

95. Gegen ein Urteil, das im Wiederaufnahmeverfahren er-  
gangen ist, findet nur dann die Revision statt, wenn sie auch  
gegen d a s Urteil zulässig gewesen wäre, gegen das die Wieder-  
aufnahme beantragt worden ist. Ist dieses Urteil ein Berufungs-

urteil, so ist auch das wiederaufgenommene Verfahren im Berufungsrechtszuge zu führen.

I. Straffenat. Ur. v. 3. Dezember 1943 g. D. 1D367/43.

I. Landgericht Traunstein.

#### G r ü n d e :

Das OG. in P. hat durch Urteil vom 16. Februar 1942 den Angeklagten wegen Vollstreckungsvereitelung und wegen Betruges zu einer Gesamtstrafe verurteilt. Die Berufung des Angeklagten hat das OG. in T. durch Urteil vom 13. Mai 1942 verworfen. Durch Beschluß vom 18. September 1942 hat dasselbe OG. den Wiederaufnahmeantrag des Angeklagten als unzulässig verworfen. Auf Beschwerde des Angeklagten hin hat das OLG. M. am 2. Dezember 1942 unter Aufhebung dieses Beschlusses den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens zugelassen und die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Erneuerung der Hauptverhandlung vor der Strafkammer des OG. in T. angeordnet. Das OG. hat nunmehr durch Urteil vom 22. September 1943 sein Urteil vom 13. Mai 1942 aufrechterhalten. Gegen das neue Urteil hat der Angeklagte Revision eingelegt. Er hält das Rechtsmittel für zulässig und führt dazu aus, das Urteil des OG. vom 2. September 1943 sei ein Urteil des e r s t e n Rechtszuges; das Urteil, das im Wiederaufnahmeverfahren ergehe, sei nämlich s t e t s ein Urteil des ersten Rechtszuges; es werde nicht das Berufungsverfahren als solches, sondern das Verfahren als ganzes wiederaufgenommen.

Diese Ansicht der Revision ist falsch.

Von Gertig „Wiederaufnahmerecht“, auf den sich die Revision beruft, vertritt allerdings die Auffassung, die neue Hauptverhandlung habe stets im ersten Rechtszuge stattzufinden; die strafbare richterliche Pflichtverletzung bilde die einzige Ausnahme, die das Gesetz kenne (§. 248). Diese Meinung findet aber in der StPD. keine Grundlage. Die Frage, welches Gericht für das wiederaufgenommene Verfahren zuständig ist, kann nur dann auftauchen, wenn das rechtskräftig abgeschlossene Verfahren mindestens zwei Rechtszüge durchlaufen hat. Für diesen Fall gibt das Gesetz im § 367 Abs. 1 S. 2 StPD. nur insoweit eine besondere Bestimmung, als es vorschreibt, welches Gericht über

die Zulassung des Wiederaufnahmeantrages zu befinden hat, wenn das angefochtene Urteil im Revisionsrechtszug erlassen worden ist, eine Bestimmung, deren Wortlaut mit Rücksicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde durch den Art. 6 der Dritten VereinigungsvD. v. 29. Mai 1943 (RGBl. I S. 342) geändert worden ist. Eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung fehlt für den Fall, daß das Verfahren im Berufungsrechtszuge rechtskräftig abgeschlossen worden ist. Sie ist deshalb nicht erforderlich, weil die Wiederaufnahme nur auf Antrag bewilligt wird und weil der Antrag den gesetzlichen Grund der Wiederaufnahme angeben muß (§ 366 Abs. 1 StPD.). Aus dem Antrag und seiner Begründung muß ersichtlich sein, welches Urteil der Antragsteller angreifen und beseitigt wissen will. Danach richtet sich auch die Zuständigkeit des Gerichtes, das über die Zulassung des Antrages zu befinden hat (§ 367 StPD.). Ist ein Berufungsurteil ergangen, so wird, falls der Antrag nichts Abweichendes ergibt, das Urteil des Berufungsgerichtes als angefochten anzusehen sein, weil der Berufungsrichter im Rahmen der gestellten Berufungsanträge die Schuldfrage selbständig und unabhängig von den Feststellungen des ersten Richters zu beurteilen hat. Der Angeklagte wird sich daher in der Regel mit seinem Antrage gegen das Urteil des Berufungsgerichtes als dasjenige wenden, das ihn endgültig beschwert. Diese Auffassung steht in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung. Die Revision beruft sich zu Unrecht auf RGSt. Bd. 27 S. 382. Dort ist ausgesprochen, durch den Beschluß, der die Erneuerung der Hauptverhandlung anordne, werde „das frühere Verfahren bis zu dem Stadium beseitigt, in dem der Wiederaufnahmegrund liege“. Dieser Grund kann aber im ersten oder im Berufungsrechtszuge liegen. Etwas anderes will das RG. auch in RGSt. Bd. 41 S. 104, 106 nicht aussprechen. Die gegenteilige Ansicht der Revision, das Urteil, das im Wiederaufnahmeverfahren ergehe, sei stets ein Urteil des ersten Rechtszuges, geht über den Zweck des Wiederaufnahmeverfahrens hinaus und würde in vielen Fällen zu einer unnötigen Belastung der Gerichte führen.

