dem Antragsteller nicht ein. Für Anträge des Verurteilten, die dieser über einen Verteidiger oder Rechtsanwalt stellt, wirkt sich diese Ungleichbehandlung als Hürde aus, die sich so aus dem Gesetz und aus Überlegungen zur Entlastung der Gerichte nicht herleiten lässt.

(2) Verbrauch des Vorbringens

Der Verbrauch des Vorbringens wird immer dann relevant, wenn mehrere Wiederaufnahmeanträge gestellt werden. Wird ein Wiederaufnahmeantrag

26 Vermutlich befürchtete er die Unterbringung des Verurteilten in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB.

aus rein formellen Gründen verworfen (z. B. vom Verurteilten eigenhändig gestellt, keine Unterschrift des Verteidigers), bleibt es dem Antragsteller unbenommen, nochmals einen formgemäßen Antrag zu stellen und darin die bereits vorgebrachten Wiederaufnahmegründe erneut vorzubringen. Wird der Wiederaufnahmeantrag hingegen nach sachlicher Prüfung des Gerichts verworfen, erwächst der Beschluss in Rechtskraft und das frühere Vorbringen kann grundsätzlich nicht mehr Gegenstand eines neuen Antrags sein. Es ist verbraucht.²⁷

In den untersuchten Verfahren haben die Wiederaufnahmegerichte in sieben Fällen einen Antrag unter anderem auch deshalb verworfen, weil das Vorbringen verbraucht gewesen sei. In vier der sieben Verfahren betraf das eigenhändige Anträge der Verurteilten,²⁸ in denen sich diese auf Wiederaufnahmegründe bzw. Beweismittel beriefen (z. B. Widerruf eines Geständnisses, falsche Zeugenaussagen), über die bereits zuvor in einem Wiederaufnahmeverfahren rechtskräftig entschieden worden war.²⁹ In drei Fällen trugen neue Verteidiger Wiederaufnahmegründe vor, über die bereits in früheren Verfahren abschließend entschieden worden war.

Bei der Untersuchung der Verfahrensakten ist allgemein aufgefallen, dass die Wiederaufnahmegerichte ihre Ablehnung sehr häufig nicht nur auf eine tatsächlich fehlende Form stützten, sondern zusätzlich ausführten, warum das Vorbringen auch nicht neu oder nicht geeignet sei. Dieses Vorgehen wäre problematisch, wenn die Wiederaufnahmegerichte aufgrund dieser hilfsweise herangezogenen Ablehnungsgründe bei späteren Wiederaufnahmeverfahren einen Verbrauch angenommen hätten.³⁰ Das konnte aber nicht festgestellt werden. Im Gegenteil konnte in sechs weiteren Verfahren beobachtet werden, dass bei mehreren Wiederaufnahmeanträgen, die formgemäß gestellt wurden, der Verbrauch des Antragsvorbringens gar kein Thema war, obwohl sich die Wiederaufnahmegerichte bei den späteren Anträgen durchaus auf einen Verbrauch des Vorbringens hätten berufen können.

27 OLG Hamburg, NSTZ-RR 2000, 50 (51); SK-StPO/*Frister*, § 368 Rn. 15; *Marxen/Tiemann*, Wiederaufnahme, Rn. 294; BeckOK-StPO/*Singelstein*, § 368 Rn. 16; *Stern*, NSTZ 1993, 409 (412).

28 Teilweise waren diese also allein schon wegen § 366 Abs. 2 StPO unzulässig.

29 In den vorigen Verfahren wurde bei den Beweismitteln bereits die Neuheit oder Geeignetheit verneint.

30 In solchen Fällen einen Verbrauch verneinend SK-StPO/*Frister*, § 368 Rn. 15; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 372 Rn. 9.

(3) Unzulässige Wiederaufnahmeziele, insbesondere § 363 StPO

Der Verurteilte muss in seinem Antrag nicht nur einen Wiederaufnahmegrund i. S. d. § 359 StPO vorbringen, sondern nach ganz herrschender Meinung auch ein zulässiges Wiederaufnahmeziel verfolgen.³¹ Die zulässigen Wiederaufnahmeziele lassen sich aus dem Gesetz entnehmen. So nennt § 359 Nr. 5 StPO für den Wiederaufnahmegrund neuer Tatsachen und Beweismittel folgende Wiederaufnahmeziele: Freispruch, eine geringere Strafe in Anwendung eines milderen Strafgesetzes oder eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung. Diese Wiederaufnahmeziele gelten über den eigentlichen Wortlaut hinaus nicht nur für Nr. 5, sondern auch für die anderen Wiederaufnahmegründe des § 359 StPO.³² Anerkannt ist aus teleologischen Gründen auch die Verfahrenseinstellung als zulässiges Wiederaufnahmeziel, sofern sie in ihrer Wirkung einem Freispruch gleichkommt.³³ Das Gesetz schließt auf der anderen Seite aber auch einzelne Antragsziele aus. So ist gem. § 363 Abs. 1 StPO eine Wiederaufnahme mit dem Ziel unzulässig, eine andere Strafbemessung aufgrund desselben Strafgesetzes herbeizuführen, und § 363 Abs. 2 StPO untersagt eine Wiederaufnahme mit dem Ziel, eine mildere Strafe wegen verminderter Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB zu erreichen.

Bei der Auswertung der Verfahrensakte sind zwölf Wiederaufnahmeverfahren aufgefallen, in denen ein Wiederaufnahmeantrag mit einem unzulässigen Wiederaufnahmeziel gestellt wurde. Davon handelte es sich in elf Verfahren um Verstöße gegen § 363 StPO. In etwa der Hälfte der Verfahren lehnten die Wiederaufnahmegerichte die Anträge auch mit explizitem Verweis auf dessen Abs. 1 oder 2 ab. In den übrigen Verfahren erfolgte eine Ablehnung bereits wegen Verstoßes gegen § 366 StPO. In einigen der Wiederaufnahmeanträge wurde eine Strafminderung aufgrund desselben Strafgesetzes (vgl. § 363 Abs. 1 StPO) als alleiniges Ziel genannt. So wurde

31 MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 359 Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, § 359 Rn. 2.

32 MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 359 Rn. 4; Marxen/Tiemann, Wiederaufnahme, Rn. 69; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 359 Rn. 9.

33 OLG Bamberg, NJW 1955, 1121; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 359 Rn. 4, 13; KK-StPO/Tiemann, § 359 Rn. 34. Hingegen steht eine Einstellung aus Opportunitätsgründen gem. §§ 153 ff. StPO einem Freispruch nicht gleich; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 359 Rn. 14; KMR-StPO/Eschelbach, § 359 Rn. 200; SK-StPO/Frister, § 359 Rn. 15; Marxen/Tiemann, Wiederaufnahme, Rn. 85; Meyer-Goßner/Schmitt, § 359 Rn. 39; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 359 Rn. 55.

z. B. beantragt, die Freiheitsstrafe des Verurteilten in eine Bewährungsstrafe abzuwandeln. In diesem und einem weiteren Verfahren wurde im Antrag zudem kritisiert, dass bestimmte Vorstrafen bei der Strafzumessung berücksichtigt worden seien, die entweder nicht rechtskräftig gewesen oder später im Rahmen von anderen Wiederaufnahmeverfahren weggefallen seien.³⁴ In anderen Wiederaufnahmeanträgen war die Minderung der Strafe nicht das Hauptziel, sondern es wurde eher ein Freispruch anvisiert. Die Minderung der Strafe wurde aber mitverfolgt. So sprach beispielsweise ein Verteidiger davon, dass das Urteil des Ausgangsgerichts „zumindest“ im Strafmaß herabzusetzen sei.

In vier der insgesamt elf Verfahren, die Verstöße gegen § 363 StPO enthalten, zielten die Wiederaufnahmeanträge auf eine mildere Strafe wegen verminderter Schuldfähigkeit ab. Dazu wurden in der Regel psychische Erkrankungen vorgetragen. In einem der Verfahren, in dem der Verurteilte wegen Mordes (§ 211 StGB) verurteilt worden war, hatte ein Gutachter umfangreich untersucht, ob der Verurteilte aufgrund eines Hirntumors schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war. Ersteres schloss er aus, Letzteres konnte er nicht abschließend beurteilen. Im Wiederaufnahmeantrag stellte der Verteidiger zunächst selbst fest, dass die Wiederaufnahme nicht mit dem Zweck einer Milderung der Strafe gem. § 21 StGB erreicht werden könne. Es komme ihm darauf an, eine mildere Bestrafung wegen Totschlags (§ 212 StGB) oder Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) zu erwirken. Der Antrag wurde aber auf ein neues Gutachten gestützt, in dem die Steuerungsfähigkeit des Verurteilten aufgrund des Hirntumors neu bewertet wurde. Faktisch zielte der Antrag also – entgegen der Behauptung des Verteidigers – durchaus darauf ab, dass die Frage der verminderten Schuldfähigkeit neu bewertet wurde. Das zeigte sich auch daran, dass sich das neue Gutachten nicht zum Vorsatz oder zu den niedrigen Beweggründen verhielt. Dem Gericht ist deshalb darin zuzustimmen, dass de facto ein unzulässiges Wiederaufnahmeziel verfolgt wurde.

Interessant ist, dass in acht der elf Verfahren, in denen gem. § 363 StPO unzulässige Wiederaufnahmeziele verfolgt wurden, Verteidiger und Rechtsanwälte die Wiederaufnahmeanträge stellten. Die Unzulässigkeit der Wiederaufnahmeziele ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Offen ist, ob die Verteidiger und Rechtsanwälte nicht sehr bewandert waren auf dem Gebiet der Wiederaufnahme des Strafverfahrens oder ob sie hofften, trotz

34 S. zu diesen beiden Verfahren s. Kapitel D.IV.2.b.

§ 363 StPO die Feststellung verminderter Schuldfähigkeit oder eine andere Strafbemessung erwirken zu können.

In einem anderen der zwölf Verfahren mit unzulässigen Wiederaufnahmezielen begehrte der Verteidiger die Straffreierklärung gem. § 199 StGB, weil der Beleidigte den Verurteilten ebenfalls beleidigt habe. Das Wiederaufnahmegesicht schloss sich hier der herrschenden Meinung an, dass die Straffreierklärung weder einem Freispruch gleichstehe, noch einer Bestrafung nach einem milderen Strafgesetz.³⁵

(4) Eigene abweichende Beweiswürdigung oder Rechtsauffassung

Bei dem praktisch häufigsten³⁶ Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 5 StPO, auf den sich auch die allermeisten Anträge in den 512 untersuchten Verfahren stützten, müssen neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweismitteln dazu geeignet sind, eine andere gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Unzulässig ist mithin ein Wiederaufnahmeantrag, in dem lediglich eine andere Rechtsauffassung oder Beweiswürdigung als die des Ausgangsgerichts vorgetragen wird.³⁷ Das gilt selbst dann, wenn es sich um die abweichende rechtliche Bewertung oder Beweiswürdigung eines anderen Gerichts zu demselben Sachverhalt handelt.³⁸

In 23 der 512 Verfahren bestand die Begründung des Wiederaufnahmeantrags ausschließlich oder überwiegend in der Vornahme einer vom Gericht im Ausgangsverfahren abweichenden Beweiswürdigung oder in der Darlegung einer abweichenden Rechtsauffassung. Dies betraf vor allem

35 KMR-StPO/*Eschelbach*, § 359 Rn. 182; SK-StPO/*Frister*, § 359 Rn. 15; *Peters*, Fehlerquellen, Bd. 3, S. 89; HK-StPO/*Temming*, § 359 Rn. 27; a. A. *Marxen/Tiemann*, Wiederaufnahme, Rn. 86; Löwe-Rosenberg/*Schuster*, § 359 Rn. 122, 127. Die h. M. verweist darauf, dass § 199 StGB eine Ermessensvorschrift ist und deshalb die gleichen Erwägungen wie bei §§ 153 ff. StPO (s.o. Fn. 33) gelten müssten.

36 KMR-StPO/*Eschelbach*, § 359 Rn. 122; SK-StPO/*Frister*, § 359 Rn. 4 („Kern des Rechts der Wiederaufnahme“); *Fuchs*, JuS 1969, 517 (519); Miebach/Hohmann/*Geipel*, Kap. A Rn. 43 („geschätzt 99 %“); *Hellebrand*, NSTZ 2008, 375 (379); *ders.*, NSTZ 2004, 415 (420); *Stern*, NSTZ 1993, 409 (411) („andere Wiederaufnahmegründe praktisch weitgehend verdrängt“); *Strate*, StV 1999, 228 (235); HK-StPO/*Temming*, § 359 Rn. 1; *Theobald*, S. 15; *Waßmer*, Jura 2002, 454 (456).

37 BGHSt 18, 225 (226); Löwe/Rosenberg/*Schuster*, § 359 Rn. 98.

38 BGH, BeckRS 1990, 31168404, Rn. 19; MüKo-StPO/*Engländer/Zimmermann*, § 359 Rn. 42; Löwe/Rosenberg/*Schuster*, § 359 Rn. 77.

Anträge, die von Verteidigern gestellt wurden (19 der 23 Verfahren). Überwiegend wurden in den Anträgen außerdem Tatsachen oder Beweismittel vorgetragen, die aber nicht neu oder nicht geeignet waren. In vier Verfahren – in zweien davon wurde der Antrag vom Verurteilten eigenhändig gestellt und war daher bereits formunwirksam – erschöpfte sich der Vortrag in einer vom Ausgangsgericht abweichenden Beweiswürdigung. Keiner der Anträge in den insgesamt 23 Verfahren war erfolgreich.³⁹ In 16 Verfahren lehnten die Wiederaufnahmegerichte die Anträge wegen fehlender Beibringung neuer geeigneter Tatsachen und Beweismittel ab. In den übrigen sieben Verfahren gingen sie in ihren Entscheidungen explizit darauf ein, dass darüber hinaus die Vornahme einer vom Ausgangsgericht abweichenden Beweiswürdigung nicht dazu geeignet sei, einen Wiederaufnahmeantrag zu begründen. Zum Teil wurde gerügt, dass sich der sonstige Vortrag darin erschöpfe, dass der Antragsteller versuche, seine Beweiswürdigung an die Stelle der des Ausgangsgerichts zu stellen. Ein Wiederaufnahmegericht führte aus: „Es ist nicht möglich, durch ein womöglich neues Puzzlestück ohne weiteres die lästige alte Beweiswürdigung in Bausch und Bogen zu tilgen und durch eine neue, eigene womöglich gefälligere zu ersetzen.“

Es entsteht der Eindruck, dass manche Antragsteller versuchten, das Wiederaufnahmeverfahren zu eröffnen und eine Neubewertung der bereits bekannten und gewürdigten Beweise zu erwirken, indem sie als eine Art „Türöffner“ Tatsachen oder Beweismittel vortrugen, die sich letztlich als nicht neu oder nicht geeignet erwiesen. Darauf deutet auch hin, dass in den Wiederaufnahmeanträgen die Ausführungen zu einer Neuinterpretation der bekannten Beweismittel – gemessen an der Seitenzahl – einen größeren Umfang einnahmen als die Darlegung neuer Tatsachen oder Beweismittel und ihrer Geeignetheit.

dd. Allgemeine Antragsqualität

Von den 512 untersuchten Wiederaufnahmeverfahren scheiterte knapp die Hälfte (249 Verfahren) bereits im Aditionsverfahren. Das kann man nicht pauschal auf eine restriktive Haltung der Wiederaufnahmegerichte zurückführen. Sehr viele Wiederaufnahmeanträge hatten von vornherein offensichtlich keinerlei Erfolgsaussichten. Das betrifft insbesondere die oben

39 In einem Verfahren hat das Wiederaufnahmegericht den Antrag für zulässig befunden, aber im Probationsverfahren als unbegründet verworfen.

bereits erwähnten 138 der 249 Verfahren, in denen der Wiederaufnahmeantrag gem. § 366 Abs. 2 StPO verworfen wurde, weil der Verurteilte den Antrag eigenhändig gestellt hatte. Dabei ist häufig aufgefallen, dass diese Wiederaufnahmeanträge auch inhaltlich völlig unzureichend waren. Die Antragsteller wirken nicht selten querulatorisch. Sie richten zahlreiche Schreiben an Staatsanwaltschaften und Gerichte und stellen immer wieder Wiederaufnahmeanträge, weil sie die Verurteilung im Ausgangsverfahren nicht akzeptieren wollen.⁴⁰ Damit gehen regelmäßig pseudo-juristische Ausführungen, Verschwörungstheorien, allgemeine Justizschelte, Beleidigungen von Verfahrensbeteiligten und Strafanzeigen gegen Staatsanwälte und Richter einher. Teilweise sind die Ausführungen kaum oder gar nicht verständlich.

