

## Konstruktive Kritik an § 313 StPO<sup>1</sup>?

### Abstract

In dem folgenden Beitrag wird der Anknüpfungspunkt für die Auslegung des § 313 Abs. 2 S. 2 StPO problematisiert. Gängig ist die Vorstellung, die als Sprachspiel einhellig zustimmend zitiert wird, dass eine Annahmeverufung wegen offensichtlicher Unbegründetheit (Erfolglosigkeit) als unzulässig zu verwerfen sei, wenn ohne Weiteres erkennbar sei, dass das angefochtene Urteil fehlerfrei sei, wobei sogar die Meinung vorherrscht, dass der Einzelrichter den Berufungsführer nicht einmal anhören müsse. Der Autor zeigt, dass dieser Lösungsvorschlag ebenso wie die von Gössel vertretene Lösungsvariante, wonach der Berufungsführer gem. Art. 1 Abs. 3 GG ein Recht auf Gehör habe, „suboptimal“ sei. Konsequenter sei es, more logico vorzugehen, nämlich per methodischer Gesetzesanwendung, wonach allein das Kollegialorgan der Berufungskammer zu entscheiden befugt sei, ob wesentliche Fehler (die der Einzelrichter im angefochtenen Urteil festgestellt hat) durch urteilsfremde Hilferwägungen „heilbar“ sind. Die funktionelle Zuständigkeit des Einzelrichters kann amtspflichtgemäß nur dann von der Zuständigkeit des Kollegialorgans abgegrenzt werden, wenn deren (gegenseitige) Konkordanz unangetastet bleibt.

1. Der Text des § 313 StPO, der zur Vereinfachung der Rechtspflege formuliert worden sein soll<sup>2</sup>, begegnet bekanntlich Bedenken insofern, als in ihm die Gesichtspunkte der Zulässigkeit und der Begründetheit der Annahmeverufung verschränkt werden. Gössel bemüht sich um Abhilfe<sup>3</sup> der vermeintlichen Ungereimtheit der Regelung, dass eine offensichtlich unbegründete Berufung als „unzulässig“ zu verwerfen sei (§ 313 Abs. 2 S. 2 StPO).

Insoweit unterscheidet Gössel zwischen Statthaftigkeit, Zulässigkeit und Begründetheit. Indessen ist dies gesetzesfremd. So wird der Teufel mit dem Beelzebub ausgetrieben. Der Wortlaut des § 313 StPO verträgt sich nämlich nicht mit der eben erwähnten Dreiteilung. Die in § 313 Abs. 2, S. 2 StPO vorgeschriebene „Sprachregelung“, die Gössel aus rechtstheoretischen Gründen zu korrigieren unternimmt, erscheint mithin als bindend.

2. Bis „zur Sache selbst“, ist man bei alledem freilich noch nicht vorgedrungen. Mit Vorstellungen über terminologische Begrädnungen wird andererseits kein Unheil gestiftet. Zwanglos lässt sich das vermeintliche „terminologische Durcheinander“ der gesetzgeberischen Redeweise dadurch entflechten, dass man Folgendes registriert: Die Annahmeverufung ist zweistufig konzipiert! So ist § 313 Abs. 2 S. 2 StPO vermutlich der Tatsache geschuldet, dass primär der Einzelrichter der Berufungskammer und nur subsidiär deren Kollegialorgan funktionell zuständig ist, über eine Annahmeverufung zu entscheiden. Die einzelrichterliche Zuständigkeit beschränkt sich nicht nur auf die Ermittlung von Formalien, sondern erstreckt sich auf eine durchaus endgültige „Vorentscheidung“ darauf, dass die Annahmeverufung „zurückzuweisen“ ist, und nicht nur dann, wenn sie unstatthaft oder in sonstiger Weise unzulässig ist, sondern sie auch in der Sache selbst erfolglos ist, und zwar in einem offensichtlichen Maße. Es ist wohl nur Geschmackssache, ob man eine solche Berufung entweder als „unzulässig“ oder als „unbegründet“ bezeichnen will. Eine offensichtlich unbegründete Berufung soll möglicherweise als offenbar ebenso aussichtslos erscheinen wie es eine unzulässige Berufung ist, die wegen Nichteinhaltung von Formalien eben offensichtlich unzulässig ist.

