

Ulrich Eisenberg

Revisionsverwerfung durch Beschluss als „offensichtlich unbegründet“ auch im Jugendstraf(verfahrens)recht (§ 2 Abs. 2 JGG, § 349 Abs. 2 StPO)?

Der Beitrag befasst sich mit der (statistisch beherrschenden) revisionsgerichtlichen Verfahrenserledigung durch Verwerfungsbeschluss ohne Begründung, und in diesem Zusammenhang auch mit dem Einfluss der/des Vorsitzenden des Kollegialgerichts. Im Speziellen werden Fragen der Vereinbarkeit dieser Erledigungsart mit dem JGG erörtert und zur Veranschaulichung drei konkrete Verfahren angeführt.

The article deals with the statistically dominant settlement of the proceedings by appellate courts in the way of decision of dismissal without statement of reason. The article also addresses the influence of the person presiding the collegiate court. In particular, the question of compatibility of this approach with the German Juvenile Court Act is discussed in the context of three specific cases.

Schlüsselworte: offensichtlich unbegründete Revision, Verhältnis von Generalstaatsanwaltschaft bzw. Bundesanwaltschaft und Revisionsgericht, Machtfülle im Vorsitz eines Kollegialgerichts, Jugendstrafrechtlicher Erziehungsauftrag, Erzieherische Grundsätze der Transparenz und Vertrauenswürdigkeit.

key notes: manifested unfounded revision, relation between Attorney General or Federal Attorney General respectively and Court of Appeal, concentration of power in the person presiding the collegiate court, educational responsibility stemming from the Juvenile Court Act, educational principles of transparency and trustworthiness.

A. Allgemeines

I. Problemstellung

Nach hM ist Zweck der vereinfachten Revisionsverwerfung gemäß § 349 Abs. 2 StPO im allgemeinen Straf(verfahrens)recht die Entlastung der Revisionsgerichte durch „schnelle Erledigung“¹. Wenngleich dieser Zweck in der Konsequenz gar in *Relation* zum jeweils

¹ Meyer-Goßner 7, KK-Kuckein 15, jeweils zu § 249.

zu bewältigenden *Arbeitsanfall* geschehen könnte², gilt die Vorschrift als mit dem GG³ und speziell auch mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK)⁴ vereinbar, sofern nicht im konkreten Fall eine entsprechende Rechtsverletzung dargetan ist. Die Frage nach einer in der Praxis implicite unterstellten Verträglichkeit mit Vorschriften oder Grundsätzen des JGG (§ 2 Abs. 2 JGG) ist, soweit ersichtlich, bislang nicht ausdrücklich erörtert worden, obgleich auch das Revisionsverfahren an den Erziehungsauftrag gebunden ist (§ 2 Abs. 1 JGG) und Senate der OLGe wie des BGH keine Jugendgerichte sind (Umkehrschluss aus §§ 33 ff., 39 ff. JGG).

II. Entstehungsgeschichte des § 349 Abs. 2 StPO

1. Überlastung der Revisionsgerichte

a) Reichsgericht

Zur Begründung der Gesetzesänderung (als § 389 Abs. 1 S. 2 RStPO), die am 1. August 1922 in Kraft trat (Art. IV Nr. 1 des Entlastungsgesetzes vom 8. 7. 1922, RGBl. I 569), wurde angeführt, die Anzahl der strafrechtlichen Revisionen am RG – sie hatte sich in den Jahren nach dem 1. Weltkrieg mehr als verdoppelt⁵ – könne nicht mehr bewältigt werden, und zudem sei der Anstieg zunehmend nicht dem Ziel rechtlicher Überprüfung, sondern des Strafvollstreckungsaufschubs geschuldet⁶. Der Gesetzesentwurf ging auf eine Initiative Amtierender des RG zurück⁷, allerdings noch ohne die Voraussetzung der Einstimmigkeit, die erst im Zuge der Gesetzesberatung eingefügt wurde⁸.

b) Ausdehnung auf die Oberlandesgerichte

Für die OLGe wurde die Möglichkeit einschlägiger Verwerfung, obschon der vorgenannte Gesetzesentwurf dies umfasste⁹, in die gesetzliche Regelung zunächst nicht aufgenommen. Dies geschah erst durch eine Notverordnung (3. VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreie

2 Vgl. dazu Kreuzer StV 1982, 438 (446); Schlothauer StV 2004, 340 (341).

3 So nach hM unter Hinweis auf BVerfG NJW 1982, 925; BVerfG, 2. Senat 1. Kammer, vom 26. 01. 2006 (2 BvR 1401/0), iuris; BVerfG, 2. Senat 3. Kammer, NJW 1987, 2219=NSZ 1987, 334.

4 Vgl. etwa SächsVerfGH vom 25.08.2011 (Vf. 34-IV-11) 24, auszugsweise StRR 2011, 465. Krit. Meyer-Mews/Rötter StraFo 2011, 14 (17-19). - Ansonsten sind gelegentlich bemühte Entscheidungen (vgl. EGMR vom 08.12.1983, EuGRZ 1985, 225; EGMR vom 29.10.1991, EuGRZ 1991, 415) nicht unmittelbar einschlägig.

5 Vgl. für die Jahre 1910-1921 die Zusammenstellung bei Schubert 348 (356), für die Jahre 1917-1921 bei Kruse 8.

6 Vgl. nur Wiedergabe bei Schubert 348 (350, 353).

7 Vgl. näher Stoll 1967, 30 f.

8 Vgl. Reichstags-Protokoll, 241. Sitzung am 01.07.1922, S. 8254; erg. Kruse 13.

9 Vgl. Reichstags-Protokoll, 241. Sitzung am 01.07.1922, S. 8253 f.

tungen vom 6. 10. 1931, Sechster Teil: Rechtspflege, Kap. I § 6, RGBl. I vom 7. 10. 1931, 537 [563])¹⁰.

2. Antragserfordernis (§ 349 Abs. 2 und 3 StPO)

Diese Regelungen wurden im Jahre 1964 eingeführt (Art. 9 Nr. 2 StPÄG vom 19. Dezember 1964, BGBl. I 1067 [1078]), um verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) Rechnung zu tragen. Allerdings könnten die Regelungen rechtsstaatlich gefährdende Fernwirkungen ausgelöst haben (vgl. unten B. III. 1.).

3. Ausdehnung um § 354 Abs. 1 a S. 1 StPO

Das 1. JuMoG (vom 24. 08. 2004, BGBl I 2198) hat § 354 StPO dahingehend geändert (vgl. aber unten C. I.), dass die Revision auch dann als offensichtlich unbegründet beurteilt wird¹¹, wenn die Rechtsfolgenbemessung zwar rechtsfehlerhaft ist, das Revisionsgericht die ausgesprochene Rechtsfolge aber als angemessen erachtet (§ 354 Abs. 1 a S. 1 StPO - anders im Falle des § 354 Abs. 1 a S. 2 StPO).

