



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

1 StR 268/01

vom

9. August 2001

in dem Sicherungsverfahren

gegen

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. August 2001 beschlossen:

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Nebenklage ist auch im Sicherungsverfahren zulässig.

Der Senat fragt beim 2. und 5. Strafsenat sowie vorsorglich auch beim 3. und 4. Strafsenat an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

Gründe:

I.

Der Beschuldigte hat in wahnbedingt schuldunfähigem Zustand versucht, den Geschädigten zu töten. Das Landgericht hat ihn deshalb im Sicherungsverfahren durch Urteil vom 2. Oktober 2000 gemäß § 63 StGB untergebracht.

Seine Revision ist mit Schriftsatz des Verteidigers, Rechtsanwalt K. vom 4. Dezember 2000 auf die allgemeine Sachrüge gestützt. Mit Schriftsatz vom 21. Februar 2001 hat sich Rechtsanwalt S. als weiterer Verteidiger gemeldet und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung einer Verfahrensrüge beantragt. Er macht geltend, der Geschädigte sei - durch auf seine Beschwerde ergangenen Beschluß des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 29. September 2000 (2 Ws 192/00) - zu Unrecht als Nebenkläger zugelassen worden. Das habe Rechtsanwalt K. zu rügen unterlassen.

## II.

Der Senat beabsichtigt, den Wiedereinsetzungsantrag zurückzuweisen, da für eine Wiedereinsetzung zur Nachholung von Verfahrensrügen regelmäßig kein Raum ist und die Revision gemäß § 349 Abs. 2 StPO zu verwerfen.

Vor der Kostenentscheidung (§ 473 Abs. 1 StPO) hat der Senat die Berechtigung zum Anschluß der Nebenklage von Amts wegen zu überprüfen (BGH bei Kusch NStZ 1997, 74; Franke in KK 4. Aufl. § 473 Rdn. 9 m.w.Nachw.).

Der Senat beabsichtigt, unter Aufgabe eigener entgegenstehender Rechtsprechung (Beschuß vom 15. Dezember 1998 - 1 StR 644/98 = BGHR StPO § 395 Anschlußbefugnis 4) die Nebenklage im Sicherungsverfahren für zulässig zu erklären (§ 414 Abs. 1 StPO, hier i.V.m. § 395 Abs. 1 Nr. 2 StPO) und dem Beschuldigten die dem Nebenkläger im Revisionsrechtszug entstandenen notwendigen Auslagen aufzuerlegen, sieht sich daran aber durch die Rechtsprechung des 2. Strafsenats (Beschuß vom 30. April 1991 - 2 StR 150/91 = BGH bei Kusch NStZ 1992, 30; Beschuß vom 23. August 1995 - 2 StR 369/95; Beschuß vom 3. Februar 1999 - 2 StR 685/98; Beschuß vom 10. Februar 1999 - 2 StR 8/99 und Urteil vom 23. März 2001 - 2 StR 498/00 - in dieser Entscheidung wohl nur "obiter dictum" -) und des 5. Strafsenats (Beschuß vom 5. Juli 1994 - 5 StR 350/94; Beschuß vom 2. Mai 1995 - 5 StR 175/95 = BGHR StPO § 395 Anschlußbefugnis 1; Beschuß vom 2. Juni 1999 - 5 StR 19/99) gehindert.

## III.

1. Vor dem Inkrafttreten des Opferschutzgesetzes vom 18. Dezember 1986 (BGBl I 2496) hatte der Senat durch Beschuß vom 10. September 1974

- 1 StR 402/74 = NJW 1974, 2244 die Zulässigkeit der Nebenklage im Sicherungsverfahren trotz "einiger Bedenken" abgelehnt. Da die Nebenklage "ihrem Wesen nach" auf eine Bestrafung des Täters abziele, sei für eine entsprechende Anwendung von § 395 StPO im Sicherungsverfahren (§ 429b StPO a.F. = § 414 StPO n.F.) kein Raum. Für eine Änderung entsprechender älterer Rechtsprechung (Beschlüsse vom 10. März 1953 - 5 StR 102/53 und vom 8. März 1966 - 2 StR 38/66) bestehe daher kein "zwingender Anlaß".

