

**Bearbeiter:** Rocco Beck

**Zitiervorschlag:** BGH 2 StR 56/00, Beschluss v. 13.12.2000, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH 2 StR 56/00 - Beschluß v. 13. Dezember 2000 (OLG Koblenz)**

**BGHSt 46, 230; Zulässigkeit einer Revision gegen ein Berufungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO bei unentschuldigtem Nicht Erscheinen; Verfahrenshindernis (zurückgezogener Strafantrag)**

**§ 329 Abs. 1 Satz 1 StPO**

Leitsätze

**1. Die Revision gegen ein Berufungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO ist zulässig, auch wenn sie nur eine Sachrüge enthält, mit der behauptet wird, das Amtsgericht habe ein Verfahrenshindernis nicht beachtet, das bereits bei der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils vorgelegen habe (Bestätigung von BGHSt 21, 242). (BGHSt)**

**2. Nur ein zulässiges Rechtsmittel führt zur Prüfung der in erster Instanz übersehenen Verfahrenshindernisse. (Bearbeiter)**

**3. Verfahrensvoraussetzungen sind nach ständiger Rechtsprechung Umstände, die so schwer wiegen, daß von ihrem Vorhandensein die Zulässigkeit des Verfahrens im Ganzen abhängt (BGHSt 15, 287 f.; 32, 345 f.).**

Entscheidungstenor

Die Revision gegen ein Berufungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO ist zulässig, auch wenn sie nur eine Sachrüge enthält, mit der behauptet wird, das Amtsgericht habe ein Verfahrenshindernis nicht beachtet, das bereits bei der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils vorgelegen habe.

Gründe

I.

Das Amtsgericht Neuwied hat den Angeklagten u. a. wegen Betrugs in drei Fällen verurteilt, im übrigen das Verfahren eingestellt. Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte im Februar und März 1998 die Geschädigte unter Vorspiegelung falscher Tatsachen um drei Darlehen gebeten und diese auch erhalten. Im April 1998 zog der Angeklagte zu der Geschädigten, auch in der Folge erhielt er aufgrund weiterer Täuschungen von ihr erhebliche Geldbeträge. Die Geschädigte nahm in der Hauptverhandlung ihren Strafantrag (§ 263 Abs. 4 StGB) zurück. 1

Die gegen das Urteil eingelegte Berufung des Angeklagten wurde nach § 329 Abs. 1 StPO verworfen, weil er zur Berufungshauptverhandlung unentschuldig nicht erschienen war. Mit der dagegen eingelegten Revision hat er die Sachrüge erhoben und vorgetragen, schon im Februar und März 1998 habe er in häuslicher Gemeinschaft mit der Geschädigten gelebt, für die Verfolgung der Betrugstaten fehle es - nach Rücknahme des Strafantrags durch die Geschädigte - an einer Prozeßvoraussetzung. 2

Das Oberlandesgericht Koblenz ist der Auffassung, daß zwar grundsätzlich die Verfahrensvoraussetzungen auch in der Rechtsmittelinstanz von Amts wegen zu prüfen sind, dies setze aber voraus, daß das Rechtsmittelgericht in zulässiger Weise mit der Sache selbst befaßt werde. Stelle das Gesetz weitere Voraussetzungen für die Sachprüfung auf, müßten auch diese erfüllt sein. Eine solche weitere Voraussetzung sei für das Berufungsverfahren das Erscheinen des Angeklagten in der Hauptverhandlung. Das unentschuldigte Nichterscheinen habe nach § 329 Abs. 1 StPO zwingend die Verwerfung der Berufung zur Folge. Verfahrenshindernisse, die bereits in der Vorinstanz vorgelegen hätten, seien in diesem Stadium nicht zu prüfen. "Folglich" könne auch in der Revisionsinstanz nur geprüft werden, ob Rechtsfehler bei der Anwendung des § 329 Abs. 1 StPO vorliegen. Diese Beschränkung der Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts entspreche auch dem gesetzgeberischen Zweck des § 329 Abs. 1 StPO und führe zu gerechten Ergebnissen. 3

