

**Leitsatz zum Beschluss des Staatsgerichtshofes vom 13. Februar 2019**

**- P. St. 2693 -**

Die Rechtswegerschöpfung vor Erhebung der Grundrechtsklage setzt auch die Einlegung solcher Rechtsbehelfe voraus, deren Zulässigkeit in der fachgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur umstritten ist (hier: Beschwerde nach § 304 StPO gegen die Versagung der Nachholung der in § 453 Abs. 1 Satz 4 StPO vorgesehenen mündlichen Anhörung gemäß § 33a StPO analog), solange die Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs nicht offensichtlich oder dessen Inanspruchnahme aus anderen Gründen unzumutbar ist.



P.St. 2693

# Staatsgerichtshof des Landes Hessen

## Beschluss

In dem Grundrechtsklageverfahren

A.,

Antragsteller,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Adam Rosenberg,  
Große Bockenheimer Straße 32, 60313 Frankfurt am Main -

gegen

Land Hessen, vertreten durch den Ministerpräsidenten,  
Staatskanzlei, Georg-August-Zinn-Straße 1, 65183 Wiesbaden,

Antragsgegner,

hat der Staatsgerichtshof des Landes Hessen

in seiner Sitzung vom 13. Februar 2019

gemäß § 24 Abs. 1 StGHG beschlossen:

Die Grundrechtsklage wird als unzulässig zurückgewiesen.

Gerichtskosten werden nicht erhoben, außergerichtliche Kosten nicht erstattet.

## A

Die Grundrechtsklage betrifft den Anspruch eines Verurteilten auf Nachholung der mündlichen Anhörung zur Entscheidung über den Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung gemäß § 33a der Strafprozessordnung - StPO - analog.

### I.

Der Antragsteller ist zu einer Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde, verurteilt worden. Mit Beschluss vom 3. November 2017 – dem Antragsteller am 7. November 2017 zugestellt – widerrief das Amtsgericht Frankfurt am Main die Strafaussetzung zur Bewährung wegen Verstoßes gegen Bewährungsauflagen. Zuvor hatte es den Antragsteller mit Schreiben vom 27. Oktober 2017 über den beabsichtigten Widerruf schriftlich angehört und einen Anhörungstermin anberaumt. Der Antragsteller nahm weder Stellung, noch erschien er zum Anhörungstermin.

Am 15. November 2017 legte der Antragsteller anwaltlich vertreten sofortige Beschwerde gegen den Widerrufsbeschluss ein und beantragte zugleich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Das Landgericht Frankfurt am Main verwarf den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unbegründet und die sofortige Beschwerde wegen Verfristung als unzulässig. Der Antragsteller sei nicht unverschuldet an der Wahrnehmung der Rechtsmittelfrist gehindert gewesen.

Nachdem der Antragsteller zum Strafantritt aufgefordert worden war, beantragte er beim Amtsgericht Frankfurt am Main die Nachholung der mündlichen Anhörung im Rahmen eines Nachverfahrens gemäß § 33a StPO analog sowie die Anordnung des Aufschubs der Strafvollstreckung durch das Gericht, unter anderem gestützt auf § 33a Satz 2 StPO i. V. m. § 47 Abs. 2 StPO. Mit Beschluss vom 27. Dezember 2018, gegen den sich die Grundrechtsklage wendet, wies das Amtsgericht allein den An-

trag auf Strafaufschub zurück. Der Antragsteller wiederholte daraufhin seine Anträge unter dem 1. Januar 2019. Hierüber entschied das Amtsgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom 3. Januar 2019. Darin wies es den Antrag auf Strafaufschub erneut zurück und gewährte keine „Wiedereinsetzung nach § 33a StPO“.

## II.

Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner Grundrechtsklage und rügt die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Nach § 453 Abs. 1 Satz 4 StPO sei ein Verurteilter vor Widerruf der Bewährung zunächst mündlich anzuhören. Finde eine solche Anhörung nicht statt und werde sie auch nicht im Rahmen der sofortigen Beschwerde gegen den Widerrufsbeschluss nachgeholt, weil diese wegen Versäumung der Beschwerdefrist als unzulässig zurückzuweisen sei, so ergebe sich aus entsprechender Anwendung des § 33a StPO ein Anspruch darauf, die mündliche Anhörung im Wege eines so genannten Nachverfahrens nachzuholen. Dieser Anspruch bestehe auch, wenn der Verurteilte die Unmöglichkeit der Durchführung der mündlichen Anhörung vor Erlass des Widerrufsbeschlusses zu verschulden gehabt habe, etwa weil er nicht rechtzeitig erreichbar gewesen sei.

