

# Die Anhörungsrüge im Verfahren der Rechtsbeschwerde gemäß §§ 116 ff. StVollzG und ihr Zusammenspiel mit der Verfassungsbeschwerde

Von Wiss. Mitarbeiter Mario Bachmann, Köln\*

## I. Einleitung

Am 30.4.2003 hatte das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber durch Plenarbeschluss verpflichtet, ein klares System fachgerichtlicher Rechtsbehelfe zur (Selbst-)Korrektur von Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) zu schaffen. In ihrer Entscheidung stellten die Karlsruher Richter fest:<sup>1</sup>

„Die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit sind bei den zur Rüge eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG gegenwärtig verfügbaren außerordentlichen Rechtsbehelfen nicht erfüllt. Infolgedessen gibt es erhebliche Unsicherheiten bei der Entscheidung über die Frage, ob erst ein außerordentlicher Rechtsbehelf oder sogleich die Verfassungsbeschwerde einzulegen ist. [...] Um den Rechtsschutz der Bürger nicht in einer rechtsstaatswidrigen Weise zu verkürzen, hat das BVerfG [...] in Fällen, in denen der Weg zu den Fachgerichten wegen des Fehlens eines entsprechenden Rechtsbehelfs gar nicht eröffnet war, bisher unter bestimmten Voraussetzungen eine Verfassungsbeschwerde trotz fehlender fachgerichtlicher Entscheidung über die behauptete Versagung des rechtlichen Gehörs für zulässig gehalten. Diese Praxis widerspricht der Aufgabenverteilung zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit. Sie kann nur noch für eine Übergangszeit hingenommen werden. Dem Gesetzgeber wird aufgegeben, bis zum 31.12.2004 eine Lösung zu finden, [...]“

Am 1.1.2005 trat sodann das „Anhörungsrügegengesetz“ in Kraft, durch das u.a. § 33a StPO neu gefasst und § 356a in die StPO eingefügt wurde.<sup>2</sup> Erstgenannte Vorschrift soll nach dem Willen des Gesetzgebers jeden Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG im Beschlussverfahren erfassen.<sup>3</sup> § 356a StPO ist demgegenüber *lex specialis* für das Revisionsverfahren und gilt auch für Entscheidungen, die durch Urteil ergehen.<sup>4</sup> Außerdem ist die Anhörungsrüge nach dieser Vorschrift – im Unterschied zu derjenigen nach § 33a StPO – fristgebunden. Gemäß § 356a S. 2 StPO ist sie binnen einer Woche nach Kenntnis von der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erheben und zu begründen. Die Kenntniserlangung muss zudem glaubhaft gemacht werden (§ 356a S. 3 StPO).

Die Ziele des Bundesverfassungsgerichts – Arbeitsentlastung und Schaffung von Rechtsklarheit – wurden mit vorgenannter Reform jedoch zu großen Teilen verfehlt. Zum einen ist die Zahl der bei den Karlsruher Richtern eingehenden Verfassungsbeschwerden, die eine Verletzung von Art. 103

Abs. 1 GG geltend machen, nach wie vor beträchtlich.<sup>5</sup> Die davor (zwecks Rechtswegerschöpfung) einzulegende fachgerichtliche Anhörungsrüge bleibt zudem nahezu immer erfolglos: Im Zeitraum von 2007 bis 2011 waren laut Geschäftsstatistiken der *Strafsenate* des BGH lediglich zwei von insgesamt 231 Anhörungsrügen erfolgreich, was einer Quote von gerade einmal 0,87 % entspricht.<sup>6</sup> Zum anderen fehlt es weiterhin an der erforderlichen Rechtssicherheit, was u.a. auf das noch nicht vollständig geklärte Verhältnis der Anhörungsrügen zur Verfassungsbeschwerde sowie auf die viel diskutierte Frage, ob eine analoge Anwendung der normierten Gehörsrügen auf andere Verfahrensgrundrechte in Betracht kommt, zurückzuführen ist und zum Teil auch an den gesetzlichen Regelungen selbst liegt.<sup>7</sup>

Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, welche Anhörungsrüge bei Gehörsverletzungen im Rechtsbeschwerdeverfahren nach §§ 116 ff. StVollzG zu erheben ist (II.). Praktisch ist diese Problematik trotz der äußerst geringen Erfolgsquote von nicht unerheblicher Bedeutung, denn jedes Jahr erreichen mehrere hundert Verfassungsbeschwerden aus dem Strafvollzug, von denen ein großer Teil Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG behauptet, das Bundesverfassungsgericht. Immer wieder mangelt es dabei aufgrund nicht erhobener Anhörungsrüge an der gemäß § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erforderlichen Rechtswegerschöpfung, so dass die betreffenden Verfassungsbeschwerden unzulässig sind.<sup>8</sup> Hätte nun in all die-

<sup>5</sup> Rund die Hälfte aller Verfassungsbeschwerden macht einen entsprechenden Verstoß geltend, vgl. *Zuck*, AnwBl. 2008, 168.

