§ 364 Behauptung einer Straftat. ¹Ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens, der auf die Behauptung einer Straftat gegründet werden soll, ist nur dann zulässig, wenn wegen dieser Tat eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist oder wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann. ²Dies gilt nicht im Falle des § 359 Nr. 5.

A. Grundsätzliches. Die Vorschrift schränkt die Möglichkeit der Wiederaufnahme in den Fällen ein, in denen der Antrag auf die Behauptung einer Straftat gestützt wird. Der **Anwendungsbereich** der Norm bezieht sich unstreitig auf die Widerrufsgründe in § 359 Nr. 2 und Nr. 3 sowie § 362 Nr. 2 und Nr. 3. Nicht erfasst sind dagegen richtigerweise die §§ 359 Nr. 1 und 362 Nr. 1, da deren Wortlaut gerade keine Behauptung einer Straftat voraussetzt; selbst wenn »überschießend« eine Straftat vorgetragen wird, muss in diesem Fall keine Verurteilung ergangen sein (s. § 359 Rdn. 11 f., a.A. AK-StPO/Loos § 364 Rn. 2). Der praktisch bedeutsamste Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 5 ist durch § 364 Satz 2 ausdrücklich **ausgenommen**. Damit wird die begrenzende Wirkung von § 364 im Bereich der günstigen Wiederaufnahme stark relativiert, da die behauptete Straftat regelmäßig auch als »neue Tatsache« i.S.v. § 359 Nr. 5 vorgebracht werden kann (OLG Rostock NSStZ 2007, 357).

B. Voraussetzungen der Zulässigkeit. Denkbar ist zunächst eine **rechtskräftige Verurteilung** wegen der behaupteten Straftat, auf die in der **Antragsbegründung** dann Bezug zu nehmen ist. Verlangt wird regelmäßig ein **eindeutiger Schuldspruch**. Eine Verurteilung auf **wahldeutiger Grundlage** soll nicht genügen (vgl. LR/Gössel § 364 Rn. 1). Das ergibt sich allerdings nicht aus dem Wortlaut und widerspricht auch der Wertung des § 364 Satz 1 2. Alt. (so überzeugend Wasserburg 1983, 274). Jedenfalls ohne Belang sind die **Rechtsfolgen**: Auch eine Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) oder ein Ab-

sehen von Strafe (§§ 46a, 46b; 60 StGB) genügen, da ihnen ein Schuldspruch vorausgeht. Gleiches gilt für eine **Maßregelentscheidung**, die auf der Grundlage der Annahme verminderter Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB beruht und daher neben dem strafrechtlichen Schuldspruch steht. Anders zu beurteilen ist dies bei einer reinen Maßregelanordnung aufgrund angenommener Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB. Auch diese kann man zwar ohne Verstoß gegen den Wortlaut als »rechtskräftige Verurteilung« i.S.v. § 364 gelten lassen (vgl. AK-StPO/Loos § 364 Rn. 4). Da die §§ 359 und 362 aber jeweils in Nr. 2 und 3 voraussetzen, dass sich der Täter »schuldig« gemacht hat (vgl. oben § 359 Rdn. 13), kommt aus diesem Grund eine Wiederaufnahme nicht in Betracht.

- 3 Die Zulässigkeit des Antrags ist gem. § 364 Abs. 1 Satz 2 auch dann gegeben, wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aufgrund bestimmter **Hindernisse** und nicht nur aus Mangel an Beweisen nicht möglich war, z.B. wegen des Eintritts der Verjährung, des Todes des Angeklagten, seiner Verhandlungsunfähigkeit, einer Amnestie (*Meyer-Göfner/Schmitt* § 364 Rn. 1) oder weil der Betreffende unbekanntes Aufenthaltsort hat (BGHSt 48, 153, 155). Erfasst sind weiterhin **Einstellungen gem. § 154** (s. OLG Düsseldorf GA 1980, 393, 395 f.; a.A. KG, Beschl. v. 31. 07. 2009 – 2 Ws 200/09) und **§ 153a** (*Böse* JR 2005, 12). In der **Antragsbegründung** sind in diesem Fall neben dem Hindernis die Umstände zu benennen, die einen ausreichenden Tatverdacht im Hinblick auf konkrete Straftaten ergeben. Dabei genügt **bloßer Anfangsverdacht** gem. § 152 Abs. 2 (BGHSt 48, 153, 155; OLG Oldenburg StV 2003, 234; a.A. *Marxen/Tiemann* Rn. 291).