3. Wie lautet aber nun das Problem „in der Sache selbst“?

Dies beantwortet Meyer-Gossner in mustergültiger Weise wie folgt: Eine Berufung ist „offensichtlich“ unbegründet, „wenn sie nicht angenommen wird“.<sup>4</sup> Die Frage, ob sie nicht angenommen wird, hängt davon ab, ob sie wenigstens „nicht begründet“ ist. Ist sie nämlich begründet, kann sie nicht unbegründet sein, geschweige denn dies in offensichtlicher Weise tun. Vielmehr ist sie dann vorläufig zuzulassen! Der Einzelrichter hat dann die Sache dem

<sup>1</sup> Löwe-Rosenberg (Gössel), StPO 7. Band, zweiter Halbband, 26. Aufl., 2013.

<sup>2</sup> Löwe-Rosenberg (Gössel), StPO, § 313 Rn. 3, 8, 13, 16, 21.

<sup>3</sup> Gössel ZIS 09, 539.

<sup>4</sup> Meyer-Gossner, StPO, 2011, 54. Aufl., Rn. 9.

Kollegialorgan vorzulegen, das endgültig zu entscheiden hat. Eine Bindung an die vorläufige Zulassung durch den Einzelrichter besteht nicht.

Die Annahme (Zulassung) der Berufung ist ausgeschlossen, wenn sie entweder kraft einzelrichterlicher Feststellung offensichtlich unbegründet ist oder aber kraft Entscheidung des Kollegialorgans der Berufungskammer endgültig unbegründet ist.

*Gösse/s* Lösungsansatz folgt nicht dem Weg, den *Meyer-Gossner* in der Weise formuliert hat, dass zunächst einmal festgestellt werden muss, ob die Annahmeerufung unbegründet ist, bevor sie dies „offensichtlich“ tun kann. Dass *Gösse/s* diesen Ansatz verschmäht, entpuppt sich alsbald als Quelle folgenschwerer Missverständnisse, die sich bei oberflächlicher Lektüre des von *Meyer-Gossner* vorgeschlagenen Lösungsansatzes ergeben. Hierbei ist hervorzuheben, dass es erstaunlich ist, dass bei der Kommentierung in einem Großkommentar primär auf diejenige in einem Kurzkomentar verwiesen wird, und zwar zustimmend, ohne dass die darin mitgeteilte Besonderheit berücksichtigt wird, dass eine „offensichtlich“ unbegründete Annahmeerufung zunächst einmal sich als unbegründet erweisen muss, bevor sie dies in offensichtlicher Weise sein kann. Es mag zwar sein, dass dies von *Gösse/s* stillschweigend zugrunde gelegt (vorausgesetzt) wird, aber er teilt dies nicht mit. Er kappt also den Lösungsansatz von *Meyer-Gossner* ersatzlos und erweckt damit den Eindruck, dass der Einzelrichter eine Annahmeerufung, die wegen eines schweren Fehlers im tatrichterlichen Urteil an und für sich begründet ist, durch ergänzende Erwägungen des Einzelrichters doch noch als unbegründet, ja sogar offensichtlich unbegründet, hingestellt werden dürfe, wenn ganz voraussetzungslos für jeden Sachkundigen „anhand“ der Urteilsgründe und einer evtl. vorliegenden Berufungsbegründung sowie des Protokolls der Hauptverhandlung erster Instanz ohne längere Prüfung erkennbar ist, dass das Urteil sachlich-rechtlich nicht zu beanstanden ist und keine Verfahrensfehler vorliegen, die eine Revision begründen würden.<sup>5</sup> Diese Meinung sei als „herrschende Meinung“ allgemein anerkannt.<sup>6</sup> Diese Meinung lässt offen, ob der Einzelrichter befugt ist, eine Annahmeerufung, die wegen der Fehlerhaftigkeit des tatrichterlichen Urteils begründet ist, dennoch als offensichtlich unbegründet zu verwerfen, wenn er glaubt, die Entscheidung des Kollegialorgans dahingehend prognostizieren zu dürfen, dass die Berufung als unbegründet zurückgewiesen werden wird. Allerdings soll damit wohl keineswegs unterstellt werden, dass der Einzelrichter befugt sei, die Entscheidungsgründe auszutauschen, die im tatrichterlichen Urteil enthalten sind.<sup>7</sup> Weiter ist damit die Unterstellung verbunden, dass der Einzelrichter in Form der Prognoseentscheidung in die funktionelle Zuständigkeit des Kollegialorgans des Berufungsgerichts eingreifen könne, ja diese Entscheidung quasi vorwegnehmen dürfe.

