

Angeklagten W., mit dem zusammen er seit Jahren zahlreiche Einbrüche begangen hatte, sowie einem weiteren Mittäter St. einige Tage vorher sowie am Abend kurz vor der Tat nochmals einen Einbruch bei L., in dessen Besitz sie große Geldbeträge und andere Wertsachen vermuteten, verabredet, wobei sie sich darüber einig waren, daß nötigenfalls Gewalt angewendet, also das Verbrechen eines schweren Raubes begangen werden sollte. Der Angeklagte W., der zur Zeit der Tat noch nicht 18 Jahre alt war, ist, obwohl etwas jünger als der damals 19jährige N., nach den Feststellungen des Landgerichts der Intelligenterer und geistig Überlegener der beiden gewesen und als der geistige Urheber der Tat anzusehen. N. war in die Wohnung des schlafenden L. eingedrungen, nachdem W. die Türe erbrochen hatte, wurde aber, während W. mit St. Schmiere stand, bei Öffnung des Geldschrankes von L. überrascht. Er schlug ihn darauf mit einem Hammer nieder und hat ihn anschließend, um von ihm nicht angezeigt werden zu können, auf bestialische Weise ermordet.

Das Schwurgericht hat den Angeklagten N. wegen Mordes in Tateinheit mit schwerem Raub zum Tode, den jugendlichen Angeklagten W. unter Anwendung von § 20 Jugendgerichtsgesetz wegen fortgesetzten schweren Diebstahls und schweren Raubes zu 15 Jahren Zuchthaus, den Angeklagten St. wegen schweren Raubes zu 10 Jahren Zuchthaus verurteilt. Die Revisionen der Angeklagten hiergegen wurden mit Urteil des 3. Strafsenats des Oberlandesgerichts vom 6. Dezember 1947 verworfen. Auch das Revisionsgericht hatte die Zulässigkeit der Anwendung des § 20 JGG bejaht. Hiergegen wendet sich zugunsten des Angeklagten W. der frist- und formgemäß gestellte Antrag des Generalstaatsanwalts auf Kassation der Urteile des Schwurgerichts und des Oberlandesgerichts.

Der Antrag ist auch begründet.

Zunächst ist die grundsätzliche Frage zu prüfen, ob überhaupt Urteile des Oberlandesgerichts der Kassation unterliegen können. Das ist, wie der Kassations-senat am 29. November 1948 in Sachen B. — 2 ERKs 408/48 Ks — grundsätzlich entschieden hat, zu bejahen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes vom 10. Oktober 1947 ist die Kassation rechtskräftig gewordener Strafurteile allgemein zulässig, es spricht also nichts für die Annahme, daß hiervon die Entscheidungen des Oberlandesgerichts ausgeschlossen sind. Dabei mußte das Kassationsgericht, wenn es in einer reinen Rechtsfrage von der Entscheidung des Oberlandesgerichts abweichen will, gemäß § 122 GVG verfahren. Wenn auch die Revisionsverfahren vor dem Oberlandesgericht Rechtsfragen betreffen, so braucht nicht jede Aufhebung einer Entscheidung des Oberlandesgerichts zugleich eine Abweichung in einer Rechtsfrage zu bedeuten, wenn die Entscheidung beispielsweise nur von einer anderen Beurteilung des Sachverhalts abhängt oder ein im Revisionsverfahren nicht beanstandeter Verfahrensmangel Gegenstand des Kassationsverfahrens ist, so daß nicht grundsätzlich in jedem Falle die Entscheidung des Plenums erforderlich ist.

Der Kassationsantrag ist darauf gestützt, daß entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts und des Landgerichts die Vorschrift des § 20 JGG, wonach unter Umständen auch für Jugendliche das allgemeine Strafrecht anzuwenden ist, als nazistisch anzusehen und deshalb nicht mehr gültig sei.

Die vom Schwurgericht ausgesprochene und vom 3. Strafsenat bestätigte Verurteilung des Angeklagten W. nach den allgemeinen Strafvorschriften wäre nur dann gerechtfertigt, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind: In rechtlicher Beziehung müßte erstens § 20 JGG noch anwendbar sein, zweitens müßten die tatsächlichen Grundlagen, die in § 20 JGG für dessen Anwendung gefordert werden, als vorliegend festgestellt sein, es müßte also der Angeklagte W. zur Zeit der Tat geistig und sittlich so weit entwickelt gewesen sein, daß er einem über 18 Jahre alten Täter gleichgestellt werden kann. Erst wenn die zweite Voraussetzung vorliegt, brauchte die grundsätzliche Rechtsfrage, ob der § 20 JGG noch angewendet werden darf, geprüft und entschieden zu werden, und gegebenenfalls erst dann ist es erforderlich, nach § 122 GVG die Entscheidung des Plenums herbeizuführen. Dabei ist noch hervorzuheben, daß es auch ohne Rücksicht auf die

Anwendbarkeit des § 20 JGG gerade im vorliegenden Falle bei der Art der Straftat, die den Gegenstand des Verfahrens bildet, erforderlich war, über die geistige und sittliche Entwicklung des Angeklagten eingehende Feststellungen zu treffen, um die Strafzumessung zu begründen.