<sup>6</sup> Die jährlichen Geschäftsstatistiken sind abrufbar unter [http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Statistik/StatistikStraf/statistikStraf\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Statistik/StatistikStraf/statistikStraf_node.html).

Der heutige Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Voßkuhle* hatte bereits im Jahr 2003 in Bezug auf eine Selbstkontrolle des *iudex a quo* in NJW 2006, 2193 (2196 f.) vorhergesagt: „Insbesondere in den Fällen, in denen der Verfahrensfehler nicht auf einer ‚Panne‘ beruht, sondern auf falschen rechtlichen oder arbeitsstrategischen Überlegungen, kann bei realistischer Betrachtungsweise von dem jeweiligen Richter kaum erwartet werden, dass er innerhalb kürzester Zeit seine Meinung ändert und neu in die Sachprüfung einsteigt. [...] Ganz abgesehen davon gehört zu den unverzichtbaren Kernelementen des gerichtlichen Rechtsschutzes die Neutralität und Distanz des agierenden Richters, der nicht Kontrolleur in eigener Sache sein darf.“

<sup>7</sup> Ausführlich hierzu *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 325; kritisch auch *Rieble/Vielmeier*, JZ 2011, 923 (930).

<sup>8</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit etwa BVerfG BeckRS 2011, 56808; BVerfG BeckRS 2011, 56245; BVerfG, Beschl. v. 2.3.2011 – 2 BvR 43/10, 86/10, 140/10; BVerfG BeckRS 2010, 51316; BVerfG BeckRS 2010, 45443; BVerfG BeckRS 2009, 38646; BVerfG BeckRS 2008, 37766; BVerfG, Beschl. v. 23.4.2008 – 2 BvR 1889/07; s. zum Ganzen auch *Lübbe-Wolff/Frotz*, NSTZ 2009, 616 f.

\* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Kriminologie der Universität zu Köln bei Prof. Dr. Frank Neubacher M.A.

<sup>1</sup> Vgl. BVerfGE 107, 395 (417 f.).

<sup>2</sup> BGBl. I 2004, S. 3220. Die für das Beschwerdeverfahren vorgesehene Regelung in § 311a StPO wurde durch das Gesetz nicht verändert; vgl. zur praktisch geringen Bedeutung dieser Vorschrift *Piekenbrock*, AnwBl. 2005, 125.

<sup>3</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3706, S. 17.

<sup>4</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3706, S. 18.

sen Fällen gemäß § 33a StPO oder aber nach der – von ihren Voraussetzungen her deutlich strengeren – Regelung des § 356a StPO vorgegangen werden müssen? Der vorliegende Beitrag will aber nicht nur diese Frage erörtern, sondern auch einige wichtige (Folge-)Probleme untersuchen, die sich im Zusammenspiel von Anhörungsrüge und Verfassungsbeschwerde ergeben können (III. bis VI.).

## II. Der Streit um die einschlägige Anhörungsrüge im Rahmen der §§ 116 ff. StVollzG

### 1. Die verschiedenen Auffassungen

Nach zum Teil vertretener Auffassung soll sich das Verfahren im Falle der Verletzung rechtlichen Gehörs durch das Rechtsbeschwerdegericht nach § 356a StPO richten.<sup>9</sup> Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass die Rechtsbeschwerde im Sinne der §§ 116 ff. StVollzG revisionsähnlich ausgestaltet sei.<sup>10</sup> Die herrschende Ansicht will demgegenüber § 120 Abs. 1 i.V.m. § 33a StPO zur Anwendung bringen und begründet dies u.a. mit dem Wortlaut des § 356a StPO, der sich allein auf das Revisionsverfahren beziehe.<sup>11</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat die in Rede stehende Streitfrage in zwei jüngst ergangenen Beschlüssen<sup>12</sup> zwar offen gelassen. Gleichwohl hat es mit Blick auf das Grundrecht des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und der besonderen Situation von Gefangenen Bedenken im Hinblick auf die Anwendung des § 356a StPO erkennen lassen.<sup>13</sup> In zahlreichen anderen Entscheidungen hatte es sich sogar eindeutig für die h.M. ausgesprochen. So heißt es etwa in einem Nichtannahmebeschluss vom 20.5.2010: „Hat das Gericht [...] den Anspruch eines Beteiligten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt, ist hiergegen [...] die Anhörungsrüge nach § 33a StPO, § 120 Abs. 1 StVollzG eröffnet.“<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2009, 30; KG Berlin, Beschl. v. 17.10.2011 – 2 Ws 340/11 Vollz; OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 23.6.2011 – 1 Ws 273/11.

<sup>10</sup> Vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2009, 30.

