

STRAF VERTEIDIGER

Aus dem Inhalt

Bundesgerichtshof

Zuständigkeit des Landgerichts wegen besonderer Bedeutung des Falles

Schöffen bei verlegten Sitzungstagen/
progressive Kundenwerbung

Akteneinsicht

Unzulässige Verwertung von Vorverurteilungen bei der Strafzumessung

Verdeckungsmord (*Saliger*)

Bewertungseinheit

Oberlandesgerichte

Hamm

Fehlerhafte Besetzung einer Strafkammer ohne ordentlichen Vorsitzenden

Beschränkungen in der Untersuchungshaft aufgrund nicht im Haftbefehl genannter Haftgründe (*Paeffgen*)

BayObLG

Auslegung der Vorschlagslisten für Schöffenwahl (*Bockemühl*)

Karlsruhe

Zäsurwirkung eines Urteils bei Bewertungseinheit

Frankfurt

Aufhebung einer Haftverschonung wegen neu hervorgetretener Umstände im Urteil

Behinderung der Verteidigung durch Ablehnung eines Terminverlegungsantrags

Hamburg

Besuchsüberwachung bei Verdunkelungsgefahr

Landgerichte

Köln

Verlegung in eine andere Anstalt

Dortmund

Beschwerde gegen Ablehnung eines Terminverlegungsantrags

Bremen

Unwirksame Beiordnung eines Richters auf Probe als Beisitzer einer Strafkammer

Aufsätze

Claus Roxin

Zum Einschleichen polizeilicher Scheinaufkäufer in Privatwohnungen (*BGH StV 1997, 233*)

Klaus Bernsmann

Geldwäsche (§ 261 StGB) und Vortatkonkretisierung

Christoph Reichert

»Mein Paß gehört mir«

Kurzbeitrag

Universalisierung des Strafrechts?
Zur Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrer, Berlin 1997 (*Schulz*)

Zeitschriften

Beirat

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

Nicolas Becker, Wolfgang Bendler, Bertram Börner, Rüdiger Deckers, Hans-Joachim Ehrig, Norbert Gatzweiler, Alexandra Goy, Georg Greeven, Kurt Groenewold, Prof. Dr. Rainer Hamm, Dr. Heinrich Hannover, Erich Joester, Eberhard Kempf, Ulrike Zecher, Peter Kruse, Jürgen Laubscher, Uwe Maeffert, Dr. Volkmar Mehle, Regina Michalke, Peter Noss, A. Götz von Olenhusen, Christian Richter II, Johann Schwenn, Gerhard Strate, Dr. Günter Tondorf, Klaus-Ulrich Ventzke, Dr. Matthias Zieger,

Professoren Dr. Stephan Barton,

Dr. Klaus Bernsmann, Dr. Werner Beulke, Dr. Friedrich Dencker, Dr. Erhard Denninger, Dr. Gerald Grünwald, Dr. Bernhard Häffke, RiBVerfG Dr. Winfried Hassemøer, Dr. Herbert Jäger, Dr. Dettel Krauß, Dr. Arthur Kreuzer, Dr. Klaus Lüderssen, Dr. Dr. Ingo Müller, Dr. Cornelius Nestler, Dr. Heribert Ostendorf, Dr. Cornelius Prittwitz, Dr. Karl F. Schumann, Dr. Heinz Wagner

Jahrgang 18

Heft 1

Januar 1998

ISSN 0720-1605

1.98

Seite 1-56



Anmerkung

von RA Dr. Jan Bockemühl, Landshut

Die Entscheidung des 2. Strafsenats des BayObLG ist mit Blick auf die Revisibilität von Verstößen bei der Schöffenwahl und den Erfolg von hierauf gestützten Besetzungsrügen von grundlegender Bedeutung. Ihr ist – soviel sei bereits an dieser Stelle gesagt – mit Nachdruck zu widersprechen.

Dieser Rüge lag folgender Sachverhalt zugrunde: Beim AG R.¹ waren im Jahre 1992 die Schöffen für die Schöffenwahlperiode 1993 – 1996 gewählt worden. Die von den Gemeinden gem. § 36 Abs. 1 S. 1 GVG aufzustellenden Vorschlagslisten lagen in den meisten Gemeindekanzleien lediglich zu den üblichen Öffnungszeiten auf. Eine Einsichtnahme in die Vorschlagslisten der Gemeinden war mithin an Samstagen, Sonntagen und/oder gesetzlichen Feiertagen nicht möglich. Mit der Revision rügt der Revisionsführer, daß die Auflegung der Vorschlagslisten zur Schöffenwahl beim Amtsgericht R. in den jeweiligen Gemeinden durch diesen Umstand weniger als die erforderlichen sieben Tage² – und mithin nicht dem Erfordernis des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG entsprechend – erfolgte.

