

Dr. Ralf Eschelbach

Richter
am Bundesgerichtshof

Bundesgerichtshof
Herrn Vorsitzenden
des Dienstgerichts des Bundes

Herrenstrasse 45a

76133 Karlsruhe

31. Mai 2012

Abschrift

Antrag
im Prüfungsverfahren
nach §§ 62 Abs. 1 Nr. 4 lit. e, 26 Abs. 3 DRiG
gegen
Herrn Präsidenten des Bundesgerichtshofs

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

bei dem Richterdienstgericht des Bundes beantrage ich festzustellen, dass

1. die Aufforderung des Präsidenten des Bundesgerichtshofs an den Vorsitzenden des 2. Strafsenats am 17. Januar 2012 unmittelbar nach der Fassungsberatung der schriftlichen Begründung des Aussetzungsbeschlusses des Senats vom 11. Januar 2012 – 2 StR 346/11, die Bekanntmachung der Gründe des Beschlusses an die Verfahrensbeteiligten zurückzustellen und diese zunächst ihm mitzuteilen, damit das Präsidium am nächsten Tag darüber beraten könne,
2. a) meine Ladung durch den Präsidenten am 17. Januar zur Befragung vor dem Präsidium am 18. Januar 2012 zu der Sache 2 StR 346/11 und

- b) die Durchführung der Befragung am 18. Januar 2012 zu meinem weiteren Prozessverhalten in der Sache 2 StR 346/11 durch den Präsidenten und einzelne Mitglieder des Präsidiums unter Vorhaltungen unmittelbar nach dem dazu ergangenen Präsidiumsbeschluss vom gleichen Tage und
3. a) die Anweisung des Präsidenten vom 10. April 2012 an die Geschäftsstelle des 2. Strafsenats, ihm u.a. die dienstliche Erklärung vorzulegen, die ich gemäß § 26 Abs. 3 StPO in dem Verfahren 2 StR 25/12 über die Vorgänge vom 18. Januar 2012 als Ablehnungssachverhalt abgegeben hatte, sowie
- b) die Einsichtnahme des Präsidenten in diese Erklärung und
 - c) sein Auftrag an die wissenschaftliche Mitarbeiterin *Dr. Haußmann*, die dienstlichen Erklärungen zu überprüfen,

rechtswidrig waren und meine sachliche Unabhängigkeit im Sinne von Art. 97 Abs. 1 GG verletzt haben.

Begründung:

A.

I. Die Stelle des planmäßigen Vorsitzenden des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs, dem ich seit dem 25. Juni 2010 angehöre, ist seit dem Ausscheiden von VRiBGH *Prof. Dr. Rissing-van Saan* zum 1. Februar 2011 vakant. Der Vorsitz wurde zunächst von RiBGH *Prof. Dr. Fischer* als geschäftsplanmäßigem Vertreter geführt. Dies blieb für einige Monate unbeanstandet, jedoch war das Präsidium der Ansicht, dass dies nur eine Übergangslösung für begrenzte Zeit sein könne.

Im Sommer 2011 wurde deshalb erwogen, den 2. Strafsenat in der Geschäftslast derart zu reduzieren („Zerschlagungsmodell“), dass der Vorsitzende eines anderen Senats die Aufgabe des Vorsitzes im 2. Strafsenat zusätzlich übernehmen könnte.

Gegen die „Zerschlagung“ des 2. Strafsenats sprachen sich alle Mitglieder des Senats in einem an die Mitglieder des Präsidiums gerichteten gemeinsamen Schreiben vom 10. August 2011 aus. Sie äußerten die Ansicht, dass die Änderung der Geschäftsverteilung in der andauernden Vakanz wegen eines Konkurrentenstreits im Verfahren über die Stellenbesetzung rechtlich nicht geboten und die Frage ihrer Notwendigkeit

und Möglichkeit höchstrichterlich nicht entschieden sei. Alle bekannten Entscheidungen, namentlich BSG NJW 2007, 2717 und BGH NJW 2006, 154, betreffen andere Konstellationen. Eine Bindung des Präsidiums an höchstrichterliche Rechtsprechung bestehe nicht. Die Vakanz wegen eines Konkurrentenstreits sei ihrer Natur nach eine „vorübergehende“ Verhinderung des planmäßigen Vorsitzenden im Sinne von § 21 f GVG. Auch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gebiete kein Eingreifen des Präsidiums. Umgekehrt drohe im Fall einer Fehlbewertung dieser Frage eine falsche Besetzung gleich mehrerer Strafsenate, sofern Mitglieder des 2. Strafsenats nach dessen Reduktion auf die anderen Strafsenate verteilt würden. Die teilweise Auflösung eines Senats durch das Präsidium könnte zudem mit der Kompetenzregelung nach § 130 Abs. 1 Satz 2 GVG kollidieren.

Das Präsidium beschloss hierauf, für den Rest des Geschäftsjahres keine Änderung der bisherigen Besetzung des 2. Strafsenats vorzunehmen. Dies blieb während des gesamten Jahres 2011 in den vom Senat zu entscheidenden Revisionsverfahren unbeantwortet; ein äußerer Anlass zur Änderung der Besetzung bestand somit nicht.

Zum Ende des Geschäftsjahres wurde die Besetzungsfrage mit Blick auf das neue Geschäftsjahr wieder aufgegriffen. Am 23. November 2011 entschied das Präsidium – zunächst noch ohne förmliche Beschlussfassung, aber in der Sache kategorisch (das Einladungsschreiben des Präsidenten zur Vorsitzendenbesprechung am 8. Dezember 2011 nannte als Tagesordnungspunkt die Vorstellung des Doppelvorsitzenden-Modells, für das sich das Präsidium am 23. November 2011 „entschieden“ habe) – dass für das kommende Geschäftsjahr die Geschäftsverteilung geändert werden soll. Der Vorsitzende des 4. Strafsenats VRiBGH Dr. *Ernemann* sollte zusätzlich zu seiner bisherigen, seine Arbeitskraft im Wesentlichen bereits ausschöpfenden Aufgabe den Vorsitz im 2. Strafsenat übernehmen. Von einer Reduzierung der Geschäftslast des 2. Strafsenats mit der Folge seiner weit gehenden „Zerschlagung“ sollte abgesehen werden. Stattdessen sollten der 2. und 4. Strafsenat in ihren Mitwirkungsgrundsätzen Regelungen treffen, um den Vorsitzenden insoweit zu entlasten, als die Stellvertreter in beiden Senaten jeweils ein Drittel der Arbeit der „Zuteilung“ der Revisionsachen an die Berichterstatter – bisher typischerweise verbunden mit Aktenlektüre und der eigenen rechtlichen Prüfung der Probleme des Falles – übernehmen sollten. Die Stellvertreter sollten dann wiederum teilweise von ihren Aufgaben als Berichterstatter entlastet werden, die auf die anderen Senatsmitglieder verteilt werden sollten.

Dieses Modell („Doppelvorsitz“) wurde in der Vorsitzenden-Besprechung am 8. Dezember 2011 vorgestellt. Es sollte in der Präsidiumssitzung am 15. Dezember 2011 förmlich beschlossen werden. Unklar waren nur die Art und Weise der Herbeiführung der Entlastung des doppelt in Anspruch genommenen Vorsitzenden bei der Arbeit in den beiden Strafsenaten, die zunächst als erforderlich angesehen wurde, später aber in den Hintergrund getreten ist, sowie die Akzeptanz der aus nicht näher erläuterten Gründen unter den in Frage kommenden Alternativen ausgewählten Lösung bei den Mitgliedern des 2. Strafsenats, die sich schließlich schriftlich gegen eine Änderung der Geschäftsverteilung hinsichtlich des Vorsitzes ausgesprochen hatten.

In einem Schreiben vom 13. Dezember 2011 an alle Präsidiumsmitglieder sprachen sich vier Mitglieder des 2. Strafsenats - *Dr. Berger, Prof. Dr. Fischer, Prof. Dr. Krehl* und ich - gegen die Änderung der Geschäftsverteilung nach dem Modell des Doppelvorsitzes aus. RiBGH *Dr. Ott* ging nach der von *Prof. Dr. Fischer* im Senat bekannt gemachten Ladung zur Vorsitzendenbesprechung davon aus, dass das Präsidium bereits abschließend „entschieden“ habe und ihre Mitwirkung an dem Schreiben deshalb überflüssig sei, RiBGH *Dr. Appl* und *Prof. Dr. Schmitt* beteiligten sich nicht, ohne dass mir deren Gründe bekannt sind. Von den Unterzeichnern des Schreibens wurde ausgeführt, eine solche Änderung der Geschäftsverteilung durch Doppelvorsitz von VRiBGH *Dr. Ernemann* in zwei voll ausgelasteten Strafsenaten sei weder nach dem Gesetz erforderlich, noch durch bindende Vorgaben höchstrichterlicher Rechtsprechung angezeigt. Selbstverständlich verlange auch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht, rechtlich oder tatsächlich Unmögliches zu regeln. Die Besetzung mehrerer Spruchkörper an Instanzgerichten mit demselben Vorsitzenden sei zwar nach der bisher vor allem hierauf bezogenen Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte zulässig, wenn der Vorsitzende dort nicht mit dem Vorsitz in einem Spruchkörper vollständig ausgelastet sei. Sie sei dagegen weder möglich noch jemals gefordert worden, soweit Spruchkörper betroffen seien, bei denen die Mitwirkung in einem dieser Spruchkörper den Vorsitzenden bereits auslastete. Von Spezialsenaten abgesehen, sei die Vorsitzendentätigkeit in den Zivil- und Strafsenaten des Bundesgerichtshofs jeweils so gestaltet, dass sie die Arbeitskraft des Vorsitzenden im Wesentlichen ausschöpfe. Es erscheine daher nicht nachvollziehbar, warum die Position des Vorsitzenden im 2. und 4. Strafsenat nun zugleich mit einem Vorsitzenden Richter besetzt werden solle, der in einem halben Jahr in den Ruhestand treten werde. Da auch das Besetzungsverfahren für die Nachfolge von VRiBGH *Dr. Ernemann* bald beginnen werde und dessen Ver-

lauf und Dauer wiederum nicht absehbar sei, ende das vorgesehene Modell im Juni 2012. Danach müssten, würde das Modell weiter gedacht und fortgeführt, bei einer Vakanz nunmehr im Vorsitz des 2. und 4. Strafsenats im Ergebnis drei Strafsenatsvorsitzende fünf Senate „leiten“. Das wirke bedenklich. Das Präsidium könne sich zudem nicht ohne zusätzliche Hinweise auf Art, Gestaltung und Umfang der Tätigkeit auf den Beschluss beschränken, dass VRiBGH *Dr. Ernemann* auch Vorsitzender des 2. Strafsenats werde.¹ Dies würde sicher bald auch externen Lesern des Geschäftsverteilungsplans auffallen. Spätestens dies könne einen Besetzungseinwand hervorrufen,² über den dann unter Prüfung der vom Präsidium nicht beantworteten Frage nach den Kernaufgaben eines Vorsitzenden vom Senat zu entscheiden wäre.³ Das Ergebnis einer solchen Entscheidung könne erkennenden Richtern nicht vom Präsidium für die Einzelfallprüfung der Spruchkörperbesetzung vorgeschrieben werden.⁴ Durch einen Beschluss des Präsidiums könne ein Senat aus Rechtsgründen nicht der gesetzlichen Pflicht enthoben werden, eigenverantwortlich zu prüfen und zu entscheiden, ob er richtig besetzt sei. Die Vorstellungen des Präsidiums könnten nur umgesetzt werden, wenn VRiBGH *Dr. Ernemann* von den Aufgaben eines Vorsitzenden in beiden Senaten - auch im Geschäftsverteilungsplan erkennbar⁵ - entlastet würde. Die entscheidende Frage sei, ob dies zulässig ist. Die Unterzeichner des Schreibens hielten dies für problematisch. Soweit im Präsidium angedeutet worden sei, die Kenntnis der Akten gehöre nicht zur Kernaufgabe des Vorsitzenden, hielten die Unterzeichner dies für unzutreffend. Der Vorsitzende leite die Beratung, stelle die entscheidungserheblichen Fragen vollständig und in der nach der jeweiligen Sachlage gebotenen Reihenfolge zur Abstimmung und sammle die Stimmen (§ 194 Abs. 1 GVG); das sei im Allgemeinen nicht ohne Aktenkenntnis sachgerecht möglich. Bisher sei weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ein Dispens des Vorsitzenden von der Aufgabe der Aktenlektüre erwogen worden. Vielmehr sei umgekehrt diskutiert und entschieden worden, welche Hilfsmittel dem Vorsitzenden notfalls, etwa bei einer Sehbehinderung, zur Verfügung zu stellen seien, damit er diese als unverzichtbar angesehene Aufgabe bewältigen könne. Eine Abweichung des Präsidiums von der überkommenen Vorstellung von der gesetzlichen Aufgabe des Vorsitzenden würde den Boden der bisher einhelligen Rechtsauffassung verlassen. Sie müsse sich aber am Maßstab der Rechtsprechung

¹ Genau dies ist später geschehen.

² Auch das ist bald darauf eingetreten.