III. Häufigkeit der Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO

Der BGH macht, vorbehaltlich statistischer Verzerrungen, seit geraumer Zeit in nicht unter etwa 3/4 aller Revisionsentscheidungen von der Möglichkeit gemäß § 349 Abs. 2 StPO Gebrauch¹², bei Mitberücksichtigung von Beschlüssen nach § 349 Abs. 2 und Abs. 4 StPO¹³ erhöht sich der Anteil zusätzlich nicht unerheblich. Nach auch empirisch gestützter¹⁴ allgemeiner Auffassung¹⁵ beruht die statistische Dominanz ganz überwiegend – aber nicht nur (vgl. unten B. I. 2. b) – auf Mängeln der Revisionsanträge seitens der Verteidigung. – Allerdings divergieren die Anteile der Verwerfung gemäß § 349 Abs. 2 StPO zwischen den Senaten des BGH, und sie wurden in jüngerer Zeit gar verzerrt

¹⁰ Im Rahmen der VO über die Gerichtsverfassung und die Strafrechtspflege vom 04.01.1924 (RGBl 1924 I S. 15 [sogen. Emminger-VO]) war die Revisionszuständigkeit des RG eingeschränkt und diejenige der OLG erweitert worden (vgl. dazu auch Kruse 15; Fürstenu StraFo 2004, 38 [40]).

¹¹ Vgl. nur Meyer-Goßner 10 zu § 349.

¹² Vgl. http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Statistik/statistik_node.html=StatBA (de-statis), Fachserie 10 Reihe 2.3, Rechtspflege, Strafgerichte, Tab. 9.3, jährlich (zu eher etwas kleineren Anteilen bei den OLG Tab. 8.3). Eine Unterteilung nach Jugendstrafsachen ist nicht vorhanden. Zu methodischen Einschränkungen Barton, FS-Kühne 2013 (im Erscheinen).

¹³ Vgl. zu dieser Handhabung BGHSt 43, 31 mit abl. Anm. Wattenberg NStZ 99, 95; Nichtannahmebeschluss BVerfG, 2. Senat 2. Kammer, vom 14.04.1999 [2 BvR 538/99], iuris; BGH vom 19.03.2013 (5 StR 81/13).

¹⁴ Vgl. etwa Kruse 347 ff.; Rottmann 37 ff.; Kodde 179 ff.

¹⁵ Vgl. auch Hamm 1382 ff.

durch die erheblich überdurchschnittliche (und teilweise extreme) Nutzung der Vorschrift seitens des 1. Strafsegnats¹⁶.

Insgesamt ergibt sich, dass andere gesetzlich vorgesehene Formen der Revisionserledigung, statistisch betrachtet, durchaus am Rande stehen.

B. Handhabung des § 349 Abs. 2 StPO

I. Begriffspaar „offensichtlich unbegründet“

1. Definition

Die Auslegung dieser gesetzlichen Voraussetzung „hat sich ...gewandelt“¹⁷, jedoch ist keine der verschiedenen Auffassungen hinreichend präzise, um im konkreten Fall verlässlich handhabbar¹⁸ und kontrollierbar¹⁹ zu sein.

a) Rechtliche Sachkunde

Nach ursprünglicher Auffassung war erforderlich, dass die jeweiligen Rechtsfragen sich von den zuständigen Amtierenden sozusagen direkt beurteilen ließen, und zwar dergestalt, dass „sich die Unbegründetheit dem Blick eines sachkundigen Beurteilers sofort aufdrängt“²⁰. Es ging historisch (nur) um Verfahren, „bei denen die Unbegründetheit offensichtlich zu Tage liegt“ und „ohne dass nach irgendeiner Richtung ein Zweifel obwaltet, die Revision unbegründet ist“²¹. Danach wäre ein Vorgehen nach § 349 Abs. 2 StPO nicht mehr in Betracht gekommen, wenn zumindest ein Senatsmitglied sich zu einem Abwägen veranlasst gesehen hätte bzw. etwaige Zweifel nicht unmittelbar hätten ausgeräumt werden können.

b) Verfahrensökonomie

Ohne dass die ursprüngliche Auffassung aufgegeben worden wäre²², ist inzwischen eine erledigungsfunktionale Auslegung (hinzubzw.) in den Vordergrund getreten, der zu-

16 Vgl. vorbehaltlich gewisser statistischer Verzerrungen auch hier zur Verteilung zwischen den Strafsegnaten StatBA (destatis), http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Statistik/statistik_node.html#StatBA (destatis), Fachserie 10 Reihe 2.3, Rechtspflege, Strafgerichte, Tab. 9.5.; vgl. detailliert Fischer NStZ 2013, 425 (426ff.).

17 Vgl. BGH NJW 2001, 85=StraFo 2001, 18 mit Bspr. Dabs NStZ 2001, 298.

18 Bezogen auf die Praxis zweier OLG Anfang der 80er Jahre des 20. Jhd. (Kodde 1989, 3-13) ergab ein Vergleich auch mit Begründungen erfolgreicher Revisionen (Kodde 157 ff.) keine rechtlichen Kriterien (vgl. Kodde 1989, 179 ff.).

19 Vgl. schon Rieß JR 1976, 309 (313); Stoll 129 f. („Fehlgreifen“ nicht ausgeschlossen); Dabs/ Dabs 551: „Fingerspitzengefühl“ (dazu auch Kodde 182).

20 Lobe JW 1925, 1612.

21 Reichstags-Protokoll, 241. Sitzung am 01.07.1922, S. 8253 f.

22 Vgl. nur BVerfG NStZ 2002, 487 (489) Rn. 11.

folge es auf die *Entbehrlichkeit* einer *Revisionshauptverhandlung* ankomme²³. Unerheblich soll sein, ob die Begründung des angegriffenen Urteils als fehlerhaft beurteilt werde, sofern die ausgesprochene Rechtsfolge auf dem Rechtsfehler offensichtlich nicht beruhe²⁴, bzw. es dürfe die Beschlussverwerfung mit einer Schuldsspruchberichtigung einhergehen, wenn eine Auswirkung auf den Rechtsfolgenausspruch auszuschließen sei²⁵ (vgl. erg. zu § 354 Abs. 1 a S. 1 StPO oben A. II. 3.).

Hiernach gilt die Möglichkeit gemäß § 349 Abs. 2 StPO nur dann als ausgeschlossen, wenn eine Hauptverhandlung dennoch einen Erkenntnisgewinn verspreche. Die Ungewissheit einer solchen Prognose ergibt sich schon daraus, dass es z. B. um das unmittelbare Gehör der Verteidigung hinsichtlich tatsächenbezogener Wertungen²⁶ oder die nähere Vermittlung des Verfahrensstoffs gegenüber allen Senatsmitgliedern geht. Immerhin wird als Beratungsgrundlage nicht etwa die Lektüre der Aktenunterlagen durch jedes Senatsmitglied vorausgesetzt, vielmehr sei der Vortrag des Berichterstatters zureichend²⁷, wenn er den anderen Senatsmitgliedern die für die Entscheidung über die Revision relevanten Informationen vermittele (vgl. aber auch unten II. 2.)²⁸.

Insgesamt betrachtet bietet dieses Prüfkriterium schwerlich genauere Anhaltspunkte als das ursprüngliche, eher ist es geeignet, die Unbestimmtheit zu erhöhen. Rechtstatächlich mag sich dies auch darin bestätigen, dass nicht ganz selten die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Verwerfung gemäß § 349 Abs. 2 StPO stellt, das Revisionsgericht aber dennoch eine Hauptverhandlung durchführt, oder dass mitunter umgekehrt die Staatsanwaltschaft zunächst keinen Antrag stellt und erst nach Kontakt mit dem Revisionsgericht dazu gelangt (vgl. auch unten II. 1. b).

