

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21 (OLG Köln)¹

Konkurrenz von Berufung und Revision

Jedenfalls dann, wenn zwei Angeklagte gegen dasselbe Urteil parallel Berufung und Revision eingelegt haben und deshalb gem. § 335 Abs. 3 S. 1 StPO über beide Rechtsmittel bereits zusammen als Berufung verhandelt worden ist, kann die von dem einen Angeklagten eingelegte Revision selbst nach zwischenzeitlicher endgültiger Einstellung des Verfahrens gem. § 153a Abs. 2 StPO gegenüber dem anderen Angeklagten auch weiterhin als Berufung und nicht als Revision behandelt werden.

(Leitsatz des Verf.)

StPO § 335 Abs. 1 S. 1

GVG § 121 Abs. 2 Nr. 1

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

I. Einführung

Die hier besprochene Entscheidung thematisiert mit der Divergenzvorlage einen wichtigen Aspekt des Revisionsrechts, wenn auch zugegebenermaßen anhand einer sehr speziellen prozessualen Konstellation im Rechtsmittelrecht, die allerdings von einiger praktischer Relevanz ist: Werden in demselben Verfahren zugleich zwei Angeklagte² vom Amtsgericht (gleichviel ob vom Strafrichter oder dem Schöffengericht) verurteilt und wollen sie das Urteil anfechten, so steht beiden die Wahl zu, ob sie gegen das Urteil Berufung (§ 312 StPO) oder (Sprung-)Revision einlegen wollen (§ 335 Abs. 1 StPO). Treffen beide ihre Wahl in unterschiedlicher Weise, so könnte dies zum problematischen Nebeneinander zweier getrennter Rechtsmittelverfahren und im äußersten Fall sogar zu einander widersprechenden rechtskräftigen Entscheidungen des Berufungs- und des Revisionsgerichts³ führen. Um das zu verhindern, schreibt § 335 Abs. 3 S. 1 StPO für diesen Fall zunächst als Grundsatz vor, die Revision ebenfalls als Berufung zu behandeln, womit beide Rechtsmittel vor demselben Berufungsgericht, der kleinen Strafkammer,⁴ zu behandeln wären, im Idealfall zudem in derselben Berufungshauptverhandlung. Demjenigen Angeklagten, der Revision eingelegt hatte, steht – ebenso wie selbstverständlich dem Berufungsführer – im Anschluss an das nunmehr ergehende Berufungsurteil der kleinen Strafkammer allerdings immer noch zu, Revision gegen dieses einzulegen (§§ 333, 335 Abs. 3 S. 3 StPO).

Von diesem Grundsatz der einheitlichen Behandlung beider Rechtsmittel als Berufung macht § 335 Abs. 3 S. 1 StPO allerdings zwei Ausnahmen: Wird die von dem einen Angeklagten eingelegte

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2f756964452398b86f46ee9ef0cb5469&nr=131658&pos=0&anz=1> (6.1.2023).

² Das Gleiche gilt im Übrigen, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft unterschiedliche Rechtsmittel einlegen.

³ Zuständig ist insoweit der *Strafsenat* des OLG (§ 121 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG).

⁴ §§ 74 Abs. 3, 76 Abs. 1 S. 1 GVG.

Berufung entweder zurückgenommen oder als unzulässig verworfen (z.B. wegen nicht fristgerechter Einlegung), so ist über das von dem anderen Angeklagten eingelegte Rechtsmittel dann doch als Revision durch das Oberlandesgericht zu entscheiden. Mit diesen beiden Ausnahmen werden jedoch keineswegs alle Konstellationen erfasst, in welchen die Berufung des einen Angeklagten zwischenzeitlich ihre endgültige Erledigung finden kann. Vor allem die Fälle einer Einstellung des Verfahrens gegen den Berufungsführer aus Opportunitätsgründen oder nach § 206a StPO wegen eines Verfahrenshindernisses, die den genannten Ausnahmefällen strukturell ähneln, erwähnt die Vorschrift nicht. Daher stellt sich für solche und ihnen verwandte Fälle die Frage, ob die Revision weiterhin als Berufung zu behandeln oder die Sache gegen den Revisionsführer doch dem Revisionsgericht zur Behandlung als Revision zuzuleiten ist. Eine solche Fragestellung lag der Entscheidung des 2. *Strafsenats* zu Grunde.