<sup>11</sup> Vgl. Pohlreich, StV 2011, 574 (575); Lübke-Wolff, AnwBl. 2005, 509 (513); Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2008, § 120 Rn. 2; Laubenthal, Strafvollzug, 6. Aufl. 2011, Rn. 806; OLG Hamm BeckRS 2006, 07373.

<sup>12</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2011, 56808; BVerfG BeckRS 2011, 55538. Im erstgenannten Verfahren war die Streitfrage nicht entscheidungserheblich, weil der Beschluss, auf den sich die Anhörungsrüge bezog, nicht Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war. In dem zweiten Beschluss musste sich die erkennende Kammer nicht festlegen, weil die zwischen den §§ 33a, 356a StPO hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehenden Unterschiede im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich zum Tragen kamen.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2011, 56808.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2010, 51316; ebenso BVerfG BeckRS 2011, 56245; BVerfG, Beschl. v. 2.3.2011 – 2 BvR 43/10, 86/10, 140/10.

### 2. Stellungnahme

Blickt man zunächst auf den Wortlaut der einschlägigen Regelungen, zeigt sich, dass die h.M. diesen mit Recht als Argument für sich in Anspruch nimmt. § 356a StPO setzt nämlich eine Revisionsentscheidung voraus, an der es im Verfahren nach §§ 116 ff. StVollzG aber gerade fehlt. § 33a StPO verlangt hingegen lediglich einen (nicht mehr anfechtbaren) Beschluss. Damit gilt diese Vorschrift zwar nicht für Urteile. Gemäß § 119 Abs. 1 StVollzG ist über Rechtsbeschwerden im Sinne von § 116 Abs. 1 StVollzG aber ohnehin immer im Wege des Beschlusses zu entscheiden, so dass sich bei einer Vorgehensweise nach § 33a StPO in Bezug auf den Wortlaut keinerlei Schwierigkeiten ergeben.

Wenn die Gegner der h.M. angesichts der Systematik der §§ 116 ff. StVollzG zu dem Ergebnis gelangen, dass die Rechtsbeschwerde gegen Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern revisionsähnlich ausgestaltet sei, ist dies durchaus zutreffend und spiegelt sich insbesondere in ihren Zulässigkeitsvoraussetzungen wider.<sup>15</sup> Gemäß § 116 Abs. 1 StVollzG ist sie nämlich nur statthaft, wenn die Nachprüfung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten ist. Aus dieser Nähe zur Revision werden durchaus auch konkrete Konsequenzen gezogen. So ist vorgenannter Umstand etwa maßgeblicher Grund dafür, dass § 306 Abs. 2 StPO trotz der Regelung in § 116 Abs. 4 StVollzG, wonach für die Rechtsbeschwerde die Vorschriften der StPO über die Beschwerde entsprechend gelten, keine Anwendung findet.<sup>16</sup> Die Strafvollstreckungskammer kann der Beschwerde folglich nicht selbst Abhilfe verschaffen. Einen zwingenden Schluss im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 356a StPO erlaubt die Revisionsähnlichkeit des Rechtsbeschwerdeverfahrens gemäß §§ 116 ff. StVollzG für sich genommen freilich noch nicht. Unabhängig davon erweist sich eine andere systematische Erwägung im Ergebnis als weit durchschlagender als die bisher angeführten Gesichtspunkte. Deutlich wird dies anhand eines Vergleichs mit dem Jugendstrafrecht und dem im OWiG geregelten Bußgeldverfahren. Für beide Bereiche existiert mit den §§ 2 Abs. 2 JGG, 46 Abs. 1 OWiG (ähnlich wie in § 120 Abs. 1 StVollzG) ein allgemeiner Verweis auf die Vorschriften der StPO.<sup>17</sup> Im Unterschied zum Strafvollzugsrecht wird nun aber sowohl im JGG als auch im OWiG für letztinstanzliche Entscheidungen § 356a StPO für anwendbar erklärt. Am deutlichsten geschieht dies in § 55 Abs. 4 JGG. Dort heißt es: „Soweit ein Beteiligter nach Absatz 1 Satz 1 an der Anfechtung einer Entschei-

<sup>15</sup> Vgl. Arloth, Strafvollzugsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 116 Rn. 1; Calliess/Müller-Dietz (Fn. 11), § 116 Rn. 1.

<sup>16</sup> Vgl. OLG Stuttgart NStZ 1984, 528; Calliess/Müller-Dietz (Fn. 11), § 116 Rn. 8; Kaiser/Schöch, Strafvollzug, 5. Aufl. 2003, § 9 Rn. 55.