Besonders bemerkenswert ist ein Verfahren, in dem der Antragsteller, der wegen übler Nachrede (§ 186 StGB) und versuchten Betrugs (§§ 263, 22 StGB) verurteilt worden war und bei dem das Gericht eine verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) angenommen hatte, nach seiner Verurteilung diverse Schreiben an Gerichte und Staatsanwaltschaften verschickte, um die Aufhebung des Urteils zu erwirken. Darin steigerte er sich immer mehr in Verschwörungstheorien hinein, einschließlich eines Mordkomplotts beim Rosenmontagszug, an dem neben der Justiz auch verschiedene Unternehmen und ein Fernsehsender beteiligt gewesen seien. Die Ausführungen gipfelten in der Darstellung der Regeln zum Eigentumsrecht an Bienenschwärmen (§§ 961–964 BGB), die der Verurteilte auf seine Ehefrau übertrug, weil Personen in Bienenkostümen anwesend gewesen seien und seine Ehefrau von diesen Personen umschwärmt worden sei. Er fand auch den Weg zur Geschäftsstelle, sodass er teilweise formgemäße Anträge stellte. Es ergingen insgesamt sieben ablehnende Wiederaufnahmeentscheidungen.

Anhand solcher Verfahren wird deutlich, dass die Formvorschrift des § 366 Abs. 2 StPO ebenso wie die Pflicht zur gestalterischen Mitwirkung (auch des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle) eine Daseinsberechtigung haben.⁴¹ Die Wiederaufnahmegerichte müssen zwar auch bei nicht formgemäßen Anträgen ablehnende Beschlüsse verfassen. Der Anwaltszwang in § 366 Abs. 2 StPO bewahrt die Gerichte aber in den meisten Fällen (ausgenommen solche, in denen die Verurteilten den Weg zur Geschäfts-

40 Das gilt teilweise auch für Anträge der Verurteilten zu Protokoll der Geschäftsstelle (insgesamt 22 der 512 Verfahren). Gerade besonders hartnäckige und gleichzeitig querulatorische Verurteilte fanden irgendwann den Weg zur Geschäftsstelle.

41 So auch bereits *Schöneborn*, Wiederaufnahmeproblematik, S. 194.

stelle finden) davor, sich mit diesen offensichtlich unbegründeten Anträgen inhaltlich auseinander setzen zu müssen.

Allerdings bietet auch die Einschaltung eines Verteidigers oder Rechtsanwalts keine Gewähr dafür, dass zulässige Wiederaufnahmeanträge gestellt werden. Laut *Marxen/Tiemann* zeigt „die richterliche Erfahrung, dass Strafverteidiger mit dem Wiederaufnahmerecht, das sich in wesentlichen Strukturelementen vom sonstigen Strafverfahrensrecht unterscheidet, oft nicht genügend vertraut sind“.⁴² Das bestätigen die vorstehend erörterten Untersuchungsergebnisse zu den formalen und inhaltlichen Problemen: In drei Anträgen fehlte die Unterschrift, bei vier Anträgen mangelte es an der gestalterischen Mitwirkung des Verteidigers, acht Anträge enthielten unzulässige Bezugnahmen, drei Anträge führten ein bereits verbrauchtes Vorbringen an, neun Anträge verfolgten unzulässige Ziele und 19 Anträge stützten sich auf eine eigene Beweiswürdigung oder Rechtsansicht. Insgesamt betrafen diese Fehler in der Summe 35 der insgesamt 166 durch Verteidiger gestellten Wiederaufnahmeanträge.⁴³ Auch in den übrigen 131 Verfahren waren die Wiederaufnahmeanträge keinesfalls stets frei von Mängeln. Zur Verdeutlichung seien zwei Verfahren herausgegriffen: Der Verteidiger in dem ersten Verfahren vertrat die Ansicht, die in seinem Antrag genannten Beweismittel seien neu, da es keine Hauptverhandlung gegeben habe. Es handelte sich bei dem Ausgangsverfahren aber um ein Strafbefehlsverfahren, in dem es keine Hauptverhandlung gibt und sich die Neuheit von Tatsachen und Beweismitteln maßgeblich nach dem Akteninhalt richtet. Aus diesem ergab sich, dass die Beweismittel bei Erlass des Strafbefehls bekannt gewesen und daher nicht mehr neu waren. In dem zweiten Verfahren gab der Verteidiger im Wiederaufnahmeantrag als neues Beweismittel eine neue Zeugin an, die dem Verurteilten ein Alibi gebe. Nach diesem vielversprechenden Anfang bezog er sich dann aber „hilfsweise“ auf § 359 Nr. 3 StPO, obwohl er selbst ausführte, dass dessen Voraussetzungen nicht vorlägen, und beschuldigte Verfahrensbeteiligte der Rechtsbeugung.

42 *Marxen/Tiemann*, Wiederaufnahme, Rn. 2.

43 Die Zahl ergibt sich aus der Addition der Verfahren, die einen der unter den Abschnitten bb. und cc. genannten Fehler enthielten, wobei Wiederaufnahmeverfahren, in denen die Anträge mehrere Fehler gleichzeitig enthielten, nur einmal gezählt wurden. Beispielhaft für ein Verfahren mit gleich mehreren Mängeln im Wiederaufnahmeantrag ist eines, in dem der antragstellende Verteidiger sowohl unzulässige Bezugnahmen und Verweise vornahm, unzulässige Antragsziele verfolgte und darüber hinaus eine eigene, vom Ausgangsgericht abweichende Beweiswürdigung präsentierte.

Neben den festgestellten formalen und inhaltlichen Mängeln bei der Stellung von Wiederaufnahmeanträgen sind allerdings auch 15 Verfahren aufgefallen, in denen die Verteidiger besonders gute Arbeit für den Verurteilten geleistet haben. Diese zeichnete sich durch gut formulierte Wiederaufnahmeanträge aus, die vertiefte Kenntnisse des Wiederaufnahmerechts zeigten. Darüber hinaus unternahmen die Verteidiger zum Teil umfangreiche Recherchen, um Fehler im Ausgangsverfahren aufzudecken und der Wiederaufnahme zum Erfolg zu verhelfen.⁴⁴ Zwölf der 15 Wiederaufnahmeverfahren waren auch deshalb erfolgreich. Hervorzuheben ist ein Verfahren, in dem der Antrag auf Wiederaufnahme eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens zunächst mit der Begründung als unzulässig verworfen wurde, dass der Verteidiger der erweiterten Darlegungslast nicht nachgekommen sei, weil der Zeuge dem Verurteilten schon im Ausgangsverfahren bekannt gewesen sei und deshalb bereits damals von ihm hätte benannt werden können.⁴⁵ Auf die sofortige Beschwerde hin vertrat das Beschwerdegericht zunächst in einem Hinweis die Ansicht, dass das Strafbefehlsverfahren mit seinem fristgebundenen Einspruch nicht mit dem Wiederaufnahmeverfahren „ausgehebelt“ werden dürfe. Der Verteidiger legte daraufhin ausführlich dar, warum die Grundsätze der erweiterten Darlegungslast nicht auf das Strafbefehlsverfahren angewandt werden dürften. Dabei bezog er sich insbesondere darauf, dass es dort keine Hauptverhandlung gibt, in welcher der Angeklagte oder Verteidiger Zeugen benennen können. Das Beschwerdegericht erklärte daraufhin den Antrag für zulässig.

b. Ermittlungen und Antragsstellung durch die Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft darf ebenfalls Wiederaufnahmeanträge stellen, auch zugunsten des Verurteilten (§ 365 i. V. m. § 296 Abs. 2 StPO).⁴⁶ In der

44 In einem (freilich erfolglosen) Verfahren hat der Verteidiger beispielsweise veranlasst, dass Bekannte des Verurteilten den Tatort noch einmal aufsuchten, um nach weiteren, von den Behörden möglicherweise nicht gefundenen Patronenhülsen zu suchen.

45 Zur Problematik der erweiterten Darlegungslast s. Kapitel G.III.2.b.bb.(2)(c).

46 Ob die Staatsanwaltschaft dazu sogar verpflichtet ist und ob sie auch eine Ermittlungspflicht trifft, wenn es Hinweise für einen Fehler im Ausgangsverfahren gibt, ist in der Literatur umstritten und wurde von der Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden; s. dazu KMR-StPO/Eschelbach, § 365 Rn. 21 ff. einerseits und Marxen/Tiemann, Rn. 297; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 364b Rn. 9 ff. andererseits.

Literatur wird kritisiert, dass sie davon keinen Gebrauch mache und nicht zugunsten des Verurteilten Ermittlungen anstelle.⁴⁷

Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, konnten 23 Verfahren identifiziert werden, in denen die Staatsanwaltschaft entweder keine Kenntnis von der Möglichkeit der Stellung eines Wiederaufnahmeantrags hatte oder keine Ermittlungen anstellte bzw. keinen Antrag von Amts wegen stellte, obwohl eindeutig ein Fehler im Ausgangsverfahren vorlag. Daneben gab es aber auch 17 Verfahren, in denen die Staatsanwaltschaft umfangreich ermittelte.

aa. Keine Kenntnis vom Rechtsbehelf der Wiederaufnahme des Verfahrens

In neun der 23 genannten Verfahren erweckt der Inhalt der Akte den Anschein, dass der Sachbearbeiter bei der Staatsanwaltschaft keine Kenntnis davon besaß, dass die Wiederaufnahme ein möglicher Rechtsbehelf ist, um einen Fehler im Ausgangsverfahren zu beheben.

Das betrifft insbesondere Verfahren, in denen im Ausgangsverfahren eine Gesamtstrafe fehlerhaft gebildet wurde.⁴⁸ So hatte in einem Verfahren der die Strafvollstreckung durchführende Rechtspfleger die fehlerhafte Gesamtstrafenbildung bemerkt und sich offenbar beim zuständigen Staatsanwalt über das weitere Vorgehen erkundigt. In der Akte findet sich ein handschriftlicher Vermerk des Staatsanwalts, dass das rechtskräftige Urteil nicht geändert werden könne und die Gesamtstrafe daher zu vollstrecken sei. Der Rechtspfleger scheint weiterhin unsicher gewesen zu sein. Er fragte bei der Gnadenstelle an, ob die Berichtigung des Urteilstenors in Betracht komme. Diese wies ihn dann darauf hin, dass die Wiederaufnahme der richtige Rechtsbehelf sei. In einem ähnlichen Verfahren wussten Rechtspfleger und Amtsanwalt ebenfalls nicht, wie sie mit einem fehlerhaften Gesamtstrafenbeschluss verfahren sollten, und wandten sich an das Ausgangsgericht, das sie auf die Möglichkeit der Wiederaufnahme hinwies.

47 KMR-StPO/*Eschelbach*, § 365 Rn. 18; *Grüner/Wasserburg*, NStZ 1999, 286 (287, 291); *Hanack*, JZ 1973, 393 (395); a. A. im Bericht der *Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens*, abrufbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/18_wp/Strafverfahren_effektiv_praxistauglich/Bericht.html (letzter Abruf am 22.2.2024), die sich nur dafür aussprach, eine Unterstützungspflicht der Staatsanwaltschaft in die RiStBV aufzunehmen.

48 S. Kapitel D.III.1.a.

Auch in Verfahren mit anderen Fehlern im Ausgangsverfahren konnte beobachtet werden, dass keine Kenntnis vom Rechtsbehelf der Wiederaufnahme bestand. In einem Fall, in dem es im Ausgangsverfahren zu einer Personenverwechslung gekommen war, wies die Verurteilte die Staatsanwaltschaft auf diese Verwechslung hin. Der zuständige Amtsanwalt erkannte den Fehler im Ausgangsverfahren, hielt aber eine Durchbrechung der Rechtskraft nicht für möglich. Auch er wandte sich an die Gnadenstelle, die ihn dann mit fundierten wiederaufnahmerechtlichen Ausführungen darauf hinwies, dass als Rechtsbehelf gegen den fehlerhaften Strafbefehl im Ausgangsverfahren die Wiederaufnahme des Verfahrens in Betracht komme. Auch in einem weiteren Verfahren war es erneut die Gnadenstelle, die die Beteiligten bei der Staatsanwaltschaft auf die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens hinwies.⁴⁹ Insgesamt wird deutlich, dass Richter und Staatsanwälte, die bei der Gnadenstelle tätig sind, regelmäßig fundierte Kenntnisse im Wiederaufnahmerecht hatten und den Verfahrensbeteiligten sogar darlegten, worin konkret die neuen Tatsachen und Beweismittel bestanden und inwiefern diese auch im Sinne des § 359 Nr. 5 StPO geeignet waren.

bb. Keine Ermittlungen und/oder Antragsstellung trotz Fehlern im Ausgangsverfahren

In 14 weiteren der insgesamt 23 Verfahren lag zwar ein Fehler im Ausgangsverfahren vor,⁵⁰ die Staatsanwaltschaft hatte dennoch kein Interesse an der Behebung des Fehlers durch eigene Ermittlungen oder der Initiierung eines Wiederaufnahmeverfahrens. In einigen Fällen lag der Fehler im Ausgangsverfahren nach Aktenlage klar auf der Hand, dennoch wehrte sich die Staatsanwaltschaft gegen die Durchführung der Wiederaufnahme des Verfahrens.

Bei zwölf der 14 Verfahren handelte es sich im Ausgangsverfahren um Strafbefehlsverfahren. Exemplarisch sollen im Folgenden zwei Verfahren dargestellt werden, in denen der zuständige Staatsanwalt eindeutig Kennt-

49 Insgesamt gab es sieben Verfahren, in denen die Gnadenstelle die Verfahrensbeteiligten auf die Möglichkeit der Wiederaufnahme hinwies.

50 In zwölf der 14 Verfahren wurde der Fehler im späteren Wiederaufnahmeverfahren festgestellt und das Verfahren war erfolgreich. In zwei Verfahren war die Wiederaufnahme nicht erfolgreich, nach Aktenlage war die Entscheidung im Ausgangsverfahren aber nachweislich falsch; s. Kapitel D.IV.2.a.

nis von dem Fehler im Ausgangsverfahren hatte, aber trotzdem aus verschiedenen Gründen keine Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen wollte.

Im ersten Verfahren lag der Fehler in zwei sich widersprechenden Weisungen gegen den Verurteilten in zwei aufeinanderfolgenden Gerichtsbeschlüssen.⁵¹ Auf einen Vermerk eines Rechtspflegers hin, in dem auf diesen Fehler hingewiesen wurde, räumte der Staatsanwalt in einer Verfügung zwar ein, dass der Strafbefehl wegen Verstoßes gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (§ 145a StGB) zu Unrecht ergangen sei. Er behauptete jedoch ohne Begründung, dass die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme nicht erfüllt seien, und meinte, die Gnadenstelle sei zuständig. Erst nachdem diese, wie in zuvor dargestellten Fällen, dargelegt hatte, dass eine Wiederaufnahme möglich und zulässig war, stellte der Staatsanwalt den Antrag, der im Ergebnis erfolgreich war und zur Aufhebung der Ausgangsentscheidung führte.

Im zweiten Verfahren erging ein Strafbefehl wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) (später wurde eine Gesamtstrafe aus dieser Strafe und einer weiteren gebildet). Drei Monate nach Erlass des Strafbefehls wies die Betreuerin des Verurteilten das Ausgangsgericht und die zuständige Staatsanwaltschaft darauf hin, dass der Verurteilte in einem anderen Strafverfahren wegen Schuldunfähigkeit freigesprochen worden war, nachdem in einem psychiatrischen Gutachten festgestellt worden war, dass er seit Jahren an einer paranoid-halluzinatorischen Psychose litt. Das Ausgangsgericht bat daraufhin die Staatsanwaltschaft, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu prüfen. Der zuständige Staatsanwalt lehnte dies ab. Dass der Verurteilte in einem anderen Verfahren freigesprochen worden sei, sei kein Anlass, in diesem Verfahren eine Wiederaufnahme zu beantragen. Für den Fall weiterer Einwendungen der Betreuerin rege er an, sie darauf hinzuweisen, dass der Verurteilte durch die Gesamtstrafenbildung Geld spare. Der Richter am Ausgangsgericht widersprach und regte erneut an, die Wiederaufnahme zu beantragen. Die Staatsanwaltschaft komme ihrer Fürsorgepflicht für ein faires Verfahren nicht nach, wenn der Strafbefehl aufgrund der Erkrankung des Verurteilten nicht ordnungsgemäß zustande gekommen sei. Es stelle sich darüber hinaus die Frage nach einer Pflichtverteidigerbestellung und der ordnungsgemäßen Zustellung des Strafbefehls, falls der Verurteilte gesundheitlich überfordert gewesen sei. Erst nach dieser erneuten Auffor-

51 S. zu diesem Fall auch Kapitel D.I.7.

derung beantragte die Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme, die zum Freispruch des Verurteilten führte.