II. Der Sachverhalt

Der Angeklagte sowie ein Mitangeklagter waren vom Amtsgericht Leverkusen wegen Betruges zu Geldstrafen verurteilt worden. Beide legten fristgerecht gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel ein, und zwar der Angeklagte Revision und der Mitangeklagte Berufung. Beide Rechtsmittel waren daher gem. § 335 Abs. 3 S. 1 StPO als Berufung zu behandeln, womit die Sache bei der kleinen Strafkammer des Landgerichts Leverkusen anhängig wurde. Diese beraumte auch gem. § 323 StPO eine Berufungshauptverhandlung an und verhandelte gegen beide Angeklagte.⁵ Anscheinend ergab sich dort nur für den Mitangeklagten die Möglichkeit, das Verfahren gem. § 153a Abs. 2 StPO vorläufig einzustellen, während man diese Erledigungsform gegen den Angeklagten nicht ins Auge fasste; die Gründe dieser unterschiedlichen Behandlung sind nicht ersichtlich (und für das weitere Geschehen auch unwichtig).⁶ Jedenfalls trennte die Berufungsstrafkammer das Verfahren gegen den Mitangeklagten ab (§ 4 Abs. 1 StPO) und stellte sodann das abgetrennte Verfahren gem. § 153a Abs. 2 StPO zunächst vorläufig gegen eine Geldauflage von 400 € ein. Die Hauptverhandlung gegen den Angeklagten wurde ebenfalls nicht weitergeführt, sondern ausgesetzt,⁷ wohl schon mit dem Hintergedanken, nicht mehr selbst darüber entscheiden zu können (oder zu wollen).

Nachdem der Mitangeklagte die Geldauflage pünktlich bezahlt hatte, wurde das Verfahren gegen ihn endgültig eingestellt (vgl. § 153a Abs. 1 S. 5 StPO); es war damit nicht mehr als Berufungsverfahren anhängig. Für die Entscheidung über das als Revision eingelegte Rechtsmittel des Angeklagten hielt sich die kleine Strafkammer im Weiteren für unzuständig und legte die Sache daher dem Revisionsgericht, dem *Strafsenat* des OLG Köln, vor.⁸ Dieses wiederum war gegenteiliger Ansicht und entschlossen, die Sache der Berufungskammer zurückzugeben. An dieser Vorgehensweise sah sich das OLG Köln jedoch gehindert, weil im Jahr 1994 das BayObLG⁹ bereits gegenteilig entschieden habe.¹⁰

⁵ BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 2.

⁶ Denkbar ist hier Vieles, etwa Vorstrafen bei dem Angeklagten oder andere Umstände, die ein gesteigertes öffentliches Interesse an seiner Verurteilung nahelegten, vielleicht auch nur seine fehlende Zustimmung zur Einstellung.

⁷ BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 2.

⁸ BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 3.

⁹ BayObLG, Beschl. v. 14.2.1994 – 1 St RR 222/93 = BeckRS 1994, 7534 Rn. 5 (in den Parallelfundstellen NSTz 1997, 388 und NZV 1994, 283 ist die hier interessierende Passage des Beschlusses nicht mit abgedruckt).

¹⁰ BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 4.

Es hat deswegen die Sache als Divergenzvorlage (§ 121 Abs. 2 GVG) dem *Senat* vorgelegt,¹¹ nachdem das BayObLG auf Anfrage mitgeteilte hatte, bei seiner Rechtsauffassung bleiben zu wollen.¹²

III. Die Entscheidung des Senats

Der *Senat* hat die Vorlage als unzulässig angesehen und die Sache zur Entscheidung an das OLG Köln zurückgegeben. Anders als das OLG meine, betreffen die Entscheidungen nämlich nicht dieselbe Prozesslage, weil in dem Fall des OLG Köln bereits eine Berufungshauptverhandlung stattgefunden hätte, im Fall des BayObLG hingegen nicht.¹³ Deshalb sei das OLG Köln nicht gehindert, sein Verfahren anders zu behandeln als damals das BayObLG das seine. Es könne daher die Sache seiner Absicht entsprechend an das LG Leverkusen zum Zwecke der Entscheidung als Berufungssache zurückgeben, ohne sich in Widerspruch zur Rechtsprechung des BayObLG zu setzen. Diese Argumentation greift jedoch möglicherweise zu kurz, weshalb eine nähere Betrachtung angezeigt erscheint.