4. Für derartige Unterstellungen gibt das Gesetz aber keinerlei Anlass! Die Texte von §§ 349 Abs. 2 und 313 Abs. 2 StPO sind inhaltsgleich. Eine Analogie ist also unergiebig wenn es um die Beantwortung der Frage geht, ob ein Rechtsmittel „begründet ist“, was doch diejenige Frage ist, die vorrangig zu beantworten ist. Nachrangig ist die Frage, ob ein Rechtsmittel „unbegründet“ ist, geschweige denn, ob dies „offensichtlich“ der Fall ist. Für eine Analogie fehlt es auch an einer Gesetzeslücke, aber auch an einem Lückenfüllungsbedarf. Es führt also nicht weiter, wenn man argumentieren würde, dass § 313 Abs. 2 StPO in Anlehnung oder in Anknüpfung an § 349 StPO auszulegen und anzuwenden sei. Es ist auch keineswegs evident, dass für den Einzelrichter im Berufungsverfahren dieselben Kriterien maßgebend sein sollen wie für das Plenum eines Revisionsgerichts im Fall des § 349 StPO. Eine „Prognoseentscheidung“<sup>8,9</sup> zur Frage der

<sup>5</sup> *Gösse/s*, aaO, Rn. 45; *Meyer-Gossner*, aaO, Rn. 9; SK-StPO-Frisch, 2007, § 313 Rn. 16; KK-Paul, StPO, 2008, § 313 Rn. 5; Graf, StPO-Eschelbach, 2010, § 313 Rn. 12 unter Bezugnahme auf BVerfG NJW 1996, 2785, 2786.

<sup>6</sup> Ebenda.

<sup>7</sup> *Gösse/s* postuliert, dass der Einzelrichter in seinem Beschluss, mit dem er die Anschlussberufung verwirft, nicht im Geringsten vom tatrichterlichen Urteil (Tenor und Begründung) abweichen dürfe, vgl. *Gösse/s*, aaO, Rn. 44. Wenn der Einzelrichter (ehrlicher Weise!) prognostizieren muss, dass das Berufungsurteil „in irgendeinem Punkt“ im Ergebnis vom angefochtenen tatrichterlichen Urteil abweichen wird, muss er die Annahmeerufung zulassen, vgl. auch *Fezer* NStZ 1995, 266. Überlässt man einem Dritten eine Prognose und macht von deren Ergebnis abhängig, ob eine Annahmeerufung „offensichtlich unbegründet“ ist, so hat man es mit einem sehr schwammigen Kriterium zu tun. Denn es liegt in der Natur jeder Prognose, dass sie falsch sein kann. Besser ist es, wenn man Prognosen als Kriterium für den Erfolg eines Rechtsmittels gar nicht erst zulässt!

<sup>8</sup> KMR, StPO-Brunner, Ergänzungslieferung 2011, § 313 Rn. 11.

<sup>9</sup> Vgl. *Gösse/s*, aaO, Fn. 110; kritisch Graf, StPO-Eschelbach, 2010, § 313 Rn. 12.