## III.

Der Antragsgegner hält die Grundrechtsklage für unzulässig. Soweit der Verurteilte den Anhörungstermin vor dem Widerruf der Strafaussetzung nicht wahrgenommen habe, sei seine Anhörung in entsprechender Anwendung des § 33a StPO nachzuholen. Dies gelte auch dann, wenn das Unterbleiben der Anhörung ebenso durch den Verurteilten verschuldet sei wie die Versäumung der Beschwerdefrist gegen den Widerrufsbeschluss. Der Antragsteller habe aber den Rechtsweg nicht erschöpft, da er gegen den Beschluss vom 27. Dezember 2018 keine Beschwerde eingelegt habe.

## IV.

Die Landesanstwältin hat von einer Stellungnahme abgesehen.

**B****I.**

Die Grundrechtsklage ist unzulässig. Der Antragsteller hat den Rechtsweg nicht erschöpft.

1. Nach § 44 Abs. 1 Satz 1 StGHG kann, wenn für den Gegenstand der Grundrechtsklage der Rechtsweg eröffnet ist, die Grundrechtsklage erst erhoben werden, wenn dieser erschöpft ist. Zum Rechtsweg gehört dabei jede gesetzlich normierte Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts.

- Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 25.11.2008 - 1 BvR 848/07 -, BVerfGE 122, 190 [203] = juris, Rn. 39; BVerfG [K], Beschluss vom 06.09.2016 - 1 BvR 173/15 -, juris, Rn. 11 -

Wegen des subsidiären Charakters der Grundrechtsklage setzt die Erschöpfung des Rechtswegs weiter voraus, dass auch alle anderen durch das Gesetz zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe ausgeschöpft sind, um die als verfassungswidrig beanstandete Entscheidung zu beseitigen. Auch bei Zulässigkeitszweifeln, etwa wenn die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs in der fachgerichtlichen Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt ist, sind daher zunächst die Fachgerichte anzurufen. Es ist ihre Aufgabe, über die streitige Zulässigkeitsfrage nach einfachem Recht unter Berücksichtigung der hierzu vertretenen Rechtsansichten zu entscheiden.

- Ständige Rechtsprechung des StGH, Beschluss vom 13.04.2005 - P.St. 1885 -, StAnz. 2005, 2321 [2323] = juris, Rn. 36; Beschluss vom 10.12.2002 - P.St. 1609 -, StAnz. 2003, 742 [744] = juris, Rn. 16; Beschluss vom 20.06.2002 - P.St. 1365 -, juris, Rn. 5 -

2. Der Antragsteller hat den Rechtsweg im Hinblick auf die gerügte Versagung der Nachholung rechtlichen Gehörs nicht erschöpft. Er hat es versäumt, gegen die mit der Grundrechtsklage angegriffene Zurückweisung seines diesbezüglichen Antrags Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO zu erheben.

a) Der Staatsgerichtshof verlangt die Einlegung eines Rechtsbehelfs unter dem Gesichtspunkt der Rechtswegerschöpfung nur dann nicht, wenn die Unzulässigkeit dieses Rechtsbehelfs offensichtlich oder dessen Inanspruchnahme aus anderen Gründen unzumutbar ist, etwa weil er aus Rechtsgründen schlechthin keinen Erfolg haben

kann oder die angefochtene Maßnahme auf einer gefestigten Rechtsprechung beruht und eine Abweichung deshalb nicht zu erwarten ist.

- Ständige Rechtsprechung des StGH, Beschluss vom 13.04.2005 - P.St. 1885 -, StAnz. 2005, 2321 [2323] = juris, Rn. 36; Beschluss vom 01.02.1995 - P.St. 1187 -, StAnz. 1995, 1057 [1058] = juris, Rn. 15; Beschluss vom 25.07.1984 - P.St. 997 -, StAnz. 1984, 1585 [1588] = juris, Rn. 49; Beschluss vom 30.10.1980 - P.St. 908 -, StAnz. 1981, 1655 [1657] = juris, Rn. 21 -

Eine offensichtliche Unzulässigkeit liegt nur dann vor, wenn der Antragsteller sich bei Einlegung des Rechtsbehelfs über die Unzulässigkeit nach dem Stand der Rechtsprechung und Lehre nicht im Unklaren sein konnte.

