

Prof. Dr. Thomas Fischer
Richter am Bundesgerichtshof

29. Mai 2012

Herrn Vorsitzenden
des Dienstgerichts des Bundes

Betr.: Antrag im Prüfungsverfahren
gem. §§ 26 Abs. 3, 62 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. e, 67 Abs. 4 DRiG

gegen

den Präsidenten des Bundesgerichtshofs

Sehr geehrter Herr Vorsitzender!

Ich stelle an das Richterdienstgericht des Bundes den

Antrag

festzustellen, dass

die Anordnung des Präsidenten des Bundesgerichtshofs vom 10. April 2012 an die Geschäftsstelle des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs, ihm die dienstlichen Erklärungen vorzulegen, die ich als abgelehnter Richter gemäß § 26 Abs. 3 StPO in den Verfahren 2 StR 25/12, 2 StR 620/11, 2 StR 622/11 abgegeben hatte, sowie die Einsichtnahme in diese Erklärungen

rechtswidrig in den Bereich meiner richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 S. 2 GG) eingegriffen haben und daher unzulässig waren.

Begründung:

A. Rahmengeschehen:

Die Darstellung der Vorgeschichte ist zum Verständnis der angefochtenen Maßnahme und des Rechtsmittels erforderlich, auch wenn dieses Rahmengeschehen selbst nicht zum Gegenstand des Feststellungsantrags gemacht wird (vgl. unten S. 18 ff.).

I.

Ich bin Mitglied des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs und stellvertretender Vorsitzender des Senats. Die Vorsitzendenstelle des Senats ist seit 1. Februar 2011 vakant.

1)

Am 23. November 2011 beschloss das Präsidium des Bundesgerichtshofs, die Stelle des Vorsitzenden des 2. Strafsenats ab 1. Januar 2012 dem Vorsitzenden des 4. Strafsenats, VRIBGH Dr. Ernemann, zusätzlich zu übertragen. Hintergrund war die Erwägung des Präsidiums, eine Fortdauer der Vertretung des Senatsvorsitzes durch den geschäftsplanmäßigen Vertreter über den 31. Dezember hinaus sei gerichtsverfassungsrechtlich unzulässig (§ 21 f Abs. 1 S. 1; Abs. 2 GVG).

Am 29. November 2011 teilte mir der Präsident des Bundesgerichtshofs in meiner Eigenschaft als stellvertretender Vorsitzender des 2. Strafsenats in einem Gespräch mit, es sei beabsichtigt, VRiBGH Dr. Ernemann zum Vorsitzenden auch des 2. Strafsenats zu bestimmen. Er fragte mich, ob im Senat eine Geschäftsverteilung beschlossen werden könne, die eine solche Lösung ermögliche. Insbesondere sei es nach seiner Ansicht nicht erforderlich, dass der Senatsvorsitzende die Revisionsakten selbst lese. Ich erklärte, dass ich Lösungen für grundsätzlich möglich hielte, dies aber genauer überlegen müsse. Der Präsident bat mich, ihm bis zum 30. November 2011 mitzuteilen, wie der Senat sich zu dem Vorschlag stelle. Im

Anschluss an eine Besprechung im (nicht vollzähligen) Senat habe ich dem Präsidenten des Bundesgerichtshofs mit Schreiben vom 30. November 2011 auftragsgemäß Bedenken mitgeteilt, die im Senat geäußert worden waren.

Anlage 1: Schreiben vom 30. November 2011 an den Präsidenten des BGH

Mit Schreiben vom 30. November 2011 teilte der Präsident des Bundesgerichtshofs den Vorsitzenden der Senate die Entscheidung vom 23. November 2011 mit und lud sie zu einer Vorsitzendenbesprechung ein. Diese fand am 8. Dezember 2011 statt. Im Rahmen der Besprechung, an der ich als Vertreter des 2. Strafsenats teilgenommen habe, wurden Notwendigkeit und Zulässigkeit der genannten Maßnahme erörtert. Gegenstand der Besprechung war auch die mögliche zukünftige Haltung der Mitglieder des 2. Strafsenats hierzu, insbesondere die Fassung der senatsinternen Geschäftsverteilungsgrundsätze ab 1. Januar 2012.

Am 13. Dezember 2011 richteten vier Mitglieder des 2. Strafsenats ein Schreiben an die Mitglieder des Präsidiums des Bundesgerichtshofs. Hierin trugen sie verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Übertragung des Vorsitzes von zwei voll ausgelasteten Strafsenaten des Bundesgerichtshofs auf dieselbe Person vor. Sie stellten den Antrag, die Präsidiumssitzung vom 15. Dezember 2012 richteröffentlich durchzuführen und den Senat - gemeinsam - anzuhören.

Anlage 2: Schreiben vom 13. Dezember 2011 an die Mitglieder des Präsidiums

2)

Am Nachmittag des 15. Dezember 2011 fand im Rahmen einer Sitzung des Präsidiums des Bundesgerichtshofs eine Anhörung von fünf Richtern des 2. Strafsenats statt (Reihenfolge: Prof. Dr. Fischer; Dr. Eschelbach; Dr. Berger; Prof. Dr. Schmitt; Dr. Appl). Die Richter Prof. Dr. Krehl und Dr. Ott waren am 15. Dezember 2011 nicht im Hause und wurden nicht angehört. Auch Mitglieder des 4. Strafsenats wurden nicht angehört. Die Anhörungen fanden - entgegen dem vorgenannten Antrag - einzeln statt; Richteröffentlichkeit bestand dabei nicht.

a)

Ich selbst bin über einen Zeitraum von 90 Minuten vor allem zu folgenden Themen befragt worden:

aa) wie es zu dem Schreiben vom 13. Dezember 2011 an das Präsidium gekommen sei; wie der Entwurf und die Abstimmung dieses Schreibens organisiert worden seien; aus welchen Gründen drei Mitglieder des Senats das Schreiben nicht unterzeichnet hätten;

bb) wie nach meiner Ansicht sich der 2. Strafsenat zu der vom Präsidium vorgesehenen Besetzung der Vorsitzendenstelle des Senats mit dem Vorsitzenden des 4. Strafsenats stellen werde; ob insoweit mit „Schwierigkeiten“ und „Widerstand“ zu rechnen“ sei;

cc) wie ich selbst mich bei zukünftigen Entscheidungen des Senats zu dieser Frage verhalten wolle;

dd) ob ich bereit sei, eine ab Januar 2012 geltende senatsinterne Geschäftsverteilung zu beschließen, die es ermögliche, wesentliche Teile der üblichen Tätigkeit des Vorsitzenden auf andere Richter des Senats zu übertragen, so dass eine - jedenfalls formelle - gleichzeitige Wahrnehmung der Aufgaben eines Vorsitzenden des 2. und des 4. Strafsenats durch denselben Richter ermöglicht werden könne;

ee) wie "die Stimmung" im 2. Strafsenat sei, ob es "Spannungen im Senat" gebe, wenn ja: zwischen wem und warum; ob es signifikante Unterschiede in der Bearbeitungsgeschwindigkeit zwischen einzelnen Senatsmitgliedern gebe; ob einzelne Senatsmitglieder höhere Rückstände an Erledigungen hätten als andere, wenn ja: welche Richter dies seien.

Die Befragung wurde vom Präsidenten des BGH geführt. Zu Buchstaben bb), cc) und dd) beteiligten sich auch andere Mitglieder des Präsidiums. Die Befragung zu

Buchstaben aa) und ee) der Aufzählung führten nur der Präsident und ein Präsidiumsmitglied aktiv.

b)

Die Anhörung hatte zeitweise, namentlich durch Vorhalte zu Buchstaben aa) und ee) der obigen Aufzählung, einen vernehmungähnlichen Charakter. Das gemeinsame Schreiben vom 13. Dezember 2011 wurde inhaltlich nicht behandelt; es interessierte daran vielmehr ausschließlich, wer es initiiert und formuliert habe und wie es über das vorangehende Wochenende abgestimmt worden sei. Die Form der Befragung hierzu vermittelte den Eindruck, eine Beteiligung an dem Schreiben werde als bedenklicher und rechtfertigungsbedürftiger Vorgang angesehen.

Die von mir geäußerten Rechtsansichten zu gerichtsverfassungsrechtlichen Fragen wurden durchweg als unvertretbar oder kenntnislos behandelt. Ich sah mich einer - jedenfalls nach meinem Eindruck - geschlossenen Meinungs-Front von elf Präsidiumsmitgliedern gegenüber, die ihre Entschlossenheit, VRiBGH Dr. Ernemann zum Vorsitzenden des 2. und zugleich des 4. Strafsenats zu machen, ohne diese Senate zu entlasten, zu keinem Zeitpunkt in Frage stellten und, soweit sie sich an der Befragung beteiligten, mich nachdrücklich zu bewegen suchten, dagegen gerichtete Bedenken aufzugeben. Hierbei gewann ich allerdings den Eindruck, dass diese jedenfalls teilweise nicht verstanden waren. Mein Hinweis auf die Erforderlichkeit der Differenzierung zwischen der Annahme einer Notwendigkeit, überhaupt irgendeine Maßnahme der Geschäftsverteilung zu beschließen, und der Frage, welche der möglichen Maßnahmen am ehesten mit Art. 101 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar sei, wurde nicht beachtet; meine Frage, warum der frühere Xa-Hilfssenat zwei Jahre lang vom Stellvertreter geleitet wurde, wenn dies doch angeblich durch höchstrichterliche Rechtsprechung "zwingend" verboten sei, blieb unbeantwortet. Meinen Versuch, Fragen nach meinem zukünftigen richterlichen Verhalten und nach meiner Prognose für das Verhalten anderer Senatskollegen auszuweichen, beantwortete der Präsident des Bundesgerichtshofs mit der ungeduldigen Aufforderung: "Jetzt mal Butter bei die Fische!".

Einwände gegen Form oder Inhalt der Befragung wurden von keinem Präsidiumsmitglied geäußert.

Wegen weiterer Einzelheiten verweise ich auf meine dienstliche Erklärung vom 28. März 2012.

Anlage 3: Dienstliche Erklärung Fischer vom 28. April 2012

c)

Die bei der Sitzung anwesende Präsidialrichterin des Bundesgerichtshofs schrieb während der gesamten Befragung mit. Ein Inhaltsprotokoll wurde aber nicht herausgegeben. Auf meine entsprechende Bitte habe ich nur den Abdruck eines reinen Formalprotokolls erhalten.

Anlage 4: Protokoll der Präsidiumssitzung vom 15. Dezember 2011

Antworten, die ich bei der Anhörung durch das Präsidium auf an mich gerichtete Fragen gegeben habe, sind vom Präsidenten des BGH in einer mir am 10. Januar 2012 ausgehändigten Anlassbeurteilung verwendet worden. Dort ist unter anderem ausgeführt, bei der Einschätzung der "Stimmung" im 2. Strafsenat sei berücksichtigt worden,

"dass das Präsidium in Befolgung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und entsprechend der bei anderen obersten Gerichtshöfen üblichen Praxis eine Interimslösung für den Senatsvorsitz ... beschlossen hat, mit der sich ein Teil des Senats - Herr Prof. Dr. Fischer eingeschlossen - schwer tut."