<sup>17</sup> Im Unterschied zu § 120 Abs. 1 StVollzG geht der pauschale Verweis in §§ 2 Abs. 2 JGG, 46 OWiG noch über die StPO hinaus. So bezieht § 46 Abs. 1 OWiG alle allgemeinen Vorschriften über das Strafverfahren – namentlich auch diejenigen des GVG und JGG – mit ein. § 2 Abs. 2 JGG verweist (noch weitergehend) pauschal auf *alle* allgemeinen Regelungen.

dung gehindert ist oder nach Absatz 2 kein Rechtsmittel gegen die Berufungsentscheidung einlegen kann, gilt § 356a der Strafprozessordnung entsprechend.“ Für das Bußgeldverfahren ergibt sich die Anwendbarkeit von § 356a StPO über folgenden Verweis in § 79 Abs. 3 S. 1 OWiG: „Für die Rechtsbeschwerde und das weitere Verfahren gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, die Vorschriften der Strafprozessordnung [§§ 333 bis 358] und des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Revision entsprechend.“ Das Fehlen einer vergleichbaren Regelung im Strafvollzugsgesetz – dort findet sich für die Rechtsbeschwerde in § 116 Abs. 4 nur ein Verweis auf die Regelungen der StPO zur Beschwerde – muss als Indiz dafür gewertet werden, dass die spezielle Anhörungsrüge nach § 356a StPO hier nicht anwendbar sein soll.

Nichts anderes ergibt sich bei Berücksichtigung teleologischer Gesichtspunkte. Die Anhörungsrügen nach §§ 33a, 356a StPO dienen der Sicherung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).<sup>18</sup> Soll dieses grundrechtsgleiche Recht aber für das Rechtsbeschwerdeverfahren nach §§ 116 ff. StVollzG wirklich effektiv gewährleistet sein, kommt nur die Anhörungsrüge nach § 33a StPO in Betracht. Die formalen Anforderungen des § 356a StPO sind nämlich für den Bereich des Strafvollzuges schlicht zu streng. Vor allem die in § 356a S. 2 StPO vorgesehene Frist von einer Woche für Einlegung *und* Begründung vorgenannten Rechtsbehelfs, die generell schon als viel zu knapp kritisiert wird,<sup>19</sup> ist für Inhaftierte unzumutbar. Mit Recht hat das Bundesverfassungsgericht diesbezüglich in seinem Beschluss vom 30.11.2011 zu bedenken gegeben, dass Strafgefangene häufig einer den Postlauf verzögernden Postkontrolle unterliegen und im Verfahren nach dem StVollzG – anders als in dem der Revision – regelmäßig anwaltlich nicht vertreten sind.<sup>20</sup> Wann immer es um den Rechtsschutz im Strafvollzug geht, ist zudem zu berücksichtigen, dass die Betroffenen typischerweise nach Bildungsstand, materiellen Ressourcen und Kommunikationsmöglichkeiten für den Umgang mit den Schwierigkeiten der Rechtsordnung nicht gut gerüstet sind.<sup>21</sup> Angesichts dieser Besonderheiten könnte von einem effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) nicht die Rede sein, wenn man Inhaftierte bei Gehörsverletzungen im Rechtsbeschwerdeverfahren auf die Rüge nach § 356a StPO verwies und damit letztendlich eine viel zu hohe Hürde aufstellte.

Was schließlich die historische Auslegung anbelangt, ist festzustellen, dass die Gesetzesmaterialien für die hier im Zentrum stehende Problematik nicht weiterführend sind. Die übrigen Auslegungsgesichtspunkte haben jedoch bereits gezeigt, dass die h.M. den Vorzug verdient. Danach ist also bei Gehörsverletzungen im Rahmen des Verfahrens nach §§ 116 ff. StVollzG die Anhörungsrüge gemäß § 120 Abs. 1 StVollzG i.V.m. § 33a StPO zu erheben. Ein gegebenenfalls als Rüge

nach § 356a StPO bezeichneter Rechtsbehelf ist gemäß § 300 StPO in eine Anhörungsrüge nach § 33a StPO umzudeuten.

### III. Fristvorwirkung der Verfassungsbeschwerde?

Die hier vertretene Auffassung wirft nun allerdings unweigerlich die Frage auf, ob die für die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde geltende Monatsfrist in § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG dazu führt, dass nicht fristgebundene Rechtsbehelfe wie § 33a StPO ebenfalls innerhalb eines Monats zu erheben sind. Zum Teil wird dies mit dem Hinweis darauf bejaht, dass andernfalls der Gedanke der Rechtssicherheit, der § 93 BVerfGG zu Grunde liege, unterlaufen werde.<sup>22</sup> Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts lässt auch in Bezug auf diese Problematik keine einheitliche Linie erkennen. Einige Entscheidungen lassen die Beantwortung der in Rede stehenden Frage ausdrücklich offen, andere sprechen sich zum Teil für, manche wiederum auch gegen eine Fristvorwirkung aus.<sup>23</sup>