Das Oberlandesgericht möchte die Revision deshalb als unzulässig verwerfen, weil kein Rechtsfehler bei der 4

Anwendung des § 329 Abs. 1 StPO geltend gemacht worden ist. Es sieht sich daran aber durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHSt 21, 242 f. und weitere Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte (z.B. OLG Saarbrücken VRS 44, 190 f.; OLG Stuttgart DAR 64, 46) gehindert, wonach die Revision gegen ein nach § 329 Abs. 1 StPO ergangenes Urteil mit der Sachrüge begründet werden kann und die Erhebung der Sachrüge zur Prüfung der Prozeßvoraussetzungen von Amts wegen führt. Es hat die Sache deshalb gemäß § 121 Abs. 2 GVG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung der Rechtsfrage vorgelegt:

Ist die Revision des Angeklagten gegen ein Verwerfungsurteil gemäß § 329 Abs. 1 StPO zulässig, wenn nur die Sachrüge erhoben und behauptet wird, das Amtsgericht habe ein Verfahrenshindernis nicht beachtet, das bereits bei der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils vorgelegen habe? 5

## II.

Die Vorlegungsvoraussetzungen liegen vor. 6

Das Oberlandesgericht Koblenz kann in dem von ihm beabsichtigten Sinn nicht entscheiden, ohne in einer Rechtsfrage von dem Beschluß des Bundesgerichtshofs in BGHSt 21, 242 f. (und verschiedenen Oberlandesgerichten, u.a. OLG Stuttgart DAR 1964, 46; OLG Köln GA 1971, 27; OLG Saarbrücken VRS 44, 190 f.; OLG Hamm MDR 1973, 694; OLG Karlsruhe NJW 1978, 840) abzuweichen. In der in einem Vorlageverfahren ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs ging es darum, ob eine allein auf die Sachrüge gestützte Revision gegen ein Prozeßurteil, wie es ein Berufungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO darstellt, zulässig ist. Diese Frage hatte der Bundesgerichtshof - wie zuvor schon das Reichsgericht (DRiZ 1929 Nr. 211) - bejaht, weil auch ein solches Berufungsurteil sachliches Recht verletzen könne, "weil die Strafverfolgung verjährt oder die Strafklage verbraucht ist .... also ein Verfahrenshindernis besteht, das auch dem sachlichen Strafrecht angehört." Die Sachrüge führe deshalb allein zur Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen. 7

Auch das vorliegende Gericht vertritt ersichtlich nicht die Auffassung, die Anlaß des damaligen Vorlageverfahrens war, daß eine Sachrüge bei reinen Prozeßurteilen generell unzulässig sei, weil das Urteil keine Sachentscheidung enthalte (so BayObLGSt 194951 Nr. 172 S. 528). Es will aber gerade den vom Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung vorausgesetzten Anwendungsbereich der Sachrüge bei einer Revision gegen ein Verwerfungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO - die Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen - mangels einer Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts nicht anerkennen und deshalb zur Unzulässigkeit der Sachrüge kommen. 8

## III.

In der Sache folgt der Senat der Rechtsansicht des vorlegenden Oberlandesgerichts nicht. 9

1. Schon der Ansatz des vorlegenden Gerichts, das Berufungsgericht sei im Falle des (unentschuldigten) Ausbleibens des Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung auch dann gezwungen, die Berufung nach § 329 Abs. 1 StPO zu verwerfen, wenn ein in der ersten Instanz übersehenes Verfahrenshindernis vorliegt, ist streitig. Insbesondere Meyer-Goßner vertritt die Auffassung, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 329 Abs. 1 StPO zwingend ein Verwerfungsurteil ohne weitere Prüfung auf in erster Instanz übersehener Verfahrenshindernisse zu ergehen habe. Die Sachlage sei vergleichbar mit der Verwerfung einer zulässig eingelegten, aber nicht oder nicht ordnungsgemäß begründeten Revision, bei der nach herrschender Meinung und ständiger Rechtsprechung nicht in die Prüfung der Verfahrenshindernisse, die bereits in erster Instanz bestanden haben, einzutreten ist. Gleich welcher der Theorien über das Wesen des Verwerfungsurteils man folge (Verzicht, Vermutung der Unbegründetheit des Rechtsmittels, Verwirkung), sei die Überprüfung auf diese Prozeßvoraussetzungen auch mit dem verfahrensrechtlichen Sinn des § 329 Abs. 1 StPO unvereinbar (Meyer-Goßner NJW 1978, 528; 1979, 201; NSiZ 1994, 402 f.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 44. Aufl. § 329 Rdn. 8, so auch Ruß in KK 4. Aufl., § 329 Rdn. 13). 10

