

Zum Prüfungsumfang des Revisionsgerichts bei der sachlichen Zuständigkeit gem. § 6 StPO

Besprechung von BGH, Beschl. v. 8.11.2011 – 3 StR 244/11 = NStZ-RR 2012, 76

Von Rechtsanwältin **Anja Sturm**, Berlin, Rechtsanwalt **Andreas Lickleder**, München

Die sachliche Zuständigkeit ist eine von Amts wegen zu prüfende Verfahrensvoraussetzung. Verfahrensvoraussetzungen stehen neben Verfahrensfehlern materiellrechtlicher und verfahrensrechtlicher Natur, die nur auf Rüge des Revisionsführers zu prüfen sind. Die Auffassung der h.M. (zuletzt im besprochenen Beschl. des BGH v. 8.11.2011 – 3 StR 244/11) ist nicht widerspruchsfrei, wenn sie die sachliche Zuständigkeit auch beim Revisionsgericht von der Beurteilung eines Sachverhaltes nach der „objektiven Rechtslage“ des konkreten Einzelfalls abhängig macht und damit dem Revisionsgericht die Prüfung der „objektiven materiellen Rechtslage“ auferlegt, obwohl diese Prüfung von der Geltendmachung der Sachrüge abhängt. Der Beitrag versucht, diesen Widerspruch durch eine Reduktion des Prüfungsumfangs im Rahmen des § 6 StPO aufzulösen.

I. Einleitung

Die Reichweite des Prüfungsrechts des Revisionsgerichts war bislang nicht im Fokus von Meinungsstreitigkeiten, weil die gesetzliche Regelung klar zu sein scheint: aufgrund einer Revision überprüft das Revisionsgericht gem. § 337 StPO allein eine Verletzung des Gesetzes, nicht aber schuld- oder strafzumessungsrelevante Tatsachen. Der Revisionsführer bestimmt gem. §§ 344 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 StPO den Umfang der Anfechtung im Hinblick auf verfahrensrechtliche und auf materiellrechtliche Mängel. Hieran ist das Revisionsgericht gebunden, § 352 Abs. 1 StPO.

Der Disposition des Revisionsführers entzogen sind indes die „v.A.w. zu beachtenden Verfahrensvoraussetzungen“. Diese unterliegen einer umfänglichen Prüfungspflicht und eröffnen mithin ein eigenständiges Prüfungsrecht, auch wenn eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt.¹ Bislang unerörtert blieb dabei in Rechtsprechung und Literatur gleichermaßen, welche Grundlage bei einer solchen Prüfung v.A.w. heranzuziehen ist: zu denken ist pauschal an das Urteil insgesamt oder gar den vollständigen Akteninhalt. Dies verhilft jedoch gerade dann zu keiner Lösung, wenn sich die getroffenen Feststellungen nicht mit der rechtlichen Würdigung in Einklang bringen lassen.

In seinem Beschluss vom 8.11.2011 verwies der 3. Senat des Bundesgerichtshofes mit der ganz h.M. auf die „objektive Rechtslage“, die für die sachliche Zuständigkeit maßgeblich sein soll.² Diese Begründung lässt eine stringente Auseinandersetzung mit den angesprochenen Problemkreisen missen.

¹ Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 1.

² Vgl. BGH, Beschl. v. 8.11.2011 – 3 StR 244/11, Rn. 10.

II. Die sachliche Zuständigkeit als Verfahrensvoraussetzung

1. Die v.A.w. zu beachtende Verfahrensvoraussetzung

Bei Verfahrensvoraussetzungen handelt es sich um – im Einzelnen nicht näher bestimmte³ – „besonders schwerwiegende Verfahrensverstöße“.⁴ Anders als die funktionelle und die örtliche Zuständigkeit, die nach §§ 6a, 16 StPO einer Präklusionswirkung unterliegen und in der Revision „nur“ als Verfahrensfehler gem. § 337 StPO⁵ geltend gemacht werden können, ist die sachliche Zuständigkeit dem Wortlaut des § 6 StPO nach „in jeder Lage des Verfahrens“, also in jeder Instanz „v.A.w. zu prüfen“⁶. Diese Verpflichtung gilt auch für das Revisionsgericht. Das Fehlen der sachlichen Zuständigkeit stellt somit ein Prozesshindernis dar.⁷

2. Befassungsverbote und Bestrafungsverbote

Die Behandlung der v.A.w. zu beachtenden Verfahrensvoraussetzungen erfolgt in der Praxis indes nicht mit der Eindeutigkeit, die die Einordnung als „besonders schwer wiegender Verfahrensverstoß“ suggeriert. Einen ersten Hinweis gibt die differenzierende Betrachtungsweise,⁸ bei den Verfahrensvoraussetzungen zwischen Befassungsverboten und Bestrafungsverboten zu unterscheiden:

Befassungsverbote verbieten jegliche Befassung des Gerichts mit dem Sachverhalt und führen zwingend zur Einstellung des Verfahrens. Die wichtigsten Befassungsverbote sind das Fehlen einer wirksamen Anklage, des Eröffnungsbeschlusses sowie die Strafunmündigkeit – aber auch die sachliche Zuständigkeit.

Demgegenüber erlauben Bestrafungsverbote eine Befassung des Gerichts mit dem angeklagten Lebenssachverhalt; sie verhindern eine Bestrafung des Angeklagten. In diese

³ Zur Kritik an dieser Definition Meyer-Goßner (Fn. 1), S. 2.

⁴ Vgl. BGH, Ur. v. 25.10.2000 – 2 StR 232/00 = BGHSt 46, 159 f.: „Umstände, die es ausschließen, dass über einen Prozessgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf. Sie müssen so schwer wiegen, dass von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängig gemacht werden muss.“

⁵ Wenn auch (stets) das Beruhen des Urteils auf dem Fehler fingiert wird, vgl. § 338 Nr. 4 StPO.

⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.10.1962 – GSSt 1/62 = BGHSt 18, 79 (83); Rotsch, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), Anwaltkommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 3.

⁷ BGH, Ur. v. 22.4.1999 – 4 StR 19/99 = BGHSt 45, 58.

⁸ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, Einl. Rn. 143; ders. (Fn. 1), S. 38. Tendenzen, sich dieser Auffassung anzuschließen, finden sich in BGH, Beschl. v. 10.1.2007 – 5 StR 305/06 = BGHSt 51, 202 (205).

Kategorie gehören Verjährung, fehlender Strafantrag oder überlange Verfahrensdauer.

Die Unterscheidung zeigt vielfach Auswirkungen: Bei einem Befassungsverbot ist das Verfahren einzustellen, auch wenn dem Angeklagten keine Straftat vorgeworfen werden kann.⁹ Bei einem Bestrafungsverbot wäre freizusprechen.¹⁰ Befassungsverbote gehen also dem für den Angeklagten günstigeren Freispruch vor. Fehler mit *verfahrensrechtlichem* Bezug,¹¹ die zu einer Einstellung führen können und somit ebenfalls ein Prozesshindernis darstellen, unterliegen als Bestrafungsverbote den Voraussetzungen der Verfahrensrüge.¹² Ob für die Berücksichtigung eines Bestrafungsverbotes mit *materiellrechtlichem* Bezug wie z.B. die Verjährung oder der Strafantrag die Sachrüge erhoben werden muss,¹³ damit das Revisionsgericht den materiellrechtlichen Gegenstand einer Verurteilung überprüfen kann, hat der Bundesgerichtshof soweit ersichtlich noch nicht entschieden.

