

# Rechtsprechungsreport

## Verfahrensrecht

§ 349 Abs. 2, 3 StPO; Art. 79 Abs. 1 Satz 1 SächsVerf

### **Verwerfungsantrag nach Kontaktaufnahme mit dem Senat**

#### **Leitsatz des Verfassers:**

**Der Anspruch auf den gesetzlichen Richter wird durch die Entscheidung eines Gerichts, an der ein zuvor abgelehnter Richter mitgewirkt hat, erst dann verletzt, wenn die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs auf willkürlichen Erwägungen beruht. Es stellt keine Willkür dar, wenn das beanstandete Verhalten darin bestand, dass ein Revisionsrichter mit der GStA, die zuvor Urteilsaufhebung beantragt hat, Rücksprache nimmt und jene sodann in einem neuen Schriftsatz die Zurückweisung der Revision als offensichtlich unbegründet beantragt. Daran ändert nichts, wenn dies heimlich geschieht.**

*SächsVerfGH, Beschl. v. 25. 8. 2011 – Vf. 34-IV-11*

#### **I. Sachverhalt**

Der Beschwerdeführer wurde in der Berufungsinstanz wegen Betrugs in 12 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 8 Monaten verurteilt. Die dagegen eingelegte Revision begründete die Verteidigung hinsichtlich des Betrugsfalls Nr. III.13 damit, dass es im Urteil an ausreichenden Feststellungen zur Kausalität zwischen Täuschung und Vermögensverfügung fehle. Dem schloss sich die GStA Dresden mit Schriftsatz v. 3.2.2010 an und beantragte, das angefochtene Urteil mit den zugehörigen Feststellungen aufzuheben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu

neuer Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. In einer Ende August 2010 durchgeführten „Vorberatung“ gelangte das OLG Dresden zu einer anderen materiell-rechtlichen Einschätzung des Falls Nr. III.13 als der Beschwerdeführer und die GStA. Der Berichterstatter führte daraufhin mit der Sachbearbeiterin bei der GStA ein Telefonat, wobei über diese Kontaktaufnahme kein Aktenvermerk gefertigt wurde. Mit Schriftsatz v. 1.9.2010 beantragte die GStA „nach nochmaliger Überprüfung der Sach- und Rechtslage“ die Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet. Der Beschwerdeführer lehnte daraufhin die Senatsmitglieder wegen Besorgnis der Befangenheit ab und begründete dies damit, der Senat habe den Berichterstatter damit beauftragt, bei der GStA einen Verwerfungsantrag gem. § 349 Abs. 2 StPO zu erbitten, um so eine Hauptverhandlung zu umgehen. Auch habe der Berichterstatter keinesfalls einen Aktenvermerk darüber anfertigen sollen.

Die abgelehnten Richter bestätigten die Kontaktaufnahme zwischen Senat und GStA. Diese habe aber – so trugen sie vor – nur dazu gedient, mit der Sachbearbeiterin Rücksprache zu nehmen, weil der Senat auch eine andere Einschätzung für möglich gehalten habe. I.Ü. habe der Berichterstatter weder „einen neuen (modifizierten) Antrag nach § 349 Abs. 2 StPO ‚bestellen‘ sollen noch habe er ‚auf keinen Fall‘ über seine Rücksprache mit der Sachbearbeiterin der Generalstaatsanwaltschaft einen Aktenvermerk fertigen dürfen.“

Das OLG Dresden wies mit Beschl. v. 22.10.2010 den Befangenheitsantrag als unbegründet zurück; die Revision wurde am 25.1.2011 hinsichtlich des angegriffenen Falls Nr. III.13 als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde beim SächsVerfGH und begründete diese mit der Verletzung des Grundrechts auf den gesetzlichen Richter wegen Mitwirkung des



von ihm erfolglos abgelehnten Senatsvorsitzenden an dem Verwerfungsbeschluss.