Demgegenüber findet nach wohl überwiegender Meinung § 329 Abs. 1 StPO keine Anwendung, wenn das Berufungsgericht ein Verfahrenshindernis feststellt, das auch schon in erster Instanz vorgelegen hat. Geschieht dies bei Beginn der Hauptverhandlung, ist durch Urteil nach § 260 Abs. 3 StPO einzustellen (OLG Stuttgart DAR 1964, 46; OLG Karlsruhe NJW 1978, 840; Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 329 Rdn. 64, 65; Rautenberg in Heidelberger Kommentar, StPO § 329 Rdn. 6; Paulus in KMR, StPO § 329 Rdn. 6). Dies sei sachgerecht und ökonomisch. So werde bei einem nicht behebbaren Verfahrenshindernis das Verfahren regelmäßig beendet, während ein Verwerfungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO durch die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in die Versäumung der Hauptverhandlung nach § 329 Abs. 3 StPO zu einer Verzögerung der verfahrensbeendenden Einstellung führe. Schließlich sei das Berufungsgericht auch nicht gehindert, bei Vorliegen eines Verfahrenshindernisses das Verfahren 11

außerhalb der Hauptverhandlung nach § 206 a StPO einzustellen. Dann sei es aber ungereimt, ihm die Überprüfung der Verfahrenshindernisse in der Hauptverhandlung mit der Folge eines Einstellungsurteils nach § 260 Abs. 3 StPO zu verwehren (die Einstellungsmöglichkeit nach § 206 a StPO im Rechtsmittelverfahren für in erster Instanz übersehene Verfahrenshindernisse ist allerdings ebenfalls nicht unstrittig, dagegen Tolkstdorf in KK aaO § 206 a Rdn. 4; Meyer-Goßner GA 1973, 366; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 206 Rdn. 6; für zulässig erachtet wird sie u.a. von BGHSt 24, 208 f.; 32, 275 f.; Rieß in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 206 a Rdn. 15; Bohnert, GA 1982, 166, 171 f.).

2. Der Senat muß nicht entscheiden, ob die Argumente, die gegen eine Beschränkung der Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts bei einem Verwerfungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO sprechen, auch die Berücksichtigung von erstinstanzlich übersehenen Verfahrenshindernissen in der Berufungshauptverhandlung bei einem nicht erschienenen Angeklagten nahelegen. Jedenfalls eine Einschränkung der revisionsrechtlichen Prüfungskompetenz, wie sie das vorliegende Gericht annehmen möchte, läßt sich weder aus der Regelung des § 329 Abs. 1 StPO selbst noch aus revisionsrechtlichen Bestimmungen ableiten. Sie wird auch von jenen Stimmen in der Literatur nicht befürwortet, die eine Prüfung der (erstinstanzlich übersehenen) Verfahrenshindernisse in der Berufungsinstanz bei Erlaß eines Verwerfungsurteils nach § 329 Abs. 1 StPO ablehnen (Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 329 Rdn. 49).