Demgegenüber hat der 4. Strafsenat in einem nachfolgenden Beschluß vom 3. Mai 1983 - 4 StR 107/83 die Frage nach der Zulässigkeit der Nebenklage im Sicherungsverfahren ausdrücklich offen gelassen.

2. Auch nach dem Opferschutzgesetz hat der Bundesgerichtshof die Frage nach der Zulässigkeit der Nebenklage im Sicherungsverfahren durch die genannte Rechtsprechung (oben II.) überwiegend verneint, wobei zur Begründung meistens allein auf frühere Entscheidungen verwiesen wurde.

Lediglich im Senatsbeschluß vom 15. Dezember 1998 - 1 StR 644/98 (aaO) ist darüber hinaus ausgeführt, daß der Gesetzgeber bei mehrfachen Änderungen der §§ 395 ff. StPO, zuletzt durch das Zeugenschutzgesetz vom 30. April 1998, BGBl I S. 820, "trotz der langjährig ablehnenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Zulassung der Nebenklage im Sicherungsverfahren nicht festgeschrieben" habe. Daher bestünde zu einer Änderung der Rechtsprechung keine Veranlassung.

3. Neben der schon genannten Entscheidung vom 3. Mai 1983 (III. 1. am Ende) sind jedoch auch nach dem Inkrafttreten des Opferschutzgesetzes Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ergangen, die die Zulässigkeit der Nebenklage im Sicherungsverfahren offen gelassen haben:

a) Urteil vom 18. Oktober 1995 - 2 StR 260/95 (= NStZ 1996, 244).

In seinem Termins Antrag in dieser Sache (wiedergegeben von der Redaktion in NStZ aaO) war der Generalbundesanwalt mit eingehender Begründung für eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung eingetreten: Hierfür spräche, daß das Opferschutzgesetz allgemein die Rechtstellung des Opfers einer Straftat verbessert - (vgl. hierzu auch BGHSt 38, 93, 95) - habe. Insbesondere solle ihm die Möglichkeit eröffnet werden, als Prozeßsubjekt mit verfahrensrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten aktiv auf das Verfahren einzuwirken und sich gegen Verantwortungszuweisungen durch den Täter zu schützen (vgl. BTDrucks. 10/5305 S. 9, 11). Dieser Gesichtspunkt gelte auch im Hinblick auf ehrenrührige Verantwortungszuweisungen durch einen schuldlosen Täter. Es bestehe auch kein sachlicher Grund, das "natürliche" Interesse des zur Nebenklage grundsätzlich befugten Opfers am Sicherungsverfahren durch Gewährung aller übrigen Mitwirkungsbefugnisse (Strafantragstellung, Verletztenrechte gemäß §§ 406d bis 406f StPO) anzuerkennen, ihm aber gleichwohl den Anschluß als Nebenkläger zu verweigern (vgl. auch LG Ravensburg NStZ 1995, 303, wo dem Geschädigten zwar unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Zulassung als Nebenkläger versagt wurde, ihm aber gleichwohl gemäß § 406g Abs. 3 StPO i.V.m. § 397a StPO Prozeßkostenhilfe gewährt wurde).

Darüber hinaus verwies der Generalbundesanwalt auf das Urteil des 2. Strafsenats vom 7. Juni 1995 - 2 StR 206/95 (= NStZ 1995, 609). Hier war - in einem Strafverfahren - der Angeklagte wegen Schuldunfähigkeit freigesprochen worden. Die Revision des Nebenklägers, die sich ausdrücklich nicht gegen den Freispruch wendete und allein die Unterbringung des Angeklagten gemäß § 63 StGB erstrebte, war für zulässig erklärt worden. Im Hinblick auf

dieses Urteil, so der Generalbundesanwalt, sei kein Grund erkennbar, dem Tatopfer diese Möglichkeit nur deshalb zu verwehren, weil sich die Schuldunfähigkeit des Täters erst nach Einleitung eines Strafverfahrens herausgestellt hat, sondern von ihr von vorneherein ausgegangen werde.