1. Sinn und Voraussetzungen einer (zulässigen) Divergenzvorlage

Die Pflicht zur Divergenzvorlage ergibt sich aus § 121 Abs. 2 GVG. Sie setzt eine Verfahrenssituation voraus, in welcher ein OLG beispielsweise wie hier eine Revisionsentscheidung¹⁴ treffen möchte, bei welcher es von einer Entscheidung eines anderen OLG oder des BGH abweichen würde. In einer solchen Situation soll der BGH festlegen, welche der beiden Rechtsauffassungen die richtige ist, und so für eine einheitliche, widerspruchsfreie Spruchpraxis der Obergerichte sorgen.¹⁵ Eine gleichartige Pflicht enthält § 132 Abs. 2 GVG für den Fall einer anstehenden Abweichung innerhalb der einzelnen *Senate* des BGH. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass in letzterem Fall nicht ein einzelner *Senat*, sondern der *Große Senat für Strafsachen* des BGH (§ 132 Abs. 5 S. 1 GVG) zu entscheiden hat.¹⁶

Eine die Vorlagepflicht auslösende Widersprüchlichkeit zwischen der älteren Entscheidung des anderen OLG (bzw. des BGH) und der geplanten Entscheidung des vorlegenden OLG setzt allerdings grundsätzlich voraus, dass die divergierenden Auffassung jeweils tragende Erwägungen der betroffenen Entscheidungen darstellen.¹⁷ Unzulässig wäre eine Vorlage daher, wenn die Auffassung in einer der Entscheidungen nur ein obiter dictum wäre¹⁸ oder wenn das vorlegende Gericht mit einer anderen Hilfserwägung zum gleichen Ergebnis gelangen, also z.B. einer Revision auch aus weiteren Grün-

¹¹ OLG Köln, Beschl. v. 23.4.2021 – III 1 RVs 214/20.

¹² BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 5.

¹³ BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 9 f.

¹⁴ Hier § 121 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG; die übrigen in § 121 Abs. 2 GVG genannten Divergenzfälle betreffen ausgewählte andere, dem OLG vorbehaltene Entscheidungen von zahlenmäßig deutlich geringerer Bedeutung.

¹⁵ *Gittermann*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 27. Aufl. 2023, GVG § 121 Rn. 25; *Frister*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 9, 5. Aufl. 2016, GVG § 121 Rn. 11; *Schmidt*, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, GVG § 121 Rn. 11; BGHSt 11, 31 (34 f.); 33, 310 (313); 46, 16 (20).

¹⁶ Bei anstehenden Abweichungen von Entscheidungen eines Zivilsenates (denkbar etwa i.R.v. § 832 Abs. 2 BGB) ist nach § 132 Abs. 2 GVG in vergleichbarer Weise den Vereinigten Großen Senaten vorzulegen. Die Pflicht zur Divergenzvorlage für die Zivilsenate ist in der genannten Vorschrift entsprechend geregelt.

¹⁷ *Gittermann*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 27. Aufl. 2023, GVG § 121 Rn. 58, 65 ff.; *Frister*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 9, 5. Aufl. 2016, GVG § 121 Rn. 24 ff.; *Feilcke*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, GVG § 121 Rn. 37 f.; BGHSt 43, 241 (244); 47, 32 (34).

¹⁸ *Gittermann*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 27. Aufl. 2023, GVG § 121 Rn. 65 ff.; BGHSt 28, 165 (166).

den zum Erfolg verhelfen könnte. Ferner darf es nicht um – dem Tatrichter vorbehaltene – Tatfragen gehen (wie z.B. die Auslegung eines Verwaltungsaktes¹⁹), sondern die Divergenz muss Rechtsfragen betreffen.²⁰

