

## Dienstliche Erklärung

Zu dem Prozessgeschehen, das meiner Ablehnung in den Schriftsätzen des Rechtsanwalts Dr. K vom 24. Februar 2012 und des Rechtsanwalts H vom 29. Februar 2012 zugrunde liegt, ist zu bemerken:

## I.

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

Gemeint war der Beschluss vom 11. Januar 2012, mit dem der Senat die Ordnungsmäßigkeit seiner Besetzung verneint und eine Revisionshauptverhandlung nach Erörterung der Sache und anschließender Gewährung rechtlichen Gehörs zur Besetzungsfrage ausgesetzt hatte. Die Besetzungsfrage war dort erst nach anfänglicher Schließung und anschließendem Wiedereintritt in die Revisionshauptverhandlung angesprochen worden und hatte dann zur Aussetzung der Hauptverhandlung geführt. Die Fassung der schriftlichen Begründung jenes in der Hauptverhandlung mit seinem Tenor verkündeten Aussetzungsbeschlusses war zurzeit der Ladung der Senatsmitglieder vom 17. Januar 2012 zur Präsidiumssitzung am Folgetag gerade im Senat abschließend beraten worden. Nach der Fassungsberatung wurde der Vorsitzende zum Präsidenten gerufen. Anschließend teilte er dem Senat mit, der Präsident habe um Zurückstellung der Bekanntmachung der Gründe des Beschlusses an die Verfahrensbeteiligten und um vorherige Mitteilung des Textes an das Präsidium gebeten. Dies ist durch den Vorsitzenden bewirkt worden.

Das Präsidium beschloss am späten Nachmittag des 18. Januar 2012 ausdrücklich „einstimmig“, dass es auch unter Berücksichtigung der Gründe des Senatsbeschlusses an seinem Geschäftsverteilungsplan hinsichtlich des Doppelsitzes von VRiBGH Dr. Ernemann im 2. und 4. Strafsenat festhalte. Nach diesem Präsidiumsbeschluss wurde RiBGH Prof. Dr. Krehl vom Präsidium befragt, dann wurde ich etwa ab 18.30 Uhr befragt, zuletzt RiBGH Dr. Ott. Auf eine Befragung weiterer Mitglieder des 2. Strafsenats wurde anschließend ver-

zichtet. Eine Befragung von Mitgliedern des 4. Strafsenats, der am 11. Januar 2012 - 4 StR 523/11 - beschlossen hatte, er sei ordnungsgemäß besetzt, war nicht vorgesehen.

Zurzeit der Befragung von Mitgliedern des 2. Strafsenats hatte das Präsidium also über die Vorlage mit Senatsbeschluss vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11 - abschlägig entschieden. Vor Beginn meiner Befragung teilte mir der Präsident dies mit. Ich war davon überrascht, denn ich hatte angenommen, ich solle vor der Präsidiumsentscheidung zu deren Vorbereitung befragt werden. Zweck und Rechtsnatur einer nachträglichen Befragung - phasenweise mit der Anmutung eines dienstaufsichtlichen Charakters sowie mit Fragestellungen, die sich mit Funktion und Aufgabe des Präsidiums bei der bereits beschlossenen Geschäftsverteilung alleine nicht begründen ließen -<sup>1</sup> erschienen mir unklar, zumal der unmittelbar zuvor ergangene Präsidiumsbeschluss nicht zur Diskussion stand und dessen Gründe auch nicht mitgeteilt wurden. Ob ich eine Auskunftspflicht gegenüber dem Präsidenten und dem Präsidium hatte oder - über den Gegenstand des Beratungsgeheimnisses hinaus - zum Schweigen befugt gewesen wäre, erschien mir unklar. Ein Hinweis auf Rechtsnatur, Zweck und Bedeutung der Befragung sowie meine Rechte und Pflichten hierbei ist mir nicht erteilt worden.