³ So geschehen durch Senatsbeschluss vom 11. Januar 2012 – 2 StR 346/11.

⁴ Dies war Ziel und Zweck des Präsidiumsbeschlusses vom 18. Januar 2012.

⁵ Diese Erkennbarkeit wurde im Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 2012 nicht hergestellt.

der obersten Gerichtshöfe messen lassen und der rechtswissenschaftlichen Diskussion stellen. Nach Ansicht der Unterzeichner könne auch das Plenum eines Strafsenats nicht mehrheitlich beschließen, dass in diesem Senat der Vorsitzende in einem erheblichen Teil aller Fälle die Akten nicht lesen müsse. Ein Dispens von der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben eines Vorsitzenden durch den Spruchkörper sei nicht durch Mehrheitsentscheidung zulässig. Der Vorsitzende selbst dürfe, von echten Vertretungsfällen bei Krankheit oder Urlaub abgesehen, seine gesetzliche Aufgabe nicht delegieren.⁶ Man könne dem Vorsitzenden auch nicht in Mitwirkungsgrundsätzen des Senats oder im Geschäftsverteilungsplan des Gerichts vorschreiben oder gestatten, dass er die Akten generell oder zu einem erheblichen Prozentsatz nicht lesen könne oder dürfe. Die Erfüllung der Leitungsfunktion des Vorsitzenden sei ohne Aktenkenntnis nicht sachgerecht möglich. Eine „Umsetzung“ der geplanten Geschäftsverteilung, die gerade dies nicht leisten könne, die also - noch dazu ohne Gewährung von rechtlichem Gehör für die Rechtssuchenden⁷ - nur geeignet wäre, den bloßen Anschein zu erzeugen, die beiden Senate seien ordnungsgemäß besetzt, hielten die Unterzeichner für rechtlich bedenklich. Aus diesem Grund überzeuge auch die Ansicht nicht, der Vorsitzende müsse oder wolle möglicherweise faktisch keine Leitungsfunktion ausüben. Wenn eine Regelung nur unter der Bedingung umgesetzt werden könne, dass die Gründe, welche sie angeblich zwingend erfordern, gar nicht ernst genommen würden, sei sie ohne sachlichen Wert. Die Unterzeichner würden versuchen, einen Beschluss des Präsidiums, auch wenn sie ihn nicht für geboten hielten, umzusetzen, soweit dies zulässig sei. Freilich stelle sich die Frage, ob alle Umsetzungsprobleme durchdacht seien. Die Position der stellvertretenden Vorsitzenden in beiden Senaten werde durch die vorgesehene Regelung überbewertet, die der übrigen Beisitzer unterbewertet. Denn in den Beschlussachen der Strafsenate werde grundsätzlich nicht schriftlich votiert, so dass die

⁶ Ob und in welchem Umfang dies durch die derzeitige Praxis der Bestellung von Zweitberichterstattern im 2. Strafsenat durch den Vorsitzenden geschieht, entzieht sich meiner Kenntnis. Ob der 4. Strafsenat in seinen Mitwirkungsgrundsätzen eine Entlastung des Vorsitzenden beschlossen hat oder ob er diese außerhalb der Mitwirkungsgrundsätze praktiziert, ist mit gleichfalls nicht bekannt.

⁷ Daran fehlt es weitgehend und dies wird von Beschwerdeführern in zwischenzeitlich erhobenen Anhörungsrügen, die bei der alleinigen Rüge einer Desinformation über Prozesstatsachen zur Besetzungsfrage (§ 356a StPO, Art. 103 Abs. 1 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) rechtlich ungeklärtes Terrain betreten und nachträglich wieder den anfangs forcierten Geschäftsbetrieb belasten, bemängelt. Inwieweit eine Möglichkeit zur Wiederaufnahme des Verfahrens besteht, wenn ein Verfahrensbeteiligter erst nachträglich von Ablehnungsgründen erfährt, ist ebenfalls ungeklärt; vgl. *Steinfatt*, Die Unparteilichkeit des Richters in Europa im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2012, S. 195 ff., 251 f. Dies zeigt jedenfalls, dass der vom Präsidium am 18. Januar 2012 gewählte Weg zur Erzwingung einer Befolgung seiner Geschäftsverteilungslösung nicht unbedingt prozessökonomisch sein muss.

anderen Beisitzer die Sache vor der Beratung nicht kennen und nur durch den Vortrag des Berichterstatters instruiert werden, der wiederum vom Vorsitzenden nach dem Vier-Augen-Prinzip auf genügende Aussagekraft für die übrigen Senatsmitglieder geprüft werde. Die Stellvertreter erfüllten im Fall der Entlastung des Vorsitzenden nach den Vorstellungen des Präsidiums in jeweils einem Drittel aller Fälle faktisch die Rolle des Vorsitzenden, ohne dass ein gesetzlicher Vertretungsfall vorliege. Für die Erfüllung dieser (Vorsitzenden-) Aufgabe seien sie von Berichterstatter-Aufgaben zu entlasten. Damit würden die Stellvertreter in weitem Umfang zu den eigentlichen Vorsitzenden. Die Unterzeichner des Schreibens verwiesen schließlich darauf, dass der 2. Strafsenat noch nicht im Ganzen mit den anstehenden Fragen befasst gewesen sei. Er könne – durch Urlaub einzelner Senatsmitglieder bedingt – erst am 27. Dezember 2011 im Plenum die senatsinterne Geschäftsverteilung beraten. Damit war zugleich klargestellt, dass es sich um vorläufige Meinungsäußerungen handelte.

Am 15. Dezember 2011 wurden einzelne Mitglieder des 2. Strafsenats, darunter auch ich, zuerst und vor allem aber *Prof. Dr. Fischer* als amtierender stellvertretender Vorsitzender (vgl. dessen dienstliche Erklärung im Verfahren 2 StR 25/12), vom Präsidium angehört und dabei auch nach dem voraussichtlichen eigenen und fremden Abstimmungsverhalten zur Bewertung des Doppelvorsitzes im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG befragt. Danach beschloss das Präsidium am 15. Dezember 2011 die Änderung der Geschäftsverteilung für das neue Geschäftsjahr im Sinne seiner bereits vorab schon informell getroffenen EntschlieÙung vom 23. November 2011. Eine Begründung wurde nicht genannt, eine argumentative Auseinandersetzung mit den ausführlich erläuterten Gegengründen war für mich weder in der Befragung erkennbar noch wurde sie im Geschäftsverteilungsplan mitgeteilt.

II. Der 2. Strafsenat beschloss Ende Dezember 2012 seine senatsinterne Geschäftsverteilung für das Jahr 2012, ohne darin eine ausdrückliche Entlastung des Vorsitzenden von der Aktenlektüre vorzusehen, weil ein solcher Dispens von der Erledigung der Aufgaben nicht durch das Plenum des Senats beschlossen werden kann. Praktiziert wird seit Januar 2012 bisweilen - von Fall zu Fall, ohne eine mir bekannte abstrakt-generelle Vorgabe - die Bestellung von Zweitberichterstattern durch den Vorsitzenden, um dem so genannten Vier-Augen-Prinzip bei Beschlussberatungen besser Rechnung zu tragen.

Es kam am 11. Januar 2012 zu der Aussetzung einer Revisionshauptverhandlung

durch Beschluss des Senates vom 11. Januar 2012 – 2 StR 346/11 (StV 2012, 204 ff. mit Anm. *Bernsmann* StV 2012, 274 ff.) mit dem die Besetzung des Senats nach dem „Doppelvorsitz“-Modell von VRiBGH *Dr. Ernemann* für verfassungswidrig (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) erachtet und das Präsidium um Behebung des Mangels ersucht wurde. Der Beschluss wurde ausführlich begründet; auf die Gründe der veröffentlichten Entscheidung nehme ich Bezug.

Am gleichen Tag kam es zu einer divergierenden Entscheidung des Senats in teilweise anderer Besetzung (Urteil vom 11. Januar 2012 – 2 StR 482/11, StV 2012, 272 f.). Darin wurde ausgeführt, der Senat gehe von seiner ordnungsgemäßen Besetzung auch hinsichtlich des Doppelvorsitzes von VRiBGH *Dr. Ernemann* aus, weil das Präsidium dies in willkürfreier Auslegung des § 21 f GVG beschlossen habe. Dabei wurde nicht erörtert, ob die Willkürformel hier überhaupt von Bedeutung ist (dagegen BVerfG NJW 2005, 2689, 2690). Vor diesem Hintergrund wurden die - jedenfalls durch den Vorsitzenden und zwei Beisitzer, die an beiden Entscheidungen beteiligt waren, gerichtsbekanntem - Gegenargumente der anderen Spruchgruppe in der Sache 2 StR 346/11 im Ergebnis nicht erörtert.

III. Am Nachmittag des 17. Januar 2012 wurden die Mitglieder des 2. Strafsenats mit Ausnahme des Vorsitzenden, der zugleich Mitglied des Präsidiums ist, vom Präsidenten per E-Mail und Hauspost gebeten, sich für den nächsten Tag bereit zu halten. Ihr Abruf war vor allem auch vorgesehen, „um den Kollegen, die an der Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens in der Strafsache 2 StR 346/11 mitgewirkt haben, nochmals Gelegenheit zu geben, ihre Sicht der Dinge darzulegen“.

Die Fassung der schriftlichen Begründung jenes in der Hauptverhandlung zunächst nur mit seinem Tenor verkündeten Aussetzungsbeschlusses war zurzeit der Ladung der Senatsmitglieder vom 17. Januar 2012 zur Präsidiumssitzung am Folgetag soeben im Senat abschließend beraten worden. Unmittelbar nach der Fassungsberatung wurde der Senatsvorsitzende zum Präsidenten gerufen. Anschließend teilte er dem Senat mit, der Präsident habe um Zurückstellung der Bekanntmachung der Gründe des Beschlusses an die Verfahrensbeteiligten und um vorherige Mitteilung des Textes an das Präsidium gebeten. Im Senat entstand der Eindruck, dass die Möglichkeit offen gehalten werden sollte, die Bekanntmachung der Begründung des Beschlusses im Fall einer bestimmten Entscheidung des Präsidiums entweder ganz entfallen zu lassen oder aber die Begründung abzuändern. Dies wurde im Ergebnis abgelehnt, aber trotz Bedenken letztlich

doch ein Beschlusstext unter vorläufiger Zurückstellung seiner Bekanntmachung bis zum Folgetag dem Präsidenten zugeleitet.

Das Präsidium beschloss am späten Nachmittag des 18. Januar 2012 ausdrücklich „einstimmig“, dass es auch unter Berücksichtigung der Gründe des Senatsbeschlusses an seinem Geschäftsverteilungsplan hinsichtlich des Doppelvorsitzes von VRiBGH *Dr. Ernemann* im 2. und 4. Strafsenat festhalte. Eine Begründung wurde nicht mitgeteilt.

Nach diesem Präsidiumsbeschluss wurde RiBGH *Prof. Dr. Krehl* im Präsidium befragt, dann wurde ich - etwa ab 18.30 Uhr - befragt, zuletzt RiBGH *Dr. Ott*. Auf eine Befragung weiterer Mitglieder des 2. Strafsenats wurde anschließend verzichtet.

Eine Befragung von Mitgliedern des 4. Strafsenats, der am 11. Januar 2012 - 4 StR 523/11 (StV 2012, 272 f.), unter dem Vorsitz von VRiBGH *Dr. Ernemann* auch ohne Erörterung der Gründe der Gegenansicht beschlossen hatte, er sei ordnungsgemäß besetzt, war offenbar von vornherein nicht vorgesehen und wurde auch nicht durchgeführt. Ob und wie der 4. Strafsenat eine Entlastung des Vorsitzenden in seinen Mitwirkungsgrundsätzen beschlossen hat oder informell praktiziert, ist mir nicht bekannt.

Zurzeit der Befragung von Mitgliedern des 2. Strafsenats hatte das Präsidium also bereits über die Vorlagefrage durch den Senatsbeschluss vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11 - abschlägig entschieden und zwar einerseits ausdrücklich „einstimmig“, andererseits ohne Mitteilung von Gründen. Vor Beginn meiner Befragung teilte mir der Präsident das Ergebnis der Beschlusslage mit. Ich war davon überrascht, denn ich hatte bis zu diesem Zeitpunkt angenommen, ich solle vor der Präsidiumsentscheidung zu deren Vorbereitung befragt werden. Zweck und Rechtsnatur einer nachträglichen Befragung - mit dem vorwurfsvollen Erscheinungsbild einer dienstaufsichtlichen Maßnahme und mit Fragestellungen, die sich mit Funktion und Aufgabe des Präsidiums nicht begründen ließen, durchgeführt wurde - erschienen mir zunächst unklar, zumal der Präsidiumsbeschluss nicht zur Diskussion stand.

Das Präsidium hatte sich letztlich schon am 23. November 2011 abschließend für die Besetzungsänderung nach dem Modell des Doppelvorsitzes durch VRiBGH *Dr. Ernemann* entschieden und daran am 15. Dezember 2011 sowie am 18. Januar 2012 jeweils ohne eine für mich nachvollziehbare Erörterung der Gründe für und gegen eine solche Lösung entschieden. Die Anhörungen hatten jeweils keinen Einfluss

auf die bereits vorher festgelegte Präsidiumsentscheidung, sondern sie dienten nur der Klärung von Möglichkeiten zur Umsetzung des Modells des Doppelvorsitzes sowie der Prüfung eventueller Widerstände.