2. Disposition

a) Institutionalisierte Handlungsnormen

Nach weithin vertretener Auffassung wird dem Revisionsgericht ein „Entscheidungsspielraum“ zugestanden²⁹, der in der Praxis extensiv ausgelegt werde³⁰. Mit der Über-

23 Vgl. BGH NJW 2001, 85=StraFo 2001, 18 (mit Bspr. *Dahs* NStZ 2001, 298); BGH StV 2005, 3 mit krit. Anm. von *Döllen/Meyer-Mews*; LR-StPO/*Franke* 9 zu § 349. Vgl. zuvor im Schrifttum etwa schon *Penner* 22.

24 Vgl. *Graf-Wiedner* 20, *KK-Kuckein* 24, jeweils zu § 349.

25 Vgl. auch *KK-Kuckein* 29, jeweils zu § 349.

26 In Frage stellend aber *Detter* StV 2004, 345 (349 f.).

27 Vgl. BVerfG NJW 1987, 2219=NStZ 1987, 334 f.: „Sinn ... ersichtlich nicht, dass alle Mitglieder die Akten oder einzelne Schriftsätze vollständig lesen“ (vgl. aber auch BVerfG NJW 2012, 2334 Rn. 25=DRIZ 2012, 286). Zum Einfluss des Berichterstattlers schlechthin *Verf.* § 31 Rn. 17. Speziell *Fischer* NSZ 2013, 425 ff.

28 SK-StPO/*Wohlers*, 33. Lfg. 2003, 41 zu § 349. Krit. *Fischer* u.a. StV 2013, 395 ff. (401). - Weniger einschlägig EGMR vom 19.04.1993, Serie A 254-B, para 30 ff. (betr. Zeitraum zur Aktenlektüre).

29 BVerfG, 2. Senat 3. Kammer, NStZ 2002, 487 Rn. 11: „Ermessensspielraum“; BVerfG, 2. Senat 1. Kammer, NStZ 2007, 709 Rn. 18: „Entscheidungsspielraum“.

30 *Graf-Wiedner* StPO 19 zu § 349, *Rosenau* ZIS 2012, 195 (200 f.).

führung der Steuerungskompetenz von der abstrakten Gesetzesfassung in die fall- und ergebnisorientierte strafjustizielle Handhabung lassen sich aber – wie bei anderen institutionalisierten Handlungsnormen³¹ auch – Elemente des „Subjektivismus“³² bzw. apokryphe Verwerfungsmotive³³ nicht ausschließen (etwa nach dem Motto: „das lassen wir durchlaufen“).

Insoweit wäre es erwartungsgemäß, wenn der Verwerfung auch Verfahren mit problembehafteten bzw. noch offenen Rechtsfragen unterfallen könnten, die andernfalls eine umfangreiche Beschlussbegründung erforderten. Sofern es sich so verhält, tritt (gleichsam in Anleihe an die für die Exekutive geltende Nr. 147 Abs. 1 S. 2 RiStBV) die von Gesetzes wegen kontrollierende Voraussetzung des „offensichtlichen“ zugunsten eines gewollten Verfahrensergebnisses zurück, gar in dem Sinne, dass ein als „passend“ oder doch „vertretbar“ interpretiertes Urteil nicht aufzuheben sei³⁴, und zwar ungeachtet zutreffender Revisionsrügen. Erscheint dann (nur) eine offizielle Presseerklärung, so beschränkt sich diese ggfs. auf die Referierung tatgerichtlicher (Re-)Konstruktionen des Geschehensablaufs, von deren formeller revisionsgerichtlicher Kontrolle auf Rechtsfehler das Revisionsgericht abgesehen hat.

b) Degradierungsfunktion gegenüber qualifizierter Verteidigung

Ist die Revisionsbegründung unter erheblichem Arbeitsaufwand gestaltet worden *und* von juristischer Qualität, so liegt es nahe, dass seitens der Verteidigung die Verwerfung gemäß § 349 Abs. 2 StPO als Brüskierung aufgefasst werden kann, zumal wenn dem Beschluss kein Wort der Erläuterung angefügt ist – demgemäß werden mitunter Einschätzungen veröffentlicht, die Beschlussverwerfungen als diskriminierend bzw. unzugänglich³⁵ oder gar als Verletzung des Anspruchs auf Justizgewährung (Art. 19 Abs. 4 GG)³⁶ wahrnehmen. Gewichtiger ist diejenige Funktion (im Sinne objektiver Auswirkung) dieser Verfahrenserledigung, die in einer Degradierung der Verteidigung dadurch liegt, dass eine Erörterung ihrer Argumente als sich erübrigend erscheint. Diese Form objektiver Missachtung steht in Konflikt mit der Bedeutung von Verteidigung als *Garant rechtsstaatlicher Strafrechtspraxis*.

31 Deren Wesen ist die Existenz praeter und verschiedentlich auch contra legem (vgl. Verf. § 40; *Singelnstein* 128 ff., 186 ff.).

32 Dazu bereits *Peters* 656.

33 Vgl. schon *Kreuzer* StV 1982, 438 (447); *Barton* 261 ff.

34 Vgl. *Barton* 261 f.; *Ventzke* NStZ 2011, 481 (485 f.). Vgl. aber auch schon *Penner* 22 („im großen und ganzen gerecht“).

35 Vgl. *Dahs* NStZ 2001, 298 f.; *Fürstenau* StraFo 2004, 38 (40).

36 Vgl. schon Anm. *Kahl*, zu RG JW 1925, 1403, dortselbst S. 1406; vgl. etwa auch DAV-StR-Ausschuss, Nr. 16/2013 (März).

II. Antrags- und Einstimmigkeitserfordernis

Nach verbreiteter Auffassung handle es sich bei diesem doppelten Erfordernis um eine Absicherung einer sachgerechten Verwerfungspraxis. Indes bestehen insoweit rechtstatisch verschiedene Einschränkungen.

1. Antrag der Staatsanwaltschaft

a) Ankereffekt

Verfahrensrechtlich müssen die Staatsanwaltschaft *und* das Revisionsgericht unabhängig voneinander die Revision als „offensichtlich unbegründet“ beurteilen. Allerdings liegt es rechtspychologisch nahe, dass das Revisionsgericht seine Verwerfung als durch den Antrag gewissermaßen vorbereitet und unterstützt erachtet. Dies entspräche als eine spezielle Ausprägung dem sogen. „Ankereffekt“. Insoweit würde das Antragserfordernis nicht als ein Erschwernis, sondern gar als eine Erleichterung für die Verwerfung wirken³⁷.

b) Einvernehmliche Anträge

Eine spezielle Einschränkung erfährt die der Antragstellung zugeschriebene Kontrollfunktion in Fällen der sogen. „Bestellung“³⁸ eines Verwerfungsantrags. Da die Staatsanwaltschaft sich zu der Frage eines einschlägigen Antrags ohne Kenntnis der Auffassung des Revisionsgerichts verhalten muss, liegt Unzulässigkeit ohnehin dann vor, wenn sie die Akten zunächst ohne Antrag weiterleitet³⁹. Aber auch die nachträgliche Änderung der niedergelegten ursprünglichen Beurteilung durch die Staatsanwaltschaft aufgrund Intervention des Revisionsgerichts stellt sich als unzulässig dar, weil es sich nicht mehr um eine autonome Beurteilung handelt⁴⁰. – Zumindest liegt eine Systemwidrigkeit im Sinne des Auslegungskriteriums Sachkunde (vgl. oben I. 1. a) darin⁴¹, dass die Staatsanwaltschaft sozusagen auf Vorhalt einschwenkt.

