

§§ 24, 349 Abs. 2 StPO

## Modifizierter Verwerfungsantrag nach Kontaktaufnahme mit dem Senat

### Leitsatz des Verfassers:

**Regt der BGH-Senat beim Generalbundesanwalt an, einen fehlerhaft begründeten Verwerfungsantrag zu korrigieren, dient das allein der Gewährung umfassenden rechtlichen Gehörs vor der Entscheidung des Senats.**

BGH, Beschl. v. 24. 1. 2012 – 4 StR 469/11

### I. Sachverhalt

Der Angeklagte war wegen versuchten Mordes zu einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren verurteilt worden. Der Verteidiger begründete die Revision mit der Sachrüge und mit mehreren Verfahrensrügen. Am 27.9.2011 nahm der Bundesanwalt zur Sachrüge ausführlich Stellung, zu den erhobenen Verfahrensrügen führte er jedoch lediglich aus, die Beanstandung, ein Beweisantrag sei zu Unrecht zurückgewiesen worden, sei unzulässig, weil die Revision weder den Beweisantrag noch den daraufhin ergangenen Gerichtsbeschluss mitgeteilt hätte. Das war nach Meinung des Senats offensichtlich unzutreffend und führte dazu, dass der Berichtserstatter fernmündlich Kontakt mit dem Leiter des zuständigen Referats des Generalbundesanwalts aufnahm. Am 16.11.2011 nahm der Generalbundesanwalt in „Ergänzung“ des vorherigen Verwerfungsantrags zu den vom Verteidiger erhobenen Verfahrensrügen dergestalt Stellung, dass keine der erhobenen Rügen durchgreife. Dem Verteidiger, der sich schon zuvor zur Ergänzung geäußert hatte, wurde vom Berichtserstatter mitgeteilt, dass er nach Zugang der Ergänzung durch den Generalbundesanwalt innerhalb der Frist des § 349 Abs. 3 Satz 2 StPO Stellung nehmen könne. Mit Beschl. v. 21.12.2011 verwarf der Senat die Revision als offensichtlich unbegründet. Mit Schriftsatz v. 29.12.2011 erhob der Verteidiger eine Anhörungsrüge, beanstandete die Durchführung eines Beschlussverwerfungsverfahrens, da jenem wegen der groben Panne des Sachbearbeiters der Bundesanwaltschaft ein „Prozesshandlungshindernis“ entgegengestanden hätte und lehnte zwei Senatsmitglieder wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Diese hätten seiner Auffassung nach entweder auf Ablösung des befangenen Staatsanwalts hinwirken oder von einer Beschlussverwerfung absehen müssen. Dass dies nicht geschehen sei, belege deren Befangenheit.

### II. Entscheidung

Die Anhörungsrüge dringt nicht durch, weil der Senat in seiner Entscheidung weder Verfahrensstoff noch Tatsachen oder Beweisergebnisse verwertet habe, zu denen der Verurteilte zuvor nicht gehört worden wäre. Das Ablehnungsgesuch wird wegen Verspätung als unzulässig zurückgewie-

sen. Entscheide ein Gericht außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege, so sei ein Ablehnungsgesuch nur so lange statthaft, bis die Entscheidung ergangen sei (MEYER-GOSSNER, StPO, 54. Aufl., § 25 Rn. 11). Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass das Ablehnungsgesuch mit einer Anhörungsrüge verbunden worden sei, denn Letztere habe sich als unbegründet erwiesen. Auch den von der Verteidigung ins Feld geführten Gedanken, dass die Verwerfung der Revision durch Beschluss am 21.12.2011 erfolgt sein könnte, weil der Senat befürchtete, ab dem neuen Geschäftsjahr nicht mehr ordnungsgemäß besetzt zu sein, weist der Senat zurück. Abschließend bemerkt der Senat ergänzend, es entbehre jeder Grundlage, dass der Senat, wie vom Verteidiger gerügt wurde, beim Generalbundesanwalt einen Verwerfungsantrag bestellt habe. Das Verfahren, mit dem dem Generalbundesanwalt Gelegenheit zur Ergänzung seiner Antragsschrift und anschließend dem Verteidiger zur nochmaligen Stellungnahme gegeben worden sei, habe allein der Gewährung umfassenden rechtlichen Gehörs vor der Entscheidung des Senats gedient.

### Bedeutung für die Praxis:

Vgl. dazu die Ausführungen bei OLG Düsseldorf StRR 2012, 191 (in diesem Heft).

