Prof. Dr. Thomas Fischer
Richter am Bundesgerichtshof
2. Strafsenat

Karlsruhe, den 14. März 2012

Dienstliche Erklärung

In der Revisionssache 2 StR gebe ich zum Befangenheitsantrag folgende dienstliche Erklärung ab:

1)
Am 11. Januar 2012 hat die Sitzgruppe 2 des Senats in der Sache 2 StR 346/11 entschieden, der Senat sei im Hinblick auf die Mitwirkung von VRiBGH Dr. Ernemann nicht gesetzmäßig besetzt. Mitgewirkt haben die Richter: Ernemann, Fischer, Krehl, Eschelbach, Ott[1].

Ebenfalls am 11. Januar 2012 hat die Sitzgruppe 1 des Senats in der Sache 2 StR 482/11 entschieden, der Senat sei vorschriftsgemäß besetzt. Mitgewirkt haben die Richter Ernemann, Fischer, Appl, Schmitt, Krehl.

Ich gehöre nach der senatsinternen Geschäftsverteilung beiden Sitzgruppen an und habe an beiden Entscheidungen mitgewirkt.

Am 17. Januar 2012 teilte Herr VRiBGH Dr. Ernemann in der Beratung mit,der Präsident des BGH habe gebeten, die Spruchgruppe 2 des Senats möge die Gründe der Entscheidung 2 StR 346/11 vom 11. Januar 2012 noch nicht fertigstellen und in den Geschäftsgang geben, sondern zurückhalten und vorab dem Präsidium zur Kenntnisnahme übersenden. Im Senat wurde dies besprochen. Es bestand Einigkeit, dass jedenfalls eine nachträgliche Änderung der (unterzeichneten) Gründe aufgrund einer Intenvention des Präsidiums nicht in Betracht komme. Es wurde schließlich dem Präsidenten ein nicht unterschriebener Abdruck der Entscheidungsgründe übermittelt.

---

[1] Als Vertreterin für den verhinderten RiBGH Dr. Berger.

Am Abend des 17. Januar 2012 wurden die Mitglieder des Senats mit Ausnahme von VRiBGH Dr. Ernemann, der Mitglied des Präsidiums ist, vom Präsidenten des BGH per eMail gebeten, sich für den nächsten Tag zu einer Anhörung durch das Präsidium bereit zu halten, "etwa auch 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"[1].

2)
Ich selbst hatte am 18. Januar Erholungsurlaub. Wegen Urlaubs verhindert war auch RiBGH Prof. Dr. Schmitt. Am 18. Januar wurden, wie mir tags darauf von den Senatskollegen berichtet wurde, nur die Richter Prof. Dr. Krehl, Dr. Eschelbach (jeweils länger) und Dr. Ott (kürzer) angehört, die der Sitzgruppe angehörten, welche die Besetzung des Senats für fehlerhaft gehalten hatte. Von einer Anhörung der an dieser Entscheidung nicht beteiligten Richter Dr. Appl und Richters Dr. Berger wurde abgesehen, nachdem diese erklärten, nicht auf einer Anhörung zu bestehen. Auch eine nachträgliche Anhörung fand nicht statt.

Wenn bei der Pressekonferenz des Präsidenten des BGH am 9. Februar 2012 mitgeteilt worden sein sollte, es seien alle Richter des Senats befragt worden[2], war diese Schilderung somit nicht zutreffend. Auch Richter des 4. Strafsenats sind meines Wissens zu keiner Zeit angehört worden.

Ob Herr VRiBGH Dr. Ernemann angehört wurde, weiß ich nicht. Er nahm als Mitglied des Präsidiums an der Sitzung teil. Ob dies sowie der Umstand im Präsidium erörtert worden ist, dass Herr Dr. Ernemann bei dem Beschluss, ob der Senatsentscheidung vom 11. Januar 2012 - an der er mitgewirkt hatte -, abzuhelfen sei, mitgestimmt hat, weiß ich nicht. Der Präsident des

---

[1] Schreiben des Präsidenten des Bundesgerichtshofs vom 17. Januar 2012 an die Senatsmitglieder Fischer, Appl, Schmitt, Berger, Krehl, Eschelbach, Ott.
[2] Frankfurter Rundschau, 11. Februar 2012: "Tolksdorf spricht von einer Falschbehauptung. Alle Richter seien zum Gespräch gebeten worden, nicht nur drei... Alle Richter seien gefragt worden, wie sie sich die weitere Senatsarbeit vorstellen."