Im Übrigen ist deutliche Zurückhaltung zu erkennen, daraus auf Befangenheit des zuständigen Staatsanwalts bzw. Amtierenden des Revisionsgerichts zu schließen⁴².

³⁷ Vgl. auch *Schllothauer StV* 2004, 340 (341).

³⁸ Vgl. nur KK-Kuckein 17, Meyer-Goßner 12, jeweils zu § 349: „unzulässig“.

³⁹ Vgl. BVerfG, 2. Senat 3. Kammer, NStZ 2000, 383 (Rn. 15, obiter dictum) mit Bspr. Gieg/Widmaier NStZ 2001, 57 ff=StV 2001, 151 mit Anm. Neuhaus; BVerfG, 2. Senat 1. Kammer, vom 26. 10. 2006 (2 BvR 1656/06) Rn. 6; Meyer-Goßner 12 zu § 349; aA OLG Zweibrücken NJW 2001, 2110).

⁴⁰ Vgl. KK-Kuckein 17 zu § 249; abw. KG StV 2001, 153; OLG Düsseldorf NStZ 2012, 470 mit krit. Bspr. Barton StRR 2012, 191 f. und Norouzi StraFo 2013, 120.

⁴¹ Vgl. dazu *Fürstenau* StraFo 2004, 38 (41).

⁴² Vgl. SächsVerfGH vom 25.08.2011 (Vf. 34-IV-11), iuris (auszugsweise StRR 2011, 465); BGH vom 24.01.2012 (4 StR 469/11), Rn. 2 ff., 17, iuris (auszugsweise StRR 2012, 191) mit krit. Bspr. Barton StRR 2012, 191 f. Vgl. aber Beulke 569 zu § 29.

2. Einstimmigkeit

Dieses Erfordernis muss bezüglich der Offensichtlichkeit *und* der Unbegründetheit vorliegen. Die Bedeutung der Vorschrift ergibt sich daraus, dass bei Aushöhlung die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) hinsichtlich der von Gesetzes wegen erforderlichen Zahl Amtierender (§ 139 Abs. 1 GVG) berührt oder gar verletzt wird. Rechtstatsächlich aber steht die Erreichung von Einstimmigkeit vor mehreren Hürden, die sich aus den Machtverhältnissen innerhalb des Senats sowie verfahrensökonomischen Gegebenheiten speisen. Hinsichtlich der Strategie der/des Vorsitzenden und/oder des Berichterstatters wäre es nicht ausgeschlossen, Beratungstermine so zu bestimmen, dass Senatsmitglieder mit (aus anderen Verfahren bekannter) abweichender Auffassung nicht anwesend sind, sofern der geschäftsmäßige Vertreter eine solche Auffassung nicht vertritt. Auch mag es sich nicht selten dergestalt verhalten, dass Senatsmitglieder ihrerseits wissen, dass sie sich mit ihrer rechtlichen Auffassung in der Minderheit befinden, und deshalb bei der Beratung schweigen bzw. bei der Abstimmung beipflichten, um eine als nutzlos erachtete Hauptverhandlung sowie Abfassung einer Urteilsbegründung zu vermeiden, zumal sich dadurch an der Zurückweisung der Revision nichts ändern würde⁴³.

Hinzu kommt, dass schon die Beurteilungsgrundlage derjenigen Senatsmitglieder, die weder den Vorsitz innehaben noch Berichterstatter sind, tendenziell eingeschränkt ist, und die Beratung ohne (schriftliche oder Video-)Dokumentation des Votums des berichterstattenden Senatsmitglieds geschehen kann (vgl. auch oben I. 1. b). Allerdings wird diese Gestaltung eher selten Entscheidungsrelevanz haben⁴⁴. Immerhin wird mitunter berichtet, es sei verpönt bzw. es werde von anderen Senatsmitgliedern nicht riskiert, um Einsichtnahme in die Akten (sog. Revisionshefte) zu bitten, vielmehr würde solches ggf. gar als ein Verstoß gegen ungeschriebene Binnennormen empfunden⁴⁵.

3. Dominanz der Vorsitzendenrolle

Mit dem Senatsvorsitz ist im Allgemeinen eine „das Kollegium beherrschende“ Verantwortung und Stellung verbunden, wie sie für eine effiziente Aufgabenerfüllung als unerlässlich gelten. Jedoch kann es dabei mitunter faktisch gar um ein Verhältnis wie von Vorgesetzten zu „Untergebenen“ mit „dysfunktionaler Wirkung“⁴⁶ auf den sprachkörperinternen Kommunikationsprozess gehen⁴⁷. – Die Dominanz beruht auf mehreren, untereinander verschränkten Gründen. Zum einen geht es um die Funktion im Rahmen

43 Vgl. Kutzer StraFo 2000, 325 (327, r. Sp.); LR-Franke 12 zu § 349; Hamm 1370. Krit. Roxin/Schünemann 52 zu § 55.

44 Vgl. aus der Praxis etwa Fischer/Krehl StV 2012, 550 ff. sowie Fischer u.a. StV 2013, 395ff. bzw. Brause JR 2013, 134 ff.

45 Vgl. aber Detter StV 2004, 345 (349): „im Einzelfall ...die Möglichkeit“. Vgl. zum (auf die Richtigkeit) Vertrauen Vogel 52.

46 Sowada 418, 420.

47 Anschauliche Zahlnachweise bei Barton 203 ff.

der Geschäftsverteilung innerhalb des Spruchkörpers (§ 21 g GVG), und zwar unbeschadet der gesetzlichen Änderung (Gesetz vom 22.12.1999 [BGBl I 2598]; vgl. zur Begründung etwa BT-Dr 14/597 S. 5)⁴⁸. Zum anderen ist der Vorsitz von verfahrensrechtlich-funktioneller Kommunikationsherrschaft gekennzeichnet. Zudem kommt dem/der Vorsitzenden auch im Rahmen der Zuständigkeit für die dienstliche Beurteilung der anderen Senatsmitglieder, soweit im Einzelfall eine solche noch anstehen sollte, eine faktische Machtposition zu.

III. Keine Begründungspflicht

Die Verwerfungsbeschlüsse gemäß § 349 Abs. 2 StPO ergehen, auch wenn das Gesetz sich hierzu ausdrücklich nicht verhält⁴⁹, ohne Begründung im förmlichen Sinne, und in der Regel auch ohne eine sonstige Erläuterung. Verfassungsrechtlich wurde dies nicht beanstandet, u. a. unter Hinweis darauf, dass der Revisionsführer in Form eines Verwerfungsantrags seitens der Staatsanwaltschaft eine Begründung erhält (§ 349 Abs. 3 StPO), wodurch er (zusammen mit dem angefochtenen Urteil) hinreichend informiert sei⁵⁰. Indes handelt es sich bei dem Antrag nicht um eine Beurteilung des Gerichts, das – ebenso wenig wie an einen Antrag (§ 349 Abs. 5 StPO) – im Falle der Verwerfung nicht an die Gründe der Staatsanwaltschaft gebunden ist⁵¹. Daher wird immer dann, wenn das Revisionsgericht aus anderen als den von der Staatsanwaltschaft niedergelegten Gründen verwirft⁵², oder wenn diese unzureichend sind, eine Erläuterung anzufügen sein⁵³.