Der 2. Strafsenat hat die vom Generalbundesanwalt angeführten Gesichtspunkte als "beachtliche Gründe" für eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung angesehen, von einer Entscheidung aber abgesehen, weil die Revision der Nebenklage in jener Sache aus anderen Gründen erfolglos bleiben mußte.

b) Aus dem gleichen Grund hat der 2. Strafsenat auch im Beschluß vom 24. September 1997 - 2 StR 452/97 - die Frage der Zulässigkeit der Nebenklage im Sicherungsverfahren offen gelassen.

#### IV.

Die Annahme, die Nebenklage sei im Sicherungsverfahren unzulässig, hat in der Rechtsprechung der Oberlandes- und Landgerichte sowie in der Literatur teilweise Zustimmung, überwiegend aber Ablehnung erfahren.

##### 1. Gegen die Zulässigkeit haben sich ausgesprochen:

a) OLG Hamm, StV 1992, 460 (LS); OLG Karlsruhe, Die Justiz 2000, 68, das "durchaus beachtliche Gründe" für ein gegenteiliges Ergebnis anerkennt (eine Verfassungsbeschwerde gegen diese Entscheidung hat das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen, weil der Beschwerdeführer seine verfassungsrechtlichen Bedenken nicht schon im Ausgangsverfahren vorgetragen hatte, NStZ 2000, 544); OLG München MDR 1994, 402; OLG Oldenburg NStZ-RR 1996, 310; LG Ravensburg, NStZ 1995, 303 (vgl. hierzu III 3 a).

b) Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 45. Aufl. vor § 395 Rdn. 5; Stöckel in KMR (18. Lieferung) vor § 395 Rdn. 10; (differenzierend, für den Regelfall aber ablehnend) Paulus (KMR, 8. Lieferung) vor § 413 Rdn. 9; Pfeiffer StPO 3. Aufl. vor § 395 Rdn. 2 (unter Aufgabe der gegenteiligen Auffassung in der Voraufgabe vor § 395 Rdn. 2); ders. in Festschrift für Meyer-Goßner, 2001, 705 ff.; Eisenberg/Schönberger JR 1995, 391. Im Kern stützen sich diese Ausführungen vielfach auf die Entscheidungen BGH NJW 1974, 2244 und - neuerdings - BGHR StPO § 395 Anschlußbefugnis 4. Das OLG München (aaO) hat darüber hinaus ausgeführt, daß das Fehlen von Verantwortlichkeit auf Täterseite Verantwortungszuweisungen des Täters an das Opfer relativiere. Soweit Kleinknecht/Meyer-Goßner noch in der Voraufgabe (vor § 395 Rdn. 5) die Unzulässigkeit der Nebenklage (auch) aus § 400 StPO abgeleitet hatte, ist dies in der 45. Auflage nicht wiederholt (vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH NStZ 1995, 609; Gössel JR 2001, 215).

2. Demgegenüber halten die Nebenklage im Sicherungsverfahren für zulässig:

a) KG Berlin, Beschluß vom 19. Oktober 1994 - 5 Ws 396/94 (zitiert nach KG JR 1995, 259, 260); OLG Dresden, Beschluß vom 12. Februar 1999 - 1 Ws 28/99 (zitiert nach OLG Frankfurt NStZ-RR 2000, 17); OLG Düsseldorf JR 1999, 253 m. zust. Anm. Gössel; OLG Frankfurt NJW 1994, 3243 u. NStZ-RR aaO; OLG Hamburg NStZ 1997, 406 und JR 2001, 213 m. zust. Anm. Gössel; OLG Köln JR 1994, 344 m. zust. Anm. Gössel (unter Aufgabe seiner in LR StPO 24. Aufl. vor § 413 Rdn. 6 und § 414 Rdn. 1 vertretenen gegenteiligen Auffassung); OLG München, Beschluß vom 3. März 1998 - 2 Ws 193/98 (zitiert nach Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 44. Aufl. vor § 395 Rdn. 5); OLG Nürnberg, NJW 1999, 3647; OLG Saarbrücken NStZ 1997, 453; OLG Schleswig

