

Der zur Zuständigkeit genötigte Richter

Zugleich Besprechung der Entscheidungen des BGH vom 9.5.2012 – 2 StR 620/11, 2 StR 622/11, 2 StR 25/12

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Strafrecht **Andrea Groß-Bölting**, Wuppertal

Am 9.5.2012 hat ein aus Mitgliedern des 2. und des 4. Strafsenats zusammengesetzter Senat des Bundesgerichtshofs¹ über drei Befangenheitsgesuche entschieden, mit denen in den oben genannten Verfahren zur Sachentscheidung berufene Richter des 2. Strafsenats wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden waren.² Die Befangenheitsgesuche sind sämtlich als unbegründet zurückgewiesen worden. Die wortlautgleiche Begründung dieser Entscheidungen verdient, trotz der die Grundlage „überholenden“ Entscheidung des BVerfG vom 23.5.2012, weiterhin Aufmerksamkeit und gibt Anlass zur Sorge über den Zustand der Diskussions- und Rechtskultur des Bundesgerichtshofs.

I. Über den Hintergrund der Befangenheitsgesuche ist mehrfach berichtet worden;³ er ist hier nur kurz zu skizzieren: Am 15.12.2011 beschloss das Präsidium des BGH, den seit 1.2.2011 vakanten Vorsitz des 2. Strafsenats mit VRiBGH Dr. Ernemann zu besetzen, der außerdem weiterhin den Vorsitz des 4. Strafsenats innehatte. In beiden Senaten war der Vorsitzende mit 100 % seiner Arbeitskraft eingesetzt. Vorausgegangen war eine Auseinandersetzung zwischen dem Präsidium und dem Senat über die Frage, ob die vakante Vorsitzendenstelle weiterhin von dem planmäßigen Stellvertreter gem. § 21f Abs. 2 S. 1 GVG vertreten werden dürfe. Das Präsidium führte hierzu am 15.12.2011 eine erste Anhörung von mehreren Richtern des 2. Strafsenats durch. Einzelne Richter haben in dienstlichen Erklärungen mitgeteilt, bei dieser Gelegenheit sei ihnen nachdrücklich nahe gelegt worden, ihre kritische Meinung zu dieser Frage aufzugeben. Außerdem seien sie befragt worden, wie sie zukünftig abstimmen werden und von welchen Senatsmitgliedern mit „Widerstand“ zu rechnen sei.

Am 11.1.2012 beschloss die Spruchgruppe (SG) 2 des 2. Strafsenats⁴ im Verfahren 2 StR 346/11 die Hauptverhandlung auszusetzen, weil der Senat mit dem Vorsitzenden Richter am BGH Dr. Ernemann nicht verfassungsgemäß besetzt

sei.⁵ Der Senat stützte sich dabei auf die Rechtsprechung unter anderem des Großen Senats für Zivilsachen des BGH, der entschieden hat, die verantwortliche „Leitung“ eines Senats durch einen Vorsitzenden Richter (§ 21f Abs. 1 GVG) setze voraus, dass der Vorsitzende mindestens 75 % der Leitungsarbeit selbst leistet und nicht auf Beisitzer delegiert. Diese Anforderung, die aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (gesetzlicher Richter) abgeleitet ist, kann nach Ansicht des Senats ein Vorsitzender nicht erfüllen, der zwei vollständig ausgelastete BGH-Strafsenate – mit jeweils ca. 630 Revisionssachen im Jahr und zahlreichen weiteren Geschäftsaufgaben – „leitet“. Es komme auch nicht darauf an, ob ein individueller Vorsitzender Richter eine solche Belastung erfüllen „wolle“ oder sich gegenüber dem Präsidenten oder dem Präsidium „freiwillig“ hierzu bereit erkläre. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG setze vielmehr einen abstrakten Maßstab voraus; es komme darauf an, was von Rechts wegen zu verlangen, vom Bürger vorauszusetzen und daher von einem Richter „zur Not“ auch verlangt werden könne. Eine Belastung mit dem Doppelten der allgemein üblichen Arbeitsmenge könne weder verlangt werden noch könne sie tatsächlich verantwortlich geleistet werden; entsprechende Regelungen eines Geschäftsverteilungsplans seien daher nur „Scheinlösungen“, die rein formal einen Vorsitzenden benennen, der aber tatsächlich seine gesetzliche Aufgabe gar nicht erfülle.

Am selben Tag entschied die SG 1 des 2. Strafsenats, am gleichen Tag auch der 4. Strafsenats,⁶ dass die Besetzung des Senats mit dem „Doppelvorsitzenden“ Dr. Ernemann verfassungsgemäß und nicht zu beanstanden sei, weil das Präsidium „in willkürfreier Auslegung“ des § 21f GVG angenommen habe, eine Fortdauer der Stellvertretung sei über das Ende des Geschäftsjahres hinaus nicht zulässig.⁷

Da der Willkürmaßstab bei der Überprüfung eines Geschäftsverteilungsplans anhand von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG keine Rolle spielt,⁸ verfehlte diese Begründung das eigentliche Problem, denn selbst wenn die Annahme richtig wäre, dass eine Stellvertretung nicht mehr zulässig gewesen sei,⁹

¹ Mitgewirkt haben die RiBGH Dr. Appl, Dr. Franke, Prof. Dr. Schmitt, Dr. Mutzbauer, Dr. Quentin.