Bundesgerichtshofs hat mit Presseerklärung vom 9. Februar 2012[1] das Abstimmungsverhalten von Herrn Dr. Ernemann öffentlich mitgeteilt.[2]

3)

Die am 18. Januar 2012 einzeln befragten Richter Prof. Dr. Krehl, Dr. Eschelbach und Dr. Ott haben mir berichtet, es sei Ihnen zu Beginn ihrer Anhörungen mitgeteilt worden, der Entscheidung 2 StR 346/11 vom 11. Januar 2012 werde nicht abgeholfen; es bleibe bei dem Doppel-Vorsitz von VRiBGH Dr. Ernemann. Im Anschluss daran seien sie befragt worden, wie sich auf dieser Grundlage die Spruchpraxis des Senats gestalten werde und wie sie selbst sich bei zukünftigen Entscheidungen verhalten wollten.

Zwei der Kollegen haben mir berichtet, das Präsidium habe als sicher unterstellt, dass sie am 11. Januar für die Ansicht gestimmt hätten, der Senat sei nicht verfassungsgemäß besetzt. Unter Hinweis auf diese Rechtsansicht seien sie gefragt worden, ob ihnen "damit geholfen wäre, den Senat zu wechseln".

Die dritte Kollegin hat mir berichtet, ein Präsidiumsmitglied habe am Tag nach der Anhörung im Hinblick auf ihre Weigerung, Einzelheiten zu Beratungsinhalten mitzuteilen, geäußert, man sei davon ausgegangen, dass sie nicht zu denen gehöre, die am 11. Januar für die Aussetzung der Hauptverhandlung gestimmt hatten. Deshalb habe man mit ihr nicht ausführlich reden müssen.

4)

In der neu durchgeführten Hauptverhandlung in der Sache 2 StR 346/11 am 8. Februar 2012 hat der Berichterstatter Prof. Dr. Krehl im Rahmen des Sachvortrags den Verfahrensgang einschließlich der Aussetzung am 11. Januar 2012, des Beschlusses des Präsidiums vom 18. Januar und der nachfolgenden Anhörung dargestellt. Von einer „Nötigung"[3] war nicht die Rede. Der Berichterstatter führte aus, das Präsidium habe die Erwartung vermittelt, die

---

[1] Nr. 23 / 2012.

[2] "Veranlasst durch (den Beschluss 2 StR 346/11 vom 11. Januar 2012) hat das Präsidium des Bundesgerichtshofs am 18. Januar 2012 einstimmig beschlossen, dass an dem Beschluss vom 15. Dezember 2011, mit dem VRiBGH Dr. Ernemann der Vorsitz des 2. und zugleich des 4. Strafsenats übertragen worden ist, festgehalten werde."

[3] So etwa die Berichterstattung in der Frankfurter Rundschau vom 10. Februar 2012

Rechtsansicht, wonach der Senat nicht gesetzmäßig besetzt sei, solle aufgegeben oder zurückgestellt werden. Er fügte hinzu, diese Mitteilung erfolge zur Gewährung rechtlichen Gehörs, da der Ablauf von Bedeutung sein könne.

5)

In Presseberichten hierzu und namentlich auch zur Pressekonferenz vom 9.Februar 2012 war – unter Nennung von Namen[1] – von „drei Richtern" die Rede, die die Besetzung des Senats für verfassungswidrig gehalten und "die Arbeit niedergelegt" hätten und vom Präsidium „dazu gebracht" gebracht worden seien, die Arbeit wieder aufzunehmen[2]. Auch der Präsident des BGH soll auf dieser Pressekonferenz ausdrücklich die Mehrheitsverhältnisse offengelegt haben:

> "Tolksdorf betonte, dass er für die getroffene Neuverteilung der Arbeit im 2. Senat die Zustimmung des (elfköpfigen) Präsidialrats [offenbar gemeint: Präsidiums] des BGH, eine Mehrheit der Richter des 2. Senats - vier gegenüber drei[3] - sowie die Übereinstimmung mit den Präsidenten [?] sämtlicher oberster Gerichtshöfe des Bundes hat. "Drei Kollegen im 2. Senat sehen die Sache aber anders - das ist ihr gutes Recht."[4]

All diese angeblichen Erkenntnisse sind nur durch Bruch des Beratungsgeheimnisses zustande gekommen. Die Abstimmungsergebnisse öffentlich weiterzugeben ist ein bemerkenswerter Vorgang, für den mir beim Bundesgerichtshof kein Beispiel bekannt ist. Die Bekanntgabe sowohl innerhalb wie außerhalb des Gerichts war in hohem Maße geeignet, diejenigen Richter, die eine „abweichende" Rechtsmeinung vertreten hatten, einem massiven Druck auszusetzen. So wurden etwa „Fischer und zwei seiner Kollegen" in der Presse

---

[1] Nur beispielhaft vgl. Frankfurter Rundschau vom 11. Februar 2012: "Neben Fischer hielten ... zwei seiner Kollegen den Doppelvorsitz wegen Arbeitsüberlastung für unzulässig." FAZ vom 13. Februar 2012: "Jene drei Richter, die Bedenken gegen die Übergangslösung hatten...". Frankfurter Rundschau vom 11. Februar 2012: "Inzwischen urteilen die drei Bundesrichter wieder."