„Abwägung“, ob der in einem tatrichterlichen Urteil festgestellte Rechtsfehler evtl. durch bestimmte Gesichtspunkte rechtlicher Art kompensierbar ist, ist überhaupt nicht veranlasst! § 313 StPO enthält die spezielle Regelung, die in § 349 StPO durch die Möglichkeit zur Entscheidung über die Zurückverweisung enthalten ist, dass im letztgenannten Fall gerade nicht mehr der Einzelrichter, sondern das Kollegialorgan der Berufungskammer zu entscheiden hat, und zwar in einer öffentlichen Berufungshauptverhandlung. Eine Entscheidung durch den Beschluss des Einzelrichters ist dann also ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass gemäß § 349 Abs. 2 StPO nur dann die offensichtliche Unbegründetheit festgestellt werden darf, wenn dies die Staatsanwaltschaft zuvor beantragt hat, so dass auf diesem Weg dem Rechtsmittelführer das rechtliche Gehör gegeben wird (§ 349 Abs. 3 StPO). In der Berufungsvorlage der StA fehlt im Fall des § 313 StPO regelmäßig ein solcher Antrag. Äußert sich die StA auch nicht gem. § 158a RiStBV, ist dem Rechtsmittelführer das rechtliche Gehör nicht gegeben worden.<sup>10</sup>

5. Unabhängig hiervon postuliert *Gösse!* in seiner Lösungsvariante, dass die Annahmeberufung, deren Zurückweisung als offensichtlich beabsichtigt ist, des rechtlichen Gehörs bedarf, und zwar kraft unmittelbarer Anwendung des Art. 103 GG.<sup>11</sup> Damit ist sichergestellt, dass *Gösse!* letztlich doch wieder „auf die Füße fällt“, nachdem er zuvor den für einen Großkommentar unwürdigen Begründungstopos eingebracht hat, dass eine allgemein anerkannte herrschende Meinung das Kriterium für die Beurteilung einer Annahmeberufung als offensichtlich unbegründet liefere. *Gösse!*s „Reparaturversuch“ dieses Gedankensprungs ist allerdings halbherzig bzw. unvollkommen.
6. So erweist sich *Gösse!*s „Rezeption“ der herrschenden Meinung weder als geradlinig noch als elegant. *Gösse!* verweist geradezu blindlings auf einen angeblichen „Begründungstopos“, der in Wahrheit nur eine Leerformel ist, die absolut hohl ist, wonach es „allgemein anerkannte Meinung“ sei, für die nicht einmal Fundstellen angegeben werden, dass eine Annahmeberufung offensichtlich unbegründet sein soll, „wenn für jeden Sachkundigen ... ohne längere Prüfung erkennbar ist, dass das Urteil sachlich-rechtlich nicht zu beanstanden ist ...“. Für einen Großkommentar ist eine solche Argumentation, die jeglichen Belegs und Arguments entbehrt, nicht nur dürftig, sondern inakzeptabel. Immerhin wird das Gesamtwerk vom Verlag als „grundlegende“ Kommentierung angepriesen. Allerdings zeigt sich im Text der weiteren Kommentierung, dass *Gösse!* den von ihm vollzogenen Gedankensprung nicht ohne weiteres hinnehmen will. *Gösse!* unternimmt einen Reparaturversuch, indem er für die Folgenbeseitigung sorgt. Er postuliert nämlich, dass der Einzelrichter „gezwungen“ sei, den Berufungsführer zu der beabsichtigten Nichtannahme des Rechtsmittels anzuhören.<sup>12</sup>
7. Dieser Lösungsvorschlag vermag freilich kaum zu überzeugen. Es wird dann nämlich dem Berufungsführer zugemutet, bereits in der Beschwerdeschrift (gegen den die Annahmeberufung abweisenden Beschluss) den Gesichtspunkt gelten zu machen, dass eine Anhörung rechtswidrig unterblieben sei. Wird dieser Gesichtspunkt erst später gemäß § 33a StPO geltend gemacht, steht § 322a StPO entgegen. Der Einzelrichter kann mühelos behaupten, dass ein Anhörungsversäumnis nicht der Fall gewesen sei.<sup>13</sup> „Eine ausnahmsweise Anfechtbarkeit des Nichtannahmebeschlusses bejaht die fachgerichtliche Rechtsprechung nur dann, wenn das Berufungsgericht irrtümlich von einer in Wahrheit nicht gegebenen Annahmebedürftigkeit der Berufung im Sinne des § 313 Abs. 1 StPO ausgegangen ist“.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Ebenda.