² In den Verfahren 2 StR 620/11 und 2 StR 622/11 die Richter Dr. Ernemann, Prof. Dr. Fischer, Prof. Dr. Krehl; im Verfahren 2 StR 25/12 außer diesen auch der Richter Dr. Berger.

³ Vgl. unter anderem *Schünemann*, ZIS 2012, 1; *Groß-Bölting*, HRRS 2012, 89.

⁴ Der Senat ist seit 1.1.2012 mit acht Richtern besetzt und entscheidet in drei SG, denen je fünf Richter angehören: SG 1: Ernemann, Fischer, Appl, Schmitt, Krehl; SG 2: Ernemann, Fischer, Berger, Krehl, Eschelbach; SG 3: Ernemann, Appl, Schmitt, Ott, Eschelbach. Die Spruchgruppen sind zuständig: SG 1 für die Endziffern 1, 2, 3, 10, 20, 30, 100, 200, 300; SG 2 für die Endziffern 4, 5, 6, 40, 50, 60, 400, 500, 600; SG 3 für die Endziffern 7, 8, 9, 70, 80, 90, 700.

⁵ Beschl. v. 11.1.2012 – 2 StR 346/11 = StV 2012, 274 m. Anm. *Bernsmann*.

⁶ Beschl. v. 11.1.2012 – 4 StR 523/11 = StV 2012, 272. Alle Entscheidungen ergingen jeweils unter dem Vorsitz von VRiBGH Dr. Ernemann, der im Übrigen auch Mitglied des Präsidiums ist und dort bei allen Entscheidungen über seine eigene Person mitgewirkt hat.

⁷ BGH, Urt. v. 11.1.2012 – 2 StR 482/11 = StV 2012, 272 m. Anm. *Bernsmann*, StV 2012, 274.

⁸ BVerfG NJW 2005, 2689 (2690).

⁹ Dies wird insbesondere aus Entscheidungen des BVerwG, Beschl. v. 11.7.2001 – 1 DB 20/01, des BSG, Beschl. v. 29.11.2006 – B 6 KA 34/06 B, des BFH, Beschl. v. 21.10.1999 – VII R 15/99 und dem des BGH, Urt. v. 13.9.2005 – VI ZR 137/04 abgeleitet (vgl. dazu auch die

würde hieraus nur folgen, dass man irgendeine andere vorübergehende Lösung finden musste,¹⁰ nicht aber, dass gerade diejenige, die vom Präsidium gewählt wurde, verfassungskonform ist. Hinzu kommt, dass die Frage der Willkürfreiheit nur dann umfassend geprüft und entschieden werden kann, wenn der gesamte prozessuale Sachverhalt einschließlich der Gegenargumente des 2. *Senats* bekannt war. Fehlt eine Auseinandersetzung mit diesen Gegenargumenten, die im Rahmen umfangreicher Anhörungen vorher abgefragt, aber in keiner Entscheidung argumentativ widerlegt wurden, vermag die Annahme der „Willkürfreiheit“ nicht zu überzeugen. Mit den tragenden, im Beschluss vom 11.1.2012 umfangreich ausgeführten Gründen der Entscheidung der SG 2 hat sich die SG 1 desselben *Senats* ebenso wie der 4. *Strafsenat* nicht auseinandergesetzt; sie haben sie nicht einmal erwähnt. Ein solches Maß demonstrativer Missachtung einer mit guten Argumenten vorgetragenen abweichenden Meinung im eigenen Haus ist schwer verständlich und stellt jedenfalls einen ungewöhnlichen Affront dar.¹¹ Die denkbaren Erklärungen, dass die Begründung der SG 2 nicht zur Kenntnis genommen oder nicht verstanden worden sein könnte, würden die Sache nicht besser machen.

Während die SG 2 die Gründe ihrer Entscheidung vom 11.1.2012 beriet, ließ sich der Präsident des BGH, wie durch spätere dienstliche Erklärungen der Richter bekannt geworden ist, die Entscheidungsgründe vom Vorsitzenden vorlegen, um sie im Präsidium „vorab zu beraten“.¹² Am nächsten Tag, dem 18.1.2012, führte das Präsidium unter Leitung des Präsidenten des BGH eine erneute „Anhörung“ von drei Richtern des *Senats* durch. Diese beraumte der Präsident ein,

Pressemitteilung des Präsidenten des BGH Nr. 4/2012 v. 13.2.2012). Keine dieser Entscheidungen betraf einen Fall vorübergehender Vakanz wegen eines Konkurrentenstreitverfahrens. In der Literatur wird vertreten, hierbei handle es sich – anders als etwa bei Erkrankung eines Vorsitzenden während eines ganzen Jahres und „unabsehbar langer weiterer Dauer“ (BGH, Urt. v. 13.9.2005 – VI ZR 137/04, Rn. 4, 8 f.) – um einen Fall normaler, da zeitlich durch das rechtsförmliche Verfahren des Konkurrentenstreits im einstweiligen Rechtsschutz, begrenzter Dauer (vgl etwa *Schünemann*, ZIS 2012, 1 [7] mit weiteren Nachweisen).