Prof. Dr. Stephan Barton, Bielefeld

§§ 24, 349 Abs. 2 StPO

## Verwerfungsantrag nach Kontaktaufnahme mit dem Senat

### Leitsatz des Gerichts:

**Die Besorgnis der Befangenheit eines Revisionssenats lässt sich nicht damit begründen, dass der Senat einen Verwerfungsantrag nach § 349 Abs. 2 StPO angeregt hat.**

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. 12. 2011 – III-2 RVS 113/11

### I. Sachverhalt

Der Angeklagte hat gegen ein Berufungsurteil wegen Betrugs in drei Fällen Revision eingelegt. Die GStA beantragte Aufhebung des angefochtenen Urteils. Der Senat hielt die Revision nach einer „Vorberatung“ für unbegründet. Die Berichtserstatterin legte die Rechtsauffassung des Senats in einem Vermerk nieder und stellte diesen dem Verteidiger zusammen mit der Antragsschrift des GStA zu; Letzterem wurden die Akten „mit der Bitte um Stellungnahme“ übersandt. Der GStA beantragte anschließend mit einer Kurzbeurteilung („nach erneuter Prüfung der Sach- und Rechtslage“), die Revision als unbegründet zu verwerfen. Daraufhin lehnte der Verteidiger die an der Vorberatung beteiligten Senatsmitglieder wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Der Angeklagte sei um den „offenen Diskurs“ einer öffentlichen Hauptverhandlung gebracht worden und müsse befürchten, dass die Senatsmitglieder von seiner in der Sache bereits vorgefassten Auffassung nicht abzuweichen gedenken.

### II. Entscheidung

Das Ablehnungsgesuch wird als unbegründet zurückgewiesen. Ein zur Rechtfertigung des Misstrauens gegen die Unparteilichkeit der Richter geeigneter Grund i.S.d. § 24 Abs. 2 StPO läge nicht vor. In Rechtsprechung und Schrifttum sei es anerkannt, dass das Revisionsgericht nicht ge-



hindert sei, unter Hinweis auf das vorläufige Beratungsergebnis bei der GStA eine Änderung des im Rahmen des § 349 StPO gestellten Antrags anzuregen und auf einen Verwerfungsantrag hinzuwirken. Die eigene, unabhängige und selbstständige Prüfung durch die Staatsanwaltschaft werde durch ein solches Vorgehen nicht infrage gestellt. Von den erfahrenen Sachbearbeitern der GStA sei auch bei erneuter Vorlage der Akten eine autonome Rechtsauffassung zu erwarten.

Eine die Unvoreingenommenheit der Senatsmitglieder rechtfertigende Umgehung des § 349 Abs. 2 StPO sei in der Anregung des Senats nicht zu erkennen. Das unterscheide die vorliegende Fallkonstellation von derjenigen, die dem Beschluss des BVerfG NStZ 2000, 382 zugrunde lag. Dort hatte die GStA die Akten ohne jeden Antrag an den Senat weitergeleitet und den Verwerfungsantrag erst anschließend auf „Bestellung“ durch den Senat gestellt. Hier hingegen hätte das Revisionsgericht ein „Rechtsgespräch mit dem Zweck einer eigenständigen Prüfung durch die Staatsanwaltschaft initiiert“. Der Angeklagte sei auch keinesfalls um den offenen Diskurs einer Hauptverhandlung gebracht worden. Das Gegenteil sei der Fall: „Anders als in der mündlichen Verhandlung, in der eine gerichtliche Pflicht zum Führen eines Rechtsgesprächs ... nicht besteht, hat der Senat der Verteidigung hier Einblick in seine (vorläufige) rechtliche Bewertung gewährt und diese so in die Lage versetzt, mit viel größerer Reaktionszeit sowie in schriftlicher Form gegenteilige Auffassungen eindringlich zu Geltung zu bringen ... Das Vorgehen des Revisionsgerichts stellt sich damit eher als Ausprägung eines fair geführten Verfahrens dar, als unter dem Gesichtspunkt des § 24 StPO Grund zu Sorge zu geben.“

### **Bedeutung für die Praxis:**

Die Entscheidungen des BGH (StRR 2012, 191 [in diesem Heft]) und des OLG Düsseldorf ähneln sich. In beiden geht es um die Frage der Befangenheit von Revisionsrichtern infolge von Kontaktaufnahmen mit der Revisionsstaatsanwaltschaft. In dem einen Fall (BGH, a.a.O.) informierte der Berichterstatter den Generalbundesanwalt, dass der gestellte Verwerfungsantrag die Verfahrensrügen nicht hinreichend würdigte; in dem anderen Fall (OLG Düsseldorf) teilte der Berichterstatter dem GStA mit, dass der Senat die Revision im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft für unbegründet halte. In beiden Fällen reagierten die betroffenen Revisionsstaatsanwaltschaften in der Weise, dass sie der Auffassung der Senate folgten und dementsprechend den Verwerfungsantrag nachbesserten bzw. einen Verwerfungsantrag stellten. Gemeinsam ist ihnen ferner, dass nachfolgend die Revisionen als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen wurden und dass die betroffenen Revisionsrichter die vom Revisionsführer gerügte Besorgnis der Befangenheit von sich wiesen. Stattdessen betonen sie, dass die gewählten Verfahrensweisen allein der Gewährung rechtlichen Gehörs dienen. Und damit wird eine weitere wichtige Gemeinsamkeit deutlich: Beide Revisionsgerichte haben die Kontaktaufnahme nicht hinter dem Rücken des Beschwerdeführers vorgenommen, sondern diesen davon in Kenntnis gesetzt, was diese Fälle von dem Verfahren unterscheidet, das der Sächs. VerFGH StRR 2011, 465 zu beurteilen hatte – dort erfolgte die Kontaktaufnahme nämlich klammheimlich.