IV. Im Wesentlichen geschah am Abend des 18. Januar 2012, soweit es mich betrifft, Folgendes:

Zuerst fragte mich der Präsident danach, wie nach dem Präsidiumsbeschluss über die Beibehaltung der Besetzung des Vorsitzes im 2. und 4. Strafsenat verfahren werde. Ich antwortete, dass der Senat darüber zu beraten habe.

Ein Präsidiumsmitglied brachte sein Entsetzen über den Senatsbeschluss vom 11. Januar 2012 (2 StR 346/11) zum Ausdruck („ich bin entsetzt ...“) und fragte, ob ich mir keine Gedanken gemacht hätte, was dieser Beschluss für Angeklagte bedeute, die meist in Untersuchungshaft seien. Ich zögerte mit Hinweis darauf, dass ich mir nicht im Klaren sei, ob ich die Frage wegen des Beratungsgeheimnisses beantworten dürfe. Mir wurde entgegengehalten, dass meine Ansicht aus der Anhörung vom 15. Dezember 2011 bekannt sei.

Zum Verständnis: Ich hatte mich bei meiner Anhörung durch das Präsidium am 15. Dezember 2011 ohne abschließende Festlegung auf ein Ergebnis kritisch im Sinne des vorangegangenen Schreibens zum Konzept des Doppelvorsitzes von VRiBGH *Dr. Ernemann* im 2. und 4. Strafsenat geäußert. Meinen Überlegungen war damals entgegen gehalten worden, sie seien „zu dogmatisch“. Aus meiner früheren Meinungsäußerung wurde dann aber am 18. Januar 2012 die angebliche Bekanntheit auch meines Abstimmungsverhaltens bei dem Aussetzungsbeschluss des 2. Strafsenats vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11 - abgeleitet. Ich habe jedoch mein Votum zur Frage der Senatsbesetzung in der Sache 2 StR 346/11 dem Präsidium nicht mitgeteilt.

Vor diesem Hintergrund habe ich am 18. Januar 2012 auf die Frage: „Haben Sie sich keine Gedanken gemacht?“ nur bemerkt, dass sich der Senat über viele Aspekte Gedanken gemacht habe.

Es wurde dann von einem anderen Präsidiumsmitglied danach gefragt, ob nicht im Gesamtsenat eine einvernehmliche Ansicht hätte gebildet werden können, der sich Senatsmitglieder, die „anders denken“, zur Vermeidung einer Binnendivergenz hätten anschließen können; das sei schließlich sonst im Bundesgerichtshof üblich. Ich habe

darauf erwidert, die Besetzungsfrage sei natürlich im Gesamtsenat informell erörtert worden, der aber keine Entscheidungskompetenz besitze.

Ein Präsidiumsmitglied fragte, ob es in dem Verfahren 2 StR 346/11 überhaupt eine Besetzungsrüge gegeben habe. Ersichtlich wurde erwartet, dass ohne ausdrückliche Besetzungsbeanstandung durch einen Verfahrensbeteiligten gar keine ausdrückliche Entscheidung über die Senatsbesetzung hätte erfolgen sollen. Ich habe geantwortet, dass zwar in jenem Verfahren bisher keine Rüge erhoben worden sei, in anderen Verfahren aber Besetzungsrügen vorlägen; die Sache 2 StR 346/11 sei im neuen Geschäftsjahr die erste Verhandlungssache, daher präjudiziell. Die Besetzungsfrage sei auch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG in jedem Fall von Amts wegen zu prüfen.

Der schon am 15. Dezember 2011 angesprochenen und am 18. Januar 2012 wiederholten Frage, ob es eine Möglichkeit für mich wäre, wenn ich in einen anderen Senat wechseln würde, bin ich mit der Bemerkung ausgewichen, mein persönliches Schicksal sei unerheblich. Es gehe um ein Problem des Gerichts, das sich bei Ausscheiden von VRiBGH *Dr. Ernemann* aus dem Dienst wiederholen könnte. Daher sei die Frage der Zulässigkeit des Doppelvorsitzes eines Vorsitzenden in zwei Strafsenaten in einem weiteren Rahmen zu prüfen.

Auf den Vorhalt eines anderen Präsidiumsmitglieds, der Beschluss des Senats vom 11. Januar 2012 enthalte „nichts Neues“, ernsthaft von Bedeutung sei in seiner Argumentation nur die Frage der Aktenlektüre durch den Vorsitzenden, habe ich angemerkt, der Beschluss habe erstmals den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab genau herausgearbeitet, nachdem zuvor zahlreiche Fehlvorstellungen, u.a. zur angeblichen Bedeutung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG als rein formale Regelung oder zur angeblichen Geltung eines Willkürmaßstabs für die Kontrolle des Geschäftsverteilungsplans, geäußert worden seien. Auch habe der Beschluss die Fragestellung präzisiert. Der Vorsitz in einem Strafsenat des Bundesgerichtshofs als zweiter Instanz im eingriffsintensiven Strafverfahren habe angesichts der Möglichkeiten der „erweiterten Revision“ in Strafsachen und angesichts der Arbeitsweise der Strafsenate des Bundesgerichtshofs bei Beschlussberatungen in Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO, die generell ohne Hauptverhandlung und entgegen § 34 StPO meist ohne Mitteilung einer Entscheidungsbegründung an die Revisionsführer durchgeführt werden, ferner in einer für die anderen Gerichtszweige untypischen Weise generell ohne schriftliche Voten der

Berichterstatter eine völlig andere Bedeutung als der Vorsitz in einem Zivilsenat oder in einem Senat eines anderen Bundesgerichts. Mein Hinweis auf Risiken des Doppelvorsitzes für die Beratungspraxis in Verfahren nach § 349 StPO wurde aufgrund der Festlegung des Präsidiums auf ein Ergebnis ersichtlich zumindest von den meisten Präsidiumsmitgliedern, die mehrheitlich auch als Zivilrichter die Arbeit der Strafsenate nicht persönlich kennen, nicht aufgenommen. Von Erläuterungen der Gründe des Senatsbeschlusses habe ich abgesehen. Diese waren den Präsidiumsmitgliedern schließlich bekannt.

Ich bin zuletzt zur Frage der Verbindlichkeit des Präsidiumsbeschlusses nach dem Maßstab in BVerwGE 50, 11, 21 befragt worden. Ich habe erklärt, dass in dem Grundgedanken dieser in der andersartigen Verfahrenskonstellation des Verwaltungsprozesses eines Richters in eigener Sache bei Anfechtung des Geschäftsverteilungsplans gemachten Bemerkung unter Umständen auch ein Ansatz für die weitere Tätigkeit des Senats nach dem soeben ergangenen Präsidiumsbeschluss liegen könnte. Ich habe aber betont, darüber habe der Senat zu beraten.

Im Urteil vom 8. Februar 2012 – 2 StR 346/11 – hat der Senat erklärt, dass er an seiner Rechtsauffassung zur Fehlbesetzung festhalte, sich aber angesichts des Beschlusses des Präsidiums vom 18. Januar 2012 veranlasst sehe, in der bisherigen Besetzung weiter zu verhandeln und zu entscheiden. Art. 97 GG habe unter den gegebenen Umständen partiell zurückzustehen, um einen Stillstand der Rechtspflege zu vermeiden. Wegen der Einzelheiten nehme ich auf die Gründe des Senatsurteils Bezug.

V. Die Befragung von RiBGH *Prof. Dr. Krehl* verlief nach dessen dienstlicher Äußerung im Kern ebenso wie meine. Auf dessen dienstliche Erklärung nehme ich gleichfalls Bezug. RiBGH *Prof. Dr. Fischer* war am 18. Januar 2012 in Urlaub und wurde deshalb nicht befragt. RiBGH *Dr. Ott* hat nach der Befragung im Kollegenkreis mitgeteilt, dass sie im Wesentlichen mit Hinweis auf das Beratungsgeheimnis die Auskunft verweigert habe. Nachträglich habe ihr ein Präsidiumsmitglied vertraulich mitgeteilt, sie sei nicht so intensiv befragt worden, weil im Präsidium bekannt gewesen sei, dass sie nicht zu den „Abweichlern“ gehöre. Sie hatte indes auch bei der Anhörung ihr Votum nicht preisgegeben. Warum es als bekannt galt, ist für mich nicht nachzuvollziehen.

VI. Unter anderem in den Verfahren 2 StR 585/11, 2 StR 620/11, 2 StR 622/11,

2 StR 25/12, 2 StR 28/12 sind im Februar und März 2012 Ablehnungsgesuche durch Verteidiger wegen Besorgnis der Befangenheit gegen die geschäftsplanmäßig zuständigen Richter des 2. Strafsenats eingegangen. Sie stützten sich darauf, dass der Senat in der Sache 2 StR 346/11 zwischen dem 11. Januar und dem 8. Februar 2012 seine Meinung geändert habe. Grund hierfür sei die Anhörung von Senatsmitgliedern am 18. Januar 2012 gewesen, in der nach Presseberichten auf Richter, die der Rechtsansicht des Präsidiums nicht folgen wollten, Druck ausgeübt worden sei. Von diesem Druck seien auch die nicht angehörten Richter betroffen, so dass auch diese nicht mehr die Gewähr unbeeinflusster Entscheidungsfindung böten.

Die jeweils abgelehnten Richter sind von den Vorsitzenden der nach § 27 StPO zur Entscheidung berufenen Spruchgruppen aufgefordert worden, dienstliche Erklärungen abzugeben (§ 26 Abs. 3 StPO). Dienstliche Erklärungen haben daraufhin alle Richter des Senats mit Ausnahme von RiBGH *Prof. Dr. Schmitt* abgegeben, der nicht abgelehnt worden ist.

VRiBGH *Dr. Ernemann* hat sich inhaltlich nicht geäußert und darauf verwiesen, sein Wissen unterliege einem Dienstgeheimnis.

Ich bin zwar nicht von einer Offenbarungspflicht nach § 30 StPO (vgl. zum Problem allgemein *Steinfatt*, Die Unparteilichkeit des Richters in Europa im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2012, S. 247 ff., 262 f.), wohl aber von einer solchen in Ablehnungsfällen nach § 26 Abs. 3 StPO ausgegangen und habe dienstliche Erklärungen u.a. in dem Verfahren 2 StR 25/12, in dem ich in zulässiger Weise abgelehnt worden war, abgegeben.

Die dienstliche Erklärung von RiBGH *Prof. Dr. Krehl* im Verfahren 2 StR 25/12 ist am 5. April eingegangen, dem Donnerstag vor Ostern. Am nächst folgenden Arbeitstag, Dienstag, dem 10. April 2012, hat die Präsidialrichterin gegen 16.00 Uhr der Geschäftsstelle des 2. Strafsenats telefonisch mitgeteilt, der Präsident habe angeordnet, ihm die von den Richtern des 2. Strafsenats abgegebenen dienstlichen Erklärungen vorzulegen. Den Einwand der Beamtin, sie solle sich zunächst an den Vorsitzenden des Senats wenden, erwiderte die Präsidialrichterin damit, der Präsident benötige die Erklärungen sofort. Hierauf überbrachte die Beamtin das Senatsheft des Verfahrens 2 StR 25/12 mit sechs von sieben abgegebenen dienstlichen Erklärungen, unter anderem die von mir abgegebene, der Präsidialrichterin. Diese gab die Erklärungen an den

Präsidenten weiter.

Der Vorsitzende des 2. Strafsenats wurde von dem Vorgang am Nachmittag des 11. April 2012 informiert. Eine Zustimmung zur Vorlage der dienstlichen Erklärungen an den Präsidenten durch den Vorsitzenden oder die Betroffenen hatte nicht vorgelegen.

In der Sitzung des Präsidiums vom 11. April 2012 wurde das Präsidium vom Präsidenten über den Vorgang unterrichtet. Der Präsident teilte dem Präsidium - nach der späteren Auskunft von VRiBGH *Dr. Ernemann* gegenüber dem Senat - mit, er habe auf die dienstlichen Erklärungen Zugriff genommen, um „zu prüfen, was drin steht“ und um den Erklärungen gegebenenfalls durch Pressemitteilungen entgegenzutreten. Er lasse von der wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Dr. Haußmann* prüfen, ob er berechtigt sei, die Erklärungen an die Mitglieder des Präsidiums zu verteilen. Mir ist nicht bekannt, ob die Erklärungen inhaltlich oder in Form von Ablichtungen an Mitglieder des Präsidiums weitergegeben wurden. Das Ergebnis des Prüfauftrages ist mir ebenfalls nicht bekannt.

Auf Anfrage des Senats hat der Präsident dem Senatsvorsitzenden mitgeteilt, er habe sich das Senatsheft der Sache 2 StR 25/11 vorlegen lassen, da er „gerüchteweise davon gehört“ habe, dass Ablehnungsgesuche eingegangen seien, die darauf gestützt seien, dass Richter des Senats vom Präsidium unter Druck gesetzt worden seien. Er habe Einblick in die dienstlichen Erklärungen genommen, „um sich über den Inhalt zu informieren“ und darauf reagieren zu können. Er beabsichtige derzeit nicht, die dienstlichen Erklärungen zu verwenden.