## II. Entscheidung

Der VerfGH weist die Verfassungsbeschwerde als unzulässig zurück, da der Beschwerdeführer eine mögliche Verletzung seines Anspruchs auf den gesetzlichen Richter nicht dargetan habe. Begründet wird das wie folgt: Der Anspruch auf den gesetzlichen Richter werde durch die Entscheidung eines Gerichts, an der ein zuvor erfolglos abgelehnter Richter mitgewirkt habe, erst dann verletzt, wenn die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs auf willkürlichen Erwägungen beruhe. Von Willkür könne aber nur dann die Rede sein, wenn die Entscheidung eines Gerichts sich bei der Auslegung und Anwendung einer Norm so weit von dem sie beherrschenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt habe, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen sei. Der Beschwerdeführer hat nach Auffassung des SächsVerfGH vorliegend nicht aufgezeigt, dass der Beschluss, mit dem der Befangenheitsantrag zurückgewiesen wurde, verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen könnte. Aus der Kontaktaufnahme des Senats mit der GStA als solcher hätte das OLG nicht zwingend Befangenheit ableiten müssen, da „eine derartige Vorgehensweise mag sie auch nicht unumstritten sein – von der Rechtsprechung nicht als generell bedenklich eingestuft“ werde. Auch folge aus „der fehlenden Transparenz der Kontaktaufnahme“ nicht zwingend ein Verstoß gegen die Vorgaben der Sächsischen Verfassung. Wenn das OLG der unterbliebenen Dokumentation „in Bezug auf die Befangenheitsrüge keine Bedeutung beigemessen hat, erschließt sich aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers nicht, was hieran willkürlich sein sollte.“

Abschließend stellt der VerfGH die Erwägung in den Raum, die Heimlichkeit des Vorgehens mag unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf ein faires Verfahren nicht frei von Bedenken sein. Da der Beschwerdeführer einen solchen Verfassungsverstoß nicht gerügt habe, könne dies jedoch dahinstehen.

### Bedeutung für die Praxis:

*Erinnern wir uns: Das BVerfG hatte 2000 einen vom zuständigen OLG-Senat „bestellten“ Verwerfungsantrag der GStA als eine „im Hinblick auf Art. 103 Abs.1 GG verfassungsrechtlich nicht unbedenkliche und mit der gesetzlichen Regelung der §§ 349 Abs. 2 und 3 StPO kaum in Einklang zu bringende Verfahrensweise“ bezeichnet und von einem „den Umständen nach naheliegenden Ablehnungsgesuch“ gesprochen (BVerfG NSTZ 2001, 381 f.; vgl. dazu GIEG/WIDMAIER NSTZ 2001, 57 ff.). Das OLG Hamm hatte dementsprechend in einem ähnlich gelagerten Fall die Besorgnis der Befangenheit gegenüber einem Senatsmitglied, das einen Verwerfungsantrag „bestellt“ hatte, bejaht (OLG Hamm StV 2001, 221 m. Anm. NEUHAUS). Wer gedacht hat, mit der unsäglichen Kungelei zwischen Revisionsssenaten und GStA hätte es damit ein Ende, muss sich eines Besseren belehren lassen. In gewandelter Form lebt diese Praxis wieder auf. Es gibt offenbar Senate, die nach Eingang der Revisionsanträge „Vorberatungen“ über Revisionen durchführen und im Anschluss daran dann Kontakt zur GStA aufnehmen; es gibt auch Staatsanwaltschaften, die sodann ihre ursprüngliche Auffassung revidieren und die Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet beantragen, wobei das gesamte Prozedere klammheimlich erfolgt. Davon zeugt nicht nur der vorliegende Beschluss des SächsVerfGH, sondern auch ein solcher des BVerfG, in dem ein nach Anbringung des staatsanwaltlichen Antrags erfolgreiches*

*„Rechtsgespräch“ zwischen Revisionsgericht und Staatsanwaltschaft als zulässig angesehen wurde, auch wenn der Revisionsführer darüber nicht informiert wurde (BVerfG, Beschl. v. 26.10.2006 – 2 BvR 1656/06, JurionRS 2006, 27750).*

*Der Zweck des § 349 Abs. 2 StPO, eine zusätzliche Sicherheit dafür zu schaffen, dass Staatsanwaltschaft und Revisionsgericht unabhängig voneinander die Revision als offensichtlich unbegründet ansehen, wird damit unterlaufen: Denn wie unabhängig wird ein Staatsanwalt sein, wenn „sein“ Senat ihm seine Rechtsauffassung präsentiert? Die Revisionsgerichte untergraben durch derartige Kontaktaufnahmen hinter dem Rücken des Beschwerdeführers zudem ihre eigene Legitimation.*

*Richtig wäre es deshalb gewesen, aus der Heimlichkeit der Kontaktaufnahme auf die Besorgnis der Befangenheit zu schließen (vgl. SK-StPO/WOHLERS, 2003, § 349 Rn. 27) oder zumindest dieselbe daraus abzuleiten, dass nach einer mehrmonatigen Prüfung eine Revision nicht mehr als „offensichtlich“ unbegründet verworfen werden kann (so OLG Hamm StV 2001, 221 m. Anm. NEUHAUS).*

Prof. Dr. Stephan Barton, Bielefeld