## II.

1. a) Da die Vorgänge wegen der präjudiziellen Bedeutung der Sache 2 StR 346/11 für das vorliegende Verfahren mit seinem Zwischenstreit um die Richterablehnung ausnahmslos verfahrensrelevant sind und nicht Bestandteil einer Beratung waren, weshalb sie auch nicht an einem Beratungsgeheimnis teilnehmen, unterliegen sie hier nicht der Geheimhaltung gegenüber den Verfahrensbeteiligten. Dies gilt zugleich deshalb, weil die Befragung unzulässig war (unten III.1.). Es besteht nach § 26 Abs. 3 StPO vielmehr eine Informationspflicht gegenüber dem Beschwerdeführer, der seine berechtigten Interessen wahrnimmt. Es kann nicht von einem rein innerdienstlichen Vorgang gesprochen werden.<sup>2</sup>

b) Die dienstliche Äußerung im Ablehnungsverfahren ist in § 26 Abs. 3 StPO zwingend vorgeschrieben, so dass eine Verpflichtung des abgelehnten Richters zu deren Abgabe besteht und auch nicht durch Loyalitätspflichten verdrängt sein kann. Die dienstliche Äußerung berührt die Frage nach dem gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) und sie gehört zur richterlichen Tätig-

<sup>1</sup> Vgl. zu einem solchen Abgrenzungskriterium BGHZ 93, 238, 241 f.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 89, 28, 35 f.

keit, welche der Dienstaufsicht entzogen ist.<sup>3</sup> Sie darf nicht zurückgehalten werden.<sup>4</sup>

c) Wenn ich mich zu dem Vorgang erst jetzt aufgrund des Ablehnungsgesuchs äußere, so ist die Tatsache, dass dies nicht bereits früher unabhängig vom Ablehnungsgesuch geschehen ist, einem Loyalitätskonflikt geschuldet (III.2.).<sup>5</sup>

d) In der Sache selbst sehe ich kein Hindernis für meine Mitwirkung am vorliegenden Revisionsverfahren.

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

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

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

Jene Anhörung vom 15. Dezember 2011 hatte aber die allgemeine Planung der Geschäftsverteilung betroffen. Die Befragung vom 18. Januar 2012 bezog sich dagegen auf die Aussetzung der Revisionshauptverhandlung in der konkreten Sache 2 StR 346/11. Zum Verständnis ist zu dem vorangegangenen Geschehen kurz anzumerken: Ich hatte mich bei meiner Anhörung durch das Präsidium am 15. Dezember 2011 ohne Festlegung auf ein Ergebnis, vielmehr angesichts insistierender Fragen nach meinem künftigem Verhalten und dem erwartbaren Abstimmungsverhalten anderer Senatsmitglieder bewusst unter Betonung der Tatsache, dass alle Aspekte von mir nochmals durchdacht werden würden, zum Konzept des Doppelvorsitzes von VRiBGH Dr. Ernemann im 2. und 4. Strafsenat geäußert. Im Kern hatte ich dazu angemerkt, Unmögliches - nämlich die Beauftragung eines Vorsitzenden, der nicht uneingeschränkt verfügbar ist, mit der Übernahme des Vorsitzes in einem weiteren voll ausgelasteten Strafsenat - werde vom Präsidium nicht geschuldet, auch nicht aufgrund von

<sup>3</sup> Vgl. BGHZ 77, 70, 72; BGH DRiZ 1974, 130, 131 f.; 1982, 389, 390; 1986, 423 f.

<sup>4</sup> BVerfGE 89, 28, 35.

<sup>5</sup> Vgl. Weber DRiZ 2012, 59, 60.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und § 21 f GVG. Meinen Überlegungen war damals entgegen gehalten worden, sie seien „zu dogmatisch“.

