

Aul. 2

Prof. Dr. Thomas Fischer
Richter am Bundesgerichtshof

Baden-Baden, den 1. Oktober 2012

Kopie

Bundesgerichtshof
Dienstgericht des Bundes

- im Hause -

In dem Prüfungsverfahren

Prof. Dr. Thomas Fischer
- Antragsteller -

gegen

die Bundesrepublik Deutschland
- Antragsgegnerin

Aktenzeichen: Ri(Z) 3/12

nehme ich zu dem Schriftsatz der Antraggegnerin vom 25. September 2012
abschließend - in der Reihenfolge des dortigen Vortrags - wie folgt Stellung:

Zu 1 a)

Die Antragsgegnerin hat ausgeführt:

"Das Gespräch zwischen der Präsidialrichterin und Herrn Dr. Appl fand nicht, wie vom Antragsteller vorgetragen, am 15.03.2012, sondern am 03. oder 04.04.2012, also unmittelbar vor Ostern statt."

Hierzu ist zu erwidern:

Als ich am Nachmittag des 11.04.2012 Herrn RiBGH Dr. Appl danach fragte, ob er von der Aktenanforderung gewusst habe, teilte er mir mit: Er habe davon nichts gewusst. Es habe ihn allerdings "vor einem Monat" die Präsidialrichterin angerufen und ihn gefragt, ob er Einwände habe. Darauf habe er "geantwortet, dass er dafür nicht zuständig sei".

Als Herr RiBGH Prof. Dr. Krehl Herrn Dr. Appl am Vormittag des 11.04.2012 danach fragte, ob er von dem Vorgang Kenntnis gehabt habe, antwortete Herr Dr. Appl, er habe nichts gewusst und erst nachträglich davon erfahren. Von einem Gespräch mit der Präsidialrichterin erwähnte er nichts.

In einer späteren Besprechung im Plenum des Senats erklärte Herr Dr. Appl: Er habe sich dazu abschließend geäußert. Es sei so gewesen, wie er mir berichtet habe. Ich bin bislang davon ausgegangen, dass die Darstellung meines Senatskollegen zutreffend war. Weitere Informationen habe ich nicht.

Es bleibt also festzustellen, dass die Darstellungen der Präsidialrichterin Sost-Scheible und des Kollegen Dr. Appl deutlich voneinander abweichen, und zwar sowohl hinsichtlich des Zeitpunkts als auch hinsichtlich des Inhalts des Gesprächs. Das ist bedauerlich, wirft aber wohl ein erhellendes Licht auf den inneren Zustand des Gerichts.

Zu Ziffer 1 b)

Die Antragsgegnerin hat ausgeführt:

"Der Präsident nahm (die) Akteneinsicht bewusst erst nach Eingang aller dienstlichen Erklärungen der Richter vor, um nicht den Anschein aufkommen zu lassen, er wolle auf den Inhalt einzelner (noch nicht abgegebener) Erklärungen Einfluss nehmen. Nur aus diesem Grund war auch die Frage, ob schon alle dienstlichen Erklärungen vorliegen, Gegenstand des Gesprächs der Präsidialrichterin mit Herrn Dr. Appl gewesen."

Hierzu ist zu erwidern:

Aus der zitierten Passage ergibt sich zweierlei:

Zum einen, dass am 3. oder 4. April mit Herrn Dr. Appl darüber gesprochen wurde, ob schon alle Erklärungen vorlagen, und dass er der Präsidialrichterin die Auskunft gab, dass dies nicht der Fall sei; und dass die so genannte Akteneinsicht am 10. April "bewusst nach Eingang aller Erklärungen" erfolgte. Hieraus folgt, dass zuvor die Präsidialrichterin darüber informiert worden sein muss, dass nunmehr alle Erklärungen vorlagen.