¹⁰ Die SG 2 hatte im Beschl. v. 11.1.2012 zwei andere Möglichkeiten genannt, welche sie für verfassungskonform gehalten hätte. Beide sind von den anderen SG und vom Präsidium offenbar weder erörtert noch in Erwägung gezogen oder auch nur eines Wortes gewürdigt worden.

¹¹ Vgl. dazu auch zutreffend kritisch *Bernsmann*, StV 2012, 274.

¹² Hierbei handelt es sich um ein Ansinnen eines Gerichtspräsidenten, das der Senatsvorsitzende hätte zurückweisen müssen. Aus späteren dienstlichen Erklärungen von Beteiligten ergibt sich, dass der *Senat* offenbar eine „Lösung“ des Problems vereinbarte, mit welcher der Präsident darüber getäuscht werden sollte, dass die Beschlussgründe tatsächlich schon unterschrieben waren und er daher keine Möglichkeit des – von ihm wohl erwünschten – Einflusses auf ihre Fassung mehr haben würde.

„um den Kollegen, die an der Entscheidung, das Hauptverfahren in der Sache 2 StR 346/11 auszusetzen, mitgewirkt haben, Gelegenheit zu geben, ihre Sicht der Dinge noch einmal darzustellen.“¹³ Angehört wurden ausschließlich die am 18.1. anwesenden Mitglieder der SG 2, die am 11.1. gegen das Präsidium entschieden hatte. Ihnen wurde zu Beginn der „Anhörung“ mitgeteilt, das Präsidium habe bereits definitiv beschlossen, an der Geschäftsverteilung nichts zu ändern und dem Beschluss vom 11.1.2012 nicht abzuweichen. Danach wurden die drei Richter einzeln befragt, wie sie sich die weitere Entscheidungstätigkeit des *Senats* nun vorstellen und wie sie in Zukunft abstimmen würden. Von einer „offenen Diskussion“ konnte von vornherein keine Rede sein, weil das Ergebnis bereits feststand. Daher gab es auch keine Grundlage und keine Rechtfertigung mehr für eine „Anhörung“, die denklogisch nur noch den Zweck verfolgen konnte, die angehörten Richter – von denen zwei der „kritischen“ *Senatsminderheit* zugerechnet wurden – auf die Linie des Präsidiums zu bringen. Nach den dienstlichen Erklärungen von zwei der drei angehörten Richter wurde hierbei Druck in der Richtung ausgeübt, die „kritische“ Rechtsansicht aufzugeben oder zurückzustellen. Das bestätigte der Präsident des BGH mittelbar selbst, indem er bei einer Pressekonferenz am 9.2.2012 zur Rechtfertigung der Anhörung mitteilte: Das Präsidium habe handeln müssen. Es habe schnell eine Lösung gefunden werden müssen, um einen Stillstand der Rechtspflege zu verhindern.¹⁴ Da aber die Entscheidung, nichts zu verändern, bereits vor der Anhörung getroffen worden war, konnte die Lösung, einen Stillstand der Rechtspflege zu verhindern, nur darin liegen, dass die abweichenden Richter zur Aufgabe ihrer Rechtsansicht bewegt würden. Dies muss nach den Äußerungen des Präsidenten wohl als Zweck der Anhörung angesehen werden. Der Erfolg dieser Bemühungen ist mit dem Urteil vom 8.2.2012 auch eingetreten.¹⁵

Die SG 2 hat mit diesem Urteil das „Pilot-Verfahren“ in der Sache 2 StR 346/11 fortgesetzt und in der Sache entschieden. Zur Begründung hat der *Senat* ausgeführt, er halte an der Ansicht fest, verfassungswidrig besetzt zu sein, entscheide aber gleichwohl in der Sache, um den Verfahrensbeteiligten zu einer ggf. mit der Verfassungsbeschwerde anzufechtenden Entscheidung zu verhelfen. Vor den Anforderungen des Rechtsgewährungsanspruchs und des Beschleunigungsgebots müsse der Grundsatz des gesetzlichen Richters hier „partiell zurückstehen“. Dieser merkwürdig unentschiedene „Kompromiss“ zwischen Beschleunigung und gesetzlichem Richter ist zu Recht kritisiert worden.¹⁶ Er war inkon-

¹³ Schon diese Ladung v. 17.1.2012 verletzte mit ihrem auf Ausforschung der individuellen „Sicht der Dinge“ angelegten Zweck wohl die richterliche Unabhängigkeit, Art. 97 Abs. 1 GG, vgl. *Bernsmann*, StV 2012, 274 (276).

