

WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision

Eva-Maria Keck

Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Eva-Maria Keck
aus Bocholt

2016

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Michael Heghmanns

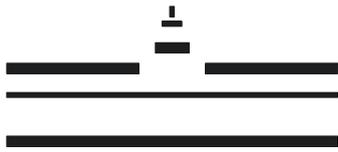
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Ulrich Stein

Dekan: Prof. Dr. Janbernd Oebbecke

Tag der mündlichen Prüfung: 12.7.2016

Eva-Maria Keck

Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision



**WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER**

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 18

Eva-Maria Keck

Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Eva-Maria Keck

„Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 18

© 2016 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.com

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-ND 3.0 DE' lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/de/>



ISBN 978-3-8405-0147-0

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-75219668587

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2016 Eva-Maria Keck

Alle Rechte vorbehalten

Satz: Eva-Maria Keck

Umschlag: MV-Verlag

Druck und Bindung: MV-Verlag



Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Ende Juli 2016 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zu allererst meinem Doktorvater, Herrn *Prof. Dr. Michael Heghmanns*, für seine hervorragende Betreuung. Mit seinen vielfältigen konstruktiven Anregungen half er mir nicht nur bei der Wahl des Themas dieser Arbeit, sondern trug auch entscheidend zu ihrem Gelingen bei.

Prof. Dr. Ulrich Stein danke ich für die freundliche Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mit großer Freude war ich als studentische und wissenschaftliche Hilfskraft sowie schließlich als wissenschaftliche Mitarbeiterin über neun Jahre lang Teil des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Für diese unvergessliche Zeit bedanke ich mich nicht zuletzt bei meinen zahlreichen lieb gewonnenen Kolleginnen und Kollegen. Auch ihnen gebührt mein Dank für ihre Unterstützung und ständige Diskussionsbereitschaft während der Erstellung dieser Arbeit.

Meinen Eltern gilt letztlich mein besonderer Dank für die unermüdliche kritische Durchsicht des Manuskripts sowie für ihre oft endlose Geduld und ihren fortwährenden liebevollen Beistand.

Münster, im Juli 2016

Eva-Maria Keck

Inhalt

A. Einleitung	1
I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung.....	1
II. Gang der Untersuchung	4
B. Grundlegende Maßstäbe der Untersuchung	6
I. Der Strafverfahrenszweck.....	6
1. Die Zwecke des Strafverfahrens im Einzelnen.....	6
a) Rechtsfrieden	6
b) Realisierung materiellen Strafrechts.....	7
c) Wahrheitsermittlung	8
d) Gerechtigkeit und Individualrechtsschutz des Beschuldigten.....	9
e) Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege.....	10
f) Weitere Zweckansichten.....	11
2. Das Verhältnis der Strafverfahrenszwecke zueinander	11
II. Die Prozessmaximen.....	14
III. Das Wesen der Revision	14
1. Ein Abriss zu den historischen Grundlagen der Revision	14
a) Die Kassation nach französischem Vorbild.....	15
b) Die preußische Nichtigkeitsbeschwerde.....	16
aa) Der Anfechtungsgegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde.....	16
bb) Die Genese der Nichtigkeitsbeschwerde.....	20
cc) Die Entscheidungsform im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde.....	23
c) Die Entwicklung bis zum Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung.....	23
aa) Die Reichweite der Prüfungskompetenz des letztinstanzlichen Gerichts.....	23
bb) Die Entscheidungsform im Rahmen der Revision	25

d)	Die Situation am Reichsgericht nach dem Ersten Weltkrieg.....	26
aa)	Überlastung des Reichsgerichts und die Reaktion der Rechtsprechung.....	26
bb)	Die Reaktion des Gesetzgebers.....	28
e)	Reformbestrebungen ab der Emminger-Reform bis zur späten Nachkriegszeit.....	30
aa)	Reformbestrebungen im Hinblick auf die Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts.....	30
bb)	Reformbestrebungen im Hinblick auf die Entscheidungsform im Rahmen der Revision.....	31
cc)	Exkurs: „Offensichtlich unbegründete“ Berufungen.....	35
f)	Die Reformdiskussion ab der späten Nachkriegszeit.....	36
g)	Die Erweiterung der Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts durch die Rechtsprechung.....	37
h)	Zwischenfazit: Die freie Beweiswürdigung im Wandel – „Konstruktionsfehler“ des Gesetzgebers.....	41
i)	Das erste Justizmodernisierungsgesetz und seine Folgen.....	44
2.	Der Revisionszweck.....	47
a)	Die Zwecke der Revision im Einzelnen.....	47
aa)	Rechtseinheit.....	47
bb)	Einzelfallgerechtigkeit.....	48
cc)	Rechtsfortbildung.....	49
	(1) Begriff und Erscheinungsform von Richterrecht und Gerichtsgebrauch.....	50
	(2) Rechtsquellenqualität.....	52
	(3) Einwände gegen die Rechtsfortbildung als Revisionszweck....	54
dd)	Realistischer Rechtsschutz.....	54
ee)	Disziplinierung der Instanzgerichte.....	56
ff)	Qualitätssicherung.....	57
b)	Das Verhältnis der Revisionszwecke zueinander.....	58

aa) Vorrang des Rechtseinheitsgedankens	58
bb) Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit	61
cc) „Vereinigungstheorie“	62
IV. Zusammenfassung	63
C. Zur Reformbedürftigkeit der Verfahrensweise in der Revision	65
I. Ausgangspunkt: § 349 StPO unter dem Blickwinkel gegenwärtiger empirischer Erkenntnisse	65
1. Das Beschlussverfahren nach § 349 I, II, IV StPO.....	66
2. Der begründete Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft	68
3. Die fakultative Gegenerklärung des Revisionsführers	68
4. Die Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren	69
5. Die Begründung des Verwerfungsbeschlusses	72
II. § 349 StPO auf dem Prüfstand	74
1. Der Begriff der „offensichtlichen Unbegründetheit“	74
a) Die Ansicht der Rechtsprechung	74
b) Der Meinungsstand in der Literatur.....	75
c) Analyse	81
aa) Wortlaut.....	81
bb) Systematik	82
cc) Historie	84
dd) Telos	85
(1) Entbehrlichkeit der Hauptverhandlung.....	85
(2) Maßgeblichkeit subjektiver Gesichtspunkte.....	87
(3) Maßgeblichkeit objektiver Kriterien.....	89
(4) Außerjuristische Zwecke	92
2. Kompensationsbemühungen des Gesetzgebers	92
a) Hinfälligkeit des Offensichtlichkeitsanfordernisses bereits von Gesetzes wegen.....	94
b) Die verfahrensrechtlichen Absicherungen.....	94

aa) Das Einstimmigkeitserfordernis	94
bb) Die Ermessensregelung.....	95
(1) Zur Entscheidungsfreiheit des Revisionsgerichts	95
(2) Gesetzliche Irreführung.....	96
cc) Der begründete Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft	98
(1) Verfahrensablauf	98
(2) Allgemeine Kritik.....	99
(3) Missbrauchsmöglichkeiten des Revisionsgerichts im Kontext mit dem Antragserfordernis	102
(a) Die Verfahrensspaltung bei Angeklagten- und Staatsanwaltschaftsrevisionen.....	102
(aa) „Sachlicher oder innerer Zusammenhang“ und Prozessökonomie.....	103
(bb) Verfahrensspaltung in zeitlicher Hinsicht.....	107
(cc) Waffengleichheit und Widerspruchsfreiheit	108
(dd) Art. 101 I 2 GG	112
(ee) Fazit.....	114
(b) (Kombinierte) Teilentscheidungen	114
(aa) Die Kombination von § 349 II, IV StPO bei (un-) beschränktem oder kombiniertem Antrag.....	115
(aaa) Wortlaut	115
(bbb) Systematik.....	116
(ccc) Historie	117
(ddd) Telos.....	117
(bb) Uneingeschränkte Verwerfung bei kombiniertem oder beschränktem Antrag	122
(cc) Die Kombination von § 349 II, V StPO beziehungsweise § 349 IV, V StPO	124
(dd) Die Kombination von § 349 I, II StPO	124
(ee) Fazit.....	125

(c) Der „bestellte Verwerfungsantrag“	126
dd) Die Möglichkeit der Gegenerklärung des Beschwerdeführers ...	128
3. Zur Realisierung des gesetzgeberischen Ziels der Abwehr rechtsmissbräuchlichen Verhaltens.....	129
a) Der Begriff des Rechtsmissbrauchs.....	129
b) Möglichkeiten rechtsmissbräuchlichen Verhaltens in der Revisionsinstanz	130
aa) Die Revisionsbegründungspraxis als Ausgangspunkt	130
bb) Folgerungen aus der Revisionsbegründungspraxis.....	132
c) Rechtsfolgen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens	134
aa) Standesrechtliche Folgen.....	134
bb) Prozessuale Folgen	136
(1) Allgemeines Missbrauchsverbot.....	136
(2) § 349 II StPO als spezielle Missbrauchsregelung	137
4. Fazit.....	140
III. Grundsätzliche Überlegungen zur Notwendigkeit einer Revisionshauptverhandlung	142
1. Die Ansicht der Rechtsprechung	142
2. Der Meinungsstand in der Literatur.....	143
3. Analyse.....	146
a) Die aktuelle Ausgestaltung der Revisionshauptverhandlung	146
aa) Die Rechte des Angeklagten und der Verteidigung, § 350 StPO.....	146
(1) Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten.....	146
(2) Zur Pflichtverteidigerbestellung für die Revisionshauptverhandlung.....	147
bb) Der Gang der Hauptverhandlung, § 351 StPO.....	151
b) Der Stellenwert der Prozessmaximen im Revisionsverfahren	153
aa) Der Öffentlichkeitsgrundsatz	153
bb) Der Mündlichkeitsgrundsatz	157

(1) Erwartungen an die Durchführung eines Rechtsgesprächs.....	158
(2) Wertigkeit mündlichen und schriftlichen Dialogs zu Rechtsfragen im Strafprozess.....	159
(a) Allgemeine Erwägungen.....	159
(b) Schwierigkeit der Sache.....	161
(c) Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung.....	161
(d) Möglichkeit der Ergänzung der schriftlichen Revisionsbegründung.....	163
(e) Entscheidungsgrundlage und -findung	164
(f) Unstimmigkeiten innerhalb der Spruchgruppe	165
(g) Fähigkeit und Bereitschaft zur rechtlichen Aussprache	165
(3) Art. 103 I GG.....	166
cc) Der Unmittelbarkeitsgrundsatz, die freie Beweiswürdigung und die Parteiöffentlichkeit.....	168
(1) Das Erfordernis einer Revisionshauptverhandlung zur Tatsachenermittlung und -bewertung.....	170
(a) Die Ermittlung prozessualer Tatsachen	171
(aa) Prozessvoraussetzungen.....	172
(bb) Prozessuale Tatsachen im Rahmen der Verfahrensrüge und „Rekonstruktionsverbot“	176
(b) Die (erweiterte) Sachrüge	182
(c) Die Überprüfung von Rechtsfolgenentscheidungen	186
(d) Die Beruhensprüfung	186
(e) § 354 I StPO	187
(aa) Gesetzliche Legitimation der Durchführung des Beschlussverfahrens.....	188
(bb) § 354 I StPO bezüglich des Schuldspruchs (Alternativen 1 und 2)	190
(cc) § 354 I StPO bezüglich des Rechtsfolgenausspruchs (Alternativen 3 bis 5)	193

(dd) § 354 I StPO analog hinsichtlich des Schuldspruchs	202
(ee) § 354 I StPO analog hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruchs.....	205
(f) § 354 Ia 1 StPO.....	207
(aa) Gesetzliche Legitimation der Durchführung des Beschlussverfahrens	207
(bb) Die Angemessenheitsprüfung.....	208
(cc) Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.....	209
(dd) § 354 Ia 1 StPO analog	211
(g) § 354 Ia 2 StPO.....	212
(h) § 354 Ib StPO	213
(i) Die Berücksichtigung (über-) langer Verfahrensdauer	214
(2) Das Erfordernis einer Revisionshauptverhandlung unter dem Gesichtspunkt der Akzeptanz	220
c) Fazit.....	222
IV. Die Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren	224
1. Die Ansicht der Rechtsprechung	224
2. Der Meinungsstand in der Literatur.....	225
3. Analyse.....	227
a) Die gesetzlichen Anforderungen an den Entscheidungsfindungsprozess	227
aa) § 8 GO BGH.....	227
bb) § 197 GVG	229
cc) § 349 II StPO	229
dd) § 351 I StPO	230
ee) Art. 103 I GG.....	231
(1) Vermutung der Kenntnisnahme	232
(2) Die Relevanz von Art. 103 I GG in Bezug auf das Kenntnisnahmeelement.....	233

(3) Die Adressaten des Kenntnisnahmeelements im Spruchkörper	234
(a) Das Kollegialgericht als Organ der Gerichtsbarkeit	234
(b) Die hervorgehobene Stellung von Vorsitzendem und Berichterstatter	236
(4) Die Verwirklichung des Kenntnisnahmeelements beim „Vier-Augen-Prinzip“	238
(a) Die Auswirkungen des Berichterstattervortrags	238
(aa) Vermeintliche Vorteile im Hinblick auf das Kenntnisnahmeelement	238
(bb) Vermeintliche Nachteile im Hinblick auf das Kenntnisnahmeelement	239
(cc) Bewertung	240
(b) Verstoß gegen Art. 103 I GG bei nur potentieller Auswirkung auf die Kenntnisnahme	243
(c) Das Ermessen der Beisitzer als Korrektiv	247
(d) Faktoren außerhalb des Berichterstattervortrags	249
(e) Die Urteilsaufhebung im Beschlussverfahren	251
(f) Exkurs: Die Entscheidungsfindung im Hinblick auf Prozesstatsachen	252
(g) Konsequenzen und Fazit	253
ff) Art. 97 I GG	254
(1) Die sachliche Unabhängigkeit	254
(2) Die Bestimmung des Berichterstatters	259
gg) Art. 101 I 2 GG	260
(1) Ungeeignetheit der Beisitzer aufgrund unzureichender Aktenkenntnis	261
(2) Ungeeignetheit der Beisitzer aufgrund von Abhängigkeit	262
(3) Die Bestimmung des Berichterstatters	262
hh) Art. 19 IV GG	265

ii) Art. 20 III GG	266
b) Überprüfung und Durchsetzung des „Zehn-Augen-Prinzips“	267
aa) Rechtliche Schranken	267
bb) Tatsächliche Schranken	269
c) Die Entscheidungsfindung am Oberlandesgericht	269
d) Fazit	270
V. Zur Frage der Begründungspflicht des Revisionsgerichts im Beschlussverfahren	271
1. Die Ansicht der Rechtsprechung	271
2. Der Meinungsstand in der Literatur	273
3. Analyse	277
a) § 34 StPO	277
aa) Wortlaut	277
bb) Systematik	279
cc) Historie	279
dd) Telos	280
(1) Meinungsstand	280
(2) Bewertung	281
(a) Allgemeine Kritik	281
(b) Selbstkontrollfunktion	282
(c) Wahrung des Anspruches auf Gewährung rechtlichen Gehörs	283
b) § 349 II StPO	287
aa) Wortlaut	288
bb) Systematik	289
(1) Begründungspflichten bei vergleichbaren Regelungen der Strafprozessordnung	289
(2) Begründungspflichten bei vergleichbaren Regelungen anderer Verfahrensordnungen	290

cc) Historie.....	292
dd) Telos.....	296
(1) Die „Offensichtlichkeit“ als Begründungssurrogat.....	296
(2) Der begründete Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft als Begründungssurrogat	297
(a) Funktionen der Antragsbegründung	298
(b) Die Beschaffenheit gerichtlicher und staatsanwaltschaftlicher Begründungen.....	299
(c) Bedenken im Hinblick auf das (strafprozessuale) Gewaltenteilungsprinzip	304
(d) Begründung auf alternativer Grundlage.....	307
(3) Die Möglichkeit der Gegenerklärung als Begründungssurrogat	307
(4) Das Einstimmigkeitserfordernis als Begründungssurrogat.....	308
(5) Exkurs: Die tatrichterlichen Entscheidungsgründe als Begründungssurrogat	308
(6) Die Kumulation der genannten Aspekte	309
(7) § 349 II StPO analog im Urteilsverfahren.....	309
c) Verfassungsrechtliche Vorgaben	310
aa) Art. 19 IV GG und der Justizgewährungsanspruch	310
bb) Art. 103 I GG	312
cc) Materielle Grundrechte	313
dd) Art. 20 II 1 GG.....	316
ee) Art. 20 III GG	316
ff) Art. 1 I GG	318
d) Fazit.....	320
4. Folgerungen aus der (Nicht-) Begründungspraxis der Revisionsgerichte.....	320
a) Rechtsfortbildung contra legem	321
b) Rechtfertigung durch Gewohnheitsrecht	324

aa) Gegenstand möglichen Gewohnheitsrechts und praktische Übung	325
bb) Rechtsgeltungswille und Rechtsüberzeugung.....	326
(1) Die Träger der Rechtsüberzeugung und deren Kundgabe.....	326
(2) Überzeugung des Gerichts	328
(3) Überzeugung der Allgemeinheit.....	328
cc) „Prozessuales Gewohnheitsrecht“ und Derogation.....	332
VI. Zusammenfassung.....	336
D. Zur Reform der Verfahrensweise in der Revision.....	337
I. Die bisherigen Reformvorschläge.....	337
1. Der Vorschlag von <i>Siegert</i>	337
2. <i>Von Stackelbergs</i> Vorschläge	339
3. Der Vorschlag von <i>Schöttler</i>	343
4. Der Vorschlag des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer.....	343
5. Der Vorschlag von <i>Peters</i>	346
6. Der Vorschlag von <i>Dahs</i>	347
7. Der Vorschlag von <i>Meyer-Goßner</i>	347
8. Der Vorschlag von <i>Heghmanns</i>	349
9. Der Vorschlag der Expertenkommission zur Reform des Strafprozessrechts	352
10. Vorschläge speziell im Hinblick auf die Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren	356
a) Der Vorschlag von <i>Hartung</i>	356
b) Der Vorschlag von <i>Sarstedt</i>	357
c) Der Vorschlag von <i>Schlothauer</i>	357
d) Der Vorschlag von <i>Fischer, Eschelbach</i> und <i>Krehl</i>	359
e) Der Vorschlag von <i>Groß-Bölting</i>	361
f) Der Vorschlag von <i>Hamm</i> und <i>Krehl</i>	362

11. Vorschläge speziell im Hinblick auf eine Begründungspflicht im Beschlussverfahren.....	362
12. Vorschläge speziell im Hinblick auf eine Rechtsanwaltschaft in Revisionsstrafsachen	364
a) Die Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof in Zivilsachen	364
aa) Hintergrund	365
bb) Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 12 I GG.	366
(1) Eröffnung des Schutzbereichs und Eingriff	366
(2) Rechtfertigung.....	369
b) Folgerungen für eine etwaige Rechtsanwaltschaft in Revisionsstrafsachen	373
II. Eigener Reformvorschlag	379
1. Ausgangspunkt: Das Beschlussverfahren als Regelverfahren	379
a) Verzicht auf das Merkmal der „offensichtlichen Unbegründetheit“	379
b) Verzicht auf den obligatorischen Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft.....	379
c) Verzicht auf das Einstimmigkeitserfordernis.....	380
2. Verfahrensrechtliche Absicherungen	381
a) Entscheidungsfindung	381
aa) Die Entscheidungsfindung am Bundesgerichtshof.....	381
(1) Verminderung einseitiger Berichterstattung	381
(2) Die Art und Weise der Berichterstattung.....	385
(3) Die Beteiligung des Revisionsführers und anderer Verfahrensbeteiligter	387
(a) Möglichkeit der Erwidernng auf die Stellungnahme des Gegners des Revisionsführers.....	387
(b) Möglichkeit der Einflussnahme auf die gerichtliche Entscheidungsfindung	388
(4) Gewährleistung der Unabhängigkeit der Berichterstattungen	391

(5) Bestimmung der Berichterstatter	392
bb) Die Entscheidungsfindung am Oberlandesgericht	394
cc) Verortung der vorgeschlagenen Neuregelung.....	395
b) Zur Frage des Fortbestandes der Ermessensregelung	395
c) Eigene Sachentscheidungen des Revisionsgerichts.....	398
aa) § 354 I StPO	398
bb) § 354 Ia StPO.....	398
cc) Die Berücksichtigung überlanger Verfahrensdauer	399
d) Beschlussbegründung	402
aa) Die allgemeine Sachrüge als Hauptursache der Belastung der Revisionsgerichte	403
bb) Teleologische Reduktion des Begründungsgebots im Revisionsverfahren	404
cc) Form und Niederschrift der Begründung	407
e) Pflichtverteidigerbestellung für das Beschlussverfahren	408
f) Rechtsschutzmöglichkeiten	411
3. Mögliche Auswirkungen der Neuregelung in prozessökonomischer Hinsicht	412
4. Gesetzliche Änderungen auf Grundlage des eigenen Reformvorschlags	413
E. Schlusswort und Ausblick	416
Literaturverzeichnis.....	418

A. Einleitung

I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Als „Karlsruher Lotterie“ polemisierte Der Spiegel¹ im Jahr 2013 die gegenwärtige Verfahrensweise am Bundesgerichtshof in Revisionsstrafsachen; die Süddeutsche Zeitung² warf den Revisionsrichtern „Urteile nach Hörensagen“ vor: Das Beschlussverfahren in Revisionsstrafsachen hat außerhalb des juristischen Diskurses nunmehr auch das Allgemeininteresse geweckt. Heutzutage mehr denn je gilt es als Bestreben sowohl des Gesetzgebers als auch der Rechtsanwender, bei der Schaffung von Normen und ihrer praktischen Umsetzung die Interessen der betroffenen Parteien zu wahren, zugleich aber eine prozessökonomische Vorgehensweise zu ermöglichen. Im strafprozessualen Revisionsrecht konkretisiert sich diese Zielsetzung auf nicht unproblematische Weise im Rahmen der „Lex Lobe“, der Beschlussverwerfung von Revisionen gemäß § 349 II StPO. Die Verwerfung einer Revision außerhalb einer zeitaufwändigen Hauptverhandlung im Beschlusswege ist dieser Vorschrift zufolge dann möglich, wenn das Revisionsgericht das Rechtsmittel auf einen zu begründenden Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft einstimmig als „offensichtlich unbegründet“ beurteilt. Eine Gegenerklärung des Revisionsführers zum staatsanwaltschaftlichen Antrag soll diese Verfahrensweise absichern (Absatz 3). Dabei suggeriert der weit überwiegende Anteil von circa 95 % revisionsrechtlicher Beschlussentscheidungen³ – neben § 349 II StPO fallen die Verwerfung wegen Unzulässigkeit nach Absatz 1 und die Urteilsaufhebung gemäß Absatz 4 weniger ins Gewicht – deren Legitimität; die Durchführung einer Revisionshauptverhandlung bildet damit die deutliche Ausnahme. Dennoch ist die „Lex Lobe“ seit ihrer Einführung im Jahr 1922 und diversen nachfolgenden Modifizierungen erheblicher Kritik – insbesondere seitens der Anwaltschaft – ausgesetzt, die zum Teil die Unbestimmtheit des Merkmals der „offensichtlichen Unbegründetheit“, mitunter auch die weitherzige Anwendung der Regelung in der Praxis unter Aufweichung der zwingenden Normvoraussetzungen sowie nicht zuletzt die überwiegend begründungslos ergehenden Verwerfungsbeschlüsse zum Gegenstand hat.

¹ Dietmar Hipp, Der Spiegel, Heft 31 aus 2013, S. 44.

² Süddeutsche Zeitung vom 29.07.2013, Ressort: Politik, Rubrik: Kasten.

³ Barton, Kühne-FS, S. 143 ff.

Die anhaltenden Kontroversen wurden bereits zum Anlass nun schon in fernerer Vergangenheit erfolgter wissenschaftlicher Abhandlungen genommen: *Penner* widmete sich zunächst der Vorschrift des § 349 II StPO zeitlich vor ihrer jüngsten Reform.⁴ Nachfolgend verschrieb sich *Stoll* vornehmlich dem Begriff der „offensichtlichen Unbegründetheit“.⁵ Mit *Kruse*, *Rottmann* und *Kodde* untersuchten in den 80er Jahren gleich mehrere Autoren mit Hilfe von nicht repräsentativen, stichprobenartigen Aktenauswertungen die Rechtswirklichkeit zu Revisionsverwerfungsbeschlüssen.⁶ Losgelöst davon wirft *Vogel* die Frage der Begründungspflicht von Entscheidungen nach § 349 II StPO auf.⁷ Ein etwaiger Reformbedarf wird dabei mehrheitlich nicht in Frage gestellt beziehungsweise auf Grundlage der im Rahmen der untersuchten Teilbereiche gefundenen Ergebnisse abgelehnt.⁸

Im Zuge der sogenannten „Vorsitzendenkrise“ des Bundesgerichtshofs im Jahr 2012⁹ ist die Diskussion um das schriftliche Verfahren in der Revisionsinstanz unter dem Gesichtspunkt der gerichtlichen Entscheidungsfindung er-

⁴ *Penner*: „Reichweite und Grenzen des § 349 Abs. 2 StPO (Lex Lobe)“ (1962).

⁵ *Stoll*: „Entwicklung und Bedeutung der Lex Lobe (§ 349 Abs. 2 StPO) für den Bundesgerichtshof“ (1967).

⁶ *Kruse*: „Die ‚offensichtlich‘ unbegründete Revision im Strafverfahren – Eine Untersuchung anhand von Aktenfällen“ (1980); *Rottmann*: „Die Zurückweisung der Revision wegen offensichtlicher Unbegründetheit gemäß § 349 Abs. 2 StPO“ (1981); *Kodde*: „Zur Praxis der Beschlußverwerfung von Revisionen (§ 349 Abs. 2 StPO): dargestellt anhand von Entscheidungen der Oberlandesgerichte Oldenburg und Bremen aus den Jahren 1980 und 1981“ (1989).

⁷ *Vogel*: „Probleme der Begründungspflicht von Revisionen in Strafsachen, die gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen werden“ (1994).

⁸ *Stoll* und *Vogel* erwähnen eine etwaige Reform schon nicht. *Penner*, S. 65f., lehnt sich bei seiner Forderung nach einer Reform lediglich an den damals erst geplanten und heute noch geltenden § 349 III StPO an. *Kruse*, S. 364 ff., und *Rottmann*, S. 135 ff., sprechen sich für die Beibehaltung der „Lex Lobe“ aus. Nur *Kodde*, S. 188 ff., sieht Reformbedarf, möchte dem Revisionsgericht aber zugleich auch ein Prüfungsrecht hins. der Tatsachenfeststellungen bzw. der Beweiswürdigung zuteil werden lassen, was sich zugleich auf die Verfahrensausgestaltung auszuwirken vermag.

⁹ Diese wurde durch einen freigewordenen Vorsitzendenposten ausgelöst, der aufgrund eines beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits für längere Zeit nicht neu besetzt werden konnte, weshalb dem Vorsitzenden eines anderen Senats zeitgleich der Vorsitz über die vakante Stelle übertragen wurde. Aufgrund dieses Doppelvorsitzes erklärte sich der zweite Senat für vorschriftswidrig besetzt, da die eigenständige Aktenlektüre aller im Senat anhängigen Revisionen durch den Vorsitzenden „unabdingbare Voraussetzung für die Leitung und Führung eines Strafsenats“ sei, weil sonst nur der Berichterstatter die Revisionsakte lese. Diese Aufgabe sei beim Vorsitz über zwei Strafsenate nicht mehr erfüllbar, siehe BGH, StV 2012, 204 ff. Dbzgl. eingelegte Verfassungsbeschwerden blieben erfolglos, siehe BVerfG, NJW 2012, 2334 ff.

neut entflammt. Vor allem der nunmehr Vorsitzende des zweiten Strafsenats *Fischer* brandmarkte das im Rahmen des Beschlussverfahrens praktizierte „Vier-Augen-Prinzip“ als unzulänglich. Die Aktenlektüre durch den Vorsitzenden und den Berichterstatter sowie die Vermittlung des Akteninhalts gegenüber den verbleibenden Beisitzern nur mittels des Berichterstattervortrags genüge weder einfachgesetzlichen noch verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die Person des Berichterstatters sei ausschlaggebend für den Ausgang des Revisionsverfahrens.¹⁰ *Fischers* Vorwurf bewegte nicht allein Presse und Strafprozesswissenschaft, sondern entfachte auch unter den Senaten des Bundesgerichtshofs eine zum Teil hitzig geführte Debatte¹¹.

Bemerkenswert ist, dass die Kritiker der gegenwärtigen Verfahrensweise sich stets lediglich mit Teilsegmenten des vielgestaltigen Gesamtkomplexes „Beschlussverfahren“ befassen. Wie bereits angeklungen, vereint die Problematik der Legitimität des vorherrschenden revisionsrechtlichen Verfahrens hingegen eine Vielfalt von Aspekten, deren voneinander losgelöste Beurteilung eine nur unvollkommene und zuweilen verzerrte Einschätzung hervorzubringen vermag. Nicht nur die mit der heutigen Rechtswirklichkeit kaum korrespondierende tatbestandliche Konstruktion des § 349 II StPO, sondern auch die Art und Weise der Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren sowie nicht zuletzt die Frage nach dem Erfordernis einer gerichtlichen Entscheidungsbegründung, die gegenwärtig zuverlässigerweise lediglich nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung erfolgt, stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Thematik der Notwendigkeit einer Revisionshauptverhandlung. Die nachfolgende Untersuchung setzt es sich daher zum Ziel, die mannigfach geäußerte Kritik zunächst in ihrer Gesamtheit aufzugreifen, differenziert zu vertiefen und letztlich zusammenzuführen, um sodann auf dieser Grundlage unter bestmöglicher Berücksichtigung der prozessökonomischen Intention zu einem Vorschlag zur Reform des aktuellen Revisionsverfahrens zu gelangen. Demgegenüber soll nicht das Wesen der Revision an sich, das heißt die Grenzen der Urteilsanfechtbarkeit durch den Revisionsführer beziehungsweise die Reichweite der Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts, in Frage gestellt werden.

¹⁰ *Fischer*, NStZ 2013, 425 ff.

¹¹ Fünfter Strafsenat, NStZ 2013, 563, sowie *Fischer/Eschelbach/Krehl*, NStZ 2013, 563 ff.

II. Gang der Untersuchung

Als Ausgangspunkt dieser Arbeit (B.) erfolgt zunächst eine Darstellung der für die Untersuchung bedeutsamen allgemeinen Verfahrensziele sowie der Prozessmaximen, der revisionsgeschichtlichen Grundlagen und der daraus herzuleitenden heutigen Zwecke des Rechtsmittels der Revision.

Im Hauptteil (C.) wird die Reformbedürftigkeit der derzeitigen Vorgehensweise im Revisionsverfahren aufgezeigt. Einleitend werden die gegenwärtigen statistischen Verhältnisse im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 349 StPO hervorgehoben. Hierauf folgt eine Auseinandersetzung mit der Vorschrift des § 349 II StPO. Insbesondere wird der Begriff der „offensichtlichen Unbegründetheit“ einer näheren Betrachtung unterzogen. Daraufhin ist zu klären, inwiefern die Absicherungsmechanismen der Einstimmigkeit, der Ermessensregelung, des Antrags der Revisionsstaatsanwaltschaft sowie der fakultativen Gegenerklärung des Revisionsführers zu einer Optimierung der Verfahrensweise beizutragen vermögen. Ein Hauptaugenmerk liegt dabei auf den vielgestaltigen Problemen im Kontext mit dem Antragserfordernis. Nicht zuletzt ist zu hinterfragen, ob dem mit § 349 II StPO primär verfolgten gesetzgeberischen Motiv der Begegnung rechtsmissbräuchlichen Handelns seitens der Revisionsführer in der Praxis hinreichend Rechnung getragen wurde.

Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob unabhängig von der Vorschrift des § 349 StPO Bedenken gegen die Durchführung des Beschlussverfahrens in der Revision bestehen. Nach einer kurzen Darstellung der aktuellen Ausgestaltung der Revisionshauptverhandlung schließt sich die Ausarbeitung der Hauptproblematik an, welchen Stellenwert die allgemeinen Prozessmaximen im Revisionsverfahren einnehmen, die jedenfalls in der Tatinstanz mittels Durchführung einer Hauptverhandlung realisiert werden. Unter Beleuchtung der spezifischen Entscheidungsmöglichkeiten des Revisionsgerichts liegt der Fokus dabei auf der Öffentlichkeits- und der Mündlichkeitsmaxime sowie dem Unmittelbarkeitsgrundsatz, dem Prinzip der freien Beweiswürdigung und der Parteiöffentlichkeit.

Im folgenden Abschnitt werden, ausgehend von dem an den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs überwiegend praktizierten „Vier-Augen-Prinzip“, die gesetzlichen Anforderungen an den Entscheidungsfindungsprozess im Beschlussverfahren herausgearbeitet. Dabei steht die Vereinbarkeit der gegenwärtigen Verfahrensweise mit in erster Linie Art. 103 I GG sowie Art. 97 I GG und

Art. 101 I 2 GG im Mittelpunkt. Im Anschluss daran wird die Frage aufgeworfen, inwiefern demgegenüber ein „Zehn-Augen-Prinzip“ überhaupt der Überprüfung und Durchsetzung zugänglich wäre, bevor ein abschließender Blick auf die Entscheidungsfindung an den Oberlandesgerichten zu werfen ist.

Sodann ist zu erörtern, ob im Beschlussverfahren eine Begründung des Revisionsgerichts verpflichtend ist. Schwerpunktmäßig wird dabei zu klären sein, ob § 349 StPO als Ausnahmegvorschrift zu der Regelung des § 34 StPO zu qualifizieren ist. Verfassungsrechtliche Überlegungen schließen sich an. In Anbetracht der überwiegenden (Nicht-) Begründungspraxis bleibt zudem nicht unberücksichtigt, ob es sich dabei um einen Fall von (prozessualen) Gewohnheitsrecht handeln könnte.

Gegenstand des Schlussteils (D.) ist die Reform des Beschlussverfahrens. Zunächst sind die bislang geäußerten Reformvorschläge darzustellen und zu diskutieren, bevor eine vertiefende Auseinandersetzung mit diesen erfolgt. Im Anschluss daran wird ein eigener Reformvorschlag erarbeitet.

B. Grundlegende Maßstäbe der Untersuchung

I. Der Strafverfahrenszweck

Zwecken widmet man sich zuweilen, um die Eignung von Mitteln prüfen zu können¹². In diesem Sinne erscheint es geboten, die Ziele¹³ des Strafverfahrens als Basis aller folgenden Ausführungen voranzustellen. Um die verfahrensrechtliche Vorgehensweise bei der Beurteilung der (Un-) Begründetheit einer Revision zu bewerten, sind in erster Linie die Rechtmäßigkeit, aber auch – und hier mögen gemeinsame Schnittstellen nicht auszuschließen sein – die Zweckmäßigkeit der Verfahrensart zu ergründen. Das Strafverfahren erfüllt keinen Selbstzweck, sondern muss sich an seinen ihm zugeteilten Aufgaben messen lassen.¹⁴ In der Revisionsinstanz bietet sich die letzte Gelegenheit, diese zu verwirklichen. Die Frage nach den Zielen des Strafprozesses wird zum Teil kontrovers diskutiert. Sie sind zeitgebunden und lassen sich aus dem konkreten Prozessbild beziehungsweise seiner Ausgestaltung durch den Gesetzgeber gewinnen.¹⁵

1. Die Zwecke des Strafverfahrens im Einzelnen

a) Rechtsfrieden

Als Ziel des Strafverfahrens gilt gemeinhin die (Wieder-) Herstellung des Rechtsfriedens.¹⁶ Gemeint ist damit „die Herstellung eines Zustands, bei dem sich die Rechtsgemeinschaft vernünftigerweise beruhigen kann“.¹⁷ Mag dies auch erstrebenswert sein: Es wird nicht darauf abgestellt, ob der jeweilige Be-

¹² Volk, S. 170.

¹³ Die Begriffe „Ziel“, „Zweck“ und „Aufgabe“ werden hier synonym verwendet; dazu auch Weigend, S. 173, und Krack, S. 31. Gleichgültig, welchen dieser Begriffe man heranzuziehen pflegt: Sie alle beinhalten (zugegeben weitgefaste) Vorgaben, die der Untersuchung dienlich sein können, auf welche Weise ein Verfahren bestmöglich (nicht) durchzuführen ist.

¹⁴ Volk, S. 179.

¹⁵ Rieß, JR 2006, 270.

¹⁶ So schon Schmidhäuser, Schmidt-FS, S. 516 ff.; Kröpil, JZ 1998, 135 f.; Roxin, § 1, Rn. 3; Kühne, LR-StPO, Einl. Abschn. B, Rn. 42; Laue, GA 2005, 658; Rieß, JR 2006, 270 f.; Meyer-Gößner, M-G/Schmitt, Einl., Rn. 4.

¹⁷ Rieß, JR 2006, 271.

schuldigte oder Verletzte und ebenso wenig die Mehrheit der Bürger das Ergebnis eines konkreten Verfahrens als befriedigend bewerten. Das Strafverfahren muss jedoch in einer Art beschaffen sein, die von der Rechtsgemeinschaft nach den für sie grundlegenden Werten als akzeptabel verstanden werden kann, um das staatliche Gewaltmonopol und den Verzicht auf Selbsthilfe zu legitimieren. Das lässt sich unter dem Begriff der Justizgewährungspflicht zusammenfassen,¹⁸ wozu vor allem Rechtssicherheit zu zählen ist,¹⁹ ohne sich darin zu erschöpfen.²⁰ Letztere bedeutet zum einen Berechenbarkeit der Rechtsanwendung, andererseits aber auch die Gewissheit der Volksgemeinschaft, das Recht sei ordnungsgemäß und widerspruchsfrei angewandt worden.²¹ Kritisch äußert man sich dahingehend, das Vernunfturteil stütze sich auf eine individuelle Befindlichkeit und sei daher wenig aufschlussreich.²² Diese Subjektbezogenheit ist einzuräumen, erfährt jedoch zumindest durch die Bezugnahme auf die Rechtsgemeinschaft als Ganzes (statt auf eine Einzelperson) eine gewisse Verobjektivierung.

b) Realisierung materiellen Strafrechts

Vielfach wird das Strafverfahren als Instrument zur Verwirklichung des materiellen Rechts begriffen.²³ Dies soll gleichermaßen durch eine Rechtsfolgenbestimmung gegenüber dem Täter²⁴ sowie durch Stabilisierung der möglicherweise verletzten Norm gegenüber der Allgemeinheit geschehen.²⁵ Die Prozessführung wirke dabei moralisierend auf die Gemeinschaft ein im Sinne einer In-

¹⁸ Rieß, JR 2006, 271; Landau, NStZ 2007, 127.

¹⁹ Diese wird teilweise als eigenständiger Sekundärzweck klassifiziert, siehe Sternberg-Lieben, ZStW 108 (1996), 727.

²⁰ Duske, S. 60; Schmidhäuser, Schmidt-FS, S. 511 ff.; Kühne, LR-StPO, Einl. Abschn. B, Rn. 50. Volk, S. 200, zufolge ist die „Verdachtsklärung“ die Leistung des Strafverfahrens, die auf eine „Entstörung“ der Gefährdung des Friedens hinwirke.

²¹ Peters, ZStW 57 (1938), 57 f.

²² Murmann, GA 2004, 69.

²³ Sternberg-Lieben, ZStW 108 (1996), 726 f. („Primärziel“); Rieß, JR 2006, 270, 272 („Teilelement eines übergeordneten Zieles“).

²⁴ Weigend, S. 189, 191, zieht die Vorbereitung der Strafzumessung als eigenständigen Zweck in Betracht, jedoch dahingehend relativierend, ein Strafverfahren sei auch ohne Sanktionsentscheidung denkbar.

²⁵ Volk, S. 170.

tegrationsprävention.²⁶ Gebräuchlich ist auch der Ausdruck der „dienenden Funktion“ des Strafprozesses, der es nahelegt, das Strafverfahren dem materiellen Recht zwecks dessen Durchsetzung unterzuordnen.²⁷ Dies kann insofern Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen, als ein Strafverfahren ohne materiellrechtliche Vorgaben sinnfrei wäre. Es ist allerdings Vorsicht geboten bei der Annahme, materielles und prozessuales Recht liefen parallel, enthält das Strafverfahrensrecht doch aus systemfremden Interessen heraus partiell eigene Wertungen, welche die Verwirklichung des materiellen Rechts im äußersten Falle zu vereiteln vermögen. Als Beispiel sei dabei nur an Verfahrenshindernisse oder Zeugnisverweigerungsrechte erinnert.²⁸ Normwidersprüchen ist hier mit einem Vorrang des Verfahrensrechts zu begegnen.²⁹ Insofern sollte der Strafprozess lediglich im Rahmen seiner selbst gesetzten Grenzen – insbesondere angesichts der tatsächlichen Unsicherheit³⁰, die jedes Strafverfahren begleitet – als Diener materiell-rechtlicher Vorgaben charakterisiert werden.

c) Wahrheitsermittlung

Einher mit der Findung einer materiell richtigen Entscheidung geht die Wahrheitsermittlung.³¹ Der Wahrheitsbegriff wirft aus erkenntnistheoretischer Sicht jedoch zahlreiche Probleme auf.³² Eine präzisere Deutung als jene der Feststellung eines mit der Wirklichkeit übereinstimmenden Sachverhalts³³ lässt sich nicht finden.³⁴ Die Wahrheitssuche lediglich im Sinne des Ergründens einer

²⁶ Weigend, S. 194 f. Auf ein präventives Element des Strafprozesses ebenfalls abstellend: Wolter, GA 1985, 54; Krack, S. 33, 37 ff. Krit. Rieß, JR 2006, 274 f., 277: „nicht seine Aufgabe, generell präventiv zu wirken“.

²⁷ Neumann, ZStW 101 (1989), 53; Murmann, GA 2004, 65; Roxin, § 1, Rn. 3.

²⁸ Sternberg-Lieben, ZStW 108 (1996), 727 f.; Kröpil, JZ 1998, 136; eingehend dazu Murmann, GA 2004, 65 ff.

²⁹ Siehe Meyer-Goßner, M-G/Schmitt, Einl., Rn. 4. Teilweise wird nachdrücklich betont, erst durch das Verfahrensrecht beginne das materielle Recht real zu existieren, so Kühne, LR-StPO, Einl. Abschn. B, Rn. 9. Kruger, AnwBl. 2010, 567, geht indes von einer Gleichwertigkeit zw. materiellem Recht und Prozessrecht aus.

³⁰ Näher Murmann, GA 2004, 72 ff.

³¹ Diese wird häufig nicht als End-, sondern als Zwischenziel begriffen, siehe Schmidhäuser, Schmidt-FS, S. 512; Kühne, LR-StPO, Einl. Abschn. B, Rn. 13; Volk, S. 193, 195; Weigend, S. 178. BVerfG, NStZ 1987, 419, aber: „zentrales Anliegen“.

³² Dazu Rieß, JR 2006, 273, m. w. N.

³³ Rieß, JR 2006, 273.

³⁴ Wegen begrenzter menschlicher Erkenntnismöglichkeiten existiert nach Herdegen, StV 1992, 528, keine „obj. Wahrheit“.

„Pseudowahrheit“ als taugliche Entscheidungsgrundlage für den Richter zu begreifen,³⁵ bedeutet hingegen nicht die Disponibilität des Strebens nach Wahrheit, denn Entscheidungsgrundlage dürfen weder falsche Tatsachen noch bloße Vermutungen sein. Sie stellt ein unverzichtbares Mittel zur Erreichung eines jeden Verfahrenszweckes dar.³⁶

d) Gerechtigkeit und Individualrechtsschutz des Beschuldigten

Die Verwirklichung von Gerechtigkeit als Strafverfahrenszweck wird zum Teil vehement verfochten.³⁷ Sie soll dann erreicht sein, „wenn die mit der Verfahrensdurchführung befaßten Personen auf der Grundlage des ordnungsgemäß festgestellten Sachverhalts die einschlägigen strafrechtlichen Vorschriften korrekt anwenden“.³⁸ Als Richtmaß gilt dabei keine philosophische Gerechtigkeit, sondern das staatliche Recht. Sie darf nicht isoliert betrachtet werden, sondern hat sich auf die Relation zwischen der Entscheidung und dem zu beurteilenden Sachverhalt zu beziehen.³⁹ Aus diesem Grund ist Wahrheit nur eine Voraussetzung der Gerechtigkeit.⁴⁰ Im Zusammenhang mit der vorherrschenden Prämisse, Wahrheit dürfe nicht um jeden Preis erforscht werden⁴¹, hat das staatliche Ermittlungsinteresse zudem in einem vernünftigen Verhältnis zum verbleibenden Schutz des Bürgers vor staatlichen Eingriffen zu stehen.⁴²

³⁵ Volk, Wahrheit, S. 10.

³⁶ Weigend, S. 182 f.

³⁷ Bereits BVerfGE 33, 367, 383; Kühne, LR-StPO, Einl. Abschn. B, Rn. 43 ff.; Meyer-Gößner, M-G/Schmitt, Einl., Rn. 4.

³⁸ Krack, S. 42.

³⁹ Überdies solle aber zumindest die Möglichkeit eröffnet werden, „den relationalen Zusammenhang von Tat und Strafrechtsanwendung zu übersteigen – in die Dimension dessen, was begründend hinter den Strafnormen steht“, so Murmann, GA 2004, 68, unter Berufung auf BVerfG, NJW 2001, 507 f.

⁴⁰ Neumann, ZStW 101 (1989), 52.

⁴¹ Schon BGHSt 14, 358, 365; Murmann, GA 2004, 67.

⁴² Kühne, LR-StPO, Einl. Abschn. B, Rn. 33 ff., v. a. Rn. 35; Rieß, JR 2006, 272. Krack, S. 35 f., zum Rechtsgüterschutz: nicht Endzweck des Verfahrens, aber „hochrangiges Ziel“. Dazu zähle v. a. der Persönlichkeitsschutz, so Wolter, GA 1985, 54.

e) Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege

Das Bundesverfassungsgericht leitete aus dem Rechtsstaatsprinzip⁴³ schon früh das Dogma der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ ab, ohne die der Gerechtigkeit als wiederum zu verwirklichendes Verfahrensziel nicht zum Durchbruch verholfen werden könne.⁴⁴ Für diesen auszufüllenden Begriff werden Kriterien genannt wie die wirksame Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung⁴⁵ sowie die Leistungsfähigkeit der Strafjustiz⁴⁶. Besonders mit Blick auf letzteren Gesichtspunkt ist der Beschleunigungsgrundsatz hervorzuheben – dies nicht etwa, weil er im Vergleich zu den übrigen Prinzipien größere Wichtigkeit für sich beanspruchen könnte, wohl aber aufgrund der Tatsache, dass er immer energischer in Erscheinung tritt. Dabei ist der Effekt der Beschleunigung nicht eindimensional zu begreifen. Oft wird er als Ausprägung des Individualrechtsschutzgedankens verstanden und in Bezug gesetzt zu einer verzögerungsfreien Durchführung des Verfahrens, die den Angeklagten nicht unnötig belasten soll.⁴⁷ Für die folgende Untersuchung weitaus bedeutsamer ist die objektiv-rechtliche Schattierung. Diese ist auf die Prozessökonomisierung des Strafverfahrens gerichtet, auf seine möglichst zügige, zeit- und kostensparende Ausgestaltung.⁴⁸ Sie bestimmt sein heutiges Bild entscheidend mit, wird an den verschiedensten Stellen der Strafprozessordnung sowie in der Judikatur sichtbar⁴⁹ und konkretisiert sich vor allem im Haupt- und Rechtsmittelverfahren⁵⁰. Beispiele dafür sind etwa das Verständigungsgesetz sowie die durch die Rechtsprechung ausgeformten Institute der Widerspruchslösung oder der Fristenregelung bei der Stellung von Beweisanträgen. Trotz dieser eher aktuellen Entwick-

⁴³ Zust. *Trüg*, StV 2010, 528. *Hassemer*, StV 1982, 277, lässt diese Frage offen, da die Effizienz der Justiz jedenfalls im rechtsstaatlichen Interesse liege.

⁴⁴ BVerfGE 33, 367, 383; so auch *Kröpil*, JR 2013, 15.

⁴⁵ BVerfGE 34, 238, 248 f.

⁴⁶ BVerfGE 44, 353, 374.

⁴⁷ *Wohlers*, NJW 2010, 2471, auch zu der dogmatischen Herleitung; *Trüg*, StV 2010, 528.

⁴⁸ Von *Trüg*, StV 2010, 528, als ggü. der subj. Dimension „dominierend“ bezeichnet. Nach *Wohlers*, NJW 2010, 2471, wird die einheitliche Bezeichnung „Beschleunigungsgebot“ beiden in sich widersprüchlichen Dimensionen nicht gerecht. Die Rspr. verknüpft beide Elemente insoweit, als eine zu lange Verfahrensdauer zur Kompensation verpflichtete, BGH, StV 2008, 228.

⁴⁹ *Wohlers*, NJW 2010, 2470: „beherrschendes Leitmotiv“; *Kühne*, JZ 2010, 827 f., der allerdings hins. der Rechtsprechungsentwicklung von einer „schleichenden Veränderung der Struktur des Verfahrensrechts“ spricht.

⁵⁰ Dies geschehe mangels Einsparungspotenzials im Ermittlungsverfahren, so *Wohlers*, NJW 2010, 2471.

lungen handelt es sich dabei um kein neuartiges Phänomen. Bereits der Reichsstrafprozessordnung waren ressourcensparende Elemente nicht fremd.⁵¹

f) Weitere Zweckansichten

Gelegentlich wird als weiteres Verfahrensziel die Justizförmigkeit des Verfahrens beziehungsweise der zu treffenden Entscheidung genannt.⁵² Dies mag auf den ersten Blick einleuchten und für selbstverständlich gehalten werden. Ist man jedoch bestrebt, aus den Zwecken eines Verfahrens Konsequenzen für dessen Durchführung zu ziehen, so ist das Gebot, die bestehende Verfahrensordnung einzuhalten, wenig weiterführend.⁵³ Als ähnlich tautologisch erweist sich eine Zielbestimmung, welche die Rechtskraft des Verfahrens zum Gegenstand haben soll. Diese stellt letztlich nur das unvermeidliche Resultat jedes Verfahrens dar; ein Prozess kann nicht allein deshalb geführt werden, um das Verfahren abzuschließen.⁵⁴ Vielmehr ist es Sinn der Rechtskraft, Rechtssicherheit herbeizuführen.⁵⁵

2. Das Verhältnis der Strafverfahrenszwecke zueinander

Die Vielzahl der genannten Aspekte führt zu der Frage, wie diese sich zueinander verhalten. Zum einen sind bereits Konstellationen angesprochen worden, in denen ein bestimmter Zweck einem jeweils anderen als Mittel dienen soll, so etwa die Wahrheit und die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege der Gerechtigkeit sowie die Rechtssicherheit und die Gerechtigkeit dem Rechtsfrieden.⁵⁶ Solche Relationen lassen sich beinahe beliebig weiterführen und untereinander kombinieren. Jedes Teilelement beziehungsweise Instrument eines übergeordneten Endziels erweist sich dabei als ebenso bedeutsam wie letzteres selbst – lassen sich schon die Voraussetzungen eines Endziels nicht verwirkli-

⁵¹ So sah diese z. B. von Beginn an das Strafbefehlsverfahren vor, siehe §§ 447 ff. RStPO, abgedr. bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. II, S. 2460 ff. Krit. *Franke*, StV 2010, 434: dem Strafprozess „nicht in die Wiege gelegt worden“.

⁵² *Wolter*, GA 1985, 53; *Roxin*, § 1, Rn. 3; *Krack*, S. 42 f.; *Kröpil*, JZ 1998, 136, hins. der Akzeptanzfunktion des Strafverfahrens.

⁵³ *Neumann*, ZStW 101 (1989), 60 f.

⁵⁴ Der Prozess dient nämlich keinem Selbstzweck, so *Weigend*, S. 204, und *Krack*, S. 43.

⁵⁵ *Kröpil*, JZ 1998, 136.

⁵⁶ *Schmidhäuser*, Schmidt-FS, S. 523: Der Weg zum Rechtsfrieden führe über das gewissenhafte Streben nach Gerechtigkeit.

chen, so wird auch dieses nur schwerlich zu erreichen sein. Insofern mögen sich die Zwecke zwar in bestimmter Form bedingen, was allerdings wenig über einen eventuellen Vorrang einzelner aussagt.⁵⁷ Hingegen lassen sich Verhältnisse nicht nur im Sinne von Bedingungen qualifizieren, sondern ferner durch wechselseitige Einschränkung, wenn nicht gar Gegenläufigkeit. So wird vorge-
tragen, die Forderung nach Gerechtigkeit stoße sich am Bedürfnis nach Rechts-
sicherheit.⁵⁸ Wäre sie alleiniges Ziel, „so müsste der Prozess ohne Begrenzung
von Rechtsmittelfristen und ohne Beschränkung auf besondere Wiederaufnah-
megründe so oft erneuert werden, bis das Ziel erreicht ist“.⁵⁹ Ferner liefe ein
bedingungsloses Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung auf eine
Wahrheitsermittlung um jeden Preis hinaus. Nicht zuletzt wird die Funktions-
tüchtigkeit der Strafrechtspflege als „Gegenbegriff zur Justizförmigkeit“ be-
zeichnet.⁶⁰ Inwieweit etwa eine Abwägung des Beschleunigungsgrundsatzes
mit anerkannten Prinzipien des Strafprozesses – speziell mit Individualrechten
– zulässig ist, kann in dieser Abstraktheit nicht beurteilt werden,⁶¹ die Effizienz
der Strafverfolgung stellt unstreitig ein legitimes öffentliches Interesse dar⁶²,
das mittelbar auch dem Angeklagten zugute kommt. Schließlich wird gerade
dem Rechtsfrieden eine zeitliche Dimension zuteil.⁶³ Freilich ebenso unbestrit-
ten ist die mit der Straffung des Strafverfahrens zumeist einhergehende, unter-
schiedlich geartete Einschränkung von Angeklagten- und Verteidigerrechten.⁶⁴
Die Frage, ob die Funktionstüchtigkeit ohne diese Institute wirklich bedroht

⁵⁷ Krit. *Landau*, NStZ 2007, 125, der eine Zweckhierarchie für notwendig erachtet. So könne die Wahrheit etwa nicht endgültiges Ziel des Strafverfahrens sein, was die Erkenntnis verdeutliche, die Justiz komme in praxi auch zu ungerechten und unwahrhaften Entscheidungen. Hingegen wäre es nach hier bevorzugter Ansicht zu kurz gegriffen, die Qualifizierung eines abstrakten Ziels des Strafverfahrens von seiner im Einzelfall praktischen (Nicht-) Verwirklichung abhängig zu machen.

⁵⁸ *Volk*, S. 196.

⁵⁹ *Schmidhäuser*, Schmidt-FS, S. 513.

⁶⁰ *Krack*, S. 45.

⁶¹ *Landau*, Jahn/Nack, S. 40, spricht sich für einen Ausgleich zw. Justizressourcen, Beschuldigtenrechten und staatlichem Strafanspruch aus. Für eine Abwägung der Gegengewichte im Einzelfall mit nachrangiger Stellung des Beschleunigungsgrundsatzes: *Laue*, GA 2005, 655 f., 663. Zur angeblichen Unmöglichkeit einer Abwägung *Hassemer*, StV 1982, 279.

⁶² Schon *von Beling*, S. 29; *Laue*, GA 2005, 653. *Hassemer*, StV 1982, 277: „grundlegend und unverzichtbar“.

⁶³ *Laue*, GA 2005, 658, am Bsp. der Verjährungsvorschriften. *Steinmetz*, S. 50, zweifelt am eigenständigen Aussagegehalt des Beschleunigungsgrundsatzes, da er in den jahrhundertlang entwickelten Verfahrensgrundsätzen bereits enthalten sei.

⁶⁴ *Hassemer*, StV 1982, 279; *Laue*, GA 2005, 655; *Wohlers*, NJW 2010, 2471 f.

wäre oder ob nicht möglicherweise eine Überkompensation beschleunigender Faktoren vorangetrieben wird, ist nicht abschließend zu beantworten.⁶⁵ Neben bestenfalls spekulativen Hypothesen hat man nur einen Einblick in die gegenwärtige Situation. Aus dem System des Strafprozesses sind sie indes kaum mehr wegzudenken.⁶⁶ Die möglichen Folgen der Aufweichung oder gar Beseitigung von verfahrensökonomischen Elementen zur Ausweitung von Beschuldigtenrechten sind daher wenig abschätzbar. Ohne dabei unumgängliche Abstriche in gewissen Bereichen zu leugnen⁶⁷, sind Einschränkungen dennoch nicht widerspruchlos hinzunehmen. Zumindest wird die Grenze wünschenswerter Verfahrensbeschleunigung dort nicht überschritten sein, wo Angeklagtenrechte gewahrt werden.⁶⁸ Die Zulässigkeit prozessökonomisierender Elemente im Übrigen müsste hingegen von der Intensität der Beeinträchtigung abhängig gemacht werden.⁶⁹ Gerade diesbezüglich wird allerdings eine Unschärfe beziehungsweise Beliebigkeit der Umsetzung des Beschleunigungsgedankens befürchtet⁷⁰, die zu einer „Abwägungstortur“ führe, deren Begründungsgehalt vom Auge des Betrachters und der Voreinstellung des abwägenden Rechtsanwenders abhängig sei⁷¹. Diese Besorgnis verdeutlicht einmal mehr den Wert eines stimmigen legislativen Gesamtkonzepts. Dem Gesetzgeber zuvörderst obliegt es, Abwägungsvorgänge konkreter Materien so umzusetzen, dass der Rechtsanwender in der Lage ist, damit zu arbeiten⁷². Letzterem ist er insofern überlegen, als er grundsätzlich mittels seiner umfassenden Beobachtungs- und

⁶⁵ Anders *Hassemer*, StV 1982, 279 f., der zum damaligen Zeitpunkt nicht davon ausging, die Funktionstüchtigkeit sei ernsthaft bedroht. *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2472, m. w. N., zufolge ist die Strafjustiz heute zumindest „stark belastet“, aus Sicht der Justiz sogar „überlastet“ – *Hassemers* Ausführungen seien überholt.

⁶⁶ *Franke*, StV 2010, 436, führt dies u. a. auf die Steigerung normativer und tats. Anforderungen an die Beweisaufnahme, auf den Fortschritt in der Kriminaltechnik sowie auf die fortwährende Ausformung des Beweisanspruchsrechts zurück.

⁶⁷ *Landau*, Jahn/Nack, S. 41.

⁶⁸ Nach *Laue*, GA 2005, 656 f., dürften gewisse unantastbare Grundpositionen nicht angefasst werden. *Schwarz*, S. 46, und *Wohlers*, NJW 2010, 2473, zufolge kann der Beschleunigungsgedanke nicht zur Abänderung geltenden Rechts führen. Gemäß *Trüg*, StV 2010, 530, muss die obj. Dimension der Beschleunigung selbst eine wahrheitssichernde Funktion erfüllen.

⁶⁹ *Rieß*, JR 2006, 276, und *Roxin*, § 1, Rn. 7, die für eine Abwägung im Einzelfall plädieren.

⁷⁰ *Kühne*, GA 2008, 368.

⁷¹ *Landau*, NStZ 2007, 124.

⁷² Dies wird plastisch am Bsp. der „bedauerlichen“ Art und Weise der Umsetzung des aus der bisherigen Rspr. des BGH destillierten Verständigungsgesetzes, dessen „konzeptionelle Kraft“ nicht zu erkennen sei, so *Franke*, StV 2010, 436.

Überprüfungspflicht⁷³ eine bessere Gewähr für die Richtigkeit des Balanceaktes zu bieten imstande ist⁷⁴ und seine Einfluss- und Handlungsmöglichkeiten weit über diejenigen des Rechtsanwenders hinausgehen⁷⁵. So hat das Verfahrensrecht selbst zugleich als Relativierung der jeweiligen Verfahrenszwecke zu fungieren, wobei lediglich die Justizförmigkeit eine äußerste Grenze zu ziehen vermag. Ihre abstrakte Gleichwertigkeit wird damit freilich nicht in Frage gestellt.⁷⁶

II. Die Prozessmaximen

Bei den Prozessmaximen handelt es sich um Grundsätze des Strafprozesses, die teilweise in jahrhundertelanger Tradition herausgebildet wurden. Zu ihnen zählen unter anderem die Grundsätze der Unmittelbarkeit und der freien Beweiswürdigung, das Mündlichkeitsprinzip sowie die Maximen der Öffentlichkeit und des rechtlichen Gehörs.⁷⁷ Sie unterscheiden sich von den dargestellten Zielen des Strafprozesses nur darin, dass sie auf ihrer Grundlage bereits in gewissen Teilbereichen näher bestimmte Vorgaben zu seiner bestmöglichen Durchsetzung beinhalten.⁷⁸ Selbst diese Zwischenziele stellen sich aber als noch zu abstrakt dar, um tatsächlich als unmittelbare Instrumentarien zu dienen.

III. Das Wesen der Revision

1. Ein Abriss zu den historischen Grundlagen der Revision

Ein Blick auf den geschichtlichen Hintergrund des Rechtsinstituts der Revision ist unerlässlich, um die heutige Zweckausrichtung des Rechtsmittels offenzulegen. Es soll als „feindurchdachtes Gebäude die Weisheit von Jahrhunderten“ in sich bergen.⁷⁹ Wurde zu Zeiten des Inquisitionsprozesses noch behauptet, seine Idee schließe die Gewährung von Rechtsmitteln kategorisch aus,⁸⁰ sieht man

⁷³ BVerfGE 49, 89, 131; 56, 54, 81; BVerfG, NJW 1996, 652; Nagel, DÖV 2010, 269.

⁷⁴ Ebenso Landau, NStZ 2007, 128.

⁷⁵ Dazu Landau, NStZ 2007, 128, und Wohlers, NJW 2010, 2470.

⁷⁶ I. d. S. auch Gottwald, S. 83; Kröpil, JZ 1998, 136.

⁷⁷ Siehe dazu die ausführliche Darstellung bei Beulke, § 2, Rn. 15 ff.

⁷⁸ Eser, ZStW 104 (1992), 363.

⁷⁹ Hartung, ZStW 57 (1938), 106.

⁸⁰ Hahn, Bd. 3, Abt. I, S. 304.

zunehmend den entscheidenden Grundstein für die Herausbildung der gegenwärtigen Revision in zwei Vorbildern: der preußischen Nichtigkeitsbeschwerde und dem im preußischen Rheinland rezipierten⁸¹ französischen Kassationsrekurs.

a) Die Kassation nach französischem Vorbild

Die Kassation, hervorgebracht aus der französischen Revolution von 1789 und endgültig kodifiziert durch den „code d’instruction criminelle“ von 1808, stellte ein außerordentliches Rechtsmittel dar, das gegenüber anderen Rechtsmitteln⁸² als subsidiär⁸³ galt.⁸⁴ Zum Anfechtungsgegenstand zählten meist politisch motivierte Delikte;⁸⁵ insbesondere fand das Rechtsmittel in der Störung der Machtbalance der Staatsgewalten seine Begründung, die sich im Revisionsgrund der „Machtüberschreitung des Gerichts“ manifestierte.⁸⁶ Der Rekurs galt als unbegründet, wenn die angegriffene Entscheidung dem Beschwerdeführer kein Unrecht zugefügt hatte; selbst bei Vorliegen einer Gesetzesverletzung bestand kein Beschwerdegrund, soweit sich die Entscheidung auch aus einem anderen Gesetz rechtfertigte.⁸⁷ Dem Kassationshof wurde weder Entscheidungsgewalt in der Sache selbst zugestanden⁸⁸ noch waren die Untergerichte an seine Entscheidungen gebunden.⁸⁹ Die Unrechtseigenschaft von Urteilen entsprang

⁸¹ Braum, S. 19. Aus Platzgründen wird auf die Gesetzgebung übriger Partikularstaaten nicht einzugehen sein.

⁸² Unterschieden wurde zw. dem Einspruch, der Berufung und der Nichtigkeitsbeschwerde. Daneben bestand für gewisse Fälle das Rechtsmittel der Revision und als besonderer Fall der Kassationsinstanz die Nichtigkeitsbeschwerde im Interesse des Gesetzes (Art. 442 ff. CIC, französische Originalfassung und deren deutsche Übersetzung abgedr. bei Daniels, S. 220 f.).

⁸³ Die gewöhnliche Unterscheidung zw. ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln erfährt im Gesetz zwar keine Erwähnung; zu den ordentlichen Rechtsmitteln wurden aber der Einspruch sowie die Berufung gezählt, zu den außerordentlichen der Kassationsrekurs und die Revision, siehe Zachariae, Bd. 1, S. 600.

⁸⁴ Von Daniels, S. 212; Braum, S. 19 f.

⁸⁵ Es handelte sich dabei überwiegend um „Polizeistrafverfahren“, siehe Glaser, Holtzendorff, S. 25.

⁸⁶ Siehe Art. 408 II, 441 f. CIC bei Daniels, S. 198 f., 220 f. Zu den weiteren Revisionsgründen siehe Art. 407 ff. CIC.

⁸⁷ Art. 411, 414 CIC bei Daniels, S. 200 ff.; von Daniels, S. 213.

⁸⁸ Zachariae, Bd. 1, S. 600. Siehe die Verweisungsmöglichkeiten des Kassationshofes in Art. 429 CIC, bei Daniels, S. 212 ff.

⁸⁹ Zachariae, Bd. 1, S. 610 f.; von Daniels, S. 217; Struckmann bei Hahn, Bd. 3, Abt. I, S. 1043.

demnach überwiegend der Ambition zur Durchsetzung staatlicher Ordnungsvorstellungen, was den häufigen Misserfolg seiner Anrufung durch den Angeklagten zu rechtfertigten vermochte.⁹⁰ Aus diesem Grund wurde die Kassation nicht im Interesse der Parteien, sondern vielmehr in jenem der Rechtseinheit begründet. Der Kassationshof stand damit außerhalb des eigentlichen Instanzenzugs und nahm die faktische Stellung eines Gesetzgebers ein.⁹¹ Die Wertigkeit dieses Rechtsbehelfs wurde stets unterschiedlich beurteilt. Wo auf der einen Seite von „schweren Gebrechen“⁹² die Rede ist, zählt man den Kassationshof an anderer Stelle „zu den achtungswürdigsten Gerichtshöfen“⁹³. Kritik wurde dahingehend geäußert, Recht sprechen zu lassen allein um des Rechtes und nicht um der Beteiligten Willen, stelle einen inneren Widerspruch dar.⁹⁴ Auch die mangelnde Befugnis zur Entscheidung in der Sache selbst stieß auf Ablehnung.⁹⁵ Dem wurde entgegengehalten, seine Aussprüche erfreuten sich trotz politischer Instabilitäten hohen Ansehens, da eine gesetzgeberische Intervention weitgehend hinfällig war.⁹⁶ Nach alledem diene die Kassation mit wenig einzelfallgerechter Überprüfungsmöglichkeit als Exempel politischer Maßnahmengesetzgebung.

b) Die preußische Nichtigkeitsbeschwerde

aa) Der Anfechtungsgegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde

Der Einfluss der französischen Prozessgesetzgebung war in den Partikularstaaten und insbesondere Preußen zum Teil deutlich zu spüren. Unter anderem wurde im Jahr 1849 im gesamten rechtsrheinischen Gebiet die Institution der Schwurgerichte eingeführt.⁹⁷ Diese setzten sich aus fünf Berufsrichtern sowie

⁹⁰ Siehe etwa *Mittermaier*, Gesetzgebung, S. 666 (Fn. 50).

⁹¹ *Struckmann* bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1043.

⁹² *Fuchs*, LZ 1928, 741; übernommen von *Levin*, DJZ 1930, 32.

⁹³ *Mittermaier*, Prozeß, S. 110.

⁹⁴ *Planck*, KVJS, Bd. IV, 282 ff.

⁹⁵ Siehe etwa *Leonhardt*, S. 178 ff.

⁹⁶ *Mittermaier*, Prozeß, S. 110.

⁹⁷ §§ 62 ff. der „Verordnung vom 3.1.1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen“, die auf die oktroyierte preußische Verfassung vom 5.12.1848 zurückging und durch Gesetz vom 3.5.1852 ergänzt wurde, siehe *Haeberlin*, S. 208 ff. Die linksrheinischen Gebiete waren seit Anfang des 19. Jahrhunderts der französischen Herrschaft unterworfen, so *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 460.

zwölf Laienrichtern⁹⁸ – den Geschworenen – zusammen, von denen man sich die Unvoreingenommenheit versprach, die den rechtsgelehrten Richtern im Inquisitionsprozess fehlte.⁹⁹ Ihre Zuständigkeit erstreckte sich zu Zeiten ihrer weitreichendsten Kompetenzen auf die Untersuchung und Aburteilung derjenigen Verbrechen, die in den Strafgesetzen mit mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht waren, sowie der politischen und Pressevergehen.¹⁰⁰ Der Gang des Verfahrens bis zur Urteilsverkündung¹⁰¹ fand seinen Anfang in der Verlesung des Anklagesatzes sowie mit der Frage, ob sich der Angeklagte schuldig bekenne oder nicht. War dies der Fall und bestanden gegen die Richtigkeit der Aussage keine Bedenken, fällte der Gerichtshof das Urteil teilweise ohne Hinzuziehung der Geschworenen.¹⁰² Anderenfalls wurde er zu Person und Sache vernommen, woraufhin man die Beweisaufnahme durchführte mit nachfolgendem Plädoyer von Staatsanwaltschaft und Verteidigung. In dem sich anschließenden Schlussvortrag des Vorsitzenden, dem sogenannten „Resumé“, hatte dieser die gesamte Lage der Sache nach auseinanderzusetzen und die gesetzlichen Vorschriften, die bei der Beurteilung der Tatfrage überhaupt in Betracht kamen, zu erläutern. Eine Meinungsäußerung über Schuld oder Unschuld des Angeklagten war ihm indes verwehrt. Nach dem Vortrag wurden die Fragen verlesen, die von den Geschworenen zu beantworten waren. Diese mussten sämtliche Tatsachen enthalten, in denen sich die wesentlichen Merkmale der dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren Handlung wiederfanden. Daraufhin zogen sie sich in das Beratungszimmer zurück und wählten ihren Obmann, der ihnen sodann folgende Rechtsbelehrung verlas:

„Das Gesetz verlangt von den Geschworenen keine Rechenschaft darüber, wie sie zu ihrer Überzeugung gelangt sind; es schreibt ihnen keine Regeln vor, von denen sie im Einzelfall abhängig machen sollen, ob ein Beweis vollkommen und ausreichend sei; es schreibt ihnen nur vor, sich selbst still und gesammelt zu befragen und im In-

⁹⁸ Als Geschworene kamen nur männliche preußische Staatsangehörige zw. 30 und 70 Jahren in Betracht. Ausgeschlossen von dem Amt waren etwa hohe Staatsbeamte oder Religionsdiener, was die Urteilsfähigkeit und Unabhängigkeit der Geschworenen garantieren sollte, siehe §§ 62 f. bei *Haeberlin*, S. 208; *Hadding*, S. 31.

⁹⁹ *Küper*, Peters-FS, S. 26.

¹⁰⁰ Zu den überwiegend politisch bedingten Veränderungen in den Zuständigkeiten in der Folgezeit *Hadding*, S. 30 f., m. w. N.

¹⁰¹ Eingehend dazu *Hadding*, S. 33 f.

¹⁰² Zu den Möglichkeiten des Gerichtshofes, ohne Mitwirkung der Jury zu entscheiden: *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 460 f.

nersten ihres Gewissens zu erforschen, welchen Eindruck die gegen den Angeklagten vorgebrachten Beweise und die zu seiner Entlastung angeführten Gründe auf ihren Verstand gemacht haben. (...) es stellt an die Geschworenen letztlich nur die eine Frage, die den Inbegriff aller ihrer Pflichten enthält: Seid ihr innerlich-persönlich [von der Schuld des Angeklagten] überzeugt?“¹⁰³

Das Prinzip der freien Beweiswürdigung¹⁰⁴ wurde so als Lehre der „intime conviction“ umgesetzt, nach der ein jeder Geschworener im Gegensatz zur bewussten Entscheidung eines Richters nur nach seiner ureigenen moralischen Überzeugung („Totaleindruck“¹⁰⁵) zur Urteilsfindung zu gelangen hatte. Letztere sollte jeglicher Kontrolle entzogen sein.¹⁰⁶ Als „Wahrspruch“ verkündete der Vorsitzende das Abstimmungsergebnis zunächst in Abwesenheit des Angeklagten, um dem Gericht die Möglichkeit zu geben, etwaige Mängel oder Widersprüchlichkeiten zu beheben. Hielten die Berufsrichter diesen für sachlich richtig, wurde der Spruch in Gegenwart des Angeklagten verlesen. Im Falle der Bejahung der Schuldfrage zogen sich allein die Berufsrichter zur Beratung über die Straffrage zurück. Der Kern dieses schwurgerichtlichen Systems sollte nach alledem in der Trennung von Tat- und Rechtsfrage bestehen. Dies wurde zu Zeiten der Etablierung der französischen Jury nicht als bloße Prozessregel begriffen, sondern als politischer Grundsatz, der die Gewaltenteilung des gesamten Staatswesens repräsentierte.¹⁰⁷

Bereits früh war die strenge Durchhaltung des beschriebenen Konzepts indes Bedenken ausgesetzt. Die mit dem Schwurgerichtsgedanken eng verbundene Entrationalisierung der Tatsachenfeststellung wurde seitens der Prozessdogma-

¹⁰³ Diese richtete sich fast wortgleich nach der in Art. 342 III CIC vorgesehenen Instruktion; siehe die deutschen Übersetzungen bei *Geppert*, S. 58 f. (Fn. 148a), und *Hadding*, S. 34.

¹⁰⁴ Obwohl der Schwurgerichtsgedanke zunächst unmittelbar mit der „freien Beweiswürdigung“ verknüpft wurde, so *Küper*, Peters-FS, S. 29, übertrug sich deren Gedanke bald auf alle anderen Verfahren, siehe *Geppert*, S. 58 ff.

¹⁰⁵ *Küper*, Peters-FS, S. 28.

¹⁰⁶ *Danziger*, S. 147 f., m. w. N. Der „gesunde Menschenverstand“ erhielt einen emotional-irrationalen Einschlag, der mit einem nicht artikulierbaren Wahrheitsgefühl in Verbindung gebracht wurde, das sowohl Rechtsmittel als auch Entscheidungsgründe notwendigerweise ausschloss, so *Küper*, Peters-FS, S. 28 ff. Siehe aber *Geppert*, S. 60, der dem Verstandesbegriff entnimmt, die rationale Nachvollziehbarkeit der Entscheidung sei bereits in Art. 342 CIC angelegt gewesen.

¹⁰⁷ *Küper*, Peters-FS, S. 26. Diesen Grundsatz enthalten sogar die Verfassungsurkunden, siehe *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 451.

tik in Frage gestellt.¹⁰⁸ Ein gerichtlicher Sachverhalt müsse stets aus einem gewissen rechtlichen Blickwinkel beurteilt werden.¹⁰⁹ Nicht grundlos sah das originäre englische Schwurgerichtssystem keine derartige Unterscheidung vor.¹¹⁰ Aus der Frage nach bloßen „Tatsachen“ entwickelte sich allmählich die Bewertung eines Sachverhalts als „Straftat“, womit sich fortan der Schwerpunkt der Geschworenentätigkeit auf die Ermittlung verlagerte, ob der Angeklagte vor dem Gesetz „schuldig“ sei.¹¹¹ Während den Berufsrichtern damit in rechtlicher Hinsicht lediglich die Beantwortung von Verfahrensfragen, die Erteilung von abstrakten Hinweisen zur Gesetzesauslegung sowie die Festsetzung der Rechtsfolgen verbleiben sollte, führte der vorbezeichnete Wandel auch zu einem Bruch mit der gesetzlichen Beweistheorie und dem vorherrschenden Richterbilde selbst. Die Bindung des Richters an kodifizierte Beweisregeln war fragwürdig geworden; ihre Vernunftwahrheiten wurden als nicht mehr ausreichend angesehen, da sie ihn hinderten, anderen, womöglich ebenso „vernünftigen“, allerdings nicht festgeschriebenen Grundsätzen zu folgen. Die Überzeugungskraft von Beweismitteln entstamme vielmehr seinem persönlichen Eindruck in der Hauptverhandlung.¹¹² Kritik erfuhr das Institut der Schwurgerichte überdies im Hinblick auf die Unmöglichkeit, einerseits die Entscheidung der gesamten Schuldfrage den Geschworenen zu übertragen und andererseits die richtige Anwendung des Gesetzes zu sichern, was Rechtskenntnisse erfordere, die über

¹⁰⁸ Zu den prozessdogmatischen Bemühungen eingehender: *Küper*, Peters-FS, S. 31 ff., m. w. N.

¹⁰⁹ So etwa *Meyer*, insb. S. 38 ff., 109 f.; *Planck*, S. 394 ff. Eine Trennung sei „theoretisch verwerflich und unausführbar“, siehe *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 463. Sie sei ein „Phantom“, so „Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte“, GA 1873, 40, 47.

¹¹⁰ Dieses verzichtete auf die Fragestellung zugunsten eines ganz offenen Einflusses der Berufsrichter mittels eines sog. „summing up“, in dem der Vorsitzende den gesamten Prozessstoff zusammenfasste, das Beweisergebnis würdigte und zur rechtlichen Seite des Falles Stellung nahm. Der Wahrspruch bezog sich indes unmittelbar auf die Anklage (*Knittel*, S. 57 ff., insb. S. 67 f.). Zu den Unterschieden zw. englischen, französischen und deutschen Schwurgerichten *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 444 ff.

¹¹¹ Dies fand später seinen Niederschlag in § 293 RStPO: „Die Hauptfrage beginnt mit den Worten: ‚Ist der Angeklagte schuldig?‘ (...).“ Jener Wandel, der sich vom ursprünglichen französisch geprägten Schwurgerichtssystem löste, wirkte sich also entscheidend auf die Fragestellung des Vorsitzenden aus, die nicht mehr tunlichst Rechtsbegriffe vermeiden musste. Hingegen führte die neue Art der Fragestellung zu weiteren Problemen, da für die laienhaften Geschworenen nunmehr „die gesamte materielle Rechtsanwendung in die Fragestellung ‚hineingewoben‘ werden“ musste, siehe *Hadding*, S. 59.

¹¹² *Küper*, Peters-FS, S. 36 ff.

die eines Laien hinausgingen.¹¹³ Zudem bereite die Fragestellung nicht nur Schwierigkeiten bei komplizierten Sachlagen¹¹⁴, sondern wurde ebenfalls als Einflussmöglichkeit der Berufsrichter auf die Entscheidung der Geschworenen beargwöhnt, insbesondere aufgrund des zwangsläufig eingeschränkten Spielraums für die Entscheidungsfindung¹¹⁵. Nicht zuletzt bemängelte man die fehlende Begründung des Wahrspruchs der Geschworenen; auch sie könnten über ihre Entscheidung ohne Weiteres Rechenschaft ablegen.¹¹⁶ Uneinigkeit herrscht, ob vornehmlich diese Kritikpunkte oder aber die politische und wirtschaftliche Lage zu Anfang des 20. Jahrhunderts letztlich zur Abschaffung der Schwurgerichte durch die Emminger-Verordnung im Jahr 1924 führte.¹¹⁷

bb) Die Genese der Nichtigkeitsbeschwerde

Als (zum Teil negative) Leitmotive für die preußische Nichtigkeitsbeschwerde gelten der bereits angesprochene Kassationsrekurs¹¹⁸ sowie die Nichtigkeitsklage des damaligen zivilrechtlichen „gemeinen Prozessrechts“. Letztere stellte ein Rechtsmittel zur Abwehr unbilliger Entscheidungen dar und eröffnete die Möglichkeit, materiell oder prozessual zugefügtes Unrecht überprüfen zu lassen.¹¹⁹ Dem Bestreben, gleichförmige Entscheidungen hervorzubringen, wurde im preußischen Strafprozess zunächst durch die gerichtliche Pflicht abgeholfen, Urteile hinsichtlich schwerer Delikte dem Kriminaldepartement des Justizministeriums zur Bestätigung zu übersenden, das damit gewissermaßen als oberste Instanz in Strafsachen fungierte. Angesichts der im Regelfall ohne Begründung ergehenden Entscheidungen mangelte es den Untergerichten allerdings an jeglichen Indikatoren, an denen sie ihre Richtersprüche hätten ausrichten können. Dies führte zu Rechtsungewissheit und sich widersprechenden Entscheidun-

¹¹³ „Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte“, GA 1873, 40, 48; *Hartung*, ZStW 82 (1970), 605.

¹¹⁴ *Hadding*, S. 59.

¹¹⁵ Insofern hat man der Fragestellung die Bedeutung einer „antizipierten Entscheidung“ zugemessen, siehe „Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte“, GA 1873, 40, 48 f. *Binding*, S. 101: „präjudiziell“; *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 455, 470 f.

¹¹⁶ *Von Liszt*, S. 19; *von Savigny*, GA 6, 485.

¹¹⁷ Zu den politischen und wirtschaftlichen Verhältnissen *Hadding*, S. 70 ff. Von der Unmöglichkeit, englische Elemente in das deutsche Strafverfahren zu integrieren: „Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte“, GA 1873, 40, 50 ff.

¹¹⁸ Wobei es „zum national guten Ton“ gehörte, „französische Vorbilder so wenig wie möglich zu rezipieren“, *Braum*, S. 22 f.

¹¹⁹ *Skedl*, S. 5; *Schwinge*, S. 7, m. w. N.

gen.¹²⁰ Der Wunsch nach einer Neugestaltung konkretisierte sich in der Forderung, dem höchsten Gericht die Pflicht zur Aufrechterhaltung der „Einförmigkeit der Rechtspflege“ aufzuerlegen, die indes das Tatsächliche nicht betreffe, weil jedes Faktum von individueller Beschaffenheit sei. Diesbezüglich genüge also ein Ausspruch der Untergerichte.¹²¹ Am 14.12.1833 wurde vorerst im Hinblick auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten die „Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde“¹²² erlassen, nach der als ordentliches Rechtsmittel die als solche bezeichnete „Revision“ mit Nachprüfung von Tat- und Rechtsfrage und als außerordentliches Rechtsmittel die Nichtigkeitsbeschwerde mit Beschränkung auf die Überprüfung von Gesetzesverletzungen vorgesehen waren. Die Nichtigkeitsbeschwerde sollte dann statthaft sein, wenn das angefochtene Urteil einen Rechtsgrundsatz verletzte oder einen solchen in dafür nicht bestimmten Fällen zur Anwendung brachte beziehungsweise wenn es gegen eine – wesentliche – Prozessvorschrift verstieß. Erstmals fand also eine Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Mängeln statt.¹²³ Was das strafprozessuale Rechtsmittelsystem anbelangte, regten sich Zweifel, ob eine letzte Instanz die unmittelbare Wahrnehmung des Richters überhaupt zulasse, da sie auf die schriftlichen Akten zurückgeworfen sei.¹²⁴ Konsequenz der Einhaltung des Unmittelbarkeitsprinzips sei die Trennung von Tat- und Rechtsfrage. Insbesondere hielt man es mit dem Wesen des „Wahrspruchs“ der Geschworenen für unvereinbar, ihn einer Nachprüfung zu unterziehen,¹²⁵ sodass gegen Schwurgerichtsurteile ohne eine Berufungsmöglichkeit nach heutigem Verständnis nur eine Rechtskontrolle statthaft sein sollte¹²⁶. Andere hingegen deuten die angesprochene Differenzierung eher als Ausfluss

¹²⁰ Siehe den Bericht der Revisions-Deputation der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten, die im Wesentlichen den Ideen des gemeinen Prozessrechts nachgebildet war (in: „Gesetz-Revision“, Pensum IV, Erster Theil, „Allgemeine Revision“, Berlin, 1827, S. 33 ff.). Außerdem *Schwinge*, S. 8.

¹²¹ *Schwinge*, S. 8 ff. Dabei existierten auch konkrete Rechtsfragen, deren Beantwortung die Rechtseinheit nicht fördere (S. 56).

¹²² PrGS 1833, S. 302 ff.

¹²³ *Schwinge*, S. 13, 43 ff., sieht in der Verfahrensrüge den Geist des „gemeinen Prozessrechts“ erneut aufleben (Vorrang des Parteiinteresses), in der Sachrüge indes den Einfluss des Kassationsrekurses (Herstellung von Rechtseinheit).

¹²⁴ Siehe *Braum*, S. 37, m. w. N. („Verlängerung des Unmittelbarkeitsprinzips“). Harmonisierend *Mittermaier*, Mündlichkeit, S. 417: Aussagekräftiges Beweismaterial könne sich nur aus einer exakten Protokollierung der Hauptverhandlung ergeben.

¹²⁵ *Planck*, S. 565.

¹²⁶ Siehe die endgültige Regelung des § 138 der Verordnung vom 3.1.1849, geringfügig modifiziert durch Art. 106 des Gesetzes vom 3.5.1852, abgedr. bei *Haeberlin*, S. 232.

ökonomischer Zwänge: Die fehlende Auseinandersetzung der Revisionsrichter mit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung führe zu einer Entlastung der Rechtsmittelgerichte.¹²⁷

Die Entwicklung im zivilrechtlichen Verfahren führte unter Berücksichtigung vorstehender Erwägungen schließlich auch im Rahmen des Strafprozesses zu Reformbestrebungen. Deren Vorreiter *von Savigny* erarbeitete unter dem Einfluss der Etablierung der Staatsanwaltschaft einen Plan für ihre nähere Ausgestaltung.¹²⁸ Die neu geschaffene Strafverfolgungsbehörde sollte, wie der Angeklagte, mit dem Recht ausgestattet werden, gegen Gerichtsurteile die Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen, die sich gegen eine Verletzung des materiellen Rechts, also die Nichtanwendung oder falsche Auslegung einer Strafnorm richtete. Das Anfechtungsrecht bezog sich nicht auf die Verletzung von Verfahrensnormen oder auf die Würdigung der Beweise sowie lediglich auf den Schuld-, nicht aber auf den Strafausspruch;¹²⁹ es konnte sich somit nicht zu Lasten des Angeklagten auswirken. Dem Interesse der Justiz an richtiger Gesetzesanwendung sollte somit der Vorrang gebühren vor dem staatlichen Belang der Verfolgung hauptsächlich politischer Straftaten. Dies fand mehrheitliche Zustimmung.¹³⁰ Mit Gesetz vom 17.7.1846¹³¹ sollte von der bereits zwischenzeitlich als „Revision“ bezeichneten Nachprüfung durch das Obertribunal ausgeschlossen sein, „ob und inwieweit die in der Untersuchung zur Sprache gekommenen Tatsachen für erwiesen anzunehmen sind oder nicht“.¹³² Die endgültige Gesetzesfassung vom 3.5.1852 sah nunmehr vor:

„Die Nichtigkeitsbeschwerde findet statt:

1. wegen Verletzung oder unrichtiger Anwendung eines Gesetzes oder Rechtsgrundsatzes;

2. wegen Verletzung oder unrichtiger Anwendung wesentlicher Vorschriften oder Grundsätze des Verfahrens.“¹³³

¹²⁷ *Binding*, S. 265; dies wird auch später noch angenommen, siehe *Schmid* bei *Regge*, JZ 1973, 184.

¹²⁸ Protokolle der Sitzungen des Staatsministeriums vom 19.3. und 26.3.1844, abgedr. bei *Holtz*, Bd. 3, Nr. 239, 241.

¹²⁹ So der präzisierende Entwurf *von Savignys*, abgedr. bei *Schubert/Regge*, Abt. 2, Bd. 11, Teil 2, S. 1281g ff.

¹³⁰ Protokoll der Sitzung des Staatsministeriums vom 19.3.1844, abgedr. bei *Holtz*, Bd. 3, Nr. 239.

¹³¹ PrGS 1846, S. 267 ff.

¹³² Siehe dessen § 91, abgedr. in PrGS 1846, S. 283.

¹³³ PrGS 1852, S. 233 f.

cc) Die Entscheidungsform im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde

Die Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde erfolgte grundsätzlich auf mündlichen Vortrag von einem aus sieben Mitgliedern bestehenden Senat des Ober-Tribunals in öffentlicher Sitzung, in der die Staatsanwaltschaft sowie ein etwa erschienener Angeklagtenvertreter zu hören waren.¹³⁴ Die Nichtigkeitsbeschwerde konnte vom Gericht erster Instanz indes durch „Verfügung“ zurückgewiesen werden, wenn bei ihrer Einlegung oder bei Abgabe der Beschwerdepunkte Fristen und Formalien nicht eingehalten worden waren.¹³⁵ Erfolgte eine Zurückweisung danach nicht, war das Obertribunal dazu befugt, die Beschwerde nach vorheriger Erklärung der Staatsanwaltschaft „ohne mündliches Verfahren“ zurückzuweisen.¹³⁶

c) Die Entwicklung bis zum Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung

aa) Die Reichweite der Prüfungskompetenz des letztinstanzlichen Gerichts

In den Folgejahren nach Etablierung der Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer oben beschriebenen Form wurde Kritik laut, die vorwiegend das Merkmal der „Wesentlichkeit“ der verletzten Prozessvorschrift betraf.¹³⁷ Davon löste man sich zunächst in nachfolgenden Zivilprozessordnungen¹³⁸ und erarbeitete unter vorübergehender Beseitigung der zweiten Tatsacheninstanz bei landgerichtlichen Urteilen¹³⁹ im Jahr 1871 das neue Rechtsmittel der zivilprozessualen „Revision“. Diese Bezeichnung sollte den Unterschied gegenüber dem bisherigen

¹³⁴ Siehe Art. 145 der Verordnung vom 3.1.1849, abgedr. in PrGS 1849, S. 40.

¹³⁵ Art. 112 S. 1 der Verordnung vom 3.5.1852, abgedr. in PrGS 1852, S. 235.

¹³⁶ Art. 113 der Verordnung vom 3.5.1852, abgedr. in PrGS 1852, S. 236.

¹³⁷ Dazu *Braum*, S. 23: „(...) zu vage ist das Merkmal der Wesentlichkeit, zu stark von richterlicher Definitionsgewalt abhängig, um von einem verlässlichen Schutzmittel für den Angeklagten sprechen zu können. (...)“

¹³⁸ So die Verordnungen vom 21.7.1849 und 24.7.1867 in den §§ 60, 63 sowie die im Jahr 1860 ausgearbeiteten beiden Entwürfe eines Gesetzes über die Nichtigkeitsbeschwerde, siehe *Hahn*, Bd. 2, Abt. I, S. 366.

¹³⁹ §§ 429, 460, 478 des Justizministerialentwurfs 1871, S. 109, 115, 119.

Recht, insbesondere zur Nichtigkeitsbeschwerde, hervorheben¹⁴⁰, der sich letztlich jedoch als geringfügig erwies. Nach der Reichsgründung galt es – angesichts des ehemals stark zersplitterten Staatsgebiets –, in besonderem Maße Rechtseinheit zu gewährleisten.¹⁴¹ Die Grenzen der Revisibilität wurden in § 461 des Justizministerialentwurfs wie folgt beschrieben:

„(I) Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe.

(II) Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.“¹⁴²

Erste Beratungen zum Entwurf der Reichsstrafprozessordnung im Reichstag offenbarten Bedenken dahingehend, ob die erstinstanzlichen Garantien im Hinblick auf einen Mangel an Tatsachenüberprüfung im Rechtsmittelverfahren ausreichten. Man rang sich letztendlich dazu durch, eine Berufung als praktische Wiederholung der ersten Instanz einzuführen. Dies sei mit dem Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz am ehesten zu vereinbaren. So verzichtete man auf ein Rechtsmittel mit Überprüfungsfunktion, das der „Appellation“ nachgebildet worden wäre, welche eine Art beschränkte Berufung darstellte, die – wenn überhaupt vorhanden – in den nach 1846 reformierten Strafprozessordnungen der deutschen Einzelstaaten sehr unterschiedlich ausgestaltet war.¹⁴³ Die ins Auge gefasste Berufungsinstanz sollte allerdings Strafkammerurteilen verwehrt bleiben, da fünf Berufsrichter und die sonstigen Garantien des landge-

¹⁴⁰ Begründung des Justizministerialentwurfs 1871, S. 244; siehe später auch *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 249 f.

¹⁴¹ *Duske*, S. 84; *Peters*, Schäfer-FS, S. 145; *Rosenau*, Widmaier-FS, S. 534 f.

¹⁴² Justizministerialentwurf 1871, S. 115. § 511 lautete nach ihrem Inkrafttreten im Jahr 1879: „Der Beurtheilung des Revisionsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind. Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstreckt, beruhe.“ § 512 hatte folgenden Wortlaut: „Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.“ (RGBl. 1877, Nr. 6, S. 174).

¹⁴³ Dazu ausführlich *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 242 ff., 303 ff.; *Fezer*, NStZ 1995, 267. Im Rahmen der Appellation soll das angefochtene Urteil auch in tatsächlicher Hins. voll überprüft werden. Im Gegensatz zur Berufung ist jedoch nur eine ergänzende Wirkung bezweckt und keine zwingende Wiederholung der Hauptverhandlung vorgesehen, da die Nachprüfung durch das Rechtsmittelgericht auf bestimmte Punkte beschränkt werden kann. Siehe dazu *Fuhrmann*, JR 1972, 5.

richtlichen Verfahrens die Wahrheitsfindung ausreichend gewährleisteten.¹⁴⁴ Die Erwägungen zur revisionsrechtlichen Ausgestaltung orientierten sich maßgeblich an der zivilprozessualen Regelung und fanden mit Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung am 1.10.1879 im vierten Abschnitt in den §§ 374 ff. RStPO ihre endgültige Kodifizierung. Das Prüfungsprogramm war durch § 376 RStPO umrissen und unterschied sich von dem dargestellten § 461 des Entwurfs der Zivilprozessordnung allein durch die Ersetzung des Begriffs der „Entscheidung“ durch denjenigen des „Urteils“.¹⁴⁵ Diese Wendung findet sich wortgleich auch heute noch im Rahmen des geltenden § 337 StPO.

bb) Die Entscheidungsform im Rahmen der Revision

Mit Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung wurden auch § 386 I RStPO (heute praktisch mit der tatrichterlichen Prüfung nach § 346 I StPO übereinstimmend) und § 389 I RStPO (äquivalent zum aktuellen § 349 I StPO, dort statt „Vorschriften“: „Bestimmungen“¹⁴⁶) geltendes Recht, wonach Verwerfungsbeschlüsse nur bei unzulässigen Revisionen vorgesehen waren. § 389 I RStPO sollte sowohl in jenen Fällen zum Einsatz kommen, in denen der Tatrichter förmliche Mängel übersehen hatte, als auch beim Fehlen sonstiger Zulässigkeitsvoraussetzungen. Dazu zählten vor allem Sachverhalte einer unklaren Revisionsbegründung, denen weder eine Sachrüge noch eine ordnungsgemäß belegte Verfahrensrüge entnommen werden konnte.¹⁴⁷ Die Erörterung derartiger Vorfragen sei mit dem Wesen einer Hauptverhandlung nicht zu vereinbaren; der Einführung dieser Vorschriften wurde ein hoher praktischer Nutzen attestiert.¹⁴⁸ Ferner könnten dem Angeklagten mangels Hauptverhandlung überflüssige Kosten erspart werden.¹⁴⁹ Außerdem sei von ihm im Allgemeinen nicht zu verlangen, selbst zum Termin zu erscheinen; eine schriftliche Entscheidung begünstige ihn damit gleichermaßen.¹⁵⁰ Zwar sollte das Beschluss-

¹⁴⁴ § 354 RStPO, abgedr. bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. II, S. 2446; *Fezer*, Reform, S. 2 ff. – seiner Ansicht nach wohl eher eine aus Ratlosigkeit resultierende Übergangslösung. *Von Stackelberg*, Dünnebier-FS, S. 365, stellt auf das besondere Vertrauen ab, das dem Bundesgerichtshof entgegengebracht werde.

¹⁴⁵ Siehe *Hahn*, Bd. 3, Abt. II, S. 2449.

¹⁴⁶ *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 39, zum gleichlautenden § 310 des Entwurfs.

¹⁴⁷ *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 255; *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 346, Rn. 2.

¹⁴⁸ So u. a. *Struckmann* und *Hanauer* bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1037, und Abt. II, S. 1425.

¹⁴⁹ So *Puttkamer* bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1037.

¹⁵⁰ *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 254.

verfahren schon bei mangelbehafteten Revisionsbegründungen nicht mehr einschlägig sein, sofern die Absicht sowie die Art und Weise der Urteilsanfechtung klar zum Ausdruck kämen.¹⁵¹ Nachdrückliche, aber erfolglose Einwände erfuhr der Entwurf zu § 389 I RStPO indes bereits durch den Abgeordneten *Herz* im Gesetzgebungsverfahren, der die Revision als „ein so wichtiges und folgenschweres Rechtsmittel“ bezeichnete, dass „es nicht vor der Verhandlung durch einen einfachen Beschluß aus formalen Gründen sollte abgeschnitten werden dürfen“¹⁵². Überdies liefe die Regelungssystematik auf eine doppelte Zulässigkeitsprüfung hinaus, zumal ein Beschlussverfahren „hinter verschlossenen Türen“ ablaufe.¹⁵³

d) Die Situation am Reichsgericht nach dem Ersten Weltkrieg

aa) Überlastung des Reichsgerichts und die Reaktion der Rechtsprechung

Nach dem Ende des Ersten Weltkriegs wurde im Jahr 1921 eine derartige Geschäftsbelastung erreicht, wie man sie auch während der ungünstigen Vorkriegszeit nicht annähernd beklagt hatte.¹⁵⁴ Dies war vornehmlich auf den Wegfall der Militärgerichtsbarkeit und die dadurch vermehrte Arbeitslast der ordentlichen Gerichte zurückzuführen, die zugleich eine höhere Beanspruchung des Reichsgerichts nach sich zog. Insbesondere ihm zugewiesene Fälle von einerseits Hoch- und Landesverrat sowie andererseits Kriegsverbrechen und -vergehen¹⁵⁵ nahmen an Zahl und Umfang zu. Die Strafsenate sahen sich mit Rechtsmitteln konfrontiert, von denen allein deshalb bereitwillig Gebrauch gemacht wurde, um die Rechtskraft des Urteils hinauszuzögern und dem Ange-

¹⁵¹ Siehe die Motive des Entwurfs, abgedr. bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 254 f.

¹⁵² *Herz* in zweiter Lesung bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. II, S. 1425: Es müsse vielmehr auch hier eine öffentliche Sitzung vorausgehen, welche die Garantie für den Angekl. biete, dass die Prüfung mit Genauigkeit erfolge, und ihm die Möglichkeit gebe, hierbei selbst zum Wort zu kommen. Eine Überlastung des Revisionsgerichts werde hierdurch nicht herbeigeführt, denn in einer Sitzung ließen sich außerordentlich viele Fälle erledigen.

¹⁵³ *Herz* bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1037.

¹⁵⁴ Eine Statistik zu den Geschäftszahlen in den Jahren 1917-1921 findet sich bei *Kruse*, S. 8.

¹⁵⁵ Gesetz vom 18.12.1919 (RGBl. I, S. 2125), ergänzt am 24.3.1920 (RGBl. I, S. 342) und am 12.5.1921 (RGBl. I, S. 508).

klagten auf diese Weise einen längeren Strafaufschub zu ermöglichen.¹⁵⁶ Aufgrund der geschilderten Mehrbelastung verlängerte sich wiederum die Zeitspanne zwischen Einlegung des Rechtsmittels und dem Verhandlungstermin, was vor allem in Haftsachen bedenklich erschien. Maßnahmen zur Entlastung, wie etwa eine Vermehrung der Richterstellen, wurden nicht nur aus finanziellen Gründen abgelehnt; insbesondere stelle eine Überbesetzung des höchsten Gerichts eine Gefahr für die Wahrung der Rechtseinheit dar.¹⁵⁷ Als Hauptursache der Überlastung wurde die Durchführung der Hauptverhandlung angesehen.¹⁵⁸

Um die Belastung möglichst gering zu halten, gingen die Revisionsgerichte dazu über, in Fällen von Verschleppungsabsicht unbegründete Revisionen gemäß § 389 I RStPO als unzulässig zu verwerfen.¹⁵⁹ Danach wurden solche Rechtsmittel, die zwar „in das Gewand der Rechtsrüge gekleidet waren“¹⁶⁰, jedoch tatsächlich nur unbeachtliche Ausführungen enthielten, mit jenen von § 389 I RStPO ins Auge gefassten formbemängelten Revisionen gleichgesetzt („Formalurteil“¹⁶¹). Dazu zählten vornehmlich Revisionsbegründungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen wandten; überdies sollte die Annahme einer Gesetzesverletzung gänzlich ausgeschlossen werden können.¹⁶² Diese Vorgehensweise wurde vielerseits missbilligt, da Revisionen vor der Hauptverhandlung, das heißt vor der eigentlichen Begründetheitsprüfung, nicht auf ihre inhaltliche Richtigkeit überprüft werden dürften, sodass der Anwendungsbereich der Vorschrift überschritten würde.¹⁶³

¹⁵⁶ StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 374, S. 4890.

¹⁵⁷ Siehe die Begründung zum Gesetz v. 8.7.1922, in: StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 374, S. 4887 f. Bereits die Beratungen zu den Entlastungsgesetzen von 1905 und 1910 kamen zu dem Ergebnis der Unzweckmäßigkeit der Schaffung zusätzlicher Richterstellen, siehe RT-Drucks., 11. Legislaturperiode, I. Session 1903 f., Nr. 415, 782 und 12. Legislaturperiode, II. Session 1909 f., Nr. 309, 431.

¹⁵⁸ Aussage des Ministerialdirektors *Oegg* in: StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 356, S. 8254.

¹⁵⁹ Siehe exemplarisch schon RGSt 1, 257 ff., insb. aber RGSt 40, 99 ff., sich nun deutlich auf vorwiegend prozessökonomische Überlegungen berufend; RG, JW 1921, 841 Nr. 7; RGSt 53, 235.

¹⁶⁰ *Kruse*, S. 10.

¹⁶¹ *Hartung*, DRZ 1950, 219.

¹⁶² RGSt 40, 99, 100.

¹⁶³ *Stein*, JW 1921, 841 Nr. 7; relativierend *Weber*, DJZ 1927, 81 („streng genommen“). Dies gestand sich auch schon das RG ein, siehe *Fezer*, StV 2007, 42. Gleichwohl stieß diese Rspr. auf Verständnis, siehe *Weber*, DJZ 1927, 81: Eine „willkommene Möglichkeit (...), eine Fülle unnützer Arbeit zu ersparen“.

bb) Die Reaktion des Gesetzgebers

Am 2.6.1922 legte Reichsjustizminister *Radbruch* dem Reichstag den Entwurf eines „Gesetzes zur Entlastung der Gerichte“¹⁶⁴ zur Änderung des § 389 RStPO vor. Auf Initiative des damaligen Senatspräsidenten des Reichsgerichts *Lobe* sollte erstmals eine Beschlussverwerfung bei „offensichtlich unbegründeten“ Revisionen gesetzlich niedergelegt werden.¹⁶⁵ Ihm zufolge war die starke Belastung der Revisionsgerichte vornehmlich durch die Notwendigkeit hervorgeufen worden, jede formell zulässige Revision durch Hauptverhandlung zu erledigen, selbst wenn ihre Unbegründetheit ohne Zweifel feststehe. Gerade der Hauptverhandlungstermin zögerte sich bei der starken Belastung der Revisionsgerichte oft auf Monate hinaus.¹⁶⁶ Die dargestellte Rechtsprechung, unbegründete, in erster Linie einer Verschleppungsabsicht entspringende Revisionen¹⁶⁷ als unzulässig zu verwerfen, sollte mit Einführung der „Lex Lobe“ als Ausnahmvorschrift legalisiert werden.¹⁶⁸ Allein solche Revisionen, bei denen die Unbegründetheit offensichtlich zutage liege, seien von der Notwendigkeit der Erledigung durch förmliche Hauptverhandlung ausgenommen.¹⁶⁹ Dafür sollte die einfache Mehrheit der Senatsmitglieder genügen. Von Beginn an umfasste der Entwurf nicht nur Angeklagtenrevisionen, sondern auch solche der Staatsanwaltschaft.¹⁷⁰ Die Abgeordneten *Levi* und *Hoffmann* wurden mit ihrem Antrag, die Neufassung des § 389 RStPO zu streichen, nicht gehört;¹⁷¹ Zustimmung fand aber das Ersuchen, dieses vereinfachende Verfahren auf das Reichsgericht zu beschränken¹⁷² und lediglich bei Einstimmigkeit des erken-

¹⁶⁴ Der Entwurf sah gem. Art. IV Ziff. 1 vor: „In § 389 I werden hinter dem Worte ‚beobachtet‘ die Worte ‚oder ist die Revision offensichtlich unbegründet‘ eingefügt; ferner treten an die Stelle der Worte ‚als unzulässig‘ die Worte ‚im ersten Falle als unzulässig, im zweiten als unbegründet‘.“, siehe StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 374, S. 4887.

¹⁶⁵ RGBI. 1922 I, S. 569, insb. S. 570; *Lobe*, JW 1925, 1612.

¹⁶⁶ RT-Drucks. Nr. 4450, StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 374, S. 4890.

¹⁶⁷ Dass der Entwurf überwiegend solche Fälle betreffen sollte, bekräftigte Ministerialdirektor *Oegg* im Plenum des Reichstags, siehe StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 356, S. 8253 f.

¹⁶⁸ *Kruse*, S. 11; *Fezer*, StV 2007, 42.

¹⁶⁹ StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 356, S. 8254.

¹⁷⁰ *Wimmer*, NJW 1950, 201, bemerkt, solche hätten explizit vom Beschlussverfahren ausgenommen werden müssen.

¹⁷¹ *Oegg* in StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 356, S. 8254.

¹⁷² Dies erfolgte zum Bedauern von *Weber*, DJZ 1927, 80 („leider“).

nenden Senats anzuwenden. Das Gesetz wurde mit diesen Einschränkungen am 8.7.1922 erlassen und trat bereits im darauffolgenden Monat in Kraft. Es lautete:

„(1) Erachtet das Revisionsgericht die Bestimmungen über die Einlegung der Revision oder über die Anbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verwerfen. Das gleiche ist der Fall, wenn das Reichsgericht über die Revision zu entscheiden hat und die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erklärt wird.

(2) Andernfalls wird über das Rechtsmittel durch Urteil entschieden.“¹⁷³

Schon früh war diese Entwicklung diversen Angriffen ausgesetzt. *Herzberg* – Mitglied der Kommunistischen Partei Deutschlands – befürchtete, die Regelung etabliere eine Klassenjustiz und monierte, sie verfolge den Hauptzweck, politisch unliebsamen Angeklagten stillschweigend die letzte Instanz abschneiden zu können. Diese Kritik wurde auf eine vorwiegend politische Motivation zurückgeführt.¹⁷⁴ Aber auch weitere Kontroversen entwickelten sich in den folgenden Jahren, insbesondere um die Auslegung des Begriffs der „offensichtlichen Unbegründetheit“.¹⁷⁵

¹⁷³ RGBl. I, S. 570. Fügt sich Abs. 1, S. 2 auch nicht korrekt in den Text ein (soll eine „offensichtlich unbegründete“ Revision doch nicht als unzulässig – wie es der Verweis auf S. 1 vermuten lassen könnte – sondern als unbegründet verworfen werden), so liege darin lediglich ein für jedermann erkenntliches unbeachtliches Redaktionsversehen. Dazu *Stoll*, S. 34, m. w. N.

¹⁷⁴ *StenBer d. Verh. d. Reichst.*, Bd. 356, S. 8252 f.; eingehend dazu *Stoll*, S. 32 f. (Fn. 6).

¹⁷⁵ Solche waren u. a. Folge der Entscheidung RG, JW 1925, 1403, die laut *Kahl*, JW 1925, 1406, die Missbrauchsmöglichkeit nahelegt. Sogar seitens *Lobe*, JW 1925, 1612, bestand die Besorgnis einer ausufernden Anwendung dieser indes „außerordentlich segensreichen“ Vorschrift, auf die er deshalb nicht verzichten wolle.

e) Reformbestrebungen ab der Emminger-Reform bis zur späten Nachkriegszeit¹⁷⁶

aa) Reformbestrebungen im Hinblick auf die Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts

Bereits kurz nach der Jahrhundertwende wurden vereinzelte Forderungen erhoben, die Revision in ihrer Ausgestaltung von 1877 einer Erweiterung zuzuführen. So plädierte *Mannheim*¹⁷⁷ etwa für die Zulassung der Rüge der Aktenwidrigkeit¹⁷⁸.

Ihren ersten Höhepunkt fanden die Reformbestrebungen zu Zeiten des nationalsozialistischen Regimes, das eine Gesamtreform des Strafverfahrensrechts anvisierte. Die Revision sollte als „Urteilsrüge“ umgestaltet werden, da das „gesetzesstaatliche Normdenken“ zugunsten des „gesunden Volksempfindens“ als überholt galt.¹⁷⁹ Vorgesehen war, die Trennung von Tat- und Rechtsfrage weitgehend zu beseitigen. Das tatrichterliche Urteil sollte daraufhin einer Prüfung unterzogen werden, ob es auf einem Verfahrensfehler beruhte, ob es wegen eines Fehlers bei der Anwendung des Rechts auf die festgestellten Tatsachen oder bei der Ausübung des richterlichen Ermessens ungerecht wäre beziehungsweise ob ein „so schweres Bedenken“ gegen die Richtigkeit der tatsächlichen Feststellungen bestünde, das eine neue Entscheidung notwendig erscheinen ließe.¹⁸⁰ Trotz Rügebegründungspflicht sollte das Urteilsrügegericht auch einen nicht gerügten Mangel berücksichtigen können;¹⁸¹ ferner war beabsichtigt, auf Antrag der Staatsanwaltschaft eine Beweisaufnahme zuzulassen.¹⁸² Auf absolute Revisionsgründe sollte verzichtet werden. Auf diesem Wege er-

¹⁷⁶ Zu den zahlreichen umgesetzten Reformen der StPO von 1877 bis 2012 nur: *Zwiehoff, Gabriele*: „Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen der Strafprozessordnung und strafverfahrensrechtlicher Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes – Materialien zur Geschichte der Strafprozessordnung und der Strafgerichtsverfassung – Sammlung der Änderungsgesetze“, Münster, 2013.

¹⁷⁷ *Mannheim*, S. 181 ff.

¹⁷⁸ Eine Aktenwidrigkeit liegt nach *Mannheim*, S. 183, u. a. vor, wenn eine in den Prozessschriften enthaltene oder zu Protokoll erklärte und mit Angabe der Beweismittel unterstützte Tatsache, die eine entgegengesetzte Entscheidung begründen würde, in den Urteilsgründen gar nicht erwähnt sei. Näher dazu auch *Fischinger*, Cüppers-GS, S. 146 f.; *Fezer*, Reform, S. 198 ff.; *Teyssen*, JR 1978, 311 f.

¹⁷⁹ *Sturm*, DR 1939, 57; *Franke*, LR-StPO, vor § 333, Rn. 16.

¹⁸⁰ §§ 331 ff. des StPO-Entwurfs von 1939, abgedr. bei *Schubert*, S. 341 ff.

¹⁸¹ Siehe § 341 II 2 des StPO Entwurfs von 1939, abgedr. bei *Schubert*, S. 342.

¹⁸² Siehe § 340 II 1 des StPO Entwurfs von 1939, abgedr. bei *Schubert*, S. 342.

strebte man, die Führerexekutive in der Justiz abzusichern sowie mittels Rezipierung des Rechtseinheitszweckes die nationalsozialistische Ideologie zu festigen und weiterzutragen.¹⁸³ Mit Ausbruch des Zweiten Weltkriegs zerschlugen sich diese Reformvorhaben.

bb) Reformbestrebungen im Hinblick auf die Entscheidungsform im Rahmen der Revision

Die Gesetzesfassung der „Lex Lobe“ von 1922 sollte nicht lange bestehen bleiben. Durch (Not-) Verordnung vom 6.10.1931¹⁸⁴ hatte man den Oberlandesgerichten – verschiedentlichen Forderungen aus Praxis und Schrifttum folgend¹⁸⁵ – nunmehr doch die Möglichkeit der Beschlussverwerfung eröffnet, da diese infolge der Emmingerschen Justizreform über den größten Teil der Revisionen zu entscheiden hatten.¹⁸⁶ Ein nie in Gesetzesform gegossener Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch von 1930 hatte – ebenfalls bereits die Oberlandesgerichte mit einbeziehend – zwischenzeitlich noch vorgesehen, die Beschlussverwerfung auf gewisse Fälle auszudehnen. § 349 I StPO sollte danach folgende Fassung erhalten:

„Erachtet das Revisionsgericht die Bestimmungen über die Einlegung der Revision oder über die Anbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verwerfen. Es kann auch durch Beschluß entscheiden, wenn es die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet hält oder wenn das Urteil nur wegen der Entscheidung über die Kosten oder insoweit angefochten ist, als es einen Ausspruch über die Urteilsbekanntmachung, die Einziehung, Verfallerklärung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung oder über die Anrechnung der Untersu-

¹⁸³ Die Rechtseinheit war Instrument des Gleichschaltungsprozesses der NS-Ideologie, so Braum, S. 159 ff.

¹⁸⁴ „Dritte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen“, RGBl. I, 537.

¹⁸⁵ Siehe etwa Weber, DJZ 1927, 80; Lang, LZ 1928, 295.

¹⁸⁶ Vogel, S. 20. Stoll, S. 34/35, weist auf die lediglich mittelbare Auswirkung der Emminger-Verordnung hin. Siehe dazu auch in aller Ausführlichkeit Vormbaum, S. 85 ff., sowie Braum, S. 103 ff.

*chungshaft, einer anderen Freiheitsentziehung oder einer im Ausland erlittenen Bestrafung enthält oder nicht enthält.*¹⁸⁷

Bedenken dahingehend, die Oberlandesgerichte könnten zu bereitwillig von der Anwendung der Vorschrift Gebrauch machen, sollten sich der Entwurfsbegründung zufolge angesichts der damaligen Fassung des § 122a GVG zerstreuen, der „die Oberlandesgerichte zur genauen Beachtung der amtlich veröffentlichten Rechtsprechung des Reichsgerichts“ zwang.¹⁸⁸

Zu Zeiten des Nationalsozialismus wurde keine Änderung der bestehenden Vorschriften angestrengt. Dem Ruf nach einer Aufhebung des Einstimmigkeitserfordernisses¹⁸⁹ konnte aufgrund nachdrücklichen Widerstandes¹⁹⁰ im Hinblick auf die daraus vermeintlich resultierenden Gefahren für die Rechtspflege nicht zum Durchbruch verholfen werden. Auch die kriegsbedingte „Verordnung zur weiteren Kräfteersparnis“, wonach einzelnen Mitgliedern die Befugnisse des gesamten Senats übertragen werden konnten, trennte sich nicht von dem Erfordernis einer einstimmigen Beurteilung.¹⁹¹ In den nachkriegszeitlichen Westzonen galt die Vorschrift übereinstimmend in der britischen und der amerikanischen Zone; auf französischem Gebiet hingegen konnte eine Verwerfung als unbegründet nur durch Urteil erfolgen.¹⁹² Erst mit Gesetz vom 12.9.1950 wurde – unter nunmehr auch gesetzlicher Einbeziehung der Oberlandesgerichte – der damalige § 349 StPO¹⁹³ wie folgt neugefasst:

„(1) Erachtet das Revisionsgericht die Vorschriften über die Einlegung der Revision oder über die Anbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verwerfen.

(2) Das gleiche ist der Fall, wenn das Revisionsgericht die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erachtet.

¹⁸⁷ „Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz“, abgedr. in StenBer d. Verh. d. Reichst., 4. Wahlperiode, 1928/30,20, Nr. 190, S. 38 f.

¹⁸⁸ StenBer d. Verh. d. Reichst., 4. Wahlperiode, 1928/30,20, S. 94; siehe RGBl. I, 537 f.

¹⁸⁹ § 316 II des StPO-Entwurfs von 1936 sah die Abschaffung des Merkmals noch vor, siehe *Schubert*, StPO, S. 61.

¹⁹⁰ U. a. durch *Lehmann*, Gürtner, S. 407.

¹⁹¹ RGBl. I, S. 346 v. 29.05.1943, Art. 1.

¹⁹² *Wimmer*, NJW 1950, 201.

¹⁹³ Die Umbenennung erfolgte im Rahmen der „Lex Emminger“ von 1924.

(3) *Andernfalls wird über das Rechtsmittel durch Urteil entschieden.*¹⁹⁴

Die Kritik der Anwaltschaft, von § 349 II StPO würde ohne Zurückhaltung Gebrauch gemacht, setzte sich in den Nachkriegsjahren fort.¹⁹⁵ Die Verwerfung von Revisionen als „offensichtlich unbegründet“ wurde als eine „Ohrfeige“ empfunden;¹⁹⁶ sie habe die Wirkung einer Rechtsverweigerung¹⁹⁷. Dem wurde insbesondere durch die (Revisions-) Richterschaft entgegengehalten, die Verteidiger erfüllten die ihr vom Gesetz durch § 345 II StPO zugedachte Aufgabe nicht, aussichtslose Revisionen zurückzuhalten; man müsse der von „Rechtsunkenntnis, Flüchtigkeit und Denkfaulheit strotzenden Revisionschriften“ Herr werden.¹⁹⁸ Verständnis für die vermeintlich „wenig rechtsstaatliche Einrichtung“ wurde daher von gleicher Seite entgegengebracht mit der Prämisse, diese müsse „mit Takt und einer gewissen Zurückhaltung gehandhabt werden“. Nichtsdestotrotz gestand man sich auch in diesen Kreisen die vielerseits behauptete Missbrauchsgefahr ein.¹⁹⁹ Weitgehende Einigkeit bestand darin, die Beschlussverwerfung verkörpere an sich ein unerlässliches Institut, ihre Ausgestaltung bedürfe jedoch einer Reform.²⁰⁰

Nach dem Regierungsentwurf zum Strafprozessänderungsgesetz sollte der Beschwerdeführer als Reaktion auf die geäußerte Kritik zukünftig nicht mehr mit der Verwerfung als „offensichtlich unbegründet“ überrascht werden.²⁰¹ Er sah vor, derartige Beschlussverwerfungen nur noch auf Antrag der (Revisions-)

¹⁹⁴ „Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts“, BGBl. 1950 I, 629, 664. Eingehend zu dieser Neuregelung *Braun*, S. 211 ff.

¹⁹⁵ U. a. von *Stackelberg*, AnwBl. 1959, 203, und NJW 1960, 506; *Stoll*, S. 42, m. w. N.

¹⁹⁶ *Wüst*, AnwBl. 1959, 218.

¹⁹⁷ Erstmals von *Kahl*, JW 1925, 1406, als solche bezeichnet; befürwortend von *Stackelberg*, AnwBl. 1959, 203.

¹⁹⁸ *Sarstedt*, JR 1960, 1; *Stoll*, S. 42 f.

¹⁹⁹ *Sarstedt*, S. 275.

²⁰⁰ BT-Drucks. 4/178, S. 43; *Römer*, MDR 1984, 354; *Vogel*, S. 22, m. w. N.

²⁰¹ BT-Drucks. 3/2037 (Art. 9): „(1) In § 349 werden die Absätze 2 und 3 durch folgende Absätze 2 bis 4 ersetzt: (2) Das Revisionsgericht kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft auch dann durch Beschluß entscheiden, wenn es die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erachtet. (3) Die Staatsanwaltschaft teilt den Antrag nach Absatz 2 dem Beschwerdeführer mit. Die Mitteilung soll mit einer kurzen Begründung versehen werden, wenn es sachdienlich ist. Der Beschwerdeführer kann binnen einer Woche eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen. (4) Wendet das Revisionsgericht Absatz 1 oder 2 nicht an, so entscheidet es über das Rechtsmittel durch Urteil.“

Staatsanwaltschaft erfolgen zu lassen, der dem Beschwerdeführer mitgeteilt werden solle, damit dieser binnen einer Woche Gelegenheit erhalte, sich dazu zu äußern. Ein Begründungserfordernis auf Seiten der Staatsanwaltschaft wurde kontrovers diskutiert²⁰² und sollte zunächst an die Bedingung der „Sachdienlichkeit“ geknüpft werden. Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer stimmte dem Entwurf zu, sofern das Sachdienlichkeitserfordernis gestrichen sowie die vorgesehene Frist zur Berücksichtigung der Verhältnisse im Anwaltsberuf²⁰³ um eine Woche verlängert würde.²⁰⁴ Dem entsprechend trat § 349 II, III StPO aufgrund des Strafprozessänderungsgesetzes vom 19.12.1964 am 1.4.1965 in der noch heute geltenden Fassung in Kraft.²⁰⁵

Mit der aufgezeigten Reform wurde gleichzeitig der heutige § 349 IV StPO eingeführt, der eine Urteilsaufhebung durch Beschluss bei zugunsten des Angeklagten eingelegten begründeten Revisionen vorsieht. Vormalig war eine solche Urteilsaufhebung vorgesehen, wenn das Gericht das zugunsten oder auch zuungunsten des Angeklagten eingelegte Rechtsmittel einstimmig für – „offensichtlich“ – begründet erklärte.²⁰⁶ Insbesondere die Urteilsaufhebung zu Lasten des Angeklagten wurde damals beanstandet.²⁰⁷ Man befand einheitlich, die Re-

²⁰² Der Bundesrat hielt eine Begründung des Antrags für „kaum möglich“ – sie würde in der Praxis „schematisch und floskelhaft“ erfolgen. Dem Erfordernis der Gehörgewährung sei durch die Antragsmitteilung Genüge getan, siehe BT-Drucks. 4/2459, S. 3.

²⁰³ *Schmidt-Leichner*, AnwBl. 1961, 35.

²⁰⁴ Kurzprotokolle über die 38. Tagung des Strafrechtsausschusses der BRAK vom 13.-15. Mai 1960 in Wiesbaden, S. 113.

²⁰⁵ BGBl. 1964 I, S. 1067, 1078. *Kuckein*, KK-StPO, § 349, Rn. 1, sieht die ursprünglichen Bedenken, die aus verfassungsrechtlicher Sicht gegen die frühere Regelung erhoben wurden (siehe hierzu BVerfG, JZ 1958, 433 ff., m. Anm. *Peters* sowie die Darstellung bei *Jagusch*, NJW 1960, 74 f.) durch die Neufassung ausgeräumt.

²⁰⁶ § 14 der vierten Vereinfachungsverordnung vom 13.12.1944 in RGBl. 1944 I, S. 339, 341. Zur Häufigkeit solcher Urteilsaufhebungen *Seibert*, MDR 1965, 266: „so selten (...) wie glückliche Tage“. Eingehend zu dieser Problematik auch *Hülle*, NJW 1952, 411 f., der sich für eine Wiedereinführung dieser Regelung ausspricht unter der Bedingung, eine Urteilsaufhebung könne nur zugunsten des Angekl. erfolgen (S. 412).

²⁰⁷ Im Verfahren OGH, BZ v. 26.11.1949, StS 458/49, wurde auf Revision der StA hin ein freisprechendes Urteil aufgehoben und der Angekl. wiederum durch Beschluss wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit schuldig gesprochen. Dazu auch *Hartung*, DRZ 1950, 220: Er findet es bedenklich, dass das angefochtene Urteil bei einer Bewertung der Revision als „offensichtlich begründet“ angetastet würde, was bei einer Verwerfung nicht der Fall sei. Dadurch würde die trichterliche Autorität angegriffen. A. A. *Hülle*, NJW 1952, 412, demzufolge dem Angekl. in jedem Falle bescheinigt wird, der Trichter habe sich trotz besten Bemühens geirrt. Es würde dadurch nichts veruscht.

gelung habe die an sie gestellten Erwartungen nicht erfüllt.²⁰⁸ Mit der Reformierung im Zuge des Vereinheitlichungsgesetzes von 1950 wurde diese Bestimmung beseitigt und 1965 ohne das Offensichtlichkeitsmerkmal wieder eingearbeitet.²⁰⁹

cc) Exkurs: „Offensichtlich unbegründete“ Berufungen

Am Rande sei auf die Verordnung vom 16.5.1942²¹⁰ hingewiesen, die auch den Berufungsgerichten das Beschlussverfahren (ausdrücklich ohne Begründungserfordernis) zubilligte, soweit sie Berufungen als „offensichtlich unbegründet“ erachteten. Ein Einstimmigkeitserfordernis sah die Regelung hingegen nicht vor. Gleichwohl konnte sie im Gegensatz zur gleichlaufenden Vorschrift im Revisionsrecht mangels Unanfechtbarkeit des Beschlusses als weniger einschneidend angesehen werden.²¹¹ 1950 wurde sie indes wieder beseitigt.²¹² Im Jahr 1993 trat der heutige § 313 StPO²¹³ in Kraft, nach dessen Absatz 1 die Berufung im Bereich der Bagatellkriminalität eingeschränkt wird und für einen näher umschriebenen Kreis von Freisprüchen und Einstellungen eine zusätzliche Zulassungsvoraussetzung in Gestalt einer Annahme vorsehen soll. Absatz 2 schreibt als Zulässigkeitsregelung die Berufungsannahme vor, wenn sie „nicht offensichtlich unbegründet“ ist, womit jenes Merkmal auch hier – diesmal als negatives Kriterium – Einzug in die Strafprozessordnung fand. Hintergrund dieser Reform war abermals das Bestreben, überflüssige (Berufungs-) Hauptverhandlungen zu vermeiden.²¹⁴

²⁰⁸ Dies ergab sich nicht zuletzt aufgrund eines nachkriegszeitlichen Vergleiches von zwei verschiedenen Versionen des § 349 StPO in den drei sich bildenden Westzonen; siehe die Nachweise bei *Stoll*, S. 40 f.

²⁰⁹ Dies erfolgte jedoch ohne Angabe von Gründen, siehe *Hülle*, NJW 1952, 411.

²¹⁰ RGBl. 1942 I, S. 333 f.: § 6 S. 1 der „Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege und des Kostenrechts“.

²¹¹ Gegen einen Verwerfungsbeschluss konnte immer dann sofortige Beschwerde eingelegt werden, wenn gegen ein Urteil desselben Inhalts auch Revision hätte eingelegt werden können, siehe § 6 S. 2 der Verordnung.

²¹² Art. 2 I Nr. 76 zu § 519b ZPO der Novelle von 1950, abgedr. in BGBl. I 1950, S. 474.

²¹³ BGBl. I, S. 50: „Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege“ vom 11.1.1993.

²¹⁴ BT-Drucks. 12/1217, S. 38 ff. Siehe auch § 322a StPO, wonach ohne Hauptverhandlung entschieden wird.

f) Die Reformdiskussion ab der späten Nachkriegszeit

Insbesondere der Umstand der fehlenden Berufungsmöglichkeit gegen Strafammer- und Schwurgerichtsurteile löste die Reformbestrebungen ab der späten Nachkriegszeit aus. Der Revision sollte die Aufgabe zugewiesen werden, diese Lücke im Rechtsmittelsystem zu füllen.²¹⁵ So kam der Vorschlag auf, sie auf die Rüge unlösbarer Widersprüche zwischen Feststellungen und Protokoll, auf offensichtliche Fehler bei der Beweiswürdigung und auf offensichtlich zur Wiederaufnahme geeignete Tatsachen zu erstrecken. Überdies sollten „schwerwiegende Bedenken“²¹⁶ gegen die Feststellungen erhoben werden können.²¹⁷ Vornehmlich letzteres Kriterium fand unentwegt Eingang in die darauf folgenden Reformanregungen. Die Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes strebte im Zuge einer Abschaffung der Berufung²¹⁸ die Zulassung der Revision „gegen die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Feststellungen oder gegen die Verhängung der Rechtsfolgen“ an, wenn „deshalb auch gegen das Urteil schwerwiegende Bedenken“ bestünden.²¹⁹ Nachdem die Pläne zur Etablierung eines dreistufigen Gerichtsaufbaus²²⁰ aufgegeben wurden, auf denen der vorgenannte Entwurf basierte, trachtete man danach, wiederum unter Wegfall der Berufung das Rechtsmittelsystem neu zu ordnen und abermals die Revision

²¹⁵ *Seetzen*, ZRP 1975, 288; *Franke*, LR-StPO, vor § 333, Rn. 17.

²¹⁶ Eingehend dazu *Fezer*, Reform, S. 180 ff.

²¹⁷ Siehe Denkschrift, Leitsätze 12 und 13, S. 34 ff., und die dbzgl. Auseinandersetzung bei *Kaiser*, ZRP 1972, 277 f.

²¹⁸ Dazu *Fuhrmann*, JR 1972, 5; *Seetzen*, ZRP 1975, 288. Gegen die Berufung wurden bereits seit längerem Bedenken erhoben, siehe *Tröndle*, GA 1967, 176, 181, 182. Letzterem zufolge sollte zumindest § 325 StPO als „recht fragwürdiges Ding“ gestrichen werden. Krit. in dieser Hins. *Kaiser*, ZRP 1972, 275, demzufolge sich § 325 StPO in der Praxis nicht nachteilig ausgewirkt hat.

²¹⁹ *Fezer*, Reform, S. 12. Die Vorschläge sind nicht veröffentlicht.

²²⁰ Eingehender *Hanack*, Schwinge-FS, S. 183 ff., *Kregel*, JR 1972, 269 ff., und *Fuhrmann*, JR 1972, 4 f.: Ausgangspunkt dieser Bestrebungen war die der Gleichwertigkeit aller Rechtsprechungsaufgaben vermeintlich wenig gerecht werdende bestehende Aufteilung der erstinstanzlichen Zuständigkeit auf verschiedene Gerichte („Viergliedrigkeit“), ebenso aber auch der Wunsch nach größerer Transparenz und Vereinheitlichung der Rechtspflege, nach Rationalisierung des Arbeitsaufwandes und nach Verfahrensbeschleunigung. Danach sollte sich die gesamte erstinstanzliche Zuständigkeit unter Wegfall des AG auf das LG zentrieren, um gegen alle Urteile der ersten Instanz die Berufung an das OLG zuzulassen. Die Berufungsurteile sollten grds. mit der Revision an den BGH anfechtbar sein. Auf Anregung des Bundesrats ohne Erfolg erörtert wurde diese Frage noch in den Jahren 1994/1995, siehe BT-Drucks. 13/7992, und im Jahr 2003, siehe BT-Drucks. 15/1491, S. 14.

zu einer „Urteilsrüge“ umzugestalten.²²¹ Unbeschadet der Beibehaltung der Unterscheidung zwischen Sach- und Verfahrensrüge, des Rügebegründungszwangs, der zwingenden Aufhebungsgründe sowie der Möglichkeiten einer Rechtsmittelbeschränkung wurde wiederum auf das Kriterium der „schwerwiegenden Bedenken“ hinsichtlich der Richtigkeit der Feststellungen beziehungsweise der Rechtsfolgenbestimmung abgestellt. Eine in Grenzen mögliche Beweisaufnahme sollte sich nach dem Verfahren des ersten Rechtszugs richten.²²² Die Reformdiskussionen kulminierten im Rahmen der Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages im Jahr 1978.²²³ Mit großer Mehrheit verworfen wurden dort Bestrebungen, unter Abschaffung der Berufung ein Einheitsrechtsmittel einzuführen sowie dem Revisionsgericht die Möglichkeit eigener (ergänzender) Beweiserhebung zuzugestehen.²²⁴ Auch das Kriterium der „schwerwiegenden Bedenken“ stieß schlussendlich auf Ablehnung.²²⁵ Damit galten die Reformvorhaben zunächst als weitgehend gescheitert.

g) Die Erweiterung der Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts durch die Rechtsprechung

Der langjährige Müßiggang des Gesetzgebers im Hinblick auf eine Erweiterung der Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts lenkt das Augenmerk auf die Rechtsprechung, die sich demgegenüber keineswegs durch Passivität auszeichnete. Die rechtspolitisch diskutierte Ausweitung der Revision, vornehmlich in Bezug auf die Revisibilität von Tatsachenfeststellungen, erfuhr in der Judikatur eine eigene Ausformung. Sollten Tatsachen nach dem Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung weitgehend keiner Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht unterzogen werden können,²²⁶ wurde die Auslegung des Merkmals der „Gesetzesverletzung“ zu Weimarer Zeiten auf Grundlage empirischen Wissens

²²¹ So der Entwurf zum „DE-RechtsmittelG“, siehe hierzu *Rieß*, DRiZ 1976, 4 ff., und *Teyssen*, JR 1978, 309 ff.

²²² §§ 312 ff. des Entwurfs DE-RechtsmittelG, S. 10 ff.

²²³ Siehe den Bericht und die Beschlüsse zur Abteilung Strafprozess in NJW 1978, 2186 f., 2192 f.

²²⁴ Insb. die partielle Überprüfung der Feststellungen greife zu einseitig in ihr Gefüge ein, so *Dahs*, NJW 1978, 1556.

²²⁵ Als Grund hierfür wird überwiegend die Skepsis angeführt, eine erweiterte Revision gesetzlich festzuschreiben, da die Rspr. diese Problematik zumindest ausreichend behandeln könne, so *Franke*, LR-StPO, vor § 333, Rn. 19.

²²⁶ *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 249.

auf die Verletzung von Denkgesetzen und allgemeinen Erfahrungssätzen ausgedehnt.²²⁷ Diese sind Gegenstand der Sachrüge²²⁸, mit deren Erhebung die Kontrolle der zutreffenden Anwendung des materiellen Rechts auf den festgestellten Sachverhalt angestrebt wird.²²⁹ Zu ihrer Geltendmachung genügt auch heute noch die ausdrückliche oder konkludente²³⁰ Erklärung, die Verletzung materiellen (sachlichen) Rechts werde gerügt.²³¹ Die Etablierung einer solch erweiterten Überprüfungsmöglichkeit stellte lediglich den Beginn einer fortschreitenden Entwicklung dar. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts führte schon im Jahr 1924 zu einer Neufassung der Vorschrift des § 244 StPO, auf deren Absatz 2 später die Zulässigkeit der sogenannten „Aufklärungsrüge“ als Verfahrensrüge²³² gestützt wurde, die als Kontrollinstrument der Sachverhaltsfeststellungen fungieren sollte. Dem Verteidiger wurde auf diese Weise ein Mittel zur Verfügung gestellt, die Nichtberücksichtigung von Beweisermittlungsanträgen und überraschende Feststellungen im Urteil anzugreifen.²³³ Allmählich wandte man sich zudem der Prüfung zu, ob im Verlaufe seiner Beweiswürdigung eine Auseinandersetzung des Tatrichters mit naheliegenden abweichenden Erklärungen, Geschehensabläufen und Sachverhaltsgestaltungen erfolgte.²³⁴ Kann dies den Urteilsgründen nicht entnommen werden – weisen jene also Lücken oder Unklarheiten auf –, soll allein aus diesem Grund die Urteilsaufhebung gerechtfertigt sein.²³⁵ Überwiegend, aber nicht unumstritten, wird angenommen, die zu einer solchen Kontrolle führende „Darstellungsrüge“ sei mit der Sachrüge geltend zu machen.²³⁶ Unter anderem die aufgezeigten Erweiterungen im Bereich der Sachrüge führten zu einer gegenläufigen Ent-

²²⁷ RGSt 61, 151, 154; 64, 250, 251; BGHSt 3, 213, 215; 6, 70, 72 ff.; *Frisch*, SK-StPO, § 337 Rn. 133 ff.; *Fezer*, Reform, S. 114 ff. *Braum*, S. 124 ff., führt diese Entwicklung u. a. auf die Stabilisierung der Kontrolle gesellschaftlicher Ordnung zurück.

²²⁸ Befürwortend *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 133. Zur Schwierigkeit der systematischen Eingliederung dieser Verstöße *Fezer*, Reform, S. 94 ff.

²²⁹ *Kuckein*, KK-StPO, § 344, Rn. 25.

²³⁰ BGH, NStZ 1993, 31; BGH, NStZ-RR 1998, 18; BGH, NStZ-RR 2000, 294, 295; *Frisch*, SK-StPO, § 344, Rn. 74.

²³¹ *Frisch*, SK-StPO, § 344, Rn. 76 ff.

²³² BGH, NStZ 1984, 329, 330.

²³³ *Peters*, Schäfer-FS, S. 140 f.

²³⁴ Schon RGSt 71, 25, 26; 73, 246, 248; BGHSt 3, 213, 214 f.; 12, 311, 312, 314 ff.; *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 130 ff.; *Fezer*, Reform, S. 130 ff., insb. zur Abgrenzung zur Darstellungsrüge.

²³⁵ *Fezer*, Reform, S. 130; *Jähnke*, Hanack-FS, S. 362.

²³⁶ Dazu *Fezer*, Hanack-FS, S. 334 f. Krit. *Rieß*, GA 1978, 259, 274 f., der den Verstoß gegen eine verfahrensrechtliche Pflicht dogmatisch als ebenso naheliegend bewertet.

wicklung bei der Verfahrensrüge. Diese wurde durch die Aufstellung zusätzlicher Anforderungen an die Zulässigkeit ihrer Erhebung (mittels Anwendung der sogenannten „Rechtskreistheorie“²³⁷ beziehungsweise aufgrund der Möglichkeiten einer Rügepräklusion²³⁸) sowie an ihre Begründung eingeschränkt. Die ausgedehnten Zugriffsmöglichkeiten auf die Tatsachenfeststellungen machen die Erhebung der Verfahrensrüge zu diesem Zweck heute weitgehend entbehrlich.²³⁹ Kritik gegen die Etablierung einer solchen Rechtsprechungspraxis wird hauptsächlich dergestalt vorgebracht, das Revisionsrecht begeben seiner Konturen und Berechenbarkeit, da eine klare Differenzierung zwischen Sach- und Verfahrensrüge zunehmend erschwert werde.²⁴⁰ Vor allem die Chancen einer Revision seien für den Revisionsführer nunmehr undurchsichtig, da die Revisionsgerichte die dargestellte Entwicklung unterschiedlich handhabten²⁴¹. Indes wird diese als so kraftvoll und von einer „inneren Notwendigkeit getragen“ beschrieben, dass sie nicht mehr rückgängig gemacht werden könne,²⁴² womit Beanstandungen zwar nicht zu leugnen, wohl aber hinzunehmen sind.

Auch der Bereich der Rechtsfolgenbestimmung, der lange als Domäne des Tatrichters galt²⁴³, wurde konstant aufgeweicht und einer revisionsgerichtlichen Kontrolle zugeführt. Nicht nur kann eine Überprüfung erfolgen, ob der Tatrichter die zahlreichen Vorschriften zur Strafzumessung befolgt hat; die Kontrolle der Bestimmung der Strafhöhe innerhalb des Strafrahmens im Angesicht des

²³⁷ Diese besagt, die Rüge gewisser Verfahrensverstöße sei dann ausgeschlossen, wenn die entsprechenden Verfahrensvorschriften nicht dem Schutz des Angekl., sondern anderer Personen dienen, siehe nur BGHSt 11, 213 ff.

²³⁸ Dazu zählen v. a. der Zwischenrechtsbehelf nach § 238 II StPO (zur Präklusionswirkung schon RGSt 71, 21, 23; zu ihren Begrenzungen *Frister*, SK-StPO, § 238, Rn. 40 ff.) und die sog. „Widerspruchslösung“ (dazu *Kuhn*, JA 2010, 891 ff.). Die aktuelle Problematik zusammenfassend: *Mosbacher*, NStZ 2011, 606 ff.

²³⁹ *Frisch*, SK-StPO, vor § 333, Rn. 11; *Rieß*, Hanack-FS, S. 407 ff.; *Wohlers*, Strafverteidigertag, S. 107 f.; *Braum*, S. 130 f.

²⁴⁰ *Franke*, LR-StPO, vor § 333, Rn. 11.

²⁴¹ Siehe etwa *Fezer*, Reform, S. 172; *Otto*, NJW 1978, 1 f.; *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 304; *Albrecht*, NStZ 1983, 492; *Herdegen*, StV 1992, 527; *Neuhaus*, StV 2001, 223 („Kaffeesatzlesen“); *Schlothauer*, StV 2004, 343.

²⁴² So *Fezer*, Hanack-FS, S. 340, und StV 2007, 40; *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 337, Rn. 26; *Rieß*, Hanack-FS, S. 408; dies gutheißen *Wohlers*, Strafverteidigertag, S. 106 f.

²⁴³ RG, JW 1937, 3301; *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 250 f., 259.

Gewichts der Tat und der vergleichbaren gerichtlichen Praxis ist ebenfalls symptomatisch für die weitgehende Öffnung eines revisiblen Bereichs.²⁴⁴

Nicht weniger prägnante Erweiterungen sind im Rahmen der (begrenzten) Sachentscheidungskompetenzen des Revisionsgerichts bezüglich der Rechtsfolgenbestimmung zu verzeichnen. § 354 I StPO sieht für Gesetzesverletzungen bei Bestehenbleiben der Feststellungen vor, das Revisionsgericht habe selbst auf Freispruch, Einstellung, eine absolut bestimmte Strafe oder – bei vorherigem Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft – auf die gesetzlich niedrigste Strafe beziehungsweise auf das Absehen von Strafe zu erkennen. Die Vorschrift hat in der Praxis kontinuierlich eine analoge Anwendung erfahren. Diese soll dann möglich sein, wenn eine eigene Entscheidung ohne Änderung oder Ergänzung der tatrichterlichen Feststellungen getroffen werden könne. Das betrifft im Wesentlichen Schuldspruchberichtigungen, die oft mit einer Zurückverweisung zur neuen Verhandlung über die Rechtsfolgen einhergehen, sowie die Aufrechterhaltung des Strafausspruchs trotz Rechtsfehlern bei der Strafzumessung.²⁴⁵ Während offensichtliche Versehen bereits nicht unter die Kategorie der Schuldspruchberichtigungen fallen,²⁴⁶ soll das Revisionsgericht den Schuldspruch in der Weise ändern können, als es einen vom Tatrichter tateinheitlich angenommenen rechtlichen Gesichtspunkt ersatzlos streicht²⁴⁷ oder es umgekehrt einer Verurteilung einen neuen – übersehenen oder irrtümlich nicht herangezogenen – rechtlichen Aspekt hinzufügt²⁴⁸ beziehungsweise die angewandte Strafvorschrift durch eine andere ersetzt²⁴⁹ oder eine bestimmte Verurteilung in eine wahldeutige umgewandelt wird²⁵⁰.²⁵¹ Ebenfalls in entsprechen-

²⁴⁴ BGHSt 27, 2 ff.; BGH, NStZ 1994, 494 f.; *Zipf*, S. 183 ff.; *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 170 ff.

²⁴⁵ BVerfG, NStZ 2001, 187, 188.

²⁴⁶ Z. B. RGSt 54, 203, 205; 54, 290, 291; BGH, JZ 1952, 282; BGH, NStZ 2000, 386; BGH, NJW 2009, 528 f.

²⁴⁷ BGH, NJW 1957, 1845, 1846; BGH, NJW 1964, 210, 212; BGH, NJW 1985, 3032, 3033.

²⁴⁸ BGH, NJW 1958, 1692; BGH, NStZ 1982, 27.

²⁴⁹ BGH, NJW 1964, 736, 737 f.; BGH, NStZ 2008, 278. Hiervon ist auch die Berichtigung hin zu einer Verurteilung wegen eines Qualifikationstatbestandes statt des vom Tatrichter angenommenen Grundtatbestandes umfasst oder umgekehrt eine Verurteilung nur wegen des Grundtatbestandes statt der vom Tatrichter angenommenen Qualifikation, siehe BGH, NJW 2006, 1822, 1824; BGH, NStZ 2008, 279, 280.

²⁵⁰ BGH, NJW 1973, 1466, 1467; BGH, NStZ 2008, 281, 282.

²⁵¹ Voraussetzung seien jedoch eine zulässig und erfolgreich erhobene Sachrüge sowie prozessual ordnungsgemäß zustande gekommene und vollständige Feststellungen. Überdies müsse der geänderte Schuldvorwurf bereits von der Anklage erfasst oder der An-

der Anwendung soll es ihm nicht verwehrt sein, in begrenztem Umfang am Ausspruch über die Rechtsfolgen der Tat selbst Korrekturen vorzunehmen, indem es etwa Einzel- und Gesamtfreiheitsstrafen neu festsetzt, wenn es das Konkurrenzverhältnis ändert.²⁵² Dogmatisch weniger an § 354 StPO, sondern an § 337 StPO anknüpfend, wird in der Folgezeit auch ein fehlender Beruhenszusammenhang als Rechtfertigung für eine Durchentscheidungskompetenz in der Revision angesehen, wenn sich ausschließen lasse, der Tatrichter hätte bei Zugrundelegung eines richtigen (veränderten) Schuldspruchs oder ohne den sonstigen Fehler auf eine andere Strafe erkannt.²⁵³ Teilweise wird die Grundlage für eine eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts nicht einmal offengelegt.²⁵⁴

h) Zwischenfazit: Die freie Beweiswürdigung im Wandel – „Konstruktionsfehler“ des Gesetzgebers

Diese Entwicklungen rekapitulierend hat sich die Judikatur von dem Dogma einer rein rechtlichen Überprüfung durch das Revisionsgericht, ehemals durch die Doktrin der „intime conviction“ und damit einhergehenden nicht begründeten Beweiswürdigungsentscheidungen heraufbeschworen, kontinuierlich entfernt. Nicht zufällig bildete die Abschaffung des echten Schwurgerichts damit den Auftakt für die aufgezeigten Bestrebungen von Rechtspolitik und Rechtsprechung.

Der rechtswissenschaftlichen Diskussion nach 1820 und vergangenen partikularrechtlichen Gesetzesfassungen konnte aber bereits die Vorstellung entnommen werden, die Freiheit der Beweiswürdigung sei ausschließlich als Befreiung von bindenden gesetzlichen Beweisregeln²⁵⁵ zu verstehen, dagegen nicht von den Regeln der Logik oder von jeglicher Rechenschaftspflicht und

gekl. wenigstens in der Hauptverhandlung vor dem Tatrichter auf den veränderten rechtlichen Gesichtspunkt gem. § 265 StPO hingewiesen worden sein, so *Gericke*, KK-StPO, § 354, Rn. 15, und *Wohlers*, SK-StPO, § 354, Rn. 24 f.

²⁵² BVerfGK 3, 20; BGH, 22.10.1991 – 5 StR 478/91; BGH, NStZ 1996, 296 f.; BGH, 17.7.2007 – 4 StR 220/07.

²⁵³ RGSt 39, 155, 158; BGH, NStZ 1992, 297; BGH, NJW 1990, 1921, 1923; BGH, NJW 1996, 857, 864.

²⁵⁴ So etwa bei BGH, 12.10.2005 – 1 StR 364/05.

²⁵⁵ Krit. zum Begriff der „Beweisregel“ heute *Meurer*, *Oehler-FS*, S. 360 ff.

Kontrollmöglichkeit.²⁵⁶ § 19 des Preußischen Gesetzes von 1846 sah beispielsweise vor, der Richter sei verpflichtet, „unter genauer Prüfung der Beweise“ seine Überzeugung zu bilden und seine Gründe im Urteil anzugeben.²⁵⁷ Art. 252 der Strafprozessordnung der Schwarzburgischen Fürstenthümer von 1854 lautete ferner:

*„Das Gericht hat die in der Hauptverhandlung vorgeführten Beweismittel in Ansehung ihrer Glaubwürdigkeit, sowohl einzeln als in ihrem Zusammenwirken, sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen. Es entscheiden aber über die Frage, ob eine Thatsache als erwiesen anzunehmen sey oder nicht, keine gesetzlichen Beweisregeln, sondern die freie, aus der gewissenhaften Prüfung gewonnene Überzeugung der abstimmenden Mitglieder des Gerichtes.“*²⁵⁸

Die These, es handele sich um eine rein subjektive Entscheidung, fand schon bei frühen Vertretern wenig Widerhall.²⁵⁹ Der Gesetzgeber der Reichsstrafprozessordnung hat den Grundsatz der „freien Beweiswürdigung“ nicht mehr diskutiert.²⁶⁰ Ob dieser sich der Bindungen und Regeln des Beweiswürdigungsvorganges in aller Deutlichkeit bewusst war, ist freilich zweifelhaft. Zwar sah § 317 RStPO zunächst vor, das Gericht könne die Sache zur neuen Verhandlung vor das Schwurgericht verweisen, wenn es der Ansicht sei, die Geschworenen hätten sich in der Hauptsache zum Nachteil des Angeklagten geirrt. Dieser Irrtum müsste sich nach dem damaligen System gerade auf deren subjektive Beurteilung der Tat in *tatsächlicher* Hinsicht bezogen haben, womit die Vorschrift jedenfalls als Ausdruck von Skepsis gegenüber einer begründungslosen und damit unüberprüfbaren Würdigungsentscheidung verstanden werden

²⁵⁶ Darauf weist Fezer, StV 1995, 95 ff., nachdrücklich hin. Zur bis heute aktuellen Diskussion zw. einerseits rein subj. und andererseits ausschließlich rationalistischen Interpretationen der Beweiswürdigung: Danziger, S. 147 ff. Dabei werden die Extrempositionen auf beiden Seiten nicht mehr vertreten, sondern differierenden vermittelnden Ansichten zugeführt.

²⁵⁷ Abgedr. bei Schubert/Regge, S. 1493.

²⁵⁸ So die amtliche Ausgabe: „Strafprozeßordnung, Gebührentaxe für Verhandlungen in Strafsachen und Gesetz vom 9. Dezember 1854, die Abänderung der Strafprozeßordnung und der Gebührentaxe betreffend, für das Großherzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach und die Fürstenthümer Schwarzburg-Rudolstadt und Schwarzburg-Sondershausen“, Weimar, 1855, S. 65.

²⁵⁹ Mittermaier, Gesetzgebung, S. 480 f., 485 f.; Zachariae, Bd. 2, S. 409. Hieran änderte sich auch nach Erlass der RStPO nichts, siehe z. B. Geyer, Holtzendorff, S. 194.

²⁶⁰ Hahn, Bd. 3, Abt. I, S. 872 (ohne Debatte angenommen).

kann²⁶¹. Während die dargestellten partikularrechtlichen Normierungen den Beweiswürdigungsvorgang noch zu konkretisieren versuchten, fehlen solche in der bis heute im Wortlaut unverändert gebliebenen Regelung der Reichsstrafprozessordnung gänzlich. Früher wie heute enthielten § 267 I StPO und seine 1877 entsprechende Vorschrift²⁶² auch gegenüber Parallelvorschriften anderer Verfahrensordnungen²⁶³ keine Verpflichtung des Tatrichters, die Beweiswürdigung und ihre Grundlagen im Urteil darzustellen.²⁶⁴ Insbesondere ging der Gesetzgeber der Reichsstrafprozessordnung davon aus, die Beweiswürdigung sei als eine rein tatrichterliche Angelegenheit der revisionsgerichtlichen Überprüfung von vornherein völlig entzogen;²⁶⁵ eine Kontrolle des „Wahrspruchs“ der Geschworenen im klassischen Schwurgericht war per se nicht vorgesehen. Diese „Fehlentwicklung“²⁶⁶ weist Bezüge bis in die gegenwärtige Rechtsprechung und Literatur auf, die das Element der Freiheit stets als subjektiven persönlichen Freiraum charakterisieren, der zunächst als Grundsatz formuliert, dann jedoch durch Einschränkungen oder Bindungen eingedämmt wird. Die bis heute maßgebende Entscheidung gibt vor:

„Freie Beweiswürdigung bedeutet, daß es (...) allein darauf ankommt, ob der Tatrichter die Überzeugung von einem bestimmten Sachverhalt erlangt hat oder nicht; diese persönliche Gewißheit ist für die Verurteilung notwendig, aber auch genügend.“²⁶⁷

²⁶¹ Rieß, Hanack-FS, S. 405.

²⁶² § 266 I RStPO bei Hahn, Bd. 3, Abt. 2, S. 2434: „Wird der Angeklagte verurteilt, so müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Thatsachen angeben, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden. Insoweit der Beweis aus anderen Thatsachen gefolgert wird, sollen auch diese Thatsachen angegeben werden.“

²⁶³ Siehe etwa § 259 der ZPO von 1877 bei Hahn, Bd. 2, Abt. 2, S. 1654: „[1] Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind. [2] An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.“

²⁶⁴ Dazu Meurer, Kirchner-FS, S. 249 ff.

²⁶⁵ Hahn, Bd. 3, Abt. I, S. 249 f. Fezer, StV 1995, 95 f., vermutet dahinter die einseitige Orientierung am Geschworenen-Wahrspruch sowie eine „blauäugige Unterschätzung“ der damals neuen Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit.

²⁶⁶ Eine solche ebenfalls annehmend Wilhelm, ZStW 117 (2005), 162 f.

²⁶⁷ BGH, NJW 1957, 1039.

Ein verallgemeinerungsfähiger Grundsatz kann dieser Aussage angesichts der zahlreichen Limitierungen allerdings keineswegs entnommen werden. Vielmehr wird der Eindruck erweckt, jene fest verwurzelte Definition werde inzwischen von einem Konstrukt zahlreicher Ausnahmen beherrscht. Unbestreitbarerweise unterliegt die „freie Beweiswürdigung“ nach alledem Einschränkungen auf rationaler Grundlage, weshalb der Revisionsrichter sowohl für die Tat als auch für die Rechtsfolgenfrage eine nicht zu verachtende Mitverantwortung trägt.²⁶⁸ So ambitioniert man in der Theorie danach trachtet, die Tat- von der Rechtsfrage zu trennen,²⁶⁹ kommt bereits im diesbezüglich missglückten Versuch des deutschen Schwurgerichtssystems und nicht zuletzt in der heutigen Judikatur die unweigerliche Tendenz hin zu einer Verrechtlichung der Tatsachenbeurteilung zum Ausdruck.²⁷⁰

i) Das erste Justizmodernisierungsgesetz und seine Folgen

Nachdem die dargestellte Praxis eigener Sachentscheidungen des Revisionsgerichts in Anbetracht der Grenzen der gesetzlichen Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht beziehungsweise im Hinblick auf Art. 101 I 2 GG mehrfach durch das Bundesverfassungsgericht in Frage gestellt wurde²⁷¹, reagierte der Gesetzgeber im Jahr 2004 mit der Einführung der Absätze 1a und 1b des § 354 StPO²⁷². Nach seiner Intention²⁷³ sollte die Vorschrift Zurückverweisungen an die Vorinstanz wegen solcher Fehler vermeiden, die ohne neue Tatsachenfeststellungen unschwer in der Revisionsinstanz behoben werden könnten. Das geltende Recht sei schwerfällig, da sich herausgestellt habe, es komme bei unverändertem Schuldspruch und Zurückverweisung wegen der Strafzumessung häufig zu nicht wesentlich anderen Rechtsfolgenentscheidun-

²⁶⁸ *Frisch*, SK-StPO, vor § 333, Rn. 6. Dies befürwortend *Fezer*, StV 1995, 100 f., und *Hanack-FS*, S. 334.

²⁶⁹ *Neumann*, GA 1988, 387 ff. Eine Verschlingung von Tat- und Rechtsfrage ablehnend *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 13 ff.

²⁷⁰ Ebenso u. a. *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 10; *Freund*, Meyer-Goßner-FS, S. 417 f.; *Sommer*, Rieß-FS, S. 596 ff.

²⁷¹ Siehe BVerfG, NStZ 2004, 273; BVerfGK 3, 20.

²⁷² BGBl. I, S. 2198, zurückgehend auf einen Entwurf von 1996 (BT-Drucks. 13/4541, S. 25).

²⁷³ Siehe BT-Drucks. 15/3482, S. 21 f.

gen.²⁷⁴ Die Möglichkeit, von der Aufhebung eines Urteils abzusehen, sollte durch Absatz 1a Satz 1 „behutsam erweitert“ werden, wenn das Revisionsgericht die verhängte Rechtsfolge als „angemessen“ beurteilt. Da es sich „der Sache nach um eine Verwerfung des Rechtsmittels“ handle, könne „die Entscheidung des Revisionsgerichts bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen im Beschlusswege nach § 349 II StPO getroffen werden“. Absatz 1a Satz 2 soll demgegenüber eine angemessene Herabsetzung der Rechtsfolgen ermöglichen; zur Wahrung der Gleichbehandlung sei diese Entscheidungsvariante jedoch von einem Antrag der Staatsanwaltschaft abhängig zu machen und hat nach dem gesetzgeberischen Willen „durch Urteil“ zu geschehen²⁷⁵. Bei Rechtsfehlern, die ausschließlich die Bildung einer Gesamtstrafe betreffen, versetzt Absatz 1b Satz 1 das Revisionsgericht in die Lage, den neuen Tatrichter auf eine Entscheidung im Beschlusswege nach den §§ 460, 462 StPO zu verweisen. Absatz 1b Satz 2 sieht eine Verweisung auf das Beschlussverfahren auch vor, wenn das Revisionsgericht hinsichtlich der Einzelstrafe nach den Absätzen 1 oder 1a selbst entscheidet. Die Verweisung in Absatz 3 auf die vorgenannten Absätze verdeutlicht, dass die dort bezeichneten Möglichkeiten der eigenen Entscheidung über eine Gesamtstrafe unberührt bleiben.