Dass die konkret gewählte Lösung eine "Befolgung" höchstrichterlicher Rechtsprechung sei, wird in der Literatur aber gerade bestritten. Entscheidungen über Fälle vorübergehender Vakanz für die Dauer von Konkurrentenstreitverfahren existieren nicht.

d)

Am Abend des 15. Dezember 2011 beschloss das Präsidium des Bundesgerichtshofs die Geschäftsverteilung für das Jahr 2012. Wie bereits am 23. November 2011 festgelegt, wurde VRiBGH Dr. Ernemann – mit seiner vollen Arbeitskraft - zum Vorsitzenden des 2. und – gleichfalls mit seiner vollen Arbeitskraft – zum Vorsitzenden des 4. Strafsenats bestimmt; die Tätigkeit im 2. Strafsenat soll "vorgehen". Zugleich wurde ein Richter des 2. Strafsenats (RiBGH Prof. Dr. Schmitt) mit der Hälfte seiner Arbeitskraft dem 4. Strafsenat zugewiesen. Eine Entlastung des 2. Strafsenats fand nicht statt; der 4. Strafsenat wurde – wegen Überlastung im Jahr 2011 – um die Zuständigkeit für zwei kleine OLG-Bezirke entlastet; damit wurde seine Belastung derjenigen der anderen Strafsenate angeglichen.

II.

1)

Bei dem 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs sind die Revisionsverfahren 2 StR 620/11, 2 StR 622/11, 2 StR 25/12, 2 StR 28/12 und 2 StR 575/11 anhängig. In diesen Verfahren sind von verschiedenen Revisionsführern Befangenheitsanträge gegen Mitglieder des Senats gestellt worden. Ich selbst bin – unter anderem – in den Verfahren 2 StR 620/11, 622/11 und 25/12 als befangen abgelehnt worden. In der Sache 2 StR 28/12 bin ich nicht abgelehnt; in diesem Verfahren bin ich als dienstältester Beisitzer der Vorsitzende der Spruchgruppe, der gem. § 27 StPO über die Befangenheitsanträge zu entscheiden hat.

In allen Verfahren haben die zuständigen Spruchgruppen des 2. Strafsenats entschieden, dass Fälle des § 26a StPO nicht gegeben, die Befangenheitsanträge somit nicht aus den dort genannten Gründen unzulässig seien. Daher war das Verfahren gem. §§ 26, 27 StPO durchzuführen. In den Verfahren 2 StR 620/11, 622/11 und 25/12 sind am 9. Mai 2012 Entscheidungen ergangen. In dem Verfahren 2 StR 28/12 ist eine Entscheidung noch nicht ergangen.

2)

Die Befangenheitsanträge gem. § 24 Abs. 2 StPO sind übereinstimmend auf folgendes Geschehen gestützt worden:

a)

Durch Beschluss vom 11. Januar 2012 hatte die Sitzgruppe 2 des 2. Strafsenats in dem Verfahren 2 StR 346/11 die Hauptverhandlung ausgesetzt, weil der Senat in der Person von VRiBGH Dr. Ernemann fehlerhaft besetzt sei, weil ein Vorsitzender Richter gleichzeitig nicht zwei voll ausgelastete Strafsenate des Bundesgerichtshofs in der vom Gesetz und von der Rechtsprechung (vgl. BGH [GrSen für Zivilsachen], Beschl. vom 19. Juni 1962 - GSZ 1/61, BGHZ 37, 210, 215 f.) vorausgesetzten und von den Verfahrensbeteiligten erwarteten Qualität leiten könne. Am selben Tag hat die Sitzgruppe 1 des Senats durch Urteil in der Sache 2 StR 482/11 entschieden, der Senat sei vorschriftsgemäß besetzt. Ebenso - in der Begründung wortlautgleich - hat am selben Tag der 4. Strafsenat (ebenfalls unter Vorsitz von VRiBGH Dr. Ernemann) entschieden (Beschluss vom 11. Januar 2012 - 4 StR 523/11).

Ich gehöre nach der senatsinternen Geschäftsverteilung den Spruchgruppen 1 und 2 des Strafsenats an und habe an beiden Entscheidungen vom 11. Januar 2012 mitgewirkt.

In dem Beschluss vom 11. Januar 2012 in der Sache 2 StR 346/11 (Sitzgruppe 2) hat der Senat ausgeführt, auch wenn die Rechtsansicht des Präsidiums vertretbar wäre, eine weitere Vertretung der vakanten Vorsitzendenstelle durch den stellvertretenden Senatsvorsitzenden sei unzulässig, sei die konkret gewählte Lösung verfassungswidrig. Denn die Besetzung von zwei voll ausgelasteten Strafsenaten des Bundesgerichtshofs - mit jährlichen Revisionseingängen von jeweils etwa 630 Verfahren - mit demselben Vorsitzenden sei mit dem Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 2 S. 1 GG) nicht vereinbar, weil ein Richter die notwendigen, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorausgesetzten Leitungs-Aufgaben eines Vorsitzenden nicht (auf Dauer oder auf längere Sicht) in zwei Senaten gleichzeitig wahrnehmen könne. Hierbei komme es nicht auf die Bereitschaft oder Fähigkeit eines individuellen Richters an, eine solche Arbeitslast zu tragen, sondern darauf, was von Rechts wegen geschuldet sei und vom

rechtssuchenden Bürger erwartet werden und daher notfalls auch gegen den Willen eines (Vorsitzenden) Richters angeordnet werden könne. Eine auf Dauer angelegte, planmäßige Belastung mit dem Doppelten der allgemein üblichen, von allen Präsidenten des Bundesgerichtshofs unbestritten seit vielen Jahren als "an der Grenze der Belastbarkeit" bezeichneten Arbeitslast sei mit der verantwortungsvollen Erfüllung der Aufgaben eines Senatsvorsitzenden nicht vereinbar. Unvertretbar sei die Ansicht, ein Senatsvorsitzender müsse "die Akten nicht lesen" und könne wesentliche Teile seiner Befassung mit den schriftlichen Revisionsunterlagen auf andere Mitglieder des Senats delegieren. Denn in diesem Fall könne er gerade nicht die Führungs-Tätigkeit ausüben, welche die Senatsleitung durch einen planmäßigen Vorsitzenden Richter angeblich zwingend erfordere. Vielmehr handele es sich nur um eine "Schein-Lösung".

Zu der vom Präsidium des Bundesgerichtshofs vorgenommenen Geschäftsverteilung habe es mehrere Alternativen gegeben, die ohne Verletzung des Art. 101 Abs. 2 S. 1 GG hätten verwirklicht werden können.

Der Senat hat ausgeführt, es solle mit der Aussetzung der Hauptverhandlung dem Präsidium des Bundesgerichtshofs Gelegenheit gegeben werden, die Geschäftsverteilung so zu ändern, dass eine verfassungsmäßige Besetzung sichergestellt wird.

Anlage 5: Beschluss vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11
(abgedruckt in Strafverteidiger 2012, S. 204)

Über die Entscheidung ist in der Presse unter der Überschrift „Urteilsstreik beim BGH“ berichtet worden. Hierbei bin ich selbst – unter Nennung meines Namens – neben zwei weiteren Richter des Senats beschuldigt worden, „die Arbeit niedergelegt“ zu haben (Frankfurter Rundschau vom 12. Januar 2012).

In dem Urteil Az. 2 StR 482/11 vom 11. Januar 2012 (Sitzgruppe 1) ist ausgeführt, der Senat sei vorschriftsmäßig besetzt, da das Präsidium "in willkürfreier Auslegung des § 21 f GVG" angenommen habe, eine Fortsetzung der planmäßigen Vertretung

der seit 21. Februar 2011 bestehenden Vakanz im Vorsitz des 2. Strafsenats über den Jahreswechsel hinaus sei nicht zulässig. VRiBGH Dr. Ernemann habe nach dem senatsinternen Geschäftsverteilungsplan den Vorsitz in allen drei Spruchgruppen inne.

Anlage 6: Urteil vom 11. Januar 2012 - 2 StR 482/11
(abgedruckt in Strafverteidiger 2012, S. 272 mit Besprechung
von Bernsmann ebd. S. 274)

Mit den Gründen des Beschlusses 2 StR 346/11, von dem es ausdrücklich abwich, hat sich Urteil 2 StR 482/11 nicht befasst. Es leitet vielmehr die Verfassungsmäßigkeit des ab 1. Januar 2012 geltenden Geschäftsverteilungsplans ohne weiteres schon daraus ab, dass eine Fortführung der Vertretung als unzulässig angesehen worden und diese Auslegung des § 21 f Abs. 2 GVG "willkürfrei" sei.

Dasselbe gilt für den - praktisch wortlautgleichen - Beschluss des 4. Strafsenats vom 11. Januar 2012 - 4 StR 523/11

Anlage 7: Beschluss vom 11. Januar 2012 - 4 StR 523/11

Die Aussetzung der Hauptverhandlung im Verfahren 2 StR 346/11 hatte sich dagegen ausdrücklich darauf gestützt, dass - selbst bei Richtigkeit der Annahme, eine weitere Vertretung der Vakanz sei unzulässig - die konkret getroffene Regelung des Geschäftsverteilungsplans gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstoße.

Soweit sich beide Entscheidungen ausdrücklich darauf stützen, die Rechtsanwendung des Präsidiums sei "willkürfrei", haben sie ersichtlich übersehen, dass es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von gerichtlichen Geschäftsverteilungsplänen auf den Maßstab der objektiven Willkür gar nicht ankommt:

"Das Bundesverfassungsgericht beanstandet (...) die Auslegung und Anwendung von Zuständigkeitsnormen nur, wenn sie bei verständiger

Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind (vgl. BVerfGE 82, 159 <194> unter Hinweis auf BVerfGE 29, 198 <207>). Das vorliegende Verfahren betrifft demgegenüber jedoch nicht die fehlerhafte Auslegung oder Anwendung einer Zuständigkeitsregel (etwa eines Geschäftsverteilungsplans oder der Voraussetzungen des § 21e Abs. 3 GVG) durch das Gericht, sondern die Verfassungsmäßigkeit der Regelung im Geschäftsverteilungsplan, die der Rechtsanwendung zugrunde lag. Der Kontrollmaßstab des Bundesverfassungsgerichts geht daher über eine reine Willkürprüfung hinaus und erfasst jede Rechtswidrigkeit (...)

(BVerfG NJW 2005, 2689, 2690; unterstrichen von mir)

In einer vom Präsidenten des Bundesgerichtshofs verfassten Pressemitteilung vom 11. Januar 2012 zu den genannten Entscheidungen ist ausgeführt, Grund der Entscheidung des Präsidiums sei die Regelung des § 21 f GVG und die Auslegung dieser Vorschrift durch die höchstrichterliche Rechtsprechung. Danach dürfe der Vorsitz eines Spruchkörpers nicht dauerhaft durch einen Vertreter ausgeführt werden. Weiter heißt es:

„Der 4. Strafsenat und eine von drei Sitzgruppen des 2. Strafsenats haben vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage keinen Zweifel daran, dass die Senate ordnungsgemäß besetzt sind (...) Anders hat es eine andere Spruchgruppe des 2. Strafsenats gesehen, der zwei andere Richter angehören.“

Das Präsidium des Bundesgerichtshofs werde sich in den nächsten Tagen „mit der daraus entstandenen Situation befassen“.

Anlage 8: Pressemitteilung des BGH Nr. 4/2012 vom 11. Januar 2012

3)

Am 17. Januar 2012 fand eine Beratung des 2. Strafsenats (Sitzgruppe 2) statt, in der abschließend die Fassung der Gründe des Beschlusses vom 11. Januar 2012 – 2 StR 346/11 – beraten wurde. Im Laufe der Beratung wurde der Vorsitzende des

Senats zum Präsidenten des Bundesgerichtshofs gerufen und teilte danach dem Senat mit, der Präsident habe gebeten, die Entscheidungsgründe in der Sache 2 StR 346/11 noch nicht herauszugeben, sondern ihm zuzuleiten, damit das Präsidium des Bundesgerichtshofs im Rahmen einer Sitzung am 18. Januar vorab darüber beraten könne.