III. BGH, Beschl. v. 8.11.2011 – 3 StR 244/11 = NStZ-RR 2012, 76

1. Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte hatte einen Bundesminister angeschrieben, dieser solle sich um eine Person kümmern, welche zu Unrecht strafrechtlich verfolgt werde. Ansonsten werde er den Minister töten. Der Bundesminister reagierte auf dieses Schreiben nicht.

Der Angeklagte wurde von der Staatsanwaltschaft u.a. wegen versuchter Nötigung eines Mitglieds eines Verfassungsorgans gem. §§ 106, 22, 23 StGB zum Landgericht angeklagt und dementsprechend verurteilt. Die im Hinblick auf diesen Vorwurf ausschließlich beim OLG liegende sachliche Zuständigkeit gem. § 120 Abs. 1 Nr. 5 GVG wurde von allen Prozessbeteiligten übersehen.

Gegen das Urteil erhob der Angeklagte mit der Revision eine zulässige, aber unbegründete Verfahrensrüge sowie die Sachrüge.

2. Die Entscheidung des Senats

Der Senat befasste sich mit dem Problem der sachlichen Zuständigkeit, die den Sachverhalt dem OLG vorbehalten hätte. Seiner Prüfung legte er die vom Landgericht getroffenen Feststellungen zugrunde und kam in der rechtlichen Bewertung zu dem Ergebnis, dass der Tatbestand des § 106 StGB nicht erfüllt sei mit der Folge, dass § 120 Abs. 1 Nr. 5

GVG nicht einschlägig, das OLG folglich nicht zuständig gewesen sei.¹⁴

Der Senat verurteilte den Angeklagten unter Korrektur des Schuldspruches gem. § 354 Abs. 1 StPO wegen versuchter Nötigung gem. §§ 240, 22 StGB und setzte die Rechtsfolge im Einvernehmen mit dem Generalbundesanwalt auf die gesetzlich niedrigste Strafe herab. Das Landgericht sei nach den eigenen Feststellungen sachlich zuständig gewesen, so dass der Senat lediglich die Tenorierung abänderte.

Offen bleibt dabei, auf welcher Basis – wenn auch mit dem Hinweis auf eine „entsprechende oder direkte Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO“ – der Senat den Schuldspruch geändert hat. Unter Verweis auf zwei Reichsgerichtsentscheidungen bestätigte der Senat die überkommene Rechtsprechung,¹⁵ wonach es für die sachliche Zuständigkeit nicht auf die subjektive, d.h. vom Tatgericht getroffene materielle Entscheidung, sondern auf die objektive Rechtslage ankomme. Maßgeblich für die sachliche Zuständigkeit sei demnach, zu welchem Ergebnis die Vorinstanz bei zutreffender Rechtsanwendung auf der Basis ihrer Feststellungen hätte gelangen müssen. Irrelevant sei hingegen die tatsächliche rechtliche Bewertung der Vorinstanz.

IV. Entscheidungsgrundlagen in BGH – 3 StR 244/11

Der Senat zieht zur Begründung seines Beschlusses zwei Entscheidungen des Reichsgerichts und eine des 1. Strafsenats des BGH aus dem Jahr 1951 heran.

1. RGSt 6, 309¹⁶

Das Schöffengericht hatte den Angeklagten wegen Sachbeschädigung verurteilt, wogegen dieser Berufung eingelegt hatte. Erst in der Berufungsinstanz kam der Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung zur Sprache. Dafür wäre nach der damaligen Regelung das Landgericht erstinstanzlich zuständig gewesen. Der Angeklagte wurde daraufhin entsprechend verurteilt.

Das Reichsgericht stellte fest, dass das Schöffengericht für die Handlung in dieser durch die Verhandlung in der Berufungsinstanz hervorgetretenen Gestalt seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen hatte. Maßgeblich für die Beurteilung der Zuständigkeit sei in einem solchen Fall der Tatidentität das Ergebnis der Beweisaufnahme in der zweiten Instanz. Daraus schloss das Reichsgericht, dass die Worte „mit Unrecht“ in der Zuständigkeitsnorm „objektiv, nicht subjektiv zu verstehen“ seien. Nachdem das Berufungsgericht diesen Zuständigkeitsfehler erkannt habe, habe es zu Recht das Urteil des Schöffengerichts aufgehoben, die zwei weite-

⁹ BGH, Urt. v. 17.8.2000 – 4 StR 245/00 = BGHSt 46, 130 bei Fehlen einer wirksamen Anklage.

¹⁰ Meyer-Göfner (Fn. 8), § 260 Rn. 45: Freispruch bei fehlendem Strafantrag.

¹¹ Z.B. überlange Verfahrensdauer, staatliche Tatprovokation.

¹² BGH, Beschl. v. 17.12.2003 – 1 StR 445/03 = NStZ 2004, 449 für die überlange Verfahrensdauer.

¹³ So Meyer-Göfner (Fn. 1), S. 53.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 8.11.2011 – 3 StR 244/11 = NStZ-RR 2012, 76.

¹⁵ Für viele Frisch, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 42. Lfg., Stand: Dezember 2005, § 338 Rn. 87; Meyer-Göfner (Fn. 8), § 338 Rn. 32; Hanack, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 25. Aufl. 2004, § 338 Rn. 71.

¹⁶ RG, Urt. v. 22.4.1882 – Rep 446/82 = RGSt 6, 309.

ren Richter, die für eine Kammerbesetzung beim Landgericht als erste Instanz erforderlich waren, hinzugezogen und so dann als erstinstanzliches Gericht verhandelt.

2. *RGSt 44, 139*¹⁷

Das Amtsgericht hatte den Angeklagten wegen eines Vergehens gem. § 175 StGB a.F. verurteilt. Mit ihrer Berufung begehrte die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wegen des Verbrechens des Verstoßes gegen § 2 der VO geg. Volksschädlinge v. 5.9.1939. Entsprechend dieser Auffassung verurteilte das Berufungsgericht den Angeklagten, wobei es das Urteil des Amtsgerichts aufhob, weil dieses gem. § 24 GVG für die Entscheidung nicht zuständig war. Der Angeklagte richtete hiergegen die Revision.

Das Reichsgericht prüfte im Rahmen der Zulässigkeit zunächst seine eigene sachliche Zuständigkeit, da ein Rechtsmittel gegen Berufungsurteile nicht gegeben war. Es stellte fest, dass die rechtliche Bewertung der Tat in der Berufungsinstanz die Kompetenz des Amtsgerichts überschritten habe, weshalb das Landgericht zu Recht das Urteil aufgehoben und selbst als erste Instanz in der Sache entschieden habe. Zu der sachlichen Zuständigkeit führte es an die zuvor genannte reichsgerichtliche Entscheidung anknüpfend aus, dass die Worte „mit Unrecht“ sachlich, nicht persönlich zu verstehen seien. Da das Landgericht sachlich zuständig als erste Instanz entschieden habe, sei die Revision gegen das Urteil zulässig.

3. *BGHSt 1, 346*¹⁸

Der *Senat* hatte über eine Revision des Angeklagten zu entscheiden, mit welcher dieser u.a. die sachliche Zuständigkeit der Strafkammer rügte. Ihm lag nach Anklage und Eröffnungsbeschluss ein versuchter besonders schwerer Raub gem. §§ 251, 43 StGB a.F. zur Last, der gem. § 80 GVG a.F. die Zuständigkeit des Schwurgerichts begründet hätte. Verurteilt wurde er wegen versuchten schweren Raubes gem. § 250 Abs. 1 Nrn. 1, 3 StGB. Zur Aburteilung *dieses* Verbrechens war die Strafkammer sachlich gem. § 74 GVG zuständig.