Dabei ist dem BGH darin zuzustimmen, dass der Antrag, in dem die Besorgnis der Befangenheit gestellt wurde,

verspätet erfolgte und damit unzulässig war. Das OLG Düsseldorf bewegt sich mit seiner Begründung, weshalb es die betroffenen Revisionsrichter nicht als befangen ansah, ganz auf der Linie der Entscheidung des BVerfG v. 26.10.2006 (2 BvR 1656/06, JurionRS 2006, 27750), die auch schon der Sächs. VerFGH StRR 2011, 465 herangezogen hatte: Die Kontaktaufnahme mit der Staatsanwaltschaft stelle keine gezielte Umgehung des in § 349 Abs. 2 StPO vorgesehenen Verfahrens dar, sondern das Revisionsgericht habe ein Rechtsgespräch mit dem Zweck einer eigenständigen Prüfung durch die Staatsanwaltschaft initiiert. Es ist zu vermuten, dass der BGH – hätte er die Befangenheitsrüge nicht als unzulässig behandelt – ebenso argumentiert hätte. Allerdings wäre zu hoffen, dass der BGH nicht – wie das OLG Düsseldorf – noch das Argument draufgesattelt hätte, wonach die gewählte Verfahrensweise über die Revision nicht durch ein mit inhaltlichen Gründen versehenes Urteil nach einer Hauptverhandlung, sondern ohne inhaltliche Begründung im Beschlusswege zu entscheiden, sich „bei genauem Hinsehen“ angeblich „als Ausprägung eines fair geführten Verfahrens“ darstelle. Eine solche Vorstellung von Fairness erinnert doch ein wenig an den Wilden Westen („Give him a fair trial, then hang him.“). Gerade ein Gericht, das in einer Vorberatung zu einer bestimmten Rechtsauffassung gelangt ist, wäre unter dem Gesichtspunkt der Fairness gut beraten, sich einem mündlich geführten Rechtsgespräch nicht zu verweigern und sein abschließendes Urteil erst in der Beratung nach der Hauptverhandlung zu fällen (§ 260 Abs. 1 StPO).

Halten wir fest: Eine Kontaktaufnahme des Berichterstatters nach „Vorberatung“ einer Revision mit der Revisionsstaatsanwaltschaft begründet nach der Rechtsprechung grds. nicht die Besorgnis der Befangenheit. Das ist zukünftig zu beachten, auch wenn man es m.E. mit guten Gründen anders sehen kann: Denn der Zweck des § 349 Abs. 2 StPO, durch eine eigenständige Prüfung sowohl durch die Revisionsstaatsanwaltschaft als auch durch das Revisionsgericht eine doppelte Gewähr für die Bejahung offensichtlicher Unbegründetheit der Revision zu garantieren, wird durch die Kontaktaufnahme des Senats unterlaufen: Wie unabhängig wird ein Staatsanwalt wohl sein, wenn „sein“ Senat ihm seine Rechtsauffassung präsentiert?

Ein Weiteres kommt hinzu: Der Generalbundesanwalt stellt bei Revisionen von Staatsanwaltschaften, wie er im Verfassungsbeschwerdeverfahren BVerfGE 112, 185 (200 ff.) eingeräumt hat, selbst dann keinen Verwerfungsantrag nach § 349 Abs. 2 StPO, wenn er die Revision für offensichtlich unbegründet hält, sondern beantragt grds. Termin zur Hauptverhandlung (vgl. dazu BARTON StV 2004, 332 [337 f.]). Soweit mir bekannt ist, sind in diesen Fällen keine Kontaktaufnahmen durch Senate erfolgt, in welchen der Generalbundesanwalt veranlasst worden ist, richtigerweise einen Verwerfungsbeschluss zu beantragen. Eine solche unterschiedliche Verfahrensweise, je nachdem, ob es sich um Revisionen von Angeklagten oder Staatsanwaltschaften handelt, begründet m.E. die Besorgnis, hier werde mit zweierlei Maß gemessen.

Prof. Dr. Stephan Barton, Bielefeld