- StGH, Beschluss vom 13. April 2005 - P.St. 1885 -, StAnz. 2005, 2321 [2323] = juris, Rn. 40 (zum Subsidiaritätsprinzip); BVerfG, Urteil vom 12.03.2003 - 1 BvR 330/96 und 1 BvR 348/99 -, NJW 2003, 1787 [1787] = juris, Rn. 30 -

Außerdem kann die Unzumutbarkeit der Einlegung eines fachgerichtlichen Rechtsbehelfs gegeben sein, wenn dessen Zulässigkeit höchst zweifelhaft ist.

- StGH, Beschluss vom 10.12.2002 - P.St. 1609 -, StAnz. 2003, 742 [744] = juris, Rn. 16; BVerfG, Urteil vom 12.03.2003 - 1 BvR 330/96 und 1 BvR 348/99 -, NJW 2003, 1787 [1788] = juris, Rn. 33; BVerfG [K], Beschluss vom 10.07.1996 - 2 BvR 65/95 u. a. -, NJW 1997, 649 [649] = juris, Rn. 17 m. w. N.; BayVerfGH, Entscheidung vom 20.01.1998 - Vf. 10-VI-95 -, juris, Rn. 13 f. -

b) Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Einlegung der Beschwerde nach § 304 StPO hier nicht entbehrlich und der Rechtsweg nicht erschöpft. Die Zulässigkeit der Beschwerde gemäß § 304 StPO gegen Entscheidungen nach § 33a StPO ist zwar streitig, kann aber weder als höchst zweifelhaft bezeichnet, noch als offensichtlich ausgeschlossen erachtet werden.

Nach § 304 Abs. 1 StPO ist die Beschwerde gegen alle von den Gerichten im ersten Rechtszug oder im Berufungsverfahren erlassenen Beschlüsse zulässig, soweit das Gesetz sie nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht. Anders als bei den mit dem Anhörungsrügegesetz vom 9. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3220) neu in die Verfahrensordnungen eingefügten Regelungen zur Gehörsrüge, die eine Anfechtung der fachgerichtlichen Entscheidung über die Anhörungsrüge ausdrücklich ausschließen

(etwa: § 29a Abs. 4 Satz 3 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; § 78a Abs. 4 Satz 4 Arbeitsgerichtsgesetz; § 152a Abs. 4 Satz 3 Verwaltungsgerichtsordnung; § 178a Abs. 4 Satz 3 Sozialgerichtsgesetz; § 133a Abs. 4 Satz 3 Finanzgerichtsordnung; § 69a Abs. 4 Satz 4 Gerichtskostengesetz; § 321a der Zivilprozessordnung, der durch das Gesetz nur geändert wurde, enthielt auch in seiner alten Fassung bereits eine Regelung zur Unanfechtbarkeit des Beschlusses über die Gehörsrüge), ist die nach § 33a StPO zu treffende gerichtliche Entscheidung weder dort noch an anderer Stelle ausdrücklich der Anfechtung entzogen.

Daran anknüpfend sind Entscheidungen gemäß § 33a StPO – dasselbe gilt für Entscheidungen nach § 311a StPO – nach heute ganz überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur mit der Beschwerde gemäß § 304 Abs. 1 StPO jedenfalls dann anfechtbar, wenn – wie hier – das Gericht eine nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs oder die Änderung der Entscheidung aus formellen Gründen ablehnt, eine sachliche Überprüfungsentscheidung durch das Gericht also nicht getroffen wird.