Der „Süddeutschen Zeitung“ hatte der Präsident nach deren Bericht vom 3. Mai 2012, S. 6, vorher Auskunft gegeben. Darüber wurde wie folgt berichtet: „Inzwischen hat Tolksdorf - wie das Gericht bestätigt - Einsicht in die Akten mit den ‚dienstlichen Erklärungen‘ genommen ... Die BGH-Pressestelle rechtfertigt dies auf SZ-Anfrage mit der allgemeinen Informations- und Beobachtungspflicht des Präsidenten, aus der sich das Recht auf Einsichtnahme in die Akten laufender Verfahren ableite.“

VII. In der Gesamtschau der Ereignisse hatte das Präsidium bereits am 23. November 2011 das „Zerschlagungsmodell“ verworfen, die Geschäftsplanänderung aufgrund angeblich bindender Vorgaben aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung aber als unumgänglich eingestuft und die Lösung nach dem Modell des Dop-

pelvorsitzes zunächst informell, aber in der Sache kategorisch festgelegt. Es hat in der Folgezeit nur Möglichkeiten zur Durchführung dieses Modells hinsichtlich der Entlastung des Vorsitzenden bei der Arbeit in den beiden Senaten sowie eventuelle Widerstände unter den Mitgliedern des 2. Strafsenats erforscht. Es hat Argumente der Richter, „die anders denken“, mitsamt ihrem künftigen Abstimmungsverhalten sondiert, sich selbst aber nie zu den Gründen und Gegengründen der Geschäftsplanregelung geäußert, die eigene Meinung im Ergebnis als einstimmige und unveränderliche Haltung der Anhörung erkennender Richter vorangestellt, das weitere Verhalten dieser Richter einer Beobachtung unterworfen und sich unbeschadet der Zeugenrolle im Richterablenkungsverfahren zur Presseberichterstattung über die dienstlichen Äußerungen informiert und abgestimmt.

VIII. Der Sachverhalt ist im Wesentlichen allgemein- oder gerichtskundig; er dürfte im Übrigen im Wesentlichen unstreitig bleiben. Daher verzichte ich hier zunächst auf eine - unschwer mögliche - namentliche Bezeichnung derjenigen Präsidiumsmitglieder, die mich befragt haben, als Zeugen. Ich gehe vorerst davon aus, dass es darauf nicht ankommt.

Sollte der Senat sie aus sachlich-rechtlichen Gründen oder für eine Beweiserhebung benötigen, wäre ich für einen rechtlichen Hinweis dankbar.

B.

Soweit dem Senat in der Sitzgruppe 2, der ich angehöre, am 17. Januar 2012 angeschlossen wurde, die Beschlussfassung über die schriftliche Begründung des in der Hauptverhandlung zunächst nur mit seinem Tenor verkündeten Aussetzungsbeschlusses des Senatsbeschlusses vom 11. Januar 2012 – 2 StR 346/11 oder deren Bekanntmachung an die Verfahrensbeteiligten zurückgestellt werden sollte, handelte es sich um eine rechtswidrige Maßnahme der Dienstaufsicht. Sie hat die richterliche Unabhängigkeit der beteiligten Richter nach Art. 97 Abs. 1 GG verletzt, darunter auch meine.

Diese Unabhängigkeit, die auch im Gewaltenteilungsprinzip nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG angelegt ist (*Weber DRiZ* 2012, 16), stellt ein zwar nicht grundrechtsgleiches, aber doch über Art. 33 Abs. 5 GG rügefähiges Recht der Richter dar (*Leuze DÖD* 2002, 133; *Steinfatt*, a.a.O. S. 152); es kann zudem unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit der Richter nach Art. 10 EMRK vor dem Europäischen Gerichtshof

geltend gemacht werden (*Weber DRiZ* 2012, 59, 60). Die Gewährleistung der Unabhängigkeit sichert andererseits strukturell die Unparteilichkeit der Richter (*Steinfatt*, a.a.O. S. 149), die als subjektives Recht der Verfahrensbeteiligten in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verankert ist. Nicht die Dienstaufsicht über Richter ist verfassungsrechtlich verankert (*Redeker SächsVBl.* 2007, 73, 74) und konventionsrechtlich garantiert, sondern die sachliche Unabhängigkeit der Richter, also der Gegenpol. Tendenziell ist vor diesem Hintergrund jede vermeidbare Einflussnahme auf richterliches Verhalten durch die Dienstaufsicht auszuschließen (*Hillgruber* in: *Maunz/Dürig*, GG Art. 97 Rn. 23; *Steinfatt*, a.a.O. S. 150). Die Dienstaufsicht steht auch nicht in einem Verhältnis praktischer Konkordanz zur richterlichen Unabhängigkeit. Vielmehr besteht ein normhierarisches Gefälle zugunsten der richterlichen Unabhängigkeit (*Redeker* a.a.O.). Schon dies spricht gegen die umgekehrte Perspektive von Präsident und Präsidium, mit der ich am 17. und 18. Januar 2012 konfrontiert wurde.

Zum Wesen der richterlichen Tätigkeit gehört es, dass sie durch einen nichtbeteiligten Dritten in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit ausgeübt wird (BVerfGE 4, 331, 346; 27, 312, 322; 87, 68, 85; 103, 111, 140). Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter aufgrund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren können (BVerfGE 77, 1, 51; 103, 142, 161; 125, 260, 338). Richter sind, soweit sie Recht sprechen, nur dem Gesetz unterworfen. Art. 97 Abs. 1 GG dient dem Schutz dieser Art der rechtsprechenden Gewalt vor Eingriffen durch die Legislative und die Exekutive (BVerfGE 12, 67, 71), weshalb der gesamte Bereich der rechtsprechenden Tätigkeit grundsätzlich der Dienstaufsicht entzogen ist (*Redeker SächsVBl.* 2007, 73, 74), während der im Gesetz nicht näher definierte Begriff der Dienstaufsicht, die gegenüber der eigentlichen richterlichen Tätigkeit gerade grundsätzlich nicht ausgeübt werden darf, weit interpretiert wird (*Redeker* a.a.O. S. 75), um ihn wiederum der gerichtlichen Nachprüfung zu unterwerfen. Die richterliche Tätigkeit setzt Weisungsfreiheit voraus (BVerfGE 12, 81, 88; 14, 56, 69; 26, 186, 198; 31, 137, 140; 36, 174, 185; *Hillgruber* in: *Maunz/Dürig*, GG 52 Lfg. Art. 97 Rn. 21; *Weber DRiZ* 2012, 16, 17). Dies ist auch bezüglich der Entscheidung über die Frage der Ordnungsmäßigkeit der Gerichtsbesetzung in einer konkreten Rechtssache der Fall. Richter dürfen zur Wahrung ihrer sachlichen Unabhängigkeit auch keiner nachträglichen Rechenschaftspflicht gegenüber der Exekutive unterworfen werden (*SK-StPO/Paeffgen*, EMRK, 4. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 52). Dies wurde durch hier die

angegriffene Maßnahme nicht beachtet, die sich der Sache nach als Dienstaufsicht darstellen.

Die Begründung einer Gerichtsentscheidung, wie des Aussetzungsbeschlusses vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11, und deren Bekanntmachung an die Verfahrensbeteiligten gehören zum Kernbereich richterlicher Tätigkeit; das bedarf keiner weiteren Erläuterung. Eine Maßnahme, die - und sei es auch nur dem Anschein nach - darauf abzielt, hierauf Einfluss nehmen zu wollen, greift auch in die sachliche Unabhängigkeit der beteiligten Richter ein.

Im Senat, genauer in der zuständigen Spruchgruppe 2, der ich angehöre, war ein solcher Eindruck der Aufforderung des Präsidenten, die Bekanntmachung der Begründung des Aussetzungsbeschlusses zurückzustellen und sie zuvor dem Präsidenten und dem Präsidium vorzulegen, entstanden (vgl. die dienstlichen Erklärungen von RiBGH Prof. Dr. Fischer und RiBGH Prof. Dr. Krehl in der Sache 2 StR 25/12). Es wurde nach beendeter Fassungsberatung der Beschlussbegründung aufgrund der Aufforderung des Präsidenten jedenfalls darüber gesprochen, dass das nachträgliche Weglassen einer Begründung des Aussetzungsbeschlusses oder deren Nichtbekanntmachung gegenüber den Verfahrensbeteiligten in Abhängigkeit von der Präsidiumsentscheidung am Folgetag nicht in Frage komme. Alleine schon diese Wirkung verdeutlicht, unbeschadet der tatsächlichen Intentionen des Präsidenten bei seiner Aufforderung an den Senat und unbeschadet der Ablehnung eines erneuten Eintritts in die Fassungsberatung durch den Senat, die Bedeutung und Tragweite der Maßnahme. Es handelte sich zumindest dem äußeren Anschein nach offensichtlich um einen direkten Eingriff in den Kernbereich richterlicher Tätigkeit.

Dieser Eingriff wurde nicht nachträglich durch Zustimmung der Senatsmehrheit zur kurzfristigen Zurückstellung (nur) der Bekanntmachung des Beschlusses an die Verfahrensbeteiligten und zur vorherigen Mitteilung des Beschlusstextes an den Präsidenten legitimiert. Eine Dispositionsbefugnis in diesem Kernbereich besteht nicht.

C.

Die Ladung von erkennenden Richtern durch den Präsidenten zur Befragung vor dem Präsidium (*Bernsmann StV* 2012, 274, 276) und erst Recht die sodann vor dem Präsidium durchgeführte Befragung, namentlich zu dem bisherigen und künftigen Prozessverhalten in der Sache 2 StR 346/11, waren jeweils rechtswidrige Maßnahmen der

Dienstaufsicht. Dadurch wurde ich als Betroffener jeweils in meiner von der Verfassung garantierten sachlichen Unabhängigkeit verletzt.

I. Für die Zulässigkeit des Antrags nach §§ 62 Abs. 1 Nr. 4 lit. e, 26 Abs. 3 DRiG genügt es, dass die vom Richter beanstandete „Maßnahme“ eine solche „der Dienstaufsicht“ ist (*R. Schmidt-Räntsch*, Dienstaufsicht über Richter, 1985, S. 29); mehr fordert § 26 Abs. 3 DRiG nicht. Es geht nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht um eine Maßnahme einer Dienstaufsichtsbehörde. Entscheidend ist vielmehr die Qualifikation der Maßnahme selbst (*Grimm*, Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1972, S. 4 ff.). Dies gilt namentlich auch deshalb, weil die Zuständigkeit zur Ausübung von Dienstaufsicht nicht in einem parlamentarisch erlassenen Gesetz geregelt ist (vgl. zu Letzterem *Schmidt-Räntsch* a.a.O. S. 27).

Die Geschäftsverteilung betreffende Entscheidungen des Präsidiums eines Gerichts sind allerdings grundsätzlich keine Maßnahmen der Dienstaufsicht (BGH NJW 1991, 425 f.), weil sie ihrerseits richterliche Tätigkeit darstellen. Darum geht es hier aber nicht, denn die Entscheidung des Präsidiums über die Frage der Änderung der Geschäftsverteilung aufgrund des Vorlagebeschlusses des Senats war bereits ausdrücklich einstimmig und kategorisch getroffen worden, bevor die Befragung begann. Dem Charakter als Maßnahme der Dienstaufsicht steht es dann auch nicht entgegen, dass die Maßnahme in das Gewand einer Handlung des Präsidiums gekleidet war. Die Befragung diene hiernach nicht mehr einem Zweck, der mit einer zulässigen Aufgabe des Präsidiums in Fragen der Geschäftsverteilung zu erklären wäre. Der dienstaufsichtliche Charakter wurde durch die vorwurfsvolle Art der Befragung, die Einseitigkeit der Fragerichtung, das Verschweigen eigener Gründe für die vorher getroffene Entscheidung, die augenscheinlich akribische Mitschrift aller Äußerungen durch die Präsidialrichterin, welche nicht in das Formalienprotokoll der Präsidiumssitzung eingeflossen sind, und die aus dem Gesamtzusammenhang erkennbare Zielrichtung der Einflussnahme auf das Verhalten der befragten Richter unterstrichen.