[2] Vgl. Süddeutsche Zeitung, 11. Februar 2012: "Tolksdorf nannte die Behauptung (eines Richters), das Präsidium habe ihn von seiner Haltung abbringen wollen, unerhört ... Das Präsidium habe für den zügigen Fortgang der Prozesse sorgen müssen." - Vgl. auch die Presseerklärung Nr. 23/2012 des BGH vom 9. Februar 2012: "Die Rechtsprechung im 2. Strafsenat ist damit wieder von allen Spruchgruppen aufgenommen worden."

[3] Der 2. Strafsenat hat acht Mitglieder. VRiBGH Dr. Ernemann ist hier offenbar als Senatsmitglied gar nicht mitgezählt.

[4] Badische Neueste Nachrichten vom 11. Februar 2012.

unter der Überschrift „Urteilsstreik" vorgeführt und mit dem Vorwurf überzogen, die „Arbeit niedergelegt" zu haben.

6)
Bereits im August 2011 hatte das Präsidium erwogen, den Vorsitz des 2. Strafsenats dem Vorsitzenden eines anderen Senats zusätzlich zu übertragen. Um das zu ermöglichen, sollten die Geschäftsaufgaben eines oder beider Senate verringert werden. Der 2. Strafsenat vertrat damals nach intensiven Beratungen die Ansicht, dies sei rechtlich nicht geboten, denn ein Fall der Verhinderung im Sinne von § 21f Abs. 2 GVG bestehe grundsätzlich fort, so lange ein Konkurrentenklage-Verfahren läuft.[1] Auf ein entsprechendes Schreiben aller Mitglieder des Senats an die Präsidiumsmitglieder, in dem diese Rechtsansicht dargelegt wurde, ist dem Senat - ohne Begründung - mitgeteilt worden, von einer Änderung der Geschäftsverteilung werde vorerst abgesehen.

Am 29. November 2011 bin ich – als stellvertretender Senatsvorsitzender – vom Präsidenten des BGH darüber informiert worden, man wolle den Vorsitz des 2. Strafsenats ab 1. Januar 2012 Herrn VRiBGH Dr. Ernemann zusätzlich zum Vorsitz des 4. Strafsenats übertragen. Das Ergebnis einer Besprechung des (wegen Urlaubs unvollständigen) Senats dazu habe ich am Folgetag dem Präsidenten auf dessen Bitte mitgeteilt. Bedenken formulierte der Senat darin zum einen gegen die Annahme, eine Beendigung der Vertretung sei durch Entscheidungen anderer Bundesgerichte zwingend vorgegeben, zum anderen gegen die Besetzung von zwei Vorsitzendenstellen mit derselben Person ohne Entlastung der Senate.

Die Einladung des Präsidenten an die Vorsitzenden der Senate zur Besprechung der Geschäftsverteilung 2012 am 8. Dezember 2011 führte aus, das Präsidium habe bereits am 23. November 2011 beschlossen, den Vorsitz des 2. Strafsenats dem Vorsitzenden eines anderen Senats zusätzlich zu übertragen. Bei der Vorsitzenden-Besprechung am 8. Dezember 2011 habe ich als Vertreter des

---

[1] Ebenso etwa *Schünemann*, ZIS 1-2/2012, S. 1, , 6 f.; *ders.*, Strafverteidiger 2012, Heft 3, Editorial.

2. Strafsenats die oben genannten Bedenken erläutert. Eine Zusage bestimmter Senatsentscheidungen wurde weder verlangt noch abgegeben.

7)
Im Vorfeld der Präsidiumssitzung vom 15. Dezember 2011 wurden ich sowie weitere Senatskollegen von Mitgliedern des Präsidiums informell darüber unterrichtet, man wolle „auf jeden Fall" die Vertretungs-Situation beenden und die Geschäftsverteilung ändern. Am 12. Dezember 2011 sandten daher vier Senatsmitglieder ein Schreiben an alle Mitglieder des Präsidiums, in dem die genannten Bedenken nochmals ausgeführt waren und beantragt wurde, den Senat – gemeinsam – anzuhören sowie die Präsidiumssitzung richteröffentlich durchzuführen.

