



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 173/08

vom  
10. Juli 2008  
in der Strafsache  
gegen

wegen Diebstahls

hier: Anhörungsrüge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Juli 2008 beschlossen:

Der Antrag des Verurteilten auf Nachholung rechtlichen Gehörs gegen den Beschluss des Senats vom 27. Mai 2008 wird zurückgewiesen.

Der Verurteilte hat die Kosten seines Rechtsbehelfs zu tragen.

Von der Erhebung der Gerichtsgebühr wird abgesehen (§ 21 GKG).

Gründe:

I.

- 1 Mit Beschluss vom 27. Mai 2008 hat der Senat die Revision des Verurteilten gegen das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 9. November 2007 gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt: Die Verfahrensrüge, das Landgericht habe § 24, § 338 Nr. 3 StPO sowie den Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt, weil das Ablehnungsgesuch gegen den Kammervorsitzenden zu Unrecht verworfen worden sei, entspreche nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO und sei deshalb unzulässig. Die Revision teile weder den Befangenheitsantrag vom 18. Oktober 2007 noch die dienstlichen Erklärungen der abgelehnten Richter und die Beschlüsse mit, mit denen die drei Befangenheitsanträge zurückgewiesen worden seien. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung der Verfahrensrüge sei unzulässig; denn der Angeklagte habe

die unzulässige Verfahrensrüge entgegen § 45 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 StPO nicht innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von einer Woche mit einer ordnungsgemäßen Begründung nachgeholt.

- 2 Mit Schriftsatz vom 24. Juni 2008, eingegangen beim Senat am selben Tag, hat der Verurteilte durch seinen Verteidiger beantragt, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, soweit sein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Verfahrensrüge aus der Revisionsbegründung vom 8. Februar 2008 verspätet ist. Dazu hat er ausgeführt, er habe bereits mit Schriftsatz vom 13. März 2008 einen zulässigen Wiedereinsetzungsantrag gestellt, in dem er den bis dahin fehlenden Vortrag zur Verfahrensrüge nachgeholt habe. Dieser zuletzt genannte Schriftsatz lag dem Senat bei seiner Entscheidung nicht vor.

## II.

- 3 1. Der mit Schriftsatz vom 24. Juni 2008 gestellte Wiedereinsetzungsantrag ist als Antrag auf nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 356 a StPO) auszulegen. Denn der Verurteilte beruft sich darauf, der Senat habe bei seiner Entscheidung den bereits am 13. März 2008 gestellten Wiedereinsetzungsantrag nicht berücksichtigt. Die beantragte Wiedereinsetzung ist dagegen schon deshalb ausgeschlossen, weil das Verfahren durch die Sachentscheidung des Revisionsgerichts nach § 349 Abs. 2 StPO rechtskräftig abgeschlossen ist (vgl. Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. § 44 Rdn. 1, § 349 Rdn. 25 m. w. N.). Gegenüber § 33 a StPO ist die Anhörungsrüge des § 356 a StPO der speziellere Rechtsbehelf (vgl. Meyer-Goßner aaO § 356 a Rdn. 1).

- 4 2. Der Antrag auf Nachholung rechtlichen Gehörs ist zulässig. Der Verteidiger des Verurteilten hat ihn binnen einer Woche ab Zugang der Senatsent-

scheidung gestellt, aus deren Begründung sich die objektive Verletzung des rechtlichen Gehörs ergibt (§ 356 a Satz 2 und 3 StPO).

5                    3. Der Antrag ist im Ergebnis unbegründet.

6                    Zwar hat der Senat den Anspruch des Verurteilten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) objektiv verletzt. Er hat den Schriftsatz vom 13. März 2008 mit dem Wiedereinsetzungsantrag und dem ergänzenden Vortrag zur Verfahrensrüge nicht zur Kenntnis genommen, weil sich dieser nicht bei den ihm vorliegenden Akten befand. Dies verhilft der Anhörungsrüge jedoch nicht zum Erfolg; denn die unterbliebene Kenntnisnahme hat sich auf das Ergebnis der Revisionsentscheidung nicht ausgewirkt, so dass der Anspruch des Verurteilten auf rechtliches Gehör hierdurch nicht "in entscheidungserheblicher Weise" verletzt worden ist. (vgl. Meyer-Goßner aaO § 356 a Rdn. 3).

7                    Wenn der Senat den Wiedereinsetzungsantrag vom 13. März 2008 zur Kenntnis hätte nehmen können, hätte er dem Verurteilten antragsgemäß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Ergänzung der unvollständig vorgetragene Verfahrensrüge gewährt. Der Antrag war fristgerecht gestellt und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere hatte der Verurteilte nach vollständiger Akteneinsicht innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von einer Woche die bis dahin unzulässige Verfahrensrüge ordnungsgemäß begründet. Der Wiedereinsetzungsantrag wäre auch begründet gewesen. Es lag eine Verfahrenslage vor, bei der ausnahmsweise zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör eine Wiedereinsetzung zur Nachholung einer nicht gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO formgerecht erhobene Verfahrensrüge zu bewilligen ist (vgl. BGHR StPO § 44 Verfahrensrüge 12; Meyer-Goßner aaO § 44 Rdn. 7 ff.). Denn dem Verteidiger war - wegen Mängeln in der Aktenführung - vom Landgericht innerhalb der Revisionsbegründungsfrist nicht die beantragte Akteneinsicht vollständig gewährt

worden. Der als Anlage zum Protokoll übergebene dritte Befangenheitsantrag vom 18. Oktober 2007, die dienstlichen Erklärungen der abgelehnten Richter sowie die Entscheidungen über die Befangenheitsanträge befanden sich in einer als Band IVa geführten Nebenakte, in die er erst am 6. März 2008 nach Ablehnung seines Antrags auf Protokollberichtigung und nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist Einsicht nehmen konnte.

- 8 Die Gewährung von Wiedereinsetzung hätte zur Folge gehabt, dass der Senat die Verfahrensrüge als zulässig behandelt und über sie sachlich entschieden hätte. Die Rüge hätte jedoch keinen Erfolg gehabt, weil aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts der Verurteilte keinen Anlass hatte, an der Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit des abgelehnten Richters zu zweifeln. Der Senat hätte daher über die Revision des Verurteilten im Ergebnis nicht anders entschieden als geschehen.

Becker

Miebach

Pfister

von Lienen

Sost-Scheible