Interessant zu beobachten ist, dass bei neun der 14 Verfahren, in denen ein Fehler im Ausgangsverfahren festgestellt wurde und die Staatsanwaltschaft von sich aus weder bei Anhaltspunkten ermittelte, noch bei Kenntnis des Fehlers einen Wiederaufnahmeantrag stellte, der Fehler in einer unerkannten Schuldunfähigkeit lag. In jedem dieser Verfahren gab es nach der Verurteilung Hinweise, dass der Verurteilte psychisch krank und möglicherweise nicht schuldfähig war: es lagen Gutachten aus anderen Verfahren vor, Betreuer wandten sich an die Staatsanwaltschaft, der Verurteilte selbst reichte Atteste ein usw.⁵² Dennoch ermittelten die Staatsanwaltschaften nicht, ob auch im Ausgangsverfahren eine Schuldunfähigkeit vorgelegen hatte, etwa indem sie die Einholung eines Gutachtens beantragten, weitere Erkundigungen bei den Betreuern einholten oder Akten aus Parallelverfahren anforderten. Das mag damit zusammenhängen, dass die Beurteilung der Schuldfähigkeit ohne sachverständige Unterstützung kaum möglich ist und der mit der Einholung und Erstellung eines Gutachtens verbundene Aufwand bei den bagatellartigen Straftaten in den Ausgangsverfahren unverhältnismäßig erscheint. Festzustellen ist jedoch auch, dass es in allen Verfahren letztlich doch, wenn auch erst nach dem Einsatz von Verteidigern, Betreuern, Gnadenstellen oder Ausgangsgerichten, zu Wiederaufnahmeverfahren kam. Zu beachten ist schließlich noch, dass es in der großen Mehrheit der erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren wegen Schuldunfähigkeit die Staatsanwaltschaft war, die den Antrag stellte.⁵³

cc. Eigene Ermittlungen der Staatsanwaltschaft und Antragsstellung von Amts wegen

Ganz im Gegensatz zu den im vorangegangenen Abschnitt erörterten Fällen führte die Staatsanwaltschaft in 17 der 512 untersuchten Verfahren umfangreiche Ermittlungen zugunsten des Verurteilten durch, weil Hinweise auf eine Fehlentscheidung im Ausgangsverfahren bestanden. In 16 der 17 Verfahren wurde daraufhin die Wiederaufnahme des Verfahrens angeordnet. Bei fast allen Verfahren erging im Ausgangsverfahren ein Strafbefehl. Die Art der Fehler ist breit gefächert. Es handelt sich unter anderem um Verfahren mit Personenverwechslungen, nicht festgestellter Schuldunfähig-

52 Vgl. dazu Kapitel F.II.2.

53 S. Tabelle F7: 53 von 74 erfolgreichen Verfahren.

keit, falschen Zeugenaussagen und Doppelverurteilungen. So unterschiedlich die Fehler im Ausgangsverfahren sind, so vielseitig sind auch die Ermittlungen, die die Staatsanwaltschaften vornahmen. In den Fällen mit nicht erkannter Schuldunfähigkeit wurden auf die Hinweise von Verurteilten, Betreuern, Familienangehörigen oder anderen Staatsanwaltschaften hin Akten aus anderen Strafverfahren oder Betreuungsverfahren herangezogen, Erkundigungen beim Ausgangsgericht eingeholt oder Gutachten in Auftrag gegeben. In einem Verfahren, in dem eine Fehlentscheidung aufgrund einer falschen Zeugenaussage zustande kam, betrieb die Staatsanwaltschaft selbst Nachforschungen, ließ den Zeugen vernehmen und holte Erkundigungen beim Arbeitgeber des Verurteilten ein. Bei Fällen mit Personenverwechslungen ließen die Staatsanwaltschaften ebenfalls Zeugen vernehmen und ordneten in einem Fall sogar einen DNA-Vergleich an.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass den 14 Fällen, in denen seitens der Staatsanwaltschaft (zunächst) keine Ermittlungen oder Anträge erfolgten, 17 Fälle gegenüberstehen, in denen sie umfangreich ermittelte. Diese Zahlen sind in Relation dazu zu setzen, dass der Wiederaufnahmeantrag in insgesamt 167 der 512 untersuchten Verfahren von der Staatsanwaltschaft gestellt wurde. Auch wenn einzelne Akten zeigen, dass Staatsanwälte keine Ermittlungen aufnehmen oder Wiederaufnahmeanträge stellen wollten, zeigt die Gegenüberstellung der Zahlen deutlich, dass dies nicht der Regelfall ist und es weitaus mehr Fälle gibt, in denen die Staatsanwaltschaft bestrebt war, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu betreiben. Gerade bei den besonders fehleranfälligen Strafbefehlsverfahren⁵⁴ ist es begrüßenswert, dass die Staatsanwaltschaften bei Hinweisen auf eine Fehlentscheidung selbst zugunsten des Verurteilten ermitteln und Wiederaufnahmeanträge stellen, anstatt dies dem Verurteilten oder Verteidiger zu überlassen. Der in der Literatur geäußerte Vorwurf, Ermittlungen und Anträge der Staatsanwaltschaft seien eine absolute Ausnahme, kann auf der Grundlage der untersuchten Akten nicht bestätigt werden.

c. Bestellung eines Pflichtverteidigers

Gem. § 364a StPO bestellt das Wiederaufnahmegericht „dem Verurteilten, der keinen Verteidiger hat, auf Antrag einen Verteidiger für das Wiederaufnahmeverfahren, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint“. Weil die Vorschrift aus-

54 S. Kapitel DV.

drücklich vom „Verurteilten“ spricht und der Gesetzgeber mit ihr nur die Rechtsstellung eines Verurteilten verbessern wollte, „der die Möglichkeit eines erfolgversprechenden Wiederaufnahmeantrags prüfen möchte“,⁵⁵ findet § 364a StPO nach herrschender Meinung nur auf Wiederaufnahmeverfahren „zugunsten des Verurteilten“ (§ 359 StPO) Anwendung, nicht aber auf solche „zuungunsten des Angeklagten“ (§ 362 StPO). Dort greife aber § 140 Abs. 2 StPO ein.⁵⁶ Auch nach dieser Vorschrift muss einem unverteidigten Angeklagten ein Verteidiger bestellt werden, wenn „wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint“. Zusätzlich kann gem. § 364b StPO einem Verurteilten bereits für die Vorbereitung eines Wiederaufnahmeantrags ein Verteidiger bestellt werden. Auch hier ist die Grundvoraussetzung, dass der Verurteilte unverteidigt ist. § 364b Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 StPO nennt darüber hinaus weitere Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Eine Pflichtverteidigerbestellung kommt nicht in Betracht, wenn der Verurteilte bereits einen Verteidiger hat (§§ 364a, 364b Abs. 1 Nr. 1, 141 Abs. 1 S. 1 StPO). Das war nach der bisher – auch während des Untersuchungszeitraums von 2013 bis 2015 – herrschenden Meinung der Fall, wenn im Ausgangsverfahren ein Pflichtverteidiger bestellt oder ein Wahlverteidigers bevollmächtigt worden war, weil Bestellung und Vollmacht bis zur Rechtskraft eines Beschlusses gem. § 370 Abs. 2 StPO über die Anordnung der Wiederaufnahme fortwirkten.⁵⁷

In 54 der insgesamt 512 untersuchten Wiederaufnahmeverfahren sind Fehler oder Probleme bei der Bestellung eines Pflichtverteidigers aufgefallen. Der häufigste Fehler war die Verkennung der §§ 364a, b StPO. Oft wurde § 140 StPO im Wiederaufnahmeverfahren zugunsten des Verurteil-

55 BT-Drucks. 7/551, S. 52.

56 OLG Düsseldorf, NJW 1989, 676 f.; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 364a Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, § 364a Rn. 1; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 364a Rn. 2; KK-StPO/Tiemann, § 364a Rn. 3. Nach a. A. gilt § 364a StPO auch bei Verfahren zuungunsten des Verurteilten gem. § 362 Nr. 1–3 StPO (SK-StPO/Frister, § 364a Rn. 10, 13) oder generell bei Verfahren gem. § 362 StPO (SSW-StPO/Kaspar, § 364a Rn. 1).

57 KG, BeckRS 2009, 1273; NJW 2013, 182 (183, 184); OLG Braunschweig, BeckRS 2014, 16484; OLG Düsseldorf, NStZ 1983, 235; OLG Hamm, NJW 1971, 1418; KK-StPO/Tiemann, § 364a Rn. 2; a. A. KMR-StPO/Eschelbach, § 364a Rn. 44 ff.; SK-StPO/Frister, § 364a Rn. 14. – Die früher h. M. ist seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 10.12.2019 (BGBl. I 2019, S. 2128) jedenfalls für den Pflichtverteidiger nicht mehr vertretbar. In § 143 Abs. 1 StPO ist nun ausdrücklich geregelt, dass dessen Bestellung mit der Einstellung oder dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens einschließlich eines Verfahrens nach den §§ 423 oder 460 StPO endet; OLG Frankfurt, BeckRS 2020, 3895 Rn. 6 f.; BeckOK-StPO/Singelstein, § 364a Rn. 1.

ten angewandt. In einigen Fällen wurde § 140 StPO bereits im Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung genannt und vom Wiederaufnahmegericht in seiner Entscheidung übernommen. In anderen Fällen stützte sich das Gericht auf § 140 StPO, obwohl im Antrag zutreffend auf § 364a oder § 364b StPO Bezug genommen worden war.

In sechs der 54 Verfahren verkannten die Verfahrensbeteiligten (Verteidiger oder Staatsanwaltschaft und Wiederaufnahmegericht), dass die Voraussetzungen des § 364b Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 StPO kumulativ vorliegen müssen, was sich in fünf Verfahren positiv für den Verurteilten auswirkte, weil ihm ein Pflichtverteidiger für die Wiederaufnahme des Verfahrens bestellt wurde, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht erfüllt waren. In zwei dieser fünf Verfahren lagen die Voraussetzungen des § 364b StPO nicht nur nicht vor, sondern das Wiederaufnahmegericht bestellte auch pauschal ohne jede Prüfung der Norm einen Verteidiger.

In 19 der 54 Verfahren gingen die Staatsanwaltschaft und/oder das Wiederaufnahmegericht von einer Fortwirkung der Verteidigerstellung aus. In fast allen Fällen waren es Pflichtverteidiger, die im Ausgangsverfahren bestellt worden waren. In neun dieser 19 Verfahren entstanden für die Verurteilten durch die Annahme der Fortwirkung erhebliche Probleme. Mehrere Verurteilte trugen vor, das Vertrauensverhältnis zum (Pflicht-)Verteidiger sei zerstört. In drei Verfahren waren es die Pflichtverteidiger selbst, die eine Fortwirkung ihrer Bestellung entweder strikt ablehnten und sich weigerten, für den Verurteilten tätig zu werden, oder ihn baten, gegenüber dem Gericht die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses geltend zu machen. Die Wiederaufnahmegerichte gingen dennoch von der Fortwirkung der Bestellung aus, sodass es für die Verurteilten praktisch unmöglich war, eine Antragsstellung durch einen Verteidiger zu erreichen. Aufgrund § 143 I StPO n.F. ist es dem Verurteilten nun möglich, für das Wiederaufnahmeverfahren die Bestellung eines anderen Verteidigers als Pflichtverteidiger zu beantragen, wenn er mit der Arbeit seines Pflichtverteidigers im Ausgangsverfahren unzufrieden ist.

2. Die Anwendung und Auslegung des Wiederaufnahmerechts bei der Durchführung von Wiederaufnahmeverfahren

Im folgenden Kapitel sollen die Fehler und Hürden, aber auch die positiven Aspekte dargestellt werden, die bei der Anwendung und Auslegung des Wiederaufnahmeverfahrensrechts in den 512 Verfahrensakten aufgefallen sind.

a. Zuständigkeitsregeln

Zuständig für die Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren⁵⁸ ist gem. § 367 Abs.1 StPO das Wiederaufnahmegericht. Das ist gem. § 140a Abs.1 S.1 GVG grundsätzlich ein anderes Gericht mit der gleichen sachlichen Zuständigkeit wie das Gericht, gegen dessen Entscheidung sich der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens richtet.⁵⁹ Wenn im Ausgangsverfahren das Berufungsgericht entschieden hat, bedeutet dies: Richtet sich der Wiederaufnahmeantrag gegen den Schuldspruch, so ist bei einer vollumfänglich eingelegten Berufung und sachlichen Entscheidung des Berufungsgerichts auch im Wiederaufnahmeverfahren ein Landgericht zuständig. Hat das Berufungsgericht hingegen keine Entscheidung über die Schuldfrage getroffen, etwa wegen einer Beschränkung der Berufung auf den Strafausspruch, dann richtet sich der Wiederaufnahmeantrag gegen das insoweit nicht angefochtene Urteil des Amtsgerichts und zuständiges Wiederaufnahmegericht ist ebenfalls ein Amtsgericht.⁶⁰

In 29 der 512 untersuchten Verfahren ging der Wiederaufnahmeantrag aus verschiedenen Gründen beim falschen Gericht ein. Nur in wenigen Fällen sandten Verteidiger den Wiederaufnahmeantrag an das falsche Gericht. In der überwiegenden Anzahl der Fälle waren es die Staatsanwaltschaften, die Anträge beim falschen Gericht stellten oder an das falsche Gericht weiterleiteten, und Gerichte, die ihre Unzuständigkeit nicht erkannten. Das Hauptproblem lag bei der Bestimmung des sachlich zuständigen Gerichts. Die Verfahrensbeteiligten hatten insbesondere dann Probleme, wenn im Ausgangsverfahren eine Berufung stattgefunden hatte. Vor allem bei Ausgangsverfahren, in denen die Berufung auf den Strafausspruch oder einzelne Rechtsfolgen beschränkt worden war, wurden Wiederaufnahmeanträge durch die Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht gestellt oder an ein solches weitergeleitet. Es gab aber ebenso Fälle, in denen das Berufungsgericht vollumfänglich über die Schuldfrage entschieden hatte und der

58 Und für die Entscheidungen vor dem Wiederaufnahmeverfahren gem. §§ 364a, b StPO.

59 Bis 1974 entschied das Gericht, dessen Urteil angefochten wurde. Das führte dazu, dass im Wiederaufnahmeverfahren nicht selten dieselben Richter mitwirkten, die das frühere Urteil erlassen hatten. Durch die Gesetzesänderung wollte der Gesetzgeber den Bedenken an der Unbefangenheit der Richter im Wiederaufnahmeverfahren entgegenwirken. Der Verurteilte sollte sich dort einem neuen Richter gegenübersehen; BT-Drucks. IV/178, S. 33.

60 Meyer-Gofßner/Schmitt, § 140a GVG Rn. 6.

Wiederaufnahmeantrag dennoch bei einem Amtsgericht einging. Das mag daran liegen, dass sich die sachliche Zuständigkeit in Berufungsfällen nicht durch einfaches Lesen unmittelbar dem Gesetz entnehmen lässt oder die Verfahrensbeteiligten nicht in der Akte nachgesehen haben, worüber das Berufungsgericht entschieden hatte. Kurioserweise landeten auch einige Anträge der Staatsanwaltschaft beim Ausgangsgericht, obwohl sich dessen Nichtzuständigkeit klar aus dem Gesetz ergibt.⁶¹

In 12 der 29 Verfahren erkannten die Gerichte ihre Unzuständigkeit nicht und entschieden über die Wiederaufnahmeanträge. In den anderen Fällen fiel entweder bei der Staatsanwaltschaft oder dem antragsempfangenden Gericht auf, dass ein anderes Gericht zuständig war. Zumeist wurde der Antrag dann kurzerhand an das zuständige Gericht weitergeleitet. In der Regel erwachsen den Verurteilten aus dem Verfahrensfehler keine Nachteile. Auch in den Fällen, in denen zunächst ein unzuständiges und dann das zuständige Gericht entschied, kamen beide Gerichte zu der gleichen Entscheidung (Unzulässigkeit wegen fehlender Form oder dem Fehlen von Wiederaufnahmegründen).⁶²

In einem Verfahren führte allerdings die Entscheidung durch das unzuständige Gericht zunächst zu einem Nachteil für den Verurteilten.⁶³ Er und eine Mitangeklagte hatten im Ausgangsverfahren nach einer Unterbrechung der Hauptverhandlung gestanden, einen Betrug begangen zu haben.⁶⁴ Der Verteidiger des Verurteilten stellte einen umfangreichen Wiederaufnahmeantrag, in dem das Geständnis widerrufen wurde. Es sei aufgrund eines Deals erfolgt, bei dem alle Verfahrensbeteiligten davon ausgegangen seien, dass in einem anderen Verfahren vor dem Landgericht nicht mit einem Widerruf der Bewährung zu rechnen gewesen sei, weil das Landgericht

61 § 367 Abs. 1 S. 2 StPO lässt es nur für Anträge des Verurteilten (oder seiner Angehörigen gem. § 361 Abs. 2 StPO) zu, dass sie bei dem Gericht eingereicht werden, dessen Urteil angefochten wird.