<sup>11</sup> *Gösse!*, aaO, Rn. 55.

<sup>12</sup> Ebenda.

<sup>13</sup> OLG Bamberg, Beschluss vom 20.12.2007, 1 Ws 792-793/07; LG Hof, Beschluss vom 05.11.2007, 4 Ns 31 Js 311/07; vgl. BVerfG, 1 BvU 1/02.

<sup>14</sup> So BayVerfGH, Beschluss vom 08.07.2009, Vf 20-VI-08, abgedr. bei *Kohlschütter*, Die Quanten des Unwerts der Straftat, 2011, S. 214 ff., 239, 245. Der BayVerfGH führt wörtlich aus: „Eine ausnahmsweise Anfechtbarkeit des Nichtannahmebeschlusses bejaht die fachgerichtliche Rechtsprechung nur dann, wenn das Berufungsgericht irrtümlich von einer in Wahrheit nicht gegebenen Annahmebedürftigkeit der Berufung im Sinne des § 313 Abs. 1 StPO ausgegangen ist.“ Zur Begründung wird auf OLG Zweibrücken vom 13.06.1994 = NSTZ 1994, 601; *Brunner* in KMR, StPO, Rn. 4 zu § 322a verwiesen. Auf S. 26 des Beschlusses des BayVerfGH heißt es: „Die strafprozessuale Kommentarliteratur geht ferner davon aus, dass im Rahmen des § 313 StPO jedenfalls bei materiellrechtlichen Gesetzesverstößen des angefochtenen Urteils Raum für eine Prognoseentscheidung des Berufungsgerichts bleibt, ob sich der von ihm festgestellte Fehler auf das Urteil ausgewirkt hat.“ Dies sei nicht der Fall, wie indirekt zu entnehmen ist, wenn der Urteilstenor konstant bleibt, so dass also der Einzelrichter befugt sei, die Urteilsgründe des angefochtenen Urteils auszutauschen, sofern

8. So besteht Bedarf an einer effektiven und nachhaltigen Lösung des eingangs dargelegten Problems, nämlich, wie erreichbar ist, dass (auch) bei der Annahmeerufung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit klar unterschieden werden kann. Einen Ansatz hierfür gewinnt man durch die Erwägung, dass es nirgends voraussetzungslose Lösungen gibt. Der Begründungstopos, dass eine anonyme „allgemein anerkannte Meinung“ dahingehend existiere, wonach der Einzelrichter generell befugt sei, in Form einer Prognoseentscheidung in die funktionelle Zuständigkeit des Kollegialorgans der Berufungskammer einzugreifen, ist unannehmbar. Denn so etwas ist irrational. Dies führt die Rechtsprechung ins wissenschaftliche Abseits, was *Gösse/* aber wohl in Kauf zu nehmen beliebt?
9. So drängt sich auf, zur Sprache zu bringen, welcher Fall ausgeschlossen sein muss, bevor eine Annahmeerufung als offensichtlich unbegründet in Betracht kommt. Wie lautet die einschlägige „auflösende Bedingung“?

Eine Annahmeerufung ist erst dann als offensichtlich unbegründet überprüfbar, wenn sie sich nicht schon längst wegen eines bereits festgestellten schweren tatrichterlichen Begründungsfehlers als „offensichtlich begründet“ gezeigt hat! In diesem Fall darf der Einzelrichter die begründete Annahmeerufung nicht mehr problematisieren und nach Gründen suchen, die die begründete Annahmeerufung dann als angeblich „offensichtlich unbegründet“ erscheinen lassen.