Das BayObLG stützt seine abweichende Auffassung vermeintlich auf den Wortlaut der Vorschrift, verkürzt diesen jedoch unzulässig, indem es lediglich auf den Begriff der Woche abstellt. Das Gesetz spricht in § 36 Abs. 3 S. 1 GVG ausdrücklich davon, daß die Vorschlagslisten eine Woche zu jedermanns Einsicht aufzulegen sind. Die entscheidende Frage bei der Auslegung der Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG ist mithin nicht, wie lange nun eine Woche ist.³ Vielmehr ist zu fragen, ob in der Woche auch tatsächlich die Einsichtnahme in die Vorschlagslisten zu gewähren ist.

Ein Blick in die Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz⁴ bringt hier einen möglichen Ansatzpunkt für eine Auslegung des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG. Es heißt hier:

Nach dem Entwurf wird mit der Aufstellung der Urliste⁵ der Vorsteher der Gemeinde oder des gemeindeähnlichen Verbandes beauftragt. Die Urliste soll eine Woche lang öffentlich⁶ ausgelegt werden, damit während dieser Zeit gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit der Liste Einspruch erhoben werden kann.⁷

Diese Diktion wurde auch durch den bayerischen Gesetzgeber in § 11 S. 1 der Gemeinsamen Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien der Justiz und des Inneren⁸ aufgegriffen. Die Überschrift zu § 11 der Bekanntmachung lautet: Öffentliche Einsichtnahme in die Listen und § 11 S. 1 der bay. Schöffenbekanntmachung⁹ spricht davon, daß die Vorschlagsliste... in der Gemeinde eine Woche lang zu jedermanns Einsicht aufzulegen ist.

Der Senat hätte gut daran getan bei der Auslegung des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG, den Weg zur grammatischen Auslegung nicht voreilig auf den Begriff der Woche zu beschränken. Der historische Gesetzgeber hat in § 36 Abs. 3 S. 1 GVG eindeutig die Diktion eine Woche zu jedermanns Einsicht gewählt.¹⁰ Berücksichtigt man nun die herkömmlichen Auslegungskriterien, so ist der gesetzgeberische Rahmen einer Vorschrift durch den umgangssprachlichen Wortsinn abgesteckt.¹¹ Der Wortlaut einer Regelung bildet somit die absolute Grenze einer zulässigen Auslegung.

Greift man mithin – wie der Senat – zu einem deutschen Wörterbuch, um den möglichen Wortsinn der Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG näher zu ergründen, so ist nicht ausschließlich auf das Wort Woche abzustellen, sondern auch auf die mit dem Wochenbegriff unmittelbar verknüpfte Einsicht für jedermann. Mit Einsicht ist der Einblick in Dokumente, Unterlagen, Akten o. ä.¹² gemeint. Nun besagt die Semantik zum Begriff der Einsicht freilich noch nichts zu der Frage, wie lange dieser »Einblick« in die Vorschlagslisten zur Schöffenwahl zu gewähren ist. Bemüht man nun – wie oben bereits angesprochen – die Moti-

ve zum GVG, so eröffnet sich die Intention des historischen Gesetzgebers. Der Regierungsentwurf verfolgte das Ziel, daß die (Ur-) Liste eine Woche lang öffentlich ausgelegt werden soll. Unter öffentlich – und insofern ist wieder grammatisch vorzugehen – ist zu verstehen: für jeden zugänglich, erreichbar, zur Verfügung stehend.¹³

Der Wortsinn ist eindeutig. Der historische Gesetzgeber beabsichtigte, mit der Regelung des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG im Rahmen der öffentlichen Auslegung der Vorschlagslisten gerade die tatsächliche Einsicht für eine Woche zu ermöglichen. Dieses ergibt sich aus der Verknüpfung des Wochenbegriffs mit der Forderung der Einsicht für jedermann. Insofern griff die »wörtliche Auslegung« des Senats zu kurz. Nicht die Wochenfrist mußte ausgelegt werden, sondern – und hierauf wurde bereits oben hingewiesen – der Begriff der einwöchigen Einsicht für jedermann.