62 Das kam z. B. dann vor, wenn der Verurteilte sofortige Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des unzuständigen Gerichts einlegte (als Begründung wurde nie die Unzuständigkeit genannt) und beim Beschwerdegericht auffiel, dass ein unzuständiges Gericht entschieden hatte. Das Beschwerdegericht gab dann aus diesem Grund der Beschwerde statt und übersandte den Antrag an das zuständige Wiederaufnahmegericht zur Entscheidung.

63 S. zu diesem Fall auch Kapitel E.II.3.b., Verfahren XXVIII.

64 Konkret ging es darum, dass der Verurteilte und die Mitangeklagte als Geschäftsführer dem Geschädigten vorgespiegelt haben sollen, dass sie eine Photovoltaik- und Solarthermieanlage liefern und montieren würden. Sie erhielten den Kaufpreis, lieferten aber nicht die Anlage.

der positiven Sozialprognose der Richterin am Ausgangsgericht folgen würde. Im Ergebnis sei der Widerruf durch das Landgericht aber aufgrund der floskelartigen Begründung der Sozialprognose der Richterin unterblieben.⁶⁵ Zudem seien der Verurteilte und die Mitangeklagte von der Richterin unter Druck gesetzt worden. Der Schriftsatz des Verteidigers war zulässigerweise (§ 367 Abs. 1 S. 2 StPO) an das Ausgangsgericht gerichtet. Die Richterin aus dem Ausgangsverfahren entschied nun über den Wiederaufnahmeantrag, obwohl ein anderes Amtsgericht sachlich zuständig war. Sie verwarf den Antrag pauschal als unzulässig, weil er nicht in der vorgeschriebenen Form abgefasst sei und keine neuen Tatsachen und Beweismittel i.S.d § 359 Nr. 5 StPO enthalte. Der Verteidiger rügte in der sofortigen Beschwerde, dass das Gericht, dessen Urteil angegriffen werde, über den Wiederaufnahmeantrag entschieden habe. Das Gericht habe sich auch nicht mit dem Antragsvorbringen auseinandergesetzt und es vermittele den Eindruck, dass der Antrag „bausteinartig“ im Grunde ungeprüft abgelehnt worden sei. Intern einigte sich der Verteidiger mit der Staatsanwaltschaft darauf, die sofortige Beschwerde zurückzunehmen und einen Wiederaufnahmeantrag beim zuständigen Gericht zu stellen; eine Präklusion der Wiederaufnahmegründe liege nicht vor. Das zuständige Wiederaufnahmegericht erklärte den Antrag für zulässig und vernahm im Probationsverfahren die Richterin aus dem Ausgangsverfahren. Sie gab an, Erinnerungslücken zu haben, räumte aber ein, dass die Verwerfung als unzulässig ein Fehler gewesen sein könne; sie wisse es nicht. Letztendlich ordnete das Wiederaufnahmegericht die Wiederaufnahme an und sprach den Angeklagten gem. § 371 Abs. 2 StPO frei. Das Verfahren belegt, dass die in § 140a GVG vorgesehene Zuständigkeit eines anderen Gerichts im Wiederaufnahmeverfahren sinnvoll ist. Gerade in Fällen, in denen dem Ausgangsgericht vorgeworfen wird, eine informelle Absprache getroffen oder mit Druck auf den Verurteilten eingewirkt zu haben, wäre es bedenklich, wenn dasselbe Gericht auch über einen Wiederaufnahmeantrag, der sich auf einen Widerruf des Geständnisses aufgrund dieser Vorwürfe stützt, entscheiden dürfte. In solchen Fällen ist es naheliegend, dass eine neutrale und objektive Entscheidung nicht gewährleistet ist.

Die Entscheidung durch ein unzuständiges Gericht kann zu dem Folgefehler führen, dass über eine gegen diese Entscheidung gerichtete sofortige Beschwerde ebenfalls ein Gericht entscheidet, das dafür eigentlich nicht

65 Im dem Sinne, dass der Verurteilte Arbeit habe, persönlich gefestigt sei und das Unrecht einsehe.

zuständig ist. So liegt es, wenn das Amtsgericht einen Wiederaufnahmeantrag verwirft, für den das Landgericht zuständig ist. Legt der Verurteilte gegen den Beschluss des Amtsgerichts eine sofortige Beschwerde ein, so entscheidet darüber als nächsthöheres Gericht das Landgericht, während ansonsten das Oberlandesgericht das Beschwerdegericht wäre. Das schadet nicht, wenn das Landgericht den Zuständigkeitsfehler bemerkt und den Beschluss des Amtsgerichts aufhebt. Anders ist das aber, wenn das Landgericht den Fehler nicht bemerkt und die sofortige Beschwerde verwirft. Dann kann es passieren, dass ein Wiederaufnahmeantrag von zwei unzuständigen Gerichten endgültig verworfen wird, weil dem Verurteilten im Wiederaufnahmeverfahren keine weitere Beschwerde zusteht (§ 310 Abs. 2 StPO). Um dies zu verhindern, deutet die überwiegende Ansicht die „in der äußeren Form einer Beschwerdeentscheidung getroffene Entscheidung des Landgerichts nach der allein maßgeblichen Sach- und Verfahrenslage als eine mit der Beschwerde zum Oberlandesgericht anfechtbare erstinstanzliche Entscheidung des Landgerichts“ um.⁶⁶

In vier der untersuchten Verfahren entschied ein Amtsgericht über den Wiederaufnahmeantrag, obwohl ein Landgericht zuständig war. In allen Verfahren legte der Verurteilte (aus anderen Gründen) sofortige Beschwerde ein. In zwei Verfahren entschied darüber ein Landgericht, ohne dass ein Verfahrensbeteiligter die fehlerhafte Zuständigkeit thematisierte. In einem Verfahren erkannte das Landgericht den Fehler und verwies die Sache an das zuständige Wiederaufnahmegericht. Nur in dem vierten Verfahren, in dem der Verurteilte auch gegen die Entscheidung des Landgerichts Beschwerde einlegte, hat dann das Oberlandesgericht Ausführungen dazu gemacht, dass gegen den Beschluss des Landgerichts erneut eine Beschwerde möglich sein muss, damit eine Entscheidung des eigentlich als Beschwerdegericht zuständigen Oberlandesgerichts erwirkt werden kann.

b. Wiederaufnahmegründe

§ 359 StPO und § 79 Abs. 1 BVerfG nennen zulässige Wiederaufnahmegründe für eine Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten, § 362 StPO und § 373a StPO für eine Wiederaufnahme zu seinen Ungunsten. Bei der Untersuchung der 512 Verfahren konnten erwähnenswerte Erkenntnisse allein hinsichtlich § 359 Nr. 2 StPO und § 359 Nr. 5 StPO gewonnen werden.

66 KG, BeckRS 2009, 12737; ebenso MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 367 Rn. 7; SK-StPO/Frister, § 367 Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt, § 372 Rn. 1.

aa. Falsche Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen (§ 359 Nr. 2 StPO)

Gem. § 359 Nr. 2 StPO ist eine Wiederaufnahme zulässig, wenn ein Zeuge oder Sachverständiger⁶⁷ sich bei einem zuungunsten des Verurteilten abgelegten Zeugnis oder abgegebenen Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht (§§ 154, 155, 161 Abs. 1 Var. 1 StGB) oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage (§ 153 StGB) schuldig gemacht hat. Ein Zeugnis oder Gutachten hat sich „zuungunsten“ des Verurteilten ausgewirkt, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass es einen nachteiligen Einfluss auf das Urteil gehabt hat.⁶⁸ Dabei ist es nach herrschender Meinung nicht erforderlich, dass das Urteil gerade auf dem Teil der Aussage beruht, dessen Unrichtigkeit festgestellt wurde.⁶⁹

Da sich der Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 2 StPO dadurch auszeichnet, dass der Verurteilte eine Straftat eines Zeugen oder Sachverständigen behauptet, müssen zusätzlich die Voraussetzungen des § 364 S. 1 StPO vorliegen. Danach ist ein Wiederaufnahmeantrag, der auf der Behauptung einer Straftat gründet, nur dann zulässig, wenn wegen der behaupteten Tat eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist oder die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann.

In zwölf Verfahren sind vor allem zwei Fehler aufgefallen. Der erste Fehler bestand in der Annahme der Verfahrensbeteiligten (Verteidiger, Staatsanwälte, Wiederaufnahmegerichte), dass § 359 Nr. 2 StPO (in einem Fall auch § 359 Nr. 1 StPO) dem § 359 Nr. 5 StPO vorgehe. In diesen Verfahren prüften die Verfahrensbeteiligten, wenn sich der Wiederaufnahmeantrag zum Beispiel auf eine falsche Zeugenaussage stützte, immer lediglich die Zulässigkeit einer Wiederaufnahme gem. § 359 Nr. 2 StPO, die in der Regel an § 364 S. 1 StPO scheiterte, weil bisher keine Verurteilung erfolgt war. Dabei übersahen sie, dass eine falsche Zeugenaussage auch über § 359 Nr. 5 StPO geltend gemacht werden kann, ohne dass die Voraussetzungen des § 364 S. 1 StPO vorliegen müssen. Der zweite Fehler bestand darin, dass Staatsanwälte oder Wiederaufnahmegerichte § 364 S. 1 StPO auch auf den

67 Die h. M. setzt unter Verweis auf § 191 S. 1 GVG Dolmetscher den Sachverständigen gleich; Meyer-Goßner/Schmitt, § 359 Rn. 10; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 359 Rn. 27; KK-StPO/Tiemann, § 359 Rn. 11; a. A. SK-StPO/Frister, § 359 Rn. 23.

68 BGHSt 31, 365 (371); SK-StPO/Frister, § 359 Rn. 25; SSW-StPO/Kaspar, § 359 Rn. 13; Marxen/Tiemann, Wiederaufnahme, Rn. 150.

69 OLG Düsseldorf, NJW 1950, 616; Meyer-Goßner/Schmitt, § 359 Rn. 12; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 359 Rn. 30; KK-StPO/Tiemann, § 359 Rn. 12; a. A. MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 359 Rn. 26; SK-StPO/Frister, § 359 Rn. 25.

Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 5 StPO anwendeten, obwohl § 364 S. 2 StPO dies ausdrücklich ausschließt.

Beide Fehler wurzeln möglicherweise darin, dass neben § 359 Nr. 5 StPO andere Wiederaufnahmegründe praktisch selten sind, sodass die Verfahrensbeteiligten mit Wiederaufnahmeanträgen, die auf § 359 Nr. 2 StPO gestützt werden, wenig Erfahrung haben. Hinzu kommt, dass die Rechtslage nicht unmittelbar einleuchtend ist, weil § 359 Nr. 2 i. V. m. § 364 S. 1 StPO einerseits höhere Anforderung aufstellt als § 359 Nr. 5 StPO, andererseits aber eine falsche Aussage auch über § 359 Nr. 5 StPO geltend gemacht werden kann. Es liegt deshalb nicht fern, dass die Verfahrensbeteiligten bei § 359 StPO irrtümlich von einem Spezialitätsverhältnis zwischen Nr. 2 und Nr. 5 ausgingen oder § 364 S. 1 StPO auch auf Nr. 5 anwendeten.

bb. Neue Tatsachen und Beweismittel (§ 359 Nr. 5 StPO)

§ 359 Nr. 5 StPO ist der praktisch häufigste Wiederaufnahmegrund.⁷⁰ Er setzt voraus, dass der Antragsteller neue Tatsachen oder Beweismittel beibringt, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dazu geeignet sind, eine andere gerichtliche Entscheidung⁷¹ herbeizuführen.

(1) Neue Tatsachen und Beweismittel

Tatsachen sind Vorgänge oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.⁷² Beweismittel sind die förmlichen Beweismittel der StPO, also Zeugen, Sachverständige, Urkunden und Augenschein.⁷³ Tatsachen und Beweismittel sind neu, wenn sie von dem erkennenden Gericht im Ausgangsverfahren bei seiner Überzeugungsbildung

70 S. dazu oben in und bei Fn. 36.

71 Entweder die Freisprechung des Verurteilten, eine geringere Bestrafung in Anwendung eines milderen Strafgesetzes oder eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung. Analog kann auch in bestimmten Fällen die Verfahrenseinstellung anvisiert werden.

72 BVerfG, StV 2003, 225; OLG Düsseldorf, NStE Nr. 14 zu § 359 StPO; KMR-StPO/*Eschelbach*, § 359 Rn. 125; Löwe/Rosenberg/*Schuster*, § 359 Rn. 58.

73 Löwe/Rosenberg/*Schuster*, § 359 Rn. 80; KK-StPO/*Tiemann*, § 359 Rn. 23.

nicht berücksichtigt wurden.⁷⁴ Das können sowohl Tatsachen und Beweismittel sein, die dem Gericht gar nicht bekannt waren, oder auch solche, die ihm zwar bekannt waren, die es aber – aus welchen Gründen auch immer – nicht berücksichtigt hat. Weil das Gesetz von neuen Tatsachen „oder“ Beweismitteln, spricht, genügt es, wenn eins von beiden neu ist.⁷⁵

In 28 der insgesamt 512 untersuchten Verfahren bewerteten Staatsanwaltschaft und/oder Wiederaufnahmegesicht die Neuheit von Tatsachen oder Beweismitteln fehlerhaft. In neun der 28 Verfahren lag zudem ein Fehler im Ausgangsverfahren⁷⁶ vor und im Ergebnis kam es in fünf der neun Verfahren zur Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens.⁷⁷ In vier der fünf erfolgreichen Verfahren bewertete nur die Staatsanwaltschaft die Neuheit falsch. Im fünften Verfahren lag auch das Wiederaufnahmegesicht falsch und wurde vom Beschwerdegericht korrigiert.

Häufig kam es in den 28 Verfahren vor, dass der Antragsteller offensichtlich neue Tatsachen oder Beweismittel vortrug, Staatsanwaltschaft oder Wiederaufnahmegesicht aber dennoch die Neuheit mehr oder weniger pauschal verneinten. Hierfür seien drei Beispiele angeführt. Im ersten war der Antragsteller wegen Urkundenfälschung (§ 267 StGB) und Verstoßes gegen das Pflichtversicherungsgesetz (§ 6 PflVG) verurteilt worden.⁷⁸ Er sollte eigenmächtig neue Siegelplaketten über einem entstempelten Kennzeichensiegel angebracht haben, um die ordnungsgemäße Zulassung vorzutauschen. Der Verurteilte legte mit dem Wiederaufnahmeantrag zu Protokoll der Geschäftsstelle ein Schreiben des Straßenverkehrsamtes vor, das im Ausgangsverfahren nicht bekannt gewesen war und aus dem sich ergab, dass es sich um entsiegelte Kennzeichen des Vorbesitzers handelte, die ordnungsgemäß vom Straßenverkehrsamt gesiegelt worden waren. Die Staatsanwaltschaft beantragte, den Antrag abzulehnen, weil keine neuen Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht worden seien. Das Wiederaufnahmegesicht folgte dieser Fehleinschätzung nicht, sondern ordnete die

74 BVerfG, StV 2003, 225; NJW 2007, 207 (208); MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 359 Rn. 44; SSW-StPO/Kaspar, § 359 Rn. 25; Marxen/Tiemann, Wiederaufnahme, Rn. 176.

75 OLG Rostock, BeckRS 2006, 557.

76 S. dazu, was im Text unter einem Fehler im Ausgangsverfahren verstanden wird, oben in Fn. 6.

77 Darüber hinaus kam es in einem weiteren Verfahren zur Anordnung der Wiederaufnahme. Ein Fehler im Ausgangsverfahren wurde aber nicht festgestellt, da nach der neuen Hauptverhandlung das Verfahren gem. § 153a StPO eingestellt wurde.

78 S. zu diesem Fall auch Kapitel D.I.7.

Wiederaufnahme an und sprach den Verurteilten insoweit frei. Im zweiten Beispielfall verneinte das Wiederaufnahmegericht die Neuheit eines freisprechenden Urteils in einem Parallelverfahren, weil es bei Erlass des Strafbefehls im Ausgangsverfahren noch nicht vorgelegen hatte. Auch diese Begründung ist falsch, weil es gerade der Sinn des Wiederaufnahmegrundes des § 359 Nr. 5 StPO ist, dass der Antragsteller Tatsachen und Beweismittel vorbringt, die dem Ausgangsgericht nicht bekannt waren, idealerweise, weil sie erst nach dessen Entscheidung aufgetreten sind.⁷⁹ Im dritten Beispielfall verkannte das Wiederaufnahmegericht, dass bei dem Vortrag, das im Ausgangsverfahren abgelegte Geständnis sei falsch gewesen, dessen nunmehr erklärter Widerruf die neue Tatsache ist.⁸⁰ Das Gericht stellte stattdessen auf das falsche Geständnis ab und führte aus, dass dies keine neue Tatsache sei, sondern ein bewusstes Verschweigen vermeintlich entlastender Umstände.