Mit dieser Prämisse vermeidet man, dass die Regelung in § 313 StPO, wonach das Kollegialorgan der Berufungskammer funktionell zuständig ist, via Annahmeerufung ausgehebelt wird. Folgt man dem nicht, besteht die Gefahr, dass durch Manipulation der gesetzliche Richter entzogen wird. Es entsteht ein Leerlauf der Zuständigkeit des Kollegialorgans der Berufungskammer!

10. Der dargelegte Alternativvorschlag zu *Gösse/*s Meinung ist rechtsstaatlich vorzugswürdig, denn er spart Umwege und meidet die Gefahr, die darin besteht, dass der Einzelrichter leicht der Versuchung unterliegen kann, im nachträglichen Anhörungsverfahren den Anhörungsfall zu leugnen.
11. Wie wirkt sich nun der Unterschied zwischen der von *Gösse/* vertretenen Lösungsvariante und der hier favorisierten Alternative aus? Hierzu vergegenwärtigen wir uns folgenden Fall:

Das Amtsgericht verurteilt wegen Beleidigung in Form von „Schmähdikritik“.<sup>15</sup> Es wird Annahmeerufung eingelegt. Der Einzelrichter der Berufungskammer hält die Beleidigung für „sachbezogen“, so dass die Verurteilung wegen Schmähdikritik zwar nicht im Tenor, aber in der Urteilsbegründung sich als aufhebungsbedürftig erweist. Trotzdem verwirft der Einzelrichter die Berufung als „offensichtlich unbegründet“ (§ 313 Abs. 2 S. 2 StPO)<sup>16</sup>. Denn die (sachbezogene!) Beleidigung (Verwendung des Wortes „Schmierfink“ in Bezug auf einen Pressevertreter anlässlich eines prozessualen Antrags des Verteidigers) stelle einen „massiven Wertungsexzess“ dar, was zu beurteilen nur eine „Rechtsfrage“ sei. Der Tenor des Urteils des Amtsgerichts bleibe also unverändert richtig. Ohne Anhörung des Angeklagten sei der Einzelrichter befugt, § 193 StGB für nicht anwendbar zu halten (ebenso wie das Amtsgericht dies im tatrichterlichen Urteil getan hat). Vielmehr sei es zulässig, das (vermeintliche!) Bestrafungsmerkmal „massiver Wertungsexzess“ als Tatbestandsmerkmal zu erfinden und die (vermeintliche!) Erfüllung dieses Merkmals mit dem Vorhandensein von „Schmähdikritik“ stillschweigend gleichzusetzen, obwohl die Sachbezogenheit der (vermeintlichen) „Schmierfink-Beleidigung“ explizit anerkannt worden ist. Folgt man *Gösse/*s Lösungsvariante, entsteht folgendes Problem: Es wird sowohl im Nachverfahren gemäß § 33a StPO als auch im Beschwerdeverfahren und im Verfassungsgerichtsverfahren der Anhörungsfall geleugnet und die Anhörungswidrigkeit und Willkür nebst Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (in Form des funktionell zuständigen Kollegialorgans) zurückgewiesen. Es bleibt dann bei dem Fehlurteil des Amtsgerichts, das nicht nur wegen der falsch unterstellten Schmähdikritik, sondern wegen zahlreicher anderer schwerster juristischer Fehlleistungen aufhebungsbedürftig ist, (ohne dass dies vom Einzelrichter erwähnt wird). Die Verletzung der Verfahrensgrundrechte wird ignoriert.

---

der Urteilstenor nicht geändert werden muss. Diese Auffassung geht zurück auf einen Vorschlag des Referenten des BayVerfGH, der wohl auf einer Überinterpretation der Kommentarliteratur beruhen dürfte und mit § 313 StPO nicht vereinbar ist, wie kritisch angemerkt wird von *Graf, StPO-Eschelbach*, 2010, Rn. 12, 13.

<sup>15</sup> Z.B. AG Hof, Urt. v. 27.08.2007, 11 Ds 31 Js 311/07.

<sup>16</sup> Z.B. LG Hof, Beschlüsse v. 19.10.2007 und 05.11.2007, 4 Ns 31 Js 311/07.