a) Allerdings wäre eine solche Einschränkung dogmatisch konsequent, wenn das Erscheinen des Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung als echte Zulässigkeitsvoraussetzung der Berufung anzusehen wäre. Nach herrschender Meinung (Schäfer in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. Einl. Kap. 11 Rdn. 20 f. m.w.N.) und ständiger Rechtsprechung seit der Entscheidung in BGHSt 16, 115 f. führt nur ein zulässiges Rechtsmittel zur Prüfung der in erster Instanz übersehenen Verfahrenshindernisse. Wird gegen ein Urteil des Amtsgerichts nicht rechtzeitig Berufung eingelegt, so ist gegen das Berufungsurteil gleich, ob es die Berufung durch Urteil als unzulässig verwirft oder in Verkennung der Unzulässigkeit in der Sache entscheidet - zwar das Rechtsmittel der Revision gegeben. Auf die zulässige Revision ist aber von Amts wegen vorab zu prüfen, ob eine zulässige Berufung vorgelegen hat. Da bei unzulässiger Berufung bereits Rechtskraft des mit der Berufung angefochtenen Urteils eingetreten war; können im amtsgerichtlichen Verfahren aufgetretene Verfahrenshindernisse, die bei unzulässiger Berufung das Berufungsgericht nicht berücksichtigen konnte, auch vom Revisionsgericht nicht mehr beachtet werden (BayObLGSt 1966, 21; KG JR 1955, 310; Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 337 Rdn. 52; Schäfer, ebenda, Einl. Kap. 11 Rdn. 35).

Zwar wird in der Literatur teilweise vertreten, daß es sich bei der Verwerfung der Berufung nach § 329 Abs. 1 StPO um eine Art Unzulässigkeitsverwerfung handelt (Küper JuS 1972, 127, 129; Meyer-Goßner NJW 1978, 528 f.; Schroeder NJW 1973, 308 f.). Auch nach dieser Auffassung handelt es sich aber um eine Unzulässigkeitsverwerfung der besonderen Art. Sie ist nicht ohne weiteres mit der formalen Unzulässigkeit wegen Versäumung der Frist, Nichteinhaltung der Form oder wegen Rechtsmittelverzichts oder Rechtsmittelrücknahme gleichzusetzen (so auch zu § 335 Abs. 3 StPO Hanack in Löwe/Rosenberg aaO 25. Aufl. § 335 Rdn. 24). Tatsächlich wird mit der Verwerfung nach § 329 Abs. 1 StPO die Berufung gerade nicht als unzulässig verworfen, vielmehr setzt das Verwerfungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO eine zulässige Berufung voraus. Es handelt sich nicht um die Verwerfung eines Rechtsmittels, das nicht zu einer neuen Sachentscheidung hätte führen können, vielmehr wäre in dem Verfahren, das Gegenstand einer Entscheidung nach § 329 Abs. 1 StPO geworden ist, eine Sachprüfung möglich gewesen und hätte auch erfolgen sollen. Sie scheiterte allein am Nichterscheinen des Angeklagten (BGHSt 30, 98 f.).

b) Eine entsprechende Anwendung der Grundsätze, die für die Überprüfung von (schon in erster Instanz bestehenden) Verfahrenshindernissen bei - im formalen Sinne - unzulässigen Rechtsmitteln entwickelt worden sind, auf Fallgestaltungen, bei denen aus anderen Gründen eine Sachprüfung nicht möglich ist, ist nicht geboten. Sie würde nicht der Bedeutung der Verfahrensvoraussetzungen bzw. Verfahrenshindernisse gerecht.

Verfahrensvoraussetzungen sind nach ständiger Rechtsprechung Umstände, die so schwer wiegen, daß von ihrem Vorhandensein die Zulässigkeit des Verfahrens im Ganzen abhängt (BGHSt 15. 287 f.; 26, 84 f.; 32, 345 f.). Sie sind nicht nur im Interesse des Angeklagten, sondern auch im allgemeinen Interesse gegeben (Rieß in 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe der Wissenschaft Bd. IV S. 809, 814). Dies spricht aber dagegen, die Berücksichtigung von (bereits in erster Instanz bestehenden) Verfahrenshindernissen über die Grenze der Rechtskraft der Entscheidung und der Zulässigkeit eines Rechtsmittels hinaus einzuschränken. Aus der Funktion der Verfahrenshindernisse, weiteres Prozedieren mit dem Ziel einer Sachentscheidung zu verbieten (Rieß aaO S. 812), läßt sich gerade nicht ableiten, daß Verfahrenshindernisse im Revisionsverfahren gegen ein Berufungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO nicht zu beachten sind, denn zum Zeitpunkt der Revision liegt noch keine endgültige Sachentscheidung vor.