In der Folgezeit dieser von der Praxis dankbar aufgenommenen²⁷⁶ Gesetzesnovellierung verlor die analoge Anwendung des Absatzes 1 nicht gänzlich an Bedeutung. Soweit eine Sachentscheidung zulässigerweise darauf gestützt werden konnte, war das Revisionsgericht frei, unabhängig von Absatz 1a eine eigene Entscheidung zu treffen.²⁷⁷ Die Judikatur scheute sich gleichfalls nicht davor, Absatz 1a ebenfalls einer analogen Anwendung zuzuführen.²⁷⁸

Verfassungsrechtliche Bedenken erhob im Jahr 2007 hingegen das Bundesverfassungsgericht²⁷⁹, das sich zum einen mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 354 Ia StPO und zum anderen mit der Zulässigkeit von revisionsgerichtlichen Schuldspruchberichtigungen auf Grundlage dieser Vorschrift be-

²⁷⁴ So schon BT-Drucks. 13/4541, S. 25. Dabei ist unklar, ob der Gesetzgeber nur die prae-
ter legem entwickelte Praxis kodifizieren oder eine darüber hinausgehende Ausdehnung
erreichen wollte, siehe *Wohlers*, SK-StPO, § 354, Rn. 2, m. w. N.

²⁷⁵ BGH, NSTZ 2005, 705.

²⁷⁶ Nach *Köberer*, Hamm-FS, S. 306, im Jahr 2006 bereits in annähernd jeder 20. Ent-
scheidung.

²⁷⁷ Siehe nur *Wohlers*, SK-StPO, § 354, Rn. 43 ff.

²⁷⁸ BGH, NJW 2005, 912, wo die Gesamtfreiheitsstrafe „in zumindest entsprechender An-
wendung“ bestehen blieb.

²⁷⁹ BVerfG, NJW 2007, 2977 ff.

fasste. Es erklärte die Norm lediglich unter folgenden Prämissen für mit Art. 6 I EMRK verfassungskonform: Dem Gericht müsse für seine Entscheidung ein zutreffend ermittelter, vollständiger und aktueller Strafzumessungssachverhalt zur Verfügung stehen²⁸⁰. Sie müsse jedenfalls dann begründet werden, wenn die für die Strafzumessung relevanten Umstände und deren konkretes Gewicht dem Angeklagten sonst nicht nachvollziehbar wären. Außerdem sei eine eigene Strafzumessungsentscheidung ausgeschlossen, wenn zugleich eine neue Entscheidung über einen – fehlerhaften – Schuldspruch erfolgen müsse. Um insbesondere einen lückenlosen Strafzumessungssachverhalt zu gewährleisten, sei in Zukunft ein – zur Verfahrensbeschleunigung wenn möglich schriftliches²⁸¹ – Anhörungsverfahren durchzuführen, das dem Angeklagten Gelegenheit zur Stellungnahme einräume, um das Revisionsgericht über möglicherweise unzureichende oder nicht mehr aktuelle Strafzumessungstatsachen informieren zu können. Aus diesem Grund habe es diesen auf die aus seiner Sicht für eine Sachentscheidung nach § 354 Ia 1 StPO sprechenden Gründe hinzuweisen.²⁸² Im Hinblick auf die Problematik der Beibehaltung von Rechtsfolgen im Falle von Schuldspruchberichtigungen bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf den Wortlaut, der die Anwendung des Absatzes 1a „nur“ bei einer Gesetzesverletzung anlässlich der Zumessung der Rechtsfolgen gestatte. Dies schließe eine gleichzeitige Entscheidung über den Schuldspruch aus.

²⁸⁰ Als Gründe für einen defizitären Sachverhalt werden Fehler in der Sachverhaltsaufklärung genannt, aber auch die Tatsache, dass AGe und LGe wegen § 267 III 1 StPO nicht zu vollständiger und abschließender Dokumentation ihrer Strafzumessungsgründe verpflichtet seien sowie strafzumessungsrelevante Faktoren, die nach Verkündung des tatrichterlichen Urteils eingetreten seien und die ein neues Tatgericht, würde das Revisionsgericht von einer eigenen Sachentscheidung absehen und nach § 354 II StPO verfahren, u.U. zugunsten des Angekl. berücksichtigen müsste. Nicht zuletzt ließen sich die tatsächlichen Grundlagen einer Strafzumessungsentscheidung z. T. nicht mit der Genauigkeit und Vollständigkeit verschriftlichen wie andere Merkmale strafrechtlicher Sachverhalte, siehe BVerfG, NJW 2007, 2979.

²⁸¹ Dazu das BVerfG, NJW 2007, 2980: „Das Informations- und Anhörungsverfahren muss kein mündliches sein. Das RevGer. ist nicht gehalten, eine eigene Rechtsfolgenentscheidung nur nach Durchführung einer zeitintensiven Revisionshauptverhandlung zu treffen. Hinweis und Anhörung können – entsprechend der Möglichkeit des RevGer., außerhalb einer Hauptverhandlung im Schriftwege durch Beschluss zu entscheiden – schriftlich erfolgen.“

²⁸² Eines derartigen Hinweises bedürfe es nur dann nicht, wenn – etwa wegen eines mit Gründen versehenen Antrags der StA, auf den das Revisionsgericht seine Entscheidung stützen will – angenommen werden könne, der Angekl. habe Kenntnis von einer im Raum stehenden Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts erlangt, so BVerfG, NJW 2007, 2980.

2. Der Revisionszweck

a) Die Zwecke der Revision im Einzelnen

aa) Rechtseinheit

Während die Rechtspflege aufgrund der in Art. 97 GG postulierten richterlichen Unabhängigkeit konstitutionell uneinheitlich ist,²⁸³ wird als bedeutender Revisionszweck die Wahrung der Rechtseinheit angesehen.²⁸⁴ Historisch betrachtet ist dies zunächst auf das Vorbild der französischen Kassation zurückzuführen; vor allem lässt sich eine derartige Zweckausrichtung aufgrund des Verlangens nach Überwindung der Rechtszersplitterung durch die Partikularrechte im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde erklären. Nach der Rechtseinheitsthese hat das der grundsätzlich rechtlichen Überprüfung verpflichtete Revisionsgericht für eine einheitliche Handhabung von verfahrensrechtlichen Vorschriften Sorge zu tragen und Meinungsverschiedenheiten bei der Anwendung materiellen Rechts möglichst zu vermeiden.²⁸⁵ Damit wird einem entscheidenden Element der Rechtssicherheit als übergeordnetem Strafverfahrenszweck Rechnung getragen. Von der Wahrung der Rechtseinheit Begünstigte sollen sowohl der Staatsbürger als auch die Untergerichte sein.²⁸⁶ Über das historische Argument hinaus stützen sich Vertreter dieser Zwecklehre auf den Wortlaut des § 132 IV GVG, aber auch auf Art. 3 I GG²⁸⁷ sowie auf die Überlegung, das Revisionsgericht wirke mit seinen Urteilen normkonkretisierend und müsse daher die gesamte Rechtsentwicklung betrachten. Aufgrund dieser Verantwortung als „Quasi-Gesetzgeber“ habe es allgemeingültige Aussagen zu treffen.²⁸⁸ Das staatliche Interesse an der Herstellung von Rechtseinheit werde gleichermaßen durch die Existenz von Großen Senaten sowie durch die Pflicht der Oberlan-

²⁸³ Ebenso BVerfGE 78, 123, 126.

²⁸⁴ *Schwinge*, S. 26; *Vogel*, S. 29; *Langer*, Meyer-Goßner-FS, S. 499, 504, 508; *Frisch*, SK-StPO, vor § 333, Rn. 14; *Kuckein*, KK-StPO, vor § 333, Rn. 2. Auch *Rosenau* Kritik, Widmaier-FS, S. 534 f., es existierten andere Möglichkeiten zur Wahrung der Rechtseinheit, eröffnet keine Zweifel, dass die jetzige Ausgestaltung der Revision diesen Zweck erfüllt.

²⁸⁵ *Kuckein*, KK-StPO, Vorb. § 333, Rn. 2.

²⁸⁶ *Schwinge*, S. 49.

²⁸⁷ So *Peters*, ZStW 57 (1938), 58 f.

²⁸⁸ *Rosenau*, Widmaier-FS, S. 534 f.

desgerichte deutlich, bei geplanten abweichenden Entscheidungen die betreffenden Fälle dem Bundesgerichtshof vorzulegen.²⁸⁹

Die These von der Wahrung der Rechtseinheit ist wenigen Angriffen ausgesetzt. Nur vereinzelt wird vorgetragen, die Entstehungsgeschichte der Strafprozessordnung widerlege diese Theorie insofern, als das damalige Ziel schon längst erreicht worden sei.²⁹⁰ Allerdings lässt sie sich nicht nur entwicklungs-geschichtlich, sondern nunmehr auch von Gesetzes wegen sowie teleologisch erklären. Des Weiteren steht in Frage, wo der Rechtseinheitszweck seine Grenzen findet. *Schwinge* möchte diesen auf Rechtsfragen mit Richtliniencharakter, die Muster für künftige Entscheidungen vorgeben, beschränken.²⁹¹ Damit ist hingegen nicht zwingend eine restriktive Interpretation verbunden, muss doch einerseits der Orientierung des Rechtsmittelführers, andererseits aber auch derjenigen der Untergerichte verlässlich gedient sein.

bb) Einzelfallgerechtigkeit

Zu dem Streben nach Gerechtigkeit als Strafverfahrenszweck dürfen sich Revisionsrichter jedenfalls nicht in Widerspruch setzen. Eine darüber hinausgehende gezielte Bemühung um die Schaffung von Einzelfallgerechtigkeit in der Revisionsinstanz lässt sich indes kaum abstreiten.²⁹² Entwicklungsgeschichtlich ist dies zunächst mit der revisionsrechtlichen Abkehr von einer an der französischen Kassation orientierten Rechtsmittelausgestaltung zu begründen. Dem Rechtsmittelführer kommt es gerade darauf an, mit Hilfe der Revision eine Änderung des als ungerecht empfundenen Richterspruchs zu erzielen. Wenngleich die im Einzelfall gerechte nicht zwingend mit einer den Angeklagten begünstigenden Entscheidung gleichzusetzen ist, hat sich das Revisionsgericht dieser legitimen Erwartungen doch anzunehmen²⁹³. Nicht nur die fehlende Beru-

²⁸⁹ Siehe § 121 II GVG; *Schünemann*, JA 1982, 73.

²⁹⁰ *Peters*, S. 635; *Roxin*, § 55, Rn. 10.

²⁹¹ So *Schwinge*, S. 48 ff.

²⁹² *Schwinge*, S. 26; *Langer*, Meyer-Goßner-FS, S. 499, 504, 508; *Hamm*, Rn. 13, demzufolge die Revision mit der Zeit "im Dienste der Einzelfallgerechtigkeit praktisch brauchbarer geworden" ist; *Frisch*, SK-StPO, vor § 333, Rn. 14.

²⁹³ *Schwinge*, S. 26; *Kuckein*, KK-StPO, Vorb. § 333, Rn. 4. *Langer*, Meyer-Goßner-FS, S. 501 begreift den Zweck der Einzelfallgerechtigkeit als Forderung nach strikter Anwendung des Gleichheitssatzes, wobei das Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln auch mit der Rechtsvereinheitlichung einhergeht; siehe auch *Cramer*, Salger-FS, S. 450.

fungsmöglichkeit in Land- und Schwurgerichtssachen verlangt danach²⁹⁴: Wenn Rechtsmittelführer nach gegenwärtigem Rechtszustand gehalten sind, auf eigene Kosten Revision einzulegen, sollten sie auch einen fühlbaren Nutzen daraus ziehen können.²⁹⁵ Die zuweilen angeführten Bedenken, die Gerechtigkeit im Einzelfall könne wegen beschränkter Mittel im Revisionsverfahren nur bruchstückhaft verwirklicht werden,²⁹⁶ lassen sich durch den Einwand zerstreuen, dass diese Zwecklehre keineswegs für sich in Anspruch nimmt, eine den Instanzgerichten gleichkommende, vollumfassende Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten.²⁹⁷ Wenn schon kein Anspruch auf eine dritte Instanz besteht,²⁹⁸ so kann einer dennoch existierenden nicht vorgeworfen werden, die Verfolgung bestimmter Strafverfahrenszwecke auszusparen, die ohne sie ohnehin nicht weiter verfolgt würden.²⁹⁹ Wenngleich ein bestehender Instanzenzug unter Rechtsschutzgesichtspunkten optimal ausgestaltet sein muss,³⁰⁰ könnte ein letztinstanzliches Rechtsmittel, das sich einer dritten Berufungsinstanz annäherte, insbesondere angesichts schwindender Beweismittelqualität kein Mehr an Einzelfallgerechtigkeit verwirklichen.³⁰¹ Der Grundstein für die Erfüllung der Strafverfahrenszwecke wird damit bereits durch die Vordergerichte gelegt; in der Revision werden sie berechtigterweise nur bedingt ausgefüllt.

cc) Rechtsfortbildung

Aus der mitunter als solcher bezeichneten „gesetzgeberähnlichen Stellung“ des Revisionsgerichts³⁰², insbesondere des Bundesgerichtshofs, soll nicht zuletzt seine Bestimmung folgen, im Sinne einer richterlichen Rechtsfortbildung neuen

²⁹⁴ *Fezer*, Hanack-FS, S. 332 ff.; *Rieß*, Hanack-FS, S. 402, der dieses Argument aber aufgrund der Erkenntnis der erweiterten Leistungsfähigkeit der Revision für die Tatsachenkontrolle wiederum relativiert.

²⁹⁵ *Mannheim*, S. 30.

²⁹⁶ *Rosenau*, Widmaier-FS, S. 536; *Roxin*, § 55, Rn. 10; *Knauer*, NStZ 2016, 7.

²⁹⁷ So schon *Peters*, ZStW 57 (1938), 60 f.; *Seibert*, DRZ 1948, 373. Gem. *Mannheim*, S. 31, lässt sich im Übrigen eine ausschließlich die Rechtseinheit wahrende Revision unabhängig vom jetzigen Konzept sehr wohl rechtfertigen.

²⁹⁸ Bereits BVerfGE 4, 74, 94 ff.; 6, 7, 12; 9, 223, 230; BGHSt 18, 238, 239 f.

²⁹⁹ So *Zipf*, S. 173. Ebenfalls *Langer*, Meyer-Goßner-FS, S. 505, der darüber hinaus verlangt, das Ziel der Revision müsse die Zwecke der staatlichen Strafverfolgung in ihrer Gesamtheit fördern. Sinngemäß auch *Rosenau*, Widmaier-FS, S. 540.

³⁰⁰ BVerfGE 35, 263, 274; 40, 272, 274 f.; 54, 94, 96 f.; sehr weit *Schünemann*, JA 1982, 71.

³⁰¹ So etwa auch *Pfitzner*, S. 8 f.

³⁰² *Rüthers*, JZ 2002, 366, und Rn. 711, sowie *Wohlbers*, Strafverteidigertag, S. 104: „Ersatzgesetzgeber“.

Entwicklungen und geänderten Anforderungen an die Strafrechtspflege durch entsprechende Auslegung der geltenden Gesetze Rechnung zu tragen.³⁰³

(1) Begriff und Erscheinungsform von Richterrecht und Gerichtsgebrauch

Die Begriffe Richterrecht und Gerichtsgebrauch werden hier synonym verwendet.³⁰⁴ *Larenz* versteht darunter eine allgemein geübte, übereinstimmende Rechtsprechung, die noch nicht zur Bildung eines Gewohnheitsrechts geführt habe, weil sie entweder von dem allgemeinen Rechtsbewusstsein noch nicht hinreichend aufgenommen worden oder sich noch nicht zu einer allgemeinen Verhaltensweise entwickelt habe.³⁰⁵ Die herrschende Ansicht unterscheidet in diesem Sinne drei Stufen von Richterrecht: die konkretisierende Gesetzesauslegung, die Rechtsfortbildung zur Lückenfüllung und die gesetzeskorrigierende Rechtsfortbildung.³⁰⁶ Als bis auf wenige Ausnahmen³⁰⁷ zulässig werden die ersten beiden Stufen beurteilt. Die Ausfüllung von Lücken ist allerdings im Hinblick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz nur bei Vorliegen der Analogievorsetzungen, insbesondere deutlich zum Vorschein tretender legislativer Planwidrigkeiten von Lücken, für weitgehend unbedenklich zu erklären. Gegenteiliges wird mit Recht hinsichtlich der dritten Stufe vertreten.³⁰⁸ Dazu wird vorgetragen, sie verstoße gegen die richterliche Gesetzesbindung nach Art. 20 III GG³⁰⁹ sowie Art. 97 I GG³¹⁰. Zudem sei das Demokratieprinzip berührt, da

³⁰³ *Schlothauer*, StV 2004, 342; *Kuckein*, KK-StPO, Vorb. § 333, Rn. 3; *Frisch*, SK-StPO, vor § 333, Rn. 14.

³⁰⁴ *Bydlinski*, JZ 1985, 149, setzt das Richterrecht mit den Begriffen Präjudizienrecht, Fallrecht und Gerichtsgebrauch gleich. Nach *Bringewat*, ZStW 84 (1972), 597, verfestigt sich Richterrecht erst durch ständigen Gerichtsgebrauch. Andere wiederum trennen die Begriffe, ohne etwaige Unterschiede zu erläutern, wie *Esser*, von Hippel-FS, S. 95, oder *Rüthers*, Rn. 236 ff.

³⁰⁵ *Larenz*, NJW 1951, 497.

³⁰⁶ So *Krey*, JZ 1978, 361, und ZStW 101 (1989), 839, m. w. N.; *Günther*, NJW 1982, 356 f.

³⁰⁷ So soll Rechtsfortbildung in Fällen von Grundrechtsberührung erschwert sein, siehe etwa BVerfGE 20, 45, 50; 29, 183, 195 f.; 36, 264, 271, bei Inhaftierungsvoraussetzungen; generell *Krey*, ZStW 101 (1989), 854 f.

³⁰⁸ U. a. BVerfG, NJW 2011, 836, 837; *Krebs*, JuS 2013, S. 97; *Larenz*, NJW 1951, 498; *Henckel*, JZ 1987, 209, 212 f.

³⁰⁹ *Henckel*, JZ 1987, 210; *Krey*, ZStW 101 (1989), 863; *Kissel*, NJW 1982, 1779 f.; *Ipsen*, DVBl. 1984, 1104; *Mayer-Maly*, JZ 1986, 561.

³¹⁰ *Ipsen*, DVBl. 1984, 1104; *Kissel*, NJW 1982, 1779 f.; *Krey*, JZ 1978, 363, 465 f., und ZStW 101 (1989), 864; *Raiser*, ZRP 1985, 117.

die Legislative unmittelbar, der Richter allerdings nur mittelbar legitimiert sei.³¹¹ Hinzu trete ein Verstoß gegen die Gewaltenteilung in Gestalt der Normsetzungsprärogative der Ersten Gewalt³¹² und der „institutionell-organisatorischen“ Überlegenheit des Gesetzgebers gegenüber dem Richter bei der Normbildung³¹³. Nicht zuletzt sprechen auch die Aspekte der Rechtssicherheit und des Schutzes des Bürgers vor richterlicher Willkür im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips für die Bindung der Judikatur an das verfassungsgemäße Gesetz.³¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht, das die Rechtsfortbildung durchweg als „schöpferische Rechtsfindung“ bezeichnet, beschäftigte sich zunächst und in erster Linie mit dem Phänomen der gesetzlichen Lücke.³¹⁵ In seiner neueren Judikatur statuiert es hingegen ausdrücklich das Verbot, die verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung durch Rechtsfindung contra legem zu überschreiten.³¹⁶ Gegenstimmen berufen sich auf die Undurchführbarkeit der Abgrenzung von zweiter und dritter Stufe richterlicher Rechtsfortbildung³¹⁷, auf einen vermeintlichen Vorrang von Juristen- sowie Richterrecht vor dem Gesetz³¹⁸ beziehungsweise von der persönlichen Gewissensentscheidung des Richters vor der gesetzlichen Wertung³¹⁹ oder auf die Vormachtstellung eines emanzipierten politischen Richters^{320, 321}. Jedoch dürfen Richter ihre Unabhängigkeit gerade nur deswegen beanspruchen, weil und soweit sie die Gesetzesbindung und damit den Souverän achten, in dessen Namen sie Recht sprechen;

³¹¹ *Krey*, JZ 1978, 467, und ZStW 101 (1989), 864.

³¹² *Kriele*, DRiZ 1984, 227; *Picker*, JZ 1984, 153 ff.; *Wank*, JuS 1980, 551; *Ipsen*, DVBl. 1984, 1104, der aber auf Art. 100 I GG als Ausnahme hinweist; *Rüthers*, JZ 2002, 365, und JZ 2008, 448, verweist darauf, Judikative und Exekutive seien gem. Art. 20 III GG an „Gesetz und Recht“, die Legislative hingegen nur an die „verfassungsmäßige Ordnung“ gebunden.

³¹³ *Krey*, JZ 1978, 363, 467, und ZStW 101 (1989), 364; *Picker*, JZ 1984, 155 f.

³¹⁴ *Krey*, JZ 1978, 363, 467, m. w. N., und ZStW 101 (1989), 864; *Wank*, JuS 1980, 552 f.

³¹⁵ BVerfGE 34, 269, 280 ff., 286 ff.

³¹⁶ Siehe dazu BVerfGE 49, 304, 318, 324; 69, 315, 371 f.; *Krey*, ZStW 101 (1989), 865, mit Verweis auf die Bindungswirkung der genannten Entscheidungen gem. § 31 I BVerfGG für alle Gerichte.

³¹⁷ *Mennicken*, S. 100; *Esser*, S. 117, 177.

³¹⁸ *Esser*, von Hippel-FS, S. 113. *Rüthers*, JZ 2008, 449, zufolge kann das Gesetz nicht klüger sein als der Gesetzgeber.

³¹⁹ *Less*, S. 81 f., 106, 109; a. A. *Krey*, ZStW 101 (1989), 863. Letzterem zufolge muss der Richter, der seinem Gewissen nach einem verfassungsmäßigen Gesetz nicht gehorchen wolle, seine Entlassung aus dem Richterverhältnis beantragen.

³²⁰ U. a. *Wiethölter*, S. 1 ff., 6, 19.

³²¹ Zur weiteren Darstellung und Kritik siehe *Krey*, JZ 1978, 428 ff., und ZStW 101 (1989), 862 f.

der Richter verfügt über keine eigene Autorität.³²² Einer vermeintlich problematischen Abgrenzbarkeit von zweiter und dritter Stufe ist zudem mit den dazu in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Konzeptionen entgegenzutreten. Zusammengefasst ist danach eine richterliche Auflehnung gegen das Gesetz einmal anzunehmen, wenn Normtext und gesetzgeberischer Regelungszweck klar missachtet werden³²³; zum anderen erfolgt Rechtsfortbildung auf der dritten Stufe, wenn der Richter zwar nicht den Wortsinn des Gesetzes vernachlässigt, hingegen den gesetzgeberischen Regelungszweck in sein Gegenteil verkehrt³²⁴. Die Orientierung an Wortsinn und Gesetzeszweck entpuppt sich, soweit beide (was so wünschenswert wie vonnöten ist) hinreichend deutlich in Erscheinung treten, als taugliches Abgrenzungskriterium.³²⁵

(2) Rechtsquellenqualität

Aber auch jene, die Rechtsfortbildung auf der dritten Stufe als zulässig erachten, hätten weiterhin zu klären, ob eine derartige Praxis verbindliche Rechtsquellenqualität aufweisen könnte. Von der überwiegenden Ansicht wird dies abgelehnt.³²⁶ Präjudizien seien nur ein auf rechtssoziologischer Ebene fußendes Medium richterlicher Erkenntnis.³²⁷ Verbindlich sei nicht das Präjudiz als solches, sondern allein die in ihm ausgesprochene Maxime der Entscheidung, soweit sie auf einer zutreffenden Auslegung oder Ergänzung von Normen beruhe. Es sei nicht aus eigener Kraft bindend, sondern aus der Richtigkeit der entscheidenden Argumente, die aus der Rechtsordnung abgeleitet würden. Dies entfalte nur Bedeutung für eine Entscheidungsprognose.³²⁸ Auch die Bundesgerichte messen ihren Urteilen verbal keine Rechtssatzqualität bei.³²⁹ Aufgrund der schon angeklungenen faktischen Geltung von Präjudizien werden diese zum Teil aber als „Rechtsquelle minderen Rangs“ bezeichnet.³³⁰ Radikalere

³²² *Rüthers*, Rn. 708.

³²³ BVerfGE 8, 210, 220 a.E., 221; 18, 97, 111; 19, 248, 253; BGHSt 22, 146, 153; *Krey*, ZStW 101 (1989), 866, m. w. N.

³²⁴ Siehe etwa BVerfGE 8, 28, 33 f.; 48, 40, 46 f.; *Krey*, ZStW 101 (1989), 866.

³²⁵ *Krey*, JZ 1978, 368.

³²⁶ *Larenz*, S. 432; *Bringewat*, ZStW 84 (1972), 597; *Picker*, JZ 1988, 72 f.; *Krey*, ZStW 101 (1989), 840; *Sprau*, Palandt, Einleitung, Rn. 22.

³²⁷ *Larenz*, S. 432.

³²⁸ *Bydlinski*, JZ 1985, 150. *Kriele*, DRiZ 1984, 230, spricht von „Präjudizienvermutung“.

³²⁹ *Rüthers*, Rn. 237, mit Verweis auf AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 65.

³³⁰ *Larenz*, NJW 1951, 498.

Vertreter wiederum sehen keinen wesentlichen Unterschied zwischen gesetzlichen und richterlichen Normen³³¹ beziehungsweise erkennen ein richterliches Erkenntnismonopol an. Letzteren wurde bereits oben ablehnend begegnet und sie finden hier ebenfalls keine weitere Beachtung.³³² Als Hauptargument dürfte jedoch die Überlegung dienen, dass Gerichte bei Zubilligung des Richterrechts als Rechtsquelle nicht mehr von einer ständigen Rechtsprechung trotz Änderung der sozialen, politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse abweichen könnten und das Recht und die Judikatur somit erstarrten.³³³ Des Weiteren müssten die bestehenden Regelungen zum Vertrauensschutz uneingeschränkt gelten, wollte man dem Richterrecht Gesetzesqualität zubilligen. Anders als Gesetzesrecht nämlich kann Richterrecht grundsätzlich rückwirkend in Kraft treten³³⁴, wohingegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die im Hinblick auf Gesetze bestehenden Einschränkungen in Bezug auf Gerichtsentscheidungen nicht ohne Weiteres übertragen werden.³³⁵ Gesteht man jenen aber Gesetzesrang zu, müssten sie auch im Übrigen dem Gesetze gleichgestellt sein. Deutet die Kombination des Begriffspaares „Gesetz und Recht“ in Art. 20 III GG auf eine außergesetzliche verbindliche Rechtsquelle hin³³⁶, so kann doch mit Letzterer nach alledem nicht das Richterrecht (allein) gemeint

³³¹ Isay, S. 246.

³³² *Rüthers*, JZ 2002, 369 ff., macht dbzgl. auch auf die Art und Weise der Berufung der obersten Bundesrichter aufmerksam. Gem. Art. 95 II GG entscheidet darüber der zuständige Bundesminister gemeinsam mit einem sog. Richterwahlausschuss, der aus zuständigen Ministern der Länder sowie einer gleichen Anzahl von Mitgliedern besteht, die vom Bundestag gewählt werden. Die Verfassung mache damit deutlich, den Richtern der Bundesgerichte komme wegen ihres rechtspolitischen Einflusses auf die Entwicklung der Rechtsordnung eine spezielle demokratische Legitimation zu. *Rüthers* zeigt jedoch unter Anführung von Bsp. auf, dass nicht selten weniger die fachliche Qualifikation im Vordergrund stehe (was nach Art. 33 II GG der Fall sein sollte), sondern politische Hintergründe. Ihm zufolge ist die BRD daher von einem Gesetzesstaat zu einem Richterstaat mutiert. Auch *Kissel*, NJW 1982, 1780, bestreitet nicht, ebenso wenig wie *Henckel*, JZ 1987, 212, die Gefährlichkeit dieses Begriffspaares.

³³³ BVerfGE 18, 224, 240 f.; 59, 128, 165; *Bringewat*, ZStW 84 (1972), 601 f. *Bydlinski*, JZ 1985, 150, möchte eine Ausnahme für Situationen machen, in denen ein non liquet vorliege (S. 151 ff.). Dagegen entschieden *Picker*, JZ 1988, 72 f.

³³⁴ *Rüthers*, Rn. 249. *Leite*, GA 2014, 231 ff., spricht sich in Anlehnung an BVerfG, HRRS 2011, Nr. 737, für die Geltung eines eingeschränkten Rückwirkungsverbotes in Fällen „strafunrechtskonstituierender Dezision“ aus.

³³⁵ BVerfGE 18, 224, 240; 59, 128, 165. Zumindest aber soll eine an den Kriterien der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit umfassende Abwägung aller Gesichtspunkte erfolgen, die auch der Gesetzgeber bei einer ausdrücklichen Regelung bedenken würde, siehe BVerfGE 15, 226, 334; 59, 128, 166.

³³⁶ Dies erkennt auch *Rüthers*, Rn. 711 f., der jedoch die Divergenz zw. Art. 20 III GG („Gesetz und Recht“) und Art. 97 GG (lediglich „Gesetz“) problematisiert.

sein. Eine ständige Rechtsprechung könnte allenfalls dann gesetzesgleiche Verbindlichkeit erlangen, wenn sie zur Grundlage eines Gewohnheitsrechts würde.³³⁷

(3) Einwände gegen die Rechtsfortbildung als Revisionszweck

Die Funktion der Revision zur Rechtsfortbildung unterscheidet sich *Langer* zufolge aber insofern deutlich von den zuvor genannten Zielen, „als sie einerseits im Gesetzeswortlaut des § 132 IV GVG ausdrücklich geregelt und damit möglichen Kontroversen nicht gleichermaßen ausgesetzt“ sei wie jene, „andererseits jedoch nur in seltenen Ausnahmefällen geleistet werden“ müsse und daher „nicht genereller Revisionszweck“ sein könne.³³⁸ Angesichts der ebenfalls ausdrücklichen Erwähnung des Rechtseinheitszwecks in § 132 IV GVG ist nicht einzusehen, warum das Ziel der Rechtsfortbildung als Ausnahmefall gehandhabt werden soll.³³⁹ Die Zweckbestimmung von der Häufigkeit ihrer erwarteten Realisierung abhängig zu machen, geht wiederum fehl. Auch der Rechtseinheitszweck wird nicht deshalb obsolet, weil bereits Bereiche einheitlich gehandhabter Fälle existieren. Die sich dem Revisionsgericht für gewöhnlich seltener bietende Möglichkeit, das Recht fortzubilden, mindert deren Bedeutung freilich ebenso wenig. Diese gründet auf den Unzulänglichkeiten des Gesetzgebers, im Vorhinein den umfänglichen Anwendungsbereich neuer Gesetze sowie jegliche Eventualitäten zu prognostizieren.³⁴⁰ Umso notwendiger erscheint die Aufgabe des Revisionsgerichts, eventuell deutlich hervortretende Lücken auszufüllen, weil es gerade als letztinstanzliches Gericht dafür prädestiniert ist.

dd) Realistischer Rechtsschutz

Schünemann und *Roxin* begreifen demgegenüber die Gewährung eines „realistischen Rechtsschutzes“ als maßgeblichen Zweck der Revision.³⁴¹ Es könnten allein diejenigen Teile der tatrichterlichen Entscheidung zur Überprüfung ge-

³³⁷ BVerfG, NJW 1973, 696, 698; *Larenz*, S. 433; *Vogel*, S. 144; *Krebs*, JuS 2013, 97; *Sprau*, Palandt, Einleitung, Rn. 22.

³³⁸ *Langer*, Meyer-Goßner-FS, S. 500, 516.

³³⁹ So bemerkt auch *Pfützner*, S. 50, das Wesen der Revision müsse aus den gesetzlichen Bestimmungen abgeleitet werden.

³⁴⁰ BVerfGE 81, 242 f.; *Barton*, StV 2004, 335; krit. insoweit *Peters*, S. 635.

³⁴¹ *Schünemann*, JA 1982, 73; *Roxin*, § 55, Rn. 10.

stellt werden, die vom Zeitablauf (etwa hinsichtlich nachlassender Erinnerung beim Zeugenbeweis) unabhängig und daher nicht der natürlichen Domäne des tatnäheren Instanzrichters zuzuordnen seien. Es sei ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, dem Beschuldigten eine effektive Urteilskontrolle zu ermöglichen. Diese Ansicht deckt sich wohl³⁴² mit der einst von *Peters* begründeten sogenannten „Leistungsmethode“³⁴³, der die Grenzen der Revisibilität dort ansetzt, wo der Tatrichter zur Feststellung des Sachverhalts in unmittelbar mündlicher Verhandlung nach den Regeln des Strengbeweises verfahren müsste. Revisibel sei alles, was die Gestaltung des Revisionsverfahrens gestatte.

Abgesehen von der Unfähigkeit dieses Ansatzes, die Trennung der Tat- von der Rechtsfrage transparenter zu machen³⁴⁴, kann es nicht als Aufgabe des Revisionsgerichts angesehen werden, das Urteil so weitgehend zu prüfen, wie es ohne erneute Beweisaufnahme möglich wäre. Insofern enthält § 337 StPO die deutlich erkennbare Vorgabe einer rein rechtlichen Überprüfung, die im Wege einer Ausweitung auf das „irgendwie Leistbare“ bedenklich an Konturen verlore.³⁴⁵ Dadurch richtete sich fälschlicherweise die Aufgabe der Revisionsgerichte nach einer praktisch möglichen, aber gesetzlich nicht vorgesehenen Verfahrensgestaltung – die Revisionsinstanz verkäme zu einer „schlechten Berufungsinstanz“.³⁴⁶ Auch wären Urteile auf Grundlage der Leistungsmethode kaum in der Lage, Leitlinien vorzugeben.³⁴⁷ Das Kriterium der zeitlichen Nähe ist darüber hinaus jedenfalls bei Groß- und Umfangsverfahren realitätsfern.³⁴⁸ Beschränkte man die fragliche Theorie zu Recht darauf, dem Revisionsgericht unter vorstehenden Bedingungen nicht mehr abzuverlangen, als es von Gesetzes wegen zu leisten imstande ist, stellte diese keinen Zweck der Revision dar, sondern spiegelte lediglich ihre tatsächliche Beschaffenheit wider. Der Rechtsschutz an sich (ohne das Attribut „realistisch“) dürfte damit letztlich in dem

³⁴² *Frisch*, SK-StPO, vor § 333, Rn. 14.

³⁴³ *Peters*, ZStW 57 (1938), 69 ff.; diesem folgend *Eb. Schmidt*, § 337, Rn. 6 ff., und *Hamm*, StV 1987, 263.

³⁴⁴ *Franke*, LR-StPO, § 337, Rn. 3; *Neumann*, GA 1988, 389.

³⁴⁵ Die Vereinbarkeit der „Leistungsmethode“ mit dem Gesetz ebenfalls anzweifelnd *Wilhelm*, ZStW 117 (2005), 153.

³⁴⁶ *Franke*, LR-StPO, § 337, Rn. 3; zust.: *Maiwald*, AK-StPO, § 337, Rn. 5; *Neumann*, GA 1988, 389. *Rosenau*, Widmaier-FS, S. 537, bemerkt, der realistische Rechtsschutz sei „auch wenig real und nicht wirklich realisierbar“.

³⁴⁷ *Fezer*, Reform, S. 85.

³⁴⁸ *Knauer*, NStZ 2016, 8.

Zweck der Einzelfallgerechtigkeit aufgehen, vermag indes keine darüber hinausgehende Zweckrichtung zu begründen.³⁴⁹

ee) Disziplinierung der Instanzgerichte

Während die Verwirklichung der Rechtseinheit nur im Rahmen sachlich-rechtlicher Rügen eine Rolle spielen soll, wird die Revision auf eine (begründete) Verfahrensrüge hin als Mittel der Disziplinierung der Untergerichte angesehen. Die Instanzrichter würden auf diesem Wege zur gewissenhaften Einhaltung der Vorschriften der Prozessgesetze erzogen. Hier sei „die Revision ein höchst wirksamer Behelf gegen Gewissenlosigkeit, Nachlässigkeit und Untüchtigkeit“. Für Richter mit den soeben genannten Eigenschaften wirke „sich der Mangel einer Kontrolle durch die Revisionsinstanz als eine ewige Versuchung aus, die Vorschriften über das Verfahren leicht zu nehmen und womöglich ganz außer Acht zu lassen“.³⁵⁰ *Knauer* stützt diese Zweckanschauung darüber hinaus auf Art. 19 IV GG. Wenngleich dieses Verfassungsgebot grundsätzlich keinen Instanzenzug gewährleiste, so sei für den eingriffsintensiven Strafprozess eine Ausnahme zu machen. Das erstinstanzliche Strafurteil müsse einer wirksamen Kontrolle zugeführt werden. Für eine Disziplinierungsfunktion spreche schließlich Art. 95 GG, da die Einrichtung eines obersten Gerichts stets auch die Existenz von Untergerichten voraussetze. Der Norm liege die Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde, die obersten Gerichte hätten die Untergerichte zu kontrollieren.³⁵¹

Eine Ansicht, die solcherlei Einstellungen von Richtern entgegenzuwirken versucht, indem sie ihre Disziplinierung als anerkannten Revisionszweck einfordert, verkennt zunächst, dass längst nicht jeder Verfahrensfehler zu einer Urteilsaufhebung führt³⁵². Der Wortlaut des Art. 19 IV GG ist darüber hinaus

³⁴⁹ Ebenso *Frisch*, SK-StPO, vor § 333, Rn. 14: „bedeutungsgleich“. Auch der BGH hat die Leistungsmethode als Abgrenzungsprinzip nie als solche anerkannt, worauf *Fezer*, Reform, S. 84, hinweist.

³⁵⁰ *Mannheim*, S. 26; *Schwinge*, S. 36, hins. *Fischer*, JW 1904, 313; *Rosenau*, ZIS 2012, 203; *Knauer*, NStZ 2016, 9 ff., insbesondere mit Blick auf illegale „Deals“; wohl *Schlothauer*, StV 2004, 341.

³⁵¹ *Knauer*, NStZ 2016, 10 f.

³⁵² So fordert § 337 I StPO zusätzlich das *Beruhem* des Urteils auf einem (Verfahrens-) Fehler. Auch nach § 305 S. 1 StPO können zahlreiche Verfahrensfehler nicht sofort gerügt werden, sondern lediglich dann, wenn es zu einer Verurteilung kommt (so auch *Krack*, S. 14). Schließlich bliebe auch bei Ausbleiben des Zwischenrechtsbehelfs nach

gerade umfassend zu verstehen und lässt keine Ausnahme mit Blick auf den Strafprozess zu. Im Übrigen deutet selbst die Existenz eines Instanzenzugs keineswegs auf eine disziplinierende Aufgabe des Obergerichts hin. So gründet auch Art. 95 GG in historischer Hinsicht einzig auf dem Bestreben, die Rechtsprechung zu vereinheitlichen³⁵³. Zwar sollte der Effekt einer Zügelung des Unterrichters nicht unterbewertet werden, jedoch würde ein in obigem Sinne chronisch gewissenloser, nachlässiger und untüchtiger Richter sich auch durch eine Revisionseinlegung nicht abschrecken lassen, zumal diese für ihn darüber hinaus keine weiteren negativen Konsequenzen nach sich zöge.³⁵⁴ Die Disziplinierung von Tatrichtern kann damit nicht als Zweck der Revision, sondern allenfalls als Reflex begriffen werden³⁵⁵.

ff) Qualitätssicherung

*Rosenau*³⁵⁶ ist der Ansicht, die Revision sei zuvörderst ein Mittel der Qualitätssicherung, bezieht sich dabei indes nicht auf ihre geltende Ausgestaltung, sondern erstrebt damit zugleich eine Erneuerung im Hinblick auf eine – unmittelbare – revisionsrechtliche Überprüfung der Tatsachenfeststellungen. Damit disqualifiziert sich diese Zweckbestimmung für die weitere Untersuchung.³⁵⁷

§ 238 II StPO und bei sonstigen Möglichkeiten einer Rügepräklusion eine etwaige Nachlässigkeit des Richters revisionsrechtlich ungesühnt.

³⁵³ Laut Art. 95 I GG a.F. wurde ein Oberstes Bundesgericht „zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts“ eingerichtet. Art. 96 I GG a.F. lautete: „Für das Gebiet der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit sind obere Bundesgerichte zu errichten“. Siehe BGBl. I, 23.5.1949, S. 12 f.). Mit dem „16. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes“ v. 18.6.1968 (BGBl. I, S. 657) wurde Art. 96 I GG a.F. in Art. 95 I GG n.F. übernommen. Siehe dazu BT-Drucks. 5/1449, S. 3.

³⁵⁴ *Rosenau*, Widmaier-FS, S. 538, der tatrichterliche Verstöße bemängelt, „an deren Vorsätzlichkeit kaum zu zweifeln“ sei. Indes lassen sich Richter in diesen Fällen offenbar gerade nicht von der Möglichkeit der Revisionseinlegung abschrecken.

³⁵⁵ So wohl auch *Rieß*, Eisenberg-FS, S. 582.

³⁵⁶ *Rosenau*, Widmaier-FS, S. 538 ff., und ZIS 2012, 203.

³⁵⁷ *Rosenau* folgert diese insb. aus Art. 19 IV GG, der die Effektivität des Rechtsschutzes im Rahmen eines Instanzenzugs gewährleiste. Im Rahmen der Revision müsse daher ein Rechtsschutz gegen Tatsachenfeststellungen existieren, da sie die Grundlage jeder Verurteilung darstellten. U. a. bezieht er sich dabei auf *Weigend*, ZStW 113 (2001), 298 f., nach dessen Meinung die Überprüfung der Feststellungen aber auch über den Umweg der nunmehr durch die Rspr. ausgeformten erweiterten Revision garantiert ist. So kann die Qualitätssicherung wiederum lediglich als Synonym des Strebens nach Einzelfallgerechtigkeit begriffen werden; in diese Richtung auch *Franke*, LR-StPO, vor § 333, Rn. 7. Zwar bemerkt *Rosenau*, die Darstellungsrüge führe nur zu einer mittelbaren und eng begrenzten Überprüfung; allerdings bleibt er jegliche Ausführungen dazu schuldig,

b) Das Verhältnis der Revisionszwecke zueinander

Während sich die Unstimmigkeiten hinsichtlich der Anerkennung der hier nur für relevant befundenen Revisionszwecke – Rechtseinheitswahrung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtsfortbildung – in Grenzen halten³⁵⁸, ist die Frage streitig, wie diese sich zueinander verhalten.

aa) Vorrang des Rechtseinheitsgedankens

So wird einerseits verfochten, die Revision existiere in erster Linie zur Wahrung der Rechtseinheit. Das in jedem Fall nachrangige Parteiinteresse finde nur Beachtung, soweit ein öffentlicher Belang damit verbunden sei³⁵⁹, wie es bei dem Rechtsmittel der Kassation der Fall war³⁶⁰. Unsere Prozessordnungen würden an verschiedenen Stellen ein vermeintlich im Vordergrund stehendes Rechtseinheitsbedürfnis erkennen lassen.³⁶¹ Heutzutage ist etwa die Revision im Zivilprozess gemäß § 543 ZPO an die Zulassung im Berufungsurteil gebunden, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts beziehungsweise die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Hingegen krankt es insoweit an der Vergleichbarkeit beider Prozessordnungen. Zwar hat man sich bei der Ausarbeitung der Reichsstrafprozessordnung an den Regelungen zum Zivilprozess orientiert. Dieser ist jedoch darauf ausgelegt, die Streitentscheidung durch den Instanzrichter als unbeteiligten Dritten unter Rechtsschutzgesichtspunkten optimal auszugestalten, „gegenüber dem ein Instanzenzug keine zusätzlichen Vorteile biete, sondern nur in einen unfruchtbaren unendlichen Regreß hinein-

welche Auswirkungen eine derart vollumfängliche Sachverhaltskontrolle auf die freie richterliche Beweiswürdigung hätte und wie genau eine solche umgesetzt werden sollte, um tatsächlich effektiver ausgestaltet zu sein, als die bestehenden, durch die Rspr. ausgeformten Möglichkeiten. Siehe aber den Vorschlag *Kuckeins*, KK-StPO, Vorb. § 333, Rn. 6.

³⁵⁸ *Peters*, ZStW 57 (1938), 56 f., 66. Z. T. wird generelle Kritik an diesen Zwecken untrennbar vermengt mit der Frage ihres Vorrangs.

³⁵⁹ *Schwinge*, S. 27 ff., 50, m. w. N.; *Duske*, S. 87 ff.

³⁶⁰ *Struckmann* will die Grundsätze des Kassationsrekurses aber nicht auf die Revision übertragen, die er im Gegensatz dazu als ordentliches Rechtsmittel ansieht, siehe *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1044.

³⁶¹ *Schwinge*, S. 32, der auf die §§ 546, 549 ZPO a.F. abstellt, die Revisionssummen vorsahen.

führe“.³⁶² Gerade dort den Revisionszweck hauptsächlich auf die Rechtsvereinheitlichung beziehungsweise -fortbildung im öffentlichen Interesse zu beziehen, ist in der Tat nachzuempfinden. Da allerdings der Strafprozess als „Eingriffsverfahren“ beschaffen ist, lässt sich eine Verknüpfung zum Zivilverfahren nur begrenzt herleiten.³⁶³ Anders gestaltet sich dies im Rahmen der mitunter zulassungsgebundenen Rechtsbeschwerde nach den §§ 79 I 2, 80 I Nr. 1 OWiG. Wenngleich formal dem Verwaltungsrecht zugeordnet, sind dem Ordnungswidrigkeitenrecht wie dem Strafrecht staatliche Eingriffe immanent. Indes fehlt es im Gegensatz dazu an einer Zulassungsregelung bei der strafprozessualen Revision. Gegen einen Vorrang des Rechtseinheitszwecks wird hingegen vorgebracht, sie stelle letztlich nur ein „formales Ideal“ dar, das keinen grundsätzlichen Vorzug verdiene vor anderen Zielen der Rechtspflege, insbesondere dem Streben nach materieller Gerechtigkeit. Hätte der Gesetzgeber eine allein die Interessen der Rechtseinheit wahrende Revision schaffen wollen, so müsste diese imstande sein, den Angeklagten nicht unnötig zu schädigen.³⁶⁴ Zwar streitet zugunsten des Angeklagten das Verbot der *reformatio in peius* nach § 358 II StPO, das freilich nicht jegliche Fälle von Verschlechterungen umfasst.³⁶⁵

Insbesondere *Schwinge* ließ die Bevorzugung der Rechtseinheitswahrung nur für materiell-rechtliche Verstöße gelten: Zwar erwecke es nach § 337 StPO den Anschein, „als ob die Revision ein einheitliches Rechtsgebilde sei, weil es gleichmäßig vom Begriff der Gesetzesverletzung beherrscht“ werde. Während für die Sachrüge der Grundsatz „freier Revisionspraxis“ gelte, bei Verfahrensrügen aber die konkreten Tatsachen behauptet werden müssten, lege dies den Gedanken nahe, es handele sich um zwei in ihrem Wesen verschiedene Revisionsarten. Bei Verfahrensrügen sei es gleichgültig, ob der Fehler eine über den konkreten Fall hinausreichende Bedeutung entfalte, da sie sich am Einzelfall selbst orientierten.³⁶⁶ Vordergründig mag dies einleuchten; allerdings bleiben dabei Sinn und Zweck der Begründungsanforderung des § 344 II 2 StPO unberücksichtigt, namentlich die Entlastung des Revisionsgerichts von der Verpflichtung, von Amts wegen den gesamten Verfahrensablauf auf Einhaltung

³⁶² *Schünemann*, JA 1982, 71. *Duske*, S. 152, sieht die Unterschiede als „nicht mehr so tiefgreifend“ an.

³⁶³ So auch *Franke*, LR-StPO, vor § 333, Rn. 9.

³⁶⁴ *Mannheim*, S. 29, 31; relativierend *Maiwald*, AK-StPO, vor § 333, Rn. 2.

³⁶⁵ Siehe *Kuckein*, KK-StPO, § 358, Rn. 18; *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 358, Rn. 12.

³⁶⁶ *Schwinge*, S. 34 f.; zust. *Duske*, S. 101 ff.

allen Verfahrensrechts zu überprüfen. Das in der Revisionsbegründung vorgelegte Tatsachenmaterial soll die Entscheidung über die im Einzelnen zu bezeichnenden Verfahrensfragen erleichtern.³⁶⁷ Gerade gegen Verfahrensbestimmungen kann in vielfältiger Weise verstoßen werden, sodass eine diesbezügliche Amtsaufklärung zu willkürlichen Ergebnissen führen kann, zumal sich derartige Verstöße meist nicht (oder nicht allein) dem Urteil entnehmen lassen. Das Gericht ist demnach umso mehr auf die tatsächlichen Hinweise des Beschwerdeführers angewiesen.³⁶⁸ Sachliche Fehler hingegen sind aus den Urteilsgründen selbst zu ersehen. Bei der Sonderbehandlung der Verfahrensrüge ist also vielmehr eine funktionsbezogene Betrachtungsweise bestimmend.³⁶⁹ Überdies kann insbesondere die vollumfängliche Prüfungspflicht auf die Sachrüge hin für sich beanspruchen, (zumindest auch) die Gerechtigkeit im Einzelfall zum Ziel zu haben.³⁷⁰ Die Unterschiede lassen damit noch nicht den Schluss zu, Sach- und Verfahrensrüge seien im Hinblick auf den Revisionszweck wesensverschieden.³⁷¹ Hinzu tritt der Umstand, dass sich eine klare Grenzziehung zwischen beiden – insbesondere seit der Einbeziehung der Verletzung von Denkgesetzen und Erfahrungssätzen und der Etablierung der Darstellungsrüge – zunehmend als Problem darstellt³⁷² und damit *Schwinges* Behauptung, sie begründeten eine historisch zu erklärende Andersartigkeit der Revisionsrügen, ins Wanken gerät. Die in der Judikatur zu verzeichnende Erweiterung der Revision gebietet ein weiteres Innehalten: Ist bei der revisionsgerichtlichen Kontrolle in zunehmendem Maße ein Rückgriff auf die Tatsachenfeststellungen zu verzeichnen, hinsichtlich derer der Rechtseinheitsgedanke aufgrund ihrer individuellen Beschaffenheit gar nicht greifen kann, stellt sich die berechtigte Frage nach dem Beweggrund der Bemühungen³⁷³ der Rechtsprechung. Sie würden nicht derart in den Vordergrund treten, wollte man sich – vorrangig – der Wahrung der Rechtseinheit verschreiben.³⁷⁴ Der dadurch be-

³⁶⁷ BGH, NJW 1970, 1613, zur Rechtsbeschwerde; *Frisch*, SK-StPO, § 344, Rn. 48; *Kuckein*, KK-StPO, § 344, Rn. 32.

³⁶⁸ BGH, NJW 1970, 1613.

³⁶⁹ Ebenso BGH, NStZ 2013, 353, 355; *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 24; dies in Betracht ziehend *Rieß*, Hanack-FS, S. 410 f.

³⁷⁰ Ebenso *Rosenau*, Widmaier-FS, S. 536.

³⁷¹ Dem stehen auch *Gottwald*, S. 89, und *Schmid*, ZStW 85 (1973), 364, krit. ggü.

³⁷² *Fezer*, Reform, S. 94 ff. Zu derartigen Streitfragen siehe auch *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 63 ff.

³⁷³ *Fezer*, StV 2007, 40, spricht von einem „faktisch übermächtig“ vorhandenen Überprüfungsbedürfnis.

³⁷⁴ In dieser Hins. sehr deutlich *Rieß*, GA 1978, 269.

wirkte Bedeutungsverlust der ebenfalls der Einzelfallgerechtigkeit dienenden Verfahrensrüge relativiert diese für den Angeklagten positive Entwicklung nicht nennenswert, da an deren Erhebung von Gesetzes wegen gerade weitaus höhere Anforderungen gestellt werden. Zugleich beeinträchtigt der beschriebene Prozess die Berechenbarkeit von Revisionsentscheidungen und wirkt damit der Rechtseinheitlichkeit sogar ein Stück weit entgegen.

Einen beabsichtigten Vorrang von Rechtseinheitsgesichtspunkten hätte der Gesetzgeber ohnehin mit einer nie realisierten, auf „grundsätzliche Rechtsfragen“ beschränkten Revision zum Ausdruck bringen können.³⁷⁵ Eine solche Reduktion auf Richtlinienfälle würde den Rechtsschutz des Angeklagten mit Blick auf Art. 3 I GG und Art. 19 IV GG vor allem in landgerichtlichen Sachen, in denen die Berufung ausgeschlossen ist, erheblich beschneiden.³⁷⁶

bb) Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit

Die Gegenansicht spricht sich für einen Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit aus – jeder Verfahrensteil müsse in den Dienst der Gerechtigkeit gestellt werden.³⁷⁷ Wenn der Angeklagte Revision einlegen und den Prüfungsumfang begrenzen kann, geschehe dies auch und vor allem zu seinem eigenen Nutzen.³⁷⁸ Ferner spreche der durch die Revisionseinlegung hervorgerufene Suspensiveffekt entscheidend für die Individualschutzaufgabe, ebenso wie die sich lediglich individuell auswirkende Korrektur des tatrichterlichen Urteils sowie die Kostenbelastung der Parteien im Fall des Misserfolgs.³⁷⁹ *Schwinge* erhebt den Einwand, man habe sich zwar an der Gerechtigkeit zu orientieren; dies sage hingegen nichts über einen eventuellen Vorrang aus. Die scheinbare Berücksichtigung der Parteiinteressen finde ihren Grund darin, dass sich der Staat die „egoistische Parteiinitiative“ zunutze mache, um eine uneinheitliche Rechtsprechung zu verhindern. Die Revision diene trotz ihres Charakters als Parteirechtsmittel

³⁷⁵ *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 304, welcher der Rechtseinheitsthese den Vorrang offen abspricht, wobei unklar ist, ob er der Einzelfallgerechtigkeit den Vorrang einräumt. Siehe auch *Jagus*ch, NJW 1960, 76. *Rieß*, Hanack-FS, S. 400, und *Gottwald*, S. 86, zufolge muss selbst einer Wert- oder Zulassungsrevision eine Kontrollfunktion im Parteiinteresse zugestanden werden.

³⁷⁶ Ebenso *Schmid*, ZStW 85 (1973), 365, und *Maul*, Pfeiffer-FS, S. 421.

³⁷⁷ So etwa *Peters*, ZStW 57 (1938), 66.

³⁷⁸ *Mannheim*, S. 21 ff.; *Zipf*, S. 173; *Peters*, ZStW 57 (1938), 66; *Jagus*ch, NJW 1971, 2009; *Maiwald*, AK-StPO, vor § 333, Rn. 2.

³⁷⁹ *Reuß*, DÖV 1959, 10 ff.

somit in erster Linie dem Gemeinwohl.³⁸⁰ Eine vorwiegend dem Öffentlichkeitsinteresse verschriebene Rücksichtnahme auf den Einzelfall hätte im Revisionsrecht freilich eine andere, in dieser Hinsicht weniger defizitäre³⁸¹ Ausgestaltung erfahren können.³⁸² Stünde das Gemeinwohl derart im Vordergrund, wäre auch der Staat gehalten, für die Kosten des Rechtsmittels aufzukommen. Zwar trägt der Angeklagte diese nur, wenn sein Rechtsmittel nicht zum Erfolg führt (§ 473 StPO); indes ist die Wahrung der Rechtseinheit nicht nur an eine für den Angeklagten positive Revisionsentscheidung geknüpft; ein erfolgloses Rechtsmittel kann gleichermaßen einen Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung beziehungsweise -fortbildung leisten.³⁸³ Dieser Beitrag ist umso gewichtiger, als Angeklagtenrevisionen die überwiegende Mehrzahl ausmachen, der Staat also nicht lediglich „en passant“ als Nutznießer agiert, sondern im Hinblick auf eine Dominanz der Rechtseinheitswahrung dringend auf den Beschuldigten angewiesen wäre. Hielte man eine dem Gemeinwohl dienende Rechtsvereinheitlichung derart hoch, so sollte die Allgemeinheit freilich nicht lediglich den vollen Nutzen daraus ziehen, sondern – ebenso vorrangig – auch die Lasten tragen.³⁸⁴

cc) „Vereinigungstheorie“

Die bei der Diskussion zum Zweckvorrang anklingende Ausgewogenheit ist kennzeichnend für die heutzutage überwiegende Auffassung, die berechtigterweise von der Gleichgerichtetheit der genannten Ziele ausgeht.³⁸⁵ Kann sich Rechtsanwendung stets nur am Einzelfall vollziehen, ergibt sich daraus zugleich die Förderung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung durch Einzelfall-

³⁸⁰ *Schwinge*, S. 33 f.

³⁸¹ *Rieß*, Hanack-FS, S. 400.

³⁸² Dies allerdings nicht etwa durch ein Entfallen des Suspensiveffekts, da ein solcher vornehmlich eine dem Strafprozess grds. fremde vorläufig vollstreckbare Entscheidung verhindern soll, siehe *Schmitt*, M-G/Schmitt, § 449, Rn. 1 ff.

³⁸³ Ebenso *Kodde*, S. 195; *Rieß*, Eisenberg-FS, S. 580 f., m. w. N. Gem. BGHSt 29, 351 ff., existieren keine unbeachtlichen Entscheidungen. *Dahs*, NStZ 1981, 206, zweifelt indes an einer rechtsfortbildenden Wirkung des Verwerfungsbeschlusses.

³⁸⁴ *Reuß*, DÖV 1959, 11, moniert insoweit, es stelle eine gegen den Grundsatz der Gleichheit im öffentlichen Abgabenrecht verstoßende Zumutung dar, wenn die Revision allein oder nur überwiegend eine allg. staatspolitische Aufgabe hätte.

³⁸⁵ U. a. BGHSt 40, 138, 145, 147; *Frisch*, SK-StPO, vor § 333, Rn. 16 ff.; *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, Vorb. § 333, Rn. 4.

gerechtigkeit.³⁸⁶ Beide ohnehin nicht trennbaren Zwecke kann das Revisionsgericht in gleichem Maße erfüllen.³⁸⁷ Wird dem entgegengesetzt, eine die Rechtseinheit wahrende Entscheidung könne aber wegen Verfehlung des tatsächlichen Sachverhalts materiell grob ungerecht sein,³⁸⁸ so träfe dies lediglich dann zu, wenn man die Revision an sich mangels vollumfänglicher Kontrolle der Tatsachenfeststellungen fälschlicherweise als unzulänglich bezeichnete. Im Übrigen schließt auch der Rechtseinheitsgedanke die im Einzelfall gerechte Entscheidung keinesfalls aus: Die Bevölkerung wird einer einheitlichen Rechtsprechung nur so lange Vertrauen schenken, bis diese an die Grenzen ihrer Gesetzlichkeit stößt. Eine auf rechtsstaatlichen Grundsätzen und dem Streben nach Rechtsfrieden beruhende Rechtseinheit kann sich demnach allein auf im Einzelfall gerechte Richtersprüche stützen.³⁸⁹ In diese Gesamtbetrachtung ist nicht zuletzt die Zweckbestimmung der Rechtsfortbildung mit einzubeziehen.³⁹⁰ Sie bedarf einer breiten Fallanschauung und vollzieht sich nicht etwa an Hand theoretischer Streitfragen.³⁹¹

IV. Zusammenfassung

Die Zwecke der Revision können nicht losgelöst von den allgemeinen Zielen des Strafverfahrens betrachtet werden. Zu Letzteren zählen vor allem das Streben nach Rechtsfrieden, Rechtssicherheit, Wahrheitsfindung, Gerechtigkeit und die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege. Sie sind zwar nicht in der Lage, eine komplette Verfahrensordnung zu konstruieren oder Antworten auf Detailfragen zu geben. Ein Verfahren muss allerdings insofern an ihnen gemessen werden, als es zumindest widerspruchsfrei mit ihnen zu vereinbaren ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sie zwar theoretisch volle Geltung für sich reklamieren, dies gleichwohl in der Praxis zu Kollisionen mit anderen Zwecken

³⁸⁶ *Gottwald*, S. 87; *Schünemann*, JA 1982, 73.

³⁸⁷ *Fischinger*, Cüppers-GS, S. 144; *Cramer*, Salger-FS, S. 450. Wohl auch *Rieß*, Hanack-FS, S. 400, der sie als gleichrangig ansieht, da sie sich nicht „prinzipiell“ widerstreiten und nicht „regelmäßig“ miteinander in Konflikt geraten müssten, ohne seine vorsichtige Ausdrucksweise zu begründen. Ähnlich *Franke*, LR-StPO, vor § 333, Rn. 8: „grundsätzlich“.

³⁸⁸ *Roxin*, § 55, Rn. 10; auch *Rosenau*, Widmaier-FS, S. 536.

³⁸⁹ *Schmidhäuser*, Schmidt-FS, S. 515: „Rechtssicherheit statt ‚Unrechtssicherheit‘“; *Maiwald*, AK-StPO, vor § 333, Rn. 2.

³⁹⁰ *Kuckein*, KK-StPO, Vorb. § 333, Rn. 6; *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, Vorb. § 333, Rn. 4.

³⁹¹ *Rieß*, Hanack-FS, S. 401.

führt. In solchen Fällen hat in erster Linie der Gesetzgeber Sorge dafür zu tragen, ihnen bei der konkret zu regelnden Materie ein ausgewogenes Gewicht zukommen zu lassen, das sich in das Regelungskonzept einfügt. Auch müssen sie nicht umfassend im Revisionsverfahren zur Geltung kommen, zumal sie sich in den Revisionszwecken der Rechtsvereinheitlichung, Rechtsfortbildung und Einzelfallgerechtigkeit teils in konkretisierter Form wiederfinden. Vorrangig waren es politische Erwägungen, die das Wesen des letztinstanzlichen Rechtsmittels über die Zeit hinweg prägten und veränderten; der Einfluss der Staatsmacht auf die Justiz ließ sich am effektivsten über die Einwirkung auf das oberste Gericht bewerkstelligen. Erst mit allmählicher Festigung des Staatsgebiets und zunehmender politischer Stabilität traten sie in den Hintergrund zugunsten justizieller und verfahrenswirtschaftlicher Aspekte. Insbesondere die Abschaffung des klassischen Schwurgerichts im Jahr 1924 ebnete den Weg für begründete tatinstanzliche (Beweiswürdigungs-) Entscheidungen und damit für ihre obergerichtliche Überprüfung. Unter anderem die darauf beruhende Entwicklung einer erweiterten Prüfungscompetenz des Revisionsgerichts trägt wesentlich zu einem Zweckwandel bei,³⁹² der an der heutigen Gleichwertigkeit der Revisionszwecke keine grundlegenden Zweifel mehr aufkommen lässt. Als gleichberechtigte Maßstäbe werden sie der folgenden Analyse zugrunde liegen.

³⁹² Ebenso *Franke*, LR-StPO, vor § 333, Rn. 8; *Wohlers*, Strafverteidigertag, S. 104; *Rissing-van Saan*, StraFo 2010, 360.

C. Zur Reformbedürftigkeit der Verfahrensweise in der Revision

I. Ausgangspunkt: § 349 StPO unter dem Blickwinkel gegenwärtiger empirischer Erkenntnisse

Da der begrenzte Umfang dieser Untersuchung eigene empirische Erhebungen nicht zulässt, muss auf die Ergebnisse bereits erfolgter Analysen zurückgegriffen werden. Vornehmlich sind dabei die Nachforschungen *Bartons* und *Fischers* heranzuziehen sowie die „Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs“. Erstere beruhen insbesondere auf der größtenteils repräsentativen Auswertung von Revisionen im Zeitraum vom 1981-1996 (ohne 1989)³⁹³. Sie liegen damit also schon einige Jahre zurück, dürften aber angesichts nur geringfügiger Veränderungen in der Folgezeit noch nicht als veraltet gelten. *Fischers* Analysen bestechen zunächst jedenfalls durch ihre Aktualität. Gleiches gilt für die jährlich veröffentlichten Statistiken des Bundesgerichtshofs.

Fezer publizierte im Jahr 1974 Analysen zum revisionsgerichtlichen Erkenntnisprozess im Hinblick auf die „erweiterte Revision“. Sein Fokus liegt jedoch ausschließlich auf mit Gründen versehenen Entscheidungen.³⁹⁴ *Rieß* (1982)³⁹⁵ und *Nack*³⁹⁶ erörterten ebenfalls auf Grundlage begründeter Entscheidungen Erfolgs- und Misserfolgsquoten von Revisionen. Die Untersuchungen

³⁹³ Der Untersuchung lagen zum einen alle Justizzählkarten des BGH in Strafsachen für die Jahre 1981 bis 1996 (ohne 1989) zugrunde, womit insgesamt alle 67.070 in den betreffenden Jahren entschiedenen Revisionen erfasst wurden. Auf das Zustandekommen bzw. auf mögliche Fehler dieses „offiziellen Datenmaterials“ habe *Barton* keinen Einfluss. Weiterhin wurden Akten zu 337 vom BGH entschiedenen Revisionen inhaltlich analysiert, wobei es sich um drei Einzelerhebungen handelte. Ergänzend dazu wurden Experteninterviews mit Praktikern und eine Gruppendiskussion mit BGH-Richtern und Bundesanwälten durchgeführt, in der die wesentlichen Untersuchungsergebnisse vorgestellt wurden. Damit sollten Missverständnisse bei der Interpretation der Daten durch Einbeziehung von „Insiderwissen“ vermieden werden. Siehe *Barton*, S. 19 ff.

³⁹⁴ Er wertete dazu 702 Entscheidungen, davon 387 Urteile aus dem Jahr 1970, aus, siehe *Fezer*, erweiterte Revision, S. 10.

³⁹⁵ *Rieß*, NSStZ 1982, 49 ff., der die vom 1.7.1979 bis 30.6.1981 ergangenen begründeten Entscheidungen des BGH über Revisionen in Strafsachen analysierte.

³⁹⁶ *Nack*, NSStZ 1997, 153 ff., der Revisionsentscheidungen für die Jahre 1992 bis 1995 auswertete.

von *Kruse*³⁹⁷, *Rottmann*³⁹⁸ und *Kodde*³⁹⁹ befassen sich im Gegensatz zu vorgenannten Analysen mit dem tatsächlichen Vorliegen von Rechtsverletzungen bei als „offensichtlich unbegründet“ verworfenen Revisionen. Jene Erhebungen können, ebenso wie diejenigen von *Otto*⁴⁰⁰ und der Momentaufnahme von *Rieß* (2011)⁴⁰¹, nicht als repräsentativ angesehen werden.

1. Das Beschlussverfahren nach § 349 I, II, IV StPO

Im Jahr 2014 waren laut Statistik des Bundesgerichtshofs 2.976 Neueingänge an Revisionen (inklusive Vorlegungs- und Ordnungswidrigkeitssachen) sowie 552 noch anhängige zu verzeichnen. Erledigt wurden insgesamt 2.853 Revisionen, davon in allen Beschlussverfahren 2.571 (~ 90,1 %). Dies teilt sich auf in Erledigungen nach § 349 II StPO (2.025; ~ 71 %), nach § 349 IV StPO (108; ~ 3,8 %), nach § 349 II, IV StPO in kombinierter Form (423; ~ 14,8 %) sowie nach § 349 I StPO (10; ~ 0,4 %) und nach § 346 II StPO (5; ~ 0,2 %). Durch Urteil wurden lediglich 160 (~ 5,6 %) entschieden. Auf Rücknahmen und sonstige Erledigungen entfielen 122 (~ 4,3 %) Revisionen.⁴⁰² Im Vergleich zu den vergangenen zehn Jahren weist die Statistik⁴⁰³ – bis auf naturgemäß geringere Schwankungen – keine erheblichen Unterschiede auf, weshalb die genannten Daten zunächst als relativ konstant zu bezeichnen sind.⁴⁰⁴ Dennoch sind sie mit Vorsicht zu behandeln: *Barton* macht darauf aufmerksam, ihnen liege allein die Zählung von „Revisionsverfahren“ zugrunde, was falsch sei, wollte man über „Revisionen“ sprechen. Es würden Zählkarten⁴⁰⁵ ausgewertet, wobei pro Verfahren nur jeweils eine berücksichtigt werde – auch bei Involvierung meh-

³⁹⁷ *Ders.* untersuchte ausschließlich Strafverfahren aus dem LG-Bezirk Nürnberg-Fürth, insgesamt 75 Aktenfälle, 30 Verwerfungsbeschlüsse des BGH und 51 Verwerfungsbeschlüsse des BayObLG aus dem Jahr 1975, siehe *Kruse*, S. 39.

³⁹⁸ Hier wurden 120 Akten der drei Revisionsenate des OLG Celle aus den Jahren 1975/76 ausgewertet, so *Rottmann*, S. 4.

³⁹⁹ Die Analyse beschränkt sich auf die OLG-Bezirke Oldenburg (133 Akten) und Bremen (114 Akten), siehe *Kodde*, S. 6 f.

⁴⁰⁰ *Otto*, NJW 1978, 1 ff.

⁴⁰¹ *Rieß*, Wolter-FS, S. 1041 ff.

⁴⁰² BGH-Jahresstatistik Strafsenate 2014, S. 3.

⁴⁰³ BGH-Jahresstatistik Strafsenate 2014, S. 16.

⁴⁰⁴ Zumindest der Geschäftsanfall hat sich seit 1951 nicht erheblich verändert: Auf jeden Senat entfallen pro Jahr etwa 700-1.000 Revisionen, siehe *Barton*, S. 272. Auch die Beschlussanzahl nach § 349 II, IV StPO bleibt konstant, so *ders.*, S. 50.

⁴⁰⁵ *Barton*, S. 23 ff., veranschaulicht die Struktur einer solchen Zählkarte.

rerer Beschwerdeführer. Statistisch gesehen gebe es in 100 Revisionsverfahren jedoch 125 Beschwerdeführer. Der Zählweise liege namentlich die Hierarchie zugrunde, bei der Auswertung primär auf eine etwaige Revision der Staatsanwaltschaft abzustellen. Nur wenn diese keine Revision eingelegt habe, würden Beschuldigtenrevisionen mit einbezogen, weshalb Letztere in einigen Fällen unter den Tisch fielen. Verzerrungen entstünden außerdem mangels Aufschlusses über die verschiedenen Revisionsführer. Überdies werde nicht festgehalten, ob und inwieweit ein angefochtenes Urteil aufgehoben würde, was insbesondere „kombinierte Beschlüsse“ nach § 349 II, IV StPO betreffe. Hinter Letzteren würden sich nicht selten weitgehend erfolglose Revisionen verbergen. Zudem mangelte es an wesentlichen Daten, etwa ob ein Beschluss mit einer Begründung erfolgt sei oder nicht. Nicht zuletzt variere auch die Grundgesamtheit, wenn teilweise Revisionsrücknahmen und andere Erledigungsarten in die Statistik mit aufgenommen würden.⁴⁰⁶ *Barton* geht daher von „belastbarerem“⁴⁰⁷ Datenmaterial aus dem Jahr 2005 aus, das vor allem das Verhältnis von einzelnen Revisionen zu Revisionsverfahren ($\sim 1,26$) mit berücksichtigt. Danach ergingen bei Revisionen der Staatsanwaltschaft 97,5 % durch Urteil nach erfolgter Hauptverhandlung. Der Anteil an Beschlussverwerfungen betrug insgesamt 85,3 %; nur 4,3 % anwaltlicher Revisionen wurden im Rahmen einer Hauptverhandlung abgehandelt. Auf Beschlüsse nach § 349 IV StPO entfielen 2 %, nach den Absätzen 2 und 4 in kombinierter Form 7 %. Der letztgenannte Wert deckt sich mit *Bartons* Untersuchungen für die Jahre 1981-1996, wonach die Quote „kombinierter Beschlüsse“ zwischen 7 % und 9 % schwankt.⁴⁰⁸ Was die Revisionsverfahren am Oberlandesgericht anbelangt, liegen Daten des Statistischen Bundesamtes vor, denen zufolge im Jahr 2013 in allen Oberlandesgerichts-Bezirken Deutschlands 5907 Revisionsverfahren erledigt wurden, davon 224 ($\sim 3,8$ %) durch Urteil und 5326 ($\sim 90,2$ %) durch Beschluss nach § 349 StPO.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ *Barton*, Kühne-FS, S. 141 f.

⁴⁰⁷ *Barton*, Kühne-FS, S. 143 ff., unter Verweis auf *Berenbrink*, GA 2008, 629.

⁴⁰⁸ *Barton*, S. 223.

⁴⁰⁹ Statistisches Bundesamt Strafgerichte 2013, S. 124. Die verbleibenden Revisionen wurden größtenteils durch Einstellung, Rücknahme oder anderweitige Erledigung gegenstandslos. Zu den Zahlen einzelner OLG-Bezirke siehe Statistisches Bundesamt Strafgerichte 2013, S. 124 ff.

2. Der begründete Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft

Gemäß weiteren empirischen Erkenntnissen beantragt die Revisionsstaatsanwaltschaft bei neun von zehn Angeklagtenrevisionen die Verwerfung der Revision⁴¹⁰, bei Rechtsmitteln der Staatsanwaltschaft erfolgt hingegen stets ein Termins Antrag⁴¹¹. Selbst bei Kapitaldelikten oder der Verhängung der Höchststrafe wird vom Antrag nach § 349 II StPO bereitwillig Gebrauch gemacht.⁴¹² Die Begründungen der Verwerfungsanträge erfolgen größtenteils formelhaft.⁴¹³ Sowohl bei Angeklagten- als auch bei Staatsanwaltsrevisionen ist eine hohe Übereinstimmung zwischen Antrag und Gerichtsentscheidung zu verzeichnen.⁴¹⁴ Hinsichtlich einzelner Vertreter des Generalbundesanwalts sind dabei personenspezifische Varianzen festzustellen.⁴¹⁵ Diese Erkenntnisse gelten wohlgermerkt für die Generalbundesanwaltschaft am Bundesgerichtshof. Bezüglich der Generalstaatsanwaltschaften bei den Oberlandesgerichten sind keine Daten verfügbar.

3. Die fakultative Gegenerklärung des Revisionsführers

Zu der Häufigkeit einer erfolgten Gegenerklärung auf den Antrag der Staatsanwaltschaft liegen keine statistisch gesicherten Erkenntnisse vor. Verfügbare Stichproben beziehungsweise Ergebnisse nicht repräsentativer Studien weisen jedoch auch insoweit eine jedenfalls sehr deutliche Tendenz auf: So war etwa im Rahmen *Kruses* rechtstatsächlicher Untersuchung von 25 ausgewerteten Aktenfällen lediglich in einem einzigen Fall die Abgabe einer Gegenerklärung zu verzeichnen, die sich zudem allein in der Wiedergabe der in der Rechtsmittelbegründung genannten Aspekte erschöpfte. Teilweise unterblieb eine Stellungnahme selbst im Falle der Begründetheit der Revision. Bei Revisionen zum Bayerischen Oberlandesgericht erfolgten bei 50 Aktenfällen lediglich fünf Erwidierungen.⁴¹⁶ Gemäß *Koddes* Untersuchung in Bremen wurde in 35,3 % aller Fälle auf den Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft erwidert, indes wiederum

⁴¹⁰ *Barton*, S. 183. Daten von 1999 weisen sogar eine 98 %ige Quote der Beantragung von Beschlussverwerfungen bei Angeklagtenrevisionen auf, siehe *Barton*, StV 2004, 337 f.

⁴¹¹ *Barton*, S. 182.

⁴¹² *Barton*, S. 184.

⁴¹³ *Barton*, S. 275.

⁴¹⁴ *Barton*, S. 193 ff.

⁴¹⁵ *Barton*, S. 183 f. Die Quoten schwanken danach zw. 72 % und 100 %.

⁴¹⁶ *Kruse*, S. 358.

ohne neue Gesichtspunkte vorzutragen. Letzteres war vor allem darauf zurückzuführen, dass die Antragsbegründung nicht über die ohnehin bekannten Ausführungen im angefochtenen tatinstanzlichen Urteil hinausging. In Oldenburg lag die Quote gerade einmal bei 2,9 %.⁴¹⁷ Auch *Rottmanns* Untersuchungsergebnisse lassen einen ganz ähnlichen Trend erkennen: In nur zehn der 120 von ihm untersuchten Fälle wurde von der Möglichkeit der Gegenerklärung Gebrauch gemacht; acht davon enthielten eine Wiederholung der Revisionsbegründung. Eine Stichprobe *Bartons* schließlich ergab von 106 untersuchten Fällen 30 Versuche, die Beschlussverwerfung mittels einer weiteren Stellungnahme abzuwenden.⁴¹⁸ *Krehl* registriert nicht zuletzt eine „verbreitete Untätigkeit der Verteidiger in diesem Verfahrensstadium“.⁴¹⁹

4. Die Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren

Personenspezifische Zusammenhänge sind nicht allein bei den Vertretern des Generalbundesanwalts zu verzeichnen; auch der Senatsvorsitzende soll offenbar Einfluss auf die Erfolgsquote haben. So überprüfte *Barton* dies für den zweiten und fünften Strafsenat: Nach dem Wechsel im Senatsvorsitz ergaben sich deutliche Unterschiede im Output dieser Senate.⁴²⁰

Fischer hat erst kürzlich empirische Untersuchungsergebnisse über Zusammenhänge zwischen gesetzlichem Richter, personeller Zuständigkeit und Erledigungsart in den Entscheidungen der Strafsenate des Bundesgerichtshofs veröffentlicht.⁴²¹ Bei Betrachtung der Beschlussentscheidungen nach § 349 II StPO in den Jahren 2008 bis 2012 ist seinen Ergebnissen zufolge eine beträchtliche Spreizung der Verwerfungen zwischen den einzelnen Strafsenaten zu verzeichnen; so liege diesbezüglich die Quote des ersten Senates bei ~ 93 %, diejenige des dritten Senates „nur“ bei ~ 80 %⁴²². Auch die Aufhebungsquote nach § 349 IV StPO variere zwischen 0,9 % (erster Senat) und 5,7 % (dritter Se-

⁴¹⁷ *Kodde*, S. 25.

⁴¹⁸ *Barton*, S. 202.

⁴¹⁹ *Krehl*, GA 1987, 163. Dies drückt auch *Park*, StV 1997, 550, aus, indem er zu einer vermehrten Abgabe von Gegenerklärungen rät.

⁴²⁰ *Barton*, S. 203 f.

⁴²¹ *Fischer*, NStZ 2013, 425 ff.

⁴²² Dieser Wert ist Tabelle vier zu entnehmen; im Fließtext gibt *Fischer*, NStZ 2013, 428, dbzgl. „73 %“ an.

nat).⁴²³ Im Hinblick auf „kombinierte Beschlüsse“ hat der Angeklagte nach *Fischer*s Untersuchung bei einer Entscheidung durch den dritten Senat eine um das 3,5fache höhere Chance als bei einer solchen durch den ersten Senat, dass die Revision zumindest in einen Teilerfolg münde. Hinsichtlich der übrigen Senate bestehe insoweit eine immerhin noch doppelte Chance.⁴²⁴ Bei der Aussage, das Ergebnis des Revisionsverfahrens hänge in statistisch-mathematischer Hinsicht vom zur Entscheidung berufenen Senat in signifikanter Weise ab, ist indes die Unterschiedlichkeit der angefochtenen Urteile zu bedenken. Sie differieren in ihrer regionalen Herkunft sowie teilweise in Bezug auf den Sachgegenstand, da der Geschäftsverteilungsplan gewisse Zuständigkeitskonzentrationen vorsieht. Zudem sind die Senate und deren Spruchkörper innerhalb der einzelnen Jahre unterschiedlich besetzt. Die Analyse berücksichtigt überdies nicht, welche Verfahren per Beschluss oder per Urteil entschieden werden.⁴²⁵ *Barton* hat indes bereits früher derartige Unterschiede zwischen den Senaten festgestellt.⁴²⁶ *Fischer* führt dies weniger auf die verschieden geartete Beschaffenheit von Landgerichtsurteilen, sondern vielmehr „jedenfalls auch“ auf eine unterschiedliche rechtspolitische Einstellung der Senate zum Rechtsmittel der Revision und zur Aufgabe des Revisionsgerichts zurück.⁴²⁷

Im Zentrum seiner Ausführungen stehen weiterhin der Vorsitzende und vor allem der Berichterstatter. Letzterer wird innerhalb einer bestimmten Sitzgruppe entweder nach abstrakten Regelungen (so soll es im zweiten Strafsenat gehandhabt werden) oder aber durch den Vorsitzenden im Einzelfall bestimmt. Im Bereich der Beschlussentscheidung wird überwiegend nach dem sogenannten „Vier-Augen-Prinzip“ entschieden. Danach wird zunächst nur dem Vorsitzenden die Lektüre der Revisionsakte, des sogenannten Senatsheftes⁴²⁸, überlassen, der dieses anschließend an den Berichterstatter weiterzuleiten hat. dessen Aufgabe ist es wiederum, dieses vollständig durchzuarbeiten. Im Rahmen

⁴²³ Der Anteil an Aufhebungsentscheidungen im Rahmen von Urteilsverfahren ist hingegen beinahe durchweg höher als derjenige der Verwerfungen, siehe *Fischer*, NStZ 2013, 428.

⁴²⁴ *Fischer*, NStZ 2013, 428.

⁴²⁵ Siehe die statistisch-methodische Herleitung von *Brodowski*, HRRS 2013, 410.

⁴²⁶ Siehe *Barton*, S. 62 ff., und StRR 2014, 408.

⁴²⁷ *Fischer*, NStZ 2013, 428 f.

⁴²⁸ Es enthält das angefochtene Urteil, die Revisionsbegründung(en), die Stellungnahme(n) der RevisionsStA sowie ggf. ergänzende Schriftsätze von Verfahrensbeteiligten. Von ihm zu unterscheiden ist die tatrichterliche „Sachakte“ (BGH, NStZ 2001, 551). Im Folgenden wird mit „Akte“ das Senatsheft bezeichnet, sofern nicht ausdrücklich die „Sachakte“ genannt wird.

eines nach seinem Ermessen hinsichtlich Inhalt, Struktur und Tiefe vorzubereitenden Vortrags sind die anderen Beisitzer (sogenannte „Gegenberichterstatter“⁴²⁹) über den Revisionsfall einmalig am Beratungstag zu informieren. Pro Beschlusssitzungstag wird in der beschriebenen Manier etwa über neun bis zehn Revisionen beraten.⁴³⁰ Bei vier Stunden Beratungszeit entfallen auf jede Revision etwa 20 Minuten, bei einem achtstündigen Beratungstag circa eine Dreiviertelstunde.⁴³¹ Die Vortragsdauer eines Berichterstattervortrags beträgt zwischen fünf Minuten und einer Stunde.⁴³² Demgegenüber soll die Entscheidungsfindung in den durch Urteil zu entscheidenden Sachen auf andere Weise erfolgen: Das Senatsheft wird vervielfältigt und allen Mitgliedern der entscheidenden Spruchgruppe eine Woche vor dem Verhandlungstermin zur Lektüre zugeleitet. Dem beigefügt ist regelmäßig ein Votum, das heißt ein ausformulierter Entscheidungsvorschlag des Berichterstatters.⁴³³

Vor diesem Hintergrund untersucht *Fischer* weiterhin, ob die mit dem „Vier-Augen-Prinzip“ verbundene unterschiedliche Aktenkenntnis der Mitglieder des Spruchkörpers dazu führt, dass die Person des Berichterstatters für den Verfahrensausgang entscheidend ist; Gleiches gilt für den Vorsitzenden. Als Untersuchungsmaterial dienen ihm dabei sämtliche Entscheidungen des zweiten Strafsenats des Bundesgerichtshofs in den Jahren 2008 bis 2012, die sich überwiegend anhand der (veröffentlichten) Geschäftsverteilungen für die jeweiligen Geschäftsjahre, der (einsehbaren) senatsinternen Mitwirkungsgrundsätze sowie der Erledigungs-Statistik nachvollziehen lassen sollen. *Fischer* zieht weiterhin Daten aus persönlichen Statistiken hinzu, „die einzelne [Revisionsrichter] zur Termins-Kontrolle führen“.⁴³⁴ Die Erhebung ergibt eine signifikant unterschiedliche Verteilung der Ergebnisse auf den einzelnen Berichterstatter und dies über lange Zeiträume hinweg. Aufgrund der Mehrzahl an Verfahren, die im Beschlusswege entschieden wurden, könne dies im Gegensatz zur geringen Zahl an Entscheidungen im Urteilsverfahren als repräsentativ gelten. Ihm zufolge drängt sich daher die Prämisse auf: „Je höher die Sachverhalts-Kenntnis, desto höher auch die Durchsetzungsstärke bei der Darstellung, Deutung und

⁴²⁹ *Pasker*, ZAP 2013, 969.

⁴³⁰ *Barton*, S. 186: neun; *Fischer*, NStZ 2013, 429: zehn.

⁴³¹ *Barton*, S. 175.

⁴³² *Fischer*, NStZ 2013, 429.

⁴³³ *Fischer*, NStZ 2013, 427, 429.

⁴³⁴ *Fischer*, NStZ 2013, 429 f.

Bewertung der Fakten.“⁴³⁵ Wenngleich die Erhebungen eine – seiner Meinung nach nicht allein durch Zufall zu erklärende⁴³⁶ – Diskrepanz im Hinblick auf die Person des Berichterstatters aufzeigen, sind auch hier statistische Mängel nicht zu unterschlagen: Während der Berichterstatter im zweiten Strafsenat nach abstrakten Kriterien ausgewählt werden soll, ist nicht ersichtlich, welcher Berichterstatter für wie viele Urteilsverfahren – und mit welchem Ergebnis – verantwortlich ist. Auch die weiteren zur einstimmigen Entscheidung berufenen Senatsmitglieder, die sich je nach personeller Besetzung und Spruchkörper unterscheiden, stellen einen gewichtigen Einflussfaktor dar.⁴³⁷ Einen signifikanten Einfluss der Person des Vorsitzenden kann *Fischer* aus den von ihm erhobenen Daten⁴³⁸ indes nicht ableiten.

5. Die Begründung des Verwerfungsbeschlusses

Lediglich bei einem Fünftel aller Beschlussverwerfungen erfolgt eine mehr oder insbesondere weniger ausführliche, sich nicht an festen Leitlinien orientierende⁴³⁹ inhaltliche Begründung.⁴⁴⁰ In einer Vielzahl der Fälle schließt sich das Gericht der Antragsbegründung der Staatsanwaltschaft an.⁴⁴¹ Die dominierende Begründungsmüdigkeit kann als „Konstante der Revisionsrechtsprechung“ begriffen werden.⁴⁴² Einen derartigen Eindruck vermitteln nicht zuletzt die Informationen zur Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs⁴⁴³. Dabei wird entweder pauschal darauf hingewiesen, die Nachprüfung des Urteils habe kei-

⁴³⁵ Siehe die Tabellen und Ausführungen bei *Fischer*, NStZ 2013, 430 f.

⁴³⁶ *Fischer*, NStZ 2013, 431; dem zust. *Barton*, StRR 2014, 410.

⁴³⁷ *Brodowski*, HRRS 2013, 410; siehe auch *Rissing-van Saan*, Beulke-FS, S. 969 f.

⁴³⁸ Dabei zeigt er tabellarisch Ergebnisse von im Beschlussverfahren unter der Leitung von vier verschiedenen Vorsitzenden eines Strafsenats ergangenen Entscheidungen auf. Diese Erhebung erfolgte unabhängig von der Dauer des jeweiligen Vorsizes. Sie gebe trotz gewisser Zählfehler nicht nur eine „Tendenz“, sondern in hoher Annäherung an rechnerische Exaktheit die Wirklichkeit wider (*Fischer*, NStZ 2013, 431 f., mit Fn. 30 f.). Siehe aber *Brodowski*, HRRS 2013, 411.

⁴³⁹ *König*, Heghmanns/Scheffler, S. 1073, Rn. 356.

⁴⁴⁰ *Barton*, S. 47 f., für die Jahre 1984 und 1994 im Durchschnitt: 78,3 % ohne Begründung; *Barton*, Kühne-FS, S. 144, für das Jahr 2005: 77,4 % ohne Begründung. Auch innerhalb dieser gut 20 % überwiegen Begründungen, die lediglich die Angemessenheit des Ergebnisses bestätigen, siehe *Fezer*, HRRS 2010, 282 ff.

⁴⁴¹ Siehe dazu die Ausführungen von *Rieß*, Wolter-FS, S. 1044 f.

⁴⁴² *Barton*, S. 48, und StraFo 1998, 325.

⁴⁴³ Dort werden „Nichtannahme- und Verwerfungsbeschlüsse ohne Begründung“ nicht erfasst, siehe http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/EntscheidungenBGH/entscheidungenBGH_node.html, zuletzt abgerufen am 14.7.2016.

nen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben⁴⁴⁴ oder allein die Beschlussformel angeführt. Dies erfolgt mit und zunehmend auch ohne die Bezeichnung „offensichtlich“ oder durch bloße Angabe des § 349 II StPO.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ *Dahs*, NStZ 1981, 206.

⁴⁴⁵ *Dahs*, NStZ 1981, 206; *Römer*, MDR 1984, 358; *Rosenau*, ZIS 2012, 201.

II. § 349 StPO auf dem Prüfstand

Um die Reformbedürftigkeit einer Verfahrensweise zu rechtfertigen, steht zu Beginn die Darstellung der ihr zugrunde liegenden Mängel. Solche können sich aus dem Konzept einer Methode beziehungsweise aus der Art und Weise ihrer Umsetzung ergeben. Dabei liegt der Fokus der Untersuchung auf den Absätzen 2 und 3 des § 349 StPO; die übrigen Regelungen werden an geeigneter Stelle Erwähnung finden.

1. Der Begriff der „offensichtlichen Unbegründetheit“

Die „offensichtliche Unbegründetheit“ ist der Zentralbegriff des § 349 II StPO. Seit Schaffung der Vorschrift ranken sich um ihn vielgestaltige Auslegungsbe-mühungen.

a) Die Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung lässt eine überwiegend einheitliche Begriffsauslegung des Merkmals „offensichtlich unbegründet“ erkennen. *Lobe*⁴⁴⁶ hatte als geistiger Vater des § 349 II StPO den Begriff „offensichtlich“ § 319 BGB (dort: „offen-bar“) entnommen, wozu das Reichsgericht bereits vorher entschieden hatte, „Offenbarkeit“ sei gegeben, „wenn sich die Unbilligkeit dem Blick eines sach-kundigen Beobachters sofort aufdrängt“⁴⁴⁷. In Fortführung und Konkretisierung dieses Ansatzes im Hinblick auf die Beschlussverwerfung wird eine Revision als „offensichtlich unbegründet“ angesehen, „wenn für jeden Sachkundigen ohne längere Nachprüfung erkennbar ist, dass die vorgebrachten Rügen das angefochtene Urteil nicht zu Fall bringen können“⁴⁴⁸. Dabei komme es weniger auf den zur Durcharbeitung der gesamten Revisionsbegründung erforderlichen Zeitaufwand als darauf an, ob die dem Revisionsgericht zur Prüfung unterbrei-teten Rechtsfragen zweifelsfrei in einem bestimmten Sinn zu beantworten seien oder nicht; dies gelte vor allem dann, wenn Revisionen ohne Anführung neuer Gesichtspunkte Rechtsfragen aufwürfen, die schon durch die höchstrichterliche Rechtsprechung hinreichend geklärt seien. Dem Revisionsgericht stehe insofern

⁴⁴⁶ *Lobe*, JW 1925, 1612 – er selbst spricht dort von „Vatergefühlen“.

⁴⁴⁷ RGZ 99, 106.

⁴⁴⁸ BVerfG, NJW 2002, 815; BGHSt 38, 177, 184; BGH, NStZ 2003, 103.

ein „Ermessensspielraum“ zu, der nicht willkürlich überschritten werden dürfe.⁴⁴⁹

Das Bundesverfassungsgericht betont, eine „offensichtliche Unbegründetheit“ liege ebenfalls vor, „wenn die zur Entscheidung berufenen Richter und andere Personen mit gleicher Sachkunde unschwer erkennen können, welche Rechtsfragen vorliegen, wie sie zu beantworten sind und daß die Revisionsrügen das Rechtsmittel nicht zu begründen vermögen“; es komme nicht etwa darauf an, ob alle rechtlichen Probleme mit paratem Wissen des Beurteilers gelöst werden könnten, wenn nur nach kurzer Prüfung keine rechtlichen Zweifel mehr bestünden,⁴⁵⁰ womit man sich von der einst intendierten Auslegung einer „sofortigen“ Erkennbarkeit ein Stück weit entfernt. Weiterhin entspreche es ohne Festlegung auf einen jeden Einzelfall erfassende Definition ständiger Spruchpraxis, eine Revision auch dann durch Beschluss verwerfen zu können, sofern der jeweilige Spruchkörper einhellig die Auffassung vertrete, die von der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen seien zweifelsfrei zu beantworten und – neuerdings durch den Bundesgerichtshof angemerkt – die Durchführung der Hauptverhandlung keine neuen Erkenntnisse tatsächlicher oder rechtlicher Art erwarten ließe, die Zweifel an dem gefundenen Ergebnis aufkommen lassen könnten.⁴⁵¹ Nunmehr hat sich das Oberlandesgericht Hamm dazu geäußert, wann eine „offensichtliche Unbegründetheit“ zumindest *nicht* vorliegen soll, und zieht eine Obergrenze hinsichtlich des Kriteriums der Bearbeitungsdauer, wonach das Beschlussverfahren bei Ablauf von fünf Monaten keine Berechtigung mehr habe.⁴⁵²

b) Der Meinungsstand in der Literatur

Das Meinungsspektrum zum Begriff der „offensichtlichen Unbegründetheit“ ist in der Literatur äußerst vielfältig. Wie bereits angedeutet, strebte *Lobe*⁴⁵³ eine enge Auslegung der Begrifflichkeit an; die Unbegründetheit müsse sich einem

⁴⁴⁹ BVerfG, NStZ 2002, 487, 489; BGH, NJW 2001, 85.

⁴⁵⁰ BVerfG, NJW 2002, 814, 815; BVerfG, NStZ 2002, 487, 489.

⁴⁵¹ BVerfG, EuGRZ 1984, 443; BGH, NJW 2001, 85; BGH, NStZ 2001, 334; BGH, StraFo 2004, 212; BGH, StV 2005, 3.

⁴⁵² OLG Hamm, StV 2001, 221 f.; a. A. *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 349, Rn. 10, und *Momsen*, KMR, § 349, Rn. 12 (ohne Begründung).

⁴⁵³ Von *Jagus*, NJW 1960, 73, als bewährter, durchaus auch dogmatisch denkender Praktiker bezeichnet.

sachkundigen Beurteiler sofort aufdrängen.⁴⁵⁴ Er liegt damit auf einer Linie mit weiteren Autoren: Das Revisionsgericht müsse die Unbegründetheit „sofort und mit einer jeden Zweifel ausschließenden Bestimmtheit“ erkannt haben, wobei dies auf eine „Erkennbarkeit für jeden Sachverständigen“ hinauslaufe. Dieser müsse ohne längere Nachprüfung feststellen können, die Revision sei unbegründet,⁴⁵⁵ was jedoch nicht gegeben sei bei Überwindung von Zweifeln oder längeren Erwägungen zum Für oder Wider⁴⁵⁶. *Kruse*⁴⁵⁷ tritt dem mit dem Einwand entgegen, mit der im überwiegenden Schrifttum gebildeten Definition sei nicht viel gewonnen, da ein Zirkelschluss erfolge: Die „sofortige Erkennbarkeit“ müsse wiederum definiert werden. *Penner*⁴⁵⁸ übt zudem Kritik an der engen Auslegungsweise. Seiner Ansicht nach könne eine Revision auch dann „offensichtlich unbegründet“ sein, wenn intensives Bemühen voranging. Es würde sonst keinen Sinn machen, das Erfordernis der Einstimmigkeit nicht nur in Bezug auf die Unbegründetheit der Revision, sondern desgleichen bezüglich der „Offensichtlichkeit“ aufzustellen.⁴⁵⁹ Wollte man die herrschende Definition zugrunde legen, wäre zugleich die Frage zu klären, wer tatsächlich „sachkundig“ beziehungsweise „Sachverständiger“ ist;⁴⁶⁰ ob es sich dabei um einen lediglich durchschnittlichen Juristen⁴⁶¹ oder doch um einen erfahrenen Revisionsrichter⁴⁶² handeln soll, wird nicht einheitlich gesehen. Nach *Peters* sollen solche Revisionen „offensichtlich unbegründet“ sein, die fehlerhaft auf tatsächliche Gründe oder auf völlig abwegige Gesichtspunkte gestützt würden.⁴⁶³ *Wimmer* betont, über die herrschende Definition hinaus solle nicht allein die Beantwortung der Rechtsfrage einfach sein, sondern der Entscheidungsstoff müsse leicht überblickt werden können, um eine Hauptverhandlung entbehrlich erscheinen zu lassen.⁴⁶⁴ Als für die Beurteilung der „offensichtlichen Unbe-

⁴⁵⁴ *Lobe*, JW 1925, 1612.

⁴⁵⁵ *Kahl*, JW 1925, 1405 f. (*Lobe* zust., jedoch nicht hins. der Forderung, die Vorschrift abzubauen); *Seibert*, DRZ 1948, 371; *Hartung*, DRZ 1950, 219; *Penner*, S. 19, 20, m. w. N.; *Jagusch*, NJW 1960, 75 f.; *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 8.

⁴⁵⁶ *Jagusch*, NJW 1960, 76; *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 349, Rn. 11; *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 10.

⁴⁵⁷ *Kruse*, S. 26, 27, 28.

⁴⁵⁸ *Penner*, S. 22.

⁴⁵⁹ *Von Stackelberg*, NJW 1960, 505.

⁴⁶⁰ So *Kruse*, S. 26/27.

⁴⁶¹ *Wimmer*, NJW 1950, 204.

⁴⁶² *Jagusch*, NJW 1960, 75.

⁴⁶³ *Peters*, S. 655.

⁴⁶⁴ *Wimmer*, NJW 1950, 201 ff. Nach dem teils tautologischen und daher kaum brauchbaren Vorschlag muss offen zu sehen sein, welche Rechtsfragen zu entscheiden (1.) und

gründetheit“ generell irrelevant werden demgegenüber schlagwortartig die Art des Tatvorwurfs, die Höhe der verhängten Strafen, der Umfang der Sache, die Dauer des Revisionsverfahrens oder das Ansehen des Verfassers der Revisionsbegründung aufgeführt.⁴⁶⁵ Auch deren Beschaffenheit wird nicht als Kriterium qualifiziert.⁴⁶⁶ Wendet sich die Revision gegen eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, könne dies ebenfalls nicht per se zur Verwerfung als „offensichtlich unbegründet“ führen.⁴⁶⁷ Dies gelte ebenso für die Erforderlichkeit der Durchführung von Ermittlungen durch das Revisionsgericht.⁴⁶⁸

*Less*⁴⁶⁹ zufolge hat der Offensichtlichkeitsbegriff eine möglichst weite Auslegung zu erfahren. Zwar habe die Durchführung einer Hauptverhandlung mitunter zu einer Abänderung des Urteils geführt, wobei er Zweifel daran hegt, ob es dadurch tatsächlich richtiger geworden wäre. Allein die entfernte Möglichkeit ihres Nutzens rechtfertige es indes nicht, sie als ständige Einrichtung im Revisionsverfahren zu verankern.

Stoll bemüht sich derweil, den Wortsinn einer „offensichtlichen Unbegründetheit“ zu ermitteln. Im Rahmen systematischer Wortlautauslegung⁴⁷⁰ zieht sie – im Ergebnis erfolglos – gesetzesübergreifend andere Vorschriften heran, welche die Begriffe „offensichtlich“ beziehungsweise „offenbar“ enthalten.⁴⁷¹

welche Antwort auf die gestellten Rechtsfragen zu geben sind (2.). Diese Bedingungen müssten für den durchschnittlich geschulten Strafjuristen offen sein (3.); zust. *Momsen*, KMR, § 349, Rn. 11.

⁴⁶⁵ *Detter*, StV 2004, 350; *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 10; *Wohlers*, SK-StPO, § 349, Rn. 37, m. w. N.; a. A. *Wimmer*, NJW 1950, 203, in Bezug auf Kapitalverbrechen.

⁴⁶⁶ *Momsen*, KMR, § 349, Rn. 12.

⁴⁶⁷ *Maiwald*, AK-StPO, § 349, Rn. 7; *Hamm*, Rn. 1375; *Rosenau*, ZIS 2012, 200, mit Verweis auf die Aufgabe der Figur des Fortsetzungszusammenhangs in BGHSt 40, 138, 140 ff., wo dem Verwerfungsantrag des GBA nicht Folge geleistet wurde.

⁴⁶⁸ *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 11.

⁴⁶⁹ *Less*, SJZ 50, 70; a. A. *Wimmer*, NJW 1950, 201.

⁴⁷⁰ *Stoll*, S. 63-76.

⁴⁷¹ Ein Vergleich mit § 319 BGB schlage fehl, da dort von der erkennbaren Ansicht eines sachkundigen Beurteilers auszugehen sei und nicht von einem Juristen, der über Ausführungen eines anderen urteile. Gedanken zu § 93a BVerfGG (a.F.) bezögen sich nur wiederholend auf § 349 II StPO. Wie auch bei Art. 27 II EMRK (a.F.; heute: Art. 35 IIIa EMRK) handele es sich um Zulässigkeitsbeschränkungen; bei § 84 VwGO (a.F.) ergehe die Beschlussverwerfung nur im ersten Rechtszug. Die §§ 1591, 1717 BGB gebrauchten das Wort „offenbar“ nicht in Bezug auf die Richtigkeit eines Urteils über einen Sachverhalt, sondern bzgl. des Vorliegens von Tatsachen. Auch mit Blick auf § 6 der Vereinfachungsverordnung zu § 519b ZPO sei keine Auslegungshilfe für § 349 II StPO, insb. aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses, gewonnen, da dort lediglich zum Ausdruck komme, das Gericht könne trotz Meinungsverschiedenheiten vom ordentlichen Revisionsverfahren absehen.

*Fürstenau*⁴⁷² will dennoch auf einige von ihr genannte Verfahrensordnungen verweisen und, offenbar teilweise an die Gesetzesbegründung von 1965 anlehnend⁴⁷³, aus den daraus folgenden Erkenntnissen eine Legaldefinition ableiten. Die „offensichtliche Unbegründetheit“ soll bei Revisionen gegeben sein, wenn „a) die Verletzung des sachlichen Rechts ohne weitere Begründung gerügt wird und die Prüfung des Urteils keinen Rechtsfehler ergeben hat; b) allein die Beweiswürdigung oder die Strafzumessung beanstandet wird, ohne einen Rechtsfehler aufzuzeigen; c) die Begründung von dem festgestellten Sachverhalt abweicht und keine zulässige Verfahrensrüge erhoben worden ist.“⁴⁷⁴

Vor historischem Hintergrund sind *Stoll* zufolge ein zeitbedingtes und ein generelles Entlastungsstreben Beweggrund für die Schaffung des § 349 II StPO gewesen.⁴⁷⁵ Der heute nur noch relevante generelle Entlastungszweck gebe freilich nichts für die Frage nach der „Offensichtlichkeit“ her.⁴⁷⁶ Hingegen möchte sie den juristischen Evidenzbegriff im Rahmen des § 349 II StPO fruchtbar machen; dabei unterscheidet sie zwischen dem objektiv und dem subjektiv Evidenten, wobei die „absolute“ Unrichtigkeit des Revisionsbegehrens nur in Erscheinung trete durch die subjektive Seite der Evidenz, das heißt der Überzeugtheit des erkennenden Subjekts von der Unrichtigkeit des Revisionsbegehrens.⁴⁷⁷ Ähnlich sehen es weitere Autoren; sie sind der Ansicht, der Begriff der „Offensichtlichkeit“ entziehe sich gänzlich einer Definition.⁴⁷⁸ Er sei als „Erlebnis“ zu interpretieren, das man entweder erfahren könne oder nicht; eine Begründung dessen grenze ans Alberne.⁴⁷⁹ Kritik dagegen erfolgt unter anderem von *Kruse*, der einwendet, unter dieser Prämisse wäre es unmöglich,

⁴⁷² *Fürstenau*, StraFo 2004, 40 f., 43.

⁴⁷³ BT-Drucks. 4/178, S. 43.

⁴⁷⁴ Gem. *Meyer-Goßner*, DAV-FS, S. 670, ist jedoch Fall a) problemlos und bedarf keiner Regelung; Fälle b) und c) würden keine größere Klarheit bringen, da der Verteidiger regelmäßig bestreiten würde, keinen Rechtsfehler aufgezeigt zu haben.

⁴⁷⁵ *Stoll*, S. 62 f.

⁴⁷⁶ *Stoll*, S. 79, 91.

⁴⁷⁷ Dieser Auslegung folgend soll der Senat „eine Revision dann einstimmig für ‚offensichtlich unbegründet‘ erachten, wenn nach Ansicht aller Senatsmitglieder die Unbegründetheit sich schon vollständig aus den im vorinstanzlichen Urteil angeführten Argumenten ergibt und von jedem Senatsmitglied aufgrund seiner Berufserfahrung als mit der heute geltenden, von ihm zu gestaltenden ‚absoluten‘ Rechtsordnung übereinstimmend erlebt wird“, siehe *Stoll*, S. 128, 129. Auch *Norouzi*, StraFo 2013, 210, stellt auf den Evidenzbegriff ab.

⁴⁷⁸ *Römer*, MDR 1984, 355; *Wohlers*, SK-StPO, § 349, Rn. 32, m. w. N.; *Krehl* GA 1987, 165; *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 349, Rn. 11 („praktisch kaum durchführbar“).

⁴⁷⁹ So *Sarstedt* – nunmehr übernommen von *Hamm*, Rn. 1373.

sich mit den Verwerfungsbeschlüssen auseinanderzusetzen; es müsse sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit stellen, da Grundsätze der Normklarheit und Justiziabilität eingehalten werden müssten. Man könne ohnehin nicht von einem Erlebnis sprechen, da in vielen Fällen der „offensichtlichen Unbegründetheit“ durchaus auf gesicherte Grundsätze zurückgegriffen werden könne⁴⁸⁰: Dies sei beispielsweise dann der Fall, wenn das Beruhen eines Urteils auf einem etwaigen Verfahrensfehler ausgeschlossen werden könne oder wenn ein etwaiger Verfahrensfehler nach dem Sitzungsprotokoll gar nicht geschehen sei.⁴⁸¹ Jeder Verwerfungsbeschluss könne darüber hinaus mit einer sachlichen Begründung versehen werden.⁴⁸² Unter welchen Prämissen das „Erlebnis“ eintreten soll, sei gleichsam eine normative Frage.⁴⁸³ *Kruse* beruft sich bei seiner Gegenargumentation unter anderem darauf, ein Rechtsbegriff könne sich manchmal theoretisch nicht fassen lassen, wohingegen dies aber nicht schade, da er sich zumindest in der Praxis zur Erfassung bestimmter Vorgänge eigne. Dazu greift er auf die sogenannte „Evidenztheorie“ bei nichtigen Verwaltungsakten zurück.⁴⁸⁴ Angesichts der Vielfalt der Revisionsbeschwerdemöglichkeiten (Erhebung von Sach- beziehungsweise Verfahrensrügen, Beschränkungsmöglichkeiten, Rückgriff auf Revisionsbegründung und Urteil) sei eine abstrakte Bewertung der „Offensichtlichkeit“ nicht möglich, sodass der Begriff durch Kasuistik ausgefüllt werden müsse.⁴⁸⁵

Penner besinnt sich indessen auf die „offensichtliche Unbegründetheit“ als unbestimmter Rechtsbegriff, für dessen Interpretation sich bis ins Einzelne gehende sachliche Kriterien nicht finden ließen; er bedeute lediglich die Entbehrlichkeit einer Hauptverhandlung. Es müssten nach Überzeugung des Revisionsgerichts alle streitigen Fragen im Beschlussverfahren beantwortet werden

⁴⁸⁰ *Kruse*, S. 33 f.; ablehnend *Rosenau*, ZIS 2012, 200.

⁴⁸¹ Gleichlaufend mit *Fürstenau* liege ein gesicherter Grundsatz ferner vor, wenn eine Sachrüge nicht näher erläutert werde und sich bei der Überprüfung des Urteils keine Rechtsfehler herausstellten. Auch *Peters*, Dünnebier-FS, S. 71, will bei der Auslegung des Begriffs darauf abstellen, ob die Revisionsrüge ernst zu nehmende rechtliche Erwägungen enthalte.

⁴⁸² *Kodde*, S. 191; *Vogel*, S. 96. Dagegen wird vorgetragen, eine Revision könne dann nicht „offensichtlich unbegründet“ sein, wenn dies dem Bf. erst noch auseinandergesetzt werden müsse, so *Hartung*, DRZ 1950, 219, und *Rosenau*, ZIS 2012, 201.

⁴⁸³ *Fürstenau*, StraFo 2004, 39; befürwortend *Rosenau*, ZIS 2012, 199.

⁴⁸⁴ *Kruse*, S. 36.

⁴⁸⁵ *Kruse*, S. 38, 39. Zur Vielfalt der den Revisionserfolg beeinflussenden Faktoren auch: Fünfter Strafsenat, NSTZ 2013, 563.

können, ohne die Rechtsposition des Revisionsführers zu beeinträchtigen.⁴⁸⁶ Auch weitere Autoren wollen auf die Entbehrlichkeit (positiv ausgedrückt: auf einen Erkenntnisgewinn) beziehungsweise auf die Schutzfunktion der Hauptverhandlung abstellen.⁴⁸⁷ In bestimmten Fällen⁴⁸⁸ vermittele eine mündliche Verhandlung dem Spruchkörper den gesamten Verfahrensstoff aufgrund der Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten. Auf diese Weise würde nicht zuletzt der Rechtsposition des Angeklagten Rechnung getragen.⁴⁸⁹ *Schalscha* hält es hingegen für entscheidend, dass ein Irrtum zuungunsten des Angeklagten mit demselben Grade von Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sein müsse, wie nach einer erfolgten Hauptverhandlung.⁴⁹⁰ Dem wird entgegnet, dies könne nicht sicher gesagt werden, da eine Hauptverhandlung nun einmal nicht stattgefunden habe.⁴⁹¹

Bereits im Gesetzgebungsverfahren wurde prophezeit, die Gerichte würden eine Sache dann unbegründet nennen, wenn sich keine Gründe für die Annahme der Unbegründetheit anführen lassen.⁴⁹² Teilweise bemüht man sich, allein aus der Notwendigkeit der Entlastung eine positive Richtlinie für die unterschiedliche Behandlung „offensichtlich unbegründeter“ Revisionen und allgemein unbegründeter Revisionen abzuleiten.⁴⁹³ Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages ist bei der Neufassung der Annahmeberufung davon ausgegangen, „der Begriff der offensichtlichen Unbegründetheit“ sei „soweit konkretisiert und präzisiert, daß mit einer einheitlichen Zulassungspraxis gerechnet werden könne“,⁴⁹⁴ ohne sich dabei auf eine konkrete Definition zu beziehen.

⁴⁸⁶ *Penner*, S. 21f. Für die Einordnung als „unbestimmter Rechtsbegriff“: *Meyer*, StV 1984, 226, *Fürstenau*, StraFo 2004, 39 („kein Werturteil“), und *Vogel*, S. 99. *Detter*, StV 2004, 346, zieht in Betracht, der Begriff sei gar kein unbestimmter Rechtsbegriff und folgert daraus, er entziehe sich gerade deshalb einer Definition. *Rosenau*, ZIS 2012, 197, wundert sich, warum die Unmöglichkeit einer Definition der Qualifikation des Merkmals als unbestimmtem Rechtsbegriff entgegenstehen sollte.

⁴⁸⁷ *Rottmann*, S. 22; *Detter*, StV 2004, 346. Bedenken gegen eine solche Sichtweise erhebend *Neuhaus*, StV 2001, 223.

⁴⁸⁸ Etwa bei behaupteten Mängeln der Beweiswürdigung, die sich einer Darstellung mittels der schriftlichen Revisionsbegründung widersetzen und erst durch mündlichen Vortrag deutlich würden; außerdem für (Wertungs-) Fragen, die das Tatsächliche betreffen; siehe *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 304 f., und *Peters*, Schäfer-FS, S. 152.

⁴⁸⁹ *Rottmann*, S. 31 f.

⁴⁹⁰ *Schalscha*, DRiZ 1960, 17.

⁴⁹¹ *Von Stackelberg*, NJW 1960, 506.

⁴⁹² *Herzfeld*, Sten. Ber. d. Verh. d. Reichstags, 1. Wahlperiode, Bd. 356, S. 8253.

⁴⁹³ *Jagus*, NJW 1960, 76 f.

⁴⁹⁴ BT-Drucks. 12/3832, S. 41.

Mitunter wird nichtsdestotrotz die Streichung dieses „ominösen Worts“ gefordert.⁴⁹⁵

c) Analyse

Zur Bestimmung des Begriffs der „offensichtlichen Unbegründetheit“ werden nach alledem verschiedene Anknüpfungspunkte herangezogen, wie etwa die Person des Beurteilenden und ihre subjektive Bewertung oder objektive Kriterien. Vor einer festen Definition zurückschreckende Autoren berufen sich auf außerjuristische Zwecke. Nachfolgend soll im Wege der Auslegung⁴⁹⁶ versucht werden, die Bedeutung des Begriffes zu eruieren.

aa) Wortlaut

Die Unbegründetheit, auf die sich „offensichtlich“ als Adverb bezieht, meint die materielle Aussichtslosigkeit der Revision, die sich aus der Erfolglosigkeit der Anträge in Verbindung mit dem zu überprüfenden Urteil ergibt. Nach gewöhnlichem Sprachgebrauch ist etwas „Offensichtliches“ offen zu sehen. *Stoll* zufolge kann der Richter nur das Ergebnis seiner eigenen Schau weitergeben, seinen „Offensichtlichkeitseindruck“.⁴⁹⁷ Eine gewisse „eigene Schau“ prägt aber ohnehin jedwede Rechtsanwendung. Zu einem „Eindruck“ verhält sich das Gesetz überdies keineswegs.⁴⁹⁸ Der zweite Begriffsteil „-sicht“ deutet zwar auf die Sichtweise des Betrachters hin, wohingegen durch die weiteren Bestandteile „offen“ und „-lich“ objektive, allgemeingültige Elemente mit eingebracht werden, die sich von der alleinigen Perspektive des Betrachters distanzieren. Dieser Interpretation lässt sich jedoch nicht entnehmen, wann ein auf das Urteil bezogener Revisionsantrag in herausstechender Weise erfolglos ist. Dies kann gera-

⁴⁹⁵ *Meyer-Goßner*, Sarstedt-FS, S. 225 f. Für die Abschaffung des kompletten § 349 II StPO aufgrund des Merkmals der „Offensichtlichkeit“: *von Stackelberg*, AnwBl. 1959, 203, *Siegert*, NJW 1959, 2152, und *Schöttler*, NJW 1960, 1337.

⁴⁹⁶ Dabei können sich die Auslegungsmethoden überschneiden und ineinander übergehen.

⁴⁹⁷ *Stoll*, S. 115.

⁴⁹⁸ Auch *Kahl*, JW 1925, 1406, merkt an, die Offenkundigkeit sei als „Allgemeinkundigkeit“ zu verstehen.

de von verschiedenen Kriterien abhängig sein, wozu sich der Begriff in wenig hilfreicher Weise verhält; Gleiches gilt für seine zahlreichen Synonyme⁴⁹⁹.

bb) Systematik

Auch der Vergleich mit anderen, ebenfalls auf die „Offensichtlichkeit“ oder deren Synonyme abstellenden Vorschriften liefert letztlich keine verwertbaren Anhaltspunkte für die Definitionsfindung⁵⁰⁰.

Während die Annahme einer Berufung nach den §§ 313 II, 322a StPO ebenfalls aufgrund ihrer „offensichtlichen Unbegründetheit“ durch unanfechtbaren Beschluss abgelehnt werden kann, geben diese Vorschriften doch wenig für die Begriffsbestimmung her. Da es sich bei der Berufung im Gegensatz zur Revision um keine Kontrollinstanz handelt⁵⁰¹, kann sich das Merkmal der „Offensichtlichkeit“ dort weder an der nicht einmal obligatorischen Berufungsbegründung noch an dem vorinstanzlichen Urteil orientieren, zumal dessen Annahme nicht zur Verwerfung als unbegründet führt, sondern nach der gesetzlichen Regelung die Unzulässigkeit der Berufung zufolge haben soll.

Allerdings ist der Verweis *Kruses* auf die Evidenztheorie bei nichtigen Verwaltungsakten⁵⁰² näher in den Fokus zu nehmen, mit deren Hilfe er zu veranschaulichen versucht, ein theoretisch schwer fassbarer Begriff könne sich zu-

⁴⁹⁹ Dazu gehören u. a.: „offenbar; augenfällig, augenscheinlich, deutlich [erkennbar], eklatant, ersichtlich, greifbar, handfest, handgreiflich, ins Auge fallend/springend, [klar] ersichtlich, mit Händen zu greifen, nicht zu übersehen, offenkundig, sichtbar, sichtlich, unübersehbar, unverkennbar; (bildungssprachlich) evident, flagrant, manifest, (...)“, siehe Duden: http://www.duden.de/rechtschreibung/offensichtlich_klar_deutlich_offenkundig, zuletzt abgerufen am 14.7.2016.

⁵⁰⁰ *Stolls* dbzgl. Analyse ist insoweit beizupflichten. Sie hat ergeben, dass die untersuchten Vorschriften im Rahmen des Regelungsgegenstands und der Systematik nichts zur Bestimmung der „offensichtlichen Unbegründetheit“ beizutragen vermögen. Dies geht auf v. a. mangelnde Vergleichbarkeit zurück und nicht etwa auf *von Stackelbergs*, NJW 1960, 505, pauschale Annahme, die Bedeutung der „Offensichtlichkeit“ könne sich „nur aus der Systematik der StPO ergeben“.

⁵⁰¹ Daher soll eine Berufung u. a. „offensichtlich unbegründet“ sein, wenn eine neue Hauptverhandlung voraussichtlich zu keinem anderen Ergebnis als zu demjenigen der Vorinstanz führen würde, siehe *Frisch*, SK-StPO, § 313, Rn. 16.

⁵⁰² Nach *Maurer*, § 10, Rn. 31 f., ist der Begriff „Evidenztheorie“ nicht ganz korrekt, da es nicht nur auf die Offensichtlichkeit, sondern auf die Schwere des Fehlers ankomme. Er bestimme sich nicht nach den subj. Vorstellungen des Betrachters, auch nicht nach dem Erkenntnisvermögen eines geschulten Juristen, sondern nach der Betrachtung eines aufmerksamen und verständigen Bürgers. Es könnten auch über die „Evidenz“ hinaus Zweifel bestehen, ob ein VA im konkreten Fall nichtig sei.

mindest aber in der Praxis bewähren. Auch diese Bezugnahme krankt letztendlich an mangelnder Vergleichbarkeit. Dies ist vor allem dem Umstand einer gänzlich andersartigen Einteilung bei Verwaltungsakten geschuldet: Die „Rechtmäßigkeit“ eines Verwaltungsakts hat als Begriff zwar ihre Berechtigung, hingegen spielt sie für dessen fortwährende Existenz nur eine untergeordnete Rolle, denn sie ist nicht Voraussetzung für seine Wirksamkeit. Vielmehr wird lediglich unterschieden zwischen Wirksamkeit und Nichtigkeit.⁵⁰³ Der weite Anwendungsbereich der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes steht in eklatantem Kontrast zu seiner Nichtig-, also Unwirksamkeit, die „schlechterdings unerträglich“⁵⁰⁴ sein muss. Die Evidenz seiner Nichtigkeit sticht im Gegensatz zum weiten Wirksamkeitsspektrum deutlich hervor. § 349 II StPO wirft dahingegen nicht einmal die Frage nach Begründetheit oder Unbegründetheit einer Revision auf, sondern nach der Unbegründetheit im Verhältnis zu der auf irgendeine Weise herausstechenden „offensichtlichen Unbegründetheit“. Die Gratwanderung der Abgrenzung zur „einfachen“ Unbegründetheit ist hier nicht vergleichbar mit der Abgrenzung zwischen einerseits Wirksamkeit und andererseits Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes. Letztere erfährt in den Konkretisierungen des § 44 II, III VwVfG eine Vergegenständlichung, die für die Bestimmung der „offensichtlichen Unbegründetheit“ ebenso nützlich wie geboten wäre, jedoch fehlt. So sind im Rahmen der Prüfungsreihenfolge des § 44 VwVfG zunächst die Absätze 2 und 3 zu untersuchen, wohingegen Absatz 1 den Auffangtatbestand darstellt, bei dessen Interpretation man sich hinsichtlich der Gewichtigkeit des Rechtsverstoßes indes an den anderen Absätzen orientieren kann. Der Vergleich mit § 44 VwVfG ergibt damit nicht nur in der Theorie eine fragliche Handhabbarkeit des Begriffs der „offensichtlichen Unbegründetheit“; auch von der Praxis kann nicht bedenkenlos erwartet werden, ihn einer einheitlichen Begriffsbildung zuzuführen.

Abschließend sei im systematischen Zusammenhang noch § 522 II Nr. 1 ZPO genannt, wonach eine Berufung durch Beschluss unverzüglich zurückgewiesen werden soll, wenn das Berufungsgericht einstimmig von ihrer offensichtlichen Aussichtslosigkeit überzeugt ist. Die dortige Auslegung der „Offensichtlichkeit“ lehnt sich indes lediglich an diejenige des § 349 II StPO an.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Maurer, § 9, Rn. 39.

⁵⁰⁴ BVerwG, NVwZ 1998, 1061, 1062, m. w. N.

⁵⁰⁵ Ball, Musielak-ZPO, § 522, Rn. 21 (Fn. 57); siehe dazu auch Baumert, MDR 2013, 7 ff.

cc) Historie

Historisch betrachtet sollte sich die Auslegung der „Offensichtlichkeit“ nach der Definition der „Offenbarkeit“ in § 319 BGB ausrichten. Abgesehen von den Argumenten, die *Stoll* vorträgt,⁵⁰⁶ geht ein diesbezüglicher Vergleich darüber hinaus fehl, da sich die zivilrechtliche Regelung auf die „Unbilligkeit“, das heißt im Gegensatz zur Unbegründetheit einer Revision auf einen kaum rechtlich zu erfassenden Wertungsbegriff bezieht und zudem eine materiellrechtliche und keine prozessuale Regelung darstellt. Das Bestreben, eine enge Auslegung der „Offensichtlichkeit“ zu betreiben, mag zwar deutlich zum Vorschein kommen, gibt gleichwohl keine greifbaren Kriterien dazu vor. Dies gilt insbesondere für die Intention, mit § 349 II StPO hauptsächlich in Verschleppungsabsicht eingelegte Revisionen zu erfassen. Auch für ein solch grundsätzlich wenig fassbares subjektives Motiv müssten gleichermaßen objektive Merkmale statuiert werden. Nach der eindeutigen, aber insofern offenbar keineswegs abschließenden gesetzgeberischen Wertung zählen zu Letzteren zumindest Angriffe gegen die tatsächlichen Feststellungen beziehungsweise Beweiswürdigung, die das Reichsgericht vor Einführung des § 349 II StPO zunehmend per Beschluss als unzulässig verwarf – außer die Revisionsrügen beziehen sich auf die Art und Weise der Feststellungen beziehungsweise sind Prüfungsgegenstand der erweiterten Revision.

Wenn der Reformgesetzgeber von 1965 eine „offensichtlich unbegründete“ Revision in der Erhebung einer erfolglosen allgemeinen Sachrüge erblickte,⁵⁰⁷ nahm er sich mit der Neufassung des § 349 II, III StPO offenbar selbst weitgehend diese sehr formal anmutende Möglichkeit der Begriffsbestimmung. Wird das Beschlussverfahren erst nach Gewährung einer Gegenerklärung zulässig, kann eine bis zu diesem Zeitpunkt unausgeführte Sachrüge jenes kaum rechtfertigen. Bei Antragstellung vermag die Staatsanwaltschaft noch nicht zu wissen, ob der Revisionsführer im Rahmen einer Gegenerklärung darauf reagieren würde; für diesen wäre es ein Leichtes, durch eine bloße (inhaltslose) Ergänzung der Rüge die Hauptverhandlung zu erzwingen. Jedenfalls könnte das Gericht die Revision dann nicht mehr aufgrund einer vermeintlich unausgeführten Sachrüge per Beschluss verwerfen, womit die Begriffsbestimmung auf Seiten beider Organe nicht deckungsgleich wäre. Stellte besagter Gesetzgeber zur

⁵⁰⁶ Siehe Fn. 471.

⁵⁰⁷ BT-Drucks. 4/178, S. 43.

Ausfüllung des Begriffs der „offensichtlichen Unbegründetheit“ weiterhin auf Angriffe gegen tatgerichtliche Ermessensentscheidungen ab, so lag dem offenbar die Auffassung zugrunde, diese seien der revisionsgerichtlichen Überprüfung gänzlich entzogen, etwa im Hinblick auf das vormalige Verständnis vom Strafzumessungsakt. In Anbetracht weitergehender heutiger Kontrollmöglichkeiten ist eine derart pauschale Aussage hingegen nicht mehr haltbar, sondern vielmehr von der konkreten Überprüfungsmöglichkeit im Einzelfall abhängig.

dd) Telos

(1) Entbehrlichkeit der Hauptverhandlung

Im Rahmen teleologischer Auslegung ist bei der Entstehungsgeschichte der Regelung zu beginnen, denn dort findet sich der zumindest ursprüngliche Normzweck. *Stoll* zufolge kann die historische Auslegung stets nur herausarbeiten, welchen Sinn ein Rechtsinstitut nach dem Willen des Gesetzgebers erfüllen sollte. Die heutige Zweckbestimmung des § 349 II StPO erkläre sich aus ihr nicht unbedingt, denn das Gesetz sei „zum Objekt und selbständigen Geisteswerk geworden, dem stets eine eigene ‚überschießende Bedeutung‘ und Wirkung“ zukomme; man habe den objektiven Sinn des Gesetzes so zu erfassen, wie er im jetzigen Augenblick verstanden werden müsse. In diesem Sinne hält sie heute nur noch das generelle Entlastungsstreben für bedeutsam.⁵⁰⁸ Dabei kommt es freilich weniger darauf an, welcher Anlass zu dem Entlastungsstreben führt, sondern wie eine intendierte Entlastung umgesetzt werden soll. Als zeitlich und personell belastendes Element wurde gerade die Durchführung der Hauptverhandlung angesehen. Der „Entlastungszweck“ beschreibt dabei letztendlich nur den Oberbegriff, der durch den eigentlichen Grund der Belastung auszufüllen ist. Vor diesem teleologischen Hintergrund stellt sich also die Frage, ob die „offensichtliche Unbegründetheit“ mit der Entbehrlichkeit einer Hauptverhandlung im oben genannten Sinne gleichzusetzen ist, wie *Penner* und andere es vorschlagen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Bezugspunkt der „Offensichtlichkeit“ als Adverb die Unbegründetheit der Revision (-sbegründung) des Rechtsschutzsuchenden in Verbindung mit dem angefochtenen Urteil dar-

⁵⁰⁸ *Stoll*, S. 78 ff.

stellt und nicht die Durchführung der Hauptverhandlung.⁵⁰⁹ Damit würde die „offensichtliche Unbegründetheit“ als eine Voraussetzung für die Aussparung der Hauptverhandlung (= Beschlussverfahren) mit ihrer Rechtsfolge definiert,⁵¹⁰ die auf Rechtsfolgenebene vorgesehene Ermessensentscheidung („kann“) würde in den Tatbestand verlagert und damit obsolet. Eine derartige Begriffsinterpretation erscheint daher höchst zweifelhaft.⁵¹¹

Etwas anderes ergäbe sich dann, wenn eine „offensichtlich unbegründete“ Revision auch zwingend eine Hauptverhandlung entbehrlich machte, das heißt *zugleich* die Beschaffenheit einer Revisionsbegründung über die Durchführung einer Hauptverhandlung entscheiden könnte, etwa hinsichtlich der Gewinnung zusätzlicher Erkenntnisse⁵¹². Nur eine derartige Sichtweise würde Wortlaut und Telos gleichzeitig genügen, indes den Ermessenscharakter der Norm wiederum negieren. Der zumindest unbestrittene Zweck einer Hauptverhandlung erschöpft sich allerdings nicht lediglich darin, ein Geschehen in tatsächlicher (und rechtlicher) Hinsicht aufzuklären. Sie kann im Rahmen ihrer Schutzfunktion gleichfalls dazu dienen, dem Beteiligten- und Öffentlichkeitsinteresse⁵¹³ gerecht zu werden. Diese Motive für die Durchführung einer Hauptverhandlung lassen sich jedoch oft nicht allein aus dem Urteil und der Revisionsbegründungsschrift herleiten, die im äußersten Fall lediglich in der Mitteilung bestehen kann, „die Verletzung sachlichen Rechts“ werde gerügt. Es mag nötig sein, dazu unter anderem auf den Akteninhalt zurückzugreifen. Begnügte man sich mit einem wenig überzeugenden Kompromiss der Trennung von innerhalb und außerhalb der Revisionsbegründung liegenden Umständen, wäre mit einem Maßstab, der sich an der Entbehrlichkeit einer Hauptverhandlung ausrichtet, angesichts vergleichbarer Konkretisierungsprobleme und mangelnder Trennschärfe hingegen auch kein Mehr an Rechtssicherheit geschaffen.

⁵⁰⁹ BT-Drucks. 4/178, S. 43, ebenfalls auf die Eigenheiten der Revisionsbegründung abstellend.

⁵¹⁰ *Fürstenau*, StraFo 2004, 40; *Fezer*, StV 2007, 45.

⁵¹¹ Auch *Kruse*, S. 31; *Neuhaus*, StV 2001, 223; *Rosenau*, ZIS 2012, 198 f.; *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 9, ist von der noch in der Voraufgabe geäußerten Kritik abgerückt und beruft sich nun auf eine funktionelle statt auf eine historische Auslegung.

⁵¹² A. A. *Rosenau*, ZIS 2012, 198: Wollte man auf einen zusätzlichen Erkenntnisgewinn abstellen, „stünde es in der StPO“.

⁵¹³ Ebenso *Wimmer*, NJW 1950, 203; *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 7.

(2) Maßgeblichkeit subjektiver Gesichtspunkte

Möglicherweise ist die weitere Suche nach geeigneten Kriterien zur näheren Bestimmung der „offensichtlichen Unbegründetheit“ müßig, würde man von objektiven Gesichtspunkten zugunsten eines (Evidenz-) Erlebnisses gänzlich abrücken und die individuelle Einschätzung als Maßstab nehmen. Die vorgelegte Kritik, eine solche Anschauung stoße an die Grenzen der Justiziabilität, lässt sich nicht von der Hand weisen. Ob eine letztinstanzliche Entscheidung überhaupt justiziabel sein kann und muss, vermag hier zunächst dahinzustehen. Losgelöst davon hat man sich namentlich vor Augen zu führen, dass sich in der Revisionsinstanz die letzte Möglichkeit bietet, die Verfahrensziele der Strafprozessordnung zu verwirklichen. Rechtsfrieden soll nach Abschluss der Revisionsinstanz der erwünschte Zustand sein. Der Angeklagte selbst mag eine Beschlussverwerfung, die sich auf ein reines „Erlebnis“ der über die Revision zu befindenden Richter stützt, als wenig befriedigend empfinden. Ob dies darüber hinaus zur Beruhigung der Rechtsgemeinschaft beiträgt, erscheint zweifelhaft. Denn die mit dem Rechtsfrieden einhergehende Rechtssicherheit wäre in diesem Fall lediglich für den jeweiligen Revisionsrichter gegeben (denn nur er kann sich seines Erlebnisses wirklich „sicher“ sein). Es weckt Bedenken, inwiefern eine Masse von subjektiv-individuellen Erlebnissen imstande sein könnte, eine einheitliche Spruchpraxis zu garantieren; die Voraussehbarkeit eines ordnungsgemäßen und widerspruchsfreien rechtlichen Standpunktes würde zunichte gemacht. Wenngleich sich der Wortlaut des § 349 II StPO bereits für keine rein subjektive Betrachtungsweise ausspricht, ist fraglich, ob der Strafprozessordnung Regelungen zu entnehmen sind, die ebenfalls die Subjektivität als zentralen Maßstab heranziehen. Hier sei einzig § 261 StPO genannt, in dem der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung niedergelegt ist. Zu Zeiten der Entstehung der Schwurgerichte entfaltete diese Maxime ihre Ausformung als Lehre der „intime conviction“, die hingegen vehemente Kritik erfuhr und deren Grundlage auch mit Abschaffung der Schwurgerichte letztlich beseitigt wurde. Dies ebnete den Weg zu dem schon oben beschriebenen Wandel. Während die dort ausgeführte nähere Umschreibung der freien Beweiswürdigung⁵¹⁴ mithin gewisse Parallelen zu den Ansichten *Stolls* und *Sarstedts* aufweist, geht die Zielrichtung jedoch dahin, Willkür nicht zu fördern, sondern vielmehr zu verhindern, um Einzelfallgerechtigkeit zu schaffen – zumal nach

⁵¹⁴ Siehe S. 43.

überwiegender Ansicht zur subjektiven Überzeugung die hohe objektive Wahrscheinlichkeit hinzutreten muss⁵¹⁵. Nach alledem muss die Würdigung des Richters rationaler Argumentation standhalten. Im Gegensatz dazu eröffnen *Stoll* und *Sarstedt* keinerlei Möglichkeiten einer Verobjektivierung der Gewissheit von der „offensichtlichen Unbegründetheit“.⁵¹⁶ Die im Übrigen nur eingeschränkte Überprüfbarkeit der Überzeugung des Tatrichters im Revisionsverfahren entspringt seinem der tatinstanzlichen Hauptverhandlung inbegriffenen persönlichen Eindruck von unter anderem den Beweispersonen.⁵¹⁷ Die mangelnde Nachvollziehbarkeit eines „Erlebnisses“ lässt sich in der Revisionsinstanz allerdings nicht mit einer „freien Würdigung“ rechtfertigen, die dort mangels einer mit dem tatgerichtlichen Verfahren vergleichbaren Beweisaufnahme nicht existiert. Nun bezieht sich § 261 StPO auf das tatsächliche Geschehen; die Feststellung der „offensichtlichen Unbegründetheit“ erfordert indes eine rechtliche Bewertung.⁵¹⁸ Vom allgemeinen Wortsinn her erscheint es aber begreiflicher, etwas Tatsächliches, nämlich das Geschehen in der Hauptverhandlung, zu „erleben“, als das Ergebnis einer rechtlichen Würdigung, die sich nicht auf einen bloßen Eindruck, sondern auf einschlägige objektivierbare Rechtskenntnisse stützt. Stellte man auf ein „Erleben“ ab, würde letztlich auch eine eingehende *Beschlussberatung* obsolet, denn Erlebnisse bedürften keiner weiteren Unterredung beziehungsweise eine solche wäre wenig fruchtbar, ist bereits Erlebtes doch nicht durch den Einfluss anderer ungeschehen zu machen. Die vorgesehene Subjektivität im Rahmen des § 261 StPO hat nach alledem ihre Berechtigung, jedoch gerade zu dem Zweck der bestmöglichen materiellen Wahrheitsfindung. Zwar kommt es notwendigerweise stets auf die Auffassung des Revisionsgerichts an,⁵¹⁹ in einem im Übrigen freilich auf objektive Rechtsanwendung ausgerichteten Gesetzeswerk für eine Verfahrensentscheidung ei-

⁵¹⁵ Statt aller *Velten*, SK-StPO, § 261, Rn. 6, m. w. N. Teilweise wird sogar lediglich eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit für die geforderte Überzeugung als genügend angesehen, siehe die Nachweise bei *Sander*, LR-StPO, § 261, Rn. 9, der jedoch zugleich einwendet, das Wahrscheinlichhalten komme dem Fürwahrhalten als entscheidender Korrekturmechanismus nicht gleich. A. A. aber *Herdegen*, StV 1992, 528.

⁵¹⁶ Wenngleich jeder Verwerfungsbeschluss mit einer Begründung versehen werden könnte (siehe *Kodde*, S 191; *Vogel*, S. 96) heißt dies nicht, dass dadurch der Unterschied zw. einer „unbegründeten“ und einer aus einem Erlebnis resultierenden „offensichtlich unbegründeten“ Revision ausreichend konturiert würde.

⁵¹⁷ *Rieß*, GA 1978, 263.

⁵¹⁸ Wobei *Freund*, Meyer Goßner-FS, S. 429, darauf hinweist, auch die sog. Tatfrage sei eine Rechtsfrage.

⁵¹⁹ So *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 8.

nen Maßstab heranzuziehen, der denjenigen des § 261 StPO in puncto Rechtsunsicherheit bei weitem übertrifft,⁵²⁰ entzieht sich jedweder Grundlage.

(3) Maßgeblichkeit objektiver Kriterien

Vorstehende Ausführungen verdeutlichen, dass vom Ausgangspunkt her objektive Aspekte ausschlaggebend sein müssen. Deren Beschaffenheit wird kontrovers diskutiert, ohne hingegen für die Praxis fassbare Kriterien aufzustellen, da man sich einerseits scheinbar vehement gegen greifbare Anknüpfungspunkte zur Wehr setzt, andererseits wiederum mit erneut definitionsbedürftigen Begriffen hantiert wird: Wann ist die Unbegründetheit etwa „sofort“ beziehungsweise „ohne längere Nachprüfung“ erkennbar? Wann sind bereits „Zweifel“ daran begründet? Wann ist der Entscheidungsstoff „überschaubar“ und eine Rechtsfrage „leicht“ zu beantworten oder wann sind Gesichtspunkte „völlig abwegig“?⁵²¹

Vereinzelt aufgestellte Legaldefinitionen liefern mit Einschränkungen hilfreiche Maßstäbe: *Fürstenaus* Ausführungen beschränken sich allein auf die Sachrüge. Wenngleich mit den erhöhten Zulässigkeitsanforderungen ein nicht unerheblicher Teil der Verfahrensrügen von der Beschlussentscheidung nach § 349 I StPO umfasst sein könnte, sind gleichfalls Konstellationen denkbar, die eine Verwerfung nach Absatz 2 vernünftig erscheinen lassen, so etwa mit Blick auf die Rüge eines schon nicht aus dem Hauptverhandlungsprotokoll ersichtlichen Verfahrensfehlers. Auch die angeblich „gesicherten Grundsätze“ nach *Kruse*⁵²² sind nur bedingt fruchtbar zu machen: Den Beruhensausschluss von der Behandlung in einer Hauptverhandlung ausklammern zu wollen, wäre durchaus zwiespältiger Natur: Während ein ursächlicher Zusammenhang bereits dann anzunehmen ist, wenn das Urteil ohne die Gesetzesverletzung *möglicherweise* anders ausgefallen wäre,⁵²³ bedarf der Ausschluss des Kausalzusammenhangs eines definitiven Nachweises⁵²⁴. Einerseits wird es sich bei sol-

⁵²⁰ *Peters*, JR 1980, 169, zeigt ebenfalls auf, der seiner Meinung nach schon ausufernde Freiraum, den § 261 StPO gewähre, sei nirgends anders im Recht zu finden.

⁵²¹ So konstatiert *Heghmanns*, ET 22-02, Rn. 5, zu Recht die Unpraktikabilität derartiger Merkmale.

⁵²² Siehe S. 79.

⁵²³ BGH, NJW 1969, 473, 474; BayObLG, NJW 1978, 232; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 2001, 246; *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 189.

⁵²⁴ BGH, NJW 1970, 767; BGH, NStZ 1985, 135; siehe aber *Knauer*, NStZ 2016, 5, der dennoch einen weitreichenden Beurteilungsspielraum des Revisionsgerichts konstatiert.

chen Revisionen, im Rahmen derer das Beruhen zu verneinen ist, nicht selten um eindeutige Fälle handeln. Andererseits ist gerade angesichts einer bestehenden Gesetzesverletzung – beziehungsweise mit Blick auf die Umgehung der Feststellung einer solchen bei komplizierteren rechtlichen Problemen – bei dem Nachweis des Beruhensausschlusses außerordentliche Gründlichkeit an den Tag zu legen. Mag dies auch einer restriktiven Auslegung der „offensichtlichen Unbegründetheit“ dienlich sein, fiele eine Beschlussentscheidung diesbezüglich in prozessökonomischer Hinsicht kaum ins Gewicht, da in Anbetracht der geringen Anforderungen an eine Beruhensannahme eben jene die Regel darstellen dürfte.

Ein darüber hinausgehender Versuch, obige Kriterien mit Leben zu füllen, hätte mit der engsten Auslegung im Sinne einer „sofortigen Erkennbarkeit“ zu beginnen: „Sofort“, also „auf einen Blick“ als unmittelbares zeitliches Element die Unbegründetheit zu erkennen, erscheint nicht möglich. Sollte eine Begründung gänzlich fehlen, wäre die Revision bereits unzulässig. Man muss dem Revisionsrichter daher zugestehen, die Revisionsbegründung (in Verbindung mit dem Urteil) zu lesen. Die Frage nach dem Zeitpunkt der Beurteilung einer „offensichtlich unbegründeten“ Revision, wie sie *Peters* im Hinblick auf eine noch durchzuführende Beweisaufnahme aufwirft⁵²⁵, würde mit dem Erfordernis einer sofortigen Beurteilung stehen und fallen. Freilich müsste man in dieser Hinsicht auf die Bewertung des einzelnen Revisionsrichters abstellen und nicht auf das Kollegium, das erst in seiner Gesamtheit zum Entscheidungsträger berufen ist. In der Praxis könnte allerdings ohnehin nicht überprüft werden, ob man sofort oder erst nach längerer Prüfung die Revision für unbegründet befindet.⁵²⁶ Sollte man den Zeitpunkt der sofortigen Erkennbarkeit nicht lediglich auf den unmittelbaren Vorgang des Lesens beschränken (wobei nicht jeder Richter in gleicher Geschwindigkeit liest beziehungsweise unter Zugrundelegung des „Vier-Augen-Prinzips“ nicht einmal jeder Revisionsrichter sich überhaupt der Aktenlektüre annimmt), wäre jede darüber hinausgehende Bedenkzeit vom individuellen Zeitgefühl des Richterkollegiums abhängig⁵²⁷.

Nachfolgend nimmt die Komplexität der Ansätze bereits zu: „Ernst zu nehmende rechtliche Erwägungen“ könnten etwa dann nicht vorliegen, wenn eine gefestigte Rechtsprechung angegriffen wird, sobald keine neuen Argumente

⁵²⁵ *Peters*, JZ 1958, 436.

⁵²⁶ *Kruse*, S. 26, 27, 28.

⁵²⁷ *Stoll*, S. 67.

vorgetragen werden. Dies würde die befürchtete Rechtserstarrung⁵²⁸ verhindern. Hingegen wäre wiederum definitionsbedürftig, wann genau von einer Festigung der Rechtsprechung (oder deren Erschütterung) auszugehen sein dürfte. Orientierte man sich an Kriterien wie der leichten Überschau- und Beantwortbarkeit von Rechtsfragen, wäre zu ergründen, ob und inwiefern für diese Beurteilung Hilfsmittel eingesetzt werden dürften. Die Höhe der Strafe und die Art des Vorwurfs als Maßstab zu postulieren, dürfte ferner nicht dem Telos der Norm entsprechen: Die Zuhilfenahme dieser Kriterien liefe auf eine Beschränkung des Beschlussverfahrens auf Bagatellen hinaus und führte zumindest am Bundesgerichtshof zu einer wohl stets durchzuführenden Hauptverhandlung. Während desgleichen die Überprüfung besonders ausführlicher Revisionen die Aussichtslosigkeit sämtlicher Revisionsangriffe ergeben kann und deren Umfang damit kein verlässliches Kriterium darstellt,⁵²⁹ könnte das Attribut der Dauer des Revisionsverfahrens davon unabhängige Orientierungshilfen bieten. Aber auch hiervon ist letztlich Abstand zu nehmen. Zunächst müssten Bezugspunkt beziehungsweise Vergleichsgröße bestimmt werden (zum Beispiel die Dauer der Bearbeitung bei der Revisionsstaatsanwaltschaft, jene beim Revisionsgericht oder etwa die Summe beider, möglicherweise ebenfalls die durchschnittliche Dauer eines Urteilsverfahrens in der Revision, die mittels Durchführung des Beschlussverfahrens gerade unterschritten werden soll). Gewiss können diesbezüglich Statistiken geführt werden, allerdings vermag der Zeitfaktor eines Verfahrens von mannigfaltigen Gesichtspunkten beeinflusst zu werden, die weder der Sphäre des Revisionsführers noch des -gerichts zuzuordnen sind und daher wiederum keine verlässliche Größe vorgeben.

Gerade bei der Frage, welcher Maßstab an die Person des Beurteilenden zu setzen ist, muss Berücksichtigung finden, dass nicht allein der Richter, sondern auch die Staatsanwaltschaft über das fragliche Merkmal zu befinden hat. So darf der Begriff nicht lediglich auf die Richterschaft zugespitzt werden, was mancherlei Ausführungen fälschlicherweise nahelegen⁵³⁰. Für beide müsste, vor allem aufgrund der intendierten neutralen Bewertung durch beide Instanzen, eine einheitliche Auslegung des Begriffs gefunden werden. Dies gilt nicht zuletzt für die Anwaltschaft, denn das Bestreben einer allgemeingültigen Auslegung betrifft sie gleichermaßen. Nähme man etwa einen „Durchschnittsjuris-

⁵²⁸ Kruse, S. 35.

⁵²⁹ Penner, S. 20; Heghmanns, ET 22-02, Rn. 5.

⁵³⁰ Dahs, Rn. 581.

ten“ als Maßstab, so wäre einem erfahrenen Revisionsrichter oder -staatsanwalt abzuverlangen, sich in seine juristisch weniger bewanderten Kollegen hineinzuversetzen und sich damit selbst zu verobjektivieren⁵³¹.

Ob der Gesetzgeber für die Beurteilung der „offensichtlichen Unbegründetheit“ allein die wenigen bislang favorisierten, eher formal anmutenden Ansätze im Blick hatte, ist zweifelhaft. Soll die „offensichtliche Unbegründetheit“ demnach angesichts der Vielgestaltigkeit der Angriffsmöglichkeiten auch die Beschaffenheit materiellen Revisionsvortrags erfassen, wäre es die noch unerfüllte Aufgabe der Judikatur, jene bisher vagen Definitionsversuche durch am Einzelfall orientierte Fallgruppen zu konkretisieren.

(4) Außerjuristische Zwecke

Die Bestandsaufnahme zum vielfältigen Meinungsspektrum im Hinblick auf die Bestimmung der „offensichtlichen Unbegründetheit“ führt bei einigen Vertretern zu Resignation,⁵³² die insofern ihren Ausdruck findet, als man eine Entscheidung nach § 349 II StPO ohnehin nicht sinnvoll begründen könne oder aber man den Entlastungszweck in solch gewichtigem Maße dominieren lässt, ohne sich mit den Tatbestandsvoraussetzungen auch nur näher zu befassen. Dass diese Ansichten eine juristische Arbeitsweise schon vom Ansatz her negieren, bedarf hier keiner Erläuterung. Umso erstaunlicher erscheinen jedoch die bereits im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Bedenken einer ausufernden Auslegung (*Herzfeld*) sowie die nicht vor einem Rückgriff auf außerjuristische Zwecke zurückschreckende Richterschaft (*Jagusch*), hat diese sich doch vornehmlich mit der Beschlussverwerfung auseinandersetzen.

2. Kompensationsbemühungen des Gesetzgebers

Nach Auswertung der vertretenen Argumentationslinien steht jedenfalls fest, dass sich die Begriffsauslegung nicht nach dem Gutdünken des Rechtsanwenders richten kann. Die Heranziehung abstrakter objektiver Kriterien erweist sich hier als beschwerlich, zumal der Großteil der bestehenden Vorschläge für die praktische Handhabung wenig sinnvoll ist und nur bedingt Anhaltspunkte

⁵³¹ *Stoll*, S. 67.

⁵³² So drückt es auch *Krehl*, GA 1987, 165, aus.

liefern kann. Einer Interpretation, die an die Entbehrlichkeit einer Hauptverhandlung anknüpft, steht sowohl der Ermessenscharakter der Norm entgegen als auch die wiederum mangelnde Konkretetheit eines derartigen Maßstabs. Im Übrigen attestieren sich die Revisionsgerichte selbst einen „Beurteilungsspielraum“⁵³³, dessen Grenze erklärtermaßen lediglich die Willkür bildet. Abgesehen von wenigen gangbaren Kriterien, die sich indes überwiegend auf Revisionsbegründungen beziehen, die tatsächliche unabänderbare Vorgänge in der Vorinstanz negieren, wäre es nach alledem der Judikatur überlassen, konkrete Fallgruppen aufzustellen⁵³⁴; dies ist unweigerlich der ihr zugewiesene Auftrag.⁵³⁵ Entpuppt sich die soeben statuierte Aufgabe doch als Herausforderung, so hat der Gesetzgeber die Durchführbarkeit des Beschlussverfahrens über das Merkmal der „offensichtlichen Unbegründetheit“ hinaus jedoch unter weitere zu erfüllende Bedingungen gestellt. Es wird zu sehen sein, ob § 349 II StPO in Anbetracht des nun näher zu untersuchenden Normgefüges dennoch einer praktikablen Anwendung zugeführt werden kann, welche die mangelnde Rechtssicherheit zu kompensieren vermag.

⁵³³ Auf Tatbestandsebene ist trotz der Bezeichnung „Ermessensspielraum“ jene des „Beurteilungsspielraums“ wohl geläufiger.

⁵³⁴ BVerfGE 65, 76, 97, zum Asylverfahren: „Bereits die Auslegung des Begriffs der ‚Offensichtlichkeit‘ durch das Bundesverwaltungsgericht deutet darauf hin, daß dies (...) in der Regel nur bei Fallgestaltungen in Betracht kommen wird, denen eine gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung zugrunde liegt (...).“ Siehe auch *Ziegler*, DAV-FS, S. 945.

⁵³⁵ Ebenso *Fischinger*, Cüppers-GS, S. 150. A. A.: *Peters*, Dünnebier-FS, S. 71, der bei der Auslegung des Offensichtlichkeitsbegriffs darauf abstellen will, ob die Revisionsrüge ernst zu nehmende rechtliche Erwägungen enthalte. Diese Frage ließe sich nicht anhand der bisherigen Rspr. beantworten und führe zudem zu einer Rechtserstarrung. Dem ist nicht zuzustimmen, da hier gerade die *zukünftige* Rechtsprechungspraxis ins Auge gefasst wird. Dass eine an richterlicher Auslegung orientierte Begriffseingrenzung die Erstarrung des Rechts zur Folge hätte, widerspricht der mangelnden Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts und der daraus folgenden Nichtbindung. Krit. auch *Larenz*, S. 359, demzufolge der Richter in erster Linie den zu entscheidenden Fall im Auge hat und daher noch weit weniger dazu in der Lage ist, alle künftigen Anwendungsmöglichkeiten seines „Leitsatzes“ zu übersehen, als der Gesetzgeber selbst. Dies wird von Richtern indes gar nicht vorausgesetzt. Vielmehr ist es Aufgabe der nachgeordneten Gerichte, die Anwendbarkeit des Präjudizes auf ihren Fall herauszufinden.

a) **Hinfälligkeit des Offensichtlichkeitsanfordernisses bereits von Gesetzes wegen**

Der Gesetzgeber offenbart aufgrund der seit jeher existierenden sowie nachträglich eingeführten Absicherungen durchaus das Bewusstsein der problematischen Bestimmbarkeit und des Überraschungseffekts der Verwerfung als „offensichtlich unbegründet“. Denn: Spräche das Begriffspaar für sich beziehungsweise wäre ihm ein eindeutiger Anwendungsbereich zu entnehmen, so bedürfte es der nachfolgend zu erläuternden weiteren Voraussetzungen kaum. Schon bei der Begründetheitsentscheidung durch Beschluss trennte man sich früh von dem Offensichtlichkeitsanfordernis. Obgleich eine ergänzende Absicherung dem Ziel der Rechtssicherheit zumindest nicht abträglich sein mag, ist dabei in Rechnung zu stellen, inwiefern der durch die fehlende Hauptverhandlung bewirkten Entlastung durch Aufstellung zusätzlicher, möglicherweise zeitraubender Anforderungen nicht wiederum entgegengewirkt würde. Als § 349 StPO mit der jüngsten Neuregelung seine aktuelle Form annahm, war dem Gesetzgeber die bis dahin geäußerte Kritik bestens bekannt; genereller Handlungsbedarf wurde nicht bestritten. Ohne allerdings als Reaktion darauf das bedenkliche Merkmal durch eine andere, in sich ausgewogene Regelung zu ersetzen, beließ er es im Gesetz und führte die Staatsanwaltschaft als weitere zwingende Instanz sowie die Möglichkeit einer Gegenerklärung des Angeklagten ein. Ein bestehendes Tatbestandsmerkmal wird indes vom Ansatz her nicht dadurch bestimmbarer, indem man eine zweite Person darüber befinden lässt.

b) **Die verfahrensrechtlichen Absicherungen**

aa) **Das Einstimmigkeitserfordernis**

Das seit Einführung des § 349 II StPO vorgesehene Einstimmigkeitserfordernis muss sich sowohl auf die Unbegründetheit als auch auf die „Offensichtlichkeit“ beziehen und verlangt eine unabhängige Beurteilung jedes Revisionsrichters.⁵³⁶ Ob diesem Merkmal tatsächlich die von Teilen der Literatur vorgeworfene Tautologie innewohnt – es sei nur logische Konsequenz der „Offensichtlichkeit“⁵³⁷ – hängt entscheidend von der Auslegung Letzterer ab. Ist man der Meinung, sie

⁵³⁶ Kahl, JW 1925, 1406; Jagusch, NJW 1960, 75; Stoll, S. 57; Römer, MDR 1984, 356.

⁵³⁷ So Römer, MDR 1984, 356.

könne allein durch ein (Evidenz-) Erlebnis festgestellt werden, so sind divergierende Ergebnisse innerhalb des Senats nicht unwahrscheinlich⁵³⁸. Je objektiver und greifbarer die Kriterien zu ihrer Bestimmung jedoch beschaffen sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit einheitlicher Sichtweisen. Bei einer sich an wünschenswerterweise transparenten Kriterien orientierenden Begriffsbestimmung wäre der schützende Effekt einer zusätzlich geforderten einstimmigen Entscheidung mithin wahrlich minimiert. Insofern akzentuiert der Gesetzgeber abermals seine eigene Skepsis mit Blick auf eine sich an sinnvollen objektiven Kriterien orientierenden Definitionsmöglichkeit der „offensichtlichen Unbegründetheit“. Die mit dem Einstimmigkeitserfordernis einhergehenden Probleme bei der Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren werden an dortiger Stelle behandelt.

bb) Die Ermessensregelung

Den andernorts angesprochenen Mangel an Deckungsgleichheit von „offensichtlicher Unbegründetheit“ und der bezweckten Entlastung durch Aussparung der Hauptverhandlung vermag die Ermessensanordnung des § 349 II StPO zu kompensieren.