Am 15. Dezember 2011 kam es zu einer – jeweils einzelnen – Anhörung von fünf Senatsmitgliedern durch das Präsidium. Richteröffentlichkeit bestand hierbei nicht. Zunächst wurde ich selbst etwa 90 Minuten lang angehört; die nachfolgenden Anhörungen waren kürzer.[1] Die Richter Prof. Dr. Krehl und Dr. Ott waren aus mir nicht bekannten Gründen nicht anwesend; sie wurden auch nachträglich nicht angehört.

Zu Beginn meiner Anhörung wurde ich befragt, wie das Schreiben vom 12. Dezember zustande gekommen sei, wann und durch wen der Entwurf gefertigt und wie er abgestimmt worden sei und aus welchem Grund drei Senatsmitglieder nicht unterzeichnet hatten. Form und Athmosphäre dieser Befragung vermittelten den Eindruck, die Beteiligung an dem Schreiben werde vom Präsidium als rechtfertigungsbedürftig angesehen und könne den Unterzeichnern zum Nachteil gereichen.

Es wurde sodann erörtert, ob eine weitere Vertretung der vakanten Stelle zulässig sei. Ich habe ausgeführt, dass ich eine Beendigung der Vertretung nicht für rechtlich zwingend hielte. Dies fand im Präsidium keinerlei Verständnis. Es wurde mir vorgehalten, ich kenne oder beachte die „zwingende Rechtsprechung" anderer

[1] RiBGH Dr. Eschelbach ca. 45 Minuten; RiBGH Dr. Berger ca. 20 Minuten; RiBGH Dr. Appl und Prof. Dr. Schmitt wenige Minuten.

Gerichte nicht. Das Präsidium habe die Frage geprüft; ich solle davon ausgehen, dass dies sorgfältig geschehen sei. Ich habe unter anderem eingewandt, der frühere Xa-Zivilsenat des BGH sei bis 2010 zwei Jahre lang vom Vertreter geleitet worden; damals sei von zwingend entgegen stehender Rechtsprechung und Verfassungswidrigkeit nicht die Rede gewesen. Dies wurde mit dem Hinweis verworfen, bei Hilfssenaten sei das „etwas ganz anderes". Meine Frage, was daran anders sei, wurde nicht beantwortet.

Es wurde mir vorgehalten, ich hätte in dem Gespräch mit dem Präsidenten am 29. November meine Zustimmung bereits zugesagt und mich mit dem späteren Vortrag von Bedenken somit widersprüchlich verhalten. Ich hatte dort aber, ebenso wie bei der Vorsitzendenbesprechung am 8. Dezember 2011, nur erklärt, ich hielte eine Lösung für möglich, wolle alle Möglichkeiten offen prüfen, habe aber noch keine endgültige Meinung und wolle der Beratung im Senat nicht vorgreifen.

Zur Frage, wie die Geschäftsverteilung zu ändern sei, wurden andere Möglichkeiten als ein „Doppelvorsitz" ohne Verringerung der Geschäftsaufgaben nicht angesprochen.

Ich wurde gefragt, ob der Senat und ich selbst bereit seien, senatsinterne Regelungen zu beschließen, wonach die Belastung des Vorsitzenden dadurch reduziert werde, dass dieser die Revisionsakten nur zum Teil lese. Ich habe ausgeführt, dies sei problematisch, aber unter Umständen möglich; der Senat habe aber noch nicht vollzählig beraten; die Entscheidung zur internen Geschäftsverteilung könne nicht prognostiziert werden.

Daraufhin wurde ich vom Präsidenten mit dem Bemerken: „Jetzt mal Butter bei die Fische!" aufgefordert mitzuteilen, wie ich selbst mich verhalten werde. Hierauf habe ich - unter Hinweis auf das Fehlen einer Erörterung im Gesamt-Senat - ausweichend geantwortet. Eine Konfrontation im Hinblick auf die mir greifbar erscheinenden Eingriffe in Beratungsgeheimnis und richterliche Unabhängigkeit habe ich zu vermeiden versucht.

In einem letzten Teil der Anhörung wurde ich schließlich - zu meiner und wohl auch zur Überraschung vieler Mitglieder des Präsidiums - befragt, wie "die Stimmung" im Senat sei, ob und wenn ja welche "Spannungen" bestünden und ob es Unterschiede in den "Rückständen" von Senatskollegen gebe. Dies begründete der Präsident mit dem Hinweis: „Herr Ernemann muss ja wissen, in was für einen Senat er kommt".