Der Blick auf § 43 Abs. 1 StPO und auf weitere gesetzliche Vorschriften zur Fristberechnung war hier nur die eine Seite der Medaille. In Frage stand eben nicht das Problem einer herkömmlichen Fristberechnung. Der Gesetzgeber hat gerade in § 36 Abs. 3 S. 1 GVG eine andere Wortwahl als z. B. in § 43 Abs. 1 StPO getroffen. Soweit ersichtlich, ist dieses die einzige Vorschrift, in der der Gesetzgeber während einer bestimmten Frist auch die tatsächliche Einsichtsmöglichkeit verlangt.

Dieses Erfordernis verkennt der Senat offensichtlich, wenn er lapidar hierzu ausführt, daß dieses »offensichtlich allein den Adressatenkreis betrifft, aber nichts für die Fristberechnung besagt.«¹⁴

Das Wortlautargument – wie es hier entwickelt wurde – läßt sich auch systematisch und vom Telos der Vorschrift her begründen.

Die Auslegung der Vorschlagslisten zur Schöffenwahl verfolgt den Zweck, daß damit die Beteiligung der Bevölkerung an dem System der Laienrichterbeteiligung auf eine breite Basis gestellt wird.¹⁵ Jedermann hat gem. § 36 Abs. 3 S. 1 GVG das Recht, Einsicht in die Vorschlagslisten zu nehmen. Das Einsichtsrecht dient der Ermöglichung des Einspruchs – vgl. § 37 GVG – gegen die Aufnahme von Personen in die Liste, welche nicht in die Liste hätten aufgenommen werden dürfen oder sollen.¹⁶

Mithin verfolgt das Gesetz mit der für jedermann möglichen Einsichtnahme in die Vorschlagslisten den Zweck, den Bürgern die Einflußnahme am Zustandekommen der Vorschlagslisten zu ermöglichen. Erst durch die Wahrnehmung des Einsichtsrechts ist es möglich, daß die Bevölkerung ihr in § 37 GVG »verbrieftes« Einspruchsrecht auch sinnvoll ausüben kann. Soll

1 Vergleichbare Sachverhalte wurden bei entsprechender Überprüfung im gesamten südostbayerischen Raum festgestellt.

2 Arg. aus § 36 III S. 1 GVG: »...eine Woche lang zu jedermanns Einsicht...«

3 Eines Rekurses auf (veraltete) Wörterbücher der deutschen Sprache hätte es mithin nicht bedurft.

4 Hahn (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz, Erste Abteilung, Berlin 1879.

5 Vgl. zur Urliste den kurzen geschichtlichen Überblick bei Kissel, GVG, 2. A. 1994, § 36 Rdnr. 1.

6 Hervorhebung durch Verf.

7 Hahn, (Fn. 4), 85.

8 BayJMBI 1991, 248.

9 Vergleichbare Verwaltungsvorschriften haben u. a. Nordrhein-Westfalen, Gem. RdErlaß des Justizministers, des Innenministers und des Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales v. 11. 11. 1987, JMBI NW, 265 und Rheinland-Pfalz, Verwaltungsvorschrift des Ministeriums der Justiz, des Ministeriums des Inneren und für Sport und des Ministers für Soziales und Familie v. 20. 10. 1989, JBI Rh-Pf, 220.

10 Der Wortlaut des (jetzigen) § 36 Abs. 3 S. 1 GVG hat seit dem Regierungsentwurf keine Änderung erfahren! Vgl. Hahn, (Fn. 4).