1. Unkontrollierte Fernwirkungen

Rechtstatsächlich ist eine Machtverschiebung zugunsten der Staatsanwaltschaft nicht auszuschließen, die auch die Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) beeinträchtigen könnte: Weil postuliert wird, der Antrag der Staatsanwaltschaft sei gleichsam begründungsersetzend, vermag die antragsgemäße Verwerfung als Bestätigung der niedergelegten Rechtsauffassung gewertet zu werden, und dies könnte weitere solcher Anträge zur Folge haben, obgleich das Revisionsgericht sich zu der Frage, ob die jeweilige Rechtsauffassung zutreffend ist, nicht verhalten hat.

Gegenüber dem Tatgericht mag die Verwerfung nicht selten als „Signal“ ankommen, „alles richtig gemacht“ zu haben, so dass Rechtsfehler quasi als legitimiert gelten und sich in der Folge perpetuiieren könnten.

48 Bej. etwa *Meyer-Goßner* 2, *KK-Diemer* 1, jeweils zu § 21 g GVG.

49 Das Verhältnis zu § 34 StPO (vgl. schon *Kahl* JW 1925, 1403 [1405 f]) ist, soweit ersichtlich, nicht grundsätzlich untersucht.

50 Vgl. etwa BVerfG NStZ 2002, 487 Rn. 10; BGH NJW 2002, 3266 Rn. 5=NStZ 2003, 103 mit Anm. *Ventzke*.

51 Vgl. BVerfG NStZ 2002, 487 Rn. 11; BVerfGE 112, 185 Rn. 79; BGH StV 2005, 3 mit zust. Anm. von *Döllen/Meyer-Mews.*; BGH StraFo 2009, 293 Rn. 5.

52 Als zulässig bej. BGH StraFo 2009, 293.

53 Vgl. *Kruse* 362; *Hamm* 1377.

2. Rechtsstaatliche Erwägungen

Betrachtungen bezüglich des Anspruchs auf rechtliches Gehör⁵⁴ haben verschiedentlich zu der Anregung geführt, der Beschluss sei zu begründen, und zwar unabhängig davon, ob der Senat mit der rechtlichen Auffassung der Staatsanwaltschaft vollständig übereinstimmt⁵⁵. Aber auch im Übrigen bestehen rechtsstaatliche Bedenken gegenüber der Nichtbegründung⁵⁶, und zwar verstärkt wegen der Verschiebung wesentlicher Kategorien der Verwerfung hin zur Disposition des Revisionsgerichts (vgl. oben I. 1. b), II. 1. a); vgl. auch unten C. I. 2. a)).

C. Anwendbarkeit im Jugendstraf(verfahrens)recht?

I. Verhältnis von § 2 JGG zu § 349 Abs. 2 StPO

Gemäß § 2 Abs. 2 JGG dürfen Normen des allgemeinen Rechts im Jugendstrafverfahren nicht angewandt werden, wenn sie mit Vorschriften oder Grundsätzen des JGG nicht vereinbar sind – dies gilt nach hier vertretener Auffassung⁵⁷ ohnehin für § 354 Abs. 1 a S. 1 StPO (vgl. dazu oben A. II. 3.), und es wird zur Vermeidung erzieherisch abträglichen Ungleichgewichts auch zur Unzulässigkeit des entgegen der Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht aufrecht erhaltenen Antrags führen müssen. Darüber hinaus aber sind die im Jugendstrafverfahren Amtierenden von Gesetzes wegen (§ 2 Abs. 1 JGG) verpflichtet, erzieherische Grundsätze einzuhalten. Insofern könnte erwogen werden, ob das Verfahren gemäß § 349 Abs. 2 StPO im Jugendstrafverfahren nicht von vornherein deshalb unzulässig ist, weil für das Revisionsgericht mangels Begründungspflicht keine Notwendigkeit besteht, eine erzieherische Geeignetheit (§ 37 JGG) nachweisen zu müssen. Solange aber schon auf tatgerichtlicher Ebene die Voraussetzungen des § 37 JGG, zumal bei auch im allgemeinen Strafrecht zuständigen Amtierenden, keineswegs einheitlich erfüllt sind⁵⁸, wird sich dergestalt eine generelle Unzulässigkeit schwerlich begründen lassen.

1. Beschleunigungsgrundsatz

Das JGG verlangt, mehr noch als im allgemeinen Strafverfahrensrecht, Belange der Beschleunigung zu berücksichtigen. Unter diesem Aspekt könnte die Anwendung von § 2

54 Vgl. näher dazu, aber fallbezogen im Erg. vern., BGH StraFo 2009, 293.

55 Vgl. Detter StV 2004, 345 (350: „mehr Gebrauch machen“); Rosenau ZIS 2012, 195 (203): „in jedem Fall“.

56 Vgl. etwa Roxin/Schünemann 54 zu § 55; vgl. aber aufschlussreich BGH NStZ 2009, 252 Rn. 7.

57 Vgl. Verf./Haeseler StraFo 2005, 224; Dehne-Niemann ZIS 2008, 254. Für nur äußerst seltene Anwendung BGH vom 20.04.2005 (5 StR 73/05), iuris; ähnlich BGH NStZ-RR 2010, 57.

58 In dem vom Gesetzgeber (am 14.03.2013) verabschiedeten StORMG sind die in dem RegE vorgesehen gewesenen Regelungen zur näheren Ausgestaltung des § 37 JGG nicht mehr enthalten (vgl. dazu nur Stellungnahme der DVJJ vom 15.03.2013).

Abs. 2 JGG, § 349 Abs. 2 StPO besonders zu empfehlen sein. Jedoch betrifft der etwa intendierte Zweck der Revisionseinlegung, einen Vollstreckungsaufschub zu erreichen (vgl. oben A. 2.), nicht diejenigen in Jugendsachen vergleichsweise häufigen Verfahren, in denen der Revisionsführer sich in Untersuchungshaft befindet; zudem ergeben sich Einschränkungen der Tragweite aus den speziellen Rechtsmittelbeschränkungen des § 55 JGG.

2. Erzieherische Grundsätze der Transparenz, Konsequenz und Vertrauenswürdigkeit

a) Eine Handhabung des § 349 Abs. 2 StPO im Jugendstraf(verfahrens)recht ist insoweit unzulässig, als sie den erzieherischen Grundsätzen der Transparenz und Konsequenz entgegensteht. Dies aber ist der Fall, wenn das Revisionsgericht die Verwerfung, ohne dies offen zu legen, auf andere Gründe stützt, als sie im Antrag niedergelegt sind bzw. wenn der Antrag geeigneter Gründe entbehrt. Bei solchenfalls anzufügenden Erläuterungen ist zu vermeiden, dass sie als Ausdruck von Inkonsistenz erscheinen, d. h. sie müssen erkennen lassen, dass es sich (gleichwohl) um eine „offensichtliche Unbegründetheit“ handelt⁵⁹.

b) Diese Erwägungen gelten umso mehr, als es sich bei den Revisionsgerichten nicht um Jugendgerichte handelt (vgl. oben vor 1.), und zudem wegen der Dominanz der/des Vorsitzenden (B. II. 3.). Zwar wird es sich gelegentlich so verhalten, dass die im Vorsitz amtierende Person sich je nach Persönlichkeitsmerkmalen gegenüber einem anderen Senatsmitglied z. B. dann zurücknimmt, wenn dieses eine Befähigung im Sinne des § 37 JGG oder ein höheres Maß dieser Befähigung aufweist, jedoch entspricht solches mitnichten einer rechtlichen Verbindlichkeit, wie auch entgegengesetzte Beispiele erweisen.