Aus meiner früheren Meinungsäußerung wurde am 18. Januar 2012 die angebliche Bekanntheit meines Abstimmungsverhaltens bei dem Aussetzungsbeschluss vom 11. Januar 2012 – 2 StR 346/11 – abgeleitet, welches aber auch aus einem Besetzungswechsel bei der divergierenden Entscheidung 2 StR 482/11 vom gleichen Tag nicht „errechenbar“ ist und von mir nicht außerhalb des Spruchkörpers Dritten gegenüber offengelegt worden war. Ich habe insbesondere mein Votum zur Frage der Senatsbesetzung in der Sache 2 StR 346/11 dem Präsidium weder am 15. Dezember 2011 noch am 18. Januar 2012 mitgeteilt. Ein verständiger Angeklagter muss davon ausgehen, dass ein Richter sich durch frühere Entscheidungen nicht für künftige Entscheidungen endgültig festgelegt hat;<sup>6</sup> warum das Präsidium dies in Bezug auf meine Rechtsansicht nicht gelten lassen wollte, ist mir nicht bekannt. Die präjudizielle Sache 2 StR 346/11 wurde zudem erstmals nach dem Geschäftsverteilungsbeschluss des Präsidiums vom 15. Dezember 2011 im Senat beraten. Andere einzelfallbezogene Senatsberatungen zur Besetzungsfrage folgten dem wiederum nach.

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

c) Es wurde weiter danach gefragt, ob nicht im Gesamtsenat (Plenum) eine einvernehmliche Ansicht hätte gebildet werden können, der sich Senatsmitglieder, die „anders denken“, zur Vermeidung einer Binnendivergenz hätten anschließen können; das sei schließlich sonst im Bundesgerichtshof üblich. Ich habe darauf erwidert, die Besetzungsfrage sei im Gesamtsenat informell erörtert worden, der aber keine Entscheidungskompetenz besitze.

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

---

<sup>6</sup> Vgl. etwa BGHSt 21, 334, 341.

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

f) Auf den Vorhalt eines Präsidiumsmitglieds, der Beschluss des Senats vom 11. Januar 2012 enthalte nichts Neues, ernsthaft von Bedeutung sei in seiner Argumentation nur die Frage der Aktenlektüre durch den Vorsitzenden, habe ich angemerkt, der Beschluss habe den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab herausgearbeitet und die Fragestellung präzisiert. Der Vorsitz in einem Strafsenat des Bundesgerichtshofs als zweiter Instanz im eingriffsintensiven Strafverfahren habe angesichts der Möglichkeiten der „erweiterten Revision“ in Strafsachen und angesichts der Arbeitsweise der Strafsenate des Bundesgerichtshofs bei Beschlussberatungen in Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO, die generell ohne Hauptverhandlung<sup>7</sup> und meist ohne Mitteilung einer Entscheidungsbegründung an die Revisionsführer durchgeführt werden, in einer für die anderen Gerichtszweige untypischen Weise ohne schriftliche Voten der Berichterstatter eine andere Bedeutung als der Vorsitz in einem Zivilsenat oder in einem Senat eines anderen Bundesgerichts. Dieser Hinweis auf denkbare Risiken des Doppelvorsitzes wurde aufgrund der bestehenden Festlegung des Präsidiums auf ein Ergebnis nicht aufgenommen. Von Erläuterungen der Gründe des Senatsbeschlusses habe ich abgesehen. Diese waren den Präsidiumsmitgliedern schließlich bekannt.

g) Ich bin zuletzt zur Verbindlichkeit des Präsidiumsbeschlusses nach dem Maßstab in BVerwGE 50, 11, 21 befragt worden. Ich habe geantwortet, darüber habe *der Senat* zu beraten. Hinzugefügt habe ich, dass dies ein vordringlicher Tagesordnungspunkt der folgenden Senatsberatungen sein dürfte.

3. Während meiner Befragungen sowohl am 15. Dezember 2011 als auch am 18. Januar 2012 hat sich VRiBGH Dr. Ernemann als Präsidiumsmitglied einer Äußerung enthalten.