Der *Senat* bestätigte die sachliche Zuständigkeit der Strafkammer. Nach der in der Hauptverhandlung gewonnenen Erkenntnis, dass in Richtung des § 251 StGB kein Verdacht mehr bestand, sei dieser die Möglichkeit genommen gewesen, den Verfahrensfehler in Anklage und Eröffnungsbeschluss durch Verweisung gem. § 270 StPO zu heilen. Eine Aufhebung und Zurückverweisung an das sachlich zuständige Gericht könne auf Basis dieses Urteils nur mehr an die Strafkammer und nicht das Schwurgericht erfolgen.

4. Zusammenfassung zum Ausgangspunkt der Begründung

Allen drei vom *Senat* zitierten Entscheidungen ist gemein, dass das Revisionsgericht jeweils bei der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit die vom letzten Instanzgericht getroffenen Feststellungen und dessen rechtliche Bewertung übernahm. Einigkeit besteht zunächst darüber, dass der im Zeitpunkt des Urteils festgestellte Sachverhalt der Tatsachenin-

stanz die Zuständigkeit bestimmt.¹⁹ Weicht dieser von Anklage oder Eröffnungsbeschluss in einer die Zuständigkeit beseitigenden Weise ab, ändert dies nichts,²⁰ solange das Gericht wegen eines Tatbestands verurteilt, für den es zuständig ist.²¹ Dieser Zeitpunkt ist auch dann maßgeblich, wenn in der Rechtsmittelinstanz die eine anderweitige Zuständigkeit begründenden Sachverhalte entfallen sind, weil der Angeklagte nur diejenigen Teile angefochten hatte, für die das Gericht zuständig war,²² oder aber Tatteile, für die eine anderweitige Zuständigkeit bestanden hätte, abgetrennt worden sind. Aus einer anderweitigen Zuständigkeit resultiere kein Trennungsverbot; die Unzuständigkeit werde nicht perpetuiert.²³

Unumstritten ist die Prüfungskompetenz für das Nichtvorliegen von Tatbestandsmerkmalen nicht – diese soll nach der Gegenauffassung²⁴ allein dem insoweit zuständigen Gericht vorbehalten bleiben; solange ein dem Anklagevorwurf entsprechender Lebenssachverhalt angeklagt sei, sei das höhere Gericht zuständig, selbst wenn sich dieser Sachverhalt später nicht erhärten lasse. Anders verhalte es sich nur dann, wenn die Anklage rechtsirrig von einem schwereren Tatbestand ausgeht. Die Zuständigkeitsfrage müsse zuerst beschieden werden, bevor man sich mit der Tat auseinander setze.

Der BGH ist der zuletzt genannten Auffassung verschiedentlich gefolgt: Der 4. *Strafsenat*²⁵ hielt allein das höhere Gericht für befugt, den Tatverdacht bzgl. der schwereren Straftat zu überprüfen. Zweifel an dieser Vorgehensweise werden allerdings insoweit geäußert, als der Angeklagte nicht beschwert sei, wenn er von einem niedrigeren Gericht wegen

¹⁹ Vgl. *Hanack* (Fn. 15), § 338 Rn. 71; *Temming*, in: Gerckel/Julius/Temming/Zöllner (Hrsg.), *Strafprozessordnung*, Heidelberg Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 338 Rn. 38; *Pfeiffer*, *Strafprozessordnung*, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 338 Rn. 14; BGH, Urt. v. 28.10.1986 – 1 StR 507/86 = *NStZ* 1987, 132; BGH, Beschl. v. 3.5.1991 – 3 StR 483/90 = *NStZ* 1991, 503; *Lohse*, in: *Krekeler/Löffelmann/Sommer* (Fn. 6), § 338 Rn. 29; zu § 328 StPO vgl. *Paul*, in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 328 Rn. 13; BGH, Beschl. v. 29.10.2009 – 3 StR 141/09 = *NStZ-RR* 2010, 284.

²⁰ Der Zeitpunkt des Urteils ist natürlich dann nicht maßgebend, wenn die sachliche Zuständigkeit durch einen anderen Bezugspunkt begründet wird: Die besondere Bedeutung des Falles (vgl. § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG) wird allein im Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses (nach objektiven Gesichtspunkten) gemessen. Einer ausführlichen Darlegung bedarf es nicht (BGH, Urt. v. 10.5.2001 – 1 StR 504/00 = *BGHSt* 47, 16 [21]). Gleiches gilt für die Straferwartung nach § 24 Abs. 1 Nr. 2 und § 25 Nr. 2 GVG.

²¹ BGH, Urt. v. 2.10.1951 – 1 StR 434/51 = *MDR* 1952, 117 = *BGHSt* 1, 346.

²² BGH, Urt. v. 8.1.1957 – 5 StR 378/56 = *BGHSt* 10, 64.

²³ BGH, Urt. v. 2.10.1973 – 1 StR 217/73 = *MDR* 1974, 54.

²⁴ *Dallinger*, *MDR* 1952, 118.

²⁵ BGH, Beschl. v. 19.8.1971 – 4 StR 304/71 = *MDR* 1972, 18 (bei *Dallinger*), ebenso BGH, Urt. v. 11.7.1961 – 5 StR 246/61; anders aber *RGSt* 8, 238 (253).

¹⁷ *RG*, Urt. v. 2.4.1940 – 4 D 151/40 = *RGSt* 44, 139.

¹⁸ Vom *Senat* zitiert bei *Dallinger*, *MDR* 1952, 118 Fn. 5 = *BGH*, Urt. v. 2. 10.1951 – 1 StR 434/51 = *NJW* 1952, 192.

eines schwereren Tatbestands *nicht* verurteilt werde.²⁶ Dagegen spricht allerdings, dass es bei Verfahrensvoraussetzungen auf eine Beschwer des Angeklagten nicht ankommt.

V. Fehlende Vergleichbarkeit der unter IV. zitierten Entscheidungen auf die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit durch das Revisionsgericht (BGH, Beschl. v. 8.11.2011 – 3 StR 244/11)

Die Sachverhalte der vom *Senat* in Anspruch genommenen Entscheidungen des RG²⁷ weichen von demjenigen der Senatsentscheidung ab. Beim RG ging es um die Frage, ob das Berufungsgericht als Rechtsmittelgericht sachlich zuständig war und blieb, wenn in der Berufungsverhandlung ein neuer Tatverdacht auftrat, der in der Vorinstanz noch nicht Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen war, und der die Zuständigkeit eines anderen Gerichts begründet hätte, oder ob eine Verweisung an das dann erstinstanzlich zuständige Gericht erforderlich war (nach § 328 Abs. 2 StPO bzw. dem ähnlich lautenden § 369 StPO a.F.). Ihre Übertragbarkeit erscheint ohne differenzierende Auseinandersetzung fraglich: Der Prüfungshorizont eines Berufungsgerichts weicht grundlegend von dem eines Revisionsgerichts ab. Sofern innerhalb der gleichen prozessualen Tat aufgrund neuer Tatsachenfeststellungen eine andere sachliche Zuständigkeit begründet wird, ergibt sich daraus ohne weiteres, dass das erstinstanzliche Gericht, insbesondere dann, wenn der weitere Sachverhalt dort bereits bekannt war,²⁸ sachlich unzuständig war.

Das Revisionsgericht ist demgegenüber nicht befugt, eigenständig andere schuld- oder strafzumessungsrelevante Tatsachen festzustellen, sondern ist ausschließlich an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden. Neben dieser prozessrechtlichen Tatsachenbindung durch das Urteil besteht eine weitere prozessrechtliche Bindung des Revisionsgerichts: die Reichweite der Überprüfung wird durch den Revisionsführer bestimmt, §§ 344, 352 StPO.