In Übereinstimmung mit der h.M. ist eine Übertragung der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG auf § 33a StPO klar abzulehnen.<sup>24</sup> Ein fristunabhängiger Rechtsbehelf wie die Anhörungsrüge nach § 33a StPO kann nicht einfach über den Umweg des Verfassungsprozessrechts in einen solchen mit Einlegungsfrist umgedeutet werden. Dies widerspricht der Entscheidung des Gesetzgebers, eine gewisse Rechtsunsicherheit, die mit dem Verzicht auf eine Fristsetzung einhergeht, in Kauf zu nehmen.<sup>25</sup> Mit Recht wird ferner darauf hingewiesen, dass sich ein Beschwerdeführer auf die im Fachprozessrecht vorgesehene Fristlosigkeit eines Rechtsbehelfs verlassen können muss, weil die Lehre von der Fristvorwirkung andernfalls genau das erreichen würde, was sie eigentlich gerade vermeiden will: Rechtsunsicherheit.<sup>26</sup> Die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG beginnt daher erst mit Zustellung der Entscheidung über die Anhörungsrüge zu laufen.<sup>27</sup>

### IV. Anhörungsrüge und Gebot der Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG

Wie bereits erwähnt, kann eine Verfassungsbeschwerde, die ausschließlich eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) rügt, mangels Rechtswegerschöpfung (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) nicht zulässig sein, wenn zuvor die Erhebung einer fachgerichtlichen Anhörungsrüge versäumt wurde.<sup>28</sup> Das gilt nicht, wenn – bei objektiver

<sup>18</sup> Vgl. nur *Larcher*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.10.2012, § 33a Rn. 1; *Wiedner*, in: Graf (a.a.O.), § 356a Rn. 1.

<sup>19</sup> Näher hierzu *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 325 (330).

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2011, 56808.

<sup>21</sup> So treffend BVerfG StV 2008, 88 (89).

<sup>22</sup> Vgl. *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 604; *Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945 (954).

<sup>23</sup> Überblick über die verfassungsgerichtliche Judikatur bei *Pohlreich*, StV 2011, 574 (575).

<sup>24</sup> Vgl. *Buermeyer*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 35 (S. 44); *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl. 2006, Rn. 837; *Pohlreich*, StV 2011, 574 (575 f.).

<sup>25</sup> Vgl. *Buermeyer* (Fn. 24), S. 35 (S. 44 Fn. 29).

<sup>26</sup> Vgl. *Pohlreich*, StV 2011, 574 (575).

<sup>27</sup> Vgl. nur *Kleine-Cosack*, Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde, 2. Aufl. 2007, Rn. 390 m.w.N.

<sup>28</sup> Vgl. nur *Zuck*, AnwBl. 2008, 168 (170) m.w.N.

Betrachtung – lediglich andere Grundrechtsverletzungen geltend gemacht werden.<sup>29</sup>

Probleme ergeben sich aber, wenn der Beschwerdeführer neben einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG noch andere Verletzungen grundgesetzlicher Rechtspositionen geltend macht. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht im sog. „Queen Mary II“-Beschluss klargestellt, dass die unterlassene Erhebung der Anhöhrungsrüge nicht nur in Bezug auf Art. 103 Abs. 1 GG, sondern insgesamt (also hinsichtlich aller Grundrechtsverletzungen) zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde führt.<sup>30</sup> Dies gilt nach Ansicht der Karlsruher Richter jedenfalls in den Fällen, in denen sich die behauptete Gehörsverletzung auf den gesamten Streitgegenstand des fachgerichtlichen Verfahrens erstreckt.<sup>31</sup> Das ist durchaus überzeugend, denn wenn das Fachgericht der Rüge Abhilfe verschafft, wird das bei ihm anhängige Verfahren gemäß § 33a S. 1 StPO vollständig wieder eröffnet und es besteht die Möglichkeit, dass auch die anderen Grundrechtsverletzungen ausgeräumt werden.<sup>32</sup>

Eine Anhöhrungsrüge muss nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sogar auch dann erhoben werden, wenn der Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde eigentlich gar keine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG geltend machen will, die Gehörsrüge aber bei objektiver Betrachtung zur Korrektur der von ihm behaupteten sonstigen Grundrechtsverstöße führen könnte.<sup>33</sup> Nach einem Teil der Literatur soll diese Sichtweise nur schwerlich mit dem Zweck des § 90 Abs. 2 BVerfGG zu vereinbaren sein, weil der Beschwerdeführer vor Einlegung der Verfassungsbeschwerde nur verpflichtet sei, alles zu unternehmen, um diejenigen Grundrechtsverletzungen, die er tatsächlich angreifen wolle, auszuräumen. Deshalb ginge es zu weit, wenn man von ihm verlangte, auch gegen solche Verstöße vorzugehen, die er mit der Verfassungsbeschwerde eigentlich gar nicht zu rügen beabsichtige.<sup>34</sup> Überzeugend ist diese Kritik jedoch nicht, denn nach dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde sind vom Betroffenen alle Möglichkeiten auszuschöpfen, die die Grundrechtsverletzung bereits auf fachgerichtlicher Ebene beseitigen können. Dies kann durchaus auch mittels einer Anhöhrungsrüge geschehen, die schließlich im Erfolgsfalle zu einem Nachholverfahren führt, das nicht nur Gelegenheit bietet, Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG, sondern auch solche gegen andere grundgesetzlich gewährte Rechtspositionen zu korrigieren.<sup>35</sup> Das Bundesverfassungsgericht hält die beschriebene Vorgehensweise jedoch dann für entbehrlich, wenn die Erhebung der Anhöhrungsrüge offen-