Dies wurde im Senat dahin aufgefasst, der Präsident wolle die Möglichkeit offen halten, auf den Inhalt der Beschlussgründe Einfluss zu nehmen. Das wurde vom Senat mehrheitlich als unzulässig angesehen. Um eine Konfrontation zu vermeiden, wurde das Original der fertiggestellten Beschlussgründe unterschrieben und beim Vorsitzenden verwahrt; dieser sicherte zu, es unverändert zur Geschäftsstelle zu geben. Eine nicht unterschriebene Kopie wurde dem Präsidenten des Bundesgerichtshofs überbracht, damit dieser sie am 18. Januar mit dem Präsidium besprechen könne. Die Legitimation für die Anforderung des Beschluss-Entwurfs durch den Präsidenten wurde argumentativ so konstruiert, es sei nicht auszuschließen, dass Teile der Entscheidungsgründe infolge einer Entscheidung des Präsidiums am Folgetag "überflüssig" würden; dann müsse das vielleicht nicht "an die Öffentlichkeit". Der Senat legte aber fest, dass die Entscheidungsgründe auf keinen Fall mehr geändert werden sollten.

4)

Danach, am Nachmittag des 17. Januar 2012 gegen 16.30 Uhr, richtete der Präsident des Bundesgerichtshofs per eMail ein Schreiben an sieben (von acht) Mitglieder des Senats. Darin forderte er sie auf, sich für eine Anhörung durch das Präsidium des Bundesgerichtshofs des 18. Januar 2012 ab 17.00 Uhr bereitzuhalten. Diese solle stattfinden, „namentlich auch um den Kollegen des Senats, 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“. Der Vorsitzende des Senats wurde nicht geladen; er gehört selbst dem Präsidium an.

Anlage 9: Schreiben des Präsidenten des BGH vom 17. Januar 2012

5)

Am 18. Januar 2012 hat das Präsidium des Bundesgerichtshofs zunächst beschlossen, dem Beschluss 2 StR 346/11 vom 11. Januar 2012 nicht abzuweichen und die Geschäftsverteilung nicht zu ändern. Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat in einer Pressemitteilung am 9. Februar 2012 hervorgehoben, diese Entscheidung sei "einstimmig" erfolgt (Pressemitteilung des BGH Nr. 23/2012). Sie ist – auch nachträglich – nicht begründet worden.

Im Anschluss an diese Entscheidung sind drei Richter des 2. Strafsenats - die RiBGH Prof. Dr. Krehl, Dr. Eschelbach und Dr. Ott -, die der Sitzgruppe 2 in der Sache 2 StR 346/11 angehörten, vom Präsidium befragt worden, wie sie sich die zukünftige Rechtsprechung des Senats auf der Grundlage dieser Entscheidung vorstellten und wie sie selbst sich bei zukünftigen Entscheidungen verhalten wollten.

Anlage 10: Dienstliche Erklärungen RiBGH Prof. Dr. Krehl vom 4. April 2012,

Anlage 11: Dienstliche Erklärung RiBGH Dr. Eschelbach vom 26. März 2012

Anlage 12: Dienstliche Erklärung RiBGH Dr. Ott vom 20. März 2012.

Auf eine Anhörung der Richter Dr. Appl, Prof. Dr. Schmitt und Dr. Berger ist - aus nicht bekannten Gründen - verzichtet worden. Mitglieder des 4. Strafsenats wurden weder am 18. Januar noch zu einem anderen Zeitpunkt angehört. Ob und wie eine Befragung des Vorsitzenden beider Senate – VRiBGH Dr. Ernemann – stattgefunden hat, der selbst Mitglied des Präsidiums ist und an allen Entscheidungen der Senate und des Präsidiums mitwirkte, ist mir nicht bekannt.

Zum Zweck der Anhörung vom 18. Januar 2012 erklärte der Präsident des Bundesgerichtshofs im Rahmen einer Pressekonferenz vom 9. Februar 2012 nach Presseberichten: Das Präsidium "habe handeln müssen"; andernfalls habe ein Stillstand der Rechtspflege gedroht. Die vom Senat im Beschluss vom 11. Januar 2012 (2 StR 346/11) erwähnten alternativen Lösungen, die einen Stillstand der Rechtspflege vermieden hätten, sind offenbar nicht in Erwägung gezogen worden.

Anlage 13: F.A.Z. vom 10. Februar 2012; "Freie Presse" Dresden vom 10. 02. 2012; "Augsburger Allgemeine" vom 10. 02. 2012; "Legal Tribune" vom 10. 02. 2012;
(beispielhaft für viele)

Ich selbst bin am 18. Januar 2012 nicht angehört worden, da ich wegen Erholungsurlaubs nicht im Hause war.

III.

1)

Am 8. Februar 2012 hat die Spruchgruppe 2 des 2. Strafsenats in der Sache 2 StR 346/11 eine neue Hauptverhandlung durchgeführt und – abweichend von der Entscheidung vom 11. Januar 2012 – in der Sache entschieden. In der Hauptverhandlung hat der Berichterstatter RiBGH Prof. Dr. Krehl im Rahmen seines Sachberichts auf die Anhörung vom 18. Januar 2012 hingewiesen und ausgeführt, diese habe ihm den Eindruck vermittelt, das Präsidium des BGH erwarte, dass die am 11. Januar 2012 von der Sitzgruppe 2 des Senats vertretene Rechtsansicht aufgegeben oder zurückgestellt werde.

In den Gründen des Urteils vom 8. Februar 2012 - 2 StR 346/11 ist ausgeführt, der Senat halte hinsichtlich der Besetzung an seiner Rechtsansicht fest. Da das Präsidium des Bundesgerichtshofs aber ohne Begründung entschieden habe, die Rechtsprechung des Senats nicht zu befolgen, habe dieser in Abwägung der gegenläufigen Rechtsgüter entschieden, der Sache Fortgang zu geben, weil anders den Verfahrensbeteiligten nicht zu einer - ggf. mit der Verfassungsbeschwerde zu überprüfenden - zeitnahen Entscheidung verholfen werden könne.

Anlage 14: Urteil vom 8. Februar 2012 - 2 StR 346/11
(abgedruckt in Strafverteidiger 2012, Heft 4, S. 273 m. Anm. Bernsmann).

In der vom Präsidenten des Bundesgerichtshofs verfassten Pressemitteilung zu der Entscheidung vom 8. Februar 2012 ist ausgeführt, durch das Urteil vom 8. Februar 2012 sei „die Rechtsprechung im 2. Strafsenat wieder von allen Spruchgruppen aufgenommen“ worden.

Anlage 15: Pressemitteilung des BGH Nr. 23/2012 vom 9. Februar 2012

Hierüber ist in der Presse unter der Überschrift: "Wenn Richter streiten. Vorwurf der Nötigung am Bundesgerichtshof" unter anderem berichtet worden:

"Im bizarren Richterstreit am Bundesgerichtshof gibt es neuen Ärger. Jetzt steht der Vorwurf im Raum, drei Bundesrichter seien ... unter Druck gesetzt worden (...) (Es wurde) einem anderen Vorsitzenden die kommissarische Leitung des zweiten Strafsenats übertragen. Neben Fischer hielten allerdings zwei seiner Kollegen diesen Doppelvorsitz wegen Arbeitsüberlastung für unzulässig. Wegen verfassungswidriger Besetzung legten vor einigen Wochen drei - von acht Richtern - die Urteilsarbeit nieder (...). Klaus Tolksdorf wies die öffentlich erhobenen Vorwürfe jetzt scharf zurück (...) Inzwischen urteilen die drei Bundesrichter wieder (...)."

Anlage 16: Frankfurter Rundschau vom 11. Februar 2012
(Unterstreichungen von mir)

Der vorstehende Zeitungsartikel wird - beispielhaft - deshalb zitiert, weil er dokumentiert, dass das Beratungsgeheimnis (§ 43 DRiG) frühzeitig gebrochen wurde, dass öffentlich Namen von angeblichen "Abweichlern" bekanntgegeben wurden und dass in einer von zutreffender Sach- und Rechtsinformation fast freien Berichterstattung Stimmung gegen "drei von acht" Richtern gemacht wurde, die angeblich "die Arbeit niedergelegt" hätten, um einen "bizarren" Streit zu führen.

B. Kerngeschehen

I.

In den oben genannten Verfahren 2 StR 620/11, 2 StR 622/11, 2 StR 25/12, 2 StR 28/12, 2 StR 575/11 sind ab Ende Februar bis Anfang März 2012 Ablehnungsgesuche wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 24 Abs. 2 StPO) gegen 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 vermutlich die Anhörung am 18. Januar 2012 gewesen, in der – nach Presseberichten – auf Richter, die der Rechtsansicht des Präsidiums nicht folgen wollten, entsprechender Druck ausgeübt worden sei. Von diesem Druck seien auch die nicht angehörten Richter betroffen, so dass auch diese nicht mehr die Gewähr unbeeinflusster und unabhängiger Entscheidungsfindung böten.

Die abgelehnten Richter sind von den Vorsitzenden der zur Entscheidung gem. § 27 StPO berufenen Sitzgruppen aufgefordert worden, dienstliche Erklärungen zu den tatsächlichen Umständen abzugeben, welche den Rügen zugrunde liegen (§ 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).

II.

Ich selbst habe gem. § 26 Abs. 3 StPO dienstliche Erklärungen (weitgehend wortlautgleich) in den Verfahren 2 StR 620/11, 622/11 und 25/12 am 28. März 2012 abgegeben und dem Vorsitzenden der zuständigen Spruchgruppe, Herrn RiBGH Dr. Appl, zugeleitet.

Die Erklärung von RiBGH Prof. Dr. Krehl im Verfahren 2 StR 25/12 ist erst am 5. April eingegangen, also am Donnerstag vor den Oster-Feiertagen. Am nächsten Arbeitstag, also Dienstag, 10. April 2012, hat die Präsidialrichterin des Bundesgerichtshofs gegen 16.00 Uhr bei der Geschäftsstelle des 2. Strafsenats angerufen und mitgeteilt, der Präsident des Bundesgerichtshofs habe angeordnet,

ihm die von den Richtern des 2. Strafsenats abgegebenen dienstlichen Erklärungen vorzulegen.

Dass von irgendeinem Mitglied des Senats eine Zustimmung eingeholt worden sei, erwähnte sie gegenüber der Beamtin der Geschäftsstelle nicht. Auf deren Bitte, sie möge sich zunächst an den Vorsitzenden des Senats wenden, entgegnete sie vielmehr, dies sei nicht erforderlich; der Präsident benötige die Erklärungen im Übrigen sogleich. Hierauf hat die Beamtin sechs (von sieben abgegebenen) dienstlichen Erklärungen, unter anderem die von mir abgegebene, mit dem Senatsheft des Verfahrens 2 StR 25/12 der Präsidialrichterin überbracht, diese gab sie an den Präsidenten des Bundesgerichtshofs weiter. Es handelte sich um die Erklärungen der Senatsmitglieder Dr. Ernemann, Prof. Dr. Fischer, Dr. Berger, Prof. Dr. Krehl, Dr. Eschelbach und Dr. Ott.