11 Vgl. nur Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, 3. A. 1997, § 5 Rdnr. 28.

12 Blüning (Hrsg.), Deutsches Wörterbuch, 1996, Stichwort: Einsicht.

13 Blüning, (Fn. 12), Stichwort: öffentlich.

14 Vgl. oben II. 1 a) des Beschlusses.

15 Vgl. zur Rechts tradition der Laienrichterbeteiligung in Deutschland, Kissel, (Fn. 5), § 28 Rdnr. 2.

16 Vgl. nur Kissel, (Fn. 5), § 36 Rdnr. 11; dieses wird auch im Regierungsentwurf zum GVG betont, Hahn, (Fn. 4), 85.

die Bürgerbeteiligung am Prozeß der Schöffenwahl, wie es § 37 GVG vorsieht, nicht leerlaufen, ist gem. § 36 Abs. 3 S. 1 GVG die *tatsächliche Einsicht* in die Schöffenvorschlagslisten für jedermann zu gewähren. Nun sieht man aber auch, wie abwegig die Auffassung des *Senats* ist. Es geht, wie oben bereits angesprochen, hier nicht um eine (gewöhnliche) Fristberechnung, sondern um Bürgerbeteiligung. Hier ist die faktische Einsicht zu gewährleisten. Übliche Öffnungszeiten der Gemeindeganzleien sind gerade in solchen sensiblen Bereichen nicht geeignet, die Wahrnehmungsrechte des Bürgers zu beschränken.¹⁷ Dieses mag man für diejenigen Fälle anders sehen, in denen die Einsicht in die Schöffenvorschlagslisten auch außerhalb der Öffnungszeiten, insbesondere an Samstagen, Sonn- und Feiertagen – z. B. im »Gemeindeganzkasten« oder beim Pförtner¹⁸ – möglich ist. Ist jedoch die Einsicht lediglich in den Gemeinderäumen möglich, ist die Einsicht in die Listen an *sieben Tagen* zu ermöglichen. Nur eine solche Auslegung des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG wird dem Wortlaut und dem Gesetzeszweck gerecht.

Sofern der *Senat* dann die Rspr. des *BVerwG* zu § 73 Abs. 3 S. 1 VwVfG bemüht, übersieht er, daß es sich beim Planfeststellungsverfahren um eine Monats»frist« handelt, mithin sich die Nicht-Einsichtsmöglichkeit an Wochenenden und Feiertagen nicht derart gravierend auswirkt.¹⁹ Die kurze Wochen»frist« des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG führt dazu, daß sich die Nicht-Einsichtsmöglichkeit an Feiertagen und am Wochenende so gravierend auswirkt, daß de facto eine Einsichtsmöglichkeit kaum besteht. Diese Situation wird zudem noch durch die teilweise »spärlichen« Öffnungszeiten der Gemeinden verschärft.

Sowohl vom Wortlaut, als auch vom historischen und systematischen Zweck her erfordert § 36 Abs. 3 S. 1 GVG die Auslegung der Schöffenwahl-Vorschlagslisten für sieben Tage. Der Gesetzgeber fordert hier auch nichts unmögliches von den Gemeinden. Die Einsichtnahme in die Vorschlagslisten ist durch die Gemeinden zu ermöglichen. Sollten die Gemeinden über keinen Pförtner verfügen, bei dem die Listen auch an Feiertagen und Wochenenden eingesehen werden könnten – was die Regel sein wird – so ist die Einsichtnahme über den öffentlichen Aushang der Listen an Gemeindefeldern zu veranlassen. Sofern jedoch eine Einsichtnahme in die Listen an Samstagen, Sonn- und Feiertagen gänzlich unmöglich ist,²⁰ ist § 36 Abs. 3 S. 1 GVG verletzt.

Über die Revisibilität ist jedoch allein aufgrund eines Fehlers im Schöffenauswahlverfahren noch nichts gesagt. Ein Fehler bei der Wahl, Auslosung und Verteilung der Schöffen soll nur dann unter § 338 Nr. 1 StPO fallen, wenn der dem Bereich des Gerichtes zuzuordnen ist.²¹

Gem. § 39 S. 2 GVG hat der Schöffenwahlvorsitzende die Einhaltung des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG zu überprüfen und »die Abstellung etwaiger Mängel zu veranlassen.«²² Mithin fällt die Einhaltung des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG in den Verantwortungsbereich des Gerichtes; die Grundsätze der Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH²³ brauchen mithin im vorliegenden Fall nicht fruchtbar gemacht zu werden.

Aber auch für Fehler im Bereich innerhalb des Gerichts soll die Revisibilität gem. § 338 Nr. 1 StPO nicht a priori anzunehmen sein. Lediglich wenn ein Fehler auf einer nicht mehr vertretbaren Rechtsauffassung gegründet ist, soll die Verletzung des Justizgrundrechts²⁴ des »Gesetzlichen Richters« revisibel sein.²⁵

Stellen wir jedoch die Frage der Revisibilität noch einen Moment zurück. Betrachten wir zunächst die zweite Rüge.²⁶ Der Schöffenwahl beim AG lagen neben den 24 – wie oben dargestellt – mangelhaften Listen auch fünf weitere Vorschlagslisten zugrunde. Diese Listen lagen in den jeweiligen Gemeindeganzleien in der Zeit von Montag bis Freitag derselben Woche auf.