kundig unzulässig oder aussichtslos wäre.<sup>36</sup> Hinreichend gefestigte Kriterien anhand derer man dies feststellen könnte, sind der verfassungsgerichtlichen Judikatur indes nicht zu entnehmen.<sup>37</sup> Letztlich läuft alles auf eine Erfolgsprognose hinaus, die Zulässigkeit und Begründetheit einer Anhöhrungsrüge in den Blick nehmen muss.<sup>38</sup> Dem Beschwerdeführer wird damit eine schwierige Gratwanderung abverlangt: Sieht er aufgrund offenkundiger Aussichtslosigkeit von der fachgerichtlichen Gehörsrüge ab, läuft er Gefahr, dass die Karlsruher Richter dies anders bewerten und die Verfassungsbeschwerde als unzulässig abweisen. Erhebt er die Anhöhrungsrüge, besteht das Risiko der Verfristung der Verfassungsbeschwerde, denn der Beschwerdeführer soll sich letztere nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht dadurch offen halten können, dass er einen von vornherein zum Scheitern verurteilten Rechtsbehelf einlegt.<sup>39</sup>

Bezieht sich die Rüge nach Art. 103 Abs. 1 GG nicht auf den gesamten, sondern nur auf einen abtrennbaren, eigenständigen Teil des Streitgegenstandes muss bezüglich dieses Teils die fachgerichtliche Anhöhrungsrüge und im Übrigen innerhalb der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG Verfassungsbeschwerde erhoben werden.<sup>40</sup> Nach dem klaren Wortlaut des § 33a StPO (und aller anderen entsprechenden Regelungen) wird das Verfahren nämlich nur *insoweit* zurückversetzt, als dies aufgrund der Rüge geboten ist.<sup>41</sup>

#### V. Primäre und sekundäre Anhöhrungsrüge

Hilft das Oberlandesgericht einer erstmals im Verfahren der Rechtsbeschwerde nach §§ 116 ff. StVollzG erfolgten Verletzung des Rechts aus Art. 103 Abs. 1 GG nicht ab (sog. „primäre Gehörsrüge“), ist fraglich, ob eine solche Entscheidung über die Anhöhrungsrüge eigenständiger Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein kann. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu festgestellt: „Die Entscheidung [...] mit der das [Gericht] die Anhöhrungsrüge zurückweist, schafft keine eigenständige Beschwer. [...] Die eine Nachholung rechtlichen Gehörs ablehnenden Entscheidungen nach § 356a Satz 1 StPO oder § 33a Satz 1 StPO lassen allenfalls eine bereits durch die Ausgangsentscheidung eingetretene Verletzung rechtlichen Gehörs fortbestehen, indem die ‚Selbstkorrektur‘ durch die Fachgerichte unterbleibt. [...] Es besteht auch kein dringendes, schutzwürdiges Interesse an einer – zusätzlichen – verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Entscheidung nach § 356a StPO. Der Beschwerdeführer kann im Verfassungsbeschwerdeverfahren stets die Ausgangsentscheidung angreifen und auf die seiner Ansicht nach fortbestehende Gehörsverletzung hin überprüfen lassen.“<sup>42</sup> Dieser Lösungsan-

<sup>29</sup> Vgl. *Heinrichsmeier*, NVwZ 2010, 228 (229); *Desens*, NJW 2006, 1243 (1246).

<sup>30</sup> Vgl. BVerfG NJW 2005, 3059 f.

<sup>31</sup> Vgl. BVerfG NJW 2005, 3059 (3060).

<sup>32</sup> Näher hierzu (am Beispiel der zivilprozessualen Anhöhrungsrüge nach § 321a ZPO) BVerfG NJW 2005, 3059 (3060).

<sup>33</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2011, 53022; BVerfG BeckRS 2011, 56245.

<sup>34</sup> So etwa *Jost*, in: *Rensen/Brink* (Fn. 24), S. 59 (S. 72 f.); *Rieble/Vielmeier*, JZ 2011, 923 (927).

<sup>35</sup> Vgl. *Zuck*, AnwBl. 2008, 168 (170).

<sup>36</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.8.2011 – 1979/08 m.w.N.

<sup>37</sup> Vgl. *Jost* (Fn. 34), S. 59 (S. 67 f.); *Rieble/Vielmeier*, JZ 2011, 923 (928); *Heinrichsmeier*, NVwZ 2010, 228 (230).