(1) Zur Entscheidungsfreiheit des Revisionsgerichts

Der in Rechtsprechung und Literatur wenig beachtete § 349 V StPO⁵³⁹ ordnet die Entscheidung durch Urteil an, wenn das Revisionsgericht die Absätze 1, 2 oder 4 nicht anwendet. Als Beweggrund für deren Nichtanwendung führt *Meyer-Goßner*⁵⁴⁰ einmal den Fall an, dass sich Revisionsrichter an dessen Anwendung rechtlich gehindert sehen, andererseits aber auch ihren „Unwillen“, von der Anwendungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. In Anbetracht dessen drängt sich bereits die Frage auf, welche, wenn nicht „rechtliche“ Aspekte, zur Durchführung einer Hauptverhandlung drängen könnten. Ermessenserwägungen haben sich stets auf rechtliche Gesichtspunkte zu beziehen, soweit nicht ausdrücklich normiert (zum Beispiel durch § 169 GVG), dann jedenfalls in Ge-

⁵³⁸ Nur dann hängt das Merkmal entscheidend von der Persönlichkeit des einzelnen Richters ab, wie *Römer*, MDR 1984, 356, und *Rosenau*, ZIS 2012, 202, es befürchten.

⁵³⁹ *Franke*, LR-StPO, § 349, schenkt diesem nicht einmal eine eigene Überschrift.

⁵⁴⁰ *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 349, Rn 35.

stalt ungeschriebener Verfahrensgrundsätze, denen die Rechtsqualität keineswegs abzusprechen ist. Betrachtungsweisen, die sich davon zugunsten außerrechtlicher Überlegungen entfernen, wären ohnedies unerwünscht. Den gerichtlichen Willen zum bestimmenden Faktor zu machen, erschiene nicht zuletzt fragwürdig angesichts der bezweckten Prozessökonomisierung. Zumindest bei einer nach soeben aufgezeigten Maßstäben rechtlich einwandfreien Beurteilung einer Revision als der Behandlung in einer Hauptverhandlung nicht würdig dürfte dem Revisionsgericht in dieser Hinsicht keine weitere Dispositionsbefugnis zukommen. Der einzige Verweis, auf den sich *Meyer-Goßner* diesbezüglich stützt, stellt dabei bezeichnenderweise eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dar, wonach auf eine Revision der *Staatsanwaltschaft* hin eine Hauptverhandlung anstelle des Beschlussverfahrens stattfinden sollte⁵⁴¹. Gerade auf diese bezieht sich der Entlastungszweck nicht primär, da davon ausgegangen wird, staatsanwaltschaftliche Revisionen seien ohnehin nicht „offensichtlich unbegründet“⁵⁴².

(2) Gesetzliche Irreführung

Ungeachtet dessen lässt die Gesetzessystematik an der Zielsetzung zweifeln, vor der Entscheidung nach Absatz 2 die Gebotenheit einer Hauptverhandlung ernsthaft in Betracht zu ziehen und eine enge Auslegung zu verwirklichen. § 349 II StPO hat – in offenem Widerspruch zu dem eigentlichen Verständnis des historischen Gesetzgebers von der Revision als überwiegend schriftlich geprägtem Verfahren⁵⁴³ – als *Ausnahmeregelung*⁵⁴⁴ zu fungieren; schon der Gesetzesvater plädierte für eine enge Auslegung. Die aufgrund der Ausnahme zu bestätigende Regel soll die Durchführung einer Hauptverhandlung sein. Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis müsste dem Gesetz aber auch zu entneh-

⁵⁴¹ BVerfG, StraFo 2007, 370.

⁵⁴² Vor historischem Hintergrund konnte hauptsächlich die Verschleppungsabsicht des Angekl. zu einem Mehraufwand führen. Von Anfang an auch Revisionen der StA mit zu umfassen, hängt wohl damit zusammen, dass der Oberreichsanwalt nicht befugt war, die Revision der StA zurückzunehmen, so *Wimmer*, NJW 1950, 201 ff. *Ziegler*, DAV-FS, S. 941, weist auf den Wortlaut des § 349 III StPO hin, der zw. StA und Beschwerdeführer unterscheidet.

⁵⁴³ Danach würde beim Revisionsverfahren „der Stoff für die richterliche Entscheidung in Schriftsätzen niedergelegt“, weshalb die mündliche Darlegung „nebensächlich“ sei, siehe *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 254.

⁵⁴⁴ *Eb. Schmidt*, § 349, Rn. 9.

men sein. In der Strafprozessordnung wie im Allgemeinen wird die Regel *vor* ihrer Ausnahme formuliert. Dies ist nicht nur auf die Gesetze der Logik zurückzuführen (denn ohne eine bestehende Regel könnte man eine Ausnahme nicht als solche deklarieren), sondern dient zugleich der Orientierung des Rechtsanwenders.⁵⁴⁵ Die Notwendigkeit einer regelmäßig durchzuführenden Hauptverhandlung im ersten Rechtszug ergibt sich zunächst aus § 199 StPO⁵⁴⁶ und § 200 StPO⁵⁴⁷. Klar benannte Ausnahmen zur Durchführung der Hauptverhandlung bei Einstellungsentscheidungen sind nachfolgend in den §§ 205, 206a I, 206b Satz 1 StPO aufgeführt. Im Berufungsverfahren sind Beschlussverwerfungen bei Entscheidungen vorgesehen, die der Begründetheitsprüfung chronologisch vorgelagert sind (bei Unzulässigkeit in § 322 StPO und bei der Annahme der Berufung in § 323 StPO). Wie auch die §§ 206a ff. StPO vermitteln die §§ 322 f. StPO durch ihre Ausgestaltung als einzelne, getrennt voneinander aufgestellte Beschlussregelungen das Bild eines Fremdkörpers, das ihren Ausnahmecharakter hervorhebt. Hingegen wird aus den folgenden Verweisungen der §§ 323 ff. StPO, insbesondere § 332 StPO, die Notwendigkeit der Durchführung einer Hauptverhandlung deutlich, vor allem aufgrund der Vornahme einer neuen Beweisaufnahme zur Sache, § 324 II StPO. Im Revisionsverfahren werden diese Systematik und Chronologie durchbrochen. So verwundert es, wenn die Anordnung des Beschlussverfahrens nicht allein in Bezug auf die Zulässigkeit, sondern auch hinsichtlich der („offensichtlichen“) (Un-) Begründetheit in den Absätzen 1 bis 4 einer einheitlichen Vorschrift geregelt wird, wohingegen das Urteilsverfahren (mit Hauptverhandlung, wobei der Begriff an sich in § 349 StPO keinerlei Erwähnung findet) erst durch den letzten Absatz vorgesehen ist. Schon die Verwerfung als unzulässig im Beschlusswege nach Absatz 1 sollte dem historischen Gesetzgeber zufolge gerade keine Ausnahme, sondern vielmehr die Regel darstellen (dieser sehr deutlich: „mit dem Wesen einer Hauptverhandlung nicht vereinbar“). Selbst wenn man diese systematische Eigenheit auf eine dem damaligen Entlastungszweck zugrunde liegende Überstürzung zu Nachkriegszeiten zurückführen wollte, so hätte der Ge-

⁵⁴⁵ So setzte man z. B. falsche Signale, indem man das Opportunitäts- vor dem Legalitätsprinzip regelte. Auch die besonderen Verfahrensarten der StPO (§§ 407-448 StPO) werden nach den allg. aufgeführt.

⁵⁴⁶ „Das für *die Hauptverhandlung* zuständige Gericht entscheidet darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen (...) ist.“

⁵⁴⁷ Danach ist in der Anklageschrift das Gericht, vor dem „die“ Hauptverhandlung stattfinden soll, anzugeben.

setzgeber spätestens zur letzten Reform eine Klarstellung herbeiführen können. Dass im Übrigen die Durchführung der Hauptverhandlung wie in den ersten beiden Rechtszügen dringend erforderlich wäre, ergibt sich ebenso wenig aus dem unmittelbaren Wortlaut der §§ 350, 351 StPO, die keine Verweisung auf den ersten Rechtszug enthalten (ein solcher ergibt sich erst aus der Kommentarliteratur⁵⁴⁸) und auch sonst ein arg verkümmertes Bild der dort skizzierten Hauptverhandlung hinterlassen.⁵⁴⁹ Der Gesetzgeber bezieht also nicht nur keine Stellung zum Regel-Ausnahme-Verhältnis von Urteils- und Beschlussverwerfungen, sondern verlagert vielmehr die Aufmerksamkeit des Rechtsanwenders auf das Beschlussverfahren.⁵⁵⁰

cc) Der begründete Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft

(1) Verfahrensablauf

Hat das Tatgericht, bei dem die Revision zunächst eingelegt wird, gemäß § 346 I StPO keine Bedenken gegen ihre Zulässigkeit, so besteht nach § 347 I 2 StPO die Möglichkeit für den Gegner des Beschwerdeführers, binnen einer Woche mittels einer Gegenerklärung zur Revision Stellung zu nehmen. Diese Form der Gegenerklärung soll im Gegensatz zum begründeten Antragserfordernis nach § 349 II, III StPO keine rechtliche Stellungnahme zum Gegenstand haben, sondern das Revisionsgericht umfassend über jene tatsächlichen Vorgänge informieren, die Anlass für die Erhebung von Verfahrensrügen gegeben haben.⁵⁵¹ Nach Ablauf dieser Frist ist die Revisionsstaatsanwaltschaft, an welche die Akten durch den Tatrichter weitergeleitet werden, gehalten, die Revision unabhängig von der Ansicht der zuständigen Staatsanwaltschaft bei den Instanzgerichten einer sachlichen Begutachtung zu unterziehen. Ist das angegriffene Urteil von der Strafkammer eines Landgerichts gefällt worden (und der Bundesge-

⁵⁴⁸ Franke, LR-StPO, § 351, Rn. 2; Wohlers, SK-StPO, § 349, Rn. 2.

⁵⁴⁹ Auch Leipold, StraFo 2010, 354, zufolge deutet § 350 StPO auf den Ausnahmecharakter einer Revisionsverhandlung hin.

⁵⁵⁰ Allg. Franke, LR-StPO, § 351, Rn. 1: Der Gesetzgeber habe diese Unsicherheit selbst zu verantworten, da er dem Revisionsabschnitt einen starken Einschnitt von Schriftlichkeit verliehen habe, der v. a. in den §§ 346, 349, 350 StPO zum Ausdruck komme. Auch Römer, MDR 1984, 356, missbilligt, die Kann-Vorschrift suggeriere einen erheblichen Beurteilungsspielraum. Nach Heghmanns, ET 22-02, Rn. 1, begünstigt die Norm durch ihre textliche Abfassung bereits eine exzessive Anwendung.

⁵⁵¹ Drescher, NStZ 2003, 296.

richtshof somit Revisionsgericht), übermittelt die zuständige Landesstaatsanwaltschaft gegebenenfalls über die Generalstaatsanwaltschaft die Akten dem Generalbundesanwalt als Revisionsstaatsanwaltschaft, bei dem ein dem zuständigen Strafsenat des Bundesgerichtshofs zugeordneter Sachbearbeiter in die sachliche Prüfung eintritt. Dieser ist ebenfalls unabhängig von der Landesstaatsanwaltschaft. In den übrigen Fällen fungiert die Generalstaatsanwaltschaft als Revisionsstaatsanwaltschaft. Letztere leitet sodann die Akten dem zuständigen⁵⁵² Senat zu. Gleichzeitig stellt sie einen der folgenden Anträge:

- Verwerfung der Revision als unzulässig durch Beschluss (§ 349 I StPO);
- Verwerfung der Revision als „offensichtlich unbegründet“ durch Beschluss (§ 349 II StPO);
- Aufhebung des angefochtenen Urteils durch Beschluss (§ 349 IV StPO);
- Anberaumung eines Termins zur Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht (§ 349 V StPO).⁵⁵³

(2) Allgemeine Kritik

Das nachträglich eingeführte staatsanwaltschaftliche Antragsersfordernis ist zwingende Voraussetzung für das Beschlussverfahren nach Absatz 2.⁵⁵⁴ Dabei soll das Zusammenwirken zweier voneinander unabhängiger Organe der Strafjustiz eine sachgerechte Entscheidung herbeiführen.⁵⁵⁵ Mangelt es bei Entscheidungen durch Beschluss an diesem Erfordernis, so wird ein Verstoß gegen das Willkürverbot angenommen.⁵⁵⁶ Weniger bedeutsam ist der Antrag für Revisionen der Staatsanwaltschaft, da die Generalstaatsanwaltschaft deren Rücknahme veranlassen kann oder nach § 145 I GVG selbst zu erklären vermag (Nr. 168 RiStBV).⁵⁵⁷ Dem Generalbundesanwalt bleibt jedenfalls die Anregung ihrer Rücknahme.

Die zwingend beizufügende Begründung soll dem Angeklagten die Möglichkeit geben, sich zur Wahrung rechtlichen Gehörs gegen die beantragte Be-

⁵⁵² Erfolgte die Versendung an ein unzuständiges Revisionsgericht, ist § 348 StPO zu beachten.

⁵⁵³ Siehe dazu *Hamm*, Rn 1362 ff.; *Schlothauer/Weider*, Rn. 89 ff.; *König*, Heghmanns/Scheffler, S. 1071, Rn. 349 ff.

⁵⁵⁴ BT-Drucks. 4/178, S. 44; *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 13.

⁵⁵⁵ *Wohlers*, SK-StPO, § 349, Rn. 16; *Kuckein*, KK-StPO, § 349, Rn. 16.

⁵⁵⁶ BVerfG, NJW 1982, 324, 325.

⁵⁵⁷ *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 14.

schlussverwerfung zur Wehr zu setzen. *Römer* zufolge richtet sich der Antrag jedoch „in erster Linie an das Revisionsgericht“⁵⁵⁸, ohne dies weiter zu erläutern. *Gieg* und *Widmaier* interpretieren seine Aussage dahingehend, der Antrag biete dem Revisionsgericht eine Orientierung bereits im frühen Stadium des Beschlussverfahrens.⁵⁵⁹ Nach *Eisenberg* soll das Antragsersfordernis der „Erleichterung“ des Gerichts dienen.⁵⁶⁰ Eine – vornehmlich – das Gericht unterstützende Funktion ist weder dem Wortlaut des § 349 II, III StPO noch den Gesetzesmaterialien zu entnehmen. Die bezweckte unabhängige Beurteilung einer „offensichtlich unbegründeten“ Revision auf beiden Seiten ließe eher auf eine gerade durch den staatsanwaltschaftlichen Antrag unbeeinflusste gerichtliche Entscheidung schließen. Im Übrigen wird die Staatsanwaltschaft keineswegs als Hilfsorgan des Gerichts begriffen. Doch in welcher Hinsicht ist diese Unabhängigkeit zu begreifen, wenn man es sich zum Ziel setzt, im Beschlussverfahren mehr Rechtssicherheit zu schaffen? Nach § 150 GVG ist die Staatsanwaltschaft in ihren amtlichen Verrichtungen von den Gerichten unabhängig. Während diese Vorschrift inzwischen weitgehend historischen Charakter besitzt,⁵⁶¹ soll die Staatsanwaltschaft ihrer Bedeutung nach ohne Einflussnahme des Gerichtes zu eigenverantwortlichen Entscheidungen gelangen. Dem Wortlaut des Absatzes 2 ist diese Bedingung aber schon zu entnehmen, denn erst „auf“ ihren Antrag wird das weitere Beschlussverfahren in Gang gesetzt. Er stellt also das erste Glied in der Kette dar. Eine als solche deklarierte unabhängige Entscheidung einer weiteren Person mag zwar den beruhigenden Effekt einer zunehmenden Minimierung von Irrtümern bei der Beurteilung von Tatbestandsvoraussetzungen suggerieren. Schließlich wird mit dem zusätzlichen Antragsersfordernis zum Ausdruck gebracht, bei der einstimmigen Entscheidung von immerhin drei, wenn nicht gar fünf routinierten Revisionsrichtern werde das Risiko einer Fehlentscheidung noch für existent gehalten. Die dem Gesetzgeber vorschwebende „Unabhängigkeit“ bezieht sich allerdings tatsächlich nur auf das Verhältnis zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft selbst, ist also in einem relativen Kontext verortet. Mit der Antragstellung nach Absatz 2 ist sich indes auch die Revisionsstaatsanwaltschaft bewusst, damit die Weichen für das sie gleichermaßen begünstigende Beschlussverfahren zu stellen – wäre doch nicht

⁵⁵⁸ *Römer*, MDR 1984, 357; in diese Richtung auch *Kleinknecht*, JZ 1965, 160.

⁵⁵⁹ *Gieg/Widmaier*, NStZ 2001, 60.

⁵⁶⁰ *Eisenberg*, NK 2013, 235.

⁵⁶¹ *Schmid/Schoreit*, KK-GVG, § 150, Rn. 1; *Franke*, LR-GVG, § 150, Rn. 1 f., bezeichnet sie als wenig geglückte, rein deklaratorische Vorschrift.

allein das Richterkollegium, sondern sie ebenfalls zur Anwesenheit in der Revisionshauptverhandlung verpflichtet⁵⁶². Dies ist umso beachtenswerter, als sie sich heutzutage selbst als überlastet ansieht⁵⁶³. Zwar ist die Staatsanwaltschaft zur Begründung des Antrags nach Absatz 2, also zu einem Mehraufwand verpflichtet, wobei eine Begründung der Anträge nach den übrigen Absätzen des § 349 StPO dem Gegenschluss zufolge nur fakultativ ist.⁵⁶⁴ Dadurch wird jedoch zum einen nicht die Entlastung infrage gestellt, die aufgrund der Durchführung des Beschluss- anstelle des Urteilsverfahrens eintreten würde; zum anderen erfolgt ein Großteil der Begründungen ohnehin aufgrund lediglich floskelhafter Textbausteine.

Zu bedenken ist weiterhin, welche Konsequenzen die (Nicht-) Stellung des Antrags für die Staatsanwaltschaft nach sich ziehen könnte. Beantragt sie keine Verwerfung im Beschlussverfahren, so ist das Gericht unabhängig von seiner eigenen Einschätzung verpflichtet, Termin zur Hauptverhandlung anzuberaumen. Stellt sich in dieser Hauptverhandlung heraus, die Revision hätte problemlos auch ohne ein solch zeitraubendes Prozedere verworfen werden können,⁵⁶⁵ wird sich kaum der Umstand leugnen lassen, dass das Gericht eine Beschlussverwerfung vorgezogen hätte.⁵⁶⁶ Dessen Verhinderung kann es allein auf mangelndes Tätigwerden der Staatsanwaltschaft zurückführen. Stellt diese hingegen den Antrag nach § 349 II StPO, so ist – bei hinreichender Beachtung der Ermessensvorschrift – hinsichtlich der Durchführung der Hauptverhandlung noch nicht das letzte Wort gesprochen. Mit Antragstellung gibt die Staatsanwaltschaft also die Verantwortung dafür, eine etwaig überflüssige und doch langwierige Hauptverhandlung stattfinden zu lassen, aus den Händen, ohne sich dem Groll der Gerichte auszusetzen. Sie befindet sich bei dieser Vorgehensweise gewissermaßen „auf der sicheren Seite“. Inwiefern die Revision tatsächlich „offensichtlich unbegründet“ wäre, ließe sich angesichts der seitens der

⁵⁶² Franke, LR-StPO, § 350, Rn. 6. Dies wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren als Belastung angesehen, siehe die Ausführungen *Hanauers* bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1037.

⁵⁶³ *Elsner*, ZRP 2010, 49. Siehe auch den Artikel „Ein Staatsanwalt packt aus“ von Tina *Groll* über den Arbeitsalltag eines Staatsanwalts bei „Zeit-Online“ vom 27.4.2012 unter <http://www.zeit.de/karriere/beruf/2012-04/rezension-staatsanwaelte-robert-pragst>, zuletzt abgerufen am 14.7.2016.

⁵⁶⁴ So in Bezug auf Abs. 5 auch *Schulte*, *Rebmann-FS*, S. 477.

⁵⁶⁵ Etwa bei abwesenden Verteidigern, mangelhaften Rechtsgesprächen oder ausreichendem Aktenmaterial.

⁵⁶⁶ Dies gilt umso mehr angesichts der Tatsache, dass sich die Rspr. bei der Definition der „offensichtlichen Unbegründetheit“ neuerdings – fälschlicherweise – auch an der Entbehrlichkeit einer Hauptverhandlung orientiert.

Rechtsprechung aufgestellten vagen Deutungsmöglichkeiten, an denen sich die Staatsanwaltschaft zu orientieren hat, ohnehin nicht eindeutig verifizieren. Das Risiko einer diesbezüglichen Fehlentscheidung ist im Rahmen staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit nicht höher oder geringer einzustufen als bei den Gerichten.

Mit Blick auf die tatsächlich hohe Übereinstimmungsquote von Antrag und Beschlussentscheidung wird zwar dessen Ursächlichkeit für Letztere im Sinne einer Kausalität angezweifelt, allerdings werden „Schulterschlusseffekte“⁵⁶⁷ und schließlich auch die Orientierung an personenspezifischen Kompetenzerwartungen⁵⁶⁸ nicht ausgeschlossen. Nicht zu unterschätzen seien ebenso psychische Entlastungseffekte im Rahmen arbeitsteiligen Zusammenwirkens.⁵⁶⁹

(3) Missbrauchsmöglichkeiten des Revisionsgerichts im Kontext mit dem Antragserfordernis

Neben den allgemeinen – die Effektivität des Antragserfordernisses an sich betreffenden – Kritikpunkte birgt eine Vorgehensweise, die sich zur Durchführbarkeit des prozessökonomischen Beschlussverfahrens eines zwingenden staatsanwaltschaftlichen Antrags bedient, nicht zuletzt auch damit zusammenhängende Missbrauchsmöglichkeiten auf gerichtlicher Seite. Die nachfolgend näher zu untersuchenden Verfahrensweisen der Revisionsgerichte sind zum Teil gängige Praxis, ihre Legitimität ist jedoch in Frage zu stellen.

(a) Die Verfahrensspaltung bei Angeklagten- und Staatsanwaltschaftsrevisionen

Die stetige Terminsbeantragung der Revisionsstaatsanwaltschaft bei Staatsanwaltschaftsrevisionen ist zwar bemerkenswert, könnte jedoch – partiell – auf Nr. 147 RiStBV zurückzuführen sein. Dies wäre zumindest ein möglicher Erklärungsansatz für die unterschiedlich hohe Erfolgsquote⁵⁷⁰. Indes ist verbreitet zu beobachten, wie sich Angeklagte oder Nebenkläger mit Verwerfungsbe-

⁵⁶⁷ Barton, S. 207; diese ebenfalls nicht ausschließend Heghmanns, ET 22-02, Rn. 10.

⁵⁶⁸ Barton, S. 198.

⁵⁶⁹ Barton, S. 219.

⁵⁷⁰ Barton, S. 132, und StRR 2014, 407. Dennoch spricht Ziegler, DAV-FS, S. 939, von einem „diskriminierenden Effekt“.

schlüssen konfrontiert sehen, während staatsanwaltschaftliche Revisionen gegen *dasselbe* Urteil zum Gegenstand einer Revisionshauptverhandlung gemacht werden. Die Revision eines Angeklagten und diejenige der Staatsanwaltschaft gegen dasselbe Urteil stellen zwei selbstständige Rechtsmittel dar, die eigenen Regeln unterliegen und nicht zuletzt auch getrennt beschieden werden. Wenn gleich mitunter als „Unsitte“⁵⁷¹ angeprangert, bestehen formal-rechtlich zunächst keine Bedenken, diese – bei Erfüllung der jeweiligen Verfahrensvoraussetzungen – gesondert zu behandeln.⁵⁷² Diese rein formale Betrachtungsweise vermag freilich anderweitigen Bedenken ausgesetzt zu sein, vornehmlich mit Blick auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.

(aa) „Sachlicher oder innerer Zusammenhang“ und Prozessökonomie

Der Bundesgerichtshof bemüht sich bisweilen, die formal-rechtliche Zulässigkeit der getrennten Behandlung von Angeklagten- und Staatsanwaltschaftsrevisionen gegen dieselbe Entscheidung durch weitere Überlegungen zu untermauern. So „soll“ ihm zufolge eine gemeinsame Hauptverhandlung stattfinden, wenn zwischen der Angeklagten- und der Staatsanwaltschaftsrevision ein „sachlicher oder innerer Zusammenhang“ vorliege⁵⁷³ beziehungsweise sofern die Wirkung des von der Staatsanwaltschaft eingelegten Rechtsmittels auch zugunsten des Angeklagten „nicht auszuschließen“ sei. In solchen Fällen lägen prozessökonomische Gründe, die für eine Verfahrensspaltung sprächen, „in der Regel“ nicht vor.⁵⁷⁴

Näherer Klärung bedarf zunächst, ob und wann Fälle anzunehmen sein könnten, in denen ein Erfolg zugunsten des Angeklagten aufgrund einer von der Staatsanwaltschaft eingelegten Revision auszuschließen ist – der negativen Formulierung „nicht auszuschließen“ ist jedenfalls eine extensive Auslegungsmöglichkeit zu entnehmen. Man könnte sich allerdings auf den Standpunkt stellen, es müsse eindeutig festzustellen sein, ob ein Rechtsmittel zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten eingelegt worden sei. Darauf würde die Regelung des § 302 I 3 StPO hindeuten, wonach ein zugunsten des Beschuldigten

⁵⁷¹ Meyer-Mews, NJW 2005, 2822.

⁵⁷² So auch Kusch, NStZ 1992, 30.

⁵⁷³ BGH, NJW 1999, 2199.

⁵⁷⁴ BGH, StV 2000, 605.

eingelegetes Rechtsmittel nicht ohne Zustimmung zurückgenommen werden kann; ihn begünstigende Rechtsmittel müssten demnach klar von solchen zu seinen Lasten zu trennen sein. Dies schließt aber keineswegs die möglicherweise vorteilhafte Wirkung eines zu Ungunsten des Beschuldigten eingelegten Rechtsmittels aus. Anderenfalls ergäbe die Vorschrift des § 301 StPO wiederum wenig Sinn, die sich gerade nicht ausdrücklich auf ein zu seinen Gunsten eingelegtes – demnach auf den begünstigenden Effekt von vornherein abzielendes Rechtsmittel – bezieht. Derartige Fälle könnten vor allem in Bezug auf die unabhängig von der Person des Revisionsführers von Amts wegen zu prüfenden Verfahrensvoraussetzungen anzunehmen sein. Auch der Einlegung der allgemeinen Sachrüge, ob für sich gesehen oder in Verbindung mit der Geltendmachung einer Verfahrensrüge, ist diese mögliche Wirkung immanent. Nun sollen ausgeführte Beanstandungen zur Sachrüge bei Angeklagtenrevisionen lediglich „Hinweise“ für das Revisionsgericht darstellen, welche die darüber hinausgehende umfassende Überprüfungskompetenz unberührt lassen sollen.⁵⁷⁵ Demgegenüber besteht für die Staatsanwaltschaft zwar nach Nr. 156 II RiStBV ein diesbezügliches Begründungsgebot, das jedoch erklärtermaßen die gesetzlichen Mindestanforderungen nicht negieren kann und soll. Eine umfassende Urteilsüberprüfung hat demnach gleichermaßen bei der Erhebung der Sachrüge seitens der Staatsanwaltschaft zu erfolgen. Auf diese Weise können jederzeit Rechtsfehler zugunsten des Angeklagten aufgedeckt werden. Dies gilt nicht zuletzt im Falle einer ausdrücklichen und zulässigen Revisionsbeschränkung⁵⁷⁶, etwa auf den gesamten Bereich des Strafausspruchs. Gerade die mit der erweiterten Revision einhergehende Unberechenbarkeit der Revisionsrechtsprechung festigt diesen Eindruck. Allein Revisionen, die ausschließlich Verfahrensrügen zum Nachteil des Angeklagten beinhalten, könnten demnach den Ausschluss begünstigender Wirkung rechtfertigen, wengleich im Verhältnis zur Sachrüge nur selten geltend gemacht. Aber auch diese vermögen mitunter zu einer gänzlichen Aufhebung der Feststellungen und zumindest zu einer Neuverhandlung auf tatinstanzlicher Ebene zu führen, die mittelbar wiederum

⁵⁷⁵ Gericke, KK-StPO, § 344, Rn. 25.

⁵⁷⁶ Auch Hamm, StV 2000, 638 f., erkennt die mit wechselseitigen Revisionen verbundenen „vielfältigen Verquickungen“. Zwar wird die horizontale Teilrechtskraftfähigkeit heute nicht mehr bestritten; dennoch sei stets zu prüfen, ob „zwischen den Erörterungen zur Schuld- und zur Rechtsfolgenfrage eine so enge Verbindung“ bestehe, dass „eine getrennte Überprüfung des angefochtenen Urteils nicht möglich wäre, ohne daß der nicht angefochtene Teil mitberührt werde“, siehe BGHSt 33, 59.

neue für den Angeklagten günstige Tatsachen zutage fördern könnte. Die Antizipation derartiger neu zu gewinnender Ergebnisse, die allein der Kognition des Tatrichters unterliegen, stünde dem Revisionsgericht im Übrigen nicht zu.

Zu der Problematik, wann des Weiteren von einem „sachlichen oder inneren Zusammenhang“ auszugehen ist, äußert sich der Bundesgerichtshof nicht.⁵⁷⁷ Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat im Hinblick auf die Einlegung mehrerer Berufungen gegen ein Urteil, die sich auf eine Tat im verfahrensrechtlichen Sinne (§ 264 StPO) und auf einen Angeklagten beziehen, entschieden, über diese Vielzahl an Rechtsmitteln müsse aufgrund *einer* Berufungshauptverhandlung entschieden werden. Eine Verfahrenstrennung sei nur zulässig, wenn sich die Berufungen auf verschiedene prozessuale Taten oder verschiedene Angeklagte bezögen. Auch das zu Ungunsten des Beschuldigten eingelegte Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft führe stets zu einer Gesamtüberprüfung der angefochtenen Entscheidung.⁵⁷⁸ Dies gilt gewiss nur hinsichtlich einer unbeschränkten Berufungseinlegung; im Falle des § 318 StPO bezieht sich die Prüfung allein auf die der Beschränkung unterliegenden Aspekte. Ferner mangelt es insofern an der Vergleichbarkeit, als es im Rahmen der Berufung um die Verfahrenstrennung an sich geht, jedoch nicht um die Art und Weise der Entscheidung, die dort stets im Rahmen des Urteilsverfahrens zu treffen ist. Ob im Revisionsverfahren dennoch eine Trennung nach prozessualen Taten angemessen ist, erscheint zweifelhaft. Wiederum ist die Erhebung der allgemeinen Sachrüge gerade nicht an den prozessualen Tatbegriff gekoppelt. Die Verfahrensrüge vermag desgleichen Feststellungen anzugreifen, die sich möglicherweise auf mehrere Taten im verfahrensrechtlichen Sinn erstrecken können. Erhebt zudem ein Beteiligter Verfahrensrügen, ein anderer indes lediglich die Sachrüge, kann ebenfalls nicht zwingend von mangelnden Berührungspunkten auszugehen sein, mag es Letzterem auf die Beständigkeit der Feststellungen zur Verfolgung der für ihn günstigen Sachrüge doch vornehmlich ankommen⁵⁷⁹. Vorstehende Erwägungen gelten nicht weniger für eine Orientierung am materiellen Tatbegriff nach § 53 StGB. Der fragliche Zusammenhang ist *Hamm* zufolge jedenfalls dann nicht gegeben, wenn es sich um Revisionen handele, die sich bereits

⁵⁷⁷ Dahingehend die Kritik von *Hamm*, StV 2000, 640, der es bedauert, der BGH habe nicht mit einer Leitsatzentscheidung deutlich gemacht, wann die getrennte Behandlung jedenfalls unzulässig sei.

⁵⁷⁸ OLG Düsseldorf, NStZ-RR 2001, 246.

⁵⁷⁹ So *Hamm*, StV 2000, 640, im Hinbl. auf die isolierte Anfechtung des Schuld-schwereauspruchs durch die StA.

auf verschiedene Teile des angefochtenen Urteils bezögen, die für sich gesehen rechtskraftfähig seien. Dies wäre etwa bei mehreren Angeklagten der Fall,⁵⁸⁰ welcher die hier relevante Problematik wechselseitiger Revisionen hingegen gerade nicht betrifft.

Nach alledem entpuppt sich die Orientierung an einer nicht auszuschließen- den angeklagtenbegünstigenden Wirkung der Staatsanwaltschaftsrevision beziehungsweise an einem „sachlichen oder inneren Zusammenhang“ beider Revisionen als wenig taugliches Abgrenzungskriterium; diese von der Judikatur aufgestellten Attribute dürften schlichtweg schon darin begründet sein, dass dieselbe Entscheidung im Hinblick auf einen bestimmten Angeklagten Gegenstand der Anfechtung durch diesen und die Staatsanwaltschaft ist. Der Bundesgerichtshof bezieht sich allerdings ferner auf die wohl der Prozessökonomie förderliche getrennte Verfahrensweise. Bereits an dieser Stelle sind indes Bedenken anzumelden. Wenn sich der Bundesgerichtshof in derartigen Fällen „in der Regel“ an prozessökonomischen Gründen ausrichtet, ist schwer auszumachen, an welchen Kriterien man sich diesbezüglich wiederum zu orientieren hat – an der aktuellen Arbeitsbelastung oder vielleicht doch an der Beschaffenheit von angefochtener Entscheidung und Revisionsbegründung im Einzelfall? Ein derartiger nicht näher ausgefüllter Spielraum vermittelt nicht nur Rechtsunsicherheit, sondern erweckt auch den Anschein von Willkür.⁵⁸¹

Ferner bliebe zu untersuchen, inwiefern tatsächlich eine verfahrensökonomische Wirkung mit der verfahrensspaltenden Behandlung wechselseitiger Revisionen einherginge.⁵⁸² Eine gemeinsame Hauptverhandlung an sich führte wohl kaum zu einer nennenswerten Mehrbelastung. Ausgehend allerdings von der – bereits zweifelhaften – Praxis des „Vier-Augen-Prinzips“ im Beschlussverfahren und demgegenüber allseits erfolgreicher Aktenlektüre sowie zusätzlicher Informationsvermittlung des Spruchkörpers im Urteilsverfahren erfordert Letzteres in der Praxis die zeitaufwändigere Art und Weise der Vorbereitung⁵⁸³. Werden hingegen beiderseits Sachrügen eingelegt, müsste das Urteil ohnehin im

⁵⁸⁰ Hamm, StV 2000, 638. Wird ein Urteil von zwei Angekl. angefochten, können danach die („offensichtlich“) unbegründete Revision des einen und die begründete des anderen in getrennten Verfahren behandelt werden, ebenso wie eine Revision seitens der StA gegen den Freispruch eines Mitangekl., und diejenige des schuldig gesprochenen Angekl.

⁵⁸¹ Sinngemäß auch Hamm, StV 2000, 639.

⁵⁸² Bauer, wistra 2000, 253, ist der Ansicht, die insgesamt bewirkte Zeit- und Arbeitersparnis dürfte nicht ins Gewicht fallen.

⁵⁸³ Hamm, StV 2000, 639.

Vorfeld der Hauptverhandlung von allen Richtern gelesen werden. Demnach bedeutete die gleichzeitige Behandlung der Revision des Angeklagten im Urteilsverfahren in dieser Hinsicht schwerlich einen Mehraufwand. Auch im Falle der Revisionsbeschränkung durch die Staatsanwaltschaft ist nicht allein von einer zwingenden Lektüre des bleibenden Anfechtungsgegenstandes auszugehen. Vielmehr lässt sich bei Beschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch dieser mitunter nur durch die Lektüre des Urteilsabschnittes zum Schuldspruch vollends nachvollziehen. Etwas anderes ist wohl für den Fall anzunehmen, in dem der eine Revisionsführer (allenfalls die Staatsanwaltschaft) lediglich die Verfahrensrüge einlegt, der andere aber (zugleich) die Sachbeschwerde geltend macht. Aus den Ausführungen zur Verfahrensrüge muss dem Revisionsgericht schon ohne nötigen Rückgriff auf weitere Dokumente seinerseits der Revisionsangriff plausibel gemacht und ihm allein auf diese Weise die weitere Prüfung ermöglicht werden; anderenfalls würde sie als unzulässig verworfen. Des Weiteren wäre es ohnehin ratsam, in einem solchen Falle zunächst die Verfahrensrüge abzuhandeln, da der auf den Feststellungen beruhenden Sachrüge bei deren Aufhebung gewissermaßen der Boden entzogen würde. Eine komplette Urteilslektüre wäre hier folglich zunächst wenig angebracht. Angesichts weitgehender Verdrängung der Verfahrens- durch die Sachrüge sowie der Möglichkeit, Erstere im Falle ihrer Unzulässigkeit bereits nach § 349 I StPO abzuhandeln, kann insoweit über die prozessökonomischen Auswirkungen indes keine präzise Aussage getroffen werden.

(bb) Verfahrensspaltung in zeitlicher Hinsicht

Die Möglichkeit einer getrennten Verfahrensweise mag freilich schon aus zeitlicher Perspektive mit eventuellen Benachteiligungen für den Angeklagten einhergehen beziehungsweise Missbrauchsgefahren bergen. So kann die Generalstaatsanwaltschaft, die in der Lage ist, uneingeschränkt über die Durchführung des staatsanwaltschaftlichen Rechtsmittels zu verfügen, hinsichtlich der Angeklagtenrevision zunächst den Verwerfungsantrag stellen. Wird diese antragsgemäß verworfen, kann sie sich dem Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft widmen und dieses gegebenenfalls selbst zurücknehmen. Befindet das Revisionsgericht die Revision des Angeklagten jedoch für (auch nur zum Teil) begründet, vermag zugleich diejenige der Staatsanwaltschaft weiterverfolgt und dem Angeklagten damit das Verbot der *reformatio in peius* genommen zu werden.

Ferner stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, was passiert, wenn entgegen dem Verwerfungsantrag das Urteil nach § 349 IV StPO aufgehoben wurde.⁵⁸⁴ Die Tenorierung einer zweiten Urteilsaufhebung oder gar einer Bestätigung der Angeklagtenrevision wäre diffizil. Auch der umgekehrte Fall bietet Diskussionsbedarf: Sollte die Revision des Angeklagten antragsgemäß verworfen werden, ohne dass aufgrund des noch existenten Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft Rechtskraft eintritt und sich der Senat im Hinblick auf § 301 StPO und eines etwa überzeugenden Verteidigervortrages für die Aufhebung des Urteils entscheidet, wäre diese Vorgehensweise desgleichen mit Widersprüchen durchsetzt.⁵⁸⁵ Zwar könnte man dem Verteidiger vorhalten, die zur staatsanwaltschaftlichen Revision vorgetragenen Erwägungen hätte er auch im Rahmen seiner eigenen Revision bereits geltend machen können. Aufgrund der im Beschluss- gegenüber dem Urteilsverfahren geminderten Vorbereitungs- und Beratungsqualität ist ein Unterschätzen oder Missverstehen eines solchen Vortrages jedenfalls nicht auszuschließen. Nicht zuletzt könnte das Revisionsgericht gar Hemmungen unterliegen, seine vorher ausgesprochene Aufrechterhaltung des Urteils in öffentlicher Hauptverhandlung zu revidieren und sich eine unzureichende Überprüfung des Urteils im Beschlussverfahren einzugestehen.

(cc) Waffengleichheit und Widerspruchsfreiheit

Das Prinzip der Waffengleichheit wird auf europäischer Ebene insbesondere dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK entnommen, auf nationalem Terrain werden Art. 3 I GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip sowie das Fairnessprinzip, teilweise kombiniert mit dem allgemeinen Freiheitsrecht des Art. 2 I GG, herangezogen. Es soll der Subjektstellung des Angeklagten Ausdruck verleihen, hingegen nicht in Gestalt eines Rechtsanspruchs, sondern zunächst als Auftrag an den Gesetzgeber, ein ausgewogenes Verfahrenssystem zu schaffen. Schlussendlich dient sie als Auslegungshilfe auch dem Richter sowie als Rechtmäßigkeitsmaßstab in konkreten prozessualen Situationen. Der materielle Gehalt der Waffengleichheit bezieht sich auf das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Angeklagtem sowie dessen Verteidiger. Eine absolute Gleichheit von Rechten soll ausdrücklich nicht angestrebt werden;

⁵⁸⁴ Hamm, StV 2000, 640; a. A. ohne Begründung Franke, LR-StPO, § 349, Rn. 24.

⁵⁸⁵ Hamm, StV 2000, 640.

vielmehr setzt man es sich zum Ziel, angesichts der Verschiedenartigkeit der jeweiligen Verfahrensrollen die prozessualen Möglichkeiten entsprechend auszutariieren. Ein zwingender Ausgleich von rollenimmanenten Unterschieden soll damit nicht zum Inhalt des Prinzips gemacht werden.⁵⁸⁶ Es ist mithin als Chancengleichheit zu verstehen, die durch die Kompensation der überlegenen Position der Staatsanwaltschaft durch effektive Verteidigungsmöglichkeiten gekennzeichnet ist.⁵⁸⁷

Ob Nr. 147 RiStBV eine derart verfahrensspezifische Rolle der Staatsanwaltschaft rechtfertigt, ist in Frage zu stellen. Während Revisionen der Staatsanwaltschaft – so wird es vorgetragen – jedenfalls kaum „offensichtlich unbegründet“ sein könnten,⁵⁸⁸ kommt jenem Merkmal in der Praxis kaum eigenständige Bedeutung zu. Wenn demnach lediglich „unbegründete“ Angeklagtenrevisionen zum Gegenstand des Beschlussverfahrens gemacht werden, lässt sich zumindest keine herausragende Diskrepanz zwischen beiden Verfahrensrollen diagnostizieren, sind doch nicht alle Revisionen der Staatsanwaltschaft auch begründet. Dies kann insbesondere für Rechtsmittel zu Gunsten des Angeklagten gelten, deren Rücknahme ohne dessen Zustimmung nicht mehr möglich ist (§ 302 I 3 StPO)⁵⁸⁹. Gerade die Unberechenbarkeit des Revisionserfolges aufgrund der Entwicklung hin zur erweiterten Revision trifft Angeklagten- und Staatsanwaltschaftsrevisionen gleichermaßen. Überhaupt kommen im Hinblick auf die Vorgaben der Nr. 147 RiStBV an sich⁵⁹⁰ sowie hinsichtlich ihrer rechtstatsächlichen Handhabung berechtigte Zweifel an einer stets pflichtgemäßen Ausübung des Ermessens zur Rechtsmitteleinlegung auf.⁵⁹¹

Vornehmlich in Ansehung der Gewährung rechtlichen Gehörs ist mit Blick auf die geschilderte Antragspraxis der Staatsanwaltschaft und darauf beruhender Beschlussentscheidungen durch das Revisionsgericht ein ausgeglichenes

⁵⁸⁶ Paeffgen, SK-EMRK, Art. 6, Rn. 79; Safferling, NStZ 2004, 182, 184, m. w. N.

⁵⁸⁷ Paeffgen, SK-EMRK, Art. 6, Rn. 79; Safferling, NStZ 2004, 186, m. w. N.

⁵⁸⁸ So aber ausnahmsweise geschehen bei: OLG Koblenz, NJW 1966, 362 f.; 5 StR 119/75 – Beschl. v. 15.04.1975.

⁵⁸⁹ Siehe dazu OLG Koblenz, NJW 1966, 362, 363.

⁵⁹⁰ So stelle Nr. 147 I 3 RiStBV eine „den Angeklagten schwer benachteiligende gesetzeswidrige Regelung dar“, siehe Leonhardt, Ermessen, S. 354. I. Ü. gebe Nr. 147 I RiStBV der StA einen unzulässigen Leitfaden zur Hand, der „zwangsläufig“ zu fehlerhaften Wertentscheidungen führen müsse (*ders.*, S. 357).

⁵⁹¹ Siehe dazu die Ausführungen Matthies', StraFo 2009, 229 ff., m. w. N., demzufolge jedenfalls (auch) verfahrenstaktische Erwägungen außerhalb von Nr. 147 RiStBV ausschlaggebend sind. Nach Kühne, Rn. 1088.1, nehmen selbst die Gerichte Nr. 147 I 2 RiStBV in unzulässiger Weise für ihre Tätigkeit in Anspruch.

Verhältnis prozessualer Chancen der Einflussnahme anzuzweifeln. Sie wird insbesondere relevant in Bezug auf die unterschiedliche Art und Weise der Entscheidungsfindung in Beschluss- und Urteilsverfahren. Unbestrittenerweise soll nach Art. 103 I GG zunächst das Recht eines Verfahrensbeteiligten gesichert sein, sich nach hinreichender Orientierungsmöglichkeit gegenüber dem Gericht zu äußern⁵⁹², um so auf die Entscheidung einwirken zu können. Dem entspricht die gerichtliche Pflicht, das Vorbringen zur Kenntnis zu nehmen und zu erwägen.⁵⁹³ Wenngleich *Fischers* Statistik nicht einwandfrei entnommen werden kann, das „Vier-Augen-Prinzip“ führe im Ergebnis – stets – zu einer durch den Vortrag eines spezifischen Berichterstatters gefärbten Entscheidung des gesamten Spruchkörpers, vermag das Verständnis vom Postulat der Waffengleichheit als bloße „Chancengleichheit“ zumindest über den Aspekt einer nur potentiell beeinflussten Kenntnisnahme der Beisitzer hinwegzuhelfen. Dass die in der Praxis vorherrschende Art und Weise der Vorbereitung auf eine Hauptverhandlung sowie das Hauptverhandlungsgeschehen an sich eine gründlichere Aufbereitung der Entscheidungsgrundlage gewährleisten, wird sich jedenfalls kaum leugnen lassen. Letztlich müsste sich dies auch das Bundesverfassungsgericht eingestehen, wenn es im Fall einer für unbegründet befundenen, sich auf die Verletzung des Fairnessgrundsatzes stützenden Verfassungsbeschwerde anmerkt, durch eine gemeinsame Verhandlung der Rechtsmittel könnte dem äußeren Anschein einer in der Öffentlichkeit behaupteten ungerechtfertigten Ungleichbehandlung entgegengewirkt werden. In der fraglichen Sache beanstandete der Beschwerdeführer unter anderem die Vorgehensweise des vierten Strafsenats mittels des „Vier-Augen-Prinzips“; er hat laut Bundesverfassungsgericht jedoch aufgrund des Beratungsgeheimnisses nicht substantiiert darlegen können, die Beratungsqualität wäre „entscheidungserheblich gemindert“.⁵⁹⁴ Begreift man aber den Waffengleichheitsgrundsatz im Sinne der Gleichberechtigung von *Chancen*, so kommt es auf eine Entscheidungserheblichkeit wiederum nicht an. Die mitunter zu lesende Formulierung, dem Angeklagten würde rechtliches Gehör „zweiter Klasse“⁵⁹⁵ gewährt, erscheint in dieser Hinsicht zunächst nicht unberechtigt. Ein Ungleichgewicht könnte nicht zuletzt im Hin-

⁵⁹² BVerfGE 1, 418, 429; 62, 320, 322; 66, 116, 146 f.

⁵⁹³ BVerfGE 11, 218, 220; 64, 135, 143 f. (dort als „ständige Rechtsprechung“ bezeichnet); 70, 93, 100; *Jarass*, *Jarass/Pieroth*, Art. 103, Rn. 11; *Rüping*, S. 168 ff.

⁵⁹⁴ BVerfGE 112, 185, 204 f.

⁵⁹⁵ *Bauer*, *wistra* 2000, 253; sinngemäß auch *Meyer-Mews*, *NJW* 2005, 2822 f.

blick auf die unterschiedliche Begründungspraxis bei Urteilen und Beschlüssen zu verzeichnen sein, auf die an anderer Stelle näher einzugehen sein wird.

Freilich bleibt es dem Angeklagten als Revisionsführer unbenommen, in der zur Behandlung der Revision der Staatsanwaltschaft anberaumten Hauptverhandlung seine sachlich-rechtlichen Bedenken geltend zu machen,⁵⁹⁶ so vor allem auch in Ansehung einer von der Staatsanwaltschaft erhobenen allgemeinen Sachrüge. Hingegen wäre die Staatsanwaltschaft in der Lage, die Möglichkeiten des Vortrags seitens des Angeklagten vor Beginn der mündlichen Verhandlung ohne Weiteres durch eine Teilrücknahme ihres Rechtsmittels zu unterlaufen,⁵⁹⁷ wie § 303 StPO es in diesem Verfahrensstadium ohne Zustimmungspflicht gestattet. Seine Ausführungen können sich im Rahmen dieses Forums im Übrigen nur auf die Entkräftung der von der Staatsanwaltschaft geltend gemachten Argumente beziehen. Eigenständige Angriffe, welche die gegen ihn ergangene Entscheidung betreffen, können nicht Gegenstand des Diskurses sein. Dem Prinzip der Waffengleichheit bei der Erörterung von Rechtsfragen, die schriftlich vorbereitet werden könnten, geringeres Gewicht zukommen zu lassen,⁵⁹⁸ kann im Falle der Beschränkung des Vortrags auf eine „Reaktion“ statt auf eine „Aktion“ gerade keinen Zuspruch finden.

Laut Bundesgerichtshof gebieten es „weder der Grundsatz der sogenannten Waffengleichheit noch Gründe der Widerspruchsfreiheit der Sachentscheidung“, beide Rechtsmittel im Rahmen einer gemeinsamen Hauptverhandlung abzuhandeln. Diese Anschauung versucht er wiederum mit der „grundsätzlichen Selbstständigkeit der Rechtsmittel“ zu legitimieren.⁵⁹⁹ Schon im Ansatz ist diese Aussage unsubstantiiert beziehungsweise jedenfalls in ihrer Begründung fehlerbehaftet. Während die Trennbarkeit beider Rechtsmittel aus der Strafprozessordnung – demnach aus einfachem Recht – hervorgeht, ist das Prinzip der Waffengleichheit Ausfluss von Art. 6 EMRK und zugleich von Verfassungsnormen, demzufolge höherrangigem Recht⁶⁰⁰. Der Verweis auf die formale Individualität der Revisionen kann demnach keineswegs in der Lage

⁵⁹⁶ BGH, Beschl. v. 9.1.1991 – 3 StR 205/90, abgedr. bei *Kusch*, NStZ 1992, 30; siehe auch *Ziegler*, DAV-FS, S. 940.

⁵⁹⁷ *Wohlers*, SK-StPO, § 349, Rn. 55.

⁵⁹⁸ So *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 321 f.

⁵⁹⁹ BGH, Beschl. v. 9.1.1991 – 3 StR 205/90, abgedr. bei *Kusch*, NStZ 1992, 30.

⁶⁰⁰ Auch der EMRK kommt im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung faktisch mittelbarer Verfassungsrang zu, weshalb sie trotz ihrer formalen Einordnung als einfaches Bundesrecht im Rang zw. Selbigem und dem Verfassungsrecht einzuordnen ist, siehe BVerfGE 111, 307 ff. („Görgülü-Entscheidung“).

sein, die vorgetragene Auffassung zu stützen. Vielmehr hätte sich der Bundesgerichtshof mit dem Gehalt des Waffengleichheitsgrundsatzes und mit den Folgen von Widersprüchlichkeiten eingehend auseinandersetzen müssen. Die gebotene Freiheit von Inkonsistenzen staatlichen Handelns, die hier bereits hinsichtlich der zeitlichen Komponente einer Verfahrensspaltung nicht uneingeschränkt anzunehmen ist, lässt sich dabei zumindest als ungeschriebener Grundsatz begreifen: Widersprüchlichkeiten ist sowohl in der Rechtsprechung (dies belegt schon die Existenz und das Aufgabenfeld eines Großen Senates) als auch in der Rechtsordnung an sich (hervorgehend aus Art. 20 III GG⁶⁰¹) stets entgegenzuwirken. Offenbar hält der Bundesgerichtshof einen Verstoß gegen beide Richtsätze ebenfalls für nicht gänzlich fernliegend, verkennt dabei indes vollends die jeweiligen Rangverhältnisse. Wenn er die Eigenständigkeit der Rechtsmittel zudem selbst lediglich „grundsätzlich“ versteht, Ausnahmen von dieser Regel demnach nicht ausschließt, wäre die Behandlung beider gegenläufiger Revisionen in einer gemeinsamen Hauptverhandlung doch gerade ein Fall der zweckgemäßen Ausformung einer solchen.

(dd) Art. 101 I 2 GG

Nicht zuletzt ergeben sich bei einer derartigen Verfahrensweise Zweifel im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit der Garantie des gesetzlichen Richters. Bezüglich des Entscheidungsfindungsverfahrens bestehen insoweit zwar keine Bedenken, da dennoch – selbst im Falle mangelnder Aktenkenntnis – der dazu berufene Spruchkörper die Entscheidung trifft. Möglicherweise stünde aber mit der Bekanntgabe der getrennten Behandlung beider Revisionen die Befangenheit des Kollegiums fest, das in dieser Zusammensetzung – gegebenenfalls auf einen begründeten Befangenheitsantrag hin – gar keine Entscheidung mehr treffen dürfte. Durch Art. 101 I 2 GG wird jedem Gericht die Pflicht auferlegt, Distanz und Neutralität gegenüber den Verfahrensbeteiligten zu wahren,⁶⁰² was schließlich der gerichtlichen Prozessleitung Grenzen setzt⁶⁰³. Kriterium für die Unparteilichkeit des Richters ist damit die Gleichbehandlung der Parteien. Gewiss kann dies nicht für verschiedene Verfahren gelten, denn diese wären nicht gezwungenermaßen „gleich“, um darauf aufbauend einer gleichen Behandlung

⁶⁰¹ Grzeszick, Maunz/Dürig, Art. 20 Abs. 3 (allg. Rechtsstaatlichkeit), Rn. 56.

⁶⁰² BVerfG, NJW 1971, 1029 f.; BVerfG, NJW 2007, 3771, 3772.

⁶⁰³ OLG Rostock, NJW-RR 2002, 576.

unterzogen zu werden. Die Eigenständigkeit der Rechtsmittel könnte demnach auch hier eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Hingegen ist schon auf die reziproken Verflechtungen der gegenläufigen Revisionen hingewiesen worden, deren „innerer oder sachlicher Zusammenhang“ kaum in Abrede zu stellen und von wesensverschiedenen Verfahren daher gerade nicht auszugehen ist.⁶⁰⁴ Wenn also der Bundesgerichtshof, wie in einem Fall geschehen⁶⁰⁵, einen diesbezüglichen Befangenheitsantrag gemäß § 26a I Nr. 2 StPO als bereits *unzulässig* ablehnt, „da mit der Entscheidung, über die Revision des Angeklagten ohne Hauptverhandlung zu befinden, kein Sachverhalt vorgetragen wird, der unter irgendeinem Gesichtspunkt eine Besorgnis der Befangenheit begründen könnte“, sind der Nachdruck und die Absolutheit, die aus dieser Aussage hervorgehen, mit Verweis auf die vorangehenden Erörterungen kaum nachvollziehbar.⁶⁰⁶ Dies gilt umso mehr, als die Staatsanwaltschaft hier gerade eine Sachrüge erhoben hatte⁶⁰⁷, die gemäß § 301 StPO eine Überprüfung des Urteils auch zugunsten des Angeklagten nach sich zieht. Das der Äußerung des Bundesgerichtshofs entgegenzubringende Unverständnis intensiviert sich zudem angesichts der Überlegung, dass die Geltendmachung eines Befangenheitsvorbringens nicht zwingend an die Vereinbarkeit einer getrennten Verfahrensweise mit der Garantie des gesetzlichen Richters gekoppelt ist. Lediglich der aus Sicht eines vernünftigen Angeklagten begründete *Eindruck* einer Parteilichkeit genügt.⁶⁰⁸ Insofern wäre der Bundesgerichtshof gehalten gewesen, jedenfalls eine Entscheidung nach § 27 I StPO zu treffen. Eine Verfassungsbeschwerde auf Grundlage des Art. 101 I 2 GG dürfte nach dem hier favorisierten Verständnis im Übrigen erfolgversprechend sein.

⁶⁰⁴ So hält *Meyer-Mews*, NJW 2005, 2822, die Bevorzugung des staatsanwaltschaftlichen Revisionsantrags für unvereinbar mit der von einem unparteilichen Richter zu fordernden gleichen Distanz zu allen Verfahrensbeteiligten.

⁶⁰⁵ BGH, Urt. v. 19.2.1997 – 2 StR 519/96 (unveröffentlicht, gefunden bei *Bauer*, wistra 2000, 252).

⁶⁰⁶ *Bauer*, wistra 2000, 253, zweifelt an, ob das Revisionsgericht ein derartiges trichterliches Verhalten billigen würde.

⁶⁰⁷ Dies geht aus der veröffentlichten Entscheidungsbegründung hins. der erfolgreichen Revision der StA bei BGH, BeckRS 1997, 31120147, hervor.

⁶⁰⁸ BGHSt 21, 334, 341; *Schmitt*, M-G/Schmitt, § 24, Rn. 8; darauf weist auch *Bauer*, wistra 2000, 253, hin.

(ee) Fazit

Die in der Praxis vorherrschende Verfahrensspaltung bei Angeklagten- und Staatsanwaltsrevisionen gegen dasselbe tatinstanzliche Urteil kann nicht sinnvoll begründet werden. Die Kriterien, welche die Judikatur zur Bestimmung der Notwendigkeit der Durchführung einer gemeinsamen Hauptverhandlung heranzieht, sind zu unbestimmt und im Übrigen unzulänglich. Das Vorliegen eines „sachlichen oder inneren Zusammenhangs“ zwischen beiden Revisionen dürfte generell kaum in Zweifel gezogen werden; auch im Hinblick auf eine prozessökonomische Verfahrensführung könnte die getrennte Behandlung beider Revisionen lediglich im Stadium der Vorbereitung der Entscheidung, das heißt im Rahmen der Aktenlektüre, eine Entlastung bewirken und auch dort allenfalls nur im seltenen Falle der ausschließlichen Erhebung einer Verfahrensrüge durch einen der Revisionsführer. Darüber hinaus begegnet die Aufspaltung der Verfahren im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht großen Bedenken. Das widersprüchliche Verhalten der Rechtsprechung ruft nicht nur in zeitlicher Hinsicht Probleme hervor, sondern gerät auch in Konflikt mit dem Grundsatz der Waffengleichheit und Art. 101 I 2 GG. Vordergründig wurzelt die nach alledem höchst fragwürdige Verfahrenstrennung in dem Antragserfordernis nach § 349 II, III StPO. Letztlich resultiert diese Verfahrenspraxis aber schlechthin daraus, mit dem Urteils- und dem Beschlussverfahren überhaupt zwei unterschiedliche Entscheidungsformen in der Revisionsinstanz vorzusehen.

(b) (Kombinierte) Teilentscheidungen

Einen weiteren, ebenfalls im Zusammenhang mit dem Antragserfordernis stehenden Problembereich bilden solche Entscheidungen, die sich nicht ausschließlich auf einen der Absätze des § 349 StPO stützen, sondern jene in unterschiedlicher Weise miteinander verknüpfen. Eine derartige Kombination hat in der Praxis zur Folge, dass das Beschlussverfahren insgesamt Anwendung findet.

(aa) Die Kombination von § 349 II, IV StPO bei (un-) beschränktem oder kombiniertem Antrag

Die Kombination von § 349 II, IV StPO, das heißt die teilweise Verwerfung einer Revision gekoppelt mit einer teilweisen Urteilsaufhebung bei entweder unbeschränktem oder bereits kombiniertem Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft, ist regelmäßig Gegenstand von Revisionsentscheidungen. Zum Teil wird pauschal behauptet, durch diese Praxis werde der Anwendungsbereich des § 349 II StPO unzulässig erweitert.⁶⁰⁹ Um die Frage der Zulässigkeit derartig gekoppelter Teilentscheidungen zu klären, bedarf es indes eingehender Interpretation.

(aaa) Wortlaut

Die fraglichen Absätze treffen jedenfalls keine positive Aussage zur Möglichkeit einer kombinierten Entscheidung. Nach nicht näher erläutelter Ansicht des Bundesgerichtshofs steht der Wortlaut einer solchen nicht entgegen.⁶¹⁰ Bezugspunkt der jeweiligen Beschlussentscheidungen ist stets die „Revision“. Hinsichtlich der Problematik, ob die Verwendung dieses Begriffes eine Teilentscheidung beinhalten kann, geben die §§ 333 ff. StPO ein durchweg kohärentes Bild ab: Sprachlich wird deutlich differenziert zwischen der „Revision“ an sich und den „Revisionsanträgen“. Der Begriff der „Revision“ wird verwendet, wenn diese als einheitliches Rechtsmittel qualifiziert werden soll. Anschaulich wird dies anhand von § 333 StPO (Zulässigkeit der Revision), § 335 I, II StPO (Revision als Abgrenzung zur Berufung), § 337 I StPO (Gegenstand der Revision), §§ 341 I, 342 StPO (Form- und Fristgemäßheit der Revision) und §§ 343 II, 357 I, 358 II StPO (Einlegung der Revision). Andererseits wird auf die „Revisionsanträge“ abgestellt, wenn diese mit der spezifizierten Revisionsbegründung in Verbindung gebracht werden, aus der sich wiederum eine Beschränkung beziehungsweise die Abtrennbarkeit einzelner Revisionsvorträge ergeben kann. Hervor geht dies etwa aus § 335 III 2 StPO („die Revisionsanträge und deren Begründung“), §§ 346 I, 347 I 1 StPO und eigens noch § 349 I StPO (die ausdrücklich zwischen der Revision an sich und der Anbringung der

⁶⁰⁹ Ziegler, DAV-FS, S. 941.

⁶¹⁰ BGH, NJW 1997, 2061, 2062; BVerfGE 59, 98, 102, dies ohne weitere Begründung billigend.

Revisionsanträge unterscheiden). Nicht zuletzt verwendet das Gesetz den Begriff der „Revision“ auch im Zusammenhang mit einer Beschränkung oder möglichen Teilbarkeit; dies ist jedoch an den entscheidenden Stellen eindeutig zu identifizieren: So hat die Einlegung der „Revision“ gemäß § 343 I StPO die Hemmung der Rechtskraft zur Folge, „soweit“ das Urteil angefochten ist; in § 344 I StPO werden die „Revisionsanträge“ mit der Erklärung legaldefiniert, „inwieweit“ der Revisionsführer das Urteil anfechte; § 352 I StPO schränkt die „Revision“ ein, „soweit“ sie auf Mängel des Verfahrens gestützt wird; § 353 I StPO regelt schließlich den Inhalt des Revisionsurteils und erlegt dem Revisionsgericht ausdrücklich die Pflicht zur Urteilsaufhebung auf, „soweit“ die „Revision“ für begründet erachtet wird. Aus alledem ist folglich eine keinesfalls willkürliche, sondern wohldurchdachte Wortlautwahl zu ersehen. Mangels einschränkender Formulierungen oder Bezugnahmen auf die „Revisionsanträge“⁶¹¹ im Rahmen von § 349 II, IV StPO kann in Anbetracht des Wortlauts demnach nur von einer einheitlichen Entscheidung auszugehen sein.

(bbb) Systematik

In systematischer Hinsicht ist der Blick auf sonstige von der Strafprozessordnung vorgesehene Teilentscheidungen zu wenden. Der Bundesgerichtshof – deren Seltenheit ausdrücklich anerkennend – weist diesbezüglich auf die Möglichkeit der Verbindung und auch Trennung von Strafsachen im Rahmen der §§ 2 ff. StPO hin, die einzeln zur Zuständigkeit von Gerichten verschiedener Ordnung gehören würden. Gleichmaßen führt er als Argument die durch § 318 Satz 1 StPO ermöglichte Berufungsbeschränkung an.⁶¹² Wenngleich beides unstreitig der Verfahrenswirtschaftlichkeit dienen soll, werden im Rahmen der §§ 2 ff. StPO ausdrücklich die Voraussetzungen geregelt, unter denen das *Gericht* in der Lage ist, eine Verbindung oder Trennung vorzunehmen; der hier entscheidende Zusammenhang wird in § 3 StPO klar definiert. Ferner erfolgt diese Teilentscheidung zeitlich vor der abschließenden Entscheidung, womit sich diese letztlich an der vorherigen Verfahrensentscheidung ausrichtet und insoweit gerade als einheitliche Entscheidung zu werten ist. § 318 I StPO nennt demgegenüber zwar nicht explizit Konstellationen, in denen eine Beschränkung

⁶¹¹ *Barton*, S. 222, trifft daher nicht den Kern, wenn er auf den Begriff der „Revisionsrüge“ abstellt.

⁶¹² BGH, *wistra* 1997, 312 f.

möglich sein soll, sondern verweist lediglich allgemein auf „bestimmte Beschwerdepunkte“. Hingegen geht die Beschränkung dort vom *Beschwerdeführer* selbst aus,⁶¹³ an der sich das Gericht wiederum zu orientieren hat. Wie wenig Autonomie dem Berufungsgericht hinsichtlich einer Teilentscheidung belassen wird, veranschaulicht die Vermutung einer unbeschränkten Urteilsanfechtung bei § 318 Satz 2 a.E. StPO („gilt der ganze Inhalt des Urteils als angefochten“). Darüber hinaus ist indes eine dem Gericht im Ermessenswege gestattete Beschränkung gemäß § 406 I 2 StPO vorgesehen. Es handelt sich dabei jedoch um die Vorgehensweise im Adhäsionsverfahren, das gerade keine originär dem Strafrecht, sondern dem Zivilrecht zuzuordnenden Entscheidungen vorsieht. Die Gesetzessystematik steht eigenständigen, von Beschränkungen durch den Beschwerdeführer unabhängigen Teilentscheidungen seitens des Gerichts somit skeptisch gegenüber. Es verstärkt sich demnach der Eindruck des Erfordernisses einer ausdrücklichen Gestattung einer kombinierten Entscheidung nach § 349 II, IV StPO.

(ccc) Historie

Die Gesetzesmaterialien geben wenig Aufschluss über die Zulässigkeit einer Kombination der Absätze 2 und 4. Im Jahr 1922 war das Beschlussverfahren bei begründeten Revisionen noch nicht vorgesehen, weshalb sich der Wille des Gesetzgebers auf eine diesbezügliche Verknüpfung nicht beziehen konnte. Mit der Einführung des heutigen Absatzes 4 im Jahr 1965 hat er ebenfalls keine Aussage dahingehend getroffen. Wenn der Bundesgerichtshof anführt, ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers sei der Entstehungsgeschichte nicht zu entnehmen,⁶¹⁴ so ist jedenfalls auch keine ausdrückliche Gestattung einer derartigen Rechtsprechungspraxis erfolgt.

(ddd) Telos

Im Folgenden stellt sich daher die Frage nach dem Warum des bisherigen Auslegungsergebnisses. *Meyer-Goßner* etwa ist der Ansicht, Teilurteile seien durch die Strafprozessordnung grundsätzlich nicht vorgesehen⁶¹⁵ beziehungsweise

⁶¹³ Wohl auch *Wattenberg*, NStZ 1999, 96.

⁶¹⁴ BGH, wistra 1997, 313.

⁶¹⁵ *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 260, Rn. 8.

hinsichtlich § 349 StPO unzulässig, da nur einheitlich nach den Absätzen 2, 4 oder 5 entschieden werden könne⁶¹⁶. Zu dieser Auffassung setzt er sich allerdings in Widerspruch, wenn er an anderer Stelle⁶¹⁷ vertritt, eine kombinierte Entscheidung in Verbindung mit Absatz 2 sei zulässig, beinhaltet eine Kombination der Absätze des § 349 StPO doch zwingend mehrere Teilentscheidungen.

Eine Begründung für die ihnen generell entgegengebrachte Skepsis ist nicht zu finden. Sie können prinzipiell zum einen in zeitlicher, zum anderen in sachlicher oder verfahrensrechtlicher Hinsicht erfolgen.

So ist bezüglich Ersterer die Kombination von Teil- und Schlussurteil denkbar. *Kuhlmann* plädiert für die Einführung einer solchen im Strafprozess unter Übertragung des Rechtsgedankens des § 301 I ZPO aus dem Zivilprozess. Vor allem in Großverfahren seien häufig mehrere Angeklagte beteiligt und der Vorwurf in mehrere Einzelkomplexe mit wechselseitiger Beteiligung gegliedert. Diese im Rahmen eines Teilurteils zum Schuldspruch getrennt abzuhandeln könnte der Notwendigkeit entgegenwirken, ein Urteil aus den Gedächtnisnotizen des Berichterstatters nach eventuell monatelanger Verhandlung zusammenzustellen. Zur Sicherung dieses Effektes müsste das Teilurteil freilich eine Bindungswirkung entfalten und dementsprechend die darin getroffenen Feststellungen einer Abänderung aufgrund in späteren Abschnitten gewonnener Erkenntnisse nicht mehr zugänglich sein.⁶¹⁸ Gewiss hätte sich ein solches Teilurteil auf den Schuldspruch zu beschränken: Dies ist nicht nur im Hinblick auf die Berücksichtigung des persönlichen Eindrucks vom Angeklagten während des gesamten Prozesses vonnöten, sondern auch in Bezug auf die Bildung der (Gesamt-) Strafe nach den §§ 52, 53 StGB⁶¹⁹. Um Erinnerungsdefiziten entgegenzuwirken, wäre indes gleichermaßen eine verbesserte Dokumentation des Hauptverhandlungsgeschehens dienlich. Gerade die heute gegebenen technischen Möglichkeiten vermögen dies zu gewährleisten. Vornehmlich aber die Bindungswirkung des Teilurteils für das weitere Verfahren würde eine Gefahr

⁶¹⁶ *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 349, Rn. 21.

⁶¹⁷ *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 349, Rn. 32.

⁶¹⁸ *Kuhlmann*, DRiZ 1975, 77 f.

⁶¹⁹ Zwar kann § 55 StGB Abhilfe schaffen; dieser soll allerdings gerade dann einschlägig sein, wenn die Aburteilung einer Tat in einem früheren Verfahren grundsätzlich möglich gewesen wäre und nur *zufällig* unterblieben ist oder aus Verfahrensgründen unterbleiben *musste*, siehe schon RGSt 3, 217. Davon kann bei einer aktiven Teilentscheidung, bei der bewusst andere Tatteile ausgeklammert werden (dies jedoch keinesfalls zwingend ist), kaum die Rede sein.

für die umfassende Wahrheitsermittlung darstellen. Neue, erst später auftretende Beweismittel könnten nicht mehr berücksichtigt und damit nicht zuletzt das Beweisantragsrecht partiell ausgehöhlt werden. Auch die wirtschaftliche Lage des Angeklagten vermag sich während eines längeren Prozesses stets zu ändern. Wenngleich der Bundesgerichtshof es für zulässig hält, die Hauptverhandlung in mehrere Teile zu zerlegen, um den Angeklagten jeweils erst zu Beginn jedes Abschnitts über diesen zu vernehmen und anschließend die ihm zugehörigen Beweise zu erheben,⁶²⁰ geht es dabei nur um eine – durchaus zu begrüßende – sinnvolle Ausgestaltung der Hauptverhandlung. Die abschließende Entscheidung wird dennoch erst nach Abhandlung aller Teile getroffen. Wenn es ebenfalls laut Bundesgerichtshof mit dem Verfahrensrecht in Einklang zu bringen sein soll, bei mehreren in einer Anklageschrift zusammengefassten selbstständigen Taten das Verfahren wegen einzelner abzutrennen und auszusetzen, im Übrigen aber durch Urteil zu entscheiden,⁶²¹ liegt diese Möglichkeit schon in der Vorschrift des § 264 StPO begründet. Die Kognition des Tatrichters hat sich danach auf die einheitliche prozessuale Tat zu beziehen; sie begrenzt und aktualisiert gleichzeitig dessen Aufklärungspflicht.

Die zum Vorschein kommenden Bedenken gegen strafprozessuale Teilentscheidungen können indes nur begrenzt auf das Revisionsverfahren übertragen werden. Man begegnet ihnen insbesondere im Rahmen von Beweiserhebung und -würdigung zu Schuld- und Straffrage mit Skepsis, die in der Revision ohnehin nur ausnahmsweise zulässig sind, wie sich noch herausstellen wird. Obgleich die §§ 353, 354 StPO nach Ansicht des vierten Strafsenats grundsätzlich eine einheitliche Entscheidung des Revisionsgerichts vorsehen sollen, sei eine *zeitliche* Aufspaltung ausnahmsweise geboten, falls „schwerwiegende Interessen des Revisionsführers im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot“ vorliegen.⁶²² Wenn der Senat aus den §§ 353, 354 StPO ein vermeintliches Verbot

⁶²⁰ Sog. „Punktesachen“, siehe *Kuhlmann*, DRiZ 1975, 77, unter Berufung auf BGHSt 10, 342 ff.; einschränkend bereits BGHSt 19, 93, insb. 96 ff., im Hinbl. auf die Wahrung der Vorschrift des § 264 StPO.

⁶²¹ BGH, MDR 1975, 23.

⁶²² BGH, NSTz 2004, 638. In dem dort entschiedenen Fall befand sich der Angekl. in Haft. Durch ein Anfrageverfahren nach § 132 GVG im Hinbl. auf eine Maßregelverordnung hatte sich die Revisionsentscheidung bereits um mehr als ein Jahr verzögert. Diese Verzögerung könne bei der Frage von Vollzugserleichterungen oder der Strafaussetzung erhebliche Nachteile für den Angekl. mit sich bringen. Zwar führe ein zeitaufwändiges Vorlageverfahren nicht zu einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung. Im Hinbl. auf das verfassungsrechtliche (Art. 2 I i. V. m. 20 III GG) und in Art. 6 I 1 EMRK ausdrücklich normierte Gebot angemessener Beschleunigung des Strafverfahrens hielt es

von Teilentscheidungen herleitet, umfasst der Wortlaut dieser Vorschriften eine solche hingegen jedenfalls in *sachlicher* Hinsicht („soweit“; „sofern“). Insoweit ist ferner anerkannt, dass sich die Trennbarkeit von Entscheidungsteilen jedenfalls nach dem Umfang der Pflicht zur Zurückverweisung richtet (sogenannte „Trennbarkeitsformel“). Diesbezüglich bildet die Grenze richtigerweise nicht bereits die „prozessuale Tat“ im Sinne des § 264 StPO.⁶²³ In der Revisionsinstanz eröffnet sich in Anbetracht der Entscheidungsmöglichkeiten im Urteils- oder im Beschlussverfahren indes die im Strafprozess bislang einmalige Konstellation einer in *verfahrensrechtlicher* Hinsicht denkbaren Teilentscheidung. Insbesondere unter diesem prozessualen Aspekt ist etwa auf tatinstanzlicher Ebene die Vorwegnahme einzelner (Teil-) Beweiserhebungen *außerhalb* der Hauptverhandlung ausgeschlossen.⁶²⁴ Auch einer „Kombination“ von Strafbefehl und Urteil stünde wiederum § 264 StPO entgegen, der für die Revisionsinstanz, wie aufgezeigt, gerade nicht die Grenze sachlicher Teilbarkeit regelt. Die Berufungsinstanz sieht ein schriftliches Verfahren nicht einmal vor. Die Frage nach der Zulässigkeit dieses revisionsrechtlichen Unikums lässt sich daher nicht mit den zuvor herausgearbeiteten Maßstäben beantworten. Vielmehr ist die Legitimität von Teilentscheidungen anhand von Sinn und Zweck des § 349 II, IV StPO sowie generell mit Blick auf die Notwendigkeit einer Hauptverhandlung im Revisionsverfahren zu bestimmen.

In teleologischer Hinsicht wird insoweit zunächst vorgetragen, eine erneute Bearbeitung des in der Beratung einstimmig für „offensichtlich unbegründet“ befundenen Teils der Revision sei unzweckmäßig, wenn entsprechend dem Beratungsergebnis beschlossen worden sei. Dies gewinne insbesondere Bedeutung bei einem etwaigen Wechsel der Besetzung zwischen Beschlussberatung und der Entscheidung nach Durchführung der mündlichen Verhandlung. Vor allem die Positionen von Vorsitzendem und Berichterstatter könnten sich ändern; auch die Staatsanwaltschaft sei von einer Vorbereitung der Hauptverhandlung

der Senat indes für nicht vertretbar, sich mit der Entscheidung über den Schuld- und Strafausspruch bis zum Abschluss des Vorlageverfahrens zu gedulden.

⁶²³ BGH, NStZ 2000, 427 ff., im Hinbl. auf eine Vorab-Entscheidung des den Schwerpunkt des Vorwurfs bildenden entscheidungsreifen Teils bei Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH hins. weiterer Taten. Das Gesetz gibt dazu keinerlei Hinweise; zumindest kann nach überwiegender Auffassung eine prozessuale Tat auch in mehrere Taten im materiellen Sinne (§ 53 StGB) aufzuteilen sein. Zu den umstr. Einzelfragen ausführlich *Franke*, LR-StPO, § 344, Rn. 14 ff.

⁶²⁴ *Oetker*, GS 105, 22; *Kuhlmann*, DRiZ 1975, 77.

befreit.⁶²⁵ Eine derartige Argumentation missachtet wiederum den Charakter von § 349 II StPO als Ermessensvorschrift, die gerade nicht die Konstellation der Durchführung einer Hauptverhandlung nach einer bereits getätigten einstimmigen Entscheidung für ausgeschlossen hält. Zur Verhinderung eines Wechsels innerhalb des Spruchkörpers dürfte nach einem solchen Beratungsergebnis demnach nie eine solche stattfinden. Im Übrigen verkennt das Besetzungsargument die von der Ermessensregelung zugleich vorausgesetzte Gerichtsverfassungsrechtliche Kompetenzzuordnung. Ist demnach die Beschlussentscheidung mangels Erfüllung der dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht die richtige Form der Entscheidung, so wäre der dort anzutreffende Spruchkörper in dieser Zusammensetzung auch nicht das für die Entscheidung zuständige Organ. Mit der Ermessensvorschrift insoweit einhergehende prozessökonomische Nachteile müssen demnach in das Kalkül des historischen Gesetzgebers eingeflossen sein.

Indes könnte mit einem Erst-recht-Schluss argumentiert werden: Erteilt das Gesetz dem Gericht die Befugnis, durch Beschluss das angefochtene Urteil aufzuheben oder die Revision zu verwerfen, so sollte dies gleichermaßen die in beide Richtungen weniger weitgehende Befugnis zur Teilaufhebung und Teilverwerfung abdecken.⁶²⁶ Wenn nach den einleitenden Ausführungen Rechtsfortbildung *contra legem* dann betrieben wird, falls Normtext und Regelungszweck klar übergangen werden oder man Letzteren jedenfalls in sein Gegenteil verkehrt, spricht der Wortlaut des § 349 II, IV StPO zwar gegen eine Zulässigkeit von (kombinierten) Teilentscheidungen; sein *Telos* ist hingegen mit Widersprüchlichkeiten durchsetzt: Während der historische Gesetzgeber das Revisionsverfahren an sich als schriftliches Verfahren deklarierte, wurde er dieser Grundannahme bei seiner Ausgestaltung schon nicht gerecht und führte das Beschlussverfahren lediglich bei unzulässigen Revisionen ein. Dies wurde mit der Einführung der „Lex Lobe“ im Jahr 1922 nur scheinbar korrigiert, denn die Vorschrift wies man als Ausnahmeregelung aus. Die Verwerfung teilweise unbegründeter Revisionen war vom historischen Gesetzgeberwillen nicht umfasst, da eine Regelung wie jene des Absatzes 4 damals nicht existierte. Bot die fortschreitende Bedeutungslosigkeit der „offensichtlichen Unbegründetheit“ zumindest Anhaltspunkte dafür, dass sich die Revisionsrichter die Durchführung des Beschlussverfahrens als Regelverfahren durchaus zutrauten, erwies sich die

⁶²⁵ OLG Hamburg, NJW 1966, 2180.

⁶²⁶ OLG Hamburg, NJW 1965, 2417, 2418.

Einführung zusätzlicher Absicherungen, welche die Ausnahmeregelung untermauern sollten, abermals als teleologischer Rückschritt. Jener verfestigt sich angesichts der Kritik, der die Absicherungsbemühungen, insbesondere der hier in Frage stehende Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft, ausgesetzt sind. Inwiefern das Beschlussverfahren unabhängig von diesem verworrenen Hintergrund tatsächlich nicht nur die praktisch vorherrschende, sondern auch rechtlich legitimierbare Regel darstellen kann, wird noch eingehend zu erläutern sein. Die Praxis kombinierter Entscheidungen erschiene unter der Annahme eines überwiegend schriftlich geprägten Revisionsverfahrens insoweit zwar weitgehend folgerichtig, bewegt sich in seiner aktuellen Ausgestaltung angesichts der bereits aufgezeigten und nachfolgend darzulegenden Mängel⁶²⁷ indes in einer rechtlichen Grauzone.

(bb) Uneingeschränkte Verwerfung bei kombiniertem oder beschränktem Antrag

Den umgekehrten Fall zur oben erörterten Konstellation stellt die uneingeschränkte Verwerfung bei Anträgen dar, die demgegenüber eine Beschränkung oder eine Kombination enthalten. Beantragt die Revisionsstaatsanwaltschaft etwa eine Teilaufhebung und im Übrigen eine Teilverwerfung⁶²⁸ und wendet das Gericht § 349 II StPO daraufhin jedoch vollumfänglich an, so wird dem Angeklagten die Möglichkeit abgeschnitten, das Rechtsmittel noch teilweise zurückzunehmen und zu dem die beantragte Aufhebung betreffenden Teil Stellung zu nehmen.⁶²⁹ Mangels entsprechenden Antrags wird dem Revisionsführer keine Begründung zugeleitet, die ihm eine Gegenerklärung ermöglichte. Eine von der Rechtsprechung zur Untermauerung einer gerichtlichen Begründungsfreiheit angenommene begründungersetzende Wirkung der staatsanwaltschaftlichen Begründung⁶³⁰ liefe damit leer. *Senge* zufolge ist eine uneingeschränkte Verwerfung bei kombiniertem Antrag der Staatsanwaltschaft jedenfalls dann

⁶²⁷ Insofern ist OLG Hamburg, NJW 1965, 2417, 2418, entgegenzutreten, wenn ihm zufolge schutzwürdige Interessen gleichermaßen gewahrt würden. Siehe auch *Wattenberg*, NStZ 1999, 96, und *König*, Heghmanns/Scheffler, S. 1075, Rn. 368.

⁶²⁸ Dies erfolgt ausdrücklich oder als „Maßgabantrag“ („Ich beantrage, die Revision nach § 349 Abs. 2 als unbegründet zu verwerfen, mit der Maßgabe, dass die Verurteilung wegen (...) entfällt“), BGH, NStZ 1994, 25, und BGH, NStZ 1997, 493.

⁶²⁹ *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 349, Rn. 28.

⁶³⁰ Siehe Fn. 1275.

zulässig, wenn sich die nicht von dem Vortrag zur beantragten Verwerfung nach § 349 II StPO umfasste beantragte Aufhebung des Urteils *zulasten* des Angeklagten auswirke. In diesem Fall erstrebe er im Ergebnis ebenfalls eine Revisionsverwerfung nach dieser Norm.⁶³¹ Anderenfalls sei eine eigenmächtige Kombination zwischen den Absätzen 2 und 4 unzulässig.⁶³² Mit den genannten Absätzen ist seine Folgerung der Zulässigkeit einer uneingeschränkten Verwerfung bei für den Angeklagten zumindest im Ergebnis ungünstigen Auswirkungen der beantragten Urteilsaufhebung hingegen nicht zu vereinbaren. Eine Revision kann grundsätzlich jede – auch im Rahmen einer Angeklagtenrevision für diesen nachteilige – Wirkung entfalten. Das Schlechterstellungsverbot gilt nach § 358 II StPO lediglich für bestimmte Fälle auf Rechtsfolgenebene. Erhebt der Angeklagte beispielsweise eine allgemeine Sachbeschwerde und findet das Revisionsgericht auf Grundlage dieser Sachrüge einen Fehler, etwa die Verwirklichung eines zusätzlichen Delikts auf Grundlage bestehender Feststellungen, wäre eine Schuldspruchberichtigung vorzunehmen (welche die Rechtsfolgen der Tat unberührt ließe). Eine „offensichtliche Unbegründetheit“ nach Absatz 2 wäre in einem solchen Fall nicht zu vertreten; auch würde dem Revisionsführer hier wiederum die Möglichkeit der Stellungnahme genommen. Absatz 4 fände keine Anwendung in Anbetracht mangelnder begünstigender Wirkung⁶³³ für den Angeklagten. Nicht zuletzt hat sich das Bundesverfassungsgericht⁶³⁴ jedenfalls eindeutig zu der Praxis geäußert, bei lediglich beantragter Beschlussverwerfung hinsichtlich des Schuldspruchs gleichermaßen im Hinblick auf den Strafausspruch nach Absatz 2 zu verfahren. Dies sei „unter keinem Gesichtspunkt rechtlich vertretbar“ und verstoße gegen das Willkürverbot aus Art. 3 I GG. Der Antrag der Staatsanwaltschaft sei für die Anwendbarkeit des Absatzes 2 unverzichtbar, ohne dass es im Einzelfall darauf ankomme, ob sie von einer Antragstellung absehe, weil sie die Revision für nicht „offensichtlich unbegründet“ erachte oder weil sie aus anderen Gründen die Durchführung einer Hauptverhandlung für angezeigt halte. Ob in dem Unterlassen eines weitergehenden Antrags ein Versehen liege, sei unbeachtlich; allein das Fehlen des Antrags könne sachlich nicht gerechtfertigt sein.

⁶³¹ *Senge*, Rieß-FS, S. 550, 558; i. d. S. auch BGH, NStZ 1997, 493.

⁶³² *Senge*, Rieß-FS, S. 561.

⁶³³ Dies gilt auch für den Fall einer weder begünstigenden noch benachteiligenden Wirkung, etwa bei dem Austausch von Tatbeständen mit identischer Strafandrohung, wie *Senge*, Rieß-FS, S. 551, es annimmt.

⁶³⁴ BVerfGE 59, 98, 101 ff.

(cc) Die Kombination von § 349 II, V StPO beziehungsweise § 349 IV, V StPO

Wie auch im Rahmen der Problematik zur Verfahrensspaltung bei gegenläufigen Revisionen ist im Hinblick auf eine Kombination von § 349 II, V StPO schon der prozessökonomische Effekt einer getrennten Behandlung zweifelhaft, jedenfalls hinsichtlich der allgemeinen Sachrüge. Vereinzelt ist eine Aufteilung in Beschluss- und Urteilsverfahren anzutreffen;⁶³⁵ dies empfiehlt sich angesichts einer ohnehin durchzuführenden Hauptverhandlung aber keineswegs. Nichts anderes hat für eine Verbindung der Absätze 4 und 5 zu gelten, der nicht einmal eine praktische Bedeutung nachzuweisen ist.⁶³⁶

(dd) Die Kombination von § 349 I, II StPO

Zudem wäre über eine Kombinationsmöglichkeit der Absätze 1 und 2 nachzudenken. Das Oberlandesgericht Stuttgart hatte sich etwa mit einem Fall zu befassen, in welchem der Angeklagte beziehungsweise dessen Verteidiger formgemäß Revision eingelegt und begründet hatte, der Angeklagte allerdings nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist zusätzliche Verfahrensrügen zu Protokoll der Geschäftsstelle erhob. Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte, die Revision nach § 349 II StPO zu verwerfen; die später angebrachten Verfahrensrügen wollte sie als unzulässig behandelt wissen. Nach Erwiderung des Verteidigers auf die Antragsschrift gewährte der Senat bezüglich dieser Rügen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand – der Grund dafür wird nicht offengelegt –, verwarf die Revision aber gemäß § 349 II StPO. Die daraufhin durch den Angeklagten erhobene Anhörungsrüge sah er als ebenso unbegründet an, da die Generalstaatsanwaltschaft nicht gehalten gewesen sei, nach Wiedereinsetzung ihren Antrag nach Absatz 2 zu wiederholen, um diesen wiederum dem Angeklagten mitzuteilen und eine Gegenerklärung zu ermöglichen. Es sei zulässig und in der Praxis der Revisionsgerichte üblich, Revisionen, die mit einer von der Rechtsauffassung der Revisionsstaatsanwaltschaft abweichenden rechtlichen Begründung, die indes zu demselben Ergebnis führe, im Beschlusswege

⁶³⁵ Bei einzelnen von mehreren Rügen: BGH, NStZ-RR 2001, 296 ff.; BGH, NStZ-RR 2001, 369. Innerhalb einer Sachrüge hins. einer von mehreren Taten: BGH, NStZ 2002, 364, 365; HansOLG Hamburg, JR 1967, 31.

⁶³⁶ Ebenso *Wohlers*, SK-StPO, § 349, Rn. 54.

zu verwerfen und die Abweichung durch einen Zusatz deutlich zu machen. Dem Angeklagten sei bereits Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden.⁶³⁷ Dabei übersieht der Senat offenbar, dass der Antrag der Generalstaatsanwaltschaft, die beiden später erhobenen Verfahrensrügen als unzulässig zu verwerfen, ein solcher des § 349 I StPO war, der nicht die zwingenden Anforderungen der Absätze 2 und 3 zu erfüllen hatte. Durch die Wiedereinsetzung wurde das Verfahren in den Zeitpunkt der Revisionseinlegung zurückversetzt. Die Staatsanwaltschaft, die sich vorher in Bezug auf diese Rügen lediglich mit deren Unzulässigkeit auseinandergesetzt hatte, hätte demnach dezidiert auf deren („offensichtliche“) Unbegründetheit eingehen und dem Angeklagten insofern eine Gegenerklärung ermöglichen müssen. Schlichtweg fehlten damit zwingende Voraussetzungen für eine Beschlussverwerfung nach Absatz 2, weshalb der Anhörungsrüge hätte stattgegeben werden müssen. Hätte ein Wiedereinsetzungsgrund freilich nicht vorgelegen, wäre der Senat entweder genötigt gewesen, per kombiniertem Beschluss nach den Absätzen 1 und 2 eine teilweise Unzulässigkeit und im Übrigen eine Verwerfung der Revision auszusprechen oder eine Hauptverhandlung anzuberaumen. Letztere könnte insofern eine prozessökonomische Belastung darstellen, als die Beschlussverwerfung als unzulässig dem historischen Gesetzgeber zufolge schon die Regel verkörpern soll, teilweise sogar die Forderung erhoben wird, Absatz 1 als gebundene Vorschrift auszulegen⁶³⁸. Diese Kombination unterscheidet sich also insofern von derjenigen der Absätze 2 und 4, als hier ein Regelverfahren mit einem vermeintlichen Ausnahmeverfahren verbunden würde. Aus diesem Grund erschiene es auch verfehlt, im Rahmen dieser Konstellation von unzulässigen Teilentscheidungen im verfahrensrechtlichen Sinne zu sprechen. Dies gilt vor allem angesichts der Zäsur, die bereits die sachliche und zeitliche Trennung zwischen Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung hervorruft.

(ee) Fazit

Auch die Problematik kombinierter Entscheidungen entspringt letztlich der Möglichkeit unterschiedlicher Entscheidungsformen im Revisionsverfahren. Die Schwierigkeiten bei der Klärung der Zulässigkeit derartiger Teilentscheidungen werden wesentlich dadurch verstärkt, dass die Regelungen zum Be-

⁶³⁷ OLG Stuttgart, NStZ-RR 1998, 22.

⁶³⁸ Penner, S. 16.

schlussverfahren in § 349 StPO in teilweise widersprüchlicher Weise umgesetzt sind: Während das schriftliche Verfahren bei der Verwerfung unzulässiger Revisionen nach § 349 I StPO trotz der missverständlichen Ermessensregelung als Regelverfahren anzusehen sein sollte, wird der als Ausnahmvorschrift konzipierte § 349 II StPO heute unter weitgehender Entwertung seiner Voraussetzungen, insbesondere des staatsanwaltschaftlichen Antragserfordernisses, regelmäßig angewandt. In Anbetracht der grammatikalischen, systematischen und (historisch-) teleologischen Unklarheiten, die § 349 insgesamt hervorruft, wächst das Bedürfnis nach einer der heutigen Rechtswirklichkeit angepassten, ausgewogenen Neuregelung.

(c) Der „bestellte Verwerfungsantrag“

Schließlich ist an ein Prozedere der Revisionsgerichte zu erinnern, dessen Illegitimität inzwischen außer Frage stehen dürfte. Gemeint ist die informelle gerichtliche Anregung des mit Übersendung der Akten zunächst unterbliebenen staatsanwaltschaftlichen Antrags auf Verwerfung der Revision nach § 349 II StPO.⁶³⁹ Anfangs von der Literatur jedenfalls nicht ausgeschlossen,⁶⁴⁰ bald jedoch schon kritisch beäugt,⁶⁴¹ als interne Vorgehensweise allerdings nur schwer zu verifizieren,⁶⁴² ist eine derartige Übung mittlerweile durch die obergerichtliche Rechtsprechung für unzulässig erklärt worden⁶⁴³. Das Bundesverfassungsgericht prognostizierte bereits – trotz mangelnder Entscheidungserheblichkeit im konkreten Fall – die Erfolgsträchtigkeit eines „naheliegenden“ Ablehnungsgesuchs, aber auch einen sich ebenso aufdrängenden Verstoß gegen

⁶³⁹ Diese Anregung erfolgt entweder ausdrücklich oder weniger plump, jedoch mit ähnlicher Intention, siehe dazu OLG Düsseldorf, StraFo 2013, 209 f., m. Anm. *Norouzi*.

⁶⁴⁰ So etwa *Meyer*, LR-StPO (22. Aufl.), § 349, Anm. II 3.a.

⁶⁴¹ *Krehl*, GA 1987, 164.

⁶⁴² Zu ihrer „zufälligen (Wieder-) Entdeckung“ *Gieg/Wiedmaier*, NStZ 2001, 59.

⁶⁴³ BVerfG, NStZ 2000, 382, 383, in einem deutliche Worte sprechenden obiter dictum. Beachte die ebenso wenig entscheidungserheblichen Ausführungen bei BGH, Beschl. v. 24.1.2012 - 4 StR 469/11. Dem steht auch die Entscheidung des VerfGH des Freistaates Sachsen, Beschl. v. 25.8.2011 – Vf. 34-IV-11, nicht entgegen, der bereits in tatsächlicher Hins. eine Antragsbestellung verneint. Die der Antragstellung zeitlich nachfolgende heimliche Kontaktaufnahme des Gerichts mit der GStA erachtet aber auch der Gerichtshof in Anbetracht der ihr „anhaftenden Heimlichkeit unter Berücksichtigung der aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren resultierenden Verpflichtung, dem Angeklagten die Möglichkeit zu geben, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen nicht frei von Bedenken“.

Art. 3 I GG und Art. 103 I GG, die mit dieser Anregungspraxis „kaum in Einklang“ zu bringen seien. Wenngleich der Wortlaut des § 349 II StPO einem bestellten Antrag nicht zwingend entgegensteht – hat dieser lediglich *vor* der zu treffenden Entscheidung zu ergehen⁶⁴⁴ – würden doch Sinn und Zweck der Regelung grob missachtet. *Gieg* und *Wiedmaier*⁶⁴⁵ konkretisieren die Aussage des Bundesverfassungsgerichts insofern, als dem Willkürverbot zuwidergehandelt würde, wenn im Falle einer Antragsbestellung die Staatsanwaltschaft zumindest nicht autonom in der Lage war, die („offensichtliche“) Unbegründetheit der Revision festzustellen. Ohne nähere Begründung dürfe demnach auch das Revisionsgericht nicht von der Erfolglosigkeit des Rechtsmittels ausgehen. Eine direkte Missachtung des Art. 103 I GG liege jedenfalls schon in der Tatsache, dass der zur Gegenerklärung befugte Angeklagte gar nicht zu einem Antrag der Staatsanwaltschaft gehört werde, wie § 349 III StPO ihn nun mal vorsehe. Obgleich *Gieg* und *Wiedmaier* im Anschluss die Entscheidungserheblichkeit dieses Irrtums für die abschließende gerichtliche Entscheidung nicht ausschließen, ist dies gar nicht notwendig, um einen Eingriff in den Schutzbereich des Gehörsgrundrechtes zu bejahen⁶⁴⁶. Wenngleich die Richterablehnung an einen gelegentlich unterbleibenden Befangenheitsantrag geknüpft ist, könne eine Verletzung des Art. 101 I 2 GG zudem richtigerweise zumindest mittels der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden. Darüber hinaus führen *Gieg* und *Wiedmaier* einen Verstoß gegen Art. 19 IV GG an; die staatsanwaltliche Kontrolle der Unbegründetheit (und deren Offensichtlichkeit) entfielen, wenn diese Behörde keine autonome Prüfung durchführe. Geschehe dies heimlich, sei ein effektiver Rechtsschutz nicht gewahrt. Auf die Heimlichkeit kann es indes nicht ankommen; auch durch eine offene Anregungspraxis würde keine unabhängige Prüfung garantiert, wohl aber deren Anfechtbarkeit erleichtert. Der Aspekt der Heimlichkeit wird freilich im Rahmen des ebenfalls angenommenen Verstoßes gegen Art. 1 I GG aktuell. Ein geheimes Verfahren, das zudem jedweder Rechtmäßigkeit entbehrt, ist mit der Subjektstellung des Angeklagten kaum vereinbar.⁶⁴⁷ Nicht zuletzt soll die Anregungspraxis unter Verstoß gegen Art. 6 I EMRK durch einen Bruch des Gewaltenteilungsprinzips

⁶⁴⁴ Siehe dazu auch die von *Neuhaus*, StV 2001, 152, angeführten Bsp. wohl zulässiger antragsbezogener Hinweise.

⁶⁴⁵ *Gieg/Wiedmaier*, NStZ 2001, 60 ff.

⁶⁴⁶ Dies wäre lediglich für die Anhörungsrüge nach § 356a StPO von Bedeutung.

⁶⁴⁷ Nach *Altvater*, *Wiedmaier-FS*, S. 39, kann die Durchführung einer Hauptverhandlung verdeckte Absprachen verhindern.

zugleich ein unfaires Verfahren begründen. Beabsichtigt eine Regelung die gegenseitige Kontrolle verschiedener Gewalten ungeachtet gleicher Ressortzuständigkeit, entfalle diese Mitwirkungs- und Kontrollfunktion, wenn das Gericht der Staatsanwaltschaft als Exekutivbehörde vorschreibe, wie sie diese Aufgabe wahrzunehmen habe. Wenngleich diese Problematik vornehmlich bei Art. 20 II 2 GG angesiedelt ist (dort jedoch kein unmittelbares subjektives Recht vermittelnd), wäre ein Rückgriff auf den fair-trial-Grundsatz aber ohnehin subsidiär.

dd) Die Möglichkeit der Gegenerklärung des Beschwerdeführers

Die Möglichkeit der Gegenerklärung soll dem Revisionsführer innerhalb der Zwei-Wochen-Frist Gelegenheit geben, sich mit der Beurteilung seines Rechtsmittels durch die Staatsanwaltschaft auseinanderzusetzen und gegebenenfalls sogar sein Revisionsvorbringen zu ergänzen oder erweitern, soweit dies zulässig ist. Allerdings darf sie nicht dazu genutzt werden, neue Tatsachen oder Rügen vorzubringen.⁶⁴⁸ Erfolgen muss sie gegenüber dem Revisionsgericht und kann der Staatsanwaltschaft vorgelegt werden, soweit Anlass dazu besteht; zu einer weiteren Stellungnahme ist diese nicht verpflichtet.⁶⁴⁹ Die effektive Wahrnehmung der Option der Gegenerklärung scheint indes angesichts der überwiegend formelhaften Antragsbegründungen weitgehend entwertet. Dass die Möglichkeit der Gegenerklärung im Rahmen von § 349 I StPO nicht vorgesehen ist,⁶⁵⁰ erscheint aber angesichts des berechtigten Gesetzgeberwillens, das Beschlussverfahren dort bereits als Regelverfahren zu deklarieren sowie der hier im Vordergrund stehenden Funktion einer Gegenerklärung zur Absicherung eines Ausnahmeverfahrens, durchaus legitim.

⁶⁴⁸ BGH, wistra 2010, 312; *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 20; *Wohlers*, SK-StPO, § 349, Rn. 50; eingehend dazu aus Verteidigersicht *Park*, StV 1997, 550 ff.

⁶⁴⁹ *Wohlers*, SK-StPO, § 349, Rn. 50 f.

⁶⁵⁰ So fordert es aber *Schulte*, Rebmann-FS, S. 475.

3. Zur Realisierung des gesetzgeberischen Ziels der Abwehr rechtsmissbräuchlichen Verhaltens

Das bisherige Untersuchungsergebnis ist weder für die Revisionsgerichte noch für den Gesetzgeber des § 349 StPO schmeichelhaft. Die Unzulänglichkeit des Begriffs der „offensichtlichen Unbegründetheit“ wird nur unzureichend durch die übrigen Merkmale des § 349 II StPO kompensiert, die überdies zum Teil neue Probleme schaffen und denen nicht zuletzt weitere Missbrauchsmöglichkeiten innewohnen. Unter Rückbesinnung auf die gesetzgeberischen Motive lässt sich hinterfragen, ob zumindest die der besagten Vorschrift zugrunde liegenden Ziele verwirklicht werden konnten. Eine mangelnde Zielerreichung würde die bislang negative Kritik jedenfalls unterstreichen. Im Vordergrund steht insoweit das Motiv der angemessenen Abwehr rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, welches bereits den historischen Gesetzgeber im Jahr 1924 zur Einführung der „Lex Lobe“ bewogen hat. Der ansteigenden Belastung der Revisionsgerichte aufgrund der Durchführung der Hauptverhandlung in den Nachkriegszeiten wurde in der Rechtsprechung zunächst damit begegnet, Revisionen als unzulässig zu verwerfen, die ihrer Ansicht nach zur Prozessverschleppung eingelegt wurden. Solche Revisionen sollten der Überprüfung innerhalb einer Hauptverhandlung nicht würdig sein.

a) Der Begriff des Rechtsmissbrauchs

Rechtsmissbrauch soll nach einhelliger Meinung dann vorliegen, wenn eine prozessuale Befugnis – ausschließlich – nicht verfahrenszielkonform eingesetzt werde.⁶⁵¹ Dem Anschein nach agiere die Verteidigung⁶⁵² zwar formell korrekt, fühle sich aber „dem traditionellen Ziel des Strafprozesses, der Wahrheitsfindung in einem prozessordnungsgemäßen Verfahren, nicht mehr verpflichtet“.

⁶⁵¹ *Kröpil*, DRiZ 2001, 338, demzufolge sich dies aus § 241 I StPO ableiten lässt; *Niemöller*, StraFo 1996, 105 ff., der zw. prozessfremden (obj. ausgelegten) und prozesswidrigen (subj. ausgerichteten) Zwecken differenziert; *Kühne*, StV 1996, 685.

⁶⁵² Der Vollständigkeit halber sei dabei erwähnt, dass der Rechtsmissbrauchsbegriff nicht nur, wohl aber mehrheitlich, mit Angekl.- oder Verteidigerhandeln in Verbindung gebracht wird, sondern auch solches der rechtsprechenden oder beteiligten Exekutivorgane mit zu umfassen vermag. Dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs liege insb. die Neigung zu einer perspektivischen Wahrheit zugrunde: Der Verteidiger habe gerade keine Anwendungshoheit, während Staatsanwälte und Richter den Rechtsmissbrauch definierten, so *Kühne*, StV 1996, 687 f. Siehe auch *Ventzke*, NSTZ 2011, 481 ff.

Insofern nutze sie „die weiten und äußersten Möglichkeiten der Strafprozessordnung in einer Weise“, die „mit der Wahrnehmung ihrer Aufgabe, den Angeklagten vor einem materiellen Fehlurteil oder (auch nur) einem prozessordnungswidrigen Verfahren zu schützen, nicht mehr zu erklären“ sei.⁶⁵³

b) Möglichkeiten rechtsmissbräuchlichen Verhaltens in der Revisionsinstanz

Rechtsmissbrauch ist demnach stets dort möglich, wo Rechte jedweder Art gewährt werden. Im Revisionsverfahren wird dies bereits bei Einlegung der Revision der Fall sein. Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Intention dürfte daher vor allem die Revisionsbegründungspraxis liefern.

aa) Die Revisionsbegründungspraxis als Ausgangspunkt

Schon bei Einführung des § 349 StPO hat man auf den vermeintlichen Zusammenhang zwischen Revisionsbegründungen und der Beschlussverwerfung rekurriert. Die Kritik unzureichend begründeter Revisionen, verschrien als „juristische Scherzartikel“⁶⁵⁴, klingt bis heute nicht ab. Bereits in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde darauf hingewiesen.⁶⁵⁵

Sarstedt sieht den Missstand um die Vorschrift des § 349 StPO gerade als eine Folge mangelbehafteter Revisionsbegründungen an. Als Gegner der Beschlussverwerfung qualifiziert er ausnahmslos vorbildliche Anwälte, die über schlechte Begründungen nicht unterrichtet seien. Er selbst greife auf elf Jahre Erfahrung aus revisionsrichterlicher Arbeit in Strafsachen zurück und habe es mit etwa 8.000 Revisionsbegründungen zu tun gehabt. Viele von ihnen enthielten lediglich die allgemeine Sachrüge, selbst diese mitunter fehlerhaft erhoben. Seines Erachtens könne ein Verteidiger darauf nur eine Beschlussverwerfung erwarten.⁶⁵⁶ Ein weiterer Großteil der Revisionen wende sich allein gegen die Beweiswürdigung. Getätigte Rechtsausführungen sollen sowohl in Bezug auf die Sach- als auch auf die Verfahrensrüge (soweit diese nicht ohnehin unzulässig sei – nach seiner Einschätzung namentlich in vier von fünf Fällen) teils

⁶⁵³ BGH, NStZ 2005, 341.

⁶⁵⁴ *Barton*, S. 103, nimmt diese Formulierung auf, um nach ihrer Berechtigung zu fragen.

⁶⁵⁵ *Schneidewin*, JW 1923, 345 ff.

⁶⁵⁶ *Sarstedt*, JR 1960, 1.

jedweder Berechtigung entbehren.⁶⁵⁷ Zwischen der Masse der tatrichterlichen Urteile und der Revisionsbegründungen bestehe ein erheblicher Qualitätsunterschied.⁶⁵⁸

Bartons umfangreiche Erhebungen gehen über Schätzungen hinaus. Er widmet sich zunächst der Länge der Revisionsbegründungsschriften; hier fällt deren Kürze auf: Ein Drittel aller Revisionen umfasst nicht mehr als eine Seite; die Hälfte enthält nur zwei bis vier Seiten.⁶⁵⁹ Inhaltlich erfolgt lediglich selten eine Anfechtungsbeschränkung; bei Revisionen der Staatsanwaltschaft hingegen ist eine solche beinahe in jedem zweiten Fall anzutreffen.⁶⁶⁰ Deren Sachrügen werden in den überwiegenden Fällen als Subsumtionsrügen spezifiziert, bei Angeklagten- und Nebenklägerrevisionen erfolgt eine ausgeführte Sachrüge lediglich zu 50 %.⁶⁶¹ In der Gesamtschau enthalten ein Drittel der Revisionen überhaupt keine Begründung, die Hälfte nur die Darstellungs- oder Strafzumessungsrüge und lediglich ein Sechstel quantitativ viele und auch qualitativ gekonnte Rügen. Die meisten Revisionen werfen keine revisionspezifischen Probleme hinsichtlich der klassischen Subsumtions- und Verfahrensrügen auf.⁶⁶² Auch die Revisionserfolgsquoten sind entsprechend der angeführten Ergebnisse beschwerdeführertypisch. Die Staatsanwaltschaft hat deutlich häufiger Erfolg als Angeklagte und Nebenkläger; bei Verteidigerrevisionen liegt die Quote bei unter 15 %. Im Hinblick auf die Begründungsausführlichkeit ergeben sich ebenfalls Unterschiede: Die allgemeine Sachrüge ist doppelt so häufig erfolglos wie eine konkretisierte; die Art der Rüge ist dabei weniger relevant. Die Erfolgswahrscheinlichkeit steigt mit der Menge der erhobenen Rügen.⁶⁶³

Über die Gründe für diese insbesondere beschwerdeführerspezifischen Unterschiede lässt sich spekulieren. Nach *Bartons* Einschätzung auf Grundlage

⁶⁵⁷ Mit einigen Bsp. aus seiner revisionsrichterlichen Praxis *Sarstedt*, JR 1960, 2.

⁶⁵⁸ *Sarstedt*, JR 1960, 3.

⁶⁵⁹ *Barton*, S. 104 f.

⁶⁶⁰ *Barton*, S. 105 f. Insgesamt erfolgt in 92 % der untersuchten Revisionen eine Anfechtung in vollem Umfang, in 6 % eine Teilanfechtung und in 2 % eine Beschränkung. Die Quote Letzterer liegt bei Revisionen der StA bei 46 %, im Rahmen solcher von Angekl. lediglich bei 7 %.

⁶⁶¹ *Barton*, S. 108, 121. Zu den im Einzelnen vorgetragenen Rügen *ders.*, S. 115.

⁶⁶² *Barton*, S. 121 f. Lediglich im Rahmen von sog. „elaborierten Verteidigerrevisionen“, also solchen von Spezialisten wie etwa des Rechtsanwalts *Jungfer* (siehe *Barton*, S. 31), hat die Verfahrensrüge mehr Bedeutung (*Barton*, S. 120).

⁶⁶³ *Barton*, S. 156 f. Die Erfolgsquote ist allerdings unabhängig vom Gericht der Vorinstanz und den betreffenden Delikten; allenfalls bei Verbrechen wird die Sachrüge häufiger spezifiziert, siehe *ders.*, S. 123.

seiner Analyse sind die Revisionsbegründungen weniger „Scherzartikel“, sondern von Hilflosigkeit und mangelnder Professionalität geprägt.⁶⁶⁴ Sie drückten vor allem Unmut über das ergangene Urteil aus.⁶⁶⁵ *Seibert* weist auf die „schwierigen Verhältnisse“ hin, unter denen nicht nur die vermeintlich überlasteten Instanzgerichte, sondern auch die „gehetzten Strafverteidiger“ heute zu arbeiten hätten.⁶⁶⁶ Weiterhin ist zumindest in manchem Fall davon auszugehen, der Verteidiger versuche allein sein Glück oder wolle Zeit gewinnen⁶⁶⁷ beziehungsweise gebe lediglich dem Drängen des Mandanten nach, ohne selbst einen Erfolg zu erwarten⁶⁶⁸. Die Ursachen für mangelbehaftete Revisionsbegründungen dürften demnach vielgestaltiger Natur sein.

bb) Folgerungen aus der Revisionsbegründungspraxis

Wann eine Revision im Sinne der Definition rechtsmissbräuchlich erhoben wird, ist in erster Linie anhand von den Verfahrenszielen widersprechenden Motiven zu bestimmen. Mögliche Gründe, die soeben für die Einlegung der in der Majorität unbegründeten Angeklagtenrevisionen in Betracht gezogen wurden, sprechen indes nur in Teilen für eine verfahrenszweifelhafte Absicht: Hilflosigkeit und mangelnde Professionalität als wohl ausschlaggebende Ursachen sind dabei schon gar nicht als subjektive Beweggründe einzustufen, sondern stellen faktische Hindernisse dar. Wird allerdings mit Einlegung der Revision allein der Unmut über das ergangene Urteil ausgedrückt, ohne berechtigte Einwände dagegen vorbringen zu wollen, entspricht dies bereits keinem Verfahrensziel.⁶⁶⁹ Das gilt hingegen wiederum nur, wenn die Unmutsbekundung *ausschließlich* Zweck des Rechtsmittels sein soll. Bei denjenigen Revisionsführern, die mit der Revision lediglich „ihr Glück versuchen“, kann dies auf verschiedenartige Art und Weise geschehen. Der wohl einfachste und sicherste

⁶⁶⁴ *Barton*, S. 122, 273. Dabei verstärkten Expertengespräche den Eindruck einer Zunahme professioneller Rügen.

⁶⁶⁵ *Barton*, S. 121.

⁶⁶⁶ *Seibert*, DRZ 1948, 371.

⁶⁶⁷ *Jagus*, NJW 1960, 74; *Ventzke*, NStZ 2011, 481, zum „grundsätzlichem Palaververdacht“ beim Verteidigervortrag.

⁶⁶⁸ *Schneidewin*, JW 1923, 345 f.; *Sarstedt*, S. 274.

⁶⁶⁹ So schon der historische Gesetzgeber zu § 393 RStPO (später § 244 StPO) bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 253: „Ein Rechtsmittel, dessen Einlegung für sich allein den höheren Richter zu einer Prüfung der Sache nöthigte, würde sich in der That als ein bloßer Widerspruch gegen ein richterliches Urteil darstellen und deshalb in den Organismus des Prozesses nicht passen.“

Weg führt über die Erhebung der allgemeinen Sachrüge, die als solche keinen weiteren Beschränkungen unterworfen und damit selbst im Falle der Unprofessionalität eines Verteidigers in den wenigsten Fällen unzulässig sein dürfte. Mangels weiterer durch den Gesetzgeber aufgestellter Voraussetzungen können ihm im Jahr 1877 vornehmlich „auf gut Glück“ eingelegte Revisionen vorge-schwebt haben.⁶⁷⁰ Auch damit wird ein legitimer Revisionserfolg, das heißt die Aufhebung des Urteils aufgrund rechtlicher Mängel, erstrebt; allein die Erfolgsprognose seitens des Revisionsführers dürfte etwa im Vergleich zu einer ausgeführten Sachrüge, im Rahmen derer konkrete mögliche Fehlerquellen aufgezeigt werden, schwächer ausfallen. Als eine durch das Gesetz vorgeschriebene gangbare Möglichkeit im Rahmen des Revisionsverfahrens wäre ihre pauschale Einordnung als rechtsmissbräuchlich somit verfehlt. Die Revisi-onseinlegung zwecks Zeitgewinns widerspricht zwar den Verfahrenszielen; er-folgt dies jedoch unter Erhebung der allgemeinen Sachrüge, ist ein Motivbün-del mit verfahrenskonformen Zielen nicht fernliegend. Gibt der im Revisions-recht firme Verteidiger indes nur dem Drängen des (über den erwarteten Miss-erfolg der beabsichtigten Revision hinreichend aufgeklärten) Mandanten nach, ohne selbst einen Erfolg zu erwarten, wird hierin keine zweckentsprechende Revision zu sehen sein. Ob mit der Einlegung derartig motivierter Rechtsmittel ein Beitrag zur Verwirklichung der Rechtseinheit als Revisionszweck geleistet wird, ist zwar bei unbegründeten Revisionen nicht undenkbar, jedenfalls aber kaum zu erwarten.

Die Möglichkeit der Erhebung der allgemeinen Sachrüge bildet demnach ein Einfallstor für die Bemühung verfahrensfremder, jedoch zugleich auch -konformer Motive. Demgegenüber erhöht sich bei ausgeführten Sachrügen und insbeson-dere den unter gesteigerte Zulässigkeithürden gestellten Verfahrensrügen die Gefahr von nicht zwingend verfahrensfremd motivierten Fehlern. Freilich dürf-ten gerade extrem ausführliche Begründungen oder die massenhafte Stellung von Verfahrensrügen deutlich auf ein rechtsmissbräuchliches Motiv, etwa zwecks Zeitgewinns, schließen lassen. Derartige Revisionen wären aber wieder-

⁶⁷⁰ Obwohl sich der historische Gesetzgeber bewusst war, die Einführung eines von einer Begründungspflicht gänzlich befreiten Rechtsmittels könne zu seinem „leichtfertigen Gebrauch“ und damit zu einer „Überbürdung“ des höchsten Gerichts führen, sieht dieser zugleich die keinesfalls anspruchsvolle Begründung einer allg. Sachrüge als ausreichend an, siehe *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 253: „Jenes Erfordernis bezweckt also nur, die Rich-tung der Beschwerde außer Zweifel zu stellen. Sobald behauptet wird, daß die Anwen-dung des Strafgesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis fehlerhaft sei, ist die Revisi-on genügend begründet (...).“

rum in der zahlenmäßigen Minderheit zu verorten, da mit der allgemeinen Sachrüge ein einfacheres Mittel zur Verfügung steht, das nahezu gleich effektiv zu sein scheint: Der Zeitgewinn bei einer ausgeführten gegenüber einer allgemeinen Rüge bewegt sich in einer Dimension von – senatsabhängig – durchschnittlich zwei bis drei Tagen⁶⁷¹. Definiert man Rechtsmissbrauch mit der *ausschließlichen* Verfolgung verfahrenszweifremder Zwecke, verringert sich dessen Potential im Rahmen der Revisionseinlegung auf wenige Extremfälle.

c) Rechtsfolgen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens

aa) Standesrechtliche Folgen

Angesichts der in quantitativer Hinsicht kaum erwähnenswerten durch den Angeklagten selbst eingelegten und zu Protokoll der Geschäftsstelle begründeten Revisionen konzentriert sich der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs auf die Person des Verteidigers. Ob dessen Rechtsstellung ihm verfahrenszweifremde Prozesshandlungen untersagt – mit anderen Worten, ob er gehalten ist, den Verfahrensablauf nicht unsachgemäß zu behindern oder gar den Prozess aktiv zu fördern –, ist Gegenstand anhaltender, bislang keine eindeutige Lösung hervorbringender Kontroversen. Im Kern stehen sich dabei die sogenannte Organtheorie sowie die Vertrags- oder auch Parteiinteressentheorie gegenüber. Ersterer zufolge übt der Verteidiger als gleichberechtigtes Organ der Rechtspflege zugleich eine öffentliche Funktion aus,⁶⁷² während er nach der Vertragstheorie ohne Rücksicht auf öffentliche Interessen nur an die Weisungen seines Mandanten als Vertragspartner gebunden sein soll⁶⁷³. Abseits der diesbezüglich für und wider vorgetragenen Argumente⁶⁷⁴ bleiben die Folgen rechtsmissbräuchli-

⁶⁷¹ Barton, S. 170. Richtwert ist dabei die Zeit zw. der Bestellung des Berichterstatters und der Entscheidung im Senat.

⁶⁷² Organtheorie u. a. vertreten von: BGHSt 9, 20, 22; Senge, NStZ 2002, 227 (ohne Annahme einer Prozessförderungspflicht). Zum Revisionsverfahren *Schneidewin*, JW 1923, 345: „Unbedingt aber ist zu fordern, daß, wenn schon eine Revision betrieben werden soll, dieses in einer Weise geschieht, die die Wahrung der gesetzlichen Vorschriften und des Wesens des Rechtsmittels sowohl wie der Interessen der Partei und auch der Rechtspflege im allgemeinen bestmöglich vereinigt.“

⁶⁷³ Für die Vertragstheorie sprechen sich u. a. aus: *Eschen*, StV 1981, 367 ff.; *Welp*, ZStW 90 (1978), 101 ff.

⁶⁷⁴ Zur Diskussion und zu den vorgebrachten Argumenten siehe *Bernsmann*, StraFo 1999, 226 ff., und *Bosch*, Jura 2012, 938 ff. Dabei beruft sich die Organtheorie insb. auf § 1 BRAO („Organ der Rechtspflege“). Die Parteiinteressentheorie reklamiert dagegen für

chen, also im Sinne der Organtheorie Gemeininteressen schädlichen Handelns, unbeachtet. Die BRAO legt dem Verteidiger in dieser Hinsicht zahlreiche Pflichten auf; die Ahndung von schuldhaften Pflichtverletzungen erfolgt nach Maßgabe der §§ 113 f. BRAO durch Verhängung anwaltsgerichtlicher Maßnahmen. Über die in § 43 BRAO genannte wenig bestimmte allgemeine Berufspflicht hinaus könnte rechtsmissbräuchliches Verhalten bei Einlegung einer Revision vor allem unter § 43a III BRAO zu subsumieren sein, der dem Verteidiger unsachliches Verhalten verwehrt. Zwar sind die Anforderungen an die Sachlichkeit nicht zu eng zu ziehen;⁶⁷⁵ nebst den in Absatz 3 Satz 2 benannten Fällen unsachlichen Verhaltens (bewusste Verbreitung von Unwahrheiten beziehungsweise das Kundtun herabsetzender Äußerungen) wird unsachliches Verhalten des Rechtsanwalts berufsrechtlich als kaum justiziabel angesehen.⁶⁷⁶ Diese Grenze zur Unsachlichkeit soll nach der Anwaltsgerichtsbarkeit gerade dann nicht überschritten sein, wenn prozessuale Antrags- und Rechtsbehelfsmöglichkeiten ausgenutzt würden, auch wenn damit nur Zeitgewinn bezweckt sei.⁶⁷⁷ Bezeichnenderweise beschreibt aber eben diese Fallgruppe wohl ein Gros der aus verfahrensfremder Motivation eingelegten Revisionen. Der aufgeladene Theorienstreit verliert mithin jedenfalls auf Revisionsebene entscheidend an praktischer Bedeutung, da anwaltsrechtliche Reaktionen auf in zu missbilligender Weise erhobene Revisionen nicht zu erwarten wären. Noch unbeantwortet ist indes die Frage nach den innerprozessualen Folgen.

sich, dem Beschuldigten werde im Interesse eines partizipatorischen Strafverfahrens ein Strafverteidiger als dessen alleiniger Beistand zur Seite gestellt, um der Rolle des Widerparts staatlicher Macht gerecht zu werden.

⁶⁷⁵ BT-Drucks. 12/4993, S. 27.

⁶⁷⁶ *Böhnlein*, Feuerich/Weyland, § 43a, Rn. 33. Ehrengerichtliche Maßnahmen wegen Verletzung des in den Standesrichtlinien niedergelegten Sachlichkeitsgebots seien nur unerlässlich, soweit es sich um strafbare Beleidigungen, um die bewusste Verbreitung von Unwahrheiten oder um solche herabsetzenden Äußerungen handele, zu denen andere Beteiligte oder der Verfahrensverlauf keinen Anlass gegeben hätten, siehe BVerfG, NJW 1988, 191.

⁶⁷⁷ EGH Hamburg, NJW 1986, 2125, wonach – etwas widersprüchlich – zwar ein Missbrauch in den Augen der prozessrechtlichen Institution, nicht aber aus Sicht des Zeitgewinn bezweckenden Mandanten vorliegt, dessen Interessen vorgingen.

bb) Prozessuale Folgen

(1) Allgemeines Missbrauchsverbot

Den anfangs definierten Rechtsmissbrauchs begriff zugrunde legend sieht die Strafprozessordnung vereinzelt Regelungen vor, die derartigem Verhalten begegnen sollen. Dabei beruft man sich entweder ausdrücklich auf einen etwaigen „Missbrauch“⁶⁷⁸ oder dieser wird mittels konkretisierender Synonyme umschrieben⁶⁷⁹. Ob sich die Rechtsprechung über die gesetzlich niedergelegten Fälle hinaus mit missbräuchlichem Verhalten abzufinden hat, ist Gegenstand kontroverser Diskussionen. Die Judikatur selbst⁶⁸⁰ und Teile des Schrifttums⁶⁸¹ erkennen ein ungeschriebenes Missbrauchsverbot im Strafprozess an. Rechtsfolge verfahrenszielfremden Handelns wäre danach die Unbeachtlichkeit der Prozesshandlung, das heißt deren Zurückweisung als unzulässig mangels Rechtsschutzinteresses⁶⁸² oder aufgrund von Verwirkung⁶⁸³.

Für ein derartiges allgemeines Missbrauchsverbot wird vorgebracht, die bestehenden gesetzlichen Vorschriften würden lediglich einen allgemeinen Rechtsgedanken kodifizieren.⁶⁸⁴ Ein solcher Schluss ist freilich nicht zwingend, zumal die explizite Regelung bestimmter Missbrauchskonstellationen doch auf die Absicht schließen lässt, die übrigen Fälle gerade unsanktioniert lassen zu wollen. Auch erscheint es problematisch, gesetzlich sowie teilweise verfassungsrechtlich verbürgte Verfahrensrechte unter Berufung auf ungeschriebene Erwägungen zu beschneiden. Angesichts der generalklauselartigen Weite eines solchen Grundsatzes bestehen sogar seitens der Befürworter verfassungsrechtliche Bedenken.⁶⁸⁵ Konkretisiert wird eine derartige Besorgnis durch die Annahme, eine allgemeine Missbrauchsklausel verstoße gegen den Be-

⁶⁷⁸ Siehe §§ 138a I Nr. 2, 241 I StPO, auch § 67 IV 2 JGG.

⁶⁷⁹ So etwa die §§ 26a I Nr. 3, 244 III 2, 245 II 3, 266 III 1 StPO (Prozessverschleppung), § 26a I Nr. 3 StPO („verfahrensfremde Zwecke“) und § 241 II StPO („nicht zur Sache gehörende Fragen“), wohl auch § 231a I 1 StPO, wonach sich der Angekl. verhandlungsunfähig macht, siehe *Niemöller*, StraFo 1996, 104.

⁶⁸⁰ BGHSt 38, 111 ff.; BGH, NJW 2006, 3580.

⁶⁸¹ *Niemöller*, StraFo 1996, 108.

⁶⁸² BGH, StV 2009, 66; *Niemöller*, StraFo 1996, 109.

⁶⁸³ Sinngemäß BGH, NStZ 1993, 198.

⁶⁸⁴ BGH, NJW 2006, 3580.

⁶⁸⁵ Diese Überlegungen gesteht sich widersprüchlicherweise auch *Niemöller*, StraFo 1996, 105, ein.

stimmtheitsgrundsatz.⁶⁸⁶ Dies gilt nicht zuletzt angesichts der sich aus dem konkreten Prozessbild ergebenden und damit stets im Wandel befindlichen Verfahrensziele; der Bezugspunkt einer derartigen Missbrauchsklausel wäre damit nicht beständig.⁶⁸⁷ *Kühne* macht auf weitere dogmatische Einwände aufmerksam: Das Rechtsmissbrauchsprinzip stelle einen bedenklichen Analogieschluss dar. Die Rechtsprechung setze sich über den eindeutigen und unüberwindbare Schranken bereitenden Wortlaut hinweg, indem ein jenseits dieses Textes erkanntes Telos an dessen Stelle trete. Dies stelle eine höchst undogmatische frei geschöpfte Wertung dar.⁶⁸⁸ Vor dem Hintergrund dieser berechtigten Vorbehalte ist jedenfalls ein ungeschriebenes allgemeines Missbrauchsverbot nicht anzuerkennen.⁶⁸⁹

(2) § 349 II StPO als spezielle Missbrauchsregelung

Da ein allgemeines Missbrauchsverbot nicht angenommen werden kann, wäre missbräuchlichem Verhalten des Revisionsführers beziehungsweise seines Verteidigers nur dann zu begegnen, wenn § 349 II StPO selbst als Missbrauchsregelung fungierte. In diesem Fall müsste der Begriff der „offensichtlichen Unbegründetheit“ als konkretisierendes Synonym zu begreifen sein, der als prozessuale Reaktion die Beschlussentscheidung vorsieht. Von der Begrifflichkeit her sind „offensichtlich unbegründete“ Revisionen zumindest unbegründet und nicht unzulässig. In der Berufungsinstanz werden nach § 313 II 2 StPO zwar Berufungen als unzulässig verworfen, wenn sie „offensichtlich unbegründet“ sind. Dies geschieht jedoch allein mangels Annahme, denn diese ist als Zuläs-

⁶⁸⁶ *Kempf*, StV 1996, 510.

⁶⁸⁷ A. A. *Kröpil*, DRiZ 2001, 338, der den Vorteil eines – im Rahmen einer zukünftigen Reform zu kodifizierenden – Missbrauchsverbotes gerade in dessen Fähigkeit zur Fortgeltung auch bei Veränderung der Verfahrensziele sieht.

⁶⁸⁸ *Kühne*, StV 1996, 685. In Anbetracht dieser Besorgnisse kann auch das Verteidigungsinteresse des Angekl. als so bedeutsam qualifiziert werden, als Verfahrensverzögerungen infolge eines Missbrauchs eher hinzunehmen sein können als Fehlurteile, so auch *Kempf*, Hassemer-FS, S. 1052. Diese Erwägungen beziehen sich indes vornehmlich auf die Tatinstanz.

⁶⁸⁹ Ob eine mitunter geforderte Kodifizierung eines solchen die gegen seine ungeschriebene Ausformung bestehenden Einwände zu relativieren vermag, ist nicht weniger zweifelhaft. Auch diese müsste in ihrer Formulierung dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen und für alle verbürgten Verfahrensrechte einheitliche Rechtsfolgen für Missbrauchsfälle vorsehen können, dazu auch *Kempf*, Hassemer-FS, S. 1052, m. w. N. (demzufolge eine solche nicht formuliert werden kann).

sigkeitsvoraussetzung ausgestaltet. Art. 35 IIIa EMRK geht andererseits davon aus, es bestehe ein Unterschied zwischen rechtsmissbräuchlichen und „offensichtlich unbegründeten“ Anträgen. Dennoch erlaubt die Gegenüberstellung mit anderen Verfahrensregelungen noch kein abschließendes Urteil. Im Vergleich zu den in Fußnote 679 genannten Synonymen ist § 349 II StPO jedenfalls nach Wortlaut und Systematik nicht *nur* auf die Begegnung von rechtsmissbräuchlichem Handeln angelegt. Wenn aber der Gesetzesbegründung zu entnehmen ist, die Beschlussverwerfung bei „offensichtlich unbegründeten“ Revisionen wurde vornehmlich eingeführt, um solchen zur Hinauszögerung der Rechtskraft eingelegten Revisionen zu begegnen, spricht jedenfalls das Telos für die Einordnung der Vorschrift (unter anderem) als Missbrauchsregelung, gestützt von der Rechtsprechung⁶⁹⁰ und Teilen der Literatur⁶⁹¹. Die anfangs genannten revisionsfremden Motive dürften zumindest kaum begründete, zur Aufhebung des Urteils führende Revisionen hervorbringen. Soweit trotz Hilflosigkeit seitens der Verteidiger auch im Einzelfall – unwissentlich – durchgreifende Revisionen eingelegt werden, wären derartige Fälle auszublenden, da bereits objektiv kein verfahrensfremdes Ziel verwirklicht würde. Im Übrigen würden nicht alle Fälle „offensichtlich unbegründeter“ Revisionen der missbilligenden Wertung als rechtsmissbräuchlich unterliegen, umgekehrt dürften alle rechtsmissbräuchlich eingelegten Revisionen jedenfalls unbegründet, in Anbetracht der gesetzgeberischen Wertung wohl auch „offensichtlich unbegründet“ sein. Da für diejenigen unzulässigen Fälle unter ihnen § 349 I StPO eingreift, sollten zur prozessökonomischen Erledigung per Beschlussentscheidung alle rechtsmissbräuchliche Revisionen betreffenden Fälle abgedeckt sein.

Vorangehende Annahmen vorausgesetzt verwundert es, wenn die Rechtsprechung erklärtermaßen verfahrenszweifremde Revisionen nach einer Hauptverhandlung durch Urteil als *unzulässig* verwirft – so etwa geschehen bei der Bewertung der sogenannten „unwahren Protokollrüge“ durch den dritten Senat des Bundesgerichtshofs.⁶⁹² Da Mängel im Sinne des § 349 I StPO dort nicht zutage traten, sollte sich die Unzulässigkeit der Revision allein aus deren angeblich rechtsmissbräuchlicher Intention ergeben. Letztere dahingestellt, drängt sich doch die Frage auf, warum dafür nicht der Weg der zeitsparenden Be-

⁶⁹⁰ BGH, NStZ-RR 2007, 119.

⁶⁹¹ *Detter*, StV 2004, 349.

⁶⁹² Siehe BGH, NJW 2006, 3579 ff.

schlussentscheidung sowie der Beurteilung als („offensichtlich“) unbegründet beschränkt wurde. Folgendes wurde dazu ausgeführt:

„Zwar enthält die Strafprozessordnung keinen generellen Missbrauchstatbestand. Jedoch sind in ihr Sonderfälle (...) geregelt. (...) Für andere Fälle des Missbrauchs prozessualer Befugnisse im Strafverfahren, die der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt hat, gilt – wie in jedem Prozess – das allgemeine Missbrauchsverbot.“⁶⁹³

Offenbar steht dies in Widerspruch zu einer nur wenig später durch denselben Senat getroffenen Entscheidung, in deren Rahmen – eine Beschlussentscheidung nach § 349 II StPO – er darlegt, der Zweck des Revisionsverfahrens sei „verfehlt“, wenn eine Vielzahl von formal-rechtlichen Beanstandungen vorgebracht werde, denen jede Erfolgsaussicht so offensichtlich fehle, dass dies auch von der Verteidigung nicht verkannt werden könne⁶⁹⁴. Eine Lüge der Verteidigung im Rahmen einer „unwahren Protokollrüge“ wäre davon erst recht betroffen. Obgleich der Senat bereits fälschlicherweise von einem allgemeinen Missbrauchsverbot ausging, wäre er im erstgenannten Fall dennoch gehalten gewesen, auf § 349 II StPO als Missbrauchsregelung zu verweisen. Gemeinhin gehen spezielle Regelungen den allgemeinen vor. Diesen Grundsatz missachtend bediente sich der Senat letztlich selbst einer verfahrensfremden Vorgehensweise, indem er augenscheinlich Verteidiger zu disziplinieren suchte, was weder vom Revisions- noch vom Verfahrensziel gedeckt ist. In dieser Hinsicht setzt sich die Judikatur über ihre – verfehlt – Linie hinweg, wenn sie etwa „offensichtlich unbegründete“ Revisionen zu fraglichen Erziehungszwecken entgegen der geläufigen Praxis und des sonst so hochgehaltenen Beschleunigungsgrundsatzes dennoch – teilweise ausführlichst oder mancherlei Sachlichkeit entbehrend – begründet⁶⁹⁵, Fälle von Rechtsmissbrauch indes anderen Regelungen zu unterwerfen versucht. Dies erscheint umso befremdlicher, als das Stigma einer „offensichtlich unbegründeten“ Revision in Fachkreisen schon als „Ohrfeige“ mit disziplinierender Wirkung empfunden, von der Rechtsprechung aber mit

⁶⁹³ BGH, NJW 2006, 3580.

⁶⁹⁴ BGH, NStZ-RR 2007, 119. Dies soll etwa für die Rügen der Verletzung des Rechts der Angekl. auf das letzte Wort und der Urteilsverkündung ohne vorangegangene Beratung der Strafkammer gelten, die auf der Grundlage des vorgetragenen und durch das Protokoll bestätigten Verfahrensablaufs nicht den geringsten Anhalt für einen prozessordnungswidrigen Verfahrensgang lieferten.

⁶⁹⁵ Siehe dazu die Kritik *Ventzkes*, Fezer-FS, S. 477 ff., und *Dahs*, NStZ 1981, 205 ff. (dort hins. der Tatgerichte).

Vorliebe umgangen wird. Vor historischem Hintergrund sollte gerade die Einführung des § 349 II StPO der Verwerfung derartiger „formell zulässiger“ Revisionsangriffe als unzulässig entgegenwirken. Dieser ehemals gute Vorsatz wird auch im Übrigen nicht streng durchgehalten, wenn ausgeführte Sachrügen weiterhin wegen angeblich rechtsmissbräuchlicher Intention als unzulässig verworfen werden⁶⁹⁶ und man dem Revisionsführer damit gleichermaßen die Möglichkeit der Gegenerklärung vorenthält. Selbst unter der Annahme eines allgemeinen Missbrauchsverbots wäre diese Vorgehensweise anzuzweifeln. Jedenfalls erscheint es fragwürdig, ob das Revisionsgericht im Falle missbräuchlich eingelegter Revisionen überhaupt zu einer Entscheidungsbegründung verpflichtet wäre. Wollte man die dennoch getätigten Ausführungen mit der Verwirklichung von Rechtseinheit legitimieren, so müssten diese darauf gerichtet sein, Fälle unwahrer Protokollrügen in Zukunft nach § 349 II StPO zu verwerfen, statt sich auf ein ungeschriebenes und darüber hinaus zweifelhaftes allgemeines Missbrauchsverbot zu berufen. Mag der Begriff des Rechtsmissbrauchs dabei nicht präziser zu fassen sein als derjenige der „offensichtlichen Unbegründetheit“, gelingt es der Rechtsprechung im Gegensatz zu letzterem Begriff offenbar dennoch, Ersteren im Rahmen fallgruppenorientierter Judikatur einer Konkretisierung zuzuführen. Auch wenn weitere im fraglichen Fall erhobene Rügen zur Durchführung der Hauptverhandlung genötigt haben sollten, wäre jedenfalls die von der Rechtsprechung im Übrigen bereitwillig ergriffene Option der Teilentscheidung eröffnet gewesen. Sieht man Absatz 2 mit guten Gründen als spezielle Regelung zur Reaktion auf rechtsmissbräuchlich eingelegte Revisionen an, wird ihr die Praxis nur unzureichend gerecht.

4. Fazit

Bereits der preußische Gesetzgeber war sich der Unzulänglichkeit unbestimmter Rechtsbegriffe bewusst und trennte sich früh von dem Erfordernis der „Wesentlichkeit“ der verletzten Verfahrensvorschrift; auch das vieldiskutierte Merkmal der „schwerwiegenden Bedenken“ gegen die tatrichterlichen Feststellungen wurde letztlich nie in Gesetzesform gegossen. Es überrascht, dass an dem Begriff der „offensichtlichen Unbegründetheit“ bislang festgehalten wurde. Das inkonsistente Zusammenspiel von Wortlaut, (historischem) Gesetzes-

⁶⁹⁶ So schon RGSt 67, 197, 198, kurz nach Einführung des § 349 II StPO; dazu Löwe, § 349, Rn. 2: „kein praktisches Bedürfnis“; OLG Düsseldorf, NSTZ 1993, 99.

zweck und -systematik erschwert die Bildung einer praxistauglichen Definition für dieses Begriffspaar und schafft zugleich die Gefahr von Missbräuchen. Wenn von der Verwerfung einer Revision als „offensichtlich unbegründet“ zudem rechtsmissbräuchlich eingelegte Rechtsmittel erfasst werden sollen, so verhilft die Praxis diesem gesetzgeberischen Motiv nur auf unzulängliche Weise zum Durchbruch. Die verbleibenden Voraussetzungen der Vorschrift offenbaren das schlechte Gewissen des Gesetzgebers, von der Regelung in dieser Form nicht gänzlich Abstand nehmen zu wollen. Im Revisionsverfahren sowohl das Urteils- als auch das Beschlussverfahren vorzusehen, ruft zudem Schwierigkeiten hervor, die man bei Schaffung der Vorschrift nicht bedacht hat, heute aber weitgehend hingenommen werden. Vornehmlich die auf dem Antragserfordernis beruhende staatsanwaltschaftliche Antragspraxis ist erheblicher Kritik ausgesetzt und damit zusammenhängend die pauschale Bevorzugung der Staatsanwaltschaft seitens der Revisionsgerichte; kombinierte (Teil-) Entscheidungen lassen sich im Rahmen des gegenwärtigen § 349 StPO nicht widerspruchsfrei legitimieren. Die zusätzlichen Kriterien der Ermessensregelung und des Einstimmigkeitserfordernisses fügen sich schließlich kaum in das Normkonzept ein. Wenngleich die Möglichkeit der Gegenerklärung des Beschwerdeführers in ihrer jetzigen Form eine fehlende Hauptverhandlung schwerlich zu kompensieren vermag, ist die Gewährung einer schriftlichen Stellungnahmemöglichkeit jedenfalls in abstrakter Hinsicht noch als das einzig gelungene verfahrensrechtliche Instrument im Beschlussverfahren anzusehen.

III. Grundsätzliche Überlegungen zur Notwendigkeit einer Revisionshauptverhandlung

Die vorausgehenden Erörterungen befassen sich eingehend mit den Spezifika des § 349 II StPO. Nunmehr ist jedoch im Allgemeinen zu hinterfragen, ob die Durchführung eines Beschlussverfahrens in der Revision an sich legitim ist, stellt es doch im Hinblick auf die oftmals als „Kernstück des Strafverfahrens“⁶⁹⁷ bezeichnete Hauptverhandlung eine vermeintliche Anomalie dar.

1. Die Ansicht der Rechtsprechung

Die nationale Judikatur nimmt äußerst spärlich zu dieser Frage Stellung und geht einhellig davon aus, die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 349 II StPO unter Einbeziehung der Rechtsfolge des Ermessens mache eine Hauptverhandlung entbehrlich. In diesem Fall habe der Revisionsführer keinen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, der sich insbesondere nicht aus Art. 103 I GG ergebe.⁶⁹⁸ Dem Anspruch des Revisionsführers auf rechtliches Gehör werde im Beschlussverfahren dadurch Rechnung getragen, dass eine Verwerfung nur auf einen zu begründenden und ihm zuzustellenden Antrag der Staatsanwaltschaft ergehen könne.⁶⁹⁹ Eine mündliche Verhandlung müsse ferner nicht zu dem Zweck durchgeführt werden, dem Angeklagten die Gelegenheit zu eröffnen, sich unabhängig von seinem Verteidiger äußern zu können.⁷⁰⁰ Die Verwirklichung seines Rechts auf Waffengleichheit erfordere dies gleichermaßen nicht.⁷⁰¹

Der Europäische Gerichtshof will tatinstanzliche und Rechtsmittelverfahren bezüglich der Notwendigkeit der Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung hinsichtlich Art. 6 EMRK grundsätzlich unterschiedlich behandeln wissen: Es komme auf die Eigenheiten des jeweiligen Verfahrens und auf die konkret zu entscheidenden Fragen an. Weder abschließende noch kumulativ zu verstehende Kriterien für den möglichen Verzicht auf eine mündliche Verhandlung im strafrechtlichen Rechtsmittelverfahren seien eine bereits

⁶⁹⁷ BVerfGE 74, 358, 372; 86, 288, 318.

⁶⁹⁸ BVerfGE 5, 9, 11; BVerfG, NJW 1974, 133; BVerfG, NJW 2005, 1999, 2000; BVerfG, NStZ 2002, 487; BVerfG, StraFo 2007, 370; BGH, NJW 2014, 2563.

⁶⁹⁹ BVerfG, NStZ 2002, 487, 488; BGH, NStZ 2003, 103.

⁷⁰⁰ BVerfG, NJW 1980, 1943, 1945; BGH, NJW 2014, 2563.

⁷⁰¹ BGH, NJW 2014, 2563.

stattgefundene Hauptverhandlung⁷⁰², eine angemessene Entscheidungsmöglichkeit der aufgeworfenen Fragen auch anhand der Aktenlage⁷⁰³, die Geringfügigkeit der Straftat⁷⁰⁴, schlussendlich eine fehlende Möglichkeit zur Schärfung der Strafe⁷⁰⁵. Werde dem Rechtsmittelgericht von der nationalen Rechtsordnung eine vollumfängliche Prüfungskompetenz zugestanden, müsse das Verfahren grundsätzlich öffentlich-mündlich ablaufen;⁷⁰⁶ im Rahmen einer Rechtskontrolle könne eine Hauptverhandlung nachgelassen sein⁷⁰⁷. In Ansehung von § 349 II StPO verneint der Europäische Gerichtshof – ohne auf die vorgenannten Kriterien ausdrücklich Bezug zu nehmen – einen Verstoß gegen Grundsätze der EMRK.⁷⁰⁸

2. Der Meinungsstand in der Literatur

Das Meinungsspektrum im Schrifttum lässt sich grob einteilen in solche Autoren, die in der Revisionsinstanz die Durchführung einer Hauptverhandlung für erforderlich und jene, die sie für entbehrlich halten, jeweils aus verschiedenen Gründen.

*Wimmer*⁷⁰⁹ zufolge hat die mündliche Verhandlung auch im Revisionsverfahren ihre Berechtigung. Insgesamt fördere sie das Entscheidungsklima in Gestalt des Austauschs von Meinungen, wohingegen dem Beschlussverfahren die Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit durch die Öffentlichkeit beziehungsweise durch Prozessbeteiligte entzogen sei.⁷¹⁰ Es sei allein dann zulässig, wenn

⁷⁰² EGMR, Axen/Deutschland v. 8.12.1983, § 28; EGMR, Hoppe/Deutschland v. 5.12.2002, § 63 f.

⁷⁰³ EGMR, Hoppe/Deutschland v. 5.12.2002, § 64.

⁷⁰⁴ EGMR, EUGRZ 1991, 415, 416 f.; EGMR, EUGRZ 1991, 419 f.; EGMR, EUGRZ 1991, 420, 421.

⁷⁰⁵ EGMR, Fejde/Schweden v. 29.10.1991, § 33.

⁷⁰⁶ EGMR, NJW 1992, 1813: Der Mangel an Öffentlichkeit könne nur aufgrund besonderer Umstände gerechtfertigt sein, die indes nicht bei erstmaliger Entscheidungsbefugnis des Gerichts und der Notwendigkeit einer Beweiswürdigung vorlägen.

⁷⁰⁷ EGMR, EuGRZ 1985, 225; EGMR, EuGRZ 1985, 229. Die Kompetenz zur Befassung mit Sachverhaltsfragen müsse dabei nicht zwingend eine Hauptverhandlung zur Folge haben, siehe EGMR, Hoppe/Deutschland v. 5.12.2002, § 63.

⁷⁰⁸ EGMR, JR 2015, 95, 102 – prognostiziert durch das BVerfG, JR 2015, 92, 93 ff.; siehe dazu *Allgayer*, JR 2015, 66 f.

⁷⁰⁹ *Wimmer*, NJW 1950, 202 f.

⁷¹⁰ Selbst bei intensivem Aktenstudium und Vorbereitung des Termins sei dieser nicht entbehrlich, da die Beteiligten den nach § 351 I StPO vorgesehenen Berichterstattervortrag auf Fehler kontrollieren könnten. Gleiches soll für ihr Verständnis der Revisionsbegründung gelten, der in der Hauptverhandlung beachtliche Ergänzungen hinzugefügt

nicht nur die Beantwortung der Rechtsfragen einfach sei, sondern zusätzlich der Entscheidungstoff leicht überblickt werden könne. Auch *von Stackelberg*⁷¹¹ bemängelt die fehlende Öffentlichkeit bei der Beschlussberatung und -entscheidung. Überdies sei die „volle“ Gewährung rechtlichen Gehörs im Beschlussverfahren nicht möglich.⁷¹² Schließlich liege ein Verstoß gegen den Mündlichkeitsgrundsatz vor.⁷¹³ Nach *Peters*⁷¹⁴ entfällt bei der Beschlussentscheidung das für das Revisionsverfahren nach seiner Ansicht bedeutende Rechtsgespräch, was eine Entfaltung der Revisionsbegründung hemme⁷¹⁵. *Fürstenau*⁷¹⁶ kritisiert, die stetig erweiterte Angreifbarkeit von tatrichterlichen Feststellungen und Rechtsfolgen würde zur Grundlage von Revisionsbegründungen gemacht, könne aber nicht immer in allen Verästelungen verdeutlicht werden, sodass eine mündliche Erläuterung erforderlich sei. Im Hinblick auf eigene Sachentscheidungen des Revisionsgerichts ist *Seibert*⁷¹⁷ der Ansicht, eine Hauptverhandlung habe im Falle des Freispruches stattzufinden. *Batereau* fordert eine solche zusätzlich für belastende Schuldspruchberichtigungen.⁷¹⁸ Weiteren Autoren zufolge muss auch eine Verurteilung in der Revisionsinstanz nach tatrichterlichem Freispruch „ausnahmslos“ in mündlicher Verhandlung erfolgen,⁷¹⁹ ebenso bei einer erfolgreichen Revision der Staatsanwaltschaft zum Nachteil des Angeklagten⁷²⁰. Spezifische Rechtsfolgenentscheidungen per Beschluss fügten sich schon nicht in das geltende System des § 349 II, IV StPO ein.⁷²¹ Im Übrigen wird die pauschale Basisaussage formuliert, Schuld- und

werden könnten. Je nach Inhalt der vorangegangenen Vorträge würde auch die Gegengrede anders ausfallen, als dies bei schriftlicher Erwiderung der Fall sein könne, siehe *Wimmer*, NJW 1950, 202. Befürwortend *Hartung*, DRZ 1959, 221, und *Peters*, Dünnebier-FS, S. 68.

⁷¹¹ *Von Stackelberg*, NJW 1960, 506, und AnwBl. 1959, 203.

⁷¹² *Von Stackelberg*, AnwBl. 1959, 203; zust. *Siegert*, NJW 1959, 2152.

⁷¹³ *Von Stackelberg*, AnwBl. 1959, 203; *Siegert*, NJW 1959, 2152; *Schöttler*, NJW 1960, 1336.

⁷¹⁴ *Peters*, Dünnebier-FS, S. 67 f.

⁷¹⁵ Dies sei umso wichtiger, als die Revisionsbegründungsfrist zu kurz bemessen sei, siehe *Peters*, Dünnebier-FS, S. 68.

⁷¹⁶ *Fürstenau*, StraFo 2004, 42; in diese Richtung auch *Steinmetz*, S. 106.

⁷¹⁷ *Seibert*, NJW 1966, 1065; a. A. OLG Hamburg, NJW 1966, 1277; OLG Köln, NJW 1966, 512; *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 34; *Kleinknecht*, JZ 1965, 161 (jeweils ohne Begründung).

⁷¹⁸ *Batereau*, S. 54f.; *Eb. Schmidt*, Nachtrag I, § 349, Rn. 20, scheint der Beschlussweg „gewagt“.

⁷¹⁹ *Steinmetz*, S. 103; *Walbaum*, S. 64.

⁷²⁰ *Steinmetz*, S. 103.

⁷²¹ *Steinmetz*, S. 103 f., der sich dabei insb. auf § 354 I, Alt. 4, 5 StPO bezieht.

Rechtsfolgenausspruch könnten durch das Obergericht nicht in einem Verfahren festgesetzt werden, das bereits in der Tatinstanz nicht akzeptabel wäre.⁷²² Nicht zuletzt sei eine mündliche Verhandlung gerade in solchen Fällen dazu in der Lage, die Akzeptanz der Entscheidung zu erhöhen.⁷²³

*Jagusch*⁷²⁴ hingegen hält eine Hauptverhandlung im Revisionsverfahren für wenig bedeutsam. Er sieht die Grundsätze der Mündlichkeit und des rechtlichen Gehörs bei Durchführung eines Beschlussverfahrens als nicht verletzt an. Zwar sei das Revisionsverfahren als mündliches Verfahren ausgestaltet, habe der Sache nach aber einen starken Einschlag von Schriftlichkeit.⁷²⁵ Art. 103 I GG sei gleichermaßen nicht verletzt, da dieser sich darin erschöpfe, dem Angeklagten sowohl im tatrichterlichen als auch im Rechtsmittelverfahren Gelegenheit zu bieten, alles tatsächlich und rechtlich Einschlägige vorzutragen. Man könne den Begriff nicht mit Rede und Gegenrede in mündlicher Verhandlung übersetzen.⁷²⁶ Auch weitere Autoren begegnen der Problematik mit Gleichgültigkeit⁷²⁷ beziehungsweise halten die Durchführung einer mündlichen Verhandlung für verzichtbar, schlagwortartig etwa aufgrund der mangelnden Produktivität eines meist durch den Richter angeregten Rechtsgesprächs⁷²⁸, der Dominanz einer Überprüfung rein schriftlicher Unterlagen⁷²⁹, der Entbehrlichkeit einer Hauptverhandlung zur Erlangung von Aktenkenntnis⁷³⁰ und für den Revisionszweck der Rechtsfortbildung⁷³¹ sowie der fehlenden Geltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Beschlussverfahren⁷³². Bei Erhebung einer Darstellungsrüge verspreche eine mündliche Aussprache keine zusätzlichen Erkenntnisse.⁷³³

⁷²² *Steinmetz*, S. 104; siehe auch *Hanack*, StV 1993, 65; *Widmaier*, NStZ 1995, 363.

⁷²³ *Steinmetz*, S. 113. Speziell im Hinbl. auf ein Rechtsgespräch: *Weimar*, Rechtsprechungslehre 1992, 288 f. und *Ortloff*, NVwZ 1995, 29. Als „kleines Rechtsmittel“ soll dieses sogar der Prozessökonomie dienlich sein, siehe *Weimar/Strempel*, Rechtsprechungslehre 1992, 297, 303.

⁷²⁴ *Jagusch*, NJW 1960, 75.

⁷²⁵ Befürwortend *Meyer*, StV 1984, 224.

⁷²⁶ So auch *Meyer*, StV 1984, 224 f.; *Wohlers*, Strafverteidigertag, S. 115 f., der ein schriftliches Verfahren für geeigneter hält.

⁷²⁷ So *Wüst*, AnwBl. 1959, 218.

⁷²⁸ *Fezer*, StV 2007, 46; *Schlothauer*, StV 2004, 341; *Detter*, StV 2004, 350.

⁷²⁹ *Fezer*, StV 2007, 45 f.; *Rosenau*, ZIS 2012, 198.

⁷³⁰ *Fezer*, StV 2007, 46; *Detter*, StV 2004, 349.

⁷³¹ *Detter*, StV 2004, 349.

⁷³² *Meyer*, StV 1984, 224.

⁷³³ *Fezer*, StV 2007, 46 f.

3. Analyse

a) Die aktuelle Ausgestaltung der Revisionshauptverhandlung

aa) Die Rechte des Angeklagten und der Verteidigung, § 350 StPO

(1) Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten

§ 350 I StPO legt eine Pflicht zur Mitteilung von Ort und Zeit der Verhandlung fest. Grundsätzlich hat diese sowohl gegenüber dem Angeklagten als auch einem eventuell vorhandenen Verteidiger zu erfolgen, außer sie erweist sich beim Angeklagten als undurchführbar (Satz 2). Über diese Benachrichtigungspflicht hinaus sind entgegen der engen Fassung des Absatzes 1 alle anderen Verfahrensbeteiligten ebenfalls zu informieren.⁷³⁴ Unter „Mitteilung“ ist hier indes keine „Zustellung“ einer „Ladung“ zu verstehen; diese kann somit formlos geschehen.⁷³⁵ Eine gesetzlich fixierte Mitteilungsfrist entsprechend den §§ 217, 218 StPO besteht nicht.⁷³⁶ Die Benachrichtigung darf aber nicht so kurzfristig erfolgen, dass die Beteiligten sich etwa im Hinblick auf eine Reise zum Revisionsgericht nicht oder nicht mehr angemessen einrichten könnten, was als Ausfluss von Art. 103 I GG angesehen wird.⁷³⁷ Teilweise wird eine Wiedereinsetzung (mit gewissen Ausnahmen⁷³⁸) ausgeschlossen.⁷³⁹

Vor dem dritten Strafrechtsänderungsgesetz⁷⁴⁰ war der Verteidiger überhaupt nur auf Verlangen des Angeklagten von Ort und Zeit der Revisionshauptverhandlung zu benachrichtigen.⁷⁴¹ Nach § 350 II 1 StPO haben Angeklagter und

⁷³⁴ Franke, LR-StPO, § 350, Rn. 3; Wohlers, SK-StPO, § 350, Rn. 7; Momsen, KMR, § 350, Rn. 1.

⁷³⁵ OLG Braunschweig, GA 1955, 219; Franke, LR-StPO, § 350, Rn. 3; Wohlers, SK-StPO, § 350, Rn. 8; dies gilt nicht für § 350 III 2 StPO.

⁷³⁶ OLG Braunschweig, GA 1955, 219; Wohlers, SK-StPO, § 350, Rn. 9.

⁷³⁷ Franke, LR-StPO, § 350, Rn. 5; Momsen, KMR, § 350, Rn. 1.

⁷³⁸ Etwa bei unrichtiger oder unterbliebener Mitteilung, siehe statt aller Wohlers, SK-StPO, § 350, Rn. 31.

⁷³⁹ U. a. OLG Köln, NJW 1957, 74. A. A. etwa Maiwald, AK-StPO, § 350, Rn. 9, der sich dafür ausspricht, § 235 StPO analog anzuwenden. Franke, LR-StPO, § 350, Rn. 15, hält eine derartige Korrektur der wohl herrschenden Ansicht für „zweifelhaft“ angesichts einer immer noch überwiegenden rechtlichen Überprüfung durch das Revisionsgericht.

⁷⁴⁰ BGBl. 1953 I, S. 735, 747.

⁷⁴¹ Siehe Hahn, Bd. 3, Abt. II, S. 2319, 2321.