Die Frage, ob die in § 335 Abs. 3 S. 1 StPO erwähnten Ausnahmen über ihren Wortlaut hinaus auch auf Fälle der Verfahrenseinstellung gegen den Mitangeklagten auszudehnen sind, betrifft recht eindeutig eine solche Rechtsfrage, da es um die Auslegung einer Norm des Strafverfahrensrechts geht. Ihre Beantwortung war zudem in beiden Verfahren entscheidungserheblich. Von ihr hing nämlich ab, ob das Verfahren überhaupt von dem jeweiligen OLG abschließend in der Sache entschieden werden durfte (falls man sie – wie es das BayObLG getan hatte – bejaht) oder stattdessen an das Berufungsgericht abzugeben war (falls man sie verneint, wie es das OLG Köln vorhatte). Soweit dürfte auch der *Senat* keine Bedenken haben. Er sieht allerdings im Ergebnis hinsichtlich der Auffassung des OLG Köln überhaupt keine Abweichung zur Entscheidung des BayObLG, weil den beiden Entscheidungen eine jeweils andere Prozesslage zu Grunde gelegen hätte. Das OLG Köln könne deshalb seiner Rechtsauffassung folgen, ohne in Widerspruch zur Entscheidung des BayObLG zu geraten.²¹

Wenn dies denn so wäre, hätte der *Senat* die Vorlage völlig zu Recht als unzulässig behandelt. Aber liegt die Sache wirklich so? Immerhin könnte man die zu klärende Rechtsfrage darauf zuspitzen, ob der Wortlaut des § 335 Abs. 3 S. 1 StPO abschließend und damit ohne Wenn und Aber verbindlich ist. Bejahte man ein solches Normverständnis, so wäre die Entscheidung des BayObLG falsch gewesen, hingegen müsste das OLG Köln das tun, was es ohnehin vorhatte. Der *Senat* hingegen neigt offenbar zu einem anderen Normverständnis, indem er einige Argumente für eine differenzierende Auslegung der Norm anführt und andeutet, prozessökonomisch sei es sinnvoll, eine angefangene Berufungshauptverhandlung (wie im Fall des OLG Köln) in der Berufungsinstanz auch zu Ende zu führen, während die Verfahrenseinstellung gegen den Mitangeklagten im Fall des BayObLG schon vor der Berufungshauptverhandlung erfolgt war. Dort wurden also keine „justiziellen Ressourcen durch die Anberaumung und (teilweise) Durchführung der [Anm.: Berufungs-]Hauptverhandlung unwiederbringlich verbraucht“²², wenn die Sache gegen den fraglichen Angeklagten nicht weiter als Berufung, sondern als Revision behandelt würde. Der *Senat* hält § 335 Abs. 3 S. 1 StPO damit grundsätzlich für erweiterungsfähig, stimmt jedoch dem OLG Köln darin zu, eine solche Erweiterung im dortigen Fall nicht vorzunehmen.

Das klingt erst einmal plausibel. Erste Zweifel erheben sich freilich, wenn man die Entscheidung des BayObLG in der fraglichen Passage einmal im Wortlaut betrachtet:

„Die Sprungrevision ist statthaft (§ 335 Abs. 1 StPO). Die von dem Mitangeklagten B. gegen das Urteil des Amtsgerichts eingelegte Berufung steht dem nicht entgegen, denn das Berufungsverfahren wurde *noch vor der Durchführung der Hauptverhandlung* mit Beschluß vom 30.11.1993 des Landgerichts Ingolstadt nach § 153a StPO endgültig eingestellt. Dieses endgültige Verfahrenshindernis steht einer Zurücknahme oder Verwerfung der Berufung als unzulässig (§ 335 Abs. 3

¹⁹ Vgl. BGHSt 31, 314, wo klärungsbedürftig war, ob die in einer Duldungsbescheinigung erwähnte Beschränkung des „gewöhnlichen Aufenthalts“ eines Asylbewerbers auch kurzzeitigem Verlassen des Aufenthaltsortes im Wege stand; der BGH gab eine entsprechende Vorlage des OLG Oldenburg zurück, weil sie keine Rechts-, sondern eine Tatfrage betreffe.

²⁰ Gittermann, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 27. Aufl. 2023, GVG § 121 Rn. 58a; Schmidt, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, GVG § 121 Rn. 24; Frister, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 9, 5. Aufl. 2016, GVG § 121 Rn. 21.

²¹ BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 8 f., 11.

²² BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 14.