Auf die in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärte und rechtsgrundsätzliche Abgrenzungsfrage, ob „Maßnahme der Dienstaufsicht“ im Sinne von § 26 Abs. 3 DRiG eine Aufsichtsmaßnahme oder die Maßnahme einer Dienstaufsichtsbehörde ist, kommt es hier nicht an, denn der Dienstvorgesetzte war jedenfalls an dem Vorgang auch führend beteiligt. Der Präsident hat die Ladung der Senatsmitglieder zur Befra-

gung eigenverantwortlich bewirkt und in der Präsidiumssitzung bei meiner Befragung die erste Frage danach, wie ich mich nach dem vorangegangenen Präsidiumsbeschluss verhalten werde, selbst gestellt. Auf die folgenden Vertiefungsfragen durch andere Personen kommt es für die Qualifikation der Maßnahme als Dienstaufsicht im Sinne von § 62 Abs. 1 Nr. 4 lit. e DRiG dann genau genommen nicht mehr an. Sie unterstreichen jedoch den Befund und sie sind im Übrigen auch ihrerseits dem Präsidenten als Dienstvorgesetztem zuzurechnen. Er hat die bereits für sich genommen zu beanstandende Ladung vorgenommen, die Sitzung geleitet und er ist auch gegen Fragen anderer Präsidiumsmitglieder, die auf § 43 DRiG und Art. 97 Abs. 1 GG offensichtlich keinen Bedacht genommen haben, ungeachtet seiner Fürsorgepflicht mir gegenüber und seiner Dienstaufsicht über die Fragesteller nicht eingeschritten, sondern hat die Antworten selbst für eigene Zwecke aufgenommen. Dienstaufsicht kann schließlich in einem Tun oder Unterlassen bestehen (*Schmidt-Räntsch*, a.a.O. S. 29).

Auf die Frage der Abgrenzung zwischen einer Aufsichtsmaßnahme oder der Maßnahme einer Dienstaufsichtsbehörde als Gegenstand des § 26 Abs. 3 DRiG kommt es ferner dann nicht an, wenn eine intentionale Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit vorliegt. Zu deren Anfechtung sieht das Gesetz mit § 26 Abs. 3 und § 62 Abs. 1 Nr. 4 lit. e DRiG eine spezielle Regelung vor (*Grimm*, a.a.O. S. 15). Nur dies entspricht der Rechtswegegarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

Bei einer Verletzung von Art. 97 Abs. 1 GG ist der angewiesene, unter Druck gesetzte oder einem „Anreiz“ ausgesetzte Richter sogar dienstlich dazu verpflichtet, sich gegen den Eingriff zu wehren und notfalls dienstgerichtlich dagegen vorzugehen (*Meyer in: von Münch/Kunig* [Hrsg.], GG, 6. Aufl. 2012, Art. 97 Rn. 17). Auch dies lässt zudem unter dem Blickwinkel der Rechtswegegarantie des Art. 19 Abs. 4 GG die Rechtswegeröffnung vor dem Dienstgericht des Bundes angezeigt erscheinen.

Es handelte sich bei dem Vorgehen des Präsidenten und des Präsidiums um einen gesetzlich nicht geregelten Weg (*Groß-Bölting* HRRS 2012, 89, 90). Würde die ersichtlich intentional auf einen Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit gerichtete Befragung alleine wegen ihrer Durchführung vor dem Präsidium, das für sich genommen keine Stelle ist, die dazu berufen wäre, Dienstaufsicht auszuüben, nicht als Maßnahme im Sinne von § 62 Abs. 1 Nr. 4 lit. e DRiG qualifiziert, so bestünde eine Rechtsschutzlücke. Der Verwaltungsrechtsweg ist nicht eröffnet (vgl. VG Münster Urteil vom 12. Juni 2009 - 1 K 193/09). Zudem erschiene es kaum sachgemäß, die vor-

liegende Problematik einem Verwaltungsgericht und nicht dem mit besonderer Zuständigkeit ausgestatteten Dienstgericht des Bundes vorzulegen. § 62 Abs. 1 Nr. 4 DRiG ist der Sache nach jedenfalls der „richtige“ Rechtsweg in diesem Fall der Verletzung von Art. 97 Abs. 1 GG durch Maßnahmen mit inhaltlich dienstaufsichtlichem Charakter (vgl. *Hillgruber* in: *Maunz/Dürig*, GG Art. 97 Rn. 79).

Rechtsprechung des Dienstgerichts des Bundes steht dem nicht entgegen. Auch danach ist eine Maßnahme nach §§ 26 Abs. 3, 62 Abs. 1 Nr. 4 lit. e DRiG anfechtbar, wenn sie als Aufsichtsmaßnahme durch eine staatliche Stelle erkannt wird (*Grimm*, a.a.O. S. 23).

Art. 19 Abs. 4 GG gebietet, dass es für alle Fälle der Verletzung subjektiver Rechte durch die öffentliche Gewalt fachgerichtlichen Rechtsschutz geben muss. Die Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes ist ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaates. Das Grundgesetz garantiert Rechtsschutz vor den Gerichten im Übrigen nicht nur gemäß Art. 19 Abs. 4 GG, sondern darüber hinaus im Rahmen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs (BVerfGE 107, 395, 401). Die Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes gewährleistet zunächst, dass überhaupt ein Rechtsweg zu den Gerichten offen steht. Darüber hinaus garantiert sie auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Sie umfasst das Recht auf Zugang zu den Gerichten, eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands sowie eine verbindliche Entscheidung durch einen Richter oder ein Gericht, nicht durch die (Justiz-) Verwaltung. Zumindest bei verfassungskonformer Auslegung anhand dieser Rechtsschutzgewährleistung der Verfassung ist § 62 Abs. 1 Nr. 4 lit. e DRiG dahin zu verstehen, dass alle Maßnahmen gegen Bundesrichter zumindest unter Beteiligung auch des Dienstvorgesetzten, die materiell als Dienstaufsicht zu qualifizieren sind, der Kontrolle durch das Dienstgericht des Bundes unterliegen müssen. Ein solcher Fall liegt hier vor.

II. Das Dienstgericht des Bundes hat den Begriff einer „Maßnahme der Dienstaufsicht“ im Hinblick auf den Zweck des § 26 Abs. 3 DRiG, den Richtern gegenüber den Dienstaufsichtsbehörden einen möglichst umfassenden Rechtsschutz zu gewähren, von jeher weit gefasst. Es genügt eine Einflussnahme, die sich auch nur mittelbar auf die Tätigkeit des Richters auswirkt oder darauf abzielt. Erforderlich ist lediglich, dass ein konkreter Bezug zu der Tätigkeit des Richters besteht. Eine Maßnahme der Dienstaufsicht ist daher in jeder Meinungsäußerung zu erblicken, die sich in irgendeiner Weise kritisch mit dem dienstlichen oder außerdienstlichen Verhalten eines Richters befasst

(BGHZ 51, 280, 284; 90, 41, 43; 93, 238, 241). Nicht jede Maßnahme der Dienstaufsicht stellt andererseits einen Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit dar. Der Dienstaufsicht entzogen ist allein die Rechtsfindung, diese andererseits in vollem Umfang. Dabei sind alle ihr auch nur mittelbar dienenden – sie vorbereitenden und ihr nachfolgenden – Sach- und Verfahrensentscheidungen in den Schutzbereich der richterlichen Unabhängigkeit einzubeziehen (BGHZ 42, 163, 169; 47, 275, 286; 67, 184, 187 f.; 70, 1, 4; 71, 9, 11; 76, 288, 291; 90, 41, 45; 93, 238, 243). Dies gilt selbstverständlich auch für Entscheidungen über die Frage der richtigen Besetzung des Spruchkörpers.

Es handelte sich bei meiner Befragung als erkennender Richter zu meinem Prozessverhalten nach der Präsidiumsentscheidung, der Vorlage des Senats wegen der Annahme einer fehlerhaften Besetzung des Senats keine Folge zu leisten, um eine die sachliche Unabhängigkeit verletzende Maßnahme der Dienstaufsicht. Sie erfolgte gezielt personenbezogen als Reaktion auf die auch unter meiner Mitwirkung erfolgten Remonstrationen des Jahres 2011 sowie auf den Senatsbeschluss vom 11. Januar 2012.

Eine nach bestem Wissen und Gewissen vorgenommene Remonstration (§ 46 DRiG i.V.m. § 36 Abs. 2 BeamStG und § 63 Abs. 2 BBG) entspricht der Dienstplicht (vgl. *Battis*, BBG, 4. Aufl., § 63 Rn. 4). Sie durfte deshalb nicht mit Vorwürfen beantwortet werden. Mit irgendeiner Aufgabe des Präsidiums als Selbstverwaltungsorgan war dies - nach der einstimmigen und kategorischen Beschlussfassung des Präsidiums - nicht mehr in Verbindung zu bringen.

Die vorwurfsvolle Frageweise (pars pro toto: „Ich bin entsetzt! Haben Sie sich keine Gedanken gemacht ...?“) lässt beispielhaft erkennen, dass es um Aufsicht und Einflussnahme ging, nicht um eine Maßnahme der gerichtlichen Selbstverwaltung.

Die abschließende Frage der Verbindlichkeit des Präsidiumsbeschlusses nach dem Maßstab in BVerwGE 50, 11, 21 zielte darauf, mich zur Fortsetzung der Rechtsprechungstätigkeit zu bewegen. Welche Konsequenzen andernfalls zu erwarten wären, wurde zwar nicht ausgesprochen, lag aber auf der Hand. Eine Dienstleistungsverweigerung wäre - diesen Eindruck vermittelten mir Inhalt und Form der Befragung - mit disziplinarischem Einschreiten beantwortet worden. Die an mich gerichteten Fragen dienten - alternativ - der Vorbereitung oder Vermeidung einer solchen Maßnahme.

Informell wurde später im Gericht kolportiert, im Fall einer Dienstleistungsver-

weigerung der „Dissidenten“ nach der kategorischen Ablehnung der durch Senatsbeschluss erbetenen Besetzungsänderung durch das Präsidium wäre sogleich mit disziplinarischen Maßnahmen eingeschritten worden. Das ist für sich genommen wenig aussagekräftig, erscheint aber als jedenfalls nicht fern liegende Schlussfolgerung aus dem Geschehen. Es verdeutlicht überdies, in welchem Maße auch informeller Druck gegen - tatsächliche oder vermeintliche - „Abweichler“ aufgebaut wurde und weiterhin besteht. Diese sehen sich seit Monaten einem permanenten Rechtfertigungs- und Erklärungsdruck ausgesetzt, während sich die „Mehrheit“ mit den abweichenden Argumenten inhaltlich gar nicht auseinandersetzt und eigene Begründungen verweigert.

III. Der Präsident war bereits nicht dazu berechtigt, erkennende Richter vorzuladen, „um den Kollegen, die an der Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens in der Strafsache 2 StR 346/11 mitgewirkt haben, nochmals Gelegenheit zu geben, ihre Sicht der Dinge darzulegen“ (*Bernsmann StV 2012, 274, 276*). Ebenso war er als Sitzungsleiter zu der geschilderten Art der Befragung oder deren Duldung nicht befugt, sondern hätte als Dienstvorgesetzter eigene Fragen unterlassen und gegen fremde Fragen der beschriebenen Art wegen der dadurch bewirkten Verletzung von Art. 97 Abs. 1 GG einschreiten müssen.

Die Reihenfolge von kategorischer Entscheidung des Präsidiums am 18. Januar 2012 über den Vorlagebeschluss des Senats einerseits und anschließender Befragung von Senatsmitgliedern, die daran mitgewirkt haben, andererseits verdeutlicht Ziel und Zweck der Maßnahme und kennzeichnet zugleich ihre Rechtswidrigkeit.

„Eine `rechtskräftige´ Entscheidung gegen einen BGH-Senat steht einer Behörde ... nicht zu“ (*Bernsmann StV 2012, 274, 275*).

Die Frage des Präsidenten nach meinem zukünftigen Prozessverhalten war offensichtlich unzulässig. Damit sollte erkennbar Druck ausgeübt werden. Die vorher - unter Mitwirkung von VRiBGH Dr. *Ernemann* ausdrücklich einstimmig und damit dessen Abstimmungsverhalten verratend - ergangene Entscheidung des Selbstverwaltungsorgans ohne eigene Begründung hatte Rechtsprechung in Form des Senatsbeschlusses vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11 - ignoriert und die Entscheidungsalternativen der erkennenden Richter, die das Präsidium zumindest mehrheitlich mit der Bitte um Abhilfe angerufen hatten, ohne zwingenden Grund reduziert; denn das Präsidium und der Präsident hatten durchaus Handlungsalternativen, die zum Teil im Senatsbeschluss aufgezeigt wurden. Rechtlich im Hinblick auf Art: 101 Abs. 1 Satz 2

GG am wenigsten problematisch erschienen wäre etwa der Beitritt des Präsidenten zu einem Strafsenat zur Behebung einer Vakanz im Vorsitz, zu dem er nicht einmal die Zustimmung des Präsidiums benötigt hätte. Warum diese Option nicht in Betracht gezogen wurde, ist in der gesamten Diskussion seit Sommer 2011 für mich nicht erkennbar geworden.

Die Befragung der gemutmaßten „Dissidenten“ diene erkennbar nur dazu, die Durchsetzung der Präsidiumsentscheidung, die wiederum nur die Alternativen der Befolgung oder Dienstleistungsverweigerung übrig ließ, zu erzwingen. Dies hat auch tatsächlich zumindest in nicht ausschließbarer Weise Einfluss auf das für weitere Verfahren präjudizielle Verfahren 2 StR 346/11 genommen (vgl. auch die dienstliche Erklärung von RiBGH *Prof. Dr. Krehl* in der Sache 2 StR 25/12).