Verteidiger nunmehr das Recht zur Anwesenheit in der Verhandlung, sind dazu freilich nicht verpflichtet.⁷⁴² Dies folge aus dem Verbot zur eigenen Tatsachenfeststellung durch die Revisionsgerichte und dem daraus resultierenden Wesen der Hauptverhandlung als Dialogforum zu Rechtsfragen.⁷⁴³ Hingegen hat der Europäische Gerichtshof bereits im Jahr 1983 die Mitwirkung eines Verteidigers in der Revisionshauptverhandlung aus Gründen der Waffengleichheit für notwendig erachtet,⁷⁴⁴ kürzlich bestätigt durch den Bundesgerichtshof⁷⁴⁵. Ist der Angeklagte verhindert, nicht zuletzt aufgrund höherer Gewalt, wird ein Anspruch auf Verlegung der Hauptverhandlung überwiegend abgelehnt.⁷⁴⁶ Der nicht auf freiem Fuß befindliche Angeklagte hat nach § 350 II 2 StPO keinen Anspruch auf Anwesenheit, was ebenfalls im Widerspruch zur EMRK zu stehen scheint⁷⁴⁷. Allerdings soll die Anordnung des persönlichen Erscheinens nach § 236 StPO möglich sein, etwa um Verfahrensvoraussetzungen festzustellen.⁷⁴⁸ Die Staatsanwaltschaft muss immer vertreten sein, § 351 II StPO.

(2) Zur Pflichtverteidigerbestellung für die Revisionshauptverhandlung

Enormes Diskussionspotenzial bietet die Frage nach der Mitwirkung von Pflichtverteidigern in der Revisionsverhandlung. Der vom Tatrichter bestellte Pflichtverteidiger ist nach allgemeiner Meinung auch für das Revisionsverfahren zuständig⁷⁴⁹ und kann die Revision insbesondere einlegen und begründen, die Gegenerklärung nach § 347 I 2 StPO abgeben und auf den Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 349 II StPO erwidern.⁷⁵⁰ Wurde in der Tatinstanz

⁷⁴² Bei Nichterscheinen des Angekl. erfolge demnach keine Einstellung nach § 205 StPO, siehe *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 4. A. A. *Momsen*, KMR, § 351, Rn. 2, für den verhandlungsunfähigen anwesenden Angekl.

⁷⁴³ BVerfG, NJW 1980, 1943, 1945.

⁷⁴⁴ EGMR, NStZ 1983, 373 f., Rn. 36 ff.

⁷⁴⁵ BGH, NJW 2014, 3527, der anderenfalls einen Verstoß gegen Art. 6 III Buchst. c EMRK annimmt.

⁷⁴⁶ *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 7, diese „ganz herrschende Meinung“ anzweifelnd. Zumindest soll sie dann nicht gelten „können“, wenn in der Verhandlung tatsächliche Beweisergebnisse bekanntgegeben würden, zu denen sich der Bf. vor der Entscheidung äußern können müsse.

⁷⁴⁷ So jedenfalls *Meyer-Mews*, NJW 2014, 3528, Bezug nehmend auf EGMR, EuGRZ 1995, 537, 542 (Rn. 67).

⁷⁴⁸ OLG Koblenz, NJW 1958, 2027, 2028; *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 6.

⁷⁴⁹ BGH, 29.10.2008 – 2 StR 370/08.

⁷⁵⁰ *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 8.

kein Verteidiger bestellt, so soll die Vorschrift des § 140 II StPO maßgeblich sein.⁷⁵¹ Anträge auf Pflichtverteidigerbeordnung durch den Angeklagten werden jedoch in der Regel mit der Begründung abgelehnt, dieser sei ausreichend geschützt aufgrund der Möglichkeit, die Revision gemäß § 345 II StPO zu Protokoll des Urkundsbeamten zu begründen; die allgemeine Sachrüge genüge, um das anzufechtende Urteil unter allen rechtlichen Gesichtspunkten auf sachlich-rechtliche Fehler zu überprüfen.⁷⁵²

Nach umstrittener Ansicht soll die Beordnung durch den Tatrichter nicht für die Mitwirkung des Verteidigers in der Revisionsverhandlung gelten.⁷⁵³ Dies wird darauf gestützt, § 140 I StPO habe vor dem Revisionsgericht keine Geltung⁷⁵⁴, was auch der Wertung des Gesetzgebers entspreche⁷⁵⁵. § 350 III StPO sehe namentlich vor, der nicht auf freiem Fuß befindliche Angeklagte ohne Wahlverteidiger könne die Beordnung eines Pflichtverteidigers durch den Vorsitzenden des Revisionsgerichts verlangen, wenn nicht die Vorführung zur Hauptverhandlung veranlasst werde. Die Idee der Vorschrift soll dem „fair-trial“-Prinzip erwachsen, um dem Angeklagten die Möglichkeit zu geben, auf die Willensbildung in der mündlichen Verhandlung Einfluss zu nehmen.⁷⁵⁶ Gelangt dieser vor der Revisionsverhandlung auf freien Fuß, so ist eine erfolgte Beordnung grundsätzlich zurückzunehmen.⁷⁵⁷ Der Umkehrschluss aus Absatz 3 ergebe somit, der nichtinhaftierte Angeklagte habe trotz Mittellosigkeit keinen Anspruch auf Beordnung eines Pflichtverteidigers.

Zurückhaltend hat die Rechtsprechung zu dieser befremdlichen Konsequenz Stellung genommen. Grundsätzlich könne auch eine erstinstanzliche Pflichtverteidigerbestellung aus § 140 II StPO nicht für das Revisionsverfahren fortgelten. Die „Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage“ sei in der Revisionsver-

⁷⁵¹ OLG Oldenburg, JR 1985, 256, 257.

⁷⁵² OLG Hamm, NStZ 1982, 345.

⁷⁵³ BGH, NJW 1964, 1035 ff.; BGH, StV 1997, 238 f.; BayObLG, NJW 1952, 716; OLG Karlsruhe, NJW 1969, 2028; *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 8; *Momsen*, KMR, § 350, Rn. 4; *Kohlhaas*, NJW 1951, 180.

⁷⁵⁴ BGH, NJW 1964, 1035, 1036; KG, JR 1951, 217; OLG Breslau, GA 1926, 216; OLG Hamburg, MDR 1951, 183; *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 8; *Kohlhaas*, NJW 1951, 179. Letzterem zufolge stehen in der Tatinstanz v. a. die Notwendigkeit der Stellung von Beweisanträgen und die Herbeischaffung von Beweismitteln im Vordergrund.

⁷⁵⁵ So *Seibert*, NJW 1965, 1469. Dies ergebe sich mittelbar aus § 350 III 1 StPO, siehe *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 8.

⁷⁵⁶ *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 9.

⁷⁵⁷ Bei der Rücknahmeentscheidung müsste man allerdings berücksichtigen, dass der Angekl. ohne die Beordnung einen anderen Verteidiger beauftragt hätte und der Nachfolgende nicht eingearbeitet wäre, so *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 10.

handlung anders zu beurteilen als vor dem Tatrichter. Als Gegenstand sachlich-rechtlicher Beurteilung könne die Sachlage vor dem Revisionsgericht nicht mehr „schwierig“ sein, weil sie in den Gründen des angefochtenen Urteils für das Revisionsgericht bindend festgestellt sei. Rechtliche Schwierigkeiten bestünden für die revisionsgerichtliche Beurteilung häufig gerade darin, dass bestimmte Rechtsfragen in der ersten Instanz sowohl vom Gericht als auch vom Verteidiger übersehen oder unrichtig bewertet worden seien. In diesem Fall wäre der Tatrichter nur unvollkommen in der Lage, die Frage der Erforderlichkeit einer Verteidigerbestellung für die Revisionsinstanz zu beurteilen.⁷⁵⁸ Das Bundesverfassungsgericht etablierte im Folgenden jedoch als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips⁷⁵⁹ eine Pflicht zur Beiordnung durch den Vorsitzenden des Revisionsgerichts⁷⁶⁰ nach § 140 II StPO, die auf „schwerwiegende Fälle“⁷⁶¹ zu begrenzen sei. Solche beurteilten sich nach der „Interessenlage des Beschuldigten“ in Bezug auf Ausgang und Auswirkungen des Revisionsverfahrens.⁷⁶² Der Europäische Gerichtshof führt diese Rechtsprechung fort⁷⁶³ und nimmt eine notwendige Beiordnung bereits dann an, wenn die Staatsanwaltschaft keinen Verwerfungsantrag nach § 349 II StPO stelle, schwierige Rechtsfragen anstünden und der Beschwerdeführer sonst nicht die Gelegenheit gehabt habe, eine Gegenerklärung abzugeben. Zu diesen Fällen sollen stets solche Situationen zählen, in denen der Angeklagte die Kosten eines Wahlverteidigers nicht begleichen könne. Im Übrigen habe eine Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu erfolgen, ob die Revision Rechtsprobleme betreffe, bei denen der Mitwirkung aus objektiver Sicht zur näheren Entfaltung und Klarstellung des Revisionsvorbringens Bedeutung zukomme, etwa bei das Tatsächliche berührenden Wertungsfragen.⁷⁶⁴ Wird ein Verteidiger nach § 140 II StPO nach diesen Maß-

⁷⁵⁸ BGH, NJW 1964, 1035, 1036. V. a. wäre dann der für die Tatsacheninstanz beigeordnete Verteidiger im Allg. gerade nicht derjenige, der auch für die Revisionsinstanz beigeordnet werden sollte.

⁷⁵⁹ Krit. dazu *Pikart*, NStZ 1984, 83, der einen Widerspruch zur bisherigen Rspr. sieht.

⁷⁶⁰ Dass nur dieser eine Beiordnung beurteilen könne, bekräftigen BGH, NJW 1964, 1035, 1037; OLG Hamm, MDR 1976, 1038; KG, JR 1951, 220.

⁷⁶¹ *Dahs*, NJW 1978, 140, will diese bei einer Freiheitsstrafe ab einem Jahr ansiedeln.

⁷⁶² BVerfG, NJW 1978, 151; bestätigend BVerfG, NStZ 1983, 83. *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 11, überzeugt dies nicht in jeder Hins., da es doch v. a. darum ginge, ob oder wann gerade die Eigenart des Revisionsrechts eine sachgemäße Verteidigung erfordere; dem zust. *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 315, 317 f.

⁷⁶³ EGMR, NStZ 1983, 373 f.

⁷⁶⁴ *Franke*, LR-StPO, § 350, Rn. 11.

stäben beigeordnet, so habe dieser folgerichtig zwingend in der Verhandlung zu erscheinen.⁷⁶⁵

Gegen dieses mühsam etablierte Regelungskonstrukt sind jedoch gewichtige Einwände aus den unterschiedlichsten Blickwinkeln vorzubringen. Es ist nicht einzusehen, warum der in erster Instanz beigeordnete Pflichtverteidiger die Revision zwar einlegen und begründen, hingegen nicht zugleich an der Revisionsverhandlung teilnehmen kann.⁷⁶⁶ Dem Gesetz kann eine auf bestimmte Verfahrensunterabschnitte eingeschränkte Beiordnung gerade nicht entnommen werden.⁷⁶⁷ In Bezug auf die Frage, wann „schwierige“ oder „schwerwiegende“ Fälle anzunehmen sein sollen, bleibt die Judikatur eine klare Antwort schuldig. Ungeachtet der noch zu klärenden Frage, wie bedeutsam die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung ist, verwundert zudem, warum der Gedanke des „fair trial“ nur für den inhaftierten, nicht aber für den auf freiem Fuß befindlichen Angeklagten gelten soll;⁷⁶⁸ das Differenzierungskriterium der Inhaftierung besitzt in diesem Zusammenhang wenig Aussagekraft⁷⁶⁹. Auch in Bezug auf die unterschiedliche Behandlung von bemittelten und unbemittelten Beschuldigten ist entgegen der Wertung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁷⁰ ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nicht fernliegend.⁷⁷¹ Weiterhin erscheint es zu kurz gegriffen, dem nicht inhaftierten Angeklagten so viel Rechtskenntnis zuzutrauen, um sich der Hauptverhandlung ohne Verteidiger

⁷⁶⁵ Bleibt er aus, muss die Verhandlung ausgesetzt oder ggf. ein anderer Verteidiger bestellt werden. Wird die Verhandlung dennoch durchgeführt, verletzt dies das Gebot eines rechtsstaatlichen, fairen Verfahrens, siehe BVerfG, NStZ 1984, 82; konkludent BVerfGE 46, 202, 210; 54, 100, 116.

⁷⁶⁶ So schon OLG Hamburg, MDR 1951, 183, 184; ähnlich *Seydel*, NJW 1964, 1037.

⁷⁶⁷ *Seydel*, NJW 1964, 1037; *Seibert*, MDR 1965, 266, plädiert für eine zumindest analoge Anwendung der §§ 140, 141, 145 StPO.

⁷⁶⁸ *Schmidt*, NJW 1967, 854; *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 301, 311; *Leipold*, StraFo 2010, 354.

⁷⁶⁹ *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 311. Die Inhaftierung müsse nicht einmal mit dem fraglichen Verfahren zusammenhängen.

⁷⁷⁰ BVerfG, NJW 1965, 147: „Die durch den Gleichheitssatz gebotene Angleichung ist nach der StPO im Revisionsverfahren dadurch erreicht, daß das Revisionsgericht dem Angeklagten auch für die Hauptverhandlung einen Pflichtverteidiger beiordnen kann. Aus der Begründung der angefochtenen Entscheidung ergibt sich, daß geprüft wurde, ob Gründe vorliegen, die im Falle des Beschwerdeführers die Beiordnung eines Pflichtverteidigers für die Hauptverhandlung rechtfertigen könnten. Der mittellose Angeklagte wird also jedenfalls dann in der Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht durch einen Pflichtverteidiger vertreten, wenn dies sachlich geboten ist.“

⁷⁷¹ *Schmidt*, NJW 1967, 855 f.; befürwortend *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 312, und wohl auch *Maiwald*, AK-StPO, § 350, Rn. 7. In Verbindung damit stehe auch ein Verstoß gegen Art. 103 I GG, so *Arndt*, NJW 1965, 147 f.

stellen zu können.⁷⁷² Sofern die Anwesenheit eines Verteidigers für notwendig erachtet wird, wäre es letztlich auch verfehlt, diesen nicht förmlich zu benachrichtigen⁷⁷³ oder bei Ausfall des Wahlverteidigers nicht mit einer Verlegung der Hauptverhandlung zu reagieren. Dass den soeben genannten Kritikpunkten lediglich damit begegnet wird, eine Wiedereinsetzung trotz Nichterfüllung der Voraussetzungen der §§ 235, 44 StPO (es handelt sich nicht um die Versäumung einer *Frist*, sondern um die eines *Termins*) zuzulassen,⁷⁷⁴ akzentuiert abermals die Unausgewogenheit der Regelung der Verteidigung in der Revisionshauptverhandlung.

bb) Der Gang der Hauptverhandlung, § 351 StPO

Zur Ausgestaltung der Hauptverhandlung im Übrigen sind § 351 StPO sowie die Vorschriften über die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug sinngemäß hinzuzuziehen⁷⁷⁵. Der Vortrag des Berichterstatters gemäß Absatz 1 leitet die Hauptverhandlung ein und muss ein vollständiges Bild dessen enthalten, was für die Entscheidung des Revisionsgerichts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht von Bedeutung sein kann. Dies umfasst Ausführungen zu Verfahrensvoraussetzungen und zu etwaigen Rechtsmittelbeschränkungen sowie zu Verfahrensvorgängen im Rahmen von Verfahrensrügen und zum Urteilsinhalt bei Sachrügen. Die Revisionsausführungen zur Sachrüge werden üblicherweise dem Revisionsführer überlassen. Dem Berichterstatter steht bei der inhaltlichen Gestaltung seines Vortrags ein breiter Spielraum zu.⁷⁷⁶ Eine der Tatsinstanz gleichkommende Beweisaufnahme zur Schuldfrage findet nicht statt. Lediglich Umstände, die für das Vorliegen von Verfahrensvoraussetzungen beziehungsweise für die Sachrüge (etwa wissenschaftliche Erkenntnisse) bedeutsam sind, werden mittels des Freibeweises festgestellt.⁷⁷⁷

⁷⁷² *Schmidt*, NJW 1967, 854 f.; *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 311.

⁷⁷³ Zwar verlange § 350 I StPO „sinngemäß“ das Eintreffen der Mitteilung beim Angekl. bzw. Verteidiger, hingegen erfolge keine Kontrolle auf Seiten des Gerichts, so *Schmidt*, NJW 1967, 857.

⁷⁷⁴ OLG Celle, HEST 3, 79. Dazu auch *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 312 ff.

⁷⁷⁵ *Franke*, LR-StPO, § 351, Rn. 2.

⁷⁷⁶ Statt aller *Franke*, LR-StPO, § 351, Rn. 3.

⁷⁷⁷ Nach überwiegender Ansicht können zu diesem Zweck vor oder auch in der Hauptverhandlung Zeugen und Sachverständige vernommen sowie Urkunden verlesen werden. Möglich ist ebenso die Anordnung des persönlichen Erscheinens des Angekl., siehe *Wohlers*, SK-StPO, § 351, Rn. 4. Ob eine Augenscheineinnahme vorgenommen werden kann, ist – zumindest soweit das tatrichterliche Urteil gemäß § 267 I 3 StPO auf Abbil-

Der überwiegend als Ordnungsvorschrift⁷⁷⁸ qualifizierte § 351 II 1 StPO gibt die Reihenfolge vor, in der die Prozessbeteiligten zu Wort kommen sollen. Dabei kann es zweckmäßig sein, zuerst die Staatsanwaltschaft zu hören, um dem Beschwerdeführer Gelegenheit zu geben, ihre Ausführungen bei seinem Vortrag zu berücksichtigen.⁷⁷⁹ Nach Satz 2 gebührt dem Angeklagten auch in der Revisionshauptverhandlung das letzte Wort, das – sofern der Angeklagte erscheint – zwingend zu gewähren ist.⁷⁸⁰ Insbesondere an dieser Stelle wird darauf aufmerksam gemacht, angesichts seiner fakultativen beziehungsweise faktisch eingeschränkten Anwesenheit laufe die Gewährung des letzten Wortes leer.⁷⁸¹

Bei der Beurteilung, ob gegen das Beschlussverfahren in der Revision durchgreifende Bedenken bestehen, ist nach alledem zu berücksichtigen, dass die derzeitige Ausgestaltung der Revisionshauptverhandlung selbst mit Mängeln und Widersprüchen durchsetzt ist.

dungen Bezug nimmt – zu bejahen, so *Steinmetz*, S. 181, sowie *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 267, Rn. 10, m. w. N. Die Gesetzesmaterialien zu dieser Vorschrift lassen eindeutig verlauten, die Abbildungen, auf die verwiesen wird, würden „Bestandteil der Urteilsgründe“, womit „zugleich eine weitere und bessere Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen durch das Revisionsgericht erreicht“ werde, „weil dieses unmittelbar zur Augenscheinseinnahme und eigener Bewertung in der Lage“ sei, siehe BT-Drucks. 8/976, S. 55. Dies besagt allerdings noch nichts über den Umfang der Augenscheinkontrolle.

⁷⁷⁸ *Franke*, LR-StPO, § 351, Rn. 6; *Momsen*, KMR, § 351, Rn. 5; *Maiwald*, AK-StPO, § 351, Rn. 6.

⁷⁷⁹ Ob sich dies aus der aus *Wohlers*‘, SK-StPO, § 351, Rn. 9, zum Ausdruck kommenden Sicht „zweifelhaften“ Einordnung als „Ordnungsvorschrift“ ergibt oder aus einer Verzichtsmöglichkeit des Bf. auf sein Recht, zuerst gehört zu werden, muss hier nicht entschieden werden.

⁷⁸⁰ RGSt 64, 133, 134; *Wohlers*, SK-StPO, § 351, Rn. 11; *Momsen*, KMR, § 351, Rn. 7.

⁷⁸¹ *Schmidt*, NJW 1967, 858; nach *Jagusch*, NJW 1959, 269, auch bei Anwesenheit des Angekl. eine nur „schwer erträgliche Peinlichkeit“. Umstr. ist, ob dem anwesenden Verteidiger das letzte Wort erteilt werden muss (*Franke*, LR-StPO, § 351, Rn. 8) oder ob es als höchstpersönliches Recht des Angekl. unübertragbar ist (so etwa *Wohlers*, SK-StPO, § 351, Rn. 12).

b) Der Stellenwert der Prozessmaximen im Revisionsverfahren

Nach 1848 trachtete man zunehmend nach einer Ablösung des inquisitorischen Prinzips⁷⁸². Trotz der Vielzahl der bis 1869 erlassenen partikularstaatlichen Verfahrensgesetze wurden nachfolgend einheitlich ein Anklageprozess sowie Schwurgerichte festgeschrieben. Entsprechend zur akkusatorischen Idee erhob man das Untersuchungsprinzip zur Maxime. Ausnahmslos enthielten die neuen Verfahrensgesetze auch die Prinzipien der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit. Die Geschworenen sollten darüber hinaus aufgrund freier Beweiswürdigung über die vorgelegten Fragen befinden.⁷⁸³ Freilich ist nicht gesagt, mit dem Postulat dieser Grundsätze gehe eine Hauptverhandlung derzeitiger Gestalt zwingend einher, zumal sie nicht auf Naturgesetzen beruhen, sondern Ergebnis historischer und politischer Entwicklungen sind. Jedenfalls ihre kumulative Verwirklichung lässt sich zwar in der Tatinstanz optimal und in ökonomisch sinnvoller Weise auf diese Art bewerkstelligen. Auf die Revisionsinstanz muss dies indes nicht ohne Weiteres zutreffen. Die dortige Ausgestaltung der Hauptverhandlung hat sich, will man dieses unangetastet lassen, am Wesen der Revision zu orientieren, wonach zumindest keine tatsächlichen Feststellungen zum Schuldspruch zu treffen sind⁷⁸⁴. Unter dieser Prämisse ist nachfolgend zu untersuchen, inwiefern die Prozessmaximen im aktuell ausgestalteten Revisionsverfahren Bedeutung erlangen.

aa) Der Öffentlichkeitsgrundsatz

Als Reaktion auf die zu Zeiten des Inquisitionsprozesses praktizierte Heimlichkeit der Prozessführung sollte eine öffentliche Hauptverhandlung dem Bürger in erster Linie eine weitgehende Kontrollmöglichkeit eröffnen, denn zu Beginn des 19. Jahrhunderts konnte die Justiz nicht als unabhängig bezeichnet wer-

⁷⁸² Die Vereinigung von Aufgaben des Richters, des StA und des Verteidigers in einer Person war mit den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zwar durchaus vereinbar. Allerdings übte der Inquirent nicht mehr selbst die richtende Tätigkeit aus. Vielmehr lag die Urteilsfindung in den Händen von besonderen Spruchbehörden, denen die Prozessakten zugesandt wurden, siehe *Eb. Schmidt*, Rn. 427.

⁷⁸³ Zur Etablierung des reformierten Strafprozesses zusammenfassend *Koch*, ZIS 2009, 542 ff.

⁷⁸⁴ Siehe etwa *Wohlers*, SK-StPO, § 354, Rn. 3. Auf die dbzgl. Probleme wird an anderer Stelle einzugehen sein.

den.⁷⁸⁵ Über eine solche Kontrolle werde mittelbar zugleich der Angeklagte geschützt.⁷⁸⁶ Aber auch die Information der Rechtsunterworfenen über das Rechtswesen sollte die Basis für ein vertrauensvolles, allerdings nicht unkritisches Rechtsbewusstsein schaffen;⁷⁸⁷ nach der insofern anklingenden aufklärerischen Vorstellung war die Herstellung von Öffentlichkeit also vielmehr bloßes Formalprinzip, das heißt eine abstrakte Richtigkeitsgewähr für das Urteil⁷⁸⁸. Schließlich sollen spezial- und generalpräventive Zwecke⁷⁸⁹ sowie die Rehabilitation des Angeklagten⁷⁹⁰ eine Rolle spielen.

Inwiefern diese Beweggründe noch heutzutage von Bedeutung sind, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird angenommen, die Geschäftsgrundlage für die Etablierung der Öffentlichkeit sei entfallen.⁷⁹¹ Aufgrund der verfassungsrechtlich abgesicherten Unabhängigkeit und der nunmehr vermeintlich vorherrschenden Justiztreue⁷⁹² habe sich die Kontrollfunktion im Wesentlichen erledigt. Schon damals sei bekannt gewesen, diese könne insbesondere durch die nicht-juristische Öffentlichkeit nur begrenzt erfüllt werden.⁷⁹³ Wegen des Wandels vom Tat- zum Täterstrafrecht seien heute vor allem persönliche Umstände maßgebend. Die Informationsfunktion sei ohnehin nur eingeschränkt zu verwirklichen angesichts der Begrenzung des Anspruchs auf lediglich Zutritt und Anwesenheit; die Teilnahme an einer Augenschein-einnahme am Richterisch oder die persönliche Lektüre einer Urkunde seien nicht vom Gewährleistungsgehalt umfasst.⁷⁹⁴ Der Öffentlichkeitsgrundsatz stelle immer mehr eine unzumutbare Belastung für den Angeklagten dar, nicht zuletzt angesichts der Tatsache, dass die Massenmedien heute einen signifikant höheren Stellenwert einnehmen als noch vor 100 Jahren.⁷⁹⁵ Wenn sich das Informationsinteresse der

⁷⁸⁵ *Kissel/Mayer*, § 169, Rn. 1; *Bernheimer*, S. 79; *Hillermeier*, DRiZ 1982, 282; *Kühne*, StV 2013, 417 f.

⁷⁸⁶ *Kühne*, S. 79.

⁷⁸⁷ *Hillermeier*, DRiZ 1982, 282; *Kühne*, StV 2013, 418, m. w. N.

⁷⁸⁸ *Franke*, StraFo 2014, 362.

⁷⁸⁹ *Kühne*, S. 78; *Hillermeier*, DRiZ 1982, 282; *Diemer*, KK-GVG, § 169, Rn. 2.

⁷⁹⁰ *Hillermeier*, DRiZ 1982, 283.

⁷⁹¹ Siehe die Darstellung bei *Engels*, AnwBl. 1983, 102. *Kissel/Mayer*, § 169, Rn. 1, sprechen von einer „Verlagerung“ auf andere Aspekte.

⁷⁹² *Engels*, AnwBl. 1983, 102, m. w. N.

⁷⁹³ *Von Feuerbach*, S. 149 f.; *Kühne*, StV 2013, 418.

⁷⁹⁴ *Franke*, StraFo 2014, 362.

⁷⁹⁵ Umgekehrt könne gerade der politisch motivierte Angekl. den Verhandlungstermin zu Propagandazwecken ausnutzen, so *Hillermeier*, DRiZ 1982, 283.

Bürger in bloßem Sensationsbedürfnis erschöpfe, würde sich ein etwa angestrebter Resozialisierungseffekt ins Gegenteil verkehren.⁷⁹⁶

Dem wird entgegengehalten, nicht allein die Geschworenen, sondern gerade die Berufsrichter, deren Unabhängigkeit auch gegenwärtig jedenfalls keine Gewähr für die Justiztreue biete, sollten einer Kontrolle unterzogen werden.⁷⁹⁷ Zudem beeinflusse die Anwesenheit eines Publikums entscheidend das Verhalten der Richter.⁷⁹⁸ Die Presse übe ferner die ihr grundrechtlich zugebilligte Pressefreiheit aus, was zugleich ihre finanzielle Grundlage darstelle. Durch die Partizipation des demgegenüber lediglich interessierten Bürgers wirke dieser aber zumindest mittelbar als Multiplikator zur Erweiterung der Öffentlichkeit. Dies schaffe Vertrauen in die Justiz und sei zwingende Folge einer demokratischen Staatsverfassung.⁷⁹⁹ Der Angeklagte könne darüber nicht disponieren, da im Wesentlichen die Allgemeinheit geschützt werde.⁸⁰⁰

Bei all der Uneinheitlichkeit in diesen Sichtweisen kommt allerdings die Frage auf, ob das Öffentlichkeitsbedürfnis hinsichtlich aller Prozessgegenstände und in jeder Instanz eine gleichbleibend hohe Bedeutung für sich beanspruchen könnte. So wird mit Recht vorgetragen, die Kontrollmöglichkeit könne nur Anerkennung finden, soweit sie sich auf die korrekte Erfassung der tatsächlichen Momente durch das Gericht beziehe. Hingegen betrifft sie nicht die rechtliche Subsumtion des Sachverhalts. Grund dafür ist die notwendige Entsprechung von Kontrollierendem und Kontrolliertem, die über annähernd gleiche Kenntnisse verfügen müssten, was bei dem der Verhandlung beiwohnenden Publikum selten der Fall zu sein scheint.⁸⁰¹ Im Hinblick auf die Informationsfunktion kann eine öffentliche Verhandlung zwar zweifelsohne die Wirkung haben, dem Zuhörer Rechtskenntnisse zu vermitteln. Freilich muss dieser dazu besonders disponiert und fähig sein;⁸⁰² ein Verstehen fairen oder unfairen richterlichen Verhaltens ist außerhalb jeder Rechtskenntnis gewiss möglich, aber in

⁷⁹⁶ *Kissel/Maier*, § 169, Rn. 14.

⁷⁹⁷ *Hillermeier*, DRiZ 1982, 282.

⁷⁹⁸ *Bernheimer*, S. 81 f., 84; *Engels*, AnwBl. 1983, 103.

⁷⁹⁹ *Hillermeier*, DRiZ 1982, 285; *Kissel/Mayer*, § 169, Rn. 3.

⁸⁰⁰ *Kissel/Maier*, § 169, Rn. 58; *Engels*, AnwBl. 1983, 103; a. A. EGMR, EuGRZ 1983, 190, 194.

⁸⁰¹ So schon von *Feuerbach*, S. 148/149; *Bernheimer*, S. 79 f.

⁸⁰² *Bernheimer*, S. 83. Ihm zufolge interessiert sich das Publikum in erster Linie für Vorgänge tatsächlicher Natur.

hohem Maße bildungsabhängig⁸⁰³. Mag das Informationsinteresse bei Fragen grundlegender Bedeutung im Gegensatz zu solchen im Rahmen individueller Einzelfälle gesteigert sein, könnte diese beispielsweise durch die Lektüre einer Beschlussbegründung kompensiert werden, die der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen wäre. Überdies muss eine erschöpfende mündliche Aufbereitung aller Rechtsprobleme auch nicht zu erwarten sein, da Letztere jedenfalls spätestens zum Gegenstand der geheimen Beratung im Anschluss an die Verhandlung gemacht werden.⁸⁰⁴ Hinzu gesellt sich die Tatsache, dass dem interessierten Publikum bereits in der Tatinstanz die Gelegenheit eröffnet wurde, einer Hauptverhandlung beizuwohnen. Das Informationsinteresse wäre damit zu einem großen Teil schon befriedigt. Was das Kontrollbedürfnis angeht, ist die Gefahr prozesswidrigen Verhaltens von Revisionsrichtern zwar in abstrakter Hinsicht nicht geringer einzustufen als jenes von Tatrichtern. Betrachtet man jedoch die derzeitige Ausgestaltung der Revisionshauptverhandlung, so ist Letztere gerade recht arm an Verfahrensvorschriften. Die existierenden Regelungen sind entweder bereits der Klärung im Vorfeld der Verhandlung vorbehalten (etwa die Frage der Pflichtverteidigerbestellung) oder im Falle des § 351 II StPO sogar weitgehend abdingbar beziehungsweise größtenteils entwertet. Ein etwaiges Rechtsgespräch vermag vom Gericht daher nach Belieben gelenkt zu werden, ohne der Öffentlichkeit überhaupt die Gelegenheit zu bieten, daran Anstoß zu nehmen. Die Überwachung rein rechtlicher Subsumtion wäre daher – sollte diese allein Gegenstand der Verhandlung sein – aus Kontrollgesichtspunkten zu vernachlässigen. Auch general- und spezialpräventive Aspekte hätten sich bereits in den vorherigen Instanzen weitgehend verwirklicht; Gleiches wäre anzunehmen für die öffentliche Wiedereingliederung des Angeklagten. Hinsichtlich seiner etwaigen persönlichen Rehabilitation müsste man sich die Frage stellen, ob die Prozedur einer zweiten oder gar dritten Hauptverhandlung nur unter diesem Aspekt noch förderlich erschiene oder ob man den Betroffenen nicht überstrapazierte. Dies würde umso mehr gelten, mutete man ihm lediglich meist wenig zugängliche Rechtsausführungen zu.

Im Hinblick auf die Charakterisierung des Öffentlichkeitsgrundsatzes als bloßes Formalprinzip in Anbetracht einer abstrakten Richtigkeitsgewähr ge-

⁸⁰³ Kühne, S. 84 f. Daher obliege dem Gericht die Pflicht, die Verhandlung nach Gesichtspunkten der Allgemeinverständlichkeit zu optimieren (S. 86).

⁸⁰⁴ Kühne, S. 80: Es werde das präsentiert, was die Öffentlichkeit nicht verstehe und das vorenthalten, was sie begreifen könne.

richtlicher Entscheidungen gestaltet sich eine Gegenrede jedoch beschwerlicher. Dennoch besteht bei derartiger Interpretation die Gefahr der Entwertung des fraglichen Prinzips zu einem inhaltsleeren Konstrukt. Schon in der Tatsinstanz sind die Gerichtssäle meist unbesucht, auf Revisionsebene wird dieses Phänomen angesichts der überwiegend weiten Anreisewege noch plastischer. Die Öffentlichkeitswirksamkeit eines (Schau-) Prozesses hat wenig gemein mit der Stärkung des Vertrauens der Allgemeinheit. Möglicherweise könnte eine solche Funktion ohnehin durch anderweitige Maßnahmen kompensiert werden, wiederum etwa durch die Veröffentlichung der schriftlichen Begründung der Entscheidung. Insbesondere unter der Annahme eines als Rechtsbeschwerde ausgestalteten Revisionsverfahrens ist die Verwirklichung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in der Revisionsinstanz mithin zu vernachlässigen.⁸⁰⁵ Dem stehen auch verfassungsrechtliche Erwägungen nicht entgegen: Nach ganz überwiegender Ansicht stellt die Öffentlichkeitsmaxime keinen Verfassungsgrundsatz dar.⁸⁰⁶

bb) Der Mündlichkeitsgrundsatz

Notwendig einher mit der Öffentlichkeitmaxime geht jene der Mündlichkeit.⁸⁰⁷ Letztere soll die Interaktion der Prozessparteien in der Hauptverhandlung zu deren Wesensmerkmal machen⁸⁰⁸. Der Gehalt des Mündlichkeitsgrundsatzes wird indes unterschiedlich beurteilt. Inwiefern die Ermittlung der Tatfrage eine Hauptverhandlung erforderlich macht, wird an anderer Stelle zu erörtern sein. Zunächst ist zu klären, ob die rein *rechtliche* Bewertung eines feststehenden Sachverhaltes nur mittels mündlicher Verhandlung zu bewerkstelligen ist. In Rechtsprechung und Literatur wird diese Problematik mit dem Begriff des „Rechtsgesprächs“ umschrieben.

⁸⁰⁵ So i. E. auch *Meyer*, StV 1984, 224.

⁸⁰⁶ BVerfGE 15, 303, 307; *Kissel/Mayer*, § 169, Rn. 4; nach BGHSt 9, 280, 281, und BGHSt 22, 297, 301, aber dennoch zu den „grundlegenden Einrichtungen des Rechtsstaats“ zählend.

⁸⁰⁷ *Geppert*, S. 139 f.: „wesentliche Voraussetzung“.

⁸⁰⁸ *Krahl*, GA 1998, 336.

(1) Erwartungen an die Durchführung eines Rechtsgesprächs

Ein Rechtsgespräch soll als „wissenschaftliches Streitgespräch“⁸⁰⁹ beziehungsweise zur Erörterung des Verfahrensgegenstands dienen und in erster Linie auf die gerichtliche Bewertung der Beweissituation bezogen sein. Es könne den Blick des Gerichts im diskursiven Prozess auf Merkmale des Falles lenken, die ihn von früheren Fällen unterschieden oder eine ähnliche Bewertung rechtens erscheinen ließen. Der Angeklagte solle als Laie in die Lage versetzt werden, die rechtlichen Auswirkungen seiner tatsächlichen Einlassung zu erkennen. Er dürfe auch im Hinblick auf Rechtsauffassungen nicht zum Verfahrensobjekt degradiert werden.⁸¹⁰ Im Verhandlungstermin bestehe die effektive Möglichkeit, schnell und interaktiv auf Missverständnisse oder auf die „Rechtsirrigkeit“ einer Rechtsauffassung hinzuweisen.⁸¹¹ Das Rechtsgespräch entfalte auf diese Weise eine wesentliche Bedeutung sowohl für die Ergebnisrichtigkeit als auch für die Befriedigungsfunktion. Je schwieriger eine Rechtssache, desto gewichtigere Gründe sprächen für ein solches im Rahmen der Verhandlung.⁸¹² Um diese Funktionen zu gewährleisten, müssten jedoch rechtliche Gesichtspunkte, die das Gericht für wesentlich erachte, im Vorhinein bekannt gemacht werden.⁸¹³ Dadurch könnten Überraschungsentscheidungen vermieden und der Erkenntnisbildungs- und Entscheidungsprozess des Gerichts offenbart werden.⁸¹⁴

⁸⁰⁹ So *Leipold*, StraFo 2010, 354.

⁸¹⁰ *Dahs*, NJW 1961, 1245; *Kühne*, S. 97. Nach *Wachsmuth*, S. 104, soll das Rechtsgespräch als Kompensation eines strukturellen Ungleichgewichts aufgrund fehlender rechtlicher Bildung des Angekl. dienen. Deutlicher *Hirtz*, AnwBl. 2012, 21: Richterliche Einsamkeit, fehlender Gedankenaustausch in einer Kammer und die Möglichkeit, ohne mündliche Verhandlung kurzen Prozess zu machen, förderten schädlichen Autismus und völliges Unverständnis der Parteien.

⁸¹¹ *Baumert*, MDR 2013, 10; *Rissing-van Saan*, StraFo 2010, 364.

⁸¹² *Hartung*, DRZ 1959, 221 f.; *Hamm*, Rn. 1398.

⁸¹³ *Arndt*, NJW 1959, 8; *Weimar*, Rechtsprechungslehre 1992, 284, 292 („richterliche Fürsorge“), nicht aber genüge allein die Angabe der rechtlichen Norm (S. 289); *Wachsmuth*, S. 103.

⁸¹⁴ *Weimar*, Rechtsprechungslehre 1992, 285, 288; *Redeker*, NJW 2007, 344.

(2) Wertigkeit mündlichen und schriftlichen Dialogs zu Rechtsfragen im Strafprozess

(a) Allgemeine Erwägungen

Die in oben aufgeführten Ansichten zum Ausdruck kommende Vorstellung von einem Rechtsgespräch ist der lebendige Diskurs zwischen den Parteien in der mündlichen Verhandlung. Die Beiträge beziehen sich überwiegend auf die Ausgestaltung des Zivil- und Verwaltungsverfahrens, wo unter anderem die Dispositionsmaxime hinsichtlich der Tatsachenfrage dominiert und Vergleiche – ebenfalls im Revisionsverfahren (§ 278 I ZPO: „in jeder Lage des Verfahrens“) – eine wünschenswerte Form der Prozessbeendigung darstellen. Insofern erscheint es nur verständlich, dort eine angemessene Moderation durch den Richter sowie eine produktive Gesprächskultur hochzuhalten. Die Frage, inwiefern im strafprozessualen Revisionsverfahren gerade die mündliche Aufarbeitung von rechtlichen Problemen eines Falles geboten ist, wird kontrovers diskutiert und auch hier letztlich nicht abschließend beantwortet werden können; wohl aber ist eine klare Tendenz aufzuzeigen. Dass ein Austausch von Rechtsansichten zwischen Gericht und Prozessbeteiligten überhaupt eine sinnvolle Art der Rechtsfindung darstellen kann, soll hier nicht bestritten werden. So wird der Grundsatz, Rechtsfragen unterlägen der ausschließlichen Kognition des Gerichts („iura novit curia“⁸¹⁵), zu Recht als „überkommen“ bezeichnet.⁸¹⁶ Es ist nicht einzusehen, warum Verfahrensbeteiligte nur zur tatsächlichen Aufklärung etwas beitragen können sollten, befinden sich unter ihnen mit Verteidigern und Staatsanwälten doch gleichermaßen Juristen mit der Befähigung zum Richteramt. Die Entscheidungsfindung hier als „schöpferischen Akt“ zu bezeichnen, der sich einer Erläuterung entziehe,⁸¹⁷ steht mit der Rechtswirklichkeit nicht in Einklang, in der Richter unter dem Einfluss von Erledigungs- und Zeitdruck schnelle, aber dennoch möglichst korrekte Entscheidungen zu treffen haben und nicht zuletzt deswegen als fehlbar bezeichnet werden können. Inwiefern

⁸¹⁵ Es gehöre zur Pflicht des Richters, sich über die Benutzung einschlägiger Lit., über Diskussionen, Kollegenbefragungen, etc. auf den neuesten Informationsstand zu bringen, so *Többens*, S. 8.

⁸¹⁶ *Wachsmuth*, S. 98, 103; *Arndt*, NJW 1959, 6 f.; seine Geltung aber weiterhin betonend *Rissing-van Saan*, StraFo 2010, 361.

⁸¹⁷ Dem entgegnetend *Redeker*, NJW 2007, 344.

der Richter an sich eine generell „dialogische Natur“⁸¹⁸ hat, soll indes dahingestellt bleiben.

Weitgehend einig ist man sich bezüglich einer kategorialen Trennung von „toten Texten“ und Sprechhandlungen an sich. So soll der Betrachter eines Textes diesen beliebig reproduzieren und sich dabei ganz dem Inhaltsverständnis hingeben können, während in der „face-to-face“-Situation der um Verständnis Bemühte einer konkreten Person gegenübersteht und damit deren persönlicher Ausstrahlung ausgesetzt ist. Dabei ist er gezwungen, eine einmalige oder nur sehr begrenzt wiederholbare Äußerung unter Handlungsdruck inhaltsmäßig einzuordnen. Demgegenüber wird der Leser bei der Lektüre eines Textes durch die von der Person weitgehend abstrahierte Form der sprachlichen Äußerung unschwer Distanz und kritisches Bewusstsein erlangen können, wohingegen in der mündlichen Rede die inhaltliche Stellungnahme stark durch die Persönlichkeit der Sprechenden beeinflusst wird.⁸¹⁹ Vor- und Nachteile mündlicher und schriftlicher Kommunikation werden demnach als situations- und zweckbezogen angesehen. Übertragen auf das Revisionsverfahren herrscht diesbezüglich trotz manch pauschaler Behauptung weitgehende Ratlosigkeit hinsichtlich einer sinnvollen Abgrenzung. Teilweise wird recht allgemein gehalten und wenig differenzierend angenommen, das „lebendige Gespräch“ könne „in vielen Revisionsverhandlungen wesentlich sein“⁸²⁰ oder „wahre Gerechtigkeit“ könne „nur da gedeihen, wo eine umfassende Kenntnis aller Gesichtspunkte gewährleistet“ sei. „Zu dieser umfassenden Kenntnis zu gelangen“, biete „auch die mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgericht ein wichtiges Mittel“.⁸²¹ Oder aber eine solche gewähre gerade „nicht prinzipiell größere Erkenntnis- und Einflussnahmemöglichkeiten als ein rein schriftliches Verfahren“;⁸²² man sei auf schriftliche Unterlagen zurückgeworfen,⁸²³ sodass es sich um eine Tätigkeit handle, die im Studierzimmer und nicht im Gerichtssaal gedeihe. Die revisionsrechtliche Nachprüfung werde schwerlich durch rhetorische Künste, spontane Vortragseinfälle und Eindrücke von der Persönlichkeit

⁸¹⁸ So Redeker, NJW 2007, 344.

⁸¹⁹ Kühne, S.15; bereits von Feuerbach, S. 231-233, äußerte sich gleichsam indifferent zu dieser Problematik.

⁸²⁰ Jagusch, NJW 1960, 75.

⁸²¹ Hartung, DRiZ 1959, 221.

⁸²² Schlothauer, StV 2004, 340.

⁸²³ Rosenau, ZIS 2012, 198.

der Beteiligten gefördert.⁸²⁴ „Nur selten“ übertreffe die mündliche Begründung die schriftliche.⁸²⁵

(b) Schwierigkeit der Sache

Wenig konkretere Ausführungen finden sich bei solchen Autoren, welche die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung von der Schwierigkeit der Rechtssache abhängig machen wollen.⁸²⁶ Ein solches Attribut begegnet zunächst Definitionsproblemen und scheint – beispielsweise mit Blick auf § 140 II StPO – vielmehr als Auffangkriterium geeignet, als für sich gesehen einen transparenten Maßstab zu vermitteln. Darüber hinaus dürfte sich das fragliche Abgrenzungsmerkmal nicht weniger zweckmäßig gerade auf die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens beziehen⁸²⁷: Dort sind die Beteiligten in der Lage, sich ohne sofortige Verpflichtung zur Reaktion der konzentrierten Überlegung hinzugeben, gegebenenfalls Literatur und andere Erkenntnisquellen heranzuziehen, die im Rahmen einer Verhandlung spontan nur schwerlich zu beschaffen sein könnten. Sowohl die Beschaffenheit des Abgrenzungskriteriums als auch die Konsequenz der Abgrenzung sind im Rahmen dieses Ansatzes demnach fragwürdig.

(c) Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung

In Verbindung mit vorangehender Thematik steht die Frage nach einer Durchführung der Hauptverhandlung bei Problemen von grundlegender, sprich rechtsvereinheitlichender oder rechtsfortbildender Bedeutung, die insbesondere bei Vorlagefragen in Fällen von Divergenzen⁸²⁸ verschiedener Senate in Erscheinung treten. Letztere Materie findet ihren Niederschlag in § 138 I GVG, wonach die Großen Senate nur über die Rechtsfrage urteilen. „Sie können ohne mündliche Verhandlung entscheiden“ (Satz 2); ihnen wird demnach ein Ermes-

⁸²⁴ *Ventzke*, NStZ 2003, 104.

⁸²⁵ *Jagus*, NJW 1960, 75.

⁸²⁶ Ohne nähere Begründung: *Hartung*, DRZ 1959, 221 f.; *Hamm*, Rn. 1398.

⁸²⁷ So auch *Fezer*, StV 2007, 46, demzufolge die Schriftform effektiver ist, um detailliert und vollständig zu argumentieren.

⁸²⁸ Die Wichtigkeit einer Hauptverhandlung in diesen Fällen betonend *Hamm*, Rn. 1398.

sen eingeräumt. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs zu der im Jahr 1990 eingeführten Vorschrift⁸²⁹ löst Satz 2

„(...) die in den verschiedenen Verfahrensordnungen unterschiedlich geregelte Frage, ob die Großen Senate mit oder ohne mündliche Verhandlung entscheiden, dahin, daß grundsätzlich eine mündliche Verhandlung vorgesehen ist, der Große Senat jedoch ohne mündliche Verhandlung entscheiden kann. Damit übernimmt der Entwurf die derzeit für den Bundesfinanzhof geltende Regelung, die zwischen der für den Bundesgerichtshof und das Bundesarbeitsgericht geltenden Rechtslage (Entscheidung ohne mündliche Verhandlung mit der Möglichkeit, eine solche anzuberaumen) und derjenigen für das Bundesverwaltungs- und das Bundessozialgericht liegt (zwingend vorgeschriebene mündliche Verhandlung, auf die allerdings nach herrschender Meinung – nur – im Einverständnis der Parteien verzichtet werden kann).“

Zu der eigentlich bedeutsamen Frage, warum sich der Gesetzgeber genau für diese Alternative unter den zahlreich genannten entschieden hat, verhält sich die Begründung nicht. Vielmehr wird der Eindruck erweckt, hier solle gerade ein Zwischenweg um seiner selbst Willen eingeschlagen werden, nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass diese Ermessensregelung nunmehr einheitlich für alle Rechtswege vorgesehen ist⁸³⁰. Aus einem solch offenbaren Kompromiss also die verbindliche Wertung ableiten zu wollen, die mündliche Verhandlung sei in der Regel *erforderlich*, um tiefgreifende Rechtsfragen zu klären, von der aber im Ermessenswege abgesehen werden kann, würde den begründungsmüden Ausführungen des Entwurfs nicht gerecht.⁸³¹ Aus der Vorgabe, von dem Ermessen keinen Gebrauch zu machen, wenn der Generalbundesanwalt nach § 138 II 2 GVG teilnehme,⁸³² lassen sich ebenfalls keine Schlüsse für die Erforderlichkeit einer Hauptverhandlung im Revisionsverfahren ziehen. Dort – anders als beim Vorlageverfahren – ist die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft

⁸²⁹ BT-Drucks. 11/3621, S. 55.

⁸³⁰ Siehe die heute noch geltenden §§ 11 VwGO, 41 SGG, 11 FGO, 45 ArbGG, jeweils in Abs. 7 S. 2.

⁸³¹ Sinngemäß Fezer, StV 2007, 47; pauschal Rissing-van Saan, StraFo 2010, 361, und Krehl, GA 1987, 169; Rieß, Hanack-FS, S. 413, allg. auch hins. Vorlageverfahren nach § 121 II GVG.

⁸³² Frister, SK-GVG, § 138, Rn. 7 – wohl zur Sicherstellung der Gewährung rechtlichen Gehörs.

nämlich nicht fakultativ, weshalb unter diesem Gesichtspunkt stets mündlich zu verhandeln wäre. Auch mit Blick auf die Öffentlichkeitsfunktion einer Hauptverhandlung kann die Forderung nach ihrer Durchführung bei zu vereinheitlichenden Rechtsfragen vor dem Hintergrund des § 138 GVG keinen Anklang finden, geht es in Vorlagefällen doch stets um die Klärung solch grundlegender Rechtsprobleme mit von vornherein besonderem Öffentlichkeitsbezug.

(d) Möglichkeit der Ergänzung der schriftlichen Revisionsbegründung

Wenn sich *Dahs* darauf beruft, das Revisionsvorbringen könne in einer Hauptverhandlung noch entscheidend ergänzt werden,⁸³³ so erübrigte sich dies jedenfalls weitgehend bei der Verfahrensrüge, bei der nach § 344 II 2 StPO bereits zur Überwindung der Zulässigkeitshürde zumindest die den Mangel enthaltenden Tatsachen vollständig anzugeben sind. Die einhellig angenommene Möglichkeit der Vervollständigung der allgemeinen Sachrüge auch nach Ablauf der Begründungsfrist⁸³⁴ müsste gleichermaßen für das Beschlussverfahren gelten. Indem *Dahs* die Wahlfreiheit des Verteidigers, ob dieser eine allgemeine Sachrüge schon schriftlich oder in der Hauptverhandlung ergänze, hochhält, stehen seine Ausführungen von vornherein unter der Bedingung einer gesetzlich vorgesehenen Revisionshauptverhandlung, beziehen sich indes nicht auf die hier fragliche Notwendigkeit einer solchen schlechthin. Wenn er zur Untermauerung seiner Ansicht anführt, ein Verteidiger würde erst in der Hauptverhandlung von der Ansicht der Revisionsstaatsanwaltschaft erfahren, gewährleistetete dies im Beschlussverfahren bereits der begründete Antrag nach § 349 II, III StPO, obgleich dessen Begründung häufig floskelhaft erfolgt. Sollten ihm zufolge ferner noch nicht veröffentlichte einschlägige Entscheidungen zur Kernthematik der rechtlichen Erwägungen erhoben werden, so wäre das Revisionsgericht im schriftlichen Verfahren zumindest gemäß Art. 103 I GG gehalten, im Falle der Unmöglichkeit der Beschaffung derartiger Entscheidungen im Vorhinein einen diesbezüglichen Hinweis zu erteilen. Im Übrigen relativieren sich im Revisionsverfahren weitgehend auch verfahrenstaktische Überlegungen

⁸³³ *Dahs*, NJW 1967, 67; siehe auch *Kleinknecht*, JZ 1965, 160.

⁸³⁴ Statt aller BGH, NStZ 1993, 552; OLG Stuttgart, NStZ 1981, 492.

hinsichtlich – etwa im Gegensatz zu Beweismitteln in der Tatinstanz – einer anfänglichen Vorenthaltung *rechtlicher* Argumente.

(e) Entscheidungsgrundlage und -findung

Andere beziehen sich auf das „Entscheidungsklima“ in der mündlichen Verhandlung, da die Beschlussberatung gegenüber Letzterer defizitär sei. Die Prozessbeteiligten seien so in der Lage, zu kontrollieren, ob sich die Senatsmitglieder am Ende der Hauptverhandlung auf gleichem Wissensstand befänden⁸³⁵, etwa durch Korrekturen am Berichterstattervortrag⁸³⁶. Umgekehrt sollen aber auch die Beteiligten mit den rechtlichen Erwägungen des Gerichts rechtzeitig vertraut gemacht werden.⁸³⁷ Letzteres ist jedenfalls ebenso im Beschlussverfahren in Gestalt schriftlicher Hinweise möglich, wenngleich im Rahmen des § 349 II StPO nicht zwingend vorgesehen. Ersteres Argument ist nicht von der Hand zu weisen, da die Organisation der Beschlussberatung weitgehend den Richtern selbst überlassen ist; eine Vorschrift über ihren genauen Ablauf besteht nicht⁸³⁸. Zwar ist nach § 197 GVG bei der *Stimmabgabe* eine zwingende Reihenfolge vorgesehen; allerdings wird man den eigenen Entschluss schon bei der Beratung selbst gefasst haben, deren Gestaltung den Richtern ohne Vorgaben anheimgegeben wird. Bevor man jedoch voreilig aus den genannten Gründen eine Hauptverhandlung für zwingend erachtet, sollte man sich zunächst detaillierte Gedanken über das wohl ursprüngliche Übel der Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren machen. Im Übrigen wäre dies kein konzeptionell revisionsspezifisches Problem, sondern träfe auf jedes Beschlussverfahren zu, an dem Kollegialorgane beteiligt sind – mit der Folge, ein solches stets als defizitär anzusehen. Der Kern dieser Problematik läge also weniger in einem Mangel an Mündlichkeit, als in der gerichtlichen Handhabung⁸³⁹; ihr wird man sich an anderer Stelle eingehender zu widmen haben.

⁸³⁵ So schon von *Feuerbach*, S. 240 ff.; *Wimmer*, NJW 1950, 201; *Schmidt*, NJW 1967, 853; *Walbaum*, S. 68.

⁸³⁶ *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 307.

⁸³⁷ *Arndt*, NJW 1959, 7.

⁸³⁸ BVerfG, NJW 1987, 2219, 2220.

⁸³⁹ Ähnlich *Fezer*, StV 2007, 46.

(f) Unstimmigkeiten innerhalb der Spruchgruppe

Schließlich soll eine sinnvolle Abgrenzung dort zu treffen sein, wo ein Rechtsproblem innerhalb des entscheidenden Senats selbst noch nicht hinreichend geklärt sei.⁸⁴⁰ Diese Sichtweise ist wohl vor allem Ausfluss des Einstimmigkeitserfordernisses. Aber auch in diesem Falle erscheint es zweifelhaft, ob nur eine mündliche Verhandlung zur Klärung einer solchen Rechtsfrage unverzichtbar beitragen könnte. Dem Gericht bliebe es unbenommen, die Beteiligten schriftlich um ihre Rechtsansicht zu ersuchen. Freilich gäbe es auf diesem Wege seine Unsicherheit preis, die es im Rahmen einer Hauptverhandlung zu verschleiern vermag – hat es doch nicht zu begründen, warum eine solche letztlich anberaumt wurde. Diese missliche Lage wäre indes allein der Sphäre des Gerichts zuzuordnen, dessen Ansehen hier jedoch nicht im Vordergrund steht.

(g) Fähigkeit und Bereitschaft zur rechtlichen Aussprache

Insbesondere besteht in prozessökonomischer Hinsicht aber das Risiko einer Hauptverhandlung, in welcher die Prozessbeteiligten zur Beantwortung der streitigen Frage gar nichts beitragen können/wollen. Dies leitet zugleich zu dem allgemeinen Einwand über, dass Rechtsgespräche in mündlicher Verhandlung im Einzelfall in Produktivität münden können, an ihr Zustandekommen hingegen hohe Anforderungen zu stellen sind, die sich (zu) leicht erschüttern lassen. So setzt ein solches Gespräch zunächst Kommunikationsbereitschaft voraus. Diese legt das Gesetz bei Richtern und Staatsanwälten zugrunde. Sie darf indes beim Angeklagten grundsätzlich nicht erwartet oder gar beeinflusst werden.⁸⁴¹ Setzt man es sich zum Ziel, im Rahmen eines Diskurses das Richterkollegium praktisch zu erweitern⁸⁴², spielt das Engagement von Gericht und Gegenseite eine entscheidende Rolle.⁸⁴³ Dies bedingt nicht zuletzt eine beiderseitige gründliche Vorbereitung auf die Verhandlung.⁸⁴⁴ Nutzlosigkeit wird dem Rechtsgespräch mithin dann attestiert, wenn die Parteien nicht zum Dialog willens und/oder fähig sind.⁸⁴⁵

⁸⁴⁰ *Schlothauer*, StV 2004, 341; *Fezer*, StV 2007, 46.

⁸⁴¹ *Kühne*, S. 190 f.

⁸⁴² So beschreibt es *Weimar*, Rechtsprechungslehre 1992, 294.

⁸⁴³ *Weimar*, Rechtsprechungslehre 1992, 294.

⁸⁴⁴ *Hamm*, Rn. 1399.

⁸⁴⁵ *Weimar/Neurath*, Rechtsprechungslehre 1992, 309.

Dem – wie in den meisten Fällen – juristisch nicht vorgebildeten Angeklagten die Möglichkeit verschaffen zu wollen, etwa durch ein Rechtsgespräch die Verhandlung und ihr Ergebnis rechtlich nachzuvollziehen⁸⁴⁶, stellt zwar ein ehren- und grundsätzlich wünschenswertes Ziel dar. Führt man sich aber einmal die intensive Juristenausbildung vor Augen, die manchem erst nach einiger Zeit das erforderliche juristische Grundverständnis vermittelt, erscheint es überambitioniert, jegliche rechtliche Fragen durch ein einfach gelagertes mündliches Gespräch zwischen Staatsanwaltschaft, Gericht und Beschuldigtem verständlich zu machen, zumal der Angeklagte die soeben aufgeführten Voraussetzungen für das Zustandekommen eines produktiven Rechtsgesprächs erfüllen muss.⁸⁴⁷ Die mitunter geäußerte Befürchtung, der Angeklagte könne selbst das Wort ergreifen und sich damit in ein ungünstiges Licht setzen,⁸⁴⁸ erscheint jedoch weniger begründet. Das Revisionsgericht dürfte die Laienhaftigkeit des Angeklagten durchaus erkennen und entsprechend zu werten wissen. Gleichsam spekulativ mutet es an, wenn sich die Anwesenheit des Angeklagten angeblich negativ auf das Plädoyer des Verteidigers auswirken soll, der sich die Gunst des Angeklagten sichern wolle⁸⁴⁹. Es liegt gerade im Aufgabenbereich eines Verteidigers, solcherlei Einflüssen durch vorherige eingehende Beratung und Aufklärung zur geplanten Vorgehensweise vorzubeugen. Daher hat der Angeklagte umso mehr auf die Fähigkeiten seines Verteidigers zu vertrauen. Jedoch wird insbesondere das Revisionsrecht teilweise als solch komplizierte Materie begriffen, dass selbst Verteidiger damit als gelegentlich überfordert angesehen werden.⁸⁵⁰

(3) Art. 103 I GG

Obige Ausführungen beziehen sich auf die tatsächlichen Möglichkeiten und Grenzen mündlicher und schriftlicher Kommunikation im Prozess. Die normative Seite dieser Problematik ist angesiedelt bei der Frage, ob der Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs überhaupt nur mittels mündlicher Anhörung gewährleistet werden kann. Während Art. 103 I GG das Recht zur Äußerung

⁸⁴⁶ Kühne, S. 97, eine Unkenntnis des Beschuldigten von den gegen ihn erhobenen Vorwürfen als „absurd“ bezeichnend.

⁸⁴⁷ Nach Jagusch, NJW 1960, 75, ist ihm dies kaum zuzumuten.

⁸⁴⁸ Walbaum, S. 71 f.

⁸⁴⁹ Walbaum, S. 72, m. w. N.

⁸⁵⁰ Römer, MDR 1984, 360, m. w. N.

eines Verfahrensbeteiligten umfasst sowie die dem entsprechende Pflicht des Gerichts, das Vorbringen zur Kenntnis zu nehmen und zu berücksichtigen, ist überwiegend anerkannt, dass dieses nicht allein auf die tatsächlichen Gesichtspunkte zu beschränken, sondern auch die rechtliche Basis der Entscheidung mit einzubeziehen ist, soweit es sich jedenfalls um die Berücksichtigung nicht vorhersehbarer rechtlicher Argumente handelt.⁸⁵¹ Im Mittelpunkt steht also die Möglichkeit, sich überhaupt in das Verfahren einbringen und auf seinen Gang Einfluss nehmen zu können. Wie dies zu geschehen hat, legt Art. 103 I GG nicht näher fest. Im Rahmen der Wortlautauslegung könnte man zwar zu der Annahme gelangen, „Gehör vor Gericht“ sei nur dort möglich, wo gesprochen werde und das Gericht als unmittelbarer Kommunikationspartner agiere. Hingegen ist zu bezweifeln, ob das Prozessgrundrecht allein in diesem engen, nach mancher Ansicht gar gefühlsgetragenen⁸⁵² Sinne zu interpretieren ist.⁸⁵³ Wie oben bereits angeklungen, hängen die Notwendig- und Nützlichkeiten mündlichen und schriftlichen Diskurses vom situationsspezifischen Zweck der Kommunikation beziehungsweise in gleichsam hohem Maße von Kommunikationsbereitschaft und -fähigkeit ab.⁸⁵⁴ Äußerung, Antragstellung und Reaktion sind ohne Weiteres in Schriftform möglich. Da das Grundgesetz als Werteordnung nur den verfassungsrechtlichen Mindestrahmen für die Ausgestaltung eines Gerichtsverfahrens vorzugeben versucht, würde der grundrechtliche Zwang, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, im Bereich der Bundesgesetzgebung eine tiefgreifende Einbuße an Flexibilität zeitigen. Dies gilt vor allem im Angesicht der verschiedentlich gearteten Prozessordnungen, die Art. 103 I GG ein-

⁸⁵¹ BVerfG, NJW 1992, 2877; *Arndt*, NJW 1959, 6; nach *Wohlers*, SK-StPO, § 351, Rn. 10, wenn das Revisionsgericht erwäge, von einer bisherigen Rspr. abzuweichen, wenn das Gericht von seiner im Verfahren zuvor geäußerten Rechtsauffassung abweichen wolle oder wenn es beabsichtige, nach § 354 Ia 1 StPO vorzugehen.

⁸⁵² *Allgayer*, JR 2015, 64.

⁸⁵³ Gegen eine aus Art. 103 I GG folgende Pflicht zum Rechtsgespräch sprechen sich i. E. u. a. auch aus: BVerfGE 31, 364, 370; 54, 100, 117; BVerfG, NJW 1996, 3202; BGHSt 22, 336, 339; BGH, NJW 2014, 2563; *Wohlers*, SK-StPO, § 351, Rn. 10; *Meyer-Mews*, NJW 2005, 2822; *Fezer*, StV 2007, 46; a. A.: *von Feuerbach*, S. 296; *Arndt*, NJW 1959, 1301; *Dahs*, NJW 1978, 141 („Ideal des rechtsstaatlichen Strafverfahrens“); *von Stackelberg*, AnwBl. 1959, 203, hins. der nicht weiter erläuterten „vollen“ Gewährung rechtlichen Gehörs; wohl auch *Krahl*, GA 1998, 334.

⁸⁵⁴ *Kühne*, S. 95, weist darauf hin, der Maßstab für das Verständnis im Rahmen des Art. 103 I GG sei beim konkreten Beschuldigten anzusetzen, bei der Öffentlichkeit genüge indes eine fiktive Durchschnittspersönlichkeit.

heitlich erfassen soll. So wird zu Recht die Sorge geäußert, das Grundrecht würde bei solch begrenzter Auslegung „gefährlich konturlos“.⁸⁵⁵

Ungehindert dessen kann indes der Kerngehalt des Rechts nur wirksam ausgefüllt werden, wenn dem Angeklagten zumindest alle für die Entscheidung des Gerichts und somit für sein Äußerungsrecht unmittelbar relevanten Informationen mitgeteilt werden. So ist die Rechtsfindung und damit letztlich auch die Anerkennung der Subjektqualität des Beschuldigten nicht entscheidend an die Art und Weise des Diskurses mit dem Gericht gekoppelt,⁸⁵⁶ wohl aber daran, ihm die Gelegenheit zu bieten, auf das Verfahren in hinreichendem Maße einzuwirken. Zweifel ergeben sich diesbezüglich, wie angedeutet, mit Blick auf die ausgeprägte Ausrichtung des § 349 II StPO am Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft, während die gerichtliche Entscheidung unbemerkt aus anderen Gründen erfolgen kann als die in der Antragsbegründung – überwiegend spärlich – benannten; ein direkter Kontakt zum Revisionsgericht ist nicht hergestellt. Innerhalb einer Hauptverhandlung bestünden im Rahmen der aktuellen Ausgestaltung jedenfalls mitunter bessere Möglichkeiten, dessen Ansicht in Erfahrung zu bringen und darauf Einfluss zu nehmen.

cc) Der Unmittelbarkeitsgrundsatz, die freie Beweiswürdigung und die Parteiöffentlichkeit

Obige Ausführungen stehen weitgehend unter der Hypothese einer rein rechtlichen Überprüfungscompetenz in der Revisionsinstanz. Eine etwaige Anwesenheitspflicht des Angeklagten, wie sie im Hauptverfahren grundsätzlich für erforderlich erachtet wird, kann nach vorstehenden Erwägungen vorwiegend für die Tatsachenfeststellung Bedeutung erlangen, denn in rechtlichen Dingen wird er kaum einmal von Nutzen sein⁸⁵⁷. Die Maximen der Unmittelbarkeit und der freien Beweiswürdigung beziehen sich jedenfalls vom theoretischen Ansatz her auf die Feststellung des Tatsächlichen. Dass insbesondere letzterer Grundsatz

⁸⁵⁵ So *Jagus*, NJW 1959, 269. Ihm zufolge zeigt gerade die geminderte Bedeutung des Rechtes des Angekl. auf das „letzte Wort“, wie problematisch die Forderung nach der Pflicht zum Rechtsgespräch überhaupt sei.

⁸⁵⁶ Siehe *Alwart* bei *Weimar*, Rechtsprechungslehre 1992, 311, der das Rechtsgespräch als „offensichtlich“ keine notwendige Bedingung für die Realität des Rechts ansieht, obwohl er sich dort vornehmlich sogar auf den Zivilprozess bezieht.

⁸⁵⁷ Insoweit ist BVerfG, NJW 2014, 2563, darin zuzustimmen, eine mündliche Verhandlung müsse nicht zu dem Zweck durchgeführt werden, dem Angekl. die Möglichkeit zu verschaffen, sich unabhängig von seinem Verteidiger zu äußern.

stets auf einem rechtlich geprägten Fundament beruht und nicht frei von ebenfalls rechtlichen Einschränkungen ist, wurde bereits erläutert. Dennoch ist im Hinblick auf eine schwerpunktmäßig tatsachenbezogene Ermittlung die Frage aufzuwerfen, inwiefern der Geltungsbereich jener Grundsätze im Revisionsverfahren berührt wird mit der möglichen Folge, die Legitimation oder gar Pflicht zur Durchführung einer Hauptverhandlung zu begründen. Trotz der teilweisen inhaltlichen Überschneidung der genannten Maximen soll der Versuch einer kurzen Abgrenzung unternommen werden. Dem Unmittelbarkeitsgrundsatz wird zunächst eine formelle und eine materielle Komponente zugeschrieben. Erstere beschreibt nichts anderes als die „unmittelbare Konfrontation von erkennendem Gericht und Beweismitteln“, der kein Zwischenrichter (etwa in Form von Einflüssen aus vorherigen Verfahrensstadien) vorgeschaltet sein darf.⁸⁵⁸ Im Gegensatz zu Letzterer, die aufgrund des Gebots zuverlässigster Aufklärung nach der Wahrnehmung unmittelbarer (nicht surrogierter) Beweise drängt (siehe § 250 StPO), steht der formellen Ausprägung etwa die Verlesung einer Zeugenaussage nicht entgegen, solange die Richter davon eigens und in der Hauptverhandlung Kenntnis nehmen. Insofern bildet die formelle Unmittelbarkeit die Voraussetzung für eine freie Beweiswürdigung.⁸⁵⁹ Die Grundsätze der Mündlichkeit und (formellen) Unmittelbarkeit treffen also dort zusammen, wo es um die Anschaulichkeit des gesprochenen Wortes, den persönlichen Eindruck oder den Tonfall der Rede geht. Jedoch umfasst die Mündlichkeitsmaxime allgemein die Form der Verständigung aller Verfahrensbeteiligten vor und mit dem erkennenden Gericht und ist nicht, wie das Unmittelbarkeitspostulat, ausschließlich Beweisprinzip.⁸⁶⁰

Die darauf aufbauende Fragestellung beinhaltet unter dem Vorzeichen bestmöglicher verfahrensrechtlicher Ausgestaltung zum einen, inwiefern in der Revisionsinstanz selbst Tatsachenfeststellungen zu Beweis Zwecken getroffen werden können, zum anderen, welche Kompetenzen dem Revisionsgericht zur eigenständigen Tatsachenbewertung zugestanden werden – dies selbstverständlich nur unter der Bedingung der Legitimität derartiger Befugnisse. Das Ergebnis dieser Analyse kann sich wiederum auf die Gewichtung der Grundsätze der

⁸⁵⁸ Geppert, S. 124 f.

⁸⁵⁹ Geppert, S. 145.

⁸⁶⁰ Geppert, S. 138 f., 141. Auch Fezer, mündliche Verhandlung, S. 39, bestreitet den Charakter der Mündlichkeit als Prinzip der Hauptverhandlung. Letztere sei aber nun einmal wesentlich von der Beweisaufnahme bestimmt.

Mündlichkeit und Öffentlichkeit auswirken, da diese bezüglich der Klärung des Tatsachenelements einen höheren Stellenwert einnehmen.

(1) Das Erfordernis einer Revisionshauptverhandlung zur Tatsachenermittlung und -bewertung

Dass die effektive Entfaltung der genannten Maximen im Rahmen der Tatsachenfeststellungen in einer mündlichen Verhandlung zu gewährleisten ist, vermitteln zunächst die §§ 226 ff. StPO, insbesondere die §§ 230 ff. StPO („findet eine Hauptverhandlung nicht statt“), § 250 StPO („in der Hauptverhandlung“) sowie § 261 StPO („Inbegriff der Verhandlung“). Da im Hauptverfahren keine Trennung zwischen Feststellungen zur Schuld und zum Strafausspruch vorgenommen wird, gelten diese Regelungen nicht minder für die Rechtsfolgenentscheidung (§ 267 III 1 StPO: „Umstände“). Eine schleichende Tendenz hinsichtlich einer Relativierung dieser Richtsätze ist allerdings zum einen mit Blick auf die in den §§ 231a ff., 251 ff. StPO vorgesehenen Ausnahmen ersichtlich. Zum anderen wird mit einer verkürzten Hauptverhandlung im beschleunigten und einer im Zweifel ganz entbehrlichen im Strafbefehlsverfahren der Prozessökonomie der Vorrang eingeräumt. Legt der Angeklagte Einspruch gegen einen Strafbefehl ein, so ist seine Anwesenheit in der nachfolgenden Hauptverhandlung keineswegs zwingend, § 411 II StPO. Einen Mittelweg schlägt etwa § 454 I 3 StPO ein, der zwar keine Verhandlung, wohl aber eine mündliche Anhörung des Verurteilten vorsieht, wiederum nicht ohne Ausnahmen auskommend (Satz 4). Im Jugendstrafverfahren wird die Entscheidung auf Grund einer Hauptverhandlung teilweise von dem Antrag der Staatsanwaltschaft beziehungsweise dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts abhängig gemacht (§§ 62 II, 66 II JGG). Demzufolge zeichnet sich schon auf tatinstanzlicher Ebene ein ambivalentes Bild von der gebotenen Verfahrensweise⁸⁶¹ ab. Bereits hier relativiert sich mithin auch die pauschale Annahme, eine Revisionshauptverhandlung vermöge zumindest in solchen Fällen nicht ausgespart zu

⁸⁶¹ Die abnehmende Bedeutung der Hauptverhandlung geht nach *König*, AnwBl. 2010, 382 f., darauf zurück, dass das Ermittlungsverfahren stetig mehr Bedeutung erlange; *Ventzke*, NStZ 2003, 104, macht darauf aufmerksam, bereits für das tatgerichtliche Verfahren bestehe die Gefahr, jedenfalls die Leistungsfähigkeit des Mündlichkeitsgrundsatzes zu überschätzen.

werden, in denen auf tatinstanzlicher Ebene eine Hauptverhandlung für erforderlich gehalten werde⁸⁶².

(a) Die Ermittlung prozessualer Tatsachen

Tatsachen, die sich auf Prozessgegebenheiten beziehen, können nach herrschender Meinung⁸⁶³ (in der Tatinstanz wie in der Revision) im Wege des Freibeweises⁸⁶⁴ – außerhalb einer Hauptverhandlung – festgestellt werden, das heißt ohne Bindung an das auf Zeugen-, Urkunden-, Sachverständigen- und Augenscheinbeweis begrenzte Strengbeweisverfahren. Vielmehr sollen alle zugänglichen Erkenntnisquellen zulässig sein, insbesondere die Einholung von schriftlichen und telefonischen Auskünften; Zeugen müssen nicht vereidigt, Urkunden nicht verlesen werden. Dem an die tatrichterlichen Feststellungen zur Schuld- und Rechtsfolgenfrage gebundenen Revisionsgericht ist allerdings die Ermittlung sogenannter doppelrelevanter Tatsachen verwehrt, die zugleich materiell und prozessual erheblich sind und in der Tatinstanz im Strengbeweisverfahren ermittelt wurden.⁸⁶⁵ Für den Grundsatz freier Beweiswürdigung sollen im Freibeweisverfahren erklärtermaßen keine Besonderheiten gelten; auch die Aufklärungspflicht und der Grundsatz des rechtlichen Gehörs⁸⁶⁶ sind zu beachten. Den Grundsätzen der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit sowie den §§ 244 ff. StPO wird jedoch jedwede Geltung abgesprochen.⁸⁶⁷ Wohl aber sind die im Freibeweis gewonnenen Ergebnisse zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung zu machen;⁸⁶⁸ eine solche findet im Beschlussverfahren freilich nicht statt. Es liegt allein in der Hand des Revisionsgerichts, zur Feststellung derartiger Tatsachen, gegebenenfalls unter Erzwingung des Erscheinens des Angeklagten, eine Hauptverhandlung anzuberaumen. Während die Bewertung der Beweismittel im Freibeweis- somit nach gleichen Grundsät-

⁸⁶² Dies gesteht sich auch *Steinmetz*, S. 111 ff., ein Stück weit ein.

⁸⁶³ Siehe RGSt 2, 221, 223; 26, 373, 374 f.; 57, 186, 188; BGH, NJW 1961, 1979, 1980; BGH, NJW 1966, 2023; *Becker*, LR-StPO, § 244, Rn. 30; *Eb. Schmidt*, Vorb. § 244, Rn. 19; *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 244, Rn. 7 ff.; *Kühne*, Rn. 760; *Roxin*, § 24, Rn. 3.

⁸⁶⁴ Der Begriff ist erstmals durch *Ditzen*, S. 5, geprägt worden.

⁸⁶⁵ So u. a. BGH, NStZ 1981, 448; *Többens*, S. 13 f., wie etwa das Merkmal der verminderten Schuldfähigkeit (relevant im Rahmen der §§ 20, 21 StGB, aber auch für die Beurteilung der Verhandlungsfähigkeit).

⁸⁶⁶ Nach *Willms*, Heusinger-FS, S. 400, eine „Selbstverständlichkeit“.

⁸⁶⁷ *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 244, Rn. 9; *Dallmeyer*, Alsberg/Nüse/Meyer, Rn. 281 f.

⁸⁶⁸ BayObLG, VRS 90, 193, 194, lässt dies offen und nennt als Alt. die Akteneinsicht.

zen (§ 261 StPO) wie im Strengbeweisverfahren erfolgt, betrifft der Unterschied zwischen beiden Beweisarten in erster Linie die Auswahl der Beweismittel sowie die Beteiligung der (Partei-) Öffentlichkeit.

Nicht bestritten werden kann zunächst, dass es sich bei im Freibeweisverfahren festgestellten Sachverhalten von der dogmatischen Einordnung her um ebensolche Tatsachen handelt, wie sie gleichermaßen zur Klärung der Tat- und Schuldfrage in der Hauptverhandlung ermittelt werden.⁸⁶⁹ Da das Institut des Freibeweises ohne Zweifel ein Element der Verfahrenswirtschaftlichkeit darstellt – seine Vorteile liegen in einer Vereinfachung, schnelleren Durchführung und Kostenreduzierung des Verfahrens gegenüber einer „gewissen Formstarrheit“, Kostspieligkeit und Langwierigkeit sowie einem erhöhten Aufwand und einer stärkeren Belastung der Gerichte beim Strengbeweisverfahren⁸⁷⁰ – wird bei einer zwingend durchzuführenden Hauptverhandlung zur Feststellung von Verfahrenstatsachen die „Lahmlegung der ganzen Strafjustiz“ befürchtet.⁸⁷¹ Bei Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile beider Verfahren leugnen selbst Kritiker nicht das Absenken der Waagschale „deutlich zugunsten des Freibeweises“.⁸⁷²

(aa) Prozessvoraussetzungen

Zu den im Sinne des Freibeweises prozessual erheblichen Tatsachen zählen zum einen die Prozessvoraussetzungen, die auch das Revisionsgericht von Amts wegen zu ermitteln hat,⁸⁷³ was aus dem Untersuchungsgrundsatz folgt⁸⁷⁴. Angesichts der vermeintlich geringeren Bedeutung ihrer Feststellung im Vergleich zu jenen für die Schuld- und Straffrage könne das tendenziell größere Zuverlässigkeit bietende⁸⁷⁵ Strengbeweisverfahren in den Hintergrund treten. Im Hinblick auf die Legitimation des Freibeweisverfahrens wird aufgrund der

⁸⁶⁹ Ebenso *Bovensiepen*, S. 67 f.

⁸⁷⁰ *Többens*, S. 90 f., und *NStZ* 1982, 184.

⁸⁷¹ *Von Beling*, *Binding-FS*, S. 152; *Bovensiepen*, S. 134 f., 136 f.

⁸⁷² *Többens*, *NStZ* 1982, 185; davon ausgenommen nicht beweisbedürftige Umstände, so *Wroblewski*, S. 22 f.

⁸⁷³ *Rieß*, *BGH-FS*, S. 836 f., m. w. N.; einschränkend *Meyer-Goßner*, *NStZ* 2003, 170 ff., der zw. Bestrafungs- und Befassungsverboten unterscheidet.

⁸⁷⁴ Insoweit richtig *Volk*, S. 57, 73.

⁸⁷⁵ *Von Beling*, *Binding-FS*, S. 148 f.; *Többens*, *NStZ* 1982, 185, und S. 2: Die Qualität eines optimalen Beweiserfolgs sollen ihm zufolge insb. die Prinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit sicherstellen.

sich nur auf die Schuld- und Rechtsfolgenfrage beziehenden §§ 261, 263, 264, 265 II, 267 I, II, III, V StPO zum Teil angenommen, im Umkehrschluss seien die §§ 244 ff. StPO auf Beweisaufnahmen über Verfahrensfragen nicht anwendbar.⁸⁷⁶ Teilweise wird vertreten, die Tatsache, dass die Beweisaufnahme erst nach der Vernehmung des Angeklagten erfolgt (§ 244 I StPO), lasse den Schluss zu, für Beweiserhebungen über Umstände außerhalb der Schuld- und Rechtsfolgenfrage gelte der Freibeweis.⁸⁷⁷ Vereinzelt stellt man auf die Erledigung des „Prozessgegenstands“ ab, die nur durch die Entscheidung der Schuld- und Rechtsfolgenfrage eintrete.⁸⁷⁸

Verfahrensvoraussetzungen eine per se untergeordnete Rolle zuzuschreiben, kann keinen Zuspruch finden. Die genaue Klärung von Prozessvoraussetzungen, teilweise grundrechtlich geschützt⁸⁷⁹, kann für den Angeklagten ebenso bedeutsam sein wie die Beweiserhebung zur Schuld- und Straffrage, wenn gleich sie nicht die unmittelbare Urteilsbasis darstellen.⁸⁸⁰ Prozessurteile, die zur endgültigen Einstellung führen, sind wie Sachurteile der Rechtskraft fähig.⁸⁸¹ Zudem besteht bei vielen Verfahrensvoraussetzungen nicht einmal Einigkeit über ihre Rechtsnatur.⁸⁸² Des Weiteren vermag die Durchführung des Freibeweisverfahrens aufgrund fehlender Parteiöffentlichkeit, insbesondere hinsichtlich Zeugenvernehmungen, den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs zu tangieren⁸⁸³, indem es dem Angeklagten das Fragerecht (Art. 6 III d EMRK, § 240 II StPO) versagt⁸⁸⁴. Der Unterschied zur auf rechtliche Gesichts-

⁸⁷⁶ So RGSt 6, 161, 163 f.; a. A.: *Bovensiepen*, S. 93 ff.; *Többens*, S. 62 ff.

⁸⁷⁷ *Ditzen*, S. 48.

⁸⁷⁸ *Eb. Schmidt*, Vorb. § 244, Rn. 20.

⁸⁷⁹ *Bovensiepen*, S. 117 f.; *Dallmeyer*, Alsberg/Nüse/Meyer, Rn. 235. So ist etwa die Einhaltung der Zuständigkeitsvorschriften zum Teil durch Art. 101 I 2 GG geschützt; der Grundsatz „ne bis in idem“ ist in Art. 103 III GG verankert; die Notwendigkeit der Verhandlungsfähigkeit des Angekl. wurzelt in Art. 1 GG; Art. 46 II GG schreibt die Immunität der Abgeordneten vor.

⁸⁸⁰ *Wroblewski*, S. 27 ff.; *Többens*, S. 36 ff., und NStZ 1982, 185 ff.; *Bovensiepen*, S. 21 f., 109 ff.; *Volk*, S. 80; zweitrangig seien allenfalls Entscheidungen, die nur Dritte betreffen, so *Dallmeyer*, Alsberg/Nüse/Meyer, Rn. 235; *Bovensiepen*, S. 119 f.

⁸⁸¹ Bei Fällen, in denen die materiell-rechtliche Würdigung unentbehrliche Voraussetzung für die Ermittlung einer Prozessvoraussetzung darstellt, wäre ohnehin bei anfänglicher Durchführung des Freibeweisverfahrens später der Strengbeweis zu führen, was der Prozessökonomie nicht zuträglich wäre, so *Többens*, NStZ 1982, 186.

⁸⁸² Eingehend *Bovensiepen*, S. 116; *Többens*, NStZ 1982, 185 ff.

⁸⁸³ *Bovensiepen*, S. 27 ff.: Protokolle allein seien nicht in der Lage, entscheidungserhebliche Eindrücke wiederzugeben.

⁸⁸⁴ *Bovensiepen*, S. 38 ff. Darin liege zugleich ein Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit.

punkte bezogenen, nach hier favorisierter Auffassung unverfänglichen Gehörsproblematik liegt in dem dem Beschuldigten selbst verwehrten, persönlichen Eindruck vom Beweismittel und der darauf bezogenen Reaktionsmöglichkeit.⁸⁸⁵ Teilweise wird vertreten, entgegen derzeitiger Praxis müsse überdies ein Beweisantragsrecht gewährleistet sein⁸⁸⁶, da Regeln für eine genaue Ausgestaltung des Verfahrens, insbesondere hinsichtlich des freien Ermessens, Freibeweis einzuholen, nicht existierten⁸⁸⁷. Wenn demnach das gegenüber dem Strengbeweisverfahren tendenziell weniger Sicherheit bietende Freibeweisverfahren bei nahezu gleichgewichtiger Bedeutung der jeweils zu beweisenden Sachverhalte zum Einsatz kommt, kann dies jedenfalls weder auf die eher zufällige Reihenfolge von der Einlassung des Angeklagten und der Beweisaufnahme⁸⁸⁸ noch auf die Erledigung des „Prozessgegenstands“ zurückgeführt werden, der ebenfalls durch ein Urteil nach § 260 III StPO zum Abschluss gebracht wird.⁸⁸⁹ Dass der Umkehrschluss aus den §§ 261 ff. StPO „offensichtlich“ nicht zutrefte⁸⁹⁰, lässt sich in dieser Deutlichkeit zwar nicht annehmen, obwohl die dortigen Formulierungen zumindest andere plausible Erklärungen zulassen⁸⁹¹. Freilich könnte man aus § 251 III StPO, der eine gesetzliche Freibeweisregelung darstellt,⁸⁹² einen allgemeinen Grundsatz⁸⁹³ ableiten. Es ließe sich indes auch anführen, aufgrund der expliziten Regelung wäre der Freibeweis nur in den dort geregelten Fällen statthaft⁸⁹⁴. Jedenfalls aber hebt die Strafprozessordnung an einigen Stellen unzweifelhaft die Sonderbehandlung

⁸⁸⁵ Der Einwand, die Möglichkeit zur Stellungnahme sei aufgrund von Zufälligkeiten nur unzureichendes Gegenmittel zur Überprüfung von Wahrnehmungsfehlern (so *Pfitzner*, S. 144 f.), ignoriert dabei, dass die Gewährung rechtlichen Gehörs gerade keine i. E. erfolgreiche Stellungnahme bedingt.

⁸⁸⁶ *Bovensiepen*, S. 62 ff.

⁸⁸⁷ Dies kritisieren *Volk*, S. 74, und *Bovensiepen*, S. 17 ff., 151 f., im Hinbl. auf den Mangel an Kontrollierbarkeit.

⁸⁸⁸ *Dallmeyer*, *Alsberg/Nüse/Meyer*, Rn. 234.

⁸⁸⁹ *Wroblewski*, S. 17 f.; *Dallmeyer*, *Alsberg/Nüse/Meyer*, Rn. 234, mit Fn. 249.

⁸⁹⁰ So aber *Dallmeyer*, *Alsberg/Nüse/Meyer*, Rn. 234.

⁸⁹¹ Siehe die Erläuterungen bei *Wroblewski*, S. 10 ff., *Többens*, S. 28 ff., und *Bovensiepen*, S. 91 ff.

⁸⁹² *Dallmeyer*, *Alsberg/Nüse/Meyer*, Rn. 236; *Sander/Cirener*, LR-StPO, § 251, Rn. 72; *Kühne* Rn. 760; *Bovensiepen*, S. 105 f., demzufolge unter „Urteilsfindung“ i. S. d. § 251 III StPO aber auch ein bloßes Einstellungsurteil verstanden werden kann.

⁸⁹³ OLG Düsseldorf, VRS 57, 289, 291; *Sander/Cirener*, LR-StPO, § 251, Rn. 72; *Becker*, LR-StPO, § 244, Rn. 30; *Dallmeyer*, *Alsberg/Nüse/Meyer*, Rn. 237, der den Freibeweis als Regel begreift; ähnlich *Willms*, *Heusinger-FS*, S. 396.

⁸⁹⁴ *Eb. Schmidt*, § 251, Rn. 33, lässt dies offen.

prozessualer Tatsachen hervor.⁸⁹⁵ Mag man mit gutem Willen danach eine gesetzliche Verankerung unterstellen⁸⁹⁶, so ließe diese indes ein ausgewogenes Gesamtkonzept missen und ihre dogmatische Untermauerung weiterhin fragwürdig erscheinen⁸⁹⁷. *Bovensiepen* relativiert seine Kritik in Bezug auf einen Gehörsverstoß zwar selbst dahingehend, aus der Forderung nach parteiöffentlicher Beweisaufnahme folge noch keine Notwendigkeit unmittelbarer, mündlicher Verhandlung,⁸⁹⁸ lässt sodann jedoch Legitimations- oder Lösungsansätze vermissen.

Hingegen dürften folgende Überlegungen weiterführend sein: Zwar bieten sich die zu beweisenden Sachverhalte bei beiden Beweisverfahren hinsichtlich des Verfahrensausgangs als gleichwertig dar. Ein Blick auf die Prozessvoraussetzungen im Einzelnen⁸⁹⁹ offenbart freilich, dass gerade zu ihrer Feststellung häufig schriftliche Dokumente von Belang sind, die nicht zwingend simultan mit dem Gericht zu begutachten sind (etwa Atteste, gerichtliche Entscheidungen, et cetera), solange dem Angeklagten eine Stellungnahmemöglichkeit diesbezüglich nicht verwehrt bleibt. § 33 III StPO sieht eine solche bereits vor; sie lässt sich optimal verwirklichen, wenn dem Beteiligten die betreffenden Dokumente als Ablichtung zur Verfügung gestellt werden. Eine auf diesem Gedanken beruhende Regelung existiert mit dem Selbstleseverfahren gemäß § 249 II StPO zudem bereits in der Tatinstanz als „rechtsstaatlich vertretbarer Kompromiss“⁹⁰⁰. Aber auch hinsichtlich Zeugenvernehmungen werden nicht selten Personen vernommen, die gerade keinen Anlass haben, Partei zu ergreifen. An

⁸⁹⁵ Siehe §§ 56, 206a („außerhalb der Hauptverhandlung“), 238, 263 StPO; gem. *Bovensiepen*, S. 173 f., wird im Abschnitt der strafprozessualen Revision nicht auf die Beweisvorschriften des Hauptverfahrens verwiesen, wohingegen eine derartige Verweisung im Rahmen der zivilprozessualen Revision vorgesehen ist.

⁸⁹⁶ Nur dann wäre die nachrangige Frage, ob etwa eine Rechtfertigung aufgrund Gewohnheitsrechts anzunehmen sei, zurückzustellen, siehe aber *Bovensiepen*, S. 8 ff. I. Ü. wäre ein solches angesichts des teilweise erheblichen Widerspruchs in der Lit. auch nicht anzunehmen. Deutlich *Wroblewski*, S. 26: „mit den Bestimmungen der Strafprozeßordnung unvereinbar“.

⁸⁹⁷ *Dallmeyer*, *Alsberg/Nüse/Meyer*, Rn. 231; *Roxin*, § 24, Rn. 3; *Többens*, NStZ 1982, 184.

⁸⁹⁸ *Bovensiepen*, S. 36.

⁸⁹⁹ Dazu zählen die Zulässigkeit des Rechtswegs, Zuständigkeitsfragen, das Fehlen anderweitiger Rechtshängigkeit, der Nichteintritt der Verfolgungsverjährung, die Strafmündigkeit, die fehlende Immunität oder Exterritorialität, die Verhandlungsfähigkeit, kein Tod des Beschuldigten oder keine Lebens- oder Gesundheitsgefahr, das Vorliegen eines Strafantrags oder das Vorliegen eines Eröffnungsbeschlusses, siehe *Paeffgen*, SK-StPO, Anhang zu § 206a StPO.

⁹⁰⁰ *Frister*, SK-StPO, § 249, Rn. 56.

dem Wahrheitsgehalt von Aussagen derartiger Zeugen – dazu zählen unter anderem das Personal von Gerichten und Behörden sowie Ärzte – wird daher von vornherein weniger zu zweifeln sein, als an jenem von Opferaussagen oder ihrer Angehörigen. Zu den Vernehmungsprotokollen vermag daher überwiegend auch schriftlich Stellung genommen zu werden. Diese Erwägungen können den Entzug des Fragerechts zwar nicht legitimieren, im Angesicht der Prozessökonomie hingegen weitgehend erträglich erscheinen lassen. Die Problematik wird weiterhin aufgrund der Bindung des Revisionsgerichts an doppelrelevante Tatsachen entschärft⁹⁰¹; beinhalten Aussagen der genannten „prädestinierten“ Belastungszeugen zum Schuldspruch auch für die Eruierung von Prozessvoraussetzungen bedeutsame Umstände, so wären sie bereits Teil der beständigen Feststellungen. Insofern kommt auch der Tatinstanz eine Filterwirkung zu. Überhaupt wäre eine flächendeckende Ökonomisierung bei gleichzeitiger Wahrung der Angeklagtenrechte am ehesten über die Einbeziehung der unteren Instanzen zu erreichen. Würden dort jedenfalls problematische Vernehmungen in einer ohnehin stattfindenden Hauptverhandlung strengbeweislich vorgenommen, so wäre die Gewährung rechtlichen Gehörs nach § 33 III StPO bereits gesichert und auch das Fragerecht garantiert. Im Hinblick auf die Erforderlichkeit von ausnahmsweise umfangreichen Beweisaufnahmen zu Prozessvoraussetzungen könnte zusätzlich auf den Hinweis zurückgegriffen werden, das Revisionsgericht sei als einzige Instanz in der Lage, die entlastende Verweismöglichkeit des § 354 II StPO zu beanspruchen⁹⁰²; der weitgefaste Wortlaut der Vorschrift (Satz 1: „in anderen Fällen“) schließt diese Vorgehensweise durchaus nicht aus. Gerade in diesen Fällen beugte man gegebenenfalls mehreren Verhandlungstagen und weiten Anreisewegen von Zeugen vor, die den Staat unter anderem mit zum Teil hohen Kostenerstattungen belasten dürften.

(bb) Prozessuale Tatsachen im Rahmen der Verfahrensrüge und „Rekonstruktionsverbot“

In der Revisionsinstanz werden hingegen nicht lediglich Prozessvoraussetzungen aufgeklärt, sondern gleichermaßen Tatsachen, welche die Grundlage von Verfahrensrügen bilden. Es wird davon ausgegangen, der Feststellung von Zu-

⁹⁰¹ Rieß, BGH-FS, S. 838.

⁹⁰² Auf die Möglichkeit weist BGHSt 16, 399, 403, hin; Bovensiepen, S. 184; Rieß, BGH-FS, S. 838.

lässigkeitsvoraussetzungen sonstiger Prozesshandlungen komme „nicht generell“ die gleiche Bedeutung zu, wie der von Verfahrensvoraussetzungen. Bei Letzteren würden stets die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens und damit die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unmittelbar tangiert, wobei Ersterer Entscheidungen von teilweise ganz unterschiedlichem Gewicht betreffen.⁹⁰³ Unbestrittenerweise ist zumindest solchen Ermittlungen kein Belang beizumessen, die sich gar nicht erst auf die Zulässigkeit von Prozesshandlungen beziehen.⁹⁰⁴ Es stellt sich allerdings die Frage, wie weit die Befugnis zur Tatsachenaufklärung im Rahmen der Verfahrensrüge reicht, was zugleich Auswirkungen auf die Notwendigkeit einer Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz entfalten kann.

Der Umfang revisionsgerichtlicher Ermittlungskompetenz ist hoch umstritten. Insbesondere der Bundesgerichtshof nimmt eine Beweismittelbeschränkung an, die er auf das sogenannte „Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung“ stützt. Danach soll dem Revisionsgericht eine inhaltliche Rekonstruktion⁹⁰⁵ der Beweisaufnahme verwehrt bleiben. Die Begründetheit einer Verfahrensrüge, die auf Grundlage freier Beweiswürdigung des Tatrichters erlangte Beweisergebnisse betrifft, sei allein mit den „Mitteln des Revisionsrechts“ festzustellen.⁹⁰⁶ Zulässige Beweismittel seien insofern ausschließlich das Sitzungsprotokoll⁹⁰⁷ und das Urteil. Nicht zuzulassen sein sollen dienstliche Erklärungen der Tatrichter⁹⁰⁸ oder Aufzeichnungen anderer Verfahrensbeteilig-

⁹⁰³ *Bovensiepen*, S. 123 f.

⁹⁰⁴ Diese sind nach *Wroblewski*, S. 23, oft gar nicht beweisbedürftig im eigtl. Sinne, was z. B. auf die Feststellung des wirklichen Wohnsitzes eines Zeugen zutrifft, so *Bovensiepen*, S. 132 f. Der von *Leipold*, StraFo 2010, 16, vorgetragene Einwand, dem EuGH liege ein weiteres Verständnis von „Tatsachen“ zugrunde als der inländischen Justiz, weshalb die Revision im Hinbl. auf Verfahrenstatsachen als Tatsacheninstanz gelte, stellt keine zwingende Interpretation der von ihm zugrunde gelegten Rspr. dar. Zur Besonderheit von Verfahrenstatsachen hat sich der EuGH bislang nicht geäußert.

⁹⁰⁵ Schon auf die „unglückliche“ Begriffswahl hinweisend *Norouzi*, Strafverteidigertag, S. 219.

⁹⁰⁶ BGHSt 17, 351, 352; 21, 149, 151; 29, 18, 20; 38, 14, 15; 43, 212, 213; *Hanack*, LR-StPO (25. Aufl.), § 337, Rn. 78a. Dies stütze sich auf § 337 StPO (BGHSt 21, 149, 151) bzw. auf § 261 StPO (BGHSt 15, 347, 349).

⁹⁰⁷ Mit Ausnahme der gem. § 273 III 2 StPO im Urteil zu behandelnden Anträge genüge es aber nicht, dass Vorgänge in der Hauptverhandlung aufgrund dbzgl. Beweis- oder Protokollierungsanträge gem. § 273 III StPO als Anlage Bestandteil des Protokolls geworden sind, wenn der beweiserhebliche Vorgang nicht selbst protokolliert bzw. der Antrag auf wörtliche Protokollierung abgelehnt wurde, siehe BGH, NStZ 1990, 35.

⁹⁰⁸ BGHSt 21, 149, 151.

ter⁹⁰⁹, etwa zur Aufklärung von Wahrnehmungsfehlern durch das Instanzgericht.⁹¹⁰ Jedoch zeichnet sich in der Rechtsprechung der Revisionsgerichte bereits seit einigen Jahren eine gegenläufige Entwicklung ab, wenngleich unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung des „Rekonstruktionsverbots“:⁹¹¹ So soll es gestattet sein, einen Vergleich zwischen dem Urteilsinhalt und solchen Teilen der Beweisaufnahme durchzuführen, deren Inhalt schriftlich fixiert sei.⁹¹² Mit der Rüge der Verletzung des § 261 StPO ebenfalls angreifbar sollen solche Feststellungen sein, die sich auf Vorgänge in der Hauptverhandlung bezögen, die sich ausweislich des Protokolls anders zugetragen hätten.⁹¹³ Selbst die Beurteilung von politischen und pornographischen Bildern und Schriften könne das Revisionsgericht heranziehen.⁹¹⁴ Diese Fälle stellen durchaus inhaltliche Rekonstruktionen dar, bei denen lediglich nicht auf Freibeweise, sondern auf bei „sich aufdrängenden“ Verfahrensrechtsverletzungen⁹¹⁵ „parate“ Beweismittel zurückgegriffen werden muss. Letztere hängen hingegen von ihrer zufälligen Dokumentation in der Hauptverhandlung ab. Der Sache nach handelt es sich dabei um Rügen der Aktenwidrigkeit.⁹¹⁶

Die Tragbarkeit eines grundsätzlichen „Rekonstruktionsverbots“ wird unterschiedlich beurteilt. So herrscht zwar die Befürchtung, anderenfalls würde die „gesetzliche Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsrichter“ beziehungsweise die „besondere Ordnung des Revisionsverfahrens“⁹¹⁷ unterlaufen und die Revision zu einer (zweiten) Berufungsinstanz umgestaltet.⁹¹⁸ Dem werden jedoch überzeugende Einwände entgegengesetzt; die vorgenannten Topoi finden im Gesetz namentlich keine Grundlage. Im Gegenteil sieht § 352 I

⁹⁰⁹ BGH, NStZ 1990, 35.

⁹¹⁰ Eine ausführliche Auflistung nicht revisibler Verfahrensfehler findet sich bei *Pfitzner*, S. 103 ff.

⁹¹¹ *Schlothauer*, StV 1992, 136, macht darauf aufmerksam, diese Entwicklung komme auf ebenso „leisen Sohlen“ daher wie in den Anfängen der Rechtsprechung zur sachlich-rechtlichen Überprüfung der Beweiswürdigung.

⁹¹² BGH, StV 1993, 115; OLG Bremen, StV 1990, 536, m. w. N.

⁹¹³ Etwa, wenn das Urteil davon ausgeht, der Angekl. habe in der Hauptverhandlung geschwiegen, während das Protokoll das Gegenteil beweise, siehe BGH, StV 1983, 8; BGH, StV 1992, 1.

⁹¹⁴ BGHSt 22, 282, 289; anders BGHSt 23, 64, 78, für Schallplattenaufnahmen und BGHSt 29, 18, für die Identifizierung eines Fahrers auf einem Radarfoto.

⁹¹⁵ So etwa BGH, NStZ 1991, 448.

⁹¹⁶ *Schlothauer*, StV 1992, 136, 140.

⁹¹⁷ BGHSt 17, 351, 352; 31, 139, 140; BGH, StV 1984, 185, 186; krit. *Herdegen*, SalgerFS, S. 316.

⁹¹⁸ *Wilhelm*, ZStW 117 (2005), 156.

StPO, der den Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung präjudiziert, gerade keine Beschränkung vor. Vielmehr sollen alle „Tatsachen“ überprüft werden, „die bei Anbringung der Revisionsanträge bezeichnet worden sind“.⁹¹⁹ Wenn die Verfahrensrüge damit die Feststellungen zu Fall bringen kann, die aufgrund der (fehlerbehafteten) Anwendung der zu überprüfenden Vorschriften gewonnen wurden, ist dies ihrer Funktion immanent. Das Revisionsrecht geht in §§ 353 II StPO wie selbstverständlich davon aus, die Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts vermöge sich auch auf den Bestand der tatsächlichen Feststellungen auszuwirken. Dies hatte desgleichen der historische Gesetzgeber im Fokus.⁹²⁰ Eine Bindung an die Feststellungen ergibt demnach nur im Rahmen der Sachrüge Sinn.⁹²¹ Das „Rekonstruktionsverbot“ erscheint nach alledem zunächst kaum begründbar.⁹²²

Eine Beweismittelbeschränkung⁹²³ könnte losgelöst von dieser Problematik indes aus § 274 Satz 1 StPO abzuleiten sein, wonach die „Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten (...) nur durch das Protokoll bewiesen werden“ kann. Diesem wird insoweit positive und negative Beweiskraft zugemessen. Die Vorschrift ist mithin auf die „wesentlichen Förmlichkeiten“ in der Hauptverhandlung beschränkt, die sich anerkanntermaßen nicht auf die Beweisaufnahme an sich beziehen.⁹²⁴ Letztlich soll damit also lediglich eine Rekonstruktion des *Ablaufs* der Hauptverhandlung erspart bleiben.⁹²⁵ Eine inhaltliche Rekonstruktion stand aufgrund des fälschlicherweise engen Verständnisses von insbesondere den Grenzen des § 261 StPO gar nicht im Blickpunkt des historischen Gesetzgebers.

⁹¹⁹ Gegen eine Differenzierung spricht sich auch *Herdegen*, Salger-FS, S. 304 f., aus.

⁹²⁰ Danach sei die Bindung an die tatrichterlichen Feststellungen notwendiger Bestandteil des Wesens der Revision, jedoch nur, soweit sie „nicht etwa im Wege eines gesetzwidrigen Verfahrens gewonnen worden“ seien, *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 249 f.

⁹²¹ So auch *Fezer* bei *Ebert*, S. 104 ff., 107 ff. Bei doppelrelevanten Tatsachen ist die Bindung des Revisionsgerichts allerdings durchaus gerechtfertigt, da dort gar kein Stufenverhältnis vorherrscht. Vielmehr würde eine eigene Beweiserhebung des Revisionsgerichts *neben* diejenige des Tatrichters treten, siehe *ders.*, S. 111 f.

⁹²² *Norouzi*, Strafverteidigertag, S. 220; *Fezer* bei *Ebert*, S. 112; *Pauly*, Hamm-FS, S. 560; *Pfitzner*, S. 160.

⁹²³ Ob es sich bei § 274 StPO dogmatisch um eine „Beweisregel“ handelt (so *Roxin*, § 51, Rn. 9) oder um eine „Beweisthemaregel, Beweismittelregel sowie Beweisausschlussregel“ (so *Meurer*, Oehler-FS, S. 375, Fn. 54), ist nicht zu thematisieren.

⁹²⁴ *Frister*, SK-StPO, § 337, Rn. 6. Dies erschließt sich auch aus der Systematik von § 273 I StPO zu Abs. 2, 3.

⁹²⁵ *Frister*, SK-StPO, § 273, Rn. 6.

Existierte eine Beweismittelbeschränkung damit nicht,⁹²⁶ käme der überwiegenden Ansicht zufolge wiederum das tendenziell rangniedrigere Freibeweisverfahren vollumfänglich zum Einsatz. Dass allein zu dessen Vermeidung das „Rekonstruktionsverbot“ legitimierbar wäre, wird überwiegend angezweifelt. Teilweise wird dies hingegen als unzulässiger Gegenbeweis gegen die tatrichterlichen Feststellungen qualifiziert, die ausschließliche Verbindlichkeit für sich beanspruchten.⁹²⁷ Bereits der Begriff des „Gegenbeweises“ ist hier allerdings fehl am Platze, folgte aufgrund der freibeweislichen Feststellung einer Gesetzesverletzung doch nur eine Rechtsmittelentscheidung mit anschließender Zurückverweisung. Zudem soll lediglich eine gänzlich fehlende Nachweismöglichkeit ein selbstständiges Argument darstellen können.⁹²⁸

Die aus der scheinbaren Unbegründbarkeit des „Rekonstruktionsverbotes“ folgenden Konsequenzen stellen sich jedoch als nicht weniger komplex dar: Ließe man alle (Frei-) Beweismittel zu, wäre man neben der notwendigen Festlegung der Grenzen zulässiger Rekonstruktion⁹²⁹ ebenso vor das Problem gestellt, Zeugenaussagen im Freibeweis zu rekonstruieren, was jedenfalls mittels des Protokolls⁹³⁰ kaum verlässlich geschehen könnte.⁹³¹ In jener Problematik aktualisiert sich das Problem, mit dem sich der Gesetzgeber schon 1877 konfrontiert sah und das er durch die Einführung des seit damals unveränderten § 274 StPO zu lösen versuchte. Diese Vorschrift ist unmittelbar mit dem Revi-

⁹²⁶ Eine Auseinandersetzung mit dem Lösungsvorschlag von *Wilhelm*, ZStW 117 (2005), 164 ff., der § 26 II 1 StPO analog anwenden möchte, ist hier nicht erforderlich, da die Analogie keine Beweismittelbeschränkung, sondern lediglich die zusätzliche Voraussetzung der Glaubhaftmachung zur Folge hätte.

⁹²⁷ *Hanack*, LR-StPO (25. Aufl.), § 337, 78a) f.; *Willms*, Heusinger-FS, S. 404; wohl *Herdegen*, Kleinknecht-FS, S. 189 f.

⁹²⁸ *Fezer* bei *Ebert*, S. 109 f.; *Pfitzner*, S. 145.

⁹²⁹ Unzulässig soll danach aufgrund ihres subj. Einschlags nur die Klärung fehlerhafter Überzeugungsbildung sein, weshalb es dort nur auf die Urteilsgründe ankommen könne, welche die Erkenntnisbildung dokumentierten, so *Fezer* bei *Ebert*, S. 114. Ähnlich *Schmid*, ZStW 85 (1973), 372, und *Pfitzner*, S. 125, welche die Grenze dort ziehen, wo § 261 StPO außerhalb rationaler Nachvollziehbarkeit tangiert werde. *Herdegen*, Salger-FS, S. 314, trennt zw. dem „Objekt der Würdigung und der Würdigung des Objekts“, dort „Ergebniskompetenz“ des Tatgerichts genannt.

⁹³⁰ Dieses beschränkt sich nach § 273 II StPO auf die „wesentlichen Ergebnisse“ der Vernehmung; bei LG-Sachen wird nicht einmal dies vorgeschrieben. Hinzu tritt, dass gerade bei Zeugenvernehmungen bei einem nach üblichen Maßstäben abgefassten Protokoll die Gefahr falscher bzw. unvollständiger Wiedergabe besteht.

⁹³¹ Die unzureichende Dokumentation würde konstruierten und bewusst oder unbewusst wahrheitswidrigen Behauptungen in der Revisionsinstanz Tür und Tor öffnen, siehe *Herdegen*, Salger-FS, S. 313.

sionsrecht verwoben⁹³² und bezweckt, Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung von (Form-) Verstößen vorzubeugen. Der Entwurfsbegründung zufolge sind Verstöße gegen Prozessvorschriften in der Hauptverhandlung, ohne von einem der Mitwirkenden oder Beteiligten bemerkt zu werden, üblicherweise auch nachträglich nicht mit Zuverlässigkeit festzustellen. Dies veranlasste zu der Befürchtung, der Angeklagte könnte „die Rechtsbeständigkeit des gegen ihn stattgehabten Verfahrens durch leere Ausflüchte für geraume Zeit in Frage“ stellen.⁹³³ Derlei Beweisprobleme können sich, wie aufgezeigt, gleichermaßen bei dem Nachweis einer Verletzung der §§ 244 II, 261 StPO ergeben, insbesondere was versteckte Gesetzesverstöße⁹³⁴ angeht. Auch den Gegnern des „Rekonstruktionsverbotes“ ist diese Problematik bewusst, weswegen sie für den Ausbau tatrichterlicher Dokumentationsmöglichkeiten in der tatrichterlichen Hauptverhandlung plädieren⁹³⁵. Wäre dem Gesetzgeber bei Schaffung der Reichsstrafprozessordnung im Jahr 1877 nicht der geschilderte Konstruktionsfehler unterlaufen, hätte ihm insoweit möglicherweise ebenfalls eine Beweismittelbeschränkung vorgeschwebt, wie sie § 274 StPO im Hinblick auf Formverstöße⁹³⁶ vorsieht. Entscheidungen nach Beweislast oder „in dubio pro reo“ sollten der Vorschrift gemäß gerade vermieden werden. Wenn dieser Problematik nur mittels eines durch die Rechtsprechung ausgeformten Verbots oder dem Schrifttum zufolge de lege ferenda beizukommen sein soll, so verdeutlicht dies indes abermals die weitreichenden Folgen der Fehlvorstellung des Gesetzgebers, die für die Konstruktion des Revisionsverfahrens tragend war.

Bartel kommt hingegen in ihrer Abhandlung zum „Rekonstruktionsverbot“ unter Ablehnung der bisher bemühten Begründungsansätze zu dem Schluss, dieses sei als „Beweisregel“ Folge einer zulässigen revisionsgerichtlichen Be-

⁹³² Im Entwurf zur RStPO von 1877 war sie zunächst sogar im Abschnitt „Revision“ verortet, siehe § 314 des Entwurfs bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. II, S. 2266.

⁹³³ *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 257.

⁹³⁴ Eingehend dazu *Wilhelm*, ZStW 117 (2005), 143 ff. Zu solchen zählt er die unvollständige Wiedergabe einer Beweiserhebung in der Urteilschrift als Verstoß gegen § 267 StPO oder unterbliebene oder verfälschte Mitteilungen über Beweisergebnisse als Verstöße gegen § 261 StPO, wenn sie auf eine falsche, unterlassene oder unzureichende Wahrnehmung oder Würdigung eines Beweismittels zurückzuführen seien.

⁹³⁵ Etwa *Kempf*, S. 63 ff.; *Fezer* bei *Ebert*, S. 113 f.; *Roxin*, § 55, Rn. 32; *Norouzi*, Strafverteidigertag, S. 220 ff.

⁹³⁶ Siehe aber *Wilhelm*, ZStW 117 (2005), 163, der hypothetische Erwägungen hier für insgesamt unangebracht hält. § 327 des Entwurfs DE-RechtsmittelG, S. 11, sah daher für die Urteilsrüge vor, das Gericht dürfe sich zu Ermittlungen über Aussagen in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszuges nur des Hauptverhandlungsprotokolls und der Urteilsgründe bedienen.

weisantizipation in besonderen Beweiskonstellationen. Eine umfassende Rekonstruktion verspreche in aller Regel keinen Erfolg im Sinne einer Klärung des entscheidungserheblichen Verfahrenssachverhalts. Der erforderliche Ermittlungsaufwand stünde in keinem angemessenen Verhältnis zum „allenfalls vagen Aufklärungserfolg“. Ergebe eine Prognose ein nicht sicher zu erzielendes Ermittlungsergebnis, könne von einer Beweiserhebung abgesehen werden.⁹³⁷ Der Gedanke des „Rekonstruktionsverbots“ – wenngleich der Begriff in dieser Hinsicht fehlgeht⁹³⁸ – sei damit partiell zu rechtfertigen.⁹³⁹ Insofern stehen hier gleichermaßen prozessökonomische Gesichtspunkte im Vordergrund.⁹⁴⁰ Dieser Ansatz überzeugt angesichts der Tatsache, dass auch dem Tatgericht eine Beweisantizipation nicht vollkommen fremd ist, so etwa im Rahmen von § 244 III 2, Alt. 3 StPO. Die Anwendung der einführend abgelehnten Leistungsmethode steht hier nicht zu befürchten, da eine dem Gesetz zu entnehmende vollumfängliche (Frei-) Beweismöglichkeit nicht wahrgenommen wird und damit das generelle Leistungspotential gerade unausgeschöpft bleibt. Insofern schwächt sich zudem die Kritik bezüglich eines vermeintlich verweigerten Beweisanspruchsrechts⁹⁴¹ ab, aktualisiert und begrenzt die Rügepflicht der §§ 344 II 2, 352 I StPO doch gleichzeitig die Aufklärungspflicht des Revisionsgerichts.

(b) Die (erweiterte) Sachrüge

Im Rahmen der Sachrüge kann im Gegensatz zur oben ausgebreiteten Problematik schon eine (zulässige) Rekonstruktionsmöglichkeit nicht anerkannt werden; Prüfungsgrundlage sind hier nur die Urteilsgründe selbst, was aus § 337 StPO unmittelbar hervorgeht. Ob auf dieser Basis tatsächliche Momente angreifbar sind, vermag sich demnach allein nach dessen Voraussetzungen zu richten, der in Absatz 2 das Vorliegen einer Gesetzesverletzung vorschreibt, die dann besteht, „wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“. Anderenfalls würde der Anwendung der „Leistungsmethode“ Vor-

⁹³⁷ *Bartel*, S. 337.

⁹³⁸ *Bartel*, S. 342.

⁹³⁹ *Bartel*, S. 321.

⁹⁴⁰ *Bartel*, S. 336: „ein sachgerechtes Instrument, um die Arbeitslast der Strafsenate im Bereich der Verfahrensrügen effizient (...) zu steuern“.

⁹⁴¹ Der ins Ermessen des Gerichts gestellte Umfang der Aufklärungspflicht wird teilweise als Kernproblem des Freibeweises deklariert, so u. a. *Leipold*, *StraFo* 2010, 357.

schub geleistet. Sowohl Denkgesetzverletzungen als auch Darstellungsfehler sollen mittels der Sachrüge einer Überprüfung zugänglich sein und demnach „Rechtsnormen“ darstellen. Solche sind „Aussagen darüber, was *sein soll* (oder was man darf), also Aussagen *präskriptiver Art*.“⁹⁴² Demgegenüber sind Denkgesetze oder Erfahrungssätze beziehungsweise allgemeinkundige Tatsachen nicht normativ geprägt, sondern enthalten analytische beziehungsweise empirische Einsichten⁹⁴³, stellen also bereits keine „Normen“ dar⁹⁴⁴. Dennoch kann ihre Missachtung rechtliche Auswirkungen haben; nicht zuletzt liegen jedem Gesetz logische Einsichten und das Erfahrungswissen der Zeit zugrunde, stellen also unabdingbare Voraussetzungen für seine Existenz dar.⁹⁴⁵ Gerade § 261 StPO verfolgt den Zweck, die Beweiswürdigung nicht von rein subjektiven Gesichtspunkten abhängig zu machen, sondern der Tatsachenfeststellung eine rationale Basis zu verschaffen. Zwar läge im Falle der Verletzung dieser Vorschrift die Erhebung der Verfahrensrüge nahe; es kann aber gleichermaßen als materiell-rechtlicher Fehler gewertet werden, wenn dem Urteil die Anwendung einer Norm auf einen Sachverhalt entnommen werden kann, die schon die ureigenen Bedingungen ihrer Anwendung nicht erfüllt. Dies stimmt auch überein mit der eingangs dargelegten⁹⁴⁶ funktionsbezogenen Betrachtungsweise von Sach- und Verfahrensrüge. Die Zuordnung zur Sachrüge erfolgt damit keinesfalls willkürlich⁹⁴⁷.

Bezieht man derlei Grundsätze mit ein, wirft dies angesichts der zumindest mittelbaren Antastung von Tatsachenfeststellungen die Frage nach der Notwendigkeit einer Hauptverhandlung auf. Grundlage der Überprüfung ist gewiss nur das Urteil selbst, allerdings sieht sich das Gericht in manch komplizierterem Fall dazu genötigt, erst die Geltung der jeweiligen Denkgesetze in Erfahrung zu bringen. So kann wiederum eine freibeweisliche Anhörung von Sach-

⁹⁴² *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 32; *Franke*, LR-StPO, § 337, Rn. 11 („regeln menschliches Verhalten“).

⁹⁴³ *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 32.

⁹⁴⁴ *Franke*, LR-StPO, § 337, Rn. 11; *Maiwald*, AK-StPO, § 337, Rn. 8; *Gottwald*, S. 163; *Hamm*, Rn. 961 ff.; *Fezer*, Reform, S. 94 ff.; anders noch BGHSt 6, 70, 72.

⁹⁴⁵ *Maiwald*, AK-StPO, § 337, Rn. 8; *Momsen*, KMR, § 337, Rn. 13, 99; *Eb. Schmidt*, Nachtrag I, § 337, Rn. 6 f.; auch *Schwarz*, S. 58, begrüßt die Ausweitung des § 337 StPO i. d. S.

⁹⁴⁶ Siehe S. 60.

⁹⁴⁷ Insofern beharrt auch *Frisch*, SK-StPO, § 337, Rn. 24, darauf, eine bloß „zufällige Erkennbarkeit“ bestimmter Verfahrensverstöße aus dem Urteil könne für die prinzipielle Zuordnung zur richtigerweise zu erhebenden Rüge nicht genügen.

verständigen oder die Einholung schriftlicher Auskünfte erfolgen.⁹⁴⁸ Indessen bedarf es keiner weiteren Beweiserhebungen, um Lücken oder Widersprüche der Darstellung herauszuarbeiten. Aber auch bei dieser Form der Darstellungsrüge wird angesichts einer eigenen Bewertung des Revisionsgerichts in der Sache die Vereinbarkeit mit dem Wortlaut des § 337 II StPO zunehmend angezweifelt.⁹⁴⁹ Durch die Zurückdrängung der Verfahrensrüge (insbesondere der Aufklärungsrüge nach § 244 II StPO) mittels jener Form der Sachrüge könnte § 344 II 2 StPO unberechtigt umgangen werden. Außerdem verbliebe ein erheblicher Beurteilungsspielraum; dem einen Richter müsse sich ein Umstand nicht gleichermaßen aufdrängen wie einem anderen. Dies würde auf wenig berechenbare Vertretbarkeitsprüfungen hinauslaufen.⁹⁵⁰ In Anbetracht der hier vertretenen funktionsbezogenen Betrachtungsweise von Sach- und Verfahrensrüge im Zusammenspiel mit den §§ 337, 344 II 2, 352 II StPO stellt sich ersteres Problem insoweit nicht. Die Gefahr eines Beurteilungsspielraums ist zunächst nicht von der Hand zu weisen. Zwar würde nach einer derartigen Bewertung wiederum keine eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts, sondern eine Zurückverweisung erfolgen.⁹⁵¹ Allerdings hat es Rechtsverletzungen im Sinne des § 337 StPO verbindlich festzustellen; die Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts muss auf verlässlicher Grundlage stattfinden, um eine darauf beruhende Urteilsaufhebung und Zurückverweisung an das Tatgericht überhaupt rechtfertigen zu können. Vertretbarkeitsentscheidungen sind davon aber nicht von vornherein ausgeschlossen. Eine tatrichterliche Entscheidung als rechtlich „unvertretbar“ zu deklarieren, stellt wohl die stärkste Form der Feststellung einer Gesetzeswidrigkeit dar. Auch im Verwaltungsrecht können etwa Vertretbarkeitsentscheidungen durch Obergerichte getroffen werden, wenn die behördliche Entscheidung hochkomplex und nur schwerlich nachvollziehbar ist, womit die gerichtliche Kontrolle an ihre Grenzen stößt. Dies beschreibt letztlich den umgekehrten und zulässigen Anwendungsbereich der „Leistungsmethode“, wonach dem Revisionsgericht nicht mehr abverlangt werden kann, als es zu leisten imstande ist. Erst der Irrglaube des historischen Gesetzgebers

⁹⁴⁸ Siehe etwa BGH, NJW 2009, 863 ff.

⁹⁴⁹ Fezer, Hanack-FS, S. 334 f., 338: „nicht haltbar“; Rieß, Hanack-FS, S. 411: „Wortlautgrenze überschritten“.

⁹⁵⁰ Siehe aber Maiwald, AK-StPO, § 337, Rn. 10, demzufolge sich die Vertretbarkeitsprüfung in der Praxis bewährt hat.

⁹⁵¹ Nach § 354 I StPO ist Erstere überhaupt nur dann möglich, wenn die Feststellungen nicht Gegenstand des Revisionsangriffes sind; anderenfalls ist eine Zurückverweisung „unumgänglich“, dies bekräftigend Jagusch, NJW 1962, 1417.

von gänzlich unantastbaren Tatsachenfeststellungen führte dazu, seine Auslegung an einem überkommenen beziehungsweise von Beginn an fehlgedeuteten Zweck ausrichten zu wollen.⁹⁵² Aufgrund des verbleibenden subjektiven Elementes, das nur begrenzt Eingang in die Entscheidungsgründe finden kann, ist die Prüfung auf die Sachrüge hin auf die Unvertretbarkeit der Urteilsdarstellung beschränkt.⁹⁵³ Insofern führt der Begriff der „erweiterten Revision“ mitunter in die Irre, hat sich doch weniger das Verständnis von dem Rechtsmittel an sich, sondern vielmehr jenes bedeutender (Verfahrens-) Vorschriften gewandelt, die seiner Kontrolle unterliegen. Dies relativiert freilich nur in Teilen die oftmals geäußerte Kritik, es würden mit der Sachrüge vorwiegend die individuellen Schreibfähigkeiten des Tatrichters unter Kontrolle gestellt⁹⁵⁴.

Insoweit demnach eine Hauptverhandlung zur Klärung von Darstellungsfehlern für erforderlich gehalten wird, um die aus der erweiterten Rügemöglichkeit resultierende Unberechenbarkeit der Erfolgsaussicht des Rechtsmittels zu minimieren, ist dem jedenfalls entgegenzuhalten, dass mögliche Unklarheiten auch auf schriftlichem Wege ins rechte Licht gesetzt werden können. Da die Darstellungsrüge als Form der Sachrüge von Amts wegen zu berücksichtigen ist – insofern wäre der Ausdruck „Darstellungsprüfung“⁹⁵⁵ durchaus angebrachter –, führte dies, wollte man der dargelegten Forderung der Literatur nachkommen, angesichts ihrer verbreiteten Einlegung zu dem wenig überzeugenden Ergebnis einer wohl stets durchzuführenden Hauptverhandlung. Insbesondere sollte von dem Irrglauben abgerückt werden, die Berechenbarkeit einer Entscheidung hinge ausschließlich vom Richter ab. Auch der Revisionsführer beziehungsweise sein Verteidiger können hierzu einen gewichtigen Beitrag leisten.⁹⁵⁶ § 344 II 2 StPO gibt einen solchen von Gesetzes wegen vor; im Bereich der Sachrüge ist es aber ebenfalls trotz der geringeren Anforderungen an ihre Erhebung niemandem verwehrt, den Revisionsantrag näher zu begründen, um dem Gericht wichtige Orientierungshilfen mit auf den Weg zu geben und auf

⁹⁵² Siehe auch *Fezer*, StV 1995, 97 ff.; *Frisch*, SK-StPO, vor § 333, Rn. 19, zufolge hat der Gesetzgeber den rechtlichen Gehalt der Tatsachenfeststellung nur unzureichend erfasst; dem zust. *Wohlers*, Strafverteidigertag, S. 106.

⁹⁵³ Auch die Augenscheineinnahme hins. Abbildungen (§ 267 I 3 StPO) würde sich demgemäß an Vertretbarkeitsgesichtspunkten orientieren, siehe auch *Maul*, Pfeiffer-FS, S. 423 („Plausibilitätsprüfung“ hins. Abbildungen).

⁹⁵⁴ *Franke*, LR-StPO, vor § 333, Rn. 11; auch *Fezer*, Reform, S. 133, sieht in der Abgrenzung zw. Tat- und Rechtsfrage ein sprachliches Problem.

⁹⁵⁵ *Fezer*, Hanack-FS, S. 332.

⁹⁵⁶ *Maul*, Pfeiffer-FS, S. 423, in Bezug auf die Verfahrensrüge.

Lücken/Widersprüche aufmerksam zu machen. Es ist nicht einsichtig, warum sich die einzelnen „Verästelungen“ erweiterter Angriffsmöglichkeiten in der Revision lediglich mündlich darstellen lassen sollten, sind wenig vorhersehbare Entscheidungen doch kein Grund für vorschnelle Resignation. Gleichwohl wird eine letzte Unsicherheit nicht auszuräumen sein. Indes ist dies nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass dem Beschwerdeführer die Ansicht des Gerichts im Rahmen der gegenwärtigen Verfahrensweise im Beschlussverfahren kaum zur Kenntnis gelangt: Eine gerichtliche Begründung unterbleibt in einem Großteil der Fälle; sollten selbst unter den vielen formelhaften Antragsbegründungen der Staatsanwaltschaft zuweilen auch Ausführungen zur Darstellungsprüfung erfolgen, wird damit nicht die Meinung des letztlich zur Entscheidung berufenen Organs preisgegeben. Die Unberechenbarkeit der „Rechtsprechung“ währt fort.

(c) Die Überprüfung von Rechtsfolgenentscheidungen

Da es sich bei der Strafzumessung um eine auf Tatsachen basierende Subsumtion handelt, die hingegen ebenso Neues in Form einer abschließenden Wertung beinhaltet, wird sie heute überwiegend als ein Teil der Rechtsanwendung qualifiziert.⁹⁵⁷ Die Begründungspflichten des § 267 III StPO ermöglichen eine diesbezügliche Kontrolle, die in Anbetracht der nach wie vor dominierenden trichterlichen Rolle bei der Rechtsfolgenentscheidung wiederum auf Vertretbarkeitsgesichtspunkte begrenzt ist.⁹⁵⁸ Zwar hat gerade der Revisionsrichter einen Überblick über die Rechtspraxis und kann auf seine eigenen Erfahrungen als Trichter zurückgreifen, womit es ihm nicht an anwendbaren Maßstäben fehlt.⁹⁵⁹ Auch hier ist der verbleibende Unsicherheitsfaktor einer Vertretbarkeitsprüfung indes nicht zu leugnen.

(d) Die Beruhensprüfung

Zur Klärung der Beruhensfrage stellen Revisionsrichter in wertender Betrachtung hypothetische Erwägungen an, die sich unter anderem auf tatsächliche Geschehnisse beziehen, etwa dazu, ob sich Prozessbeteiligte im Falle von Verfah-

⁹⁵⁷ *Bruns*, S. 650; *Streng*, Kindhäuser-StGB, § 46, Rn. 186.

⁹⁵⁸ BGHSt 34, 345, 349 f.; 57, 123, 127.

⁹⁵⁹ *Frisch*, S. 94 f.

rensfehlern möglicherweise anders verhalten hätten. Hinsichtlich der Verfahrensrüge wird zum Teil vertreten, der Revisionsführer müsse Tatsachen vortragen, aufgrund derer die Möglichkeit des Beruhens geprüft werden könne;⁹⁶⁰ teilweise wird aber auch eine Prüfung von Amts wegen angenommen⁹⁶¹. Losgelöst von dieser Streitfrage sind die das Beruhen betreffenden Gegebenheiten festzustellen beziehungsweise zu verifizieren. So wird wiederum – abgesehen von der Sachrüge, bei der sich das Beruhen für gewöhnlich aus dem Urteil selbst ergibt – auf andere Beweismittel zurückgegriffen werden müssen⁹⁶². Erneut hat das Revisionsgericht damit unter Umständen weitergehende Ermittlungen im Freibeweisverfahren anzustellen.

(e) § 354 I StPO

Die Regelung des § 354 I StPO bezüglich eigener Sachentscheidungskompetenzen des Revisionsgerichts existierte schon im Jahr 1877 in dieser Form (abgesehen von dem Merkmal des „Absehens von Strafe“, das im Jahr 1951 nachträglich eingeführt wurde⁹⁶³) als eine der Prozessökonomie dienende Vorschrift. Bereits der historische Gesetzgeber war sich bewusst, dass der Revisionsinstanz als grundsätzliches Rechtsbeschwerdeverfahren damit ein Privileg des Tatrichters zugestanden wird.⁹⁶⁴ Im Vordergrund steht hier die Problematik, ob eigene Sachentscheidungen des Revisionsgerichts zwingend mit einer Hauptverhandlung einhergehen,⁹⁶⁵ wie sie im tatgerichtlichen Verfahren zu identischen Fragestellungen als notwendig angesehen wird.

⁹⁶⁰ BGH, NStZ-RR 2007, 52, 53; sehr weit KG, StV 2000, 189.

⁹⁶¹ BGH, StV 1998, 523, 524; BGH, NStZ 1999, 145, 146.

⁹⁶² BGH, NStZ 2008, 171 ff., hins. des Akteninhalts; das OLG Stuttgart, NStZ 1986, 41, 42, verglich die Tonaufnahme nach § 168 StPO mit dem maschinenschriftlichen Protokoll, um zu klären, ob das Urteil auf dem Fehlen des nach § 168a IV 3 StPO vorgeschriebenen Bestätigungsvermerks beruhte.

⁹⁶³ Strafprozessänderungsgesetz vom 30.8.1951, siehe BGBl. I, S. 746.

⁹⁶⁴ Hahn, Bd. 3, Abt. I, S. 258 f., zum späteren § 394 RStPO.

⁹⁶⁵ Diese Frage ist nicht zuletzt von prozessökonomischer Relevanz. So müsste eine mündliche Verhandlung bei Zurückverweisung wegen Urteilsaufhebung vor dem Tatgericht zwar gleichermaßen stattfinden. Die Zurückverweisung hätte dennoch eine Mehrbelastung zur Folge: Die zusätzliche prozessökonomische Belastung käme unter anderem durch die Pflicht zustande, die Akten an das Tatgericht. Mit ihnen hätte sich daraufhin eine neue Kammer zu beschäftigen, die mit dem Sachverhalt (anders als das Revisionsgericht) noch nicht vertraut wäre. Diese müsste demnach ein komplett neues Verfahren führen, das in der Revisionsinstanz bereits als abgeschlossen anzusehen wäre, zumal es sich bei Zurückverweisung in eine erneut (mit der Revision) anfechtbare Angelegenheit

(aa) Gesetzliche Legitimation der Durchführung des Beschlussverfahrens

Unabhängig davon, ob eine eigene Sachentscheidung im schriftlichen Verfahren ergehen kann, ist zunächst der Frage nachzugehen, ob das Beschlussverfahren in dieser Hinsicht auch nach der aktuellen Ausgestaltung überhaupt gesetzlich legitimiert wäre. Die Rechtsprechung hat dazu bislang nicht explizit Stellung genommen. § 354 I StPO äußert sich selbst in keiner Weise zur gebotenen Entscheidungsform. Qualifizierte man § 349 StPO richtigerweise als eine das Beschlussverfahren abschließend regelnde Vorschrift, käme nur dessen Absatz 4 als Legitimation in Betracht,⁹⁶⁶ wonach bei einstimmiger Beurteilung der Begründetheit des Rechtsmittels die Urteilsaufhebung im Beschlussverfahren erfolgen kann. Eine auf Grundlage des § 349 IV StPO im Beschlussverfahren erfolgende eigene Sachentscheidung nach § 354 I StPO begegnet jedoch gesetzsystematischen und teleologischen Unstimmigkeiten. Ihr könnte der Gedanke des § 349 II, IV StPO als grundsätzlich eng auszulegende Ausnahmegvorschrift – insofern aber in widersprüchlicher Weise umgesetzt – entgegenstehen. Hinsichtlich § 354 I StPO würde mangels anderweitiger Regelung wohl § 196 I GVG greifen, demzufolge lediglich mit der absoluten Mehrheit der Stimmen entschieden wird, anders als bei § 349 IV StPO. Andererseits wird der Eindruck erweckt, § 354 I StPO solle bereits von sich aus eine enge Auslegung erfahren, etwa bezüglich auf den ersten Blick abschließend aufgeführter und teils unter zusätzliche Voraussetzungen gestellter Alternativen. Insofern könnte diese enge Auslegung den Weg zum Beschlussverfahren ebnen, andererseits jenes hingegen ebenso ausschließen angesichts des Umstandes, mit der Billigung eigener Sachentscheidungskompetenzen ohnehin schon den originären Aufgabenbereich des Revisionsgerichts ein Stück weit zu verlassen. Zudem ist § 349 IV StPO allein auf die Urteilsaufhebung ausgerichtet, die für den Angeklagten ausnahmslos günstig ist, während zumindest § 354 I, Alt. 3 StPO auch auf eine Entscheidung zuungunsten des Angeklagten hindeutet. Zu diesen Punkten gesellt sich die Tatsache, dass bei Einführung des § 354 I StPO (§ 394 I RStPO) eine Vorschrift wie der heutige § 349 StPO nicht existierte und folglich der historische Gesetzgeber eine eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts im

modifizierte. Dadurch stiege die absolute Zahl an laufenden Verfahren. Diese Aspekte bedingten wiederum eine zusätzliche Verfahrensdauer von Wochen oder Monaten.

⁹⁶⁶ Abs. 2 könnte schon deshalb nicht als Grundlage in Erwägung gezogen werden, da er nicht die „Aufhebung des Urteils“ umfasst, die § 354 I StPO indes voraussetzt.

Beschlussverfahren nicht im Sinn hatte. Die systematische Stellung des § 349 StPO vermittelt nicht zuletzt den Eindruck, dieser beziehe sich auf die Bescheidung der Revisionsanträge nach § 344 StPO, nicht aber auf die erst nachfolgenden Entscheidungsmodalitäten des § 354 I StPO.

Derartige Auslegungsschwierigkeiten bieten jedoch keinen Anlass für vor-schnelle Resignation. Wie an anderer Stelle⁹⁶⁷ bereits angedeutet, kann ein Gesetz sich nach seinem Inkrafttreten zu einem selbstständigen Geisteswerk entwickeln, dessen objektiver Sinn nicht lediglich anhand des historischen Gesetzgeberwillens, sondern auch mit Blick auf die gegenwärtige Situation zu bestimmen ist. Wurde § 354 I StPO auch als Ausnahmenvorschrift konzipiert, so verdeutlichen bereits die Abkehr vom reinen Kassationsprinzip⁹⁶⁸, die stetige Erweiterung im Gesetzgebungsverfahren selbst (der Entwurf enthielt lediglich die Freispruch-Variante⁹⁶⁹) sowie die Reform im Jahr 1951 das beherrschende Motiv der Prozessökonomie. Jedenfalls die Mehrheit der Alternativen des § 354 I StPO zeigt von Beginn an kodifizierte Elemente der Leistungsmethode auf. Ihrer Praktizierung sollten bei – wie schon hinsichtlich § 394 RStPO als entscheidende Bedingung für dessen Einführung hervorgehoben⁹⁷⁰ – gleichzeitiger Wahrung der Angeklagtenrechte und bedeutender Verfahrensgrundsätze keine Einwände entgegenstehen.⁹⁷¹ Vor diesem Hintergrund wäre es verfahrensunwirtschaftlich, in denjenigen Fällen eine Hauptverhandlung stattfinden zu lassen, in denen eine Sachentscheidung auch bei fehlender mündlicher Aussprache ohne Beeinträchtigung von Angeklagtenrechten zu treffen sein könnte. Wenngleich die geltende Rechtslage nicht auf eigene Sachentscheidungen des Revisionsgerichts im Beschlussverfahren ausgerichtet ist, können somit jedenfalls dem Telos gemäß rechtliche Legitimation und Durchführbarkeit des Beschlussverfahrens zusammenfallen. Im Folgenden wird demnach zu klären sein, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen die Entscheidungsalternativen des § 354 I StPO, das heißt der Freispruch, die Einstellung, die Verhängung einer absolut bestimmten sowie der gesetzlich niedrigsten Strafe und das Absehen von Strafe im schriftlichen Revisionsverfahren erfolgen können.

⁹⁶⁷ Siehe S. 85.

⁹⁶⁸ So auch *Schwarz*, S. 29.

⁹⁶⁹ *Hahn*, Bd. 3, Abt. II, S. 2320.

⁹⁷⁰ *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 258 f., zum späteren § 394 RStPO.

⁹⁷¹ *Batereau*, S. 107 ff.; *Steinmetz*, S. 335.

(bb) § 354 I StPO bezüglich des Schuldspruchs (Alternativen 1 und 2)

Die Zulässigkeit von per Beschluss ergehenden Freisprüchen in der Revisionsinstanz gemäß § 354 I, Alt. 1 StPO⁹⁷² wird von *Seibert* mit der Begründung angezweifelt, ein Angeklagter habe nach Verurteilung in der Hauptverhandlung Anspruch auf eine ebenfalls in mündlicher Verhandlung erfolgende Freisprechung (nicht „Freischreibung“). Zudem könne man mit einem schriftlich ergehenden Freispruch die „Empfindungen“ des Tatrichters verletzen.⁹⁷³

Zunächst sollte man sich vor Augen führen, wie sich ein solches Szenario in der Praxis darstellen würde: Die Revisionsrichter werden vor der Hauptverhandlung für gewöhnlich schon zu dem Schluss gekommen sein, den unberührt bleibenden Feststellungen keine Deliktsverwirklichung entnehmen zu können. Mit diesem Wissen im Hinterkopf würden sie in der Hauptverhandlung nicht viel mehr als genau dieses preisgeben. Für derlei Information müssten die Beteiligten in vielen Fällen aus allen Teilen des Landes die Reise zum Revisionsgericht antreten. Erblickte man den Zweck einer in diesem Sinne durchzuführenden Hauptverhandlung in einer Genugtuung des Angeklagten, ist nur an seine ohnehin vom Gesetzgeber nicht zwingend vorausgesetzte Anwesenheit nach § 350 StPO zu erinnern, die geradezu unerwünscht scheint. Selbst im Falle seiner Anwesenheit wäre eine solche Wiedergutmachungswirkung aber wenig gewiss: Er würde gerade nicht durch jenen Tatrichter unter reumütiger Selbstkorrektur freigesprochen, der ihn verurteilt hat und aufgrund dessen seinem Feindbild entsprechen könnte; wengleich von den höchsten Bundesrichtern eine erhebliche Autorität auszugehen vermag, sind ihm die Beteiligten in der neuen Instanz fremd. Auch das Erscheinen einer breiten „Öffentlichkeit“ wird unter den geschilderten Anreisebedingungen hinsichtlich einer gesellschaftlichen Rehabilitation kaum die Regel sein.

Ob die Freisprechung von Rechts wegen zwingend in einer Hauptverhandlung vorzunehmen ist, erscheint fragwürdig. Das von *Seibert* angeführte Wortlautargument erlaubt keine abschließende Wertung, zumal es durch äußerst unvollkommene Auslegungsbemühungen untermauert wird. An verschiedenen Stellen im Gesetz assoziiert man ein „Sprechen“ nicht zugleich mit einer münd-

⁹⁷² OLG Hamburg, NJW 1966, 1277, stützt den dortigen Freispruch auf § 349 IV StPO, ohne § 354 I, Alt. 1 StPO zu nennen.

⁹⁷³ *Seibert*, NJW 1966, 1065.

lichen Äußerung, sondern vielmehr mit einer Mitteilung im weiteren Sinne. So kann der „Einspruch“ gegen einen Strafbefehl ohne Weiteres schriftlich erfolgen (§ 410 I StPO), ebenso wie der „Auspruch“, den der gleichermaßen in Schriftform ergangene Strafbefehl enthält (§ 411 IV StPO). Zudem sieht bereits das dem Strafprozess in verfahrensrechtlicher Hinsicht ähnliche Ordnungswidrigkeitenrecht gemäß § 72 I 3 OWiG einen Freispruch im Beschlusswege vor, ohne dem Betroffenen ein Widerspruchsrecht zu gewähren.

Ein zwingendes Vorrecht auf Freisprechung in mündlicher Verhandlung kann sich zum einen schon nicht aus strafprozessualen Grundsätzen herleiten lassen. Wenn in der Tatinstanz öffentlich freigesprochen wird, so ist dies darauf zurückzuführen, dass die Urteilsverkündung, die sowohl Verurteilung als auch Freispruch betrifft, als fester Teil der dort ohnehin zwingend durchzuführenden Hauptverhandlung gilt⁹⁷⁴. Demgegenüber kann eine Verurteilung ebenso per Strafbefehl erfolgen – die Einspruchsmöglichkeit sichert zwar die Durchführbarkeit einer Verhandlung, deutet indes zugleich auf eine Verzichtsmöglichkeit in Fällen wenig gravierender Rechtsfolgen hin. Wie bei der außerhalb einer Hauptverhandlung möglichen Einstellung des Verfahrens wird damit oftmals gerade dem Beschuldigteninteresse auf Geheimhaltung seiner Tat gerecht. Aus allgemeinen Straf- und Revisionszwecken dürfte ein Anspruch auf mündliche Freisprechung zum anderen ebenso wenig zu entwickeln sein. Wird der Rechtsfrieden erst im Zuge einer Beunruhigung der gesamten Rechtsgemeinschaft in Mitleidenschaft gezogen, so dürfte die Rechtsgemeinschaft angesichts der vorangestellten praktischen Erwägungen kaum Anstoß an einem schriftlich ergehenden Freispruch nehmen. Die Wahrheitsfindung und mit ihr die Realisierung materiellen Strafrechts sind bereits mit der dem Freispruch vorgeschalteten (rein rechtlichen) Prüfung abgeschlossen. Die mündliche Verkündung des Prüfungsergebnisses vermag die Verwirklichung der vorbezeichneten Prozessgrundsätze nicht zu intensivieren. Auch der (Einzelfall-) Gerechtigkeit dürfte es wenig zuträglich sein, wollte man den freizusprechenden Betroffenen in die Hauptverhandlung zwingen.

Kann aus vorstehenden Überlegungen ein Anspruch nicht konstruiert werden, verbleibt die Besinnung auf verfassungsrechtliche Maßstäbe. Art. 103 I GG vermittelt jedoch schon keinen Anspruch auf eine mündliche Verhandlung, solange rechtliches Gehör auf anderem Wege gewährt werden kann. Was Art. 3

⁹⁷⁴ Ott, KK-StPO, § 260, Rn. 1.

I GG betrifft, ist bereits die Vergleichsgruppe fraglich. Bei einem generell schriftlich erfolgenden Freispruch in der Revisionsinstanz wäre keine Ungleichbehandlung auszumachen. Setzte man den in der Revision Freizusprechenden mit einem solchen in der Tatinstanz ins Verhältnis, so hätte Letzterer im Gegensatz zu Ersterem bereits eine aus mannigfaltigen Gründen zwingende Hauptverhandlung durchlebt, deren gleichermaßen obligatorischer Teil die Urteilsverkündung darstellt, und wäre höchstwahrscheinlich – wie die Öffentlichkeit – mit einem kürzeren Anreiseweg belastet. Sollten die Revisionsrichter, wie zu mutmaßen ist, bereits in der Vorberatung zu dem Ergebnis des Freispruches kommen, wird der Rechtsschutz mittels Durchführung einer Hauptverhandlung nicht intensiviert werden können. Wenngleich der Europäische Gerichtshof den Wert einer mündlichen Verhandlung recht allgemein ebenso in der dem Beschuldigten eröffneten Möglichkeit erblickt, erkennen zu können, inwiefern sich ein Gericht mit seinem Vorbringen befasst hat⁹⁷⁵, stellt dies nur eines von vielen Kriterien dar, die er kumulativ heranzieht. Die (potentielle) Genugtuungsfunktion löst ihm zufolge, soweit ersichtlich, für sich gesehen keine Pflicht zur Durchführung einer Hauptverhandlung aus. Letztere erschiene unter diesem Gesichtspunkt im Rahmen von § 349 IV StPO im Übrigen ebenfalls nicht erforderlich, findet doch nach Urteilsaufhebung und Zurückverweisung am Tatgericht eine erneute mündliche Verhandlung statt.

Eine eventuelle Missachtung des Tatrichters wäre schließlich jedenfalls als unerheblich hinzunehmen, da dieser lediglich Mittel zum Zweck ist, dem staatlichen Strafanspruch zum Durchbruch zu verhelfen⁹⁷⁶. Im Vordergrund steht dabei nicht er, sondern die Person des Angeklagten.⁹⁷⁷ Auch vor diesem teleologischen Hintergrund kann *Seiberts* Interpretation keine Zustimmung finden.

Eine Verfahrenseinstellung nach § 354 I, Alt. 2 StPO ist dagegen allein wegen eines Prozess- oder Verfolgungshindernisses möglich, nicht aber aus Opportunitätsgesichtspunkten; eine solche ergeht unmittelbar auf Grundlage der §§ 153 ff. StPO^{978, 979}. Unabhängig davon, ob man mit der Mindermeinung von

⁹⁷⁵ EGMR, EUGRZ 1991, 419.

⁹⁷⁶ Daher stellt auch die richterliche Unabhängigkeit kein persönliches oder Standesprivileg dar, sondern steht im Dienst des Gemeinwohlinteresses, siehe *Hillgruber*, Maunz/Dürig, Art. 97, Rn. 4.

⁹⁷⁷ Im Hinbl. auf den Rechtsfolgenausspruch auch *Batereau*, S. 106 f.

⁹⁷⁸ Die Einstellung nach § 153 II StPO erfolgt ohnehin durch Beschluss. § 153a II StPO findet angesichts des klaren Wortlauts bereits keine Anwendung im Revisionsverfahren. Das Absehen von Strafe bei § 153b StPO ist schon im Rahmen von § 354 I StPO abgedeckt. § 154 StPO regelt nicht explizit die Entscheidungsform; wenn jedoch die StA

*Meyer-Goßner*⁹⁸⁰ davon ausgeht, § 206a StPO finde im Rechtsmittelverfahren nur dann Anwendung, wenn das Verfahrenshindernis erst nach Erlass des letzten Instanzurteils entstanden sei und im Übrigen gar keine Einstellung, sondern eine Urteilsaufhebung nach § 349 IV StPO zu erfolgen hätte, würde das Hindernis bei einer Einstellung (gleichgültig, ob im Beschluss- oder Urteilsverfahren⁹⁸¹) wiederum im Freibeweisverfahren festgestellt, soweit es nicht bereits aus den Feststellungen ersichtlich wäre.

(cc) § 354 I StPO bezüglich des Rechtsfolgenausspruchs (Alternativen 3 bis 5)

Bei der Variante der Erkennung auf eine absolut bestimmte Strafe handelt es sich zwar formell um Strafzumessung. Sie ist aus revisionsrechtlicher Perspektive gleichwohl eher im Bereich von § 354 I, Alt. 1, 2 StPO anzusiedeln, da die Beurteilung nur auf Grundlage eines auf null reduzierten Spielraums eigener Strafzumessungskompetenz anhand der Feststellungen zu erfolgen hat. Die Entscheidung per Beschluss wäre damit angesichts fehlender Milderungs- und Schärfungsmöglichkeiten zunächst keinen Einwendungen ausgesetzt.⁹⁸² Ob al-

ohne Hauptverhandlung nach Abs. 1 von der Verfolgung absehen kann, muss selbige Voraussetzungen auch das Gericht „in jeder Lage des Verfahrens“ per Beschluss feststellen können. Gleiches gilt für § 154a II StPO (*Weßlau*, SK-StPO, § 154a, Rn. 28: „allgemeine Meinung“) und die §§ 153e II, 154b IV, 154e II StPO.

⁹⁷⁹ *Wohlers*, SK-StPO, § 354, Rn. 14 ff.

⁹⁸⁰ *Meyer-Goßner*, GA 1973, 366 ff., stützt dies darauf, nur im Fall eines schon zum Zeitpunkt des Urteilerlasses bestehenden Verfahrenshindernisses werde eine Rechtsmittelentscheidung getroffen, die – die Zulässigkeit der Revision voraussetzend – aber nur zur Urteilsaufhebung und nicht zu einer Einstellung führen könne. § 206a StPO betreffe indes eine Erstentscheidung; bei nachträglicher Entstehung des Verfahrenshindernisses treffe das Revisionsgericht keine andere Entscheidung als das Tatgericht. Dies stützt er u. a. auch auf systematische Erwägungen (Regelung des § 206a StPO im Zweiten Buch) sowie auf die unterschiedlichen Stimmenverhältnisse (§ 349 IV StPO: Einstimmigkeit; § 206a StPO: Mehrheitsprinzip) und die Systemwidrigkeit einer Wahlmöglichkeit des Revisionsgerichts. A. A.: *Wohlers*, SK-StPO, § 354, Rn. 12.

⁹⁸¹ Von einem solchen scheinen *Senge*, StraFo 2006, 309, und *Schwarz*, S. 37, auszugehen („§ 260 Abs. 3“).

⁹⁸² Mit *Batereau*, S. 51, sollten verschlechternde Sachentscheidungen grds. von der Anwesenheit des Angekl. abhängig gemacht werden. Dies vertritt er aber v. a. unter dem Einfluss der im Hinbl. auf die Verteidigung ungenügend und widersprüchlich ausgestalteten Revisionshauptverhandlung in den §§ 350 ff. StPO. Ob jedoch insb. aus Aspekten des Rechtsfriedens die Parteiöffentlichkeit zu fordern ist, erscheint zumindest hins. der lebenslangen Freiheitsstrafe diskutabel, die allerdings bereits aus anderen Gründen nicht zur „absolut bestimmten Strafe“ zu zählen ist.

lerdings die lebenslange Freiheitsstrafe als heute praktisch einzig möglicher Anwendungsfall noch als absolut bestimmte Strafe aufzufassen ist, erscheint insbesondere mit Blick auf die Feststellung zur besonderen Schwere der Schuld höchst zweifelhaft.⁹⁸³ Auch der historische Gesetzgeber hatte mit Einführung dieser Variante offenbar andere Rechtsfolgen im Sinn.⁹⁸⁴

Nach § 354 I StPO hat das Revisionsgericht in der Sache selbst zu entscheiden, sofern *ohne weitere tatsächliche Erörterungen* auf Freisprechung, Einspruch oder eine absolut bestimmte Strafe zu erkennen ist. Der hervorgehobene Passus entfaltet freilich allein für die soeben genannten Fälle Geltung, nicht hingegen für jene der Festsetzung der Mindeststrafe oder solche des Absehens von Strafe. Die einengende Voraussetzung eines mangelnden Bedürfnisses weiterer tatsächlicher Erörterungen soll in letzteren Fällen offenbar durch den revisionsstaatsanwaltschaftlichen Antrag ersetzt werden. Im Gegensatz zu den vorgenannten Alternativen geht das Gesetz hier bewusst von einer flexiblen Entscheidung des Revisionsgerichts aus („für angemessen erachtet“). Ob der Antrag der Staatsanwaltschaft als einziger Ersatz für diesbezügliche tatsächliche Erörterungen fungieren soll oder ob solche in wie auch immer gearteter Weise darüber hinaus zulässig und geboten sind, ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Zwar ist die Strafzumessungstätigkeit nach heutiger Interpretation Rechtsanwendung; dies lässt indes nicht den zwingenden Schluss zu, das Revisionsgericht könne seinem Wesen nach grundsätzlich Strafzumessung betreiben⁹⁸⁵. Trotz der Abkehr vom kassatorischen Prinzip kommt der Revision nach wie vor eine Überprüfungsfunktion zu, die lediglich aus prozessökonomischen

⁹⁸³ Angesichts BVerfGE 45, 187 ff., zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe und der verbleibenden Gewährleistung einer Resozialisierung des Täters erscheint der Begriff „lebenslänglich“ längst nicht mehr „absolut“. V. a. die vom Tatrichter bereits festzustellende besondere Schwere der Schuld nach § 57a StGB, welche die vollstreckungsrechtliche Konsequenz einer fehlenden Bewährungsmöglichkeit nach sich zieht, erfordert ein hohes Maß an Abwägung. Es hat dazu in den Urteilsgründen alle Strafzumessungsgesichtspunkte darzustellen (BVerfGE 86, 288, 310 ff. Näher zu der Problematik *Steinmetz*, S. 250 ff., und *Schwarz*, S. 39 f.). Solche lassen sich nur anhand einer umfassenden Berücksichtigung des Prozessgeschehens herausfiltern, wozu das Revisionsgericht nicht in der Lage wäre. I. Ü. sprechen die derzeitigen Reformbestrebungen zur Änderung des Mordparagraphen eine deutliche Sprache.

⁹⁸⁴ Vielmehr sollten nämlich solche absoluten Strafen im Rahmen von Zoll- und Steuerstrafsachen umfasst sein, bei denen sich die Strafe nach dem Wert des Gegenstands richte oder „lediglich“ Nebenstrafen, siehe *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1040.

⁹⁸⁵ Dies nimmt jedoch das BVerfG, NJW 2007, 2977, 2978 (Ausfluss aus der Kontrollbefugnis des Revisionsgerichts), an. Dagegen zu Recht *Franke*, *Widmaier-FS*, S. 248, der sich dabei v. a. auf § 337 StPO stützt.

Motiven um Sachentscheidungskompetenzen ergänzt wird. Die Fähigkeit des Revisionsgerichts zur Strafzumessung ist aber zunächst nicht etwa aufgrund potentiell mangelnder Erfahrung von Revisionsrichtern als signifikant gemindert anzusehen. Die nötige Strafzumessungspraxis erlangen sie schon bei den Untergerichten. Zudem obliegt es gerade ihnen, zu beurteilen, ob die Rechtsfolgenfestsetzung des Tatgerichts rechtsfehlerfrei ist.

Insbesondere im Bereich solch flexibler Strafzumessungstätigkeit nimmt hingegen der persönliche Eindruck des Gerichts vom Angeklagten eine besondere Stellung ein, was der überwiegenden Meinung der Literatur entspricht⁹⁸⁶ und bereits aus dem Gesetz folgt⁹⁸⁷. Fragwürdig erscheint zunächst, ob das Revisionsgericht den Eindruck, den es vom Angeklagten in einer eventuellen Hauptverhandlung aktuellen Konzepts gewinnen würde, bei seiner Entscheidung überhaupt berücksichtigen dürfte, wie es manche mit der Forderung nach Durchführung einer Hauptverhandlung in anderen Zusammenhängen wohl für wünschenswert erachten⁹⁸⁸. An ihrem äußeren Ablauf würde sich dadurch nichts ändern. Unter der Annahme, dass die eigene Sachentscheidung des Revi-

⁹⁸⁶ U. a. Köberer, Hamm-FS, S. 323; Berenbrink, GA 2008, 626, 637; Leipold, StraFo 2006, 307; Kühne, S. 193, zufolge darf das Verhalten des Beschuldigten in der Verhandlung als Ausdruck seiner Persönlichkeit im Hinbl. auf die Wirkung einer Strafe und als Grundlage seiner Einstellung zur Tat zur Kenntnis genommen und nach § 46 I 2, II StPO bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Stein, ZStW 97 (1985), 325 f., will die Parteiöffentlichkeit zu diesem Zweck auf Grundlage des nemo tenetur-Grundsatzes nur für die Ermittlung entlastender Umstände gestatten. A. A.: Batereau, S. 102 f.