Auffällig ist auch, dass die Verfahrensbeteiligten in einigen Verfahren nicht danach unterschieden, ob ein Beweismittel *oder* eine Tatsache neu ist. So wurde die Verneinung der Neuheit darauf gestützt, dass ein Zeuge kein neues Beweismittel sei, weil er bereits im Ausgangsverfahren bekannt gewesen sei, oder der Verurteilte nicht, weil er gar kein förmliches Beweismittel der StPO sei. Dabei wurde verkannt, dass ein noch nicht bekanntes Vorbringen des Zeugen oder Verurteilten durchaus eine neue Tatsache sein kann. Auf die Neuheit oder Anerkennung als Beweismittel kommt es dann nicht mehr an.

Nach herrschender Auffassung sind Rechtstatsachen (z. B. Gesetze) und Rechtsansichten keine Tatsachen i. S. d. § 359 Nr. 5 StPO.⁸¹ Eine Wiederaufnahme kann daher nicht darauf gestützt werden, dass z. B. das Ausgangsgericht eine Norm übersehen habe, das Gesetz geändert worden sei oder

79 Das Wiederaufnahmegericht hatte schon zuvor einen Fehler begangen, indem es das Aditionsverfahren übersprungen und den Wiederaufnahmeantrag ohne Begründung für begründet erklärt hatte, obwohl die Staatsanwaltschaft ausführlich dargelegt hatte, dass der Antrag (richtigerweise) unzulässig war. Nachdem der Beschluss auf die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin aufgehoben worden war, verwarf das Wiederaufnahmegericht den Antrag als unzulässig, allerdings, wie beschrieben, mit falscher Begründung.

80 BGH, NJW 1977, 59; OLG Bremen, NJW 1952, 678; OLG Stuttgart, NJW 1999, 375 (376); Peters, Fehlerquellen, Bd. 3, S. 73, 78.; Meyer-Goßner/Schmitt, § 359 Rn. 23; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 359 Rn. 64, 80.

81 BVerfG, NStZ-RR 2007, 29 (30); BGHSt 39, 75 (79 f.); KG, NJW 1991, 2505 (2506); KMR-StPO/Eschelbach, § 359 Rn. 146 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, § 359 Rn. 24 f.; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 359 Rn. 73; KK-StPO/Tiemann, § 359 Rn. 19.

ein anderes Gericht zu einer anderen Rechtsauffassung gelangt sei. In drei der 28 Verfahren lehnten die Staatsanwaltschaft und/oder das Wiederaufnahmegericht die Neuheit der vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel unzutreffend mit der Begründung ab, es handle sich nur um Rechtstatsachen oder Rechtsansichten. Zwar gab es unter den insgesamt untersuchten Verfahren auch solche, in denen der Fehler in einer falschen Rechtsanwendung bestand, die durch eine Wiederaufnahme grundsätzlich⁸² nicht behoben werden kann. So lag der Sachverhalt aber in diesen drei Verfahren nicht. In allen drei Fällen hatte das Ausgangsgericht keine rechtliche Fehleinschätzung getroffen, sondern sich über den hinter der Rechtsfrage liegenden Sachverhalt geirrt, auf den sich die Tatsachen und Beweismittel, die die Antragsteller vortrugen, bezogen. In zwei der drei Verfahren lag ein Fehler im Ausgangsverfahren vor und das Wiederaufnahmeverfahren hatte im Ergebnis – auch über den Weg der sofortigen Beschwerde – Erfolg. Ein Beispiel dafür ist das Wiederaufnahmeverfahren, bei dem sich im Ausgangsverfahren die staatlichen Verfahrensbeteiligten über den Inhalt der Angaben in einem niederländischen Zulassungspapier hinsichtlich der Leermasse geirrt hatten.⁸³ Dies wurde vom Staatsanwalt in seiner Stellungnahme zum Wiederaufnahmeantrag als Irrtum über eine Rechtstatsache abgetan. Die Einschätzung war unzutreffend, weil sich das Ausgangsgericht nicht über die rechtliche Relevanz der Leermasse geirrt hatte, sondern die Leermasse falsch festgestellt hatte und damit von einem falschen Sachverhalt ausgegangen war. Die im Wiederaufnahmeantrag vorgebrachte tatsächlich geringere Leermasse war daher eine neue Tatsache.

In Wiederaufnahmeverfahren, denen Strafbefehlsverfahren vorausgegangen sind, kommt es für die Beurteilung der Neuheit auf den Inhalt der Akten an.⁸⁴ Tatsachen und Beweismittel sind neu, wenn sie entweder nicht in den Akten enthalten sind oder dort zwar enthalten, aber vom Ausgangsgericht nicht berücksichtigt worden sind.⁸⁵ In 15 der 28 Verfahren wurde die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlosse-

82 Ausnahmen sind die Mitwirkung eines straffälligen Richters (§§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 StPO), die vom EGMR festgestellte Verletzung der EMRK (§ 359 Nr. 6 StPO) und die Anwendung einer für verfassungswidrig erklärten Norm (§ 79 BVerfGG).

83 S. zu diesem Fall auch Kapitel D.I.3.b.bb.

84 BVerfG, NJW 1993, 2735 (2736); 2007, 207 (208); StV 2003, 225; KMR-StPO/*Eschelbach*, § 359 Rn. 158; SK-StPO/*Frister*, § 359 Rn. 48.

85 BVerfG, StV 2003, 225; *Eisenberg*, JR 2007, 360 (362); MüKo-StPO/*Engländer/Zimmermann*, § 373a Rn. 5; SK-StPO/*Frister*, § 359 Rn. 48; BeckOK-StPO/*Singelstein*, § 359 Rn. 24; KK-StPO/*Tiemann*, § 359 Rn. 24a.

nen Verfahrens beantragt. Bei einigen dieser Verfahren übersahen die Beteiligten, dass auch in den Akten erwähnte Tatsachen oder Beweismittel neu sein können. In einem Verfahren hatte der wegen Leistungserschleichung Verurteilte seinen Wiederaufnahmeantrag auf ein neues Beweismittel in Form eines Firmentickets gestützt.⁸⁶ Der Antrag wurde vom Wiederaufnahmegericht als unzulässig verworfen mit der Begründung, dass das Ticket bei Erlass des Strafbefehls bereits vorgelegen habe. Die Ausführungen des Gerichts führen den Begriff der Neuheit in Strafbefehlsverfahren ad absurdum, weil in ihrer Konsequenz jedes Beweismittel, das bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Strafbefehls existierte, nicht neu wäre. Entscheidend ist vielmehr, ob das Ausgangsgericht das Beweismittel bei seiner Entscheidung berücksichtigt hat. Dieser Grundsatz gilt auch in Strafbefehlsverfahren.⁸⁷

In einem weiteren Verfahren⁸⁸ lag der Fehler im Ausgangsverfahren in einer Personenverwechslung. Der Betroffene wurde im Ausgangsverfahren wegen Leistungserschleichung mittels Strafbefehl verurteilt. Angaben zum Namen, zum Geburtsdatum und zur Anschrift des Täters beruhten auf einer Selbstauskunft des Schwarzfahrers. Nach Rückfrage beim Einwohnermeldeamt durch die Staatsanwaltschaft stellte sich heraus, dass zu dem angegebenen Namen das angegebene Geburtsdatum und die Adresse nicht passten. Im Strafbefehl stand dennoch weiterhin das falsche Geburtsdatum. Im Wiederaufnahmeantrag trug der Verteidiger vor, dass der Schwarzfahrer falsche Angaben gemacht habe, was an dem falschen Geburtsdatum und der Adresse erkennbar sei. Staatsanwaltschaft, Wiederaufnahme- und Beschwerdegericht waren der Ansicht, es seien keine neuen Tatsachen und Beweismittel angeführt worden, weil diese bereits aktenkundig seien. Dass der Richter den Strafbefehl, der weiterhin das falsche Geburtsdatum enthielt, unterschrieben hat, legt allerdings nahe, dass er den aktenkundigen Widerspruch bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt hat.

86 S. zu diesem Fall auch Kapitel D.IV.2.a.

87 Dies erkannte auch das Beschwerdegericht, das den Wiederaufnahmeantrag dann aber an der erweiterten Darlegungslast scheitern ließ, s. Kapitel G.III.2.b.bb.(2)(c) (bb).

88 S. zu diesem Fall Kapitel D.IV.2.a.

(2) Die Geeignetheit der neuen Tatsachen und Beweismittel

Ein Wiederaufnahmeantrag zugunsten des Verurteilten, in dem neue Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden, ist gem. § 359 Nr. 5 StPO nur dann zulässig, wenn diese allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen geeignet sind, einen Freispruch, eine mildere Strafe durch Anwendung eines milderen Strafgesetzes oder eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung zu begründen. Das Wiederaufnahmegericht muss daher bereits im Aditionsverfahren eine Prognose aufstellen, ob es bei Zugrundelegung der neu vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel zu einer solchen günstigeren Entscheidung kommen wird.⁸⁹ Es muss sich dessen nicht sicher sein, es aber für wahrscheinlich halten.⁹⁰ Die Prognose ist aus der Sicht des Ausgangsgerichts vorzunehmen.⁹¹ Es muss also wahrscheinlich sein, dass die neuen Tatsachen und Beweismittel, wären sie vom Ausgangsgericht berücksichtigt worden, die den Schuldspruch tragenden Feststellungen erschüttert hätten.⁹² Bei seiner Prognose ist das Wiederaufnahmegericht grundsätzlich an die Rechtsauffassung und Beweiswürdigung des Ausgangsgerichts gebunden.⁹³

89 Sog. hypothetische Schlüssigkeitsprüfung; vgl. BGH, BeckRS 2014, 10647 Rn. 3; OLG Frankfurt, BeckRS 2012, 15152; 2014, 4640; OLG Rostock, BeckRS 2006, 00557; OLG Schleswig, BeckRS 2004, 18737 Rn. 4; OLG Zweibrücken, BeckRS 2017, 107531 Rn. 20; Meyer-Goßner/Schmitt, § 368 Rn. 8.

90 So die h. M.: OLG Düsseldorf, NSTZ 2004, 454 Rn. 4; OLG Frankfurt, BeckRS 2007, 143243 Rn. 10; BeckRS 2014, 4640; OLG Koblenz, NSTZ-RR 2007, 317; OLG Rostock, BeckRS 2006, 00557; OLG Schleswig, BeckRS 2004, 18737 Rn. 7; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 359 Rn. 62; Meyer-Goßner/Schmitt, § 368 Rn. 10; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 359 Rn. 135 f.; KK-StPO/Tiemann, § 368 Rn. 12a. Nach a.A. genügt die Möglichkeit: Arnemann, S. 408; KMR-StPO/Eschelbach, § 359 Rn. 210; SSW-StPO/Kaspar, § 368 Rn. 8. Das BVerfG, BeckRS 2007, 23783, hat den Wahrheitsmaßstab nicht beanstandet.

91 So die ständige Rechtsprechung und Teile der Literatur; BGHSt 17, 303 (304); 18, 225 (226); 19, 365 (366); KG, NJW 1992, 450; OLG Stuttgart, NJW 1999, 375; OLG Frankfurt, BeckRS 152; 2014, 4640. Überwiegend wird in der Literatur auf die Sicht des Wiederaufnahmegerichts abgestellt. Der Streit ist „in seinen Auswirkungen allerdings vorwiegend akademischer Natur“; so MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 359 Rn. 57 m. w. N.

92 KG, JR 1975, 166; NSTZ 2014, 670 (671); OLG Hamm, BeckRS 2015, 124032; OLG Rostock, NSTZ 2007, 357 Rn. 6.

93 So die h. M.: BGHSt 18, 225 (226); OLG Schleswig, BeckRS 2004, 18737 Rn. 6; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 359 Rn. 59 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, § 368 Rn. 9.

(a) Beurteilungsmaßstab

Der Beurteilungsmaßstab der Wahrscheinlichkeit wird im Aditions- und im Probationsverfahren angelegt. Nur die Beurteilungsgrundlage ist verschieden. Im Aditionsverfahren wird die Richtigkeit der behaupteten Tatsachen und Beweismittel unterstellt, im Probationsverfahren wird das Ergebnis der Beweisaufnahme gem. § 369 StPO zugrunde gelegt.⁹⁴ Der Beurteilungsmaßstab wird daher im Folgenden übergreifend für beide Verfahrensstadien behandelt. Das ist auch deshalb sinnvoll, weil in den geschilderten Verfahren die Wiederaufnahmegerichte häufig beide Verfahrensabschnitte zusammenfassten.⁹⁵

In drei Verfahren, in denen eine Wiederaufnahme gem. § 359 Nr. 5 StPO beantragt wurde, forderten Staatsanwaltschaft oder Wiederaufnahmegericht nicht nur Wahrscheinlichkeit, sondern Gewissheit. So führte ein Staatsanwalt in einem Verfahren aus, dass das neue Gutachten zwar Zweifel an dem im Ausgangsverfahren zugrunde gelegten Gutachten wecke, aber nicht die „sichere Annahme“ zulasse, dass das Ausgangsgericht anders entschieden hätte. Nach Ansicht des Staatsanwalts in einem der anderen Verfahren setzt Geeignetheit voraus, dass die neue Tatsache die Täterschaft des Verurteilten „ganz ausschließt“. Beides stellt, wie bereits das BVerfG ausführte, „eine Überspannung der Zulässigkeitsvoraussetzungen“ dar, die „im Ergebnis dazu führt, dass das Wiederaufnahmeverfahren für den [Verurteilten] ineffektiv wird“ und ihn so in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verletzt.⁹⁶

In 29 Verfahren⁹⁷ konnte jedoch im Gegenteil beobachtet werden, dass Wiederaufnahmeanträge sofort für zulässig und begründet erklärt wurden, ohne dass das Vorbringen eingehend geprüft oder Beweise erhoben wurden. Der Wiederaufnahmeantrag wurde quasi „durchgewinkt“. Viele dieser Wiederaufnahmeentscheidungen fallen auch dadurch auf, dass sie gar nicht (so in 16 der 29 Verfahren) oder nur kurz begründet wurden. Das

94 OLG Koblenz, BeckRS 2005, 07236; *Marxen/Tiemann*, Wiederaufnahme, Rn. 222, 355; *Peters*, Fehlerquellen, Bd. 3, S. 84 f.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 368 Rn. 1; *Löwe-Rosenberg/Schuster*, § 368 Rn. 7.

95 S. dazu noch Kapitel G.IV.1.

96 BVerfG, BeckRS 2007, 23783, zu einer Entscheidung des OLG Köln, das eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlangte. Bereits *Peters*, Fehlerquellen, Bd. 3, S. 84, konstatierte, dass „Gewissheit heute niemand mehr fordert“.

97 27 Verfahren zugunsten des Verurteilten, die auf § 359 Nr. 5 StPO und ggf. weitere Wiederaufnahmegründe gestützt wurden, und zwei Verfahren zuungunsten des Angeklagten.

wiederaufnahmefreundliche Vorgehen endete in sieben Wiederaufnahmeverfahren zugunsten des Verurteilten mit einer Einstellung des Verfahrens, ohne dass zuvor festgestellt wurde, ob im Ausgangsverfahren überhaupt ein Fehler gemacht worden war.