Das *BayObLG* führt hierzu aus, daß diese Auslegungspraxis der Gemeinden § 36 Abs. 3 S. 1 GVG widerspricht und gemäß

§ 39 S. 2 GVG auch in den Verantwortungsbereich des Gerichtes fällt. Der Schöffenwahlvorsitzende hat nämlich die ordnungsgemäße und fristgerechte Auflegung der gemeindlichen Vorschlagslisten zu prüfen und die Abstellung der aufgetretenen Mängel zu veranlassen.²⁷ Im vorliegenden Fall hat der Schöffenwahlvorsitzende jedoch die Listen, welche lediglich (maximal) fünf Tage zur Einsicht auflagen, unbeanstandet gelassen. Mithin liegt ein Verstoß gegen §§ 36 Abs. 3 S. 1, 39 S. 2 GVG vor. Soweit ist dem *Senat* uneingeschränkt beizupflichten. Wenn jedoch der *Senat* der Revision trotz dieses Fehlers den Erfolg versagt, ist dieser Auffassung entschieden entgegenzutreten.²⁸

Das *BayObLG* führt hierzu aus, daß eine Besetzungsrüge nur dann von Erfolg gekrönt sein könne, wenn die Schöffenwahl wegen eines besonders schwerwiegenden und offensichtlichen Mangels nichtig sei.²⁹ Zur Begründung seiner Auffassung führt der *Senat* die Kommentierung bei *Kleinknecht/Meyer-Goßner*³⁰ an. Schon die Heranziehung der Rspr. zu § 42 GVG verwundert. Dort geht es um die Frage der Revisibilität von Fehlern bei der Wahl der Schöffen aus bereits *berichtigten Vorschlagslisten*³¹ (vgl. § 42 Abs. 1 S. 1 GVG). Im hier zu entscheidenden Fall liegt der Sachverhalt etwas anders. Die Frage der Auswirkung des Fehlers nach § 36 Abs. 3 S. 1 GVG auf die Revisibilität des Urteils betrifft gerade den Kern der Bürgerbeteiligung am System der Laienrichterbeteiligung. Sie betrifft den zentralen Punkt der Schöffenwahlen im vorbereitenden Verfahren, nämlich, ob dem Bürger (arg. »jedermann«) die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Listen zum Zwecke der Prüfung der Vorschläge und späteren Einsprucherhebung ermöglicht wurde. Die zentrale Bedeutung der Auflegung *und* Einsichtnahme durch den Bürger hat der Gesetzgeber u. a. dadurch hervorgehoben, daß § 36 Abs. 3 S. 1 GVG zur »Ist-Vorschrift« erhoben wurde und zudem über § 39 S. 2 GVG die Prüfung der Einhaltung in den Verantwortungsbereich der jeweiligen Schöffenwahlgerichte gelegt worden ist. Insofern ist die Rspr. zu § 42 GVG nur begrenzt heranziehbar.

17 Man denke nur an einen möglichen, fiktiven, Fall: eine Kleinstgemeinde öffnet ihre Gemeindeverwaltung lediglich an einem Tag in der Woche, und zwar an einem Donnerstag. Die Auslegung der Vorschlagslisten wird in die Woche um Christi Himmelfahrt gelegt. Eine Einsichtsmöglichkeit würde mithin schon faktisch nicht bestehen. Schon dieses (mögliche) Beispiel zeigt, daß eine Ausrichtung an den üblichen Öffnungszeiten mit dem Gesetzeszweck nicht vereinbar ist.

18 Dieses Vorgehen ist in Berlin und an anderen Städten gängige Praxis und hat sich bewährt, da erfahrungsgemäß der Bürger gerade an diesen Tagen mehr Zeit hat, seine Informationsrechte wahrzunehmen.

19 Nur soviel sei an dieser Stelle angemerkt. Auch das *BVerwG*, BayVBl 1986, 153 hat die Problematik der Schließung der Auslegungsräume für einen Tag oder für »mehr Tage aus gegebenem Anlaß« beschäftigt; vgl. nur *Kopp*, VwVfG, 6. A., 1996, § 73 Rdnr. 29 m. N.

20 Und auch keine »Fristverlängerung« in die nächste Woche hinein erfolgte.

21 *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. A., 1983, Rdnr. 728; an dieser »Formel« besteht zumindest seit der Entscheidung des 5. Senats – BGHSt 38, 47, 51 – erheblicher Zweifel.

22 Vgl. zum Prüfungsumfang nur *Kissel*, (Fn. 5), § 39 Rdnr. 2 ff.

23 BGHSt 38, 47, 51 (5. Senat).

24 Vgl. zum Wesen des Art. 101 I S. 2 GG als objektive Verfassungsnorm und zugleich grundrechtsähnlichen Anspruch für jedermann, der in einem gerichtlichen Verfahren Partei ist, *BVerfGE* 18, 447; 40, 360.

25 *Schlüchter*, (Fn. 21), Rdnr. 728 m. N.; *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 5. A., 1983, Rdnr. 375.