⁹⁸⁷ Deutlich wird dies zwar nur beiläufig im Rahmen der tatrichterlichen Hauptverhandlung, die ohnehin obligatorisch und in Anwesenheit des Angekl. bis zur Urteilsverkündung stattzufinden hat. Selbst dort, wo aber das Beschlussverfahren den eigtl. Regelfall darstellt, wird auf eine mündliche Anhörung des Betr. nicht verzichtet, etwa im Falle des § 454 I 3 StPO. Ausnahmen davon sieht das Gesetz in S. 4 nur vereinzelt und dort auch nicht unumgänglich („kann“) vor. Die genannten Punkte beschreiben Fälle, in denen es schlichtweg ausgeschlossen erscheint, dass die Gewinnung eines persönlichen Eindrucks eine andere Entscheidung zu bewirken vermag. Weitere ungeschriebene Ausnahmen, aufgelistet bei Paeffgen, SK-StPO, § 454, Rn. 29a, sieht ders. zu Recht als „sehr zweifelhaft“ an. Auch dürfen im Strafbefehlsverfahren zwar die in § 407 II StPO nach dem Bagatellprinzip benannten Rechtsfolgen ohne Hauptverhandlung festgesetzt werden; der Angekl. kann allerdings per Einspruch die Durchführung der Hauptverhandlung erzwingen. Umgekehrt impliziert dies jedoch eine faktische Verzichtsmöglichkeit seinerseits (dagegen: BGH, NSTZ 1991, 296). Eine solche ist dem Gesetz aber i. Ü. grds. nicht fremd. Während § 230 StPO eine Hauptverhandlung bei Ausbleiben des Angekl. verbietet, sehen die §§ 231 ff. StPO gewisse Ausnahmen vor, solange das Gericht seine Anwesenheit nicht für „erforderlich“ bzw. „unerlässlich“ erachtet.

⁹⁸⁸ Leipold, StraFo 2006, 308, zu § 354 Ia StPO. Wohl auch Gaede, GA 2008, 407 (mündliche Verhandlung in Anwesenheit des Angekl. mit der Befugnis des Revisionsgerichts zu ergänzender Feststellung).

sionsgerichts eine Zurückverweisung an das Tatgericht ersetzen soll, das – ohne dabei bestehende Feststellungen zur Tat anzutasten – auch neue günstige Erkenntnisse berücksichtigen darf⁹⁸⁹, müsste dies prinzipiell ebenso für den sich dem Revisionsrichter bietenden Eindruck vom Angeklagten gelten. Dessen Einlassung wird in der Tatinstanz zwar nicht als förmliches Beweismittel begriffen. Dies stützt sich in erster Linie auf den Beginn der Beweisaufnahme erst nach dessen Vernehmung (§§ 243 V, 244 I StPO). Im Übrigen wird ihr dennoch erhebliche Beweisbedeutung beigemessen, ist vom „Inbegriff der Hauptverhandlung“ umfasst und als wesentliche Förmlichkeit mit ins Protokoll aufzunehmen.⁹⁹⁰ Aber auch Mimik, Gestik und übriges Verhalten des Angeklagten, ob begleitend zur Einlassung oder für sich gesehen, sind dominierend – seine Anwesenheit wird nicht ohne Grund unabhängig von seiner Äußerungsbereitschaft vorausgesetzt. Bedeutsam ist dies etwa für das im Rahmen des § 46 StGB einzubeziehende Nachtatverhalten⁹⁹¹, wenn beispielsweise Reue und Schuldeinsicht be- (im Falle ihres Fehlens) oder entlastend zu berücksichtigen sind – dies aber nur dann, wenn sie *glaubwürdig* vorgetragen werden⁹⁹². Letzteres unterliegt zuverlässigerweise allein der Beurteilung aufgrund persönlichen Eindrucks.⁹⁹³ Dessen Verschriftlichung in den Urteilsgründen ist zwar möglich,⁹⁹⁴ allerdings ist daraus gerade nicht erkennbar, ob die Beobachtungen auf Irrtümern oder Täuschungen beruhen.⁹⁹⁵ Dass mit der Berücksichtigung eines unmittelbaren Eindrucks vom Angeklagten also tatsächliche Erörterungen zum Strafausspruch getroffen würden, ist ebenso einsichtig wie die Tatsache eines grundsätzlichen Verbots einer eigenen Beweisaufnahme in der Revisionsinstanz. Im Gegensatz zu tatsächlichen Erhebungen zur Schuldfrage sind Würdigungen zu auf einem aktuellen Eindruck vom Angeklagten beruhenden Strafausspruch jedoch gerade unabhängig vom Zeitablauf, der einer der Beweggründe dafür war, die Revision als Rechtsbeschwerdeinstanz ohne Feststel-

⁹⁸⁹ BGH, NStZ 2006, 44, 45.

⁹⁹⁰ Ott, KK-StPO, § 261, Rn. 28a.

⁹⁹¹ Es kommt also nicht darauf an, dass er das Verhalten des Angekl. bei der Tat nicht hinreichend bewerten kann, da dieser sich in der Hauptverhandlung anders verkaufen könnte, so aber *Batereau*, S. 102.

⁹⁹² *Streng*, Kindhäuser-StGB, § 46, Rn. 78.

⁹⁹³ Die Persönlichkeit des Angekl. als tragenden Strafzumessungsgesichtspunkt bezeichnend *Leipold*, StraFo 2006, 307. A. A. *Frisch*, StV 2006, 434, der den Eindruck vom Angekl. pauschal nicht zu den Strafzumessungsgründen zählt. Dies überzeugt auch angesichts des nicht abschließenden Katalogs von § 46 StGB nicht.

⁹⁹⁴ *Batereau*, S. 102.

⁹⁹⁵ *Leipold*, StraFo 2006, 307.

lungskompetenz auszugestalten. Diese Überlegungen auf Grundlage irrelevanten Zeitablaufs könnten über ein Strafzumessungsverbot in der Revisionsinstanz hinweghelfen, hingegen weiterhin Bedenken ausgesetzt sein:

Zum einen wäre die fehlende Laienbeteiligung zu bedenken. Schöffen sind bei der Beurteilung der Schuld- und Straffrage in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht wie Berufsrichter mit einzubeziehen. Hingegen wird ihre heutige Rechtfertigung unter Abwertung auf bloßen Symbolwert bestritten.⁹⁹⁶ Zudem ist die Schöffenbeteiligung in der Strafprozessordnung nicht ausnahmslos vorgesehen, was mitunter Widersprüchlichkeiten hervorruft. Bei Einzelrichterentscheidungen wird ihre Beteiligung als entbehrlich angesehen, was möglicherweise noch mit dem Bagatellprinzip und hinreichenden Rechtsmittelmöglichkeiten zu rechtfertigen sein dürfte. Entscheidungen des Oberlandesgerichts in erstinstanzlicher Zuständigkeit gemäß § 120 GVG, bei denen der Staat regelmäßig zugleich als unmittelbar Geschädigter in Erscheinung tritt, ergehen gleichermaßen ohne Laienbeteiligung, der hier aber gerade zur Verhinderung von Parteilichkeit eine naheliegende Legitimation zukommen könnte⁹⁹⁷. Zwar träte die Forderung nach einer Teilnahme von Laien bei einer lediglich beschränkten Beweisaufnahme in den Hintergrund. Allerdings würde eine weitere Ausnahme im Hinblick auf das Revisionsverfahren die gesetzlichen Unstimmigkeiten gewiss nicht minimieren. Demgegenüber erschiene deren ausschließlicher Einsatz zur Begutachtung des Angeklagten in ökonomischer Hinsicht fragwürdig, ohne eine darüber hinausgehende Beweisaufnahme zuzulassen. Genau Letzteres wäre jedoch seitens der Rechtsprechung mitsamt ihrer Neigung zur kontinuierlichen Erweiterung der Kompetenzen der Revisionsgerichte zu befürchten, gäbe man ihr nur den Anstoß.

⁹⁹⁶ *Degener*, SK-GVG, § 28, Rn. 6 f., m. w. N., zufolge zeigen sich heute erhebliche Akzentverschiebungen: „von ‚demokratischer Partizipation‘, ‚Verhinderung behördlichen Machtmissbrauchs durch Setzen eines Gegengewichts gegen abhängige richterliche Beamte‘ zur ‚Erweiterung des Beratungshorizonts‘ und zur ‚Plausibilitätskontrolle‘ fachjuristischen Denkens.“ Er führt dies u. a. auf die Statusveränderungen der Berufsrichter und ihrer verfassungsrechtlichen Sicherungen in Art. 20 II 2, III, 97 I, II GG zurück. Andererseits weist er auf die Machteinbußen des Laienrichtertums hin, die sich in der Ablösung des Schwurgerichtssystems durch das Schöffengerichtssystem, im Eingriff in die Schwurgerichtsorganisation durch das erste StVRG 1974 sowie in Reduzierungen der Schöffengerichtszuständigkeit durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz von 1993 bemerkbar gemacht haben sollen. Empirische Untersuchungen hätten überdies keine Missstände zutage gefördert, die einen Bruch mit der Laienrichtertradition rechtfertigten.

⁹⁹⁷ *Andoor*, S. 110.

Zum anderen wäre der Frage nachzugehen, wie intensiv ein solcher Eindruck vom Angeklagten überhaupt ausfiele, sind die Interaktionsmöglichkeiten mangels zu erwartender fruchtbarer (Rechts-) Gespräche, insbesondere seitens des Angeklagten, im Gegensatz zur tatrichterlichen Hauptverhandlung doch begrenzt. Dem Tatgericht kommt bei Erstverhandlung das Privileg zu, Feststellungen zur Rechtsfolgenentscheidung nicht getrennt von jenen zur Schuldfrage zu treffen, weshalb sich der persönliche Eindruck vom Beschuldigten schon von Anbeginn der Tat-Hauptverhandlung im gesamten Prozessgeschehen manifestiert. Der Revisionsrichter erhalte demgegenüber eine im Vergleich dazu verkürzte Momentaufnahme. Dieses Argument ließe sich indes weitgehend dadurch entkräften, dass sich der tatgerichtliche Spruchkörper nach Zurückverweisung in keiner anderen Situation befände als das Revisionsgericht. Auch in der Berufungsinstanz wäre das Gericht bei alleiniger Anfechtung des Strafausspruchs ebenfalls aufgrund eintretender Teilrechtskraft an die Feststellungen gebunden.

Nicht zuletzt lehnen sich derlei Erwägungen wiederum stark an die abzulehnende Leistungsmethode an. Stellt § 354 I StPO bereits eine prozessökonomisch motivierte Ausnahmeregelung zum eigentlichen Charakter der Revision dar, die nur auf Grundlage bestehender und vollständiger Feststellungen ihren Bestand haben soll, könnte eine weitere Ausdehnung der Vorschrift ihren Zweck im Revisionsgefüge gänzlich verfehlen.

Der Berücksichtigung eines persönlichen Eindrucks vom Angeklagten oder gar weiterer tatsächlicher für die Strafzumessung relevanter Aspekte stehen also gewichtige Einwände entgegen. Die Rechtsprechung geht gleichermaßen davon aus, das Revisionsgericht könne selbst keine mildernden Umstände feststellen, sondern habe sich allein an die Akten zu halten.⁹⁹⁸ Der historische Gesetzgeber war sich des aufgezeigten Dilemmas durchaus bewusst. So sah noch die Entwurfsbegründung zum späteren § 394 RStPO vor:

„Das richtige Strafmaß läßt sich nur aufgrund der mündlichen Beweisverhandlung finden (...). Das aufgehobene Urteil kann eine (...) Grundlage [für die Strafzumessung] nicht darstellen; die Menge größerer und kleinerer Momente, die für den ersten Richter bei der Abmessung der Strafe bestimmend gewesen sind, entzieht sich häufig jeder Feststellung durch die Schrift. Gerade hinsichtlich des Straf-

⁹⁹⁸ RGSt 2, 355, 358.

*maßes gelangt man sehr oft zu den verschiedensten Ergebnissen, je nachdem man auf Grund der mündlichen Verhandlung oder aber auf Grund der Akten urtheilt (...).*⁹⁹⁹

Auch der Abgeordnete *Hanauer* wies darauf hin, die Strafzumessung innerhalb eines relativen Maßes müsste auf einer tatsächlichen Beurteilung beruhen und eine solche sei nicht die Aufgabe des Revisionsgerichts. Ob der Staatsanwalt das Minimum oder eine höhere Strafe beantrage, könne nicht maßgebend sein, da nirgends im Verfahren dasjenige, was der Staatsanwalt beantrage, für das Gericht bindend sei.¹⁰⁰⁰ *Becker* hingegen – seinerseits unter anderem Urheber des Antrags auf Einführung der Festsetzungskompetenz des Revisionsgerichts hinsichtlich der gesetzlichen Mindeststrafe – argumentierte mit dem „Interesse der Vermeidung einer doppelten Hauptverhandlung“. Es gäbe mitunter Fälle, in denen der Staatsanwalt nur an einer Änderung der Erkenntnisse in der Schuldfrage, nicht aber an der Strafhöhe ein Interesse habe und deshalb das gesetzliche Strafminimum beantrage.¹⁰⁰¹ Wenn dabei die Rede ist von einer unerwünschten doppelten Hauptverhandlung, so war diese darauf zurückzuführen, dass das Beschlussverfahren bei Einführung der Reichsstrafprozessordnung im Jahr 1877 lediglich für unzulässige Revisionen vorgesehen war. Eine Hauptverhandlung musste demnach auch stattfinden, wenn es ausschließlich um die rechtliche Auswertung der Akten ging, also jener Aspekte, die nach hier favorisierter Ansicht ebenso im Beschlussverfahren zu bewältigen wären. Forderte man allein zur Feststellung der 4. und 5. Alternative die Durchführung einer wie auch immer gearteten Hauptverhandlung, so ginge damit das Risiko eines insoweit negativen Ergebnisses einher, mit der zwingenden Folge einer Zurückverweisung und erneut durchzuführenden Hauptverhandlung. Um die lediglich der Prozessökonomie dienlichen Maßnahmen der Festsetzung der Mindeststrafe beziehungsweise des Absehens von Strafe erst zu gewährleisten, müsste demnach zunächst prozessunökonomisch vorgegangen werden; der Zweck des § 354 I StPO würde weitgehend verfehlt. Die Vorschrift hat, abgesehen von ihrer prozessökonomischen Wirkungsweise, keinerlei darüber hinausgehenden revisionsrechtlichen Wert. Die von *Hanauer* bestrittene Bindungswirkung des staatsanwaltschaftlichen Antrags wäre demnach zumindest *faktisch* gegeben, wollte man zur Feststellung der 4. und 5. Alternative zwin-

⁹⁹⁹ *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1038.

¹⁰⁰⁰ *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1041.

¹⁰⁰¹ *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1040.

gend eine Hauptverhandlung durchgeführt wissen: Ein Revisionsrichter würde tunlichst auf das Vorliegen einer der fraglichen Alternativen hinwirken wollen; andere stehen ihm nicht zur Verfügung.

Mit Blick auf die zum Ausdruck kommenden Zweifel hinsichtlich einer Strafzumessungskompetenz des Revisionsgerichts auf Urteilsgrundlage kann indes nicht gelehrt werden, dass auch das Antragserfordernis den persönlichen Eindruck vom Angeklagten nicht vollkommen ersetzen kann. Der historische Gesetzgeber allerdings nahm dies – *Beckers* Antrag letztlich zustimmend – bewusst in Kauf; die den §§ 350, 351 StPO zu entnehmende Verfahrensweise hätte er kaum tatferner ausgestalten können¹⁰⁰². Man dürfte aber auf anderem Wege zu einer Kompromissüberlegung gelangen. Die Tatsache der reinen Angeklagtenbegünstigung vermag ein etwaiges Zugeständnis für sich gesehen freilich noch nicht zu legitimieren. Gewiss steht einer gegenüber der tatrichterlichen Strafzumessung schärfenden Straffestsetzung das Verbot der *reformatio in peius* entgegen; die – unbegründete – Begünstigung des Angeklagten ist jedoch ebenso wenig vom Strafverfahrenszweck umfasst. Dies liefe zumindest dem Ziel der parteineutralen objektiven Wahrheitsermittlung¹⁰⁰³ zuwider. Die begrenzte Auswahl an Rechtsfolgen im Rahmen des § 354 I, Alt. 4, 5 StPO und ihre Vereinbarkeit mit dem Verschlechterungsverbot dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei den genannten Entscheidungsalternativen um originäre Strafzumessungskompetenzen des Revisionsgerichts handelt. Wenn gleich das Antragserfordernis nicht das Fehlen einer der tatinstanzlichen Ebene gleichkommenden Hauptverhandlung zu kompensieren vermag, ist damit aber wohl jedenfalls ein antizipierter Rechtsmittelverzicht verbunden. Die Revision als Rechtsbeschwerde auszugestalten, ist namentlich auf die Unmöglichkeit zurückzuführen, tatsächliche Feststellungen im Rahmen eines letztinstanzlichen Rechtsmittels einer vollumfänglichen Überprüfung zu unterziehen. Heutzutage

¹⁰⁰² Sinngemäß auch *Steinmetz*, S. 112.

¹⁰⁰³ Manche Vorschriften der StPO könnten auf das Gegenteil schließen lassen. Allerdings stellt etwa § 296 II StPO nur klar, dass *auch* zu dessen Gunsten eine Anfechtung möglich ist; § 339 StPO lehnt sich an die Rechtskreistheorie an, die nicht stets zugunsten des Beschuldigten wirken muss. Das Verbot der *reformatio in peius* selbst verfolgt primär den Zweck, diesen nicht von der Einlegung eines ungewisse Erfolgchancen bietenden Rechtsmittels abzuhalten. Dabei hat es die StA stets in der Hand, zu Unrecht begünstigende Urteile durch Rechtsmitteleinlegung zu Fall zu bringen. Unterlässt sie dies und bleiben die Vorteile dem allein rechtsmittelführenden Angekl. erhalten, ist dies weniger der Regelung des besagten Verbots, als vielmehr einer (verfehlten) Entscheidung der StA anzulasten, siehe *Frisch*, SK-StPO, § 331, Rn. 3.

könnten insoweit zudem mit Blick auf Art. 3 I GG Bedenken zu äußern sein. So würden jegliche Rechtsfolgen außerhalb der begrenzten Entscheidungsalternativen 4 und 5 des § 354 I StPO nach Zurückverweisung durch das Tatgericht festgesetzt werden müssen, deren erneute Anfechtung möglich wäre, während die gesetzlich niedrigste Strafe oder das Absehen von Strafe mit der Revisionsentscheidung rechtskräftig würden. Eine Ungleichbehandlung der nach § 354 I, Alt. 4, 5 StPO abgehandelten Fälle könnte vor allem in Ansehung der nunmehr gerade erweiterten Möglichkeiten, über die Revision die Strafzumessungserwägungen der Vorinstanz zu rügen, zu befürchten sein. Es ist daher zu bedenken, inwiefern die mögliche Anfechtung einer hypothetischen tatrichterlichen Anordnung der Mindeststrafe beziehungsweise des Absehens von Strafe – bei Aufrechterhaltung der Feststellungen zur Tat – überhaupt zu befürchten wäre. Eine Revisionseinlegung durch den Angeklagten würde angesichts der begünstigenden Wirkung wohl kaum in Betracht gezogen werden. Eine Ausnahme könnte allein für solche – wohl kaum relevanten – Fälle greifen, in denen die Mindeststrafe verhängt würde, jedoch das Absehen von Strafe gewünscht wäre. Die Staatsanwaltschaft brächte bereits mit ihrem vorgeschalteten Antrag zum Ausdruck, derartige Rechtsfolgen seien gerade erwünscht und ihre Verschärfung damit ebenso wenig Ziel einer potentiellen Anfechtung. Auch eventuellen Nebenklägern wäre die Einlegung eines Rechtsmittels schon aufgrund der Vorschrift des § 400 I StPO versperrt, die ihnen eine Rechtsmittelbefugnis in jenen Fällen verweigert, in denen die Verhängung einer anderen Rechtsfolge angestrebt würde; eine alsbaldige Entscheidung vermag den Nebenklägerinteressen möglicherweise sogar besser zu entsprechen als eine durch die Zurückverweisung bedingte Verzögerung, könnte diese auch eine strengere Bestrafung zur Folge haben¹⁰⁰⁴. Wenngleich die genannten Verfahrensakteure nicht zugleich zwingenderweise das Interesse der Allgemeinheit an der Wahrheitserforschung repräsentieren, ist die rechtsfriedenssichernde Wirkung einer derartigen Übereinstimmung im Hinblick auf gesetzlich eng begrenzte Rechtsfolgen kaum in Abrede zu stellen.

¹⁰⁰⁴ *Momsen*, KMR, § 354, Rn. 9.

(dd) § 354 I StPO analog hinsichtlich des Schuldspruchs

Bereits an anderer Stelle wurde § 354 I StPO als gewissermaßen kodifizierte Ausprägung der Leistungstheorie qualifiziert. Insoweit soll die Vorschrift als unschädliche prozessökonomische Ausnahmeregelung fungieren. In Fortführung dieses Gedankens¹⁰⁰⁵ ist die Rechtsprechung dazu übergegangen, auch Schuldspruchberichtigungen vorzunehmen. Diese werden zu Recht überwiegend für grundsätzlich zulässig erachtet.¹⁰⁰⁶ Dazu, in welcher Entscheidungsform derartige Vorgänge zu erfolgen haben, wird – teilweise ohne weitere Begründung¹⁰⁰⁷ – vertreten, sie seien zwingend zum Gegenstand des Urteilsverfahrens zu machen. *Batereau* zufolge darf auf eine Hauptverhandlung nicht verzichtet werden. Lediglich bei im Verhältnis zur tatrichterlichen Entscheidung unwesentlichen Korrekturen sei das Beschlussverfahren angängig. Dies sei nicht der Fall bei Berichtigungen *zuungunsten* des Angeklagten. Zudem verstößt man nach *Müller* und *Sax* gegen den vermeintlichen Grundsatz, Schuld- und Strafaussprüche müssten durch Urteil ergehen.¹⁰⁰⁸

Bevor auf diese Anschauungen zurückzukommen sein wird, ist zunächst ein Blick auf die einzelnen Fälle von Schuldspruchberichtigungen zu werfen, denen bei näherer Betrachtung bereits abschließende Wertungen zu entnehmen sind. Deren gesamte Bandbreite ist hier aus Platzgründen nicht darstellbar, hingegen kristallisieren sich vier Gruppen heraus: Es handelt sich dabei entweder um die schlichte Streichung einzelner Delikte oder deren Auswechslung, aber auch um das Hinzufügen von Straftatbeständen. Weiterhin werden nach tatinstanztlichen Freisprechungen oder Einstellungen in der Revisionsinstanz Verurteilungen ausgesprochen.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁵ In der Praxis ist die analoge Anwendung aus rein verfahrenswirtschaftlichen Gründen jedoch anzuzweifeln, siehe *Schwarz*, S. 133f, 156, nach dessen Untersuchung vielmehr weitere „apokryphe Entscheidungsgründe“ vorliegen.

¹⁰⁰⁶ *Batereau*, S. 14, demzufolge auch ein freisprechendes Urteil eine Entscheidung zur Schuld- und Straffrage enthält und die Schuldspruchberichtigung ein Minus dazu darstellt. Der Tatrichter wäre ohnehin an die Rechtsansicht des Revisionsgerichts gem. § 358 I StPO gebunden, weshalb dessen Entscheidung ohne Verschwendung von Zeit, Geld und Arbeitskraft bei einer Zurückverweisung vorzuziehen sei. A. A.: *Schwarz*, S. 53 f., der bereits die Analogiefähigkeit der Vorschrift verneint. *Junker*, S. 133 ff., strebt daher eine Neufassung der Vorschrift an.

¹⁰⁰⁷ *Eb. Schmidt*, § 349, Rn. 9.

¹⁰⁰⁸ *Müller/Sax*, § 349, Rn. 3f).

¹⁰⁰⁹ Einteilung der Fallgruppen nach *Bode*, S. 24, und *Batereau*, S. 56.

Was Letztere betrifft¹⁰¹⁰, wird zutreffenderweise vorgetragen, ein Freispruch trage in der Regel nicht die erforderliche Feststellungsgrundlage in sich,¹⁰¹¹ was gleichermaßen aus der Sonderregelung des § 267 V 1 StPO hervorgeht. Nachteilig wirkt sich zudem aus, dass dem Angeklagten bei freisprechendem Urteil von vornherein die Möglichkeit genommen ist, die Feststellungen anzugreifen, auf denen der Schuldspruch in der Revisionsinstanz gestützt werden soll. Zwar könnten bei einer in der Revision aufzuhebenden Einstellung in der Tatinstanz vollständige Feststellungen vorliegen; dies wird freilich selten der Fall sein, weshalb nur von einem hypothetischen Szenario ausgegangen werden kann.¹⁰¹² Die erhobene Forderung nach einer diesbezüglich durchzuführenden Revisionshauptverhandlung dürfte sich damit erübrigen.

Eine Revisionshauptverhandlung erschiene als reine Förmerei, wollte man zu ihrem alleinigen Gegenstand die Streichung einzelner Delikte aus dem Schuldspruch machen. Eine Addition von Delikten ist zwar in Bezug auf das Verschlechterungsverbot bedenkenlos. Man könnte aber wiederum in Zweifel ziehen, ob die Feststellungen zum bisherigen Schuldspruch eine verlässliche und erschöpfende Grundlage für die hinzuzufügenden Delikte eröffnen. Schließlich erfolgt die Erhebung von Beweisen schon unter gewissen rechtlichen Gesichtspunkten, die sich auf die Verwirklichung ganz bestimmter Delikte konzentrieren könnten, wie etwa jene, die der Eröffnungsbeschluss vorgibt. Allerdings bezieht sich die Kognitionspflicht auf eine prozessuale Tat im Sinne des § 264 StPO, die durchaus mehrere Delikte in sich vereinen kann. Auch deutet § 265 StPO auf das Gegenteil einer derart einseitigen, weder erwünschten noch bezweckten Sichtweise hin; eine dem § 267 V 1 StPO ähnliche Sonderregelung existiert zudem nicht. Nicht zuletzt ist dem Angeklagten stets die Möglichkeit eröffnet, die seiner Ansicht nach unzutreffenden beziehungsweise unvollständigen Feststellungen mit der Verfahrensrüge, insbesondere in Gestalt der Aufklärungsrüge auf Grundlage des § 244 II StPO, anzugreifen. *Batereau* hält hier jedoch das Beschlussverfahren für untauglich, da eine „ausreichende Vertretung“ dort nicht gewährleistet sei, ohne dies auf Gründe zu stützen.¹⁰¹³ Vielmehr wurden hinsichtlich der Revisionshauptverhandlung Schwächen im Be-

¹⁰¹⁰ Zum Meinungsstand ausführlich *Walbaum*, S. 79 ff.

¹⁰¹¹ *Laubenthal*, JR 1994, 203; *Walbaum*, S. 123 ff.; a. A. OLG Düsseldorf, NJW 1991, 186, 187; 1123, 1124.

¹⁰¹² *Batereau*, S. 69 ff. Eine Untersuchung habe dabei in keinem Fall ergeben, eine Einstellung könnte zu einer bedenkenlosen Verurteilung führen. Siehe auch *Bode*, S. 30 f.

¹⁰¹³ *Batereau*, S. 60.

reich der Verteidigung aufgezeigt, sodass eine solche keine unbedingte Garantie für einen genügenden Schutz des Angeklagten bietet. Bei ausgetauschten Vorschriften lassen sich Auswirkungen nur konkret am Einzelfall abschätzen. So kann die ausgetauschte Vorschrift über einen höheren oder niedrigeren Strafraum verfügen, der sich letztlich in der einen oder anderen Weise auf den Strafausspruch auswirken könnte.

Die Fallgruppenanalyse ergibt demnach eine Unzulässigkeit von Schuldsprüchen in der Revisionsinstanz nach Freisprüchen beziehungsweise Einstellungen, nicht allein in Bezug auf das Beschlussverfahren, sondern schlechthin. Nach *Batereau* würde allerdings auch die Hinzufügung von Delikten beziehungsweise in manchen Fällen deren Austausch zuungunsten des Angeklagten ausfallen und damit eine Hauptverhandlung erfordern. Ob er deren Notwendigkeit auf eventuell mangelnde Verteidigungsmöglichkeiten, die § 350 StPO keineswegs umfassend gewährleistet, beziehungsweise auf vermeintliche Nachteile schriftlicher Kommunikation stützt, ist nicht auszumachen. Als Begründung vermag letztlich auch nicht die Überlegung von *Müller* und *Sax* zu dienen, nur ein Urteil könne die Schuld- und Straffrage abschließend festlegen. Wäre ein derartiger Grundsatz anzunehmen, würde er nicht streng durchgehalten, denn der Strafbefehl gelangt ebenso auf schriftlichem Wege zu einer solchen Entscheidung. Wenngleich diese nicht als endgültig begriffen werden kann – ist doch ein Einspruch mit Folgewirkung der Anberaumung einer Hauptverhandlung möglich – ist die fragliche Annahme dennoch zu pauschal formuliert. Die Besonderheit der Revisionsinstanz liegt in einer rechtlichen Überprüfung, bei der das Gericht zu dem Ergebnis eines auf den bestehenden Feststellungen beruhenden unrichtigen Schuldspruchs gelangen kann. Im Rahmen einer Zurückverweisung müsste dem Tatgericht aufgegeben werden, den Schuldspruch auf Grundlage der rechtlichen Bewertung des Revisionsgerichts zu ändern; dazu ist Letzteres ebenso fähig. Tatsächliche Erwägungen muss (und darf) es dazu nicht anstellen; eine weitere Instanz zur Anfechtung einer derartigen Entscheidung würde dem Beschwerdeführer damit nicht genommen. Aufgrund dessen eine Hauptverhandlung zu fordern, wäre demnach wiederum reine Formsache. Mit einer Schuldspruchberichtigung im Beschlussverfahren ist damit auf unschädlichem Wege Einzelfallgerechtigkeit zu verwirklichen, nach derzeitiger Regelung jedenfalls im Hinblick auf eine zugunsten des Angeklagten eingelegte Revision, denn nur eine solche eröffnet nach § 349 IV StPO überhaupt erst den Weg zur Beschlussentscheidung. Aber

auch im Übrigen bedeutet Gerechtigkeit im Einzelfall keine Angeklagtenbegünstigung. Das Schlechterstellungsverbot soll hinsichtlich des Schuldspruchs nicht die Findung eines dem materiellen Recht gemäßen Urteils verhindern¹⁰¹⁴. Zwar kann ein härterer Schuldspruch gleichermaßen Folgen nach sich ziehen (Eintrag im Bundeszentralregister, Berücksichtigung bei der Anordnung von Maßregeln); solche träten nach Zurückverweisung zur Berichtigung durch das Tatgericht jedoch ohnehin ein. Die Parteiöffentlichkeit vermöchte daran nichts zu ändern. Wären indes dem Telos des § 265 StPO entsprechend vorgeschaltete Hinweise auch in der Revisionsinstanz erforderlich,¹⁰¹⁵ ließen sich solche ebenso gut auf schriftlichem Wege erteilen, die Reaktion darauf schriftsätzlich ausgestalten.

(ee) § 354 I StPO analog hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruchs

Weitere Fälle entsprechender Anwendung des § 354 I StPO sind die Übernahme des Rechtsfolgenausspruchs als einzig problematische Folge einer insoweit unbedenklichen Schuldspruchberichtigung (diese einer Beruhensprüfung im Sinne des § 337 StPO ähnelnd) sowie dessen selbstständige Änderung. Zu den wichtigsten Fallgruppen für Letztere zählen, ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben: Neufestsetzung von Freiheitsstrafe oder Tagessatzzahl, Festsetzung der Tagessatzhöhe, Gewährung von Zahlungserleichterungen, (Nicht-) Anrechnung von Untersuchungshaft, Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung, Verwarnung mit Strafvorbehalt/Verurteilung zur vorbehaltenen Strafe, (Wegfall der) Anordnungen von Maßregeln, (Wegfall der) Anordnung des Verfalls, (Wegfall der) Anordnung der Einziehung.¹⁰¹⁶

Mit Blick auf die vorgenannten Fälle wird dort häufig die Mindeststrafe überschritten sein beziehungsweise eine andere Sanktion ausgesprochen. Ein antizipierter Rechtsmittelverzicht, der nur im Hinblick auf die engumgrenzten Alternativen des § 354 I StPO in direkter Anwendung angenommen werden kann, scheidet hier aus. Dies gilt vor allem angesichts des Umstandes, dass sich

¹⁰¹⁴ *Bode*, S. 10, bemerkt, das Erfordernis einer Beschwer des Angekl. sei nur für die Zulässigkeit von Bedeutung.

¹⁰¹⁵ *Batereau*, S. 40 ff.; *Schwarz*, S. 76 f.; *Müller/Sax*, § 349, Rn. 3f). Gem. *Steinmetz*, S. 88, wären diese zumindest im Rahmen von § 354 I, Alt. 1, 2 StPO entbehrlich sowie beim Wegfall von Delikten im Rahmen von Schuldspruchberichtigungen.

¹⁰¹⁶ Fallgruppen nach *Steinmetz*, S. 276 ff.

die eingangs aufgezählten Fallgruppen gar nicht an die 4. Alternative mitsamt Antragserfordernis, sondern an die 3. Alternative anlehnen sollen¹⁰¹⁷, das heißt ein Spielraum des Revisionsgericht auszuschließen sein müsste. Dies läge jedenfalls dann nahe, wenn etwa die Strafhöhe rechnerisch festgelegt ist. Ferner vermögen auch die Obergerichte in Extremfällen die Schuldangemessenheit einer Sanktion zu überprüfen, weshalb eine Ahndung ebenfalls in einem näher bezeichneten unteren Strafrahmensektor erfolgen können soll.¹⁰¹⁸ Die damit zusammenhängende Frage, inwiefern der persönliche Eindruck vom Angeklagten übergegangen würde, ist differenzierend zu betrachten: Dieser mag in manchen Prozesslagen notwendig, in anderen hingegen beinahe bedeutungslos erscheinen. So wäre er zur Aufstellung der Sozialprognose nach § 56 I StGB praktisch unerlässlich, im Rahmen einer Tagessatzfestsetzung auf Grundlage der im Urteil aufgeführten Vermögensverhältnisse jedoch wenig hilfreich. Es gibt demnach Fälle, in denen ein Spielraum seitens des Revisionsgerichts praktisch ausgeschlossen scheint oder zumindest auf einen nur wenig Raum lassenden Rahmen reduziert wird. Letzten Endes ist die Frage nach der Zulässigkeit von sogenannten Rechtsfolgenausspruchänderungen in hohem Maße vom Einzelfall geprägt¹⁰¹⁹, was zum Anlass genommen wird, in nicht näher bestimmten Fällen eine Hauptverhandlung zu befürworten. Eine solche ermögliche jedenfalls eine Anhörung, insbesondere aber ein Plädoyer zum Rechtsfolgenausspruch.¹⁰²⁰ Eine effektive Verteidigerreaktion ist hingegen ebenso einzelfallabhängig wie die Sachentscheidungsbefugnis des Revisionsgerichts selbst und eine Anhörung keineswegs von einem mündlichen Hinweis abhängig.

Bei der zur Aufrechterhaltung des Rechtsfolgenausspruchs im Falle der Änderung des Schuldspruchs angestellten Beruhensprüfung scheint es sich vordergründig um keine eigene Strafzumessung zu handeln, wenn sich das Revisionsgericht mittels einer Hypothese lediglich in die Situation des Tatrichters versetzt, der bei Zugrundelegung eines richtigen Schuldspruchs auf eine andere Strafe erkannt hätte. Dabei ist allerdings nicht zu verkennen, dass auch eine solche Gedankenleistung Strafzumessungserwägungen erfordert: Nur wenn das

¹⁰¹⁷ Steinmetz, S. 316, 326.

¹⁰¹⁸ Steinmetz, S. 317 f.

¹⁰¹⁹ Steinmetz, S. 325 f.

¹⁰²⁰ Hanack, StV 1993, 65; Steinmetz, S. 109.

Revisionsgericht sämtliche aus dem Urteil hervorgehenden Strafzumessungsaspekte selbst bewertet, kann es die Angemessenheit der Strafe beurteilen.¹⁰²¹

Damit diese jedoch zu keiner unkontrollierten eigenständigen Angemessenheitsprüfung des Revisionsgerichts verkommt¹⁰²², darf nicht auf ein normatives, sondern allein auf ein rein kausalitätsbezogenes Beruhensverständnis abgestellt werden¹⁰²³. Lediglich unter dieser Bedingung wäre eine solche Beurteilung ohne Feststellungskompetenzen im Beschlusswege tolerabel. Dies erfordert indes ein eingehendes Studium der tatrichterlichen Urteilsgründe.

(f) § 354 Ia 1 StPO

(aa) Gesetzliche Legitimation der Durchführung des Beschlussverfahrens

Vom Ausgangspunkt her hat auch § 354 Ia 1 StPO eine begründete Revision zum Gegenstand („Gesetzesverletzung nur bei Zumessung der Rechtsfolgen“). Der Gesetzeswortlaut differenziert freilich zwischen Absatz 1 und Absatz 1a Satz 1. Letzterer gibt nicht die Urteilsaufhebung vor, sondern es soll von vornherein von der Aufhebung abgesehen werden, was im Hinblick auf die Anwendung des § 349 IV StPO weitere Interpretationsschwierigkeiten offenlegt. Allerdings weist bereits die Gesetzesbegründung darauf hin, es handele sich „der Sache nach um eine Verwerfung des Rechtsmittels“, um damit die Durchführung des Beschlussverfahrens nach § 349 II StPO legitimieren zu können. Vor diesem teleologischen Hintergrund wird zwar formal die Gesetzmäßigkeit der Vermeidung einer Hauptverhandlung kaum in Zweifel zu ziehen sein; angesichts einer zweifellos bestehenden Gesetzesverletzung erscheint die Annahme einer „*offensichtlich* unbegründeten“ Revision indes schwer begründbar.¹⁰²⁴ Abermals wird deutlich, wie wenig Substanz der Gesetzgeber diesem Merkmal beimisst.

¹⁰²¹ *Dehne-Niemann*, ZIS 2008, 246; *Batereau*, S. 84 ff., insb. zur psychologischen Unfähigkeit des Revisionsgerichts, sich in den Tatrichter hineinzusetzen. *Berenbrink*, GA 2008, 633 f., möchte daher auf eine solche Beruhensprüfung ebenfalls die Grundsätze von BVerfG, NJW 2007, 2977 ff., angewendet wissen. *Köberer*, Hamm-FS, S. 307, sieht darin zugleich eine eigene Strafmaßfestsetzung durch die Revision.

¹⁰²² So nehmen es *Paster/Sättele*, NStZ 2007, 615, an.

¹⁰²³ *Steinmetz*, S. 325.

¹⁰²⁴ Ebenso krit. *Knauer/Wolf*, NJW 2004, 2936.

(bb) Die Angemessenheitsprüfung

Während der Begriff der „Angemessenheit“ bereits im Rahmen von § 354 I StPO fällt und eine eigene Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts umschreibt, soll im Zuge des Absatzes 1a die Strafzumessung des Tatgerichts trotz Gesetzesverletzung als „angemessen“ beurteilt werden. Das Wesen dieser Angemessenheitsprüfung hat auf den ersten Blick also weder den Charakter einer vollends eigenständigen Entscheidung über die Rechtsfolgen noch den solchen einer rein rechtlichen Überprüfung. Dennoch wird zu Recht angenommen, die Entscheidung sei originäre Strafrechtsanwendung, die der eines Tatgerichts entspreche¹⁰²⁵. Zur Feststellung der „Angemessenheit“ einer fehlerhaften tatrichterlichen Strafe muss das Revisionsgericht eigene Strafzumessungserwägungen anstellen und die aus dem Urteil hervorgehenden Strafzumessungsaspekte bewerten.¹⁰²⁶ Wie selbst die Gesetzesbegründung einräumt, geht dies über einen Beruhensausschluss hinaus. Der Terminus „Gesetzesverletzung bei Zumessung der Strafe“ müsste bei Zugrundelegung einer rein rechtlichen Überprüfung durch das Revisionsgericht als Beschreibung einer reinen Rechtsverletzung verstanden werden, welche die ihr zugrunde liegenden Feststellungen unberührt ließe; anderenfalls müsste ohnehin an das Tatgericht zurückverwiesen werden, da die Revisionsrichter die fehlerhaften Feststellungen nicht selbst korrigieren könnten. Trotz der dem Tatgericht möglichen Beurteilung des Angeklagten im Gesamtgeschehen der Hauptverhandlung ist es in der Revision nach ständiger Rechtsprechung möglich, den Strafausspruch isoliert von den Feststellungen zur Schuld aufzuheben¹⁰²⁷. Blicke der Sachverhalt also bestehen, würde der Tatinstanz im Falle einer Zurückverweisung keine andere Grundlage für die neue Strafzumessung zur Verfügung stehen als dem Revisionsgericht bei der Beurteilung der „Angemessenheit“. Die Kritik an einem eventuell defizitären Zumessungssachverhalt betreffe demnach vorerst beide. Hingegen bliebe es dem Tatgericht unbenommen, weitere Ermittlungen anzustellen, die den bisherigen Feststellungen nicht widersprechen. Auch strafzumessungsrelevante Faktoren, die nach Verkündung des vorinstanzlichen Urteils eingetreten sind,

¹⁰²⁵ *Dehne-Niemann*, ZIS 2008, 246; *Altwater*, Widmaier-FS, S. 39; *Gaede*, GA 2008, 409.

¹⁰²⁶ *Dehne-Niemann*, ZIS 2008, 246. Unerheblich ist demnach auch der Umfang des Spielraums, der laut *Langrock*, StraFo 2005, 226 f., von einer engen Vertretbarkeitsprüfung bis zu einer die tatrichterliche Strafzumessung ersetzenden Beurteilung reicht.

¹⁰²⁷ BGH, NStZ 1988, 88; BGH, NStZ 2010, 531. Dies entspringt der seit 1911 anerkannten Möglichkeit isolierter Anfechtung von Urteilsbestandteilen, siehe RGSt 45, 149, 150, sowie § 344 I StPO („inwiefern“) und § 352 I StPO.

müsste das Tatgericht unter Umständen zugunsten des Angeklagten berücksichtigen. Dies gilt umso mehr angesichts der erstaunlichen Tatsache, dass die Rechtsprechung sogar bei lückenhafter Feststellung der Strafzumessungstatsachen nach Absatz 1a Satz 1 verfährt¹⁰²⁸; einer Entscheidung des Tatgerichts soll es nur dann bedürfen, wenn es für die Strafzumessung in besonderem Maße auf den persönlichen Eindruck vom Angeklagten ankomme oder wenn eine zweite tatrichterliche Hauptverhandlung neue für den Angeklagten günstige Erkenntnisse erwarten lasse.¹⁰²⁹ Hat man den Angeklagten nie zu Gesicht bekommen, wird gerade schwerlich einzuschätzen sein, ob seine Anwesenheit erheblich wäre, was speziell im Jugendstrafrecht Bedeutung erlangt¹⁰³⁰. Zwar ist eine Verschärfung der Rechtsfolge schon wegen § 358 II StPO nicht möglich, wohl aber die Vorenthaltung einer mildereren.

(cc) Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere zur Behebung eines Informationsdefizites bezüglich des Strafzumessungssachverhalts Hinweis-, Anhörungs- und Begründungspflichten, aber auch die Erfüllung der weiteren Merkmale des § 349 II StPO vorgeschrieben. Demnach müsste die Staatsanwaltschaft beantragen, die Revision wegen „Angemessenheit“ der Strafe als „offensichtlich unbegründet“ zu verwerfen. Der begründete Antrag wäre dem Beschuldigten zuzuleiten; dieser hätte zwei Wochen Zeit, sich dazu zu äußern. Das Revisionsgericht müsste nach erfolgter Beratung daraufhin einen Hinweis erteilen, selbst die Verwerfung der Revision zu beabsichtigen, wozu dem Beschuldigten erneut ein Anhörungsrecht zu gewähren wäre. Womöglich könnte er kaum Abweichendes von seiner vorherigen Gegenerklärung vortragen, womit ihre Schutzfunktion praktisch leerliefe. Eine weitere Beratung des Spruchkörpers hätte sich der Beurteilung einer Erwiderung jedenfalls anzunehmen; die verfahrenswirtschaftliche Wirkungsweise erscheint erheblich geschwächt¹⁰³¹.

Die Hinweis- und die Anhörungspflicht sollen im Ergebnis eine vom Tatgericht nach Zurückverweisung vorzunehmende weitere Beweisaufnahme zu

¹⁰²⁸ Siehe etwa OLG Celle, StraFo 2005, 76 f.

¹⁰²⁹ BGH, NStZ 2005, 465, 466; BGH, NStZ-RR 2007, 152 f.

¹⁰³⁰ Eisenberg/Haeseler, StraFo 2005, 224 f.

¹⁰³¹ I. E. auch Dehne-Niemann, ZIS 2008, 254.

Strafzumessungstatsachen ersetzen.¹⁰³² Unabhängig von der vieldiskutierten Frage einer Verletzung des Art. 101 I 2 GG aufgrund des Rechtsfolgenermessens¹⁰³³ ist der Versuch einer verfassungsgemäßen Auslegung auch anderweitigen Angriffen ausgesetzt: Damit gerät nicht nur das Gleichgewicht in der Verantwortungsteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht¹⁰³⁴ außer Balance. Hier würde eine sofort rechtskräftige und damit im Gegensatz zum Fall des antizipierten Rechtsmittelverzichts nach § 354 I StPO oder der Zurückverweisung nicht mehr anfechtbare Strafzumessungsentscheidung getroffen. Diese käme einerseits einer solchen des Tatgerichts gleich, würde jedoch andererseits im Hinblick auf Wesen und Umfang der Aufklärungspflicht, die bedingungslos gleichermaßen im Revisionsrecht gilt, unter erheblich geringere Anforderungen gestellt. Zudem machte man den Beibringungsgrundsatz zum bestimmenden Prinzip.¹⁰³⁵ Außerdem erfolgte hinsichtlich der beigebrachten Umstände lediglich eine „Plausibilitätsprüfung“, deren Kriterien kaum offenliegen¹⁰³⁶; die erforderliche Gewissheit wird vielmehr durch gefestigte Mutmaßungen substituiert. Wenn dabei das Bundesverfassungsgericht in anderem Zusammenhang betont, die Amtsaufklärung beziehe sich ebenso auf die Merkmale, die für die Strafzumessung von Bedeutung seien und den Untersuchungsgrundsatz aus dem Rechtsstaats- und somit aus einem bestimmenden Verfassungsprinzip ableitet,¹⁰³⁷ setzt es sich zu sich selbst in Widerspruch. Gleichzeitig steht die Maxime der Amtsermittlung weder zur Disposition der Rechtsprechung noch des Gesetzgebers¹⁰³⁸: Ihre Einschränkungen müssten vor dem Rechtsstaatsprinzip¹⁰³⁹ und vor den Grundsätzen der EMRK¹⁰⁴⁰ Bestand haben, was bezüglich

¹⁰³² Franke, Widmaier-FS, S. 249; Dehne-Niemann, ZIS 2008, 252.

¹⁰³³ Einen Verstoß bejahend: Dehne-Niemann, ZIS 2008, 240 ff. A. A.: Altvater, Widmaier-FS, S. 43; Sander, StraFo 2010, 370.

¹⁰³⁴ Berenbrink, GA 2008, 625: „filigranes Zusammenspiel der §§ 354 Abs. 2, 353 Abs. 1, 358 Abs. 1, 354 Abs. 1.“

¹⁰³⁵ So auch Dehne-Niemann, ZIS 2008, 252. Wenngleich der Gedanke des § 265 StPO auch auf die Revisionsinstanz zu übertragen sein soll (so etwa Bateraue, S. 45), bezieht sich dieser immer noch auf die rechtliche und nicht auf die tatsächliche Aufklärung.

¹⁰³⁶ Franke, Widmaier-FS, S. 249: der Begriff sei dem Revisionsverfahren „fremd“; Dehne-Niemann, ZIS 2008, 251, demzufolge in dubio pro reo zurückverwiesen werden müsste; Gaede, GA 2008, 404, 406. A. A.: Altvater, Widmaier-FS, S. 49.

¹⁰³⁷ BVerfG, NJW 1988, 329, 330; Gaede, GA 2008, 399: effektive Wahrheitsermittlung als Ausfluss fairen Verfahrens.

¹⁰³⁸ Gaede, GA 2008, 401: Das Verfahrens- und Fairnesskonzept des Gesetzgebers habe eine Selbstbindung dessen zur Folge.

¹⁰³⁹ BVerfG, NJW 1972, 2214, 2216; BVerfG, NJW 1988, 329, 330; jeweils zu Zeugnisverweigerungsrechten.

einer wenig greifbaren Plausibilitätsprüfung höchst zweifelhaft und damit das Verdikt der Verfassungswidrigkeit dieser „verfassungsgemäßen Auslegung“ nur konsequent erscheint.

Die spezielle Anordnung von Begründungspflichten wäre darüber hinaus gleich unter zwei möglichen Gesichtspunkten fragwürdig: Würde die Entscheidung nach § 354 Ia 1 StPO im Beschlusswege nach § 349 II StPO getroffen, müsste zuvor eruiert werden, ob das Revisionsgericht bei dieser Entscheidungsform ohnehin zu einer Begründung verpflichtet wäre. Bezieht man aber mit ein, dass es sich bei der Entscheidung nach Satz 1 um eine tatrichteräquivalente Strafzumessungsentscheidung handelt und die Plausibilitätsprüfung eine weitere Beweisaufnahme ersetzt, müsste eine Begründung schon dem Gedanken des § 267 III StPO auf tatgerichtlicher Ebene zu entnehmen sein („Umstände anführen, die für die Zumessung der Strafe bestimmend gewesen sind“)¹⁰⁴¹.

Da § 354 Ia 1 StPO das Wesen der Revision in widersprüchlicher und inkonsequenter Weise antastet¹⁰⁴², ist den der Vorschrift innewohnenden Schwächen mangels Kompensation durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht mit einer lediglich verfahrensrechtlichen Regelung zum Urteils- oder Beschlussverfahren beizukommen.¹⁰⁴³ Das Streben nach Prozessökonomie wird hier in unzulässiger Weise umgesetzt.

(dd) § 354 Ia 1 StPO analog

Schon seitens des Bundesverfassungsgerichts ist die auf § 354 Ia 1 StPO gestützte Aufrechterhaltung des Strafausspruchs bei Schuldspruchberichtigungen im Angesicht des klaren Wortlauts der Vorschrift abzulehnen; die im Übrigen wenig durchdachten Gesetzesmaterialien lassen eine Analogie aufgrund teleologischer Erwägungen ebenso wenig zu.¹⁰⁴⁴ Eine weitere Diskussion zur gebotenen Entscheidungsform ist daher auch hier müßig.

¹⁰⁴⁰ *Leipold*, StraFo 2006, 307 ff., erachtet eine Entscheidung im Beschlusswege als konventionswidrig, da im Rahmen der Angemessenheitsprüfung über mehr als Rechtsfragen entschieden werde.

¹⁰⁴¹ Sinngemäß tritt auch *Kleinknecht*, JZ 1965, 161, dafür ein, § 267 StPO in tatinstanzäquivalenten Fällen auf das Revisionsverfahren anzuwenden. Gegen solch angeblich „systemfremde Begründungspflichten“ aber: *Altvater*, Widmaier-FS, S. 50.

¹⁰⁴² So auch *Gaede*, GA 2008, 402.

¹⁰⁴³ In diese Richtung *Berenbrink*, GA 2008, 636.

¹⁰⁴⁴ Von einer „behutsamen Erweiterung“ könne keine Rede sein, siehe BVerfG, NJW 2007, 2977, 2982.

(g) § 354 Ia 2 StPO

Wohl angesichts der im Gegensatz zu Satz 1 vorgesehenen flexiblen und nicht allein bestätigenden Strafzumessungstätigkeit durch „angemessene Herabsetzung der Strafe“ geht die Gesetzesbegründung zu § 354 Ia 2 StPO davon aus, die Entscheidung habe nur nach erfolgter Hauptverhandlung durch Urteil zu geschehen¹⁰⁴⁵. Dies offenbart insofern einen Widerspruch zur Regelung des Satzes 1, an den sich Satz 2 im Tatbestand anlehnt, als damit zumindest eine inhaltliche Teilaufhebung¹⁰⁴⁶ des Urteils bewirkt wird. Der Gesetzgeber hätte die Argumentationslinie, die er zu Satz 1 vertritt, jedenfalls diesbezüglich fortführen können. Ob er dabei die Teilaufhebung als unstatthaft ansah oder ihm möglicherweise die Kombination einer Aufhebung per Beschluss und einer darauffolgenden Hauptverhandlung zur Herabsetzung der Strafe als zu umständlich (eine solche könnte dann bereits von vornherein anberaunt werden) erschien, verrät die Gesetzesbegründung nicht. Im Übrigen ist Satz 2 vergleichbaren Bedenken ausgesetzt, wie sie bereits im Hinblick auf Satz 1 geäußert wurden. Fehlende oder lückenhafte Feststellungen wird der zwingend vorgeschaltete Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft nicht kompensieren können. Er soll der „Gleichbehandlung“ dienen¹⁰⁴⁷, wobei nicht näher erläutert wird, welcher Vergleichsgruppe in welcher Situation denn eine mögliche Ungleichbehandlung drohen könnte. Diese andeutungsweise formulierten Legitimationsversuche vermitteln vielmehr den Eindruck einer Pseudo-Kompensation für eine fehlende Hauptverhandlung. Ein solches Empfinden wird durch die Vorgabe der Gesetzesbegründung verstärkt, bei Vorliegen eines derartigen Antrags stünde dem Revisionsgericht die Entscheidungsmöglichkeit nach Satz 2 in vollem Umfang offen; es sei im Maß der Herabsetzung nicht an den Vorschlag der Staatsanwaltschaft gebunden¹⁰⁴⁸. Wenn damit gemeint ist – und so legt es die Formulierung nahe –, das Gericht könne eine höhere Strafe festsetzen als beantragt, liefe dessen Schutzfunktion vollends leer.

Schließlich hat die Judikatur auch in dieser Hinsicht partiell eigene Wege eingeschlagen: Selbst im Rahmen des Satzes 2 hat die Entscheidung durch Be-

¹⁰⁴⁵ Auch *Altwater*, *Widmaier-FS*, S. 39, hält § 349 II, IV StPO für nicht anwendbar; a. A. *Senge*, *Dahs-FS*, S. 490, zu Abs. 4.

¹⁰⁴⁶ Als solche qualifizierend *Senge*, *Dahs-FS*, S. 490, und *StraFo* 2006, 314.

¹⁰⁴⁷ *BT-Drucks.* 15/3482, S. 22.

¹⁰⁴⁸ *BT-Drucks.* 15/3482, S. 22.

schluss gemäß § 349 IV StPO Eingang in die Praxis gefunden.¹⁰⁴⁹ Für dessen Anwendung spreche, das Beschlussverfahren erfülle in diesem Fall gleichermaßen den gebotenen Rechtsschutz unter Einhaltung der rechtsstaatlichen Garantien des Beschwerdeführers. Es werde durch die Revision, den Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft und die Stellungnahme des Angeklagten darauf ausreichend vorbereitet. Eine Revisionshauptverhandlung könne keine weitergehenden Erkenntnisse offenbaren. Darüber hinaus widerspreche ihre Anberaumung dem Zweck der Norm, der darauf gerichtet sei, die Ressourcen der Justiz insgesamt sinnvoll einzusetzen, das Verfahren zu beschleunigen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verwirklichen.¹⁰⁵⁰ Mit dieser offenbaren Zuwiderhandlung gegen die gesetzgeberische Intention rundet sich demnach das Bild eigenmächtiger, auf pauschale prozessökonomische Erwägungen gestützter Handlungsweisen der Judikatur ab.

(h) § 354 Ib StPO

§ 354 Ib 1 StPO¹⁰⁵¹ sieht gerade keine Beschlussentscheidung des Revisionsgerichts vor, sondern eine solche des Tatrichters. Dieser, und zwar entgegen der Vorschrift des § 354 II StPO keine andere Kammer, sondern der vormalige Tatrichter, soll bei Fehlern im Rahmen der Gesamtstrafenbildung dem Verfahren der §§ 460, 462 StPO entsprechend auf eine neue Gesamtstrafe befinden. Hintergrund einer erneuten Beurteilung durch den *judex a quo* ist neben der prozessökonomischen Zielsetzung – verwies man an eine andere Kammer,

¹⁰⁴⁹ BGH, NJW 2006, 1605; BGH, NStZ-RR 2008, 182, 183.

¹⁰⁵⁰ BGH, NJW 2006, 1605: „Dem widerspricht der Wortlaut des durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz um Abs. 1a ergänzten § 354 nicht. Die Norm des Abs. 1a S. 2 trifft selbst keine Regelung, ob das RevGer. in Anwendung des § 349 IV durch Beschluss oder gemäß § 349 V durch Urteil zu entscheiden hat. (...) Zwar bilden die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm in Verfolgung dieser Absicht erkennbar getroffenen Wertentscheidungen für den das Gesetz auslegenden Richter eine verbindliche Richtschnur. Indes lässt die vom Rechtsausschuss geäußerte Begründung: ‚die Entscheidung ergeht durch Urteil (§ 349 V)‘ eine dahin gehende Regelungsabsicht des Gesetzgebers nicht erkennen. Der Rechtsausschuss hat nämlich die Art der Revisionsentscheidung nicht festgelegt oder auch nur sachlich begründet, sondern § 349 seinerseits dahin gehend interpretiert, § 349 V und nicht § 349 IV sei anzuwenden. Solches stellt aber hier keine im Gesetzgebungsverfahren getroffene Wertentscheidung dar, weil eine zwingende Anwendung von § 349 V in Widerspruch zur Grundabsicht des Gesetzgebers träte, die Effektivität des Verfahrens zu steigern.“

¹⁰⁵¹ Bzgl. der Sätze 2 und 3, die auf Abs. 1, 1a Bezug nehmen, ist auf obige Ausführungen zu verweisen.

müsste der Angeklagte zur verlässlichen Strafzumessung in der Hauptverhandlung erscheinen – die Gewährleistung der Richtigstellung der vorherigen mangelbehafteten Entscheidung durch eine Person, die sich bereits einen persönlichen Eindruck vom Angeklagten verschaffen konnte. Die Kritik, der Tatrichter könne kaum in der Lage sein, das gewonnene Vorstellungsbild grundlegend zu revidieren beziehungsweise sich dieses in allen Einzelheiten ins Gedächtnis zu rufen,¹⁰⁵² ist hingegen zu pauschal formuliert. Derartige (Erinnerungs-) Defizite dürften vielmehr vom Einzelfall abhängen, zumal eine erneute Beweiserhebung stets möglich und der Angeklagte durch das Verbot der Schlechterstellung, welches auch bei § 460 StPO greift¹⁰⁵³, hinreichend abgesichert ist¹⁰⁵⁴. Wenngleich die Bereitschaft zur Erhebung neuer Beweise angesichts des zur Verfügung stehenden Freibeweisverfahrens als gemindert angesehen wird,¹⁰⁵⁵ so wäre dies kein Grund, von der Regelung des § 354 Ib StPO Abstand zu nehmen. Bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe etwa kennt der Richter die betreffenden Taten lediglich aus der Urteilsbegründung, zumal diese zum Teil sogar abgekürzt sein dürfte. Wenn der vormalige Tatrichter bei § 354 Ib StPO demgegenüber den Angeklagten bereits persönlich zu Gesicht bekommen hat, müsste im Falle der Reformierung oder gar Abschaffung der Norm konsequenterweise auch die Verfahrensweise im Rahmen der §§ 55 StGB, 460 StPO neu überdacht werden.

(i) Die Berücksichtigung (über-) langer Verfahrensdauer

Einer langen Verfahrensdauer kann in strafprozessualer Hinsicht auf verschiedene Art und Weise Rechnung getragen werden. Als der Wahrung des fair-trial-Grundsatzes nach Art. 6 I 1 EMRK („innerhalb angemessener Frist“) dienende Korrekturmöglichkeiten überwiegend anerkannt sind dabei die Statuierung von Verfahrenshindernissen und Beweisverwertungsverböten, die völlige oder teilweise Verfahrenseinstellung nach Opportunitätsgrundsätzen sowie die Anwendung der sogenannten Strafzumessungs- (ehemals angewandt bei langer und überlanger Verfahrensdauer) und Vollstreckungslösung (nach der Ent-

¹⁰⁵² Eisenberg/Haeseler, StraFo 2005, 224: „psychologisches Faktum natürlichen Vergessens“.

¹⁰⁵³ Appl, KK-StPO, § 460, Rn. 13.

¹⁰⁵⁴ Knauer/Wolf, NJW 2004, 2937.

¹⁰⁵⁵ Wasserburg, GA 2006, 394 ff.

scheidung des Großen Senats im Jahr 2008¹⁰⁵⁶ nunmehr ausschlaggebend bei einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung).¹⁰⁵⁷ Während Verfahrenshindernissen mit der Einstellung des Verfahrens zu begegnen ist, ist der Weg über ein Verwertungsverbot nur der Tatinstanz eröffnet. Von Bedeutung sind hier demnach lediglich die für die Rechtsfolgen bedeutsamen Kompensationsinstrumente sowie insbesondere die Vollstreckungslösung. Nach Letzterer soll die materiell-rechtlich bemessene Strafe weitgehend unberührt bleiben, hingegen ein Teil der zugemessenen Strafe bereits als vollstreckt erklärt werden.¹⁰⁵⁸ Im Folgenden sind zweierlei Konstellationen zu unterscheiden: Zum einen ist schon eine aus dem tatinstanzlichen Verfahren herrührende Verzögerung denkbar; der Revisionsführer würde sich mit der Revision insoweit gegen eine unterbliebene oder fehlerhaft angenommene Strafmilderung beziehungsweise Vollstreckungsreduktion durch das Tatgericht zur Wehr setzen. Zum anderen vermag auch das Revisionsverfahren selbst erst zu einer erheblichen Verzögerung zu führen.

Im Rahmen erstgenannter Konstellation kann der Revisionsführer mit der Verfahrensrüge geltend machen, das Ausgangsgericht habe die Verfahrensverzögerung geprüft und verneint oder fehlerhaft bejaht. Die Sachrüge genügt nach allgemeinen Grundsätzen dann, wenn bereits die Urteilsgründe ausreichend Anhaltspunkte offenbaren, die zur Prüfung einer Verfahrensverzögerung hätten drängen müssen.¹⁰⁵⁹ In Bezug auf die Vornahme einer Korrektur durch das Revisionsgericht gibt die obergerichtliche Rechtsprechung ein halbwegs kohärentes Bild ab: Eine Zurückverweisung erfolgt stets im Falle einer gänzlich unterbliebenen tatrichterlichen Kompensation¹⁰⁶⁰ oder bei zutage tretenden unvollständigen Feststellungen¹⁰⁶¹. Erachtet man die Tatsachengrundlage für ausreichend, wird der Ausgleich entweder nach § 354 Ia 1 StPO belassen¹⁰⁶² oder wahlweise analog § 354 I StPO¹⁰⁶³ beziehungsweise nach § 354 Ia 2 StPO¹⁰⁶⁴ auf Grundlage des § 51 I, IV StGB analog¹⁰⁶⁵ selbst erhöht. Teilweise erfolgt

¹⁰⁵⁶ BGHSt 52, 124, m. Anm. v. *Heghmanns*, ZJS 2008, 197 ff.

¹⁰⁵⁷ BGHSt 52, 124, 139; *Reich*, S. 22.

¹⁰⁵⁸ BGHSt 52, 124.

¹⁰⁵⁹ BGHSt 49, 342.

¹⁰⁶⁰ BGH, StraFo 2008, 71; BGH, wistra 2009, 271.

¹⁰⁶¹ BGH, wistra 2006, 226.

¹⁰⁶² BGH, NJW 2005, 1813.

¹⁰⁶³ BGH, Beschl. v. 7.5.2008, 5 StR 118/08; KG, Urt. v. 23.6.2008, 1 Ss 213/04.

¹⁰⁶⁴ OLG Celle, StV 2006, 402, 403.

¹⁰⁶⁵ *Reich*, S. 135.

ebenfalls analog § 354 I StPO die Aufhebung einer fehlerhaften Kompensation und damit zugleich die Erhöhung der Rechtsfolgen zuungunsten des Angeklagten.¹⁰⁶⁶ Letztere Entscheidungsvariante ist – auch hinsichtlich der Erarbeitung im Beschlussverfahren – zunächst keinen Bedenken ausgesetzt. Das Tatgericht könnte in Anbetracht seiner Bindung an die Rechtsansicht des Revisionsgerichts nach Zurückverweisung keine andere Entscheidung treffen.¹⁰⁶⁷ Im Übrigen erfolgt zwar eine den Betroffenen begünstigende, aber flexible Entscheidung. Wenngleich nicht bereits der Wortlaut des § 354 Ia 1 StPO gegen die Anwendung der Vollstreckungslösung spricht – dort ist allein von „Rechtsfolgen“ die Rede¹⁰⁶⁸ –, wurde die betreffende Problematik, insbesondere mit Blick auf die Entscheidung im Beschlussverfahren, schon hinreichend herausgestellt. Nichts anderes gilt für die Anwendung von Satz 2. Obwohl die Gesetzesbegründung diesbezüglich zwar eine Hauptverhandlung zwingend vorschreibt, fände diese jedenfalls nicht zum Zwecke der Ausübung etwaiger Feststellungskompetenzen statt. Die dortigen Ausführungen können sich lediglich an die auf eine Rechtsbeschwerde zugeschnittene Ausgestaltung der §§ 350, 351 StPO anlehnen.

Ist die Verfahrensverzögerung dagegen dem Revisionsverfahren anzulasten¹⁰⁶⁹, demzufolge erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist eingetreten¹⁰⁷⁰, so ist zu unterscheiden zwischen den auf die innerprozessualen Rechtsfolgen bezogenen Kompensationsmöglichkeiten und der Vollstreckungslösung. Im Hinblick auf Ersteres erschiene eine Aufhebung und Zurückverweisung an das im Strafprozessgefüge für die Strafzumessung zuständige Tatgericht etwa zum Zwecke der Vornahme einer Strafmilderung systemwidrig. Das tatrichterliche Urteil verletzt gerade kein Gesetz im Sinne des § 337 StPO, sondern wird vom Revisionsgericht als fehlerfrei beurteilt (anderenfalls hätte bereits zur Beseitigung eventueller Mängel eine Zurückverweisung zu erfolgen). Gewissermaßen wäre der Revisionsführer durch Einlegung eines erfolglosen Rechtsmittels für die Verzögerung sogar mitverantwortlich. Hingegen umfasst der Schutz des Beschleunigungsgebotes alle Instanzen; zudem gilt bis zur Rechtskraft die

¹⁰⁶⁶ BGH, NJW 2009, 3734.

¹⁰⁶⁷ Zust. Reich, S. 136 f.

¹⁰⁶⁸ Reich, S. 135.

¹⁰⁶⁹ Dies kann etwa bei der Zuleitung der Akten gem. § 347 StPO vom LG an den BGH geschehen, siehe BGHSt 35, 137.

¹⁰⁷⁰ Bis zu deren Ablauf ist eine Berücksichtigung nur auf Rüge möglich (BGH, NStZ 2000, 418; BGH, NStZ-RR 2002, 166).

Unschuldsvermutung. Eine Kompensation kann ihm daher nicht abgesprochen werden, wie *Hamm*¹⁰⁷¹ zutreffend ausführt. Er schlägt vor, derartigen Fällen mit der Einstellung aufgrund eines Verfahrenshindernisses zu begegnen, bezieht sich dabei jedoch wiederum auf den Zeitpunkt vor der Entscheidung des Großen Senats und damit ebenso auf mögliche Strafmilderungen im Falle rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen. Wenngleich dafür auch nach Etablierung der Vollstreckungslösung ein geringer Anwendungsbereich verbleiben soll,¹⁰⁷² wäre nunmehr zusätzlich der Rechtsweg nach den §§ 198 ff. GVG eröffnet. Seit Einführung des „Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren“¹⁰⁷³ im Jahr 2012 kann bei Vorliegen einer Verfahrensverzögerung eine eigenständige Entschädigung in Geld eingeklagt werden.¹⁰⁷⁴ Jedenfalls aber scheidet eine Strafmilderung durch das Revisionsgericht aus. Dies verhindert zugleich die unsachgemäße Vermengung von Elementen der Strafmilderung und Vollstreckung, wie sie der Große Senat inkonsequenterweise¹⁰⁷⁵ weiterhin vorsieht¹⁰⁷⁶.

In Ansehung der besagten Vollstreckungslösung ist indes zu hinterfragen, ob das Revisionsgericht nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist nicht nur von Amts wegen eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zu berücksichtigen¹⁰⁷⁷, sondern auch eigenständig einen „Vollstreckungsrabatt“ anzuerkennen hat. Wie dargelegt handelt es sich dabei um keine Rechtsfolgenfestsetzung; Letztere bleibt vielmehr unberührt. Dass die Strafvollstreckung einen von der Verhängung der Rechtsfolgen unabhängigen Schritt darstellt, verdeutlicht deren Regelung in einem eigenen Buch der Strafprozessordnung. Mit ihr betraut sind nicht zuletzt Organe (die Staatsanwaltschaft nach § 451 StPO, in bestimmten Fällen auch die Strafvollstreckungskammer), die auf die Festsetzung der Rechtsfolgen im tatgerichtlichen Verfahren grundsätzlich keinen Einfluss haben. Das Bundesverfassungsgericht möchte die Aufklärung und Würdigung neuer Umstände zum Ausgleich einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzöge-

¹⁰⁷¹ *Hamm*, Rn. 1119 (6. Aufl.). A. A.: BGH, NStZ 1997, 29 ff., m. zust. Anm. v. *Scheffler*.

¹⁰⁷² Siehe die Ausführungen *Hamms*, Rn. 1241, m. w. N. und die Fallkonstellation bei BGHSt 35, 137 ff.

¹⁰⁷³ Siehe BT-Drucks. 17/3802.

¹⁰⁷⁴ Aufgrund der dem Revisionsgericht nicht gegebenen Möglichkeit, die Strafe selbst zu mildern, kann hier auch die sonst erforderliche „Verzögerungsrüge“ nach § 198 III 1 GVG als entbehrlich angesehen werden.

¹⁰⁷⁵ *Heghmanns*, ZJS 2008, 199 f.

¹⁰⁷⁶ BGHSt 52, 124, 146.

¹⁰⁷⁷ So etwa BGH, NJW 1995, 1101.

nung zum Teil den Tatgerichten überlassen.¹⁰⁷⁸ Nach der Entscheidung des Großen Senats sind insoweit jedenfalls Art und Ausmaß der Verzögerung sowie ihre Ursachen zu ermitteln und im Urteil konkret festzustellen.¹⁰⁷⁹ Ferner sind zur Feststellung einer langen Verfahrensdauer im Einzelfall Kriterien heranzuziehen wie die Schwierigkeit des Verfahrens, seine Bedeutung für den Beschuldigten sowie dessen Verhalten und das der Strafverfolgungsbehörden.¹⁰⁸⁰ Dies verlangt dem zur Feststellung befugten Organ unter anderem Ermittlungen ab, die sich am persönlichen Eindruck des Angeklagten zu orientieren haben.

Entscheidet das Revisionsgericht dem Bundesverfassungsgericht zufolge in willkürlicher Weise selbst, verstoße es nicht nur gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, sondern gleichermaßen gegen Art. 101 I 2 GG.¹⁰⁸¹ Diese Aussage hatte das Bundesverfassungsgericht hingegen im Jahr 2007 getroffen, demnach vor Etablierung der Vollstreckungslösung. Eine Strafmilderung den Tatgerichten aufzuerlegen, erscheint im Angesicht des Wesens der Revision nur konsequent. Die folgenreiche Annahme von Verfassungsverstößen trifft auf die nunmehr von Amts wegen zu berücksichtigende Vollstreckungslösung indes nicht zu. Zu der Frage, welches (Instanz-) Gericht für die den Strafgerichten obliegende Verpflichtung, eine überlange Verfahrensdauer angemessen zu neutralisieren, befugt ist, hat sich der Große Senat nicht geäußert. In seiner Entscheidung ist zwar zum Teil vom „Tatrichter“, mitunter aber auch generell von den „Strafgerichten“ die Rede;¹⁰⁸² er selbst bezweckt mit der Zugrundelegung der Vollstreckungslösung, die Grundsätze des Strafzumessungsrechts des Strafgesetzbuchs gerade unberührt zu lassen und den Fokus stattdessen auf den von jeder gerichtlichen Instanz losgelösten Entschädigungsgedanken zu richten.¹⁰⁸³ In faktischer Hinsicht sind Revisionsrichter zunächst prinzipiell fähig, eine den Tatgerichten in nichts nachstehende Aufklärung der Umstände zu betreiben, die für eine eventuell rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung von Bedeutung sind. Aus normativer Perspektive entschlüpfte das Revisionsgericht im Falle einer erforderlichen Kompensation durch Vollstreckungsrabatt seiner

¹⁰⁷⁸ BVerfG, NStZ 2007, 710, 711: Eine Sachentscheidung sei im Falle unzulänglicher tatsächlicher Grundlagen für eine Strafzumessung nicht angängig, etwa wenn die Verzögerung zu einer außergewöhnlichen, nicht vorherzusehenden oder zu kalkulierenden Belastung des Angekl. geführt habe.

¹⁰⁷⁹ BGHSt 52, 124, 146.

¹⁰⁸⁰ Siehe die Ausführungen und Nachweise bei *Reich*, S. 29 ff.

¹⁰⁸¹ BVerfG, NStZ 2007, 710, 711.

¹⁰⁸² BGHSt 52, 124, 146.

¹⁰⁸³ BGHSt 52, 124, 129.

Rolle als Rechtskontrollinstanz im engeren Sinne und wandelte sich stattdessen zum Adressaten einer Entschädigungsinstanz: Bei fehlenden Einwänden gegen das Urteil ist der Aufgabenbereich des Tatrichters nicht mehr berührt¹⁰⁸⁴ und dessen Zuständigkeit damit beendet. Auch würde man dem Revisionsführer im Hinblick auf die als abgeschlossen zu beurteilende tatrichterliche Entscheidung keine weitere Rechtsmittelinstanz vorenthalten. Der Vollstreckungsabschlag ist nur eine von mehreren Formen der Wiedergutmachung, was zugleich die §§ 198 ff. GVG demonstrieren. Eine Klage auf Geldentschädigung wegen einer Verfahrensverzögerung auf Bundesebene unterliegt ebenfalls keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr. Jedenfalls bleibt der Weg zum Bundesverfassungsgericht stets eröffnet. Schließlich erweist sich eine Wiedergutmachung der eingetretenen Verzögerung durch das Revisionsgericht als geradezu zweckmäßig, dürfte dieses eine dem Revisionsverfahren anzulastende überlange Verfahrensdauer doch in der Regel besser ermitteln können als das dem Revisionsverfahren fernere Tatgericht. Ein Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG läge bei der revisionsgerichtlichen Anwendung der Vollstreckungslösung demnach keineswegs nahe. Ebenso wenig ginge damit eine etwaige „Unfairness“ einher, wird doch gerade – zumindest insoweit im Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht¹⁰⁸⁵ – den Belangen des Beschuldigten gerecht, das Verfahren ohne eine weitere sachfremd anmutende Zurückverweisung nunmehr zügig und rechtsfriedensichernd zu beenden.

Während derartige Fälle vor Etablierung der Vollstreckungslösung stets ohne überzeugenden Gesetzesbezug abgehandelt wurden¹⁰⁸⁶, soll der später eingeführte § 354 Ia 2 StPO, der laut Gesetzesbegründung allein im Rahmen einer Hauptverhandlung Anwendung finden kann, nunmehr eine „klare Grundlage“ darstellen¹⁰⁸⁷. Dass letztere Regelung freilich nicht auf eine derartige Konstellation zugeschnitten ist, vermittelt bereits der Umstand mangelnder „Gesetzesverletzung“ nur bei Zumessung der „Rechtsfolgen“ durch das Tatgericht. Auch

¹⁰⁸⁴ So i. E. auch *Reich*, S. 140.

¹⁰⁸⁵ BVerfG, NStZ 2007, 710, 711. Insoweit auch *Scheffler*, NStZ 1997, 30: „Weitere Verfahrensdauer (nur) zur Berücksichtigung von Verfahrensdauer kann nicht ernsthaft erwogen werden.“

¹⁰⁸⁶ BGH, NStZ 1997, 29 (dort „§ 354 II“, gemeint ist wohl § 354 I StPO); BGH, wistra 2003, 20; *Scheffler*, S. 260 f., verweist auf die Möglichkeit einer Analogie zu § 354a StPO.

¹⁰⁸⁷ *Reich*, S. 139. Dies verwundert schon angesichts seiner mitunter analogen Anwendung, siehe BGH, wistra 2008, 303, 304.

das Antragserfordernis, das als Kontrollinstrument¹⁰⁸⁸ dazu dienen soll, eine fehlende Zurückverweisung zusätzlich zu legitimieren, erübrigt sich, da eine solche in zweckmäßiger Weise ohnehin nicht zu erfolgen hat. Die seitens des Gesetzgebers aber ebenso vorgesehene Durchführung der Hauptverhandlung vermag zu weiteren unerwünschten Verzögerungen – zu Lasten des Angeklagten – zu führen. § 354 Ia 2 StPO erweckt insoweit daher den Eindruck eines Fremdkörpers, der einer Rechtsbeschwerdeinstanz über ihr eigentliches Wesen hinausgehende Befugnisse einzuräumen sucht, nicht jedoch als Vorschrift, die der Revision eine ausnahmsweise berechnigte Kompetenz zubilligen könnte, die gerade einem dem Individualschutzgedanken entspringenden Streben nach Prozessökonomie geschuldet wäre.

(2) Das Erfordernis einer Revisionshauptverhandlung unter dem Gesichtspunkt der Akzeptanz

Abschließend sind Aspekte ideeller Art aufzuzeigen, die mit der Anwesenheit des Angeklagten in einer Hauptverhandlung einher- und über den Gehalt des weitgehend formalen Prinzips der Öffentlichkeit hinausgehen mögen. Die vermeintliche Genugtuungsfunktion einer Hauptverhandlung bei begünstigenden Entscheidungen wurde bereits angesprochen; die Akzeptanz wäre insofern das Gegenstück hinsichtlich benachteiligender Richtersprüche. Diesbezüglich ist zunächst wiederum auf die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs zurückzukommen, der eine Hauptverhandlung im Rahmen einer reinen Rechtskontrolle als entbehrlich erachtet, mit Verweis auf eine schon stattgefundene Hauptverhandlung, eine ausreichende Aktenlage, eine fehlende Kompetenz zur Schärfung der Strafe oder eine geringfügige Straftat. Bis auf begrenzte und – zum Teil ohnehin unzulässige – gesetzliche Möglichkeiten zur eigenen Sachentscheidung ist die Revision im Kern als Rechtsbeschwerdeinstanz ausgestaltet. Diejenigen Fälle rechtlicher Kontrollmöglichkeiten und die sich daraus unmittelbar ergebenden und gesetzlich festgehaltenen Konstellationen zur Durchentscheidung sind grundsätzlich der angemessenen Behandlung im Beschlussverfahren zugänglich.¹⁰⁸⁹ § 358 II StPO garantiert dies. Die dem Revisionsgericht

¹⁰⁸⁸ Siehe dazu *Reich*, S. 140.

¹⁰⁸⁹ Wegen angemessener Entscheidungsmöglichkeit aufgrund der Aktenlage ist es letztlich unerheblich, wenn der EGMR den Tatsachenbegriff weiter zu fassen scheint als die innerstaatliche Justiz, anders aber *Meyer-Mews/Rotter*, *StraFo* 2011, 16.

dennoch eröffneten Feststellungskompetenzen ermöglichen erst eine umfangreiche Rechtskontrolle. Im Hinblick auf dennoch erhobene Bedenken wird indes zu sehen sein, ob unter jeglichen zur Verfügung stehenden prozessualen Mitteln lediglich das Instrument einer Revisionshauptverhandlung Abhilfe zu schaffen vermag. Offen bleibt hingegen, inwiefern es sich um „geringfügige Straftaten“ handeln muss, um den Verzicht auf eine mündliche Verhandlung zu rechtfertigen. Dieser Ansicht scheint die Überlegung zugrunde zu liegen, die Verurteilung zu schwerwiegenden Delikten würde trotz Einhaltung der vorgeannten Voraussetzung im Rahmen einer Hauptverhandlung eher akzeptiert. Allein derartige Delikte, etwa mit Verbrechenscharakter (was zugleich die weitere Frage nach klaren Abgrenzungskriterien aufwirft¹⁰⁹⁰), in einer nur vermeintlich mehr Garantien anbietenden Hauptverhandlung zu behandeln,¹⁰⁹¹ wäre zunächst weder der Rechtseinheit noch der Rechtsfortbildung in besonderem Maße förderlich angesichts einer ebenso gebotenen einheitlichen Auslegung von Straftatbeständen mit geringer Strafandrohung. Der Einzelfallgerechtigkeit dürfte gleichermaßen nicht damit gedient sein, bestimmte Delikte einer angeblich weniger gewissenhaften Kontrolle zu unterziehen. Als nicht zulassungs- oder annahmebeschränktes Parteirechtsmittel muss jeder Vortrag, selbst wenn er geringfügige Delikte betrifft, als gleichwertig anzusehen sein. Mag auch im Rahmen der Annahmeverurteilung oder aber des Strafbefehlsverfahrens nach dem Bagatellprinzip vorgegangen werden, sind die Ausgangsbedingungen dort doch andere.¹⁰⁹²

Die vermeintliche Akzeptanzfunktion einer Hauptverhandlung ist angesichts der weitgehenden psychischen Belastungen, die mit einer solchen gerade bei schwerwiegenden Delikten einhergehen, schwer nachzuvollziehen, zumal eine mündliche Verhandlung in der Tatinstanz bereits mindestens einmal durchlaufen wurde und der zuweilen weite Weg zum Revisionsgericht ohnehin eine zusätzliche Beschwerne darstellen dürfte. Gewiss ist eine diesbezügliche Bewer-

¹⁰⁹⁰ Bei den entschiedenen Fällen handelt es sich vielmehr um „klare Fälle“, die dazu verleiten lassen, die ein oder andere Verfahrensweise als bereits unverhältnismäßig zu beurteilen: So sollen etwa zwei Jahre Freiheitsstrafe nicht mehr geringfügig sein (EGMR, EUGRZ 1991, 415, 416 f.), wohl aber eine Geldbuße von 80 bis 100 DM (EGMR, EUGRZ 1991, 419 ff.).

¹⁰⁹¹ Für die Berücksichtigung der Bedeutung der Sache ebenfalls eintretend *Meyer-Mews/Rotter*, StraFo 2011, 16.

¹⁰⁹² Die Berufung ist als zweite Tatsacheninstanz kein Instrument der Kontrolle, das der Rechtseinheit oder -fortbildung dienen könnte. Auch ist die Berufungsannahme nicht etwa Zulässigkeitsvoraussetzung der Revision, siehe BGHSt 40, 395, 396 ff.

tung stets abhängig von individuellen Befindlichkeiten, was jedoch nicht bedeutet, eine mündliche Verfahrensweise stelle den einzigen Weg dar, Akzeptanz zu fördern. Wenn man darunter die Möglichkeit der Beteiligten versteht, die Bemühungen des Gerichts zu erkennen, sich ernsthaft mit einem Fall zu beschäftigen und ihn hinreichend zu würdigen, wäre dies mittels eines transparenten Verfahrens oder durch eine nachhaltige Entscheidungsbegründung zum Ausdruck zu bringen, die momentan lediglich in Ausnahmefällen – oder im Falle der Durchführung einer Hauptverhandlung – gewährt wird. Der geltenden Ausgestaltung der §§ 350, 351 StPO ist eine derartige Funktion gerade nicht immanent, zumal die Anwesenheit des Angeklagten nur fakultativ ist. Wenn mitunter vorgetragen wird, allein seine Wahlmöglichkeit, zur Hauptverhandlung zu erscheinen, vermöge schon die Akzeptanz zu stärken¹⁰⁹³, hilft dies bei der hier in Frage stehenden Problematik nur bedingt weiter, setzt besagte Ansicht doch voraus, dass stets eine Verhandlung durchgeführt wird.

c) **Fazit**

Eine Hauptverhandlung soll vor allem der Wahrheitsermittlung und dem Rechtsgehör beziehungsweise der effektiven Verteidigung des Angeklagten dienen. Der Öffentlichkeitsgrundsatz geht insbesondere mit der Eruiierung der Wahrheit einher und ist vornehmlich in den Tatinstanzen von Bedeutung. Gleiches gilt für das Mündlichkeitspostulat, das in engem Verbund mit dem Unmittelbarkeitsprinzip steht. Mangels umfassender Wahrheitsermittlung in der Revisionsinstanz sind dem Beschlussverfahren diesbezüglich keine grundsätzlichen Einwände entgegenzusetzen. Ebenso wenig ist die revisionsgerichtliche Feststellung von Verfahrenstatsachen im Freibeweisverfahren in Zweifel zu ziehen, soweit insbesondere die Tatinstanzen ihrer Filterfunktion gerecht werden. Es konnten zudem keine Argumente gefunden werden, welche die Durchführung einer Hauptverhandlung unter dem Aspekt des Rechtsgesprächs als zwingend erscheinen lassen. Berücksichtigung müssen dabei insbesondere die eng gezogenen Grenzen der praktischen Realisierbarkeit eines solchen finden. Erfahrenen Juristen im Richterkollegium ist die schriftliche Bearbeitung eines Rechtsproblems trotz seiner eventuellen Schwierigkeit zuzumuten. Dies bedeutet jedoch keineswegs, der Angeklagte beziehungsweise sein Verteidiger könnte

¹⁰⁹³ So *Walbaum*, S. 72.

keinen Einfluss auf die Rechtsfindung des Gerichts nehmen. Vielmehr obliegt es dem Revisionsführer, schon auf dem Schriftwege Stellung zu beziehen. Die Parteiöffentlichkeit nützt in erster Linie wiederum dem staatlichen Interesse der Wahrheitserforschung. Dem Angeklagten selbst kommt sie bei belastenden Entscheidungen, wenn überhaupt, nur als pädagogische Einwirkung zugute oder bei Richtersprüchen zu seinen Gunsten aus Gesichtspunkten der Akzeptanz. Dabei vermag allein die überbewertete Symbolkraft einer Hauptverhandlung die durch sie hervorgerufenen Belastungen nicht zu rechtfertigen. Ein schriftliches Verfahren ist schließlich im Hinblick auf die Gewährung rechtlichen Gehörs nicht schlechthin ungeeignet. Dennoch ist der schriftliche Diskurs im Rahmen des § 349 II StPO auf den in der Praxis häufig unzureichend begründeten Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft ausgelegt; der Bezug zum eigentlich zur Entscheidung berufenen Organ ist nicht hergestellt. Die Kombination des Antragserfordernisses und diesbezüglicher Gegenerklärung mutet daher als unvollkommener Zwischenschritt an. Bedenken gegen ein schriftliches Verfahren im Rahmen eigener Sachentscheidungen des Revisionsgerichts sind indes nur in denjenigen Fällen anzumelden, in denen gleichzeitig eine Wesensänderung des Revisionscharakters eintreten würde, die bereits die Unzulässigkeit derartiger Befugnisse zur Konsequenz hat.

Im Rahmen des an anderer Stelle¹⁰⁹⁴ angesprochenen und heutzutage allgegenwärtigen Abwägungsbedürfnisses zwischen Beschleunigungs- und Individualinteressen kann bei einer – sinnvollen – schriftlichen Verfahrensausgestaltung nach alledem kaum von den sonst unumgänglichen Einschränkungen die Rede sein. Während man Revisionsrichtern damit auf der einen Seite mit einer dem Tatrichter obliegenden Ermittlungs- und Strafzumessungstätigkeit im schriftlichen Verfahren zu viel zumutet, sollte man sie auf der anderen Seite in dem Gedanken bestärken, die Klärung rein rechtlicher Gesichtspunkte auch ohne eine mündliche Aussprache mit den Prozessbeteiligten bewältigen zu können.

¹⁰⁹⁴ Siehe S. 13.

IV. Die Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren

Als grundsätzlicher Vorzug einer Hauptverhandlung gegenüber dem Beschlussverfahren wurde schon angedeutet, sie vermöge allen Richtern gleichermaßen den relevanten Prozessstoff für die Entscheidungsfindung zu vermitteln. Dies stellt freilich nicht notwendigerweise ein vorrangiges Problem mangelnder Mündlichkeit oder einer fehlenden Hauptverhandlung dar, insbesondere angesichts der dominierenden Schriftlichkeit des Revisionsverfahrens. Vielmehr handelt es sich um Fragestellungen gerichtsverfassungsrechtlicher Art beziehungsweise gerichtswissenschaftlicher Art. Losgelöst davon, ob im Beschlussverfahren Zulässigkeits- oder Begründetheitsfragen entschieden werden sollen, muss das Verfahren vom Ausgangspunkt her zunächst gleich ablaufen, dient es doch erst dazu, Antworten auf diese Fragestellungen zu finden. Selbst wenn die Möglichkeit besteht, wie im Falle des § 349 II StPO in das Urteilsverfahren zu wechseln, ist zunächst das Entscheidungsmaterial zu sichten. Man wird also nicht von vornherein verschiedene Verfahrenswege einschlagen können, ohne die dazu gegebenenfalls benötigten Informationen auf einheitlicher Entscheidungsgrundlage auszuwerten. Im Folgenden soll anhand der dazu vertretenen Ansätze ermittelt werden, wie die Ausarbeitung des Prozessstoffes und die darauf aufbauende Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren von Gesetzes wegen ablaufen haben. Die Ausführungen werden sich vornehmlich der internen Verfahrensweise am Bundesgerichtshof widmen.

1. Die Ansicht der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts soll die Vorgehensweise im Rahmen des eingangs beschriebenen¹⁰⁹⁵ „Vier-Augen-Prinzips“ als Entscheidungsfindungsprozess genügen. Während sich alle Richter auf demselben Informationsstand befinden müssten, setze dies gleichwohl nicht ihrer aller Aktenkenntnis voraus. Der Berichterstattervortrag sei ein geeigneter und unbedenklicher Weg, die Beisitzer mit den maßgeblichen Problemen des Falles vertraut zu machen. Sinn und Zweck eines Kollegialgerichts bestünden gerade darin, Arbeit aufzuteilen und entscheidungserhebliche Probleme im Spruchkörper

¹⁰⁹⁵ Siehe S. 70 f.

zu erörtern.¹⁰⁹⁶ Es sei als Ausfluss richterlicher Unabhängigkeit zu begreifen, ob sich jeder Richter selbst die entscheidungsrelevanten Aspekte aus den Akten erarbeite oder ob der Berichterstatter sie über die maßgeblichen Gesichtspunkte informiere. Allen Richtern sei es unbenommen, sich selbst unmittelbar aus den Akten kundig zu machen, sofern man dies zusätzlich zum Berichterstattervortrag für erforderlich halte.¹⁰⁹⁷ Lediglich bei gänzlichem Fehlen eines Austauschs der beteiligten Richter vor der Entscheidung könne von einer Nichtanhörung der Parteien im Rahmen des Art. 103 I GG gesprochen werden.¹⁰⁹⁸ Im Übrigen seien von Verfassungs wegen alle Möglichkeiten der Kenntniserlangung ausreichend.¹⁰⁹⁹

2. Der Meinungsstand in der Literatur

Stimmen in der Literatur, welche die Ansicht der Rechtsprechung zum „Vier-Augen-Prinzip“ teilen, berufen sich ergänzend zu den dort vertretenen Legitimationsansätzen auf folgende Gesichtspunkte: So verdeutliche § 351 I StPO, der mündliche Vortrag sei ein ausreichendes Medium, um die übrigen Mitglieder des Gerichts über den Fall zu informieren.¹¹⁰⁰ Die Reform des § 349 II StPO im Jahr 1964 sei unter Bezugnahme auf den Einfluss des Berichterstatters erfolgt, was den Berichterstattervortrag gar als die vorgesehene Form der Kenntniserlangung erscheinen lasse.¹¹⁰¹ Überdies seien Revisionsrichter derart qualifizierte Juristen, dass ein Unterschied in der Qualität der Überzeugungsbildung auszuschließen sei;¹¹⁰² auch Beisitzer würden den Akteninhalt durch den Vortrag „persönlich“ und damit unmittelbar zur Kenntnis nehmen.¹¹⁰³ Unzulänglichkeiten seien aufgrund der Aktenkenntnis des Vorsitzenden¹¹⁰⁴ und der Erfahrung und langjährigen Zusammenarbeit von Richtern an einem Bundesgericht auszuschließen, zumal Unvollständigkeiten durch Rückfragen

¹⁰⁹⁶ BVerfG, NJW 1987, 2219, 2220; BVerfG, NJW 2012, 2334, 2336; BGH, NStZ 1994, 353, 354; BGH, NJW 2016, 343.

¹⁰⁹⁷ BVerfG, NJW 2012, 2334, 2336; BGH, NStZ-RR 2013, 214; BGH, NStZ-RR 2013, 318.

¹⁰⁹⁸ OLG Koblenz, NJOZ 2007, 5371, 5380.

¹⁰⁹⁹ BVerfG, NJW 1987, 2220; zust. OLG Koblenz, NJOZ 2007, 5371, 5379.

¹¹⁰⁰ Mosbacher, NJW 2014, 125; Penner, S. 18 f.

¹¹⁰¹ Mosbacher, NJW 2014, 126.

¹¹⁰² Penner, S. 19; Stoll, S. 59.

¹¹⁰³ In Bezug auf den Zivilprozess: Schultz, MDR 1983, 633.

¹¹⁰⁴ Fünfter Strafsenat, NStZ 2013, 563.

schnell aufgedeckt würden.¹¹⁰⁵ Der Erfolg einer Revision sei ohnehin nicht von der Person des Berichterstatters abhängig, sondern von einer Vielzahl empirisch nicht messbarer Faktoren. Nicht zuletzt fließen prozessökonomische Sichtweisen mit ein: Das Lesen der Akten durch alle fünf Richter sei mit erheblichem sachlichen und zeitlichen Mehraufwand verbunden.¹¹⁰⁶ Anderen Autoren erscheint das „Vier-Augen-Prinzip“ „jedenfalls bei den Gerichten der ersten und zweiten Instanz schon aus Zeitgründen geboten“. Eine vollständige Aktenkenntnis als Voraussetzung für qualitativ bessere Entscheidungen anzusehen, sei eine reine Hypothese und eine Diskussion hierüber müßig.¹¹⁰⁷

Ein Großteil der Literatur hingegen schließt aufgrund der aktuellen Gesetzeslage auf eine Pflicht aller Richter zur umfassenden Lektüre der Revisionsunterlagen: Art. 103 I GG gebiete, nicht nur der Spruchkörper als Ganzes, sondern jeder beteiligte Richter habe das Vorbringen des Beschwerdeführers unmittelbar zur Kenntnis zu nehmen und nicht lediglich mittelbar über den Berichtstattervortrag.¹¹⁰⁸ Auch aus Art. 101 I 2 GG sei zu folgern, alle Richter müssten über den gleichen Kenntnisstand verfügen, was das „Vier-Augen-Prinzip“ nicht gewährleiste.¹¹⁰⁹ Ferner taste man durch Letzteres die Unabhängigkeit der Beisitzer an.¹¹¹⁰ Unter dem Gesichtspunkt der Berechenbarkeit staatlichen Handelns sei schließlich zugleich Art. 20 III GG tangiert.¹¹¹¹ Zehn Augen sähen namentlich quantitativ – durch eine Genauigkeitssteigerung – und qualitativ – durch unterschiedliche subjektive Wahrnehmungen einzelner Richter – mehr als vier Augen. Es könne mithin nicht ausgeschlossen werden, Beisitzer verträten bei eigener Aktenkenntnis angesichts unbewusster Sachverhaltsverzerrungen¹¹¹² eine andere Rechtsauffassung.¹¹¹³

Vertreter differenzierender Ansichten möchten zwar eine Unterschreitung des normativ gebotenen Minimums an Kontroll- und Prüfungsdichte ausgeschlossen wissen. Aus den gesetzlichen Vorgaben könne allerdings nicht gefol-

¹¹⁰⁵ *Detter*, StV 2004, 349; *Stoll*, S. 59; *Schneider*, DRiZ 1984, 362.

¹¹⁰⁶ Fünfter Strafsenat, NStZ 2013, 563.

¹¹⁰⁷ *Pasker*, ZAP 2013, 970.

¹¹⁰⁸ *Fischer/Eschelbach/Krehl*, StV 2013, 401; *Fischer*, NStZ 2013, 432; *Meyer-Mews/Rotter*, StraFo 2011, 18. Für die Zivilkammern am LG: *Doehring*, NJW 1983, 851; *von Stackelberg*, MDR 1983, 364; *Däubler*, JZ 1984, 357 f.

¹¹⁰⁹ *Däubler*, JZ 1984, 358; *Doehring*, NJW 1983, 852.

¹¹¹⁰ *Von Stackelberg*, MDR 1983, 365; *Doehring*, NJW 1983, 853; *Däubler*, JZ 1984, 358 ff.

¹¹¹¹ *Doehring*, NJW 1983, 853.

¹¹¹² *Fischer/Eschelbach/Krehl*, NStZ 2013, 564.

¹¹¹³ *Doehring*, NJW 1983, 851.

gert werden, alle zur Entscheidung berufenen Richter müssten sämtliche Unterlagen lesen. Während Verfechter des „Vier-Augen-Prinzips“ jedenfalls in schwierigen Fällen die Aktenkenntnis aller Richter begrüßen, führe dies zu einer nach Belieben mehr oder weniger sorgfältigen Prüfung. Befürworter des „Zehn-Augen-Prinzips“ müssten sich jedoch die Existenz einfach gelagerter Revisionen eingestehen, die ohne Verlust entscheidungserheblicher Inhalte vom Berichterstatter vorgetragen werden könnten.¹¹¹⁴ Im Übrigen gewähre das Einstimmigkeitserfordernis hinreichenden Schutz gegen Fehlentscheidungen.¹¹¹⁵

3. Analyse

Die dargestellten Ansichten erheben zur Kernthematik die Vorgehensweise nach dem „Vier-“ oder „Zehn-Augen-Prinzip“, weswegen sich die folgende Analyse der von Gesetzes wegen bestehenden Anforderungen an die Verfahrensweise zur Entscheidungsfindung vornehmlich auf diese beiden Alternativen bezieht.

a) Die gesetzlichen Anforderungen an den Entscheidungsfindungsprozess

aa) § 8 GO BGH

Der Bundesgerichtshof ist gemäß § 140 GVG befugt, seine Angelegenheiten durch eigene Rechtsetzung zu regeln, weshalb die Geschäftsordnung des Bundesgerichtshofs als untergesetzliches Regelwerk zu qualifizieren ist¹¹¹⁶. Nach § 8 I GO BGH, der sich auf das Entscheidungsfindungsverfahren im Urteilsverfahren bezieht,

¹¹¹⁴ Hamm/Krehl, NJW 2014, 905.

¹¹¹⁵ Brause, JR 2013, 138.

¹¹¹⁶ BVerfGE 1, 144, 148, wonach ihre Rechtsnatur nicht explizit geregelt ist, aber überwiegend als autonome Satzung qualifiziert werde. Siehe dazu Mellwitz, NJW 1962, 779 f., demzufolge Geschäftsordnungen kein obj. Recht statuieren, da sie persönlich auf den Kreis ihrer Mitglieder und sachlich auf ihre Angelegenheiten beschränkt seien.

„(...) ernennt der Vorsitzende des Senats einen Berichterstatter, und zwar in der Regel, nachdem er Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt hat. (...)“

§ 8 II GO BGH lässt verlauten:

„Wird die Revision durch Beschluss erledigt, so genügt ein mündlicher Vortrag des Berichtstatters.“¹¹¹⁷

Im Hinblick auf die eingangs vorausgesetzte grundsätzliche Gleichbehandlung von eingehenden Revisionen könnten Zweifel angemeldet werden, schweigt doch § 8 I GO BGH über die Vorgehensweise bis zur Entscheidung über die Durchführung der Hauptverhandlung. Offenbar soll grundsätzlich allein der Vorsitzende ohne Rücksprache mit dem übrigen Spruchkörper über die Anberaumung der Hauptverhandlung bestimmen können. Dieser zunächst befremdlich klingende Schluss könnte durchaus § 349 II StPO selbst zu entnehmen sein. Wenn das Beschlussverfahren Einstimmigkeit voraussetzt und der Vorsitzende als derjenige, der die Revisionsakte zu Beginn liest, das Beschlussverfahren für nicht angebracht hält, vermag bereits seine Gegenstimme das geforderte einstimmige Ergebnis zu unterlaufen. Ob seine Auffassung hingegen im Rahmen einer Zwischenberatung mit den Beisitzern noch zu Fall gebracht werden könnte, ist zumindest nicht auszuschließen.

§ 8 II GO BGH scheint auf den ersten Blick das „Vier-Augen-Prinzip“ zu legitimieren.¹¹¹⁸ Allerdings wurde die Vorschrift zum einen nie an die geänderte Gesetzeslage des § 349 StPO ab 1964 angepasst.¹¹¹⁹ Zum anderen sind Bedenken hinsichtlich ihrer Aktualität angebracht: So sieht etwa § 1 I GO BGH sechs Zivilsenate (heute: zwölf) und sechs Strafsenate (heute: fünf) vor.¹¹²⁰ Während die Mitglieder des fünften Strafsenats die besagte Regelung der Geschäftsordnung durch (lediglich Kammer-) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹¹²¹ ausdrücklich gebilligt sehen,¹¹²² ist die hier entscheidende Vorschrift dort nicht einmal erwähnt. Nicht zuletzt faktische Gegebenheiten mögen da-

¹¹¹⁷ „Geschäftsordnung des Bundesgerichtshofes“ vom 3.3.1952 (BAnz. 1952 Nr. 83, S. 9).

¹¹¹⁸ So auch der fünfte Strafsenat, NStZ 2013, 563.

¹¹¹⁹ Seit 1952 sind zwei Änderungen erfolgt, die jedoch andere Regelungen betrafen, siehe BAnz 1970 Nr. 74, 1971 Nr. 114.

¹¹²⁰ Weitere Bsp. bei *Fischer/Eschelbach/Krehl*, NStZ 2013, 563 (Fn. 1).

¹¹²¹ Sie verweisen auf BVerfG, NJW 1987, 2219, 2220, sowie BVerfG, NJW 2012, 2334, 2336.

¹¹²² Fünfter Strafsenat, NStZ 2013, 563.

mals zu einer derartigen Regelung verleitet haben. Gerade in den Anfangsjahren des Bundesgerichtshofs waren den Senaten mangels Fotokopierer oder anderer technischer Einrichtungen – zumutbare – Vervielfältigungsmöglichkeiten verwehrt.¹¹²³ Wenngleich dies keine zwingenden Argumente für die Nichtgeltung von § 8 II GO BGH darstellen, darf dieser jedenfalls nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen,¹¹²⁴ weshalb seine Rechtmäßigkeit erst nach der im Weiteren durchzuführenden Analyse festgestellt werden kann.

bb) § 197 GVG

§ 197 GVG regelt die Reihenfolge bei einer Abstimmung im Kollegialorgan und bezweckt, jüngere Richter beziehungsweise Schöffen nicht der Beeinflussung aufgrund der Autorität älterer (Berufs-) Richter auszusetzen, indem sie vor jenen ihre Stimme abgeben. Dabei sieht Satz 3 vor, der Berichterstatter habe als erstes zu stimmen, es sei denn, er sei gleichzeitig Vorsitzender (Satz 4). Dies könnte suggerieren, er besitze aufgrund seiner Fallkenntnis eine anerkanntswerte Autorität. Aber auch der Umkehrschluss liegt nicht fern: Wenn der Vorsitzende nach der gesetzlichen Wertung den intensivsten Einfluss auszuüben vermag und daher zuletzt seine Stimme abzugeben hat, müsste eine solche Einwirkungsmöglichkeit des Erststimmenden gerade nicht die gesetzliche Erwartung sein. Wenn § 197 GVG also die Unabhängigkeit unerfahrener Richter zu wahren sucht, soll sie nicht unbedingt durch den Berichterstatter aufgeweicht werden. Die Vorschrift bezieht sich zudem ausdrücklich nur auf die Abstimmung und nicht auf eine vorangehende Beratung oder eine andere Art des Entscheidungsfindungsprozesses. Überdies wird im Gegenschluss keine Aussage über die Vorbereitungsweise der übrigen Richter getroffen, zumal besagte Regelung im Rahmen von sowohl Beschluss- als auch Urteilsverfahren Anwendung findet, demnach ebenso bei vorangegangener Hauptverhandlung.

cc) § 349 II StPO

Jenen, die eine Entscheidungsfindung mittels des „Vier-Augen-Prinzips“ mit den vermeintlich schützenden Voraussetzungen des § 349 II StPO zu legitimie-

¹¹²³ Eschelbach, ZAP Fach 22, 755.

¹¹²⁴ I. E. auch Fischer/Krehl, StV 2012, 552 (dort nur bzgl. des gesetzlichen Richters).

ren versuchen,¹¹²⁵ ist ebenfalls zu widersprechen. Insbesondere die Heranziehung des Einstimmigkeitsprinzips kann zu der Frage, wie die Mitglieder des Spruchkörpers zu ihrer Entscheidung zu gelangen haben, nichts beitragen. Es bezieht sich lediglich auf den gemeinsamen Äußerungsvorgang des Kollegialgerichts, nicht hingegen auf innere Denkprozesse¹¹²⁶ oder den Ablauf der Entscheidungsfindung. Dass der Gesetzgeber mit der 1964er Reform das „Vier-Augen-Prinzip“ gebilligt habe, kann nicht bestätigt werden. Allenfalls ansatzweise lässt sich den Ausführungen des Abgeordneten *Kanka* entnehmen, bei einer als „offensichtlich unbegründet“ zu verwerfenden Revision hätten sich nicht alle Revisionsrichter eingehend mit ihr zu beschäftigen. Er empörte sich über die angeblich geplante fehlende Beschlussverwerfungsmöglichkeit von Revisionen der Staatsanwaltschaft und merkte an:

„Wenn das Haus [der Bundestag] nicht schon im Aufbruch wäre, würde ich einige Fälle anführen, die den Bundesgerichtshof beschäftigt haben und von denen man sagen kann: die waren es wirklich nicht wert, daß man fünf hochgelahrte Bundesrichter damit beschäftigte.“¹¹²⁷

Nicht zu rekonstruieren ist, ob *Kanka* dabei vorschwebte, nur zwei der fünf Richter hätten bei einer „o.u.“-Verwerfung die Akten zu lesen. Vielmehr mag er allein die fehlende Auseinandersetzung des Spruchkörpers mit Revisionen im Rahmen einer arbeits- und zeitaufwändigen Hauptverhandlung im Sinn gehabt haben, zumal sich auch im Rahmen des „Vier-Augen-Prinzips“ alle Richter mit der Revision „beschäftigen“, dies jedoch nur auf unterschiedliche Art und Weise.

dd) § 351 I StPO

§ 351 I StPO vermag letztlich ebenso wenig eine Aussage über die Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren zu treffen. Die Vorschrift sieht zu Beginn der Revisionshauptverhandlung einen Vortrag des Berichterstatters vor. Aus dieser Regelung wird mitunter gefolgert, der Gesetzgeber habe für das komplette Revisionsverfahren diese Art der Informationsvermittlung vorgesehen.

¹¹²⁵ Siehe Fn. 1115.

¹¹²⁶ Ebenso *Penner*, S. 18.

¹¹²⁷ Plenarprotokoll vom 21.10.1960 in BT-Drucks. 03/128, S. 7411.

Das Gesetz gehe damit scheinbar davon aus, die Qualität der Überzeugungsbildung sei bei dieser Vorgehensweise nicht gemindert. Bis auf stilistische Änderungen wurde die im Übrigen identische Entwurfsregelung zur Reichsstrafprozessordnung ohne diesbezügliche Debatte angenommen.¹¹²⁸ Gleichwohl ist zum einen nicht einzusehen, wie eine Vorschrift, die seit ihrer Altfassung im Jahr 1877 bis heute beibehalten wurde, einen Schluss auf die Regelung des § 349 II StPO zulassen soll, die erst im Jahr 1922 eingeführt und im Jahr 1964 nicht unerheblich modifiziert wurde.¹¹²⁹ Zudem war eine nach heutigen Maßstäben „erweiterte Revision“ zum damaligen Zeitpunkt nicht absehbar. Zum anderen werden durch die eingangs geschilderte Sichtweise wesentliche Unterschiede zwischen Urteils- und Beschlussverfahren verkannt: Ein Urteil ergeht zumindest auch aufgrund einer Hauptverhandlung, in deren Rahmen alle anwesenden Richter den Prozessstoff aufnehmen und verinnerlichen können. Zudem erfolgt der Vortrag öffentlich, womit nicht nur die Senatsmitglieder, sondern gleichermaßen anwesende Prozessbeteiligte Anmerkungen, Ergänzungen und Korrekturen vorbringen können.¹¹³⁰ Die mangelnde Vergleichbarkeit von § 351 I StPO mit der Vorgehensweise im Beschlussverfahren gründet ferner auf divergenten Mehrheitsverhältnissen bei der abschließenden Entscheidung (lediglich einfache Mehrheit im Urteilsverfahren, Einstimmigkeit im Beschlussverfahren).¹¹³¹

ee) Art. 103 I GG

Im Rahmen der hier zu behandelnden Thematik spielt hinsichtlich der Gewährung rechtlichen Gehörs das Element der Äußerung des Betroffenen eine untergeordnete Rolle. Vielmehr ist nun die Ausprägung des Kenntnisnahmeelements auf Seiten des Gerichts von Bedeutung.

¹¹²⁸ Im Fokus der Diskussionen stand lediglich die Gewährung des letzten Wortes, siehe *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 1038. *Schöttler*, NJW 1960, 1336, bezweifelt, der Vortrag des Berichterstatters könne in einem Kollegialgericht für das „Postulat der Mündlichkeit“ als ausreichend gewertet werden, lässt aber nicht erkennen, ob er sich dabei auf den Vortrag im Urteils- oder Beschlussverfahren bezieht.

¹¹²⁹ *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 904.

¹¹³⁰ *Vogel*, S. 51; *Wimmer*, NJW 1950, 202.

¹¹³¹ *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 904.

(1) Vermutung der Kenntnisnahme

Eine Diskussion um angebliche Defizite des „Vier-Augen-Prinzips“ wäre weitgehend müßig, ginge man mit der Rechtsprechung¹¹³² und Teilen der Literatur¹¹³³ von der Vermutung aus, die Spruchkörper würden das von ihnen entgegengenommene Parteivorbringen stets zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen. Dabei stellt sich die Frage, auf welchen Erwägungen eine solche Vermutung beruhen könnte. Zunächst gehört es zum Berufsbild des Richters, sich mit dem Vorbringen von Prozessbeteiligten auseinanderzusetzen. Ferner könnte auf den Rechtsgedanken der aus dem Verwaltungsrecht stammenden sogenannten „Ehrenmanntheorie“ verwiesen werden, der zugrunde liegt, die Obrigkeit handle aufgrund der angeordneten Gesetzesbindung in Art. 20 III GG grundsätzlich rechtmäßig¹¹³⁴. Jene, die von einer derartigen Vermutung ausgehen, beziehen sich scheinbar wiederum auf das von der Rechtsprechung vertretene Verständnis einer lediglich irgendwie gearteten Kenntnisnahme,¹¹³⁵ demnach auch auf eine solche durch praktiziertes „Vier-Augen-Prinzip“. Das Stattfinden einer Unterredung im Spruchkörper über den Akteninhalt wird jedoch keineswegs angezweifelt. Jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt verfehlt die Argumentation also den Kern der Problematik. Bezieht man allerdings die Freiheit der Richter mit ein, sich jederzeit selbst Aktenkenntnis zu verschaffen, könnte sich eine derartige Vermutung zugleich auf die ordnungsgemäße Ausübung dieses Ermessens beziehen. Dennoch ist der Hypothese staatlicher Rechtstreue nicht uneingeschränkt beizupflichten. Art. 20 III GG bietet keine Garantie für gewissenhaftes Handeln des Staates – anderenfalls bedürfte es verfassungsrechtlicher Normierungen nicht, die gerade dem Schutz des Bürgers vor dem Staat dienen sollen und notfalls mittels einer Verfassungsbeschwerde durchgesetzt werden können. Ebenso wenig wie das Strafgesetzbuch die Gewähr dafür bieten kann, dass niemand Straftaten begeht, kann das Grundgesetz staatlich verübtem Unrecht vorbeugen. Überdies vermag eine Vermutung im Allgemeinen nur solche Fälle zu erfassen, in denen ein Verfahren – berechtigterweise – nicht einsichtig ist beziehungsweise in welchen eine Unsicherheit tatsächlicher

¹¹³² BVerfGE 27, 248, 251 f.; 40, 101, 104 f.; 54, 43, 45 f.

¹¹³³ So etwa Herr, DRiZ 1984, 360, für den Zivilprozess.

¹¹³⁴ Diese wird insb. als Argument für eine Wahlfreiheit zw. Feststellungs- und Leistungsklage ins Feld geführt. Erstere ist zwar nicht vollstreckbar, hingegen soll der Staat schon aufgrund seiner Rechtstreue dem Tenor des Feststellungsurteils Folge leisten, siehe etwa BVerwG, JuS 2001, 406, 407 (Fn. 11).

¹¹³⁵ BVerfGE 65, 293, 295 f.; 70, 288, 293.

Art herrscht. Stellt sich das „Vier-Augen-Prinzip“, dessen Praktizierung in der geschilderten Form von der Rechtsprechung aber als gegeben und erwünscht angesehen wird, als rechtswidrig heraus, kann man sich nicht auf anderslautende Mutmaßungen berufen. Wenn in ihrer Existenz nicht anzuzweifelnde psychologisch wirkende Beeinflussungen und ein insoweit mangelndes Bewusstsein zu einer Selbstüberschätzung und zu darauf möglicherweise beruhenden Fehlentscheidungen führen können, lässt sich deren etwaiger Konflikt mit dem Gesetz nicht durch eine Vermutung negieren.

(2) Die Relevanz von Art. 103 I GG in Bezug auf das Kenntnismeelement

Die Rechtsprechung erachtet alle Mittel und Wege der Kenntnisnahme von Verfassungen wegen für ausreichend – nur eine gänzliche Nichtinformation der Richter über den Akteninhalt könne Art. 103 I GG tangieren. Sowohl das „Zehn-“ als auch das „Vier-Augen-Prinzip“ sehen jedoch wenigstens eine irgendwie geartete Vermittlung des Prozessstoffes gegenüber jedem Mitglied des Spruchkörpers vor. Art. 103 I GG vermag zwar keine zwingenden Aussagen über konkrete Verfahrensweisen zu treffen und ebenso wenig die Existenz gleichwertiger Verfahrensalternativen auszuschließen. Indes besteht durchaus die Möglichkeit, zumindest bestimmte Methoden auf seiner Grundlage für unzulässig zu erklären. Der Kern des Anspruches auf Gewährung rechtlichen Gehörs besteht in dem die Subjektqualität des Betroffenen repräsentierenden Element der Äußerung, dem die Komponenten der Kenntnisnahme und Berücksichtigung bei der Entscheidung gegenüberstehen. Unter „Äußerung“ ist dabei nicht lediglich das unmittelbare Revisionsvorbringen in Gestalt der Revisionsbegründung zu verstehen. Vielmehr fallen darunter auch alle Unterlagen, die damit zwingend verbunden sind und dem Revisionsgericht zur Prüfung der Revision zur Verfügung stehen (hauptsächlich das angefochtene Urteil und das Hauptverhandlungsprotokoll). Dabei ist nicht zuletzt die Konnexität von Geäußertem und Wahrgenommenem Kernbestandteil des Prozessgrundrechtes. Diese Ansicht teilt offenbar auch das Bundesverfassungsgericht.¹¹³⁶ Die Entscheidungserheblichkeit eines Gehörsverstößes für das Urteil ist hingegen gerade keine Voraussetzung. Haftete also gewissen Formen der Informationsaufnahme

¹¹³⁶ BVerfGE 64, 135, 143 f.: „Zusammenspiel von Äußern und Gehörtwerden“.

eine Divergenz zwischen dem Vorbringen der Beteiligten und dessen Rezeption auf gerichtlicher Seite an, so führte dies zu einem Mangel an Konnexität, der das Fundament des Art. 103 I GG antasten würde. Die gänzliche Nichtlekture der Akten zum bestimmenden Maßstab zu machen, führte nicht zuletzt zu Abgrenzungsproblemen: Würden etwa „lediglich“ wesentliche Teilelemente einer Äußerung übersehen, wäre dies einer vollständigen Mangelinformation faktisch gleichzusetzen.

(3) Die Adressaten des Kenntnisnahmeelements im Spruchkörper

In Bezug auf das Kollegialprinzip stellt sich demzufolge zunächst die Frage, welche Senatsmitglieder über den relevanten Prozessstoff informiert werden müssen, um dem Anspruch des Angeklagten aus Art. 103 I GG gerecht zu werden.

(a) Das Kollegialgericht als Organ der Gerichtsbarkeit

Das Idealbild eines Kollegialorgans wurde im Rahmen der Beratungen zur Einführung des Gerichtsverfassungsgesetzes blumig als „Pflanzstätte der wissenschaftlichen Praxis“ sowie als „Träger einer höheren Autorität“ umschrieben.¹¹³⁷ Kollegien sollen sich nach der modernen Gruppenforschung einerseits durch die Vorzüge der Steigerung der Arbeitsqualität durch die Gewähr allseitiger Nachprüfung¹¹³⁸ und der Vermeidung von Extrem Lösungen¹¹³⁹ auszeichnen. Als Forum umfassender Kritik ermöglichten sie eine interne und gegenseitige Kontrolle; parteiische Auffassungen ließen sich weniger leicht durchsetzen.¹¹⁴⁰ Die bessere Diagnosefähigkeit der Gruppe erlaube differenzierte und gleichwohl plausiblere Lösungen. Schließlich würden subjektive Wertungen neutralisiert und der Wertungsprozess verobjektiviert.¹¹⁴¹ Andererseits sei damit notwendigerweise eine Verlangsamung des Arbeitsganges sowie die Tendenz zu einer Kompromissbereitschaft verbunden, die mitunter dazu neige,

¹¹³⁷ So schon die Formulierung im Rahmen des Vortrags des Referenten des ersten Ausschusses der Bayerischen Kammer der Abgeordneten vom 12.11.1855 über den Entwurf einer bayerischen Gerichtsverfassung bei *Hahn*, Bd. 1, Abt. I, S. 30.

¹¹³⁸ *Weimar*, S. 199; *Berkemann*, JZ 1971, 540.

¹¹³⁹ *Bender*, S. 117; *Berkemann*, JZ 1971, 539 f.

¹¹⁴⁰ *Weimar*, S. 199.

¹¹⁴¹ *Bender*, S. 113 f., im Hinbl. auf die Feststellung des Sachverhalts.

zum Vorschein kommende Probleme zu umgehen. Auch könne das Verantwortungsgefühl des Einzelnen für die zu treffende Entscheidung in der Gruppe abnehmen.¹¹⁴²

Die heutige Gerichtsverfassung versteht das Urteil als Rechtserkenntnis eines Spruchkörpers, das heißt eines „bestimmten, durch die Gerichtsverfassung konstituierten und mit einer Zuständigkeit ausgestatteten Organs der Gerichtsorganisation“.¹¹⁴³ Ihm wird eine Entscheidung als einheitlicher Urheber zugeordnet. Bei den Akten der Mitglieder eines Richterkollegiums handelt es sich also um eine Art „gesamthänderische“ Tätigkeit, realisiert durch Beratung und Abstimmung.¹¹⁴⁴ Ein Blick auf den anglo-amerikanischen Rechtsraum deckt Unterschiede zu dem soeben geschilderten System auf: Dort ist, trotz einer mehrfach besetzten Richterbank, nicht das Kollegium Urheber der Entscheidung. Träger der rechtsprechenden Gewalt ist jeder Richter für sich, der dementsprechend ein eigenes Urteil, die „opinion“, abliefern. Im Hinblick auf eine zu fällende Entscheidung besteht demgemäß zunächst eine gewisse Anzahl von Einzelurteilen. Der Ausgang des Prozesses wird erst durch den Abgleich eines jeden Richterspruchs mit den Sprüchen der übrigen Richter bestimmt. Es wird demnach auf keine Kollegialentscheidung nach hiesigem Verständnis hingewirkt. Dieser Verfahrensweise ist zugleich die isolierte, aber gleichartige Kenntnisnahme des Prozessstoffes im Sinne des „Zehn-Augen-Prinzips“ durch jeden einzelnen Richter immanent.¹¹⁴⁵

Im Vergleich dazu könnte der Gedanke naheliegen, in unserem Kollegialsystem eine nur irgendwie geartete, nicht notwendigerweise gleichgewichtige Ausprägung des Kenntnisnahmeelements einzelner Richter vom Akteninhalt ausreichen zu lassen, da ohnehin lediglich der Spruchkörper als Einheit für die letztendlich nach außen tretende Entscheidung verantwortlich ist. Außerhalb gerichtlicher Spruchkörper sind häufig auch anderweitige organschaftlich organisierte Strukturen auf Arbeitsteilung und Mitwirkungsbeiträge unterschiedlichster Art angelegt. Allerdings setzt die Entscheidungsfindung in einem echten Kollegialgericht zum einen gerade die Vergemeinschaftung einer intellektuellen Leistung voraus, die sich durch Beratung und Abstimmung – und diese bedürfen einer hinreichenden Grundlage – vollzieht. Jedem Senatsmitglied

¹¹⁴² *Weimar*, S. 199 f.

¹¹⁴³ *Ernst*, JZ 2012, 637.

¹¹⁴⁴ *Ernst*, JZ 2012, 637.

¹¹⁴⁵ Ausführlich dazu *Ernst*, JZ 2012, 637 ff., m. w. N.

werden hinsichtlich der abschließenden Entscheidung überdies Pflichten auferlegt, die über jene des angelsächsischen Systems hinausgehen. So ist etwa ein überstimmter Vorsitzender nicht der Pflicht enthoben, das Urteil dennoch zu verkünden. Auch muss jeder der Richter seine Unterschrift unter die Entscheidung setzen, obgleich er mit seiner Meinung in der Minderheit geblieben ist. Derartige Verpflichtungen zeugen eben nicht von der Fähigkeit des Einzelnen, sich hinter dem Spruch des Kollegiums verstecken zu können. Vielmehr ist jedes Mitglied gleichermaßen gehalten, auf eine „richtige“ Entscheidung hinzuwirken, die nur auf ausreichender Informationsbasis beruhen kann. Zum anderen erscheint es sinnwidrig, jedem Richter eine gleichwertige Stimme einzuräumen, es aber gleichzeitig zu akzeptieren, wenn ihm möglicherweise entscheidungserhebliche Informationen vorenthalten werden; der Gesetzgeber hat insofern gerade nicht von der Möglichkeit asymmetrisch besetzter Spruchkörper Gebrauch gemacht¹¹⁴⁶. Generell wird Kollegialrichtern mit Blick auf das angelsächsische System damit keinesfalls weniger abverlangt. Wenngleich das echte Kollegialprinzip Zweifel aufkommen lässt, „ob sich komplexe individuelle Rechtsüberzeugungen überhaupt in eine gemeinsame Entscheidung überführen lassen, die kohärent und zugleich eine Widerspiegelung der individuellen Rechtsüberzeugungen ist“¹¹⁴⁷, so setzt es eben genau dies voraus.

(b) Die hervorgehobene Stellung von Vorsitzendem und Berichterstatter

Von drei beziehungsweise fünf Revisionsrichtern setzen sich zumindest der Vorsitzende und der Berichterstatter schon aufgrund ihrer Bezeichnung von den übrigen Richtern ab. Die Erkenntnis, in einem Kollegium müsse jeder über eine nahezu gleichgewichtige Informationsbasis verfügen, kann indes auch mit Blick auf die Hierarchie innerhalb eines Spruchkörpers nicht erschüttert werden. Zu den Aufgaben des Vorsitzenden gehören die Leitung von Verhandlungen und Beratungen (§ 194 GVG) sowie verwaltungsorganisatorische Angelegenheiten. Ihm wird gegenüber den weiteren Richtern zuweilen der „Anschein höherer Qualifikation und ein entschieden höheres Prestige“ attestiert. Aufgrund einer Reihe symbolischer und normativer Machtmittel sei er mit nicht

¹¹⁴⁶ *Däubler*, JZ 1984, 358, sieht darin keinen Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG.

¹¹⁴⁷ *Ernst*, JZ 2012, 638.

unerheblicher Autorität ausgestattet.¹¹⁴⁸ Insbesondere habe er einen „richtungsgebenden Einfluss“ auszuüben, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Rahmen des Spruchkörpers zu gewährleisten. Dieser Auftrag verlange ihm einen ausreichenden Überblick über die anhängig werdenden Sachen und deren Aktenkenntnis ab – insbesondere im Revisionsrecht.¹¹⁴⁹ Dennoch setzt die Position des Vorsitzenden gegenüber den Beisitzern kein Mehr an Kenntnisstand für die abschließende Entscheidungsbildung voraus. Dies gilt zunächst losgelöst davon, dass seine herausgehobene Rolle bereits im Hinblick auf die Beratungsleitung, der keine praktische Bedeutung zukomme,¹¹⁵⁰ und hinsichtlich einer bloß vermeintlich „normativ aufgeladenen“¹¹⁵¹ richtungsweisenden Tätigkeit angezweifelt wird. Die Gerichtsverfassung erkennt keinem Mitglied eines Kollegiums eine weiterreichende Entscheidungsbefugnis oder nur ein gesteigertes Recht zu, auf die Entscheidungsfindung einzuwirken.¹¹⁵² Auch die übrigen Mitglieder des Spruchkörpers tragen die volle Verantwortung; ihre Aufgabe und Leistung ist völlig gleich.¹¹⁵³ Während demnach zu Recht postuliert wird, der Vorsitzende müsse Aktenkenntnis besitzen,¹¹⁵⁴ bezieht sich dies auf die ihm zugewiesenen besonderen Aufgaben, kraft derer er – dem eigentlichen Entscheidungsfindungsprozess vorgelagert – über einen gewissen Informationsstand zu verfügen hat. Aufgrund dessen im Gegenschluss eine Aussage über etwaige geringere Pflichten der Beisitzer treffen zu wollen, wäre ein Trugschluss. Nichts anderes kann demnach für den Berichterstatter gelten, der wie die übrigen Richter¹¹⁵⁵ ein vollwertiges Mitglied des Kollegiums darstellt.

¹¹⁴⁸ *Lautmann*, ZRP 1972, 130. *Fischer/Krehl*, StV 2012, 556, weisen darauf hin, die höhere Kompetenz des Vorsitzenden werde im Einzelfall gerade aus dem Umstand seiner umfassenden Aktenkenntnis hergeleitet und nicht umgekehrt.

¹¹⁴⁹ BGH, NJW 1984, 129, 131; BGH, JurionRS 2012, 16973, Rn. 24; *Schünemann*, ZIS 2012, 4 ff., m. w. N.

¹¹⁵⁰ *Meyke*, DRiZ 1990, 288: § 194 GVG beziehe sich lediglich auf den organisatorischen Ablauf. Für die Beratung eines Gremiums von drei oder fünf Mitgliedern bedürfe es keiner Leitung.

¹¹⁵¹ *Schünemann*, ZIS 2012, 5.

¹¹⁵² *Meyke*, DRiZ 1990, 287.

¹¹⁵³ BVerfG, NJW 1969, 2191; BGH, NJW 1984, 129, 131; *Rissing-van Saan*, Beulke-FS, S. 971.

¹¹⁵⁴ BGH, JurionRS 2012, 10131, Rn. 39: „grundsätzlich vom Justizgewährungsanspruch geforderte und damit rechtsstaatlich unabdingbare Voraussetzung für die Leitung und Führung eines Strafsenats beim BGH“. *Paeffgen/Wasserburg*, GA 2012, 546: Die Annahme, der Vorsitzende müsse nicht alle Akten lesen, wirke „bis ans Groteske grenzend“ widersprüchlich.

¹¹⁵⁵ *Däubler*, JZ 1984, 356.

Wenn § 14 II GO BGH etwa vorsieht, Beschlüsse außerhalb der Hauptverhandlung seien lediglich von dem Vorsitzenden und dem Berichterstatter zu unterschreiben, ohne auch nur die Namen der weiteren Beisitzer zu nennen (argumentum ex § 14 I GO BGH), so ist nicht einzusehen, auf welchem Fundament eine derartige Regelung beruht. Sie suggeriert im äußersten Fall, Berichterstatter und Vorsitzender wären für die Beschlussfassung allein verantwortlich. Eine derartige Sichtweise setzte sich selbst über die weitherzige Auslegung des Bundesverfassungsgerichts hinweg, das eine – jedenfalls irgendwie geartete – Kenntnisnahme aller Beisitzer vom Akteninhalt fordert und damit ebenfalls deren Entscheidungsbefugnis anerkennt.

(4) Die Verwirklichung des Kenntnisnahmeelements beim „Vier-Augen-Prinzip“

Jeder Richter muss daher – um dies als Zwischenergebnis festzuhalten – über die entscheidungsrelevanten Aspekte informiert sein, um das gesamte erhebliche Vorbringen der Beteiligten auf seine Richtigkeit hin überprüfen und darüber beraten zu können. Damit korrespondiert insoweit ausdrücklich die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts. Das „Vier-Augen-Prinzip“ ist daher nur mit Art. 103 I GG vereinbar, wenn der Berichterstattervortrag eine umfassende Informationsbasis und Beratungsgrundlage sichert.

(a) Die Auswirkungen des Berichterstattervortrags

(aa) Vermeintliche Vorteile im Hinblick auf das Kenntnisnahmeelement

Die Vorzüge eines Vortrags über den Akteninhalt gegenüber eigener Aktenlektüre sollen sich durch nachlassende Aufmerksamkeit auszeichnen, je mehr ein Richter zu lesen habe. Nicht alle Aspekte, die er dabei scheinbar zur Kenntnis nehme, könne er auch in Erwägung ziehen, zumal die Aktenlektüre stets mit unterschiedlicher Intensität erfolgen dürfte¹¹⁵⁶. Ein von dem Vorsitzenden nötigenfalls ergänzter Vortrag des Berichterstatters beruhe demgegenüber auf

¹¹⁵⁶ So merkt *Rissing-van Saan*, Beulke-FS, S. 970, an, mit der reinen Aktenlektüre wäre es nicht getan, da man sich vorab stets auf eine bestimmte „Lesart“ einigen müsste.

gründlicher Vorbereitung.¹¹⁵⁷ Strafurteile seien von Gesetzes wegen schematisch aufgebaut und daher so beschaffen, dass immer gleiche Programmpunkte abgehandelt würden.¹¹⁵⁸

(bb) Vermeintliche Nachteile im Hinblick auf das Kenntnisnahmeelement

Demgegenüber stelle es eine nicht zu unterschätzende Schwierigkeit dar, vor allem über längere Zeiträume hinweg, dem mündlichen Vortrag, insbesondere der Darstellung einer großen Anzahl von Einzelheiten, aufmerksam zu folgen¹¹⁵⁹ und gleichzeitig Beweisprobleme, rechtliche Würdigungen, Konkurrenzfragen und strafzumessungsrelevante Besonderheiten des jeweiligen Falles zu überblicken¹¹⁶⁰. Der Berichterstatter fasse seinen Vortrag so kurz, wie er es verantworten könne, was vor allem im Fall einer unausgeführten Sachrüge kritisch sein könne.¹¹⁶¹ Häufig komme es buchstäblich auf jedes Wort an; winzige Nuancen des Urteils könnten entscheidend für Erfolg oder Misserfolg der Revision sein, zumal die Urteilstexte der Tatgerichte regelmäßig eine für das Revisionsgericht kaum zuverlässig einschätzbare Menge an subjektivem Verständnis, Vorverständnis und Interpretationen des Tatrichters enthielten.¹¹⁶² Die Revisionskontrolle sei gerade bei Strafurteilen nicht auf die Bearbeitung bestimmter Rügen beschränkt, sondern umfasse im Falle der Zulässigkeit der Revision die Prüfung von Prozessvoraussetzungen, die Überprüfung des gesamten Textes des angefochtenen Urteils auf Rechtsfehler nach dem Maßstab der „erweiterten Revision“ sowie der allgemeinen Sachrüge, schließlich die Prüfung von Verfahrensrügen. Die Arbeit der Strafsenate unterscheide sich damit arbeitstechnisch stark von denjenigen anderer Bundesgerichte.¹¹⁶³

Hauptpunkt der Kritik bildet jedoch die Subjektivität, welcher der Berichterstatter selbst – bewusst oder unbewusst – unterliege, und darauf aufbauend eine gegenüber den Beisitzern selektive und subjektiv geprägte Vermittlung sowie die dementsprechend beeinflusste Aufnahme und Verarbeitung von Informati-

¹¹⁵⁷ *Schultz*, MDR 1983, 633.

¹¹⁵⁸ *Brause*, JR 2013, 136; dem zust. *Meyer-Goßner*, Tolksdorf-FS, S. 327.

¹¹⁵⁹ *Groß-Bölting*, StraFo 2012, 447.

¹¹⁶⁰ *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 904 f.; *Eschelbach*, ZAP Fach 22, 749.

¹¹⁶¹ *Von Stackelberg*, NJW 1960, 506.

¹¹⁶² *Fischer/Krehl*, StV 2012, 554.

¹¹⁶³ *Paeffgen/Wasserburg*, GA 2012, 547 f.

onen. Dabei kommuniziere er seine eigene Interpretation des Akteninhalts mittels Auswahl und Gewichtung des Vorgetragenen, unterstützt durch Formulierung, persönlichen Stil und Erkenntnisfähigkeit der Beisitzer.¹¹⁶⁴ Bei Letzteren führe die zwangsläufig subjektive Weitergabe von seiner Ansicht nach Kernaussagen des Senatsheftes zu der Gefahr von Informationsverlusten.¹¹⁶⁵ Ihrerseits seien überdies sogenannte Ankereffekte zu befürchten.¹¹⁶⁶ Unterschiedliche Erfahrungen von Beisitzern und verschiedentliche soziale Interaktionsprozesse führten ferner dazu, dem Stellenwert von Äußerungen individuell abweichende Bedeutungen zuzumessen.¹¹⁶⁷ Da Art. 103 I GG zugleich ein egalitäres Element zugrunde liege, könne es nicht dem Zufall überlassen bleiben, ob die Ausführungen der Betroffenen voll oder nur teilweise zur Kenntnis genommen würden.¹¹⁶⁸

(cc) Bewertung

In der Beratung ist neben dem Berichterstatter jedenfalls ein weiterer Richter anwesend, der ebenfalls die Akten gelesen hat, und am Oberlandesgericht ein zusätzlicher beziehungsweise am Bundesgerichtshof drei weitere Richter, denen es freisteht, Fragen zu stellen, um eine einheitliche Beratungsgrundlage anzustreben. Es ist demnach nicht zu unterstellen, der Vortrag würde ungefragt und unkritisch hingenommen¹¹⁶⁹ oder führte zwangsläufig zu einem Informationsverlust. Die auf den Berichterstattervortrag folgende Diskussion vermag mitunter „äußerst hart“ geführt zu werden: Es ist gerade Aufgabe der verbleibenden Richter, das Ergebnis des Berichtstatters auf seine Qualität hin zu prüfen, indem bewusst und aktiv nach möglichen Schwächen der Darstellung geforscht wird. Angesichts dieser Art Prüfungssituation¹¹⁷⁰ wird sich der Berichterstatter um eine gewissenhafte Bearbeitung bemühen. Hingegen ist schwer einzuschätzen, wie präsent das Wissen des Vorsitzenden um den Akteninhalt zum Zeitpunkt der Beratung noch ist, weil dieser das Senatsheft womög-

¹¹⁶⁴ *Fischer/Krehl*, StV 2012, 553; *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 904; *Meyer-Mews/Rotter*, StraFo 2011, 18.

¹¹⁶⁵ *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 904.

¹¹⁶⁶ *Eschelbach*, ZAP Fach 22, 749.

¹¹⁶⁷ *Fischer/Krehl*, StV 2012, 555.

¹¹⁶⁸ *Däubler*, JZ 1984, 357.

¹¹⁶⁹ Siehe auch *Rissing-van Saan*, Beulke-FS, S. 968.

¹¹⁷⁰ *Kranenpohl*, S. 155f., und APuZ 35-36/2011, für die Beratung am BVerfG; *Meyer-Goßner*, Tolksdorf-FS, S. 326.

lich Wochen vorher gelesen und sich dazu lediglich Stichpunkte notiert haben dürfte.

Mögen Strafurteile einerseits programmatisch aufgebaut sein, trifft dies andererseits allein für ihr äußeres Gerüst zu, das allerdings in Umfang und Inhalt stark variieren kann. Gerade Beweiswürdigung und Strafzumessungsgesichtspunkte haben ihrem Sinn und Zweck nach im Hinblick auf den Einzelfall zu erfolgen, weshalb die Einzigartigkeit eines Urteils trotz seines schematischen Aufbaus abstrakt nicht in Frage zu stellen ist. Insbesondere die ausschließlich mündliche Darstellung umfangreicher Sachverhalte mit mehreren Beteiligten und vermeintlich verwirklichten Delikten vermag Schwierigkeiten nach sich zu ziehen. Entweder hat in diesen Fällen eine Straffung des Vortrags zu erfolgen, die eine Einbuße an Vollständigkeit zur Folge haben mag, oder aber er geriete entsprechend umfangreich, was den Zuhörern ein hohes Maß an – mit zunehmender Länge nicht mehr zu garantierender – Aufmerksamkeit abverlangte. Zumindest dort, wo genaue Textanalyse von Urteilspassagen erforderlich ist, stellt deren verbale Vermittlung eine potentielle Fehlerquelle dar. Defizite in der Konzentration lassen sich bestenfalls durch die Einlegung von Pausen minimieren, zumal sich die Besetzung des Spruchkörpers im Laufe eines Beratungstages mehrfach ändern kann¹¹⁷¹.

Die möglicherweise beeinflussende Wirkung der Darstellung eines Einzelnen ist überdies weder zu bestreiten noch zu unterschätzen: Psychologische Erkenntnisse repräsentativer Studien machen in derartigen Fällen namentlich auf Verzerrungen im Rahmen kognitiver Prozesse aufmerksam. Bei vorgegebener Hypothese (hier zum Beispiel ein Vortrag des Berichterstatters mit dem Vorschlag der Verwerfung der Revision als „offensichtlich unbegründet“) werden hypothesenkonsistente Informationen eher aufgenommen und abgerufen als solche, die dazu im Widerspruch stehen; ihnen kommt mehr Gewicht zu.¹¹⁷² Dieses „hypothesenkonsistente Testen“ führt primär zu der Suche nach Informationen, die eine Hypothese bestätigen, hier also womöglich die mangelnde Fehlerhaftigkeit des angefochtenen Urteils.¹¹⁷³ Dass der Aufrechterhaltung einer solchen Hypothese zugleich ein weitergehender prozessökonomischer Effekt innewohnt, kann derartige Prozesse noch verstärken. So stellte *Weimar* im Rahmen gruppenpsychologischer Untersuchungen fest: Schon dann, wenn ein

¹¹⁷¹ *Meyer-Goßner*, Tolksdorf-FS, S. 327; krit. dazu *Fischer*, Paeffgen-FS, S. 748 f.

¹¹⁷² *Volbert/Steller*, S. 323 f.

¹¹⁷³ *Volbert/Steller*, S. 492.

starkes Bedürfnis für die vorgeschlagene Entscheidung bestehe, werde dieser Vorschlag bereitwillig von allen Gruppenmitgliedern aufgenommen, selbst wenn er weniger gut konzipiert sei. Mangle es an dieser „Bedürfnissituation“, so träten dem Entscheidungsvorschlag grundsätzlich nur ein Teil der Beteiligten unmittelbar bei.¹¹⁷⁴ Im juristischen Kontext steht damit nicht zuletzt der sogenannte „Ankereffekt“ in Verbindung, der vor allem bei (numerischen) Urteilen unter Unsicherheit Bedeutung erlangt.¹¹⁷⁵ Dies gilt beispielsweise für das Plädoyer der Staatsanwaltschaft bezüglich des Strafmaßes. Das mag auf die Bewertung einer „offensichtlich unbegründeten“ Revision zunächst nicht zutreffen; hingegen wird das Merkmal (nicht nur, aber gerade von der Rechtsprechung) wenig transparent ausgelegt, womit eine klare Grenzziehung zwischen „offensichtlich“ und lediglich unbegründet kaum möglich ist. Bemerkenswert ist dabei insbesondere die weitgehende Unfähigkeit selbst erfahrener Personen, die beschriebenen, oftmals nicht bewusst wahrnehmbaren Verzerrungen – weder durch Aufklärung noch durch besonders starke Motivation – zu korrigieren. Auch juristische Expertise schützt nicht vor derartigen Einflüssen.¹¹⁷⁶ Die Besorgnis um eine Subjektivität der Vortragsvermittlung ist ebenso wenig von der Hand zu weisen. Die Orientierung an generalisierten Erwartungen, herausgebildet durch auf positiven Reaktionen beruhende individuelle Erfahrungen, dominieren unbewusst die menschliche Kommunikation; der Berichterstatter wird im Kollegium bevorzugt Lösungen vorschlagen, von denen er sich bei den Beisitzern Erfolg verspricht, um nicht in Isolation zu geraten.¹¹⁷⁷ Als „Herr des Verfahrens“ bestimmt er mit seiner Schwerpunktsetzung den Gang der Beratung.¹¹⁷⁸ Eine Aussage über das Ausmaß tendenziöser Beeinflussung kann in dieser Abstraktheit indes nicht getroffen werden. Jedenfalls darf man mit der Annahme, Bundesrichter seien vor derartigen sich unbewusst auswirkenden Einflüssen gefeit, keiner Elitengläubigkeit erliegen. Auch der beste Richter ist allein von seiner subjektiven Wahrheit überzeugt.¹¹⁷⁹ Schlussendlich vermag die langjährige Zusammenarbeit in einem eingespielten Kollegium solchen Effekten nicht vollends entgegenzuwirken.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁴ *Weimar*, S. 209.

¹¹⁷⁵ *Volbert/Steller*, S. 489 f.

¹¹⁷⁶ *Volbert/Steller*, S. 324, 492, 494.

¹¹⁷⁷ Sog. „symbolischer Interaktionismus“, siehe *Burkart*, S. 54 ff.; *Berkemann*, JZ 1971, 540.

¹¹⁷⁸ *Kranenpohl*, S. 136, und APuZ 35-36/2011, für den Berichterstatter am BVerfG.

¹¹⁷⁹ *Von Stackelberg*, MDR 1983, 365.

¹¹⁸⁰ So aber wohl *Schneider*, DRiZ 1984, 362.

(b) Verstoß gegen Art. 103 I GG bei nur potentieller Auswirkung auf die Kenntnisnahme

Es fragt sich nach alledem, ob eine Unvereinbarkeit des „Vier-Augen-Prinzips“ mit Art. 103 I GG festzustellen ist. Die relevanten Problemfelder gehen über eine rein rechtliche Subsumtion hinaus und bedürfen zusätzlich des Rückgriffs auf psychologische, empirische und erkenntnistheoretische Befunde. Im Einzelfall wird sich kaum rekonstruieren lassen, wie sich der Berichterstattervortrag auf das Kollegium ausgewirkt hat, ob Letzterem Informationen vorenthalten wurden beziehungsweise ob es solche verzerrt aufgenommen und verarbeitet hat. Mit der Feststellung der aber insofern unstreitig bestehenden potentiellen Gefahr, die von der Praktizierung des „Vier-Augen-Prinzips“ ausgeht, stellt sich die Frage nach ihrer verfassungsrechtlichen Beurteilung. Dem Bundesverfassungsgericht zufolge gibt es neben nachweisbaren Verletzungstatbeständen zahlreiche Fallkonstellationen, bei denen es offen erscheine, inwieweit das Gericht der Beachtungspflicht nachgekommen sei. Dort reichten Mutmaßungen nicht aus; vielmehr müssten zur Feststellung eines Verstoßes im Einzelfall besondere Umstände deutlich gemacht werden, die für eine gänzlich fehlende Kenntnisnahme oder Erwägung sprächen.¹¹⁸¹ Die Beweislast wird also hinsichtlich der seinerseits angenommenen Vermutung staatlich rechtmäßigen Handelns dem Beschwerdeführer im Einzelfall auferlegt. Dass der Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts unter anderem praktische Erwägungen zugrunde liegen – eine fehlende Kenntnisnahme wird einer Entscheidungsbegründung eher zu entnehmen sein als die verzerrte oder subjektiv beziehungsweise von Ankereffekten geprägte Informationsaufnahme –, ist nicht fernliegend. Der Gehalt eines Grundrechts kann jedoch nicht zwingend mit dessen Durchsetzbarkeit gleichzusetzen sein. Die durchaus reizvolle Fragestellung, ob die Rechtsprechung bei unbestreitbarer Feststellbarkeit einer beeinflussten Kenntnisnahme im Einzelfall dennoch auf ihrer derzeitigen Ansicht beharren würde, ist aber rein hypothetischer Natur; ein positiver Beweis dürfte durch den Revisionsführer praktisch nie geführt werden können.

Im Übrigen hat sich das Bundesverfassungsgericht zur Bewertung derartiger Fälle spärlich geäußert. Allerdings hielt es einst die Versagung von Beratungshilfe für verfassungswidrig, weil die Beschwerdeführerin anderenfalls gehalten gewesen wäre, bei der Widerspruchsbehörde kostenlos Beratung in Anspruch

¹¹⁸¹ BVerfGE 65, 293, 295 f.; 70, 288, 293.

zu nehmen, deren eigene Entscheidung sie im Widerspruchsverfahren angreifen wollte. Dies begründete es zum einen mit der schon bestehenden *abstrakten Gefahr* von Interessenkonflikten, welche die Beratungsbedürftige selbst nicht durchschauen könne. Zum anderen stärke eine behördenunabhängige Beratung die Effektivität des Verfahrens. Es sei unzumutbar, der Beschwerdeführerin eine allein ihren Interessen verpflichtete anwaltliche Beratung vorzuenthalten und stattdessen der Behörde mit der Beratungstätigkeit Einfluss auf die Art und Weise der Rechtswahrnehmung des Rechtsuchenden zu geben.¹¹⁸² In anderen Fällen soll aus der *abstrakten Möglichkeit* des Missbrauchs einer Norm noch nicht ihre Verfassungswidrigkeit herzuleiten sein.¹¹⁸³ Teilweise lässt das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden bereits an der Zulässigkeit scheitern, da die Schilderung bloß abstrakter Möglichkeiten der Verletzung von Verfassungsgrundsätzen nicht ausreiche, um eine Beschwerdebefugnis zu begründen. Es genüge für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde nicht allein die nach Struktur und Inhalt beurteilte objektive Geeignetheit einer angegriffenen Norm, Grundrechtspositionen zum Nachteil des Beschwerdeführers zu verändern. Ein Rechtsschutzinteresse in Bezug auf eine gegenwärtige Betroffenheit sei auch nicht schon deswegen zu bejahen, weil der Beschwerdeführer potentiell durch eine Gesetzesnovelle betroffen sein könne. Es bedürfe vielmehr einer „unmittelbaren“ Betroffenheit.¹¹⁸⁴

Trotz der inhaltlichen Diskrepanzen weisen die dargestellten Entscheidungen Gemeinsamkeiten auf hinsichtlich der Kriterien, derer sich das Bundesverfassungsgericht bedient. Zum einen ist der Grad der Gefahr von Bedeutung – je greifbarer und konkreter eine solche eingeschätzt wird, desto bereitwilliger ringt sich das Bundesverfassungsgericht offenbar zur Beurteilung eines Handelns als verfassungswidrig durch. Zum anderen wird auf die individuelle Zumutbarkeit abgestellt, teilweise mit dem Gefahrenmoment verknüpft. Was die Geeignetheit dieser Kriterien anbelangt, ist zunächst festzuhalten, dass die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Verhaltens ein scharfes Schwert darstellt, mit dem man gerade dann vorsichtig zu hantieren hat, wenn Unsi-

¹¹⁸² BVerfG, NJW 2009, 3417 ff.

¹¹⁸³ BVerfGE 9, 223, 230; 18, 423, 427.

¹¹⁸⁴ BVerfGE 1, 97, 102 f.; 79, 1, 15; BVerfG, ZUM 2010, 337, 338. Insoweit gelte aber eine Ausnahme für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, da dem Betr. nicht zugemutet werden könne, zunächst eine unerlaubte Handlung zu begehen, um im nachfolgenden Straf-/Bußgeldverfahren deren Verfassungswidrigkeit geltend zu machen, siehe BVerfGE 81, 70, 82 f.

cherheitsfaktoren eine Rolle spielen. Auch an anderen Stellen der Rechtsordnung wird die Massivität von Eingriffen anhand des drohenden Risikos festgemacht, dies meist aber umgekehrt im Verhältnis Staat-Bürger.¹¹⁸⁵ Während das Bundesverfassungsgericht mit der „Zumutbarkeit“ wiederum einen ausfüllungsbedürftigen Begriff vorgibt, konkretisiert es diesen im Hinblick auf die Durchschaubarkeit des Risikos für die Betroffenen beziehungsweise hinsichtlich ihrer Unerfahrenheit sowie der Hinnehmbarkeit etwaiger Konsequenzen.

Mit Blick auf die Hinnehmbarkeit von Gehörsverletzungen können solche gerade bezüglich unanfechtbarer Revisionsentscheidungen und insbesondere am Bundesgerichtshof gravierend sein, wo die letzte Möglichkeit besteht, sich gegen die Festsetzung einer unter Umständen langjährigen Freiheitsstrafe zur Wehr zu setzen. Eine Unerfahrenheit, wie jene der Beratungshilfe begehrenden Beschwerdeführerin im zuvor erstgenannten Fallbeispiel, ist Verteidigern zwar nicht zu unterstellen. Hingegen wurde schon an anderer Stelle auf das Revisionsrecht als Materie hingewiesen, die zum einen schwer zu durchdringen, zum anderen mit der erweiterten Revision größtenteils unberechenbar ist. Die Art und Weise, wie der Berichterstatter in der Beratung vorträgt, ist für den Beschwerdeführer gegenwärtig weder zu durchschauen noch zu beeinflussen. Ob das Risiko einer irgendwie gearteten Beeinflussung bei Praktizierung des „Vier-Augen-Prinzips“ im Einzelfall unterschiedlich ausgeprägt ist, ist ungeklärt. Es ist aber allgemein zu unterscheiden zwischen Zufälligkeiten, wie etwa einer im Einzelfall auftretenden mangelhaften Arbeitsweise¹¹⁸⁶ – diese gerade nicht von spezifischen und bekannten Faktoren abhängende *Möglichkeit* besteht jederzeit – und solchen Fällen, denen die *abstrakte Gefahr* unzureichender Kenntnisnahme aufgrund geläufiger Methoden immanent ist. Eine im Einzelfall an bestimmten Faktoren festzumachende *konkrete* Gefährdungssituation verlangt das Bundesverfassungsgericht im erstgenannten Fallbeispiel zudem ausdrücklich nicht.

Dennoch könnten sich Fälle abzeichnen, in denen die vom Berichterstattervortrag ausgehenden Ankereffekte und Suggestionen sowie Unaufmerksamkeiten der Beisitzer besonders selten zu erwarten sind. Umgekehrt mögen sich Konstellationen ergeben, denen – bei ausschließlich mündlicher Informationsvermittlung – tatsächlich die begründete Gefahr eines sachfremden Einflusses anhaftet. Zum einen könnte dies dann der Fall sein, wenn es auf präzise

¹¹⁸⁵ Vgl. etwa die Gefahrenbegriffe im Polizei- und Ordnungsrecht.

¹¹⁸⁶ So *Däubler*, JZ 1984, 357.

Textanalyse ankommt, etwa im Rahmen der Darstellungsrüge¹¹⁸⁷. Die heutzutage bemängelte Unberechenbarkeit der Erfolgsaussicht einer Revision, die hauptsächlich auf die Entwicklungen im Rahmen der „erweiterten Revision“ zurückgeführt wird, kann der Revisionsführer selbst durch die ihm gegebene Gelegenheit der weiteren Ausführung seiner Sachrüge kaum vollends kompensieren. In diesem Fall kann man demnach bereits von einer Gefahr von Verzerrungen beziehungsweise von Informationsverlusten sprechen, wenn (wortwörtliche) Textpassagen lediglich verbal vermittelt werden. Umgekehrt mögen sich jedoch Fälle ergeben, die eine bloß entferntere Möglichkeit etwaiger Beeinflussungen vermuten lassen. Dies könnte allem Anschein nach unter anderem für jene objektiven Kriterien gelten, die nach dem hier bislang favorisierten Verständnis von der „offensichtlichen Unbegründetheit“ herausgearbeitet wurden¹¹⁸⁸. Mitunter ist allerdings erst im Nachhinein festzustellen, ob ein unproblematischer Fall tatsächlich vorlag.¹¹⁸⁹

Ein Großteil der Revisionen bewegt sich daher insoweit in einer Grauzone. Die Erfolglosigkeit einer Verfahrensrüge mag zwar objektiv zu vermitteln sein, wenn das Hauptverhandlungsprotokoll keine Umstände aufführt, die den behaupteten Verfahrensverstoß begründen könnten. Bei rechtlichen Zweifelsfragen oder sonstigen Unklarheiten des Hauptverhandlungsprotokolls sind mögliche Verzerrungen nicht zwingend, aber auch nicht auszuschließen. Wenngleich der Revisionsführer den Erfolg der Verfahrensrüge zu beeinflussen vermag (beziehungsweise zu ihrer Konkretisierung gemäß den Anforderungen des § 344 II 2 StPO verpflichtet ist), kann er nicht einschätzen, wie sein Vorbringen und die tiefergehende rechtliche Problematik übermittelt werden. Eine falsche Schwerpunktsetzung des Berichterstatters oder eine lückenhafte Vortragsweise ist nicht vorherzusehen. Gleiches hat für die Sachrüge zu gelten. Bezüglich des Urteilsumfangs lassen sich ebenso wenig verlässliche Aussagen treffen. Umfassende Urteile mögen – womöglich bei Revisionsbeschränkungen oder aufgrund eines einfachgelagerten Sachverhalts – leicht zusammenzufassen sein, wohingegen auch kurzen Urteilen komplizierte und schwer darstellbare rechtliche Probleme zugrunde liegen können. Ohnedies gehen Ankereffekte teilweise lediglich vom Entscheidungsvorschlag des Berichterstatters selbst aus; insoweit

¹¹⁸⁷ *Paeffgen/Wasserburg*, GA 2012, 547 f.; *Eschelbach*, ZAP Fach 22, 747.

¹¹⁸⁸ Siehe S. 89 ff.

¹¹⁸⁹ So auch *Becker*, HRRS 2013, 266.

müsste das primäre Übel nicht gleich in einer verfälschten oder tendenziösen Inhaltsdarstellung gesucht werden.

Andere wollen hinsichtlich der vorinstanzlichen Beweisführung Differenzierungen vornehmen. So hält *Brause*¹¹⁹⁰ den Berichterstattervortrag in solchen Fällen für geeignet, in denen es, wie etwa bei einer Masse von Wohnungseinbrüchen, nicht mehr um den Täternachweis und die Tatörtlichkeiten gehe, sondern um „nur noch leicht fassbare Umstände“, wie die Höhe der Beute oder die Begründung der Strafen. Gleiches gelte beim geständigen Rauschgifthändler mit sichergestelltem Rauschgift. Bei Betrugstaten seien die Finanztransaktionen „regelmäßig“ objektiv gesichert; allein die Merkmale der Täuschung und des Schadens seien näher zu betrachten. „Nahezu die Hälfte aller Fälle“ dürften ihm zufolge damit klar und unproblematisch sein. Nichts anderes sei für die vermeintlich größere Fallgruppe solcher Verurteilungen anzunehmen, die auf „plausibel dargestellten naturwissenschaftlichen Beweisen“ beruhten. Nur bei schwierigen Sachverhalten, die der Vorinstanz gesteigerte Anforderungen abverlangten, sei das Selbstlesen der wesentlichen Unterlagen „angemessen, wenn nicht sogar zur Erfüllung des rechtlichen Gehörs geboten“.¹¹⁹¹ Seine Erwägungen beruhen indes offenbar auf überschlägigen und keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebenden sowie lediglich einzelne Delikte oder Deliktgruppen betreffenden Schätzungen, die einem Beisitzer im Einzelfall wenig bei der Entscheidung weiterhelfen, ob er für sich den Berichterstattervortrag genügen lässt. Dies leitet zugleich zu der Frage über, inwiefern die Ermessensregelung in solchen Fällen Abhilfe zu schaffen vermag.