c) Eine Einschränkung der Prüfungskompetenz wird - worauf der Generalbundesanwalt zu Recht hinweist - auch vom Regelungszweck des § 329 Abs. 1 StPO nicht gefordert, denn die beabsichtigte Verfahrensbeschleunigung ist bereits durch das Unterbleiben einer zweiten Sachprüfung eingetreten. Dagegen wären mit ihrer Anerkennung weitreichende Abweichungen von allgemeinen revisionsrechtlichen Grundsätzen verbunden. Folgte man der Rechtsauffassung des

vorlegenden Gerichts. erschiene es nämlich inkonsequent, dem Revisionsgericht die Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen nur für den Fall der Sachrüge zu verwehren. Denn wenn die Beschränkung der revisionsgerichtlichen Prüfungscompetenz - wie es das vorlegende Gericht meint - sich zwingend aus einer entsprechenden Beschränkung der Prüfungscompetenz des Berufungsgerichts bei einem Verwerfungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO ergäbe, wäre damit kaum zu vereinbaren, die im amtsgerichtlichen Verfahren nicht berücksichtigten Verfahrenshindernisse auf eine zulässige aber unbegründete Verfahrensrüge zu beachten. In ihre Prüfung könnte dann erst nach Feststellung der Begründetheit einer Verfahrensrüge - gegebenenfalls nach Zurückverweisung an das Berufungsgericht - eingetreten werden.

d) Schließlich fordern auch nicht - wie das vorlegende Gericht meint -Gründe der Gleichbehandlung die Nichtberücksichtigung von (erstinstanzlich übersehenen) Verfahrenshindernissen. Zwar trifft es zu, daß eine amtsgerichtliche Verurteilung, die mit einem groben sachlich-rechtlichen Fehler - etwa Verkennung der Strafvorschrift - behaftet ist, mit der Revision nicht korrigiert werden kann, wenn sie sich gegen ein Verwerfungsurteil nach § 329 Abs. 1 StPO richtet, Rechtsfehler bei der Anwendung dieser Vorschrift aber nicht vorliegen. Der Entscheidung BGHSt 16, 115, 119, nach der in erster Instanz übersehene Verfahrenshindernisse bei unzulässigen Revisionen nicht berücksichtigt werden können, läßt sich - entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts - nicht der allgemeine Grundsatz entnehmen, daß Verfahrenshindernissen in keinem Fall größeres Gewicht beigemessen werden können als sonstigen Rechtsfehlern. Anders als in jener Entscheidung geht es hier nicht um die Abwägung sonstiger Verfahrenshindernisse gegen das der Rechtskraft. Bei zulässigen Rechtsmitteln besteht für eine Einschränkung des Grundsatzes, daß die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens betreffenden Verfahrensvoraussetzungen grundsätzlich - und zwar von Amts wegen - vorrangig zu prüfen sind, kein Grund. Die Nichtberücksichtigung von sachlich-rechtlichen Fehlern des amtsgerichtlichen Urteils entspricht vielmehr der gesetzlichen Regelung, die der Dispositionsbefugnis des Angeklagten Rechnung trägt, als deren Ausfluß sich auch die an ein Verhalten des Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung anknüpfende Rechtsfolge des § 329 Abs. 1 StPO darstellt. Eine solche Dispositionsbefugnis besteht aber für die Verfahrensvoraussetzungen nicht. 18

e) Soweit das vorlegende Gericht schließlich darauf verweist, daß ein Angeklagter bei unvollständigen Feststellungen zu doppelrelevanten Tatsachen durch Ausbleiben in der Berufungshauptverhandlung eine Aufklärung dieser Tatsachen verhindern und damit unter Anwendung des Zweifelssatzes eine ihm günstige Einstellung erzwingen kann, verkennt es, daß bei lückenhaften Feststellungen zu doppelrelevanten Tatsachen dem Revisionsgericht eine Klärung im Freibeweisverfahren obliegt. Daß damit - anders als bei Erhebung des Strengbeweises - eine Klärung nicht erreicht werden könnte, ist nicht ersichtlich. 19

Die Entscheidung entspricht dem Antrag des Generalbundesanwalts. 20