Der Vorsitzende des 2. Strafsenats wurde von dem Vorgang erst am Nachmittag des 11. April durch andere Mitglieder des Senats informiert. Möglicherweise hatte der Vorsitzende der für die Entscheidung im Befangenheitsverfahren 2 StR 25/12 zuständigen Spruchgruppe, RiBGH Dr. Appl, der Präsidialrichterin bereits im März 2012, als sie sich nach dem Stand des Eingangs dienstlicher Erklärungen erkundigte, mitgeteilt, er habe keine Einwendungen gegen eine Einsichtnahme durch den Dienstvorgesetzten.

Im Rahmen der Sitzung des Präsidiums des Bundesgerichtshofs am 11. April 2012 wurde das Präsidium vom Präsidenten des Bundesgerichtshofs über den Vorgang unterrichtet. Er teilte dem Präsidium mit, er habe auf die dienstlichen Erklärungen Zugriff genommen, um "zu prüfen, was drin steht" und Ihnen gegebenenfalls durch Pressemitteilungen entgegenzutreten. Er lasse von der wissenschaftlichen Mitarbeiterin Dr. Hausmann prüfen, ob er berechtigt sei, die Erklärungen an die Mitglieder des Präsidiums zu verteilen.

Über das Ergebnis der Prüfung sowie darüber, ob die Erklärungen inhaltlich oder in Form von Ablichtungen an Mitglieder des Präsidiums weitergegeben wurden, ist mir nichts bekannt.

III.

Mit E-Mail vom 12. April 2012 habe ich bei der Präsidualrichterin des Bundesgerichtshofs angefragt, aus welchem Grund und zu welchem Zweck Zugriff auf meine dienstliche Erklärung genommen wurde.

Anlage 17: EMail-Schreiben an die Präsidualrichterin vom 12. April 2012

Hierauf habe ich eine Antwort nicht erhalten.

Mit Schreiben vom 26. April 2012 habe ich daher bei dem Präsidenten des Bundesgerichtshofs angefragt, aus welchem Grund und zu welchem Zweck er sich meine dienstliche Erklärung hat vorlegen lassen, ob und in welchem Umfang er Dritten Mitteilung vom Inhalt meiner Erklärung gemacht hat oder zu machen beabsichtige und in welcher Akte diese geführt bzw. abgelegt sei.

Anlage 18: Mein Schreiben an den Präsidenten des BGH vom 26. April 2012

Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat in einem Schreiben an mich vom 4. Mai 2012 hierzu mitgeteilt:

"Es trifft nicht zu, dass Frau Präsidualrichterin Sost-Scheible (...) Ablichtungen von dienstlichen Erklärungen angefordert und erhalten hat. Richtig ist, dass sie (...) gebeten hat, die Akten des Verfahrens 2 StR 25/12 zu übersenden. Frau (...) hat das Senatsheft überbracht, in das ich dann Einsicht genommen habe.

Der Übersendung der Akten war vorausgegangen, dass Herr Dr. Appl als - wie ich gehört hatte - Vorsitzender in einer der für die Entscheidung über die Ablehnungsgesuche zuständigen Spruchgruppen Frau Präsidualrichterin Sost-Scheible unter anderem dieses Aktenzeichen benannt und auf ihre Frage erklärt hatte, dass er keine Bedenken gegen die Einsichtnahme habe."

Anlage 19: Schreiben des Präsidenten des BGH an mich vom 4. Mai 2012

Die Fragen aus meinem Schreiben vom 26. April 2012 hat der Präsident nicht beantwortet, sondern mich insoweit auf ein Schreiben verwiesen, das er am 4. Mai an den Vorsitzenden des Senats gerichtet habe; dieser werde dem Senat dessen Inhalt bekannt geben.

Dies ist am 15. Mai 2012 in der Form erfolgt, dass bei einer Besprechung des Plenums des 2. Strafsenats das Schreiben des Präsidenten an den Senatsvorsitzenden vorgelesen wurde. Ablichtungen des Schreibens durften – auch auf Nachfrage – nicht gefertigt werden.

Nach meiner Erinnerung hat der Präsident des Bundesgerichtshofs dort ausgeführt, er habe sich das Senatsheft 2 StR 25/11 vorlegen lassen, da er „gerüchteweise davon gehört“ habe, dass Ablehnungsgesuche beim Senat eingegangen seien, die darauf gestützt seien, dass Richter des Senats vom Präsidium unter Druck gesetzt worden seien. Er habe Einblick in die Akte genommen, „um sich über den Inhalt zu informieren“ und darauf reagieren zu können. In einer (gesonderten) Akte würden die Erklärungen bei ihm nicht geführt.

Meine Frage, ob der Inhalt der Erklärungen Dritten offenbart wurde oder offenbart werden solle, ist in den beiden Schreiben vom 4. Mai 2012 nicht beantwortet worden.

Der "Süddeutschen Zeitung" hatte der Präsident des Bundesgerichtshofs bereits vor dem 3. Mai 2012 Auskunft über den Vorgang gegeben. Sie hat an diesem Tag 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.“

Anlage 20: Süddeutsche Zeitung vom 3. Mai 2012, S. 6

IV.

Ich bin zu keiner Zeit danach befragt worden, ob ich einer Einsichtnahme in meine Erklärung durch den Dienstvorgesetzten oder durch Mitglieder des Präsidiums zustimme. Es ist auch bei mir als Vorsitzendem der für die Entscheidung nach § 27 StPO zuständigen Spruchgruppe nicht angefragt worden, ob ich einer Einsichtnahme in das Senatsheft 2 StR 28/12 zustimme. Ich habe auch von mir aus solche Zustimmungen nicht erteilt.

V.

Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat bei der Präsidiumssitzung vom 11. April 2012 mitgeteilt, er habe Einsicht in die Dienstlichen Erklärungen genommen, um zu schauen, ob etwas darin stehe, dem man durch Presseerklärung entgegenzutreten müsse. Am 3. Mai 2012 berichtete die "Süddeutsche Zeitung" über die Tatsache, dass der Präsident des Bundesgerichtshofs sich die Dienstlichen Erklärungen habe vorlegen lassen, und zitierte eine Auskunft der Pressestelle des Bundesgerichtshofs zu den Gründen dieser Maßnahme (siehe oben Anlage 20). In dem Artikel ist angemerkt, die dienstlichen Erklärungen lägen der Redaktion vor; aus einer Erklärung ist wörtlich zitiert.

Daraufhin fand am noch am 3. Mai 2012 eine Sondersitzung des Präsidiums des Bundesgerichtshofs statt, in der besprochen wurde, ob und wenn ja Gegenmaßnahmen gegen Inhalte der dienstlichen Erklärungen ergriffen werden sollten. Konkrete Maßnahmen wurden - soweit mir bekannt ist - nicht beschlossen.

C. Rechtliche Würdigung:

I. Zur Zulässigkeit

Der Feststellungsantrag ist zulässig. Das Richterdienstgericht des Bundes ist zur Entscheidung berufen, weil eine Verletzung des von Art. 97 Abs. 1 GG geschützten Bereichs richterlicher Unabhängigkeit durch eine Maßnahme der Dienstaufsicht geltend gemacht wird (§ 62 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe e in Verbindung mit § 26 Abs. 3 DRiG).

1)

Eine Anfechtung der Maßnahmen würde ins Leere gehen, da diese bereits vollzogen und abgeschlossen sind. Der Antrag richtet sich daher auf Feststellung ihrer Unzulässigkeit. Die Durchführung eines Vorverfahrens ist hierfür nicht erforderlich; einen "(Fortsetzungs)-Feststellungswiderspruch" kennt die VwGO nicht. Ein Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit einer dienstaufsichtlichen Maßnahme ist - unter den besonderen Voraussetzungen der Feststellungsklage - nach der Rechtsprechung des Dienstgerichts des Bundes statthaft.

2)

Das erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich vorliegend jedenfalls aus dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr. Wie sich aus dem Ablauf der (wiederholten) Anhörungen einerseits, den Auskünften des Präsidenten des Bundesgerichtshofs an mich sowie an den Vorsitzenden des 2. Strafsenats vom 4. Mai 2012 und an die Presse andererseits ergibt, hält sich der Präsident weiterhin sowohl für berechtigt, Anhörungen von Richtern zu inhaltlichen Fragen ihrer Rechtsprechung durchzuführen, als auch jederzeit auf dienstliche Erklärungen Zugriff zu nehmen, die in laufenden Befangenheitsverfahren abgegeben wurden und sich inhaltlich mit - angeblichem - Verhalten des Dienstvorgesetzten selbst befassen, auf das Befangenheitsanträge gegen davon betroffene Richter gestützt werden.

Inzwischen sind in weiteren beim 2. Strafsenat anhängigen Revisionsverfahren Befangenheitsgesuche eingegangen, in denen ich wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden bin. Der Vorsitzende der zur Entscheidung gem. § 27 StPO berufenen Spruchgruppe hat mich aufgefordert, auch insoweit dienstliche Erklärungen abzugeben (§ 26 Abs. 3 StPO). Ich habe daher in nächster Zeit neue,

ggf. inhaltlich geänderte, ergänzte oder erweiterte dienstliche Erklärungen abzugeben.

Nach dem oben geschilderten Ablauf ist damit zu rechnen, dass der Dienstvorgesetzte erneut Zugriff auf meine dienstlichen Erklärungen nehmen wird, um sich mit deren Inhalt vertraut zu machen, ggf. Dritte darüber zu informieren und zu prüfen, "ob man dagegen etwas unternehmen muss". Eine Wiederholungsgefahr liegt daher auf der Hand.

Durch einseitige Erklärung des Antragsgegners, die Angelegenheit sei erledigt, würde das Rechtsschutzinteresse an der Feststellung, eine Maßnahme der Dienstaufsicht habe unzulässig in den Bereich richterlicher Unabhängigkeit eingegriffen, nicht entfallen (BGH, NJOZ 2012, 151, 152).

3)

Aus dem Umstand, dass von mir erneut gemäß § 26 Abs. 3 StPO dienstliche Erklärungen zu neuen Ablehnungsanträgen angefordert worden sind, ergibt sich im Übrigen auch die Eilbedürftigkeit des vorliegenden Antrags.

II. Zur Begründetheit

Der Antrag ist auch begründet.

1)

Bei der Anordnung der Vorlage meiner dienstlichen Erklärung am 10. April 2012 und der Einsichtnahme handelte es sich um Maßnahmen der Dienstaufsicht, die in den Bereich meiner richterlichen Unabhängigkeit unzulässig eingegriffen haben. Zur Entscheidung darüber ist das Dienstgericht des Bundes berufen (§ 62 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. e DRiG).

a)

Es kann hier im Ergebnis dahin stehen, ob bereits meine Anhörung durch das Präsidium des Bundesgerichtshofs am 15. Dezember 2011, soweit sie sich auf Fragen nach meinem zukünftigen richterlichen Verhalten und nach Interna, Personalia und Arbeitsabläufen im 2. Strafsenat erstreckte, sowie meine Ladung am 17. Januar 2012 zu der Anhörung am 18. Januar Maßnahmen der Dienstaufsicht im Sinne von § 26 Abs. 3 DRiG waren.

Maßnahmen der Dienstaufsicht sind nach ständiger Rechtsprechung

"nicht nur unmittelbare Eingriffe, sondern auch Anregungen oder Meinungsäußerungen dienstaufsichtsführender Stellen, die sich in irgendeiner Weise kritisch mit dem dienstlichen Verhalten eines Richters in einem konkreten Fall befassen (Festhaltung BGH, 31. Januar 1984, RiZ (R) 3/83, NJW 1984, 2531) und auf eine direkte oder indirekte Weise nahe legen, wie der Richter in Zukunft verfahren oder entscheiden soll (Festhaltung BGH, 14. April 1997, RiZ (R) 3/96, DRiZ 1998, 20) (Rn.14)."