(c) Das Ermessen der Beisitzer als Korrektiv

Gleichgültig, ob man das „Vier-Augen-Prinzip“ in § 8 II GO BGH begründet sieht oder als ungeschriebene interne Verfahrensregel anerkennt, gehen doch beide von einem Ermessen der Beisitzer aus¹¹⁹². Wenn danach der Berichterstattervortrag „genügt“, wird gerade kein Verbot aufgestellt, sich eines anderen Verfahrens zu bedienen, sondern lediglich der Weg zur zeitsparenden Variante

¹¹⁹⁰ *Brause*, JR 2013, 136 f.

¹¹⁹¹ Auch *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 905, beschreiben Konstellationen, „bei deren Vorliegen es immer wieder zu vertiefter Auseinandersetzung mit den zugrunde liegenden Problemen kommt oder deren Beurteilung regelmäßig eine eingehende Kenntnis des Sachverhalts oder auch der Revisionsbegründung erfordert.“

¹¹⁹² Dazu der fünfte Strafsenat, NStZ 2013, 563: „bei Bedarf“.

geeignet. Diese Wahlmöglichkeit wird als zusätzliche Legitimation ins Feld geführt. Über die Art und Weise, wie ein solches Ermessen in der Praxis ausgeübt werden soll, hat bislang augenscheinlich niemand eingehende Überlegungen angestellt. Wenn sich ein nicht abzuschätzender Großteil der Revisionen in einer Grauzone bewegt, innerhalb derer die Aktenlektüre in manchen Fällen angebracht sein kann, teilweise aber auch als entbehrlich einzustufen ist, mag eine flexible Regelung nützlich erscheinen. Deren Effektivität ist hier indes zu hinterfragen. Insbesondere ist unklar, wie die Beisitzer zu der Erkenntnis gelangen sollten, in manchen Fällen doch das Aktenstudium zu bevorzugen. Dies ist auf zwei Arten in zwei verschiedenen Stadien möglich:

So können Vorsitzender oder Berichterstatter die Lektüre einer jeweiligen Akte vor dem Beratungstag nahelegen. Dies dürfte dann jedoch allein durch einen formalen Hinweis erfolgen, ohne Aktenpassagen zusammenzufassen oder näher auf deren Inhalt einzugehen. Ansonsten bestünde die Gefahr eines „vorgeschalteten“ Berichterstattervortrags, der in diesem Fall als primäre Form der Informationsvermittlung gerade vermieden werden soll. Allerdings ist fragwürdig, inwiefern ein Richter überhaupt dazu in der Lage wäre, zu bestimmen, wann einem anderen Richter die Vortragsmethode genügen kann oder nicht. Abgesehen von wenigen zweifelsfreien Fällen ist dies nicht zuletzt von individuellen Dispositionen abhängig. Um festzustellen, ob eine Aktenlektüre wirklich nötig ist, wäre der einzelne Richter groteskerweise gehalten, sich selbst aus dem Senatsheft kundig zu machen. Wollte man dies normativ übersetzen, so würden Tatbestand und Ermessensregelung miteinander verwoben. Generell muss aber der Tatbestand feststehen, um aus verschiedenen Varianten von Rechtsfolgen wählen zu können. Die Ermessensnorm könnte hier etwa lauten: „Die Beisitzer können sich in bestimmten Fällen eigene Aktenkenntnis verschaffen.“ Welche die bestimmten Fälle (= Tatbestand) genau sind, lässt sich nur durch das Lesen der Akte (= mögliche Rechtsfolge) ausfindig machen, womit der Tatbestand erst mit Ausführung einer Rechtsfolgenalternative abschließend geklärt zu werden vermag. Dies wäre widersinnig. Auch unter einem weiteren Gesichtspunkt erscheint eine derartige Ermessensausübung vor dem Beratungstag problematisch: Müssen die Beisitzer zwischen der Information aus dem Senatsheft und derjenigen durch den Berichterstattervortrag wählen, so wäre das teilweise Lesen beziehungsweise Nichtlesen der Akten dem Willkürvorwurf ausgesetzt, außer man studierte alle Akten gleichermaßen im Vorhinein mit der Folge der Erhebung des „Vier“- zum „Zehn-Augen-Prinzip“.

Können nämlich erst durch das Aktenstudium die erforderlichen Fälle herausgefiltert werden, so würden jene Akten, die von vornherein der Bearbeitung durch den Berichterstatter überlassen würden, ohne ersichtlichen Grund nicht selbst gelesen. Insofern wäre der eingangs aufgeworfenen These¹¹⁹³ zuzustimmen, Art. 103 I GG könne ein egalitäres Element zugrunde liegen.

Denkbar wäre eine Ermessensausübung aber auch nach erfolgtem Berichterstattervortrag. Indes entfielen dann zumindest die Gelegenheit, zeitsparend gleich am Beratungstag die Abstimmung vorzunehmen, wollten sich mehrere Richter noch Zeit für ein zusätzliches Aktenstudium nehmen, was aus diesem Grund zugleich ein Hindernis darstellen könnte, sich für diese Option zu entscheiden. Zwar sollte man davon ausgehen, dass Beisitzer, die nach der Informationsvermittlung durch den Berichterstatter selbst einen Blick in die Akten bevorzugen, möglicherweise erkannte Fehler oder Unstimmigkeiten zu beseitigen versuchen. Bei solchen, die hingegen auf eine nachträgliche Aktenlektüre verzichten, wäre nicht auszumachen, ob dies auf einem unbeeinflussten Entschluss oder auf eventuellen Ankereffekten beruhte. Mitunter vermag die Bitte um zusätzliche Aktenlektüre sogar als Affront oder Misstrauen gegenüber dem Berichterstatter oder dem Vorsitzenden gewertet zu werden; nicht von Ungefähr wird insoweit vorgetragen, dies werde als Verstoß gegen ungeschriebene Binnennormen empfunden¹¹⁹⁴.

(d) Faktoren außerhalb des Berichterstattervortrags

Losgelöst von etwaigen durch den Berichterstattervortrag hervorgerufenen Beeinflussungen sollen aber auch anderweitige – zum Teil sachfremde – Einflüsse auf die Entscheidungsfindung einwirken, gleichgültig, ob man das „Vier“- oder das „Zehn-Augen-Prinzip“ praktiziere. So herrscht zum Teil Verwunderung, warum nur die Aktenlektüre von solcher Wichtigkeit sei, obwohl eine Entscheidung möglicherweise sehr viel mehr von der Kenntnis des Gesetzes, der

¹¹⁹³ Siehe S. 240.

¹¹⁹⁴ *Eisenberg*, NK 2013, 236. *Ders.* schließt es gleichermaßen nicht aus, dass Beratungstermine so bestimmt würden, um Senatsmitglieder mit (aus anderen Verfahren bekannter) abweichender Auffassung von der Anwesenheit auszuschließen, sofern der geschäftsmäßige Vertreter eine solche Auffassung nicht vertrete. Aber auch umgekehrt vermag die Möglichkeit eines Einzelnen, sein Vetorecht auszuüben, ein Gefühl der Überlegenheit über die anderen zu vermitteln, so *Weimar*, S. 198.

Literatur und der Rechtsprechung abhängen.¹¹⁹⁵ Ob eine Revision von Erfolg gekrönt sei, werde von allerlei Faktoren beeinflusst, die sich statistisch nicht erfassen ließen, wie etwa der Qualität des tatrichterlichen Urteils, der Verhandlungs- und Beweisführung¹¹⁹⁶ der Strafkammer, generell fehleranfälligen Materien sowie der Qualität der Revisionsbegründung bei Verfahrensrügen.¹¹⁹⁷ Die Hierarchie innerhalb des Spruchkörpers könne ebenfalls Beweggrund für tendenziöses Entscheidungsverhalten sein. Die vermeintliche Dominanz der Vorsitzendenrolle¹¹⁹⁸ verleite Senatsmitglieder zu einer eher zustimmenden Haltung. Eigentlich dissentierende Richter seien möglicherweise der Gruppendynamik erlegen und passten sich vorzugsweise der Mehrheitsmeinung an. Eine Meinungsvielfalt bei der Beratung könnte womöglich eine ausführlichere Begründung erfordern.¹¹⁹⁹ Andere halten vor allem die rechtspolitische Grundeinstellung der Richter für ausschlaggebend: Eher konservativ Ausgerichtete seien bestrebt, das Urteil aufrechtzuerhalten.¹²⁰⁰

Eine generelle Aussage über mögliche hierarchische Einflüsse innerhalb des Senats kann hier nicht getroffen werden. Ein Revisionsrichter wird nicht mehr in Zeugnissen beurteilt. Als weiteres Beförderungssamt steht Beisitzern zwar noch der Senatsvorsitz offen. Ob für sie allerdings Grund besteht, sich aufgrund dessen der Meinung des Vorsitzenden anzuschließen beziehungsweise sich mit kritischen Nachfragen zurückzuhalten, erscheint eher zweifelhaft.¹²⁰¹ Auf eine Beförderung anderer Senatsmitglieder kann der Vorsitzende allein nicht entscheidend Einfluss nehmen. Der Vorsitz wird durch das gesamte Präsidium bestimmt (§ 21e I 1 GVG), das nach § 21a II GVG wiederum aus dem Präsidenten und einer von der Anzahl der Richterplanstellen abhängigen Zahl gewählter Richter besteht.¹²⁰² Die durch Nachfragen angeblich unschwer zu verifizierende oder falsifizierende politische Grundeinstellung einiger Richter sei allerdings dahingestellt. Derlei Haltungen können auch durch eine auf die konkrete Revision bezogene rechtliche Scheinargumentation verdeckt werden. Losgelöst davon ist indes fragwürdig, warum man sich überhaupt zur Untermauerung der Legitimation des „Vier-Augen-Prinzips“ auf solche Aspekte beruft. Gewiss be-

¹¹⁹⁵ *Schneider*, DRiZ 1984, 362.

¹¹⁹⁶ *Brause*, JR 2013, 136.

¹¹⁹⁷ Fünfter Strafsenat, NStZ 2013, 563; siehe auch *Norouzi*, StV 2015, 775.

¹¹⁹⁸ *Eisenberg*, NK 2013, 236 f.; *Pasker*, ZAP 2013, 970.

¹¹⁹⁹ *Eschelbach*, ZAP Fach 22, 753, m. w. N.

¹²⁰⁰ *Brause*, JR 2013, 137.

¹²⁰¹ So auch *Brause*, JR 2013, 138.

¹²⁰² Siehe auch die Ausführungen *Fischers*, Paeffgen-FS, S. 743 f.

ruhen Erfolg oder Misserfolg eines Rechtsmittels auf nicht nur einem Faktor. Die Genannten beziehen sich hingegen vor allem auf die tatgerichtliche Tätigkeit oder die Revisionsbegründung des Angeklagten und lassen sich vom Revisionsgericht daher selbst nicht korrigieren sowie im Vorhinein beeinflussen oder vermeiden, sondern sind als solche hinzunehmen. Sind „fehleranfällige Materien“ bekannt, wäre es den Richtern selbst aufgegeben, diese als solche zu erkennen und ihnen besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Fernerhin erscheint es nahezu anmaßend, wenn versucht wird, gerade die Informationsbeschaffung als einziger vom Spruchkörper selbst beeinflussbarer Faktor unter Berufung auf andere, nicht von eigener Hand steuerbare Gesichtspunkte zu relativieren. Schließlich geht es nicht darum, Verantwortlichkeiten von sich zu weisen, sondern das Risiko einer Fehlentscheidung soweit es geht zu minimieren.

(e) Die Urteilsaufhebung im Beschlussverfahren

Für § 349 IV StPO, wonach bei begründeter Revision die Urteilsaufhebung per Beschluss erfolgen kann, ist letztlich keine andere Wertung zu treffen. Diesbezüglich unterscheidet sich die anfängliche Herangehensweise nicht von der Behandlung unbegründeter Revisionen, zumal dort ebenfalls die einstimmige Entscheidung vorgesehen ist. Indes ist Absatz 4 im Gegensatz zu Absatz 2 ohne weitere verfahrensrechtliche Sicherheitsmechanismen konzipiert. Für die angeklagtenbegünstigende Beschlussentscheidung müssen demnach geringere Hürden überwunden werden. Ob dies mögliche Einbußen im Hinblick auf das Kenntnisnahmeelement rechtfertigt, ist freilich fragwürdig. Da Art. 103 I GG „jedermann“ den Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt, demnach ebenso anderen förmlichen Verfahrensbeteiligten¹²⁰³, dürfte eine reduzierte Aktenlektüre vor diesem Hintergrund zumindest bei der Gegenrede etwa eines Nebenklägers nicht stattfinden, der vermutlich eine Revisionsverwerfung verfolgen dürfte. Aber auch im Übrigen verkörpert die Angeklagtenbegünstigung keinen Strafverfahrenszweck. Das staatliche Gewaltmonopol rechtfertigt allein die gerechte Entscheidung; der Grundsatz „in dubio pro reo“ bezieht sich keineswegs auf rechtliche Fragestellungen. Vermeintlich begründete Revisionen bedürfen

¹²⁰³ *Schmidt-Aßmann*, Maunz/Dürig, Art. 103, Rn. 34.

daher gleichermaßen der vollen Aufmerksamkeit der zu dieser Entscheidung Berufenen.

(f) Exkurs: Die Entscheidungsfindung im Hinblick auf Prozesstatsachen

An anderer Stelle wurde bereits auf die Ermittlungskompetenz des Revisionsgerichts für (Prozess-) Tatsachen hingewiesen. Mit einer insoweit im Beschlussverfahren geeigneten Verfahrensweise setzt man sich in Rechtsprechung und Literatur nicht näher auseinander. Relevant ist dies vornehmlich bei der Aufklärung von Prozessvoraussetzungen. Sollte sich bei Verfahrensrügen eine Beweisaufnahme als erforderlich erweisen, so wird jedenfalls eine „o.u.“-Verwerfung kaum in Betracht kommen. Den hier aufgezeigten Ansätzen zufolge wäre wiederum zwischen dem „Vier“- und dem „Zehn-Augen-Prinzip“ zu differenzieren: Bei Ersterem wäre demnach wohl der Berichterstatter gehalten, die erforderlichen Beweise zu erheben. Hierüber könnte am Beratungstag – unter Vorlage etwaiger Dokumente – berichtet werden. Ein Fragerecht der Beisitzer, wie es etwa § 240 I StPO vorsieht, wäre nicht gewährleistet – die freie Beweiswürdigung beschränkte sich auf die Beurteilung mittelbarer Beweisstücke. Ein praktiziertes „Zehn-Augen-Prinzip“ würde allerdings weitere Fragen hinsichtlich der Ausgestaltung der Beweiserhebung aufwerfen. Die gleichzeitige Vernehmung von Zeugen beziehungsweise Einvernahme von Urkunden oder Augenscheinobjekten wäre idealerweise in einer Hauptverhandlung zu gewährleisten. Letztere im Revisionsverfahren stets zur Ermittlung von Prozesstatsachen anzuberaumen, wäre in prozessökonomischer Hinsicht jedoch kaum erträglich. Während der Beschlussberatung ist abgesehen von den Richtern und ausgewählten Personen niemandem sonst die Anwesenheit gestattet (§ 193 I GVG). Eine einzige Person über das Ob und Wie der zu beweisenden Tatsachen befinden zu lassen, birgt zwar wiederum die Gefahr einseitiger oder unvollständiger Beweisergebnisse. Allen Revisionsrichtern Ermittlungen aufzuerlegen, mutet hingegen überkompensatorisch an, zumal nicht die Beschaffung der Beweismittel, sondern vor allem ihre rechtliche Bewertung im Spruchkörper im Zentrum der Kritik stehen dürfte. Bei der Freibeweiserhebung in Bezug auf Verfahrenstatsachen erscheint eine Arbeitsteilung demnach keineswegs abwegig; die dargestellten Problemfelder im Hinblick auf das „Vier-Augen-Prinzip“ verlieren aber auch unter diesem Gesichtspunkt nicht an Aktualität.

(g) Konsequenzen und Fazit

Nur in wenigen Konstellationen kann guten Gewissens ein lediglich entferntes Risiko irgendwie gearteter Beeinflussungen aufgrund des Berichterstattungsvertrags angenommen werden. Die Überzahl der Fälle bewegt sich indes in einem diesbezüglichen Grenzbereich, im Rahmen dessen pauschal weder von einer hohen noch von einer minimierten derartigen Gefahr ausgegangen werden kann.

Ankereffekte und unbewusste Einflüsse stellen durchaus ein allgemeines Phänomen dar, deren Bedeutung hier nur besonders hervorgehoben wird; ausblenden können wird man sie nie, wo menschliche Kommunikation stattfindet. Auch dem tatinstanzlichen Verfahren sind solcherlei Effekte insbesondere im Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Gericht nicht fremd, etwa wenn der Antrag der Anklagebehörde auf eine bestimmte numerisch gekennzeichnete Strafe gerichtet ist. Trotz deren unumstrittener Existenz sind sie in Anbetracht höher-rangiger Erwägungen aber als notwendiges Übel hinzunehmen; die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft ist in diesem Fall gerade der Verwirklichung der Gewaltenteilung und der Abkehr vom Inquisitionsprinzip geschuldet. Wenngleich keine ausdrückliche Verfahrensart vorgeschrieben, jedoch das Kenntnisnahme-element als Gegenstück zur Äußerung zu wahren ist, können demgegenüber im Rahmen von Art. 103 I GG als Verfahrensgrundrecht¹²⁰⁴ grundsätzlich alle Handlungsweisen ergriffen werden, um diese Norm zu verwirklichen. Insbesondere einem Gericht in Gestalt eines fünfköpfigen Spruchkörpers stehen zahlreiche Formen der Verständigung und Informationsbeschaffung offen, wobei diese zur Legitimierung gleichen Stimmrechts gerade möglichst verlässlich zu erfolgen hat. Im Hinblick auf die unmittelbar bevorstehende Rechtskraft der Revisionsentscheidung und mitunter gravierender Rechtsfolgen für den Angeklagten stehen die Richter in besonderem Maße in der Pflicht, Vorkehrungen zu treffen, um solcherlei Effekten bestmöglich entgegenzuwirken. Nichts anderes kann Anspruch des höchsten ordentlichen Gerichtes sein.

Wenn die Befürworter des „Vier-Augen-Prinzips“ nicht ohne gewisse Korrektive auskommen, so sind selbst diese allesamt Bedenken ausgesetzt. Zwar hat der Vorsitzende die Akten ebenfalls vor der Beratung gelesen; dies kann allerdings Wochen vorher geschehen sein. Er wird in der Zwischenzeit die eine

¹²⁰⁴ So die allg. Meinung, siehe statt aller *Schmidt-Aßmann*, Maunz/Dürig, Art. 103 Abs. 1, Rn 4.

oder andere weitere Revisionsakte durchgearbeitet haben, weshalb seine Aktenkenntnis jedenfalls nicht mit jener des Berichterstatters gleichzusetzen ist,¹²⁰⁵ der seine Ergebnisse in einem vorzubereitenden Vortrag vor seinen Richterkollegen zu präsentieren hat. Immerhin können deren Fragen und Anmerkungen ein gewichtiges Kompensationsmittel darstellen. Dabei ist aber die Schwierigkeit zu beachten, gerade in solchen Situationen Anmerkungen anzubringen, in denen man entweder schon überzeugt ist (ob unbewusst beeinflusst oder nicht) oder ein lückenhafter Vortrag zu bestimmten Zweifeln erst gar nicht nötig. Des Weiteren ist unter anderem auf Grundlage vorgenannter Gesichtspunkte weder von einer pauschalen Vermutung der Kenntnisnahme auszugehen noch können Revisionsrichter eine inadäquate Entscheidungsfindungspraxis rechtfertigen, indem sie auf Faktoren verweisen, die eine Revisionsentscheidung lediglich zusätzlich zu beeinflussen vermögen. Die Ermessensregelung ist – verfassungsrechtlich – nur unbedenklich, wenn die Wahlmöglichkeit erst nach dem Berichterstattervortrag ergriffen wird. Dann befinden sich die Beisitzer aber bereits in derjenigen Situation, die im Falle des Fehlens verlässlicher Neutralisierungsmittel gerade vermieden werden soll. Schließlich wird auch der Revisionsführer Lücken im Rahmen der gerichtlichen Kenntnisnahme nicht vollständig korrigieren können: Die Ansicht des Spruchkörpers bleibt ihm bis zuletzt verschlossen. Verfahrensrechtlich ist die Verwirklichung des Kenntnisnahmeelements auf diese Weise also keineswegs gesichert. Damit ist nicht gesagt, die mündliche Vermittlung des Akteninhalts sei stets unzureichend, allerdings genügt das „Vier-Augen-Prinzip“ mitsamt vermeintlicher Korrektive den Anforderungen des Art. 103 I GG nicht.

ff) Art. 97 I GG

(1) Die sachliche Unabhängigkeit

Die Gewährleistung richterlicher Unabhängigkeit umfasst neben der persönlichen auch die sachliche Unabhängigkeit. Ob die zum einen innergerichtlichen, zum anderen unbewussten Einflüsse, die von dem Berichterstattervortrag im Rahmen des „Vier-Augen-Prinzips“ ausgehen können, von Letzterer umfasst

¹²⁰⁵ *Rissing-van Saan*, Beulke-FS, S. 971, ist der Ansicht, dem Vorsitzenden bleibe neben seinen administrativen Aufgaben wenig Zeit für eine eigene vertiefte Befassung mit ungeklärten und interessanten Rechtsfragen.

sind, hängt entscheidend vom Verständnis des Art. 97 I GG ab. Nach allgemeiner Meinung soll die sachliche Unabhängigkeit zunächst – wenigstens – Weisungsfreiheit bedeuten.¹²⁰⁶ Der Vorschlag des Rechtspflegeausschusses des Parlamentarischen Rates sah die Formulierung „von keinerlei Weisung abhängig“ vor, man beließ es jedoch bei der bekannten und bewährten Begrifflichkeit „unabhängig“.¹²⁰⁷ Weisungsfreiheit besagt, kein Dienstbefehl könne dem Richter vorschreiben, wie er zu urteilen beziehungsweise auf welche Weise er zu seinem Urteil zu kommen habe.¹²⁰⁸ Danach verstieße das „Vier-Augen-Prinzip“ augenscheinlich nicht gegen Art. 97 I GG: Der Berichterstatter soll keinen Befehlshaber darstellen; von ihrer Ausrichtung her verfolgt die Vortragsmethode den alleinigen Zweck, die Beratungsgrundlage zu liefern.

Unter anderem¹²⁰⁹ das Bundesverfassungsgericht hält indes gleichermaßen Empfehlungen und andere „vermeidbare“, die Unabhängigkeit tangierende Einflussnahmen¹²¹⁰ mit Art. 97 I GG für unvereinbar, vornehmlich in Bezug auf die Exekutive¹²¹¹, womit die Möglichkeit innergerichtlicher Abhängigkeiten anzuzweifeln wäre. Um welche Art von Einflüssen es sich dabei genau handeln soll, wird nicht einheitlich konkretisiert, was insoweit für eine weite Auslegung spricht. „Vermeidbar“ seien dabei all jene Beeinflussungen, die nicht zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Gerichte notwendig seien.¹²¹² Wollte man die möglichen tendenziellen Auswirkungen des Vortrags im Rahmen einer ausgedehnten Interpretation als „andere Einflussnahme“ begreifen, müsste diese unvermeidbar sein, um der Unabhängigkeitsgarantie nach dieser Ansicht zu genügen. Zunächst steht den Richtern ein Ermessen zu, die Akten selbst zu lesen, um damit möglichen Einflüssen nicht ausgesetzt zu sein, wobei aber an die bereits erwähnten Mängel der Ermessensregelung zu erinnern ist. Um diesen vorzubeugen, müsste ein Richter alle Akten lesen, was letztlich die Praktizierung des der Funktionstüchtigkeit der Gerichte eher abträglichen „Zehn-Augen-Prinzips“ bedeutete. Allerdings ist den Richtern auch die Wahl einer sich vom

¹²⁰⁶ BVerfGE 14, 56, 69; 26, 186, 198; 27, 312, 322; 87, 68, 85; BVerfG, NJW 1996, 2149, 2150.

¹²⁰⁷ Der Parlamentarische Rat, S. 1417 f.

¹²⁰⁸ Hillgruber, Maunz/Dürig, Art. 97, Rn. 21.

¹²⁰⁹ In der Lit. etwa auch von Wiebel, BB 1995, 1198 f., vertreten.

¹²¹⁰ BVerfGE 12, 81, 88, und BVerfGE 26, 79, 98, zur gesetzlichen besoldungsrechtlichen Einstufung der Richter, um Einflüsse hins. individueller Beförderungen auszuschließen.

¹²¹¹ BVerfGE 12, 81, 88; 26, 79, 98; 14, 56, 69; 55, 372, 389. Deutlich: BVerfG, NJW 1961, 655.

¹²¹² BVerfGE 26, 79, 94.

„Vier“- und „Zehn-Augen-Prinzip“ unterscheidenden anderen Methode nicht verschlossen. Die Informationsvermittlung mittels alleinigen Berichterstattervortrags ist insbesondere der Kritik mangelnder geeigneter Kompensationsmechanismen ausgesetzt. Es ist indes nicht schlechthin undenkbar, dass solche prinzipiell existieren, um einer ökonomischen Verfahrensweise Vorschub zu leisten. Von der Unvermeidbarkeit des „Vier-Augen-Prinzips“ ist daher nicht ohne Weiteres auszugehen.

*Hillgruber*¹²¹³ will der Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts angesichts der Gefahr einer Überdehnung des Gewährleistungsgehaltes der Unabhängigkeitsgarantie nur unter Einschränkungen zustimmen: Zumindest müsse der in Rede stehende Umstand weisungsähnlichen Charakter besitzen oder wenigstens die Wirkung einer Weisung entfalten. Ein weisungsähnlicher Charakter könnte etwa Verwaltungsvorschriften oder einem schlichten Parlamentsbeschluss anhaften. Der Vortrag eines Berichterstatters ist jedoch mit solchen Formen der Kundgabe angesichts ihrer zwar nicht zwingend rechtsverbindlichen, aber doch offiziellen und teils Außenwirkung entfaltenden Natur nicht vergleichbar. Zu der Frage, wann die Wirkung einer Handlung jener einer Weisung gleichkommen soll, äußert sich *Hillgruber* nicht. Damit könnte einerseits eine äußere staatliche Einwirkung gemeint sein, die jemanden dazu aufriefe, einen bestimmten Akt vorzunehmen. Da die vom Berichterstattervortrag ausgehenden möglichen tendenziösen Einflüsse von innerhalb des Spruchkörpers selbst herühren und weitgehend unbewusst sind, dürfte man nach dieser Deutungsmöglichkeit nicht von einer weisungsgleichen Wirkung ausgehen. Letztere könnte hingegen ebenso als ein Einfluss bewertet werden, der den Richter dazu anhielte, eventuell anders Recht zu sprechen, als er es im Rahmen der Aktenlektüre täte. Diese Gefahr kann in Ansehung von Ankerheuristiken nicht ausgeblendet werden, obwohl eine auch nur mögliche mangelhafte Kenntnisnahme nicht gleich zu einer im Ergebnis unrichtigen Entscheidung führen muss. Schließlich könnte der weisungsähnliche Charakter einer wie auch immer gearteten Vorgabe anhand einer dadurch möglicherweise provozierten Zwangslage zu bestimmen sein¹²¹⁴. Abgesehen von der allgemein vorherrschenden Motivation einer zügigen (Beschluss-) Entscheidung, sähe sich ein durch den Berichterstatter

¹²¹³ *Hillgruber*, Maunz/Dürig, Art. 97, Rn. 23.

¹²¹⁴ Dies ist zwar bereits von der persönlichen Unabhängigkeitsgarantie des Art. 97 II 1 GG umfasst, der jedoch nicht jegliche möglichen Konsequenzen weisungswidrigen Verhaltens aufzählt.

mündlich informierter Richter einer vermeintlichen Bedrängnis in Anbetracht lediglich unterbewusster Einflussmöglichkeiten indes nicht ausgesetzt.

Allein auf einen formellen Dienstbefehl abzustellen, erscheint zu kurz gegriffen, wäre es doch ein Leichtes, den Befehlscharakter einer Maßnahme zu verschleiern, während sie letztlich vielleicht doch als Instruktion wahrgenommen würde und werden sollte. Legte man den Schwerpunkt auf die Vermeidbarkeit einer Einflussnahme, entfernte man sich hingegen von der Stoßrichtung, die Art. 97 I GG verfolgt. Angesichts der mannigfaltigen Möglichkeiten, sachfremd auf die Justiz einzuwirken, erscheint diejenige Sichtweise vorzugswürdig, die auf einen weisungsähnlichen Charakter oder jedenfalls auf die Wirkung eines solchen abstellt. Im Hinblick auf die Frage, wann von den letztgenannten Kriterien auszugehen ist, hat man sich richtigerweise am Schutzzweck des Art. 97 I GG zu orientieren. Bezweckt man mit der Gewährung sachlicher Unabhängigkeit lediglich die Güte der Rechtsprechung, so wäre eine weisungsähnliche Wirkung trotz unbewusster Einflussnahme anzunehmen. Steht das Postulat einer unbeeinflussten Rechtsprechungstätigkeit aber – unter anderem – mit dem Fehlen von außen kommender staatlicher Intervention im unmittelbaren Zusammenhang oder soll eine Bedrängnis des einzelnen Richters verhindert werden, dürfte die Verfassungsvorschrift hier nicht tangiert sein. Für Ersteres spricht zwar die Auferlegung einer Bindung der Richter allein an das Gesetz. Jedoch unterscheidet der Wortlaut zwischen der „Unabhängigkeit“ einerseits und der Gesetzesbindung andererseits. Letztere ergibt sich bereits aus Art. 20 III GG. Die Unabhängigkeit kann also nicht ausschließlich eine gesetzestreue Rechtsprechung bezwecken. Der Wortlaut differenziert freilich auch nicht zwischen verschiedenen Gewalten, sondern mutet vielmehr absolut an. In historischer Hinsicht sollte der Richter ursprünglich frei von Einwirkungen der Landesherren, also der Exekutive, Recht sprechen.¹²¹⁵ Wie an anderer Stelle ausgeführt¹²¹⁶, vermag sich eine Vorschrift allerdings von ihrer historischen Ausrichtung zu lösen. Die Systematik betreffend, ist Art. 97 GG unter dem Titel „Rechtsprechung“ verortet. Dort sollen somit Kernaussagen zur Rechtsstellung der Judikative in der verfassungsrechtlichen gewaltenteilenden Ordnung getroffen werden.¹²¹⁷ Dies könnte dafür sprechen, vor allem Eingriffe der zuvor genannten Gewalten zu untersagen und die Judikative dabei auszuklammern.

¹²¹⁵ Zur historischen Entwicklung: *Schaffer*, BayVBl. 1991, 643 ff.

¹²¹⁶ Siehe S. 85.

¹²¹⁷ *Hillgruber*, Maunz/Dürig, Art. 97, Rn. 1.

Dieser Schluss ist hingegen keinesfalls zwingend – wollte der Gesetzgeber die richterliche Gewalt mit einbeziehen, hätte er die Systematik kaum anders regeln können. Auch das Bundesverfassungsgericht will eine Ausnahme unter anderem für solche Eingriffe gelten lassen, „für die es an einer Ermächtigung zur Wahrnehmung richterlicher Funktionen nach jedem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt fehlt“. Könnte sich ein Eingriff von vornherein nicht auf eine solche richterliche Gewalt stützen, die durch Gesetz oder den Geschäftsverteilungsplan vermittelt werde, könne es keinen Unterschied machen, wo die Beeinträchtigung der Unabhängigkeit ihren Ausgang nehme.¹²¹⁸ Indem es somit die denkbar eingriffsintensivsten Szenarien mit einbeziehen will, hält es sich hinsichtlich einer entschiedenen Beurteilung merklich zurück. Die beschriebene Ausnahme träfe auf den Berichterstattervortrag im Übrigen nicht zu. Wenn gleich die Vereinbarkeit von § 8 II GO BGH mit Art. 103 I GG zweifelhaft erscheint, ist dies wiederum nicht allein mit seinem womöglich tendenziös wirkenden Vortrag, sondern gleichermaßen mit dem Fehlen geeigneter Kompensationsmechanismen zu begründen. Schon aus § 351 I StPO geht die Wertung hervor, ein Berichterstattervortrag könne bei Vorhandensein weiterer Informationsquellen eine Diskussionsgrundlage bieten.

Zumindest lässt sich eine zögerliche Tendenz dahingehend verzeichnen, auch die Judikative als mögliche Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit mit einzubeziehen. Dem schließen sich immer mehr Vertreter – vornehmlich mit Bezugnahme auf die oben dargestellte Ausnahmeformel des Bundesverfassungsgerichts – an.¹²¹⁹ Nicht zu leugnen ist die Tatsache, dass Teile der Judikative zu anderen Teilen inmitten dieser Gewalt eine größere Nähe besitzen als Exekutive oder Legislative und somit eine Einflussnahme unschwer und ohne Beobachtung durch die Öffentlichkeit zu realisieren wäre. Bezöge man die Judikative vollends mit ein, bürge aber eben diese Unmittelbarkeit die Gefahr in sich, Richter bezüglich jeder Maßnahme, die sie mit anderen Richtern oder in Bezug auf solche tätigten, dem Vorwurf der Missachtung deren Unabhängigkeit auszusetzen. Dies könnte wiederum ihre eigene Amtstätigkeit einschränken und sie insofern abhängig machen, gerade was unbewusste und nicht abschätzbare Beeinflussungen anbelangt, die man selbst nicht zu steuern vermag. Solche kann insbesondere das von einer Beratungskultur geprägte Kollegialprinzip

¹²¹⁸ BVerfG, NJW 1996, 2149, 2150 f.

¹²¹⁹ Siehe die Nachweise bei *Hillgruber*, Maunz/Dürig, Art. 97, Rn. 94 (Fn. 3); *Wiebel*, BB 1995, 1198, zu den Zivilsenaten.

mit sich bringen. Demnach ist durchaus der vorgetragene Gedanke des Bundesverfassungsgerichts fruchtbar zu machen, das unter anderem bei fehlender Wahrnehmung jeglicher richterlicher Funktion ausnahmsweise von einer Verletzung des Art. 97 I GG ausgeht. Richtigerweise ist dies jedoch als einzige und abschließende Besonderheit anzusehen.¹²²⁰ Wird der Berichterstatter somit im Rahmen der ihm zugewiesenen Funktion tätig, darf ihm hinsichtlich Art. 97 I GG kein Vorwurf möglicher Manipulation gemacht werden. Eine solche Sichtweise steht schließlich nicht der zweifelhaften Vereinbarkeit des „Vier-Augen-Prinzips“ mit dem Anspruch auf Gehörs-gewährung entgegen. Mag der Richter nach Art. 97 I GG auch an das Gesetz gebunden sein, so schreibt Art. 103 I GG gerade keine bestimmte Verfahrensweise vor.

(2) Die Bestimmung des Berichterstatters

Da eine gesetzliche Regelung zur abstrakten Vorausbestimmung des Berichterstatters nach „überwiegender“¹²²¹, aber umstrittener Ansicht nicht existiert,¹²²² soll es dem Vorsitzenden zustehen, die Auswahl im Einzelfall zu treffen. Diese Interpretation soll im Folgenden vorerst unterstellt werden.¹²²³ *Wiebel* sieht Art. 97 I GG tangiert, sofern sich die Berichterstatteraufgabe im Spruchkörper aus dem Zufall ergebe. Eine Bestimmung von Fall zu Fall stelle mehr als eine neutrale Geschäftsregelung dar, da mit ihr das Arbeitsleben eines jeden Rich-

¹²²⁰ Sinngemäß wohl auch *Rissing-van Saan*, Beulke-FS, S. 965 f., und *Meyer-Goßner*, Tolksdorf-FS, S. 325. Letzterem zufolge wäre der Berichterstattervortrag von der sachlichen Unabhängigkeit nur im Falle schlechthin fehlender Kompetenz zur Informationsvermittlung nicht mehr umfasst.

¹²²¹ *Sowada*, S. 456.

¹²²² Zuletzt und umfassend geändert wurde die einzig in Betracht kommende Vorschrift des § 21g GVG durch das Gesetz zur Stärkung der Unabhängigkeit der Richter und Gerichte vom 22.12.1999 (BGBl. I, 2598, 2599). Seitdem ergeht der Beschluss über die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung nicht mehr durch den Vorsitzenden, sondern durch alle dem Spruchkörper angehörenden Berufsrichter (Abs. 1 S. 1). Dadurch soll eine möglichst einverständliche Aufteilung der Verfahren gewährleistet werden (BT-Drucks. 14/597, S. 5 ff.). Seit der Neufassung ist umstr., ob der Geschäftsverteilungsplan auch die Bestellung des Berichterstatters zu beinhalten hat (aufgrund des faktischen Einflusses des Berichterstatters auf die Entscheidung) oder diese – wie vor der Reform – dem Vorsitzenden vorbehalten bleiben kann (so etwa BGH, NJW 2009, 931, 932). Zum Streitstand *Sowada*, S. 456 ff., demzufolge die Neuregelung letztere Auslegung jedenfalls nicht ausschließt.

¹²²³ *Fischer*, Beulke-FS, S. 713, zufolge wird der Berichterstatter bei zwei von fünf Strafsenaten uneingeschränkt, bei zwei weiteren grundsätzlich anhand des Aktenzeichens bestimmt.

ters intensiv geformt und die Zusammensetzung der Richterbank ad hoc beeinflusst werde¹²²⁴. Die Berichterstattung gehöre, wie alle anderen richterlichen Pflichten, zu den verfahrensrechtlichen Formen der Mitwirkung. Diese direkte Abhängigkeit vom Vorsitzenden müsste durch eine generell-abstrakte Regelung beseitigt werden.¹²²⁵ Gleichgültig jedoch, ob der Zufall entscheidet oder eine gesetzliche Vorausbestimmung des Berichterstatters existiert, wird sich ein Spruchkörper stets auf die zu fällende Entscheidung einzustellen haben. „Unabhängigkeit“ bedeutet nicht die Abwesenheit jeglicher Einflussnahme, sondern nur eine solche in Bezug auf die Auslegung und Anwendung des Gesetzes. Es mag als Herausforderung anzusehen sein, sich auf neue Situationen einzustellen; „abhängig“ im Sinne des Art. 97 I GG wird ein Richter dadurch jedoch nicht. Das Verfassungsgebot soll nicht entgegen seinem Schutzzweck als persönliches Privileg die allgemeine Handlungsfreiheit des Richters bewahren.¹²²⁶ Da der Vorsitzende durch die Auswahl des Berichterstatters eine durch seine verwaltungsorganisatorische Funktion gedeckte Aufgabe erfüllt, handelt es sich dabei im Übrigen um eine nicht von Art. 97 I GG erfasste innergerichtliche Vorgehensweise, weshalb zudem ein weisungsähnlicher Charakter zu verneinen wäre.

gg) Art. 101 I 2 GG

Art. 101 I 2 GG soll die Justiz vor einer Manipulation durch sachfremde Einflüsse schützen. Eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter und eine dadurch bewirkte Beeinflussung des Ergebnisses der Entscheidung sollen vermieden werden.¹²²⁷ Vor diesem Hintergrund sind die Unabhängigkeit der Judikatur zu wahren sowie das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte zu sichern.¹²²⁸ Müsste der Rechtsuchende befürchten, ein Richter würde in Ansehung seines Falles oder seiner Person im Einzelfall bestellt, nähme diese Zuversicht Schaden.¹²²⁹ Bezogen auf die Berichterstatterproblematik kristallisieren sich insoweit drei Anknüpfungspunkte heraus:

¹²²⁴ So auch *Leisner*, NJW 1995, 287; *Sowada*, S. 455.

¹²²⁵ *Wiebel*, BB 1995, 1198 f.

¹²²⁶ *Hillgruber*, Maunz/Dürig, Art. 97, Rn. 23.

¹²²⁷ BVerfG, NJW 1964, 1020; BVerfG, NJW 1978, 2499.

¹²²⁸ BVerfG, NJW 1956, 545.

¹²²⁹ BVerfG, NJW 1997, 1497, 1498.

(1) Ungeeignetheit der Beisitzer aufgrund unzureichender Aktenkenntnis

Zunächst wird vorgetragen, die Beisitzer seien mangels vollständiger Aktenkenntnis und aufgrund der dem Berichterstattervortrag zugrunde liegenden Manipulationsgefahren ungeeignete und damit keine gesetzlichen Richter im Sinne des Verfassungsgebotes.¹²³⁰ Dieser Auffassung ist zu widersprechen. Eine etwaige Mangelinformation einzelner Richter wäre nicht von der Funktion des Art. 101 I 2 GG umfasst. Letztere liegt nicht in der Konkretisierung der richterlichen Arbeitsleistung. Vielmehr soll eine Beeinflussung durch sachfremde Einflüsse verhindert werden, indem ein bestimmter Richter im Vorhinein abstrakt als sachlich, örtlich und instanziell zuständig feststeht. Nähme man die Geeignetheit zum Maßstab, dürften nicht allein eine fehlende Aktenkenntnis, sondern darüber hinaus weitere richterliche Unvollkommenheiten erfasst sein.¹²³¹ Ein egalitäres Element, das zugleich Qualitätsgarantien aufstellt, enthält die Vorschrift nicht; sie schützt lediglich die Unvertauschbarkeit des jeweiligen Richters.¹²³² Anderenfalls wäre nicht nur am Bundesgerichtshof eine Masse an Verfassungsverstößen zu beklagen, denn unbestrittenerweise existieren an jedem Gericht unterschiedlich qualifizierte Richter¹²³³. Dies ist bereits unterschiedlichem Dienstalder und Erfahrungsschatz geschuldet. Auch Vergleiche mit blinden¹²³⁴ oder gehörlosen¹²³⁵ Richtern beziehungsweise mit Zeugen vom Hörensagen¹²³⁶, die Ähnlichkeiten mit der Konstellation von durch den Berichterstattervortrag informierten Beisitzern aufweisen sollen, gehen fehl. Bei einem blinden Richter besteht weniger die Sorge der mangelnden Informiertheit, denn seine Fähigkeit zum Richteramt wird grundsätzlich nicht angezweifelt¹²³⁷. Vielmehr ist seine Behinderung hinsichtlich § 261 StPO problematisch, der die freie Beweiswürdigung „aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung“ beschreibt, während ihm ein visueller persönlicher Eindruck von den Prozessbeteiligten nicht möglich ist. Gleiches gilt für Gehörlose bezüglich

¹²³⁰ *Däubler*, JZ 1983, 358; *Doehring*, NJW 1983, 852; *Norouzi*, StV 2015, 777.

¹²³¹ *Herr*, MDR 1983, 635.

¹²³² *Schultz*, MDR 1983, 634; *Herr*, NJW 1983, 2131.

¹²³³ *Herr*, DRiZ 1984, 360.

¹²³⁴ *Däubler*, JZ 1983, 358.

¹²³⁵ *Doehring*, NJW 1983, 852.

¹²³⁶ So die Überlegung von *Stackelbergs*, MDR 1983, 364 („Aktenkenntnis vom Hörensagen“).

¹²³⁷ BGH, NJW 1953, 1115; BGH, NJW 1954, 932; BGH, NJW 1962, 2361.

akustischer Eindrücke. Den Zeugen vom Hörensagen vergleichsweise heranzuziehen, erscheint schon untauglich angesichts verschiedener Anknüpfungspunkte. Derartige Zeugen werden namentlich nicht als schlechthin ungeeignet angesehen; ob sich das Gericht mit ihm zufriedengeben kann, ist vielmehr eine Frage der Aufklärungspflicht und Beweiswürdigung.¹²³⁸

(2) Ungeeignetheit der Beisitzer aufgrund von Abhängigkeit

Wenn vorgetragen wird, nur ein unabhängiger Richter sei ein „richtiger Richter“ im Sinne des Art. 101 I 2 GG¹²³⁹, so ist dies mangels einer festgestellten Abhängigkeit im Sinne des Art. 97 I GG nicht weiter zu vertiefen.

(3) Die Bestimmung des Berichterstatters

Im Übrigen wird ein Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG mit der vermeintlich fehlenden gesetzlichen Regelung zur Bestimmung des Berichterstatters begründet.¹²⁴⁰ Wenn dies dem Ermessen des Senatsvorsitzenden im Einzelfall überlassen wird, sei gleich ein doppeltes Manipulationsrisiko zu befürchten. Es könne die Gefahr bestehen, dass der Vorsitzende die Auswahl als Sanktionierung oder Belohnung missbrauche beziehungsweise eine informelle Hierarchie schaffe, bei der manche Beisitzer keine wirkliche Funktion ausfüllten, sondern den Spruchkörper lediglich numerisch vervollständigten.¹²⁴¹ Da der Berichterstatter aufgrund seines Wissensvorsprungs zugleich eine alleinige Übermacht des Vorsitzenden zu kompensieren vermag, werde Letzterem damit die Befugnis zuteil, seinen „funktionalen Gegenspieler“ eigens auszuwählen.¹²⁴² Dennoch vermag der Vorsitzende für die von ihm in den eingegangenen Verfahren erkannten Rechts- beziehungsweise Beweisprobleme den am besten geeigneten Berichterstatter auszusuchen. Dies sei ein Qualitätsmodell, über dessen Vorzüge diejenigen nachdenken sollten, die kein Vertrauen in eine gerecht gestaltete

¹²³⁸ *Schultz*, MDR 1983, 633.

¹²³⁹ BVerfGE 23, 321, 325; *Wiebel*, BB 1995, 1200.

¹²⁴⁰ U. a. *Wiebel*, BB 1995, 1200; *Groß-Bölting*, StraFo 2012, 446.

¹²⁴¹ Diese Befürchtung äußernd *Pasker*, ZAP 2013, 970; dazu auch *Fischer*, Beulke-FS, S. 712. Jene, die dem Berichterstatter im Rahmen des „Vier-Augen-Prinzips“ indes schon keine erhebliche Entscheidungskompetenz zumessen, dürften auch keine verfassungsrechtliche Garantie des „gesetzlichen Berichterstatters“ einfordern können.

¹²⁴² *Sowada*, S. 450 f.

Arbeitszuteilung durch den Vorsitzenden hätten. Es bestehe jederzeit die Möglichkeit, auf Antrag eines Richters eine andere Berichterstattung zu verlangen.¹²⁴³

Inwiefern sich eine Sanktionierungs- oder Belohnungspolitik am obersten Bundesgericht herausbilden könnte, ist zunächst nicht auszumachen. Von einer lediglich numerischen Vervollständigung wird spätestens bei gleichem Stimmrecht im Rahmen der Abstimmung nicht mehr auszugehen sein. Einzelne Beisitzer sind durchaus in der Lage, ein vermeintlich von Vorsitzendem und Berichterstatter bevorzugtes Entscheidungsergebnis durch entsprechendes Stimmverhalten zu blockieren, wenngleich das Einstimmigkeitserfordernis gerade die Beisitzer dazu zu bewegen vermag, sich der herausgebildeten Mehrheitsmeinung anzuschließen. Ist aber gerade keine gesetzliche Regelung vorhanden, so dürfte zudem richtigerweise die Möglichkeit bestehen, eine bestimmte Wahl des Vorsitzenden zu rügen, um diese ohne Rechtsbruch rückgängig zu machen.

Würde man mit der Annahme eines beachtlichen Einflusses des Berichterstatters auf die Entscheidung diesen als „gesetzlichen Richter“ im Rahmen von Art. 101 I 2 GG qualifizieren, wäre zumindest jene Argumentation verfehlt, die auf die Qualitätssicherung der Entscheidung durch die individuelle Auswahl abstellt. Eine solche bezweckt die Verfassungsvorschrift gerade zu verhindern, obgleich sie auf vermeintlichen Effektivitätserwägungen beruhen mag. Schon der Erweckung des Anscheins eines Missbrauchs soll vorgebeugt werden. Wenn mit der herrschenden Meinung zudem angenommen wird, allein eine willkürliche Auswahl könne Art. 101 I 2 GG verletzen, so bezieht sich dies nur auf die fehlerhafte Handhabung einer *bestehenden* Zuständigkeitsvorschrift; für das Normsetzungsgebot kommt es auf einen etwaigen Willkürnachweis nicht an¹²⁴⁴.

Inwiefern eine derartige Autorität vom Berichterstatter ausgeht, wurde bereits hinreichend erläutert; (unbewusste) Verzerrungen im Hinblick auf das Kenntnisnahmeelement sind danach nicht auszuschließen. Es drängt sich indes die Frage auf, ob sowohl denjenigen Autoren, die von einem Verfassungsverstoß hinsichtlich der Nichtgewährung rechtlichen Gehörs ausgehen, als auch jenen, die einen solchen ablehnen, ein Trugschluss unterlaufen sein könnte. Nach ihnen soll die Verfassungsmäßig- oder -widrigkeit überwiegend von der faktischen Einflussmöglichkeit des Berichterstatters abhängen, die von den ei-

¹²⁴³ Brause, JR 2013, 138.

¹²⁴⁴ BVerfG, NJW 1997, 1497, 1498.

nen zugleich angenommen und kritisiert, von den anderen jedoch abgestritten wird. Missbilligte man eine derartige Manipulationsgefahr und forderte man aufgrund dessen die gesetzliche Vorausbestimmung des Berichterstatters, könnte genau jene dessen unlegitimierten Einfluss billigen. Auf diese Weise liefe man Gefahr, eine Person zum gesetzlichen „Richter“ zu erheben, ohne ihr einfachgesetzlich eine weitere Entscheidungsmacht zubilligen zu wollen, als ihr kraft ihres Richteramtes bereits zusteht. Das Kollegialprinzip ginge weiterhin von der Gleichberechtigung aller Richter aus; auch an dem Wert des Stimmrechts änderte sich nichts. Eine Kompensation der mit dem „Vier-Augen-Prinzip“ – unmittelbar – verbundenen Nachteile bliebe weiterhin aus. Ob diese Interpretation zutrifft, hängt wiederum vom Gewährleistungsgehalt des Art. 101 I 2 GG ab. Nach allgemeiner Definition ist „gesetzlicher Richter“ „das Gericht als organisatorische Einheit, das erkennende Gericht als Spruchkörper und der im Einzelfall zur Entscheidung berufene Richter“.¹²⁴⁵ Es kommt demnach auf eine legitime Entscheidungsbefugnis in organisatorischer oder judizieller Hinsicht an. Vor diesem Hintergrund wäre das berichterstattende Kollegialmitglied als eines von fünf schon mit dem Beschluss nach § 21e I GVG bestimmt,¹²⁴⁶ zumal die Berichterstatterrolle zumindest für das Beschlussverfahren nicht formalgesetzlich kodifiziert ist. Lediglich im Urteilsverfahren bestimmt § 351 I StPO seine Beteiligung im Rahmen der Hauptverhandlung, die im Hinblick auf die GehörsGewährung wiederum seine Legitimation begründet. Eine organisatorische Entscheidungsbefugnis wird dem Berichterstatter ebenso wenig zuteil. Umgekehrt werden nur ihm besondere Aufgaben auferlegt; er tut dies nicht in Bezug auf andere. Dass andere Gerichte längst eine derartige Vorausbestimmung getroffen haben sollen,¹²⁴⁷ lässt sich mit der dort herrschenden – gesetzlich niedergelegten – Verfahrensgestaltung begründen. § 155 IV SGG etwa gesteht dem Berichterstatter in gewissen Fällen ausdrücklich eine Entscheidungskompetenz zu. In der Tat verlangt dies nach einer an abstrakten Kriterien orientierten Vorausbestimmung.¹²⁴⁸ Auch dort, wo der Mitwirkungsplan an seine Person die Zusammensetzung des Spruchkörpers oder die Bestimmung

¹²⁴⁵ *Maunz*, *Maunz/Dürig*, Art. 97, Rn. 11; *Sowada*, S. 454.

¹²⁴⁶ Siehe auch *Sowada*, S. 454, der sich am Leitbild des Kollegialprinzips orientiert.

¹²⁴⁷ *Wiebel*, BB 1995, 1197, weist darauf hin, auch an anderen Bundesgerichten bemühe man sich um eine entweder kollegial einvernehmliche oder aus dem Geschäftsverteilungsplan hervorgehende Vorausbestimmung des Berichterstatters. Dies besagt jedoch nicht, das Fehlen solcher – wohlgerneht uneinheitlich gehandhabter – Regelungen stelle einen Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG dar.

¹²⁴⁸ BSG, NJW 1996, 2181.

des Einzelrichters knüpft,¹²⁴⁹ ist eine generelle Regelung zu treffen.¹²⁵⁰ Im revisionsrechtlichen Beschlussverfahren ist die Verfahrensgestaltung hingegen nicht festgelegt und dem Spruchkörper selbst überlassen, solange höherrangiges Recht nicht entgegensteht. Mit einer Vorausbestimmung des Berichterstatters auf Grundlage des hier fraglichen Verfassungsgebotes regelte man zwar nicht das „Vier-Augen-Prinzip“ als einzig denkbare Verfahrensweise, legitimierte es aber jedenfalls stillschweigend und setzte sich auf diese Weise in Widerspruch zur Rechtsordnung. Dem Berichterstatter steht gerade keine herausgehobene Entscheidungskompetenz innerhalb des Spruchkörpers zu. Mögen die geäußerten Bedenken hinsichtlich des Mangels an einer abstrakten Vornormierung nicht von der Hand zu weisen sein, so ließe sich eine derartige Regelung vielleicht als mögliches Korrektiv einer derzeit zweifelhaften und nicht zwingenden Verfahrensweise rechtfertigen, *dogmatisch* dagegen nicht auf Art. 101 I 2 GG stützen. Diesem liegt zugrunde, einen als solchen ausgewiesenen Richter voranzubestimmen, nicht aber illegitime Entscheidungseinflüsse auf verfassungsrechtlichem Boden anzuerkennen.

hh) Art. 19 IV GG

Wenn vorgetragen wird, das „Vier-Augen-Prinzip“ sei wenig vereinbar mit dem Anspruch des Einzelnen auf effektiven Rechtsschutz¹²⁵¹, so sind weder ein Rechtsmittelzug noch die Art der Zusammensetzung der Spruchkörper von Rechtsmittelgerichten verfassungsrechtlich vorgeschrieben. Sieht das einfache Recht jedoch einen irgendwie gearteten Rechtsmittelzug vor, so muss dieser wirksam ausgestaltet sein.¹²⁵² Die Effektivität des Rechtsschutzes könnte angezweifelt werden, wenn bereits drei der fünf Richter Gefahr laufen, das Parteivorbringen verzerrt oder nur unvollständig zur Kenntnis zu nehmen. Allerdings umfasst das Effektivitätsgebot nicht die Forderung eines „optimalen“ oder „maximalen“ gerichtlichen Rechtsschutzes. Vielmehr verlangt Art. 19 IV GG die „Ausgewogenheit des Gerichtsschutzes“. Die Grundgesetznorm gewährt

¹²⁴⁹ Siehe etwa §§ 348 ZPO und § 6 VwGO.

¹²⁵⁰ BVerfG, NJW 1997, 1497, 1498; *Sowada*, S. 456; siehe auch *Fischer*, Beulke-FS, S. 712.

¹²⁵¹ *Norouzi*, StV 2015, 777 (ohne Begründung); siehe auch *Wiebel*, BB 1995, 1200, allerdings in Bezug auf die seiner Ansicht nach verfassungswidrige Bestimmung des Berichterstatters durch den Vorsitzenden.

¹²⁵² BVerfGE 112, 185, 207 f.

also lediglich einen wirksamen Rechtsschutz im Gesamtgefüge der Rechtsordnung und soll nicht als „Zauberformel“ dienen, „prozessuale Wünschbarkeiten zu Verfassungsgeboten aufzuwerten“.¹²⁵³ Dies gilt hier vor allem angesichts des Umstandes, dass die prozessuale Vorgehensweise des „Vier-Augen-Prinzips“ sich bereits an Art. 103 I GG stößt, spezielle Verfahrensgarantien demnach bereits verfassungsrechtlich verankert sind.

ii) Art. 20 III GG

Doehring zufolge bezieht sich die wesentlichste und elementare Forderung des Rechtsstaatsprinzips auf die Berechenbarkeit des den Staatsbürger bindenden Rechts. Gelangten Tatsachen, die der Richter für beachtlich halten könnte oder würde, nicht zu seiner Kenntnis, so wäre er letztlich nicht in der Lage, das Gesetz zu vollziehen, was seine Entscheidung unberechenbar mache.¹²⁵⁴

Art. 20 III GG enthält unter anderem die Garantie rechtssicheren staatlichen Handelns, dessen Teilaspekt die Berechenbarkeit darstellt.¹²⁵⁵ Nicht selten sind Entscheidungen aber unberechenbar. Dabei sei beispielhaft auf die mehrmals angesprochene Darstellungsrüge verwiesen, deren Unberechenbarkeit ständiger Kritik unterliegt. Sind derartige Unwägbarkeiten jedoch gleich rechtsstaatswidrig? Richtigerweise muss das Berechenbarkeitsgebot angesichts des gravierenden Urteils im Falle der Feststellung einer Zuwiderhandlung präzisiert werden. Demnach kann es nicht auf die Unsicherheit ankommen, die jeder Rechtsuchende im Hinblick auf die erwartete Entscheidung empfindet. Es geht nicht darum, das Entscheidungsergebnis berechenbar zu machen – dies ist in Ansehung der Anwendung abstrakter Normen auf unterschiedlich geartete Einzelfälle nicht möglich und vom Gesetzgeber nicht zu leisten. Vielmehr wird das Ergebnis einer Entscheidung jedenfalls dann in verfassungserheblicher Weise unkalkulierbar, wenn ein gesetzlich vorgesehenes Entscheidungsverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt wird. Da Art. 103 I GG jedoch gerade diesen von Art. 20 III GG geschützten Teilbereich umfasst, wäre ein Verstoß gegen das Berechenbarkeitsgebot als Unterfall des Rechtsstaatsprinzips jedenfalls subsidiär gegenüber einer Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör.

¹²⁵³ *Schmidt-Aßmann*, Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4, Rn. 4, 229, m. w. N.

¹²⁵⁴ *Doehring*, NJW 1983, 853.

¹²⁵⁵ *Grzeszick*, Maunz/Dürig, Art. 20, Rn. 50.

b) Überprüfung und Durchsetzung des „Zehn-Augen-Prinzips“

Forderte man angesichts der verfassungsrechtlichen Bedenken, die das „Vier-Augen-Prinzip“ mit sich bringt, eine Entscheidungsfindung mittels des „Zehn-Augen-Prinzips“, stellte sich – prozessökonomische Aspekte vorerst ausblendend – die Frage nach dessen praktischer Durchsetzbarkeit. Wie kann demnach kontrolliert werden, ob die Beisitzer selbst die Aktenlektüre betreiben beziehungsweise sich nicht (allein) mittels des Vortrags über den Akteninhalt informieren, und wie wäre Letzteres zu verhindern?

aa) Rechtliche Schranken

Das Beratungs- und – präzise formuliert – auch Abstimmungsgeheimnis¹²⁵⁶ gemäß § 43 DRiG wurzelt in der richterlichen Unabhängigkeit. Jene, so einst das Reichsgericht, verlöre einen wesentlichen Teil ihres Wertes, wäre es zulässig, über richterliche Abstimmungen und deren Gründe Auskunft zu verlangen. Schon das Bewusstsein der bloßen Möglichkeit, Dritten gegenüber Rechenschaft ablegen zu müssen, könne geeignet sein, die Unbefangenheit des Urteils und damit die Unabhängigkeit des Richterspruchs zu gefährden. Mit dem Schweigerecht gehe angesichts des Schutzes des unbefangenen richterlichen Gedankenaustauschs zugleich eine Schweigepflicht einher.¹²⁵⁷ Diese richtet sich an alle Mitglieder eines Spruchkörpers. § 43 DRiG gilt indes nicht ausnahmslos. Der Gesetzgeber hat Beispielsfälle angeführt, in denen das Beratungsgeheimnis zurückstehen müsse, so etwa bei der Richteranklage, bei einem Strafverfahren wegen Rechtsbeugung und „möglicherweise in einem Amtshaftungsprozess“.¹²⁵⁸ Die weitere Austarierung dieser Einschätzung überantwortet er Rechtsprechung und Literatur. Der Bundesgerichtshof hält zum Beispiel die Mitteilung des Abstimmungsergebnisses für zulässig und geboten, wenn Beratungs- und Abstimmungsfehler zu befürchten seien, die Einfluss auf die getroffene Entscheidung hätten oder die Wirksamkeit der Entscheidung vom Abstimmungsergebnis abhängen.¹²⁵⁹ Hinsichtlich der Art und Weise der Beschluss-

¹²⁵⁶ *Einsiedler*, NJ 2014, 8.

¹²⁵⁷ RGSt 26, 202, 204.

¹²⁵⁸ BT-Drucks. 3/516, S. 47.

¹²⁵⁹ BGH, DRiZ 1976, 319.

fassung wird vorgetragen, diese entziehe sich aufgrund des Beratungsgeheimnisses einer unmittelbaren Nachprüfung.¹²⁶⁰ Eine einzelfallbezogene Rekonstruktion durch externe Betrachter oder eine Rechtskontrollinstanz sei nicht möglich; Anhaltspunkte biete lediglich die Entscheidungsbegründung.¹²⁶¹ Weder das Gesetz noch allgemeine Grundsätze würden dem Richter vorschreiben, wie und wie lange er zu beraten habe; die Gestaltung der Beratung sei allein dem Gericht überlassen.¹²⁶² Jedoch diene das Beratungsgeheimnis einem Richter nicht als Schutzschild, sich der persönlichen Verantwortung zu entziehen mit der Folge, dem Kollegialgericht eine nicht gerechtfertigte Vorzugsstellung vor dem Einzelrichter zu verschaffen. Umgekehrt dürfe es dem Belangten die Verteidigung und dem als Zeugen angerufenen Kollegen die Entlastung nicht unmöglich machen.¹²⁶³

Das Dienstgericht des Bundes unterscheidet zwischen einem Kernbereich richterlicher Tätigkeit und der „äußeren Ordnung“. Zum Kernbereich gehöre die „eigentliche Rechtsfindung“, wobei im Interesse eines wirksamen Schutzes von Art. 97 I GG eine großzügige Grenzziehung geboten sei und deshalb „alle der Rechtsfindung auch nur mittelbar dienenden“, demnach diese vorbereiten und ihr nachfolgenden Sach- und Verfahrensentscheidungen mit einzubeziehen seien.¹²⁶⁴ Dienstaufsichtsrechtliche Maßnahmen seien in diesem Bereich unzulässig. Eine Ausnahme gelte allein bei offensichtlichen Fehlgriffen bei der richterlichen Rechtsprechungstätigkeit.¹²⁶⁵ Vorstehende Erwägungen zum Beratungsgeheimnis decken sich größtenteils mit jenen zur hier abgelehnten Verletzung der sachlichen Unabhängigkeit. Erst wenn Richter sich sach- und verfahrensrechtlich so weit von ihrer Funktion trennen, dass die Motivation zur Rechtsfindung nicht mehr erkennbar ist, sind Maßnahmen der Überprüfung, Durchsetzung und Ahndung angängig.

Bei näherer Betrachtung wären Gegenstand und Zweck einer Überprüfung der Beschlussberatung ohnehin nicht präzise auszumachen. Hat die Beratung etwa mit dem Berichterstattervortrag begonnen, bedeutete dies keinesfalls, die anderen Richter hätten die Akten vorher nicht gelesen. Fehlte ein solcher Vor-

¹²⁶⁰ OLG Koblenz, NJOZ 2007, 5371, für die Berufungsinstanz.

¹²⁶¹ OLG Koblenz, NJOZ 2007, 5371, 5379.

¹²⁶² OLG Koblenz, NJOZ 2007, 5371, 5380.

¹²⁶³ OLG Naumburg, NJW 2008, 3585 ff. Jedoch solle den als Zeugen zu vernehmenden Richter keine *Aussagepflicht* treffen.

¹²⁶⁴ BGH, NJW 1964, 2415, 2417 f.; BGH, NJW 1988, 1094; BGH, NJW 1988, 421, 422 f.

¹²⁶⁵ BGH, NJW 1977, 437.

trag, so dürfte man ebenfalls nicht davon ausgehen, eine Aktenlektüre sei unterblieben; dann nämlich fehlte jegliche Beratungsgrundlage. Wenn gerade unbewusste Einflüsse im Zentrum der Kritik stehen, könnten solche ebenso wenig durch eine etwaige Beweiserhebung verifiziert werden. Letztlich ist das Problem also im Stadium vor der eigentlichen Beratung anzusiedeln.

bb) Tatsächliche Schranken

Die gewichtigste Hürde der Umsetzung des „Zehn-Augen-Prinzips“ wäre wohl zugleich die undogmatischste. Die Aktenkenntnis aller Richter dürfte schon faktisch weder einer Überprüfung noch einer irgendwie gearteten Durchsetzung zugänglich sein. Dem Richter kann weder vorgeschrieben werden, die Akten an einem bestimmten Ort noch zu einer bestimmten Zeit zu lesen; eine Beobachtung dessen grenzte ans Groteske. Bereits den Vorgang des Aktenlesens handhabt jeder Richter auf andere Weise. Ob eine erfolgte Aktenlektüre oberflächlich oder tiefgehend erfolgt, lässt sich nicht verifizieren. Eine „Rüge des aktenunkundigen Richters“¹²⁶⁶, etwa als Ausformung der Anhörungsrüge, wäre demnach kaum realisierbar. Der Beschwerdeführer wäre gehalten, die mangelnde Aktenkenntnis schlicht zu behaupten, was nicht den Rügeanforderungen entspräche. Bei Einholung dienstlicher Äußerungen würde sich der betreffende Richter vermutlich auf seine Unabhängigkeit berufen; seine Aussage wäre nicht falsifizierbar. Ein Beruhen fehlender Aktenlektüre auf der Entscheidung wäre im Übrigen kaum festzustellen.¹²⁶⁷

c) Die Entscheidungsfindung am Oberlandesgericht

Ein Großteil der Revisionen wird nicht am Bundesgerichtshof, sondern an den Oberlandesgerichten behandelt. Zur dortigen Entscheidungsfindung äußert man sich in Rechtsprechung und Literatur kaum. Überträgt man die zum Bundesgerichtshof erörterte Problematik auf das Oberlandesgericht, wäre bei den dort mit drei Richtern besetzten Spruchkörpern lediglich eines der Mitglieder Gegenberichterstatter, während der Vorsitzende und der Berichterstatter die Aktenlektüre betreiben würden. Es stünde demnach das „Vier“- einem „Sechs-

¹²⁶⁶ Begriff geprägt durch *Schultz*, MDR 1983, 634.

¹²⁶⁷ Siehe auch *Schultz*, MDR 1983, 634; *Schneider*, DRiZ 1984, 363, bezeichnete es als „realitätsblind“, die Aktenlektüre aller Richter einer wirksamen Kontrolle zuzuführen.

Augen-Prinzip“ gegenüber. Ob bei den dortigen Spruchkörpern im Vergleich zum Bundesgerichtshof ein gesteigertes Risiko von Ankereffekten hinsichtlich des verbleibenden Beisitzers zu befürchten ist, wenn der Vorsitzende dem Berichterstattervortrag nicht widerspricht und damit der Anschein seiner Vollständigkeit erhoben wird, ist nicht auszuschließen. Sollten Vorsitzender und Berichterstatter sich nach erfolgter Aktenlektüre einig sein, bildeten sie hingegen schon die Mehrheit. Im Hinblick auf die im Rahmen von § 349 II, IV StPO geforderte Einstimmigkeit mag es für den Dritten daher mitunter eine große Überwindung darstellen, eine zeitaufwändige Verhandlung zu erzwingen.¹²⁶⁸

d) Fazit

Das „Vier-Augen-Prinzip“ findet keine Verankerung im Gesetz. Bei der Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren ist dem Richterkollegium eine bestimmte Verfahrensweise zwar nicht vorgeschrieben; eine solche findet indes dort ihre Grenzen, wo sie gegen höherrangiges Recht verstößt. Lediglich zwei Richtern in unterschiedlicher Intensität die Aktenlektüre zu überlassen, während die Beisitzer allein mittels eines mündlichen Vortrags informiert werden, stößt sich jedenfalls an den Anforderungen von Art. 103 I GG. Wenngleich nicht für den Einzelfall beurteilt werden kann, inwiefern eine verzerrte oder nur teilweise Informationsaufnahme stattgefunden hat, ist ein Verfahren so auszugestalten, dass das Risiko sachfremder Einflussnahmen weitgehend minimiert wird. Selbst aber die als solche postulierte optimale Verfahrensweise in Gestalt des „Zehn-Augen-Prinzips“ ist zumindest faktisch weder einer Überprüfung noch gar einer Durchsetzung zugänglich.

¹²⁶⁸ *Sarstedt*, JR 1967, 32; siehe auch die Ausführungen von *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 12.

V. Zur Frage der Begründungspflicht des Revisionsgerichts im Beschlussverfahren

Die vorherrschende und keinem verbindlichen Regularium unterliegende Nichtbegründungspraxis der Revisionsgerichte bei Entscheidungen nach § 349 II StPO frap্পiert. Gegenstand des folgenden Abschnitts ist daher die Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit.

1. Die Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat zu der Frage nach einem Begründungszwang im Falle der Beschlussverwerfung bei zahlreichen Gelegenheiten Stellung genommen. Dabei wird zunächst generell darauf verwiesen, letztinstanzliche, mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht anfechtbare Entscheidungen bedürften (von Verfassungs wegen) keiner Begründung.¹²⁶⁹ Eine Ausnahme greife nur, wenn sich die Entscheidungsgründe nicht schon eindeutig aus den den Beteiligten bekannten oder für sie ohne Weiteres erkennbaren Besonderheiten des Falles ergäben.¹²⁷⁰ Die Gewährung rechtlichen Gehörs beschränke sich auf die Verpflichtung der Kenntnisnahme des Gerichts von Anträgen und Ausführungen und deren Erwägung bei seiner Entscheidung¹²⁷¹ beziehungsweise ihrer umfassender Würdigung bei der Beratung¹²⁷². Ein Anspruch auf Mitteilung der Gründe ergebe sich daraus nicht. Dem Rechtsstaatsprinzip sei damit Genüge getan.¹²⁷³

Hinsichtlich des Beschlusses nach § 349 II StPO spricht man sich beinahe einhellig für eine von Gesetzes wegen bestehende Begründungsfreiheit aus – zumindest was eine eigens ausformulierte Begründung durch das Revisionsgericht betrifft.¹²⁷⁴ Es genüge die Anführung der Beschlussformel, ohne diese im

¹²⁶⁹ BVerfG, NJW 1979, 1161; BVerfG, NJW 1982, 925; BVerfG, EuGRZ 1984, 442; BVerfG, StraFo 2007, 463; BGH, NStZ-RR 2009, 119; für sonstige belastende Entscheidung aber eine Begründungspflicht befürwortend BVerfGE 6, 32, 44.

¹²⁷⁰ BVerfGE 71, 122, 136. Gleiches soll gelten, wenn ein Gericht von der bisherigen höchstrichterlichen Auslegung einer Norm des einfachen Rechts abweiche und sich eine Rechtfertigung hierfür nicht aus den übrigen Umständen des Falles entnehmen lasse, siehe BVerfGE 50, 287, 289 f.

¹²⁷¹ BVerfGE 14, 320, 323; 11, 218, 220.

¹²⁷² BGH, NStZ-RR 2008, 385; BGH, NStZ 2009, 52.

¹²⁷³ BVerfG, DAR 1978, 161; BVerfG, NJW 1982, 925; BGH, NStZ 2003, 103.

¹²⁷⁴ BVerfG, DAR 1978, 161; BVerfG, NJW 1979, 1161; BVerfG, NJW 1982, 925; BVerfG, NStZ 2002, 487, 488 f.; BGH, NStZ 2003, 103; BGH, NStZ-RR 2009, 119;

Detail zu erläutern. Dabei stützt sich die Rechtsprechung in ihrer Argumentation hauptsächlich auf die bereits erläuterten „Absicherungen“: Der begründete Verwerfungsantrag der Revisionsstaatsanwaltschaft¹²⁷⁵, die Möglichkeit zur Gegenerklärung¹²⁷⁶ und die Einstimmigkeit¹²⁷⁷ der Entscheidung im Hinblick auf das Merkmal der „Offensichtlichkeit“¹²⁷⁸ verdeutlichen die Verwerfungsgründe mit hinreichender Klarheit. Abgesehen von diesen revisionsverfahrensrechtlichen Aspekten wird überdies vorgetragen, auch die Entscheidungsgründe des bestätigten tatrichterlichen Urteils legten bereits die Gründe für die Revisionsverwerfung offen.¹²⁷⁹ Insbesondere die Kumulation der genannten Merkmale mache eine Begründung des Verwerfungsbeschlusses entbehrlich¹²⁸⁰ und demonstriere damit die Wahrnehmung hinreichender Sorgfalt¹²⁸¹. Hinsichtlich des Verwerfungsantrags der Staatsanwaltschaft wird dessen begründungsersetzende Wirkung selbst dann angenommen, wenn das Revisionsgericht diesem allein im Ergebnis, nicht aber in der Begründung folge.¹²⁸² Insoweit seien zusätzliche Hinweise lediglich „sinnvoll“.¹²⁸³ Hat sich der Generalbundesanwalt

BGH, NJW 2016, 343; OLG Koblenz, NStZ-RR 2004, 373, 375, hins. Rechtsbeschwerdeverfahren.

¹²⁷⁵ BVerfG, DAR 1978, 161; BVerfG, NJW 1982, 925; BVerfG, EuGRZ 1984, 442; BGH, NStZ 1994, 353; BGH, NJW 2002, 3266; BGH, NStZ 2003, 103; BGH, StraFo 2004, 236 f.; BGH, wistra 2007, 319; BGH, NStZ-RR 2008, 385.

¹²⁷⁶ BVerfG, NJW 1982, 925.

¹²⁷⁷ BVerfG, DAR 1978, 161; BVerfG, NJW 1982, 925; BVerfG, EuGRZ 1984, 442; BGH, NStZ-RR 2008, 385.

¹²⁷⁸ BGH, NJW 2002, 3266; BGH, NStZ 2003, 103; BGH, NStZ 2009, 52.

¹²⁷⁹ BVerfG, NJW 1982, 925; BGH, NStZ 1994, 353; BGH, NJW 2002, 3266; BGH, NStZ 2003, 103; BGH, StraFo 2004, 236 f.

¹²⁸⁰ BVerfG, DAR 1978, 161: tatrichterliche Entscheidungsgründe + Antrag der StA + Einstimmigkeit; BVerfG, NJW 1982, 925: Antrag der StA + Gegenerklärung + Einstimmigkeit + tatrichterliche Entscheidungsgründe; BGH, NJW 2014, 2808: Antrag der StA + tatrichterliche Entscheidungsgründe; BGH, NJW 2002, 3266: tatrichterliche Entscheidungsgründe + Antrag der StA + Merkmal der „Offensichtlichkeit“; BGH, NStZ-RR 2008, 385: Antrag der StA + Einstimmigkeit.

¹²⁸¹ BGH, NStZ-RR 2009, 119; BGH, NStZ-RR 2009, 252.

¹²⁸² BGH, StraFo 2004, 236 f.; BGH, NStZ 2004, 511; BGH, StV 2005, 3 f.; BGH, NStZ-RR 2006, 244; BGH, wistra 2007, 319.

¹²⁸³ BVerfG, NJW 2002, 814, 815; BGH, StV 2005, 3 f.; BGH, wistra 2007, 319. BGH, NStZ-RR 2009, 252: Der Revisionsführer müsse gewärtigen, dass das Revisionsgericht einen Zusatz beifüge. Gegen einen solchen bei Abweichung von der Antragsbegründung OLG Koblenz, NStZ-RR 2004, 373, 375, bzgl. Rechtsbeschwerdeverfahren (danach im Gesetz nicht vorgesehen und hins. massenhafter Verkehrsordnungswidrigkeiten nicht zu leisten). Nach BGH, NStZ-RR 2009, 252, ist das Revisionsgericht im Falle eines Hinweises nicht gehalten, dem Bf. Gelegenheit zu bieten, dazu wiederum Stellung zu nehmen.

nicht zu allen Rügen geäußert, wird selbst dann eine Begründung für allenfalls fakultativ gehalten.¹²⁸⁴ Auch bei erfolgter Gegenerklärung durch den Angeklagten sei eine Begründung entbehrlich, da dies nach der „Sachlogik des revisionsgerichtlichen Beschlussverfahrens“ schon offenbare, der neue Vortrag könne nur ungeeignet gewesen sein, die Erfolglosigkeit der vorgetragenen Rügen zu entkräften.¹²⁸⁵ Schließlich werden auch im Urteilsverfahren Ausführungen oder Rügen des Beschwerdeführers ohne nähere Begründung mitunter als „offensichtlich unbegründet“ charakterisiert.¹²⁸⁶

Nur vereinzelt befasst sich die Judikatur mit vermeintlich nachteiligen Auswirkungen der geschilderten Praxis: So erschwere eine fehlende Begründung die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung und könne für den Beschwerdeführer „unbefriedigend“ sein.¹²⁸⁷ Wenn teilweise davon gesprochen wird, eine „ausführliche“¹²⁸⁸ Begründung sei nicht erforderlich, ist damit nicht gemeint, „kurze“ Erläuterungen wären geboten; vielmehr ist im Zusammenhang mit den dortigen Ausführungen bei Bezugnahme auf die genannten „Absicherungen“ davon auszugehen, bereits die Beschlussformel enthalte ausreichende Informationen. Hingegen wird es umgekehrt als „verfassungsrechtlich unbedenklich“ angesehen, den Verwerfungsbeschluss nur kurz mit einer Begründung zu versehen.¹²⁸⁹

2. Der Meinungsstand in der Literatur

Die Autoren der Literatur gehen entweder pauschal von einer Begründungspflicht oder -freiheit aus. Eine eigens das Revisionsgericht betreffende Begründungspflicht wird zum Teil aufgrund verschiedentlicher Argumentationslinien angenommen. *Vogel* stellt schwerpunktmäßig auf die Vorschrift des § 34 StPO

¹²⁸⁴ BVerfG, NStZ 1987, 334.

¹²⁸⁵ Bereits BVerfG, StraFo 2007, 463; BGH, NStZ-RR 2009, 119. Dies soll gleichermaßen gelten, falls der Revisionsführer in seiner Gegenerklärung erstmalig Ausführungen zur vorher allg. erhobenen Sachrüge macht, siehe BVerfG, NJW 2002, 3266, und BGH, NStZ 2003, 103.

¹²⁸⁶ BGH, StV 1989, 289, 290: „Die weiter erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet im Sinne § 349 Abs. 2 StPO.“

¹²⁸⁷ BVerfG, NJW 1979, 1161.

¹²⁸⁸ BGH, NJW 2002, 3266; BGH, NStZ 2003, 103; BGH, NStZ 2004, 511; BGH, wistra 2007, 319.

¹²⁸⁹ BVerfG, NStZ 2002, 487, 488 f.

ab. Hier sei die 2. Alternative einschlägig.¹²⁹⁰ *Krehl*¹²⁹¹, ebenfalls von einer Begründungspflicht ausgehend, bezieht sich dabei auf die Zwecke der Revision, leitet sie aber zudem aus dem allgemeinen Sinn von Entscheidungsbegründungen her. Eine Begründung könne sogar Einfluss auf den Entscheidungsvorgang selbst ausüben.¹²⁹² *Fischinger* setzt die Nichtbegründung mit der Wirkung einer „Rechtsverweigerung“ gleich und vertritt den Standpunkt, der Angeklagte habe einen „Anspruch“ auf eine Begründung.¹²⁹³ Dies findet Gefolgschaft bei *Wohlers*, der sich dabei insbesondere auf Art. 103 I GG bezieht.¹²⁹⁴ Insoweit liefe auch der Sonderrechtsbehelf des § 33a StPO leer, da die Verletzung rechtlichen Gehörs unerkennbar bliebe.¹²⁹⁵ Teilweise wird eine Begründung im Sinne von § 34 StPO zwar für erforderlich gehalten, hingegen lediglich im Sinne einer Formularbegründung mit dem Hinweis, die Revision sei („offensichtlich“) unbegründet.¹²⁹⁶ Dem stellen sich jene entgegen, die diesen Begriff als Mahnung für den Revisionsrichter qualifizieren, der ihn anhalte, seine Stimme und seine Unterschrift nur für solche Beschlüsse zu geben, die wirklich „offensichtlich unbegründete“ Revisionen betreffen.¹²⁹⁷ *Meyer-Goßner* zufolge sind sowohl die Nennung der „Offensichtlichkeit“ als auch der Verweis auf § 349 II StPO in der Beschlussformel verfehlt, da all dies für die Entscheidungsmodalitäten und damit für den Beschlusseingang von Bedeutung sei.¹²⁹⁸

Einige Autoren sehen einen der Hauptgründe, aufgrund dessen die Befürworter eine Begründungspflicht annehmen – § 34 StPO – zwar tatbestandlich

¹²⁹⁰ *Vogel*, S. 61-67; *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 327, sehen ebenfalls ohne Einschränkung eine Begründungspflicht in § 34 StPO statuiert; *Kühne*, Rn. 1089, zufolge muss die Begründungspflicht aus § 34 StPO abgeleitet werden, da sich § 349 II StPO vom Wortlaut her zu einer solchen nicht verhalte.

¹²⁹¹ Es ist nicht davon auszugehen, dass dieser seine im Folgenden dargestellte Ansicht bei *Krehl*, Hassemer-FS, S. 1068 ff., aufgegeben hat, da er sich dort nur auf eine Begründungsfreiheit in Bezug auf Art. 103 I GG bezieht.

¹²⁹² *Krehl*, GA 1987, 169 ff.

¹²⁹³ *Fischinger*, Cüppers-GS, S. 150. Auch *Wüst*, AnwBl. 1959, 218, zufolge „muss“ ein Beschluss nach § 349 II StPO begründet sein. Eine Formularbegründung sei mit der Würde des Anwaltsstandes nicht zu vereinbaren.

¹²⁹⁴ *Wohlers*, Strafverteidigertag, S. 117 ff.

¹²⁹⁵ *Eschelbach*, GA 2004, 243 f. Anders *Peglau*, jurisPR-StrafR 9/2009, Anm. 1, in Bezug auf § 356a StPO, der im Hinbl. auf § 33a StPO wohl als spezieller anzusehen ist.

¹²⁹⁶ *Wimmer*, NJW 1950, 204. Auch *Seibert*, MDR 1965, 266, möchte scheinbar eine Formularbegründung genügen lassen. Teilweise wird es für ausreichend gehalten, nicht einmal den Begriff der „Offensichtlichkeit“ dem Entscheidungssatz beizufügen, siehe *Ostler*, DRiZ 1957, 61.

¹²⁹⁷ *Börker*, DRiZ 1957, 139 f.

¹²⁹⁸ *Meyer-Goßner*, Tolksdorf-FS, S. 328 f.

als erfüllt an. Sie halten § 349 II StPO jedoch für die speziellere Vorschrift, die eine grundsätzlich bestehende Begründungspflicht verdränge und § 34 StPO daher unanwendbar mache.¹²⁹⁹ Sie begründen dies, ebenso wie die Rechtsprechung, mit dem Zweck der Beschlussverwerfung aufgrund der „Offensichtlichkeit“ der Unbegründetheit und des bereits begründeten staatsanwaltschaftlichen Antrags,¹³⁰⁰ aber auch mit den bestehenden Gründen des tatrichterlichen Urteils¹³⁰¹. Diejenigen, die nicht explizit auf § 34 StPO eingehen¹³⁰², sehen jene Aspekte ebenfalls, teils für sich gesehen, teils kumulativ, als Begründungsersatz an.¹³⁰³ Darüber hinaus wird vertreten, die nähere Darlegung einer Begründung für die „Offensichtlichkeit“ zeige gerade, eine solche sei eben nicht gegeben¹³⁰⁴ beziehungsweise begründende Ausführungen seien insoweit nicht möglich¹³⁰⁵. Ferner wird auf die bezweckte Arbeitersparnis der Beschlussverwerfung hingewiesen, weswegen eine Begründung „nicht angebracht“ sei.¹³⁰⁶ Unter solchen Autoren, die den Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft als Surrogat ansehen, sprechen sich aber einige zumindest für die Nützlichkeit eines Hinweises aus, sollte die Begründung des Gerichts von den Ausführungen der Staatsanwaltschaft abweichen oder eine Gegenerklärung erfolgen.¹³⁰⁷ Eine kritischere Betrachtung erfolgt indes von Autoren, die jedenfalls im Falle des Begründungsaustauschs eine Begründungspflicht fordern.¹³⁰⁸ Nach *Wohlers*¹³⁰⁹ ist

¹²⁹⁹ *Ostler*, DRiZ 1957, 61; *Kahl*, JW 1925, 1406, unter der Bedingung einer engen Auslegung des Offensichtlichkeitsbegriffs; *Dahs*, NStZ 1981, 206; *von Stackelberg*, Dünnebier-FS, S. 366, 368 f.; *Kodde*, S. 196; *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 21.

¹³⁰⁰ *Dahs*, NStZ 1981, 206, und Rn. 586; *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 21; *Maiwald*, AK-StPO, § 349, Rn. 10.

¹³⁰¹ *Momsen*, KMR, § 349, Rn. 23; *Schoreit*, Pfeiffer-FS, S. 405.

¹³⁰² So etwa *Detter*, StV 2004, 345; *Hartung*, DRZ 1950, 219.

¹³⁰³ *Von Stackelberg*, NJW 1960, 505; *Dahs*, NStZ 1981, 206; *Hamm*, StV 1981, 250; *Meyer*, StV 1984, 222; *Neuhaus*, StV 2001, 152; *Detter*, StV 2004, 345.

¹³⁰⁴ Ebenso *Rosenau*, ZIS 2012, 201. Nach *Krehl*, GA 1987, 173, würde eine extensive Begründung der „offensichtlichen Unbegründetheit“ zumindest seltsam anmuten. *Vogel*, S. 96, widerspricht dem – auch „offensichtlich unbegründete“ Revisionen seien „darlegungs- und begründungsfähig“.

¹³⁰⁵ *Sarstedts* Ansicht, nunmehr in neuerer Aufl. übernommen von *Hamm*, Rn. 1373; a. A. *Kühne*, Rn. 1089.1.

¹³⁰⁶ *Jagus*, NJW 1960, 76.

¹³⁰⁷ *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 21; *Maiwald*, AK-StPO, § 349, Rn. 10; *Momsen*, KMR, § 349, Rn. 23; *Detter*, StV 2004, 345. *Meyer-Gößner*, Sarstedt-FS, S. 226, hält es für „wünschenswert“, dass das Revisionsgericht dem Revisionsführer selbst mitteile, warum es die Revision verworfen habe.

¹³⁰⁸ *Neuhaus*, StV 2001, 152; *Detter*, StV 2004, 345; *Rosenau*, ZIS 2012, 202 f.; *Hamm*, StV 1981, 250, demzufolge das Gericht ohne weitere Begründung bei einem Begründungsaustausch gegen das rechtliche Gehör verstoßen würde. *Peters*, Dünnebier-FS,

eine Begründung allein dann nicht erforderlich, wenn sich das Revisionsgericht vollumfänglich auf die Ausführungen in der Antragsschrift der Staatsanwaltschaft stütze. *Eschelbach* betont ferner, die Gründe, aufgrund derer eine Begründungsfreiheit angenommen wird, seien zum Teil nicht tragfähig.¹³¹⁰ Insbesondere ein Begründungsaustausch zwischen gerichtlichem Verwerfungsbeschluss und der Antragsbegründung der Revisionsstaatsanwaltschaft sei nicht möglich, da es sich bei beiden Justizorganen um Teile verschiedener Gewalten handele¹³¹¹.

Fezer ist der Ansicht, der historische Gesetzgeber habe § 34 StPO nicht in Bezug auf revisionsrechtliche Entscheidungen geschaffen; auch § 267 StPO sei auf die Revision nicht anwendbar. Von daher könne es nur folgerichtig sein, keinerlei Anforderungen an die Gestaltung der revisionsgerichtlichen Entscheidungsbegründung zu stellen. Allerdings unterliege der Gesetzgeber einem Irrtum, da die letztinstanzliche Begründungstätigkeit weitere Funktionen erfülle, die sich nicht allein auf § 34 StPO herunterbrechen ließen. Die Notwendigkeit einer konkreten Begründung ergebe sich aus dem Einzelfall.¹³¹² *Penner* beruft sich hingegen auf eine „Informationslast“ des Verteidigers, der mittels kontinuierlicher Ausübung seines Akteneinsichtsrechts etwaige Verwerfungsgründe in Erfahrung bringen könne.¹³¹³ Gemäß *Kodde* wäre eine Begründung in Anbetracht der Möglichkeit vorteilhaft, die Kriterien einer „erweiterten Revision“ aufzuzeigen sowie eine Stärkung des Verhältnisses zwischen Mandant und Verteidiger zu bewirken. Letztere würden darüber hinaus eine Disziplinierung

S. 68 f. (Fn. 42), sieht die Schutz- und Garantiefunktion des § 349 III StPO in Gefahr, wenn das Revisionsgericht die Revision mit einer anderen Begründung verwerfe, als sie die StA in ihrem Antrag angegeben habe. Er spricht in diesem Zusammenhang von einem „Kampf gegen Windmühlen“.

¹³⁰⁹ *Wohlers*, SK-StPO, § 349, Rn. 56. So auch *von Döllen/Mayer-Mews*, StV 2005, 5, und *Schlothauer*, StV 2004, 342, der die Pflicht zur eigenen Begründung Art. 6 I EMRK, Art. 103 I GG und Art. 20 III GG entnimmt.

¹³¹⁰ *Eschelbach*, GA 2004, 241; ähnlich *Norouzi*, StV 2015, 775.

¹³¹¹ *Peters*, Dünnebier-FS, S. 69, hins. der „strafprozessualen Gewaltentrennung“; *Fezer*, StV 2007, 40; *Paeffgen/Wasserburg*, GA 2012, 539; *Norouzi*, StV 2015, 775.

¹³¹² *Fezer*, HRRS 2010, 286 f., demzufolge der Gesetzgeber „offensichtlich“ der Auffassung gewesen ist, eine Entscheidungsbegründung sei nicht nötig, wenn es sich um eine letztinstanzliche Entscheidung handele. Diese Auffassung sei „antiquiert“. A. A.: wohl *Lücke*, S. 121, und *Sarstedt*, Entscheidungsbegründung, S. 96.

¹³¹³ *Penner*, S. 62. A. A. *Krehl*, GA 1982, 168: Eine Staatspflicht könne nicht durch ein Verteidigerrecht ersetzt werden.

erfahren.¹³¹⁴ Eine Begründung könne bei schlechten Revisionsbegründungen sehr kurz ausfallen.¹³¹⁵

3. Analyse

a) § 34 StPO

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob § 34 StPO das Revisionsgericht zu einer Begründung von Verwerfungsbeschlüssen nach § 349 II StPO verpflichtet.

aa) Wortlaut

§ 34 StPO beinhaltet zwei Alternativen. Die Nichtanwendbarkeit der 1. Alternative, die sich auf „die durch ein Rechtsmittel anfechtbaren Entscheidungen“ bezieht, ist hier naheliegend. Revisionsrechtliche Entscheidungen können lediglich gemäß § 356a StPO oder mittels der Verfassungsbeschwerde in beschränktem Maße angegriffen werden oder unter bestimmten Voraussetzungen einer Wiederaufnahme unterliegen. Diese „außerordentlichen Rechtsbehelfe“ stellen keine „Rechtsmittel“ dar. Die Strafprozessordnung, auf die sich § 34 StPO bezieht, regelt die Rechtsmittel abschließend im dritten Buch.¹³¹⁶

Nach der 2. Alternative besteht eine Begründungspflicht bei solchen Entscheidungen, „durch welche ein Antrag abgelehnt wird“. Der Antragsbegriff wird nicht legaldefiniert, fällt in der Strafprozessordnung aber an den verschiedensten Stellen.¹³¹⁷ Dort bezieht man sich auf gänzlich unterschiedliche

¹³¹⁴ *Kodde*, S. 193, 195 f. Eine Disziplinierung des Tatgerichts sei jedoch zu vermeiden, siehe *Dahs*, NSStZ 1981, 206.

¹³¹⁵ *Rosenau*, ZIS 2012, 203: Dadurch würde die Entlastungsfunktion des Beschlussverfahrens nicht in Frage gestellt; siehe auch *Krehl*, GA 1987, 174. *Jagus*, NJW 1960, 76, weist schließlich pauschal darauf hin, die Verwerfung solle zumindest auf eine Weise geschehen, die das Vertrauen des Bürgers nicht erschüttere.

¹³¹⁶ So etwa *Graalman-Scheerer*, LR-StPO, § 34, Rn. 3; *Schmitt*, M-G/Schmitt, § 34, Rn. 2; *Weßlau*, SK-StPO, § 34, Rn. 3.

¹³¹⁷ U. a. Antrag auf Verbindung/Trennung von (verbundenen) Strafsachen (§ 4 I StPO); im Rahmen von § 33a StPO („von Amts wegen oder auf Antrag“); Antrag auf Wiedereinsetzung (§§ 44 ff. StPO); Beantragung einer gerichtlichen Entscheidung (§§ 81g V a.E., 98 II 2 StPO); Antrag auf Leichenschau (§ 87 I StPO); Antrag auf gerichtliche Bestätigung (§§ 98 II 1, 98b I StPO); Antrag auf Anordnung von Maßnahmen (§§ 100b I, 100d I StPO); Antrag auf Auskunftsverlangen (§ 100j III StPO); Beweisanträge (§§ 219 II, 244 III ff. StPO); schließlich Revisionsanträge (§ 344 I StPO).

Antragsgegenstände – der nicht näher eingegrenzte Antragsbegriff im Sinne der Strafprozessordnung kann sich offenbar nicht daran orientieren. All jenen Regelungen ist hingegen gemein, dass der dort benannte Antrag die Voraussetzung dessen ist, was mit ihm erreicht werden soll. Ohne ihn würde der Antragsgegenstand nicht stattfinden.¹³¹⁸ Zu seiner positiven Definition äußert sich auch die Kommentarliteratur nicht; vielmehr werden vereinzelte Beispiele genannt¹³¹⁹ oder es wird darauf hingewiesen, worin ein Antrag *nicht* zu sehen ist, namentlich, wenn diesem nur der Charakter einer Anregung, einer Gegenvorstellung oder eines unsubstantiierten Widerspruchs zukomme beziehungsweise die Entscheidung in das Ermessen des Gerichts gestellt werde¹³²⁰. Der Antragsbegriff richtet sich demnach allgemein auf solche Begehren von Verfahrensbeteiligten, die der Richter ansonsten nicht zwingend bescheiden müsste. Einen derartigen Antrag würde der Revisionsantrag des Beschwerdeführers¹³²¹ im Sinne des § 344 StPO darstellen, der durch die Beschlussverwerfung abgelehnt wird. Der Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft kann demgegenüber nicht gemeint sein, denn wird dieser „abgelehnt“, findet schon keine Beschlussverwerfung statt.¹³²² Auch die Ermessensanordnung des § 349 II StPO steht der Antragseigenschaft im Sinne des § 34 StPO nicht entgegen. Diese bezieht sich nicht auf die Möglichkeit, den Antrag gänzlich unbeschrieben zu lassen, sondern auf die Art und Weise seiner Ablehnung. Dementsprechend macht es für die Begründungspflicht keinen Unterschied, ob das Urteils- oder das Beschlussverfahren durchgeführt wird.¹³²³

¹³¹⁸ So auch die Kommentarlit., derzufolge v. A. w. zu treffende Entscheidungen grds. nicht vom Antragsbegriff umfasst sind: *Weßlau*, SK-StPO, § 34, Rn. 6; *Ziegler*, KMR, § 34, Rn. 5; *Schmitt*, M-G/Schmitt, § 34, Rn. 3; *Kirchner*, AK-StPO, § 34, Rn. 3; *Maul*, KK-StPO, § 34, Rn. 4; differenzierend *Graalman-Scheerer*, LR-StPO, § 34, Rn. 8.

¹³¹⁹ Danach sollen begründungspflichtig sein: Beweisanträge, Beweisermittlungsanträge, eine beantragte Zeugenverteidigung, eine Aussetzung der Hauptverhandlung, ein Antrag auf Durchsuchung nach den §§ 102, 103 StPO oder Anträge der StA auf Anordnung sonstiger strafprozessualer Zwangsmaßnahmen (*Graalman-Scheerer*, LR-StPO, § 34, Rn. 7).

¹³²⁰ *Weßlau*, SK-StPO, § 34, Rn. 6; *Ziegler*, KMR, § 34, Rn. 5; *Kirchner*, AK-StPO, § 34, Rn. 3.

¹³²¹ Dass das Fehlen der Anträge unschädlich ist, wenn das Revisionsziel aus dem Inhalt der Revisionschrift eindeutig hervorgeht (so BGH, StV 1981, 393; BGH, JZ 1988, 367), macht den Antrag nicht entbehrlich. Siehe auch *Vogel*, S. 65 f., m. w. N.

¹³²² Ebenso *Vogel*, S. 61.

¹³²³ *Vogel*, S. 67 f.

bb) Systematik

Die Vorschrift des § 34 StPO befindet sich im ersten Buch der Strafprozessordnung („allgemeine Vorschriften“). Die Anordnung von Begründungspflichten bezieht sich demnach auf das gesamte Rechtsmittelverfahren.

cc) Historie

Zu der Frage, ob der Gesetzgeber hinsichtlich der 2. Alternative allein solche Fälle im Sinn hatte, in denen die Antragsablehnung anfechtbar ist, führt die Begründung zu § 28 des Entwurfs zur Reichsstrafprozessordnung (später mit geringfügigen stilistischen Änderungen § 34 StPO entsprechend¹³²⁴) Folgendes aus:

„(...) Es ist aber ferner auch für solche Entscheidungen, durch welche ein Antrag abgelehnt wird, die Angabe der Gründe vorgeschrieben worden, gleichviel ob die Entscheidung anfechtbar ist, oder nicht. Es entspricht dies einem Gebot der Billigkeit; denn der mit einem Antrage Zurückgewiesene würde in der Zurückweisung leicht die Beschränkung eines vermeintlichen Rechts finden, wenn ihm die Mittheilung der Entscheidungsgründe versagt würde.“¹³²⁵

Eindeutig hat man sich demnach für eine Begründungspflicht gerade bei unanfechtbaren Entscheidungen ausgesprochen. Zwar ist bei der Aussage eines beinahe 150-jährigen, vorkonstitutionellen Gesetzgebers Vorsicht geboten. Aufgrund der bis dato unveränderten Übernahme der Vorschrift muss zunächst jedoch davon ausgegangen werden, auch der nachkonstitutionelle Gesetzgeber habe diese in seinen Willen mit aufgenommen. Ob von dem geäußerten Grundsatz eine Ausnahme gebilligt würde, ist in Anbetracht der Absolutheit der Aussage nicht zu ersehen. Man bezieht sich gerade auf die Beschränkung eines nur „vermeintlichen Rechts“. Demnach sind auch solche Entscheidungen umfasst, deren Rechtsfindung in keiner Weise zu beanstanden ist.¹³²⁶ Etwas anderes könnte lediglich für mutwillig/in Verschleppungsabsicht eingelegte Revisionen gelten, denn solche reklamieren wohl nicht einmal ein „vermeintliches“ Recht

¹³²⁴ Siehe die Übersicht bei *Hahn*, Bd. 3, Abt. II, S. 2148 f.

¹³²⁵ *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 94 (Hervorhebungen v. Verf.).

¹³²⁶ So i. E. auch *Vogel*, S. 73 f.

für sich. Zwischen Urteilen und Beschlüssen wird ebenso wenig differenziert,¹³²⁷ obwohl damals schon die Beschlussverwerfung (§§ 386, 389 RStPO) aus prozessökonomischen Gründen vorgesehen war.

dd) Telos

(1) Meinungsstand

§ 34 StPO werden verschiedene Zwecke zugeordnet: Dem Betroffenen soll zunächst verdeutlicht werden, das Gericht habe sich mit dem Vorbringen befasst und sei bemüht gewesen, „Recht zu sprechen“; die Beteiligten müssten davon überzeugt werden, die getroffene Entscheidung sei richtig¹³²⁸. Gemeinhin wird diese Überzeugungsfunktion der Begründung insofern eingeschränkt, als sie sich auf eine konkrete prozessuale Situation beziehe.¹³²⁹ Danach soll zunächst den Verfahrensbeteiligten und dabei insbesondere den Anfechtungsberechtigten die Auffassung des Gerichts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mitzuteilen sein, damit diese ihr Prozessverhalten darauf abstellen könnten¹³³⁰ und auch dem Revisionsgericht eine Überprüfung der vorinstanzlichen Entscheidung ermöglicht werde¹³³¹. Bei der Ablehnung eines Antrags verdeutliche eine Begründung zudem die Gewährung rechtlichen Gehörs. In Fällen, in denen ein Beteiligter nicht von der Richtigkeit der Entscheidung überzeugt werden müsse – sei es weil seinem Begehren entsprochen worden sei, sei es, weil er die Entscheidung sowieso hinzunehmen habe – bedürfe es „nach Auffassung des Gesetzgebers“ keiner Begründung.¹³³² Ausdrücklich sollen aber zumindest *Urteile*

¹³²⁷ Der dritte Abschnitt des Entwurfs umfasst gem. der Einleitung ausdrücklich alle im Strafverfahren vorkommenden richterlichen Anordnungen zusammen, siehe *Hahn*, Bd. 3, Abt. I, S. 92.

¹³²⁸ *Weßlau*, SK-StPO, § 34, Rn. 1; *Ziegler*, KMR, § 34, Rn. 1.

¹³²⁹ *Weßlau*, SK-StPO, § 34, Rn. 1; *Maul*, KK-StPO, § 34, Rn. 1.

¹³³⁰ RGSt 75, 11, 12 f.; BGH, NStZ 2008, 109, 110; KG, StV 1986, 142; *Graalmann-Scheerer*, LR-StPO, § 34, Rn. 1; *Ziegler*, KMR, § 34, Rn. 1; *Kirchner*, AK-StPO, § 34, Rn. 1; *Schmitt*, M-G/Schmitt, § 34, Rn. 1; *Vogel*, S. 69.

¹³³¹ KG, StV 1986, 142; OLG Köln, StV 1988, 335, 336; *Graalmann-Scheerer*, LR-StPO, § 34, Rn. 1; *Weßlau*, SK-StPO, § 34, Rn. 1; *Ziegler*, KMR, § 34, Rn. 1; *Vogel*, S. 69; diese Funktion als nachrangig ansehend *Jähnke*, Hanack-FS, S. 364.

¹³³² *Weßlau*, SK-StPO, § 34, Rn. 1; *Schmitt*, M-G/Schmitt, § 34, Rn. 1, der sich auf die BVerfG-Rspr. bezieht. Dagegen wird teilweise eingewandt, auch der durch die Entscheidung Begünstigte habe einen Anspruch auf eine Begründung, um seine Rechte im eventuellen Rechtsmittelverfahren wirksam wahrnehmen zu können, so etwa *Ziegler*, KMR, § 34, Rn. 1. *Kischel*, S. 57 f., verweist allg. auf eine mögliche Drittbelastung so-

der Revisionsgerichte dem Begründungszwang unterliegen.¹³³³ Die Informationsfunktion der Begründung erstreckt sich weiterhin auf die Unterrichtung anderer Gerichte und Behörden, die zu einem späteren Zeitpunkt darauf zurückgreifen müssten, etwa im Wiederaufnahme-, Vollstreckungs- und Gnadenverfahren.¹³³⁴ Ferner wird der Begründung im Rahmen von § 34 StPO einhellig die Funktion einer Selbstkontrolle des entscheidenden Gerichts zugedacht.¹³³⁵

(2) Bewertung

(a) Allgemeine Kritik

Resümierend stützen sich jene, welche die Begründung einer letztinstanzlichen Entscheidung für nicht notwendig erachten, einerseits auf die Auffassung des Gesetzgebers. Dieser spricht sich freilich, wie herausgearbeitet wurde, eindeutig für eine Begründung letztinstanzlicher Entscheidungen aus. Andererseits wird schwerpunktmäßig auf die Rechtsschutzfunktion der 1. Alternative rekurriert, deren Anwendbarkeit hier aber schon nach dem Wortlaut für zweifelhaft und stattdessen die Anwendung der 2. Alternative für plausibel gehalten wird. Auch der Zweck der Information anderer Gerichte oder Behörden schließt eine Begründungspflicht bei letztinstanzlichen Entscheidungen nicht aus. Der Gedanke, dass die Kenntnis der Gründe für eine Entscheidung von keinem Interesse geleitet wäre, wenn diese ohnehin hinzunehmen sei, ist dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen. § 34 StPO beschränkt sich auf die Rechtsschutzfunktion ausdrücklich nur im Rahmen der 1. Alternative.

wie auf die Tatsache, der Bürger müsse die Begünstigung nicht unter allen Umständen ohne jegliche Bedenken akzeptieren und hält daher auch in diesem Zusammenhang eine Begründungspflicht für zumindest nützlich. Dies soll insb. aber für Belange der Allg. gelten.

¹³³³ *Graalman-Scheerer*, LR-StPO, § 34, Rn. 1.

¹³³⁴ *Graalman-Scheerer*, LR-StPO, § 34, Rn. 1; *Ziegler*, KMR, § 34, Rn. 1.

¹³³⁵ *Graalman-Scheerer*, LR-StPO, § 34, Rn. 1; *Weßlau*, SK-StPO, § 34, Rn. 1; *Ziegler*, KMR, § 34, Rn. 1; *Kirchner*, AK-StPO, § 34, Rn. 1. *Kischel*, S. 40, zufolge wandert der Blick des Entscheidenden zw. dem inneren Prozess der Entscheidungsfindung und der Notwendigkeit einer äußeren Begründung hin und her.

(b) Selbstkontrollfunktion

Eine richterliche Selbstkontrolle ist nicht allein auf tatgerichtlicher Ebene zweckmäßig. Gerade ein letztinstanzliches Gericht hat sich die Unanfechtbarkeit seiner Entscheidungen stets vor Augen zu führen und dementsprechend ein ebenso hohes Maß an Eigenreflektion anzusetzen.¹³³⁶ Allerdings lässt sich eine pauschale Aussage dahingehend, ob eine schriftliche Fixierung der bereits im Kopf vorgebildeten Entscheidung diese noch beeinflussen kann, nicht treffen. Dies mag nützlich sein, ist letztlich jedoch Typfrage. Die Strafprozessordnung scheint nicht von einer solch grundsätzlichen Prämisse auszugehen. Vielmehr liegt dem Rechtsgedanken der §§ 268, 275 StPO die Möglichkeit zugrunde, eine Entscheidung treffen zu können, ohne deren Gründe bereits vorher schriftlich niederzulegen.¹³³⁷ Wenn § 268 IV StPO bei der Aussetzung der Urteilsverkündung die „tunlichst“ vorher zu erfolgende schriftliche Feststellung der Urteilsgründe anordnet, so liegt dem nicht die Selbstkontrollfunktion, sondern vielmehr der Beschleunigungsgedanke, dem sich die §§ 268, 275 StPO vornehmlich verschreiben¹³³⁸, zugrunde. Auch die Möglichkeit, mittels Rechtsmittelverzichts gemäß § 267 IV, V StPO den Weg zu einer abgekürzten Urteilsbegründung zu ebnen, spricht gegen eine zwingende Begründung zur gerichtlichen Selbstkontrolle.¹³³⁹ § 275 StPO soll zudem nicht nur in der ersten Instanz, in der eine Einzelrichterentscheidung möglich ist, Anwendung finden, sondern gleichermaßen im Rechtsmittelzug.¹³⁴⁰ Zwar wird seine Geltung für Beschlüsse abgesprochen.¹³⁴¹ Dies könnte zum einen schlicht auf den Wortlaut („Urteil“) zurückzuführen sein, aber desgleichen auf den Umstand der fehlenden Hauptverhandlung. Dort dürfte der gefestigte Eindruck der mündlichen Verhandlung, der zur abschließenden Entscheidung führt, eher für eine Entbehrlichkeit der

¹³³⁶ Ebenso *Kischel*, S. 183 f.

¹³³⁷ Nach (mündlicher) Verkündung des Urteils können nur noch diese, nicht aber die Entscheidungsformel selbst abgeändert werden, siehe *Schlüchter/Frister*, SK-StPO, § 275, Rn. 16, und *Greger*, KK-StPO, § 275, Rn. 53 ff. *Kischel*, S. 42 f., weist auf die angebliche Warnfunktion des § 80 III 1 VwGO sowie auf das Zitiergebot in Art. 19 I 2 GG als psychologisches Hemmnis hin, die jedoch nichts über eine zwingende Selbstkontrolle im Strafverfahrensrecht aussagen.

¹³³⁸ Mit nachlassender Erinnerung wächst die Gefahr eines nicht mehr zuverlässig wiederzugebenden Beratungsergebnisses, siehe BGHSt 29, 43, 45.

¹³³⁹ Der nicht zur Disposition stehende Begründungsinhalt ist vorwiegend relevant für die Strafvollstreckung.

¹³⁴⁰ Für die Berufung kraft Verweisung nach § 332 StPO, i. Ü. siehe *Greger*, KK-StPO, § 275, Rn. 1.

¹³⁴¹ *Schlüchter/Frister*, SK-StPO, § 275, Rn. 3, m. w. N.; *Greger*, KK-StPO, § 275, Rn. 1.

Begründungsniederschrift zeitlich vor der Entscheidungsformel sprechen. Hingegen ist im Rahmen des Beschlussverfahrens ebenfalls eine mündliche Beschlussberatung vorgesehen, die zu einer solchen Verfestigung beizutragen vermag. Außerdem muss auch eine Hauptverhandlung nicht stets zu einem eindeutigen Verfahrensausgang führen. Dass § 34 StPO eine Hauptverhandlung voraussetzte, ist überdies nicht ersichtlich. Insofern wäre es widersprüchlich, im Urteilsverfahren eine Begründungspflicht zu fordern, eine solche im Beschlussverfahren indes für entbehrlich zu halten. Darüber hinaus kann die umfassende Verwirklichung einer Selbstkontrolle gerade in Kollegialorganen in Frage gestellt werden. Dort wäre jedes der Spruchkörpermitglieder dazu verpflichtet, die Begründung eigens für sich zu verschriftlichen, um *dieser* Form der Selbstkontrolle zu genügen. Das widerspräche jedweder Prozessökonomie und Verfahrenswirklichkeit. Demnach erfüllt eine Begründung keine primär dem Gericht dienende Funktion, sondern vielmehr eine solche der Außendarstellung.

(c) Wahrung des Anspruches auf Gewährung rechtlichen Gehörs

Soll die Funktion des § 34 StPO darin bestehen, das rechtliche Gehör zu *wahren*, fungierte die Vorschrift lediglich als einfach-rechtliche Konkretisierung von Art. 103 I GG. Inwiefern die gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Beteiligtenvorbringen nach außen zu treten hat, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise soll eine Begründung von Art. 103 I GG erfasst sein¹³⁴², die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung verneint dies. Andere differenzieren zwischen Tatsachen- und Rechtsbehauptungen.¹³⁴³ Art. 103 I GG bezweckt, die Mitwirkung des Beteiligten am Verfahren sicherzustellen und ihm eine hinreichende Einflussmöglichkeit zu gewährleisten, indem das Gericht sein Vorbringen bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Die Niederschrift dieses Vorganges würde indes die Beteiligung des Betroffenen nicht etwa stärken oder

¹³⁴² *Schlothauer*, StV 2004, 342; *Lücke*, S. 80, m. w. N. Dieser sieht in Art. 103 I GG eine „Unterrichtungspflicht“ für eine aus anderen verfassungsrechtlichen Normen notwendige Begründung. Dazu zähle auch der Antrag nach § 349 III StPO; siehe auch die Nachweise bei *Vogel*, S. 189 ff.

¹³⁴³ BVerfGE 47, 182, 187; 54, 43, 46: hiernach komme es darauf an, dass man sich in der Begründung mit den wesentlichen tatsächlichen Einwänden auseinandersetze; BVerfGE 58, 353, 356, jeweils ohne Begründung.

erweitern. Vielmehr handelte es sich dann lediglich um ein „Sprechen“ des Gerichts selbst und nicht mehr um die vom Wortlaut geforderte „Anhörung“ von Beteiligten. Die Begründung stellte insofern also geradezu das Gegenstück zum rechtlichen Gehör dar.¹³⁴⁴

Andererseits muss nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs¹³⁴⁵, aber auch der nationalen Judikatur¹³⁴⁶ und weiten Teilen der Literatur¹³⁴⁷ zufolge die „sichtbare Bestätigung der Gewährung rechtlichen Gehörs“ in Form einer Begründung ermöglicht werden. Dies stütze sich auf den Anspruch auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 I EMRK.¹³⁴⁸ Da die Europäische Menschenrechtskonvention als völkerrechtlicher Vertrag zunächst nur im Verhältnis zu anderen Vertragsstaaten Geltung erlangt, bedarf ihre innerstaatliche Geltung gemäß Art. 59 II 1 GG der Umsetzung durch ein Bundesgesetz¹³⁴⁹. Durch dieses besteht die Europäische Menschenrechtskonvention als innerstaatliches Recht im Rang eines einfachen Bundesgesetzes, das die Rechtsprechung nach Art. 20 III GG bindet.¹³⁵⁰ Der Grundsatz einer „sichtbaren Bestätigung“ der GehörsGewährung müsste demnach auch für das Revisionsgericht gelten. Hingegen sieht der Europäische Gerichtshof für Entscheidungen von Rechtsmittelgerichten gewisse Einschränkungen vor. Die Gerichte könnten sich in der Begründung zunächst auf die vorangegangenen Entscheidungen beziehen.¹³⁵¹ Insbesondere bei der Nichtannahme eines Rechtsmittels im Rahmen eines vorgeschalteten Annahmeverfahrens soll unter Umständen sogar die Bezugnahme auf eine bestimmte Verfahrensvorschrift ausreichen.¹³⁵² Unabhängig davon,

¹³⁴⁴ *Kischel*, S. 100, m. w. N.; befürwortend *Vogel*, S. 194 f. Ihr zufolge sichert die Begründung bereits die Befriedung, die über den Anwendungsbereich des Art. 103 I GG hinausginge.

¹³⁴⁵ EGMR, *Salov/Ukraine v.* 6.9.2005, § 89; EGMR, *Baucher/Frankreich v.* 24.7.2007, § 42.

¹³⁴⁶ OLG Koblenz, NJOZ 2007, 5371, 5379, m. w. N.

¹³⁴⁷ *Gaede*, S. 303; *Grabenwarter*, § 24, Rn. 76; *Eschelbach*, GA 2004, 238; *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 331.

¹³⁴⁸ *Esser*, LR-EMRK, Art. 6, Rn. 984.

¹³⁴⁹ Diese erfolgte am 7.8.1952, BGBl. 1952 II, S. 685.

¹³⁵⁰ BVerfG, NJW 2004, 3407, 3408; BVerfG, NJW 2011, 1931, 1935; *Pieroth/Schlink*, § 3, Rn. 56.

¹³⁵¹ EGMR, *Brusco/Frankreich v.* 14.10.2010, § 58; EGMR, *García Ruiz/Spanien v.* 21.1.1999, § 26.

¹³⁵² EGMR, *Bachowski/Polen v.* 2.11.2010; EGMR, *Salé/Frankreich v.* 21.3.2006. Voraussetzung dafür sei aber zumindest, dass das Rechtsmittel keine Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfe, etwa weil sich die Untergerichte genau an die Rspr. des verwerfenden Gerichts gehalten und ihre jeweiligen Entscheidungen ausgewogen begrün-

dass die primäre Entlastungsfunktion eines Annahmeverfahrens hier scheinbar missdeutet wird – geht es dort doch vielmehr um die Prüfung vorgeschalteter Annahmegründe, die keine tiefergehende Befassung mit der Entscheidung erfordern –, setzt sich der Europäische Gerichtshof mit dem Postulat derartiger Einschränkungen in Widerspruch zu der seit Längerem von ihm anerkannten und ebenfalls von Art. 6 I EMRK erfassten Maxime „Justice must not only be done, it must also be seen to be done“¹³⁵³.¹³⁵⁴ Dieser Grundsatz findet breite Zustimmung im Schrifttum,¹³⁵⁵ das zu Recht einwendet, die Nichtbegründung höchstrichterlicher Entscheidungen, gegen die kein Rechtsmittel mehr statthaft sei, könne das Recht auf ein faires Verfahren verletzen.¹³⁵⁶ Dies gelte vor allem bei Ermessensentscheidungen¹³⁵⁷, wiederum durch den Europäischen Gerichtshof anerkannt. Wenn der Bundesgerichtshof dabei im Rahmen von § 349 II StPO die Ermessenserwägungen zur Entbehrlichkeit einer Hauptverhandlung in die Tatbestandsprüfung verlagert und daher von einer Begründungsfreiheit ausgehen sollte, wäre hierin eine unzulässige Umgehung zu sehen. Im Übrigen trägt der Gedanke, Begründungspflichten seien in einer Rechtsmittelinstanz aufgrund einer bereits umfassenden Bearbeitung der Sache in den Tatsinstanz zu vernachlässigen, jedenfalls nicht umfassend in Bezug auf das Revisionsverfah-

det hätten, siehe EGMR, Helle/Finnland v. 19.12.1957; EGMR, García Ruiz/Spanien v. 21.1.1999, § 26.

¹³⁵³ EGMR, Delcourt/Belgien v. 17.1.1970, § 31. Dieses „Diktum“ wird im Zusammenhang mit dem Problem der Feststellung der Unparteilichkeit der Richter im Rahmen des Art. 6 I EMRK genannt. Jene sei zu verneinen, wenn berechtigte Zweifel daran nicht ausgeräumt werden könnten (sog. „obj. Test“). Die Unparteilichkeit dürfe bereits dem *äußeren Anschein nach* für die Verfahrensbeteiligten, insb. aber für die Öffentlichkeit nicht anzweifelbar sein. Dies erfordere der Schutz des Vertrauens in die Rechtspflege und die Akzeptanz der gerichtlichen Entscheidungen, siehe auch *Esser*, LR-EMRK, Art. 6, Rn. 157. Ausdrücklich wird die Übertragbarkeit auf den Grundsatz rechtlichen Gehörs damit zwar nicht angesprochen; nimmt der EGMR die Maxime in Ansehung von Art. 6 EMRK jedoch weiterhin ernst, dürften sich daraus keine anderen Schlüsse als die Statuierung einer Begründungspflicht (auch bei nicht anfechtbaren Entscheidungen) ergeben. Vertrauen und Akzeptanz lassen sich nur durch Transparenz gewährleisten, die dem Bf. lediglich bei Nennung einer Verfahrensvorschrift verwehrt blieben. Dies deutet auch EGMR, Lalmahomed/Niederlande v. 22.2.2011, § 43, an, wonach der Beschuldigte überprüfen können muss, ob das Gericht nicht willkürlich gehandelt habe.

¹³⁵⁴ Auch *Paeffgen*, SK-EMRK, Art. 6, Rn. 78, bezeichnet die Haltung des EGMR zur Begründungspflicht bei letztinstanzlichen Entscheidungen als „enttäuschend“.

¹³⁵⁵ *Arndt*, NJW 1959, 7; *Gaede*, S. 303, m. w. N.; *Schlothauer*, StV 2004, 342; *Wohlens*, Strafverteidigertag, S. 117.

¹³⁵⁶ *Esser*, LR-EMRK, Art. 6, Rn. 238.

¹³⁵⁷ EGMR, H./Belgien v. 30.11.1987, § 53; EGMR, de Moor/Belgien v. 23.6.1994, §§ 54 f.; *Grabenwarter*, § 24, Rn. 76; *Gaede*, S. 305; *Scheffler*, DÖV 1977, 769.

ren. Gerade potentielle Verfahrensmängel als Gegenstand von Verfahrensrügen sowie nicht zuletzt übersehene sachliche Aspekte werden im Rahmen der letzten Kontrollinstanz erstmals einer Überprüfung unterzogen.¹³⁵⁸

Auch die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich einer Begründungsfreiheit bei unanfechtbaren Entscheidungen begegnet Widersprüchen. So sieht es § 267 StPO als einfach-gesetzliche Ausprägung rechtlichen Gehörs an, über das der Verurteilte mittels eines Rechtsmittelverzichts im Hinblick auf die abgekürzte Urteilsbegründung zu verfügen vermöge. Seien jedoch keine Rechtsmittel statthaft, das heißt werde das Urteil mit seiner Verkündung rechtskräftig, darf seiner Ansicht nach eine Abkürzung der Begründung nicht erfolgen, da es den Verfahrensbeteiligten in diesem Fall verwehrt bliebe, das Gericht durch Rechtsmitteleinlegung zu einer ausführlichen Begründung zu bewegen.¹³⁵⁹ Insofern erkennt es eine Begründungspflicht bei unanfechtbaren Entscheidungen zur Gehörsgewährung mittelbar an.

Ob das Sichtbarkeitselement indes originär Art. 103 I GG entspringt,¹³⁶⁰ ist angesichts seines eindeutigen Wortlautes fragwürdig.¹³⁶¹ Darauf deutet auch die aus Art. 6 I EMRK hergeleitete Behelfskonstruktion hin, der die fair-trial-Garantie denkbar weit fasst. Eine Begründungspflicht wäre auf nationaler Ebene insoweit also vielmehr Ausfluss von Art. 103 I GG in Verbindung mit Art. 20 III GG.

Darüber hinaus kann die praktische Realisierung des Anspruches auf rechtliches Gehör nur mithilfe einer Begründung erreicht werden.¹³⁶² Dies lässt sich am Beispiel des § 356a StPO verdeutlichen.¹³⁶³ Dort wird unmittelbar der ver-

¹³⁵⁸ Darauf weist *Wohlers*, JZ 2011, 83, hin.

¹³⁵⁹ BVerfG, NJW 2004, 209, 210.

¹³⁶⁰ Dies scheinen aber *Wohlers*, SK-StPO, § 356a, Rn. 6, und *Schlothauer*, StV 2004, 342, anzunehmen.

¹³⁶¹ OLG Koblenz, NJOZ 2007, 5371, 5379: „zumindest mittelbar“.

¹³⁶² Ebenso *Weßlau*, SK-StPO, § 34, Rn. 2, hins. der allg. Vorschrift des § 33a StPO; *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 327; wohl *Zuck*, NJW 2008, 479; *Kirchberg*, Krämer-FS, S. 56 f. A. A. BVerfG, NJW 2011, 1497, 1498, ohne Begründung.

¹³⁶³ Obwohl der Rechtsbehelf in der Praxis bis dato wenig Bedeutung erlangt hat (siehe *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 325 [Fn. 9], und *Widmaier*, Böttcher-FS, S. 227), stellt er doch einen gesetzlich vorgesehenen Weg dar, sich gegen Mängel bei der Entscheidungsbildung zur Wehr zu setzen. Krit. *Widmaier*, Böttcher-FS, S. 228 ff.: Die Anhörungsrüge sei ein Fremdkörper im System des Rechtsmittelrechts. Dies gründet er einerseits darauf, der Richter, der ein elementares Verfahrensgrundrecht verletze, solle nicht die Möglichkeit haben, diesen unauffällig und unbeobachtet durch das BVerfG rückgängig machen zu können. Der Rechtsbehelf sei jedoch auch insofern inkonse-

fassungsrechtlich verbürgte Anspruch aufgenommen und für das Strafverfahren fruchtbar gemacht, indem die fachgerichtliche Feststellung einer Gehörsverletzung das Verfahren in den Stand versetzt, der ohne den Verstoß bestünde. Eine formgemäße Erhebung der Anhörungsrüge, die ihrerseits begründet werden muss, kann jedoch schlechthin nicht erfolgen, wenn es für einen Verstoß keinen Anknüpfungspunkt gibt. Zwar sind an die Begründung des Rechtsbehelfs keine hohen Anforderungen zu stellen; allein die Behauptung, es sei fehlerhaft entschieden worden, reicht freilich nicht aus¹³⁶⁴. Genau darauf müsste sich der Beschwerdeführer aber beschränken, da er von der (fehlenden) Kenntnisnahme oder Auseinandersetzung des Gerichts mit seinem Vorbringen keine Kenntnis erlangt.¹³⁶⁵ Dies gilt insbesondere dann, wenn keine Hauptverhandlung stattfindet, die dem Betroffenen einen direkten Kontakt zum Gericht garantiert. Ferner ist der Zeitpunkt der Kenntniserlangung des Gehörsverstoßes gemäß § 356a Satz 3 StPO glaubhaft zu machen, was ohne gerichtliche Begründung ebenfalls vereitelt würde.¹³⁶⁶ Wird diese Form nicht eingehalten, ist dem Betroffenen zugleich der Weg über die Verfassungsbeschwerde versperrt, denn die Durchführung des Verfahrens nach § 356a StPO ist Voraussetzung für deren Zulässigkeit.

b) § 349 II StPO

Gemäß dem Auslegungsergebnis zu § 34 StPO ist demnach von einer Begründungspflicht bei Beschlüssen nach § 349 II StPO auszugehen. Etwas anderes vermag sich daher nur aus § 349 II StPO selbst zu ergeben.

quent, als andere Verfahrensgrundrechte ebenso elementar seien, jenen aber kein zusätzlicher fachgerichtlicher Rechtsbehelf zugestanden werde.

¹³⁶⁴ *Kuckein*, KK-StPO, § 356a, Rn. 10; *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 327. Eine völlig ungeeignete Begründung stehe einer fehlenden Begründung gleich, siehe OLG Nürnberg, NStZ 2007, 237.

¹³⁶⁵ Dass die Einlegung eines Rechtsbehelfs nicht erschwert werden darf, legt auch EGMR, NJW 1993, 1697, nahe.

¹³⁶⁶ Diese Voraussetzung werde von den Gerichten genutzt, um Anhörungsrügen leerlaufen zu lassen, siehe *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 329.

aa) Wortlaut

Eine explizite Regelung zu einer Begründung der Beschlussverwerfung enthält § 349 II StPO nicht. Zwar ist der Antrag der Staatsanwaltschaft zu begründen, dies bezieht sich jedoch eindeutig nur auf diesen. Hier könnte aber der Gegen-schluss von Bedeutung sein, da zum Beschluss selbst keine Regelung getroffen wird. Das Begründungserfordernis hinsichtlich des Antrags bedarf indes einer ausdrücklichen Erwähnung, da § 34 StPO insoweit keine Begründungspflicht zu entnehmen wäre¹³⁶⁷ – der Antrag selbst ist keine durch ein Rechtsmittel anfechtbare oder einen Antrag ablehnende „Entscheidung“. Aus der Beschlusseigenschaft auf Rechtsfolgenseite kann hingegen weder eine positive noch eine negative Aussage zu einer diesbezüglichen Pflicht gefolgert werden. Im Kontext der Vorschrift zielt der Begriff des „Beschlusses“ als Urteilsersatz allein auf die Art und Weise der Entscheidung und nicht auf ihre weiteren Modalitäten, weshalb sich auch die Ermessensentscheidung nur auf Erstere beziehen kann.¹³⁶⁸ Die Merkmale der „offensichtlichen Unbegründetheit“ und der „Einstimmigkeit“ sind ebenso wenig in der Lage, vom reinen Wortsinn her eine Aussage über eine Begründungspflicht zu treffen. Als Tatbestandsvoraussetzungen führen sie (vorbehaltlich der Erfüllung der übrigen Merkmale), wie bei jeder anderen konditional aufgebauten Vorschrift, erst zu der Frage der Rechtsfolge; die näheren Modalitäten der jeweiligen Entscheidungsart sind aus ihnen nicht herauszulesen.¹³⁶⁹ Dass sich „offensichtlich unbegründete“ Revisionen überhaupt nicht begründen ließen, kann dem Normtext ebenfalls nicht entnommen werden. Das Gegenteil ergibt sich bereits aus dem Begründungserfordernis im Hinblick auf das staatsanwaltschaftliche Antragserfordernis, die Revision als „offensichtlich unbegründet“ zu verwerfen.

¹³⁶⁷ *Vogel*, S. 123 f. Auch mag zu berücksichtigen sein, dass es sich bei Antrag und Beschluss um gänzlich verschiedene prozessuale Mittel von zudem unterschiedlichen Organen handelt.

¹³⁶⁸ Siehe dazu die Auslegung *Vogels*, S. 93 ff., m. w. N., die an die allg. Gebräuchlichkeit des Beschlussbegriffes für eine „Entscheidung“ („beschließen“) erinnert, die keine gleichzeitige Aussage über ihre Ausgestaltung treffe.

¹³⁶⁹ Ebenso *Vogel*, S. 99. Umgekehrt kann sich auch eine etwaig bestehende Begründungspflicht auf Rechtsfolgenseite nicht auf die Auslegung eines Tatbestandsmerkmals auswirken.

bb) Systematik

(1) Begründungspflichten bei vergleichbaren Regelungen der Strafprozessordnung

Zunächst ist der Blick auf ähnlich gelagerte Vorschriften der Strafprozessordnung zu wenden, die eine Aussage zu Begründungspflichten treffen. Insbesondere ist hier § 322a StPO zu nennen, der die Entscheidungsform bei der Annahmeerufung regelt. Dort wird gleichermaßen durch Beschluss entschieden. Die Annahme wird abgelehnt, wenn das Rechtsmittel „offensichtlich unbegründet“ ist (§ 313 II StPO); sie ist unanfechtbar. Eine Begründungspflicht sieht § 322a StPO nicht ausdrücklich vor. Sowohl der Gesetzgeber¹³⁷⁰ als auch einhellig das Schrifttum¹³⁷¹ entnehmen eine solche allerdings dem Umkehrschluss zu Satz 3, wonach der positive Annahmebeschluss keiner Begründung bedarf. Uneinheitlich wird dabei die Rolle des § 34 StPO beurteilt: Teilweise wird davon ausgegangen, seine Anwendung sei aufgrund des Vorliegens einer nicht anfechtbaren Entscheidung ausgeschlossen¹³⁷²; andere berufen sich neben dem Umkehrschluss jedenfalls zusätzlich auf die Anwendbarkeit der Vorschrift¹³⁷³. Die Gesetzesbegründung lässt diese „Zweifelsfrage“ bewusst offen, schließt die Geltung von § 34 StPO aber erklärtermaßen keineswegs aus.¹³⁷⁴ Aus § 322a StPO lässt sich hingegen kein eindeutiger Schluss in Bezug auf eine Begründungspflicht im Beschlussverfahren der Revision ziehen. Zwar handelt es sich dort ebenfalls um eine unanfechtbare Entscheidung. Die Motivation des Gesetzgebers, nun eine Begründung ausdrücklich vorsehen zu wollen, lässt aber eine zweideutige Auslegung zu: Während § 322a StPO klarstellen könnte, unanfechtbare, auf „offensichtlich unbegründete“ Rechtsmittel ergehende Beschlüsse bedürften stets einer Begründung, wurde die Annahmeerufung wesentlich später eingeführt als das heutige Beschlussverfahren. Das Begründungserfordernis könnte demnach auch nur speziell für diesen Fall geregelt worden sein.

¹³⁷⁰ BT-Drucks. 12/1217, S. 40.

¹³⁷¹ Gössel, LR-StPO, § 322a, Rn. 8; Meyer-Göfner, M-G/Schmitt, § 322a, Rn. 7; Frisch, SK-StPO, § 322a, Rn. 12; Paul, KK-StPO, § 322a, Rn. 1; Brunner, KMR, § 322a, Rn. 3; Feuerhelm, StV 1997, 104.

¹³⁷² Feuerhelm, StV 1997, 104; Meyer-Göfner, M-G/Schmitt, § 322a, Rn. 7; Frisch, SK-StPO, § 322a, Rn. 12.

¹³⁷³ Gössel, LR-StPO, § 322a, Rn. 8; Paul, KK-StPO, § 322a, Rn. 1.

¹³⁷⁴ BT-Drucks. 12/1217, S. 40: „möglicherweise“.

Die für die Beschlussaufhebung nach § 349 IV StPO beinahe einhellig angenommene Begründungspflicht¹³⁷⁵ verdeutlicht jedoch, dass sich eine Begründungsfreiheit zumindest nicht allein aus der Durchführung eines Beschlussverfahrens ergeben kann.

(2) Begründungspflichten bei vergleichbaren Regelungen anderer Verfahrensordnungen

Während die Systematik innerhalb der Strafprozessordnung keine eindeutigen Rückschlüsse auf eine Begründungspflicht zulässt, könnte der Vergleich mit Vorschriften verschiedener Verfahrensordnungen mehr Aufschluss geben. *Krehl* geht darauf mit dem Hinweis ein, es existiere kein dem § 349 II StPO vergleichbares Verfahren; die von ihm herangezogenen – heute überwiegend veralteten – Regelungen seien indes in ihrer Funktion, die mündliche Hauptverhandlung auszusparen, mit der „Lex Lobe“ vergleichbar.¹³⁷⁶

§ 126a FGO sieht demgegenüber eine Beschlussentscheidung des Bundesfinanzhofs in der Besetzung von fünf Richtern vor, wenn dieser einstimmig die Revision für unbegründet befindet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält. Nicht nur sind die Beteiligten dabei im Vorhinein zu hören, sondern der Beschluss soll zusätzlich eine kurze Begründung enthalten. Letztlich ist diese Regelung mit § 349 II StPO praktisch identisch, etwa mit Blick auf die Rechtsprechung, die das Merkmal der „Offensichtlichkeit“, das bei § 126a FGO nicht verlangt wird, (auch) mit der „Entbehrlichkeit der Hauptverhandlung“ definiert beziehungsweise dies im Wege der Ermessenerwägungen zu berücksichtigen wäre. Trotz einer vorherigen Anhörung und der einstimmigen Beurteilung (die von der Rechtsprechung im Rahmen des § 349 II StPO als Begründungssurrogate qualifiziert werden) und trotz des Charakters einer Zulassungsrevision, die vielmehr dem öffentlichen Interesse dient, hält der Gesetzgeber eine Begründung im „berechtigten Informationsinteresse der Pro-

¹³⁷⁵ *Franke*, LR-StPO, § 349, Rn. 39; *Wohlers*, SK-StPO, § 349, Rn. 74; *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 349, Rn. 31; *Kuckein*, KK-StPO, § 349, Rn. 40: Dabei könne sich das Revisionsgericht jedoch im Wesentlichen auf den Aufhebungsgrund beschränken. *Momsen*, KMR, § 349, Rn. 29: „jedenfalls dann notwendig, wenn Bindungswirkung nach § 358 Abs. 1 eintritt, das Gericht nach § 354 Abs. 1 ‚durchentscheidet‘ oder sie zum Verständnis geboten erscheint.“

¹³⁷⁶ *Krehl*, GA 1987, 170 f.

zessbeteiligten“ für erforderlich¹³⁷⁷. Die Vorgabe einer „Soll-Vorschrift“ deutet hier auf ein intendiertes Ermessen hin, das nur in nicht näher benannten Ausnahmefällen auf eine Begründungsfreiheit hinauszulaufen vermag. § 8 I 1 AsylVfG sieht darüber hinaus ebenfalls die Unanfechtbarkeit einer als „offensichtlich unbegründet“ beurteilten Entscheidung vor. Diesbezüglich hat sich schon das Bundesverfassungsgericht dafür ausgesprochen, die „Offensichtlichkeit“ einer gesonderten Begründung zuzuführen.¹³⁷⁸

Beinahe wortgleich regeln zudem weitere Vorschriften¹³⁷⁹ die Beschlussentscheidung bei der Nichtzulassungsbeschwerde der Revision. Dem Beschluss „soll eine kurze Begründung beigelegt werden“. Von einer solchen kann abgesehen werden, wenn sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist. Damit soll eine einheitliche Zulassungspraxis gesichert werden. Teilweise wird die Begründungsfreiheit ebenso für eine stattgebende Beschwerde angeordnet. Wiederum handelt es sich bei der Entscheidung der Nichtzulassung um eine unanfechtbare. Im Gesetzgebungsverfahren zu § 160a IV SGG bestand die Übereinstimmung, bereits aus rechtsstaatlichen Gründen sei grundsätzlich eine Begründung des Beschlusses angezeigt. Der Empfehlung des Rechtsausschusses, einen Begründungszwang allein für ablehnende Beschlüsse (dort aber zwingend in allen Fällen) vorzusehen, wurde letztlich nicht Folge geleistet. Die Begründung stattgebender Beschlüsse soll sowohl den Verfahrensbeteiligten Hinweise für das anschließende Revisionsverfahren geben als auch der Einheitlichkeit der Rechtsprechung bei der Zulassung von Revisionen und der Rechtsfortbildung dienen.¹³⁸⁰ In diesen Fällen bezieht sich eine Begründungspflicht also auf die speziell zugeschnittene Problematik von Zulassungsrevisionen und ist entbehrlich, wenn sich in Bezug auf Zulassungsgründe eine einheitliche Praxis bereits gebildet hat. Dort ist das Begründungsspektrum also von vornherein auf die Zulassungsgründe begrenzt, die zudem abschließend in den jeweiligen Regelungen zur Zulassungsrevision kodifiziert sind. Die strafprozessuale Revision ist hingegen nicht zulassungsbeschränkt und soll ebenso wenig lediglich einer einheitlichen Praxis, sondern gleichermaßen der Einzelfallgerechtigkeit dienen, die nicht stets Bedeutung für die Rechtsvereinheitlichung entfalten muss.

¹³⁷⁷ BT-Drucks. 14/4061, S. 11.

¹³⁷⁸ BVerfGE 65, 76, 96. Dies verstärkte die Gewähr der materiellen Richtigkeit der Entscheidung.

¹³⁷⁹ §§ 544 IV ZPO, 133 V VwGO, 72a V 4 ArbGG, 116 V FGO, 160a IV SGG.

¹³⁸⁰ BT-Drucks. 7/2024, S. 5.

Nichts anderes müsste für den Vergleich mit den §§ 144 VII VwGO¹³⁸¹, 170 III SGG, 126 VI FGO gelten, wonach die Entscheidung über die Revision keiner Begründung bedarf, soweit das Obergericht Rügen von Verfahrensmängeln nicht für durchgreifend erachtet.¹³⁸² Dies beruht auf dem Gedanken, Verfahrensrügen könnten im Rahmen einer Zulassungsrevision grundsätzlich nichts zur Rechtseinheit beitragen.¹³⁸³ Im Hinblick auf eine gleichwohl gebotene einheitliche Verfahrensweise ist diese Überlegung zwar anzuzweifeln; die fehlende Zulassungsbeschränkung im Rahmen der strafprozessualen Revision lässt indes vom Ansatz her auf eine Begründungsnotwendigkeit bei Einzelfallentscheidungen schließen.

Weitere Vorschriften, die eher dafür als dagegen sprechen, dem Beschwerdeführer die Gründe für eine Verwerfung seines Rechtsmittels offenzulegen, stellen die §§ 522 II 2, 552a ZPO, 24 Satz 2 BVerfGG dar. Sie sehen einen vorherigen Hinweis hinsichtlich der gegen den Erfolg des Rechtsmittels bestehenden Bedenken vor. § 522 ZPO ergänzt diese Pflicht in Satz 3 um eine zusätzliche Begründung, falls die endgültigen Entscheidungsgründe nach Beurteilung der Gegenerklärung von den Ausführungen im Hinweis abweichen.¹³⁸⁴

Zusammenfassend stehen Regelungen anderer Verfahrensordnungen Begründungen einer zugleich auf Rechtseinheit und Einzelfallgerechtigkeit ausgerichteten Revision positiv gegenüber. Dass gerade für das Strafverfahren als Eingriffsverfahren etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich.

cc) Historie

Solange sich die von § 349 II StPO bezweckte prozessökonomische Vorgehensweise mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbaren lässt, ist dies nicht nur zulässig, sondern im Interesse aller Beteiligten wünschenswert. Dass als Ursache der Belastung aber die Hauptverhandlung und nicht etwa die Pflicht zur Entscheidungsbegründung angesehen wurde, ist nun erschöpfend zu belegen.

¹³⁸¹ Bereits vor Einführung dieser Vorschrift wendete das BVerwG § 565a ZPO analog an (BVerwGE 80, 228, 230 ff.).

¹³⁸² Dies gilt nicht für Rügen absoluter Revisionsgründe und für Verfahrensrügen, auf denen die Zulassung der Revision beruht.

¹³⁸³ So etwa BT-Drucks. 07/3654, S. 6.

¹³⁸⁴ BVerfGE 50, 287, 289 f., wonach die fehlende Begründung keinen Verfassungsverstoß darstellt, beruht auf einer veralteten ZPO-Fassung. Trotz einer anfechtbaren Entscheidung kann die „Offensichtlichkeit“ dort offenbar doch begründet werden.

Zunächst beziehen sich die Beratungen zum Gesetzgebungsverfahren zu den §§ 386, 389 RStPO bereits nachdrücklich auf Nutzen und Last der Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung im Gegensatz zum Beschlussverfahren.¹³⁸⁵ § 28 des Entwurfs zur Reichsstrafprozessordnung fand mit oben angeführter Begründung¹³⁸⁶ ohne weitere Beratungen und Auseinandersetzungen¹³⁸⁷ Zustimmung, womit eine etwaige Begründungspflicht außer Frage gestanden haben dürfte. Der Entlastungszweck umfasste die Begründungstätigkeit somit gerade nicht. Im Gesetzgebungsverfahren zur „Lex Lobe“ von 1922 wurde Folgendes ausgeführt:

„Erfahrungsgemäß macht der Verurteilte (...) von dem Rechtsmittel der Revision überaus häufig nur deshalb Gebrauch, um sich einen längeren Strafaufschub zu verschaffen; die zahlreichen Fälle, in denen die Revision nur mit Angriffen gegen die Beweiswürdigung des Vorderrichters begründet wird, gehen zum größten Teil auf dieses Streben zurück. Der Anreiz zu solchen offensichtlich unbegründeten Revisionen wird gegenwärtig noch dadurch verstärkt, daß zur Verwerfung der Revision als unbegründet eine Hauptverhandlung erforderlich ist und sich deren Termin bei der starken Belastung der Revisionsgerichte oft auf Monate hinauszögert. Auf der anderen Seite führt gerade die Notwendigkeit, jede formell zulässige Revision, auch wenn an ihre Unbegründetheit kein Zweifel obwalten kann, durch Hauptverhandlung zu erledigen, zu der starken Belastung der Revisionsgerichte. Der Entwurf will daher dem Revisionsgerichte die Befugnis geben, offensichtlich unbegründete Revisionen in gleicher Weise durch Beschluß zu verwerfen, wie es dies schon jetzt tun kann, wenn die Formvorschriften über Einlegung und Begründung der Revision nicht beachtet worden sind.“¹³⁸⁸

Die Schaffung der „Lex Lobe“ gründete damit ausschließlich auf dem Bestreben der Aussparung der Hauptverhandlung; die Verschleppungsabsicht mache die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung entbehrlich. Darauf aufbau-

¹³⁸⁵ Hahn, Bd. 3, Abt. I, S. 255, 1037; Abt. II, S. 1425 f.

¹³⁸⁶ Siehe S. 279.

¹³⁸⁷ Siehe Hahn, Bd. 3, Abt. I, S. 571; Abt. II, S. 1233: in erster und zweiter Lesung „ohne Debatte“ angenommen.

¹³⁸⁸ RT-Drucks. Nr. 4450, StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 374, S. 4890 (Hervorhebungen v. Verf.).

end komme gerade diesem Motiv die lange Dauer bis zum Stattfinden der Hauptverhandlung zugute. Überdies wird auf die §§ 386, 389 RStPO Bezug genommen, die, wie bereits ausgeführt, ohne Bezug zu einer Begründungsfreiheit eingeführt wurden. Im Gesetzgebungsverfahren diskutierte man außerdem nicht nur Entlastungsmaßnahmen im Revisionsrecht. So wurde beispielsweise ein Antrag zu einer im Entwurf nicht vorgesehenen Ausweitung der vereinfachten schriftlichen Urteilsbegründung gestellt, der letztlich auf Ablehnung stieß.¹³⁸⁹ Im Hinblick auf Entscheidungsbegründungen wurden also durchaus Entlastungsmöglichkeiten gesehen, jedoch für den Bereich der Instanzurteile nicht weiter verfolgt und bei der Revision nicht einmal in Erwägung gezogen. Eine Begründungsfreiheit konnte also auch dort nicht Gegenstand des gesetzgeberischen Willens gewesen sein. Die amtliche Bezeichnung „Gesetz zur weiteren Entlastung der Gerichte“ bezieht sich trotz anderslautender Behauptungen¹³⁹⁰ daher keineswegs auf eine fehlende Begründungspflicht des Revisionsgerichts. Ministerialdirektor *Oegg* äußerte sich ferner:

*„Auch hier geht die Absicht nur dahin, in den recht zahlreichen Fällen, in denen offensichtlich, also ohne daß nach irgendeiner Richtung ein Zweifel obwaltet, die Revision unbegründet ist, zu vermeiden, daß der große Apparat der förmlichen Hauptverhandlung eintreten muß, und damit einer Hauptursache der übergroßen Belastung der Revisionsgerichte entgegenzuwirken. In Anerkennung dieses Gedankens hat sich deshalb die weitaus überwiegende Mehrheit im Ausschuß für den Vorschlag der Reichsregierung erklärt.“*¹³⁹¹

Als Hauptursache der Belastung wurde hiermit die Hauptverhandlung deklariert. Auf die anderen Ursachen geht *Oegg* nicht ein¹³⁹²; es ist angesichts obiger

¹³⁸⁹ StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 356, S. 8251.

¹³⁹⁰ *Lücke*, S. 121 (Fn. 300).

¹³⁹¹ StenBer d. Verh. d. Reichst., 1. Wahlperiode, Bd. 356, S. 8253 (Hervorhebungen v. Verf.).

¹³⁹² Vielmehr führte er erneut aus (a. a. O., S. 8254; Hervorhebungen v. Verf.): „Der Vorschlag (...) der Reichsregierung, der, wie ich wiederholen möchte, nur beabsichtigt, solche Revisionen, bei denen die Unbegründetheit offensichtlich zutage liegt, von der Notwendigkeit der Erledigung durch förmliche Hauptverhandlung auszunehmen, bedeutet eine sehr wesentliche Entlastung für das, wie beigegebene Statistik bartut, im Uebermaß belastete Reichsgericht.“ Da dies die Gegenrede zum Antrag auf Streichung der Vorschrift aus dem Entwurf bzw. zum Abänderungsantrag von *Levi* und *Hoffmann* darstellte, wird hier eine besonders enge Auslegung der Entlastungsmöglichkeit deutlich, welche die Angeklagtenrechte nicht über Gebühr strapazieren sollte.

Ausführungen aber vielmehr davon auszugehen, dass er dabei auf die geschichtlichen Entwicklungen in der Nachkriegszeit abstellt und nicht auf eine etwaige Begründungspflicht. Die Entwurfsbegründung zum Strafprozessänderungsgesetz von 1965 verhält sich hinsichtlich des Entlastungszwecks ebenso wenig zu einer Begründungsfreiheit.¹³⁹³ Lediglich *Jahn* äußerte sich im Plenum zu den Gründen einer Revisionsverwerfung:

„Ziel der neuen Bestimmung ist es gerade, die Staatsanwaltschaft dazu anzuhalten, von den bisherigen floskelhaften Anträgen abzugehen und die Gründe, aus denen sie zu ihrer Auffassung gelangt, darzulegen. Nur auf diese Weise kann auch in diesem Verfahrensabschnitt dem Beschwerdeführer das ihm verbürgte rechtliche Gehör gesichert werden. Darüber hinaus geht es nicht an, daß der Rechtsuchende darüber im unklaren gelassen wird, aus welchen Gründen seine Revision verworfen wird.“¹³⁹⁴

Diese erstmalige und einzige Bemerkung, die in allen Gesetzgebungsverfahren jemals zu einer Begründung der Beschlussentscheidung erfolgte¹³⁹⁵, hebt zunächst hervor, der Beschwerdeführer habe die Gründe für die Erfolglosigkeit einer Revision trotz „offensichtlicher Unbegründetheit“ zu erfahren. Mittelbar ist den Ausführungen *Jahns* zu entnehmen, die Begründungspraxis scheinbar seiner Meinung nach bis dato unzureichend gewesen zu sein. Dies kann nach den vorherigen Ausführungen jedoch nicht auf den Willen des Gesetzgebers zurückzuführen sein.

¹³⁹³ BT-Drucks. 4/178, S. 43 (Hervorhebungen v. Verf.): „Die seit Jahrzehnten bestehende Befugnis der Revisionsgerichte, offensichtlich unbegründete Revisionen ohne Hauptverhandlung durch Beschluß zu verwerfen, hat sich in der Praxis bewährt und ist bei der Eigenart des Revisionsverfahrens unentbehrlich.“ Siehe auch *Vogel*, S. 120 ff.

¹³⁹⁴ Plenarprotokoll Nr. 04/147 v. 13.11.1964, S. 7241 B) (Hervorhebungen v. Verf.).

¹³⁹⁵ Außen vor bleibt § 6 S. 2 der dritten Vereinfachungsverordnung vom 16.5.1942, nach dem die Beschlussverwerfung der Revision keiner weiteren Begründung bedarf. Diese war rein kriegsbedingt und währte nur kurz.

dd) Telos

(1) Die „Offensichtlichkeit“ als Begründungssurrogat

Dem historischen Gesetzgeber zufolge ist eine Auslegung der „offensichtlichen Unbegründetheit“ als Begründungsersatz nicht vorgesehen. Ob sich § 349 StPO von seinem geschichtlichen Hintergrund insoweit gelöst hat, als er heute eine Begründungsfreiheit umfasst, erscheint fragwürdig. Veränderte Rahmenbedingungen können zwar eine Abweichung vom ursprünglichen Normzweck erforderlich machen.¹³⁹⁶ Dass die Gegebenheiten einen bedeutenden Wandel erfahren hätten, ist nicht augenscheinlich. Die bei Einführung der Norm vorherrschende Problematik der nachkriegszeitlichen Überlastung (Wegfall der Militärgerichtsbarkeit, Zunahme von Kriegsverbrechen) ist längst nicht mehr aktuell; nach Ende des zweiten Weltkriegs hat sich der Geschäftsanfall bei den Revisionsgerichten praktisch nicht verändert.¹³⁹⁷ Unter dem Gesichtspunkt vermeintlich veränderter Rahmenbedingungen wäre es demnach verfehlt, von Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte ohne Weiteres zu Lasten von Beteiligten abzuweichen.

Soll für die Erkennbarkeit der Gründe für die Offensichtlichkeitsentscheidung laut *Penner* eine Mitwirkungspflicht des Verteidigers im Sinne der Wahrnehmung von Akteneinsichtsrechten ausschlaggebend sein, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Bundesgerichtshof zumindest hinsichtlich der die Notizen und Bearbeitungshinweise von Senatsmitgliedern enthaltenden Senatshefte kein Akteneinsichtsrecht gewährt¹³⁹⁸. Die weiteren darin befindlichen Vorgänge dürften dem Revisionsführer bereits mit Zusendung des Antrags der Staatsanwaltschaft zur Kenntnis gelangen.

Vielmehr ist zu beleuchten, inwiefern die „Offensichtlichkeit“ die Forderung nach einer Begründungspflicht sogar unterstreicht. Mit § 349 II StPO gehen aktuell zwei für den Angeklagten nachteilige Entscheidungen einher: einerseits die Revisionsverwerfung als unbegründet; andererseits die fehlende Durchführung der Hauptverhandlung, die zumindest bei der gegenwärtigen Ausgestaltung des Beschlussverfahrens mehr Garantien aufweist. Zu dessen Einleitung

¹³⁹⁶ So *Rüthers*, Rn. 788.

¹³⁹⁷ Seit 1951 ist der Geschäftsanfall beim BGH relativ ausgeglichen; es sind lediglich leichte Zunahmen zu verzeichnen, die sich – verglichen mit den Zivilsenaten am BGH oder den Tatgerichten – als „moderat“ darstellen, siehe *Barton*, S. 40 ff.

¹³⁹⁸ BGH, NStZ 2001, 551 f.; BGH, StraFo 2005, 28, 29; BGH, NStZ 2007, 538, 539.

bedarf es über die unbegründete Revisionsbegründung hinaus noch der Erfüllung eines zusätzlichen Merkmals, weshalb nicht einzusehen ist, warum der Begründungsaufwand diesbezüglich als geringer anzusehen sein soll.¹³⁹⁹ Dies gilt insbesondere angesichts der weiten Interpretation, die der Begriff durch die Judikatur erfährt. Soll ihr ein nicht näher präzisierter Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Annahme jener Tatbestandsvoraussetzung zustehen, so bewegt sie sich insoweit gerade nicht in einem Bereich, den der Revisionsführer zwingend vorherzusehen vermag. Wenn es vermieden wird, die „Offensichtlichkeit“ in Beschlussformeln aufzuführen, geschieht dies gemäß Teilen der Literatur aus Verlegenheit um das Wissen, vermutlich eine lediglich „unbegründete“ Revision – entgegen der gesetzlichen Regelung – per Beschluss zu verwerfen.¹⁴⁰⁰ Eine derartige Mutmaßung ist demgegenüber nicht der einzig mögliche Erklärungsansatz für diese Praxis. Ergänzende Bemerkungen in der Beschlussformel mögen sich aufgrund der Nennung des § 349 II StPO schon erübrigen. Die Anwälte als primäre Adressaten des Verwerfungsbeschlusses wissen zudem um dessen Bedeutung und müssen sich nicht genötigt fühlen, ihren Mandanten den Grund für die letztlich „offensichtlich unbegründete“ Revision zu erläutern. Zwar mag *Meyer-Goßner* insofern Recht zu geben sein, als die Nennung dieser Merkmale ihren Platz nicht in der Beschlussformel, sondern im Beschlusseingang hätte. Ob sie dort jedoch häufiger anzutreffen wäre, kann bezweifelt werden. Die Annahme eines Begründungssurrogats ist im Falle der Bedeutungslosigkeit des fraglichen Merkmals jedenfalls umso weniger haltbar.

(2) Der begründete Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft als Begründungssurrogat

Eine gerichtliche Begründungsfreiheit aus dem Umkehrschluss der in § 349 II StPO normierten Pflicht zur Antragsbegründung herzuleiten, stellt die bis dato naheliegendste Alternative dar, eine Abweichung vom Grundsatz des § 34 StPO zu rechtfertigen.

¹³⁹⁹ In diese Richtung geht auch BVerfGE 65, 76, 99.

¹⁴⁰⁰ I. d. S. etwa *Groß-Börling*, StraFo 2012, 445; *König*, Heghmanns/Scheffler, S. 1073, Rn. 357.

(a) Funktionen der Antragsbegründung

Folgerungen aus Umkehrschlüssen müssen freilich nicht zwingend sein. Dies gilt hier umso mehr angesichts des Umstandes, dass die Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Antragsbegründung nicht aus § 34 StPO hervorgeht. In diesem Fall bedarf das gesetzestechnische Argument also weiterer Auslegungsbemühungen, die wiederum beim historischen Gesetzgeber von 1964 anzusetzen sind. Jener beabsichtigte, zu

„(...) verhindern, daß der Beschwerdeführer im Revisionsverfahren von einer Verwerfung des Rechtsmittels als offensichtlich unbegründet überrascht wird. Er will mit der Neufassung des § 349 erreichen, daß der Beschwerdeführer nochmals Gelegenheit erhält, sich zu äußern, wenn die Gefahr besteht, daß seine Revision als offensichtlich unbegründet verworfen wird.¹⁴⁰¹ (...) Eine bedeutsame Neuerung ist das in Absatz 3 vorgesehene Mitteilungsverfahren, das auf dem Antragserfordernis des Absatzes 2 aufbaut. Die Staatsanwaltschaft beim Revisionsgericht muß ihren Antrag, die Revision als offensichtlich unbegründet durch Beschluß zu verwerfen, dem Beschwerdeführer mitteilen. (...)¹⁴⁰² Der Beschwerdeführer kann die Mitteilung zum Anlaß nehmen, die Aussichten seiner Revision nochmals zu überprüfen, und sich schlüssig machen, ob er die Revision zurücknehmen will, insbesondere wenn der Angeklagte in Untersuchungshaft ist. Im übrigen erhält der Beschwerdeführer, falls nach dem Antrag der Staatsanwaltschaft die von ihm erstrebte und erwartete Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht nicht stattfinden soll, die Möglichkeit, nochmals schriftlich zu Wort zu kommen, seine früheren Ausführungen zu ergänzen und zu den Bedenken gegen die Begründetheit seiner Revision Stellung zu nehmen.“¹⁴⁰³

In Verbindung mit dem oben angeführten Zitat *Jahns* spricht aus den Gesetzesmaterialien also eine Doppelfunktionalität des Begründungserfordernisses, wengleich die zweite Funktion nur in gröbsten Zügen umrissen ist. Im Vor-

¹⁴⁰¹ BT-Drucks. 4/178, S. 20.