¹⁴ Vgl. etwa *Tolksdorf*, zitiert in faz.net (abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/personalstreit-am-bgh-keine-inquisition-am-bundesgerichtshof-11645094.html> [zuletzt abgerufen am 14.7.2012]).

¹⁵ BGH, Urt. v. 8.2.2012 – 2 StR 346/11 = StV 2012, 274 m. Anm. *Bernsmann*.

¹⁶ Z.B. von *Bernsmann*, StV 2012, 274 (276).

sequent, wird von den verfassungsrechtlichen Erwägungen kaum getragen und legt die Annahme nahe, dass die Maßnahmen des Präsidenten und des Präsidiums des BGH genau die Wirkungen auf einen oder mehrere der „Abweichler“ gehabt hatten, die beabsichtigt waren.

Nachdem die widersprüchlichen Entscheidungen des 2. Strafsenats bekannt geworden waren, sind in einer ganzen Reihe von Revisionsachen Befangenheitsgesuche gegen die Richter gestellt worden, die an den Entscheidungen vom 11.1. und 8.2. mitgewirkt hatten. Die Gesuche stützten sich vor allem darauf, es dränge sich die Annahme auf, durch die Anhörungen sei unzulässiger Druck auf die Richter des Senats ausgeübt worden mit dem Ziel, diese zur Annahme ihrer Zuständigkeit zu bewegen.

Die abgelehnten Richter haben gemäß § 26 Abs. 3 StPO dienstliche Erklärungen zu dem Ablehnungssachverhalt abgegeben. Diese Erklärungen sind auch an die Öffentlichkeit gelangt.¹⁷ Soweit bekannt ist, ist jedenfalls von denjenigen Richtern, die als „Abweichler“ genannt oder verdächtigt worden waren, in ihren dienstlichen Erklärungen bestätigt worden, dass bei den Anhörungen am 15.12.2011 und 18.1.2012 erheblicher Druck zur Offenbarung des eigenen Abstimmungsverhaltens, des Verhaltens anderer Richter und des zukünftigen richterlichen Verhaltens ausgeübt wurde. Zwei Richtern ist die Umsetzung in andere Senate mit der Begründung angeboten worden, man könne ihnen so „helfen“, falls sie ihre abweichende Meinung nicht aufgeben wollten.¹⁸

Am 10.4.2012 kam es zu einem weiteren, bislang in der Geschichte des Bundesgerichtshofs einmaligen Ereignis: An diesem Tag wies der Präsident des Bundesgerichtshofs die Geschäftsstelle des 2. Strafsenats – ohne Information und Einverständnis der Betroffenen – an, ihm die dienstlichen Erklärungen vorzulegen, die in den Befangenheitsverfahren abgegeben worden waren und sich mit dem Verhalten des Präsidenten selbst und des Präsidiums im Zusammenhang mit den „Anhörungen“ beschäftigten. Auf Nachfrage ließ er dies damit begründen, der (unzuständige) Vorsitzende des „Ablehnungssenats“ habe zuvor eingewilligt; außerdem habe er sein „allgemeines Informations- und Beobachtungsrecht“ als Dienstvorgesetzter ausgeübt.¹⁹ Beide Erklärungen widersprechen sich und tragen die Vorlage rechtlich nicht.²⁰ Die Maßnahme ist, wie sich aus neuen dienstlichen Erklärungen (gem. § 26 Abs. 3 StPO und gemäß § 30 StPO), die den dortigen Verfahrensbeteiligten vorliegen, ergibt, ebenso wie die früheren Maßnahmen im Zusammenhang mit den „Anhörungen“, inzwischen von Richtern des Senats mit Anträgen an das Dienstgericht des Bundes angefochten worden.

¹⁷ Vgl. etwa Janisch, SZ v. 3.5.2012, S. 5.

¹⁸ Dies konnte kaum anders denn als deutliche Drohung verstanden werden.

¹⁹ Vgl. Janisch, SZ v. 3.5.2012, S. 5.

²⁰ Handelte es sich um Dienstaufsicht, brauchte er die Zustimmung nicht; brauchte er die Zustimmung, lag allenfalls „Akteneinsicht“ vor, die dann aber zu Unrecht erteilt wurde, da der Präsident des BGH in den Ablehnungsverfahren potentieller Zeuge ist.