VI. Weitere Lösungsansätze

1. Verwandte Entscheidungen anderer Obergerichte

Die Übertragung der Reichsgerichtsentscheidungen hätte also unter Berücksichtigung der besonderen Prämissen des Revisionsverfahrens zu erfolgen. Näher gelegen hätte daher eine Orientierung an zwei anderen obergerichtlichen Entscheidungen, die in der Sachverhaltsgestaltung dem diskutierten Fall eher entsprechen

a) OLG Celle, Urt. v. 8.3.1950 – Ss 25/50 = JR 1950, 414

Die Strafkammer hatte den Angeklagten unzutreffenderweise wegen einer Straftat verurteilt, für die nicht sie, sondern (damals) das Schwurgericht zuständig gewesen wäre. Sie hätte also das Verfahren dementsprechend aussetzen und an das

Schwurgericht verweisen müssen. Der Angeklagte legte Revision ein. Das OLG Celle vertrat die Auffassung, dass es unsinnig sei, als Revisionsgericht das Urteil aufzuheben und an das – auf der Grundlage der unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Instanzgerichts – zuständige Gericht zu verweisen, weil dann das Schwurgericht über einen Sachverhalt zu entscheiden hätte, für den es bei korrekter juristischer Bewertung nicht zuständig sei. „Zu Unrecht seine Zuständigkeit angenommen“ sei objektiv zu verstehen. Es komme darauf an, dass der erste Richter bei einer sachlich „richtigen“ Beurteilung der Tat unzuständig war. Nur dann habe er seine Zuständigkeit „mit Unrecht“ angenommen, im Übrigen „habe er lediglich Rechtsvorschriften verkannt“.

Das OLG Celle hielt es daher für erforderlich und zulässig, zur Feststellung der Zuständigkeit eine materiellrechtliche Prüfung vorzunehmen.²⁹

b) OLG Oldenburg GA 1992, 471 (472)

Der Nebenkläger hatte gegen ein verurteilendes Erkenntnis eines Schöffengerichts Revision eingelegt und Sach- und Verfahrensrügen erhoben: Aus den Feststellungen ergab sich, dass eine Verurteilung wegen eines versuchten Tötungsdeliktes zumindest nahe lag, was vom Schöffengericht zwar diskutiert, aber im Ergebnis abgelehnt wurde.

Das OLG Oldenburg hielt das Schöffengericht für sachlich unzuständig, weil auch diese negative Entscheidung des Nicht-Vorliegens eines Tötungsdeliktes dem Schwurgericht vorbehalten bleibt. Das OLG Oldenburg hob dementsprechend das Urteil auf und verwies das Verfahren an das Schwurgericht.

2. Die sachliche Zuständigkeit im Revisionsverfahren

a) Prüfungsumfang des Revisionsgerichts

Der Revisionsführer bestimmt den Umfang der Überprüfung: Die Verfahrensrüge bedarf einer Darstellung der Tatsachen, aus denen sich der Fehler ergibt, § 344 Abs. 2 S. 2 StPO. Allein auf die Sachrüge hin³⁰ überprüft es vollumfänglich die materielle Rechtslage. Keiner besonders durch den Revisionsführer zu erhebenden Rüge bedürfen die v.A.w. zu beachtenden Verfahrensvoraussetzungen. Das Revisionsgericht ist zur Prüfung verpflichtet. Offen ist aber, welche Grundlagen heranzuziehen sind. Gesetzliche Regelungen, inwieweit das Revisionsgericht bei der Prüfung von Verfahrensvoraussetzungen Urteil und Akteninhalt zum Gegenstand machen kann, existieren nicht.

Grundsätzlich erfolgt die Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen unter Zuhilfenahme aller verfügbaren Erkenntnis-

²⁶ So Hanack (Fn. 15), § 338 Rn. 72.

²⁷ Auch BGHSt 1, 346 weicht ab: hier war die Strafkammer aus Sicht des Revisionsgerichts im Urteil zum zutreffenden Ergebnis gelangt; lediglich für die *angeklagte* Tat war das Instanzgericht unzuständig.

²⁸ So zu vermuten bei RGSt 6, 309.

²⁹ Ob der Angeklagte auch die Sachrüge erhoben hatte, wird in JR 1950, 414 nicht mitgeteilt.

³⁰ Abweichungen gelten für die Staatsanwaltschaft; BGH, Beschl. v. 7.11.2002 – 5 StR 336/02 = NJW 2003, 839, zuletzt auch BGH, Beschl. v. 5.11.2009 – 2 StR 324/09 = NStZ-RR 2010, 288.

quellen im Wege des Freibeweises.³¹ Für Verfahrensvoraussetzungen, die die materielle Rechtslage betreffen, kann dies aber schon deshalb nicht gelten, weil sich ansonsten dem Revisionsgericht ein Einfallstor für Tatsachenfeststellungen eröffnen würde, das ansonsten verschlossen bliebe;³² eine (Frei-)Beweiserhebung zur Tat findet nicht statt. Vielmehr ist das Revisionsgericht bei „doppelt-relevanten Tatsachen“, also bei materiellrechtlichen Fragen, die (auch) Verfahrensvoraussetzungen betreffen, auf das Urteil beschränkt.³³

Von welchem Prüfungsumfang das Revisionsgericht in der aktuellen Entscheidung ausgegangen ist, ergibt sich aus dem Beschluss nicht; der *Senat* begnügt sich der h.M. entsprechend mit dem Hinweis, dass allein die „objektive Rechtslage“, nicht aber die „rechtliche Beurteilung des Instanzgerichts“ maßgeblich sei.

b) Verfahrensvoraussetzungen als besonders massive Verstöße

Die oben bereits angesprochene Differenzierung zwischen Befassungs- und Bestrafungsverboten zielt grundsätzlich in die Richtung, Vorfragen der Durchführung eines Strafprozesses als Befassungsverbot zu klassifizieren; Bestrafungsverbote hindern lediglich eine Bestrafung, nicht aber die Befassung mit der Sache als solcher.³⁴ Gerade die sachliche Zuständigkeit zeigt aber, dass das materielle Recht basierend auf den getroffenen Feststellungen auch für ein Befassungsverbot Bedeutung haben könnte. Eine Prüfungsabfolge, wonach die Prüfung der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen logisch stets vor der Prüfung materiellen Rechts stattzufinden habe,³⁵ scheint auf den ersten Blick bei der sachlichen Zuständigkeit nicht möglich zu sein, wenn sie von den Feststellungen oder gar der materiell-rechtlichen Beurteilung abhinge.

c) Präzisierung des Prüfungsumfangs bei der sachlichen Zuständigkeit

Gegenstand der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit ist nicht allein die sachliche Prüfung der *Vorinstanz*, sondern insbesondere die Prüfung der *eigenen* Zuständigkeit. Diese hat mit den im Revisionsverfahren erhobenen Sach- oder Verfahrensrügen zunächst nichts zu tun. Das Gericht hat für sich festzustellen, ob es sich als angegangenes Revisionsgericht mit bestimmten Sachverhalten überhaupt befassen darf.

Es sind bei genauerer Betrachtung zwei Fragen zu unterscheiden, nämlich

- ob das Revisionsgericht überhaupt (abstrakt) als Rechtsmittelgericht für die Vorinstanz tätig sein kann;

- ob das Revisionsgericht und die Vorinstanz auf der Basis der im Urteil getroffenen Feststellungen der Vorinstanz sachlich unzuständig sind, wenn die Vorinstanz zutreffend entschieden hätte.

Im Ergebnis können damit zwei Fehler vorliegen, wobei möglicherweise der zweite Fehler den ersten „korrigieren“ kann. In der Konsequenz stellt sich zuletzt die Frage, ob das Revisionsgericht in der Sache selbst dann das zutreffende Ergebnis herstellen kann.