3. Jugend(straf)rechtliches Schutzprinzip

Die besondere Verpflichtung, Jugendliche und Heranwachsende zu schützen⁶⁰, sollte Anlass dazu sein, dass im Einklang mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vor Beschlussfassung vorsorglich alle beteiligten Senatsmitglieder vorab Einsicht in die Aktenunterlagen nehmen, um der Gefahr einer gar selektiven Verengung der Entscheidungsgrundlage (vgl. oben B. II. 2.) zu wehren. Vom Arbeitsaufwand her kommt dem entgegen, dass die Anzahl jugendstraf(verfahrens)rechtlicher Revisionen eher moderat ist.

59 Vgl. aber KK-Kuckein 16 zu § 249: „sollte sich jedenfalls nicht in Widerspruch ... setzen“; HK-StPO/Temming 7 zu § 349.

60 Vgl. statt vieler etwa Landau ZJJ 2008, 219 ff.

II. Veranschaulichende Verfahren

1. Mord an Zuhälter

Mit Beschluss vom 19.03.2013 hat der BGH (5 StR 81/13) die Revision eines der beiden Angeklagten litauischer Staatsangehörigkeit gegen das Urteil des LG Berlin vom 20.08.2012 (234 Js 4850/11 KLS) gemäß § 349 Abs. 2 StPO ohne ein Wort der Erläuterung verworfen, durch das der zur Tatzeit 18 Jahre und 9 Monate alte Angeklagte, der in seiner Heimat Abitur „mit guten Noten“ (Urteil S. 3) gemacht hatte, wegen eines Tötungsverbrechens als uneingeschränkt schuldfähig zu einer Jugendstrafe von 7½ Jahren verurteilt wurde. Das Tatopfer hatte anhaltend die Verurteilten - mit ihm in einem Raum und einem Bett (Urteil S. 7) – in Abhängigkeit gehalten, sie „erniedrigt“ (Urteil S. 6-8) und, auch unter Verweigerung der vereinbarten Bezahlung, „ausbeuterisch ausgenutzt“ (Urteil S. 14). Indes enthält das Urteil (S. 18) zur Bejahung eines Heimtücke-Mordes eine auf dem Hintergrund des „kurzfristig entstandenen“ (Urteil S. 23) Tatentschlusses nicht ganz unbedenkliche und zudem äußerst knappe Begründung⁶¹, und die Ausführungen hierzu im Verwerfungsantrag (GBA vom 22. 02. 2013) könnte der Verurteilte nachvollziehbar als einseitig interpretieren. – Nicht nur gleichfalls äußerst knapp und verengt, sondern wohl auch als lückenhaft stellt sich das Urteil hinsichtlich der Beurteilung der Schuldfähigkeit dar (S. 20), zumal es in den Feststellungen zur Tatentstehung Anhaltpunkte für eine extreme psychische Ausnahmesituation des Adoleszierenden aufweist – allerdings verfügte der herangezogene *Sachverständige* über keine fachliche Qualifikation gemäß §§ 109 Abs. 1 S. 1, 43 Abs. 2 S. 2 JGG. Der Verwerfungsantrag verhält sich hierzu so gut wie nicht.

Zur Bemessung der Jugendstrafe⁶² enthält das Urteil, obgleich der Angeklagte strafrechtlich *nicht-vorbelastet* und auch „nicht Initiator der Tat war“ und die Tat „aus Wut und Verzweiflung“ (Urteil S. 23) geschah, auch angesichts der Drohung des Zuhälters mit einer „breiten Veröffentlichung ihrer Fotos im Internet“ (Urteil S. 8), *kein Wort* der Begründung zur Frage erzieherischer Erforderlichkeit. Der Verwerfungsantrag holt dies schon insofern nicht geeignet nach, als es darin u. a. heißt: „§ 105 Abs. 3 JGG ...streitet für...eine Überprüfung der gängigen Redeweise vom Vorrang des Erziehungsgedankens in Fällen gemäß § 17 Abs. 2 Altern. 2 JGG“. Diese Ausführung verstößt gegen § 2 Abs. 1 JGG ebenso wie gegen § 18 Abs. 2 JGG und ist mit der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 105 Abs. 3 S. 2 JGG (BT-Drs. 17/9389, S. 12 f., 15, 33) unvereinbar. Dass der Senat dem Beschluss nicht zumindest hierzu eine klarstellende Erläuterung angefügt hat, befördert die (oben unter III. 1.) angeführte unkontrollierte Fernwirkung.

61 Aus Raumgründen seien hierzu nur genannt arglosigkeitsspezifisches Koinzidenzprinzip sowie teleologische Reduktion.

62 Hierin scheint sich der Einfluss des Status und die Vernachlässigung des Täter-Opfer-Verhältnisses (vgl. Verf. Rn. 67 zu § 31, Rn. 1, 5 zu § 55) zu bestätigen.

2. Zweifacher Mord an engsten Familienangehörigen im Rahmen einer „Ersatzwelt“

Mit Beschluss vom 03.11.2010 hat der BGH (1 StR 432/10) die Revision eines der beiden Angeklagten gegen das Urteil des LG Ulm vom 31.03.2010 (6 Kls 41 Js 6865/09) gemäß § 349 Abs. 2 StPO ohne ein Wort der Erläuterung verworfen⁶³, durch das der zur Tatzeit 18 ½ Jahre alte Angeklagte u. a. wegen zweifachen Mordes⁶⁴ zu einer lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt, die besondere Schwere der Schuld des Angeklagten festgestellt und dessen Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vorbehalten wurde. In des enthält das taterichtliche Urteil *Lücken und Widersprüche*, und der herangezogene *Sachverständige*, der einer fachlichen Qualifikation gemäß §§ 109 Abs. 1 S. 1, 43 Abs. 2 S. 2 JGG 43 Abs. 2 S. 2 JGG entbehrte, erwies sich, wie schon das (vorläufige schriftliche) Gutachten erkennen lässt, in mehrfacher Hinsicht als *ungeeignet*.

a) Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 JGG

Das Tatgericht *verneinte* einen Zweifel an dem "nicht mehr einem Jugendlichen Gleichstehen", nachdem das (vorläufige schriftliche) Gutachten (S. 112) die Möglichkeit nannte, dass der Angeklagte "postdeliktisch in Richtung ‚psychisch auffällig‘ manipulieren bzw. aggravieren könnte" bzw. dass die beiden Beschuldigten während der Tatvorbereitung "hinreichend Zeit" hatten, sich im Hinblick auf die Tötungsdelikte eine Legende "auszudenken" (S. 117). Mit diesen Zuschreibungen des Tatgerichts lässt sich indes schwerlich vereinbaren, dass der Angeklagte nach den verschiedensten Beweisergebnissen "in der Realschule Schulsprecher war" (Urteil S. 119), dass er "mehr als einmal seinen Unterricht und den der Kollegen gerettet" habe (Gutachten S. 79 f.), sich in seinem sozialen Umfeld "einen vergleichsweise hohen sozialen Status herausarbeitete" (Urteil S. 119), "von den deutlich älteren anderen Vorstandsmitgliedern des DLRG schon früh als verantwortungsbewusster junger Mann erkannt worden" war, dem Aufgaben übertragen wurden, die er "stets vorbildlich" bzw. "verlässlich" (Urteil S. 118) erfüllte.