¹⁴⁰² Die ausgenommenen Ausführungen beziehen sich auf das an eine Sachdienlichkeit angelehnte Begründungserfordernis, das später ohne eine solche Bedingung eingeführt wurde, siehe BT-Drucks. 4/1020, S. 30.

¹⁴⁰³ BT-Drucks. 4/178, S. 44.

dergrund steht die Beteiligungs- und Einflussmöglichkeit des Angeklagten während des Beschlussverfahrens. Nicht ausdrücklich, aber gewissermaßen „zwischen den Zeilen“ gelesen ist den Ausführungen zu entnehmen, dem Begründungszwang solle auch eine gerichtliche Funktion zuteil werden. Die beabsichtigte Verhinderung einer „Überraschung“ des Angeklagten und die geäußerte Missbilligung, es ginge nicht an, wenn dieser im Unklaren über die Gründe gelassen werde, deuten auf eine das Beschlussverfahren abschließende Begründungsfunktion hin. Gleichzeitig drückt *Jahn* aus, nur das Antragsersfordernis selbst und nicht die übrigen Voraussetzungen könnten in der Lage sein, im Rahmen des § 349 StPO die Funktion einer gerichtlichen Begründung einzunehmen. An einer klaren Stellungnahme zum Problem der Begründungspflicht, wie sie etwa in anderen Gesetzesbegründungen oder gar in gesetzlichen Vorschriften selbst zum Ausdruck kommt, mangelt es hier jedoch.

(b) Die Beschaffenheit gerichtlicher und staatsanwaltschaftlicher Begründungen

*Schoreit*¹⁴⁰⁴ zufolge steht bereits die Beschaffenheit der staatsanwaltschaftlichen Begründung ihrer Funktion einer zugleich gerichtlichen Entscheidungs begründung entgegen. Die Auffassung der Staatsanwaltschaft müsse lediglich in einer Weise dargelegt sein, die den Revisionsführer auf alle rechtlichen Überlegungen im Sinne des Art. 103 I GG ausreichend hinweise. Entnimmt man den Ausführungen *Jahns* allerdings die Zielvorstellung des Gesetzgebers, über § 349 III StPO eine Beschlussbegründung selbst zu konstruieren, müsste allein dadurch schon die Pflicht der Staatsanwaltschaft begründet werden, sie in diesem Sinne auszugestalten. Dies gilt jedenfalls unter der Hypothese übereinstimmender Ansichten von Gericht und Staatsanwaltschaft. Bemängelte man hingegen die zugegebenerweise vagen Erörterungen im Gesetzgebungsverfahren als unzureichend, führte dies zu der weitergehenden Frage, ob eine Antragsbegründung zur Gewährung rechtlichen Gehörs tatsächlich anders ausfiele als diejenige des Revisionsgerichts. Aufgrund der Vielgestaltigkeit möglicher Fallkonstellationen erscheint eine generelle Aussage zur Beschaffenheit *gerichtlicher* Begründungen unmöglich, was jedoch die Festsetzung von Mindestanforderungen keinesfalls verbietet. Sollte etwa lediglich eine Formularbe-

¹⁴⁰⁴ *Schoreit*, Pfeiffer-FS, S. 404.

gründung mittels Nennung der Beschlussformel genügen, ginge die staatsanwaltschaftliche Begründung über jene sogar hinaus. In Ansehung des Wortlauts von § 34 StPO („mit *Gründen* versehen“) lässt allein die Verwendung des Plurals noch nicht auf einen gewissen Umfang der Begründung schließen, sondern nur auf die Möglichkeit mehrerer Gründe für eine Entscheidung. Jedenfalls aber differenziert die Vorschrift zwischen der Entscheidung und ihrer Begründung; es muss sich dabei demnach um zwei zu trennende (oder jedenfalls *trennbare*) Teile handeln. Solange sich also die Entscheidungsformel von ihrer Begründung in irgendeiner Weise isolieren lässt, sind dem Wortlaut darüber hinaus keine weiteren Anforderungen an die Abfassung der Gründe zu entnehmen. Einer gerichtlichen Begründung könnten allerdings weitere Funktionen zuzuschreiben sein, die in ihrem Darstellungsumfang über das hinauszugehen vermögen, was die Staatsanwaltschaft im Rahmen der Gehörsvergewährung, das heißt der Sichtbarmachung ihrer Kenntnisnahme vom Beteiligtenvortrag sowie dessen Berücksichtigung, vorzubringen hätte.

Die Verwirklichung des Rechtsfriedens etwa an eine Begründungspflicht zu knüpfen, liegt nahe. Eine Übermittlung der Beweggründe für die Entscheidung vermittelt die Sicherheit, dass der Justizvergewährungspflicht Genüge getan wurde und auch das letztinstanzliche Gericht sich mit dem Begehren des Beschwerdeführers erschöpfend auseinandergesetzt hat – mag das Ergebnis dieser Entscheidung im Einzelfall auch unbefriedigend sein.¹⁴⁰⁵ Etwas anderes würde allein dann gelten, wäre die Kenntnis der Betroffenen von den Entscheidungsgründen bereits gewährleistet und eine schriftliche Begründung nur überflüssige Förmerei. Davon kann nach den bisherigen Ausführungen freilich nicht ohne Weiteres ausgegangen werden. Während die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Recht zwar keine Präjudizien im formellen Sinne statuiert¹⁴⁰⁶, hingegen eine

¹⁴⁰⁵ *Dahs*, NStZ 1981, 206, zufolge ist eine Begründung allein in Gestalt der Beschlussformel „gleichwohl aus der Sicht des Verteidigers von Nutzen, weil damit gegenüber dem Klienten (...) dokumentiert werden kann, daß sein Rechtsmittel ‚ernsthaft‘ geprüft worden ist. Das mag gelegentlich durchaus ein wenig zur Schaffung des Rechtsfriedens beitragen, der auch ein Ziel des Strafurteils sein sollte.“ Schon der Grundton seiner Aussage lässt Zweifel daran aufkommen, ob diese seiner tiefsten Überzeugung entspringt. Es ist fragwürdig, welcher Teil der Beschlussformel genau vermitteln soll, man habe sich mit der Revision „ernsthaft“ befasst. Zugespitzt formuliert lässt diese nicht einmal erkennen, dass die Revisionsbegründung gelesen wurde. I. d. S. auch *Kischel*, S. 207, demzufolge eine fehlende Begründung zu der Annahme fehlender Prüfung verleitet.

¹⁴⁰⁶ Eine Ausnahme gilt nach § 31 II BVerfGG für Entscheidungen des BVerfG, die ein Gesetz für nichtig erklären.

faktische Bindungswirkung kaum zu bestreiten¹⁴⁰⁷ – und unentbehrlich¹⁴⁰⁸ – ist, müssen sich deren Adressaten daran ausrichten können. Dies gilt nicht nur für die Bildung von Fallgruppen bei der Definition von Begriffen oder Rechtsproblemen. Auch die Darstellung der Argumentationsweise¹⁴⁰⁹, die zu einem allgemeingültigen Ergebnis führt, macht die Rechtsprechung für den Einzelnen im Hinblick auf spätere Verfahren berechenbarer.¹⁴¹⁰ Diese der Verwirklichung der Rechtseinheit dienende Transparenz ist nicht zuletzt für die Rechtsfortbildung unerlässlich, soll doch die Rechtsgemeinschaft das neu Geschaffene nicht nur in gleichgelagerten Fällen befolgen, sondern gleichermaßen als geltendes Recht akzeptieren.¹⁴¹¹ Die genannten Zwecke gehen also mit einer Begründungspflicht einher. An jede verworfene Revision sind jedoch auch Einzelfallschicksale geknüpft. Eine (nicht lediglich formelhafte) Begründung mag insbesondere für diejenigen ein Trost sein, die Kosten und Mühen in das Rechtsmittel investiert haben. Ob in jedem Einzelfall eine Begründung erwünscht wäre, lässt sich nicht festmachen; dies liegt im Wesen des Einzelfalls. Jedenfalls für solche Beschwerdeführer, die mit der Revision allein eine Verzögerung der Rechtskraft erreichen wollen, wird eine auf sie zugeschnittene Begründung nicht bedeutsam sein. Gemäß *Kodde* bewirkt eine Begründung der Beschlussverwerfung eine Stärkung der Stellung des Verteidigers gegenüber seinem Mandanten, wenn die Revision entgegen seinem Rat auf Wunsch des Angeklagten eingelegt worden sei und sich die anwaltliche Beratung somit als sachgerecht herausgestellt habe.¹⁴¹² In diesem Fall ist die Argumentation durchaus ambivalent, kann die Verwerfung der Revision doch aus anderen Gründen erfolgen als vom anwaltlichen Rat umfasst. Im umgekehrten Fall (der Mandant legt Revision nur aufgrund des Rates des Verteidigers ein) würde der Mandant laut *Kodde* die Bestätigung für die Nutzlosigkeit des Rechtsmittels finden und ihm wäre die Möglichkeit eröffnet, gegen den Anwalt vorzugehen.¹⁴¹³ Hier ließe sich das Regressrisiko im Interesse der Beteiligten aber minimieren, wären

¹⁴⁰⁷ *Rüthers*, Rn. 244.

¹⁴⁰⁸ *Kempff/Schilling*, NJW 2012, 1850; *Larenz*, NJW 1951, 498: „Für das praktische Rechtsleben (...) von kaum geringerer Bedeutung als die Gesetze selbst.“

¹⁴⁰⁹ Diesen im Rahmen von revisionsrechtlichen Entscheidungen ggü. generell krit. eingestellt *Fezer*, HRRS 2010, 281 ff.

¹⁴¹⁰ So auch *Fezer*, HRRS 2010, 286; *Kudlich/Christensen*, GA 2002, 342.

¹⁴¹¹ Dies gilt v. a. im Hinbl. auf die Tatsache, dass die Judikatur keine formellen Gesetze hervorbringen kann, siehe auch *Kempff/Schilling*, NJW 2012, 1853.

¹⁴¹² *Kodde*, S. 197.

¹⁴¹³ *Kodde*, S. 197.

die (Miss-) Erfolgsaussichten von vornherein transparenter gestaltet und könnte sich der Verteidiger bereits bei der Einlegung der Revision daran orientieren. Die Forderung nach einer Begründungspflicht sollte daher beim ursprünglichen Übel ansetzen. Im Hinblick auf eine etwaige Disziplinierungsfunktion der Begründung ist auf die Ausführungen zu den Revisionszwecken zu verweisen; wird schon die allgemeine Zielrichtung der Disziplinierung von Untergerichten durch die Revision abgelehnt, kann auch eine Begründungspflicht nicht darauf fußen. Im Übrigen ist eine Begründung mit disziplinierender Wirkung bei der Verwerfung einer Revision ohnehin nicht wahrscheinlich, wird doch das tatgerichtliche Urteil gerade aufrechterhalten.¹⁴¹⁴ Teilweise wird in Bezug auf die Verteidiger ebenso eine Disziplinierungsfunktion in Betracht gezogen.¹⁴¹⁵ Als primärer Beweggrund für die Forderung nach einer Begründung kann dies allerdings nicht angesehen werden, denn sie dürfte kaum die einzig denkbare Möglichkeit darstellen, die Anwaltschaft zu sachgerechtem Verhalten zu bewegen.¹⁴¹⁶ Aber auch die Effektivität einer solchen Mäßigung wäre zu hinterfragen. Legt ein Verteidiger allein zum Zweck des Hinausschiebens der Rechtskraft Revision ein, so hat er das Ziel bereits zu diesem Zeitpunkt erreicht. Die Misserfolgs- und Kostenrisiken sollte er eingehend mit dem Mandanten besprochen haben, weshalb ihn eine Zurechtweisung von einer solchen Vorgehensweise kaum abhalten könnte. Er würde dies ohne Zurückhaltung bei jedem weiteren geeigneten Mandat wiederholen.

Das Revisionsgericht wäre nach alledem zunächst nur dann gehalten, über die Begründung der Staatsanwaltschaft hinausgehende Ausführungen zu tätigen, wenn es sich bei den dargestellten möglichen Begründungszwecken überhaupt um solche handelt, die zu einer Begründung zwingen. Dies gilt zumindest nicht in Bezug auf die Stärkung des Mandant-Verteidiger-Verhältnisses oder hinsichtlich einer etwaigen Disziplinierung. Ein vorteilhafter Nebeneffekt rundete zwar das Gesamtbild einer Begründungspflicht ab, verpflichtete aber nicht zu einer solchen¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁴ *Dahs*, NStZ 1981, 207, zeigt indes Fälle auf, wo zusätzlich zur allg. Beschlussformel ausgeführt wird, die Angekl. seien durch die „unverhältnismäßig milden Strafen“ nicht beschwert. Ihm drängt sich die Deutung auf, der BGH wollte dem Tatrichter klarmachen, die verhängten Strafen seien zu gering; auch *Krehl*, GA 1987, 173, plädiert für eine dbzgl. Zurückhaltung.

¹⁴¹⁵ Siehe Fn. 1314.

¹⁴¹⁶ Dazu zählen etwa haftungsrechtliche Konsequenzen oder die Etablierung eines speziellen Fachanwalts für Revisionsrecht.

¹⁴¹⁷ Die Ausführungen *Koddes*, S. 190 ff., legen einen solchen Schluss indes nahe.

Diejenigen Erörterungen, die seitens der Staatsanwaltschaft zur Gewährung rechtlichen Gehörs erforderlich sind, dürften andererseits solchen, die den verbleibenden Zwecken zum Durchbruch verhelfen, in nichts nachstehen. Der Rechtsfriedenszweck ist insoweit wiederum zu allgemein gefasst, um daraus eine konkrete Begründungsausgestaltung herzuleiten. Eine Auseinandersetzung mit für die Gewährung rechtlichen Gehörs wesentlichen rechtlichen Aspekten dürfte dem jedenfalls genügen; sie würde sich gleichermaßen mit den einzel-fallbezogenen rechtlichen Problemen befassen und damit zumindest keine inhalt-leere Formularbegründung darstellen. Ob Ausführungen, welche die Ge-währung rechtlichen Gehörs sicherstellen, auch das Recht fortzubilden oder zu vereinheitlichen vermögen, ist differenzierter zu betrachten: Diesbezüglich wä-re bereits zu klären, ob die Staatsanwaltschaft rechtsfortbildende Überlegungen überhaupt anstellen dürfte. Erscheint dies jedoch zur Lösung des Falles ange-sichts bestehender Gesetzeslücken notwendig, wäre die Staatsanwaltschaft ge-halten, zu den jeweiligen Streitfragen Stellung zu nehmen. Möglicherweise ent-scheidungserhebliche Probleme wären daher dem Revisionsführer offenzule-ge-n. Größere Schwierigkeiten bereitet in dieser Hinsicht aber gerade die mit der Rechtsvereinheitlichung und -fortbildung verbundene Öffentlichkeitsfunktion. So müsste dem argumentativen Part der Begründung der entscheidungsrelevan-te Sachverhalt vorangestellt werden, damit Untergerichte diesen mit nachfol-genden Fällen abzugleichen vermögen. In Anbetracht des rein internen Charak-ters wären die Untergerichte allerdings nicht einmal in der Lage, von den Aus-führungen im Rahmen der nicht veröffentlichten¹⁴¹⁸ Antragsbegründung Kenntnis zu nehmen. Während diese demnach ungeeignet zu sein scheint, den Revisionszwecken der Verwirklichung von Rechtseinheit und Rechtsfortbil-dung zu dienen, ergibt sich speziell in Bezug auf § 349 II StPO die Besonder-heit, dass „offensichtlich unbegründete“ Revisionen nach dem ursprünglichen Normzweck wohl kaum etwas zu eben diesen Zielen beitragen dürften. Etwas anderes würde nur gelten, begnügte man sich nicht mit den von der Rechtspre-chung aufgestellten vagen Deutungsmöglichkeiten dieses Tatbestandsmerk-mals, sondern stellte man die Judikatur vor die Aufgabe, taugliche Fallgruppen zu bilden. Nicht zuletzt könnte im Hinblick auf § 349 II StPO als Ermessensre-gelung eine über die Antragsbegründung hinausgehende Rechtfertigung des Gerichts vonnöten sein – so jedenfalls schreibt es, wie andernorts herausge-

¹⁴¹⁸ So *Schulte*, *Rebmann-FS*, S. 476, eine Zustimmungspflicht der StA annehmend. Zu urheberrechtlichen Fragen dort Fn. 30.

stellt¹⁴¹⁹, unter anderem der Europäische Gerichtshof vor. Die Kompetenz zur Anstellung von Ermessenserwägungen ist dem unmissverständlichen Wortlaut zufolge dem Gericht vorbehalten. Nur unter der Annahme der Berücksichtigung von Ermessensüberlegungen schon auf Tatbestandsebene als Folge einer funktionalen Interpretation der „offensichtlichen Unbegründetheit“ wäre die staatsanwaltschaftliche Begründung einer gerichtlichen annähernd gleichwertig. Abermals entschiede sich die Frage daher je nach Handhabung dieses fragwürdigen Begriffspaares.

(c) Bedenken im Hinblick auf das (strafprozessuale) Gewaltenteilungsprinzip

Losgelöst davon wird die im Gesetzgebungsverfahren angedeutete zweite Funktion der Antragsbegründung in Bezug auf die Gewaltenteilung in Zweifel gezogen; jedenfalls werde staatsanwaltschaftlichen Antragsbegründungen im Übrigen keine gerichtliche Funktion zuteil¹⁴²⁰. Handelt es sich bei Gericht und Staatsanwaltschaft zwar um zwei formal unterschiedliche Organe der Justiz, kristallisiert sich im Rahmen des § 349 II, III StPO gleichwohl eine Parallelität der Entscheidungsgrundlage und -findung heraus. Die Revisionsstaatsanwaltschaft trifft insofern eine „richterähnliche“¹⁴²¹ Entscheidung: Gerade sie – und nicht die Staatsanwaltschaften bei den Instanzgerichten – soll die Qualität der vorangegangenen Prüfung sicherstellen. Die Tendenz einer solchen Entscheidungskompetenz stellt aber wiederum keine strafverfahrensrechtliche Anomalie dar. Im Rahmen der Fortentwicklung des Strafprozesses zeichnet sich die steti-ge Übertragung richterlicher Befugnisse auf den Staatsanwalt ab.¹⁴²² Bereits im Ermittlungsverfahren tritt die Wechselwirkung zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft in Erscheinung. Entscheidungen, die der Staatsanwalt dort zu treffen hat, beruhen auf der Verpflichtung zu Legalität und Objektivität, wie sie

¹⁴¹⁹ Siehe S. 285.

¹⁴²⁰ *Schoreit*, Pfeiffer-FS, S. 399, der eine Unvereinbarkeit mit Art. 92 GG hingegen ablehnt (S. 400).

¹⁴²¹ *Wohlers*, S. 275. Bereits in den vorherigen Verfahrensstadien hat der StA die gleichen Überlegungen anzustellen, wie der Richter auch, siehe *Görcke*, ZStW 73 (1961), 576 ff.; *Barton*, S. 207.

¹⁴²² So wurde etwa die richterliche Voruntersuchung im Jahr 1974 abgeschafft und ihr die alleinige Einstellungsbefugnis in bestimmten Fällen geringer Schuld gem. den §§ 153 I StPO, 31a BtMG eingeräumt, siehe *Rautenberg*, NJ 2003, 172. *Heghmanns*, GA 2003, 440, stellt einen partiellen Rückfall in den Inquisitionsprozess fest.

gleichermaßen von den Gerichten erwartet wird. Beide Organe zusammen verwirklichen die Justizgewährungspflicht.¹⁴²³ Auch in der Hauptverhandlung ist das (zumindest normativ formulierte) Bestreben der Staatsanwaltschaft nicht die Bestätigung der Anklage, sondern das gerechte Urteil.¹⁴²⁴ Hier wird nicht selten vom „Richter vor dem Richter“ gesprochen,¹⁴²⁵ aufgrund dessen die Staatsanwälte zum Teil in den Wortlaut des Art. 92 GG mit hineingedeutet werden.¹⁴²⁶ Eine derartige (Letzt-) Entscheidungskompetenz soll ihnen im Rahmen des § 349 II StPO indes schlichtweg nicht zukommen, vermag ihr Antrag gerade nicht die Entscheidung zwischen begründet und unbegründet selbst zu treffen, sondern nimmt allein Einfluss auf die Art und Weise der Durchführung des Verfahrens.¹⁴²⁷ Hingegen wird in der Literatur eine vermeintlich „suggestive Wirkung“ des Antragerfordernisses im Hinblick auf die gerichtliche Entscheidung unterstellt.¹⁴²⁸ Unter dieser Prämisse wäre ein mittelbarer Einfluss aufgrund einer Begründungsübernahme seitens des Gerichts ebenso wenig wahrscheinlich. Qualifizierte man den Unterschied zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Gericht in seiner Fähigkeit, rechtskraftfähige Entscheidungen hervorzubringen¹⁴²⁹, wäre die Antragsbegründung trotz vermeintlich präjudizieller Wirkung¹⁴³⁰ lediglich eine Vorstufe dessen. Etwas anderes ergäbe sich nur, wenn die Begründungstätigkeit selbst Einfluss auf die Entscheidungsfindung nähme, die letztlich in Rechtskraft mündet. Zwar wird der Beschluss durch alle Mitglieder des Spruchkörpers unterschrieben; werden die Gründe jedoch – wie üblicherweise – nur von einem der Richter verschriftlicht, so dürfte er vor allem als Einzelperson eine besondere Drucksituation verspüren. Auch

¹⁴²³ Görcke, ZStW 73 (1961), 581.

¹⁴²⁴ Görcke, ZStW 73 (1961), 569, 576 f.; Rautenberg, NJ 2003, 172.

¹⁴²⁵ Rautenberg, NJ 2003, 172, m. w. N. Zu den zahlreichen Stimmen, die sich deshalb für die Einordnung der StA zur rechtsprechenden Gewalt aussprechen Görcke, ZStW 73 (1961), 579 ff.

¹⁴²⁶ Siehe die Nachweise bei Rautenberg, NJ 2003, 171, und GA 2006, 357; Görcke, ZStW 73 (1961), 584.

¹⁴²⁷ I. d. S. auch die Gesetzesbegründung, BT- Drucks. 4/178, S. 43 f.: „Eine sachliche Beeinträchtigung der richterlichen Entscheidungsfreiheit liegt darin [in dem Antragerfordernis] nicht. Denn bei fehlendem Antrag der StA ist lediglich das vereinfachte Verfahren nach § 349 Abs. 2 ausgeschlossen. Bereits das geltende Recht kennt vergleichbare Fälle (vgl. zum Beispiel § 354 Abs. 1 am Ende).“

¹⁴²⁸ Römer, MDR 1984, 356; Schlothauer, StV 2004, 341; Meyer-Goßner, DAV-FS, S. 673, 676, bestreitet jedenfalls nicht die mögliche Vermittlung des Eindrucks, das Gericht richte sich stets nach dem Antrag.

¹⁴²⁹ Roxin, DRiZ 1997, 113; siehe auch Görcke, ZStW 73 (1961), 579.

¹⁴³⁰ So Hamm, StV 1981, 250.

die Strafprozessordnung, welche die Selbstkontrollfunktion einer Begründung für vernachlässigungswürdig hält, setzt einen signifikanten Einfluss einer Begründungsniederschrift auf die Entscheidungsfindung im gesamten Spruchkörper wohl kaum voraus.

Fakt ist, dass dem Gericht (mögliche) Beweggründe für die Verwerfung nach § 349 II StPO vorliegen und genau diese dem Beschwerdeführer mitgeteilt wurden. Es kann sie mit seiner eigenen Entscheidung abgleichen. Stimmt es mit ihnen überein, wäre es unnötiger Formalismus, in reiner „copy und paste“-Manier diese Begründung zu übertragen. Ähnliches wird bereits im Rahmen von § 267 IV 1 StPO gestattet, der in den dort benannten Fällen den Verweis auf den Anklagesatz im Rahmen einer abgekürzten Urteilsbegründung vorsieht. Hingegen beschränkt sich diese Vorschrift auf das nicht der Rechtsvereinheitlichung und Rechtsfortbildung verpflichtete Tatgericht.

Die Gefahr einer – unreflektierten – Übernahme durch das Gericht darf jedenfalls dabei nicht ausgeblendet werden¹⁴³¹. Bei Lichte betrachtet ergeben sich Bedenken vor allem in Bezug auf die Bestätigung der Begründungsübernahme. Denn es wurden schon Fälle angesprochen, die einen undokumentierten Begründungstausch als problematisch erscheinen lassen – so bei unzureichender Begründung durch die Staatsanwaltschaft, falls das Gericht dieser nicht folgt, sowie bei Wahrnehmung der Gegenerklärung durch den Beschwerdeführer. Wollte man aufgrund des Antragserfordernisses ein Begründungssurrogat konstruieren, das den Anforderungen der Vorschrift gerecht würde (denn nur dann ließe sich wirklich von einem adäquaten Ersatz sprechen), so dürften entscheidungsrelevante Aspekte bei der Begründung nicht ausgeblendet werden. Stimmt das Revisionsgericht mit der übernommenen staatsanwaltschaftlichen Begründung nicht überein, so wäre die Entscheidung mangels Entsprechung von Ergebnis und Begründung de facto unrichtig¹⁴³². All dies ist hingegen wiederum keineswegs ein Problem der Gewaltenteilung, sondern eines der revisionsgerichtlichen Handhabung.

¹⁴³¹ Dies generell im Hinbl. auf Verweise in Gerichtsentscheidungen befürchtend *Kischel*, S. 353.

¹⁴³² A. A. *Schoreit*, Pfeiffer-FS, S. 405, dem es lediglich auf das übereinstimmende Ergebnis ankommt.

(d) Begründung auf alternativer Grundlage

Schoreit ist weiterhin der Ansicht, eine Antragsbegründung könne auch auf alternativer Grundlage stattfinden.¹⁴³³ Ein solches Vorgehen soll generell zulässig sein, wird allerdings als „unschön“ gebrandmarkt, da sie dem Bürger die Illusion einer unzweifelhaften rechtlichen Entscheidung im Sinne eines „so und nicht anders ist es“ nehme¹⁴³⁴. Zumindest würde dem Revisionsführer mit einer derartigen Begründung die Möglichkeit der Reaktion im Rahmen einer Gegenerklärung nicht abgeschnitten; er könnte sich zu beiden Alternativen äußern. Jedenfalls dem historischen Gesetzgeber dürfte demgegenüber wohl eine eindeutige Entscheidung vorgeschwebt haben.

(3) Die Möglichkeit der Gegenerklärung als Begründungssurrogat

Der Zweck der Gegenerklärung beschränkt sich darauf, dem Angeklagten die Gelegenheit zu geben, sich zu den Gründen des Antrags zu äußern, um letztlich doch die Durchführung einer Hauptverhandlung erreichen und auf diese Weise auf die abschließende Entscheidung des Revisionsgerichts Einfluss nehmen zu können. Da die Stellungnahme von vornherein keine richterähnliche Neutralität für sich in Anspruch nimmt, kann der Beschwerdeführer nicht erwarten, dass sich das Gericht per se seinem Vortrag anschließt. Wird die Revision als „offensichtlich unbegründet“ verworfen, steht zumindest ihre Ungeeignetheit fest, der Revision insgesamt zum Erfolg zu verhelfen. Jedenfalls aber können die Gründe, die der Antrag der Staatsanwaltschaft aufführt, durch die Gegenerklärung entkräftet sein, während das Revisionsgericht die Revision aus wiederum anderen Gründen zu verwerfen vermag. Über diese wird der Revisionsführer nicht aufgeklärt, womit das Problem der Außendarstellung hier ebenso greift. Die Möglichkeit der Gegenerklärung kann die Notwendigkeit einer Begründung demnach noch exponieren.

¹⁴³³ *Schoreit*, Pfeiffer-FS, S. 403, 405 f.; dies in Zweifel ziehend *Hamm*, StV 1981, 250.

¹⁴³⁴ *Kischel*, S. 215.

(4) Das Einstimmigkeitserfordernis als Begründungssurrogat

Wer die Einstimmigkeit als Begründungssurrogat qualifizieren will, müsste zunächst voraussetzen, dass diese sich überhaupt auf die Begründung bezieht. Hier wird teilweise mit Blick auf den Wortlaut des § 349 II StPO vorgetragen, Bezugspunkt sei lediglich die Entscheidungsformel.¹⁴³⁵ Es wäre indes widersinnig, eine Einstimmigkeit für den Tenor zu verlangen, die Gründe dafür jedoch aufgrund einfacher Mehrheit festzulegen. Da eine Entscheidung untrennbar mit ihren tragenden Gründen zusammenhängt – anderenfalls wäre sie dem Willkürvorwurf ausgesetzt – können Letztere keiner gesonderten mehrheitlichen Abstimmung unterliegen.

Nun mag die Einstimmigkeit suggerieren, alle Richter befänden die Revision für „offensichtlich unbegründet“ und an der Entscheidung bestünden somit keinerlei Zweifel. Welche Begründungsansätze genau für die Entscheidung letztlich tragend sind, tritt allerdings nicht nach außen. Im Vergleich wird demgegenüber für Absatz 4 überwiegend¹⁴³⁶ eine Begründungspflicht angenommen, obwohl dort ebenfalls das Einstimmigkeitserfordernis vorgesehen ist, diese allein also keine Begründungsfreiheit zu bewirken vermag. Zwar wird ein Begründungszwang für Absatz 4 mit der Verpflichtung des Tatgerichts begründet, bei einer Zurückverweisung gemäß § 358 I StPO die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Wäre aber lediglich aufgrund des Merkmals der Einstimmigkeit eine Begründung eindeutig und zweifelsfrei ersichtlich, wie es für Absatz 2 einhellig angenommen wird, müsste eine solche – überspitzt formuliert – auch dort für nicht zwingend erforderlich erachtet werden.

(5) Exkurs: Die tatrichterlichen Entscheidungsgründe als Begründungssurrogat

Die Entscheidungsgründe des tatrichterlichen Urteils mögen gewiss sehr deutliche Anhaltspunkte für die Revisionsverwerfung bieten. Bezieht sich das Revisionsgericht im Rahmen seiner Begründung aber auf die tatrichterlichen Urteilsgründe, ist dies nicht notwendigerweise eine Rechtfertigung für den für un-

¹⁴³⁵ *Eschelbach*, ZAP Fach 22, 753, 754. A. A. prinzipiell, aber ohne Begründung: *Ernst*, JZ 2012, 644; *Wohlers*, SK-StPO, § 349, Rn. 26; *Radtke*, S. 229.

¹⁴³⁶ Offenbar verneint dies nur *Creifelds*, JR 1965, 4, ohne ersichtliche Begründung.

begründet befundenen Revisionsvortrag. Der Tatrichter wird sich selten mit dem Nichtvorliegen eines etwaigen, letztlich aber nicht durchgreifenden Urteils mangels explizit auseinandersetzen. Es kann mithin nicht davon ausgegangen werden, dass er speziell dessen Negation beim Verfassen der Urteilsgründe in seinen Willen mit aufgenommen hat, sondern er vielmehr pauschal von der Richtigkeit seines Urteils ausgeht. Im Übrigen kann selbst bei unzutreffender tatrichterlicher Begründung die Entscheidung dennoch aufgrund anderweitiger Gesichtspunkte zu legitimieren sein.

(6) Die Kumulation der genannten Aspekte

Die für sich gesehen nicht tauglichen Gesichtspunkte vermitteln auch durch ihre Kumulation kein Mehr an Transparenz. So mögen zwar die tatrichterlichen Entscheidungsgründe in Verbindung mit der Antragsbegründung der Staatsanwaltschaft einen Überblick über rechtliche Betrachtungsweisen bieten. Stimmt das Gericht mit genau jenen Gründen aber nicht überein, vermag auch das Einstimmigkeitserfordernis nicht mehr Aufschluss über die tatsächlichen Entscheidungsgründe zu geben. Auch würde die Rechtssicherheit nicht unbedingt dadurch gefördert, wäre der Beschwerdeführer gehalten, die Gründe für die Erfolglosigkeit seiner Revision aus zahlreichen wenig aussagekräftigen Einzelaspekten zusammenzubasteln.

(7) § 349 II StPO analog im Urteilsverfahren

Wenn im Urteilsverfahren Revisionsanträge als „offensichtlich unbegründet“ *begründungslos* verworfen werden, handelt es sich dabei offenbar um eine analoge Anwendung des § 349 II StPO für die Urteilsbegründung. Bedenken gegen diese Praxis sollen nicht bestehen, soweit der Beschwerdeführer im Rahmen des Verfahrens nach Absatz 5 nicht schlechter gestellt sei als im Beschlusswege.¹⁴³⁷ Richtigerweise kommt es zu keiner „Schlechterstellung“, wenn sowohl im Urteils- als auch im Beschlussverfahren keine Begründung erfolgt. Wird jedoch aus rein formalen Gründen eine Begründung des *Revisionsurteils* – also für die Entscheidungsform nach durchgeführter Revisionsver-

¹⁴³⁷ Fezer, StV 1989, 291; sich dem anschließend Franke, LR-StPO, § 349, Rn. 24.

handlung – gefordert,¹⁴³⁸ erschließt sich diese Vorgehensweise kaum. Fast unbemerkt wird hier selbst die in der Praxis willkürlicherweise vorgenommene formale Aufteilung zwischen Urteils- und Beschlussverfahren beinahe gänzlich aufgehoben.

c) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Angesichts der nach alledem schon aus § 34, Alt. 2 StPO folgenden Begründungspflicht werden die einschlägigen grundgesetzlichen Regelungen an dieser Stelle nur im Wesentlichen umrissen. Ausdrücklich zu einer Begründung äußern sich allein Art. 80 I 3 GG und Art. 104 III GG. Ein Begründungszwang könnte für die Beschlussverwerfung hingegen aus dem Gehalt übriger Verfassungsgrundsätze herzuleiten sein.¹⁴³⁹

aa) Art. 19 IV GG und der Justizgewährungsanspruch

Die Effektivitätsgarantie des Art. 19 IV GG umfasst neben der Wirksamkeit des Rechtsschutzes auch die Zugänglichkeit des Rechtswegs,¹⁴⁴⁰ die vor allem durch eine Entscheidungsbegründung garantiert ist.¹⁴⁴¹ Im Hinblick auf die Beschlussentscheidung im strafprozessualen Revisionsverfahren käme als weitere „Instanz“ die Anhörungsrüge beziehungsweise die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde in Betracht.

Überwiegend leugnen Rechtsprechung¹⁴⁴² und Literatur¹⁴⁴³ jedoch die Zugehörigkeit der Judikatur zur „öffentlichen Gewalt“ im Sinne der fraglichen Norm, da sie nur den Schutz *durch*, nicht aber denjenigen *gegen* den Richter umfasse, um einen Rechtsschutz ad infinitum zu verhindern. Dagegen wird

¹⁴³⁸ Siehe S. 280 f.

¹⁴³⁹ Da die Verfassung nur ein „Mindestmaß an Rechtsschutz“ (BVerfG, NJW 2003, 1927) bietet, vermag das einfache Recht in seinem Gewährleistungsgehalt über Erstere hinauszugehen. Sollte sich demnach kein Verfassungsverstoß nachweisen lassen, wäre dies nicht hinderlich, siehe auch *Kühne*, S. 93; daran – wenig nachvollziehbar – zweifelnd *Krehl*, GA 1987, 176 f.

¹⁴⁴⁰ *Schmidt-Aßmann*, Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4, Rn. 229.

¹⁴⁴¹ *Lücke*, S. 53 ff.; ebenso *Kischel*, S. 88, und *Schick*, JuS 1971, 3, in Bezug auf VAe.

¹⁴⁴² BVerfGE 11, 263, 265; 22, 106, 110; 49, 329, 340; 107, 395, 404; BVerwGE 8, 350, 351; 50, 11, 14.

¹⁴⁴³ *Pieroth/Schlink*, § 26, Rn. 1099; *Schmidt-Aßmann*, Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4, Rn. 98; *Vogel*, S. 163; *Kischel*, S. 89.

vorgetragen, die Einbeziehung der Rechtsprechung führe nicht zwangsläufig zu einer derartigen Folge, da die Effektivitätsgarantie ohnehin lediglich den Rechtsschutz innerhalb der bereits zur Verfügung gestellten gerichtlichen Instanzen beinhalte; ein permanenter Rechtsschutz sei daher nicht zu befürchten.¹⁴⁴⁴ Auch eine Begründung eröffnet keinen neuen Instanzenzug. Die einengende Auslegung der herrschenden Ansicht ist ferner im Hinblick auf die Entstehung des Art. 19 GG in Frage zu stellen.¹⁴⁴⁵ Gegen sie sprechen überdies Tendenzen der neueren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.¹⁴⁴⁶ Zum Teil wird zwar angenommen, nicht Art. 19 IV GG, sondern der (Um-) Weg über den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch¹⁴⁴⁷ könne spezielle Rechtsschutzproblematiken bezüglich der richterlichen Gewalt umfassen.¹⁴⁴⁸ Diese Figur enthält allerdings mit Art. 19 IV GG weitgehend identische Gewährleistungen.¹⁴⁴⁹ Es ist nicht einzusehen, warum gerade jener Verfassungsgrundsatz, der sich *ausdrücklich* der Rechtsschutzproblematik widmet, erst einschränkend ausgelegt wird, um dann mittelbar durch einen *umgeschriebenen* Grundsatz wieder eine Erweiterung zu erfahren.¹⁴⁵⁰

Wiederum mag aber angezweifelt werden, ob bei letztinstanzlichen Entscheidungen der Gang zum Bundesverfassungsgericht von Art. 19 IV GG um-

¹⁴⁴⁴ Lücke, S. 58 ff.

¹⁴⁴⁵ Voßkuhle, NJW 2003, 2196, m. w. N.: Nach ihm ist „der historische Wille des Verfassungsgebers, der gerade nicht die an die Vorgängervorschriften des § 182 der Paulskirchen-Verfassung und des Artikel 107 der Weimarer Verfassung anknüpfende engere Formulierung des Herrenchiemseer Entwurfs in Art. 138 übernommen hat, alles andere als eindeutig. Wortlaut, Systematik und Zielsetzung des Artikel 19 Absatz IV GG sprechen deshalb sehr viel eher dafür, auch die Abwehr rechtswidriger richterlicher Hoheitsakte thematisch dort zu verorten.“

¹⁴⁴⁶ So beim Rechtsschutz gegen richterliche Anordnungen auf Grund von Richtervorbehalten (BVerfG, NJW 1997, 2163, 2164) oder in Bezug auf die fachgerichtliche Überprüfung von Gehörsverstößen (BVerfG, NJW 2003, 1924 ff., und BVerfG, NVwZ 2003, 830).

¹⁴⁴⁷ Dieser ist Bestandteil von Art. 20 III GG i. V. m. den Grundrechten, etwa Art. 2 I GG, so BVerfG, NJW 2003, 1924.

¹⁴⁴⁸ So BVerfG, NVwZ 2003, 830. Ebenso Schmidt-Aßmann, Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4, Rn. 98 f., demzufolge die bisherige Rechtsfolgendogmatik des Art. 19 IV GG ganz deutlich auf die Kontrolle der exekutivischen Gewalt ausgerichtet ist und über den Justizgewährleistungsanspruch eine flexible Lösung erreicht werden kann, ohne die Auslegung der Rechtsschutzgarantie zu radikalisieren. Kischel, S. 92, zufolge tritt der Justizgewährleistungsanspruch hinter Art. 19 IV GG zurück und verpflichtet somit auch nicht zu Rechtsmittelzügen. Dies beantwortet jedoch nicht die Frage nach einer Begründungspflicht in einem einfachrechtlich bereits bestehenden Rechtsmittelzug.

¹⁴⁴⁹ Siehe dazu wenig aussagekräftig BVerfG, NVwZ 2003, 830.

¹⁴⁵⁰ Voßkuhle, NJW 2003, 2196.

fasst wäre. Die Norm bezieht sich auf den „Rechtsweg“. Nun heißt es in § 90 II BVerfGG: „Ist gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden.“ Der Begriff des Rechtswegs dort bezieht also ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht selbst nicht mit ein. Damit ist jedoch nicht die Identität der Rechtswegbegriffe beider Gesetze belegt. Außerdem ist derjenige in Art. 19 IV GG derart allgemein gefasst, um gerade nicht den Eindruck zu erwecken, eine bestimmte Anzahl von Instanzen sei gewährleistet. Art. 19 IV 2 GG schreibt zudem vor, der ordentliche Rechtsweg sei gegeben, soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet sei. Dies schließt eben nicht das Verbot mit ein, einen „außerordentlichen Rechtsweg“ zu beschreiten, was im Sinne der Vorschrift auch „effektiv“ wäre. Im Übrigen ist nicht einzusehen, die Anhörungsrüge sowie die Verfassungsbeschwerde vom Gebot effektiven Rechtsschutzes auszunehmen, werden dort doch gerade Verstöße gegen die elementarsten Rechte der Bürger einer Überprüfung unterzogen.¹⁴⁵¹

bb) Art. 103 I GG

Zu der Frage, ob Art. 103 I GG im primären Anwendungsbereich eine Begründung erfordert, wurden bereits die wichtigsten Argumente aufgeführt. Das Wortlautargument („Gehör“ als Gegenstück zur Begründung) ist nicht von der Hand zu weisen. Vor dem Hintergrund der prinzipiellen Auslegung des Europäischen Gerichtshofs¹⁴⁵² zugunsten einer Begründungspflicht zur Offenlegung der Gewährung rechtlichen Gehörs (die lediglich hinsichtlich abgeschwächter Begründungszwänge letztinstanzlicher Entscheidungen nicht überzeugt) und der Forderung einer solchen bei der Anwendung unbestimmter Begriffe beziehungsweise bei Ermessensnormen ist Art. 103 I GG einer solchen Sichtweise zugänglich. Dies gilt zumindest für die Kombination mit der Überzeugungsfunktion im Rahmen der Gewährung eines fairen Verfahrens. In Bezug auf eine bereits aus Art. 19 IV GG beziehungsweise aus dem Justizgewährleistungsan-

¹⁴⁵¹ I. d. S. auch *Widmaier*, Böttcher-FS, S. 228 ff.

¹⁴⁵² Zwar entfaltet die EMRK keine formelle Bindungswirkung ggü. den Grundrechten; allerdings hat das BVerfG in dem durch Art. 1 II GG verbürgten Schutz eines Kernbestandes an internationalen Menschenrechten i. V. m. Art. 59 II 1 GG die verfassungsrechtliche Pflicht begründet gesehen, die EMRK bei der Anwendung der deutschen Grundrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von deren Inhalt und Reichweite heranzuziehen, siehe BVerfGE 111, 307, 315 ff.

spruch zu folgernden Begründungspflicht würde Art. 103 I GG aber jedenfalls konkurrenzrechtlich verdrängt.¹⁴⁵³

cc) Materielle Grundrechte

Unter anderem das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, auch materielle Grundrechte könnten auf das Verfahren einwirken.¹⁴⁵⁴ Dem wird entgegengehalten, eine solche Funktion sei ihnen nicht wesenseigen, da die Verfahrensgrundrechte bereits auf prozessuale Problematiken zugeschnitten seien.¹⁴⁵⁵ Trifft die Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts aber zu, wären materielle Grundrechte möglicherweise auch in der Lage, Aussagen zu Begründungspflichten zu treffen.

Abgesehen von einer im Ergebnis wenig ertragreichen Entscheidung, die sich mit einem möglichen Verstoß gegen Art. 3 I GG befasste¹⁴⁵⁶, leitete das Bundesverfassungsgericht in einem anderen Fall einst eine Begründungspflicht speziell aus Art. 16 II 2 GG her.¹⁴⁵⁷ Dort wurde die Klage eines srilankischen Staatsangehörigen auf Gewährung von Asyl als „offensichtlich unbegründet“ abgewiesen, wobei sich das Verwaltungsgericht zu dem Vorbringen des Beschwerdeführers zu seinem etwaigen Schicksal im Hinblick auf Verfolgungs-

¹⁴⁵³ *Kischel*, S. 102 f. Er weist aber darauf hin, Art. 103 I GG finde bzgl. des „Wie“ einer Begründung Anwendung, S. 104 f. Ob Art. 103 I GG abgesehen von der Rechtsschutzproblematik seinem originären Anwendungsbereich nach eine Begründungspflicht vorschreibt, erscheint bereits vom Wortlaut her zweifelhaft. Die Information der Betr. über die getätigte Auseinandersetzung erschöpft sich dann nämlich in der Überzeugungs- und Akzeptanzfunktion bzw. Demonstration staatlicher Transparenz, die durch Art. 20 III GG (und dem daraus folgenden fair-trial-Anspruch) vollends abgedeckt werden.

¹⁴⁵⁴ So vertreten von: BVerfGE 53, 30, 65, m. w. N.; 63, 131, 143; *Kischel*, S. 123.

¹⁴⁵⁵ *Lücke*, S. 47 ff., 69.

¹⁴⁵⁶ BVerfGE 55, 205 f., lässt zumindest oberflächlich darauf schließen, eine fehlende Begründung könnte gegen Art. 3 I GG verstoßen. Gegenstand des Verfahrens war eine Nichtannahmeentscheidung des BGH. Zuvor wurde entschieden, die Annahme einer i. E. erfolversprechenden Revision dürfe nicht aus Gründen der Selbststeuerung seiner Arbeitslast durch das Revisionsgericht abgelehnt werden, weshalb sich eine derartige Auslegung des § 554b ZPO verbiete (BVerfGE 54, 277, 293). Die hier festgestellte Verletzung des Gleichheitssatzes beruhte darauf, dass nicht ermittelt werden konnte, ob der Nichtannahme solche Erwägungen dennoch zugrunde lagen. Da dies vom BVerfG nicht ausgeschlossen wurde, nahm es eine Verletzung des Art. 3 I GG an. Bei Lichte betrachtet behandelt die Entscheidung also kein begründungsspezifisches Problem, sondern legt seine Zweifel lediglich zugunsten des Bf. aus. Hingegen führt sie vor Augen, dass auch die Begründung letztinstanzlicher Entscheidungen zur – sachgemäßen – Überprüfung durch das BVerfG zwingend erforderlich ist. Siehe dazu auch *Kischel*, S. 93 ff.

¹⁴⁵⁷ BVerfGE 65, 76 ff.

maßnahmen in dessen Heimatland nicht weiter äußerte. Das Bundesverfassungsgericht war der Ansicht, die nur mit einem formelhaften Hinweis begründete subjektive Einschätzung der offensichtlichen Aussichtslosigkeit der Klage genüge dem Grundrecht nicht. Angesichts der weitreichenden Folgen müsste das Gericht seine Ansicht näher darlegen, um die Gewähr für ihre materielle Richtigkeit zu verstärken.¹⁴⁵⁸ In revisionsverfahrensrechtlicher Hinsicht könnte in Anknüpfung daran bei der Verhängung einer Freiheitsstrafe¹⁴⁵⁹ eine Begründungspflicht aus Art. 2 II 3 GG gefolgert werden. Der – möglicherweise lebenslange – Freiheitsentzug stellt eine gegebenenfalls ebenso einschneidende Maßnahme dar wie die Ausweisung eines Asylbewerbers.¹⁴⁶⁰ Auch im Hinblick auf die Entscheidungsart erscheinen die Fälle zunächst vergleichbar. So handelte es sich bei der Entscheidung des Verwaltungsgerichts ebenfalls um eine Abweisung als „offensichtlich unbegründet“. Der Unterschied zu § 349 II StPO lag aber in dem nunmehr¹⁴⁶¹ mangelnden Einstimmigkeitserfordernis. Ferner handelte es sich um eine erstinstanzliche Entscheidung, die aufgrund des vom Untergericht angenommenen Merkmals der Offensichtlichkeit einer Anfechtung durch Berufung oder Revision von vornherein entzogen war.¹⁴⁶² Überdies bezog sich die Anordnung einer Begründungspflicht durch das Bundesverfassungsgericht hier auf Tatsachen- und nicht auf Rechtsausführungen. Hier einen Unterschied machen zu wollen, ist jedoch nicht einzusehen, denn die materielle Richtigkeit hat sich nicht nur auf das Tatsächliche, sondern desgleichen auf das Rechtliche zu beziehen.¹⁴⁶³ Die Vorenthaltung eines Rechtsmittelzugs mag

¹⁴⁵⁸ BVerfGE 65, 76, 96, 99 f.: „Die kurze Feststellung genügt nicht den Anforderungen, die von Verfassungen wegen an die Begründung einer Offensichtlichkeitsentscheidung zu stellen sind.“

¹⁴⁵⁹ Hins. der Verhängung einer Geldstrafe wäre wohl nur Art. 2 I GG einschlägig. Sie ist jedoch mit dem Schweregrad der Aussetzung einer Verfolgungsgefahr im Heimatland nicht vergleichbar.

¹⁴⁶⁰ So wohl auch BVerfGE 63, 332, 337.

¹⁴⁶¹ BVerfGE 65, 76, 77, 81.

¹⁴⁶² Siehe die damals geltenden § 32 VI AsylVfG: „Hat die Kammer des Verwaltungsgerichts die Klage als offensichtlich unzulässig oder als offensichtlich unbegründet abgewiesen, ist die Berufung ausgeschlossen. (...)“ und § 32 VIII AsylVfG: „Ist die Berufung ausgeschlossen oder nicht zugelassen, findet auch die Revision nicht statt.“

¹⁴⁶³ Zur Unterschiedslosigkeit des Vortrags von Tatsachen- oder Rechtsausführungen auch *Vogel*, S. 185: Die Berücksichtigung beider verhindere die Verobjektivierung des Menschen und fördere sowohl Rechtsverfolgung als auch -verteidigung. Außerdem sei ihre Trennung ohnehin schwierig, da interessengeleitet. *Kischel*, S. 48, weist daraufhin, eine Begründung könne auch den naturgemäß nur auf Rechtsfragen zugeschnittenen wissenschaftlichen Diskurs entfachen.

vollendete Tatsachen schaffen, ist indes von der Verfassung zu Recht gebilligt und mindert andererseits nicht die Beeinträchtigung durch eine im Wege vielleicht dreier Instanzen durchgeföchtene langjährige Freiheitsentziehung. Hingegen betont das Bundesverfassungsgericht vor allem das Fehlen der Einstimmigkeit, die durch die Begründungspflicht ausgeglichen werden soll. Dies leitet zugleich zu der Problematik über, inwiefern im Rahmen des Art. 2 II 3 GG die Erläuterung der Gründe tatsächlich *zwingend* erscheint. Könnte die Gewähr für die Verstärkung der materiellen Richtigkeit durch eine Einstimmigkeitsentscheidung kompensiert werden, so wäre aus der Norm letzten Endes nur *irgendeine* verfahrenskonforme Ausgestaltung ableitbar, nicht aber speziell eine Pflicht zur Begründung.¹⁴⁶⁴ Zwar kann, wie dargelegt, allein das Einstimmigkeitserfordernis keine Begründung ersetzen, was allerdings nicht bedeutet, schlechterdings wäre kein adäquater Ersatz denkbar. Diese Überlegungen führen wiederum zu dem Ausgangspunkt der geäußerten Kritik, die materiellen Grundrechte seien ihrem Wesen nach nicht auf Verfahrenskonstellationen zugeschnitten. Das Grundgesetz hat solche grundsätzlich vor die Klammer gezogen.¹⁴⁶⁵ Die Gefahr einer Überfrachtung der Grundrechte und darauf aufbauend einer kaum noch übersehbaren Ausdifferenzierung von Verfahrensrechten tritt hier deutlich hervor.¹⁴⁶⁶ So würde im konkreten Fall lediglich im Rahmen der Freiheitsstrafen eine vermeintliche Begründungspflicht konstruiert werden können; hinsichtlich der jedenfalls in ihrer Quantität gewichtigeren Geldstrafe würde aber Rechtsunsicherheit hervorgerufen, handelt es sich doch bei der Revision um ein zwischen bestimmten Rechtsfolgen¹⁴⁶⁷ gerade nicht differenzierendes Rechtsmittel. Da überdies bereits Art. 104 III GG Begründungspflichten für den Freiheitsentzug bei vorläufig Festgenommenen anordnet, wirft dessen Gegenschluss insofern weitere Fragen auf. Im Interesse eines vorhersehbaren

¹⁴⁶⁴ Sinngemäß *Kischel*, S. 136. Ihm zufolge hätte das BVerfG § 32 VI AsylG auch für verfassungswidrig erklären können.

¹⁴⁶⁵ *Kischel*, S. 130, 133.

¹⁴⁶⁶ BVerfGE 60, 253, 297 f.; *Kischel*, S. 131.

¹⁴⁶⁷ Wenig belastende Maßnahmen von einer Begründungspflicht auszunehmen, widerspräche sowohl der Überzeugungs-, als auch der Gehörs- sowie der Rechtsschutzfunktion. Auch in Maßen belastenden Entscheidungen können komplizierte rechtliche Probleme zugrunde liegen, die darstellungs- und anfechtungswürdig sind. Schließlich ist die Bestimmung des Ausmaßes einer Belastung für das Bestreben, Rechtseinheit zu schaffen oder das Recht fortzubilden, unerheblich und nicht zuletzt höchst individuell: So gilt das Fahrverbot zwar lediglich als Nebenstrafe, die aber etwa für Berufskraftfahrer existenzvernichtende Bedeutung haben kann.

Verfahrensrechts ist die Herleitung einer Begründungspflicht aus materiellen Grundrechten daher abzulehnen.

dd) Art. 20 II 1 GG

Auch das Demokratieprinzip wird zuweilen zur Konstruktion eines Begründungszwanges herangezogen.¹⁴⁶⁸ Seine Grundlage stellen freie Wahlen des Volkes dar, die dessen Meinungsbildung widerspiegeln. Eine „freie“ Meinung kann jedoch nur durch die Offenheit und Transparenz staatlichen Handelns gewährleistet werden. Darüber hinaus dürfe sich die Mitwirkung des Bürgers nicht lediglich auf Wahlen beschränken; es müsse vielmehr ein Grundkonsens in der Gesellschaft erreicht werden.¹⁴⁶⁹ In Bezug auf gerichtliche Entscheidungen können gerade jene missliebigen unter ihnen durch demokratisch legitimierte Gesetzgebung verhindert werden, denn entschieden wird aufgrund der Anwendung von Normen. Allerdings kommen der breiten Öffentlichkeit regelmäßig nur solche Entscheidungen zur Kenntnis, die von allgemeiner Bedeutung sind¹⁴⁷⁰, weshalb allein diesbezüglich ein Konsens oder Dissens entstehen kann. Ein Begründungszwang lässt sich Art. 20 II 1 GG demnach grundsätzlich entnehmen; dessen Wirkung realisiert sich indes bei alltäglichen Revisionsentscheidungen für gewöhnlich nicht.

ee) Art. 20 III GG

Ein Teil der Literatur folgert aus dem Rechtsstaatsprinzip einen Begründungszwang.¹⁴⁷¹ Zurückgeführt wird dieser auf die bereits zu Art. 103 I GG angesprochene Überzeugungsfunktion einer Begründung, welche die Aspekte der Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlicher Machtausübung¹⁴⁷², der Emanzipation

¹⁴⁶⁸ *Lücke*, S. 95 ff.; *Kroitzsch*, NJW 1994, 1032 f., 1035, ausdrücklich zum Revisionsverfahren; *Kischel*, S. 114, m. w. N.

¹⁴⁶⁹ BVerfGE 44, 125, 147; befürwortend *Kischel*, S. 110.

¹⁴⁷⁰ So auch *Kischel*, S. 60 ff. Insb. würden solche Entscheidungen dem Bürger durch die Medien vermittelt.

¹⁴⁷¹ U. a. *Ule*, DVBl. 1959, 542; *Feneberg*, DVBl. 1965, 223; *Kischel*, S. 65, mit den zahlreichen dortigen Nachweisen. Auch nach *Wagner*, ZStW 106 (1994), 274, ergibt sich aus Art. 20 III GG eine Begründungspflicht, wobei sich seine Ausführungen explizit nur auf das tatrichterliche Urteil beziehen und er § 349 II StPO von seiner Beurteilung ausnimmt (Fn. 95).

¹⁴⁷² *Scheffler*, DÖV 1977, 768, in Bezug auf VAe.

vom Untertan zum mündigen Bürger¹⁴⁷³, der Ablehnung staatlicher Heimlichkeit¹⁴⁷⁴ und der Messbarkeit staatlichen Handelns¹⁴⁷⁵ in sich vereinen soll.¹⁴⁷⁶ Im Hinblick auf die Frage, ob die Überzeugungsfunktion *zwingend* eine Begründung nach sich zieht, könnte freilich darauf verwiesen werden, staatliches Handeln sei nicht zu begründen, sondern müsse lediglich *begründbar* sein.¹⁴⁷⁷ Hingegen verkäme die in Art. 20 III GG angeordnete Bindung zur bloßen Leerformel gegenüber dem Betroffenen, würde man einen staatlichen Machtspruch nicht durch eine Begründung vor der Bevölkerung rechtfertigen¹⁴⁷⁸. Mögen Entscheidungen zwar demokratisch legitimiert sein, so wird den Volksvertretern – sind sie erst einmal gewählt – dennoch weitgehend freie Hand gelassen. Willkürliche Entscheidungen sind demnach auch in einer Demokratie keineswegs ausgeschlossen. Es bedarf der staatlichen Demonstration, im Rahmen geltenden Rechts zu handeln.¹⁴⁷⁹

Einen aus Art. 20 III GG zu folgernden Begründungszwang müsste der Bürger konsequenterweise für sich einfordern können. Eine solche Außenwirkung wird der Norm teilweise abgesprochen, da sie rein objektiver Natur und zudem staatsgerichtet sei.¹⁴⁸⁰ Mag Art. 20 III GG auch kein Grundgesetz im engeren Sinne verkörpern, das von vornherein subjektive Rechte vermittelt,¹⁴⁸¹ so ist der mündige Bürger doch Teil des Rechtsstaats und die angeordnete Bindung der Staatsorgane kein Selbstzweck. Die vermeintlich rein staatliche Ausrich-

¹⁴⁷³ *Kischel*, S. 73.

¹⁴⁷⁴ *Schlothauer*, StV 2004, 342.

¹⁴⁷⁵ *Kischel*, S. 74, 77. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das ebenfalls der Vorschrift entnommen wird, befindet er für die Frage einer Begründungspflicht für irrelevant, da diese keinen Einfluss auf einen Eingriff ausübe, S. 80 f.

¹⁴⁷⁶ Eine Begründungspflicht folge zudem aus der Fremdkontrollfunktion im Rahmen der Gewaltenteilung (siehe *Lücke*, S. 88; *Kischel*, S. 81, 87). Diese Funktion ist jedoch hins. § 349 II StPO weniger relevant. Eine Kontrolle des Verwerfungsbeschlusses würde – wenn überhaupt und dann nur eingeschränkt – durch das BVerfG bzw. im Rahmen der Anhörungsrüge oder eines Wiederaufnahmeverfahrens (also der Judikative selbst) und nicht etwa durch andere Gewalten geschehen können. Insoweit fehlt der Fremdkontrollfunktion die verfassungsrechtliche Dimension; sie geht in der Rechtsschutzfunktion auf.

¹⁴⁷⁷ So *Kischel*, S. 71.

¹⁴⁷⁸ Dies bekräftigend *Wohlers*, Strafverteidigertag, S. 117; *Paeffgen/Wasserburg*, GA 2012, 539; *Sättele*, BeckRS 2014, 03161.

¹⁴⁷⁹ *Herzog/Grzeszick*, Maunz/Dürig, Art. 20 Abs. 3, Rn. 62; *Ule*, DVBl. 1959, 542. *Kischel*, S. 55, 59, zufolge trägt staatliches Handeln seine Berechtigung nicht in sich, sondern müsse erst nachgewiesen werden. Schon der bloße Anschein von Willkür solle verhindert werden.

¹⁴⁸⁰ *Vogel*, S. 179; *Kischel*, S. 152; *Lücke*, S. 45.

¹⁴⁸¹ *Kunig*, S. 241.

tung des Art. 20 III GG ergibt sich daraus, dass von diesem naturgemäß und regelmäßig Beeinträchtigungen vornehmlich für den Bürger ausgehen; auf diesem Gedanken beruht letztlich das Grundgesetz. In verfahrensrechtlicher Hinsicht vermittelt gerade Art. 20 III GG in Verbindung mit Art. 2 I GG einen *Anspruch* auf ein faires Verfahren,¹⁴⁸² was als „allgemeines Prozessgrundrecht“ bezeichnet wird¹⁴⁸³. Eine subjektiv-rechtliche Dimension erfährt das Rechtsstaatsprinzip damit auch auf diesem Wege. Das Bundesverfassungsgericht will eine auf Art. 20 III GG fußende Begründungspflicht hingegen auf jene Entscheidungen beschränken, deren Grund sich nicht schon eindeutig aus den den Beteiligten bekannten oder für sie ohne Weiteres erkennbaren Besonderheiten des Falles ergebe.¹⁴⁸⁴ Ist aber staatliches Verhalten bereits derart transparent, muss der Bürger richtigerweise nicht mehr überzeugt werden. Jedoch wird ein Revisionsführer – zumal in Anbetracht der Unberechenbarkeit der Revisionsrechtsprechung – nicht selten von der Erfolgsträchtigkeit seines Rechtsmittels ausgehen.

ff) Art. 1 I GG

Mit einer Begründung soll weiterhin eine aus Art. 1 I GG zu folgernde „Befriedigungsfunktion“ einhergehen, da sie sich mit dem Vorbringen der Betroffenen auseinandersetze und eine subjektive Dimension entfalte, die insbesondere bei nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen hervorsteche. *Lücke* kommt unter Anwendung der Objektformel zu dem Schluss, das Fehlen einer Begründung könne dem Bürger dessen Subjektqualität absprechen. Er nimmt davon Entscheidungen aus, bei denen die Gründe ohne Weiteres erkennbar seien beziehungsweise die nicht allzu belastend wirkten.¹⁴⁸⁵ Es erscheint allerdings zweifelhaft, einen Begründungsmangel einem Eingriff in den Menschenwürdegehalt gleichzusetzen. Angesichts der fehlenden Rechtfertigungsmöglichkeit und der Vermittlung von Elementarschutz ist bei einer derartigen Annahme Vorsicht

¹⁴⁸² BVerfGE 26, 66, 71 (zunächst: „Recht“ auf faires Verfahren). Später konkretisierend und seitdem st. Rspr.: BVerfGE 38, 105, 111; 39, 238, 242 f.; 41, 246, 249; *Kischel*, S. 152 f.; *Kunig*, S. 241 f.

¹⁴⁸³ BVerfGE 57, 250, 274 f.; BVerfG, NJW 1996, 3202.

¹⁴⁸⁴ BVerfGE 71, 122, 136; dem zust. *Lücke*, S. 71; *Kischel*, S. 216 hins. der Erkennbarkeit aus dem Gesetz.

¹⁴⁸⁵ *Lücke*, S. 72 ff. A. A. *Kischel*, S. 386.

angebracht.¹⁴⁸⁶ *Lücke* trägt dem Rechnung, indem er nur eine mündliche Begründungspflicht annimmt, die im Beschlussverfahren indes nicht angezeigt wäre.

Die der Menschenwürde entspringende Subjektqualität soll dann verletzt sein, wenn man zum bloßen Objekt der Staatsgewalt gemacht werde.¹⁴⁸⁷ Diese „Objektformel“ wird teilweise dahingehend eingeschränkt, die Aberkennung der Subjektqualität müsse durch Erniedrigung, Brandmarkung oder Ächtung geschehen.¹⁴⁸⁸ Sie allein nicht ausreichen zu lassen, geht unter anderem aus der Überlegung hervor, der Mensch sei streng genommen nicht selten Objekt staatlichen Handelns.¹⁴⁸⁹ Um einen rechtfertigungslosen Verstoß gegen Art. 1 I GG anzunehmen, muss ein rechtswidriger staatlicher Akt daher ein gewisses Maß an Intensität erreichen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 1 GG die „Wurzel aller Grundrechte“ darstellt¹⁴⁹⁰, letztlich also bereits jedes für sich einen Teil des Menschenwürdegehalts in sich aufnimmt. Erfolgt keine Begründung, wird demnach in erster Linie gegen Art. 103 I GG, Art. 19 IV GG (beziehungsweise den Justizgewährleistungsanspruch) und Art. 20 III GG verstoßen, die den Betroffenen als Subjekt bereits erfassen. Die Annahme eines Menschenwürdeverstoßes liefe allerdings darauf hinaus, in jedem Grundrechtsverstoß einen Eingriff in Art. 1 GG zu sehen und eine Begründungspflicht ohne Einschränkungen zu gewährleisten. Die Besonderheit liegt hier gerade in einer zweiaktigen, aber dennoch zusammenhängenden Pflicht, die einerseits das Gebot zu rechtmäßigem Handeln sowie andererseits die Verpflichtung zu seiner Legitimation nach außen vereint. Selbst im Falle eines Begründungsmangels bliebe möglicherweise aber die Begründbarkeit des Verhaltens bestehen. Eine Begründung vermittelt dem Bürger damit zwar ein Mehr an Würde, ihr Fehlen vermag jedoch noch nicht in den Kernbereich der Menschenwürde einzugreifen.¹⁴⁹¹

¹⁴⁸⁶ *Jarass*, *Jarass/Pieroth*, Art. 1, Rn. 11a.

¹⁴⁸⁷ BVerfGE 27, 1, 6; 30, 1, 25 f.; 45, 187, 228; 50, 166, 176; 87, 209, 228; *Herdegen*, *Maunz/Dürig*, Art. 1 Abs. 1, Rn. 36.

¹⁴⁸⁸ BVerfGE 1, 97, 104; 102, 347, 367; *Jarass*, *Jarass/Pieroth*, Art. 1, Rn. 11. Damit werden Verhaltensweisen wie Folter, Sklaverei und Menschenhandel verbunden.

¹⁴⁸⁹ BVerfGE 30, 1, 25 f.; *Dreier*, Art. 1 Abs. 1, Rn. 39; *Kischel*, S. 117.

¹⁴⁹⁰ BVerfGE 93, 266, 293.

¹⁴⁹¹ I. d. S. auch *Kischel*, S. 122 f.

d) **Fazit**

Der Verwerfungsbeschluss nach § 349 II StPO ist gemäß § 34 StPO auf Basis aller Auslegungsmethoden zu begründen. Eine Begründung ist weiterhin aus Art. 19 IV GG beziehungsweise dem Justizgewährungsanspruch, Art. 20 II 1 GG (unter den genannten Einschränkungen) sowie Art. 103 I GG in Verbindung mit Art. 20 III, 2 I GG abzuleiten.¹⁴⁹² Der letztinstanzliche Charakter eines Revisionsbeschlusses steht einer Begründungspflicht nicht entgegen, sondern verlangt sogar in verstärktem Maße nach einer solchen. Zwar sind Ausnahmen vom Begründungszwang nicht ausgeschlossen, etwa wenn Gründe bereits anderweitig verlässlich erfahrbar oder für jedermann erkennbar sind. Weder der Verweis auf § 349 II StPO noch die Berufung auf die tatrichterlichen Entscheidungsgründe sind jedoch überzeugend. Die Rechtsprechung geht, ohne sich mit § 34 StPO auseinanderzusetzen, zumindest von der Existenz eines Begründungersatzes aus. Die naheliegendste Alternative eines Begründungssurrogats in Gestalt der gerichtlichen Übernahme der Antragsbegründung ist hinsichtlich des Aufgabenbereichs der Revisionsgerichte und der Grenzen eines solchen Surrogats als defizitär einzustufen. Eine Ausnahme dürfte allenfalls bei ausschließlich in mutwilliger Weise/mit Verschleppungsabsicht eingelegten Revisionen greifen, wenngleich ein derartiges subjektives Element schwer zu bestimmen ist. Während andere Rechtsordnungen eine Begründungspflicht entweder von Gesetzes wegen enthalten oder sie jedenfalls den Gesetzesmaterialien mit gebotener Deutlichkeit zu entnehmen ist, sind die bestenfalls schwachen Andeutungen des Gesetzgebers zur Begründungsregelung im Beschlussverfahren des § 349 II StPO nicht nachvollziehbar. Wie die Begründung einer Revisions(-beschluss)entscheidung genau beschaffen sein muss, wird an späterer Stelle zu klären sein.

4. **Folgerungen aus der (Nicht-) Begründungspraxis der Revisionsgerichte**

Vogel sieht in dem Usus der Gerichte die Voraussetzungen von derogierendem Gewohnheitsrecht erfüllt. Zwar handele es sich nicht um eine Übung der

¹⁴⁹² Zu dbzgl. konkurrenzrechtlichen Problemen *Kischel*, S. 144 ff. Die einzeln herausgefilterten Begründungspflichten kann man ihm zufolge i. E. unter dem Begriff der „rechtsstaatlich-demokratischen Begründungspflicht“ zusammenfassen.

Rechtsgemeinschaft, sondern um Gerichtsgebrauch¹⁴⁹³, allerdings könne auch ein solcher in bindendes Gewohnheitsrecht übergehen, solange die Gerichtspraxis nur von einem allgemeinen Rechtsgeltungswillen getragen sei.¹⁴⁹⁴ Proteste im Schrifttum seien nicht hinderlich, da eine Begründungsfreiheit *de lege lata* mehrheitlich nicht in Zweifel gezogen werde.¹⁴⁹⁵

a) **Rechtsfortbildung contra legem**

Die Revisionsgerichte bewegen sich im Rahmen ihrer Nichtbegründungspraxis auf der dritten – unzulässigen – Stufe richterlicher Rechtsfortbildung. Zwar mag sich eine Rechtsfortbildungskompetenz gerade aus unbestimmten Gesetzesfassungen ergeben.¹⁴⁹⁶ Die „Offensichtlichkeit“ der Unbegründetheit kann sich jedoch nach allen Auslegungsmethoden nicht auf eine gerichtliche Begründungsfreiheit beziehen. Auch die Ausfüllung einer planwidrigen Regelungslücke¹⁴⁹⁷ ist in Anbetracht der ausdrücklichen Wertentscheidung des historischen Gesetzgebers nicht anzunehmen.

Krey nennt als Rechtfertigung für Rechtsfortbildung *contra legem* einmal die Missachtung einer Rechtsnorm aufgrund ihrer Einschätzung als verfassungswidrig, andererseits deren Verstoß gegen „überpositives“ Recht. Davon seien Fälle zu unterscheiden, in denen der Richter die Anwendung einer Norm seiner Eigenwertung nach lediglich für „unbillig“ oder „unvernünftig“ halte.¹⁴⁹⁸ Die Judikatur bemüht sich indes kaum um derartige Legitimierungsversuche, weil sie ihr Handeln selbst für gerechtfertigt hält, wenngleich mit dem Bewusstsein eines erhöhten Begründungsbedarfs an der einen oder anderen Stelle. Mit Äußerungen dahingehend, die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege sei generell bedroht, hält sie sich merklich zurück. Vereinzelt wird zwar darauf hingewiesen, die schriftliche Abfassung von Gründen nehme viel Zeit und Raum in Anspruch, weshalb ein Begründungszwang mit den bestehenden personellen

¹⁴⁹³ *Vogel*, S. 138 f.

¹⁴⁹⁴ *Vogel*, S. 144 f.

¹⁴⁹⁵ *Vogel*, S. 152 ff.

¹⁴⁹⁶ So *Wank*, JuS 1980, 552; *Ipsen*, DVBl. 1984, 1102; *Raiser*, ZRP 1985, 117.

¹⁴⁹⁷ Selbst die bloße Tatsache, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Frage offen gelassen habe, soll nicht zur Annahme einer Regelungslücke genügen; vielmehr müsse die Unvollständigkeit vom Standpunkt der Gesamtrechtsordnung als Maßstab planwidrig sein, siehe *Krey*, JZ 1978, 365.

¹⁴⁹⁸ *Krey*, JZ 1978, 362.

Mitteln „unmöglich“ zu leisten sei.¹⁴⁹⁹ Dies bezieht sich freilich nicht auf die strafprozessuale Revision, sondern auf die Rechtsbeschwerde im Ordnungswidrigkeitenrecht bei Massenphänomenen.

Vielmehr sind *Rüthers*' Erwägungen zur sogenannten „objektiven Auslegungsmethode“ heranzuziehen. Nach dieser soll der vermeintlich vernünftige Sinn der Norm aus Sicht des Rechtsanwenders zum Anwendungszeitpunkt ausschlaggebend sein. Die Methode diene dazu, die Macht der Rechtsetzung von den Organen der Gesetzgebung auf die obersten Bundesgerichte umzuverteilen. Mit Hilfe „wissenschaftlich klingender Scheinargumente“ sollen die subjektiven Normsetzungsakte der Rechtsanwender als Ergebnisse objektiv-wissenschaftlicher Ableitungen ausgegeben werden. Er rekurriert in diesem Zusammenhang auf die Nennung von „Wesensargumenten“, auf die Zauberformel von der „Natur der Sache“ oder auf Begriffe wie „typologische Rechtsfindung“.¹⁵⁰⁰¹⁵⁰¹ Derartige Phrasen finden sich auch in Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.¹⁵⁰² Während bereits im Rahmen der Diskussion zum „Rekonstruktionsverbot“ von der „Ordnung des Revisionsverfahrens“ gesprochen wird, offenbare die „Sachlogik“ des revisionsgerichtlichen Beschlussverfahrens, neuer Vortrag sei im Rahmen einer Gegenerklärung des Angeklagten ungeeignet gewesen, der Revisionsrüge zum Erfolg zu verhelfen¹⁵⁰³, sodass deren begründungslose Zurückweisung gerechtfertigt sei. Schließlich soll die gesetzliche Regelung des Beschlussverfahrens nach dem durch das Gesetz vorgesehenen „System des Revisionsverfahrens“ darauf aufbauen, der Beschwerdeführer habe die Gründe für die Urteilsanfechtung schon in der Revisionsbegründung gemäß § 344 I StPO anzuführen, statt sie nach Erhebung der allgemeinen Sachrüge erst in der Gegenerklärung zu erläutern.¹⁵⁰⁴ Dies verwundert angesichts der ausdrücklichen Vorgabe der §§ 344 II 2, 352 II StPO, nur im Rahmen der Verfahrensrüge die den Mangel enthaltenden Tatsachen anzugeben, sowie der Möglichkeit, die Sachrüge nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist noch zu ergänzen. Der Beschwerdeführer dürfte gerade damit rechnen, die

¹⁴⁹⁹ OLG Koblenz, NStZ-RR 2004, 373, 376.

¹⁵⁰⁰ Zu Darstellung und Kritik der von *Viehweg* vertretenen topischen Struktur der Jurisprudenz auch *Krey*, JZ 1978, 429 f.

¹⁵⁰¹ *Rüthers*, JZ 2002, 369.

¹⁵⁰² *Herdegen*, Kleinknecht-FS, S. 185, weist, weitere Bsp. nennend, krit. darauf hin, die Rspr. sei im Umgang mit Begriffen nicht sehr wählerisch und laufe Gefahr, derartige Topoi willkürlich zu verwenden.

¹⁵⁰³ BGH, NStZ-RR 2009, 119; bereits BVerfG, StraFo 2007, 463.

¹⁵⁰⁴ BGH, NStZ 2003, 103.

Sachrüge entweder in einer später durchzuführenden Hauptverhandlung oder eben im Rahmen der jedem Beschluss vorgeschalteten Möglichkeit zur Gegenklärung erläutern zu können.¹⁵⁰⁵ Auch das Bundesverfassungsgerichts äußerte im Rahmen einer Entscheidung zum Entzug der Verteidigungsbefugnis bei Verdacht der Tatteilnahme Zweifel daran, der Bundesgerichtshof könne grundrechtsbeschränkende Rechtsnormen – dort im Hinblick auf die Berufsfreiheit des Verteidigers – unter Berufung auf Sinn, Zweck und Grundgedanken eines Sammelsuriums an Gesetzesbestimmungen allein aus dem „Leitbild des Verteidigers“ entwickeln.¹⁵⁰⁶ Aus der Gesamtschau der ihn betreffenden Vorschriften ergäben sich keinerlei Anhaltspunkte, welcher Grad an Gewissheit von der Teilnahme zum Ausschluss erforderlich sei.¹⁵⁰⁷ Übertragen auf die revisionsgerichtliche Nichtbegründungspraxis eröffnen sich Parallelen: So soll auch dort die nach hier bevorzugter Ansicht grundrechtsrelevante Begründungspflicht aufgrund einer Kumulation von Merkmalen ausgehebelt werden, welche die Erkennbarkeit der Verwerfungsgründe hinreichend zur Geltung bringen sollen. Es kann jedoch keine Gewissheit darüber vermittelt werden, welche Gründe im Einzelfall tatsächlich ausschlaggebend waren. Dies gilt umso mehr, als sich die Revisionsgerichte bei ihrer Gesamtschau scheinbar selbst nicht abschließend entscheiden können, welche Merkmale genau miteinander zu kumulieren sind.

¹⁵⁰⁵ Die Zulässigkeit dessen nicht bestreitend BGH, NStZ 1988, 20; *Meyer-Goßner*, M-G/Schmitt, § 352, Rn. 8.

¹⁵⁰⁶ Der BGH hatte angenommen, die StPO enthalte zwar keine ausdrückliche Regelung zum Ausschluss des sich der Teilnahme verdächtig machenden Verteidigers. Die Möglichkeit und Notwendigkeit dieser Maßnahme folge aber aus Sinn und Zweck einer Reihe von Bestimmungen der StPO sowie der BRAO. Der Anwalt sei Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Sein Interesse als Mitbeschuldigter bringe ihn in Widerstreit mit den Pflichten des Verteidigers zur Wahrheit, Verschwiegenheit und Sachlichkeit, oftmals auch mit seiner Treuepflicht ggü. dem Mandanten. V. a. fehle ihm die Unabhängigkeit (§§ 1, 3 I BRAO), die allein die notwendige Unbefangenheit in der Sache verbürge. Dass ein solcher Widerstreit zum Ausschluss führen „müsse“, folge zudem aus § 146 I StPO, dem der „allg. Rechtsgedanke“ zugrunde liege, eine der „Aufgabe der Verteidigung“ widersprechende Situation verbiete die Übernahme der Verteidigerrolle. Das Gesetz räume dem Verteidiger Befugnisse ein, deren Gewährung an Mitbeschuldigte sich nicht mit der Wahrheitsfindung vereinbaren lasse, niedergelegt in den §§ 147, 148, 192 II, 169 I StPO. Der zwingende Ausschluss des tatbeteiligten Anwalts von der Verteidigung sei seit langem die nahezu einhellige Auffassung im Schrifttum. Damit stimme diejenige der Rechtsprechung überein. Diese gemeinsame Ansicht habe sich jedenfalls zu – vorkonstitutionellem – Gewohnheitsrecht verfestigt, siehe BVerfG, NJW 1973, 696.

¹⁵⁰⁷ BVerfG, NJW 1973, 696, 697.

b) Rechtfertigung durch Gewohnheitsrecht

Die Rechtsquellenqualität von Gewohnheitsrecht vom selben Rang wie gleichstufiges Gesetzesrecht ist allgemein anerkannt.¹⁵⁰⁸ Bevor man überhaupt dazu überging, Recht in Gesetzesform zu kodifizieren, war Gewohnheitsrecht die vorherrschende Rechtsquelle. Trotz ihrer Zurückdrängung durch die Verbreitung schriftlicher Gesetzesfassungen im 18. und 19. Jahrhundert wurde die Lehre vom Gewohnheitsrecht von der historischen Rechtsschule *von Savignys* geprägt und entstand als deutsche Besonderheit als Reaktion auf die Französische Revolution und den Geist der Aufklärungszeit. Die Gesamtheit der Rechtsnormen wurde in dieser Epoche als ein Erzeugnis des Volkslebens verstanden, das sich vorwiegend im Gewohnheitsrecht und erst zweitrangig im Gesetz widerspiegeln.¹⁵⁰⁹ Zur Entstehung von Gewohnheitsrecht werden als erforderliche Kriterien die lange Übung als objektives sowie die allgemein verbreitete Überzeugung von ihrer Gültigkeit als subjektives Element genannt.¹⁵¹⁰ Dabei dürfte die tatsächliche Übung des Gewohnheitsrechts dieses nach umstrittener Ansicht weniger begründen, als es vielmehr beweisen.¹⁵¹¹ Aus diesem Grund wird noch heutzutage dem subjektiven und nicht dem zeitlichen Element der Vorrang eingeräumt.¹⁵¹² Demzufolge soll aus Gerichtsgebrauch auch, aber eben nur dann Gewohnheitsrecht entstehen können, wenn sich eine entsprechende allgemeine Rechtsüberzeugung gebildet habe;¹⁵¹³ nicht jede ständige

¹⁵⁰⁸ BVerfG, NJW 1970, 851, 852; BVerfG, NJW 2009, 1469, 1473; *Vogel*, S. 128 f.; *Larenz*, NJW 1951, 497; *Klamaris*, Baumgärtel-FS, S. 230, in Bezug auf den Zivilprozess; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 97. *Rüthers*, Rn. 233, bezweifelt hingegen die Eigenständigkeit und Erforderlichkeit der Rechtsquelle „Gewohnheitsrecht“.

¹⁵⁰⁹ *Von Savigny*, S. 11. *Puchta*, S. 36 f., führte diese Lehre fort und gestand dem Juristen eine Monopolstellung bei der Rechtsfindung zu. Die Wissenschaft ist ihm zufolge neben dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht als dritte Rechtsquelle anzuerkennen. Siehe auch *Isay*, S. 230 f. Zwar wurde bereits von den römischen Juristen eine Lehre vom Gewohnheitsrecht entwickelt, die allerdings von der Lehre der historischen Schule zu unterscheiden ist. Zur rechtsphilosophischen Frage des Geltungsgrundes von Gewohnheitsrecht *Enneccerus/Nipperdey*, § 38 III.

¹⁵¹⁰ BVerfG, NJW 1973, 696, 698; *Isay*, S. 235 f.; *Enneccerus-Nipperdey*, § 38 I.; *Larenz*, S. 356; *Bringewat*, ZStW 84 (1972), 596; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 98; *Sprau*, Palandt, Einleitung, Rn. 22.

¹⁵¹¹ *Isay*, S. 235; a. A.: *Enneccerus/Nipperdey*, § 39 II. Eine Auseinandersetzung ist dbzgl. insofern müßig, als sich der Rechtsgeltungswille in beiden Fällen zwingend nach außen manifestieren muss.

¹⁵¹² *Larenz*, NJW 1951, 497; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 98: Letzteres enthalte „nichts dem Recht Eigentümliches“.

¹⁵¹³ *Sprau*, Palandt, Einleitung, Rn. 22, weist darauf hin, diese Voraussetzung würde nur sehr selten vorliegen.

Rechtsprechung könne Gewohnheitsrecht begründen.¹⁵¹⁴ Verstand man unter dem Begriff ursprünglich noch das Verkehrsgewohnheitsrecht – etwa autonome Rechtsschöpfungen in Wirtschaft und Betrieb – wird dieses heutzutage verdrängt zugunsten des Justizgewohnheitsrechtes.¹⁵¹⁵ Auf nationaler Ebene entsteht Gewohnheitsrecht praktisch ausschließlich in der Form festen Gerichtsgebrauchs.¹⁵¹⁶

aa) **Gegenstand möglichen Gewohnheitsrechts und praktische Übung**

Der Usus der Revisionsgerichte müsste zunächst als Rechtssatz formuliert werden können.¹⁵¹⁷ Eine solche Norm könnte mit Blick auf die vom Bundesgerichtshof als hinreichend erachteten Absicherungen und Begründungssurrogate lauten: „Eine Begründung von Beschlüssen nach § 349 II StPO ist nicht erforderlich.“ Hinsichtlich der Frage, ob dieser Rechtssatz über einen gewissen Zeitraum eine gleichmäßige rechtliche Behandlung erfahren hat, ist die nicht ausnahmslose Nichtbegründungspraxis der Revisionsgerichte wenig problematisch. Da gerade von einer nicht mehr als fakultativen Begründungsbefreiung ausgegangen wird, steht eine im Einzelfall dennoch abgefasste gerichtliche Begründung nicht entgegen.¹⁵¹⁸ Teilweise wird indes verlangt, nicht lediglich innerhalb der Rechtsanwenderkreise (hier der Judikatur), sondern auch inmitten der unmittelbar betroffenen Verkehrskreise müsste die praktische Übung vorherrschen.¹⁵¹⁹ Diese Ansicht ist offenbar dem ursprünglichen Gewohnheitsrechtsbegriff geschuldet, der auf eine Verkehrssitte unter Privatleuten abstellte. Nach dem gewandelten Verständnis würde der Rechtsgeltungswille der gesamten Gemeinschaft nur höchst selten durch eine unmittelbar manifestierte Übung in Erscheinung treten.¹⁵²⁰ Rekurierte man aber auf die Notwendigkeit der praktischen Übung lediglich zu Beweis Zwecken und damit auf den Vorrang des subjektiven Elementes, müsste die gerichtliche Praxis vorbehaltlich seiner Fest-

¹⁵¹⁴ *Larenz*, NJW 1951, 497; *Rüthers*, Rn. 238; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 97.

¹⁵¹⁵ *Esser*, von Hippel-FS, S. 101; auch nach *Larenz*, S. 357, spielt das Gewohnheitsrecht im urspr. Sinne heute praktisch so gut wie keine Rolle mehr.

¹⁵¹⁶ *Rüthers*, Rn. 232.

¹⁵¹⁷ *Krebs/Becker*, JuS 2013, 98.

¹⁵¹⁸ So auch *Vogel*, S. 149 f.

¹⁵¹⁹ *Krebs/Becker*, JuS 2013, 99.

¹⁵²⁰ *Enneccerus/Nipperdey*, § 39 II 1.

stellbarkeit als ausreichend erachtet werden. Die übrige Gemeinschaft müsste sich demnach mit der Übung einverstanden erklären.¹⁵²¹ Das Erfordernis eines gewissen Zeitraums, wenngleich man sich in genauen Zeitangaben dazu nicht einig ist¹⁵²², ist hier insofern unproblematisch, als es sich bereits um eine jahrzehntewährende Routine mit häufig und regelmäßig auftretenden Übungsakten handelt.

bb) Rechtsgeltungswille und Rechtsüberzeugung

(1) Die Träger der Rechtsüberzeugung und deren Kundgabe

Für die allgemeine Normakzeptanz ist nicht die Überzeugung erforderlich, etwas *sollte* Recht sein, sondern, dass etwas positives Recht *ist*.¹⁵²³ Uneinigkeit besteht in der Frage, wer genau zu den Überzeugten zu zählen hat. Insoweit fallen Begriffe wie „allgemeine Rechtsüberzeugung“¹⁵²⁴, „öffentliche Meinung“¹⁵²⁵, „beteiligte (Verkehrs-) Kreise“¹⁵²⁶, „Rechtsgenossen“¹⁵²⁷ oder „soziale Gruppe“¹⁵²⁸, zu denen auch, aber nicht nur die Juristen zählen sollen¹⁵²⁹. *Vogel*¹⁵³⁰ will hinsichtlich des Rechtsgeltungswillens der Allgemeinheit nicht das gesamte Volk mit einbeziehen, sondern allein diejenigen, „die – wie etwa die Juristen – zur Bildung einer derartigen Überzeugung überhaupt Gelegenheit haben, die die Regel überhaupt angeht“.¹⁵³¹ Schließlich habe der größte Teil der

¹⁵²¹ *Enneccerus/Nipperdey*, § 39 II. 2.; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 99.

¹⁵²² *Krebs/Becker*, JuS 2013, 100, m. w. N.: Es sei schwierig, eine genaue Dauer oder erforderliche Zahl der Übungsakte anzugeben. So könne eine Vielzahl an Fällen in vielleicht 15 Jahren auf gleicher Stufe mit einer geringeren Zahl an Fällen stehen, die aber über 30 Jahre gleich behandelt worden sei. Die längste Fristenregelung, die das deutsche Recht kenne, sei die 30-Jahres-Frist. Spätestens nach deren Ablauf liege bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen Gewohnheitsrecht vor. Hilfsweise wird darauf abgestellt, ob bei denen, die es angehe, durch st. Rspr. ein Vertrauen auf die Beibehaltung dieser entstanden sei. *Esser*, von Hippel-FS, S. 115, bekräftigt jedoch, es könne auf die Häufigkeit höchstrichterlicher Entscheidungen zu einer Rechtsfigur nicht ankommen.

¹⁵²³ *Larenz*, S. 433; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 100.

¹⁵²⁴ *Rüthers*, Rn. 238; *Sprau*, Palandt, Einleitung, Rn. 22.

¹⁵²⁵ *Larenz*, S. 433.

¹⁵²⁶ *Larenz*, S. 433; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 100.

¹⁵²⁷ BVerfG, NJW 1967, 2051, 2052.

¹⁵²⁸ *Rüthers*, Rn. 232.

¹⁵²⁹ *Larenz*, S. 433; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 100.

¹⁵³⁰ *Vogel*, S. 148.

¹⁵³¹ Dabei bezieht sie sich auf *Enneccerus/Nipperdey*, § 39 I. 3.

Bevölkerung keine oder lediglich eine geringe Vorstellung von den prozessualen Befugnissen der Richter. Allenfalls der von einer Beschlussverwerfung nach § 349 II StPO betroffene Nichtjurist wisse, diese ergehe ohne Begründung. Im Gegensatz dazu habe die Masse des Volkes von dem Gerichtsgebrauch keine Kenntnis. *Vogel* zählt zu den beteiligten Kreisen also nur diejenigen, die sich mit der Verwerfungspraxis selbst befassen, was neben den Gerichten die Staatsanwaltschaft, die Strafprozesswissenschaft sowie die Strafverteidiger, gegebenenfalls einschließlich deren Mandanten seien. Bei der Beurteilung, wer als Beteiligter der Überzeugungsfindung anzusehen beziehungsweise in welcher Weise diese kundzugeben ist, muss man sich vor Augen führen, dass die Rechtsüberzeugung von der praktizierten Übung letztlich den Ersatz eines demokratisch legitimierten Gesetzgebungsverfahrens darstellt.¹⁵³² Selbst der Erlass nicht weniger Parlamentsgesetze bleibt aber dem breiten Volk verschlossen – nicht, weil es der Kenntnisnahme nicht fähig wäre (dazu dienen der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellte Gesetzesmaterialien), sondern schlichtweg aufgrund mangelnden Interesses und der überwältigenden Vielfalt solcher Informationen. Der Volkssouverän erlangt seine Macht nicht bereits dadurch, Bürger eines demokratischen Rechtsstaats zu sein, sondern durch aktive Betätigung, sei es durch Wahlen, sei es durch andere demokratische Mitwirkungsrechte. Ergreift er diese Optionen jedoch nicht, so muss er die Konsequenzen seiner Nichtbeteiligung tragen. Insofern ist *Vogel* zu widersprechen, wenn sie die Beteiligteigenschaft nach der positiven Kenntnis bestimmen möchte und einen Großteil der Allgemeinheit somit davon ausnimmt. Als Träger der Überzeugungsbildung ist durchaus das breite Volk anzusehen; allerdings kommt es nicht auf dessen Kenntnis, sondern allein auf dessen Möglichkeit zur Kenntnisnahme an. Erst in Ermangelung an staatlicher Transparenz wäre eine Überzeugungsbildung des Volkes zu verneinen. Schweigt es hingegen trotz dieser Möglichkeit, streitet die Vermutung zumindest für das Fehlen eines (relevanten) Widerspruchs. Genauso wie hier an anderer Stelle staatliche Transparenz in Gestalt einer Begründung gefordert wird, muss im Gegenzug der Volkswille kundgetan werden, nicht im Sinne einer Pflicht, sondern einer Obligation. Jede andere Sichtweise führte darüber hinaus zu Abgrenzungsproblemen, kann heute ein vermeintlicher Nichtbeteiligter doch morgen schon potentieller Revisionsführer sein. Demzufolge kommt es zu der häufigen Konstellation der – bestäti-

¹⁵³² So sehen *Enneccerus/Nipperdey*, § 38 III. 2. c) den Geltungsgrund von Gewohnheitsrecht allein in der Manifestation des Gemeinschaftswillens.

genden oder ablehnenden – Äußerung zu einer bestimmten Praxis durch faktisch lediglich unmittelbar beteiligte Kreise, wie etwa die von *Vogel* Genannten. Ist insbesondere unter jenen (aber auch vom übrigen Volk) ein signifikanter Widerspruch zu verzeichnen, so kann nicht von einer allgemeinen Überzeugung gesprochen werden¹⁵³³.

(2) Überzeugung des Gerichts

Die Revisionsgerichte dürften zunächst davon überzeugt sein, ihre Praxis sei geltendes Recht. Sie befinden sich zwar insofern im Irrtum, als sie die Nichtbegründung als Ergebnis einer gesetzeskonkretisierenden Auslegung ansehen. Allerdings kommt es einzig darauf an, eine bindende Regel zu verwirklichen und damit einen manifestierten Geltungswillen zu demonstrieren, nicht aber darauf, Gewohnheitsrecht als solches begründen oder ausführen zu wollen.¹⁵³⁴

(3) Überzeugung der Allgemeinheit

Erst wenn Richtersprüche und deren tragende Entscheidungsgründe allgemeine Akzeptanz finden, wird ihnen der Status einer Rechtsquelle zugestanden.¹⁵³⁵ *Vogel* zufolge fordern die meisten Autoren, die sich zu einer Begründungspflicht unmittelbar äußerten, eine solche mittels einer erst zu bewerkstelligen Strafprozessreform, woraus sie schließt, jene erkannten *de lege lata* eine Begründungsfreiheit an¹⁵³⁶. Ihre Kritik sei lediglich rechtspolitischer Natur.¹⁵³⁷

¹⁵³³ So zumindest i. E. *Krebs/Becker*, JuS 2013, 100, denen zufolge die erforderliche Anerkennung auch stillschweigend durch unwidersprochene Duldung, etwa in Form einer Nichtanklage erfolgen kann. Nach *Larenz*, S. 433, kommt es darauf an, ob die betreffende Rspr. im Schrifttum und in der „öffentlichen Meinung“ überwiegend Zustimmung oder Widerspruch finde. Auch *Rüthers*, Rn. 238, zufolge ist die allg. Rechtsüberzeugung zweifelhaft, wenn eine höchstrichterliche Rspr. immer neu Widerspruch in der Lit. und in der rechtspolitischen Diskussion gefunden habe.

¹⁵³⁴ *Sprau*, Palandt, Einleitung, Rn. 22; *Enneccerus-Nipperdey*, § 40 II.; *Vogel*, S. 147. Auch *Klamaris*, Baumgärtel-FS, S. 236, hingegen müsste das Gewohnheitsrecht ihm zufolge zumindest nachträglich als solches anerkannt werden.

¹⁵³⁵ *Rüthers*, Rn. 238.

¹⁵³⁶ Sie bezieht sich dabei u. a. auf *Kodde*, S. 190, 196, 198, *Schünemann*, JA 1982, 130, *Meyer-Gößner*, Sarstedt-FS, S. 226, *Siegert*, NJW 1957, 2153, sowie auf die Denkschrift, S. 56 f. (Leitsatz 24). Gerade Letztere drückt sich aber außerordentlich ungeschickt aus, wenn sie einerseits anführt, für Beschlüsse nach § 349 II StPO sei eine Begründungspflicht „einzuführen“, da der Revisionsführer andererseits einen „Anspruch“

Diejenigen, die eine Begründungspflicht von Gesetzes wegen annehmen, könnten an diesem Ergebnis nichts ändern: *Krehl* beziehe nicht hinreichend konkret Stellung, da er keine Gesetzesvorschrift benenne, aus der eine Begründungspflicht hervorgehen solle, sondern den Revisionszweck und grundsätzliche revisionsrechtliche Überlegungen heranziehe.¹⁵³⁸ *Fischingers* Erwägungen fielen nicht ins Gewicht, da seine bereits im Jahr 1955 getroffene, „nicht besonders klar“ formulierte Forderung in all den Jahren auf keine Resonanz gestoßen sei.¹⁵³⁹ Schließlich könne *Kühnes* Bemerkung, Rechtsprechung und Schrifttum würden die §§ 34, 349 II StPO falsch auslegen, alleine nicht an der gewohnheitsrechtlichen Geltung rütteln.¹⁵⁴⁰ Nicht zu leugnen ist die in rechtspolitischer Hinsicht vielfach als unwillkommen angesehene Nichtbegründungspraxis. Soweit die jeweiligen Autoren von Gesetzes wegen von keiner Begründungspflicht ausgehen, ist ihnen ein Rechtsgeltungswille auch im Falle ihrer Kritik an derartigen Gesetzen nicht abzusprechen. Auffällig ist hingegen doch, wie wenige unter ihnen vom geltenden Recht in untechnischem Sinne tatsächlich „überzeugt“ sind und ihre Formulierungen offenbar teilweise nicht näher reflektiert haben, die *Vogel* hier auf die Goldwaage legt.¹⁵⁴¹ Im Übrigen ist ihre Argumentation aber zurückzuweisen.

Zunächst ist nicht einzusehen, welche Art Erwägungen aussagekräftiger sein können als solche, die zwingende Revisionszwecke betreffen, um daraus, wie *Krehl*, eine revisionsrechtliche Begründungspflicht herzuleiten. Was an *Fischingers* Überlegungen, der bei mangelnder Begründung von „Rechtsverweigerung“ und einem „Anspruch“ auf eine Begründung spricht¹⁵⁴², „nicht besonders klar“ sein soll, erschließt sich ebenso wenig. Die Tatsache, dass er diese Äußerungen schon 1955 tätigte, spricht vielmehr für einen sehr frühen Widerspruch gegen die Nichtbegründungspraxis. Namhafte Vertreter pflichten ihm im Übrigen uneingeschränkt bei.¹⁵⁴³ *Fezer* geht gleichermaßen gerade nicht von einer letztinstanzlichen Begründungsfreiheit aus (wenngleich nicht

darauf habe. Hier lässt sich wenig differenzieren zw. einer de lege lata angenommenen oder de lege ferenda geforderten Begründungspflicht.

¹⁵³⁷ *Vogel*, S. 152 ff.

¹⁵³⁸ *Vogel*, S. 155 in Bezug auf *Krehl*, GA 1987, 171, 172.

¹⁵³⁹ *Vogel*, S. 155 in Bezug auf *Fischinger*, Cüppers-GS, S. 150.

¹⁵⁴⁰ *Vogel*, S. 155 in Bezug auf *Kühne*, Rn. 1089.

¹⁵⁴¹ Als ein sehr anschauliches Bsp. dafür dienen die Ausführungen der Denkschrift, siehe Fn. 1536.

¹⁵⁴² Siehe Fn. 1293.

¹⁵⁴³ *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 326, sowie *Wohlers*, Strafverteidigertag, S. 112.

als Ausfluss von § 34 StPO).¹⁵⁴⁴ *Vogel* selbst bezieht in den Kreis der Beteiligten die Strafverteidiger und deren Mandanten mit ein. Auch ein Widerspruch von ihnen ist zumindest in den Fällen zu unterstellen, in denen das Bundesverfassungsgericht über die Frage einer Begründungspflicht zu entscheiden hatte.¹⁵⁴⁵ Dies konnte allein durch eine Verfassungsbeschwerde (und im Hinblick auf Art. 103 I GG durch eine dieser vorgeschalteten Anhörungsrüge) des Betroffenen geschehen. Da Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 I BVerfGG für alle Gerichte bindend sind und es nicht ohne Weiteres von seiner Meinung abrückt, ist es nur verständlich, wenn nicht alle von einer Verwerfung Betroffenen stets erneut Verfassungsbeschwerde einlegen, weshalb lediglich auf eine Handvoll solcher Entscheidungen zurückzugreifen ist. Während vorstehend allein solche Ansichten betrachtet wurden, die sich zu dem Leitsatz einer Begründungspflicht oder -freiheit bekennen, kommt es indessen nicht nur auf die Zustimmung zum Tenor, sondern nicht minder auf die rechtliche Billigung der tragenden Entscheidungsgründe an. Losgelöst von einer nie erfolgten Auseinandersetzung der Rechtsprechung mit der Vorschrift des § 34 StPO,¹⁵⁴⁶ stützt diese sich in ihren Gründen hauptsächlich auf die Tatbestandsmerkmale des § 349 II StPO, deren (kumulierte) Erfüllung die Beachtung hinreichender Sorgfalt belege. Ein Großteil von Schrifttum und Praxis erhebt hingegen ausschlaggebende Bedenken gegen die vom Gesetzgeber bezweckte Absicherungsfunktion dieser zum Teil nachträglich eingefügten Voraussetzungen. Zunächst klingen Stimmen nicht ab, welche die Streichung der „Offensichtlichkeit“ der Unbegründetheit fordern beziehungsweise jedenfalls die von der Rechtsprechung aufgestellte Definition als unzureichend bemängeln¹⁵⁴⁷. Derartige Kritik erfolgte bis dato und seit Anbeginn der Vorschrift. Insbesondere jenen Autoren, die eine zu weite Auslegung oder einen Missbrauch der Regelung befürchteten,¹⁵⁴⁸ ist hier ohne Weiteres zu unterstellen, sie würden eine Er-

¹⁵⁴⁴ Siehe Fn. 1312.

¹⁵⁴⁵ So etwa in den Verfahren: BVerfG, DAR 1978, 161; BVerfG, NJW 1982, 925; BVerfG, EuGRZ 1984, 442.

¹⁵⁴⁶ Vielmehr wird bei BGH, NStZ 1994, 353, davon ausgegangen, „eine weitergehende sachliche Begründung des Verwerfungsbeschlusses“ werde „vom Gesetz nicht vorgeschrieben“.

¹⁵⁴⁷ *Meyer-Goßner*, Sarstedt-FS, S. 225 f. Für die Abschaffung des kompletten § 349 II StPO aufgrund des Merkmals der „Offensichtlichkeit“: *von Stackelberg*, AnwBl. 1959, 203, *Siegert*, NJW 1959, 2152, und *Schöttler*, NJW 1960, 1337.

¹⁵⁴⁸ So etwa *Kahl*, JW 1925, 1406, der eine Begründungsfreiheit nur unter der Bedingung einer sehr restriktiven Auslegung des § 349 II StPO für „erträglich“ hält.

kennbarkeit der Entscheidungsgründe aufgrund der Bejahung dieses in der Praxis weit ausgelegten Merkmals nicht anerkennen. Die Einstimmigkeit, die Zweifel hinsichtlich des konturlosen Begriffs der „offensichtlichen Unbegründetheit“ minimieren sollte, ist in Gestalt der angesprochenen Problematik des „Vier-Augen-Prinzips“ ebenfalls erheblichen Angriffen ausgesetzt. Dieses bemängeln neben einzelnen Autoren sogar ganze Vereinigungen.¹⁵⁴⁹ Die Entscheidungsfindung auf Grundlage des „Vier-Augen-Prinzips“ hat nicht zuletzt das Potential, sich folgenreich auf die Qualität des einstimmigen Ergebnisses auszuwirken. Überwiegend wird die Bemühung um hinreichende Sorgfalt durch das Gericht demnach stark in Zweifel gezogen. Des Weiteren rekurriert die Judikatur auf den begründeten Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft, der – wenn nicht gerade als „Grundfehler des jetzigen Revisionsverfahrens“¹⁵⁵⁰ gebrandmarkt – in der Literatur noch als die plausibelste Möglichkeit angesehen wird, eine gerichtliche Begründung zu surrogieren. Dementgegen bleiben auch diese Erwägungen keineswegs widerspruchlos.¹⁵⁵¹ Abgesehen davon wird das Antragserfordernis als im Übrigen wenig zuverlässige Einrichtung angeprangert, wobei unter anderem an die gerichtliche Anregungspraxis zu erinnern ist. Einer Kumulation jener Absicherungen wird zwar nicht explizit widersprochen, hingegen dürfte hier zu unterstellen sein, die Häufung einzelner bereits nicht sorgfaltsträchtiger Merkmale würde nicht plötzlich in ihrer „Gesamtschau“ als doch Zuverlässigkeit vermittelnd angesehen. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstandes, dass sich die Rechtsprechung selbst nicht auf eine konkrete Zusammensetzung der jeweiligen Absicherungen festlegen kann, sondern darin scheinbar nach Belieben variiert¹⁵⁵².

Sowohl der Tenor als auch die vermeintlichen Beweggründe der Judikatur erfahren damit zum Teil beträchtlichen Widerspruch in Literatur und Praxis, der in dieser Form eine überwiegende Überzeugungsbildung nicht erkennen

¹⁵⁴⁹ „Appell des deutschen Anwaltsvereins zur Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Entscheidungsprozesses bei der Verwerfung von Revisionen als ‚offensichtlich unbegründet‘“, März 2013, Stellungnahme Nr. 16/2013, abrufbar unter <http://anwaltverein.de/newsroom/id-2013-16> (zuletzt abgerufen am 19.1.2016).

¹⁵⁵⁰ Meyer-Goßner, DAV-FS, S. 676.

¹⁵⁵¹ Siehe Fn. 1307 ff. Auch die Kritik an Teilaspekten des Konzepts eines Begründungssurrogats durch den staatsanwaltschaftlichen Antrag läuft darauf hinaus, die jetzige Ausgestaltung des § 349 III StPO sei gerade nicht auf eine abschließende Begründungsfunktion zugeschnitten und der bestehenden Fassung seien eine Missbrauchsgefahr sowie mangelnde Transparenz immanent. Sie kann daher nur defizitär begründungsetzend wirken.

¹⁵⁵² Siehe Fn. 1280.

lässt. Selbst wenn man von der Hypothese ausginge, aufgrund nicht zureichenden frühen Widerspruchs sei Gewohnheitsrecht entstanden, so wäre dieses aufgrund der sich bis heute summierenden Einwendungen zumindest mangels Einheitlichkeit der Rechtsüberzeugung später weggefallen¹⁵⁵³. Sieht man den Geltungsgrund von Gewohnheitsrecht in dieser Überzeugung, muss ihr zunehmender Mangel daher als konstitutiv für das Ende seiner Existenz angesehen werden.

cc) „Prozessuales Gewohnheitsrecht“ und Derogation

Auch aus weiteren Erwägungen heraus sind grundsätzliche Bedenken im Hinblick auf eine derartige Begründung von Gewohnheitsrecht zu erheben. Gerade bei der in Frage stehenden Problematik handelt es sich nämlich um die eigentümliche Konstellation, dass der Richter nicht über eine materielle Norm im Rahmen eines materiell-rechtlichen Verhältnisses dritter Beteiligter entscheidet,¹⁵⁵⁴ sondern er selbst Anwender des vermeintlichen Gewohnheitsrechts und zugleich dessen – alleiniger – Begünstigter ist.

Klamaris beschäftigte sich näher mit dem Begriff des „prozessualen Gewohnheitsrechts“ im Zivilprozess¹⁵⁵⁵, dessen Besonderheit und gleichzeitige Schwierigkeit die aktive Beteiligung des Gerichts als Subjekt sei.¹⁵⁵⁶ Im Bereich materiellen Gewohnheitsrechts ist der Richterspruch eher feststellender Natur; bereits vorhandenes Gewohnheitsrecht wird lediglich bestärkt.¹⁵⁵⁷ Dies gilt insbesondere für das Zivilrecht. Im Strafrecht ist belastendes Gewohnheitsrecht ohnehin nach Art. 103 II GG untersagt.¹⁵⁵⁸ Die Entstehung täterbegünstigenden Gewohnheitsrechts zwischen einerseits dem Gericht als hoheitlich handelndem Organ und dem Angeklagtem andererseits ist – was die Wahrung von Angeklagtenrechten betrifft – zudem als unproblematisch einzustufen. Prozessuales Gewohnheitsrecht wird allerdings erstmals im richterlichen Verfah-

¹⁵⁵³ Die Möglichkeit des Wegfalls von Gewohnheitsrecht mangels Einheitlichkeit annehmend BGHZ 346, 348 f.; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 102.

¹⁵⁵⁴ Diese Konstellation nämlich haben beinahe alle der zuvor zitierten Autoren, die Erwägungen zur Entstehung und Geltung von Gewohnheitsrecht anstellen, im Sinn.

¹⁵⁵⁵ Seine Studie steht unter dem Einfluss, dass nach der griechischen Rechtsordnung das Gewohnheitsrecht ausdrücklich weder Gesetzesrecht außer Kraft setzen noch solches abschaffen könne, siehe *Klamaris*, Baumgärtel-FS, S. 236.

¹⁵⁵⁶ *Klamaris*, Baumgärtel-FS, S. 231.

¹⁵⁵⁷ *Klamaris*, Baumgärtel-FS, S. 234.

¹⁵⁵⁸ *Schmidt-Aßmann*, Maunz/Dürig, Art. 103 Abs. 2, Rn. 222.

ren rechtsgestaltend geschaffen.¹⁵⁵⁹ Zwar ist Art. 103 II GG richtigerweise nicht auf das Prozessrecht anwendbar.¹⁵⁶⁰ Das bedeutet jedoch nicht, außerhalb seines Anwendungsbereichs könnten keine Zweifel gegen prozessuales Gewohnheitsrecht geäußert werden. Da die Gestaltung der prozessualen Rechtsbeziehungen auch vom Gericht abhängt, setzt die Erzeugung von prozessualen Gewohnheitsrecht gemäß *Klamaris* die gemeinsame Mitwirkung – nicht im Sinne einer Einstimmigkeit, sondern im Sinne eines gemeinsamen dialektischen Verhaltens – voraus.¹⁵⁶¹ Dies mag im Gegensatz zum Strafprozess im Zivilprozess – der seinem Wesen nach mehr Mitwirkungsmöglichkeiten der Parteien, Vergleiche, et cetera vorsieht – vom Ansatz her möglich sein. Gerade aber von der gerichtlichen Begründungstätigkeit zum Abschluss des Verfahrens sind die weiteren Beteiligten üblicherweise ausgeschlossen, insbesondere wenn es sich um eine Entscheidung im Beschlussverfahren handelt. *Enneccerus* und *Nipperdey*¹⁵⁶² nehmen überdies zwar an, nur diejenigen, die eine bestimmte Regel angeht, könnten an ihrer gewohnheitsrechtlichen Entstehung beteiligt sein. Hingegen würden die Gerichte als „Organe der Gemeinschaft“ die Anerkennung einer bestimmten Praxis und damit den Rechtsgeltungswillen „vertretungsweise“ zum Ausdruck bringen, da die große Masse des Volkes in Unkenntnis dieser Übung bleibe. Um dieser „Vertretungsfunktion“ gerecht zu werden, stellen sie außer der Forderung nach einer länger dauernden Übung allerdings die zusätzliche Voraussetzung an die Feststellung des Rechtsgeltungswillens auf, der Brauch dürfe keine schützenswerten Interessen Dritter verletzen. Dabei orientieren sie sich an der Frage: „Würden alle gerecht und billig denkenden Bürger diesen Brauch, wenn sie von ihm Kenntnis hätten, zum mindesten durch Stillschweigen als rechtlich verbindlich anerkennen?“¹⁵⁶³ Im Hinblick auf die zu untersuchende Problematik dürfte die Antwort darauf negativ ausfallen, würde doch ein Großteil der Bürger, der einmal eine strafprozessuale Revision durchlaufen wollte oder müsste, die Begründung des staatlichen Machtaktes „Verwerfungsbeschluss“ für sich einfordern.

¹⁵⁵⁹ *Klamaris*, Baumgärtel-FS, S. 234.

¹⁵⁶⁰ *Krey*, ZStW 101 (1989), 854: dies folge für das Analogieverbot aus dem Normtext („Strafbarkeit“), aber auch aus der Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen sine lege“; befürwortend *Vogel*, S. 131; a. A. bei *Pföhler*, Rn. 149 ff., m. w. N.

¹⁵⁶¹ *Klamaris*, Baumgärtel-FS, S. 232.

¹⁵⁶² *Enneccerus/Nipperdey*, § 39 II. 2.

¹⁵⁶³ *Enneccerus/Nipperdey*, § 39 II. 2. (Fn. 7).

Überdies stellte jedes sich gegen das Gesetz wendende Gewohnheitsrecht jedenfalls im ersten Anwendungsfall einen Rechtsbruch dar. Nach deutschem Recht ist grundsätzlich die Möglichkeit anerkannt, Gewohnheitsrecht könne bestehendes Gesetzesrecht abändern, wenn nicht sogar ihm entgegenstehen, also derogierend wirken.¹⁵⁶⁴ Zwar ist es hauptsächlich die Richterschaft, die an der Gestaltung von Gewohnheitsrecht nach seinem heutigen Verständnis mitwirkt; gleichzeitig fungiert sie indes als Hüter der Gesetze. Gerade letzterer Umstand erweist sich gemäß *Klamaris* für die Gerichte als hemmender Faktor für die Bildung von ungeschriebenem Recht.¹⁵⁶⁵ Gewohnheitsrecht muss ihm zufolge zumindest im Nachhinein von Schrifttum oder Rechtsprechung als solches anerkannt werden.¹⁵⁶⁶ Dies wäre folgerichtig erst recht für eine einseitige, § 34 StPO derogierende gerichtliche Praxis wie die Nichtbegründung von Verwerfungsbeschlüssen zu fordern. Allein *Vogel* hat sich bislang zu dieser Frage geäußert, womit von einer allgemeinen Anerkennung im „Schrifttum“ keine Rede sein kann. Ohnehin soll die Grenze der Bildung derogierenden Gewohnheitsrechts bei Verfassungsverstößen – zu Recht – überschritten sein,¹⁵⁶⁷ von denen nach hier vertretener Auffassung bei einer pauschalen beziehungsweise willkürlichen Nichtbegründung auszugehen wäre. Nur eine solche Regelung vermag zu Gewohnheitsrecht zu erstarken, die ebenso der Gesetzgeber als Gesetz erlassen könnte.¹⁵⁶⁸ Auch die oberste Rechtsprechung¹⁵⁶⁹ und weitere Autoren¹⁵⁷⁰ stellen die Zulässigkeit prozessualen Gewohnheitsrechts mit unter-

¹⁵⁶⁴ *Larenz*, NJW 1951, 497; *Enneccerus/Nipperdey*, § 40 IV. 1. *Krebs/Becker*, JuS 2013, 98, zufolge liegt heutzutage sogar überwiegend derogierendes Gewohnheitsrecht vor.

¹⁵⁶⁵ *Klamaris*, Baumgärtel-FS, S. 236.

¹⁵⁶⁶ *Klamaris*, Baumgärtel-FS, S. 236; zust. *Rüthers*, Rn. 233; *Esser*, von Hippel-FS, S. 125; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 97.

¹⁵⁶⁷ *Larenz*, S. 433.

¹⁵⁶⁸ *Krebs/Becker*, JuS 2013, 101.

¹⁵⁶⁹ Nach BVerfGE 15, 226, 233, wird angesichts der grds. Bedenken gegen Gewohnheitsrecht „im Bereich des formstrengen Prozessrechts“ in dem dort anhängigen Fall zum Entzug der Verteidigungsbefugnis eine formell-gesetzliche Regelung als „angemessener“ beurteilt. Gem. BVerfG, NJW 1973, 696, 698, muss es sich angesichts dieser besonderen prozessualen Situation um einen Gerichtsgebrauch handeln, der die Billigung der betr. Kreise – v. a. der Anwaltschaft – gefunden habe, zumindest aber geduldet worden sei, ohne auf ernstlichen Widerspruch zu stoßen.

¹⁵⁷⁰ *Bovensiepen*, S. 9, zufolge kann ein Richter in seiner Amtsfunktion nicht als zur Schaffung von Gewohnheitsrecht befähigt angesehen werden. Gem. *Bringewat*, ZStW 84 (1972), 597, entspringt Juristenrecht nicht den Überzeugungen der Rechtsgemeinschaft, sondern werde in Gerichtssälen und im Schrifttum erarbeitet, weshalb Gewohnheitsrecht und Juristenrecht als verschiedene Kategorien von Rechtsentwicklung und -fortbildung einzuordnen seien. *Krebs/Becker*, JuS 2013, 98, befürchten allg. die Gefahr richterlicher

schiedlicher Begründung in Frage oder versuchen, es jedenfalls besonderen Voraussetzungen zu unterwerfen. Die Begründungsmüdigkeit der Revisionsgerichte kann daher weder als bindendes Richter- noch als Gewohnheitsrecht qualifiziert werden. Stattdessen handelt es sich um eine „eingewurzelte Gesetzeswidrigkeit“¹⁵⁷¹.

Rechtsetzung unter dem Deckmantel des Gewohnheitsrechts. *Rüthers*, JZ 2008, 448, nennt die Praxis der letzten Instanzen, dort „Richterrecht“ zu schaffen, wo verbindliche Gesetze vorhanden seien, einen oligarchischen Richterstaat, in dem Demokratie durch juristische Aristokratie durch ein „richterliches Adelsregime“ ersetzt werde.

¹⁵⁷¹ Begriff nach *Enneccerus/Nipperdey*, § 39 I. 1.

VI. Zusammenfassung

Nicht allein in Bezug auf Gegenstand und Wesen der Revision, sondern auch hinsichtlich ihrer verfahrensrechtlichen Ausgestaltung ist dem Gesetzgeber ein Konstruktionsfehler unterlaufen. Das Revisionsrecht erlaubt mehr, als es die – vage – Wortlautgrenze des § 349 II StPO vorzugeben vermag, der in der bestehenden Form nicht auf das Beschlussverfahren als Regelverfahren in der Revisionsinstanz ausgerichtet ist. Der Judikatur ist zuzugestehen, dass grundsätzliche Einwände gegen die Durchführung eines solchen nicht erhoben werden können, wenngleich dessen problematische Seiten zu betonen sind:

Ist die aktuelle Ausgestaltung der revisionsrechtlichen Hauptverhandlung nicht zuletzt selbst mangelbehaftet, so wurzeln die Unstimmigkeiten des § 349 II StPO vor allem in dem Begriffspaar der „offensichtlichen Unbegründetheit“. Während das Antragserfordernis in der Theorie noch „lediglich“ als unzulänglicher Absicherungsmechanismus zu monieren ist, begegnet dieses Instrument in der praktischen Handhabung zum Teil schwerwiegenden Bedenken. Die pauschale Nichtbegründungspraxis von Revisionsverwerfungsbeschlüssen stößt sich insbesondere an der Vorschrift des § 34 StPO, zudem an verfassungsrechtlichen Vorgaben. Eigene Sachentscheidungsbefugnisse des Revisionsgerichts sind hinsichtlich einer Kompetenz zur Entscheidung über den Rechtsfolgenauspruch mitunter fragwürdig, wenn nicht unzulässig, jedenfalls aber in hohem Maße vom Einzelfall geprägt, wie deren mögliche Behandlung im Beschlussverfahren. Die Entscheidungsfindung im schriftlichen Verfahren mittels Praktizierung des „Vier-Augen-Prinzips“ ist mit Art. 103 I GG nicht vereinbar. Während versucht wird, § 349 II StPO den heutigen Gegebenheiten sowohl in revisionsrechtlicher als auch in prozessökonomischer Hinsicht anzupassen, wird die Vorschrift über ihren konturlosen Anwendungsbereich hinaus dort ausgedehnt, wo Angeklagtenrechte eine restriktive Auslegung erfordern würden; in Fällen rechtsmissbräuchlicher Revisionseinlegung, in denen die Regelung am ehesten ihre Berechtigung hätte, wird sie indes in zweckwidriger Weise umgangen. Die eingangs angesprochene Befürchtung einer „Abwägungstortur“ des Beschleunigungsgedankens mit den Beschuldigtenrechten wird mehr als plastisch am Beispiel der Revisionsrechtsprechung zum Beschlussverfahren. In der Theorie wie in der Praxis prägen weite, unkontrollierbare Entscheidungsspielräume das Bild einer in sich unausgewogenen Regelung, die einen Verlust an Rechtskultur nach sich ziehen.

D. Zur Reform der Verfahrensweise in der Revision

Der aufgezeigte Konstruktionsfehler lässt sich nur durch eine ausgewogene, dem Zeitgeist des Revisionsverfahrens angepasste Neuregelung neutralisieren. Nachstehend soll zunächst eine Auseinandersetzung mit den dazu bislang vertretenen Ansätzen folgen, bevor ein eigener Vorschlag unterbreitet wird. Nicht einzugehen sein wird dabei auf die zahlreichen Reformanregungen, die das Wesen der Revision in seiner derzeitigen Form antasten würden, wengleich sie als Alternative zur Regelung des § 349 StPO ins Feld geführt werden¹⁵⁷².

I. Die bisherigen Reformvorschläge

1. Der Vorschlag von *Siegert*

Bereits im Jahr 1959, das heißt vor der jüngsten Reform zu § 349 II StPO, schlug *Siegert* als „Kompromissvorschlag“ gegenüber einer Streichung der besagten Vorschrift vor, das Beschlussverfahren an den italienischen Regierungsentwurf vom 12.3.1959 zum dortigen Kassationsrekurs anzulehnen.¹⁵⁷³ Der neue Art. 524 III des „Codice di procedura penale“ sollte vorsehen:

„Der Rekurs ist unzulässig, wenn er mit Begründungen eingelegt ist, die im Gesetz nicht vorgesehen sind oder wenn er offenbar unbegründet ist.“

Ferner regelte Art. 531 in Absatz 1 Folgendes:

„Wenn von einer Partei geltend gemacht oder von Amts wegen festgestellt wird, daß ein Fall der Unzulässigkeit des Rekurses vorliegt,

¹⁵⁷² So erwägen etwa *Schlothauer*, StV 2004, 340, und *Detter*, StV 2004, 350, die Einführung einer Zulassungsrevision. *Schwinge*, S. 243 f., geht im Rahmen seines Vorschlages von der überkommenen Annahme einer vorwiegend der Rechtseinheit dienenden Revision aus.

¹⁵⁷³ *Siegert*, NJW 1959, 2153. Die geplante Novelle sollte auf die zuverige Regelung reagieren, nach der stets mündlich zu verhandeln gewesen sei. Dies habe zu vielen Rekursen ohne Anwesenheit des Verteidigers und somit zu „Justizgesprächen“ zw. Gericht und StA geführt. 1959 seien etwa 50.000 Rekurse anhängig gewesen, von denen etwa 9.000 verhandelt worden seien. Viele Rekurse seien nur aus Hoffnung auf eine neue Amnestie eingelegt worden.

wird die Frage vorweg vom Kassationshof in beratender Sitzung entschieden.“

Gemäß dessen Absatz 3 entscheidet in diesen Fällen

„der Gerichtshof auf schriftlichen Antrag der Staatsanwaltschaft ohne Mitwirkung von Verteidigern“.

Absatz 4 lautete schließlich:

„Jedoch wird in den Fällen des Art. 524 letzter Absatz der Antrag der Staatsanwaltschaft auf der Geschäftsstelle des Gerichtshofes niedergelegt und davon dem Verteidiger des Beschwerdeführers unmittelbar Nachricht gegeben. Der Verteidiger kann binnen 2 Wochen seit Eingang der Benachrichtigung einen schriftlichen Antrag auf Verhandlung über den Rekurs in öffentlicher Sitzung beim Präsidenten des Kollegiums stellen, das zur Entscheidung berufen ist. In diesem Falle entscheidet der Gerichtshof in öffentlicher Sitzung.“

Siegert zufolge sollte dabei auch für die verbleibenden Revisionsverwerfungen im Beschlusswege eine „kurze Begründung“ vorgeschrieben werden.

Den geschilderten Entwurf für das deutsche Revisionsverfahren zu übernehmen, erscheint wenig praktikabel. Zunächst würde mit dem Erfordernis einer „offenbaren“ Unbegründetheit kaum mehr Klarheit geschaffen. Eine unbegründete, also in materieller Hinsicht erfolglose Revision als unzulässig zu verwerfen, untergräbt eine klare Grenzziehung zwischen formellen und materiellen Mängeln. Sich darüber lediglich aus prozessökonomischen Gesichtspunkten hinwegzusetzen, vermittelte den Anschein einer sehenden Auges postulierten dogmatisch unvollkommenen Verfahrensweise. Bereits im Rahmen der Annahmeverurteilung ist die insoweit ähnliche Regelung wenig geglückt. Mit dem Erfordernis des staatsanwaltschaftlichen Antrags enthält der italienische Entwurf Elemente der jetzigen Fassung des § 349 II, III StPO. Auf Antrag des Verteidigers soll aber *zwingend* eine Hauptverhandlung durchgeführt werden. Auch diese Vorgehensweise begegnet Bedenken. *Jagusch*¹⁵⁷⁴ kritisiert, man würde auf diese Weise Staatsanwalt und Verteidiger die Bestimmung über die Anberaumung einer Hauptverhandlung überlassen, obwohl dies dem obersten Gerichte vorbehalten sei. Auf welche Grundlage er die letztgenannte Annahme

¹⁵⁷⁴ *Jagusch*, NJW 1960, 76.

stützt, wird allerdings nicht deutlich. Zwar sind die Gerichte zur Amtsaufklärung verpflichtet und ihnen obliegt letztlich die abschließende Entscheidung; dies vermag allerdings nicht die Bedeutung von Mitwirkungsrechten der Parteien zu schmälern. Wenn die Möglichkeit besteht, durch Anträge jedweder Art auf das Verfahren Einfluss zu nehmen, ist nicht einsichtig, warum ein Antrag auf Durchführung einer Hauptverhandlung davon ausgenommen sein sollte. Das Problem einer derartigen Antragsmöglichkeit ist aber ein anderes, lädt sie doch förmlich zu prozessverschleppendem Verhalten seitens der Verteidigung ein¹⁵⁷⁵. Fallgruppenbezogene Ablehnungstatbestände schweben *Siegert* – etwa im Gegensatz zu denjenigen im Rahmen des Beweisantragsrechts – offenbar nicht vor. Wenn *Jagusch* an gleicher Stelle ferner bemängelt, der italienische Entwurf würde lediglich eine Mehrheits- und keine einstimmige Entscheidung vorsehen, so ist die Einstimmigkeit doch ein Instrument, das eine Ausnahmeregelung suggeriert. Wenn gegen ein Beschlussverfahren in der Revision jedoch keine grundsätzlichen Bedenken zu erheben sind, wäre die Zeitgemäßheit einer einstimmigen Entscheidung ernsthaft in Zweifel zu ziehen.

2. *Von Stackelbergs Vorschläge*

Von Stackelberg war im Jahr 1959 noch für die gänzliche Abschaffung des § 349 II StPO eingetreten.¹⁵⁷⁶ Diesen radikalen Vorschlag korrigierte er kurze Zeit später, indem auch er ein Antragsrecht der Verteidigung auf Durchführung der Hauptverhandlung nach Zustellung eines Antrags der Revisionsstaatsanwaltschaft befürwortete. Erscheine der Revisionsführer zu dieser nicht, so bleibe das Beschlussverfahren zulässig.¹⁵⁷⁷ Sehr viel später forderte er, man müsste zur Hauptverhandlung in nicht „offensichtlich unbegründeten“ Fällen zurückkehren. Es sei angezeigt, die Zahl der Strafsenate zu erhöhen und die Besetzung der Spruchgruppen von fünf auf drei Mitglieder zu ermäßigen. Eher könne auf einen fünfköpfigen Spruchkörper als auf die Hauptverhandlung mit ihrem

¹⁵⁷⁵ *Kruse*, S. 357 ff., weist darauf hin, bereits die bestehende Möglichkeit der Gegenerklärung werde nicht hinlänglich ausgeschöpft. Ein Antrag auf Durchführung einer Hauptverhandlung vermöge den Verteidigern die Mühe einer substantiierten Stellungnahme zu ersparen.

¹⁵⁷⁶ *Von Stackelberg*, AnwBl. 59, 203.

¹⁵⁷⁷ *Von Stackelberg*, NJW 1960, 506; für ein Antragsrecht treten wohl auch *Meyer-Mews/Rotter*, StraFo 2011, 19, ein.

Rechtsgespräch verzichtet werden.¹⁵⁷⁸ Ob er zu diesem Zeitpunkt seine bisherigen Vorschläge aufrechterhielt, ist nicht auszumachen.

Die vollständige Beseitigung des Beschlussverfahrens wäre zunächst weder mit dem Untersuchungsergebnis eines überwiegend schriftlich geprägten Revisionsverfahrens noch mit der Rechtswirklichkeit in Einklang zu bringen. In Ansehung der vorgeschlagenen Antragsmöglichkeit sei auf vorstehende Erwägungen verwiesen. Das Beschlussverfahren im Nachhinein an das (Nicht-) Erscheinen des Angeklagten zu knüpfen, ist in prozessökonomischer Hinsicht wenig hilfreich, wenn sich die übrigen Parteien bereits einmal zur Durchführung des Hauptverhandlungstermins zusammengefunden haben. Eine Erhöhung der Zahl der Strafsenate führte zudem zu Ausgaben, welche die Regierung zu Zeiten vordringlicher Wirtschaftlichkeit kaum zu finanzieren willens oder gar fähig wäre. Auch in dogmatischer Hinsicht ist diese Anregung Einwänden ausgesetzt. Schon bei fünf Strafsenaten gestaltet sich die Wahrung der Rechtseinheit schwierig. Bei einer höheren Anzahl wäre aufgrund vermehrter interner Streitigkeiten zugleich mit einer Mehrbelastung des Großen Senats zu rechnen. Dies bedeutete erheblichen Arbeits- und Zeitaufwand.¹⁵⁷⁹

Eine Besetzungsreduktion von fünf Richtern auf drei pro Spruchkörper ist ebenso wenig zu begrüßen. Zunächst lässt sich in der Strafprozessordnung, aber auch im Rahmen anderer Gerichtszweige eine eindeutige Tendenz dahingehend verzeichnen, die Spruchkörper der Rechtsmittelinstanz mit mehr Richtern auszustatten als in der Vorinstanz; ausnahmsweise wird jedenfalls eine gleiche Richterzahl angestrebt¹⁵⁸⁰. Eine vermehrte Zahl an Richtern beruht auf der Einsicht in die größere Leistungsfähigkeit der Gruppe und der darauf fußenden höheren Richtigkeitsvermutung ihrer Entscheidungen.¹⁵⁸¹ Aufgrund unterschiedlicher Herkunft, Sozialisation und Vorverständnissen ergeben sich erhebliche Repräsentations- und Leistungsvorteile.¹⁵⁸² Diese Vorzüge verwirklichen sich wohlgerne nur, wenn die unbeeinflussten Ansichten aller Richter adäquat in

¹⁵⁷⁸ Von Stackelberg, Dünnebier-FS, S. 371.

¹⁵⁷⁹ Meyer-Goßner, DAV-FS, S. 671.

¹⁵⁸⁰ So ist gem. § 76 VI GVG in Verfahren über Berufungen gegen ein Urteil des erweiterten Schöffengerichts (besetzt mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen, § 29 II GVG) bei der kleinen Strafkammer (besetzt mit grundsätzlich einem Berufsrichter und zwei Schöffen, § 76 I GVG) ein weiterer Berufsrichter hinzuzuziehen. Die Senate des LSG bestehen – ebenso wie jene des BSG – aus drei Berufsrichtern sowie zwei ehrenamtlichen Richtern, siehe §§ 33 I, 40 SGG.

¹⁵⁸¹ Bakker, S. 143 f.

¹⁵⁸² Bakker, S. 146, im Hinbl. auf den Großen Senat am BAG.

die Entscheidungsfindung mit einfließen. Im Vergleich zu anderen Bundesgerichten, deren letztinstanzliche Rechtsmittel durchweg zulassungsgebunden sind, erfolgt in der strafprozessualen Revisionsinstanz eine beinahe erschöpfende Urteilstextkontrolle, welche die Prüfung der Zulässigkeit, insbesondere die Feststellung von Prozessvoraussetzungen, die Kontrolle des gesamten Urteilstextes auf Rechtsfehler – zumal unter Zugrundelegung der Leitlinien der erweiterten Revision im Falle einer beinahe stets eingelegten allgemeinen Sachrüge – sowie die Einbeziehung von Verfahrensrügen umfasst. Die Berücksichtigung einer derartigen Vielfalt von Anknüpfungspunkten erfordert eine mannigfaltige Beurteilung aus den verschiedensten Blickwinkeln. Speziell bei Strafsenaten des Bundesgerichtshofs dient eine größere Anzahl von Spruchkörpermitgliedern als Ausgleich für lediglich eine zur Verfügung stehende Tatsinstanz bei den dort zu bearbeitenden Fällen. Insoweit ist die Zahl von nur drei Richtern in Spruchkörpern am Oberlandesgericht hinnehmbar.¹⁵⁸³ Das Rechtsschutzminus der fehlenden Berufungsinstanz bei Land- und Oberlandesgerichtsurteilen im Vergleich zu denjenigen des Amtsgerichts muss demnach vor allem in Ansehung von Art. 3 I GG, aber auch im Hinblick auf Art. 19 IV GG („Ausgewogenheit des Rechtsschutzes“¹⁵⁸⁴) kompensiert werden. Dieses Defizit an Rechtsschutz lässt sich insbesondere nicht ausschließlich durch eine höhere Richterzahl am Landgericht rechtfertigen. Die dortigen Spruchkörper mit mehr Richtern als in der amtsgerichtlichen Instanz auszustatten, resultiert zum einen bereits aus der Bedeutsamkeit und Komplexität der dort zu behandelnden Fälle im Gegensatz zu jenen am Amtsgericht, weshalb der Einsatz einer größeren Anzahl von Richtern allein unter diesem Gesichtspunkt geboten erscheint (§ 76 II GVG). Ihre ausgleichende Funktion ist demnach schon für die landgerichtliche Instanz weitgehend „erschöpft“. Zum anderen ist anzuzweifeln, ob eine wie auch immer geartete Quantität von Richtern überhaupt dazu geeignet wäre, eine komplette weitere Instanz aufzuwiegen, die sich sowohl der tatsächlichen Feststellungen erneut vollständig annimmt, als auch eine nochmalige rechtliche Wertung vornimmt, ohne durch die vielgestaltigen Eindrücke und Beeinflussungen, die speziell die Richter der Vorinstanz zu ihrer Entscheidung bewegen haben dürften, geprägt zu sein.

Zwar ist etwa im Verwaltungs- sowie im finanzgerichtlichen Prozess die Spruchkörperbesetzung jedenfalls in *Beschlussverfahren* außerhalb der mündli-

¹⁵⁸³ I. E. auch *Meyer-Gößner*, DAV-FS, S. 671.

¹⁵⁸⁴ Siehe S. 265 f.

chen Verhandlung von fünf Richtern auf drei reduziert.¹⁵⁸⁵ Dabei soll es sich entweder um weniger bedeutsame Verfahren handeln, wozu etwa die Nichtzulassung einer Revision, das Verfahren betreffende Anträge und unzulässige Revisionen zu zählen seien, oder aber um Angelegenheiten, in denen die Eilbedürftigkeit im Vordergrund stehe, wie bei Fällen des vorläufigen Rechtsschutzes.¹⁵⁸⁶ Hier eine Reduktion in der Besetzung vorzunehmen, erscheint zunächst plausibel. Meinungsverschiedenheiten innerhalb einer Spruchgruppe von fünf Richtern vermögen eine notgedrungen zügige Entscheidung unsachgemäß zu verzögern. Etwaige Einbußen an der Gründlichkeit der Sachbearbeitung können im ohnehin noch folgenden Hauptsacheverfahren kompensiert werden. Ob indes eine Orientierung an der Bedeutsamkeit der Entscheidung generell sinnvoll ist, kann schon angezweifelt werden. Hinsichtlich der (Vor-) Untersuchung, ob im Rahmen einer Zulassungsrevision Fälle grundsätzlicher Natur vorliegen, mag es noch einsichtig sein, dies lediglich drei statt fünf Richtern abzuverlangen. Zulässigkeitsfragen beispielsweise stellen jedoch zum Teil eine gewichtige Hürde für den Revisionsführer dar, etwa bezüglich der insoweit unter hohe Anforderungen gestellten strafprozessualen Verfahrensrügen. Mitunter lässt sich erst im Nachhinein die Bedeutsamkeit des Vortrags des Beschwerdeführers einschätzen. Diese Problematik spiegelt sich auch in der finanzgerichtlichen Praxis wider, welche die Dreierbesetzung bei Fragen der Zulässigkeit keineswegs strikt befolgt: Führt etwa die Beratung zu dem Ergebnis, dass zwei von drei Richtern die Zulässigkeit bejahen, muss der Senat wiederum mit fünf Richtern über die Zulässigkeit – durch Beschluss – entscheiden.¹⁵⁸⁷ Die Revision kann ebenfalls in der Normalbesetzung verworfen werden, wenn sich erst bei der Beratung unter fünf Richtern die Unzulässigkeit ergibt.¹⁵⁸⁸ In Anbetracht dieser Ausnahmen stellt sich zudem die organisatorische Frage, warum nicht gleich in Fünferbesetzung entschieden wird, anstatt Entscheidungsteile erst im Spruchkörper aufzuspalten, um sie gegebenenfalls später wieder zusammenzuführen. Während nicht zuletzt die einstimmige Beschlussverwerfung als unbegründet nach § 126a FGO wiederum nur in einer Fünferbesetzung erfolgen können soll, wird damit widersprüchlicherweise eine angeblich belangvolle Entscheidung impliziert. Kann die Durchführung des Beschlussverfahrens

¹⁵⁸⁵ Siehe jeweils § 10 III VwGO und FGO.

¹⁵⁸⁶ *Stelkens/Panzer*, Schoch/Schneider/Bier, § 10, Rn. 9; *Ruban*, Gräber, § 10, Rn. 2.

¹⁵⁸⁷ *Ruban*, Gräber, § 10, Rn. 2.

¹⁵⁸⁸ BFH VII R 118/74 BStBl II 1978, 228; VII R 91/77 BStBl II 1978, 312.

– schwierige oder bedeutsame Sachen mit eingeschlossen – bereits die Regel darstellen, ist damit umso weniger begreiflich, warum eine Besetzungsreduktion angebracht erscheinen soll. Auf Aspekte der Entscheidungsfindung wird man sich jedenfalls nicht berufen können. Die derzeitige Praxis des „Vier-Augen-Prinzips“ ist sowohl am Oberlandesgericht¹⁵⁸⁹ als auch am Bundesgerichtshof gleichermaßen Kritik ausgesetzt.

3. Der Vorschlag von *Schöttler*

Schöttler schlug im Jahr 1960 vor, unter Beibehaltung des § 349 II StPO dort ziffernmäßig zu normieren, wann eine Revision als „offensichtlich unbegründet“ zu verwerfen sei. Ein derartiger Katalog müsse hingegen kleingehalten werden.¹⁵⁹⁰ Bedauerlicherweise bestimmte er dabei keinerlei Katalogtatbestände. Im Übrigen ist zweifelhaft, ob an dem Merkmal trotz zur Verfügung stehender Legaldefinitionen festzuhalten wäre, suggeriert es doch nach wie vor eine Ausnahmeregelung. Insofern erscheint *Schöttlers* Forderung, den Katalog kleinzuhalten, wenig überzeugend.

4. Der Vorschlag des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer

Der Ausschuss „Strafrecht“ der Bundesrechtsanwaltskammer hält eine Streichung des § 349 II StPO an sich für geboten. Deren Umsetzung erforderte allerdings gerade am Bundesgerichtshof eine Erweiterung der Strafsenate, wollte man nicht eine unvertretbare Verlängerung der Prozessdauer hinnehmen. Die bestehenden Mängel müssten aber jedenfalls gemildert werden. Daher solle eine mündliche Verhandlung wiederum auf begründeten Antrag obligatorisch sein. Eine unvertretbare Zunahme zeitraubender Hauptverhandlungen ergäbe sich nicht, wenn dem Beschwerdeführer der Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft mit den Gründen zur Stellungnahme zugesandt worden sei. Darüber hinaus wird angeregt, dem Revisionsführer zudem eine Stellungnahme des Senats zukommen zu lassen, wenn dieser die Revision als „offensichtlich unbegrün-

¹⁵⁸⁹ *Meyer-Goßner*, DAV-FS, S. 671, meint dbzgl., im Rahmen eines Dreiersenats seien Vorsitzender und Berichterstatter bereits in der Mehrheit, während bei einem Fünfersenat die drei übrigen Beisitzer beide noch überstimmen könnten.

¹⁵⁹⁰ *Schöttler*, NJW 1960, 1337.

det“ zu verwerfen suche.¹⁵⁹¹ Für eine derartige Regelung biete sich ein „Vorbescheid“ nach Art des Verfahrens im Bereich der Finanzgerichtsbarkeit oder eine Vorschaltung nach dem Vorbild des ehemaligen Vorprüfungsausschusses beim Bundesverfassungsgericht an. Ein Hinweis des Senats könne unnütze Anträge durch den Revisionsführer verhindern. Eine solche Verfahrensweise sei jedenfalls angebrachter, als Mindestanforderungen für entsprechende Ausnahmen vom Beschlussverfahren im Gesetz zu formulieren und die sorgfältig begründeten gegen die „unwertigen“ Revisionen abzugrenzen. Weiterhin müsse in jedem Falle ein Begründungszwang eingeführt werden; ein solcher könne auch mehr Garantien für die Sorgfalt der Beratung bieten. Schließlich seien Vorbereitung und Beratung der Beschlussachen zu verbessern und zu vereinheitlichen, indem jedes Senatsmitglied die Akten vor der Sitzung erhalte und seine Auffassung in einem eigenen schriftlichen oder mündlichen Votum bekanntgebe. Dies müsse mindestens durch die Geschäftsordnung sichergestellt werden. Nicht zuletzt bestehe aus prozessökonomischen Gesichtspunkten ein Interesse daran, Revisionen der Staatsanwaltschaft gleichermaßen als „offensichtlich unbegründet“ verwerfen zu können.¹⁵⁹²

Die der aktuellen Fassung des § 349 II, III StPO nahekommende Vorgehensweise mittels Zustellung des staatsanwaltschaftlichen Antrags ergänzt der Strafrechtsausschuss mit der Anregung, dem Revisionsführer zugleich eine Stellungnahme des Senats zu übermitteln. Beide Verfahrensmechanismen sollen ihn davon abhalten, einen Antrag zu stellen, der die zwingende Durchführung einer Hauptverhandlung zur Folge hätte. Zunächst bedeutete eine derartige Methode einen erheblichen Mehraufwand von Gericht und Staatsanwaltschaft im Vorfeld der eigentlichen Entscheidung. Dieser stellte sich insbesondere dann als unverhältnismäßig heraus, falls die Möglichkeit der Beantragung der Anberaumung einer Hauptverhandlung letztlich dennoch wahrgenommen würde. Verfahrensverschleppendem Handeln wäre diese Vorgehensweise nur zuträglich; desgleichen wäre damit zu rechnen, dass jede Gelegenheit ergriffen würde, um der Revision letztlich zum Erfolg zu verhelfen.¹⁵⁹³ Wenn der Aus-

¹⁵⁹¹ Dem zust. *Schlothauer*, StV 2004, 343.

¹⁵⁹² Denkschrift, S. 54 ff. Die Forderungen lehnen sich offenbar an einen von der BRAK bereits Ende 1959 unterbreiteten Vorschlag an, auf den *von Stackelberg*, NJW 1960, 507, ohne Angabe weiterer Fundstellen hinweist.

¹⁵⁹³ Wenn nach dem Strafrechtsausschuss der BRAK ungerechtfertigte Anträge auch dadurch zu verhindern sein könnten, dass man eine erlittene U-Haft nicht anrechne, stellte dies den in U-Haft Befindlichen schlechter und führte zudem zu einer bedenklichen Drucksituation, siehe Denkschrift, S. 56.

schuss an gleicher Stelle selbst einräumt, eine Stellungnahme des Senats könnte die Gefahr oder zumindest den Eindruck einer vorzeitigen Fixierung erwecken, so mag dies auf jene Fälle zutreffen, in denen bereits einmal in der Spruchgruppe beraten wurde. Insoweit ist hingegen zu differenzieren: Nach dem Vorschlag bleibt das Einstimmigkeitserfordernis erhalten. Wird der Beschwerdeführer auf die beabsichtigte Verwerfung als „offensichtlich unbegründet“ hingewiesen, so müssten sich demnach schon alle Richter hierauf geeinigt haben, was Ersterem angesichts der gesetzlichen Voraussetzung bekannt sein dürfte. Hier würde also der Anschein erweckt, der gesamte Spruchkörper sei nunmehr wenig offen für weitere Anregungen, was letztlich die eigentlich bezweckte Gewährung rechtlichen Gehörs größtenteils entwertete. Im Übrigen hat gerade das Institut des Vorprüfungsausschusses bereits beim Bundesverfassungsgericht zu keiner Entlastung geführt.¹⁵⁹⁴ Ob eine Begründung zugleich eine bessere Gewähr für die Gründlichkeit der Beratung bietet, wurde bereits an anderer Stelle¹⁵⁹⁵ zumindest angezweifelt.

Schließlich ist auch die angedachte Art und Weise der Verbesserung und Vereinheitlichung von Beratung und Entscheidungsfindung in Frage zu stellen. Jedem Senatsmitglied nach eigener Aktenlektüre die Abfassung eines Votums abzuverlangen, erwies sich als die bislang extensivste Interpretation des „Zehn-Augen-Prinzips“. Wenngleich in Zivilsachen am Bundesgerichtshof ebenfalls nach diesem Verfahren vorgegangen werden soll,¹⁵⁹⁶ ist die Geschäftsbelastung doch unterschiedlich. Obwohl dort durchschnittlich 4.000 Revisions-Neueingänge zu verzeichnen sind,¹⁵⁹⁷ in Strafsachen dagegen nur etwa 3.000, verteilt sich die Belastung in Zivilsachen auf zwölf Senate, in Strafsachen jedoch auf weniger als die Hälfte, zumal in Revisionszivilsachen lediglich punktuell rechtsgrundsätzliche Probleme von Bedeutung sind. Zu der weiteren Ausgestaltung des Entscheidungsfindungsverfahrens äußert sich der Strafrechtsausschuss zudem nicht. Dabei wäre zu hinterfragen, inwiefern die Voten der einzelnen Senatsmitglieder zur Kenntnis der jeweils anderen Mitglieder zu gelangen hätten, was wiederum mehr Aufwand bedeutete.

¹⁵⁹⁴ *Graßhof*, Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 93a, Rn. 7 ff., insb. Rn. 11.

¹⁵⁹⁵ Siehe S. 305 f.

¹⁵⁹⁶ So hält auch *Becker*, HRRS 2013, 267, ein Verfahren für normativ vorzugswürdig, wie es bereits bei den Zivilgerichten mit entscheidungsvorbereitenden schriftlichen Voten aller Senatsmitglieder gehandhabt werde.

¹⁵⁹⁷ BGH-Jahresstatistik Zivilsenate 2014, S. 6.

Das Ziel der Vereinheitlichung einer Entscheidungsweise ist gewiss wünschenswert; eine Kodifizierung in der Geschäftsordnung setzte aber zunächst voraus, dass sich der Bundesgerichtshof auf Grundlage des § 140 GVG eine derartige Regelung selbst auferlegen würde. Angesichts der absehbaren Mehrbelastung wäre dies kaum zu erwarten. Im Übrigen besteht keinerlei Möglichkeit, insoweit auf ihn einzuwirken. Losgelöst von der bereits teilweise mangelnden Aktualität beziehungsweise Verbindlichkeit der Geschäftsordnung¹⁵⁹⁸ soll diese ihrer Rechtsnatur nach zudem reines Innenrecht festlegen und gerade keine Außenwirkung entfalten. Eine den Revisionsführer jedenfalls mittelbar betreffende, in Ansehung von Art. 103 I GG auch grundrechtsrelevante Regelung zur Entscheidungsfindung wäre im Rahmen einer rein innenrechtlichen Vorschrift¹⁵⁹⁹ zumindest irreführend, wenn nicht fehl am Platze.

5. Der Vorschlag von *Peters*

Peters möchte eine Beschlussentscheidung von einem Hauptverhandlungsverzicht aller Beteiligten, das heißt von Staatsanwaltschaft, Verteidiger und Angeklagtem abhängig machen.¹⁶⁰⁰ Während dem Gericht diesem Vorschlag zufolge gar keine eigene Möglichkeit zur Anordnung des Beschluss- oder Urteilsverfahrens eingeräumt wird, führt *Peters* ferner nicht aus, wie ein derartiger Verzicht im Einzelnen ausgestaltet werden müsste – möglicherweise durch eine ausdrückliche Verzichtserklärung oder aufgrund stillschweigender Zustimmung zur Durchführung des Beschlussverfahrens. Losgelöst davon käme aber auch diese Form der Parteimitwirkung einer Antragsmöglichkeit im Hinblick auf die zwingende Durchführung einer Hauptverhandlung gleich. So wäre in diesem Rahmen ebenfalls mit ihrer routinemäßigen Erzwingung zu rechnen, obgleich dies der Sachbehandlung nicht förderlich wäre.¹⁶⁰¹

¹⁵⁹⁸ Siehe Fn. 1120.

¹⁵⁹⁹ Darin liegt auch der Unterschied zum Geschäftsverteilungsplan, der jedenfalls hins. der Vorabbestimmung der Spruchkörper erklärtermaßen Außenwirkung entfalten und ihm damit obj. Rechtsnormqualität zukommen soll. Insoweit bestehe kein Unterschied zu einer gesetzlich angeordneten Geschäftsverteilung. Die rechtliche Einordnung ist insb. bedeutsam für die Frage der Überprüfung im Hinbl. auf die Garantie des Art. 101 I 2 GG (*Zimmermann*, MüKo-GVG, § 21e, Rn. 7). Siehe auch *Mellwitz*, NJW 1962, 780.

¹⁶⁰⁰ *Peters*, S. 657.

¹⁶⁰¹ *Schoreit*, Pfeiffer-FS, S. 407.

6. Der Vorschlag von *Dahs*

Dahs zufolge soll das Revisionsverfahren als schriftliches Verfahren ausgestaltet werden und die neue Regelung damit – als Pendant zu § 349 IV StPO und sich unter anderem an § 130a VwGO¹⁶⁰² orientierend – nunmehr lauten:

*„Das Revisionsgericht kann durch Beschluss entscheiden, wenn es einstimmig die Revision für unbegründet erachtet und die Hauptverhandlung keine weiteren Erkenntnisse rechtlicher oder tatsächlicher Art erwarten lässt.“*¹⁶⁰³

Diese Fassung verwundert, wird sie doch einer erklärtermaßen schriftlich geprägten Verfahrensweise nur unzureichend gerecht. Vornehmlich vermittelt wiederum das Merkmal der Einstimmigkeit den Eindruck einer Ausnahmeregelung, die gerade besonderen Erfordernissen unterliegt. In welchen Fällen eine Hauptverhandlung keine weiteren Erkenntnisse erwarten lassen soll, bleibt zudem unbeantwortet.¹⁶⁰⁴

7. Der Vorschlag von *Meyer-Goßner*

Gemäß *Meyer-Goßner* könnte zunächst eine die Erhöhung der Zahl der Strafsenate beim Bundesgerichtshof vermeidende und geringere Kosten verursachende Lösung darin gefunden werden, die Zahl der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Strafsenate wesentlich zu erhöhen. Während jedem Senat davon meist zwei zugeteilt seien, könnte man daran denken, für *jeden* Bundesrichter – außer dem Vorsitzenden – einen solchen vorzusehen, wobei es dem Vorsitzenden des Senats vorbehalten bliebe, den Einsatz der Mitarbeiter je nach Arbeitsanfall zu steuern und ihnen weitere Aufgaben zuzuweisen. Die seiner Ansicht nach zwingend zu fertigenden Begründungen für die Verwerfungsbeschlüsse¹⁶⁰⁵ könnten dann von diesen Mitarbeitern entsprechend dem Beratungsergebnis entworfen werden.¹⁶⁰⁶

¹⁶⁰² „Das Oberverwaltungsgericht kann über die Berufung durch Beschluß entscheiden, wenn es sie einstimmig für begründet oder einstimmig für unbegründet hält und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält. § 125 Abs. 2 S. 3 bis 5 gilt entsprechend.“

¹⁶⁰³ *Dahs*, NStZ 2001, 299.

¹⁶⁰⁴ *Hegmanns*, ET 22-02, Rn. 14.

¹⁶⁰⁵ Siehe auch *Meyer-Goßner*, Sarstedt-FS, S. 226.

¹⁶⁰⁶ *Meyer-Goßner*, DAV-FS, S. 671 f.

Gegen einen Überhand nehmenden Einsatz von wissenschaftlichen Mitarbeitern werden indes berechtigte Einwände erhoben. Wie *Meyer-Goßner* an gleicher Stelle selbst einräumt, ist der Senat nicht von der Pflicht entbunden, die schriftlich formulierte Begründung seinerseits wieder zu beraten. Auf welche Art und Weise dies abzulaufen hätte – ob insbesondere jeder Richter die Begründung dafür eigens gelesen haben müsste – ist nicht Gegenstand seiner Überlegungen. Fände demnach eine Vollkontrolle statt, wäre der Zeitaufwand nicht wesentlich geringer als bei eigener Erledigung, weil einerseits Belehungs- und andererseits Korrekturzeit hinzukämen. Handelte es sich hingegen lediglich um eine Teilkontrolle, so trügen weiterhin die Revisionsrichter die Verantwortung für das Ergebnis, indem sie mit ihrer Unterschrift zeichnen müssten; die Sache selbst gäben sie jedoch mehr oder minder aus den Händen. In letzterem Fall wäre daher ein Verstoß gegen Art. 92 GG zu besorgen.¹⁶⁰⁷ Damit stellt sich zugleich die Frage nach einer Rechtsgrundlage für einen (Mehr-) Einsatz derartiger Mitarbeiter. Da das tatsächliche Ausmaß ihrer Tätigkeit einen erheblichen Einfluss auf die richterliche Entscheidungsfindung nehmen kann, erscheint es zweifelhaft, ob – wie *Meyer-Goßner* annimmt – trotz mangelnder Regelung der vermehrte Einsatz von Nicht-Revisionsrichtern gerechtfertigt werden kann. Aufgrund ihrer richterähnlichen Tätigkeit wäre es konsequent, die Qualifikationsvoraussetzungen für wissenschaftliche Mitarbeiter sowie die Dauer ihrer Tätigkeit zu regeln. Schließlich müsste zudem ihre Unabhängigkeit sichergestellt werden.¹⁶⁰⁸

Im Übrigen lautet *Meyer-Goßners* Reformanregung unter Wegfall des Merkmals der „offensichtlichen Unbegründetheit“:

„§ 349: Die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht nimmt zu der Revision schriftlich Stellung und übersendet ihre Stellungnahme dem Beschwerdeführer. Dieser kann binnen zwei Wochen eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen.

§ 350 Abs. 1: Die Entscheidung des Revisionsgerichts ergeht durch einen zu begründenden Beschluss. Hält das Revisionsgericht wegen

¹⁶⁰⁷ *Zuck*, NJW 1996, 1656, für wissenschaftliche Mitarbeiter am BVerfG.

¹⁶⁰⁸ *Zuck*, NJW 1996, 1656. Ob wissenschaftliche Mitarbeiter nicht zuletzt aufgrund übermäßiger Strebsamkeit z. T. selbst verantwortlich für eine überlange Verfahrensdauer seien, da sie *Zuck*, NJW 1996, 1656 f., zufolge aufgrund umsichtiger und umfangreicher Voten selbst den Aufwand produzieren, den sie zu bewältigen hätten, kann zumindest angezweifelt werden.

der rechtlichen Schwierigkeiten der Sache eine Entscheidung durch Urteil für erforderlich, so ordnet es die Durchführung einer Hauptverhandlung an.

Die bisherigen Absätze 1 und 2 werden Absätze 2 und 3. Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4 und lautet: Hat der Angeklagte keinen Verteidiger gewählt, so wird ihm vom Vorsitzenden ein Verteidiger für die Hauptverhandlung bestellt.

*§ 353: Abs. 1 enthält folgende Fassung: Das Revisionsgericht verwirft die Revision, wenn es das Rechtsmittel für unzulässig oder für unbegründet hält. Die bisherigen Absätze 1 und 2 werden Absätze 2 und 3.*¹⁶⁰⁹

Dieser Teil des Vorschlags krankt an mangelnder Bestimmtheit sowie Transparenz für den Beschwerdeführer. *Meyer-Goßner* hält weiterhin an einer an der staatsanwaltschaftlichen Einschätzung orientierten Stellungnahme des Revisionsführers fest. Die Ansicht des Revisionsgerichts bleibt vor der abschließenden Entscheidung weitgehend im Verborgenen. Eine Konkretisierung, in welchen Fällen genau von „rechtlichen Schwierigkeiten“ auszugehen ist, erfolgt nicht; dies will er offenbar allein dem Gericht überlassen, ohne dem Revisionsführer Orientierungshilfen an die Hand zu geben. Eine zwingende gerichtliche Begründung vorzusehen entspricht zunächst dem hier dargelegten Auslegungsergebnis. Auf die Frage, inwiefern sich das Revisionsgericht der staatsanwaltschaftlich begründeten Stellungnahme anzuschließen vermag, bleibt *Meyer-Goßner* schließlich eine Antwort schuldig.