Zum anderen, dass der Präsident selbst der Ansicht war, ein Zugriff auf bereits vorliegende dienstliche Erklärungen werde zu dem Eindruck führen, er wolle auf den Inhalt noch ausstehender Erklärungen "Einfluss nehmen". Ein solcher "Einfluss" konnte nur so vorgestellt werden, dass bereits das Wissen darum, dass der Präsident sich die abzugebende Erklärung alsbald besorgen werde, die Richter in ihrem Erklärungsverhalten beeinflussen konnte. Diese (zutreffende) Prognose zeigt, dass der Präsident des BGH sich über mögliche Wirkungen seiner "Akteneinsicht" auf die richterliche Tätigkeit der betroffenen Kollegen selbstverständlich im Klaren war. Hierauf ist noch unten zurückzukommen.

Zu Ziffer 1 c)

Die Antraggegnerin hat ausgeführt:

"Wie diese Schreiben (an den Senatsvorsitzenden und den Antragsteller) zeigen, diente die Akteneinsicht - abgesehen von dem zu erwartenden Medieninteresse - ausschließlich der Information des Präsidenten über das Ablehnungsverfahren, um zu erwartende Fragen der Präsidiumsmitglieder beantworten zu können (...)

Dementsprechend hat der Präsident, der vor der Sitzung des Präsidiums dessen Unterrichtung auf Nachfragen in Betracht gezogen hatte, dem Präsidium über den Inhalt der dienstlichen Äußerungen im Ergebnis nicht berichtet."

Hierzu ist zu erwidern:

Die Befangenheitsanträge befassten sich - wie dem Präsidenten bekannt war - ausschließlich mit Ablehnungssachverhalten, die auf tatsächliche oder angebliche Handlungen des Präsidenten selbst sowie der Mitglieder des Präsidiums des BGH gestützt waren. Zutreffend führt die Antragsgegnerin insoweit aus:

"Es lag (...) nahe, dass sich die Ablehnungsgesuche und die dienstlichen Äußerungen (...) mit der Anhörung vor dem Präsidium befassten." (S. 4)

Es war daher offenkundig, dass der Präsident sowie die Mitglieder des Präsidiums sämtlich potentielle Beweispersonen in den laufenden Zwischenverfahren waren. Sie waren damit aber nicht etwa, wie die Antragsgegnerin suggeriert, "Verfahrensbeteiligte", denen die Erklärungen "ohnehin" bekanntzumachen waren. Im Gegenteil: Wenn überhaupt, hätte die für das Zwischenverfahren zuständige Spruchgruppe einzelnen oder allen Beweispersonen Kenntnis allenfalls von den Ablehnungssachverhalten (also den Befangenheitsanträgen) geben dürfen; auch hierüber war aber nicht entschieden. Eine pauschale Mitteilung der (vollständigen) dienstlichen Äußerungen abgelehnter Richter an diejenigen dritten Personen, welche

durch ihr Verhalten die Besorgnis der Befangenheit der Richter verursacht haben sollen, wäre schon nach einer vorangegangenen Beratung des zuständigen Senats mehr als ungewöhnlich¹. Ohne eine solche eingehende Beratung der Beweislage des Zwischenverfahrens wäre sie offenkundig grob fehlerhaft.

Das gilt erst Recht, wenn diese dritten Personen, auf deren Handeln die Besorgnis der Befangenheit von erkennenden Richtern gestützt wird, die dienstlichen Äußerungen der Richter dazu benutzen wollen, eine (quasi vorbereitende) "Öffentlichkeitsarbeit" durchzuführen, Würdigungen des eigenen Verhaltens oder des Inhalts der dienstlichen Erklärungen öffentlich zu verbreiten und so die Entscheidung des für das Zwischenverfahren zuständigen Spruchkörpers zu beeinflussen.