Welches Urteil zu beseitigen war, darüber hatte das Gericht zu befinden, das über die Zulassung des Antrages und über seine Begründetheit zu entscheiden hatte. Das OLG. M., das als Beschwerdegericht entschieden hat, hat, wie der entscheidende

Teil seines Beschlusses und seine Begründung erkennen lassen, die Gründe zur Wiederaufnahme in dem Berufungsverfahren gesehen und dementsprechend die Hauptverhandlung nicht vor dem LG., sondern vor der Strafkammer des LG. angeordnet. Mit ihrer abweichenden Meinung, der Wiederaufnahmegrund habe bereits in dem Urteil des LG. gelegen, kann demgegenüber die Revision nicht gehört werden, da das Revisionsgericht den Beschluß des OLG. nicht auf seine sachliche Richtigkeit hin nachzuprüfen hat.

Aus der Vorgeschichte der Bestimmungen über das Wiederaufnahmeverfahren kann die Revision für ihre Ansicht nichts herleiten, da der Wille des Gesetzgebers in seinen Bestimmungen genügend klar ausgedrückt ist. Daraus, daß er gegen alle Entscheidungen, die aus Anlaß eines Wiederaufnahmeantrages im ersten Rechtszug erlassen werden, die sofortige Beschwerde zugelassen hat (§ 372 StPD.), folgt nicht, daß auch gegen das Urteil, das in dem wiederaufgenommenen Verfahren ergeht, unbedingt ein Rechtsmittel gegeben sein müßte. Denn der Zweck der Wiederaufnahme kann nur sein, dem Antragsteller den Rechtszug noch einmal zur Verfügung zu stellen, der ihm offenstand, als der Grund für die Wiederaufnahme gelegt wurde. Es soll dem Angeklagten nur die Möglichkeit einer Wiederholung des alten Verfahrens geboten werden, beginnend mit dem Rechtszug, in dem der Wiederaufnahmegrund gelegen hat; es soll ihm aber nicht der Zugang zu einem neuen Rechtsmittelzug eröffnet werden, der ihm in dem alten Verfahren nicht zugestanden hätte. Danach gilt auch für das wiederaufgenommene Verfahren die Bestimmung des § 16 Abs. 2 W. v. 1. September 1939 (RGBl. I S. 1658), nach der gegen Berufungsurteile der Strafkammer kein Rechtsmittel zulässig ist. Dagegen könnte der O.N. die Nichtigkeitsbeschwerde erheben, wenn er deren sachliche Voraussetzungen für gegeben erachtete (§ 34 W. v. 21. Februar 1940 RGBl. I S. 405, Art. 7 § 2 W. v. 13. August 1942 RGBl. I S. 508).

Zu prüfen bleibt endlich noch, ob das LG. etwa abweichend von der Auffassung des OLG. M. in Wirklichkeit als Gericht des ersten Rechtszuges entschieden hat; in einem solchen Falle wäre gegen das Urteil des LG. die Revision zulässig (RGSt. Bd. 75 S. 304). Die Sitzungsniederschrift über die neue Hauptverhand-

lung, der entscheidende Teil des Urteils vom 22. September 1943 und seine Begründung ergeben aber eindeutig, daß die Strafkammer als Berufungsgericht verhandelt und entschieden hat.

Die Revision ist daher als unzulässig zu verwerfen.