aa) Zu *persönlichkeitsbezogenen Umständen* verhielt sich das (vorläufige schriftliche) Gutachten mit dem Bemerkten, sie seien "unklar" geblieben (S. 105, ähnlich S. 123). Insbesondere bezüglich des Verhältnisses zwischen dem Angeklagten und seinem nach allseitiger Bekundung beherrschenden Vater ließ das Gutachten die Frage offen, ob die Tötungsdelikte unmittelbarer Ausdruck der Auseinandersetzung mit diesem und der Familie waren, d. h. eine *Ablösung von der Herkunftsfamilie* noch nicht stattgefunden hatte bzw. die Tötungen ihrerseits ein Teilabschnitt des Ablösungsprozesses waren, und so heißt es im Urteil, die Ablösung sei bereits beendet gewesen (S. 120).

bb) Zur *Tatdynamik* überging das Gutachten den Umstand, dass der Angeklagte, bis er den Mitangeklagten kennenlernte, nie eine nähere freundschaftliche Beziehung erlebt hatte, der Mitangeklagte aber noch (selbst-)unsicherer war als der Angeklagte seinerseits, so dass diese Freundschaft für eine "Ersatzwelt" (i. S. einer „Nebenrealität“⁶⁵) funktional

63 Vgl. näher Pressemitteilung des BGH vom 11.11.2010 (Nr. 214/10).

64 Aus Raumgründen wird hierzu verwiesen auf die Bspr. Verf. HRRS 2012, 12 ff.

65 Näher dazu Lempp 60, 119, 126.

war⁶⁶. Indes entwertete der Sachverständige (ausweislich des Urteils) in der Hauptverhandlung durch methodisch fehlerhafte Äußerungen die auf Unreife (§ 105 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 JGG) hindeutenden Ergebnisse⁶⁷ der von einer Dipl.-Psychologin durchgeführten Testverfahren, mit der Folge, dass das Tatgericht diese Befunde als manipuliert zurückwies, denn ein "permanent funktionierendes Auseinanderfallen zwischen innerem Erleben und äußerer Fassade" sei nach Einschätzung des Sachverständigen "hochgradig unwahrscheinlich" (Urteil S. 104).

b) Unzureichende Tatsachenfeststellungen zum Rechtsfolgenausspruch

aa) Das Tatgericht hat von der zwecks Ermöglichung der (Wieder-)Eingliederung nach hM⁶⁸ regelmäßig zu nutzenden Möglichkeit, gemäß § 106 Abs. 1 JGG statt einer verwirkten lebenslangen Freiheitsstrafe eine zeitige Freiheitsstrafe zu verhängen, keinen Gebrauch gemacht. Das Tatgericht stützte sich dabei vor allem auf den Eindruck während der 19-tägigen Hauptverhandlung, wonach der Angeklagte "in hohem Maße manipulative Fähigkeiten hat, diese Fähigkeiten häufig und tief eingeschliffen einsetzt", und eine Beeinflussbarkeit durch Therapie insoweit unwahrscheinlich sei (Urteil S. 122). Demgegenüber ist eine derart langfristige Negativprognose aufgrund von bloßen Eindrücken, deren Zustandekommen und Validität ohne Überprüfung blieben, lückenhaft und daher nicht tragfähig.

bb) Auf ca. 1 1/4 Seiten (S. 125 f.) begründete das Urteil die Anordnung *vorbehalter* Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 3 S. 1 StGB, § 106 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 JGG. Das hohe Maß an Empathielosigkeit (Urteil S. 62 ff.), verbunden mit der Fähigkeit zu Manipulation, und die aus der Tatvorbereitung und den Taten sprechende Kaltblütigkeit stellten einen "eingeschliffenen inneren Zustand" (S. 125) dar, der die Begehung weiterer schwerer Straftaten wahrscheinlich mache. Hierzu gilt das unter aa) Ausgeführte entsprechend, und als zusätzliche Lücke imponiert, dass mit keinem Wort untersucht wurde, ob mit Überwindung des existentiellen Bestandteils des Konflikts des Angeklagten mit Vater und Familienangehörigen jeder Anhalt für eine "Rückfallgefahr" fehlt.

- 66 Dem entsprach die Zahl von insgesamt ca. 30 abgegebenen Schüssen (Urteil S. 35) insofern, als gerade bei Jugendlichen und Heranwachsenden Tötungsdelikte (auch) ein Ausdruck von Entledigungsbedürfnis (gar eingebettet in ein Ekelempfinden gegenüber den Tatopfern wie vor sich selbst) sein können.
- 67 Die abschließende Beurteilung zu sämtlichen Testergebnissen lautet (S. 7): "eine depressiv geistimme, emotional unreife, leicht frustrierbare, gehemmte, introvertierte, psychisch labile Persönlichkeit".
- 68 Vgl. BGHSt 31, 189 mit zust. Anm. Brunner NStZ 1983, 218 sowie zust. Anm. Verf. JZ 1983, 507 (509); vgl. auch BGHR JGG § 106 Abs. 1, wonach bei einem bisher nicht in Strafhaft gewesenen Angeklagten die "Chancen einer Besserung auf Grund des Strafvollzuges" zu prüfen sind. Vgl. auch Brunner/Dölling 1, Diemer/Schatz/Sonnen-Sonnen 3, Ostendorf-Goerdeler 1, jeweils zu § 106; einschränkend MRTW-Rössner 5 zu § 106; eher aA MüKo-StGB/Altenhain, Bd. 4, 6–8 zu § 106.

3. Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung (§ 105 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 7 Abs. 2 JGG)

Mit Beschluss gemäß § 349 Abs. 2 StPO und ohne ein Wort der Begründung ist die Revision in einem vor dem LG Regensburg geführten Verfahren nach § 7 Abs. 2 JGG verworfen worden (BGH vom 05.03.2013 [1 StR 37/12]), obwohl das erstinstanzliche Urteil gewichtige und ergebnisrelevante Mängel aufwies.

a) Aufklärungslücken hinsichtlich verbaler Selbstbelastung

Das *LG Regensburg* (Fußn. 5) hat in dem neuerlichen Hauptverfahren mit Urteil vom 03.08.2012⁶⁹ die nachträgliche Sicherungsverwahrung angeordnet, obgleich die beiden nunmehr in Auftrag gegebenen, in der Hauptverhandlung aufrecht erhaltenen (vorläufigen schriftlichen) psychiatrischen Akten-Gutachten (vom 24.11.2011 bzw. vom 12.12.2011) auf die zentrale *Beweisfrage* systematisch *nicht* eingegangen sind, zumal darauf anlässlich der Auftragerteilung nicht hingewiesen wurde. Es geht dabei darum, ob angebliche vormalige selbstbelastende Äußerungen der erwiesenen Tendenz des Sonderopfers zu unzutreffender Negativ-Darstellung geschuldet waren.