II. In diesen Gesamtzusammenhang, der für Außenstehende teilweise nur schwer nachvollziehbar ist, sind die Entscheidungen vom 9.5.2012 einzuordnen, mit denen drei der Befangenheitsgesuche als unbegründet²¹ zurückgewiesen wurden. Garcia hat sie kritisiert,²² weil der Ablehnungssenat zunächst dienstliche Erklärungen angefordert, diese dann aber gar nicht verwendet habe. Dieser Kritik ist nicht zu folgen: Die Erklärungen der abgelehnten Richter waren gem. § 26 Abs. 3 StPO zwingend von Amts wegen einzuholen; sie sind gegenüber dem Vorsitzenden des über die Ablehnung entscheidenden Senats²³ abzugeben.²⁴ Es ist auch nicht von vornherein unzulässig, den abgegebenen dienstlichen Erklärungen kein Gewicht für die Entscheidung über ein Befangenheitsgesuch zu geben. Der eigentliche Fehler liegt hier in der falschen Begründung, mit der das im konkreten Fall geschehen ist:

1. Auffällig ist zunächst, dass die Entscheidungen, die mit Rubrum jeweils sechseinhalb Seiten umfassen, die eigentliche inhaltliche Begründung sehr knapp gestalten. Sie findet sich in den beiden Randnummern 6 und 7. Selbst diese sind mit mehreren Informationen bestückt, die nichts zur Sache beitragen: So erfährt der Leser, dass das Präsidium des Bundesgerichtshofs „aus von allen Richtern am Bundesgerichtshof gewählten Richtern am Bundesgerichtshof“ bestehe, also nach der gesetzlichen Regelung des § 21a Abs. 2 GVG gebildet wurde. Neben der belehrenden Wirkung, die diese überflüssige Information hat, könnte mit dieser Mitteilung vor allem der Zweck verfolgt worden sein, der Öffentlichkeit zu suggerieren, dass – weil „gewählte Richter“ die Entscheidungen getroffen haben – erstens die elf Richter des Präsidiums weiser sind als die fünf Richter einer Spruchgruppe des Senats und dass darüber hinaus das Präsidium eine Art von „Obergericht“ darstelle, das in legitimer Weise für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung des Gerichts gesorgt habe.

Ein derartiger Eindruck würde aber auf der Vermischung von eigentlich strikt zu trennenden Funktionen aufbauen: Das Präsidium eines Gerichts ist eben nicht selbst Gericht, sondern ein Organ der (Selbst-)Verwaltung. Gegenüber den Spruchkörpern seines Gerichts hat das Präsidium keinerlei inhaltliches Weisungsrecht und keine „Richtlinienkompetenz“.²⁵ Es hat die Geschäftsverteilung aufzustellen (§ 21e GVG), mehr nicht. Das Präsidium übt keine rechtsprechende Gewalt aus. Es kann Entscheidungen des Gerichts weder aufheben noch korrigieren, noch für unbeachtlich erklären. Es

²¹ Also nach Bejahung der Zulässigkeit und im Verfahren nach § 27 StPO.

²² Abrufbar unter: <http://blog.delegibus.com/2012/05/20/wieder-bgh-gegen-den-bgh-ermittelt/> (29.6.2012).

²³ Dies war hier in allen drei Fällen RiBGH Dr. Appl als dienstältester nicht abgelehnter Richter.

²⁴ Meyer-Göfner, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 26 Rn. 14.

²⁵ „Eine ‚rechtskräftige‘ Entscheidung gegen einen BGH-Senat steht einer Behörde [...] nicht zu“ (Bernsmann, StV 2012, 274 [275]).

hat vielmehr die Rechtsprechung zu *befolgen*.²⁶ Eben dies hat das Präsidium des BGH vorliegend nicht getan.

2. Der erste Kernsatz der Begründung und eines ihrer zwei Standbeine findet sich in Randnummer 6:

„Selbst wenn die Behauptung, das Präsidium [...] habe wie auch immer gearteten Druck auf die abgelehnten Richter ausgeübt, zutreffen sollte, bezog sich dieser Druck [...] nicht etwa inhaltlich auf die Entscheidung über das Rechtsmittel des Angeklagten, sondern ausschließlich darauf, dass den bei der SG 2 des 2. Strafsenates anhängigen Verfahren – also auch dem die Beschwerdeführer betreffenden – Fortgang gegeben wird.“

Diese Begründung ist mehrfach bemerkenswert. Sie überrascht zunächst mit einer kaum erwarteten, geradezu schockierenden Offenheit des Tatbestands: Der Rechtssatz soll gelten, selbst wenn „wie auch immer gearteter Druck auf die abgelehnten Richter ausgeübt“ wurde. „Wie auch immer geartet“ bedeutet: Selbst wenn die Richter mit den Mitteln des § 240 StGB genötigt worden wären. Es bedeutet: selbst wenn die Nötigung erfolgreich gewesen wäre. Es lässt die Möglichkeit jeder beliebigen (!) rechtswidrigen Einflussnahme offen. Es differenziert auch nicht nach subjektiver Zielsetzung, Zweck und Anlass. Es erklärt die Befangenheitsgesuche für unbegründet, selbst wenn „wie auch immer gearteter Druck“ mit wie auch immer gearteter Zielsetzung auf die erkennenden Richter erfolgreich ausgeübt wurde, diese sich dem Druck also gebeugt haben. Beim Lesen dieser Einleitung fragt man sich: Was könnte ein solches „Dahinstehen“ legitimieren? Was kann so bedeutend sein, dass die Frage, ob erkennende Richter wie auch immer geartet erfolgreich genötigt wurden, belanglos sein könnte?