12. Wenn hingegen, unter Heranziehung der hier vertretenen Lösungsvariante, gesehen wird, dass die Annahmeerufung schon deshalb keineswegs „offensichtlich unbegründet“ war, weil es an der im Urteil des Amtsgerichts unterstellten „Schmähdikritik“ gefehlt hat, was der Einzelrichter bindend festgestellt hat, dann manifestiert sich die Annahmeerufung von vornherein als geradezu „offensichtlich (voraussichtlich) erfolgreich“, so dass der Einzelrichter die Sache an das Kollegialorgan der Berufungskammer abzugeben hat. Damit geht man nicht das Risiko ein, dass richterlich der Anhörungsfall geleugnet wird. Bekanntlich ist man am Ende der Fahnenstange, wenn ein Klageerzwingungsantrag ablehnend entschieden wird. Es gibt kein Grundrecht auf Verurteilung eines Dritten!<sup>17</sup> Es kann allenfalls dann noch verfassungsgerichtlich geltend gemacht werden, dass das OLG die für das gerichtliche Verfahren geltenden Anforderungen des Grundgesetzes missachtet habe, indem gegen Art. 101, 103 GG bzw. Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen worden sei und/oder die Beweisbarkeitsprognose des OLG im Beschluss über die Abweisung des Klageerzwingungsantrags auf unrichtigen Prämissen beruhe.<sup>18</sup> Zutreffend ist, dass sowohl nach Meinung Gössels als auch der Alternativmeinung jeweils die Verletzung des Willkürverbots gerügt werden kann, deren Grenze freilich schwammig ist. Die angefochtene Entscheidung darf dann unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr verständlich sein. Dies ist allenfalls dann der Fall, wenn sich das OLG mit den entsprechenden Argumenten des Antragstellers nicht „auseinandergesetzt“ hat,<sup>19</sup> was angeblich auch „stillschweigend“ geschehen könne und dürfe,<sup>20</sup> also nicht transparent gemacht werden müsse; ein Rest an Unüberprüfbarkeit bzw. Unvoraussehbarkeit sei zumutbar, sofern die rechtsstaatlichen Institutionen intakt seien, was wir unterstellen, obwohl dies eine suboptimale Auslegung sein dürfte.
13. Diese Kritik gilt erst recht für den Fall, dass man die im StPO-Kurzkommentar anzutreffende objektiv unvollständige Verweisung auf § 349 Abs. 2 StPO, die als „absolut h. M.“ hinsichtlich der Interpretation des § 313 Abs. 2 Satz 2 StPO gilt, uneingeschränkt übernimmt, ohne zu beachten, dass sie, wie dargelegt, oberflächlich, unvollkommen und irreführend ist.

Die h. M. (in Bezug darauf, dass die für die Anwendung des § 313 Abs. 2 S. 2 StPO zitierte BGH-Formel heranzuziehen sei) erweist sich nur im Ansatz als „mustergültig“. In der Ausführung ist sie ergänzungsbedürftig, soweit sie dazu verführt, die Unterscheidung zwischen der „unbegründeten“ und der „offensichtlich unbegründeten“ Annahmeerufung einzuebnen. Die Rechtspraxis ist dieser Verführungswirkung bereits erlegen! In der Theorie Gössels wird nur halbherzig, nämlich umgehungsträchtig, versucht, dieser Wirkung zu entgehen, was ebenso wenig überzeugend wie erfolgversprechend ist. § 313 Abs. 2 S. 2 StPO ist vielmehr durchaus mühelos befriedigend interpretierbar, wenn man das gleichberechtigte Dasein sowohl der Zuständigkeit des Kollegialorgans des Berufungsgerichts als auch das der Zuständigkeit des Einzelrichters anerkennt. Dieses Konkordanzpostulat zielt auf die Erkenntnis, dass die Zuständigkeit des Einzelrichters in dem Moment endet, in dem der Einzelrichter in dem angefochtenen Urteil des Tatrichters einen einzigen schwerwiegenden Fehler entdeckt. Dann muss er vorlegen! Die Befugnis zur „Rettung“ bzw. „Kassierung“ des angefochtenen Urteils gehört allein dem Kollegialorgan, das aufgrund einer Hauptverhandlung zu entscheiden hat. Erst dann, wenn diese Einschränkung der herrschenden Meinung akzeptiert wird, erscheint Gössels Verbesserungsvorschlag, wonach der Einzelrichter rechtliches Gehör zu gewähren hat, als „wasserdicht“.