SchiHA 2000, 148; OLG Stuttgart (im vorliegenden Verfahren, vgl. I.); LG Essen, NStZ 1991, 98 m. zust. Anm. Weigend; dieser Entscheidung stimmt auch Hanack in LK 11. Aufl. vor §§ 61 ff. Rdn. 98 zu; LG München II NStZ-RR 1998, 78; LG Stuttgart Beschluß vom 21. Mai 1990 - 4 KLS 159/89 (zitiert nach Gruhl NJW 1991, 1874 Fußn. 2).

b) Neben den bereits genannten Entscheidungsanmerkungen haben sich in der Literatur für die Zulässigkeit der Nebenklage im Sicherungsverfahren ausgesprochen: Rössner in AK-StPO vor § 395 Rdn. 19; Keller AK-StPO § 414 Rdn. 4; Kurth in HK 2. Aufl. § 414 Rdn. 4; ders. NStZ 1997, 1, 6; Senge in KK 4. Aufl. § 395 Rdn. 4 (unter Aufgabe der in der Voraufgabe § 395 Rdn. 4 vertretenen gegenteiligen Auffassung); Fischer in KK aaO § 414 Rdn. 4; Hilger in LR-StPO 25. Aufl. vor § 395 Rdn. 16; Gössel in LR-StPO 25. Aufl. vor § 413 Rdn. 10 f.; Schulz/Händel StPO 7. Aufl. vor §§ 395 ff. Rdn. 2; Roxin, Strafverfahrensrecht 25. Aufl. § 62 Rdn. 5; Gruhl NJW 1991, 1874.

Begründet ist dies im Ergebnis vielfach im wesentlichen mit der tiefgreifenden Neugestaltung des Rechts der Nebenklage durch das Opferschutzgesetz.

## V.

Der Senat kann sich den gegen die bisherige Ablehnung der Zulässigkeit der Nebenklage im Sicherungsverfahren vorgebrachten Argumenten, wie sie zusammenfassend insbesondere vom Generalbundesanwalt (NStZ 1996, 244) und zuletzt von Gössel (JR 2001, 215 f.) vorgebracht werden, nicht verschließen.

1. Generelles Ziel des Opferschutzgesetzes ist es, den Opfern (bestimmter) schwerer Straftaten eine "gesicherte Beteiligungsbefugnis" und eine

"Verbesserung des Schutzes vor Beeinträchtigungen durch das Verfahren selbst" zu verschaffen (BTDrucks. 10/5305 S. I). Dementsprechend werde auch das Recht der Nebenklage weitgehend umgestaltet, wobei "Maßstab" hierfür war, die "spezifischen, vorrangig auf Schutz vor Verantwortungszuweisungen durch den Beschuldigten gerichteten Bedürfnissen des Verletzten" zu berücksichtigen (aaO S. 9, 11).

Da zugleich nicht mehr die Verurteilung wegen eines Privatklagedelikts zu erwarten sein muß (so § 395 StPO a.F.), sondern eine der in § 395 StPO n.F. aufgezählten rechtswidrigen Taten und die Erhebung einer Anklage dem Antrag im Sicherungsverfahren ausdrücklich gleichgestellt ist (§ 414 Abs. 2 Satz 1 StPO), steht § 414 Abs. 1 StPO der Zulassung der Nebenklage im Sicherungsverfahren nicht entgegen. Die dargelegte strukturelle Änderung des Nebenklageverfahrens, durch die das Gesetz die frühere Vorstellung von der "doppelt besetzten Anklagerolle" aufgegeben hat (vgl. Rieß, Jura 1987, 286), führt dazu, daß der früher maßgebliche Gesichtspunkt vom Wesen der Nebenklage (BGH NJW 1974, 2244) nicht mehr maßgeblich sein kann.