Eines der 29 Verfahren zeigt deutlich, welche Folgen es haben kann, wenn Wiederaufnahmegerichte Anträge pauschal für zulässig und begründet erklären. Im Ausgangsverfahren war die bereits fünffach wegen Diebstahls vorbestrafte Verurteilte vom Berufungsgericht erneut wegen Ladendiebstahls verurteilt worden. Ausschlaggebend war die Aussage der Angestellten des Bekleidungsgeschäfts, wonach nur die Verurteilte als Täterin des Diebstahls eines Kleidungsstücks in Betracht kam. Den Wiederaufnahmeantrag stützte der Verteidiger auf ein neues Geständnis der 15-jährigen Enkelin der Verurteilten, die angab, selbst den Diebstahl begangen zu haben. Sie sei am Tattag zusammen mit der Verurteilten und ihrer Mutter in dem Geschäft gewesen und habe das Kleidungsstück heimlich eingesteckt. Der Vortrag der Enkelin steht in Widerspruch zu der Aussage der Angestellten im Ausgangsverfahren, die mehrmals ausgeführt hatte, dass die Verurteilte allein in das Geschäft gekommen sei. Obwohl dieser Widerspruch bereits nach Aktenlage deutlich war, erklärte das Wiederaufnahmegericht den Antrag für zulässig und begründet und ordnet die neue Hauptverhandlung an. In der neuen Hauptverhandlung verstrickte sich die Enkelin in Widersprüche zur Aussage der Ladenangestellten und widerrief letztendlich ihr Geständnis. Sie gab zu, dass sie der Verurteilten nur habe helfen wollen. Hätte das Wiederaufnahmegericht die Enkelin bereits im Probationsverfahren vernommen, wäre es nicht zu der erneuten Hauptverhandlung gekommen.⁹⁸

(b) Beweisantizipation

Weil das Wiederaufnahmegericht bereits im Aditionsverfahren eine Aussage dazu treffen muss, ob die neuen Tatsachen oder Beweismittel die den Schuldspruch tragenden Feststellungen des Ausgangsgerichts erschüttern können, muss es zwangsläufig eine Gesamtbetrachtung der Beweislage vornehmen und dabei die vorgebrachten Beweismittel bewerten, ohne sie

⁹⁸ Insgesamt hat sich das Wiederaufnahmeverfahren für die Verurteilte dennoch gelohnt. War sie im Ausgangsverfahren noch zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt worden, wurde die Freiheitsstrafe nach der neuen Hauptverhandlung nun zur Bewährung ausgesetzt.

zuvor erhoben zu haben.⁹⁹ Folgte man der Gegenansicht, die eine solche Beweisantizipation im Aditionsverfahren ablehnt,¹⁰⁰ müsste das Wiederaufnahmegericht auch Wiederaufnahmeanträge für zulässig erklären, bei denen von vorneherein offensichtlich ist, dass die vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel zu keiner anderen Entscheidung des Ausgangsgerichts geführt hätten.¹⁰¹

Unter den 512 untersuchten Verfahren fanden sich drei, in denen man fragen kann, ob das Wiederaufnahmegericht bei seiner Beweiswürdigung zu weit gegangen ist. Aufgefallen ist insbesondere eines: Der Verurteilte sollte beim Gebrauchtwagenkauf den Verkäufer betrogen haben. Dieser sagte im Ausgangsverfahren aus, der Verurteilte habe den Kaufpreis in Höhe von 2.200 Euro nicht vollständig bezahlt. Der Verurteilte erwiderte, es sei schwarz ein höherer Kaufpreis von 5.000 Euro vereinbart worden, man habe sich aber, um Kosten zu sparen, dazu entschieden, nur 2.200 Euro in den Kaufvertrag zu schreiben. Erst als er vom Verkäufer aus steuerlichen Gründen eine Rechnung über den vollen Preis verlangt habe, weil er den Pkw habe weiterverkaufen wollen, und dieser sich geweigert habe, eine solche auszustellen, habe er beschlossen, den Kaufpreis nicht zu entrichten. Dies sei der Grund für die fehlende Zahlung gewesen und nicht eine von Anfang an bestehende Zahlungsunwilligkeit. Die Verurteilung stütze sich auf die Aussagen des Verkäufers und eines weiteren Zeugen, denen die Einlassung des Verurteilten und die Aussage seines Bruders entgegenstanden. Im Wiederaufnahmeverfahren benannte der Verurteilte acht weitere Zeugen, die seine Version des Tatgeschehens bestätigen könnten. Das Wiederaufnahmegericht verneinte die Geeignetheit und verwarf den Antrag als unzulässig. Die Zeugen seien unglaubwürdig, ihre Aussagen Gefälligkeits-

99 So die h. M.: BGHSt 17, 303 (304); NJW 1977, 59; NSTZ 2000, 218; KG, NJW 1992, 450; OLG Braunschweig, NSTZ 1987, 377 (378); OLG Frankfurt, BeckRS 2007, 143243 Rn. 10; OLG Schleswig, BeckRS 2004, 18737 Rn. 6; OLG Stuttgart, NSTZ-RR 2003, 210 (211); MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 368 Rn. 31; Meyer-Goßner/Schmitt, § 368 Rn. 9; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 368 Rn. 26. Das Bundesverfassungsgericht hat die Beweisantizipation im Grundsatz gebilligt; BVerfG, NJW 1994, 510 (511); NJW 1995, 2024, (2025); BeckRS 2007, 23783.

100 Eisenberg, JR 2007, 365 (368); KMR-StPO/Eschelbach, § 368 Rn. 31; Peters, JR 1975, 166 (167); Schöneborn, MDR 1975, 441 (442); Theobald, S. 160.

101 MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 368 Rn. 31, bringen das Beispiel der Aussage eines neuen Alibi-Zeugen, der die belastenden Aussagen des Opfers und dreier Mittäter, ein DNA-Beweis und die Aufnahme einer Überwachungskamera gegenüberstehen, die alle die Anwesenheit des Verurteilten zur Tatzeit am Tatort bestätigen.

aussagen und es sei zweifelhaft, dass sie sich mehr als zwei Jahren nach der Tat noch genau an das Geschehen erinnern könnten. Zu den Zeugen gehörten neben zwei Verwandten des Verurteilten auch Geschäftspartner, Kunden und ein Nachbar. Es kann nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass der Verurteilte sie alle zu einer Falschaussage überredete. Das sah offenbar anfangs auch das Wiederaufnahmegericht so. Denn es forderte die Staatsanwaltschaft zunächst auf, die acht Zeugen zu vernehmen. Erst nachdem diese abgelehnt und darauf hingewiesen hatte, dass das Aufgabe des Wiederaufnahmegerichts im Probationsverfahren sei,¹⁰² wies das Gericht den Antrag als unzulässig ab. Das erweckt den Eindruck, dass das Wiederaufnahmegericht die Möglichkeit einer Bewertung der Beweismittel im Aditionsverfahren dazu missbraucht hat, sich eine umfangreiche Beweisaufnahme zu ersparen.

(c) Die Rechtsfigur der erweiterten Darlegungslast als Mittel zur Beurteilung der Geeignetheit eines Vorbringens

Die erweiterte Darlegungslast ist eine in der Wiederaufnahmepaxis entwickelte, vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich gebilligte¹⁰³ und weithin anerkannte¹⁰⁴ Rechtsfigur, um mit einem widersprüchlichen Prozessverhalten des Verurteilten oder von Zeugen umzugehen. Typische Anwendungsfälle sind der Widerruf eines im Ausgangsverfahren abgelegten Geständnisses, eine abweichende oder erweiterte Einlassung des Angeklagten und eine geänderte Aussage eines Zeugen oder Mitangeklagten.¹⁰⁵ Diese Fälle haben gemeinsam, dass der Antragsteller den Wiederaufnahmeantrag auf Personen stützt, deren Aussagen oder Einlassungen das Ausgangsgericht bereits gehört hat, und behauptet, bei einer neuerlichen Vernehmung hätten deren Aussagen oder Einlassungen eine andere (neue) Beweisrichtung. Um diesen Widerspruch zwischen dem früheren und dem angekündigten Prozessverhalten der benannten Personen aufzulösen, der

102 Die Beweiserhebung muss gem. § 369 Abs.1 StPO durch das Wiederaufnahmegericht oder einen von ihm beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 369 Rn.16; SK-StPO/Frister, § 369 Rn.11. Eine Beauftragung der Staatsanwaltschaft und Polizei ist unzulässig; KK-StPO/Tiemann, § 369 Rn. 7.

103 BVerfG, BeckRS 2002, 30249493.

104 BGH, NJW 1977, 59; MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 368 Rn. 34; Meyer-Goßner/Schmitt, § 359 Rn. 46 ff.; Löwe/Rosenberg/Schuster, § 359 Rn. 157, 159 ff.

105 Marxen/Tiemann, Wiederaufnahme, Rn. 243–253; Tiemann, S. 5–21.

ihre Geeignetheit als Beweismittel i. S. d. § 359 Nr. 5 StPO fraglich erscheinen lässt, muss der Antragsteller im Wiederaufnahmeantrag „Tatsachen vortragen oder Argumente liefern, die die Beweiswürdigung zugunsten des jetzigen Prozessverhaltens ausfallen lassen, um so die erforderliche Wahrscheinlichkeit für den Freispruch“¹⁰⁶ oder eine andere günstigere Entscheidung darzulegen. Am Beispiel des Geständniswiderrufs bedeutet dies, dass der Verurteilte plausibel machen muss, warum er damals das Geständnis in der Hauptverhandlung abgegeben hat und es nun widerruft.¹⁰⁷ Nach überwiegender Auffassung greift die Figur der erweiterten Darlegungslast außerdem in Fällen ein, in denen der Verurteilte im Ausgangsverfahren die Möglichkeit nicht genutzt hat, ein ihm bekanntes Beweismittel zu benennen.¹⁰⁸

Soweit in den untersuchten Wiederaufnahmeverfahren auf die erweiterte Darlegungslast abgestellt wurde, erfolgte das zumeist im Kontext der Geeignetheit oder losgelöst davon als eigener Prüfungspunkt. Es gab auch Verfahren, in denen die erweiterte Darlegungslast bei der Prüfung der Neuheit der Tatsachen und Beweismittel herangezogen wurde. In insgesamt 27 Verfahren traten bei der Anwendung dieser Rechtsfigur Probleme auf, die sich insbesondere auf die beiden folgenden Themen beziehen.

(aa) Zu hohe Anforderungen an eine hinreichende Darlegung

In acht Verfahren sprachen sich die Staatsanwaltschaft und/oder das Wiederaufnahmegericht für die Ablehnung eines Wiederaufnahmeantrags aus, weil das widersprüchliche Prozessverhalten nicht einleuchtend erklärt worden sei. In einem Verfahren berief sich der Verurteilte auf eine geänderte Zeugenaussage, in zwei Verfahren auf neue Beweismittel, in fünf Verfahren auf den Widerruf oder die Abänderung des Geständnisses.

Gemeinsam haben die zuletzt genannten fünf Verfahren, dass die Antragsteller¹⁰⁹ im Wiederaufnahmeantrag ausführlich darlegten, warum der Verurteilte im Ausgangsverfahren ein falsches Geständnis abgelegt habe. In vier der fünf Verfahren trugen sie vor, dass das Geständnis aufgrund einer

106 *Hellebrand*, NSTZ 2004, 413 (417).

107 BGH, NJW 1977, 59; OLG Düsseldorf, NSTZ 2004, 454 Rn. 7; OLG Hamm, NSTZ 1981, 155; OLG Köln, NSTZ 1991, 96 (97).

108 OLG Düsseldorf, NSTZ 1993, 504 (505); OLG Stuttgart, NSTZ-RR 2003, 210 (211).

109 In einem Verfahren der Verurteilte zu Protokoll der Geschäftsstelle; in vier Verfahren der Verteidiger.

Abprache abgegeben worden sei.¹¹⁰ Sie führten aus, dass der Verurteilte von dem Verteidiger oder Richter stark unter Druck gesetzt oder sogar zum Geständnis gedrängt worden sei und sich eine geringere Freiheitsstrafe erhofft habe.¹¹¹ In allen vier Verfahren wurde vorgetragen, dass dem Verurteilten eine wesentlich höhere Freiheitsstrafe oder die Verurteilung wegen weiterer Delikte angedroht worden sei, wenn er kein Geständnis ablege. Keine der behaupteten Absprachen war gem. § 273 Abs. 1a StPO protokolliert worden.

Beim Lesen der Ausführungen der Antragsteller in den acht Verfahren fragt man sich unwillkürlich, was diese noch hätte vortragen sollen, um ihrer erweiterten Darlegungslast, so wie sie Staatsanwaltschaft und/oder Wiederaufnahmegesicht verstanden, gerecht zu werden. Beantwortet wurde das praktisch nie. Nur in einem Verfahren, in dem der Antragsteller einen neuen Zeugen benannt hatte, den er bereits im Ausgangsverfahren hätte benennen können, deuteten Staatsanwaltschaft und Gericht mehrmals an, er könne seiner erweiterten Darlegungslast entsprechen, indem er eine eidesstattliche Versicherung des Zeugen beibringe. Für eine solche Forderung fehlt es aber – anders als etwa in § 364b Abs. 2 StPO i. V. m. § 118 Abs. 2 S. 1 ZPO – an einer gesetzlichen Grundlage.

Es entsteht insgesamt der Eindruck, dass manche Staatsanwälte und Richter die Anforderungen an die erweiterte Darlegungslast immer höher schrauben, um Wiederaufnahmeanträge als unzulässig ablehnen zu können, obwohl der mit der Figur der erweiterten Darlegungslast verfolgte Zweck durch den umfangreichen Vortrag des Antragstellers bereits erreicht worden ist und weitere Darlegungen kaum möglich sind.

110 Beim Widerruf eines Geständnisses, das aufgrund einer Absprache erfolgt ist, besteht nach herrschender Meinung ebenfalls eine erweiterte Darlegungslast (KG, NStZ 2006, 468 Rn. 2; OLG Stuttgart, NJW 1999, 375 (376); MüKo-StPO/*Engländer/Zimmermann*, § 368 Rn. 36; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 359 Rn. 47; Löwe/*Rosenberg/Schuster*, § 359 Rn. 161). Jedoch wird eingeräumt, dass der Verurteilte hier „häufiger als sonst ein einleuchtendes Motiv für die Abgabe eines falschen Geständnisses darlegen können“ wird (KG, NStZ 2006, 468 Rn. 2). Zu Beispielen aus der Rechtsprechung s. Löwe/*Rosenberg/Schuster*, § 359 Rn. 161.

111 In einem der Verfahren wurde vorgetragen, der Verteidiger habe dem Verurteilten erklärt, die Staatsanwältin werde im Falle eines Geständnisses fünf Jahre Freiheitsstrafe beantragen. Das Gericht habe in einem Rechtsgespräch dann darauf hingewiesen, dass für den Fall der Verurteilung ohne Einlassung mit einer Freiheitsstrafe von mehr als sieben Jahren gerechnet werden müsse. Beeindruckt von der hohen Straferwartung habe der Angeklagte die Anklagevorwürfe als richtig bezeichnet. Die Staatsanwältin habe dann auch die angekündigten fünf Jahre Freiheitsstrafe beantragt.

In einem weiteren Verfahren berief sich der Verurteilte im Wiederaufnahmeantrag auf einen Zeugen, der ihn im Ausgangsverfahren belastet hatte und nun entlasten werde. Der Zeuge habe ihn nur deshalb belastet, weil er damals unter Druck gesetzt worden sei. Die Staatsanwaltschaft vertrat im Rahmen der sofortigen Beschwerde auch hier die Ansicht, dass der erweiterten Darlegungslast nicht entsprochen worden sei. Das war wegen des recht pauschalen Vorbringens zwar nicht unvertretbar, jedoch überzeugte die Begründung nicht. Die Staatsanwaltschaft erachtete die Begründung, der Zeuge habe bei seiner Aussage unter Druck gestanden, als unzureichend. Auch bei einer erneuten Vernehmung würde der Zeuge unter Druck stehen, weil er eine uneidliche Falschaussage einräumen müsse.¹¹² Mit dieser Argumentation könnte man allerdings jeden Wiederaufnahmeantrag abweisen, der sich auf den Aussagewiderruf eines Belastungszeugen stützt.

(bb) Umdeutung der erweiterten Darlegungslast in einen Verschuldensvorwurf

Das zweite Problem bei der Anwendung der Figur der erweiterten Darlegungslast betrifft 19 der 27 eingangs erwähnten Verfahren und hängt eng mit einem Beschluss des OLG Stuttgart zusammen, auf den einige Wiederaufnahmegerichte auch ausdrücklich Bezug nahmen.