<sup>38</sup> Vgl. *Heinrichsmeier*, NVwZ 2010, 228 (230).

<sup>39</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.8.2011 – 1979/08.

<sup>40</sup> Vgl. *Desens*, NJW 2006, 1243 (1246); *Zuck*, NVwZ 2005, 739 (743).

<sup>41</sup> So mit Recht *Desens*, NJW 2006, 1243 (1246).

<sup>42</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2007, 25632; BVerfG NSTZ-RR 2007, 381 (382).

satz verdient Zustimmung, denn er vermeidet die Entstehung eines unendlichen Rechtsweges.<sup>43</sup>

Besteht die Gehörsverletzung hingegen darin, dass das Oberlandesgericht trotz entsprechender Rüge einem Verstoß der Strafvollstreckungskammer gegen Art. 103 Abs. 1 GG zu Unrecht keine Abhilfe verschafft,<sup>44</sup> ist fraglich, ob es sich insoweit um eine eigenständige Gehörsverletzung handelt, die im Verfahren nach § 120 Abs. 1 StVollzG i.V.m. § 33a StPO gerügt werden kann (sog. „sekundäre Gehörsrüge“). Das ist zu bejahen.<sup>45</sup> Anders als in der Literatur zum Teil behauptet wird,<sup>46</sup> hat die hier vertretene Auffassung nicht die Gefahr eines unendlichen Rechtsmittelzuges zur Folge. Wie die Entscheidung über die primäre, kann nämlich auch diejenige über die sekundäre Gehörsverletzung kein eigenständiger Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein.<sup>47</sup> Das Bundesverfassungsgericht, das die sekundäre Gehörsrüge zunächst für zulässig erachtet hatte, vertritt nunmehr seit 2008 die gegenteilige Ansicht, wonach die bloße Nichtheilung der Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG durch die Vorinstanz keinen eigenständigen Gehörsverstoß darstelle.<sup>48</sup> Damit scheint vorprogrammiert zu sein, dass es früher oder später zu ähnlichen Abgrenzungsschwierigkeiten bzw. Unsicherheiten kommen wird, wie es sie allgemein in Bezug auf die „offenkundige Unzulässigkeit oder Aussichtslosigkeit“ einer Anhörungsrüge bereits gibt. Mit Recht wird daher eine Präzisierung des Begriffs der „eigenständigen Gehörsverletzung“ angemahnt.<sup>49</sup>

#### VI. Analoge Anwendung des § 33a StPO auf die Verletzung anderer Verfahrensgrundrechte?

Bislang noch ungeklärt ist die Frage, ob § 33a StPO und die übrigen gesetzlichen Regelungen zur Anhörungsrüge auf andere Verfahrensgrundrechte analog anwendbar sind. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass fachgerichtlicher Rechtsschutz z.B. gegen Verletzungen von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG oder des Grundsatzes des fairen Verfahrens wohl kaum weniger geboten ist als bei Verstößen gegen Art. 103 Abs. 1 GG.<sup>50</sup> Eine analoge Anwendung von § 33a StPO auf andere Verfahrensgrundrechte muss gleichwohl abgelehnt werden, weil es an der hierfür erforderlichen planwidrigen Regelungslücke fehlt.<sup>51</sup> Der Gesetzgeber hat sich nämlich bewusst auf

die Normierung fachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen Gehörsverletzungen beschränkt.<sup>52</sup> Wenn die Begründung zum „Anhörungsrügensgesetz“ bezüglich anderer Verfahrensgrundrechte auf außerordentliche Rechtsbehelfe (etwa die Gegenvorstellung) verweist,<sup>53</sup> überzeugt dies nicht. In seinem Plenarbeschluss v. 30.4.2003 hat das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich solcher Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeführt: „Diese genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit nicht. Die Rechtsbehelfe müssen in der geschriebenen Rechtsordnung geregelt und in ihren Voraussetzungen für die Bürger erkennbar sein. [...] Das rechtsstaatliche Erfordernis der Messbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns führt zu dem Gebot, dem Rechtssuchenden den Weg zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen klar vorzuzeichnen.“<sup>54</sup> Der Gesetzgeber hat es sich also zu einfach gemacht, als er sich mit der Schaffung des „Anhörungsrügensgesetzes“ auf Gehörsverstöße beschränkt und dies damit gerechtfertigt hat, dass sich der Gesetzgebungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts nur auf derartige Verletzungen beziehe.<sup>55</sup> Diesbezüglich verkennt er bereits, dass in dem konkreten Fall von den Karlsruher Richtern nur eine Entscheidung in Bezug auf Art. 103 Abs. 1 GG zu treffen war, was diese auch ausdrücklich in ihrer Plenarentscheidung hervorheben: „Der Vorlagebeschluss des Ersten Senats ist auf Rechtsschutz gegen die behauptete Verletzung des Art. 103 I GG beschränkt.“<sup>56</sup> Im Interesse der Rechtssicherheit muss der Gesetzgeber daher erneut tätig werden und ein über Gehörsverletzungen hinausgehendes Rechtsbehelfssystem schaffen.<sup>57</sup> Bis dahin sollten bei Verstößen gegen andere Verfahrensgrundrechte sicherheitshalber sowohl außerordentliche Rechtsbehelfe (insbesondere die Gegenvorstellung) eingelegt als auch die Eintragung einer Verfassungsbeschwerde im Allgemeinen Register angeregt werden, um dem Grundsatz der Subsidiarität in jedem Fall Rechnung zu tragen und vor etwaigen Überraschungen durch die verfassungsgerichtliche Judikatur bezüglich des Subsidiaritätsgrundsatzes gefeit zu sein.<sup>58</sup>