BGH, Dienstgericht des Bundes, Urt. v. 20. 11. 2011 - RiZ (R) 1/10.

aa)

Nach diesem Maßstab war die Befragung vom 15. Dezember 2011 im oben genannten Umfang eine dienstaufsichtliche Maßnahme im materiellen Sinn. Die an einen Richter gerichtete Aufforderung, seine Rechtsauffassung zu ändern und mitzuteilen, wie er bei einer zukünftigen Beratung der Geschäftsverteilung seines Spruchkörpers entscheiden werde, ist geeignet (und war hier auch bestimmt), auf die Dienstausbübung und auf richterliche Entscheidungen des Betroffenen Einfluss zu nehmen. Das gilt erst Recht für die Befragung danach, ob von dem betroffenen Richter oder anderen Mitgliedern seines Spruchkörpers mit „Widerstand“ gegen die Rechtsauffassung des Präsidiums zu rechnen sei, die sich auf die Entscheidung zukünftiger Verfahren auswirken konnte. Allein dienstaufsichtlicher Natur war meine Befragung danach, ob und gegebenenfalls warum es im 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs inhaltliche und persönliche „Spannungen“ gebe, wie dort die „Stimmung“ sei, ob Mitglieder des Senats ihre Dienstgeschäfte zeitnah erfüllten und ob es signifikante Unterschiede in Arbeitsgeschwindigkeit und Anzahl rückständiger Verfahren zwischen Mitgliedern des Senats gebe. Diese Fragen lagen außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Präsidiums.

bb)

Der Einordnung der Anhörung als dienstaufsichtliche Maßnahmen könnte zum einen entgegen stehen, dass das Präsidium des Bundesgerichtshofs als solches keine dienstaufsichtsführende Stelle ist (BGHZ 93, 100, 101; BGH, Dienstgericht des Bundes, Urt. v. 4. Dezember 1989 - RiZ (R) 5/89 - NJW 1991, 425 f.) und der Präsident des Bundesgerichtshofs hier - auch - in seiner Funktion als Vorsitzender des Präsidiums tätig wurde.

§ 26 Abs. 3 DRiG stellt aber nicht auf die formelle Stellung desjenigen ab, von dem eine "Maßnahme" ausgeht, sondern auf deren materielle Qualifikation als solche der Dienstaufsicht. Im Vorsitz des Präsidiums (§ 21a Abs. 2 GVG) überschneiden sich die Funktionen der Dienstaufsicht und der Selbstverwaltung. Es ist ein Gebot der Achtung richterlichen Unabhängigkeit, dass eine Vermischung beider Funktionen vermieden wird. An einer solchen Trennung mangelte es hier. In einem solchen Fall der Vermischung von Dienstaufsicht und richterlicher Selbstverwaltung spricht viel dafür, die Maßnahme insgesamt als eine solche der Dienstaufsicht im Sinne von § 26 Abs. 3 DRiG anzusehen. Dafür spricht auch, dass in der Person des Gerichtspräsidenten sich beide Funktionen überschneiden und die materiell dienstaufsichtliche Maßnahme unter seiner Leitung vorgenommen wurde; überdies hat er Ergebnisse der Maßnahme wiederum für spezifisch dienstaufsichtliche weitere Maßnahmen (dienstliche Beurteilung) verwendet.

cc)

Der Anwendbarkeit von § 26 Abs. 3 DRiG auf die Anhörung vom 15. Dezember 2011 könnte zum anderen entgegen stehen, dass Anhörungen betroffener Richter durch das Präsidium eines Gerichts vor Erlass einer Geschäftsverteilungsregelung grundsätzlich nicht nur zulässig, sondern gemäß § 21e Abs. 2 GVG sogar ausdrücklich vorgeschrieben sind. Überdies hatte ich - gemeinsam mit drei anderen Senatsmitgliedern - im Schreiben vom 13. Dezember 2011 ausdrücklich um eine Anhörung gebeten.

Mit der Regelung des § 21e Abs. 2 GVG ist jedoch keine Erweiterung der Zuständigkeiten des Präsidiums über den in § 21e Abs. 1 Satz 1 GVG beschriebenen Bereich hinaus verbunden. Die "Gelegenheit zur Äußerung" im Sinne von § 21e Abs. 2 GVG betrifft die in Abs. 1 Satz 1 abschließend bezeichneten Regelungsaufgaben. Dienstaufsichtliche "Befragungen", namentlich solche, die den Bereich materieller Rechtsprechung betreffen, sind durch § 21e Abs. 2 GVG nicht legitimiert. Der Antrag auf - gemeinsame, richteröffentliche - Anhörung betraf nicht Fragen nach zukünftigem Entscheidungsverhalten und Arbeitsleistungen von Senatsmitgliedern, sondern zielte auf die Gelegenheit zu einer (gemeinsamen) Stellungnahme zu den allgemeinen Regelungen des zukünftigen Geschäftsverteilungsplans ab, wie sie bereits im Schreiben vom 13. Dezember 2011 zum Ausdruck gekommen war.

b)

Dahinstehen kann im Ergebnis auch, ob die Aufforderung, mich am 18. Januar 2012 ab 17.00 Uhr für eine Anhörung durch das Präsidium des Bundesgerichtshofs auf Abruf bereit zu halten, eine Maßnahme der Dienstaufsicht war.

aa)

Hierfür spricht, dass sie ausweislich des Schreibens des Präsidenten des Bundesgerichtshofs vom 17. Januar 2012 erfolgte, um mir "Gelegenheit zu geben, meine Sicht der Dinge noch einmal darzustellen", und zwar zur Entscheidung 2 StR 346/11 vom 11. Januar 2012, an der ich mitgewirkt hatte. Bereits am 12. Januar 2012 hatte der Präsident des Bundesgerichtshofs in der Presseerklärung Nr. 4/2012 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Meinungslage im 2. Strafsenat streitig sei. Es zielte daher unmittelbar auf einen Bruch des Beratungsgeheimnisses ab, "Anhörungen" der an der Entscheidung 2 StR 346/11 beteiligten Richter anzuberaumen, damit diese ihre (individuelle) "Sicht der Dinge" gegenüber dem Präsidium "noch einmal darstellen" und rechtfertigen sollten. Anders als unter Verstoß gegen § 43 DRiG konnte dieser ausdrückliche Zweck der Ladung gar nicht erreicht werden.

Der Senat hatte seine "Sicht der Dinge" im Beschluss vom 11. Januar 2012 "dargestellt" und ausführlich begründet. Dieser Beschluss war dem Präsidenten am 17. Januar sogar - auf seinen Wunsch - vorab zur Verfügung gestellt worden. Dieser kannte somit die "Sicht der Dinge" der in der Sache 2 StR 346/11 entscheidenden Spruchgruppe bereits am Nachmittag des 17. Januar 2012 im Detail. Die "Sicht" der einzelnen Mitglieder dieser Spruchgruppe ging ihn im Hinblick auf das Beratungsgeheimnis gem. § 43 DRiG von vornherein nichts an; es war unzulässig, sie durch Einzel-"Anhörungen" von Mitgliedern der Spruchgruppe zu ermitteln. Für solche Einzelbefragungen konnte es daher allein die Motivation geben, die Richter dazu zu bringen, ihr Abstimmungsverhalten zu offenbaren, und so auf sie einzuwirken, dass sie ihre (gegebenenfalls) von der Rechtsansicht des Präsidiums abweichende Ansicht aufgaben oder zukünftig entgegen dieser Ansicht entschieden. Genau so ist es auch gekommen.

Bei seiner Pressekonferenz am 9. Februar 2012 hat der Präsident des BGH zu Zweck und Inhalt der "Anhörung" vom 18. Januar 2012 erklärt:

"Das elfköpfige Gremium habe klären wollen und müssen, wie es nach dem ersten Beschluss des Senats weiter gehen solle, stellte Tolksdorf klar" (Legal Tribune, 10. Februar 2012); "Es habe schnell ein Ausweg gefunden werden müssen" (F.A.Z., 10. Februar 2012); "Das Präsidium habe handeln müssen, um einen Stillstand zu verhindern" (SZ, 10. Februar 2012).

Das "Handeln" und der "Ausweg" konnte aber, da der Beschluss, die fachgerichtlich höchstrichterliche Entscheidung vom 11. Januar (2 StR 346/11) nicht zu befolgen, bereits gefasst war, denknotwendig allein darin bestehen, abweichende Richter dazu zu bringen, ihre Rechtsansicht aufzugeben und zukünftig im Sinne der Rechtsansicht des Dienstvorgesetzten abzustimmen. Dies ist ein im Sinne des § 26 Abs. 3 DRiG gänzlich unzulässiges Ziel jeder Vorhaltung oder sonstigen Maßnahme. Die Vorhaltungen, die den befragten Senatsmitgliedern am 18. Januar 2012 gemacht wurden (siehe Anlagen 10 bis 12), waren ersichtlich dienstaufsichtliche Maßnahmen im Sinne von § 26 Abs. 3 DRiG. Die Anordnung des Dienstvorgesetzten, sich für eine solche Maßnahme am 18. Januar 2012 ab 17.00 Uhr auf unabsehbare Zeit wartend erreichbar zu halten, war unzulässig.

bb)

Gegen eine Qualifizierung als dienstaufsichtliche Maßnahme mir gegenüber könnte, neben der Unzuständigkeit des Präsidiums für solche Maßnahmen (oben a, bb) allenfalls sprechen, dass mir für den 18. Januar 2012 zuvor Erholungsurlaub bewilligt worden war und die Ladung mich daher letztlich - ohne dessen Widerruf - nicht zum Erscheinen veranlassen musste. Hieran konnte man freilich auch Zweifel haben.

c)

Der vorliegende Feststellungsantrag verzichtet im Ergebnis darauf, die oben a) und b) aufgeworfenen Fragen hier zur abschließenden Klärung des Richterdienstgericht des Bundes zu stellen. Aus diesem Grund werden die Anhörung vom 15. Dezember 2012 sowie die an mich gerichtete Aufforderung, mich für eine weitere Befragung am 18. Januar 2012 ab 17.00 Uhr "erreichbar zu halten", nicht zum Gegenstand dieses Antrags gemacht. Ihre Darstellung und Bewertung sind freilich zum Verständnis des Gesamtzusammenhangs erforderlich.

Der Feststellungsantrag wird auf die Maßnahme vom 10. April 2012 beschränkt.

II.

Jedenfalls der Zugriff des Präsidenten des Bundesgerichtshofs auf meine dienstliche Erklärungen im Verfahren 2 StR 25/12 (und damit zugleich in den Verfahren 2 StR 620/11 und 622/11) am 10. April 2012 war eine Maßnahme der Dienstaufsicht im Sinne von § 26 Abs. 3 DRiG und hat unzulässig in den Bereich meiner richterlichen Unabhängigkeit eingegriffen.

Die Abgabe dienstlicher Erklärungen gehört zum Kernbereich richterlicher Tätigkeit. Ein Zugriff des Dienstvorgesetzten auf eine solche Erklärung in einem laufenden Verfahren mit dem - erklärten - Zweck, "zu schauen, was darin steht", um dem "gegebenenfalls in der Presse entgegen zu treten", greift unzulässig in diesen Kernbereich richterlicher Tätigkeit ein.