Das Landgericht hatte im zu besprechenden Fall seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen (im Hinblick auf § 120 Abs. 1 Nr. 5 GVG), gleichzeitig lag aber ein weiterer (zweiter) Rechtsanwendungsfehler vor, der den ersten Fehler kompensierte: Das Landgericht hatte zusätzlich übersehen, dass wegen fehlenden Dienstbezugs überhaupt kein Fall des § 106 StGB vorgelegen hatte und damit § 106 StGB falsch ausgelegt. Fehlerhaft war damit im Ergebnis nur der Tenor, das Landgericht war aber eigentlich – bei richtiger Rechtsanwendung „nach der objektiven Rechtslage“ – sachlich zuständig.

3. Kritik an der h.M.: Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit anhand der „objektiven Rechtslage“

Die bislang in der dargestellten Rechtsprechung behandelten Fälle konnten insoweit zu einem vordergründig „richtigen“ Ergebnis kommen, als im Rahmen der jeweils auch erhobenen Sachrüge dem Revisionsgericht die materiellrechtliche Überprüfung eröffnet war.

a) Unzutreffende Entscheidung der Vorinstanz

Fraglich ist aber, ob die Prüfung der „richtigen Rechtsanwendung auf der Basis der Feststellungen“ vom Revisionsgericht im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit nach § 6 StPO überhaupt geprüft werden kann: Eine Überprüfung der Rechtsanwendung in materiellrechtlicher Hinsicht ist dem Revisionsgericht allein aufgrund der Sachrüge möglich. Es gilt also, diesen Widerspruch bzgl. des Prüfungsumfangs aufzulösen.

Zur Verdeutlichung folgendes

Beispiel: A fordert B auf, aus einem Geschäft des E Zigaretten zu stehlen, ansonsten werde er B körperlich misshandeln. B kommt der Aufforderung nach. Das Amtsgericht – Strafrichter – verurteilt dem Wortlaut des § 253 StGB entsprechend, aber in Verkennung der nach der ganz h.M.³⁶ erforderlichen Nähebeziehung zwischen Verfügendem und Geschädigten wegen einer räuberischen Erpressung, §§ 253, 255 StGB. Der Angeklagte legt Revision ein und begründet diese allein mit einer zulässigen, aber unbegründeten Verfahrensrüge. Die der Sachrüge

³¹ Hanack (Fn. 15), § 337 Rn. 33; BGH NJW 1989, 1742 (für die Verhandlungsfähigkeit der Angeklagten); Kuckein, in: Hannich (Fn. 19), § 337 Rn. 25.

³² BGH, Beschl. v. 27.10.1961 – 2 StR 193/61 = BGHSt 16, 399 (403).

³³ In diesem Sinne für „doppelt-relevante“ Tatsachen auch Hanack (Fn. 15), § 337 Rn. 35.

³⁴ Meyer-Göbner (Fn. 1), S. 38.

³⁵ So Meyer-Göbner (Fn. 1), S. 51.

³⁶ Zum Näheverhältnis und dem erforderlichen „Freikaufverhalten“ BGH, Urt. v. 20.4.1995 – 4 StR 27/95 = BGHSt 41, 123 (125) sowie Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 253 Rn. 11, krit. Kudlich, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 253 Rn. 21.

vorbehaltene materiellrechtliche Prüfung ist an sich ausgeschlossen.

Für eine räuberische Erpressung nach §§ 253, 255 StGB ist der Strafrichter wegen des Verbrechenscharakters unzuständig, § 25 GVG. Materiellrechtlich korrekt wäre bei diesem Sachverhalt eine Verurteilung wegen Diebstahls in Tateinheit mit Nötigung gem. §§ 240, 242, 25 Abs. 1 Alt. 2, 52 StGB.³⁷ Der Strafrichter war daher eigentlich sachlich zuständig. Im Ergebnis ist „nur“ der Tenor falsch, d.h. nur die konkret angewendete Strafnorm würde zur sachlichen Unzuständigkeit des Strafrichters führen.

Nach der h.M. würde in einer solchen Konstellation das Revisionsgericht die materiellrechtliche Lage prüfen können, obwohl eine materiellrechtliche Prüfung des erstinstanzlichen Urteils seitens des Revisionsführers nicht gewollt war. Zwar könnte das Revisionsgericht gegebenenfalls im Wege einer Schuldspruchberichtigung den Fehler korrigieren. Diese ist allerdings nach h.M.³⁸ nur nach erhobener Sachrüge zulässig; die Schuldspruchberichtigung in Analogie zu § 354 Abs. 1 StPO setzt eine Rechtsverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes auf „die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen“ voraus, so dass die Rechtsverletzung bei Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit – auch wenn sie auf den Urteilsgründen beruht – gerade nicht genügt.³⁹

Ist eine Schuldspruchberichtigung dagegen nicht möglich, würde das Urteil – samt unzutreffendem Tenor – bestehen bleiben, obwohl die Vorinstanz gegen ein Befassungsverbot verstoßen hat. Die h.M. würde also einen Fehler erkennen, mangels Befugnis zur Korrektur diesen aber stehen lassen. Der Strafrichter hätte rechtskräftig wegen eines Verbrechens verurteilt.⁴⁰

b) „Objektive Rechtslage“

Kritisch ist zudem der Begriff der „objektiven Rechtslage“, die die Zuständigkeit bestimmen soll und auf die sich der Senat in Anlehnung an die reichsgerichtlichen Entscheidungen beruft. Eine solche gibt es nicht, sie wurde vielmehr durch die rechtliche Bewertung des Revisionsgerichts bestimmt.⁴¹

³⁷ Weil B durch den Diebstahl nicht den Geschädigten, sondern sich selbst von der Bedrohung „freikaufte“.

³⁸ Meyer-Göfner (Fn. 8), § 354 Rn. 14; Nagel, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 354 Rn. 14.

³⁹ Wohlers, in: Wolter (Fn. 15), § 354 Rn. 31.

⁴⁰ Kritisch wird diese Fallgruppe immer dann, wenn die sachliche Zuständigkeit von einer Katalogtat abhängt, neben dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall des § 120 GVG insbesondere also die Fälle der §§ 74 Abs. 2, 74a GVG. Im Verhältnis zu den anderen Strafkammern der §§ 74 ff. GVG handelt es sich um eine funktionelle Zuständigkeitsverteilung, gegenüber dem Amtsgericht aber um eine Frage der sachlichen Zuständigkeit, ferner für den Verbrechenscharakter einer Tat bei § 25 GVG.

⁴¹ Ob die Annahme einer „objektiven Rechtslage“ als eindeutigen Ergebnis einer Auslegung durch das RG einer Art

aa) Zutage tritt dies indes erst, wenn die materiellrechtliche Prüfung, die das Revisionsgericht bei der Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit durchführt, zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, eine „objektive Rechtslage“ (gemeint ist wohl eine „einheitliche Auffassung“) also nicht existiert. Dazu ein weiteres

Beispiel: Das Amtsgericht – Strafrichter – verurteilt den Angeklagten, der mit Gewalt (vis absoluta) ein Fahrzeug in seine Gewalt gebracht hat, um es anschließend wieder zurückzubringen, wegen Nötigung in Tateinheit mit Ingebrauchnahme eines Kraftfahrzeugs gem. §§ 240, 248b, 52 StGB. Gegen das Urteil legt die Staatsanwaltschaft Sprungrevision ein und begründet diese mit einer zulässigen, aber im Ergebnis unbegründeten Verfahrensrüge.