Dasselbe gilt für die - erklärte - Absicht, die Erklärungen der abgelehnten Richter zu der den Ablehnungsgesuchen zugrunde liegenden Behauptung, es sei in Befangenheit begründender Weise von Mitgliedern des Präsidiums auf Mitglieder des 2. Strafsenats eingewirkt worden, gerade dem Präsidium - außerhalb des Verfahrensgangs des Zwischenverfahrens - zur Verfügung zu stellen, weil Mitglieder "Fragen stellen" und das Bedürfnis haben könnten, sich über die Beweislage zu informieren und eigene - gemeinsame - Darstellungen abzusprechen und zu veröffentlichen. Dieses Ansinnen und die nun von der Antragsgegnerin erneut erklärte Absicht des Präsidenten, ihm nachzukommen, ist schon für sich schwer nachvollziehbar, da es in grober Weise bewusst das Verfahrensrecht missachtet.

Es war daher von vornherein fernliegend anzunehmen, es könne sich aus "Fragen des Präsidiums" irgendeine Legitimation ergeben, auf die Akten zuzugreifen.

¹ In meiner richterlichen Tätigkeit habe ich einen solchen Fall noch nie erlebt. Dienstliche Erklärungen abgelehnter Richter sind den Verfahrensbeteiligten (Staatsanwaltschaft, Angeklagte, Nebenkläger) bekanntzugeben; ihnen ist rechtliches Gehör zu gewähren. Eine Mitteilung an Dritte, die als Beweispersonen (Zeugen) im Ablehnungsverfahren in Betracht kommen, habe ich noch nie erlebt oder erwogen.

Der Grund, warum der Präsident dem Präsidium entgegen seiner Absicht "im Ergebnis nicht" über den Inhalt der dienstlichen Äußerungen berichtet hat, war nicht etwa, dass er eine Verwertung nicht beabsichtigt habe, wie die Formulierung "dementsprechend" suggeriert. Tatsächlich hat der Präsident diese Absicht - nach seinen eigenen Erklärungen - ausdrücklich gehabt; sie war erklärtermaßen einer der Zwecke der Maßnahme. Es sollen dann aber in der Sitzung des Präsidiums dem Vernehmen nach von einzelnen Präsidiumsmitgliedern rechtliche Bedenken geäußert worden sein; erst diese führten zur Beauftragung der Mitarbeiterin Dr. Haußmann mit der Prüfung der Zulässigkeit. Wie dies verlaufen wäre, wenn zu diesem Zeitpunkt die "Akteneinsicht" vom 10. April noch nicht im Senat bekannt geworden wäre, mag dahinstehen.

Zu Ziffer 1 e):

Die Antragsgegnerin hat ausgeführt:

"Der Vorgang hatte - entgegen dem vom Antragsteller vermittelten Eindruck (...) - für die Öffentlichkeitsarbeit des Bundesgerichtshofs erhebliche Bedeutung."

Hierauf ist zu erwidern:

Nach dem Vortrag der Antragsgegnerin hatte sich ein Journalist am 7. Februar mit einer Anfrage an den Bundesgerichtshof gewandt (Anlage 2 zum Schriftsatz der Antragsgegnerin). Am 8. Februar berichtete er über Vorwürfe im Zusammenhang mit der Anhörung vom 18. Januar (ebd. Anlage 3). Am 9. Februar berichteten verschiedene Zeitungen über eine Erklärung, die der Berichterstatter in der (erneuten) Hauptverhandlung des Senats in der Sache 2 StR 346/11 abgegeben hatte.

Hierzu äußerte sich der Präsident des BGH bei seiner Pressekonferenz am 9. Februar 2012 ausführlich und - wenn man den übereinstimmenden

Presseberichten glauben darf - ungewöhnlich nachdrücklich. Hierüber berichtete eine Vielzahl von Presseorganen ausführlich. Außerdem verfasste der Präsident persönlich die Presseerklärungen Nr. 04/12 vom 13. Januar 2012 und Nr. 23/12 vom 9. Februar 2012.