### III.

1. Das Präsidium durfte zwar prinzipiell zur Vorbereitung seiner abstrakt-generellen Geschäftsverteilungsregelung am 15. Dezember 2011 Richter aus

---

<sup>7</sup> Zur Problematik BVerfGE 112, 185, 204 f.

dem 2. Strafsenat anhören, wenngleich dabei Fragen nach einem künftigen Abstimmungsverhalten ungewöhnlich gewirkt hatten, aber im Ergebnis offen geblieben waren. Das Präsidium war jedoch nicht dazu befugt, am 18. Januar 2012 erkennende Richter in einem laufenden Revisionsverfahren nach Aussetzung einer Hauptverhandlung vorzuladen, „um den Kollegen, die an der Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens in der konkreten Strafsache 2 StR 346/11 mitgewirkt haben, nochmals Gelegenheit zu geben, ihre Sicht der Dinge darzulegen“. Erst recht war es unzulässig, die erkennenden Richter am 18. Januar 2012 im Anschluss an die eigene - kategorisch ablehnende - Entscheidung des Präsidiums aufgrund der Vorlage des Senats danach zu befragen, wie sie sich nun verhalten werden. Dies bezog sich auf das Abstimmungsverhalten in der späteren Senatsentscheidung über die Frage des Fortgangs der Sache. Maßnahmen im Vorfeld einer absehbaren Entscheidung, die Einfluss auf den Verfahrensausgang nehmen wollen, sind mit Blick auf Art. 97, 101 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK unzulässig, und zwar selbst dann, wenn sie abstrakt gefasst sind<sup>8</sup> oder nur mittelbare Auswirkungen auf die Rechtsprechungstätigkeit haben oder darauf abzielen.<sup>9</sup> Das Präsidium hat demnach weder auf § 43 DRiG noch auf Art. 97, 101 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ausreichend Rücksicht genommen.<sup>10</sup> Einen vergleichbaren Vorgang habe ich bisher noch nicht erlebt, obwohl ich beim Oberlandesgericht Koblenz jahrelang Mitglied des Präsidiums gewesen war. Die Befragung erkennender Richter zu einem aktuellen Besetzungsproblem in laufenden Verfahren ist bisher auch in Literatur und Rechtsprechung noch nicht erörtert worden.

2. Ich habe mich vor diesem Hintergrund während meiner Befragung durch das Präsidium durchweg darum bemüht, mich den Fragen durch ausweichende Antworten zu entziehen, um das Beratungsgeheimnis und meine sachliche Unabhängigkeit zu wahren. Eine andere adäquate Handlungsalternative habe ich unter den gegebenen Umständen nicht gesehen. Ob ich mich der Befragung im Ganzen hätte entziehen können, war mir unklar, zumal ich von der Reihenfolge der Maßnahmen in Form einer Befragung nach der Präsidiumsentscheidung irritiert war, den Zweck und Rechtscharakter dieser Befragung nicht klar einschätzen konnte und mich einem Loyalitätskonflikt ausgesetzt sah.

Ob mein Ausweichverhalten bei der Beantwortung der Fragen auch unter normativen Gesichtspunkten ausreicht, um die Besorgnis meiner Befangenheit bei einem verständigen Beschwerdeführer auszuräumen, habe ich nicht zu beur-

<sup>8</sup> Weber DRiZ 2012, 16, 17 f.

<sup>9</sup> BGHZ 93, 238, 241.

<sup>10</sup> Vgl. Groß-Bölting HRRS 2012, 89, 90.

teilen.

3. Die Fortsetzung der ausgesetzten Hauptverhandlung in dem präjudiziellen Verfahren 2 StR 346/11 ist im Senatsurteil zu jener Sache vom 8. Februar 2012 erklärt worden. Daran habe ich mitgewirkt. Für mein Abstimmungsverhalten in jener Sache und in den Folgeverfahren gilt das Beratungsgeheimnis.

Bundesgerichtshof, 2. Strafsenat  
Karlsruhe, den 26. März 2012

(Dr. Eschelbach)  
RiBGH