Das Schwurgericht hatte über diese Frage lediglich den zur Begutachtung des Geisteszustandes des Mitangeklagten N. an Gerichtsstelle anwesenden Arzt Dr. R. auch über den Angeklagten W. gehört, der nach dem Eindruck, den er nach dem Auftreten des Angeklagten in der Hauptverhandlung erlangt hatte, die Frage bejahte, daß der Angeklagte nach seiner geistigen und sittlichen Entwicklung einem über 18 Jahre alten Täter gleichgestellt werden kann. Damit hat aber das Schwurgericht die für die Anwendung des § 20 JGG entscheidende Frage nicht ausreichend geprüft und deshalb fehlt es an der hinreichenden Feststellung der Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschrift. Das Schwurgericht hätte eingehende Feststellungen über die Persönlichkeit des Angeklagten, über seine Erziehung im Elternhaus und in der Schule, über seinen Umgang und darüber, wie er auf die schiefe Bahn geraten ist, treffen müssen. Diese Feststellungen müssen nachgeholt werden, bevor über die Frage zu entscheiden ist, ob der § 20 JGG noch angewendet werden darf.

Das Urteil des Schwurgerichts und das Urteil des 3. Strafsenats waren daher aufzuheben, soweit sie den Angeklagten W. betreffen, und zwar nur im Strafausspruch, da nur hierüber weitere Verhandlungen erforderlich sind.

#### **Anmerkung:**

*Das durch das vorstehende Kassationsurteil aufgehobene Urteil des Oberlandesgerichts Gera ist seinerzeit in der „Neuen Justiz“ (191/7 Seite 251/ ff.) veröffentlicht und zum Anlaß genommen worden, um in einer Anmerkung zu der Frage der weiteren Anwendbarkeit des § 20 RJGG Stellung zu nehmen. Auch das Kassationsurteil bringt aber keine befriedigende Entscheidung; es bedarf vielmehr der Kritik.*

*1. Der Senat geht zunächst mit Recht davon aus, daß auch Urteile der Oberlandesgerichte der Kassation unterliegen. Das entspricht dem Wesen der Kassation als dem Mittel, alle Urteile, deren Aufrechterhaltung wegen der in ihnen enthaltenen Fehler unerträglich ist, zu beseitigen. Diesem Wesen der Kassation widerspricht es aber, wenn der Senat weiterhin den Standpunkt vertritt, die Befugnisse des Kassationsgerichts seien durch die Vorschrift des § 122 der in Thüringen geltenden Fassung des GVG eingeschränkt. Dieser § 122 entspricht seinem Inhalt nach dem § 136 der gewöhnlichen Fassung des GVG und sieht vor, daß ein Senat, der von einer seit dem 1. Oktober 1915 gefällten Entscheidung eines anderen Senats oder des Plenums abweichen will, die Entscheidung des Plenums anrufen muß. Eine solche Vorschrift hat ihre Berechtigung im Rahmen der gewöhnlichen Revisionsverfahren, wo es darum geht, zwischen den einzelnen Senaten des Revisionsgerichts eine einheitliche Rechtsprechung herauszubilden. Ihre Anwendung im Kassationsverfahren würde aber zu einer Verfälschung der besonderen Natur dieses Verfahrens führen. Wenn ein Strafsenat des Oberlandesgerichts als Kassationssenat tätig wird und wenn ihm dadurch auch die Befugnis zuerkannt wird, die Rechtsprechung der anderen Senate seines Oberlandesgerichts zu überprüfen, so kann er dieser seiner Aufgabe nur gerecht werden, wenn er in seiner Rechtsfindung durch keine andere Entscheidung, weder die Entscheidung eines anderen Senats noch die Entscheidung des Plenums, gebunden ist. Vielleicht weist die Tatsache, daß das thüringische Kassationsgericht sich durch die Vorschrift des § 122 in seinen Befugnissen eingeengt fühlt, auf die Notwendigkeit hin, einen besonderen Kassationssenat zu schaffen, der nur mit Entscheidungen in Kassationssachen zu befassen wäre. Solange es aber eine solche besondere Kassationsinstanz nicht gibt, solange die Kassationsentscheidungen den Strafsenaten der Oberlandesgerichte übertragen sind, müssen sie in ihrer Rechtsprechung in Kassationssachen so freigestellt werden, als seien sie insoweit eine besondere Instanz. § 122 GVG (thüringische Fassung) kann daher in dem Kassationsverfahren keine Anwendung finden.*