- BVerfG [K], Beschluss vom 25.01.2018 - 2 BvR 1362/16 -, NJW 2018, 1077 [1077] = juris, Rn. 12 unter Verweis auf BVerfG [K], Beschluss vom 10.08.1999 - 2 BvR 184/99 -, NStZ 2000, 44 [44] = juris, Rn. 16 (zu § 311a StPO); Kammergericht, Beschluss vom 02.02.1966 - 1 Ws 6/66 -, NJW 1966, 991 [992]; OLG Celle, Beschluss vom 01.08.2012 - 1 Ws 290/12 u.a. -, NJW 2012, 2899 [2900] = juris, Rn. 5; Maul, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 33a Rn. 11 ff.; Zabeck, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 311a Rn. 13 ff. Genauso BayVerfGH, Beschluss vom 12.05.2010 - Vf. 117-VI-09 -, VerfGHE BY 63, 62 = juris, Rn. 28; VerfG Brandenburg, Beschluss vom 17.02.2000 - 39/99 -, juris, Rn. 9; Beschluss vom 25.01.2013 - 16/12 -, juris, Rn. 24; VerfG Berlin, Beschluss vom 18.07.2006 - 43/03 -, juris, Rn. 17, 19; VerfGH Sachsen, Beschluss vom 19.07.2007 - Vf. 43-IV-07 -, juris, Rn. 11, 18; VerfGH Baden-Württemberg, Urteil vom 13.04.2016 - 1 VB 83/15 -, juris, Rn. 34; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 08.07.2002 - 3 Ws 692/02 -, NStZ-RR 2002, 306 = juris, Rn. 1; Beschlüsse vom 05.12.2002 - 3 Ws 122/02 -, NStZ-RR 2003, 79 [79] und vom 25.05.2005 - 3 Ws 452/05 -, NStZ-RR 2005, 238 (Beschwerde nur ausgeschlossen, wenn i. R. d. § 33a StPO neue Sachentscheidung erging); Kammergericht, Beschluss vom 07.09.2016 - 5 Ws 75/16 - 141 AR 269/16 u. a. -, juris, Rn. 14; Beschluss vom 14.10.2015 - 4 Ws 78/15 - 161 AR 23/15 u. a. -, juris, Rn. 5; Beschluss vom 12.03.2007 - 1 AR 227/07 - 4 Ws 23/07 -, juris, Rn. 4; OLG Hamm, Beschluss vom 28.04.2016 - 1 Vollz (Ws) 79/16 -, juris, Rn. 4; OLG Thüringen, Beschluss vom 21.12.2006 - 1 Ws 421/06 -, juris, Rn. 8; Beschluss vom 23.11.2005 - 1 Ws 431/05 -, juris, Rn. 8; noch Schmitt,

in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Auflage 2015, § 33a Rn. 10 (anders in neuerer Auflage, siehe unten); Pollähne, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, § 33a Rn. 14; Valerius, in: Münchener Kommentar zur StPO, 2014, § 33a Rn. 21; Larcher, in: BeckOK StPO, 31. Ed., Stand 15.10.2018, § 33a Rn. 16. Nicht anfechtbar ist demgegenüber nach ganz herrschender Meinung die auf eine Überprüfung hin ergangene *Sachentscheidung*, denn über § 33a StPO soll kein erweiterter Instanzenzug eingeräumt werden: so schon Kammergericht, Beschluss vom 02.02.1966 - 1 Ws 6/66 -, NJW 1966, 991 [991 f.]; auch VerfG Brandenburg, Beschluss vom 17.02.2000 - 39/99 -, juris, Rn. 9; Beschluss vom 25.01.2013 - 16/12 -, juris, Rn. 24; VerfG Berlin, Beschluss vom 18.07.2006 - 43/03 -, juris, Rn. 19; OLG Thüringen, Beschluss vom 23.11.2005 - 1 Ws 431/05 -, juris, Rn. 8; Maul, a. a. O., Rn. 11. Anderer Ansicht: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.01.2009 - 2 Ws 193/08 -, juris, Rn. 5; Beschluss vom 05.08.2011 - 3 Ws 530/11 -, NStZ-RR 2012, 315 = juris, Rn. 11 ff.; genauso noch OLG Celle, NJW 1968, 1391 (anders aber in der neueren Rechtsprechung, siehe oben); OLG Hamburg, Beschluss vom 26.06.2017 - 1 Ws 60/17 -, NJW 2017, 2360 = juris, Rn. 2; NStZ-RR 2016, 52; nunmehr auch Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Auflage 2018, § 33a Rn. 10 -

c) Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil das Erfordernis des Nachverfahrens auf eine entsprechende Anwendung des § 33a StPO gestützt wird. Denn auch für diesen Fall steht der Zulässigkeit der Beschwerde keine gefestigte Rechtsprechung entgegen.

- Ausdrücklich offen gelassen in BGH, Beschluss vom 06.05.1975 - StB 8/75 -, BGHSt 26, 127 [131] = juris, Rn. 8 -

Zudem sind Anwendungsbereich und Reichweite des Nachverfahrens gemäß § 33a StPO analog nicht abschließend geklärt.