1)

Abgabe und Inhalt dienstlicher Erklärungen gem § 26 Abs. 3 StPO gehören zum Kernbereich richterlicher Tätigkeit, der in vollem Umfang dem Bereich der sachlichen Unabhängigkeit unterfällt.

"Die Aufforderung des Dienstvorgesetzten an den Ermittlungsrichter, sich zu einem von diesem erlassenen Durchsuchungsbeschluß und Beschlagnahmebeschluß dienstlich zu äußern, beeinträchtigt grundsätzlich die richterliche Unabhängigkeit und stellt damit eine unzulässige Maßnahme der Dienstaufsicht dar." (LS)

BGH, Dienstgericht des Bundes, Ur. vom. 30. 3. 1984 - RiZ (R) 4/87, BGHZ 100, 271 = NJW 1987, 2441.

a)

Sowohl die Abgabe dienstlicher Erklärungen wie deren Inhalt sind einem Zugriff der Dienstaufsicht regelmäßig entzogen (vgl. BGH - Dienstgericht des Bundes - Urteil vom 18. April 1980 - RiZ (R) 1/80).

Etwas anderen könnte allenfalls gelten, wenn und soweit die dienstliche Erklärung eines Richters allein Auswirkungen auf die äußere Ordnung des Verfahrens und die Ordnungsmäßigkeit des Geschäftsablaufs hat:

"Die richterliche Amtsführung unterliegt der Dienstaufsicht, soweit es um die Sicherung eines ordnungsgemäßen Geschäftsablaufs, 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 der äußeren Ordnung zugehörig anzusehen sind (Rn.30)."

BGH (Dienstgericht des Bundes, Ur. v. 15. 11. 2007 - RiZ (R) 1/07; Leitsatz)

Das ist aber keinesfalls schon dann gegeben, wenn von einem Richter vertretene Rechtsansichten zu gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen führen könnten, die ihrerseits zur Entscheidung von Rechtssachen mit einem bestimmten gesetzlichen

Ergebnis führen. Die Ordnung des Geschäftsablaufs, 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 selbstverständlich 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 eines Gerichts übt keine „Vorgesetzten“-Funktion im Hinblick auf die von den Spruchkörpern des Gerichts zu treffenden Entscheidungen darüber aus, ob sie zutreffend besetzt oder ob andere Verfahrensvoraussetzungen gegeben sind. Hierbei handelt es sich vielmehr um Kernaufgaben richterlicher Tätigkeit, die der Dienstaufsicht entzogen sind.

b)

Soweit der Präsident des Bundesgerichtshofs in Presseerklärungen vom 9. Februar 2012 mitgeteilt hat, "man habe handeln müssen", da ansonsten ein "Stillstand der Rechtspflege" gedroht habe, lag dem eine einseitig verkürzte Darstellung zugrunde. Ein "Stillstand der Rechtspflege" - ein Zustand, den man zweifellos der "Ordnung der Geschäfte" zuordnen kann - konnte nämlich allenfalls dann eintreten, wenn das Präsidium des Bundesgerichtshofs an seiner Rechtsansicht festhielt und die Rechtsansicht des 2. Strafsenats nicht beachtete. Das Präsidium eines Gerichts ist aber keine "höhere Instanz", hat keine richterliche Entscheidungsfunktion und keine "Vorgesetzten"-Stellung (vgl. Bernsmann StV 2012, 274, 275). Es ist verpflichtet, Rechtsprechung des obersten Fachgerichts umzusetzen, nicht aber berechtigt, auf Richter des Gerichts mit dem Ziel einzuwirken, dass diese ihre Rechtsprechung ändern.

Der 2. Strafsenat hatte im Beschluss vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11 - zwei Alternativen zu der vom Präsidium gewählten verfassungsgerichtlichen Lösung erwähnt, die er für verfassungsgemäß gehalten hätte. Weitere Möglichkeiten waren denkbar. Die Entscheidung des Präsidiums war daher keinesfalls "alternativlos"; die Ordnung des Verfahrensgangs hätte ohne weiteres gesichert und ein Stillstand der Rechtspflege verhindert werden können, wenn das Präsidium sich dazu verstanden hätte, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu befolgen.

Hierdurch wäre auch keine (unlösbare) Divergenz zu anderen Sitzgruppen oder zur Rechtsprechung des 4. Strafsenats entstanden, da diese sich nur dadurch von der Spruchgruppe 2 des 2. Strafsenats unterschieden, dass sie die vom Präsidium gewählte Lösung auch für verfassungsgemäß hielten; keineswegs hatten sie entschieden (und mussten dies aus ihrer Sicht auch nicht), die von der Spruchgruppe 2 genannten Alternativen seien unzulässig.

2)

Jeder gerichtliche Spruchkörper hat von Amts wegen und in voller richterlicher Unabhängigkeit zu prüfen und zu entscheiden, ob er zutreffend besetzt ist (BVerfGE 95, 323, 300). Das ergibt sich einfachrechtlich für den Bereich der Strafrechtspflege schon aus § 338 Nr. 1 StPO und ist in Rechtsprechung und Literatur unbestritten (vgl. auch Bernsmann StV 2012, 274, 275).

a)

Die vom Präsidenten des Bundesgerichtshofs und einer Mehrheit der Mitglieder des Präsidiums des Bundesgerichtshofs unter Hinweis auf die Entscheidung BVerwGE 50, 20, 27 in den Anhörungen vom 15. Dezember 2011 und 18. Januar 2012 nachdrücklich - freilich nur mündlich, da es ungeachtet einer Begründungspflicht (vgl. BGHSt 53, 268, 273) an einer schriftlichen Begründung der Präsidiumsbeschlüsse vom 23. November 2011, 15. Dezember 2012 und 18. Januar 2012 fehlt - vertretene Gegenansicht, der 2. Strafsenat sei nicht "befugt" gewesen zu prüfen und zu entscheiden, ob er verfassungsgemäß besetzt sei, ist verfehlt:

Die genannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts befasst sich nicht mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit allgemeiner Regelungen eines Geschäftsverteilungsplans und der ordnungsgemäßen Besetzung eines gerichtlichen Spruchkörpers, sondern mit der Frage des Individualrechtsschutzes von Richtern gegen einzelne Umsetzungsentscheidungen des Präsidiums. Die Ansicht, ein gerichtlicher Spruchkörper, der sich (mehrheitlich) für verfassungswidrig

besetzt hält, sei auf die Durchführung von Individual-Rechtsschutzverfahren vor den Verwaltungsgerichten verwiesen, ist fern liegend.

Dies zeigt schon der aus dieser Ansicht notwendig folgende Gegenschluss, die Richter eines solchen Spruchkörpers seien, um die Verfassungswidrigkeit der Gerichtsbesetzung (und ihrer Entscheidungen) zu verhindern, verpflichtet, individuelle (!) Klagen wegen Verletzung eigener subjektiver Rechte vor den Verwaltungsgerichten zu erheben und - auf eigene Kosten - bis zur Rechtskraft auszufechten. Es ist schon nicht erkennbar, welche Richter eines Spruchkörpers berufen oder gar verpflichtet (!) sein sollten, solche Individual-Rechtsmittel zu erheben: Nur der Vorsitzende, unabhängig von seiner persönlichen Rechtsmeinung? Oder alle, auch überstimmte Richter? Feststellungsklagen nur derjenigen, die den Geschäftsverteilungsplan in der Beratung und Abstimmung für verfassungswidrig gehalten haben, würden jedenfalls gegen § 43 DRiG verstoßen.

Unerfindlich ist überdies, woraus sich eine Klagebefugnis ergeben sollte, welche darauf gestützt wird, dass eine geheime (§ 43 DRiG) Anzahl von Richtern der Ansicht ist, der Geschäftsverteilungsplan des Gerichts sei verfassungswidrig. Nicht erkennbar ist schließlich, wie das Ergebnis einer individuellen verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage in das laufende (abgeschlossene?; ausgesetzte?) Verfahren formell eingebracht werden sollte.

Schon diese sich aufdrängende Erwägungen zeigen, dass es der im Präsidium des Bundesgerichtshofs bei den Anhörungen am 15. Dezember 2011 und 18. Januar 2012 mit großem Nachdruck vertretene Rechtsansicht an einer Grundlage mangelt.

b)

Die darüberhinaus von Mitgliedern des Präsidiums in den Anhörungen sowie in informellen Gesprächen vertretene Ansicht, die Sitzgruppe 2 des 2. Strafsenats sei - im Hinblick auf BVerwGE 50, 20, 27 - verpflichtet gewesen, Sachentscheidungen auch dann zu treffen, wenn sie sich für verfassungswidrig besetzt hielt, ist selbst vor dem Hintergrund des oben a) genannten unzutreffenden Ausgangspunkts fern liegend. Vielmehr müsste auch in diesem Fall das Verfahren ausgesetzt werden, um

im Wege der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage zunächst die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit des Geschäftsverteilungsplans rechtskräftig zu klären. Seine eigene Versetzung in einen anderen Spruchkörper hat ein Richter - wie jeden nicht nichtigen Verwaltungsakt - hinzunehmen, bis über sein Rechtsmittel entschieden ist. Eine verfassungswidrige Besetzung eines Spruchkörpers aufgrund der allgemeine Regelung des Geschäftsverteilungsplans ist aber keine Angelegenheit der Verletzung subjektiver Rechte der dem Spruchkörper angehörenden Richter. Sie hat ein Richter weder "hinzunehmen" noch muss (und darf) er gar in verfassungswidriger Besetzung so lange Sachentscheidungen treffen, bis ein Verwaltungsgericht rechtskräftig über seinen eigenen oder einen fremden (!) Feststellungsantrag entschieden hat.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das Plenum des Bundesverfassungsgerichts die Frage eindeutig entschieden hat (BVerfGE 95, 323, 330). Damit bleibt, selbst wenn man sie gleichwohl weiter für "streitig" halten wollte, in der Sache kein Raum für die vom Dienstvorgesetzten und vom Präsidium vertretene Ansicht. Auch in der fachgerichtlichen Rechtsprechung ist die Frage geklärt:

"Für die Überprüfung eines Geschäftsverteilungsplanes im Rahmen einer Feststellungsklage ist der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben. Die Beteiligten sind auf eine inzidente Überprüfung des Geschäftsverteilungsplanes in ihrem Instanzenzug innerhalb des beschrittenen Rechtsweges angewiesen."

(beispielhaft VG Münster, Urt. v. 12. Juni 2009 - 1 K 193/09 - juris, mwN).

Die Rechtsansicht, der 2. Strafsenat habe (im Hinblick auf die Entscheidung BVerwGE 50, 20, 27) am 11. Januar nicht prüfen (und entscheiden) dürfen, ob er aufgrund der allgemeinen Regelungen des Geschäftsverteilungsplans richtig besetzt und ob der Geschäftsverteilungsplan selbst gesetzmäßig sei, ist daher bei objektiver Betrachtung unvertretbar. Die noch weiter gehende Schlussfolgerung des Präsidiums des Bundesgerichtshofs, der 2. Strafsenat (Sitzgruppe 2) sei trotz seiner Ansicht, er sei verfassungswidrig besetzt, zur Sachentscheidung verpflichtet gewesen, ist schwer nachvollziehbar.