b) Unzutreffende Prämisse des Gutachtens mit negativer Prognose

aa) Das Gutachten vom 12.12.2011, das – im Unterschied zu dem anderen – eine besondere Gefährlichkeit bejahte und auf das sich das erstinstanzliche Gericht wesentlich stützte, legte zwei Prämissen zugrunde, die beide unzutreffend sind. Zum einen heißt es darin⁷⁰, „dass der Proband gleichwohl unbedingt onanieren musste und dass er, obwohl er wissen musste, dass dies ein gefährlicher ‘Fingerabdruck’ ist, sein Sperma auf die Beine der Frau laufen ließ. Dies führt zu der psychiatrischen Interpretation, dass hierin der Triumph und der erfolgreiche Abschluss des ganzen Tatgeschehens bestanden hatte, auf den er nicht verzichten konnte, auch wenn er damit ein Risiko der Überführung einging,“ und „Die Verläufe bei Serientätern zeigen, dass dieses sexuell-destruktive Begehen ... zumindest bei einigen Männern dazu führt, dass sie bereit sind, dafür auch hohe (Ergreifungs-)Risiken einzugehen“⁷¹. Damit hat der Sachverständige ohne Tatsachengrundlage dem Sonderopfer – der Verurteilte war zuvor nie strafrechtlich verfolgt gewesen – eine vom Auftraggeber goutierte Rolle übergestülpt. Denn es blieb gänzlich unüberprüft, ob dem (nach den Gutachten im seinerzeitigen Erkenntnisverfahren) als unterdurchschnittlich intelligent befundenen Verurteilten zur Tatzeit (im Jahre 1997) die Möglichkeiten der DNA-Analyse bekannt gewesen sein könnten (das IdentitätsfeststellungsG als Grundlage für eine DNA-Datenbank stammt von 1998). Auch erörtert das Gutachten

69 Bezuglich der Urteilsverkündung am 03.08.2012 heißt es, "die erste halbe Stunde ... nutzte das Gericht zur Abrechnung mit dem Verteidiger" (BR-Aktuell v. 03.08.2012, online) – eine rechtstatsächlich eher seltene Projektion.

70 Gutachten vom 12.12.2011, S. 85.

71 Gutachten vom 12.12.2011, S. 119.

nicht, ob die Angabe des Verurteilten schon anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung, er habe einen Sexualmord vortäuschen wollen, nicht schon deshalb naheliegend ist, weil er wegen einer (erst Jahre später operativ behobenen) Verwachsung am frenulum zur Vollziehung des GV bzw. auch nur zu einer gewollten Ejakulation nicht oder nur eingeschränkt und ohnehin nur unter erheblichen Beschwerden in der Lage war.

bb) Zum anderen heißt es in diesem Gutachten, der Betroffene habe erstmals, als er sich vor Lockerung (und baldiger Entlassung) wähnte, gegenüber dem Sachverständigen P⁷² sexualitätsbezogene Gewaltphantasien eingeräumt, „indem er nun seine sadistischen Phantasien seit dem Ende der Pubertät offenlegte und dann speziell die sadistische Motivation der Tat“⁷³. Diese Interpretation ist wegen der Ungewissheit eines noch Inhaftierten bis zur tatsächlichen Entlassung sachfremd, zudem enthält sie einen Widerspruch dazu, dass das Sonderopfer Vergleichbares auch später, als es um die Anordnung der Sicherungsverwahrung ging, gegenüber den damaligen beiden herangezogenen Sachverständigen geäußert hat (allerdings war das erste dieser Gutachten gemäß § 136 a StPO nicht verwertbar, und auch die zeitnah nachfolgende Exploration durch einen zweiten Sachverständigen war von der Täuschungswirkung schwerlich befreit – gleichwohl stützt sich das Urteil vom 03.08.2012 auf die Zeugenaussage dieses zweiten Gutachters).

D. Fazit

Das JGG steht einer Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO, abgesehen von § 354 Abs. 1 a S. 1 StPO und dem entgegen der Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht aufrecht erhaltenen Antrag, nicht grundsätzlich entgegen. Jedoch empfiehlt es sich gemäß der Schutzpflicht, dass alle Senatsmitglieder zuvor Einsicht in die Aktenunterlagen nehmen, und dass bei unzutreffenden oder unzureichenden Gründen im Antrag der Staatsanwaltschaft Erläuterungen angefügt werden, die § 54 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 JGG zu entsprechen haben werden.

72 Vgl. zur Nichtgeeignetheit von dessen Gutachten Verf. DRiZ 2009, 219.

73 Gutachten vom 12.12.2011, S. 86.

Literatur

Barton, St., Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999

Beulke, W., Strafprozessrecht, 12. Aufl., 2012

Brunner, R./D. Dölling, Kommentar zum JGG, 12. Aufl., 2011

Dabs, H., H. Dabs, Die Revision im Strafprozess, 7. Aufl. 2008

Diemer, H., H. Schatz, B.-R. Sonnen, Kommentar zum JGG, 6. Aufl. 2011

Fischer, Th., Der Einfluss des Berichterstatters auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren, in: *NStZ* 8/2013, 425 – 432

Fischer, Th. / Eschelbach, R. / Krehl, Chr., Das Zehn-Augen-Prinzip – Zur revisionsgerichtlichen Beschlusspraxis in Strafsachen, in *StV* 6/2013, 395 – 402

Graf, P. J., (Hrsg.), Kommentar zur StPO, 2. Aufl.

Hamm, R., Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010

HK-StPO, Heidelberger Kommentar zur StPO, 5. Aufl., Heidelberg

KK-StPO, Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl., 2008

Kodde, M., Zur Praxis der Beschlussverwerfung von Revisionen (§ 349 Abs. 2 StPO). Dargestellt anhand von Entscheidungen der Oberlandesgerichte Oldenburg und Bremen aus den Jahren 1980 und 1981, Göttingen 1989

Kruse, K.-D., Die „offensichtlich“ unbegründete Revision im Strafverfahren, Göttingen 1980

Lempp, R., Nebenrealitäten, Frankfurt a. M. 2009

LR-StPO =Löwe/Rosenberg, Kommentar zur StPO, 26. Aufl., 2006 ff.

Meyer-Goßner, L., StPO mit GVG und Nebengesetzen, 55. Aufl., 2012

Meier, B.-D., D., Rössner, G. Trüg, R. Wulf, Kommentar zum JGG, 2011

MüKo-StGB, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011 ff.

Norouzi, A., Anmerkung zu OLG Düsseldorf vom 8. 12. 2011, in: StraFo 2013, 209–212

Ostendorf, H., Kommentar zum JGG, 8. Aufl., 2013

Penner, W., Reichweite und Grenzen des § 349 Abs. 2 StPO (Lex Lobe). Diss. Jur. Köln, 1962

Rottmann, K., Die Zurückweisung der Revision wegen offensichtlicher Unbegründetheit gemäß § 349 Abs. 2 StPO, Diss. Göttingen, 1981

Roxin C., B. Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009

Sarstedt, W./R. Hamm, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl.

Schubert, W. (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, Abt. 1, Bd. 4, 1999

SK-StPO, Systematischer Kommentar zur StPO, 4. Aufl., Köln

Singelnstein, T., Diskurs und Kriminalität, Berlin 2009

Sowada, Ch., Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002

Stoll, R., Entwicklung und Bedeutung der Lex Lobe (§ 349 Abs. 2 StPO) für den Bundesgerichtshof, Marburg 1967

Verf., Kriminologie, 6. Aufl., München 2005

Vogel, S., Probleme der Begründungspflicht von Revisionen in Strafsachen, die gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen werden, Freiburg 1994

*Prof. Dr. Ulrich Eisenberg, Berlin
eisenber@zedat.fu-berlin.de*