- BGH, Beschluss vom 06.05.1975 - StB 8/75 -, BGHSt 26, 127 [131] = juris, Rn. 5 ff.; kritisch Pollähne, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, § 33a, Rn. 7 -

Auch vor diesem Hintergrund ist es angemessen und zumutbar, dem Antragsteller im Rahmen der Rechtswegerschöpfung aufzuerlegen, zunächst die fachgerichtliche Klärung dieser Fragen herbeizuführen, bevor er zu diesem Zweck den Staatsgerichtshof anruft.



d) Schließlich ist die Einlegung der Beschwerde nach § 304 StPO für den Antragsteller auch nicht unter dem Gesichtspunkt unzumutbar, dass es schlechthin ausgeschlossen wäre, dass eine an das Landgericht Frankfurt am Main zu richtende Beschwerde des Antragstellers nach § 304 StPO Erfolg haben könnte.

Allein aus dem Umstand, dass das OLG Frankfurt am Main zuletzt mit Beschlüssen vom 21. Januar 2009 und vom 5. August 2011

- OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.01.2009 - 2 Ws 193/08 -, juris, Rn. 5; Beschluss vom 05.08.2011 - 3 Ws 530/11 -, NStZ-RR 2012, 315 = juris, Rn. 11 ff. -

bei der unmittelbaren Anwendung des § 33a StPO die Beschwerde für unzulässig befand, ist nicht auf eine entsprechende gefestigte Rechtsprechung des Oberlandesgerichts und der ihm nachgeordneten Gerichte zu schließen. Immerhin hatte das OLG Frankfurt am Main bis zum Jahr 2005 selbst noch eine abweichende Rechtsauffassung vertreten.

- Beschluss vom 08.07.2002 - 3 Ws 692/02 -, NStZ-RR 2002, 306 = juris, Rn. 1; Beschlüsse vom 05.12.2002 - 3 Ws 122/02 -, NStZ-RR 2003, 79 [79] und vom 25.05.2005 - 3 Ws 452/05 -, NStZ-RR 2005, 238 (Beschwerde nur ausgeschlossen, wenn i. R. d. § 33a StPO eine neue Sachentscheidung erging) -

Zudem sind Rechtsprechung und Literatur der in 2009 und 2011 geäußerten Auffassung des OLG Frankfurt am Main überwiegend nicht gefolgt, sondern haben – mit Ausnahme der zitierten Entscheidung des OLG Hamburg und einer neueren Kommentarstelle – an der entgegengesetzten Auffassung festgehalten. Vor diesem Hintergrund wäre es an dem Antragsteller gewesen darzulegen, dass die Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die Entscheidung nach § 33a StPO (analog) vom OLG Frankfurt am Main bzw. dem für die sofortige Beschwerde in seiner Sache zuständigen Landgericht Frankfurt am Main (§ 73 GVG) auch heute noch und in ständiger Rechtsprechung vertreten wird.

Ausführungen hierzu hat der Antragsteller jedoch nicht gemacht. Er hat sich insbesondere mit der Rechtsprechung des OLG Frankfurt am Main nicht auseinandergesetzt und damit nicht substantiiert dargelegt, dass ihm die Einlegung der Beschwerde nach § 304 StPO aufgrund einer entgegenstehenden ständigen Rechtspraxis in seinem Gerichtsbezirk nicht zumutbar wäre.

e) Auch im Hinblick auf die angegriffene Zurückweisung des Antrags auf Strafaufschub nach § 33a Satz 2 StPO (analog) i. V. m. § 47 Abs. 2 StPO ist der Rechtsweg nicht erschöpft. Diese Entscheidung ist ebenfalls gemäß § 304 Abs. 1 StPO mit der Beschwerde anfechtbar.

- Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Auflage 2018, § 47 Rn. 2; Cirener, in: BeckOK StPO, 31. Edition, Stand: 15.10.2018, § 47 Rn. 2.1; Valerius, in: Münchener Kommentar zur StPO, 2014, § 47 Rn. 10 -

f) Die Beschwerde gemäß § 304 Abs. 1 StPO ist nicht fristgebunden und kann von dem Antragsteller daher noch eingelegt werden.

## II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 28 StGHG.

Poseck

Sacksofsky

Detterbeck

Falk

Fischer

Gasper

Paul Leo Giani

Kilian-Bock

Liebermann

von Plottnitz

Wolf