26 Vgl. oben II.b).

27 Vgl. *Kissel*, (Fn. 5), § 39 Rdnr. 2.

28 Hier nun schließt sich der Kreis. Die nachfolgenden Anmerkungen gelten für beide Rügen, da nach der hier vertretenen Auffassung auch bei einer Auslegung der Vorschlagslisten z. B. von Montag bis Montag ein Verstoß gegen § 36 III S. 1 GVG vorliegt.

29 Vgl. dazu auch *Schlüchter*, (Fn. 21), 728 m. N.; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, 43. A., 1997, § 42 GVG Rdnr. 8; *Dahs*, (Fn. 25), Rdnr. 375: (objektiv) willkürlich.

30 (Fn. 29), § 42 GVG Rdnr. 8.

31 Die Vorschlagslisten, welche gem. § 42 GVG zur Wahl vorliegen, wurden gerade bereits idealiter gem. § 39 S. 2 GVG auf Fehler hin geprüft und bestehende Fehler wurden abgestellt. Einsprüche der Bevölkerung wurden bereits gem. § 37 GVG erhoben und die Einsprüche durch den Schöffenwahlvorsitzenden gem. § 39 S. 1 GVG zur Beschlußfassung vorbereitet.

Gehen wir zurück und vergegenwärtigen wir uns den Zweck des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG. Die tatsächliche Einsichtsmöglichkeit in die Vorschlagslisten der Gemeinden soll dem Bürger die Möglichkeit eines Einspruchs gem. § 37 GVG eröffnen, daß in die Vorschlagsliste Personen aufgenommen wurden, die nicht hätten aufgenommen werden dürfen (vgl. § 32 GVG) oder sollen (vgl. §§ 33, 34 GVG). Durch die Vorschrift des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG soll mithin erreicht werden, daß in die Vorschlagslisten nur Namen gelangen, die uneingeschränkt zu Schöffen wählbar sind.³² Die Revisibilität des Verstoßes gegen § 36 Abs. 3 S. 1 GVG ließe sich bereits durch den Charakter der Regelung als »Ist-Vorschrift« begründen.³³ Zumindest bzgl. den fünf Gemeinden, in denen die Listen lediglich von Montag bis Freitag auslagen, lag mithin ein klarer Verstoß gegen die gesetzliche Regelung des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG vor.³⁴

Dieses Ergebnis läßt sich auch aus der ratio des § 338 StPO heraus begründen. Bei der Aufzählung der absoluten Revisionsgründe³⁵ in § 338 StPO handelt es sich um die Verletzung zwingender Grundnormen des Strafprozeßrechts.³⁶ Wie oben bereits dargestellt wurde, bezweckt die Auslegung der Vorschlagslisten die Einflußnahmemöglichkeit der Bevölkerung am System der Laienrichtereteiligung. Es handelt sich mithin um eine Spielart der *Öffentlichkeit des Verfahrens*,³⁷ mithin um eine grundlegende Einrichtung des Rechtsstaats,³⁸ um eines der Strukturprinzipien des Strafprozesses. Betrachtet man die bisherige Rspr. der *BGH-Senate*³⁹ und des *BVerfG*⁴⁰ zu § 338 Nr. 1 StPO, so wird deutlich, daß eine Rüge der Verletzung des gesetzlichen Richters immer dann von Erfolg gekrönt war, wenn wesentliche Strukturprinzipien der (Strafprozeß-) Verfassung betroffen waren.