14. Ergebnis: Hat man es nicht mit einer „staatlich genehmigten objektiven Willkür“ zu tun, wenn in ständiger Rechtsprechung durch ebenso raffinierte wie geheim gehaltene Auslegungsmanöver (Verweisung auf eine interne BGH-Formel in Bezug auf § 349 Abs. 2 StPO) der Einzelrichter geradezu „eingeladen“ wird, eine falsche Prognose (über die Entscheidung des Kollegialorgans) aufzustellen, damit man sich hinter ihr (unter Hinweis auf die Relativität jeder Prognose)

<sup>17</sup> Jahn/Strehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2011, S. 333.

<sup>18</sup> Ebenda.

<sup>19</sup> Z.B. OLG Bamberg, Beschluss v. 25.09.2012, 3 Ws 10/2012 und insbes. OLG Bamberg, Beschluss v. 20.12.2007, 1 Ws 792-793-07.

<sup>20</sup> BayVerfGH, Beschluss v. 08.07.2009, Vf 20-VI-08, abgedruckt bei Kohlschütter, aaO, 2011, S. 214 ff, 239, 245, insbes. S. 242: „Das Gericht wird durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht dazu verpflichtet, auf alle Ausführungen oder Anliegen eines Beteiligten einzugehen. Nur wenn sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalles klar und deutlich ergibt, dass das Gericht ein Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei seiner Entscheidung ersichtlich nicht in Erwägung gezogen hat, kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs angenommen werden ... (Nachweise)“.

verstecken kann, wenn es darum geht, die Zuständigkeit des gesetzlichen Richters (Kollegialorgan!) auszuhebeln?

Da Prognosen keinen „Wahrheitswert“ sondern nur einen „Prognosewert“ haben (der den von Vermutungen ähnelt<sup>21</sup>, für die ein subjektiver Wahrscheinlichkeitswert mit spezifischer Zweifelsbeladenheit und ein begrenzter Richtigkeitswert hinsichtlich der bewerteten Prämissen charakteristisch ist), sind sie allenfalls geeignet, glaubhaft zu machen, dass der Erfolg einer Revision nicht nur voraussichtlich aussichtslos, sondern sogar offensichtlich aussichtslos ist. Die Antwort auf die Vorfrage, ob eine angefochtene Entscheidung fehlerfrei ist, kann keineswegs mit einem mehr oder weniger fragwürdigen Prognose vorweggenommen werden. Vielmehr bedarf es hierfür einer Entscheidung falsifizierbarer Art. Ist die Aussage zutreffend, dass die angefochtene Entscheidung falsch ist, kann sie doch nicht durch eine Prognose dahingehend „umfunktioniert“ werden, dass sie „zutreffend“ sei. Ähnliche begriffliche Verirrungen sind auch anderweitig anzutreffen. So wird der Unterschied zwischen Prognosen und Aussagen vernebelt in der „Theorie der risikothoretischen Zurechnung“ sowie in der Rechtsprechung über die „Gefährdung“ als Schadensereignis. Dies ist ein Trend, der sprachlich nicht unbedingt vernünftig ist, sondern rechtlich höchst fragwürdig ist.

#### 15. Zusammenfassung:

§ 313 Abs. 2 StPO regelt die Aufspaltung der funktionellen Zuständigkeit, die im Fall der Annahmoberufung innerhalb der Berufungskammer zwischen Einzelrichter und Kollegialorgan besteht.

<sup>21</sup> Kohlschütter, die Dekonstruktion der „Stufen im Deliktsaufbau“, 2006 Seite 116 ff. (119)