Die Entscheidung gibt hierauf zwei Antworten: eine ausdrückliche und eine versteckte. Die ausdrückliche Antwort ist ihrerseits wieder nicht beruhigend: Die mögliche Nötigung ist danach belanglos, weil sie sich „nicht inhaltlich auf die Entscheidung“, sondern nur darauf bezog, „dass dem Verfahren Fortgang gegeben wird“. Das klingt fast harmlos: Nur der „Fortgang“ war gemeint, nicht etwa die „Entscheidung“! Bei Überprüfung des Arguments fällt aber auf, dass der „Fortgang“ hier gerade eine (richterliche) Entscheidung voraussetzen musste, nämlich diejenige, dass der *Senat* der verfassungsgemäß zuständige gesetzliche Richter sei. Etwas klarer und verständlich formuliert müsste es daher heißen: Der wie auch immer geartete Druck betraf nicht die Entscheidung über die Revision des Angeklagten, sondern „nur“ die Entscheidung über die (Besetzungs-) Zuständigkeit des *Senats*.

In dieser Fassung liegt die nächste Frage auf der Hand: Geht das überhaupt? Kann man über die Revision entscheiden, ohne über die eigene Zuständigkeit zu entscheiden? Die Plenarentscheidung des BVerfG v. 8.4.1997 spricht dagegen: „Jeder Spruchkörper hat bei auftretenden Zweifeln die eigene

Zuständigkeit (des Gerichts, des Spruchkörpers und der mitwirkenden einzelnen Richter) von Amts wegen zu prüfen und gegebenenfalls darüber zu entscheiden.“²⁷

Kann ein Gericht die eigene Zuständigkeit rechtsfehlerhaft annehmen, in der Sache aber rechtsfehlerfrei entscheiden? § 338 Nr. 1 StPO zeigt, dass die fehlerhafte Besetzung des Gerichts *zwingend* zur Rechtsfehlerhaftigkeit des Ergebnisses führt. Auch in diesem Zusammenhang erschließt sich nicht, dass es ernsthaft belanglos sein sollte, ob ein Richter rechtswidrig genötigt worden ist, seine Zuständigkeit zu bejahen, wenn nur das Ergebnis der Sachentscheidung irgendwie stimmt.

Es fragt sich allerdings, ob die Lage anders ist, wenn es „nur“ um die Frage der Befangenheit eines Richters geht: Kann es, mit anderen Worten, belanglos sein, ob ein Richter hinsichtlich der Frage befangen ist, ob er für eine Sachentscheidung zuständig ist?

Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) ist nicht um irgendwelcher Formalitäten willen geschützt. Es schützt nicht den Richter, sondern den Rechtsunterworfenen. Es sichert dem Beschuldigten das Recht, (allenfalls) von einem Richter abgeurteilt zu werden, der nach gesetzmäßigen Regeln und nicht nach willkürlichem Gutdünken bestimmt worden ist. Dahinter steht als Schutzgut auch die sachliche richterliche Unabhängigkeit als Garantie einer von außen und von sachfremden Interessen nicht beeinflussten Rechtsfindung. Ein Richter, der genötigt wird, eine Sache zu entscheiden, für die er nicht zuständig ist und sich nicht zuständig fühlt, ist weder „unabhängig“ noch „unbefangen“. Ein Angeklagter, der weiß, dass der ihn aburteilende Richter von Dritten gegen seinen Willen genötigt worden ist, seine Zuständigkeit zu bejahen, hat offenkundig Anlass, an der Unbefangenheit des Richters überhaupt zu zweifeln (§ 24 Abs. 2 StPO). Es ist schwer vorstellbar, dass der BGH die Verfahrensrüge einer Staatsanwaltschaft verwerfen würde, die darauf gestützt ist, dass ein Befangenheitsantrag gegen einen Richter zurückgewiesen wurde, der sich auf die bewiesene Tatsache stützte, der Richter sei vom Verteidiger durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt worden, sich wider die eigene Überzeugung für zuständig zu erklären. Dieses Ergebnis sollte auch dann nicht in Frage stehen, wenn die Rüge vom Verteidiger erhoben und die Nötigung vom Dienstvorgesetzten begangen wurde.

Wenn aber dahinstehen kann, ob tatsächlich eine Nötigung erfolgte, ist der Sachverhalt so zu behandeln, als sei dies erwiesen. Der Rechtssatz des *Senats*, es sei für die Befangenheit eines Richters belanglos, ob er rechtswidrig zur Bejahung seiner Zuständigkeit genötigt wurde, ist daher kaum nachzuvollziehen.