Eine weitere Presseanfrage zwischen dem 9. Februar und dem 10. April 2012 gab es, soweit ersichtlich, nicht. Das Befangenheitsgesuch in der Sache 2 StR 25/12 lag bereits Anfang März 2012 vor; hierüber unterrichtete der Präsident, obgleich ihm der Senatsvorsitzende Dr. Ernemann von dem Eingang berichtet hatte, weder das Präsidium noch die Presse. Er trat auch nicht mit der Bitte an den Senat heran, ihm das Befangenheitsgesuch zur Kenntnis zu geben, damit er auf "Fragen von Präsidiumsmitgliedern" oder Presseanfragen vorbereitet sei.

Die von der Antragsgegnerin behauptete (dringende) Notwendigkeit, eine Stellungnahme gegenüber Anfragen der Presse zu den Befangenheitsgesuchen vorzubereiten, bestand daher am 10. April ersichtlich gar nicht. Soweit die Antragsgegnerin hierzu eine Anfrage vom 2. Mai 2012 zitiert und auf einen Bericht vom 3. Mai 2012 verweist, ist nicht erkennbar, was sich hieraus für den Zeitpunkt 4. oder 10. April 2012 ergeben soll.

Soweit die Antragsgegnerin darauf verweist, dass (wohl: seit kurzem, also September 2012) die dienstlichen Erklärungen "im Internet nachzulesen sind", ist dies gleichfalls für die hier inmitten stehende Frage unerheblich. Insbesondere kann sich unmöglich hieraus ergeben, dass der Präsident sich am 10. April in der geschehenen Weise "auf den - zu erwartenden - Informationsstand der Medien" bringen durfte. Wenn Annahmen darüber, was möglicherweise in der Zukunft "Informationsstand der Medien" sein könnte, eine unbegrenzte Informationsbefugnis der Justizverwaltung begründen würden, könnte man die Gedanken des Datenschutzes und des Dienstgeheimnisses ad acta legen.

Zu Ziffer 2 a)

Die Antragsgegnerin hat ausgeführt:

"Soweit sich der Antragsteller auf (...) Zitate aus seiner dienstlichen Beurteilung bezieht, ist festzuhalten, dass zwischen der dienstlichen Beurteilung und der beanstandeten Akteneinsicht keine Verbindung besteht."

Dem ist entgegen zu halten:

Die Verbindung zwischen beidem besteht - ersichtlich - darin, dass die Sachverhalte und Umstände, mit denen sich meine dienstliche Erklärung befasst, genau die Rechtsfrage und das "Verhalten" betreffen, zu denen sich der Präsident des BGH in dienstlichen Beurteilungen - mit pejorativer Tendenz - geäußert hat. Er hat in einer mir am 10. Januar 2012 ausgehändigten dienstlichen Beurteilung unter anderem ausgeführt, "das Verhalten" das ich im Zusammenhang mit den Bemühungen des Präsidiums gezeigt hätte, sei "nicht tragend" zu meinen Lasten verwertet worden. Dasselbe hat die im Verwaltungsrechtsstreit über diese Beurteilung beklagte Bundesrepublik Deutschland noch in der Klageerwiderung vom 30.08.2012 wiederholt und ausgeführt, "das Verhalten" sei "nicht tragend" berücksichtigt worden, habe aber gleichwohl, wie eine Vielzahl anderer (angeblicher) Umstände, "Bedeutung" für die (abwertende) Beurteilung.

Meine Handlungen oder Unterlassungen sind abschließend als "das Verhalten" bezeichnet; eine Erläuterung, worin "das Verhalten" bestanden haben soll, enthält weder die Beurteilung noch ist sie im Verwaltungsstreitverfahren vorgetragen worden. Stattdessen hat die Beklagte im Verwaltungsprozess ausgeführt, ich sei dadurch, dass "das Verhalten" nicht tragend berücksichtigt sei, nicht beschwert. Schon hieraus ergibt sich, dass - nach Auffassung des Präsidenten - "das Verhalten" offenkundig als gegen mich sprechender Umstand anzusehen sein soll.