3)

Ein unzulässiger Eingriff liegt nicht erst dann vor, wenn der Dienstvorgesetzte den Inhalt dienstlicher Erklärungen zum Gegenstand von Vorhaltungen macht oder in sonstiger Weise auf Abgabe oder Inhalt der Erklärung und damit auf die richterliche Tätigkeit Einfluss zu nehmen versucht:

"Im Kernbereich richterlicher Tätigkeit hat sich der Dienstvorgesetzte auf Grund der richterlichen Unabhängigkeit jeglicher Einflussnahme zu enthalten (Festhaltung BGH, 10. Januar 1985, RiZ (R) 7/84, NJW 1985, 1471). Im Interesse eines wirksamen Schutzes der richterlichen Unabhängigkeit ist der Dienstaufsicht nicht nur die eigentliche Rechtsfindung entzogen, sondern zugleich alle ihr auch nur mittelbar dienenden – sie vorbereitenden oder ihr nachfolgenden – Sach- und Verfahrensentscheidungen (Festhaltung BGH, 22. Februar 2006, RiZ (R) 3/05, NJW 2006, 1674). Entscheidend ist, dass es jeweils um richterliche Handlungen gehen muss, die in einem konkreten Verfahren mit der Aufgabe des Richters, Recht zu finden und den Rechtsfrieden zu sichern, unmittelbar im Zusammenhang stehen."

(BGH, Dienstgericht des Bundes, Urt. v. 20. 11. 2011 - RiZ (R) 1/10, Rdn. 15).

"Der Bereich der richterlichen Unabhängigkeit umfaßt nicht nur die eigentliche Rechtsfindung, sondern auch die ihr mittelbar dienenden Sach- und Verfahrensentscheidungen ...

(BGH, Dienstgericht des Bundes, Urt. v. 14. April 1997 - RiZ (1/96)

Vorliegend war schon der Zugriff auf die Erklärungen in den laufenden Verfahren unzulässig. Denn es gab keinen legitimen Anlass, der einen solchen Zugriff rechtfertigen konnte.

a)

Ein Zugriffsrecht des Dienstvorgesetzten hätte sich allenfalls daraus ergeben können, dass konkrete, erhebliche Anhaltspunkte dafür gegeben waren, durch den

Inhalt der dienstlichen Erklärungen könne in gravierender Weise der äußere Verfahrensgang und die Ordnung der Geschäfte gestört werden. Diese Annahme lag gänzlich fern; Entsprechendes ist auch vom Dienstvorgesetzten zu keiner Zeit behauptet worden.

b)

Die Maßnahme war nicht durch "Zustimmung", nämlich dadurch gerechtfertigt, dass RiBGH Dr. Appl als Vorsitzender der für die Entscheidung über das Befangenheitsgesuch im Verfahren 2 StR 25/12 zuständigen Spruchgruppe möglicherweise Mitte März 2012 auf Anfrage der Präsidialrichterin erklärt hat, er habe keine Bedenken gegen die Einsichtnahme durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs. Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat in seinem Schreiben an mich vom 4. Mai 2012 ausgeführt, RiBGH Dr. Appl habe Solches erklärt (vgl. Anlage 19).

aa)

Der tatsächliche Hergang bleibt, nicht allein weil RiBGH Dr. Appl im Senat etwas anderes mitteilte, gleichwohl unklar: Allein weil der Präsident des Bundesgerichtshofs "gerüchteweise" vernommen hatte, es seien Ablehnungsgesuche eingegangen, konnte kein Anlass bestehen, im März 2012 ausgerechnet beim Senatsmitglied Dr. Appl - also nicht beim Senatsvorsitzenden oder dessen Stellvertreter - anzufragen, ob er mit einer Einsichtnahme in dienstliche Erklärungen seiner Kollegen einverstanden sei. Es bedurfte hierzu vielmehr vorangehender Informationen: Gegen wen sich die Befangenheitsgesuche richteten; wer dienstliche Erklärungen abzugeben hatte; wer für die Entscheidung über die Gesuche zuständig war; wer der Vorsitzende der zuständigen Spruchgruppe sei; ob, von wem und wann bereits Erklärungen eingegangen waren.

Dies muss bereits vor der Erkundigung bei Herrn RiBGH Dr. Appl in Erfahrung gebracht worden sein. Auf welchem Wege dies geschah, ist nicht bekannt und auch nicht erläutert worden; Nachfragen führen zu widersprüchlichen Auskünften. Diese substantziellen Unklarheiten stehen im Missverhältnis zu den exakt wirkenden

Formulierungen in den Schreiben vom 4. Mai 2012 und in den Erklärungen an die Presse.

Jedenfalls ist ausgeschlossen, dass der Dienstvorgesetzte bis zum 10. April 2012 nur "gerüchteweise" vom Vorliegen von Ablehnungsgesuchen und Dienstlichen Erklärungen wusste. Der Zugriff erfolgte vielmehr offenkundig aufgrund detaillierter vorangehender Absprachen und Informationen.

Da eine entsprechende Anfrage schon Mitte März 2012 an RiBGH Dr. Appl gerichtet wurde, lag auch die Annahme von Eilbedürftigkeit fern. Es hätte vielmehr seit Kenntniserlangung von den Befangenheitsgesuchen mehrere Wochen lang Gelegenheit bestanden, bei den betroffenen Richtern anzufragen, ob sie mit einer Kenntnisnahme vom Inhalt ihrer Erklärungen einverstanden seien. Auch eine entsprechende Anfrage über den Vorsitzenden des Senats wäre unschwer möglich gewesen. Dass all dies nicht erfolgte, legt die Annahme nahe, dass die rechtliche Bedenklichkeit der Maßnahme schon im Vorfeld zutreffend erkannt wurde.

Das gilt insbesondere auch für eine Anfrage bei mir selbst als dem betroffenen Richter. Einzig denkbarer Grund, die sich offenkundig aufdrängende Erkundigung nach meinem Einverständnis zu unterlassen, war die Absicht, die Maßnahme geheim zu halten und auch ohne meinen Willen durchzuführen. Eilbedürftigkeit – etwa im Hinblick auf die Präsidiumssitzung vom 11. April 2012 – konnte keinesfalls der Grund sein, denn vorbereitende Erkundigungen bei RiBGH Dr. Appl erfolgten schon mehrere Wochen zuvor im März 2012.

bb)

Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass die legitimierende Erklärung, RiBGH Dr. Appl habe der Vorlage meiner Erklärung an den Dienstvorgesetzten zugestimmt, mit der zugleich abgegebenen Erklärung, der Zugriff sei durch das dienstaufsichtliche Beobachtungsrecht gedeckt, im Widerspruch steht. Kam es auf die Zustimmung von RiBGH Dr. Appl an, spielte das dienstaufsichtliche Zugriffsrecht keine Rolle; war Letzteres entscheidend, kam es auf eine Zustimmung nicht an. Die nur auf den ersten Blick scheinbar verstärkende, tatsächlich aber widersprüchliche

„Verdopplung“ der (angeblichen) Legitimation in den Schreiben vom 4. Mai 2012 und den Erklärungen an die Presse zeigt, als wie unsicher und bedenklich die Rechtslage auch vom Dienstvorgesetzten selbst beurteilt wurde. Statt dass sich die beiden Begründungen - Zustimmung des Vorsitzenden der Spruchgruppe einerseits; dienstaufsichtliches Beobachtungsrecht andererseits - ergänzen, wie es wohl suggeriert werden soll, widersprechen sie sich und machen gerade hierdurch ihre Schwäche deutlich.

cc)

Es kommt im Ergebnis nicht darauf an, ob der Vorsitzende der für das Ablehnungsverfahren 2 StR 25/12 zuständigen Spruchgruppe erklärte, er habe "keine Bedenken". Der Vorsitzende des Senats (der Spruchgruppe), der gem. § 27 StPO über ein Befangenheitsgesuch zu entscheiden hat, ist nicht befugt, die gem. § 26 Abs. 3 StPO zu den Akten gegebenen dienstlichen Erklärungen der abgelehnten Richter Dritten, namentlich Beweispersonen, zur Kenntnis zu geben. Dies gilt nicht allein für verfahrensfremde Außenstehende, sondern erst Recht für (potentielle) Zeugen des Ablehnungsverfahrens. Es gilt aber auch für eine Herausgabe an den Dienstvorgesetzten, soweit nicht legitime Gründe der Dienstaufsicht vorliegen.

Durch die Abgabe einer dienstlichen Erklärung gem. § 26 Abs. 3 StPO und die Beifügung der Urkunde zur Akte verliert die Erklärung nicht ihren Charakter als persönliche Erklärung. Was ich in meiner dienstlichen Erklärung im Verfahren 2 StR 25/12 zu den Tatsachen des gegen mich gerichteten Befangenheitsgesuchs erklärt habe, ist eine höchstpersönliche Erklärung; sie unterliegt als solche der Geheimhaltung und ist - zunächst - allein für das zur Entscheidung über den Befangenheitsantrag bestimmte Gericht bestimmt, das es den Verfahrensbeteiligten des Ausgangsverfahrens mitzuteilen hat. Es ist keinesfalls zur allgemeinen Verteilung nach Maßgabe des Ermessens des Vorsitzenden der zuständigen Spruchgruppe bestimmt; eine (heimliche) Bekanntgabe an die potentiellen Zeugen des Verfahrens, auf deren - angebliches - Fehlverhalten sich der Befangenheitstrag stützt, ist offenkundig verfahrensfehlerhaft. Eine Beratung und

Entscheidung der zuständigen Spruchgruppe über die Bekanntgabe an Zeugen oder Dritte hat nicht stattgefunden.

Vorliegend drängte es sich auf, dass der Dienstvorgesetzte sowie die Mitglieder des Präsidiums des Bundesgerichtshofs, auf deren - angebliches - Verhalten (Ausüben von "Druck" auf Richter des 2. Strafsenats) die Befangenheitsanträge unter anderem in dem Verfahren 2 StR 25/12 gestützt waren, als Zeugen in dem gemäß § 27 StPO zu entscheidenden Befangenheits-Verfahren in Betracht kamen. Dies war nicht allein eine fern liegende theoretische Möglichkeit, sondern lag auch praktisch nahe. Für den Vorsitzenden der im Verfahren 2 StR 25/12 berufenen Spruchgruppe lag auf der Hand, dass die dienstlichen Erklärungen nicht - jedenfalls nicht ohne Einwilligung der betroffenen Richter und ohne Kenntnis und Entscheidung des zuständigen Senats - Zeugen des Ablehnungsverfahrens mittels Aktenübersendung zur Kenntnis gebracht werden durften. Denn dies begründete ersichtlich die Gefahr, dass die solcherart informierten Zeugen sich "zusammen setzen" und zu gemeinsamen Äußerungs-Strategien gelangen könnten. Eben dies hat der Präsident des Bundesgerichtshofs bei der Sitzung des Präsidiums am 11. April 2011 als einen (vorbehaltenen) Zweck seines Zugriffs bezeichnet.

Der Vorsitzende eines zu einer Zwischenentscheidung gem. § 27 StPO berufenen Senats ist zwar zur Gewährung von Akteneinsicht zuständig. Er darf sie aber nur erteilen, wenn und soweit sie gesetzlich zulässig ist. Das war hier ersichtlich nicht der Fall: Als Zeuge hatte der Präsident des Bundesgerichtshofs - als Mitglied des Präsidiums - kein Recht auf Akteneinsicht. Als Dienstvorgesetzter hätte er Einsicht nur im Rahmen zulässiger Dienstaufsicht nehmen dürfen. Ein Zugriff auf meine dienstliche Erklärung mit dem Ziel, einmal "zu schauen, was darin steht, damit man dem rechtzeitig pressemäßig entgegentreten kann", war unter keinem dieser Gesichtspunkte gerechtfertigt.

dd)

Im Übrigen sind im Senatsheft 2 StR 25/12 auch weder die Anforderung noch die Gewährung von Akteneinsicht sowie weitere in der Sache erteilte Auskünfte vermerkt worden. Der gesamte Vorgang wurde vielmehr mündlich und ohne

"Aktenspur" abgewickelt; nicht einmal in der Aktenlaufs-Datei der Geschäftsstelle des 2. Strafsenats ist er vermerkt worden, welche normalerweise den Standort des Senatshefts zu jedem Zeitpunkt genau erfasst. Dass der Zugriff auf die dienstlichen Erklärungen am 11. Januar 2012 im Senat bekannt wurde, ist ausschließlich dem zufälligen Umstand geschuldet, dass ein Senatsmitglied bei der Geschäftsstelle nachfragte.