So liegt der Fall hier. Durch die mangelhafte Auslegung der Vorschlagsliste der einzelnen Gemeinden wurde dem Bürger die Möglichkeit zur Einsicht und zur Einspruchserhebung verkürzt. Dieser Fehler wirkt sich – zumindest nicht ausschließbar – auf die später durch den Schöffenwahlausschuß gewählten Schöffen aus. Betrachtet man die Vielzahl der Gemeinden, in denen unter Verstoß gegen § 36 Abs. 3 S. 1 GVG die Vorschlagslisten ausgelegt wurden,⁴¹ so erscheint die Möglichkeit, daß gegen eine Vorschlagsliste Einsprüche erhoben worden wäre, als wahrscheinlich. Mithin hätte die gem. § 39 S. 1 GVG erstellte Gesamtbezirksliste ein anderes Bild gehabt und dem Schöffenwahlausschuß eine andere Liste zur Auswahl vorgelegen. Der Verstoß gegen § 36 Abs. 3 S. 1 GVG war zudem offensichtlich. Unabhängig von der Auslegung des Wochenbegriffs waren in jedem Fall die Vorschlagslisten der fünf Gemeinden, welche lediglich fünf Tage ausgelegt hatten, rechtsfehlerhaft. Trotz dieses offensichtlichen Mangels wurden die Listen dieser Gemeinden durch den Schöffenwahlvorsitzenden entgegen § 39 S. 2 GVG nicht beanstandet. Es wäre Aufgabe des Schöffenwahlvorsitzenden gewesen, die Gemeinden auf diesen Umstand der fehlerhaften Auslegung hinzuweisen und die Behebung des Mangels zu veranlassen.⁴² Dieses gilt insbesondere deshalb, da der Schöffenwahlvorsitzende gänzlich »ohne Not« die Fehler nicht beanstandete. Die Listen lagen ihm teilweise bereits Ende Mai 1992 zur Prüfung vor und zudem fand auch die Schöffenwahl im September 1992 noch »recht früh im Jahr« statt.⁴³ Nun stammten die beiden Hilfsschöffen jedoch aus der Liste der Stadt R. Diese Liste lag in der Zeit von Freitag, den 22. 5. 1992 bis Freitag, den 29. 5. 1992 im Einwohnermeldeamt auf. Donnerstag, der 28. 5. 1992 war Christi Himmelfahrt, mithin ein gesetzlicher Feiertag.⁴⁴ Berücksichtigt man nun, daß eine Einsicht sowohl an gesetzlichen Feiertagen und am Wochenende nicht möglich war, so bestand nur an fünf Tagen die faktische Möglichkeit der Einsichtnahme.⁴⁵ Daß diese Auslegungspraxis ebenso § 36 Abs. 3 S. 1 GVG widerspricht, wurde oben bereits dargelegt. Mithin wurden die beiden Hilfsschöffen aus einer »Urliste«, um den Begriff des Regierungsentwurfs aufzunehmen, gewählt, die mangelhaft war.

Die Tatsache, daß bei der Schöffenwahl beim Amtsgericht R. auch Listen von 13 Gemeinden zur Verfügung standen, die gem. § 36 Abs. 3 S. 1 GVG eine Woche – sieben Tage – zu jedermanns Einsicht auflagen,⁴⁶ ändert an dieser Einschätzung nichts. Insofern wurden die einzelnen GemeindefListen gem. § 39 S. 1 GVG zu einer gemeinsamen Bezirksliste zusammengestellt. Der Fehler einer Liste führt zur Mangelhaftigkeit der gesamten Bezirksliste.⁴⁷ Die-

ses muß zumindest für solche Fälle gelten, in denen – wie hier – der überwiegende Teil der Vorschlagslisten – hier 69 % – zu kurz ausgelegt wurden.

Es nimmt schon wunder, wie das *BayObLG* den grundgesetzlich garantierten Rechtsanspruch auf den gesetzlichen Richter interpretiert. Eine (veröffentlichte) Entscheidung des *BGH* zu einer entsprechenden Rüge liegt nicht vor.⁴⁸ Trotzdem erstaunt die Oberflächlichkeit des *Senats*. § 36 Abs. 3 S. 1 GVG ist gerade keine sinnlose Formvorschrift, keine bloße Förmelerei. Der Gesetzgeber hat das Erfordernis der Auflegung unter den in § 36 Abs. 3 S. 1 GVG bestimmten Kautelen zur »Ist-Vorschrift« erhoben und die Einhaltung dieser Vorschrift sogar in den Kompetenzbereich des (Schöffenwahl-) Gerichts gelegt (§ 39 S. 2 GVG). Der hohe Stellenwert der Einsichtnahmemöglichkeit in die Vorschlagslisten durch den Bürger wurde vom historischen Gesetzgeber eindeutig hervorgehoben. Gerade die Tatsache, daß noch keine (veröffentlichte) Entscheidung zur hier aufgeworfenen Problematik vorlag, hätte der *Senat* dazu nutzen müssen, der laxen Handhabung des § 36 Abs. 3 S. 1 GVG in vielen Amtsgerichtsbezirken eine Absage zu erteilen. Die Bürgerbeteiligung am System der Laienrichterbeteiligung ist Ausfluß des Demokratieprinzips. Mithin ist ein Verstoß gegen §§ 36 Abs. 3 S. 1, 39 S. 2 GVG als schwerwiegender Mangel anzusehen, welcher eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darstellt und aufgrund § 338 Nr. 1 StPO die Revision begründet.