StPO) gleich, weil durch die endgültige Einstellung auch hier eine Anhängigkeit der Sache bei verschiedenen Rechtsmittelgerichten verhindert wird [...].“²³

Einerseits findet sich zwar auch hier der Hinweis auf die Einstellung vor einer Berufungshauptverhandlung, jedoch legt die weitere Begründung nahe, dass dieser Aspekt für das BayObLG gar nicht maßgebend war. Sein Argumentationsschwerpunkt liegt vielmehr auf der Endgültigkeit des Verfahrensabschlusses und der damit beseitigten Gefahr paralleler Verfahren, sofern man die eingelegte Revision im Anschluss als solche behandelt. Eine Deutung, das BayObLG würde die Ausnahmen in § 335 Abs. 3 S. 1 StPO auf alle Fälle endgültiger Verfahrenserledigung ohne Sachentscheidung ausdehnen, läge von daher wohl sehr nahe. Dann aber hätte man tatsächlich eine Divergenz zwischen den Rechtsansichten der beiden Oberlandesgerichte. Allerdings: Eine derart grundsätzliche Aussage zur Auslegung von § 335 Abs. 3 S. 1 StPO wäre dann wiederum keine tragende Rechtsansicht, soweit sie über den konkret zu entscheidenden Fall hinausreicht. Dem *Senat* könnte daher möglicherweise zuzustimmen sein, wenn er die Vorlage für unzulässig hält.

2. Weiterführende Gedanken zu § 335 Abs. 3 S. 1 StPO

Gleichwohl bleibt ein Unbehagen, das zwei Weichenstellungen bei der Anwendung von § 335 Abs. 3 S. 1 StPO betrifft, dessen Auslegung angesichts offenbar unterschiedlicher Auffassungen der beiden Oberlandesgerichte und der Verweigerung einer Sachentscheidung durch den *Senat* als weiterhin ungeklärt gelten muss. Die eine Weichenstellung war oben schon auf den maßgebenden Aspekt zugespitzt worden: Ist die Bestimmung nun abschließend formuliert oder kann sie – auf welche Fallkonstellationen auch immer – ausgeweitet werden? Die andere baut darauf auf und betrifft die behauptete Unterschiedlichkeit der Prozesslagen: Spielt es tatsächlich eine Rolle, ob schon eine Berufungshauptverhandlung begonnen hatte, oder ist nicht vielmehr über die Anwendung von § 335 Abs. 3 S. 1 StPO unabhängig von diesem Kriterium zu entscheiden?

a) Zur Erweiterbarkeit auf weitere Ausnahmefälle

Klärungsbedürftig ist zunächst, ob die Ausnahmen „zurückgenommen oder als unzulässig verworfen“ in § 335 Abs. 3 S. 1 StPO ausdehnungsfähig oder abschließend sind. Der Wortlaut ist hier freilich eindeutig und lässt keinen Raum für Erweiterungen. Folgerichtig wäre eine Ergänzung um „oder das Verfahren endgültig eingestellt“ (wie sie BayObLG und offenbar auch der *Senat* im Sinn haben) und ebenso auf weitere vergleichbare Fallgestaltungen nur im Wege einer Analogie möglich. Eine entsprechende Regelungslücke wird man vor dem historischen Hintergrund der Bestimmung annehmen dürfen, die mit der sog. *Emminger-Reform*²⁴ 1924 in die StPO eingeführt wurde. Zuvor war ein Nebeneinander von Berufung und Revision gar nicht möglich, weil erstere nur gegen die Urteile der Schöffengerichte²⁵ beim Amtsgericht (§ 354 RStPO a.F.) und letztere allein gegen die erstinstanzlichen Urteile der Land- und Schwurgerichte statthaft war (§ 374 RStPO a.F.). Im Jahr 1924 waren neben den in § 335 Abs. 3 S. 1 StPO genannten Verfahrenserledigungen jedoch keine weiteren bekannt. Einstellungen nach § 153a Abs. 2 StPO wurden erst 1975 eingeführt. Die damals schon bekannten §§ 153, 154 StPO bildeten seinerzeit keine endgültigen Verfahrensabschlüsse. Verfahrenshindernisse

²³ BayObLG BeckRS 1994, 7534 Rn. 5, *Hervorhebung* nicht im Original.

²⁴ § 34 der „Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege“ vom 4.1.1924, RGBl. I 1924, S. 15, üblicherweise allerdings mit dem o.g. Namen nach dem damaligen Reichsjustizminister benannt.

²⁵ Bis 1924 gab es den „Strafrichter“ (heute §§ 22 Abs. 1, 25 GVG) noch nicht; den rangniedrigsten Spruchkörper bildete vielmehr das Schöffengericht.