#### VII. Zusammenfassung

Insgesamt kann somit Folgendes festgehalten werden:

1. Es wäre zu begrüßen, wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner zukünftigen Rechtsprechung deutlicher als bisher herausstellte, dass bei Verstößen gegen Art. 103 Abs. 1

<sup>43</sup> Vgl. *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 325 (330).

<sup>44</sup> Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist Zulässigkeitsgrund für die Rechtsbeschwerde nach § 116 Abs. 1 StVollzG, vgl. nur *Calliess/Müller-Dietz* (Fn. 11), § 116 Rn. 3 m.w.N.

<sup>45</sup> So BVerfGK 5, 337; *Zuck*, AnwBl. 2008, 168 (171); offen gelassen in BVerfG NJW 2007, 3418 (3419).

<sup>46</sup> So etwa *Jost* (Fn. 34), S. 59 (S. 79).

<sup>47</sup> S. dazu auch *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 325 (330).

<sup>48</sup> Vgl. BVerfG NJW 2008, 2635 (2636) m. zust. Anm. *Zuck*; bestätigt in BeckRS 2011, 53389; BeckRS 2011, 48088.

<sup>49</sup> Vgl. *Jost* (Fn. 34), S. 59 (S. 81).

<sup>50</sup> Ausführlich hierzu *Kettinger*, ZRP 2006, 152; *Kleine-Cosack* (Fn. 27), Rn. 402.

<sup>51</sup> So auch *Ulrici*, Jura 2005, 368 (370); *Vofßkuhle*, NJW 2003, 2193 (2199); für analoge Anwendung etwa *Schenke*,

NVwZ 2005, 729 (736 ff.); s. auch BGH BeckRS 2011, 08244, der diese Frage im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG offen gelassen hat.

<sup>52</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3706, S. 14; s. dazu auch *Nasall*, ZRP 2004, 164 (168).

<sup>53</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3706, S. 14.

<sup>54</sup> Vgl. BVerfGE 107, 395 (416).

<sup>55</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3706, S. 14.

<sup>56</sup> Vgl. BVerfGE 107, 395 (408); vgl. ferner *Kettinger*, ZRP 2006, 152; *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 325 (330).

<sup>57</sup> So auch *Kettinger*, ZRP 2006, 152 (153 f.); *Desens*, NJW 2006, 1243 (1244); *Treber*, NJW 2005, 97 (100); *Nasall*, ZRP 2004, 164 (168).

<sup>58</sup> Vgl. *Kleine-Cosack* (Fn. 27), Rn. 406; *Rieble/Vielmeier*, JZ 2011, 923 (929).

GG im Rechtsbeschwerdeverfahren gemäß §§ 116 ff. StVollzG die Anhörungsrüge nach § 120 Abs. 1 StVollzG i.V.m. § 356a StPO nicht in Betracht kommt.

2. Die Karlsruher Richter sollten der Lehre von der Fristvorwirkung der Verfassungsbeschwerde eine klare Absage erteilen, denn Zulässigkeithürden dürfen nicht *contra legem* aufgestellt werden.

3. Um dem Grundsatz der Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG Rechnung zu tragen, muss vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde stets dann eine Anhörungsrüge eingelegt werden, wenn diese nicht offenkundig unzulässig oder aussichtslos ist, und zwar auch dann, wenn der Beschwerdeführer einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG eigentlich gar nicht rügen will.

4. Zulässig ist sowohl die primäre als auch die sekundäre Gehörrüge, wobei die Entscheidung über die vorgenannten Rechtsbehelfe selbst nicht eigenständiger Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein kann.

5. Die analoge Anwendung der fachgerichtlichen Vorschriften über die Anhörungsrüge auf andere Verfahrensgrundrechte scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus. Außerordentliche Rechtsbehelfe verstoßen gegen den Grundsatz der Rechtsmittelklarheit, sollten aber (angesichts unsicherer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts) in der oben (VI.) erläuterten Weise vorsichtshalber eingelegt werden.