Der h.M. in der Rechtsprechung⁴² zufolge hätte der Angeklagte wegen räuberischer Erpressung, §§ 253, 255 StGB, verurteilt werden müssen, während die h.M. in der Literatur den erkannten Tenor für zutreffend halten würde.⁴³

Für die Verurteilung nach der h.M. wäre der Strafrichter angesichts des Verbrechenscharakters nicht zuständig, § 25 GVG. Nach Auffassung der h.M. bei der Frage der sachlichen Zuständigkeitsprüfung müsste in einem solchen Fall das OLG v.A.w. prüfen, ob die Rechtsauffassung des Amtsgerichts in materiellrechtlicher Hinsicht zutreffend ist. Es würde das vom Strafrichter gefundene materiellrechtliche Ergebnis durch sein eigenes ersetzen, die Verurteilung aufheben und die Sache an das Schöffengericht weiter verweisen, obwohl seitens der Staatsanwaltschaft keine Sachrüge erhoben wurde.

Dieses Fallbeispiel verdeutlicht, worin der h.M. zufolge die „objektive Rechtslage“, die bei der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit festzustellen ist, besteht: Die „objektive Rechtslage“ wird individuell vom Rechtsmittelgericht bestimmt, indem dieses eine eigenständige Subsumtion auf der Basis des festgestellten Lebenssachverhaltes vornimmt.⁴⁴

„Begriffsjurisprudenz“ i.S.v. v. Jherings geschuldet ist, kann an dieser Stelle nicht vertieft werden.

⁴² BGH, Ur. v. 5.7.1960 – 5 StR 80/60 = BGHSt 14, 386.

⁴³ Die praktische Relevanz dieser Konstellation zeigt v.a. das Problem der „Sicherungserpressung“, bei der es nur von Nuancen abhängt, ob ein über den Vorschaden hinausgehender eigener Schaden entsteht, vgl. zuletzt BGH, Beschl. v. 26.5.2011 – 3 StR 318/10 = StV 2011, 677; vgl. auch Grabow, NStZ 2010, 371.

⁴⁴ So auch bereits das OLG Celle JR 1950, 414. Zu erinnern sei in diesem Zusammenhang einmal an den unvergessenen Erich Ribbeck: „Ich kann es mir als Verantwortlicher für die Mannschaft nicht erlauben, die Dinge subjektiv zu sehen. Grundsätzlich werde ich versuchen zu erkennen, ob die subjektiv geäußerten Meinungen subjektiv sind oder objektiv sind. Wenn sie subjektiv sind, dann werde ich an meinen objektiven festhalten. Wenn sie objektiv sind, werde ich überlegen und vielleicht die objektiven subjektiv geäußerten Meinungen der Spieler mit in meine objektiven einfließen lassen.“

Eine solche Subsumtion ist aber gerade Gegenstand einer materiellrechtlichen Prüfung und wäre unzulässig, soweit eine Sachrüge wie im Beispiel nicht erhoben wurde. Ohne Erhebung einer Sachrüge darf das Revisionsgericht die Tatsachenfeststellungen nicht „eigenmächtig“ materiellrechtlich bewerten, um sie sodann zur Grundlage der Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit machen. Allein die materiellrechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts könnte ansonsten auf der Basis „eindeutiger“ Feststellungen mittels der *eigenen* rechtlichen Bewertung die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz (und damit die eigene) bestimmen.

bb) Dass die materiellrechtliche Prüfung der „objektiven Rechtslage“ durch das Rechtsmittelgericht kein brauchbares Kriterium ist, um die sachliche Zuständigkeit festzustellen, zeigt auch der umgekehrte Fall: Hat das Instanzgericht Feststellungen für einen Tatbestand getroffen, für den es abstrakt nicht zuständig ist (also z.B. der Strafrichter einen Sachverhalt festgestellt hat, der die Tatbestandsvoraussetzungen eines Raubes⁴⁵ erfüllt), aber nicht wegen dieses, sondern eines mildereren Tatbestandes (§ 242 StGB) verurteilt, wäre das Revisionsgericht, sofern sich die sachliche Zuständigkeit nach der „objektiven Rechtslage“ auf der Grundlage der Sachverhaltsfeststellungen bestimmt, gehalten, das Urteil aufzuheben und an das dann zuständige Gericht zu verweisen. Das Rechtsmittelgericht wäre im Ergebnis stets v.A.w. verpflichtet, im Rahmen des § 6 StPO die Urteilsfeststellungen einer materiellrechtlichen Prüfung zu unterziehen, selbst wenn keine Sachrüge erhoben wurde. Folglich würde die Überprüfung der Verfahrensvoraussetzung der sachlichen Zuständigkeit zu einer Art „Sachrüge light“ führen, die das Revisionsgericht zumindest verpflichtet, die Feststellungen im Hinblick auf eine anderweitige sachliche Zuständigkeit hin zu kontrollieren. Die Urteilsfeststellungen müssten selbst dann geprüft werden, wenn nichts darauf hindeutet, dass eine Verletzung des materiellen Rechts vorliegt. Ein Abgleich der Feststellungen samt Subsumtion ist aber allein Gegenstand der Prüfung, die auf Sachrüge hin vorzunehmen ist.

Evident ist dies auch bei in sich widersprüchlichen Feststellungen, die eine eindeutige materiellrechtliche Bewertung gerade nicht zulassen.

VII. Eigener Lösungsvorschlag

1. Prüfungshorizont ohne Sachrüge

Die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit aufgrund einer angenommenen „objektiven Rechtslage“ ist nicht möglich, weil ein Zugriff auf die Feststellungen und die Urteilsgründe grundsätzlich nur bei erhobener Sachrüge möglich ist.⁴⁶ Das

OLG hat als Revisionsgericht bei einer Sprungrevision keine Korrekturmöglichkeit, wenn es zu dem Ergebnis kommt, der Strafrichter habe fehlerhafterweise ein Verbrechen angenommen, sei aber nach den zugrunde liegenden Feststellungen wegen eines Vergehens zuständig gewesen.

Das Revisionsverfahren ist kontradiktorisch angelegt, weil es dem Revisionsführer überlässt, den Prüfungsumfang des Revisionsgerichts bzgl. des *konkreten* Urteils zu bestimmen, §§ 344, 352 StPO. Daher stellt sich zunächst losgelöst vom Einzelfall die Frage, ob das Gericht den tenorierten Tatbestand bei seiner Entscheidung anwenden darf. Für die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit kann es daher, so lange keine Sachrüge erhoben ist, nur auf den Urteilstenor ankommen. Das Revisionsgericht kann lediglich prüfen, ob das Instanzgericht für den tenorierten Tatbestand und infolgedessen es selbst als Rechtsmittelgericht gegen diese Entscheidung zuständig ist. Gerade dieser die sachliche Zuständigkeit des höheren Gerichts begründende „abstrakte“ Fehler des anzuwendenden Tatbestandes liegt für den Instanzrichter auf der Hand, hier geht es nicht um Rechtsanwendung, sondern um schlichte Rechtskenntnis, also um die Verkenntung grundlegender strafverfahrensrechtlicher Zuständigkeitsvorschriften. Die Zuständigkeitsbestimmung des § 120 Abs. 1 Nr. 5 GVG hängt im Unterschied zu § 120 Abs. 2 GVG nicht einmal von der Übernahme durch die Generalstaatsanwaltschaft ab. Bevor das Gericht einen bestimmten Tatbestand anwendet, hat es zu prüfen, ob es für diesen abstrakt, also losgelöst vom konkreten Einzelfall nach *seiner* Rechtsanwendung zuständig ist. In anderen Worten: Die Tenorierung eines Tatbestandes erfolgt in zwei Schritten, nämlich zunächst eine abstrakten Prüfung der Frage der Anwendungsbefugnis und anschließend der Subsumtion des festgestellten Sachverhaltes unter diesen Tatbestand. Prüfungsgegenstand der sachlichen Zuständigkeit ist allein der erste Schritt. Auch der Wortlaut der Zuständigkeitsbestimmungen verweist auf eine Prüfung der Einordnung in rechtliche Kategorien: Dem Strafrichter muss „abstrakt“ bewusst sein, dass er für Verbrechen nie zuständig ist. Ob er als Grundlage dafür Feststellungen trifft, die ein Vergehen oder ein Verbrechen ausmachen, ist irrelevant.