(die heute zur Einstellung nach § 206a StPO führen können, der erst 1942 eigenführt wurde²⁶) wurden ausschließlich per Urteil nach § 260 Abs. 3 StPO²⁷ entschieden²⁸ (d.h. im Zweifel zeitgleich mit der als Berufung behandelten Revision eines anderen Angeklagten). § 335 Abs. 3 StPO wurde somit erst nachträglich durch neu entstehende Verfahrenserledigungen zu einer Vorschrift, die nur unvollkommen vorzeitige Erledigungen einer eingelegten Berufung erfasste. Man darf also von einer im Prinzip analogiefähigen ungewollten Regelungslücke ausgehen.

Ob ein Analogiebedarf besteht, wäre mit Blick auf den Regelungszweck zu beurteilen, der oben bereits angedeutet wurde. § 335 Abs. 3 S. 1 StPO will das Nebeneinander zweier unterschiedlicher Rechtsmittel vor zudem verschiedenen Gerichten vermeiden²⁹ und so widersprüchliche Entscheidungen zu mehreren Beschuldigten wegen derselben Tat verhindern.³⁰ Bei den beiden gesetzlich genannten Ausnahmen wird das Berufungsverfahren beendet, ohne dabei eine erneute Sachentscheidung zu treffen, weshalb es zu keinen widersprüchlichen Sachentscheidungen zwischen Berufungs- und Revisionsgericht kommen kann. Eine ähnliche Situation läge jedoch vor, sobald das originäre Berufungsverfahren gem. § 153a Abs. 2 StPO endgültig eingestellt ist, bei Einstellungen wegen nur den Berufungsführer betreffenden,³¹ endgültigen Verfahrenshindernissen³² oder im Falle der Nichtannahme einer nach § 313 StPO annahmepflichtigen Berufung nach § 322a StPO,³³ nicht dagegen bei vorläufigen Verfahrensbeendigungen (wie z.B. nach § 154 Abs. 2 StPO vor Ablauf der Wiederaufnahmefrist nach § 154 Abs. 4 StPO), denn dann könnte es am Ende doch zu einer Wiederaufnahme des Berufungsverfahrens kommen, während das zweite Rechtsmittelverfahren schon in der Revision verhandelt wurde. Diskutiert wird eine entsprechende Gleichsetzung bereits für die Berufungsverwerfung nach § 329 StPO,³⁴ weil auch dieses Urteil keine Sachentscheidung des Berufungsgerichts enthält, sondern eine gebundene Entscheidung darstellt, weshalb es – wie bei der Berufungsrücknahme oder der Verwerfung als unzulässig – stets bei der amtsgerichtlichen Entscheidung verbleibt. Freilich wäre insoweit die Einschränkung vorzunehmen, dass zuvor Revisions- und Wiedereinsetzungsfristen³⁵ gegenüber dem Verwerfungsurteil verstrichen sein müssten und die Entscheidung daher rechtskräftig geworden ist. Andernfalls könnte es auch hier wieder zu einer späteren Sachbefassung durch das Berufungsgericht kommen. Nicht genügen kann dagegen eine schlichte Abtrennung des Verfahrens

²⁶ Durch Art. 1 der „Verordnung über die Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses“ v. 13.8.1942, RGBl. I 1942, S. 512 (damals noch als § 206 RStPO).

²⁷ § 259 Abs. 2 RStPO a.F. bzw. § 260 Abs. 2 RStPO i.d.F. von 1924.

²⁸ Paeffgen, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 5. Aufl. 2015, § 206a Rn. 1.

²⁹ F.-C. Schroeder, NJW 1973, 308 (309); Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, § 335 Rn. 5.

³⁰ Frisch, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 335 Rn. 18; Franke, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2023, § 335 Rn. 21.

³¹ Ginge es hingegen um die absolute Verjährung der Tat, so bestünde letztlich doch wieder die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, wenn das Berufungsgericht beispielsweise meint, die Tatbeendigung sei zu einem anderen Zeitpunkt eingetreten, als es das Revisionsgericht annimmt.

³² Etwa dessen Tod, ein fehlender Strafantrag nach § 247 StGB, nicht hingegen wegen Verhandlungsunfähigkeit, soweit diese vorübergehender Natur sein kann.

³³ Franke, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2023, § 335 Rn. 25; Hartwig, NSTz 1997, 111 (114); a.A. OLG Karlsruhe NSTz 1995, 562; OLG Zweibrücken NSTz 1994, 203.