Exekutive Maßnahmen im Vorfeld einer absehbaren Gerichtsentscheidung, die Einfluss auf die Entscheidung der Richter nehmen, sind mit Blick auf Art. 97 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK unzulässig, und zwar selbst dann, wenn sie abstrakt gefasst sind (*Weber DRiZ* 2012, 16, 17 f.) oder nur mittelbare Auswirkungen auf die Rechtsprechungstätigkeit haben oder darauf abzielen (BGHZ 93, 238, 241). Der Präsident und unter seiner Leitung einzelne Mitglieder des Präsidiums als Fragesteller haben weder auf § 43 DRiG noch auf Art. 97 Abs. 1 Satz 2 GG und die Neutralitätsgarantie aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ausreichend Rücksicht genommen (*Bernsmann StV* 2012, 274, 276 f.; *Groß-Bölting HRRS* 2012, 89, 90; *Spies ZAP* Fach 19 S. 749, 756).

IV. Die Inhalte der einzelnen Fragen, die mir am 18. Januar 2012 ohne Intervention des Präsidenten von Präsidiumsmitgliedern gestellt wurden, verdeutlichen die Rechtswidrigkeit der Gesamtmaßnahme, zumal RiBGH *Prof. Dr. Krehl* im Wesentlichen mit denselben Fragen konfrontiert wurde. Selbst wenn die in Frageform geäußerten Vorhaltungen nur als „Empfehlungen“ zu deuten wären und nicht als kategorische Weisungen, ginge dies zu weit. Die sachliche Unabhängigkeit der Richter ist auch dann verletzt, wenn ein Dienstvorgesetzter „Empfehlungen“ zur Art und Weise des Verhaltens im Kernbereich richterlicher Tätigkeit ausspricht (*Hillgruber in: Maunz/Dürig, GG Art. 97 Rn. 22*).

1. Soweit ein Präsidiumsmitglied sein Entsetzen über den Senatsbeschluss vom 11. Januar 2012 zum Ausdruck brachte und fragte, ob ich mir keine Gedanken ge-

macht hätte, was dieser Beschluss für Angeklagte, die meist in Untersuchungshaft seien, bedeute (im Kern ebenso gegenüber RiBGH *Prof. Dr. Krehl*, vgl. dessen dienstliche Erklärung in der Sache 2 StR 25/12), handelte es sich nicht etwa nur um eine rhetorische Frage; denn der Fragesteller wartete danach erkennbar auf eine Antwort. Ich zögerte schließlich gerade deswegen mit einer Antwort unter Hinweis darauf, dass ich mir nicht im Klaren sei, ob ich die Frage überhaupt beantworten dürfe. Der anschließende Vorhalt, meine Meinung sei seit der Anhörung vom 15. Dezember 2011 bekannt, unterstreicht wiederum die Annahme, dass es sich nicht nur um eine rhetorische Frage im Rahmen einer persönlichen Meinungsäußerung gehandelt hat. Sie beachtete auch nicht das Beratungsgeheimnis.

Dagegen hätte der Präsident als Dienstvorgesetzter des Fragestellers einschreiten müssen. Dies hat er aber nicht getan, weil es sich insgesamt nur um eine einseitige Befragung meiner Person mit verteilten Rollen handelte, bei der sich der Präsident als Vorsitzender die Einzelfrage, gegen die er unbeschadet der Verletzung von Art. 97 Abs. 1 GG auch nicht aufgrund seiner Fürsorgepflicht und der Dienstaufsicht nicht eingeschritten ist, als Dienstvorgesetzter zurechnen lassen muss.

Die Rollenverteilung war im Übrigen bei den verschiedenen Befragungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten und gegenüber verschiedenen Personen im Kern identisch; die Mehrzahl der Mitglieder des Präsidiums beteiligte sich dagegen nicht an den Befragungen vom 15. Dezember 2011 und 18. Januar 2012, manchen erschien der Vorgang augenscheinlich unangenehm.

Die an mich gerichtete Frage lässt inhaltlich eine Perspektivenvertauschung erkennen: So war die Annahme falsch, der Senat habe sich offenbar keine Gedanken über die Konsequenzen gemacht (oder ich hätte es nicht getan). Das Gegenteil ist der ausführlichen Begründung des Senatsbeschlusses zu entnehmen, während das Präsidium seine Beschlüsse nie begründet hat, was besorgen lässt, dass es sich selbst nicht über alle Aspekte ausreichend Rechenschaft abgelegt hat. Die befürchteten nachteiligen Konsequenzen für Angeklagte in Form eines zeitweiligen Stillstands der revisionsgerichtlichen Strafrechtspflege waren unter den gegebenen Umständen zunächst nicht vom Verhalten des Senats oder seiner stimmberechtigten Mitglieder abhängig. Sie hingen vielmehr zuerst von der Reaktion des Präsidiums ab, das für Abhilfe hätte sorgen können und müssen. Wäre das Präsidium dem Senatsbeschluss gefolgt und hätte es als Selbstverwaltungsorgan ohne Entscheidungskompetenz gegenüber der Senats-

rechtsprechung aus gegebenem Anlass eine mit Art.101 Abs. 1 Satz 2 GG in Einklang stehende Alternative zum „Doppelvorsitz“ beschossen, so wäre ebenfalls nicht der angeblich befürchtete Stillstand der Strafrechtspflege eingetreten. Eine wesentliche Verfahrensverzögerung wäre nicht entstanden, da Revisions­sachen beim Bundesgerichtshof in der absoluten Mehrzahl aller Fälle in einzelnen Monaten nach Vorlage der Akten durch den Generalbundesanwalt abschließend beschieden werden und allenfalls kurzfristig eintretende Erledigungsrückstände sehr rasch, innerhalb weniger Wochen, abgebaut werden. Die Frage wäre also nur plausibel gewesen, wenn der Präsidiumsbeschluss alternativlos und die Annahme des Senatsbeschlusses über eine Fehlbesetzung zwingend rechtlich falsch gewesen wäre. Beides ist aber nicht anzunehmen. Dazu verweise ich auf die bisher nirgends substantiiert widerlegten, in ersten Literaturäußerungen vielmehr bestätigten (*Schünemann* ZIS 2012, 1, 6 f.) Gründe des Senatsbeschlusses vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11.

Die mir vorgelegte Frage, ob ich mir keine Gedanken über die Bedeutung des Aussetzungsbeschlusses für Angeklagten gemacht hätte, deutet ferner auf Unverständnis für die vom Senat aufgezeigte Lage hin. Danach ist die Beauftragung eines Vorsitzenden mit der Übernahme der Leitung zweier vollbesetzter Strafsenate, also praktisch mit dem Doppelten des bisherigen Arbeitspensums, unbeschadet des Leistungswillens und Leistungsvermögens des individuellen Vorsitzenden strukturell mit einem Qualitätsverlust der Vorsitzendentätigkeit verbunden. Die Effektivität des Rechtsschutzes durch die Revisionsinstanz in Strafsachen ist dadurch angesichts der vorherrschenden Arbeitsmethode in Beschlussverfahren in Frage gestellt. Genau dies wird zumindest bei Richterablehnungen und Anhörungsrügen inzwischen auch durch Revisionsführer geltend gemacht. Für Angeklagte, die ihre strafrechtliche Verurteilung mit der Revision zum Bundesgerichtshof anfechten, ist in erster Linie die Effektivität der revisionsgerichtlichen Urteils- und Verfahrenskontrolle von Bedeutung. Die beschleunigte Erledigung der Sache mag zwar auch von Interesse sein, aber jedenfalls - namentlich angesichts der statistisch überwiegenden Erfolglosigkeit von Revisionen – deutlich nachrangig. Eine qualitativ hochwertige, nachvollziehbare und möglichst zuverlässige Sachprüfung ist unter dem Blickwinkel der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG und des Topos der Effektivität der Strafrechtspflege wesentlich wichtiger als ein „kurzer Prozess“ mit möglichst rascher Verfahrenserledigung, die - mangels inhaltlicher Kontrollkompetenz - das alleinige Anliegen der Justizverwaltung ist. Daher wäre die Präsidiumsentscheidung für den erstmaligen Dop-

pelvorsitz eines Vorsitzenden Richters in zwei Strafsenaten und gegen die Vorlage des Senats seinerseits dahin in Frage zu stellen, ob sie auch im Interesse der Revisionsführer genügend durchdacht war und ist. Das bleibt zumindest angesichts der Nichtmitteilung von Gründen für diese Lösung und der fehlenden inhaltlichen Auseinandersetzung mit den Gegengründen des Senats fraglich. Der einseitige Vorwurf an einen Richter, der an der Senatsentscheidung mitgewirkt hat, wirkt vor diesem Hintergrund angreifbar.

Die Frage als solche war also erstens dem Präsidenten als Dienstvorgesetzten zuzurechnen, zweitens war sie inhaltlich als Vorhaltung oder Ermahnung dienstaufsichtlicher Natur (vgl. zu einer solchen Art von dienstaufsichtlichen Maßnahmen *Grimm*, Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, S. 90 ff.; *Redeker* SächsVBl. 2007, 73, 75), drittens war sie sachlich angreifbar, sowie viertens mit Art. 97 Abs. 1 GG unvereinbar.

2. Ferner wurde danach gefragt, ob nicht im Gesamtsenat eine einvernehmliche Ansicht hätte gebildet werden können, der sich Senatsmitglieder, die „anders denken“, hätten anschließen können (im Kern ebenso auch gegenüber RiBGH *Prof. Dr. Krehl*, vgl. dessen dienstliche Erklärung in der Sache 2 StR 25/12). Dieses in Frageform formulierte Ansinnen, dessen pejorative Tendenz aus dem ergänzenden Hinweis erkennbar wird, solches Vorgehen sei beim Bundesgerichtshof üblich, muss ebenfalls bedenklich wirken.

Ein Richter darf zwar fremde Rechtsmeinungen aus eigener Überzeugung akzeptieren oder ablehnen und sie in seinem Votum zu einer Rechtssache durch seine eigene Meinung ersetzen, solange er vertretbare Gründe dafür hat. Eine Entscheidung gegen die eigene Überzeugung im Hinblick auf die Mehrheitsverhältnisse im Senat ist jedoch unzulässig. Wer meint, sich im Senat einem Gruppenzwang nicht entziehen zu können, „darf nicht in ein Richterkollegium gehen“ (*Mandla* ZIS 2009, 143, 144).

„Jeder Richter muss sich bei jeder Entscheidung eine eigene, sachlich begründete Überzeugung davon bilden, was rechtens ist. Er darf sich nicht dem Vorsitzenden oder der Mehrheitsmeinung im Spruchkörper anschließen, wenn ihm deren Sachgründe nach seiner auch für Gegenargumente offenen Prüfung der Auslegungs- und Anwendungsregeln nicht überzeugen. ...

Er darf sich auch nicht den im Gesetz nicht vorgesehenen `Grauen Senaten` anschließen oder beugen. Solche `Kollegialorgane` führen übergreifende `Beratungen` durch und treffen `Absprachen` über die von ihnen zu vertretenden Rechtsansichten sowie `Entscheidungsvereinbarungen` rein kollegialer Art. ... Es wird übergreifend beraten und gemeinsam im Vorfeld entschieden, wie die einzelnen Spruchkörper zu entscheiden haben. Mit dieser `kollegialen Zusammenarbeit` versuchen `mächtige` Richter die Rechtsprechung mehrerer fachgleicher Spruchkörper in ihrem Sinn zu vereinheitlichen ...

Macht ein Richter dabei mit, bricht er das Recht, nicht notwendig schon im Umfang (eines Versuchs) der Rechtsbeugung i.S.d. § 339 StGB, aber in straf- und disziplinarrechtlich erheblicher Weise. Wer sich demgemäß weigert, muss allerdings mit Sanktionen rechnen. Dabei kommen insbesondere eine fachliche Diskriminierung, eine 'kollegiale' und gesellschaftliche Ausgrenzung und Mobbing etc. in Betracht. Der wegen Gesetzestreue 'unkollegiale' Richter darf sich auch nicht wundern, dass er nur aus (sich dann 'natürlich' von selbst einstellenden) 'sachlichen' Gründen vom Präsidium mit der nächsten durchaus mitten im Kalenderjahr ergehenden Änderung des Geschäftsverteilungsplans mit einem anderen Fachgebiet betraut wird" (*Meyer* in: von *Münch/Kunig* [Hrsg.], GG 6. Aufl. 2012, Art. 97 Rn. 18).

Die Unterwerfung unter die Meinung der Mehrheit im Senat gilt auch an anderer Stelle, so etwa wenn ein überstimmtes Senatsmitglied ein Beschlussverfahren nach § 349 Abs. 2 StPO hinnimmt, um eine als überflüssig angesehene Hauptverhandlung zu vermeiden (im Jargon umschrieben mit: „vier zu eins ist einstimmig“), als klarer Rechtsmissbrauch (*Rosenau* ZIS 2012, 195, 202).

Wenn mir durch die genannte Frage unterschwellig ein vergleichbarer Gesetzesbruch empfohlen wurde, so muss dies als unzulässiger Versuch der Einflussnahme gegenüber einem erkennenden Richter gelten. Der Präsident hätte auch dagegen einschreiten müssen; das hat er jedoch nicht getan.