Gibt es eine versteckte Antwort? Hier kann man nur mutmaßen: Bei der in der Entscheidung vertretenen Ansicht dürfte der „*Ablehnungssenat*“ (§ 27 StPO) davon absehen, im Freibeweisverfahren Beweis über die Wahrheit der dienstlichen Erklärungen zu erheben. Andernfalls hätten der Präsident des BGH und die Mitglieder des Präsidiums befragt oder

²⁶ Daher ist die wiederholte ausdrückliche Beteuerung, das Präsidium habe mit seinen Beschlüssen „die höchstrichterliche Rechtsprechung *befolgt*“, umso unverständlicher, als es die Rechtsprechung des *eigenen* Gerichts – also des 2. Strafsenats in der Entscheidung v. 11.1.2012 – gerade nicht „*befolgt*“, sondern schlicht für unerheblich erklärt hat.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95 = BVerfGE 95, 323 (330).

zu dienstlichen Erklärungen aufgefordert werden können (und wohl müssen). Hätten sie die in dienstlichen Erklärungen von Richtern des 2. Strafsenats geschilderten Abläufe bestritten, wäre ein in der Rechtsgeschichte einmaliger öffentlicher Streit darüber zu führen gewesen, welche Bundesrichter die Wahrheit sagen und welche nicht: Keine angenehme Vorstellung, auch nicht aus Sicht der Strafverteidigung!

3. Der zweite Kernsatz findet sich in Randnummer 7 der Entscheidungen:

„Nachdem das Präsidium des BGH in seiner Entscheidung vom 18.1.2012 an der Geschäftsverteilung für den 2. Strafsenat mit VRiBGH Dr. Ernemann als Vorsitzendem festgehalten hat, hat der Senat unter Mitwirkung der abgelehnten Richter in dem genannten Urteil (vom 8.2.2012) ausgeführt, dass die Rechtslage zu der Frage nicht eindeutig sei, ob ein Präsidiumsbeschluss zur Geschäftsverteilung regelmäßig bindend sei, mithin die Spruchkörper des Gerichts nicht befugt seien, im fachgerichtlichen Verfahren ihre Besetzung zu überprüfen.“

Der Senat (SG 2) habe in seiner Entscheidung vom 8.2.2012 eine Abwägung zwischen dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Richters und solchen „Verfassungsgrundsätzen“ vorgenommen, die dem Schutz des Beschuldigten dienen. Deshalb liege es aus Sicht eines vernünftigen Angeklagten fern anzunehmen, die abgelehnten Richter stünden ihm „bei der Entscheidung seines konkreten Falles“ nicht unbefangen gegenüber.²⁸

Diese Begründung ist aus mehreren Gründen zu kritisieren. Die SG 2 hatte nämlich im Urteil vom 8.2.2012 ausgeführt:

„Es ist offen geblieben, welche Gründe das Präsidium bewogen haben, auf Änderungen der Geschäftsverteilung zu verzichten. Sollte dem die Ansicht zugrunde liegen, Beschlüsse eines gerichtlichen Präsidiums zur Geschäftsverteilung seien regelmäßig bindend, so dass die Spruchkörper des Gerichts nicht befugt seien, im fachgerichtlichen Verfahren die Gesetzmäßigkeit ihrer Besetzung zu prüfen und darüber zu entscheiden, würde der Senat dem nicht folgen. Diese Ansicht stünde – worauf der Senat in seinem Beschluss vom 18.1.2012 bereits tragend hingewiesen hat – in deutlichem Widerspruch zum Plenumsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95, wonach jeder Spruchkörper bei auftretenden Bedenken die Ordnungsmäßigkeit seiner Besetzung zu prüfen und darüber zu entscheiden hat (BVerfGE 95, 322, 330; vgl. schon BVerwG, Beschl. vom 7.4.1981 – 7 B 80/81, NJW 1982, 900).“²⁹

Das ist das Gegenteil dessen, was der „Ablehnungssenat“ im Beschluss vom 9.5.2012 behauptet: Die SG 2 des Senats hatte die Rechtslage zur Frage der angeblichen Bindung eines Gerichts durch die Geschäftsverteilung des Präsidiums nicht nur nicht als „nicht eindeutig“ bezeichnet, sondern ausdrücklich und unter Verweis auf tragende Ausführungen bereits im Beschluss vom 11.1.2012 eindeutig und klar entschieden:

²⁸ BGH, Beschl. v. 9.5.2012 – 2 StR 620/11, 2 StR 622/11, 2 StR 25/12, Rn. 8.

²⁹ BGH, Urt. v. 8.2.2012 – 2 StR 346/11, Rn. 15.

Selbstverständlich ist kein gerichtlicher Spruchkörper an die Entscheidung des Präsidiums seines Gerichts „gebunden“. Schon § 338 Nr. 1 StPO zeigt für das Revisionsverfahren, dass die Gerichte verpflichtet sind, ihre Besetzung zu prüfen und gegebenenfalls auf eine verfassungsmäßige Besetzung hinzuwirken, indem sie das Präsidium ihres Gerichts auffordern, entsprechende Regelungen zu treffen.