In der mir am 10.01.2012 ausgehändigten dienstlichen Beurteilung hatte der Präsident im Übrigen auch ausgeführt, Spannungen im Senat (die er mir vorwarf) beruhten unter anderem darauf, dass sich ein Teil des Senats - "Herrn Fischer eingeschlossen" - mit den Bemühungen des Präsidiums (zur Geschäftsverteilung ab 01.01.2012) "schwer tue".

Der Inhalt meiner dienstlichen Erklärung vom 28.03.2012 befasste sich unmittelbar mit den Vorgängen um die Aktivitäten des Präsidenten und des Präsidiums zur Geschäftsverteilung ab 01.01.2012 und um die Besetzung der Stelle des Vorsitzenden des 2. Strafsenats mit einem "halben" Vorsitzenden Richter. Es ging darin somit gerade um den Gegenstand, den der Präsident in der mir erteilten, massiv abwertenden und meine Eignung zum Senatsvorsitz verneinenden Beurteilung als "das Verhalten" bezeichnet hatte. Diese Wertung hat er im Widerspruchsbescheid vom 02.05.2012 wiederholt und noch verstärkt.

Es lag danach auf der Hand und musste sich jedem objektiven Dritten aufdrängen, dass die Beschaffung meiner dienstlichen Erklärung und deren Kenntnisnahme in der Absicht, sie weiterzugeben oder dazu öffentlich Stellung zu nehmen, sich gerade auf Umstände und Inhalte meiner Erklärung bezog, die auch Gegenstand meiner (angefochtenen) dienstaufsichtlichen Beurteilung waren.

Die Behauptung, zwischen beidem bestehe kein Zusammenhang, erscheint daher fernliegend; das Gegenteil liegt auf der Hand.

Zu Ziffer 2 c)

Die Antragsgegnerin hat ausgeführt:

"Der Inhalt der Anhörung der Senatsmitglieder am 18. 01. 2012 ist unzutreffend wiedergegeben. Der Präsident hat bei den Anhörungen

mehrfach betont, dass das Präsidium die wie auch immer gearteten Rechtsauffassungen der Mitglieder des 2. Strafsenats respektiere."

Hierzu ist auszuführen:

Der Inhalt der Anhörungen ist genau so wiedergegeben, wie ihn die angehörten Senatsmitglieder berichtet und in ihren dienstlichen Stellungnahmen geschildert haben. Ich habe keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass diese Schilderungen der Wahrheit entsprechen.²

Dies lässt sich im Übrigen leicht überprüfen. Da die Präsidialrichterin während der Anhörungen kontinuierlich mitgeschrieben hat, ist es ein Leichtes, Ablauf und Inhalt der Anhörung nachzuvollziehen. Ich stelle daher den

Antrag.

der Antragsgegnerin aufzugeben, die Protokolle der Präsidialrichterin vorzulegen.

Im Übrigen ist nicht klar, was mit dem Begriff "respektieren" überhaupt gemeint sein soll. Das Präsidium hatte zu Beginn seiner Sitzung am 18. Januar 2012 "einstimmig" beschlossen, der Vorlage des 2. Strafsenats (Beschluss vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11) nicht abzuweichen. Erst im Anschluss an diesen Beschluss wurden die "Anhörungen" durchgeführt. Allen drei nacheinander angehörten Richtern (Prof. Dr. Krehl, Dr. Eschelbach, Dr. Ott) wurde jeweils eingangs vom Präsidenten erklärt, das Präsidium habe zuvor abschließend entschieden, dem Beschluss vom 11.01.2012 nicht abzuweichen. Sodann wurden sie in bedrängender Form befragt, wie sie sich auf dieser Grundlage in der Rechtsfrage der Zuständigkeit des Senats in Zukunft verhalten würden.

² Die dienstliche Erklärung eines Leitenden Beamten (oder Richters) hat keinen geringeren Beweiswert als eine eidesstattliche Versicherung (OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. vom 11. Januar 2010 - 19 A 3316/08).