3. Ein Präsidiumsmitglied hat danach gefragt, ob es in dem Verfahren 2 StR 346/11 überhaupt eine Besetzungsrüge gegeben habe. Dabei wurde ersichtlich erwartet, dass ohne ausdrückliche Besetzungsbeanstandung durch einen Verfahrensbeteiligten keine (ausdrückliche) Entscheidung über die Senatsbesetzung hätte erfolgen und das Problem durch Stillschweigen verheimlicht werden sollen (im Kern ebenso gegenüber RiBGH *Prof. Dr. Krehl*, vgl. dessen Erklärung in der Sache 2 StR 25/12).

Die Besetzungsfrage ist aber nach ständiger Rechtsprechung zu Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG stets von Amts wegen zu prüfen. Dies „sollte außer Streit stehen“ (*Bernsmann* StV 2012, 274, 275), ist aber hier gleichwohl in einer Weise problematisiert worden, die zeigt, dass es - jedenfalls auch - im Ergebnis darum ging, das Bestehen eines Rechtsproblems vor der Öffentlichkeit zu verbergen.

Dieselbe Zielrichtung lag der Frage danach zu Grunde, ob es eine Möglichkeit für mich wäre, wenn ich in einen anderen Senat wechseln würde (im Kern ebenso gegenüber RiBGH *Prof. Dr. Krehl*, vgl. dessen dienstliche Erklärung in der Sache 2 StR 25/12). Sie enthielt überdies - nach meinem durch die Gesamtsituation bestärkten Eindruck - eine unausgesprochene Drohung, eine solche Umsetzungsmaßnahme vorzunehmen, wenn ich meine - unterstellte - Rechtsansicht nicht ändere oder zurückstelle.

4. Die abschließende Frage nach der Verbindlichkeit des Präsidiumsbeschlusses im Sinne von BVerwGE 50, 11, 21 (im Kern ebenso gegenüber RiBGH *Prof. Dr. Krehl*, vgl. dessen Erklärung in der Sache 2 StR 25/12) besitzt auch Aussagekraft.

Dazu hatte bereits der Senatsbeschluss vom 11. Januar 2012 – 2 StR 346/11 (Tz. 8) Stellung genommen. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts betrifft die vorläufige Befolgungspflicht des Richters im Verfahren über die verwaltungsgerichtliche Anfechtung des Geschäftsverteilungsplans wegen einer behaupteten Verletzung von Rechten des Richters in seinen eigenen Rechten durch den Geschäftsverteilungsplan. Sie hat mit dem Fall der Vorlage des Senats an das Präsidium wegen einer Besetzungsbeanstandung in Folge einer als unzulässig angesehenen generellen Regelung des Geschäftsverteilungsplans aufgrund von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ersichtlich nichts mehr zu tun.

Ziel und Zweck der Frage an mich, ob ich nach dem vorausgegangenen kategorischen Präsidiumsbeschluss bereit sei, mich einer Befolgungspflicht nach dem Maßstab aus BVerwGE 50, 11, 21 zu unterwerfen, kann wiederum nur darin gesehen werden, dass hier eine Pflicht aus einem Dienstleistungsauftrag reklamiert wurde, bei deren Nichtbeachtung disziplinarische Maßnahmen drohen konnten.

Dies alles verdeutlicht zugleich den dienstaufsichtsrechtlichen Gehalt der Gesamtmaßnahme und auch deren Rechtswidrigkeit, weil ich bei der richterlichen Tätigkeit der Entscheidung über die Besetzungsfrage keinem Befolgungszwang unterworfen werden durfte, aber unbeschadet der gewählten Frageform mit pejorativem Unterton doch deutlich dazu aufgefordert wurde.

V. Die Maßnahme vom 18. Januar 2012 ist durch das Urteil vom 8. Februar 2012 - 2 StR 346/11 - prozessual überholt, sie wirkt aber fort, weil in allen beim 2. Strafsenat anhängigen Revisionsverfahren stets von Amts wegen erneut die Frage der ordnungsgemäßen Besetzung zu prüfen ist und das Problem der rechtlichen Zulässigkeit des Doppelvorsitzes in zwei Strafsenaten mit Ausscheiden von VRiBGH *Dr. Ernemann* Ende Juni 2012 nicht beseitigt, sondern vorerst wohl eher verdoppelt, wird. Richterablehnungen und Anhörungsrügen sind noch anhängig und betreffen dasselbe Thema. Für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag besteht daher eindeutig ein berechtigtes Interesse, zumal ich auch mit informellen Repressalien rechnen muss.

Ein Feststellungsinteresse habe ich ferner deswegen, weil die Mehrheit der Mit-

glieder des Gerichts mir unbeschadet der Erfüllung von Dienstpflichten (§ 46 DRiG i.V.m. § 36 Abs. 2 BeamtStG, § 63 Abs. 2 BBG und § 26 Abs. 3 StPO) und der formellen Geltung des Beratungsgeheimnisses ein Fehlverhalten und die Verursachung einer Rufschädigung des Gerichts anlastet, während tatsächlich Fehler durch Andere begangen wurden, die ihrerseits zu einer Erschütterung des Vertrauens der Allgemeinheit in das System der revisionsgerichtlichen Kontrolle in Strafsachen geführt haben (*Groß-Bölting* HRRS 2012, 89; *Spies* ZAP Fach 19 S. 749, 756). Als selbstverständlich sollte es stattdessen gelten, dass ich dem Gericht nicht schaden, sondern durch meine frühzeitigen, aber wiederholt pauschal und unreflektiert als „zu dogmatisch“ übergangenen Hinweise auf Risiken der Doppelvorsitzlösung der Vorsitzendenvakanz, die sich ab Juli 2012 wiederholen kann, nutzen wollte.

Den Vorwurf, dass ich als in Presseberichten so genannter „Rebell“, „Revoluzzer“ oder „Dissident“ dem Gericht Schaden zugefügt hätte oder darauf abzielte, muss ich zurückweisen; das Gegenteil war gewollt, wurde aber durch die beschriebene Haltung im Präsidium vereitelt. Meine Äußerungen in den Schreiben im Jahre 2011 und bei den Befragungen am 15. Dezember 2011 und 18. Januar 2012 zielten darauf, auf Risiken des schließlich auch nach Ansicht von *Schünemann* ZIS 2012, 1, 6 ff. als bedenklich angesehenen Modells des Doppelvorsitzes in zwei ausgelasteten Strafsenaten aufmerksam zu machen, die nicht von der Hand zu weisen sind, zumal bereits die generelle Beschlussberatungspraxis als gesetzwidrig beschrieben wird (*Rosenau* ZIS 2012, 195 ff.) und jede weitere Erschütterung des Vertrauens in die pflichtgemäße Aufgabewahrnehmung das System der strafprozessualen Revisionskontrolle durch den Bundesgerichtshof in Frage stellt (*Spies* ZAP Fach 19 S. 749, 756). Darum alleine geht es mir. Der Konkurrentenstreit um die Vorsitzendenstelle ist hier unerheblich.

Die Vorgehensweise bei den Befragungen im Präsidium durch nichtöffentliche Einzelanhörung der Richter und Nichtbegründung des eigenen Beschlusses trotz offensichtlichen Begründungsbedarfs (vgl. zur Möglichkeit der Begründung eines Präsidiumsbeschlusses BGHSt 53, 268, 273; krit. zur Nichtbegründung im vorliegenden Fall *Schünemann* ZIS 2012, 1, 6) angesichts ausführlicher Erläuterung der Vorlage durch den Senat zielte auf Verheimlichung eines angreifbar erscheinenden Befundes; eine plausible Detailbegründung dürfte im Übrigen gar nicht existieren.

Die Kundbarmachung des Vorgangs in den kraft Gesetzes geforderten dienstlichen Erklärungen im Richterablehnungsverfahren gilt offenbar als eine Art Verrat. Dabei

kann aber ein Vertrauen der Allgemeinheit und der Rechtsschutzsuchenden in die Korrektheit der revisionsgerichtlichen Strafurteils- und Verfahrenskontrolle im Rechtsstaat nicht autoritativ erzwungen und durch Heimlichkeit gesichert, sondern es muss verdient werden (*Wohlers*, Justice must not only be done, it must also be seen to be done. Zur Gewährleistung rechtlichen Gehörs im Revisionsverfahren, in: Strafverteidigervereinigungen [Hrsg.], Abschied von der Wahrheitssuche, 2011, online abrufbar unter www.strafverteidigervereinigungen.org/.../StPO/Wohlers_Justice.htm).

D.

Bei der Anordnung der Vorlage meiner dienstlichen Erklärung am 10. April 2012 und der Einsichtnahme darin durch den Präsidenten sowie besonders deutlich bei dem Prüfauftrag an die wissenschaftliche Mitarbeiterin zum Inhalt der Erklärungen handelte es sich um weitere, ergänzende Maßnahmen der Dienstaufsicht im gleichen Fortsetzungszusammenhang, die - noch dazu heimlich - in den Bereich meiner richterlichen Unabhängigkeit eingegriffen haben.

Maßnahmen der Dienstaufsicht sind „nicht nur unmittelbare Eingriffe, sondern auch Anregungen oder Meinungsäußerungen Dienstaufsicht führender Stellen, die sich in irgendeiner Weise kritisch mit dem dienstlichen Verhalten eines Richters in einem konkreten Fall befassen ... und auf eine direkte oder indirekte Weise nahe legen, wie der Richter in Zukunft verfahren oder entscheiden soll" (BGH NJW-RR 2011, 700, 701). Der Zugriff des Präsidenten auf meine dienstliche Erklärung im Verfahren 2 StR 25/12 war eine Maßnahme der Dienstaufsicht in diesem Sinne und er hat den Kernbereich meiner richterlichen Unabhängigkeit verletzt.

Selbst eine Dienstprüfung, die hier nicht einmal erkennbar vorlag, darf nicht ohne Wissen des betroffenen Richters durchgeführt werden (*Redeker* SächsVBl. 2007, 73, 76). Hier wurde durch den Präsidenten ohne Hinweis und ohne Aktenvermerk zu dem Vorgang auf den Inhalt meiner dienstlichen Erklärung zugegriffen, zumindest deren Existenz den Präsidiumsmitgliedern mitgeteilt und der wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Dr. Haußmann* ein Prüfauftrag unbekanntem Inhalts und Ergebnisses erteilt. Auskunft über Ziel, Zweck und Rechtsgrundlage wurde nur auf Nachfrage des Senatsvorsitzenden diesem gegenüber in unklarer Weise erteilt; mir liegt keine an mich adressierte Auskunft vor.

Schranken der richterlichen Unabhängigkeit greifen nicht ein. Das Beobachtungs-

recht des Dienstvorgesetzten (BGHZ 112, 189, 193) besteht nicht unbegrenzt (*Redeker* SächsVBl. 2007, 73, 76). Wie sich aus den Auskünften des Präsidenten an die Presse ergibt, hält er sich für berechtigt, auf dienstliche Erklärungen Zugriff zu nehmen, die in laufenden Verfahren über die Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit abgegeben wurden und sich inhaltlich mit einem Verhalten des Präsidenten selbst befassen, auf welches die Besorgnis der Befangenheit davon betroffener Richter gestützt wird. Die Befugnis leitet der Präsident aus dem „allgemeinen Informations- und Beobachtungsrecht“ her, das ihm als Dienstvorgesetztem zustehe, um einen ordnungsgemäßen Gang der Geschäfte sicherzustellen. Das trifft indes nicht zu.

Die Äußerung im Ablehnungsverfahren entspricht einer Dienstpflicht (§ 26 Abs. 3 StPO), sie berührt die Frage nach dem gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) und gehört zur richterlichen Tätigkeit im Sinne von Art. 97 Abs. 1 GG, welche grundsätzlich der Dienstaufsicht entzogen ist (BGHZ 77, 70, 72; BGH DRiZ 1974, 130, 131 f.; 1982, 389, 390; 1986, 423 f.; NJOZ 2012, 151, 152). Sowohl die Abgabe dienstlicher Erklärungen wie deren Inhalt unterliegen nicht dem Zugriff der Dienstaufsicht (BGH NJW 1980, 2530, 2531).

Etwas Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn die dienstliche Erklärung eines Richters unmittelbar oder mittelbar Auswirkungen auf die äußere Ordnung des Verfahrens hat (BGH DRiZ 2008, 54; *Redeker* SächsVBl. 2007, 73, 77 f.); hier wurde ohne weiteres auf alle Erklärungen von sechs Richtern zugegriffen.

Nach der Rechtsprechung des Dienstgerichts des Bundes unterliegt die richterliche Amtsführung insoweit der Dienstaufsicht, als es um die Sicherung eines ordnungsgemäßen Geschäftsablaufs und die äußere Form der Erledigung der Amtsgeschäfte oder um solche Fragen geht, die dem Kernbereich der eigentlichen Rechtsprechung so weit entrückt sind, dass sie nur noch als zur äußeren Ordnung gehörig anzusehen sind (BGHZ 90, 41, 45; 93, 238, 244.). Das ist aber nicht bereits dann anzunehmen, wenn von einem Richter vertretene Rechtsansichten zu gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen in einem konkreten Gerichtsverfahren führen könnten. Die „Ordnung des Verfahrens“, zu deren Sicherung dienstaufsichtliche Maßnahmen zulässig sein können, ist nicht dadurch berührt, dass ein Richter eine Rechtsansicht vertritt, die derjenigen des Dienstvorgesetzten widerspricht. Das gilt auch dann, wenn diese Rechtsansicht dazu führen könnte, das Vorliegen von Verfahrensvoraussetzungen für konkrete Verfahren zu verneinen, die der Dienstvorgesetzte für gegeben erachtet. Der Präsident übt keine

Vorgesetztenfunktion im Hinblick auf die von den Spruchkörpern des Gerichts zu treffenden Entscheidungen darüber aus, ob sie zutreffend besetzt sind.