Das Präsidium des BGH hat – „einstimmig“³⁰ – die gegenteilige Ansicht vertreten. Dies wird auf eine Entscheidung des BVerwG gestützt,³¹ wonach ein Richter sich so lange an die Bestimmung des Geschäftsverteilungsplans halten muss, bis dessen Rechtswidrigkeit im Verwaltungsrechtsweg rechtskräftig festgestellt sei. Damit sind Fälle gemeint, in denen ein Richter durch konkreten Einzelfallbeschluss des Präsidiums umgesetzt oder mit anderen Geschäftsaufgaben betraut wird und sich hierdurch in seinen subjektiven Rechten verletzt fühlt.³² Die Ansicht, dies betreffe auch die Prüfung der gesetzmäßigen Besetzung der Spruchkörper durch die allgemeine Regelung des Geschäftsverteilungsplans, ist fernliegend. Sie würde zu dem Ergebnis führen, dass ein Spruchkörper der ordentlichen Gerichtsbarkeit, der sich für unzuständig besetzt hält, im Wege des subjektiven Rechtsschutzes Feststellungsklagen vor den Verwaltungsgerichten erheben müsste. Wer dazu berufen wäre, wer überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis hätte³³ und welche Folgen eine solche Klage für das Strafverfahren hätte,³⁴ ist ganz unklar.

Umso erstaunlicher ist es, dass der „Ablehnungssenat“ vom 9.5.2012 – der sich für die Entscheidung über die Befangenheitsgesuche zwei Monate Zeit gelassen hat – nicht nur auf die angeblich „umstrittene“ Theorie von der Bindung

³⁰ So die Mitteilung des Präsidenten des BGH in seiner Presseerklärung v. 9.2.2012 = Presseerklärung Nr. 23/2012. Dass damit auch das Abstimmungsverhalten des Präsidiumsmitglieds Dr. Ernemann öffentlich gemacht wurde, der seit Dezember 2011 in allen beteiligten Gremien (Präsidium; 2. Strafsenat in verschiedenen SG; 4. Strafsenat) in eigener Sache und in mehreren Rollen entschieden hat, soll nur am Rande erwähnt werden.

³¹ BVerwGE 50, 20 (27).

³² Vgl. etwa den Fall „Caliebe“, in dem eine RiBGH rechtswidrig in einen anderen *Zivilsenat* versetzt werden sollte, weil sie mit einem Rechtsanwalt persönlich liiert ist, der in einzelnen Verfahren ihres alten *Senats* beteiligt sein *könnte*. Das Verwaltungsgericht hat die rechtswidrige Entscheidung des Präsidiums des BGH aufgehoben (VGH Mannheim, Beschl. v. 1.2.2011 – 4 S 1/11).

³³ Vielleicht alle Richter. Vielleicht nur der Vorsitzende, unabhängig von seiner persönlichen Meinung. Vielleicht nur die überstimmte Minderheit; usw. Die Beispiele zeigen die Problematik der Rechtsansicht.

³⁴ Nach Ansicht des Präsidiums des BGH müsste das Verfahren wohl einfach fortgesetzt werden. Das ist wiederum in sich widersprüchlich. Das Verfahren müsste dann als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgesetzt werden, obwohl die Rechtssache, die es betrifft, längst erledigt wäre. Da subjektive Rechte der Richter gar nicht betroffen sind, entfielen *regelmäßig* Sinn und Zulässigkeit entsprechender Verfahren.

der Spruchkörper tragend zurückgreift, sondern auch noch unzutreffend behauptet, die SG 2 des *Senats* habe die Rechtslage als „nicht eindeutig“ bezeichnet. Es ist angesichts des klaren Wortlauts der Entscheidung der SG 2 schwer erklärlich, wie diese Fehlinterpretation zustande kam.

Die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage kann kein Grund dafür sein, denn diese ist ziemlich übersichtlich. Von den denkbaren Gründen könnten mehrere dem BGH und der obersten Dienstbehörde Anlass zu Sorgen geben. Es scheint – bei der Betrachtung von außen – beim BGH gegenwärtig ein Klima um sich gegriffen zu haben, das einer offenen und fairen Diskussion und einer ernsthaften Auseinandersetzung mit Mindermeinungen abträglich ist. Dies könnte sich zu einem ernststen Akzeptanzproblem bei den betroffenen Angeklagten und übrigen Verfahrensbeteiligten, letztlich auch der Öffentlichkeit, entwickeln.

III. Das Ergebnis gibt daher Anlass zur Besorgnis. Das gilt vor allem für die Rechtskultur insgesamt und für die Verantwortung, die unser oberster Gerichtshof in Strafsachen insoweit hat. Auf ernste Anliegen und auf schwerwiegende Sachverhalte gestützte Anträge erfordern eine genaue Auseinandersetzung mit den Sachargumenten, keine Oberflächlichkeit. Das ist das Mindeste, was die Verteidigung von der Rechtsprechung fordern muss. Die Entscheidungen vom 9.5.2012 sind alles andere als ein Ruhmesblatt der BGH-Rechtsprechung.