³⁴ So F.-C. Schroeder, NJW 1973, 308 (309); in diese Richtung ferner Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, § 335 Rn. 11; a.A. Gericke, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 335 Rn. 11; Franke, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2023, § 335 Rn. 25.

³⁵ Vgl. § 329 Abs. 7 StPO.

gegen den Berufungsführer (§ 4 Abs. 1 StPO i.V.m. § 3 StPO),³⁶ solange beide Verfahren weiterhin dieselbe Tat betreffen. Zwar würden in diesem Fall zwei formell selbstständige Verfahren geführt, weshalb nicht dieselbe Sache bei unterschiedlichen Gerichten anhängig wird. Allerdings entscheiden am Ende doch beide Gerichte über dieselbe Tat, könnten sie also unterschiedlich (und damit widersprüchlich) rechtlich bewerten, was § 335 Abs. 3 StPO vor allem anderen verhindern will.

Der Regelungszweck von § 335 Abs. 3 S. 1 StPO wäre also auch – und sogar noch besser – erreicht, wenn die dort genannten Ausnahmen auf alle Verfahren erstreckt würden, in denen in der Berufungsinstanz ohne erneute Sachentscheidung eine endgültige Verfahrensbeendigung gegen den Berufungsführer erfolgt. Eine solche Ausdehnung der Vorschrift dürfte dem BayObLG³⁷ vorgeschwebt haben und ist zudem bereits im Schrifttum erwogen worden.³⁸ Zudem besteht ein weiterer sachlicher Grund, die gesetzlichen Ausnahmefälle analog auf die genannten Beendigungsfälle auszudehnen, weil damit dem ursprünglichen Anliegen des Revisionsführers am besten entsprochen wird. Dieser wird sich schließlich ganz bewusst für die Sprungrevision entschieden haben, etwa in Erwartung eines schnellen Aufhebungserfolges wegen eines vermeintlich klaren revisiblen Fehlers im amtsgerichtlichen Urteil. Das Verfahren wäre im Erfolgsfall sodann erneut beim Amtsgericht anhängig und der betreffende Angeklagte hätte wieder zwei Tatsacheninstanzen (statt nur noch einer) zur Verfügung, um seinen Standpunkt zu vertreten. Sofern kein sachlich rechtfertigender Grund mehr existiert, entgegen seinem Wunsch seine Revision zu einer Berufung umzufunktionieren, wäre es also nur fair, die Revisionserklärung auch ernst zu nehmen und sie als solche zu behandeln.

b) Spielt es eine Rolle, ob in der Berufungsinstanz schon verhandelt wurde?

Der Senat hat als sachlich rechtfertigenden Grund für eine weitere Behandlung als Berufung demgegenüber jedenfalls dann, wenn bereits – wie im hier zu entscheidenden Fall – in der Berufungsinstanz verhandelt wurde, justizökonomische Aspekte ins Spiel gebracht: Es gingen infolge der teilweisen, vergeblichen Durchführung der Berufungsverhandlung justizielle Ressourcen unwiederbringlich verloren, würde man nunmehr in die Revisionsinstanz überwechseln.³⁹ Dieses Argument trägt freilich aus zwei Gründen nicht. Zum einen ist die ökonomische Berechnung eines angeblichen Verlustes von Ressourcen irreführend, weil die Berufungshauptverhandlung gegen den Revisionsführer ja ausgesetzt worden war, also ohnehin von vorne (mit entsprechender Verhandlungsvorbereitung) hätte beginnen müssen.⁴⁰ Zum anderen stünde eine entsprechende Differenzierung weiterer Erledigungsfälle danach, ob in der Berufungsinstanz schon verhandelt worden ist oder nicht, systematisch in Widerspruch zu dem gesetzlich geregelten Ausnahmefall der zurückgenommenen Berufung.⁴¹ Eine

³⁶ So seinerzeit aber *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, § 335 Rn. 9.

³⁷ Vgl. BayObLG BeckRS 1994, 7534 Rn. 5.

³⁸ *Frisch*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 335 Rn. 24; ähnlich auch *Temming*, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, § 335 Rn. 7; a.A. *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StGB, Bd. 3/1, 2019, § 335 Rn. 17; *Franke*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2023, § 335 Rn. 25.