Die im Rahmen der Verfahrensvoraussetzungen relevante grobe Fehlerhaftigkeit⁴⁷ liegt also nicht in der irrtümlichen Annahme eines Sachverhaltes, der im Einzelfall zu einem Tatbestand anderer Zuständigkeit führt, sondern in der Einordnung einer abstrakten Rechtsnorm als zuständigkeitsbegründender Tatbestand. Ein solcher Fehler kann einer „groben Verfahrenswidrigkeit“ gleichgestellt werden.⁴⁸ Gleiches

⁴⁵ Wie nahe dies gerade beim Raub liegt, zeigt BGH, Urt. v. 26.6.2008 – 3 StR 182/08 = NStZ 2008, 625, wo trotz sich aufdrängendem Raubes/räuberischen Diebstahls das Landgericht nur gem. §§ 223, 241, 52 StGB verurteilte und für den „versuchten Diebstahl“ von Rücktritt ausging. Auf die Problematik des Raubs durch Unterlassen sei verwiesen, vgl. dazu Kudlich (Fn. 37), § 249 Rn. 14, 15 und Fischer (Fn. 37), § 249 Rn. 10 ff.

⁴⁶ Meyer-Göfner (Fn. 1), S. 51.

⁴⁷ Vgl. oben die Definition der Verfahrensvoraussetzung nach BGH, Urt. v. 22.12.2000 – 3 StR 378/00 = BGHSt 46, 238.

⁴⁸ Vgl. insoweit die Argumentation bei Befangenheit § 26a StPO – BVerfG NJW 2005, 3410; Meyer-Göfner (Fn. 8), § 26a Rn. 4a, bei der Zuständigkeit für Zwangsmaßnahmen §§ 105, 81a StPO – BVerfG NJW 2001, 1121; BVerfG NJW 2010, 2864; Meyer-Göfner (Fn. 8), § 81a Rn. 25a; § 105 Rn. 2. Überspitzt gesagt ist es dem Instanzgericht nach §§ 25, 74, 120 GVG nicht verwehrt, einen Sachverhalt festzustellen,

gilt für den hier im Raum stehenden § 106 StGB: auch hier muss dem Landgericht ohne weiteres bewusst sein, dass es für eine Verurteilung nach § 106 StGB aufgrund der Zuständigkeitsverteilung im GVG nicht berufen ist. Ob gerade eine „willkürliche Annahme der Zuständigkeit“, also eine subjektive Komponente erforderlich ist, wie sie an anderen Stellen für eine Verletzung des Art 101 Abs. 1 S. 2 GG gefordert wird, scheint zweifelhaft. Der 3. *Strafsenat*⁴⁹ hat zuletzt willkürliches Handeln bei der Annahme der Zuständigkeit bei § 338 Nr. 4 StPO auf Ausnahmen beschränkt und zumindest bei § 74a GVG nicht für erforderlich erachtet. Ob für eine v.A.w. zu beachtende Verfahrensvoraussetzung strengere Anforderungen gelten, kann hier dahinstehen, weil zumindest – gemessen an der Rechtsprechung zu § 26a StPO⁵⁰ – willkürliches Verhalten bei Verletzung zwingender prozessualer Vorschriften nahe liegt.⁵¹

Das Befassungsverbot bezieht sich danach im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit – so es einen konkreten Tatbestand gibt, von dem die Zuständigkeit abhängt – auf die Anwendung dieses Tatbestands. Auch im Rahmen des § 24 Abs. 2 GVG prüft das Revisionsgericht nur, ob das Instanzgericht den zur Verfügung gestellten Strafraum überschritten hat; die Zuständigkeit bestimmt sich nach der verhängten Rechtsfolge, nicht aber nach den Feststellungen.

Es handelt sich damit nicht (nur) um einen Rechtsanwendungsfehler bzgl. materiellen Rechts, wenn der Strafrichter wegen eines Verbrechens verurteilt; vielmehr ist diesem bereits zuvor die richtige abstrakte Qualifizierung (§ 12 Abs. 1 oder 2 StGB) nicht gelungen. Auf die Feststellungen kommt es hier nicht an: Allein anhand des Tenors ist nicht erkennbar, ob eine Entscheidung richtig oder falsch ist. Dazu müsste auf die Urteilsfeststellungen zurückgegriffen werden, was aber dem Revisionsgericht untersagt ist, wenn keine Sachrüge erhoben ist. V.A.w. darf das Revisionsgericht, wenn keine Sachrüge erhoben wurde, daher nur prüfen, ob

- das Amtsgericht seinen Strafraum gem. § 24 Abs. 2 GVG überschritten oder der Strafrichter wegen eines Verbrechens oder einer anderen zuständigkeitsbestimmenden Katalogtat verurteilt hat,
- das erstinstanzlich verurteilende Landgericht eine Katalogtat des § 120 GVG übersehen hat.

Eine Orientierung der sachlichen Zuständigkeit an der „objektiven Rechtslage“ ist nur möglich, wenn dem Revisionsgericht zugleich im Umfang der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit eine Prüfungs- und Aufhebungskompetenz zugebilligt würde. Dagegen spricht indes der eindeutige Wortlaut des § 344 Abs. 2 S. 1 StPO, der die materiellrechtliche Überprü-

fung eines Urteils von der Erhebung der Sachrüge abhängig macht.

der zur Zuständigkeit eines anderen Gerichts führt, sondern (nur), wegen dieses Tatbestands zu verurteilen.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 13.9.2011 – 3 StR 196/11.

⁵⁰ Meyer-Goßner (Fn. 8), § 26a Rn. 4a.

⁵¹ Auf die „Richtigkeit“ der Entscheidung kommt es nicht an, wenn bei der Entscheidung gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstoßen wurde; so deutlich auch BGH, Beschl. v. 22.11.2011 – VIII ZB 81/11.

fung eines Urteils von der Erhebung der Sachrüge abhängig macht.

2. Prüfungshorizont bei erhobener Sachrüge

Hat der Revisionsführer auch die Sachrüge erhoben, kann das Revisionsgericht anhand der Urteilsfeststellungen den Sachverhalt überprüfen. Ob dies aber eine eigene Bewertung bzgl. der sachlichen Zuständigkeit anhand der Feststellungen rechtfertigt, ist wiederum zweifelhaft. Zwei Lösungsansätze sind denkbar:

- Die Sachrüge erweitert im kontradiktorisch angelegten Revisionsverfahren den Prüfungshorizont des Revisionsgerichts bzgl. der v.A.w. zu beachtenden Verfahrensvoraussetzungen. Das Revisionsgericht kann zur Prüfung der sachlichen Zuständigkeit auch die Feststellungen im Urteil heranziehen. Danach würde sich aber für das Revisionsgericht die Frage stellen, welche Entscheidung zu treffen ist, wenn das Instanzgericht aufgrund zutreffender tatsächlicher Feststellungen wegen einer Straftat verurteilt hat, für die es nicht zuständig ist. Soll es hier auf die tatsächlichen Feststellungen ankommen, könnte das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden. Diesen Weg hat der 3. *Strafsenat*⁵² beschritten, als er im Wege der Schuldspruchberichtigung den Angeklagten wegen versuchter Nötigung verurteilt hat.