In dem Ausgangsverfahren, das der Entscheidung des OLG Stuttgart voranging, war der Antragsteller wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden. Danach durchlief er die Berufung und die Revision, die nicht erfolgreich waren. Sein Wiederaufnahmebegehren stützte er auf Zeugen, die zwar im Ermittlungsverfahren, aber nicht in der Berufungshauptverhandlung vernommen worden waren. Das OLG Stuttgart vertritt die Ansicht, dass eine erweiterte Darlegungslast auch dann

112 Wörtlich führte der Staatsanwalt aus: „Der Beschwerdeführer trägt lediglich vor, der Zeuge [...] sei damals unter Druck gesetzt worden. Nunmehr wolle er wahrheitsgemäß aussagen. Diese Ausführungen vermögen das geänderte Aussageverhalten des Zeugen nicht zu erklären. Der Druck auf einen Zeugen, die Wahrheit zu sagen, ist vom Gesetzgeber gewollt (vgl. § 153 StGB). Würde der Zeuge wie von dem Beschwerdeführer postuliert aussagen, würde er sich einer falschen uneidlichen Aussage in zwei Fällen selbst überführen. Der Druck auf den Zeugen ist mithin nicht geringer geworden. Vor diesem Hintergrund vermag ein Verweis auf den Druck den angeblichen Sinneswandel des Zeugen [...] nicht nachvollziehbar zu erklären.“

besteht, wenn Zeugen benannt werden, „deren Aussagen dem Verurteilten schon in der Hauptverhandlung bekannt waren, die von ihm aber nicht benannt wurden. [...] Zwar ist es das Recht eines Angeklagten, in der Hauptverhandlung oder in dem dieser vorausgehenden Verfahren unwahre Angaben zur Sache zu machen und in der Hauptverhandlung auf die Benennung eines abwesenden Entlastungszeugen oder auf die Vernehmung eines anwesenden Entlastungszeugen zu verzichten, weil der Angeklagte nach der Strafprozessordnung seine Verteidigungsstrategie selbst bestimmen darf. Er ist nach rechtskräftiger Verurteilung auch nicht gehindert, solche Zeugen im Wiederaufnahmeverfahren als neue Beweismittel einzuführen. Dann aber muss er – als Folge seiner Verteidigungsstrategie – einleuchtende Gründe dafür anführen, warum er den Zeugen früher nicht zu seiner Entlastung benutzt hat, dies aber nunmehr – im Wiederaufnahmeverfahren mit seinen nach §§ 359 ff. StPO beschränkten Möglichkeiten – für geboten hält.“¹¹³ Diese Rechtsansicht hatten zuvor auch schon andere Gerichte vertreten. So wies das OLG Frankfurt in einer wesentlich früher ergangenen Entscheidung bereits drauf hin, dass die Rechtsprechung in derartigen Fällen eingehende Ausführungen zur Eignung des Beweismittels fordere. Gleichzeitig stellte es aber auch fest, dass es im freien Belieben des Angeklagten stehe, seine Verteidigung so einzurichten, wie er es für richtig halte. Es treffe ihn im Strafverfahren weder eine Behauptungs- noch eine Beweislast. Verzichte er auf die Benennung eines ihn entlastenden Zeugen in der Hauptverhandlung, so sei er nicht gehindert, den Zeugen als neues Beweismittel im Wiederaufnahmeverfahren einzuführen. „Die gegenteilige Ansicht liefe auf einen dem Strafprozess fremden Verspätungseinwand hinaus.“¹¹⁴

Diese Anwendung der Figur der erweiterten Darlegungslast auf Beweismittel, die dem Verurteilten bereits im Ausgangsverfahren bekannt waren, mag vertretbar sein bei Ausgangsverfahren mit einer Hauptverhandlung, in der dem Angeklagten ein Verteidiger zur Seite stand.¹¹⁵ Die Wiederaufnahmegerichte verfuhrten aber auch so in sieben Wiederaufnahmeverfahren, denen ein Strafbefehlsverfahren vorausgegangen war. Sie hielten den Antragstellern vor, nicht nachvollziehbar dargelegt zu haben, warum

113 OLG Stuttgart, NStZ-RR 2003, 210 (211).

114 OLG Frankfurt, JR 1984, 40.

115 Unter den eingangs genannten 19 Verfahren waren zwölf, in denen es im Ausgangsverfahren eine Hauptverhandlung gab. Darunter waren mindestens sieben, in denen ein Verteidiger anwesend war. In vier Verfahren ist das nach Aktenlage unklar, in einem Fall stand dem Verurteilten kein Verteidiger zur Seite.

der Verurteilte keinen Einspruch gegen den Strafbefehl eingelegt, warum er das Beweismittel nicht bereits im Strafbefehlsverfahren benannt oder welche „Verteidigungsstrategie“ er damals verfolgt habe. Führt man sich das summarische Strafbefehlsverfahren vor Augen, das ohne eine Hauptverhandlung und in der Regel ohne kommunikativen Austausch mit dem Angeklagten stattfindet, der außerdem in den untersuchten Fällen keinen Strafverteidiger und sicherlich auch keine „Verteidigungsstrategie“ hatte, so erscheinen solche Vorhaltungen nachgerade absurd. Die erweiterte Darlegungslast wird dadurch zu einem Exkulpationserfordernis, vergleichbar der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung (vgl. § 44 StPO). Der Gesetzestext der §§ 359 ff. StPO ist allerdings dahingehend eindeutig, dass es auf ein Verschulden des Verurteilten nicht ankommt.

In Einzelfällen lösten sich die Begründungen der Wiederaufnahmegerichte auch gänzlich vom geltenden Recht ab. Das gilt etwa dann, wenn ein Gericht ausführte, dass die Nichteinlegung des Einspruchs einem Geständnis gleichkomme, oder ein anderes argumentierte, dass das Strafbefehlsverfahren mit seinem fristgebundenen Einspruch nicht mit dem Wiederaufnahmeverfahren „ausgehebelt“ werden dürfe.

In drei Wiederaufnahmeverfahren, in denen die Wiederaufnahmegerichte in vermeintlich konsequenter Fortführung der Rechtsansicht des OLG Stuttgart den Antrag verwarfen, wurde die praktische Bedeutung dieses Problems besonders deutlich: Nachdem die Wiederaufnahmeanträge in zwei Verfahren zunächst von den Wiederaufnahmegerichten mit dem Verschuldensvorwurf verworfen worden waren, hatten diese Wiederaufnahmeanträge nach Einlegung der sofortigen Beschwerde Erfolg. In einem dritten Verfahren, in dem nach Aktenlage ebenfalls im Ausgangsverfahren ein Fehler passiert war, blieb der Erfolg jedoch aus. Es handelt sich um das bereits oben angesprochene Wiederaufnahmeverfahren nach Erlass eines Strafbefehls wegen Leistungerschleichung, in dem der Verurteilte das gültige Firmenticket nachreichte.¹¹⁶ Anders als das Wiederaufnahmegericht verwarf das Beschwerdegericht den Antrag zwar nicht wegen fehlender Neuheit, sondern mit der Begründung, dass dem Verurteilten die Existenz des Tickets vor Erlass des Strafbefehls bekannt gewesen war und er nicht entsprechend der erweiterten Darlegungslast erklärt habe, warum er das Ticket nicht früher vorgelegt habe. Auch ein zweiter Wiederaufnahmeantrag durch einen Verteidiger wurde vom Wiederaufnahmegericht mit der gleichen Begründung verworfen. Die Argumentation des Wiederaufnahme-

116 S. zu diesem Fall schon Kapitel G.III.2.b.bb.(1).

und des Beschwerdegerichts ist falsch: Das vorgelegte Ticket war schon für sich genommen geeignet, die Unschuld des Verurteilten zu beweisen. Es bedurfte daher keiner weiteren Darlegungen, um die Wahrscheinlichkeit einer vom Strafbefehl abweichenden Entscheidung zu begründen oder zu erhärten. Die Klärung der Frage, warum der Verurteilte oder sein Betreuer das Ticket nicht früher vorgelegt hatten, war daher für die Beurteilung der Geeignetheit dieses Beweismittels unerheblich. Indem beide Gerichte trotzdem darauf abstellten, erhoben sie in der Sache einen Verschuldensvorwurf der Nichtvorlage eines Beweismittels vor dem Erlass bzw. dem Eintritt der Rechtskraft des Strafbefehls.

(d) Verabsolutierung der Rechtskraft

Der Verschuldensvorwurf und das damit verbundene Exkulpationserfordernis ist im Rahmen der Aktenauswertung nicht nur bei der Anwendung der Figur der erweiterten Darlegungslast aufgefallen. Das Exkulpationserfordernis wurde in unterschiedlichem Gewand auch in weiteren Verfahren herangezogen, um den Wiederaufnahmeantrag abzulehnen. Das betraf immer Fälle, in denen der Antragsteller neue Beweismittel präsentiert, die er früher hätte geltend machen können. Aber auch darüber hinaus wurden rechtlich fragwürdige Argumentationsmuster herangezogen, um die Geeignetheit zu verneinen. Insgesamt kann in sechs Verfahren ein Verhalten der Verfahrensbeteiligten beobachtet werden, dass im Ergebnis – wie bei der überdehnten Anwendung der Figur der erweiterten Darlegungslast – dazu führte, dass die Rechtskraft verabsolutiert wurde. Häufig lassen sich die einzelnen Fälle nicht richtig danach trennen, ob fragwürdige Argumentationsmuster zur Ablehnung der Neuheit oder der Geeignetheit des Vorbringens oder speziell der erweiterten Darlegungslast herangezogen werden, da ein fließender Übergang vorliegt oder mehrere Aspekte gleichzeitig betroffen sind.

Exemplarisch dafür, wie weit und mit welchen fragwürdigen Argumenten die Verabsolutierung der Rechtskraft getrieben wurde, ist ein Verfahren, in dem der wegen eines Sexualdelikts Verurteilte sein nach einer Absprache abgelegtes Geständnis widerrief. Die Staatsanwältin lehnte die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags unter anderem mit der Begründung ab, der Verurteilte habe keine geeigneten Tatsachen und Beweismittel vorgetragen und seiner erweiterten Darlegungslast nicht genügt. Er verhalte sich zudem widersprüchlich, wenn er zunächst den Rechtsmittelverzicht erkläre

und danach im Wiederaufnahmeverfahren versuche, die Aufhebung seiner Verurteilung zu erreichen. Es sei auch widersprüchlich und im Ergebnis bedenklich, wenn der Verurteilte, der zunächst ein Geständnis abgelegt und dafür eine mildere Strafe erhalten habe, weil er dem Opfer die erneute Vernehmung erspart habe, danach dieses Geständnis widerrufe und eine erneute Hauptverhandlung anstrebe, in der das Opfer dann doch vernommen und an deren Ende auch im Falle einer erneuten Verurteilung wegen des Verschlechterungsverbots (§ 373 Abs. 2 StPO) keine schwerere Strafe verhängt werden dürfte. Außerdem sei es bedenklich, wenn der Verurteilte, der auf Rechtsmittel verzichtet habe, im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens versuchen könne, durch einen Geständniswiderruf den gem. § 267 Abs. 4 StPO kurz gehaltenen Urteilsgründen den Boden zu entziehen.¹¹⁷ Das sind alles Argumente, die de lege lata im Wiederaufnahmeverfahren kein Gehör finden, sondern sich ganz grundsätzlich für einzelne Fallkonstellationen gegen die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens und gegen das Verschlechterungsverbot richten, weil das Vorgehen des Verurteilten als rechtsmissbräuchlich erachtet oder als mit dem Opferschutz unvereinbar angesehen wird. Der Gedanke des Rechtsmissbrauchs klingt auch in dem weiteren Einwand der Staatsanwältin an, der Zeitablauf und der damit verbundene Erinnerungsverlust der Zeugen sei vom Verteidiger möglicherweise einkalkuliert worden. Allerdings ist der Zeitablauf in der Regel genauso ein Nachteil für den Verurteilten, wenn dieser später versucht, neue Zeugen zu finden, um die Wiederaufnahme zu betreiben.

cc. Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“

Obwohl der Grundsatz „in dubio pro reo“ nach herrschender Meinung im Aditions- und Probationsverfahren keine Anwendung findet,¹¹⁸ hat die Auswertung der 512 Akten gezeigt, dass Wiederaufnahmegerichte und Staatsanwaltschaften nicht selten Wiederaufnahmeanträge zugunsten des

117 Die Staatsanwältin nahm dabei Bezug auf LG Landau, StV 2009, 237 (238). Das Wiederaufnahmegericht im hiesigen Fall verwarf den Wiederaufnahmeantrag mangels Geeignetheit als unzulässig, weil das Ausgangsgericht auch ohne das Geständnis nicht anders entschieden hätte.

118 BGHSt 39, 75 (85); OLG Bremen, NJW 1957, 1730 (1731); OLG Köln, NJW 1968, 2119; OLG Rostock, BeckRS 2005, 9619; SK-StPO/Frister, § 370 Rn. 14; Peters, Fehlerquellen, Bd. 3, S. 36, 82, 86 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, § 370 Rn. 4; KK-StPO/Tiemann, § 368 Rn. 13, § 370 Rn. 4; a. A. Arnemann, S. 337.

Verurteilten unter Anwendung dieses Grundsatzes für zulässig und begründet erklären. In insgesamt 37 der 512 ausgewerteten Verfahren haben die Verfahrensbeteiligten bei der Entscheidung über die Wiederaufnahme den Grundsatz „in dubio pro reo“ angewandt. Bei 31 der 37 Verfahren handelt es sich um solche, in denen der (vom Wiederaufnahmegesicht in dubio pro reo) festgestellte Fehler im Ausgangsverfahren in der nicht erkannten Schuldunfähigkeit des Verurteilten bestand. Insbesondere in Wiederaufnahmeverfahren, in denen vorgetragen wurde, dass der Verurteilte schuldunfähig gewesen sei, erklärten die staatlichen Verfahrensbeteiligten den Wiederaufnahmeantrag auch dann für zulässig und begründet, wenn in einem Gutachten, in dem der Sachverständige auf die Schuldunfähigkeit einging, diese sich „nicht ausschließen“ ließ oder lediglich die verminderte Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB festgestellt werden konnte und § 20 StGB sich nicht ausschließen ließ. Nur in drei der 31 Verfahren hat einer der staatlichen Verfahrensbeteiligten zunächst angemerkt, dass der Grundsatz „in dubio pro reo“ im Wiederaufnahmeverfahren eigentlich nicht anwendbar sei und es daher nicht genüge, dass sich die Schuldunfähigkeit des Verurteilten nur nicht ausschließen lasse. Im Ergebnis waren die Wiederaufnahmeanträge aber dennoch erfolgreich, weil das Wiederaufnahmegesicht bei seiner Ansicht blieb oder sich überzeugen ließ und es für ausreichend erachtete, dass die Schuldunfähigkeit nicht auszuschließen war.¹¹⁹

c. Hinweise des Wiederaufnahmegesichts

Das Gesetz verpflichtet das Wiederaufnahmegesicht grundsätzlich nicht, den Antragsteller auf Mängel im Wiederaufnahmeantrag hinzuweisen und so dazu beizutragen, dass ein zulässiger Antrag gestellt wird. Es ist jedoch anerkannt, dass das Gericht aufgrund seiner prozessualen Fürsorgepflicht „dem Verurteilten oder dessen Verteidiger Gelegenheit zu geben [hat], den Antrag zu vervollständigen [...], wenn der Mangel in einem Zuwenig an Inhalt besteht und ohne weiteres heilbar erscheint“.¹²⁰ Das ist zum Beispiel

119 In einem Verfahren war das Wiederaufnahmegesicht zunächst der Ansicht, die alleinige Vermutung der Schuldunfähigkeit reiche nicht aus und teilte dies der Staatsanwaltschaft mit. Der zuständige Staatsanwalt konnte das Wiederaufnahmegesicht in einer Stellungnahme aber davon überzeugen, den Antrag doch für zulässig und begründet zu erklären.

120 OLG Hamm, NJW 1980, 717; ebenso SK-StPO/*Frister*, § 366 Rn. 2; SSW-StPO/*Kaspar*, § 366 Rn. 1; Löwe/Rosenberg/*Schuster*, § 366 Rn. 2; BeckOK-StPO/*Singelstein*, § 366 Rn. 2; KK-StPO/*Tiemann*, § 366 Rn. 2. Nach a. A. muss das Gericht immer

dann der Fall, wenn unklar ist, welches Urteil angegriffen oder welches Wiederaufnahmeziel verfolgt werden soll.¹²¹

In 121 der 512 Verfahren wiesen die staatlichen Verfahrensbeteiligten – weit überwiegend die Wiederaufnahmegerichte, in einigen Fällen auch die Staatsanwaltschaft – den Antragsteller auf Mängel im Antrag hin und zeigten auf, wie ein zulässiger Antrag gestellt werden kann. Ihre Hilfsbereitschaft hing dabei offensichtlich nicht davon ab, dass sie dem Antrag in der Sache eine Erfolgchance einräumten. Nur in sieben der 121 Verfahren wurde später tatsächlich ein Fehler im Ausgangsverfahren festgestellt.

Ein Großteil der Hinweise erfolgte in Verfahren, in denen der Verurteilte den Wiederaufnahmeantrag eigenhändig gestellt hatte. Man klärte ihn darüber auf, dass der Antrag durch einen Rechtsanwalt oder Verteidiger oder zu Protokoll der Geschäftsstelle gestellt werden muss (§ 366 Abs. 2 StPO). Die Hinweise wurden entweder vor der Entscheidung über den Antrag oder in dem ablehnenden Beschluss selbst gegeben,¹²² teilweise auch beide Male.

Daneben gab es auch Hinweise zur inhaltlichen Verbesserung der Wiederaufnahmeanträge, in denen die Voraussetzungen des § 366 Abs. 1 StPO erläutert wurden oder was unter neuen Tatsachen und Beweismitteln i. S. d. § 359 Nr. 5 StPO zu verstehen ist. Dies betraf eigenhändige Wiederaufnahmeanträge des Verurteilten, aber insbesondere auch Anträge von Verteidigern und Rechtsanwälten, die den inhaltlichen Vorgaben an einen zulässigen Wiederaufnahmeantrag (noch) nicht entsprachen. In diesem Fall erfolgte der Hinweis auch schon vor dem Beschluss über die Zulässigkeit.