Das Präsidium hat sich unter dem Vorsitz des Präsidenten schon bei der Befragung am 18. Januar 2012 wie eine „höhere Gerichtsinstanz“ verhalten (*Schünemann ZIS 2012, 1, 8*) oder aber wie eine vorgesetzte Dienststelle. Für die Einsichtnahme des Präsidenten in die dienstlichen Erklärungen von Richtern, die gerade wegen des fehlerhaften Vorgangs vom 18. Januar 2012 abgelehnt worden sind, und deren Überprüfung durch eine wissenschaftliche Mitarbeiterin im Auftrag des Präsidenten kann nichts anderes gelten. Das Präsidium und der Präsident sind keine vorgesetzte Behörde. Sie haben keine Vorgesetztenstellung gegenüber erkennenden Richtern in entscheidungserheblichen Fragen (*Bernsmann StV 2012, 274, 275*).

Der Bereich der richterlichen Unabhängigkeit umfasst nicht nur die eigentliche Rechtsfindung, sondern auch die ihr mittelbar dienenden Sach- und Verfahrensentscheidungen (BGH Urteil vom 14. April 1997 - RiZ (R) 1/96). Daher war der Zugriff auf die dienstlichen Erklärungen im Richterablehnungsverfahren in laufenden Prozessen unzulässig. Es gab dafür keinen rechtfertigenden Anlass. Ein Zugriffsrecht des Dienstvorgesetzten hätte sich allenfalls dann ergeben können, wenn konkrete, erhebliche Anhaltspunkte dafür gegeben wären, durch den Inhalt der dienstlichen Erklärungen könne in gravierender Weise der äußere Verfahrensgang und die Ordnung der Geschäfte gestört werden. Dafür bestand kein Anhaltspunkt und es wurde auch kein solcher geltend gemacht, sondern undifferenziert auf alle Erklärungen von sechs Richtern zugegriffen.

Zu berücksichtigen ist, dass der Präsident im weiteren Sinne Prozesssubjekt der den dienstlichen Erklärungen zugrunde liegenden Richterablehnungsgesuche war, denn auf sein eigenes Verhalten stützten sich die Anträge der Verteidiger. Er selbst sowie die Mitglieder des Präsidiums sind potentielle Zeugen in den mit Freibeweis zu führenden Zwischenstreitverfahren. Die Ablehnungsverfahren waren zum Zeitpunkt des Zugriffs nicht abgeschlossen, weitere Verfahren mit demselben Gegenstand sind anhängig. Umso mehr musste es sich aufdrängen, dass der Präsident nicht auf die dienstlichen Erklärungen zu Ablehnungsgesuchen zugreifen durfte. Sein eigenes Vorgehen bildet den Ablehnungssachverhalt. Dazu hätte allenfalls der Senat Feststellungen zu treffen, wenn es darauf nach seiner Ansicht ankommt (krit. *Garcia*, blog.delegibus.com/2012/05/.../wie-der-bgh-gegen-den-bgh-ermittelt...). „Gegendar-

stellungen“ jeder Art in der Presse durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs zu den dienstlichen Erklärungen wären ihrerseits eine unzulässige Einflussnahme auf laufende Verfahren.

Eine Zustimmung zur Einsichtnahme des Präsidenten ist weder durch mich, noch, soweit ersichtlich, durch den Vorsitzenden des Ablehnungssenats oder diesen Senat im Ganzen erklärt worden; dem Senatsheft ist auch darüber nichts zu entnehmen. Selbst eine erteilte Zustimmung könnte im Übrigen nicht legitimierend wirken können, weil eine Zustimmung zur Vorbereitung einer Beweisbeeinflussung nicht rechtsfehlerfrei möglich gewesen wäre. Auch ist der Kernbereich der richterlichen Unabhängigkeit erkennender Richter oder solcher, die sich nach § 26 Abs. 3 StPO dienstlich zu einem Ablehnungsgesuch äußern und äußern müssen, für Dritte nicht disponibel.

Es war offenkundig, dass der Dienstvorgesetzte sowie die Mitglieder des Präsidiums, auf deren Verhalten die Ablehnungsgesuche unter anderem in dem Verfahren 2 StR 25/12 gestützt waren, als Zeugen in Betracht kamen. Deren Aussagevorbereitung anhand der dienstlichen Erklärungen der abgelehnten Richter wäre eine Beweismanipulation gewesen. Ein Zugriff auf meine dienstliche Erklärung durch den Dienstvorgesetzten auch mit dem Ziel, einmal „zu schauen, was darin steht, damit man dem rechtzeitig pressemäßig entgegentreten kann“, war ebenfalls ersichtlich durch nichts gerechtfertigt, zumal auch die Verfahrensbeteiligten in den Vorgang nicht eingeweiht wurden und insoweit erneut Intransparenz herrscht. Im Senatsheft wurde der Vorgang nicht vermerkt.

Ein Zugriff des Dienstvorgesetzten auf eine dienstliche Erklärung in einem laufenden Ablehnungsverfahren mit dem - erklärten - Zweck, „zu schauen, was darin steht“, um dem „gegebenenfalls in der Presse entgegen zu treten“, greift in den Kernbereich richterlicher Tätigkeit ein und trachtet danach, auf das Richterablehnungsverfahren Einfluss zu nehmen, weil ein Dementi dienstlicher Äußerungen abgelehnter Richter in der Presse unmittelbare Beweisbedeutung im Ablehnungsverfahren haben könnte, wenn es darauf ankäme. Dies hat alleine der Senat in der nach § 27 StPO zur Entscheidung berufenen Besetzung zu entscheiden.

Ein Recht des Präsidenten zum Zugriff ergab sich in dieser Lage offensichtlich nicht aus dem allgemeinen Kontroll- und Beobachtungsrecht. Es wurde nicht allgemein, sondern gezielt im Hinblick auf dienstliche Erklärungen zu dem Ablehnungs-

sachverhalt, den der Präsidenten selbst geschaffen hatte, kontrolliert und beobachtet. Der Zugriff erfolgte exklusiv auf das Senatsheft desjenigen Verfahrens, in welchem sich die durch Eingang der dienstlichen Erklärung von RiBGH *Prof. Dr. Krehl gerade soeben* komplettierten dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter befanden. Der Zugriff konnte keine Funktion einer Sicherung der gefährdeten „Ordnung des Geschäftsgangs“ haben. Soweit mitgeteilt wurde, erfolgte der Zugriff ausschließlich, um den Inhalt u.a. meiner dienstlichen Erklärung daraufhin zu prüfen, ob Zeugen des Richterablehnungsverfahrens ihr öffentlich oder auf anderem Wege entgegentreten sollten. Dies ist kein legitimes Ziel dienstaufsichtlicher Beobachtung und Information.

Soweit informell ergänzend mitgeteilt worden ist, der Präsident habe prüfen wollen, ob in den dienstlichen Erklärungen etwas „Falsches“ behauptet werde, dem er oder das Präsidium entgegentreten müssten, liegt dem wiederum, ebenso wie bei den Vorgängen vom 18. Januar 2012, eine falsche Sicht der Kompetenzen zugrunde. Die Mitglieder des Präsidiums einschließlich des Präsidenten sind potentielle Zeugen im Richterablehnungsverfahren, aber keine vorgesetzte Dienststelle mit besserem Wissen darüber, ob Richtiges oder „etwas Falsches“ über das prozessrelevante Geschehen ausgesagt wird. Ob, wann und auf welche Weise sie als Zeugen befragt wurden, hatten allein die nach § 27 StPO zuständigen Richter im konkreten Verfahren zu entscheiden. Wenn sie anzuhören wären, müsste und dürfte ihnen allenfalls der Inhalt der Ablehnungsgesuche als Beweisthema bekannt gegeben werden, nicht aber die dienstliche Äußerung eines abgelehnten Richters oder die Erklärungen aller Richter, die ihrerseits Beweismittel im Freibeweisverfahren des zuständigen Gerichts sind. Abwegig wäre es anzunehmen, Zeugen des Verfahrens hätten ein aus dem „allgemeinen Informationsrecht“ des Dienstvorgesetzten ableitbares Recht, „informationshalber“ Zugriff auf die dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter zu nehmen.

Der Vorgang offenbart, ebenso wie die Vorgeschichte, im Ergebnis ein Fehlverständnis von Reichweite und Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit, ferner verdeutlicht er eine auf Kontrolle und Gehorsam ausgerichtete, hierarchische Vorstellung von den Kompetenzen im Gericht (vgl. zum `oligarchischen Richterstaat´ *Meyer* in: von *Münch/Kunig* [Hrsg.], GG 6. Aufl. 2012, Art. 97 Rn. 19).

Aus dem Gesamtzusammenhang der dargestellten Vorgeschichte ergibt sich, dass alle genannten Aktivitäten unter der Leitung des Präsidenten, zuletzt die Beobachtung der dienstlichen Äußerungen, darauf gerichtet waren, Richtern des 2. Strafsenats, die

aufgrund von Mutmaßungen über ihr Anstimmungsverhalten bei einer Gerichtsentscheidung anhand früherer Meinungsäußerungen als „Dissidenten“ gelten, Vorhalte im Hinblick auf vergangene und künftige Rechtsprechung zu machen, Auskünfte über gegenwärtiges und künftiges Entscheidungsverhalten zu erlangen und sie dazu zu bringen, Rechtsansichten aufzugeben, die denen des Dienstvorgesetzten widersprechen. Es ist offensichtlich, dass dies bestimmt war und bleibt, auf Entscheidungsverhalten mindestens mittelbar Einfluss zu nehmen. Dass der Druck aus der Befragung vom 18. Januar 2012 bei der Beobachtung der dienstlichen Erklärungen, die wegen neuer Ablehnungsvorgänge nicht abgeschlossen sind, weitergeführt wird, belegt die Wiederholungsgefahr, die ebenfalls das Rechtsschutzinteresse an dem Antrag auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahmen begründet.

E.

Ein Vorverfahren ist in der Lage des Fortsetzungsfeststellungsantrags weder vorgesehen noch erforderlich.

Der Zweck des Vorverfahrens nach §§ 68 ff. VwGO ist, der Behörde, bevor sie in ein gerichtliches Streitverfahren gezogen wird, die Möglichkeit zu geben, die angefochtene Maßnahme unter den Gesichtspunkten der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Das dient einmal dem Interesse der Behörde, aber auch dem Interesse des Betroffenen und nicht zuletzt der Entlastung der Gerichte. Ist dieser Zweck – wie hier - nicht mehr erreichbar, so ist das Vorverfahren entbehrlich (BGH NJW 1972, 634, 635).

Präsident und Präsidium hatten sich am 23. November 2011 auf ein Ergebnis des Doppelvorsitzes festgelegt, dessen Gründe in der Folgezeit nie offengelegt und das Resultat gegen „Widerstand“ verteidigt. Die Betonung der Einstimmigkeit, das Weglassen von Gründen des insistierenden Präsidiumsbeschlusses vom 18. Januar 2012 und die fortgesetzte Ausübung von Druck auf mutmaßlich dissentierende Richter, die ungeachtet des Beratungsgeheimnisses bloßgestellt werden, verdeutlichen, dass dort ein derzeit unüberwindlicher Perseveranz-, Inertia- und Schulterschlusseffekt eingetreten ist (vgl. zu Rollenvorstellungen und Gruppenkonventionen *Fabricius* in: FS Dencker, 2012, S. 71, 85 f.; s. aber auch *Meyer* in: von *Münch/Kunig* [Hrsg.], GG Art. 97 Rn. 18). Gegen rechtliche Einwendungen erweist sich diese Haltung trotz mehrfacher Remonstrationen und besonders ausführlicher Argumentation als immun.

Ein Widerspruch in einem Vorverfahren zum vorliegenden Anfechtungsverfahren gegen prozessual überholte Maßnahmen könnte deshalb keine Änderung versprechen. Anstelle juristischer Argumentation und Überzeugung durch Aufzeigen von Gründen und Abwägung mit Gegengründen ist eine autoritäre Form der fortgesetzten Machtentfaltung getreten. Bei dieser Lage kann der Antragsteller, nachdem auch der Senatsbeschluss vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11 - der Sache nach eine erfolglose Remonstration geblieben war und zur Fortführung der Rechtsprechungstätigkeit trotz bedenklicher Besetzung geführt hat (Senatsurteil vom 8. Februar 2012 – 2 StR 346/11), endgültig nicht mehr beim Antragsgegner in einem Widerspruchsverfahren mit der Gewährung effektiven Rechtsschutzes in Form einer Abhilfeentscheidung rechnen, sondern alleine bei einem unabhängigen Gericht. Um dessen Entscheidung wird hiermit gebeten.

gez. Eschelbach

(Dr. Eschelbach)
RiBGH