Gegen diese Befragung hat kein Mitglied des Präsidiums Einwände erhoben, obgleich sie nach meiner Ansicht weder mit den Rechtsfragen in sachlichem Zusammenhang stand noch der Zuständigkeit des Präsidiums unterfiel. Ich habe versucht, ausweichend zu antworten. Meine Antworten, die von der Präsidialrichterin während der ganzen Befragung mitgeschrieben wurden[1], sind in einer Anlassbeurteilung vom 10. Januar 2012 mit pejorativer Tendenz gegen mich verwendet worden.

8)

Die Anhörung hatte nach meinem Empfinden nicht den Charakter einer gleichberechtigten Diskussion über Rechtsfragen. Die überwiegende Zahl der Präsidiumsmitglieder äußerte sich nicht; einige Mitglieder traten mit einer etwas befremdlichen Attitüde wie "Vorgesetzte" auf, vor denen sich Richter für „falsche" Rechtsmeinungen oder individuelle Arbeitsgeschwindigkeiten rechtfertigen sollten. Ich hatte den - subjektiven - Eindruck, dass einigen Mitgliedern des Präsidiums die Tragweite des Umstands nicht bewusst war, dass das Präsidium offensichtlich erwartete, Richter des 2. Strafsenats sollten zukünftiges Entscheidungsverhalten zusagen.

Dieser Eindruck ist nachträglich auch dadurch bestätigt worden, dass mir ein Mitglied des Präsidiums mitgeteilt hat, man habe mit den Anhörungen sicherstellen wollen, dass der Senat die vorgesehene Lösung - die auch im Präsidium als verfassungsrechtlich riskant angesehen worden sei - mitmache. Wenn das nicht durchsetzbar gewesen wäre, hätte man aber den Senat „auseinander genommen" und anders besetzt.

---

[1] Ich habe daher in dern folgenden Tagen beantragt, mir eine Abschrift des Protokolls zu überlassen, soweit es meine Anhörung betraf. Daraufhin habe ich die Ablichtung eines Formalprotokolls erhalten, in dem nur vermerkt war, die Anhörung habe stattgefunden.

Die Anhörung vermittelte mir insgesamt den Eindruck, die Meinung des Präsidiums stehe fest; auf abweichende Ansichten komme es nicht an; es gehe allein darum zu erfahren, ob und welche Senatsmitglieder bereit seien, das Modell des Doppelvorsitzes zu akzeptieren. Soweit ich abweichende Ansichten vortrug, wurden diese als unverständlich oder unvertretbar behandelt. Hinweise auf eine Unterscheidung zwischen der Frage, ob die Geschäftsverteilung zu ändern sei, und der Frage, wie dies unter Beachtung von Art. 101 Abs. 2 S. 1 GG geschehen könne, fanden keine Beachtung. Unausgesprochen, aber nach meinem Empfinden recht deutlich wurde unterstellt, wer die Entscheidung des Präsidiums nicht mittragen wolle, tue dies aus unsachlichen Gründen.

9)

Soweit das Präsidium am 18. Januar 2012 - ohne Begründung - beschlossen hat, Rechtsprechung des Senats[1] nicht zu beachten, hat der Senat im Urteil vom 8. Februar 2012 – dargelegt, dass er sich in seinen Entscheidungsmöglichkeiten beschränkt sehe. Für mein eigenes Entscheidungsverhalten wie für das der Senatskollegen in dieser wie in jeder anderen Sache gilt - auch wenn es nach den vorliegenden Presseberichten ersichtlich gebrochen wurde - das Beratungsgeheimnis.

Subjektiv habe ich einen derart hohen Druck, Rechtsentscheidungen in laufenden oder zukünftigen Verfahren gegenüber Dritten zu rechtfertigen, bestimmte Rechtsansichten zu vertreten und gegebenenfalls abweichende Ansichten aufzugeben, wie ich ihn in dieser Angelegenheit wahrgenommen habe, während meiner Richtertätigkeit noch nicht erlebt. Auch der Senat insgesamt ist nach meinem Empfinden durch die geschilderten Abläufe in einem hohen Maß belastet worden. Ein ähnliches Vorgehen eines Präsidiums ist mir – etwa auch während mehrjähriger Mitgliedschaft im Präsidium des Landgerichts Leipzig – in der Justiz bisher nicht begegnet.

Fischer

---

[1] Beschl. vom 11. Januar 2012 - 2 StR 346/11.