32 Kissel, (Fn. 5), § 37 Rdnr. 1.

33 Vgl. z. B. zur Soll-Vorschrift des § 36 II GVG, *BGHSt* 30, 255, 257 (5. Senat) m. A. *Katholnigg*, StV 1982, 7.

34 Das *BayObLG* – oben II.b) – mißt diesem Verstoß gegen § 36 III S. 1 GVG u. a. deswegen keinen hohen Stellenwert bei, da »eine Einsicht nach den Darlegungen des Revisionsführers an Wochenenden ohnehin nicht stattfinden konnte«. Diese Auffassung ist nicht nur zynisch, sondern geht am Punkt vorbei. Gerade die Tatsache, daß durch die Gemeinden an den Wochenenden keine Einsicht gewährt wird, verstößt ebenfalls gegen das Erfordernis des § 36 III S. 1 GVG. Das hypothetische Alternativverhalten der Gemeinden ist gerade nicht die bloße Verlängerung der Auflegung »hinter geschlossenen Türen«, sondern die Ermöglichung der Einsicht an Wochenenden und Feiertagen oder die Verlängerung der Einsichtsmöglichkeit »hinein in die folgende Woche«.

35 Mit der Ausnahme des § 338 Nr. 8 StPO, der nach h. M. keinen unbedingten Revisionsgrund darstellt, vgl. *Kleinknecht/Meyer-Göfner*, (Fn. 29), § 338 Rdnr. 58.

36 Statt aller *KK-Pikart*, StPO, 3. A. 1993, § 338 Rdnr. 2.

37 Hierbei soll der Grundsatz der *Öffentlichkeit* nicht ausschließlich i. S. v. § 169 GVG, Art. 6 Abs. 1 S. 1 MRK und Art. 14 Abs. 1 S. 2 IPBPR verstanden werden, sondern weiter als »die Zugänglichkeit der Entscheidungsräume für Kritik und Kontrolle auch durch den (nicht direkt beteiligten) Bürger«, vgl. *Brockhaus Enzyklopädie*, 19. A. 1991, Stichwort: *Öffentlichkeit*.

38 So ausdrücklich *BGHSt* 9, 281.

39 *BGHSt* 20, 37 ff. (1. Senat); 26, 393 ff. (1. Senat); 29, 144 ff. (5. Senat); 33, 261 ff. (2. Senat).

40 *BVerfGE* 31, 181 ff.

41 Es waren dies 29 von 42 Gemeinden im AG Bezirk R. mithin wurde in 69 % der Gemeinden (!) § 36 III S. 1 GVG nicht beachtet.

42 So auch *BGHSt* 26, 393, 394 (1. Senat), für einen Verstoß gegen § 35 JGG.

43 *BGHSt* 26, 393, 394 f. (1. Senat), hält sogar eine Überschreitung des Endtermins einer fristgerechten Wahl für erforderlich, bevor aus einer mangelhaften Liste gewählt wird.

44 Vgl. Art. 1 I Nr. 1 BayFTG.

45 Das Einwohneramt der Gemeinde R. hat jeweils von 8.00–12.00 Uhr geöffnet. Mithin war die Einsicht an lediglich 20 Stunden möglich. Hier ist jedoch anzumerken, daß es sich bei der gegenständlichen Liste nicht nur um die Liste einer Kleinstgemeinde, mit lediglich einem Vorschlag, handelte, sondern um die Vorschlagsliste einer Großstadt mit weit über 100 Vorschlägen.

46 Es war erstaunlich, daß gerade diese 13 Gemeinden tatsächlich die hier vertretene Auffassung umgesetzt hatten und trotz Wochenenden, Feiertagen oder Nichtöffnung der Gemeindekanzlei an einigen Tagen auf genau sieben Tage tatsächliche Einsichtsmöglichkeit kamen. Die verantwortlichen Gemeindebeamten begründeten – auf Nachfrage – ihr Vorgehen damit, daß das Gesetz in § 36 III S. 1 GVG ihrer Ansicht nach eindeutig ein derartiges Vorgehen verlangen würde (!), arg.: »zu jedermanns Einsicht«.

47 Gegen eine solche »Gesamtlistenargumentation«, *BGH*, Urt. v. 29. 10. 1974 – 1 StR 475/74; *BGH*, NStZ 1986, 565 (2. Senat).

48 Der *BGH* (5. Senat) hat in seinem Beschluß v. 4. 6. 1996 – 5 StR 111/96 – zu dem Problem der *tatsächlichen Einsicht für jedermann* nicht Stellung genommen, sondern lediglich die Willkür im konkreten Fall verneint.