Auch das zeigt, dass es sich nicht um ein Verfahren der „Akteneinsicht“ handelte, sondern um einen - verdeckt abgewickelten - Vorgang der Dienstaufsicht unter Übergehung der Betroffenen.

c)

Ein Recht zum Zugriff ergab sich auch nicht aus einem "allgemeinen Kontroll- und Beobachtungsrecht" des Präsidenten, wie dieser der "Süddeutschen Zeitung" auf Anfrage mitteilen ließ (Süddeutsche Zeitung, 3. Mai 2012, S. 6).

aa)

Aus dem "allgemeinen Beobachtungsrecht" des Dienstvorgesetzten ergibt sich kein Recht, im Wege der Dienstaufsicht gezielt auf Verfahrensakten laufender Zwischenverfahren zuzugreifen, in denen es um den Vorwurf oder die Behauptung von beeinflussendem Fehl-Verhalten gerade des Dienstvorgesetzten selbst geht. Von einer "allgemeinen" Kontrolle der Erledigung der Dienstgeschäfte beim 2. Strafsenat kann hier keine Rede sein (zur "routinemäßigen" Kontrolle vgl. BGH, Dienstgericht des Bundes, Urt. v. 18. August 1987 - RiZ (R) 2/87 - NJW 1988, 418 f.). Der Zugriff erfolgte gezielt auf das Senatsheft desjenigen Verfahrens, in welchem sich die dienstlichen Äußerungen der Richter des Senats befanden; er wurde unter Hinweis auf diese Erklärungen angeordnet und sollte, nach den ausdrücklichen Erklärungen des Präsidenten des Bundesgerichtshofs im Präsidium, der Vorbereitung von "Maßnahmen" dienen, die sich gegen - mögliche - Inhalte der dienstlichen Erklärungen richteten. Ein noch selektiverer und auf Einflussnahme gerichteter Eingriff in die richterliche Tätigkeit ist kaum vorstellbar.

bb)

Der Zugriff auf den Inhalt meiner dienstlichen Erklärung konnte auch keine Funktion zur Sicherstellung einer etwa gefährdeten "Ordnung des Geschäftsgangs" haben. Die Rechtsprechung aller Sitzgruppen des 2. Strafsenats war vom Inhalt der dienstlichen Erklärungen nicht betroffen; Solches ist auch nicht behauptet worden. Es handelte sich vielmehr um normale, gesetzlich geregelte Fälle von Ablehnungsverfahren gem. §§ 24 Abs. 2 , 26, 27 StPO. Es ist nicht ersichtlich, welche dienstaufsichtliche Beobachtung der Dienstvorgesetzte hier hätte vornehmen sollen. Soweit mündlich mitgeteilt wurde, erfolgte der Zugriff auch ausschließlich, um den Inhalt meiner dienstlichen Erklärung daraufhin zu prüfen, ob Zeugen des Befangenheitsverfahrens ihr öffentlich oder auf anderem Wege entgentreten sollten. Dies ist kein legitimes Ziel dienstaufsichtlicher "Beobachtung und Information".

cc)

Es kann auch nicht angenommen werden, der Präsident des Bundesgerichtshofs habe allein deswegen ein Zugriffsrecht auf die dienstlichen Erklärungen hatte, um sich rechtzeitig auf mögliche Presseveröffentlichungen über die Befangenheitsgesuche vorzubereiten. Über dienstliche Erklärungen wurde in der Presse erstmals am 3. Mai, also fast vier Wochen nach dem Zugriff vom 10. April berichtet. Umgekehrt hatte der Präsident Kenntnis - oder, nach seiner Darstellung - "gerüchteweise gehört" - von dem Eingang und dem Gegenstand von Ablehnungsanträgen bereits seit Anfang März, also mehr als vier Wochen vor dem Zugriff. Wenn er aus dienstaufsichtlicher Fürsorgepflicht oder um für mögliche Presseanfragen gerüstet zu sein Kenntnis vom Inhalt der Befangenheitsanträge benötigte, hätte er beim Vorsitzenden des Senats anfragen können.

Überdies ist darauf hinzuweisen, dass der Präsident, nachdem die Presse drei Wochen nach seinem Zugriff auf die dienstlichen Erklärungen über die Befangenheitsgesuche und das Vorliegen dienstlicher Erklärungen berichtet hatte, es - zu Recht - gerade nicht für erforderlich hielt, diesen "pressemäßig entgentzutreten" und eigene Erklärungen oder solche von Präsidiumsmitgliedern über die (angebliche) Wahrheit oder (angebliche) Unwahrheit der dienstlichen Erklärungen von Richtern des 2. Strafsenats zu veröffentlichen.

Soweit in der Presse im Zusammenhang mit dem Sachbericht des Berichterstatters in der Hauptverhandlung vom 8. Februar 2012 über die Behauptung berichtet worden war, bei den Anhörungen sei unzulässiger Druck ausgeübt worden, hatte der Präsident des Bundesgerichtshofs dies schon im Rahmen seiner Pressekonferenz vom 9. Februar als "Falschbehauptung" (Frankfurter Rundschau), "unerhörte Behauptung" und Unterstellung bezeichnet, denen er öffentlich mit allem Nachdruck entgegen müsse. Selbst wenn die dienstlichen Erklärungen die früheren Presseberichte bestätigen würden, ist nicht ersichtlich, weiche neuen öffentlichen Erklärungen des Präsidenten des Bundesgerichtshofs zu den Inhalten dieser Aktenbestandteile erforderlich und zulässig hätten sein können.

d)

Der Präsident des Bundesgerichtshofs hatte weder als Dienstvorgesetzter noch als Vorsitzender des Präsidiums ein Recht zum Zugriff auf meine dienstliche Erklärung. Soweit es auf tatsächliche Umstände oder Abläufe der "Anhörungen" von Senatsmitgliedern durch das Präsidium am 15. Dezember 2011 und 18. Januar 2012 ankommt, war bzw. ist es allein Sache der gem. § 27 StPO zuständigen Senate, den Sachverhalt - im Freibeweisverfahren - aufzuklären, wenn und soweit es darauf ankommt. Hierzu konnten vorliegend gerade auch Anhörungen des Präsidenten oder anderer Mitglieder des Präsidiums dienen und in Betracht kommen.

Soweit - informell - zur Begründung mitgeteilt worden ist, der Präsident des Bundesgerichtshofs habe prüfen wollen, ob in den dienstlichen Erklärungen etwas "Falsches" behauptet werde, dem man entgegentreten müsse, liegt dem eine verdrehte Sicht der Zuständigkeiten zugrunde: Die Mitglieder des Präsidiums einschließlich des Präsidenten waren in den Befangenheitsverfahren (potentielle) Zeugen. Ob, wann und auf welche Weise sie als solche angehört oder befragt wurden, hatten allein die gem. § 27 StPO zuständigen Senate zu entscheiden. Wenn sie anzuhören waren, war ihnen zunächst der Inhalt der Befangenheitsgesuche bekannt zu geben und ggf. ihre eigene dienstliche Äußerung hierzu einzuholen. Abwegig wäre es dagegen anzunehmen, die Zeugen des

Verfahrens hätten ein aus dem "allgemeinen Informationsrecht" des Dienstvorgesetzten (!) ableitbares Recht, "informationshalber" Zugriff auf die dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter zu nehmen, wenn (oder weil) die Befangenheitsgesuche früheres Verhalten gerade des Dienstvorgesetzten und des Präsidiums zum Gegenstand hatten.

4)

Der Vorgang offenbart somit - wie die gesamte Vorgeschichte - im Ergebnis ein gravierendes Fehlverständnis von Reichweite und Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit und eine auf Kontrolle und Gehorsam ausgerichtete, hierarchische Vorstellung von den Zuständigkeiten des richterlichen Dienstvorgesetzten.

a) Die Maßnahme hat in den geschützten Bereich meiner richterlichen Unabhängigkeit eingegriffen. Aus dem Gesamtzusammenhang der oben im einzelnen dargestellten Vorgeschichte ergibt sich, dass Aktivitäten des Dienstvorgesetzten und des Präsidiums darauf gerichtet waren, Richtern des 2. Strafsenats - unter anderem mir - Vorhalte im Hinblick auf vergangene und ggf. zukünftige Rechtsprechung zu machen, Auskünfte über zukünftiges richterliches Entscheidungsverhalten zu erlangen und mich dazu zu veranlassen, gegebenenfalls Rechtsansichten aufzugeben, soweit sie denen des Dienstvorgesetzten widersprachen. Im unmittelbaren Zusammenhang mit diesen Aktivitäten stand der Inhalt meiner dienstlichen Erklärung. Diese wurde vom Dienstvorgesetzten ohne meine Einwilligung angefordert und zur Kenntnis genommen mit dem Ziel, mögliche öffentliche oder nichtöffentliche Maßnahmen zu prüfen und durchzuführen, falls der Inhalt der Erklärung ihm missfiel. Dies war geeignet, auf mein durch Art. 97 Abs. 1 GG geschütztes Entscheidungsverhalten zumindestens mittelbar Einfluss zu nehmen, und bestimmt, eine solche Einflussnahme gegebenenfalls vorzubereiten.

b)

Der formelle und informelle Druck, der durch die geschilderten Maßnahmen auf Richter des 2. Strafsenats ausgeübt wird, die "abweichende" Rechtsansichten vertreten oder dessen auch nur verdächtigt werden, ist seit Monaten sehr hoch.

Er trifft, auch wenn dies nicht stets ins Bewusstsein rücken mag, gleichermaßen solche Mitglieder des 2. und des 4. Strafsenats, die eine dem Dienstvorgesetzten (und dem Präsidium) genehme Rechtsansicht vertreten. Denn diese Richter müssen in Ansehung der geschilderten Vorgänge damit rechnen, bei jeder zukünftigen Abweichung von ihrer bisherigen Ansicht alsbald in den Fokus von "Gegenmaßnahmen" zu geraten. Eine sachorientierte Auseinandersetzung mit den zugrunde liegenden Rechtsfragen wird dadurch sehr erschwert, weil Änderungen oder Modifikationen der eigenen Rechtsansicht eine hohe Schwelle persönlichen "Opfers" überwinden müssten. Eine solche Art von Druck wirkt sich zerstörerisch auf die innere Struktur des Gerichtshofs und auf die Kultur richterlicher Entscheidungsfindung aus. Eben dies ist der Grund, aus dem Art. 97 Abs. 1 GG (in Verbindung mit § 26 Abs. 3 DRiG) vor solchen Maßnahmen schützt.

Dass der - nach meiner Ansicht verfassungsrechtlich unzulässige und sachlich nicht gerechtfertigte - Druck fortgesetzt weitergeführt und Kritik an vergangenen Beeinträchtigungen der richterlichen Unabhängigkeit mit neuen Beeinträchtigungen beantwortet wurde, belegt die Wiederholungsgefahr.

Ich bitte daher, antragsgemäß zu entscheiden.

Thomas Fischer