3. Gesetzliche Einschränkungen bei der Geltendmachung von Fehlern

Die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten ist auf bestimmte Wiederaufnahmegründe beschränkt und kann außerdem nicht zu dem Zweck beantragt werden, eine mildere Strafe auf Grund desselben Strafgesetzes oder wegen verminderter Schuldfähigkeit zu erreichen (§ 363 StPO). Als

Gelegenheit zur Nachbesserung des Antrags geben; Miebach/Hohmann/Alexander, Kap. F Rn. 169; KRM-StPO/Eschelbach, § 366 Rn. 81.

121 BeckOK-StPO/Singelstein, § 366 Rn. 6, § 368 Rn. 2.

122 Das war für den Verurteilten wiederaufnahmerechtlich nicht nachteilig, weil ein gem. §§ 368 Abs. 1, 366 Abs. 2 StPO abgelehnter Antrag mangels Verbrauchs des Vorbringens erneut gestellt werden kann. Es trifft ihn allerdings die Kostenfolge des ablehnenden Beschlusses.

Wiederaufnahmegründe nennt das Gesetz bestimmte Verfahrensmängel (§ 359 Nr. 1–4 StPO), Feststellungsmängel (§ 359 Nr. 5 StPO) und Rechtsanwendungsmängel (§ 359 Nr. 6 StPO, § 79 BVerfGG).¹²³ Da die Wiederaufnahmegründe abschließend sind, ist eine Wiederaufnahme zur Geltendmachung anderer Rechtsanwendungsfehler im Ausgangsverfahren gesetzlich ausgeschlossen.

Bei der Auswertung der insgesamt 512 Verfahrensakte konnte nur ein einziges Verfahren identifiziert werden, in dem ein Rechtsfehler im Ausgangsverfahren auf Tatbestandsebene nachweisbar und auch nach Ansicht der staatlichen Verfahrensbeteiligten vorlag, der nicht mit dem Rechtsbehelf der Wiederaufnahme des Verfahrens behoben werden konnte. Dass es nicht mehr sind, kann auch daran liegen, dass in solchen Fällen aufgrund der offensichtlichen Aussichtslosigkeit gar kein Wiederaufnahmeantrag gestellt wird.

Es handelt sich um das bereits oben¹²⁴ dargestellte Verfahren, in dem das Ausgangsgericht die polnische Fahrerlaubnis des Verurteilten nicht anerkannt hatte, was der EuGH später (in einem anderen Verfahren) als unionsrechtswidrig einstufte. Die Wiederaufnahme des Verfahrens hatte keinen Erfolg. Staatsanwaltschaft und Gericht waren zwar der Ansicht, dass die Fahrerlaubnis gültig war und daher ein Fehler im Ausgangsverfahren vorlag. Weil dieser aber allein in einer fehlerhaften Rechtsanwendung bestand, lehnten sie eine Wiederaufnahme ab.¹²⁵

Neben diesem Fall gibt es zwei weitere, in Kapitel D.IV.2.b. bereits dargestellte Wiederaufnahmeverfahren, bei denen im Ausgangsverfahren ein Fehler auf Strafzumessungsebene erfolgte, dieser Fehler aber nicht mit der Wiederaufnahme des Verfahrens zu beheben war.¹²⁶

123 MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 359 Rn. 1; Peters, Fehlerquellen, Bd. 3, S. 44; KK-StPO/Tiemann, § 359 Rn. 1.

124 S. Kapitel D.I.3.b.bb.

125 Abzugrenzen von diesem Verfahren sind die vier erfolglosen Wiederaufnahmeverfahren, in denen wir nach Aktenlage der Überzeugung sind, dass ein Fehler im Ausgangsverfahren vorliegt. In diesen Verfahren hätte – anders als in dem hier beschriebenen Fall – bei verständiger Würdigung des Wiederaufnahmerechts die Wiederaufnahme durchgeführt werden können, s. Kapitel D.IV.2.c.

126 Nicht hiermit zu verwechseln sind zwei Verfahren, in denen die Wiederaufnahmegerichte eine Wiederaufnahme des Verfahrens betreffend einer fehlerhaften Gesamtstrafenbildung abgelehnt haben. Nach h. M. ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens hier grundsätzlich möglich; vgl. dazu Kapitel D.III.1.a.

IV. Der Ablauf von Wiederaufnahmeverfahren in der Praxis

Das Wiederaufnahmeverfahren gliedert sich grundsätzlich in drei aufeinanderfolgende Verfahrensabschnitte: Aditionsverfahren (§ 368 StPO), Probationsverfahren (§ 370 StPO) und erneute Hauptverhandlung (§ 373 StPO). Hiervon macht das Gesetz zwei Ausnahmen: Gem. § 371 Abs. 1 StPO findet keine neue Hauptverhandlung statt, wenn der Verurteilte verstorben ist, und gem. § 371 Abs. 2 StPO kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft¹²⁷ den Verurteilten ohne erneute Hauptverhandlung freisprechen, „wenn dafür genügende Beweise bereits vorliegen“. Das kann nach herrschender Meinung nur in Ausnahmefällen bejaht werden,¹²⁸ weil die Beweisaufnahme im Probationsverfahren (§ 369 StPO) in der Regel keine Entscheidungsgrundlage biete wie die Beweisaufnahme in einer erneuten Hauptverhandlung.¹²⁹ Auch Nr. 171 Abs. 1 S. 2 RiStBV ordnet an, dass die Staatsanwaltschaft einem Freispruch ohne neue Hauptverhandlung nur ausnahmsweise zustimmen darf. Trotz seines Ausnahmecharakters hält die herrschende Meinung aber eine analoge Anwendung des § 371 Abs. 2 StPO für zulässig, wenn eine Einstellung wegen eines Prozesshindernisses (z. B. Art. 103 Abs. 3 GG) oder aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO) in Betracht kommt.¹³⁰

1. Dreigeteilter Verfahrensablauf als Ausnahme

Im Folgenden wird der prozessuale Ablauf bei den 229 der insgesamt 512 Wiederaufnahmeverfahren dargestellt, in denen über die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags positiv entschieden wurde. Nur 16 dieser Verfahren durchliefen die drei Stadien Aditions-, Probationsver-

127 Bei einer öffentlichen Klage; die Zustimmung des Neben- oder Privatklägers ist nicht erforderlich.

128 MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 371 Rn. 11; SK-StPO/Frister, § 371 Rn. 12. Dass es sich um eine Ausnahmevorschrift handelt, die eng auszulegen sei, betonte schon RGSt 47, 166 (169).

129 SK-StPO/Frister, § 371 Rn. 12.

130 MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 371 Rn. 15 f.; SK-StPO/Frister, § 371 Rn. 13; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 371 Rn. 18; a. A. zur Einstellung aus Opportunitätsgründen: KMR-StPO/Eschelbach, § 371 Rn. 19; Marxen/Tiemann, Wiederaufnahme, Rn. 452; Meyer-Goßner/Schmitt, § 371 Rn. 7/8.

fahren und erneute Hauptverhandlung. In 210 Verfahren wurden einzelne Verfahrensabschnitte miteinander verbunden oder ausgelassen.¹³¹

Unter diesen 210 Verfahren machen den größten Anteil 107 Verfahren aus, in denen der Verurteilte nach § 371 Abs. 2 StPO freigesprochen wurde. Daneben gab es 46 Verfahren, die in analoger Anwendung des § 371 Abs. 2 StPO eingestellt wurden. Insgesamt betrifft das 66,8 % der 229 Verfahren. Das Vorgehen nach § 371 Abs. 2 StPO ist also keine seltene Ausnahme, sondern der Regelfall. In weiteren 50 Verfahren entschieden die Wiederaufnahmegerichte in einem gemeinsamen Beschluss über Zulässigkeit und Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags und in nochmals sieben Verfahren erfolgte eine sonstige Vermischung der Verfahrensschritte.

In diversen Verfahren konnte beobachtet werden, dass einzelne Verfahrensschritte zusammenfielen. Entweder wurde das Aditionsverfahren mit dem Probationsverfahren abgehandelt, das Probationsverfahren mit der neuen Hauptverhandlung oder alle drei Verfahrensschritte gemeinsam in einem Beschluss. Am Beispiel der Fälle, in denen nach § 371 Abs. 2 StPO vorgegangen wurde, sah dies folgendermaßen aus: Teilweise haben die Gerichte in einem Beschluss die Wiederaufnahme angeordnet und den Angeklagten freigesprochen. Es gab aber auch Fälle, in denen die Gerichte zunächst einen Beschluss für das Aditions- und Probationsverfahren erlassen und dann in einem weiteren Beschluss den Angeklagten freigesprochen haben. Ebenfalls gab es die Variante, dass die Gerichte einen Beschluss im Aditionsverfahren erlassen haben und dann in einem weiteren Beschluss das Verfahren wiederaufgenommen und den Angeklagten freigesprochen haben.

Es wird insgesamt deutlich, dass es zwischen den beiden Fällen, dass der Wiederaufnahmeantrag entweder bereits im Aditionsverfahren als unzulässig verworfen wird oder zügig unter Vermischung der Verfahrensschritte positiv beschieden wird, wenig andere Fälle gibt. Einzelne Verfahrensabschnitte wurden so teilweise obsolet. Es sind Fälle aufgetreten, in denen die gesamte Beweiserhebung in die neue Hauptverhandlung verschoben wurde, sodass das Probationsverfahren keine eigenständige Bedeutung mehr hatte. Ebenso sind Fälle aufgefallen, in denen genau andersherum die staatlichen Verfahrensbeteiligten sogar bereits im Aditionsverfahren umfangreiche Ermittlungen und Beweiserhebungen vornahmen, sodass die nachfolgenden Verfahrensschritte keine eigenständige Relevanz mehr hat-

131 In drei weiteren Verfahren ergab sich der genaue Ablauf des Wiederaufnahmeverfahrens nicht aus der Akte.

ten. In solchen Fällen wurde die Beweiserhebung im Probationsverfahren komplett übersprungen und die eigenständige Bedeutung des Probationsverfahrens geht hier ebenfalls verloren.

2. Aufschiebung oder Unterbrechung der Vollstreckung

Ein weiterer interessanter Aspekt betrifft die praktische Anwendung des § 360 Abs. 2 StPO. Weil der Wiederaufnahmeantrag gem. § 360 Abs. 1 StPO die Vollstreckung des angefochtenen Urteils nicht hemmt,¹³² räumt § 360 Abs. 2 StPO dem Gericht die Möglichkeit ein, auf Antrag oder von Amts wegen einen Aufschiebung oder eine Unterbrechung der Vollstreckung anzuordnen.

In den untersuchten Verfahrensakten ist es nicht selten vorgekommen, dass bereits die Staatsanwaltschaft von sich aus die Vollstreckung aussetzte oder unterbrach. Ob das zulässig ist, ist in der Literatur umstritten und wird überwiegend verneint.¹³³ Für den Verurteilten ist dieses Vorgehen vorteilhaft, weil der Beschluss des Gerichts nicht abgewartet werden muss, der möglicherweise negativ ausfällt oder erst zu einem Zeitpunkt ergeht, in dem die Vollstreckung bereits teilweise oder ganz erfolgt ist (z. B. bei einer Ersatzfreiheitsstrafe).

V. Zusammenfassung

Die Untersuchung der wiederaufnahmerechtlichen Praxis anhand von 512 Verfahrensakten zeigte, dass Verteidigern, Staatsanwälten und Richtern manchmal die erforderlichen Kenntnisse des Wiederaufnahmerechts fehlen. Das kann damit zusammenhängen, dass es sich um einen Rechtsbehelf handelt, mit dem sie in ihrer beruflichen Tätigkeit nur selten zu tun haben. Aus dieser rechtlichen Unkenntnis ergeben sich Fehler bei der Stellung eines Wiederaufnahmeantrags und der Anwendung und Auslegung des Wiederaufnahmerechts.

132 Die Hemmung der Vollstreckung tritt gem. § 449 StPO erst durch den Beschluss nach § 370 Abs. 2 StPO ein, der die Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung beseitigt; BayObLGSt 1991, 95.

133 MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, § 360 Rn. 13; KMR-StPO/Eschelbach, § 360 Rn. 10; SK-StGB/Frister, § 360 Rn. 2; Löwe-Rosenberg/Schuster, § 360 Rn. 2; KK-StPO/Tiemann, § 360 Rn. 4; bejahend hingegen SSW-StPO/Kaspar, § 360 Rn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt, § 360 Rn. 4.

Von den 512 untersuchten Wiederaufnahmeverfahren scheiterte knapp die Hälfte (249 Verfahren) bereits im Aditionsverfahren. Sehr viele Wiederaufnahmeanträge hatten von vornherein offensichtlich keinerlei Erfolgsaussichten. Das betrifft insbesondere die 138 Verfahren, die im Aditionsverfahren scheiterten und in denen der Wiederaufnahmeantrag vom Verurteilten eigenhändig gestellt und deshalb gem. § 366 Abs. 2 StPO verworfen wurde. Dabei ist häufig aufgefallen, dass diese Anträge auch inhaltlich völlig unzureichend waren. Angesichts solcher Anträge erweist sich § 366 Abs. 2 StPO als sinnvoll.

Allerdings bietet auch die Einschaltung eines Verteidigers oder Rechtsanwalts keine Gewähr dafür, dass zulässige Wiederaufnahmeanträge gestellt werden. So traten einschlägige Fehler in 35 der 166 von Verteidigern gestellten Wiederaufnahmeanträge auf. Auch in den übrigen 131 Verfahren waren die Wiederaufnahmeanträge nicht immer einwandfrei.

Der Vorwurf, dass Staatsanwälte fast nie zugunsten des Verurteilten ermitteln und Wiederaufnahmeanträge stellen, lässt sich anhand der untersuchten Verfahren nicht bestätigen. Im Gegenteil wurde in 167 der 512 Verfahren (32,6 %) ein Wiederaufnahmeantrag von Amts wegen gestellt und in einzelnen Verfahren umfangreiche Ermittlungen zugunsten der Verurteilten betrieben.

Bei der Anwendung und Auslegung des Wiederaufnahmerechts konnten teilweise sehr bedenkliche Tendenzen beobachtet werden. Insbesondere die Anwendung der Rechtsfigur der erweiterten Darlegungslast zur Feststellung der Geeignetheit des Vorbringens nach § 359 Nr. 5 StPO ist in manchen Aspekten scharf zu kritisieren. Auch wenn „nur“ 28 der insgesamt 512 Verfahren davon betroffen sind, führt die extensive Anwendung der Rechtsfigur – ganz besonders in Verfahren, denen ein Strafbefehlsverfahren vorausgeht, wo sie grundsätzlich deplatziert ist – zu einer großen Hürde für den Verurteilten. Entweder wird es ihm durch ein Hochschrauben der Anforderungen unmöglich gemacht, der Darlegungslast zu entsprechen, oder es wird ein Verschuldensvorwurf konstruiert, der dem Wiederaufnahmeverfahren fremd ist.

Insgesamt zeigt die Auswertung allerdings auch, dass sich die häufige Kritik einer zu restriktiven Gerichtspraxis im Wiederaufnahmeverfahren – abgesehen von den dargestellten Problemfällen – nicht bestätigt. Grundsätzlich sind Staatsanwälte und Wiederaufnahmegerichte oft bestrebt, dem Verurteilten unterstützend zur Seite zu stehen. Der Anteil der Verfahren, in denen eine problematische oder fehlerhafte Anwendung oder Auslegung des Wiederaufnahmerechts zu Lasten des Verurteilten ging, ist eher gering.

In 229 der 512 Verfahren wurde der Wiederaufnahmeantrag als zulässig und begründet angesehen. Es konnte sogar beobachtet werden, dass Wiederaufnahmegerichte Verfahren einfach „durchwinken“, ohne die Voraussetzungen der Zulässigkeit und Begründetheit eines Wiederaufnahmeantrags zu prüfen. Gleiches gilt teilweise auch für den Beschluss über die Verteidigerbestellung.

Überraschend ist die Feststellung, dass der dreigeteilte Ablauf des Wiederaufnahmeverfahrens eine Seltenheit darstellt. Von 229 Wiederaufnahmeverfahren, in denen der Wiederaufnahmeantrag als zulässig und begründet angesehen wurde, durchliefen nur 16 Verfahren die Stadien Aditions-, Probationsverfahren und erneute Hauptverhandlung. In 210 Verfahren wurden die einzelnen Verfahrensstufen miteinander vermischt. Den größten Anteil machten mit 153 Verfahren sofortige Entscheidungen nach § 371 Abs. 2 StPO aus, in denen der Verurteilte entweder freigesprochen oder das Verfahren eingestellt wurde.