³⁹ BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 14.

⁴⁰ Auch entsprechende Vorbereitungszeit dürfte kaum doppelt anfallen: Schon zur Vorbereitung der ersten Berufungshauptverhandlung musste die Akte allein wegen des Berufungsführers komplett durchgearbeitet werden; insoweit eine (verlorene) Mehrarbeit hinsichtlich des Revisionsführers zu behaupten, dürfte an der Realität regelmäßig vorbeigehen. Zudem würde auch zur Vorbereitung der (zweiten) Berufungshauptverhandlung gegen den Revisionsführer jedenfalls dann erneut ein nicht ganz unerheblicher Aufwand geleistet werden müssen, wenn einige Zeit zwischen den beiden Verhandlungen verstrichen ist.

⁴¹ *F.-C. Schroeder*, NJW 1973, 308 (309).

solche Rücknahme ist auch noch innerhalb der Berufungshauptverhandlung möglich und führt nach dem klaren Gesetzeswortlaut stets zur weiteren Behandlung des parallelen Rechtsmittels als Revision,⁴² selbst wenn zum Zeitpunkt der Rücknahme schon die gesamte Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz durchgeführt worden sein sollte.

Nach dem klaren Sinn der gesetzlichen Regelung soll es also gerade kein Kriterium für die weitere Behandlung als Revision oder Berufung darstellen, ob schon (und wenn ja, welcher) Aufwand in der Berufungsinstanz hinsichtlich der umgewidmeten Revision getrieben worden ist und nunmehr „unwiederbringlich verbraucht“⁴³ wäre. Hätte der *Senat* daher § 335 Abs. 3 S. 1 StPO systematisch stringent ausgelegt, so hätte er dem vorlegenden OLG Köln den Ausweg, mit Blick auf eine angeblich andere Prozesslage anders zu entscheiden als das BayObLG, nicht aufzeigen dürfen. An diesem Befund ändert auch der abschließende Rechtfertigungsversuch des *Senats* nichts, bei der Anwendung von § 153a Abs. 2 StPO besäße das Berufungsgericht im Unterschied zur Situation bei der Berufungsrücknahme einen Handlungsspielraum.⁴⁴ Denn gerade die missbrauchsanfällige Möglichkeit, die Einstellung wahlweise so vorzunehmen, dass man sich zugleich des weiteren Rechtsmittels entledigt oder auch nicht, spricht nachhaltig dafür, wie bei der Berufungsrücknahme eine fixe und einheitliche Regelung zu präferieren und gerade nicht von der Systematik der gesetzlich geregelten Fälle abzugehen. Folgerichtig bestand für das OLG Köln also gar keine andere Tatsachenbasis, die Vorlegungsvoraussetzungen wären damit erfüllt gewesen und die Vorlage hätte nicht als unzulässig zurückgewiesen werden dürfen.

IV. Bewertung

Der *Senat* hat es sich also offenbar etwas zu leicht gemacht, indem er sich einer Sachentscheidung mit der Behauptung einer Unzulässigkeit der Vorlage entzogen hat. Gerade wenn man argumentativ den klaren Gesetzeswortlaut verlässt und dessen Ausdehnung auf vergleichbare Fälle erwägt, ist es angezeigt, besonders sorgfältig zu überlegen, ob sich die möglichen Lösungen jeweils auch systematisch in das Gesetzesgefüge einfügen. Die Lösungen des BayObLG (wenn sie so allgemein gemeint sein sollte, wie es scheint) wie auch des OLG Köln (das streng beim Wortlaut bleibt) sind systematisch vertretbar; die den Konflikt zu vermeiden suchende Linie des *Senats* ist es nicht. Sofern das OLG Köln nun das ihm vom *Senat* Angesonnene tut, indem es das Verfahren tatsächlich an das LG Leverkusen zur Behandlung als Berufungssache zurückgibt (und sich nicht doch noch anders besinnt), wird es im Ergebnis zu dem kommen, was § 121 Abs. 2 GVG gerade verhindern will: einander widersprechende Entscheidungen zweier Oberlandesgerichte.

⁴² Knauer/Kudlich, in: MüKo-StGB, Bd. 3/1, 2019, § 335 Rn. 17; Frisch, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 335 Rn. 22; OLG Düsseldorf MDR 1988, 165.

⁴³ BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 14.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 15.