Der Gesichtspunkt, daß das Interesse des Verletzten bei Schuldzuweisungen durch einen Schuldunfähigen relativiert sei (OLG München MDR 1994, 402), steht dieser Beurteilung nicht entgegen, wie gerade der vorliegende Fall exemplarisch verdeutlicht:

Der Beschuldigte hat sich dahin eingelassen, daß ihm von "Teufeln, denen er zu gehorchen habe" befohlen worden sei, zum Tatort zu gehen, wo er dann "überfallen" worden sei. Die Angabe über den Befehl der Teufel belegt offensichtlich die Krankheit des Beschuldigten. Wenn dies die Strafkammer auch bei der Würdigung der übrigen Beweisergebnisse mitberücksichtigen konnte, war sie dennoch nicht davon befreit, darüber Beweis zu erheben und

sodann festzustellen, ob der Beschuldigte tatsächlich in Notwehr gehandelt hat. Wäre dies der Fall gewesen, wäre für eine Unterbringung gemäß § 63 StGB trotz der offensichtlichen Erkrankung des Beschuldigten kein Raum gewesen, da eine rechtswidrige Tat im Sinne des § 63 StGB nicht vorliegt, wenn sich der Täter auf einen Rechtfertigungsgrund (oder auch einen von seiner Erkrankung unabhängigen Entschuldigungsgrund) berufen kann (vgl. im einzelnen Hanack in LK 11. Aufl. § 63 Rdn. 31, 32 m.w.Nachw.). Es ist unter diesen Umständen kein Grund erkennbar, warum dem Geschädigten die Mitwirkung am Verfahren allein deshalb verwehrt sein soll, weil die Schuldunfähigkeit frühzeitig und nicht erst im Lauf des Hauptverfahrens (für diesen Fall vgl. BGH NStZ 1995, 609, vgl. oben III. 3. a) erkannt wurde.

2. Die Auffassung, daß eine Zulassung der Nebenklage im Sicherungsverfahren gleichwohl nicht in Betracht komme, weil der Gesetzgeber in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs diese Möglichkeit nicht ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen habe (BGHR StPO § 395 Anschlußbefugnis 4), hält der Senat nicht aufrecht. Zwar ist dies generell ein wesentlicher Gesichtspunkt zur Auslegung neuer Gesetze, den der Senat auch schon in anderem Zusammenhang zur Auslegung des Opferschutzgesetzes herangezogen hat (BGHSt 38, 93, 95). Hier liegt die Besonderheit aber darin, daß der Bundesgerichtshof schon zuvor nicht nur selbst Zweifel an dieser Rechtsprechung geäußert hatte (NJW 1974, 2244), sondern darüber hinaus in einer nachfolgenden Entscheidung (4 StR 107/83) - diese Entscheidung war (später), wenn auch zu Unrecht, sogar als Beleg dafür herangezogen worden, daß die Nebenklage nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Sicherungsverfahren zulässig sei (Fischer in KK 3. Aufl. § 414 Rdn. 4 a.E.) - zumindest inzident von dieser Rechtsprechung durch Offenlassen der Frage noch weiter in Frage gestellt hatte (vgl. III. 1. a.E.).

Vergleichbares gilt für die bei späteren Änderungen von § 395 ff. StPO - zuletzt durch das Zeugenschutzgesetz vom 30. April 1998 - unterbliebene Festschreibung der Nebenklage im Sicherungsverfahren, nachdem im Urteil NStZ 1996, 244 "beachtliche" Gründe für eine Änderung der Rechtsprechung anerkannt wurden (III. 3. a) und die in Rede stehende Frage auch im Beschluß vom 24. September 1997 (2 StR 452/97) offen geblieben war (III. 3. b).

VI.

Der Senat fragt daher gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG beim 2. und 5. Strafsenat an, ob an der bisherigen Rechtsprechung (vgl. oben II.) festgehalten wird. Vorsorglich fragt er zugleich beim 3. und den 4. Strafsenat an, ob auch Rechtsprechung dieser Senate der beabsichtigten Entscheidung entgegensteht und ob gegebenenfalls daran festgehalten wird.

Schäfer

Nack

Wahl

Boetticher

Hebenstreit