Ob die (sachlich unzuständige) Vorinstanz allerdings in der Lage ist, Feststellungen bzgl. eines Tatbestandes, für den es nicht zuständig ist, mit Bindungswirkung für das Revisionsgericht zu treffen, scheint schon dann fraglich, wenn das Instanzgericht den Tatbestand im Ergebnis ablehnt; erst recht gilt das, wenn es den Tatbestand im Ergebnis annimmt.

Hier wären Kriterien zu entwickeln, wie weit das Prüfungsrecht des Instanzgerichts geht. Übernimmt man hier die Auffassung zum Prüfungsrecht nach § 270 StPO,⁵³ wird das Revisionsgericht im Rahmen der v.A.w. zu beachtenden Verfahrensvoraussetzungen prüfen können, inwieweit sich aus den Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt, der dem Instanzgericht die sachliche Zuständigkeit nimmt.⁵⁴

- Alternativ vermag auch die Sachrüge den Prüfungshorizont nicht zu erweitern; es bleibt bei der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit anhand der oben unter VI. 1. entwickelten Kriterien. Die sachliche Zuständigkeit in Abhängigkeit vom Urteilstenor ginge danach den Feststellungen des Instanzgerichts vor. Danach erweist sich die Entschei-

⁵² BGH, Beschl. v. 8.11.2011 – 3 StR 244/11 = NStZ-RR 2012, 76.

⁵³ Vgl. zum Prüfungsrecht bei § 270 Abs.1 StPO Meyer-Goßner (Fn. 8), § 270 Rn. 9.

⁵⁴ Zwar wird das Urteil auf (die hier unterstellte) Sachrüge hin vollständig geprüft, so dass das Revisionsgericht die Feststellungen in vollem Umfang heranziehen und prüfen kann. Relevant ist dies daher nur bei Sachrügen mit beschränktem Prüfungsumfang, z.B. der Revision des Nebenklägers, vgl. Meyer-Goßner (Fn. 8), § 400 Rn. 6.

dung des 3. *Strafsenates* als unzutreffend: Er hätte nicht auf der Basis der von einem sachlich unzuständigen Gericht getroffenen Feststellungen eine Entscheidung über §§ 105, 106 StGB treffen dürfen. Diese Vorschrift kann nicht Prüfungsgegenstand der BGH-Entscheidung sein, weil der BGH dafür nicht als Revisionsgericht gegen die Entscheidung des Landgerichts zuständig ist. Das Verfahren hätte an das eigentlich zuständige OLG verwiesen werden müssen.

VIII. Zusammenfassung

Die Entscheidung des 3. *Strafsenats* ist unter der Maßgabe zutreffend, dass dem *Senat* über die erhobene Sachrüge die Prüfung zugebilligt wird, die sachliche Zuständigkeit anhand der Urteilsfeststellungen zu prüfen. Die Systematik und Bedeutung der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen im Verhältnis zu materiellrechtlichen Fragen legt indes das Gegenteil nahe. Hat das Tatgericht verkannt, dass es bei § 106 StGB gerade auf einen bestimmten Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Opfers und der abgenötigten Verhaltensweise ankommt, hat es möglicherweise verabsäumt, entsprechende Feststellungen zu treffen.

Nach der hier vertretenen Auffassung könnte Grundlage der Korrektur durch den 3. *Strafsenat* nicht das v.A.w. zu beachtende Verfahrenshindernis der sachlichen Zuständigkeit nach § 6 StPO, sondern allenfalls die Sachrüge sein. Erst die Sachrüge könnte das Revisionsgericht befähigen, auf der Basis der Urteilsgründe eine andere, von der Vorinstanz abweichende materiellrechtliche Entscheidung zu treffen. Wie gezeigt, spricht die fehlende Befugnis des Instanzgerichts, bindend Feststellungen für einen Tatbestand zu treffen, für den es nicht zuständig ist, dagegen.⁵⁵ Die fehlende sachliche Zuständigkeit geht der materiellrechtlichen Rechtslage vor.⁵⁶

Eindeutig wäre das Ergebnis dann, wenn keine Sachrüge erhoben wurde. Hier ist dem Revisionsgericht der Weg über die Schuldspruchberichtigung, den der 3. *Strafsenat* in großzügiger („direkter oder analoger“) Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO beschreitet, verschlossen. Das Verfahren ist zwingend zurückverweisen. Diese könnte an das Ausgangsgericht erfolgen, um dieses für den Fall des Vorliegens des § 106 StGB zu einer Verweisung zu veranlassen oder ansonsten eine Entscheidung nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Revisionsgerichts zu treffen. Alternativ könnte in der Verurteilung des Instanzgerichts die konkludente Bejahung des hinreichenden Tatverdachts zu sehen sein, so dass an das für den jeweiligen Tatbestand zuständige Gericht zu verweisen wäre.

Dass dann eventuell ein Gericht über einen Sachverhalt entscheidet, für den es nicht zuständig ist, ist kein Argument

gegen eine Verweisung:⁵⁷ auch eine Anklage, bei der sich der Tatbestand letztendlich nicht nachweisen lässt, begründet letztendlich die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts.

Die vom *Senat* zitierten Reichsgerichtsentscheidungen erweisen sich sowohl nach der hier vertretenen Auffassung wie auch nach der h.M. als zutreffend, weil bei § 328 Abs. 2 StPO dem Berufungsgericht eine eigene Tatsachenfeststellung möglich war und das Ausgangsgericht jeweils nach dem Tenor des Berufungsgerichts nicht (mehr) zuständig war. Etwas anderes würde aber dann gelten, wenn das Berufungsgericht keine Tatsachen zur Schuldfrage prüfen darf.

Beispiel: Ein AG-Strafrichter verurteilt wegen Raubs, obwohl er Feststellungen allein zu § 242 StGB getroffen hat, der Angeklagte beschränkt seine Berufung auf die Rechtsfolge.

Das Berufungsgericht müsste

- nach der hier vertretenen Auffassung wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit der Vorinstanz für diesen Schuldspruch auf den falschen Tenor (Verbrechen) hin das Urteil aufheben und, ohne die Feststellungen zu überprüfen, an das AG-Schöffengericht verweisen,
- nach der h.M. die sachliche Zuständigkeit des Strafrichters (und die eigene) bejahen, weil nach den Feststellungen kein Verbrechen vorliegt, könnte aber den Tenor nicht beseitigen. Die Strafe würde, sofern kein Durchgriff auf den Tenor möglich ist, über § 249 StGB zuzumessen sein.

Die vorstehend entwickelte Lösung hält im Übrigen auch der Prämisse *Meyer-Goßners*⁵⁸ stand, Verfahrensvoraussetzungen seien vor der materiell-rechtlichen Prüfung im konkreten Einzelfall festzustellen. Die Frage der Einordnung eines Tatbestands als Vergehen oder Verbrechen durch den Strafrichter oder auch nur der Heranziehung des § 106 StGB entgegen § 120 GVG durch das Landgericht hat keinen Bezug zum konkreten Sachverhalt.

⁵⁵ So das OLG Oldenburg GA 1992, 470.

⁵⁶ Zu verweisen ist darauf, dass wegen § 106 StGB nach dem Geschäftsverteilungsplan der für Staatsschutzsachen zuständige 3. *Strafsenat* über die Revision zu entscheiden hatte, wie dies auch bei einer Revision gegen ein Urteil des OLG der Fall gewesen wäre. Der 3. *Strafsenat* wäre daher in jedem Fall zuständig gewesen.

⁵⁷ So OLG Celle JR 1950, 414.

⁵⁸ *Meyer-Goßner* (Fn. 1), S. 51.