8. Der Vorschlag von *Heghmanns*

Heghmanns unterbreitet als Diskussionsentwurf folgende mögliche Neufassung von § 349 StPO:

„(1) (unverändert)

¹⁶⁰⁹ *Meyer-Goßner*, DAV-FS, S. 677 f. Mangels unmittelbaren Bezugs zum Beschlussverfahren bleibt dabei die Anregung, auch § 347 StPO neu zu fassen, außer Betracht. Sein Vorschlag dazu lautet: „Ist die Revision rechtzeitig eingelegt und sind die Revisionsanträge rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form angebracht, so ist die Revisionschrift dem Gegner des Beschwerdeführers zuzustellen. Sodann sendet das Gericht die Akten an die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht.“

(2) Das Revisionsgericht entscheidet auf Grund einer Hauptverhandlung durch Urteil, wenn

1. der Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren oder zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus verurteilt wurde,

2. der Angeklagte freigesprochen wurde und die Staatsanwaltschaft die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren oder zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus beantragt hatte, oder

3. die Nachprüfung des Urteils zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten erscheint.

(3) In allen übrigen Fällen entscheidet das Revisionsgericht durch Beschluss.

(4) Zur Vorbereitung der Entscheidungen nach Abs. 2 und 3 teilt die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer ihren mit Gründen versehenen Antrag mit. Der Beschwerdeführer kann binnen zwei Wochen eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen. Zur Begründung einer Beschlussentscheidung kann auf den Antrag der Staatsanwaltschaft Bezug genommen werden.¹⁶¹⁰

Die für die Durchführung des Urteilsverfahrens maßgeblichen Kriterien orientieren sich offenbar vornehmlich an Akzeptanzgesichtspunkten, zu denen andernorts¹⁶¹¹ bereits Stellung genommen wurde. Im Rahmen von Absatz 2 Nr. 1 des Entwurfs eine mündliche Verhandlung von dem Ausmaß der dort bestimmten Rechtsfolgen abhängig zu machen, führte jedenfalls am Bundesgerichtshof¹⁶¹² in den häufigsten Fällen zum Ausschluss des Beschlussverfahrens. Dies erscheint insbesondere bedenklich angesichts des zu erwartenden Umstandes, dass je höher die Strafe ausfällt, desto eher auch das Bedürfnis verspürt werden dürfte, Revision (unter anderem zur Hinauszögerung der Rechtskraft) einzulegen, ohne dies auf durchgreifende Gründe stützen zu können. Nutzen und Ertrag einer Hauptverhandlung erschienen gerade in diesen Fällen außer Verhältnis. Gleiches gilt für den Großteil der Revisionen gegen schöffengerichtliche

¹⁶¹⁰ Heghmanns, ET 22-02, Rn. 17.

¹⁶¹¹ Siehe S. 220 ff.

¹⁶¹² Siehe auch § 74 I 2 GVG, wonach zumindest im Falle der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus stets das LG zuständig ist.

Urteile (§ 25 Nr. 2 GVG), bei denen in beiden zur Verfügung stehenden Vorinstanzen die Durchführung einer Hauptverhandlung bereits gewährleistet ist. Die Effektivität einer derartigen mündlichen Aussprache einmal unterstellt, wäre im Übrigen – auch mit Blick auf Absatz 2 Nr. 2 der Entwurfsfassung – ein Konflikt mit Art. 3 I GG zu befürchten, denn diese Möglichkeit stünde etwa dem zu einem Jahr und elf Monaten zu Verurteilenden nicht zu. Der Anspruch an die Vollständigkeit der Feststellungen vor dem Hintergrund des auch verfassungsrechtlich verankerten Untersuchungsgrundsatzes ist gerade nicht an die Höhe der Rechtsfolgen geknüpft.

Absatz 2 Nr. 3 des Entwurfs soll an § 80 I Nr. 1 OWiG anknüpfen. Im Hinblick auf die Rechtsfortbildungstätigkeit und die Rechtsvereinheitlichung durch das Revisionsgericht erscheint es *Heghmanns* „sinnvoll, das Gebotene in aller Form mit der Autorität eines Urteils zu sagen und nicht in einem schnell geschriebenen Beschluss“.¹⁶¹³ Dabei hinkt der Vergleich mit der Rechtsbeschwerde nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht zunächst in zweierlei Hinsicht: Zum einen ist sie in dieser Hinsicht im Gegensatz zur strafprozessualen Revision gerade zulassungsgebunden. Zum anderen ist das Beschlussverfahren nach § 79 V 1 OWiG trotz der überwiegend einseitigen Zweckausrichtung des Rechtsmittels bereits als Regelverfahren vorgesehen. Werden demnach sowohl in § 80 I Nr. 1 OWiG als auch in § 79 I Nr. 1 bis 3 OWiG bedeutsame Sachverhalte aufgezählt, so hält man umgekehrt in all diesen Fällen eben den Beschlussweg für ausreichend. Eine derartige Sichtweise vermag auch § 79 V 2 OWiG nicht zu erschüttern, wonach im Urteilsverfahren entschieden werden kann, wenn die tatinstanzliche Entscheidung schon in einem solchen ergangen ist. Letzteres ist gerade nicht von den in § 79 I OWiG oder § 80 I Nr. 1 OWiG genannten Fällen abhängig, sondern von einem allseitigen Verzicht nach § 72 I 1 OWiG, der aus vielgestaltigen Gründen erklärt oder unterlassen zu werden vermag, etwa zur effektiven Anbringung von Beweisanträgen. Das Ermessen, das letztere Vorschrift vorsieht, bezieht sich dabei insbesondere auf die Notwendigkeit einer Hauptverhandlung zur Tatsachenfeststellung und den damit verbundenen Garantien des Strengbeweisverfahrens¹⁶¹⁴ und damit, wenn überhaupt, nur zweitrangig auf die Klärung rechtlicher Fragen. Im Übrigen ist die offenbar ebenfalls Akzeptanzgesichtspunkten geschuldete Regelung des § 79 V 2 OWiG – deren Sinnhaftigkeit sei hier dahingestellt – nicht auf die strafpro-

¹⁶¹³ *Heghmanns*, ET 22-02, Rn. 16.

¹⁶¹⁴ BT-Drucks. 5/1269, S. 34.

zessuale Revisionsinstanz übertragbar, der gerade stets eine tatinstanzliche Hauptverhandlung vorausgeht; gegen einen Strafbefehl ist die Revision schon nicht statthaft, §§ 333 („Urteile“), 410 III StPO. Auch das Argument der angeblich geminderten Autorität eines Beschlusses vermag letztlich nicht zu überzeugen. Davon geht schon § 138 I 2 GVG nicht aus, wonach der insofern stets für bedeutsame Fälle zuständige Große Senat im Beschlussverfahren entscheiden kann. Zwar könnte sich ein von dessen Beschlüssen ausgehendes höheres Prestige aus der im Gegensatz zu einem normalen Strafsenat größeren Richteranzahl (§ 132 V 2 a.E. GVG: der Präsident sowie zehn Revisionsrichter) ergeben oder aber aufgrund einer vermeintlich besseren Verfahrensweise. Gewiss erfreut sich eine von elf Richtern getroffene Entscheidung hohen Ansehens. Dies mindert einerseits freilich nicht die Reputation eines durch bereits fünf Berufsrichter getroffenen Richterspruchs am Bundesgerichtshof. Die insoweit möglicherweise geminderte Autorität eines mit drei Richtern besetzten Spruchkörpers am Oberlandesgericht wird dabei nicht nur durch die zusätzliche Instanz, sondern auch durch die Vorlagepflichten nach § 121 II GVG kompensiert. Andererseits bedeutet eine höhere Zahl von Richtern nicht zugleich eine produktivere Entscheidungsfindung – je größer das Gremium, desto schwieriger und in prozessökonomischer Hinsicht belastender gestaltet sich der Entscheidungsfindungsprozess. Eine derart große Richteranzahl im Großen Senat mag hier noch zu rechtfertigen sein vor dem Hintergrund der dortigen Bearbeitung „vorsortierter“ spezifischer Rechtsfragen. Das mangelnde Renommee von Beschlüssen nach insbesondere § 349 II StPO ist hingegen gerade auf die missbilligte Verfahrensweise zurückzuführen, die einer Optimierung durchaus zugänglich ist.

9. Der Vorschlag der Expertenkommission zur Reform des Strafprozessrechts

Das Bundesjustizministerium hat im Juli 2014 eine Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens einberufen. Ihr Arbeitsauftrag bestand darin, vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung rechtsstaatlicher Grundsätze alle Verfahrensabschnitte des Strafverfahrens einer Prüfung auf

ihre Zeitgemäßheit zu unterziehen.¹⁶¹⁵ Bezüglich des schriftlichen Revisionsverfahrens wurden zwei Reformmöglichkeiten erörtert.

Die erste, von *Hamm*¹⁶¹⁶ und *Norouzi*¹⁶¹⁷ empfohlene Alternative zielt auf das Urteilsverfahren als künftiges Ausnahmeverfahren ab. Im Rahmen einer Soll-Vorschrift sei dem Revisionsgericht ein gebundenes Ermessen einzuräumen: Zum einen solle es im Falle grundsätzlicher Rechtsfragen eine Hauptverhandlung stattfinden lassen. Derartige Rechtsfragen lägen dann vor, wenn zu ihnen bereits im Schrifttum gegenläufige Positionen bezogen worden seien oder wenn deren Leitsatzbeantwortung zur Aufnahme in der amtlichen Sammlung geeignet erscheine. Zum anderen solle der Senat einen Termin ansetzen, wenn die Durchführung des Rechtsgesprächs im konkreten Einzelfall einen Erkenntnisgewinn verspreche. Weiterhin sei bei Uneinigkeit der Senatsmitglieder die Anberaumung einer Hauptverhandlung sogar zwingend. In Bezug auf die weiteren Voraussetzungen des § 349 StPO möchten sich die Autoren von dem Einstimmigkeitserfordernis in Absatz 4 trennen, ebenso von dem Merkmal der „Offensichtlichkeit“ in Absatz 2. Im Hinblick auf eine gesicherte Kenntniserlangung jedes Revisionsrichters vom Akteninhalt biete es sich zudem an, die hinsichtlich der „erweiterten Revision“ vermeintlich unumgängliche Eigenlektüre des Urteils und der Revisionsunterlagen „nach der Regelbeispielstechnik“ von bestimmten Delikts- oder Verfahrenskonstellationen abhängig zu machen. Dazu zählt *Norouzi* lediglich die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder problematische Beweissituationen wie Aussage-gegen-Aussage. Das

¹⁶¹⁵ Kommissionsbericht 2015, S. 1.

¹⁶¹⁶ Kommissionsbericht 2015, Anlagenband I, S. 628-659, insb. S.638-652. § 349 StPO solle danach wie folgt neu gefasst werden (S. 652): „(1) Mit der Zuleitung der Akte an das Revisionsgericht stellt die Staatsanwaltschaft einen Antrag, der zu begründen ist. Die Staatsanwaltschaft teilt den Antrag mit den Gründen dem Beschwerdeführer mit. Der Beschwerdeführer kann binnen zwei Wochen eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen. (2) Erachtet das Revisionsgericht die Vorschriften über die Einlegung der Revision oder die über die Anbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluss als unzulässig verwerfen. (3) Auch über eine zulässige Revision entscheidet das Revisionsgericht durch Beschluss, wenn es mehrheitlich die Revision für begründet oder einstimmig die Revision für unbegründet hält. Der Beschluss ist in jedem Falle zu begründen. Entsprechen die Gründe der Antragsschrift der Staatsanwaltschaft, genügt der Hinweis darauf. (4) Liegen die Voraussetzungen für eine Entscheidung durch Beschluss nicht vor oder hält der Senat zur Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen eine Hauptverhandlung für angezeigt, so entscheidet er über das Rechtsmittel durch Urteil.“

¹⁶¹⁷ *Norouzi*, StV 2015, 775 ff. Laut Kommissionsbericht 2015, Anlagenband I, S. 628, hat *Norouzi* den hier relevanten Teil des Gutachtens redaktionell vorbereitet.

„Zehn-Augen-Prinzip“ solle zudem – betreffend alle revisionsrelevanten Unterlagen – gesetzlich verankert werden. Nicht zuletzt fordern sie eine pauschale Begründungspflicht, die sie in erster Linie auf den Disziplinierungsgedanken und auf eine Selbstkontrolle im Senat stützen. Im Falle einer dezidierten Gegenerklärung des Beschwerdeführers auf den Antrag der Staatsanwaltschaft ließe sich eine „kurze“ Begründung „nicht vermeiden“. Um die floskelhafte Übernahme der Antragsbegründung durch das Revisionsgericht zu vermeiden, müsse es die Ausführungen der Staatsanwaltschaft entweder durch Einrücken im Textfeld wortwörtlich oder jedenfalls sinngemäß wiedergeben.

Die der ersten Alternative hinsichtlich der Beibehaltung des Einstimmigkeits- und der Streichung des Offensichtlichkeitsanfordernisses ähnliche zweite Möglichkeit geht auf das vorbereitende Gutachten *Mutzbauers*¹⁶¹⁸ zurück. Er hält an dem begründeten Antragserfordernis der Staatsanwaltschaft zur Sache fest; es bestehe jedoch kein Bedürfnis, das Revisionsgericht nur entsprechend diesem Antrag entscheiden zu lassen. Es solle dem gerichtlichen Ermessen anheimgegeben sein, ob eine Hauptverhandlung einen Erkenntnisgewinn verspreche. Bei Rechtsmitteln mehrerer Beteiligter müsse indes nicht einheitlich verfahren werden. In Bezug auf die Entscheidungsfindung sei eine gesetzliche Regelung des „Zehn-Augen-Prinzips“ jedoch aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 97 GG unzulässig. Schließlich sei eine Begründungspflicht einzuführen; allerdings reichten Bezugnahmen oder nur kurze Begründungen aus.

Dass eine Hauptverhandlung bei Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung nicht zwingend erforderlich ist beziehungsweise angesichts einer wohldurchdachten schriftlichen Aufarbeitung des Prozesstoffes sogar hinderlich sein kann, wurde bereits herausgestellt. Der diesbezügliche Definitionsversuch von *Hamm* und *Norouzi* erscheint darüber hinaus wenig praktikabel; wann eine Rechtsfrage etwa zur Aufnahme in die amtliche Sammlung „geeignet“ sein soll, bleibt offen. Zudem dürfte das Revisionsgericht kaum einschätzen können, wann eine Hauptverhandlung ein Mehr an Erkenntnis liefern würde: Hat der Revisionsführer eine ausführliche Gegenerklärung eingereicht, so ist dies möglicherweise bereits alles, was er zu der Thematik beizutragen hat; ist eine Stellungnahme bereits auf dem Schriftwege unterblieben, so muss eine solche in der späteren Hauptverhandlung keinesfalls zu erwarten sein. Im Übrigen ist es aus ähnlichen Gründen nicht sinnhaft, bei Uneinigkeit im Senat zu einer

¹⁶¹⁸ Kommissionsbericht 2015, Anlagenband I, S. 669-699, insb. S. 674-688 und S. 695 f.

Hauptverhandlung zu *zwingen*, wenn die Revisionsrichter dennoch kein produktives Rechtsgespräch prognostizieren. Davon abgesehen ist eine „Soll“-Vorgabe noch undurchsichtiger als eine obligate Norm. Wenn weiterhin die Einstimmigkeit in Absatz 4 gestrichen werden soll, so leuchtet es nicht ein, dieselbe in Absatz 2 zu belassen. Darüber hinaus impliziert die Einführung von Regelbeispielen die Aufstellung eines nicht abgeschlossenen Kataloges an Kriterien, die für den Revisionsführer nicht offenliegen und auch dem Revisionsgericht keine klaren Vorgaben an die Hand geben. Wenn der Vorschlag *Mutzbauers* keine einheitliche Verfahrensweise bei mehreren Beteiligten vorsieht, so sind Missbrauchsmöglichkeiten auf Seiten des Revisionsgerichts und damit mögliche Verstöße gegen den Grundsatz der Waffengleichheit keineswegs ausgeschlossen. Obwohl das Gericht nicht gezwungen sein soll, entsprechend dem Antragsersfordernis zu entscheiden, so dürfte von der Antragsbegründung weiterhin eine suggestive Wirkung ausgehen, welche die – nach wie vor einstimmige – gerichtliche Ermessensentscheidung hinsichtlich der Durchführung des Beschlussverfahrens bewusst oder unbewusst zu beeinflussen vermag. Ob eine ausdrückliche Regelung des „Zehn-Augen-Prinzips“ die richterliche Unabhängigkeit verletzt, kann dahinstehen, da dessen Einhaltung jedenfalls weder überprüfbar noch durchsetzbar ist, wie andernorts ausgeführt¹⁶¹⁹. Ein derartiges Normgebot wäre daher inhaltsleer und könnte nicht zu der mit ihm bezweckten Legitimierung des heutzutage zahlenmäßig weit überwiegenden Beschlussverfahrens beitragen. Schließlich sollte sich eine Begründungspflicht, wie bereits herausgestellt¹⁶²⁰, gerade nicht auf eine Disziplinierungs- oder Selbstkontrollfunktion stützen. Ebenso wenig wird deutlich, warum sich eine Begründung bei einer dezidierten Gegenerklärung nicht vermeiden lassen sollte beziehungsweise auch, wann eine Begründung lediglich „kurz“ ist. Indessen ist das Bestreben, überflüssige Floskeln zu vermeiden, durchaus begrüßenswert.

Gegen beide von der Expertenkommission diskutierten Reformansätze sind demnach bedeutsame Einwände zu erheben. Auch die Kommissionsmitglieder haben sich letztlich gegen die Übernahme einer der beiden Vorschläge ausgesprochen, mehrheitlich indes aufgrund der schlichten Annahme, die derzeitige Vorgehensweise genüge verfassungsrechtlichen sowie strafprozessualen An-

¹⁶¹⁹ Siehe S. 267 ff. Dies vermutet letztlich auch *Mutzbauer*, siehe Kommissionsbericht 2015, Anlagenband I, S. 696.

¹⁶²⁰ Siehe S. 282 f. sowie S. 302.

forderungen.¹⁶²¹ Mit Blick auf die im Rahmen dieser Arbeit aufgezeigte, in vielerlei Hinsicht mangelbehaftete Verfahrensweise ist dies ein kaum zufriedenstellendes und dem eingangs geschilderten Kommissionsauftrag im Übrigen wenig gerecht werdendes Ergebnis.

10. Vorschläge speziell im Hinblick auf die Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren

a) Der Vorschlag von *Hartung*

Was die Qualität von Beratung und Entscheidungsfindung anbelangt, forderte *Hartung*, auch die Spruchkörper am Oberlandesgericht mit fünf Richtern zu besetzen.¹⁶²² Dabei ist die Schwäche der derzeitigen Regelung einzuräumen, gerade am Oberlandesgericht den verbleibenden Beisitzer unter Umständen zu nötigen, bei einer Mehrheit von Vorsitzendem und Berichterstatter die „offensichtliche Unbegründetheit“ der Revision anzunehmen, um nicht die Einstimmigkeit des Ergebnisses zu unterlaufen. Wie aufgezeigt, ist eine optimale Entscheidungsfindungsmethode allerdings selbst bei fünf Richtern am Bundesgerichtshof aktuell nicht gewährleistet. Wiese man das Beschlussverfahren aber von Gesetzes wegen als legitimes Regelverfahren aus, wäre jedenfalls das Bestreben hinfällig, aus prozessökonomischen Gründen unter einstimmiger Beurteilung nach § 349 II StPO ein schriftliches Verfahren tunlichst herbeizuführen. Wenngleich Vorsitzender und Berichterstatter weiterhin eine Mehrheit für sich beanspruchen könnten, wäre diese zumindest von keinem prozessökonomischen Streben mehr getragen, sondern schlichtweg von ihrer bevorzugten Rechtsansicht. Insofern unterscheidet sich diese Form der Mehrheitsentscheidung kaum von jener des tatgerichtlichen Verfahrens, an denen ebenfalls drei Richter beteiligt sind. Der Unterschied bestünde demnach weiterhin darin, dass der verbleibende Richter – wie auch diejenigen am Bundesgerichtshof nach aktueller Praxis – von dem Berichterstatter informiert wird und nicht durch das Geschehen in der Hauptverhandlung beziehungsweise nicht zwingenderweise durch eigene Aktenlektüre.

¹⁶²¹ Kommissionsbericht 2015, S. 163 ff. Zu den im Einzelnen geführten Diskussionen siehe Anlagenband II, S. 155 ff.

¹⁶²² *Hartung*, DRZ 1950, 222.

b) Der Vorschlag von *Sarstedt*

Sarstedt möchte § 349 II StPO demgegenüber überhaupt nicht mehr auf die Oberlandesgerichte ausgeweitet wissen. Während ihre diesbezügliche Befugnis durch Notverordnung im Jahr 1931 ausgedehnt wurde, bestünde heute keine Not mehr. Es stelle einen erheblichen Unterschied dar, ob fünf Richter des Bundesgerichtshofs oder drei des Oberlandesgerichts etwas für „offensichtlich unbegründet“ hielten. Beim Oberlandesgericht könnten abgeordnete Richter des Amtsgerichts oder Landgerichts mitwirken, beim Bundesgerichtshof dagegen allein Bundesrichter. In einem Dreier-Senat bildeten Vorsitzender und Berichterstatter zusammen bereits die Mehrheit – für den verbleibenden Beisitzer sei es nicht sehr angenehm, sich schon von vornherein in der Minderheit zu wissen.¹⁶²³ Den Oberlandesgerichten die Möglichkeit einer Beschlussverwerfung zu verwehren, stünde zunächst kaum mit der Rechtswirklichkeit eines überwiegend schriftlich geprägten Revisionsverfahrens in Einklang. Angesichts der im Vergleich zum Bundesgerichtshof etwa doppelten Anzahl von Revisionen am Oberlandesgericht führte dies dort zu einer schwerlich zu bewältigenden Mehrbelastung. Was die Mehr- und Minderheitsproblematik an einem Dreiersenat betrifft, ist zunächst auf vorausgehende Ausführungen zu verweisen. Einzig die Problematik der Kenntniserlangung des dritten Richters im Beschlussverfahren ist hier wiederum von Belang.

c) Der Vorschlag von *Schlothauer*

Schlothauer unterbreitet den Vorschlag, ein dem Verfassungsbeschwerdeverfahren vergleichbares Annahmeverfahren vor einer mit drei Richtern besetzten Kammer des Senats einzuführen, das sowohl zur Entlastung der Revisionsgerichte als auch zu einer gründlicheren Prüfung der Revisionsverwerfungsanträge der Staatsanwaltschaft beitragen könnte. Bei einer Besetzung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs mit sechs Richtern neben dem Vorsitzenden könnten ihm zufolge für jeden Senat drei Kammern gebildet werden, die mit dem Senatsvorsitzenden und jeweils zwei Richtern zu besetzen wären. Auf einen Antrag des Generalbundesanwalts könnte die Kammer unter Beachtung von Art. 103 I GG durch einstimmigen Beschluss gemäß § 349 II oder IV StPO ent-

¹⁶²³ *Sarstedt*, JR 1967, 32. Auch die Denkschrift, S. 54, hält eine solche Möglichkeit zumindest nicht für fernliegend.

scheiden. Beide Kammerbeisitzer müssten in diesem Rahmen unabhängig voneinander zu entsprechenden Voten kommen. In diesem Fall hätten sie und der Vorsitzende jeweils eigene Aktenkenntnis. Gelange man zu keiner Übereinstimmung, so müsse der gesamte Senat entscheiden. Dabei solle es dem Senat überlassen bleiben, ob diese Entscheidung durch Urteil oder Beschluss erfolge.¹⁶²⁴

Dem Vorschlag ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Einrichtung eines Annahmeverfahrens vor einer Kammer des Senats bereits am Bundesverfassungsgericht, das hier als Vorbild dienen soll, keine spürbare Entlastung bewirkt hat.¹⁶²⁵ Wenn der Entlastungseffekt demnach primärer Beweggrund für *Schlothauers* Reformanregung ist, so kann eine Verfahrensbeschleunigung auch bei der strafprozessualen Revision nicht ohne Weiteres erwartet werden, zumal der Vorbereitungs- und vor allem Beratungsaufwand in den Kammern als ähnlich hoch einzuschätzen ist, wie bei der Senatsentscheidung selbst¹⁶²⁶. Überhaupt wäre darüber nachzudenken, ob schriftlich verfasste Voten gleich zweier Beisitzer nicht geeignet wären, zugleich die verbleibenden Beisitzer des gesamten Spruchkörpers über den zu entscheidenden Fall zu informieren; die vorgeschaltete Prüfung der Kammer erschiene unter diesem Gesichtspunkt demnach obsolet. Zu der eigentlich bedeutsamen Frage, wie Art. 103 I GG bei dieser Verfahrensweise Rechnung zu tragen sein soll, bezieht *Schlothauer* bedauerlicherweise keine Stellung. Nicht zuletzt aus den folgenden Gründen dürfte das Kammerverfahren auch keine zwingend gründlichere Bearbeitung von Revisionen gewährleisten: Wird an dem staatsanwaltschaftlichen Antragserfordernis und der einstimmigen Entscheidung in der Kammer festgehalten, so sind die Hauptprobleme der derzeitigen Verfahrensweise keineswegs beseitigt. Die Staatsanwaltschaft ist weiterhin nicht daran gehindert, stets den Verwerfungsantrag zu stellen. Darüber hinaus wird auch die aufgrund dessen meist zum Einsatz kommende Kammer prinzipiell bemüht sein, die Sache bereits im Annahmeverfahren zum Abschluss zu bringen. Es ist also zu befürchten, dass sie auf eine einstimmige Entscheidung hinarbeiten wird.

¹⁶²⁴ *Schlothauer*, StV 2004, 343.

¹⁶²⁵ *Schneider*, NJW 1996, 2630; *Ulsamer*, Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 15a, Rn. 10 (Fn. 1).

¹⁶²⁶ Zum Verfahren am Bundesverfassungsgericht *Schneider*, NJW 1996, 2630.

d) Der Vorschlag von *Fischer, Eschelbach und Krehl*

Fischer, Eschelbach und *Krehl* haben sich in unterschiedlicher Zusammensetzung mit der Problematik der Beratung und Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren befasst. So stellten sich *Fischer* und *Krehl* bereits im Jahr 2012 auf den Standpunkt, der Berichterstatter habe ein schriftliches Votum anzufertigen und nebst abgelichteten Senatsheften an den gesamten Spruchkörper zu übersenden.¹⁶²⁷ *Fischer* fügte dem im Jahr 2013 hinzu, alle Richter hätten die Akten zu lesen;¹⁶²⁸ die anschließende Beratung könne dann wesentlich schneller durchgeführt werden¹⁶²⁹. *Fischer, Eschelbach* und *Krehl* ergänzten kurz darauf die bis dahin vorgebrachten Einzelvorschläge gemeinsam wie folgt: Der Senatsvorsitzende übernehme wie die Beisitzer Berichterstattungen; nur für seine spezifische Arbeit sei er zu entlasten. Dieser leite den Berichterstattern die auf sie entfallenden Sachen mit der Bitte um Erstellung eines Votums zu. Das vorgelegte Votum werde mit einer Ablichtung des Senatsheftes an alle Mitglieder der zuständigen Spruchgruppe verteilt. Der Vorsitzende bestimme auf Vorschlag des Berichterstatters einen Beratungstermin; alternativ sei die Sache regelmäßig zwei Wochen nach Votumsvorlage zu beraten. Abweichende Ansichten gegen das Votum sollten schriftlich gefasst und möglichst drei Tage vor dem Beratungstermin im Senat verteilt werden; sie würden außerdem zum Senatsheft genommen. Im Beratungstermin werde auf einen mündlichen Vortrag verzichtet; die Diskussion habe sich auf Rechtsfragen und Einwendungen zu beschränken.¹⁶³⁰

Fischer, Eschelbach und *Krehl* sind demnach vornehmlich bemüht, die Nachteile eines Vortrags zu vermeiden, indem der Berichterstatter ein schriftliches Votum anzufertigen habe. Gewiss ist auf diese Weise der Einfluss verzerrender mündlicher Komponenten minimiert und die Aufmerksamkeit der Beisitzer lässt sich bei der selbstbestimmten Lektüre eines Votums leichter aufrechterhalten. Die Subjektivität der Bearbeitung wird sich hingegen auch bei der Schriftform nicht gänzlich vermeiden lassen, wie auch die Gefahr lückenhafter (Sachverhalts-) Darstellung. Bei nach diesem Vorschlag fehlendem Be-

¹⁶²⁷ *Fischer/Krehl*, StV 2012, 558.

¹⁶²⁸ *Fischer*, NStZ 2013, 432; *dems.*, Beulke-FS, S. 721 (Fn. 62), zufolge hat der zweite Strafsenat am 1.4.2014 probeweise ein Verfahren des „Zehn-Augen-Prinzips“ eingeführt, das sich an dem Vorschlag von *Fischer* und *Krehl* orientiere.

¹⁶²⁹ *Fischer*, Beulke-FS, S. 721 (Fn. 62).

¹⁶³⁰ *Fischer/Eschelbach/Krehl*, StV 2013, 402.

richterstattervortrag könnte die Beratungsdauer reduziert sein und einerseits das Bestreben aufkommen, mehr Fälle als üblich zu erledigen, was den Beisitzern die Lektüre zahlreicher Voten für einen Beratungstermin abverlangte und sie womöglich Erinnerungsdefiziten ausgesetzt wären. Außerdem ist nicht absehbar, in wie vielen Fällen tatsächlich nach Lektüre des Votums abweichende Ansichten vorgetragen würden. Sind allein solche Gegenstand der Beschlussberatung, wäre damit zu rechnen, dass die Sache dort überhaupt nicht mehr zur Sprache käme und die Einstimmigkeit aufgrund mangelnder Einwände bereits vor der Beratung – durch Schweigen – feststünde. Ist auch mit § 197 GVG die Abstimmungsweise in Grundzügen geregelt, so dürfte diese kaum überprüfbar sein. Eine derartige Vorgehensweise verkäme daher leicht zu einem „Umlaufverfahren“. Dies sind Verfahren, bei denen ein Beschluss unter Abwesenden durch Umlauf eines entscheidungsreifen Antrags bei Einhaltung formaler Bedingungen zustande kommt. Gerichte machen davon bei Kosten- oder Eilentscheidungen vor allem im Verwaltungsprozess Gebrauch¹⁶³¹ beziehungsweise bei Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹⁶³². Die Vorzüge eines solchen Verfahrens sollen in der Beschleunigung des Entscheidungsganges, in dem Ersatz von Abstimmungen, in der Entlastung des Gremiums und in der Sicherung der Verfahrensrationalität angesichts einer Individualisierung der Auseinandersetzung mit der Sache liegen.¹⁶³³ Gerade bei Gruppenentscheidungen scheint aber die Entscheidungsfindung durch Beratung und Abstimmung in besonderem Maße dazu geeignet zu sein, die Entscheidung als eine solche des Kollektivs auszuweisen. Wenn die Mitglieder des Entscheidungsgremiums nicht präsent sind, geht die typische Gruppendynamik kollektiver Entscheidungsorgane verloren.¹⁶³⁴ Bedeutet Schweigen faktisch Zustimmung, wird überdies nicht einmal ersichtlich, ob das Votum überhaupt gelesen wurde, zumal ein schriftlicher Widerspruch mehr Arbeit bedeutet als die mündliche Geltendmachung von Bedenken. Derartige Verfahren neigen daher ihrer Struktur nach dazu, leichte Zweifel von vornherein zu marginalisieren oder auszuschließen.¹⁶³⁵

¹⁶³¹ *Anderheiden*, VerwArch 2006, 165.

¹⁶³² *Anderheiden*, VerwArch 2006, 168.

¹⁶³³ *Anderheiden*, VerwArch 2006, 173.

¹⁶³⁴ *Anderheiden*, VerwArch 2006, 176; *Berkemann*, JZ 1971, 540. *Epping*, DÖV 1995, 722 f., bezeichnet Umlaufverfahren insoweit auch als „Einwendungsausschlussverfahren“, da regelmäßig auf eine gemeinschaftliche Beratung verzichtet werde.

¹⁶³⁵ *Anderheiden*, VerwArch 2006, 180 f.

e) Der Vorschlag von *Groß-Bölting*

Groß-Bölting, die über einen Verstoß des „Vier-Augen-Prinzips“ gegen Art. 103 I GG hinaus auch einen solchen gegen Art. 101 I 2 GG annimmt, will aus diesen „Grundrechten des Revisionsführers“ einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Senat des Bundesgerichtshofs, insbesondere gegenüber dem Vorsitzenden, herleiten. Gegenstand soll die Angabe darüber sein, wie viel Zeit für die Beratung zur Verfügung gestanden habe, wie die Beratung vorbereitet und konkret durchgeführt und vor allem, wie die umfassende Kenntnis der Mitglieder im Einzelfall erlangt worden sei. Zudem sei ein Antrag dahingehend „denkbar“, dass alle Mitglieder der Spruchgruppe das Senatsheft vor einer Beratung selbst vollständig läsen. Dieser wäre sinnvollerweise mit einem weiteren Antrag zu kombinieren, ein psychologisches Sachverständigengutachten einzuholen, um allgemeinkundige Erkenntnisse zur mangelhaften Kognition bei rein auditiver Erkenntnisvermittlung mit einzubringen.¹⁶³⁶ Die Effektivität eines Auskunftsanspruches, wie er *Groß-Bölting* vorschwebt, ist aber höchst zweifelhaft. Zunächst dürfte der Vorsitzende kaum in Erfahrung bringen beziehungsweise rekonstruieren können, welcher der Beisitzer sich wie vorbereitet hat. Auch eine dahingehende Auskunft der Beisitzer selbst wäre schwerlich zu verifizieren. Wenn ebenso über die Beratungszeit Rechenschaft abgelegt werden müsste, stellt diese nicht einmal ein zwingendes Kriterium für die (mangelnde) Qualität der Beratung dar. Ein Antrag auf Aktenlektüre durch alle Richter des Spruchkörpers würde einerseits routinemäßig gestellt. Andererseits mangelte es hier gleichermaßen an einer effektiven Kontrolle. Zu der Frage, wie eine damit zu kombinierende psychologische Begutachtung genau ausgestaltet sein soll, äußert sich *Groß-Bölting* nicht. Wenn sich ein derartiges Gutachten auf allgemeinkundige Erkenntnisse im Hinblick auf eine verzerrte Rezeption von mündlichen Vorträgen beziehen soll, so sind empirische Studien dazu, wie an anderer Stelle erläutert¹⁶³⁷, bereits vorhanden. Eine mangelhafte Kognition im Einzelfall festzustellen, dürfte faktisch kaum möglich sein.

¹⁶³⁶ *Groß-Bölting*, StraFo 2012, 449 f.

¹⁶³⁷ Siehe S. 241 f.

f) **Der Vorschlag von *Hamm* und *Krehl***

Hamm und *Krehl* favorisieren schließlich die Einrichtung des „Zehn“- neben eines „Vier-Augen-Prinzips“ in Gestalt der Aufstellung eines Katalogs von Konstellationen, bei deren Vorliegen es immer wieder zu vertiefter Auseinandersetzung mit den zugrundeliegenden Problemen komme oder deren Beurteilung regelmäßig eine eingehende Kenntnis des Sachverhalts oder der Revisionsbegründung einfordere. Darunter fallen ihnen zufolge etwa umfangreiche oder schwierige Rechtsfragen aufwerfende Sachverhalte, unklare und unübersichtliche Beweiswürdigungen in Indizienprozessen beziehungsweise Aussagegegen-Aussage-Konstellationen sowie schwierige Strafzumessungssachverhalte.¹⁶³⁸ Zunächst stellt sich die Frage, wer darüber zu befinden hat, welcher Sachverhalt konkret eine eingehende Aktenkenntnis erfordert. Bei den nach *Hamm* und *Krehl* „einfachen Fällen“ müsste dementsprechend eine Vorentscheidung getroffen werden, die nicht den gesamten Spruchkörper betreffe und wohl dem Vorsitzenden beziehungsweise vor allem dem Berichterstatter vorbehalten wäre. Sollte dieser nicht dafür, den übrigen Beisitzern in einem konkreten Fall das Senatsheft zur Lektüre zuzuleiten, so würde in der betreffenden Sache schon sein Vortrag das Stigma setzen für einen überschaubaren Sachverhalt und eine unproblematische Rechtsfrage. Auf diese Weise könnten sich bei den Spruchkörpern wiederum Ankereffekte einstellen. Insbesondere in Fällen mit kurzen, übersichtlichen Sachverhalten könnte darüber hinweggetäuscht werden, dass auch diese komplizierte Rechtsprobleme aufzuwerfen vermögen. Wenn außerdem nicht von vornherein das „Zehn-Augen-Prinzip“ praktiziert würde, sich nach der Beratung mitsamt Berichterstattervortrag aber die Erforderlichkeit einer weiteren Aktenlektüre herausstellte, wäre es in manchem Fall prozessökonomischer, sogleich die *Hamm* und *Krehl* zufolge umfassendere Art der Vorbereitung zu wählen.

11. Vorschläge speziell im Hinblick auf eine Begründungspflicht im Beschlussverfahren

Während nach hier favorisierter Ansicht bereits von Gesetzes wegen von einer Begründungspflicht auszugehen ist, fordern zahlreiche Autoren deren „Einfüh-

¹⁶³⁸ *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 905; dem Vorschlag ausdrücklich zust. *Rissing-van Saan*, *Beulke-FS*, S. 970 f.

nung“, wobei im Einzelnen nicht sicher auszumachen ist, inwiefern bei der derzeitigen Regelung von der Entbehrlichkeit einer solchen ausgegangen oder jedenfalls aber gefordert wird, das Revisionsgericht habe sich schlicht an die gesetzlichen Anforderungen zu halten. Teilweise wird vertreten, die mangelnde Begründungspraxis sei als einziges Übel des Beschlussverfahrens anzusehen, ohne dass weitere Vorschläge unterbreitet werden.¹⁶³⁹ Ob die derzeitigen Probleme im Zusammenhang mit § 349 II StPO ausschließlich durch eine in allen Fällen zu verfassende Begründung kompensiert werden können, ist indes fragwürdig. Sie vermag zwar die Unbegründetheit einer Revision zu belegen, jedoch nicht zwingend den Unterschied zwischen einer unbegründeten und einer „offensichtlich unbegründeten“ Revision herauszustellen. Auch die Praxis der Entscheidungsfindung würde dadurch nicht wesentlich verbessert. Die Beschlussbegründung stellt lediglich das Ergebnis der Beratung dar, mag auf diese oder aber auf die Aktenkenntnis der Beisitzer allerdings kaum Einfluss nehmen.

Allenfalls hätte man sich in prozessökonomischer Hinsicht die Frage zu stellen, in welchen Fällen etwa eine Ausnahme von der Begründungspflicht greifen könnte¹⁶⁴⁰ beziehungsweise wie eine Begründung beschaffen sein müsste. *Kodde*¹⁶⁴¹, der eine solche als Ersatz für die „Offensichtlichkeit“ fordert¹⁶⁴², sieht in der Veröffentlichung von Begründungen zunächst einen Anhalt für die Revisionsgerichte zur Zurückhaltung mit Kurz- und Formelbegründungen. Ihm zufolge hat sich die Form der gerichtlichen Begründung weiterhin an Quantität und Qualität der Revisionsbegründung zu orientieren.¹⁶⁴³ Dass hingegen eine ausführliche Revisionsbegründung eine ebenso umfangreiche Begründung des Gerichts zur Folge haben soll, ist nicht einzusehen. Zweckmäßigerweise sollte es dem Revisionsgericht überlassen sein, den Begründungsumfang ausschließlich an die zu behandelnden rechtlichen Gegebenheiten anzupassen. Ein Verbot rein formelhafter Begründungen dürfte bereits floskelartige Ausführungen ver-

¹⁶³⁹ *Fischinger*, Cüppers-GS, S. 150; *Wüst*, AnwBl. 1959, 218; *Schünemann*, JA 1982, 131; *Wohlers*, JZ 2011, 79.

¹⁶⁴⁰ *Kruse*, S. 359 ff., weist jedenfalls darauf hin, es sei unmöglich, jeden Beschluss zu begründen, unterbreitet aber keine Lösungsvorschläge. Möchte *Weber*, DJZ 1927, 81, eine Begründungspflicht zumindest für den Bereich der OLGs vorschreiben und den BGH damit konkludent verschonen, so stellt sich dieser Vorschlag noch als zu flächendeckend dar, um tatsächlich von einer „Ausnahme“ sprechen zu können.

¹⁶⁴¹ *Kodde*, S. 190 ff.

¹⁶⁴² Wie auch *Siegert*, NJW 1959, 2153.

¹⁶⁴³ In diese Richtung *Rottmann*, S. 14.

hindern und einzelfallbezogene Erörterungen fördern können. Nicht zuletzt wäre der Revisionsführer wiederum in der Lage, durch einen weitschweifigen Vortrag den Arbeitsumfang des zur Begründung verpflichteten Richters zu erweitern und damit mittelbar eine Verschleppung des Verfahrens herbeizuführen.

Eine bedingt weiterführende Anregung gibt der Ausschuss „Strafrecht“ der Bundesrechtsanwaltskammer¹⁶⁴⁴, der jedenfalls in Fällen einer Stellungnahme zum Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft oder zu einem Hinweis des Senats eine Begründung vorschreiben möchte. Losgelöst von der wenig zufriedenstellenden Antragslösung in ihrer jetzigen Form, bleibt dabei insbesondere unklar, auf welchen Erwägungen diese Anschauung beruht und wie eine derartige Stellungnahme geartet sein müsste, um eine Begründungspflicht seitens des Gerichts hervorzurufen.

12. Vorschläge speziell im Hinblick auf eine Rechtsanwaltschaft in Revisionsstrafsachen

Andere sehen das Übel der derzeitigen Situation an den Revisionsgerichten und den Grund für die weitherzige Auslegung des § 349 II StPO einzig oder in Verbindung mit anderen Faktoren in mangelbehafteten Revisionsbegründungen. Abhilfe kann ihrer Ansicht nach eine Sonderzulassung von Rechtsanwälten an den Revisionsgerichten schaffen.¹⁶⁴⁵ So lapidar diese Forderung auch durchweg ausgesprochen wird, mangelt es doch stets an einer Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen – nicht unerheblichen – Problemfeldern.

a) Die Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof in Zivilsachen

Als Ausgangspunkt derartiger Anschauungen dürfte die schon bestehende Singularzulassung von Rechtsanwälten beim Bundesgerichtshof in Zivilsachen gemäß den §§ 164 ff. BRAO dienen.

¹⁶⁴⁴ Unveröffentlicht; zu finden bei *von Stackelberg*, NJW 1960, 507 (ohne Fundstelle).

¹⁶⁴⁵ *Kruse*, S. 366; *Sarstedt*, JR 1960, 3; wohl auch *Römer*, MDR 1984, 360; dies jedenfalls in Betracht ziehend der Ausschuss „Strafrecht“ der BRAK in seiner Denkschrift, S. 54.

aa) Hintergrund

Bereits die Rechtsanwaltsordnung von 1878 sah in den §§ 98 ff. die Singularzulassung von Rechtsanwälten bei dem Reichsgericht vor. Die gleichzeitige Zulassung bei einem anderen Gericht war mit diesem Amt unvereinbar (§ 100); eine Übertragung der dem Prozessbevollmächtigten zustehenden Vertretung auf einen beim Reichsgericht nicht zugelassenen Rechtsanwalt wurde untersagt (§ 101). Über die Zulassung hatte das Präsidium des Reichsgerichts auf Antrag nach seinem freien Ermessen zu entscheiden (§ 99).¹⁶⁴⁶ Die Notwendigkeit einer besonderen Rechtsanwaltschaft beim obersten Gericht in Zivilsachen wurde mit der Etablierung der neuen vereinheitlichenden Prozessordnung begründet, die Richter und Anwälte in enge Beziehung zueinander setze. Diese hätten in stetiger Wechselwirkung für die Bildung gemeinsamer Rechtsgrundsätze Sorge zu tragen, welche die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs entwickle und allmählich festige. Zudem würde dem Reichsgericht viel Arbeit erspart, indem Anwälte und Gericht einander leichter verstünden und sich schneller zu verständigen lernten.¹⁶⁴⁷ Die „gedeihliche Wirksamkeit“ des Reichsgerichts hänge von der Tüchtigkeit seiner Rechtsanwaltschaft ab, von der ein volleres Maß an juristischem Sachverstand zu fordern sei, als es die freie Anwaltschaft zu gewährleisten vermöge.¹⁶⁴⁸

Auch heutzutage soll die Singularzulassung der Förderung und Weiterentwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Zivilsachen dienen.¹⁶⁴⁹ Durch die Konzentration auf Zivilsachen sowie mittels Beschränkung der zugelassenen Rechtsanwälte soll sichergestellt werden, dass diese mit den Rechtsanschauungen des Gerichtshofs und der darauf beruhenden Auslegung und Weiterbildung des Rechts auf das Genaueste vertraut sind. Ferner wird bezweckt, die höchstrichterliche Rechtsprechung durch die Filterfunktion der Revisionsanwälte zu fördern, indem diese an sie herangetragene, aussichtslose Verfahren abvotierten und so vom Bundesgerichtshof fernhielten beziehungsweise diesem jedenfalls durch Rücknahme des Rechtsmittels eine sachliche Befassung ersparen könnten.¹⁶⁵⁰ Diese Entlastung wird mit dem Arbeitsanfall von drei Zivilse-

¹⁶⁴⁶ §§ abgedr. bei *Schubert*, Rechtsanwaltsordnung, S. 230 f.

¹⁶⁴⁷ So der Antrag des Abgeordneten *Lasker* bei *Siegel*, S. 68.

¹⁶⁴⁸ *Schubert*, Rechtsanwaltsordnung, S. 200.

¹⁶⁴⁹ BVerfG, NJW 2008, 1293, 1295.

¹⁶⁵⁰ BT-Drucks. 3/120, S. 111 zu § 185 BRAO.

naten oder 20 Richtern veranschlagt¹⁶⁵¹ und fördere die Beantwortung grundsätzlicher Rechtsfragen und die Fortbildung des Rechts als eigentliche Aufgabe des Revisionsgerichts¹⁶⁵², „weitmöglichst“ aber zugleich die Einzelfallgerechtigkeit¹⁶⁵³. Ein Anwaltswechsel bewirke zudem eine Untersuchung des Sachverhaltes unter allen denkbaren Gesichtspunkten („Vier-Augen-Prinzip“) und bewerkstellige auf diese Weise eine bestmögliche Betreuung für den Rechtsuchenden.¹⁶⁵⁴ Die nach bestimmten Kriterien und besonderer Qualifikation ausgewählten Richter hätten den Wunsch, mit Parteivertretern konfrontiert zu werden, denen sie auf gleicher Augenhöhe begegnen könnten.¹⁶⁵⁵

bb) Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 12 I GG

Mögen dies unverkennbar wünschenswerte Ziele sein, so werden einer derartigen Singularzulassung indes gewichtige Bedenken entgegengebracht, insbesondere in Ansehung von Art. 12 I GG aufgrund einer etwaigen Durchbrechung des Prinzips der freien Advokatur¹⁶⁵⁶.

(1) Eröffnung des Schutzbereichs und Eingriff

Dafür wäre zunächst zu klären, inwiefern die Rechtsanwaltschaft am Bundesgerichtshof als eigener „Beruf“ zu qualifizieren sein könnte, um damit zugleich die Reichweite möglicher Eingriffsschranken festzulegen. Die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs beurteilt das Bundesverfassungsgericht seit dem sogenannten „Apotheken-Urteil“¹⁶⁵⁷ mit Hilfe der „Drei-Stufen-Theorie“. Es geht dabei von der Überlegung aus, die Regelungsbefugnis des Art. 12 I 2 GG erstrecke sich zwar sowohl auf die Berufsausübung als auch auf die Berufswahl, hingegen nicht auf beide mit gleicher Intensität. Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit werden allgemein dann als zulässig erachtet, soweit nicht wich-

¹⁶⁵¹ Gross, AnwBl. 2001, 20.

¹⁶⁵² BVerfG, NJW 2008, 1293, 1295.

¹⁶⁵³ Nirk, NJW 2007, 3188.

¹⁶⁵⁴ So etwa Vorwerk, AnwBl. 1990, 474 f., im Hinbl. auf § 25 BRAO a.F.

¹⁶⁵⁵ Reinelt, ZAP Fach 23, S. 816. Eine ähnliche Befähigung aller Parteien möge nicht zuletzt Waffengleichheit gewährleisten, siehe Vorwerk, AnwBl. 1990, 475.

¹⁶⁵⁶ Krämer, JZ 1994, 400 ff.

¹⁶⁵⁷ BVerfGE 7, 377 ff.

tige, sondern lediglich vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls diese zweckmäßig erscheinen lassen.¹⁶⁵⁸ Die Übergänge zwischen Berufsausübung und -wahl sind dabei fließend; verlässliche Abgrenzungskriterien existieren nicht.¹⁶⁵⁹

Wird einem am Bundesgerichtshof tätigen Rechtsanwalt zwar eine Sonderstellung zuteil, so unterscheidet sich seine Tätigkeit dennoch nicht wesensmäßig von der allgemeinen anwaltlichen Tätigkeit; eine gesonderte Ausbildung ist nicht erforderlich. Es handelt sich bei einer solchen Tätigkeit demnach um einen Unterfall des allgemeinen Anwaltsberufes. Eine derartige Sichtweise bringt zudem das Gesetz zum Ausdruck, indem es die Zulassung zum Bundesgerichtshof nicht als originären Zulassungsakt, sondern als bloßen Zulassungswechsel im Sinne des § 33 BRAO einordnet.¹⁶⁶⁰ Damit konform geht auch das Bundesverfassungsgericht, das die Singularzulassung als bloße Berufsausübungsregelung qualifiziert, nichtsdestotrotz Elemente einer Beschränkung der Berufswahl einräumt.¹⁶⁶¹ So ist der Übergang der Anwaltstätigkeit von den übrigen Gerichten zum Bundesgerichtshof von einer grundlegenden und auf Dauer angelegten Veränderung geprägt. Der Singularanwalt verliert seine Postulationsfähigkeit bei allen anderen Gerichten und hat sich in oder um Karlsruhe einzurichten.¹⁶⁶² Wenn ferner ausschließlich Rechtsanwälte im Alter von über 35 Jahren in den näheren Kreis der Anwärter aufgenommen werden können sowie ein Wahlausschuss über die Zulassung entscheidet, werden Aspekte einer objektiven Berufswahlregelung sichtbar. Obgleich sich der Wahlausschuss an objektiven Kriterien zu orientieren hat, die der Einzelne in gewisser Weise zu beeinflussen vermag, handelt es sich letztlich nur um eine „Wahl“ und nicht um einen definitiven „Anspruch“, der diesem bei Erfüllung der dafür erforderlichen Voraussetzungen mit aller Sicherheit gewährt würde. Dieser Gesichtspunkt ist Gegenstand vielfach geäußerter Kritik¹⁶⁶³; die Auswahl richte sich stets nach

¹⁶⁵⁸ BVerfGE 7, 405.

¹⁶⁵⁹ Dem BVerfG selbst fällt in manchem Falle eine Abgrenzung schwer und es lässt offen, ob eine Beschränkung der Berufswahl oder eine Regelung der Berufsausübung vorliegt, so etwa geschehen bei BVerfGE 17, 269, 274 ff.; siehe auch *Scholz*, *Maunz/Dürig*, Art. 12, Rn. 342.

¹⁶⁶⁰ *Droege*, *NJW* 2002, 177.

¹⁶⁶¹ BVerfG, *NJW* 2008, 1293.

¹⁶⁶² *Hartung*, *JZ* 1994, 120.

¹⁶⁶³ *Hartung*, *JZ* 1994, 121 f.; *Römermann*, *ZRP* 2007, 207.

einer vom Anwärter nicht beeinflussbaren Bedürfnisprüfung¹⁶⁶⁴, die wirklich qualifizierten Anwälten den Zugang zum Bundesgerichtshof verwehre¹⁶⁶⁵.

Wie schwierig sich die Abgrenzung in manchem Falle gestaltet, offenbart auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das Berufsausübungen zuweilen als derart einschneidend klassifiziert, dass sie in ihren Auswirkungen einer Zulassungsbeschränkung nahekämen.¹⁶⁶⁶ Derlei Fälle beziehen sich indes wiederum auf Konstellationen, in denen dem Betroffenen die Ausübung des übergeordneten Berufs (hier: „Anwalt“) an sich praktisch unmöglich gemacht wird – vornehmlich in wirtschaftlicher Hinsicht.¹⁶⁶⁷ Ob die Auswahl zukünftiger Singularanwälte durch den Wahlausschuss eine dem gleichkommende berufliche Einschränkung des Anwaltsberufes mit sich bringt, ist zu bezweifeln, stellt sich die Anwaltstätigkeit am Bundesgerichtshof doch als große Ausnahme heraus. So waren an den Zivilgerichten im Jahr 2013 (der Bundesgerichtshof ausgenommen) 1.603.948 neue Verfahren zu verzeichnen, am Bundesgerichtshof (inklusive Familiensachen) hingegen lediglich 6.743.¹⁶⁶⁸ Wenngleich letztere Daten selbstverständlich unter dem Einfluss der bestehenden Singularanwaltschaft zu betrachten sind, frappieren diese dennoch. Selbst bei der doppelten Zahl an dortigen Neueingängen könnte eine freie Advokatur auch am Bundesgerichtshof jedem Einzelnen – in Anbetracht seiner breiten Konkurrenz – keine dauerhafte wirtschaftliche Existenzgrundlage verschaffen. Hinsichtlich anderer Gerichtszweige stehen Anwälten ebenfalls hinreichende Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung. So wurden dort (das heißt an Familien-, Arbeits- und Sozialgerichten – die Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht einmal mit eingerechnet) im Jahr 2013 1.550.603 Neueingänge gezählt, wiederum die Bundesgerichtsbarkeit ausgenommen. Eine insbesondere wirtschaftliche Aushöhlung des Anwaltsberufes ist durch eine Singularzulassung von Rechtsanwälten am Bundesgerichtshof daher kaum zu erwarten. Im Übrigen

¹⁶⁶⁴ *Hartung*, JZ 1994, 119 ff.; *Droege*, NJW 2002, 181.

¹⁶⁶⁵ *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1142 f.

¹⁶⁶⁶ BVerfGE 11, 30, 42 f.; 30, 292, 313; 61, 291, 309. BVerfGE 17, 269, 276, hat offengelassen, ob eine Beschränkung der Berufswahl oder -ausübung vorliegt; der Sachverhalt wurde aber so behandelt, als wäre Ersteres gegeben.

¹⁶⁶⁷ Beispielsweise würde einem Arzt im Rahmen einer besonderen, an eine Bedürfnisprüfung anlehrenden Zulassungsregelung bei Kassenärzten ein Großteil des Patientenkreises bereits genommen, die sich somit praktisch als obj. Zulassungsvoraussetzung auswirke, siehe BVerfGE 11, 30, 42 f.

¹⁶⁶⁸ So die Auflistung zu den Gerichtsverfahren durch das Statistische Bundesamt unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Rechtspflege/Tabellen/Gerichtsverfahren.html>, zuletzt abgerufen am 14.7.2016.

sind die angesprochenen Problemfelder, welche die Singularzulassung für den Einzelnen mit sich bringt, ohnehin im Rahmen der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, die durch die Festlegung der Eingriffsstufe keineswegs untergraben wird.

(2) Rechtfertigung

Nach Art. 12 I 2 GG kann die Berufsausübung durch oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Qualifiziert man die §§ 164 ff. BRAO richtigerweise als Berufsausübungsregelungen, so verkürzt sich die grundrechtliche Verhältnismäßigkeitskontrolle praktisch auf die Abwehr „in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer gesetzlicher Auflagen“.¹⁶⁶⁹

Ein legitimer Zweck kann der Regelung einer Singularzulassung am Bundesgerichtshof, wie erläutert, nicht abgesprochen werden. Ob sie die angeführten Ziele – Optimierung obergerichtlicher Zivilrechtsprechung zugunsten der Rechtseinheit und -fortbildung sowie jedenfalls nachrangig auch die Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit sowie eine Verfahrensvereinfachung und Entlastung – zu fördern vermag und somit geeignet erscheint, dem aufgezeigten Bestreben zum Durchbruch zu verhelfen, könnte bereits angezweifelt werden. So wird vorgetragen, die Singularanwaltschaft stütze sich heute ausschließlich auf Traditionen.¹⁶⁷⁰ Im Jahr 2014 wurden etwa von 3.592 erledigten Revisionen lediglich 234 (~ 6,5 %) zur Entscheidung angenommen, ganze 2.327 (~ 64 %) davon indes gar nicht erst zugelassen. In 770 Fällen (~ 21 %) kam es zur Rücknahme des Rechtsmittels.¹⁶⁷¹ Angesichts der Zielsetzung, dem Bundesgerichtshof Arbeit zu erleichtern und eine qualitativ hochwertige Rechtsprechung anzustreben, verblüffen diese Zahlen. Zwar ist nicht auszumachen, wie sie ausfielen, würde man sich der Singularzulassung entledigen und die oberste Instanz für die gesamte Advokatur öffnen. Auch sagen sie nichts über die Qualität der Revisionsbegründungen aus beziehungsweise es ist kaum zu rekonstruieren, wie schwer sich der Bundesgerichtshof möglicherweise mit der Zurückweisung des Rechtsmittels im Einzelfall getan hat. Wohl aber könnte der Statistik ein ver-

¹⁶⁶⁹ BVerfGE 7, 377, 406.

¹⁶⁷⁰ *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1143.

¹⁶⁷¹ BGH-Jahresstatistik Zivilsenate 2014, S. 28. *Hartung*, JZ 1994, 403, stützt sich im Rahmen seiner Kritik auf veraltete Zahlen.

zweifelt es Streben nach im Zivilprozess gerade nachrangiger Einzelfallgerechtigkeit zu entnehmen sein, das heißt die Missachtung mangelnder grundsätzlicher Relevanz eines Rechtsproblems bei Weiterverfolgung der Revision nur auf Wunsch des Mandanten. Dass der Gesetzgeber mit der Aufrechterhaltung der Singularzulassung offenbar selbst weder eine Vollentlastung noch in jedem Falle bessere Revisionsbegründungen erwartet, wird ferner dadurch deutlich, dass die Zulässigkeitsanforderungen von der Arbeitserleichterung dienenden Vorschriften (zum Beispiel § 551 II Nr. 3b] ZPO zur Einlegung der Verfahrensrüge) gerade nicht herabgesetzt werden. Wenn weiterhin die Art der Auswahl qualifizierter Rechtsanwälte angegriffen wird, so sind sachfremde Präferenzen einzelner zur Auswahl Befugter durchaus möglich. Zwar leugnen auch Kritiker nicht die Bestimmung von Kandidaten nach grundsätzlich geeigneten Kriterien wie wissenschaftlicher Befähigung und forensischer Erfahrung. Gleichwohl verfügten viele Anwärter tatsächlich über keine nennenswerte Gerichtserfahrung oder wissenschaftlichen Nachweise.¹⁶⁷² Überdies mögen sie revisionsgerichtliche Erfahrung ohnehin erst im Rahmen ihrer Tätigkeit als Anwalt am Bundesgerichtshof sammeln, weshalb die Bestimmung von Eingangskriterien von vornherein möglicherweise eher eine untergeordnete Bedeutung einnimmt.

Mag man mit gutem Willen die Geeignetheit einer Singularzulassung von Rechtsanwälten im Zivilprozess annehmen, stellt sich die Frage, ob sie erforderlich ist, den aufgezeigten legitimen Zweck zu erfüllen. Dies hängt von der Existenz milderer und zugleich ebenso effektiver Mittel ab. Denkbar wäre zunächst die Einführung eines Fachanwaltes für das Revisionsrecht.¹⁶⁷³ Der Fachanwalt zeichnet sich durch den Nachweis besonderer theoretischer Kenntnisse und praktischer Erfahrungen auf einem bestimmten Fachgebiet aus. Bevor der Titel von den regionalen Rechtsanwaltskammern verliehen wird, muss der Rechtsanwalt in der Regel einen mindestens 120 Stunden umfassenden Fachkurs absolvieren und mehrere Klausuren bestehen sowie eine bestimmte Zahl von bearbeiteten Fällen im jeweiligen Fachgebiet vorweisen. Wer eine Fachanwaltsbezeichnung führt, muss jährlich belegen, sich im vorgeschriebenen Umfang fachlich fortgebildet zu haben.¹⁶⁷⁴ Die Kompetenz eines Fachanwalts

¹⁶⁷² Römermann, ZRP 2007, 207.

¹⁶⁷³ Römer, MDR 1984, 360, allg. für den Fachanwalt für Strafsachen, der bereits existiert.

¹⁶⁷⁴ Siehe unter <http://www.brak.de/fuer-verbraucher/anwaltssuche/fachanwaelte>, zuletzt abgerufen am 14.7.2016.

gründet demnach auf der Kombination von theoretischer Schulung und hinreichender Erfahrung in der Praxis. Während Erstere auch im Hinblick auf das Revisionsrecht gewährleistet werden könnte, liegt die gewichtigere Hürde bei der Erlangung Letzterer. Die bereits aufgezeigte begrenzte Zahl von Revisionsverfahren in Zivilsachen macht es einer größeren Anzahl von Rechtsanwälten kaum möglich, ausreichende forensische Erfahrung auf diesem Gebiet zu sammeln.¹⁶⁷⁵ Man könnte aufgrund dessen zwar den Zugang zur Fachanwaltschaft unter Aufgabe der Postulationsfähigkeit bei anderen Gerichten einschränken, § 172 BRAO zahlenmäßig begrenzen; ob diese Regelung annähernd gleich effektiv wäre, ist indes zweifelhaft.¹⁶⁷⁶ Wer sich gleichzeitig mit mehreren unterschiedlichen Fachgebieten befasst, dürfte gegenüber demjenigen im Nachteil sein, der sich ausschließlich in einem bestimmten Bereich weiterbildet und auf diesem Gebiet Erfahrungen sammelt. Fortbildungen im Revisionsrecht¹⁶⁷⁷ wären ferner zwar unproblematisch zu gewährleisten, würden hingegen nicht das Problem mangelnder Praxis beheben. Auch der pauschale Nachweis langjähriger Erfahrung im Zivilrecht an sich vermag nicht zwingend über die Probleme hinwegzuhelfen, die sich im Rahmen einer Revisionseinlegung vor dem Hintergrund der Voraussetzungen des § 551 ZPO stellen mögen; nirgendwo anders in der Zivilprozessordnung hat man einen Rechtsbehelf in der dort vorgegebenen Weise zu begründen. Bei der Berufung ist nach § 520 I ZPO zwar eine Begründung unentbehrlich; jedenfalls aber zielt sie nicht ausschließlich auf eine rechtliche Überprüfung ab. Insbesondere müssen nicht diejenigen Fertigkeiten beherrscht werden, die etwa zur Begründung der in der Praxis problematischen Verfahrensrüge von Bedeutung sind. Die sofortige Beschwerde nach § 567 ZPO erfordert nicht einmal zwingend eine Begründung („soll“, § 571 I ZPO). Nicht zuletzt könnte eine strenge Qualitätskontrolle von Bewerbern ohne zahlenmäßige Beschränkung, jedoch unter Beibehaltung des § 172 BRAO, diese angesichts des wirtschaftlichen Risikos davor abschrecken, zur Singularrechtsanwaltschaft zu wechseln.

Schließlich bemühen Kritiker einen Vergleich mit anderen Verfahrensordnungen: An der Erforderlichkeit einer Anwaltschaft am höchsten ordentlichen Gericht sei schon deshalb zu zweifeln, weil eine solche für andere Gerichts-

¹⁶⁷⁵ BVerfG, NJW 2008, 1296. Dort wird auf den Bereich des Familienrechts hingewiesen, der zum Entscheidungszeitpunkt 6.935 Fachanwälte umfasste, hingegen nur 66 Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden beim BGH anhängig waren.

¹⁶⁷⁶ BVerfG, NJW 2008, 1293, 1296.

¹⁶⁷⁷ Solche erachtet *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1143, als mildere Mittel.

zweige nicht existiere.¹⁶⁷⁸ Dagegen führt eine im Jahr 1998 vom Bundesministerium der Justiz zur Ausarbeitung von Vorschlägen zur Neuregelung des Rechts der Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof eingesetzte Kommission¹⁶⁷⁹ in ihrem Bericht aus, eine spezielle Anwaltschaft sei gerade auch bei den übrigen obersten Bundesgerichten wünschenswert. Die Qualität der Prozessvertretung erscheine im Interesse der Rechtspflege, insbesondere der Prozessbeteiligten, dort gleichermaßen verbesserungsfähig. Das Tätigwerden nicht hinreichend qualifizierter Rechtsanwälte gehe zudem zu Lasten der Mandanten. Beim Bundesarbeitsgericht seien etwa die Hälfte, beim Bundesverwaltungsgericht über ein Drittel, beim Bundessozialgericht vier Fünftel und beim Bundesfinanzhof etwa ein Drittel der Nichtzulassungsbeschwerden bereits unzulässig.¹⁶⁸⁰ Relativiert werden diese Zahlen aber jedenfalls partiell dadurch, dass bei bestehender Singularzulassung beim Bundesgerichtshof noch beinahe zwei Drittel der Revisionen nicht zur Entscheidung angenommen werden.

Überwindet man dennoch die Hürde der Erforderlichkeit, so wäre im Rahmen einer Gesamtabwägung zu fragen, ob die beim Grundrechtsträger eintretenden Nachteile in einem angemessenen Verhältnis zu dem bezweckten Vorteil stehen. Bei der Beurteilung, ob die Zulassungsbegrenzung eine zumutbare Belastung im Hinblick auf die Beschränkung der Berufsfreiheit darstellt, sind zunächst die zum Vorschein gekommenen Elemente einer objektiven Berufswahlbeschränkung mit einzubeziehen. Allerdings handelt es sich bei der Anwaltschaft am Bundesgerichtshof um ein in quantitativer Hinsicht kaum nennenswertes Segment der Gesamtanwaltschaft. Letzterer stehen die verbleibenden Gerichte weiterhin offen. Für den zum Singularanwalt Berufenen selbst geht zwar notwendigerweise der Verlust des bisherigen Mandantenstammes einher,¹⁶⁸¹ hingegen erlangt er dort eine wenigstens ebenso finanziell gesicherte Stellung. Die Effektivität der Filterwirkung soll gerade auf der finanziellen Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft am Bundesgerichtshof beruhen.¹⁶⁸² An dem besagten Filtereffekt kann freilich wiederum gezweifelt werden, denn von der förderlichen Wirkung der Singularzulassung ist bereits nicht ohne die ge-

¹⁶⁷⁸ Droege, NJW 2002, 179.

¹⁶⁷⁹ Die Kommission setzte sich aus einem Vorsitzenden eines Zivilsenats beim BGH und einem Rechtsanwalt beim BGH sowie aus drei nicht beim BGH zugelassenen Rechtsanwälten zusammen. Zusätzlich gehörten ihr zwei Leiter der Abteilung Rechtspflege des Bundesministeriums der Justiz an, so Kommissionsbericht 1998, S. 6 f.

¹⁶⁸⁰ Kommissionsbericht 1998, S. 29.

¹⁶⁸¹ Droege, NJW 2002, 177.

¹⁶⁸² BVerfG, NJW 2008, 1297.

schilderten Bedenken auszugehen. Ein immenser Entlastungseffekt hat bislang jedenfalls noch nicht Einzug gehalten.

b) Folgerungen für eine etwaige Rechtsanwaltschaft in Revisionsstrafsachen

Wie vorstehende Ausführungen offenbaren, ist schon der Singularanwaltschaft in Zivilsachen hinsichtlich ihrer Effektivität und Grundrechtsrelevanz zum Teil bereits mit erheblicher Skepsis zu begegnen. Schon aus diesem Grunde, aber vor allem aus den nachfolgenden weiteren Erwägungen erweist sich die Etablierung einer Singularzulassung in Revisionsstrafsachen als unzweckmäßig, wenn nicht gesetzeswidrig.

Wenngleich die Anwaltschaft am Bundesgerichtshof gerade aufgrund der Zulassungshürde der zivilprozessualen Revision vornehmlich rechtsgrundsätzliche Fälle weiterverfolgen sollte, ist dennoch eine Tendenz zur Bemühung um Einzelfallgerechtigkeit zu verzeichnen.¹⁶⁸³ Ein derartiger Trend dürfte sich im Strafprozess zum einen angesichts der Gleichrangigkeit der beiden Revisionszwecke und zum anderen insbesondere aufgrund der dort üblicherweise härteren Rechtsfolgen und betroffenen Schicksale noch verstärken. Dass sich die Anzahl wohlüberlegter Revisionen drastisch verringern und sich demnach eine spürbare Entlastung einstellen würde, erscheint mehr als fragwürdig.

Wenn etwa *Kornblum* zur Bekräftigung seiner Forderung nach einer Singularzulassung im Strafprozess ohne Begründung vorträgt, die Einlegung und Behandlung einer strafrechtlichen Revision weise mehr Schwierigkeiten auf als ihr zivilrechtliches Äquivalent,¹⁶⁸⁴ ist nicht auszumachen, auf welche Aspekte er sich zur Unterstützung dieser These im Einzelnen bezieht. Bereits die Andersartigkeit der beiden Rechtsgebiete setzt ohnehin vom Ansatz her unterschiedliche anwaltliche Affinitäten und Spezialisierungen voraus. Beide Rechtsmittel sind allerdings nach dem gleichen Konzept einzulegen, bei beiden sind Sach- und/oder Verfahrensrügen anzubringen. Obgleich die Rechtsprechung zur Einlegung der strafprozessualen Verfahrensrüge in quantitativer Hin-

¹⁶⁸³ Wenn der BGH-Rechtsanwaltschaft nach *Schoreit*, Pfeiffer-FS, S. 406, – ohne weitere Erläuterungen – bereits standesrechtliche Schwierigkeiten entgegenstehen, bezieht er sich damit also möglicherweise auf die Aufgabe des Verteidigers, dem Mandantenbegehren möglichst (einzelfall-) gerecht zu werden.

¹⁶⁸⁴ *Kornblum*, AnwBl. 2000, 657.

sicht überwiegt und im Inhalt teilweise differenzierter anmutet als die diesbezügliche zivilprozessuale Judikatur,¹⁶⁸⁵ stellen beide Rechtsgebiete letztlich die gleichen prinzipiellen Anforderungen an die Erhebung der Rechtsmittel. Deren jeweilige Besonderheiten im Übrigen miteinander aufwiegen zu wollen, erweist sich als müßig; so könnte gerade in Bezug auf den der Parteimaxime unterliegenden Zivilprozess vorgebracht werden, der Anwalt müsse auch in der Revision zusätzlich über Fähigkeiten verfügen, die Angelegenheit dort noch im Vergleichswege zu erledigen¹⁶⁸⁶.

Meyer-Goßner steht einer Rechtsanwaltschaft am Bundesgerichtshof aus anderen Gründen kritisch gegenüber. Die entscheidenden Weichen werden ihm zufolge – ohne dies näher zu erläutern – ohnehin schon in der Tatinstanz gestellt.¹⁶⁸⁷ Gewiss ist eine optimale tatinstanzliche Verteidigung von Vorteil, vornehmlich was die Klärung des dem Revisionsgericht zugrunde liegenden tatsächlichen Sachverhalts anbelangt, etwa durch effektive Gebrauchmachung von Beweisantragsrechten. Der Widerspruch im Rahmen der Widerspruchslösung oder aber die Wahrnehmung des Zwischenrechtsbehelfs nach § 238 II StPO sind als *unmittelbar* revisionsrechtlich relevante Maßnahmen nur wenige von zahlreichen weiteren die Revisionsentscheidung betreffenden Einflüssen. Im Übrigen stellt *Meyer-Goßner* mit seiner an gleicher Stelle geäußerten Annahme, sogar ein Revisions spezialist sei in der Revisionsinstanz lediglich bedingt hilfreich, letztlich die Berechtigung des Instituts der Revision insgesamt in Frage.

Zur Untermauerung der Singularzulassung im Zivilrecht wird das sogenannte „Vier-Augen-Prinzip“ angeführt; nimmt sich in der Revisionsinstanz ein zweiter Rechtsanwalt der Sache an, so soll eine umfassendere und aus unterschiedlichen Blickwinkeln erfolgende Bearbeitung gewährleistet sein. Auch dies mag eine willkommene Zielsetzung sein, die indes im Strafprozess gleichermaßen Schattenseiten offenbart. Dort nimmt das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Verteidiger eine herausgehobene Stellung ein. So sieht bereits § 142 I 1 StPO ein Bezeichnungsrecht des Beschuldigten im Hinblick auf die

¹⁶⁸⁵ Einen solchen Eindruck macht ein Vergleich zw. der Kommentierung von *Gericke*, KK-StPO, § 344, Rn. 38 ff., und von *Krüger*, MüKo-ZPO, § 551, Rn. 22.

¹⁶⁸⁶ Zu dieser Möglichkeit *Prütting*, MüKo-ZPO, § 278, Rn. 13, zu § 555 ZPO; insoweit ist jedenfalls dem BGH in seinem Beschl. v. 4.3.2002 – AnwZ 1/01, zuzustimmen, wenn ihm zufolge die Verhältnisse von Zivil- und Strafsachen wegen unterschiedlicher Verfahrensgrundsätze der jeweiligen Prozessordnungen nicht vergleichbar sind.

¹⁶⁸⁷ *Meyer-Goßner*, DAV-FS, S. 675.

Auswahl des Pflichtverteidigers vor. Zwar besteht grundsätzlich kein Recht des Angeklagten, den von ihm benannten Verteidiger zu bestellen; seinen Wünschen ist jedoch schon nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „möglichst Rechnung zu tragen“.¹⁶⁸⁸ Daher ist der benannte Verteidiger nach Satz 2 regelmäßig zu bestellen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht. Dazu zählen etwa Begünstigungsverdacht, Beschleunigungsinteressen in Haftsachen oder gravierendes Fehlverhalten beziehungsweise das Erschleichen einer Beiordnung durch Verdrängung eines bereits bestellten Verteidigers.¹⁶⁸⁹ Diese Gründe beziehen sich mithin entweder gerade auf das Wohl des Angeklagten oder aber auf missbräuchliches und damit von vornherein wenig schützenswertes Verhalten. Nur in derartigen Ausnahmefällen ist also die Befugnis des Beschuldigten zur Auswahl eines Anwalts seines Vertrauens nachrangig.¹⁶⁹⁰ Der aufgezeigte Grundsatz würde weitgehend missachtet, wäre man in der Revisionsinstanz stets gezwungen, einen nicht mit dem tatinstanzlichen Verteidiger identischen Revisionsanwalt zu beauftragen. Wenn insoweit vorgebracht wird, in der letzten Instanz sei das Vertrauensverhältnis zum Anwalt weniger bedeutsam,¹⁶⁹¹ so kommt es letztlich darauf an, wie der Begriff des „Vertrauens“ auszulegen ist. Versteht man darunter lediglich die Zuversicht des Mandanten in die Diskretion seines Verteidigers, so wären in der Revision als Rechtsbeschwerdeinstanz durchaus wenig Möglichkeiten – und kein Bedürfnis – gegeben, tatsächliche Gegebenheiten zu erfahren und weiterzutragen. Im Übrigen wäre jeder Rechtsanwalt daran schon aufgrund seiner Schweigepflicht gehindert. „Vertrauen“ im weiteren Sinne ist demnach vor allem an die konkrete Person des Verteidigers und das persönliche Verhältnis zu seinem Mandanten gekoppelt. Bietet sich diesem in der Revision die letzte Möglichkeit, ein für ihn ungünstiges Urteil zu seinen Gunsten zu korrigieren oder gar zu Fall zu bringen, so wird ihm daran gelegen sein, die Angelegenheit durch eine ihm vertraute, jedenfalls bekannte und stets erreichbare Person bearbeiten zu lassen. Einen Anwalt am Bundesgerichtshof würde er indes – trotz oder gerade wegen moderner Kommunikationsmittel – womöglich nie persönlich zu Gesicht bekommen oder er müsste dafür eine gegebenenfalls längere Reise nach Karlsruhe in Kauf nehmen. Letztlich spielen die Motive für die Präferenz des Mandan-

¹⁶⁸⁸ BVerfGE 9, 36, 38.

¹⁶⁸⁹ Laufhütte, KK-StPO, § 142, Rn. 7.

¹⁶⁹⁰ Laufhütte, KK-StPO, § 142, Rn. 7.

¹⁶⁹¹ Römer, MDR 1984, 360.

ten auch keine Rolle; schon im Rahmen von § 142 I StPO bleiben sie außer Betracht, solange nicht die benannten wichtigen Gründe der Bestellung ausnahmsweise entgegenstehen.¹⁶⁹² In der Revisionsinstanz ist das Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zu seinem Anwalt demzufolge keinesfalls von untergeordneter Bedeutung.

Mögen Revisionsbegründungen von Revisionsanwälten potenziell besser sein und die alleinige Bearbeitung der Revision durch den in dieser Hinsicht weniger bewanderten Vertrauensanwalt dem Mandanten nicht die optimale Verteidigung gewährleisten – der Entlastungseffekt, der sich durch eine vermehrte Verwerfung von durch die freie Advokatur eingelegten, bereits unzulässigen Revisionen einstellte, ist nicht zu unterschätzen. Abgesehen von dem aufgezeigten persönlichen Aspekt kann ein in der Revisionsinstanz identischer Verteidiger in sachlicher Hinsicht dennoch von Vorteil sein. Er war schon in der tatinstanzlichen Hauptverhandlung anwesend und vermag die dort gewonnenen Erkenntnisse in der Revision zu verwerten. Ein Fehler im Protokoll wird ihm womöglich eher auffallen als einem Außenstehenden.

Wenn *Kleine-Cosack* alternativ ein Auftrittsrecht des Vertrauensanwalts neben dem Singularanwalt bei Gebührenteilung vorschlägt¹⁶⁹³, liefe dies auf eine mitunter erhebliche Benachteiligung des Letzteren hinaus. Dieser müsste sich erst gänzlich in den Fall einarbeiten, während der Vertrauensanwalt bereits in der tatinstanzlichen Hauptverhandlung anwesend war und vollkommen mit dem Fall vertraut sein dürfte. Eine gleichberechtigte Gebührenteilung erscheint daher kaum gerechtfertigt, insbesondere angesichts des Umstandes, dass dem Anwalt am Bundesgerichtshof keine andere finanzielle Einnahmequelle zur Verfügung steht als die Bearbeitung von Revisionen. Eine derartige Regelung stieße demnach voraussichtlich auf erhebliche Gegenwehr seitens der Rechtsanwaltschaft am höchsten ordentlichen Gericht.

Schwer wiegt schließlich folgender Einwand: Wollte man – so wird es vorgeschlagen¹⁶⁹⁴ – lediglich am Bundesgerichtshof eine eigene Rechtsanwaltschaft in Strafsachen etablieren, so wäre damit noch nicht die Situation am Oberlandesgericht geklärt. Mag dem Kommissionsbericht des Bundesjustizministeriums zufolge auch bei den übrigen obersten Gerichten eine Singularzulassung

¹⁶⁹² *Laufhütte*, KK-StPO, § 142, Rn. 7.

¹⁶⁹³ *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1143.

¹⁶⁹⁴ *Sarstedt*, JR 1960, 3 („ausgewählte Verteidiger bei den Revisionsgerichten, insbesondere beim BGH“); *Römer*, MDR 1984, 360 („beim BGH zugelassener Verteidiger“).

sung erforderlich sein, so verfügt kein anderer Gerichtszweig als die Strafgerichtsbarkeit über eine Revisionsinstanz auf Landesebene, weshalb sich die fragliche Problematik im Übrigen nicht stellt. Sparte man das Oberlandesgericht jedoch aus, wäre eine Singularzulassung für den Strafprozess einzig am Bundesgerichtshof Bedenken hinsichtlich des Willkürverbots ausgesetzt. Die „Gestaltungsfreiheit“ des Gesetzgebers schwächt sich namentlich insoweit ab, als dieser selbst Vergleichsmöglichkeiten setzt.¹⁶⁹⁵ Wäre es demnach sachfremd, nicht auch am Oberlandesgericht eine spezielle Anwaltschaft einzurichten, so wäre der Gesetzgeber entweder zusätzlich gehalten, dort ebenfalls eine Singularzulassung zu etablieren oder aber keine der fraglichen Regelungen einzuführen beziehungsweise jedenfalls einen angemessenen Ausgleich zu schaffen. Dies gilt vor allem angesichts der Grundrechtsrelevanz im Hinblick auf Art. 12 GG. Die Sachfremdheit einer Unterscheidung ergibt sich dabei aus der Unterschiedslosigkeit der Aufgaben eines Revisionsanwalts am Bundesgerichtshof einerseits und eines solchen am Oberlandesgericht andererseits. Obgleich der Anwalt am Oberlandesgericht mit weniger schwerwiegenden Delikten zu tun hätte, so müsste, er wie der Anwalt am Bundesgerichtshof, Sach- und/oder Verfahrensrüge(n) erheben und begründen. Die Anforderungen an die Bearbeitung einer Revision sind dabei nicht an die Art des Delikts gekoppelt. Vornehmlich Verfahrensfehler, deren Geltendmachung höheren Anforderungen unterliegt, werden an den Maßstäben der Strafprozessordnung gemessen und sind weitgehend unabhängig von der Deliktsqualifizierung nach dem Strafgesetzbuch. Auch der Umstand einer zweiten möglichen Instanz in Folge eines amtsgerichtlichen Urteils vermag keine Ungleichbehandlung im Vergleich zu einem am Landgericht verurteilten Angeklagten zu rechtfertigen. Die Berufungsinstanz ist eben keine Rechtsbeschwerdeinstanz. Allein am Bundesgerichtshof eine Singularzulassung in Strafsachen zu schaffen, liefe Art. 3 I GG demnach zuwider. Etablierte man aufgrund dessen eine spezielle Anwaltschaft am Oberlandesgericht, so wären hierzu zunächst ebensolche Kritikpunkte aufzuführen, die bereits an der Effektivität der Anwaltschaft am Bundesgerichtshof Zweifel aufkommen lassen. Schon die Singularzulassung von Rechtsanwälten bei den Oberlandesgerichten in Zivilsachen hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2000 mit Art. 12 I GG für unvereinbar erklärt.¹⁶⁹⁶ Zusätzlich wäre zu klären, ob eine solche am Oberlandesgericht lediglich für Revisionssachen

¹⁶⁹⁵ *Dürig/Scholz*, Maunz/Dürig, Art. 3, Rn. 295.

¹⁶⁹⁶ BVerfG, NJW 2001, 353 ff.

zu gelten hätte oder aber für den gesamten Bereich der dort zu behandelnden Fälle. Gerade die der Revision sehr ähnliche Rechtsbeschwerde, insbesondere jene des Ordnungswidrigkeitenrechts, macht ein Gros der Geschäftsbelastung aus. Eine weitere Vielzahl von Fällen würde daher der allgemeinen Anwaltschaft entzogen. Allein die am Oberlandesgericht erstinstanzlich zu behandelnden Sachen fielen kaum ins Gewicht, wären der revisionsrechtlichen Materie indes auch denkbar fern. Mangels anderweitiger Kompensationsmöglichkeiten erscheint es nur folgerichtig, den Gedanken an eine Singularanwaltschaft in Strafsachen insgesamt zu verwerfen.

II. Eigener Reformvorschlag

Die bisherigen Vorschläge zur Reformierung der revisionsrechtlichen Verfahrensweise haben sich als wenig fruchtbringend offenbart; sie sind lediglich bedingt geeignet, eine Neuregelung zu statuieren, welche die eingangs dieses Kapitels geforderte Neutralisierung der aus der gegenwärtigen Methode resultierenden Mängel bestmöglich leistet. Dies rührt zum einen daher, dass meist nur Teilaspekte des Gesamtproblems aufgegriffen werden; zum anderen werden sie dem Wesen der Revision als schriftlich geprägtes Verfahren, aber auch der prozessökonomischen Zielsetzung mitunter nicht gerecht. Es gilt, die besagten Aspekte in sinnvoller Weise zu ergänzen und miteinander in Einklang zu bringen.

1. Ausgangspunkt: Das Beschlussverfahren als Regelverfahren

Der in revisionsverfahrensrechtlicher Hinsicht aufgezeigte Konstruktionsfehler und die damit einhergehenden Unstimmigkeiten, die § 349 StPO hervorruft, führen zu dem Schluss, die Regelung in dieser Form nicht fortbestehen zu lassen.

a) Verzicht auf das Merkmal der „offensichtlichen Unbegründetheit“

Es erscheint zunächst unumgänglich, von dem Merkmal der „offensichtlichen Unbegründetheit“ endgültig Abstand zu nehmen. Zum einen wurden die aufgezeigten Definitionsschwierigkeiten in der Theorie von der Praxis keineswegs aufgefangen. Zum anderen ist ein von der Intention her die Durchführung des Beschlussverfahrens vermeintlich hemmendes Merkmal angesichts der schriftlichen Prägung des Revisionsverfahrens heutzutage kaum zeitgemäß.

b) Verzicht auf den obligatorischen Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft

Eine Trennung von dem Offensichtlichkeitsanfordernis lässt überdies an der Aufrechterhaltung des ohnehin in Theorie und Praxis fragwürdigen Merkmals

des Antrags der Revisionsstaatsanwaltschaft zweifeln. Dieser soll gerade als Absicherung für die aus der Beurteilung der „offensichtlichen Unbegründetheit“ resultierenden Unwägbarkeiten dienen; mit Aufgabe des Merkmals fehlt einem derartigen Antrag der Bezugspunkt. Verzichtet man auf ihn, so wird gleichzeitig der Option einer darauf bezogenen Gegenerklärung des Revisionsführers der Boden entzogen. Wenngleich damit ein beschuldigtenbegünstigendes Merkmal wegfällt, sind gegen dessen Effektivität in Anbetracht weitgehend floskelhafter Antragsbegründungen und mangelnden Bezugs zum zur Entscheidung berufenen Organ ohnehin Bedenken zu erheben. Der Wegfall der Antragsmöglichkeit wirkt sich für die Staatsanwaltschaft indes nicht bedeutend aus. Um auf den Ausgang des Revisionsverfahrens Einfluss zu nehmen, bleibt ihr stets die Möglichkeit der Gegenerklärung nach § 347 I 2 StPO – soweit man darunter entgegen dessen gegenwärtigem Zweck, aber vom Wortlaut ohne Weiteres gedeckt, auch rechtliche Stellungnahmen fasst – beziehungsweise zumindest im Allgemeinen nach § 33 II StPO. Hat eine derartige Erwiderung von vornherein allein eine Gehörs- und keine prozessökonomische Funktion im Sinne einer zwingenden Voraussetzung für die Durchführung des Beschlussverfahrens, so ist jedenfalls mit qualitativ hochwertigeren Erklärungen im Einzelfall zu rechnen. Nicht zuletzt wird einer in verfahrensrechtlicher Hinsicht von vornherein unterschiedlichen Behandlung von Angeklagtenrevisionen und solchen der Staatsanwaltschaft entgegengesteuert.

c) Verzicht auf das Einstimmigkeitserfordernis

Wie an anderer Stelle schon angeklungen, ist an dem Erfordernis der Einstimmigkeit der Entscheidungen nach § 349 II, IV StPO im Rahmen eines Regelbeschlussverfahrens ebenso wenig festzuhalten. Ein zwingend zu erreichender Konsens würde Letzteres zum einen unsachgemäß behindern. Zum anderen vermag die Einstimmigkeit zwar in anderen Zusammenhängen als verlässlicher Schutzmechanismus zu dienen; ein notwendiger Konsens im Spruchkörper fungiert hier indes als Hemmnis für eine unbeeinflusste Entscheidung. Dies ist wiederum auf potentielle Machtverhältnisse innerhalb des Senats, aber vielmehr noch auf die bereits erwähnte prozessökonomische Zielsetzung zurückzuführen.

2. Verfahrensrechtliche Absicherungen

Wenngleich das Beschlussverfahren ehrlicherweise als Regelverfahren zu deklarieren ist, kann auch nach überwiegender Beseitigung der problematischen Merkmale des § 349 II, III StPO auf verfahrensrechtliche Sicherungen nicht gänzlich verzichtet werden. Insbesondere ist zu gewährleisten, dass die Garantien, die eine Hauptverhandlung über das Beschlussverfahren hinaus bietet, nicht verloren gehen.

a) Entscheidungsfindung

aa) Die Entscheidungsfindung am Bundesgerichtshof

Obwohl das „Zehn-Augen-Prinzip“ als „optimale“ Verfahrensweise charakterisiert wird, ist diese – beschränkt man sie auf das schlichte „Lesen“ der Akten – keineswegs frei von Einwänden: Insbesondere ist die Aktenlektüre durch alle Spruchkörpermitglieder weder erzwing- noch zu Rechtsbehelfszwecken überprüfbar. Sie stellt damit eine Vorgehensweise dar, über die man sich allzu leicht und weitgehend hinwegsetzen könnte, zumal die Intensität des Lesens jedem Richter selbst überlassen bleibt. Letzterer Aspekt gewinnt vor allem Bedeutung bei umfangreichen Urteilen und Revisionsbegründungen. Eine Freibeweiserhebung durch alle Richter mutet zudem sachfremd an.

(1) Verminderung einseitiger Berichterstattung

Nimmt man daher von dem in prozessökonomischer Hinsicht wenig erträglichen Bestreben Abstand, von allen fünf Mitgliedern eines Spruchkörpers zusätzlich ein schriftliches Votum erstellen zu lassen, wird man wiederum auf eine von Berichterstattungen geprägte Verfahrensweise zurückgreifen müssen. Das diesbezüglich dargestellte Problem einseitig vermittelter Kenntnisse einer Einzelperson ist trotz vehementer Befürwortung des „Vier-Augen-Prinzips“ im Beschlussverfahren durch die obergerichtliche Rechtsprechung freilich auch dem Bundesgerichtshof nicht gänzlich unbekannt. So sieht § 8 I GO BGH zum Entscheidungsfindungsverfahren im Vorfeld einer anzuberaumenden Hauptverhandlung vor:

„Bei der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen ernennt der Vorsitzende des Senats einen Berichterstatter, und zwar in der Regel, nachdem er Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt hat. Der Berichterstatter stellt spätestens 1 Woche vor dem Verhandlungstermin dem Vorsitzenden eine schriftliche Bearbeitung der Sache mit den Akten zu. Dem Vorsitzenden steht es frei, vor dem Verhandlungstermin eine weitere vorbereitende Bearbeitung der Sache durch einen zweiten Berichterstatter anzuordnen oder die Akten bei den Senatsmitgliedern mit dem Ersuchen umlaufen zu lassen, zu einzelnen bestimmt bezeichneten Rechtsfragen schriftlich Stellung zu nehmen.“¹⁶⁹⁷

Demnach wird im gegenwärtigen Urteilsverfahren die Berichterstattung einer einzelnen Person zum Teil als nicht ausreichend erachtet, obwohl nach *Fischers* Angaben¹⁶⁹⁸ vor Durchführung der Hauptverhandlung ohnehin alle Mitglieder des Spruchkörpers die Aktenlektüre betreiben und überdies in der Verhandlung selbst die Kenntniserlangung durch jeden Richter weitgehend gesichert sein dürfte. Behandelte man aber diejenigen Fälle, die heutzutage ausnahmsweise im Rahmen einer Hauptverhandlung zur Erledigung gebracht werden, in einem Regelbeschlussverfahren, wäre es im Vergleich zum Urteilsverfahren verfehlt, die Anforderungen an die Vorarbeit drastisch zu reduzieren. Insbesondere wäre in Frage zu stellen, ob im schriftlichen Verfahren eine – wie im Urteilsverfahren nach § 8 I GO – lediglich im Ermessen des Vorsitzenden liegende Anordnung einer zweiten Berichterstattung ausreichte. Eine regelhafte Fallbearbeitung durch eine weitere Person würde zwar auch die Majorität der weniger zweifelhaften Fälle erfassen und könnte damit dem Vorwurf einer Überkompensation ausgesetzt sein. Andererseits würde dadurch gerade auf die Kritik nur oberflächlicher Bearbeitung von Revisionen reagiert. Zudem könnte die folgende Beratung entsprechend kürzer ausfallen.

Zu der Frage, auf welche Weise weitere Mitglieder des Spruchkörpers an der Berichterstattung zu beteiligen sind, nennt § 8 I GO BGH entweder die Hinzuziehung eines zweiten Berichterstatters oder die Stellungnahme aller Mitglieder zu bestimmten Rechtsproblemen. Letztere Möglichkeit setzt indes wiederum die Formulierung einer rechtlichen Frage durch eine Einzelperson voraus, die

¹⁶⁹⁷ Hervorhebungen v. Verf.

¹⁶⁹⁸ Siehe Fn. 433.

auf diese Weise von vornherein zugleich festlegt, dass es auf andere mögliche Zweifelsfragen nicht ankommt. Eine solche Vorauswahl durch Einzelne soll in Zukunft allerdings gerade verhindert werden. Die Idee der Konsultation eines zweiten Berichterstatters ist jedoch weiterzuverfolgen. Sie scheint auch dem Bundesgerichtshof im Rahmen von Beschlussverfahren nicht fremd zu sein. So sieht § 8 III GO BGH vor:

„Die Vorschriften des Abs. 1 sind sinngemäß anzuwenden:

1. (...)

4. bei anderen Beschwerden und Entscheidungen, wenn ein Termin zur mündlichen Verhandlung angesetzt wird; geht der Entscheidung eine mündliche Verhandlung nicht voraus, so wird auf mündlichen Vortrag des vom Senatsvorsitzenden zu bestellenden Berichterstatters entschieden, jedoch ist eine vorbereitende Bearbeitung nicht ausgeschlossen.“¹⁶⁹⁹

Während bei Beschlussverfahren in Revisionsachen gemäß § 8 II GO BGH der Berichterstattervortrag allein „genügen“ soll, wird ansonsten die Notwendigkeit einer vorbereitenden Bearbeitung durchaus in Betracht gezogen. Ein Ermessen, wie § 8 III Nr. 4 a.E. GO BGH es suggeriert, wäre jedoch aus den genannten Gründen verfehlt.

Auch die grundsätzlich ohne mündliche Verhandlung auskommende Verfahrensweise des Großen Senats soll sich nicht zuletzt an ein System mit zwei Berichterstattern anlehnen.¹⁷⁰⁰ Die für die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung bedeutsamen Fälle der Revisionsgerichte unterscheiden sich in Art und Schwierigkeit nicht von denjenigen, die dem Großen Senat zur Entscheidung vorgelegt werden. Seine Anrufung setzt lediglich zwei sich in einer oder mehreren rechtlichen Ansichten entscheidungserheblich widersprechende Senate voraus. Indes dürfte die Aktenlektüre bei der Bearbeitung der Vorlagefrage im Hintergrund stehen. Aufgrund der Vorformulierung eines speziellen Rechtsproblems ist die Beratungsgrundlage von vornherein präziser gefasst. Eine derartige Instruktion vermag aber auch eine konkretisierte Revisionsbegründung oder Gegenerklä-

¹⁶⁹⁹ Hervorhebungen v. Verf.

¹⁷⁰⁰ Dazu § 9 III GO BGH: „Es werden zwei Berichterstatter ernannt, von denen der eine dem Senat angehören muss, der die Entscheidung des Großen Senats oder der Vereinigten Großen Senate einholt. Handelt es sich um eine Entscheidung der Vereinigten Großen Senate, so ist, wenn der erste Berichterstatter einem Zivilsenat angehört, als zweiter Berichterstatter ein Mitglied eines Strafsenats zu bestellen und umgekehrt.“

rung vorzugeben; in Fällen grundsätzlicher Bedeutung dürfte eher mit einer ausgeführten Sachrüge zu rechnen sein. Daher soll eine Verfahrensweise, der mehrere Berichterstattungen zugrunde liegen, nach der Wertung der Geschäftsordnung des Bundesgerichtshofs sowohl der Wahrung von Rechtseinheit und Rechtsfortbildung, aber auch der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung tragen.

Es bleibt zu hinterfragen, inwieweit die Vorgehensweise mittels zwei Berichterstattem tatsächlich eine einseitige Kenntnisvermittlung zu verhindern beziehungsweise zugleich eine weitgehend umfassende zu ermöglichen vermag, wurde doch bereits andernorts zumindest teilweise die mangelnde Aktualität oder gar Insuffizienz der Regelungen der Geschäftsordnung des Bundesgerichtshofs herausgestellt. Gewiss verbleiben bei zwei eingearbeiteten Berichterstattem immer noch zwei weitere Beisitzer, die mit den zu entscheidenden Fällen im Zweifel nicht vertraut sind, und der Vorsitzende, der jedenfalls zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben Aktenkenntnis besitzt. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass Berichterstatter – sind ihre Ansichten naturgemäß auch subjektiv geprägt – keinem unerheblichen Druck ausgesetzt sind. Im Rahmen der Beratung werden sie mit Fragen und Konfrontationen rechnen müssen und demzufolge stets bemüht sein, sorgfältig zu arbeiten. Allein die von diesem Druck losgelöste Aktenlektüre aller Mitglieder des Spruchkörpers würde im Vergleich dazu – unter anderem aufgrund der verstrichenen Zeit bis zur Beratung gerade bei umfangreichen Sachen – Einbußen an Sorgfalt und Erinnerung erleiden. Demgegenüber wird durch eine – notwendigerweise unabhängige – Bearbeitung durch zwei Berichterstatter das dem echten Kollegialprinzip innewohnende Diskussionspotential innerhalb des Spruchkörpers gestärkt und einer Entkollegialisierung damit entgegengewirkt. Auf diese Weise näherte man sich dem andernorts vorgestellten Idealbild einer Kollegialentscheidung wieder an: So werden nicht nur eventuell differierende Meinungen zum Sachverhaltsgeschehen oder zu rechtlichen Einzelproblemen sichtbar, die das Problembewusstsein fördern und Anregungen zur Diskussion bieten könnten. Auch die Entstehung von Ankerheuristiken dürfte auf diese Weise gehemmt sein: *Volbert* und *Steller* sehen das Risiko einer verzerrten Informationsaufnahme namentlich dann minimiert, wenn die urteilende Person 1. motiviert ist, ein unverzerrtes Urteil abzugeben, 2. sich des Vorliegens eines verzerrenden Einflusses bewusst ist, 3. die Richtung der Verzerrung erkennt, 4. das Ausmaß der Verzerrung erkennt sowie 5. die Kapazität und Fähigkeit besitzt,

eine Korrektur durchzuführen.¹⁷⁰¹ Gerade die Gewissheit, sich nicht lediglich mit einer ausschlaggebenden Berichterstattung zufriedengeben zu müssen, stärkt die Motivation, sich eine möglichst unbeeinflusste Meinung von einer Rechtsangelegenheit zu bilden, zumal mit Aufgabe des Einstimmigkeitserfordernisses ausschließlich die Klärung der relevanten Rechtsprobleme und nicht die prozessökonomische Zielsetzung von Belang ist. Richtung und Ausmaß eventueller Verzerrungen vermögen insbesondere im Falle divergierender Darstellungen oder rechtlicher Ansichten beider Berichterstatter sowie nicht zuletzt derjenigen des aktenkundigen Vorsitzenden zum Ausdruck zu kommen. Mögliche Lücken in der Darstellung sind hingegen auch bei dieser Verfahrensweise nie ausgeschlossen, wengleich die Wahrscheinlichkeit dafür im Vergleich zur (ausschließlich mündlichen) Berichterstattung durch nur eine Person minimiert sein dürfte. Jedenfalls wäre aufgrund zu besorgender Erinnerungslücken beim „Zehn-Augen-Prinzip“ keine insoweit höhere Sicherheit gewährleistet. Schließlich würde angesichts zweifacher, unabhängiger Erhebung und Bewertung von Prozesstatsachen die Freibeweisproblematik weiter entschärft.

(2) Die Art und Weise der Berichterstattung

Eine Verfahrensweise, die zwei Berichterstattungen zum Gegenstand hat, kann sich also im Beschlussverfahren als grundsätzlich geeignet erweisen, eine einseitige Informationsvermittlung zu verhindern. Damit ist indes noch nicht geklärt, wie die Vorarbeit zweier Berichterstatter sinnvollerweise zu kombinieren ist. Dabei kommen prinzipiell die mündliche und die schriftliche Berichterstattung in Betracht.¹⁷⁰² Erstere wird lediglich im Rahmen des Beratungstermins stattfinden können. Ihr Vorteil liegt in der augenblicklichen Informationsvermittlung, der unmittelbar die eigentliche Beratung nachfolgt; Erinnerungsdefiziten wird auf diese Weise entgegengewirkt. Der einleitende Charakter des Vortrags entlastet zugleich den Vorsitzenden. Nachteilig ist eine mündliche Präsentation jedoch vor allem im Falle einer erstmaligen und einzigen Berichterstattung. Den in den Fall nicht Eingeweihten wird es gerade bei komplizierteren/umfangreichen Fallgestaltungen mit möglicherweise schwieriger Beweis-

¹⁷⁰¹ *Volbert/Steller*, S. 494.

¹⁷⁰² Die GO BGH unterscheidet dabei: Während § 8 II GO BGH einen mündlichen Vortrag genügen lässt, sind die Berichte beim Verfahren vor dem Großen Senat nach § 9 IV GO BGH „schriftlich zu erstatten“.

würdigung und mit der Zeit nachlassender Konzentration mitunter schwer fassen, diesen nach dem ersten Zuhören vollkommen zu erfassen und sich insoweit sofort eine wohlüberlegte Meinung zu bilden. Um diese Nachteile zu kompensieren, sollten die Beisitzer schon im Vorfeld der Beratung über den zu entscheidenden Fall informiert werden, wie es auch im Urteilsverfahren bereits geschieht. Dies dürfte mittels eines schriftlich zu verfassenden Votums zu bewerkstelligen sein, das den Mitgliedern der Spruchgruppe zuzuleiten wäre. Der Vorteil einer derartigen schriftlichen Stellungnahme liegt in der Fixierung ihres Inhalts; genaue Textpassagen, die insbesondere für die Darstellungsrüge im Rahmen erweiterter Revisionsmöglichkeiten von Bedeutung sind, können auf diesem Wege unproblematisch wiedergegeben und vom Lesenden unverfälscht aufgenommen sowie, wenn nötig, im Rahmen der Beratung unter Beteiligung des weiteren Berichterstatters zur Diskussion gestellt werden. Ein den Sachverhalt und einen Entscheidungsvorschlag beinhaltendes Votum dürfte im Vergleich zur Revisionsakte zudem meist deutlich kürzer ausfallen. Zum einen könnten damit psychologische Hemmungen abgebaut werden, sich seiner eingehender Lektüre anzunehmen. Zum anderen ermöglicht es die Komprimiertheit der Stellungnahme, Letztere auch kurz vor dem Beratungstermin noch einmal zu sichten, während dies bei einer umfangreichen Akte weniger zu erwarten sein dürfte. Dem Votum ist gleichwohl eine Kopie des Senatsheftes beizufügen für den Fall, dass Unklarheiten nicht auszuräumen sind und der sofortigen Aufklärung bedürfen. Die Besorgnis einer vorschnellen Übernahme der schriftlichen Stellungnahme durch die Beisitzer ist weitgehend unbegründet in Anbetracht ihres Bewusstseins, eine weitere gleichwertige Berichterstattung und eine darauf beruhende Diskussion werde in der Beratung folgen. Dort stehen beide Berichterstatter zur Verfügung, um zu eventuell differierenden Ansichten gehört zu werden.

(3) Die Beteiligung des Revisionsführers und anderer Verfahrensbeteiligter

(a) Möglichkeit der Erwiderung auf die Stellungnahme des Gegners des Revisionsführers

Der bislang einzige Weg des Beschwerdeführers, abgesehen von der Möglichkeit beziehungsweise Pflicht zur Revisionsbegründung, auf das Ergebnis der Revision im Beschlussverfahren Einfluss zu nehmen, bestand in der Gelegenheit einer Gegenerklärung, die in ihrer gegenwärtigen Form hinfällig wird. Zu der Frage, ob eine fakultative Erklärung des Nebenklägers und insbesondere der Staatsanwaltschaft nach § 347 I 2 StPO beziehungsweise zumindest nach § 33 II StPO dem Revisionsführer zugänglich zu machen ist, um diesem insofern eine Stellungnahme zu ermöglichen, schweigt jedenfalls § 347 StPO. § 33 III StPO verlangt als einfachrechtliche Ausformung von Art. 103 I GG bloß die Gehörgewährung in Bezug auf die Verwertung von für andere Beteiligte neuen und ungünstigen Tatsachen oder Beweisergebnissen. Dem Beschuldigten muss auch nach der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts betreffend Art. 103 I GG zumindest stets die Gelegenheit eröffnet werden, sich zu jeder dem Gericht unterbreiteten Stellungnahme der Gegenseite zu dem der Entscheidung zugrundeliegenden *Sachverhalt* zu äußern.¹⁷⁰³ Dies soll im Revisionsverfahren für den Fall der Reaktion der Staatsanwaltschaft auf erhobene Verfahrensrügen gelten, soweit neue Tatsachen vorgebracht werden.¹⁷⁰⁴ Ob hiervon eine Ausnahme zu machen ist, wenn die Gegenerklärung nur Rechtsausführungen enthält, hat das Bundesverfassungsgericht offengelassen.¹⁷⁰⁵ Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat die Frage im Jahr 1962 noch verneint.¹⁷⁰⁶ Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Stellungnahmemöglichkeit dem Revisionsführer jedenfalls dann nach Art. 103 I GG zu gewähren, „wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen

¹⁷⁰³ BVerfGE 19, 32, 36 (Hervorhebung v. Verf.).

¹⁷⁰⁴ BVerfGE 7, 275, 276; 9, 223, 231. Nr. 162 II RiStBV sieht namentlich eine Pflicht der StA vor, bei Verfahrensrügen eine Gegenerklärung einzureichen, um dem Revisionsgericht die Prüfung der Revision zu erleichtern und zeitraubende Rückfragen und Erörterungen zu vermeiden. Dies läuft meist darauf hinaus, dass lediglich die relevanten Akten- und Protokollstellen zusammengestellt werden.

¹⁷⁰⁵ BVerfGE 19, 32, 36.

¹⁷⁰⁶ BayVerfGH, JZ 1963, 63 f.

rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozeßbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielzahl vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte¹⁷⁰⁷. Dies entspricht der hier favorisierten Anschauung, ein Rechtsgespräch von Verfassungen wegen nicht für erforderlich zu halten, da Art. 103 I GG als Mindestmaßstab unzulässige Überraschungsentscheidungen zu verhindern sucht. Mögen Letztere vornehmlich in Betracht kommen im Falle von den Parteien vorenthaltenen tatsächlichen Feststellungen, die sie mangels Anhaltspunkten kaum in Erfahrungen bringen und zu denen sie sich demnach nicht äußern können, kann es – etwa im Bereich der Darstellungsrüge – auf exakte, nicht zwingend vorhersehbare Formulierungen ankommen.

Unabhängig davon sieht zwar Nr. 162 III 1 RiStBV zu § 347 I 2 StPO eine „Mitteilung“ jeder Gegenerklärung durch die Staatsanwaltschaft vor. Letzterer wird – abgesehen von der andernorts aufgezeigten mangelnden Pflichtgemäßheit in Bezug auf die besagten Richtlinien¹⁷⁰⁸ – offenbar weniger Bedeutung beigemessen als solchen Erklärungen, die erheblich neue Tatsachen oder Beweisergebnisse enthalten. Diese sind dem Beschwerdeführer gemäß Nr. 162 III 3 RiStBV „zuzustellen“, das heißt sie sollen aus Beweisgründen überdies zu den Akten gelangen. Nach aktueller Rechtslage bemisst sich die Gehörgewährung zu Rechtsausführungen jeder Art jedenfalls nach den keine Außenwirkung entfaltenden Vorgaben der Richtlinien hinsichtlich § 347 I 2 StPO, der nur eine tatsächliche Umstände beinhaltende Gegenerklärung umfasst¹⁷⁰⁹, und im Übrigen nach der zitierten Ausnahmeformel des Bundesverfassungsgerichts.

(b) Möglichkeit der Einflussnahme auf die gerichtliche Entscheidungsfindung

Vergleicht man zu diesem Zeitpunkt die Entscheidungsfindung im Urteils- und Beschlussverfahren, so hat Ersteres Letzterem voraus, dass die Verfahrensbeteiligten im Rahmen der Hauptverhandlung auf den nach § 351 I StPO einlei-

¹⁷⁰⁷ BVerfG, NJW 1992, 2877, im Anschluss an BVerfG, NJW 1991, 2823; eine Mitteilungspflicht ebenfalls befürwortend *Maiwald*, AK-StPO, § 347, Rn. 4, und *Frisch*, SK-StPO, § 347, Rn. 9, für entscheidungserhebliche Rechtsausführungen der StA; *Wolf*, JR 1965, 89, im Hinbl. auf für den Sachverhalt bedeutsame Rechtsausführungen; uneingeschränkt *Rüping*, S. 162.

¹⁷⁰⁸ Siehe S. 109.

¹⁷⁰⁹ Siehe S. 98.

tenden und die Verhandlungs- und Beratungsgrundlage bildenden Berichterstattervortrag zu reagieren und ihn zu korrigieren vermögen. Eine derartige Möglichkeit blieb ihnen im Beschlussverfahren bislang verwehrt. Dabei ist nicht gesagt, nur eine mündliche Verhandlung sei in der Lage, eine derartige Beteiligungsmöglichkeit sicherzustellen. Da ein Berichterstatter – gleichgültig, ob im Rahmen einer mündlichen Verhandlung oder in der Beschlussberatung – kaum spontan und in Anbetracht der Menge der zu bearbeitenden Fälle schwerlich allein aus seiner Erinnerung heraus vortragen dürfte, wird er seinen mündlichen Vortrag vorher schriftlich niedergelegt haben. Darauf deutet zumindest auch § 8 I 2 GO BGH hin, wonach er dem Vorsitzenden eine schriftliche Bearbeitung der Sache zukommen zu lassen hat. Die Voraussetzung dafür, den Verfahrensbeteiligten und insbesondere dem Revisionsführer im Beschlussverfahren eine schriftliche Ausarbeitung des die Beratungsgrundlage bildenden Vortrags zur Stellungnahme zu übermitteln, sind damit auf Seiten des Gerichts ohne Mehraufwand gegeben. Nicht unüblich scheint eine derartige Vorgehensweise jedenfalls im Verwaltungsprozess zu sein. Abschriften des vom Berichterstatter anzufertigenden Sachberichts werden den Parteien dort zuweilen bereits vor der mündlichen Verhandlung ausgehändigt, damit sie sich zu deren Beginn zu eventuellen Lücken, Unklarheiten oder Missverständnissen erklären können.¹⁷¹⁰ Diese Verfahrensweise wäre im revisionsrechtlichen Beschlussverfahren durchaus vorteilhaft. So vermag gerade die längere Bedenkzeit zur Einreichung einer überlegten schriftlichen Erwiderung¹⁷¹¹ zu einer gleichermaßen schriftlichen Stellungnahme ein spontanes mündliches Rechtsgespräch zu kompensieren, sofern nur der Grundstein der nachfolgenden Beratung ausreichend transparent ist. Eine Frist zur Stellungnahme binnen zwei Wochen erscheint insoweit angemessen. Eine derartige Methode begegnet auch im Übrigen keinen durchgreifenden Bedenken. Die Ausarbeitung durch den Berichterstatter dient gerade als Vorbereitung des eigentlichen Entscheidungsfindungsprozesses im Rahmen der noch folgenden Beratung. Sie soll damit erklärtermaßen noch nicht die endgültige Meinung des Revisionsgerichts repräsentieren oder vorwegnehmen, sondern lediglich als Hilfsmittel dienen, zu einer solchen

¹⁷¹⁰ Hess. VGH, DÖV 1962, 116 f., m. Anm. *Wilhelm* (S. 117).

¹⁷¹¹ So *Wilhelm*, DÖV 1962, 117, im Hinbl. auf den Sachbericht im Verwaltungsprozess. Auf diesem Wege sollen ihm zufolge dort auch umständliche Tatbestandsberichtigungen nach § 119 VwGO verhindert werden.

zu gelangen.¹⁷¹² Eine Selbstbindung des Gerichts an die Stellungnahme ist damit von vornherein nicht möglich. Die Besorgnis der Befangenheit, mit anderen Worten die Befürchtung, der Berichtersteller selbst oder der gesamte Spruchkörper könne an dem Entwurf „kleben“¹⁷¹³, erweist sich als unbegründet. Als eine von zwei Berichterstattungen stellt sie keineswegs das einzige Mittel zur Informationsgewinnung im Spruchkörper dar. Die Übermittlung der schriftlichen Bearbeitung an die übrigen Verfahrensbeteiligten lässt daher auch das Beratungsgeheimnis unberührt,¹⁷¹⁴ zumal die Durchführung der Hauptverhandlung und der dort erfolgende Vortrag des Berichterstatters letztlich einen identischen Zweck erfüllen. Anderenfalls müssten die Regelung des § 351 I StPO sowie ähnliche Vorschriften anderer Prozessordnungen (etwa § 103 II VwGO) insgesamt in Zweifel gezogen werden.

Wie hinsichtlich des Vortrags nach § 351 I StPO hat die Ausarbeitung des Berichterstatters im Beschlussverfahren den revisionsrechtlich relevanten Sachverhalt und die ihn betreffenden Rechtsfragen vollständig abzubilden. Auf diese Weise existiert eine breite Ausgangsbasis, die es den Beteiligten ermöglicht, effektiv Stellung zu nehmen. Wird vor allem der Angeklagte auf Lücken oder Unklarheiten aufmerksam machen und die aus seiner Sicht noch fehlenden relevanten Gesichtspunkte ergänzen können, ist seinem Mitwirkungsinteresse Genüge getan. Angesichts der Drucksituation, welcher der Berichtersteller aufgrund der Erwartungshaltung sowohl seitens des Revisionsführers als auch des Spruchkörpers ausgesetzt ist, wird mit einer gewissenhaften Bearbeitung der Sache zu rechnen sein. Insbesondere ist er gehalten, eine eventuelle Gegenerklärung von Staatsanwaltschaft und Nebenklage zu berücksichtigen. Schlecht hin wäre es nur sachdienlich, diese nebst dem Votum förmlich zuzustellen. Damit wäre auch insoweit eine Äußerungsmöglichkeit gewährleistet;¹⁷¹⁵ im

¹⁷¹² *Kranenpohl*, APuZ 35-36/2011, sehr deutlich: „Das Votum ist nicht Gegenstand der Beratung, sondern Grundlage (...).“

¹⁷¹³ *Wolf*, JR 1965, 91.

¹⁷¹⁴ Dazu BVerwG, NVwZ 1987, 127, im Hinbl. auf die Aushändigung von Sachbericht und Votum an einen Urkundsbeamten.

¹⁷¹⁵ Wird den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt, stellt sich vor dem Hintergrund von Art. 103 I GG die Frage, ob diesen wiederum die Erläuterungen der jeweils anderen Beteiligten mitzuteilen und Gelegenheit zur Gegenäußerung zu bieten wäre. Insoweit wird eine fortwährende Kette von Äußerungen und Erwidern befürchtet (siehe BayVerfGH, JZ 1963, 634; *Arndt*, JZ 1963, 67, beargwöhnt indes einen „Geheimprozess“, ließe man eine solche Kette nicht zu). Eine derartige Abfolge ist jedoch bereits angesichts der gegenwärtigen Statistik nicht wahrscheinlich. Schon aktuell ist die Zahl der vom Angekl. ausgehenden Gegenerklärungen mehr als gering

Übrigen könnten Missverständnisse auf Seiten des Berichterstatters aufgedeckt werden. Diese Form der Gegenerklärung dient demnach wiederum der Verringerung einseitiger Informationsvermittlung, indem die Zahl der akten- oder fallkundigen Personen, die einen Beitrag zur Beratungsgrundlage leisten können, neben den zwei Berichterstattern und dem Vorsitzenden auf den Revisionsführer, die Staatsanwaltschaft und einen potentiellen Nebenkläger erweitert wird. Ergreifen die Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit der Stellungnahme indes nicht, ist dies zugleich ein sehr deutlicher Anhaltspunkt dafür, dass auch im Rahmen einer Hauptverhandlung keine relevanten spontanen Einwände geäußert worden wären. Schließlich sind den Verfahrensbeteiligten neue Prozess-tatsachen im Sinne des § 33 III StPO mitzuteilen, soweit sich diese nachteilig für sie auswirken mögen.

(4) Gewährleistung der Unabhängigkeit der Berichterstattungen

Eine Verfahrensweise, die sich zweierlei Berichterstattungen bedient, erweist sich gerade dann als effektiv, wenn beide weitgehend unabhängig voneinander erfolgen. Einer eventuellen Übermacht des Vorsitzenden und der beiden Berichterstatter, die im Rahmen einer Mehrheitsentscheidung am Bundesgerichtshof schon die Majorität bilden würden, kann zum einen durch die Stellungnahmemöglichkeit der Verfahrensbeteiligten entgegengewirkt werden, die als Neutralisierungsfaktor zu wirken vermag. Zum anderen ist sicherzustellen, dass nicht ein Berichterstatter der Versuchung erliegt, die Ausarbeitung des anderen unkritisch zu übernehmen. Man vermag eine weitgehend unabhängige Bearbeitung beider Berichterstatter zu bewerkstelligen, indem sie ihr Votum gleichzei-

und selbst im Falle einer Erwiderung ist nicht allein diese entscheidend für die höhere Erfolgsquote, sondern die Qualität ihrer Konkretisierung (siehe *Barton*, S. 203). Auch der Antrag der StA erfolgt mehrheitlich nur, weil er zwingend erforderlich ist, um das zeitsparende Beschlussverfahren durchzuführen. Die überwiegend unter geringstem Aufwand formelhaft ausgeführten Begründungen legen indes den Schluss nahe, eine fakultative Erklärung würde nur bei rechtlich bedeutsamen Fällen bzw. bei besonders geartetem Interesse der StA erfolgen. Einer schier unendlichen Aufeinanderfolge von wechselseitigen Erklärungen und damit jedenfalls verzögernden, wenn nicht prozessverschleppendem Verhalten würde abgesehen davon schon durch das Innehalten der StA entgegengewirkt, der gleichermaßen wie dem Gericht an einem zügigen Prozess gelegen ist. Der Berichterstatter wird die Gegenerklärung des Beschuldigten ohnehin, wie von Art. 103 I GG vorgesehen, allein bei Anlass, das heißt neuen/konkretisierenden Ausführungen an die StA weiterleiten.

tig verfassen und zu gegebener Zeit dem Vorsitzenden übermitteln. Dieser leitet sodann die weiteren Schritte ein und lässt das Votum des ersten Berichterstatters den Verfahrensbeteiligten zukommen. Nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist beraumt der Vorsitzende den Beratungstermin an. Er leitet das Votum des ersten Berichterstatters nebst einer Ablichtung des Senatsheftes, das auch eventuell erfolgte Gegenerklärungen von Verfahrensbeteiligten enthält, an die übrigen Beisitzer weiter. Der zweite Berichterstatter trägt sein Votum in der Beratung mündlich vor. Dem ersten Berichterstatter ist daraufhin die Möglichkeit der Stellungnahme einzuräumen.

(5) Bestimmung der Berichterstatter

Eine gesetzliche Vorausbestimmung von Berichterstattern ist jedenfalls nicht auf Grundlage von Art. 101 I 2 GG verpflichtend, solange die Person des Berichterstatters nicht zugleich für die personelle Zusammensetzung des Spruchkörpers von Bedeutung ist. Im Hinblick auf die Frage, ob eine Bestimmung des Berichterstatters durch den Vorsitzenden gegen die Garantie des gesetzlichen Richters verstößt, wurde bislang lediglich unterstellt, eine einfachgesetzliche Regelung bestünde nicht, was an dieser Stelle zumindest zu hinterfragen ist. Nach der alten Fassung der insoweit einzig in Betracht kommenden Vorschrift des § 21g GVG war gemäß deren Absatz 1 die Verteilung der Geschäfte innerhalb eines mit mehreren Richtern besetzten Spruchkörpers ohne weitere Maßgabe dem Vorsitzenden übertragen. Eine Interpretation der besagten Norm des Inhalts, Letzterer sei auch zur Bestimmung des Berichterstatters im Einzelfall befugt, erschien demnach keineswegs fernliegend.¹⁷¹⁶ Die neue Fassung des § 21g I GVG sieht indes nunmehr vor, die Geschäfte seien „durch Beschluss aller dem Spruchkörper angehörenden Berufsrichter“ auf die Mitglieder zu verteilen. Das noch zu Zeiten der alten Fassung sinnvolle Wortlautargument wird damit hinfällig. Teilweise schließt man dennoch eine Restzuständigkeit des Vorsitzenden zur Bestellung des Berichterstatters nicht aus: Die Gesetzesmaterialien verhalten sich namentlich weder zu der hier fraglichen Thematik noch zur Deutung des Merkmals der „Geschäfte“.¹⁷¹⁷ Dieser Begriff ist weitgehend offen und daher mannigfaltiger Auslegung zugänglich. Auch die Systematik

¹⁷¹⁶ Siehe nur die Ausführungen *Sowadas*, S. 452 f., demzufolge auch die Systematik im Hinbl. auf § 21g II GVG a.F. einer derartigen Auslegung nicht entgegensteht.

¹⁷¹⁷ BT-Drucks. 14/979, S. 5.

zwischen den Absätzen 1 und 2¹⁷¹⁸ lässt die Interpretation zu, die Zuständigkeitsregelung des ersten Absatzes beziehe sich nur auf diejenigen Umstände, die Gegenstand des jährlichen Mitwirkungsplanes sind. Jenseits dieses Bereiches bestünde dann eine Regelungslücke, die durch die Restzuständigkeit des Vorsitzenden geschlossen zu werden vermag.¹⁷¹⁹

Aufgrund der nicht eindeutig festzustellenden, aber zumindest nicht auszuschließenden Möglichkeit einer insoweit verbleibenden Kompetenz des Vorsitzenden sind weitere teleologische Erwägungen anzustellen. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob eine starre Regelung durch den Spruchkörper oder eine einzelfallbezogene Bestimmung des Berichterstatters durch den Vorsitzenden vorzugswürdig ist. Einerseits kann Letztere für sich reklamieren, im Einzelfall überlastete Richter von der Berichterstattung zu befreien. Andererseits wäre eine statische Vorausbestimmung dazu geeignet, Manipulationsversuchen des Vorsitzenden wirksam zu begegnen. Dabei wäre zu hinterfragen, ob die Gefahr einer potentiellen Beeinflussung des Entscheidungsergebnisses durch Auswahl der funktionalen Gegenspieler des Vorsitzenden bei der geschilderten Verfahrensweise mit zwei Berichterstattern noch existent ist. Zum einen agieren sie unabhängig voneinander, zumal der vortragende Berichterstatter zusätzlich durch die Verfahrensbeteiligten korrigiert werden kann. Zum anderen verdoppelte sich indes die Gefahr manipulierter Entscheidungen, wählte der Vorsitzende gleich beide Berichterstatter nach persönlicher Präferenz aus, um ein bestimmtes Ergebnis zu erreichen. Dass eine Vorausbestimmung durch den gesamten Spruchkörper eine ad-hoc-Bestellung der Berichterstatterperson nicht zulässt, bedeutet nicht, eine etwaige Überlastung Einzelner könnte nicht berücksichtigt werden. So sieht bereits § 21g II GVG die Möglichkeit vor, in derartigen Fällen eine Änderung des Beschlusses herbeizuführen. Wenngleich dies erst nach Beratung und Beschlussfassung sämtlicher Spruchkörpermitglieder in Betracht kommt, muss eine solche Vorgehensweise nicht gleich als weniger prozessökonomisch¹⁷²⁰ empfunden werden. Jedenfalls würde dadurch dem Vorsitzenden Arbeit erspart, der bei jeder der jährlich pro Senat etwa 600 anhängig werdenden Revisionen eine stets am Einzelfall orientierte Kapazitäts-

¹⁷¹⁸ „Der Beschluss bestimmt vor Beginn des Geschäftsjahres für dessen Dauer, nach welchen Grundsätzen die Mitglieder an den Verfahren mitwirken; er kann nur geändert werden, wenn es wegen Überlastung, ungenügender Auslastung, Wechsels oder dauernder Verhinderung einzelner Mitglieder des Spruchkörpers nötig wird.“

¹⁷¹⁹ *Sowada*, S. 457 f.

¹⁷²⁰ So aber *Sowada*, S. 459.

prüfung vornehmen müsste. Zudem würde auch wenig transparent, wann genau eine Überlastung anzunehmen wäre. Eine Entscheidung des gesamten Spruchkörpers vermittelte hier wiederum ein höheres Maß an Objektivität und Aussagekraft. Eine Vorausbestimmung nach allgemeinen Grundsätzen stellte nach alledem die Unabhängigkeit der Berichterstattungen zusätzlich sicher, indem bei der Berichterstatterauswahl ihre Grundeinstellungen unberücksichtigt blieben. Zumindest in Revisionsstrafsachen sollte die Bestimmung der Berichterstatter demnach von dem Beschluss aller Mitglieder des Spruchkörpers nach § 21g II GVG umfasst sein. Dies lässt sich durch eine Ergänzung des § 21g III GVG bewerkstelligen.

bb) Die Entscheidungsfindung am Oberlandesgericht

Eine Vorherrschaft von Vorsitzendem und Berichterstatter ist insbesondere am Oberlandesgericht evident. Dort bilden beide bereits die Mehrheit, wenn sie sich nach erfolgter Aktenlektüre im Hinblick auf ein bestimmtes Ergebnis einig sind. Der hier zu befürwortende Wegfall des Einstimmigkeitserfordernisses ist zumindest bedingt geeignet, diese Situation zu entschärfen, da dem Dritten jedenfalls nicht mehr die unangenehme Aufgabe zukommen kann, allein durch sein Veto eine zeitraubende Hauptverhandlung zu erzwingen. Wird er dennoch nur durch den Vortrag des Berichterstatters informiert, dem der Vorsitzende uneingeschränkt zustimmt, dürfte er sich angesichts seiner in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht akten- und fallkundigen Richterkollegen diesen nicht selten unterlegen fühlen. Psychologische Hemmungen, der Meinung von Vorsitzendem und Berichterstatter bei dieser Ausgangslage zu widersprechen, mögen eine vorschnelle Zustimmung zum vorgetragenen Ergebnis bewirken. Hinzu kommen nicht zuletzt eventuell mit dem mündlichen Vortrag einhergehende Suggestionen. Die oben beschriebene Vorgehensweise bei der Entscheidungsfindung kann demnach auch insoweit einen Beitrag zur Verringerung derartiger Effekte leisten. Betraute man beide Beisitzer mit voneinander unabhängigen Berichterstattungen, können sie sich auf gleicher Augenhöhe begegnen. Die Gewährleistung einer Stellungnahmemöglichkeit für die weiteren Verfahrensbeteiligten rundet die umfassende Kenntniserlangung durch den Spruchkörper ab. Insofern wird zugleich an demjenigen Gericht ein sowohl transparentes als auch effizientes Entscheidungsfindungsverfahren garantiert, dem gerade die Majorität aller Revisionen zukommt.

cc) Verortung der vorgeschlagenen Neuregelung

An anderer Stelle¹⁷²¹ wurde bereits auf den Missgriff hingewiesen, das Entscheidungsfindungsverfahren lediglich durch ein die Geschäfte eines Gerichts betreffendes internes Regelungsnetzwerk wie der Geschäftsordnung des Bundesgerichtshofs festzulegen. Die derartige Verortung einer solchen Regelung spiegelt zugleich die hier abgelehnte Ansicht der Rechtsprechung und von Teilen der Literatur wider, alle Arten der Entscheidungsfindung seien mit Art. 103 I GG vereinbar, sofern die Mitglieder des Spruchkörpers auch nur irgendwie Kenntnis vom Akteninhalt erlangen. Der Art und Weise der Entscheidungsfindung wird damit schon durch die Qualifizierung als reines Innenrecht praktisch jedwede Grundrechtsrelevanz abgesprochen. Wie herausgestellt kommt dem Entscheidungsfindungsverfahren insbesondere mit Blick auf vorbezeichnetes Prozessgrundrecht jedoch durchaus Außenwirkung zu. Eine derartige Regelung sollte demnach in formelle Gesetzesform gegossen werden. Als potentielle Gesetzeswerke kommen dabei allein das Gerichtsverfassungsgesetz und die Strafprozessordnung in Frage. Ersteres trifft allerdings Vorkehrungen für alle Prozessordnungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit, mittels Verweisung teilweise sogar für die der übrigen Gerichtszweige, weshalb eine lediglich auf die strafprozessuale Revision zugeschnittene Verfahrensvorschrift dort deplatziert wäre. Auch in Anbetracht des nunmehr aktiv einzubeziehenden Revisionsführers findet eine solche Regelung ihren Platz daher richtigerweise im Revisionsrecht der Strafprozessordnung.

b) Zur Frage des Fortbestandes der Ermessensregelung

Bislang wurde noch keine Aussage getroffen, ob die in § 349 StPO angeordneten Ermessensregelungen Bestand haben sollten. Eine Hauptverhandlung unter dem Aspekt des Rechtsgesprächs ohne weitere Vorgaben von dem Gutdünken des Gerichts abhängig zu machen, würde praktisch der gegenwärtigen, wenig Rechtssicherheit bietenden Regelung entsprechen. Auch die Festschreibung eines Katalogs an Tatbeständen, bei deren Vorliegen eine mündliche Verhandlung anzuberaumen wäre, begegnet letztlich Bedenken:

Auf „Unstimmigkeiten“ innerhalb des Spruchkörpers abzustellen, wäre im Rahmen der vorgeschlagenen Verfahrensweise angesichts der Abkehr vom

¹⁷²¹ Siehe S. 346.

Einstimmigkeitserfordernis kaum sinnvoll. Weitere mögliche Anknüpfungspunkte wären etwa die Ausführlichkeit des tatinstanzlichen Urteils beziehungsweise Umfang oder Komplexität der daraus ersichtlichen Beweiswürdigung. Beide Attribute sprechen hingegen keineswegs für sich und bedürften wiederum einer näheren Definition, um dem hier erhobenen Anspruch zulänglicher Bestimmtheit zu genügen. Die Herausarbeitung von konkreten Fällen – womöglich in Bezug auf einzelne Delikte oder Deliktsgruppen, wie andernorts angedeutet¹⁷²² – würde insofern voraussichtlich einen unübersichtlichen und überfrachteten Katalog an Merkmalen hervorbringen, der zudem weder notwendige noch hinreichende Bedingungen für die Durchführung einer Hauptverhandlung vorgäbe. Etwa problematische Fälle wie Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen dürften jedenfalls im Urteil erkannt werden, sodass die Berichterstatter ihnen von vornherein größere Aufmerksamkeit zu schenken vermögen.

Gewiss liegt der Frage nach der Notwendigkeit einer Hauptverhandlung ein prognostisches Element zugrunde. Letztlich kommt es stets darauf an, ob die Beteiligten zu einer rechtlichen Aussprache bereit und fähig wären. Dabei verliert die der aktuellen Fassung mitunter zugrundeliegende Anschauung, anhand der Qualität von Revisionsbegründung und Gegenerklärung eine derartige Disposition erkennen zu können, in Anbetracht der dargelegten modifizierten Verfahrensweise an Relevanz. Zum einen wird die Gewährleistung ausreichender Kenntnisnahme im Sinne des Art. 103 I GG mittels des vorgestellten Einsatzes zweier Berichterstatter optimiert. Zum anderen frappt schon gegenwärtig der geringfügige Anteil elaborierter Revisionsbegründungen hinsichtlich der Sachrüge. Auch die Zahl erfolgter Gegenerklärungen erscheint kaum erwähnenswert, ebenso wie – im selteneren Falle einer erfolgenden Stellungnahme – die Qualität ihres Inhaltes, der sich zumeist in der Wiedergabe der Revisionsbegründung erschöpft. Elaborierte Ausführungen bilden demnach die deutliche Ausnahme.¹⁷²³ Während jedoch die obligatorische Begründung des staatsanwaltschaftlichen Antrags überwiegend formelhaft erfolgt und damit möglicherweise entscheidende Fragestellungen zur Auseinandersetzung im Rahmen der Gegenerklärung unterschlagen werden, so vermögen nunmehr aus eigenem Antrieb der Staatsanwaltschaft hochwertigere Antragsbegründungen vorgenommen zu werden und jedenfalls das umfassende Votum des vortragen-

¹⁷²² Siehe S. 247.

¹⁷²³ *Barton*, S. 122.

den Berichtstatters eine beinahe erschöpfende Grundlage zu bilden. Nur ausnahmsweise wird also damit zu rechnen sein, dass die Verfahrensbeteiligten nicht auf Umstände hingewiesen werden, die in der Beratung von Bedeutung sind. Typischerweise werden sie daher spätestens im Rahmen der Gegenerklärung alles aus ihrer Sicht Relevante mitgeteilt haben. Gerade dies obliegt ihnen: Wie bereits an anderer Stelle¹⁷²⁴ dargelegt, besteht im Rahmen eines (Regel-) Beschlussverfahrens in der Revision kein Anlass, Informationen (rechtlicher Art) zurückzuhalten, die nicht auch zum Zeitpunkt der Verfassung der Revisionsbegründung zur Verfügung standen, zumal mit dem Verzicht auf das Antragserfordernis mehr Waffengleichheit einhergeht und sich ein Taktieren nunmehr erübrigt.

Wird der Beschwerdeführer ausnahmsweise nicht über für die Entscheidung möglicherweise ausschlaggebende Aspekte informiert, stellt sich die Frage, ob die Durchführung einer Hauptverhandlung zur Klärung derartiger zuvor nicht berücksichtigter Rechtsfragen unerlässlich ist. Dies mag man bezweifeln. Insbesondere zu bislang nicht problematisierten Einzelaspekten dürfte man nach sorgfältiger Überlegung wohl eingehender schriftlich Stellung nehmen können. Daher bietet sich auch in derartigen Fällen ein schriftlicher Hinweis mit der Möglichkeit zur Stellungnahme an; ein solcher lehnte sich an den Rechtsgedanken des § 265 I StPO an. Erfolgt eine Erwiderung, so ist diese zum Gegenstand einer weiteren Beratung zu machen, die an einem in ohnehin regelmäßigen Abständen stattfindenden Beratungstag durchgeführt wird. Der Aufwand gegenüber einer eigens anzuberaumenden Hauptverhandlung, deren Ertrag zudem nicht gewiss ist, dürfte insoweit minimiert sein. Wie im Hinblick auf § 265 StPO würde man auf diese Weise die Gewährung rechtlichen Gehörs sichern, hingegen über das von Art. 103 I GG vorgeschriebene Mindestmaß hinausgehen. Ein derartiger Hinweis erfasste demnach nicht ausschließlich Fälle von möglichen Überraschungsentscheidungen und hätte damit den positiven Nebeneffekt, der Erhebung von Anhörungsrügen und damit der Einleitung gänzlich neuer Verfahren entgegenzuwirken. Angesichts der problematischen Bestimmbarkeit „nicht mehr vorhersehbarer“ rechtlicher Erwägungen, wären solche jedenfalls von der Mitteilung des Revisionsgerichts umfasst. Schließlich müsste auch eine vorzeitige Fixierung des Spruchkörpers auf die angedeutete Rechtsansicht nicht in höherem Maße befürchtet werden, als es im Falle der

¹⁷²⁴ Siehe S. 163 f.

Anberaumung einer Hauptverhandlung der Fall wäre. Eine einstimmige Entscheidung ist gerade nicht erforderlich. Eine Mehrheit mag sich zum einen also bereits bei einem drei zu zwei-Stimmenverhältnis herauskristallisieren; es kann schnell in eine Minderheit umschlagen, sofern für ein anderes Ergebnis gute Argumente vorgetragen werden. Ist sich der gesamte Spruchkörper einig – davon erlangte der Beschwerdeführer keine Kenntnis –, spricht zum anderen bereits viel für die Tragbarkeit des (noch vorläufigen) Ergebnisses. Nicht zuletzt wäre der Gedanke vermessen, Revisionsrichter hätten sich vor Durchführung der Hauptverhandlung nicht schon eine Meinung zu dem betreffenden Fall gebildet.

c) Eigene Sachentscheidungen des Revisionsgerichts

aa) § 354 I StPO

Eigene, sich nach § 354 I StPO richtende Sachentscheidungen des Revisionsgerichts sind unter den andernorts dargelegten Bedingungen der Behandlung im Beschlussverfahren zugänglich. Insbesondere im Falle eines Freispruchs vermag eine zwingend abzufassende Begründung eine adäquate und nachhaltige Kompensationsmöglichkeit gegenüber einer weitgehend inhaltslosen Hauptverhandlung darzustellen. Dass die Strafandrohung des § 211 StGB die Einordnung als „absolute Strafe“ nicht (mehr) rechtfertigt, ist indes kein vorrangiges Problem der Verfahrensweise in der Revisionsinstanz, sondern ein solches der Interpretation des besagten Tatbestandsmerkmals. Zur Vermeidung systematischer Unstimmigkeiten ist ein klarstellender Hinweis in Bezug auf eine gebotene Begründung bei eigenen Sachentscheidungen im Beschlussverfahren demgegenüber angebracht.

bb) § 354 Ia StPO

§ 354 Ia StPO hat sich in dogmatischer Hinsicht sowohl in der Theorie als auch in der Praxis als kaum haltbar erwiesen und die prozessökonomische Zielsetzung hat sich ebenfalls nie in nennenswerter Weise realisiert. Während das erste Justizmodernisierungsgesetz eine Verbesserung der Überschaubarkeit und

Lesbarkeit von Normen bezweckte,¹⁷²⁵ provozierte die besagte Norm Widersprüchlichkeiten und Rechtsunsicherheit, denen das inkonsequente Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts im Falle des Satzes 1 nicht Herr werden konnte. In der eigenen Strafzumessung durch die Revisionsgerichte – zumal im Beschlussverfahren – liegt eine fundamentale Umgestaltung des Rechtsmittels der Revision im gegenwärtigen Strafprozessrechtsgefüge;¹⁷²⁶ allein eine Änderung der Entscheidungsform vermag hier keine Abhilfe zu schaffen¹⁷²⁷. Mit der Erkenntnis eines grundlegenden Widerspruchs der Reform des § 354 StPO zur Doktrin des Revisionsrechts geht zwar nicht die Folgerung einher, der moderne Gesetzgeber dürfe insoweit keine Umgestaltungen vornehmen. Dies ist hingegen nur im Rahmen der jeweils von ihm gewählten Gesamtkonzeption legitim.¹⁷²⁸ Die Systemfremdheit von § 354 Ia StPO führt damit zu der Forderung, diese fragwürdige Regelung ersatzlos zu streichen.

cc) Die Berücksichtigung überlanger Verfahrensdauer

Mit der Beseitigung des § 354 Ia StPO wird zugleich die Grundlage für die Berücksichtigung einer eigens dem Revisionsverfahren anzulastenden rechtsstaatswidrigen Verfahrensdauer hinfällig. Prinzipiell kommen für die Anwendung der Vollstreckungslösung und den Ausspruch eines „Vollstreckungsraabatts“ durch das Revisionsgericht wiederum nur zwei Entscheidungsformen in Betracht, namentlich das Urteils- oder das Beschlussverfahren. Die von *Reich* erhobene Forderung, die Feststellung der Voraussetzungen für die Anwendung der Vollstreckungslösung müsse – auf tatrichterlicher Ebene – im Rahmen des Strengbeweisverfahrens erfolgen¹⁷²⁹, hätte vermutlich auch die Anberaumung einer Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz zur Konsequenz. Letztere wäre indes für den Revisionsführer wiederum mit weiteren Verzögerungen und Belastungen, etwa einer gegebenenfalls weiten Anreise zum Revisionsgericht, verbunden. Der Große Senat äußert sich in seiner Entscheidung zur Vollstreckungslösung nicht ausdrücklich zu der gebotenen Entscheidungsform.

¹⁷²⁵ BT-Drucks. 15/1508, S. 13.

¹⁷²⁶ *Gaede*, GA 2008, 402.

¹⁷²⁷ *Berenbrink*, GA 2008, 635 f., auch mit Bezug auf *Maier/Paul*, NStZ 2006, 86.

¹⁷²⁸ *Gaede*, GA 2008, 400 f.

¹⁷²⁹ So *Reich*, S. 138.

Die Intention der Durchführung einer mündlichen Verhandlung läge zum einen in der Ermittlung der Auswirkungen der Verzögerung für den Angeklagten, was lediglich im Falle seiner Anwesenheit wirklich nutzbringend wäre. Zum anderen könnte im Rahmen der Eruiierung von Ursache und Ausmaß der Verfahrensverlangsamung die Ausübung des Fragerechts bei der Vernehmung solcher Personen Früchte tragen, denen die Verzögerung angelastet wird und die ihre eigene Verantwortung durchaus zu verharmlosen vermögen. Allerdings wäre dem aufgrund der Verschleppung bereits ungeduldigen Angeklagten möglicherweise auch und vornehmlich an einem zügigen Beschlussverfahren gelegen, in dessen Rahmen er seine Belange auf dem Schriftwege geltend machen könnte. Bei dieser Variante bliebe es dem Gericht indes verwehrt, sich einen persönlichen Eindruck von ihm zu verschaffen. Dies könnte sich eventuell auf die Höhe des auszusprechenden Vollstreckungsabschlags auswirken. Welche der Möglichkeiten der Revisionsführer im Einzelfall bevorzugte, kann hier nicht allgemein beurteilt werden. Eine an seinen Bedürfnissen orientierte Kompromisslösung stellte aber die Gewährung eines Wahlrechts zwischen beiden Entscheidungsvarianten dar. In dogmatischer Hinsicht mag die Wahl des Beschlussverfahrens insofern als zumindest teilweiser Verzicht auf eine mögliche weitere Entschädigung gewertet werden. Art. 6 EMRK, auf dem die Kompensationsmaßnahmen beruhen, gilt nicht als unverzichtbar, sofern der Verzicht freiwillig erfolgt.¹⁷³⁰ Insbesondere wird auch ein Verzicht auf eine öffentliche, mündliche Verhandlung für zulässig erachtet, wenn dem wichtige öffentliche Interessen nicht entgegenstehen.¹⁷³¹ Als öffentliches Interesse käme hier der Auftrag der Wahrheitsfindung in Betracht, der im Hinblick auf den revisionsrechtlichen Sachverhalt allerdings schon abgeschlossen ist. Dies bedeutet zwar nicht, zur Bestimmung einer angemessenen Entschädigung sei keine bestmögliche Ermittlung der dafür wesentlichen Umstände anzustrengen. Dass jedoch der Strafprozessordnung ein Vorrecht des Betroffenen auf Auswahl der Entscheidungsform nicht gänzlich fremd ist, zeigt schon die Regelung des Strafbefehlsverfahrens mitsamt der Gelegenheit zum Einspruch. Die §§ 407 ff. StPO dienen aber vornehmlich der objektiv-rechtlichen Seite des Beschleunigungsgrundsatzes, das heißt einer zeit- und kostensparenden Verfahrensgestaltung allein im justiziellen Interesse, und sind nicht zuletzt deshalb mannigfaltiger

¹⁷³⁰ *Paeffgen*, SK-EMRK, Einleitung, Rn. 345 f., m. w. N.

¹⁷³¹ EGMR, EuGRZ 1992, 1, 5.

Kritik ausgesetzt¹⁷³². Wenn Art. 6 I 1 EMRK die Durchführung des Verfahrens „innerhalb angemessener Frist“ vorschreibt, so bezieht sich dieser Beschleunigungsgedanke, wie andernorts herausgestellt¹⁷³³, nicht nur auf das staatliche (prozessökonomische) Interesse an einer zügigen Entscheidung, sondern gerade auch auf den individualrechtsschützenden Charakter des Beschleunigungsgrundsatzes. Im Angesicht dieser Norm kann man sich daher gerade nicht gegen einen Kompromissvorschlag aussprechen, der einen schonenden Ausgleich zwischen einer angemessenen Entschädigungsmaßnahme und einer den Revisionsführer entlastenden beschleunigten Entscheidung herbeizuführen versucht. Es erschiene wenig sachgerecht, stets eine Hauptverhandlung zu erzwingen, wenn es der Beschuldigte selbst für ausreichend erachtet, schriftlich Stellung zu nehmen.

Was den Ablauf des Verfahrens anbelangt, hätte der vortragende Berichterstatter im Freibeweisverfahren Art, Ausmaß und Ursachen einer etwaigen Verzögerung zu ermitteln (insoweit auch der intern votierende Berichterstatter) und seine Ergebnisse dem Betroffenen nebst dem üblichen Votum mitzuteilen. Dabei dürfte es sich im Sinne von § 33 III StPO zwar um neue, nicht aber um für den Revisionsführer *negative* Tatsachen und Beweisergebnisse handeln. Dennoch sind sie ihm umfassend bekannt zu machen, damit er Gelegenheit erhält, sich zu den die Verfahrensverzögerung betreffenden Umständen zu erklären, insbesondere zu den ihn persönlich tangierenden Auswirkungen. Sollte ihm die schriftliche Darlegung seiner erlittenen Nachteile als nicht ausreichend erscheinen, steht es ihm frei, innerhalb der zwei Wochen Äußerungsfrist einen Antrag auf Anberaumung einer Hauptverhandlung zu stellen, dem zwingend nachzukommen ist. Unterlässt er dies, so bleibt es beim Beschlussverfahren. Eine routinemäßige oder gar aus Verschleppungsabsicht resultierende Antragstellung ist angesichts einer ohnehin schon überlangen Verfahrensdauer kaum zu befürchten, zumal nur demjenigen die Antragsmöglichkeit wirksam eröffnet ist, der vom Revisionsgericht von Amts wegen darauf hingewiesen wurde; eine (Verfahrens-) Rüge seinerseits wäre nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist ausgeschlossen. Sollten die Berichterstatter eine rechtsstaatswidrige Verzögerung übersehen oder entsteht eine solche erst in der Folgezeit, so ist der Beschuldigte unverzüglich nach ihrer Feststellung durch den Spruchkörper zu benachrichtigen. Stellt sich die Revision nach der Beratung als begründet heraus

¹⁷³² Siehe nur die Ausführungen *Weßlaus*, SK-StPO, vor §§ 407 ff., Rn. 20 ff.

¹⁷³³ Siehe S. 10 f.

und hätte deshalb eine Zurückverweisung zu erfolgen, so genügt als Vorgabe für das Tatgericht der Ausspruch der Rechtsstaatswidrigkeit der Verzögerung.

In Bezug auf die Ausgestaltung der Beweisaufnahme sind die Regelungen des tatinstanzlichen Verfahrens sinngemäß anzuwenden. Im Vorfeld der mündlichen Verhandlung hat der Spruchkörper dafür Sorge zu tragen, dass alle Beweismittel zum Termin zur Verfügung stehen, um die Entscheidung nach möglichst einer Sitzung treffen zu können. Die Anwesenheit des Angeklagten mag zumeist sinnvoll sein; dem Inhaftierten ist insofern ebenso ein Anwesenheitsrecht zu gewähren¹⁷³⁴. Steht indes die Ausübung des Fragerechts im Vordergrund, so wird dies auch durch den Verteidiger wahrgenommen werden können. Mit der Anordnung des persönlichen Erscheinens wird der Betroffene aber jederzeit zu rechnen haben. Eine Beteiligung von Laienrichtern ist trotz des Charakters einer Tatsachenermittlung in diesem Rahmen nicht angezeigt. Die Bestellung von vermutlich mehreren Schöffen wäre der prozessökonomischen Zielsetzung kaum zuträglich. Die Laienrichter müssten in einem weiteren Verfahren speziell zur Tätigkeit am Revisionsgericht ausgewählt werden, was der Unüblichkeit der Durchführung einer Hauptverhandlung in diesen Fällen nicht gerecht würde. Die eigentliche Wahrheitsfindung zum revisionsgegenständlichen Sachverhalt ist bereits abgeschlossen; das Revisionsgericht verkörpert lediglich eine Entschädigungsinstanz. Diese Ausnahmesituation rechtfertigt es, den ohnehin nicht stringent durchgehaltenen Grundsatz einer Schöffenbeteiligung bei der Tatsachenfeststellung hier ein weiteres Mal zu durchbrechen.

Eine Kodifizierung all dessen im Rahmen des § 354 StPO fügte sich angesichts des Entschädigungscharakters nicht in die bestehende Systematik eigener Sachentscheidungen des Revisionsgerichts ein, weshalb die Regelung zweckmäßigerweise in einer eigenständigen Vorschrift gesetzlich niederzulegen ist.

d) Beschlussbegründung

Eine Begründungspflicht, wie sie nach hier favorisierter Ansicht für den Verwerfungsbeschluss nach § 349 II StPO, aber auch für alle weiteren Entschei-

¹⁷³⁴ Ihm dieses zu verwehren, ist schon im Rahmen der aktuellen Verfahrensweise aus europarechtlicher Sicht höchst bedenklich (siehe EGMR, EUGRZ 1995, 537, 542); bei anzustellenden tatsächlichen Ermittlungen, zu denen der anwesende Angekl. möglicherweise einen gewichtigen Beitrag zu leisten vermag, wäre ein derartiges Verbot aber vollends widersprüchlich.

dungsmodalitäten im Revisionsverfahren angenommen wird, ist in prozessökonomischer Hinsicht nicht frei von Bedenken. Die Vorgehensweise der Rechtsprechung, Revisionsverwerfungsbeschlüsse allein nach Gutdünken zu begründen oder dies zu unterlassen, steht nicht mit den gesetzlichen Vorgaben im Einklang. Das Revisionsgericht kann demnach nur in rechtlich vertretbarer Weise von der Pflicht zur Begründung entbunden werden.

aa) Die allgemeine Sachrüge als Hauptursache der Belastung der Revisionsgerichte

Die allgemeine Sachrüge verkörpert diejenige Revisionsrüge, die einerseits mit so gut wie jeder Angeklagtenrevision geltend gemacht wird, weil sie die geringsten Anforderungen an ihre Erhebung stellt und damit zugleich rechtsmissbräuchlichem Handeln Tür und Tor öffnet. Andererseits ist gerade die Misserfolgsquote bei solchen Revisionen am größten, die lediglich die allgemeine Sachrüge zur Grundlage haben.¹⁷³⁵ Bezüglich der Frage, wie die Begründung eines Beschlusses des Revisionsgerichts beschaffen sein könnte, wird in Rechtsprechung und Literatur vorwiegend auf die Ausführlichkeit einer Begründung

¹⁷³⁵ *Barton*, S. 136 ff. Aus diesem Grund auch die Sachrüge gesteigerten Zulässigkeitsvoraussetzungen, wie sie bei der Verfahrensrüge anzutreffen sind, zu unterwerfen, begegnet nicht unerheblichen Bedenken. Zwar würde dann möglicherweise eher von ihrer Erhebung abgesehen oder sie könnte weitaus häufiger als unzulässig verworfen werden. Heutzutage wird jedoch gerade von der die Verfahrensrüge weitgehend verdrängenden Sachrüge die überwiegende Mehrzahl der möglichen Revisionsangriffe umfasst. Vor allem die Erhebung der Darstellungsrüge bereitet nicht selten Probleme bzw. ihr Erfolg ist weitgehend unberechenbar. Die Sachrüge und damit die der erweiterten Revision unterliegenden Überprüfungsmöglichkeiten insoweit besonderen Anforderungen zu unterstellen, führte damit jedenfalls zu einem geringeren Rechtsschutzniveau in der letzten Instanz. Problematisch erscheint dies vornehmlich im Hinbl. auf die fehlende Berufungsmöglichkeit bei Urteilen der LGe und OLG. Man hat diese u.a. in Kauf genommen aufgrund einer umfassenden rechtlichen Kontrollmöglichkeit im Revisionsverfahren, die durch eine Beschränkung der Prüfung lediglich auf das in der Begründung zur Sachrüge Vorgetragene minimiert würde. Nicht zuletzt mutete es befremdlich an, durch AGe Verurteilten nicht nur dreierlei Instanzen zur Verfügung zu stellen, sondern auch eine nicht an besondere Begründungserfordernisse geknüpfte Berufungsinstanz zu eröffnen (§ 317 StPO: „kann“), während durch das LG im ersten Rechtszug Verurteilte in der Revision mitunter erhebliche Hürden zu überwinden hätten. Käme man der Forderung nach erhöhten Zulässigkeitsvoraussetzungen zur Erhebung der Sachrüge nach, würde das auf dem soeben geschilderten Gedanken beruhende Rechtsmittelsystem empfindlich gestört. Demnach hätte man die nähere Begründung der Sachrüge weniger als Pflicht, sondern vielmehr als Obliegenheit des Revisionsführers zu deklarieren, dessen Revisionserfolgschancen sich damit statistisch belegt (*Barton*, S. 137 f.) erhöhen.

abgestellt, die für sich gesehen ein zu unbestimmtes Merkmal darstellt, um genaue Vorgaben hinsichtlich der Begründungsausgestaltung zu liefern. Speziell in Bezug auf die allgemeine Sachrüge bieten sich verschiedene Möglichkeiten, die Unbegründetheit eines derartigen Revisionsangriffs zu rechtfertigen: Findet das Revisionsgericht keinen Fehler in den Urteilsgründen, so könnte es genau dies in der Begründung feststellen. Als weitere Alternative wäre die Aufzählung eines vielleicht endlosen Negativkatalogs von Argumenten denkbar, warum nicht andere Lösungen, sondern nur die dem Urteil zugrundeliegende rechtliche Würdigung die einzig richtige ist. Ebenfalls vorstellbar wäre es, zumindest die in der Beschlussberatung genannten Argumente sowie Diskussionsbeiträge wiederzugeben. Insbesondere die letzten beiden Möglichkeiten der Begründungsweise setzten einerseits den Aufwand des Revisionsgerichts zu andererseits demjenigen des Angeklagten auch in Anbetracht des letztendlichen Ertrags seiner Revision in ein augenscheinliches Missverhältnis. *Sarstedts* Anschauung, es widerspreche der „Würde eines Gerichts“, lange Ausführungen zu einer unbegründeten allgemeinen Sachrüge zu machen,¹⁷³⁶ beziehen sich jedoch auf außerrechtliche Erwägungen. Ist ein Gericht von Rechts wegen zu einer Begründung verpflichtet, kommt seiner Würde kein eigenständiger zu berücksichtigender Wert zu. Im Übrigen beruft er sich mit der Bezugnahme auf die Begründungsausführlichkeit wiederum auf ein zu unbestimmtes Abgrenzungsmerkmal.

bb) Teleologische Reduktion des Begründungsgebots im Revisionsverfahren

Von den Vorgaben des § 34 StPO und der Art. 19 IV, 20 II 1, 103 I GG in Verbindung mit Art. 20 III, 2 I GG sowie der allgemeinen Straf- und Revisionszwecke kann nicht ohne Weiteres abgewichen werden. Allenfalls ist unter teleologischen Gesichtspunkten eine Reduktion der genannten Normen angezeigt. Die zweckgemäße Einschränkung ihres Anwendungsbereiches kann dazu führen, dass bestimmte Fälle von ihnen nicht mehr erfasst werden.¹⁷³⁷ Einen derartigen Fall dürfte die Begründung von Revisionsbeschlüssen darstellen, welche allgemeine Sachrügen für unbegründet befinden.

¹⁷³⁶ *Sarstedt*, S. 276.

¹⁷³⁷ Nach *Rüthers*, Rn. 902 f., hat der Normzweck Vorrang ggü. dem Wortlaut, wenn der Gesetzgeber eine Ausnahmeklausel übersehen habe.

§ 34, Alt. 2 StPO liegt zunächst die Überzeugungsfunktion zugrunde. Trotz einer Nichtbegründung der Zurückweisung der Revision aufgrund einer unbegründeten allgemeinen Sachrüge wird der Beschwerdeführer nicht darüber im Dunkeln gelassen, ob sein Revisionsangriff durch das Revisionsgericht hinreichend geprüft und gewürdigt wurde. Das im Rahmen dieses Reformvorschlags geschilderte Entscheidungsfindungsverfahren ist ausreichend transparent im Hinblick auf eine angemessene Berücksichtigung der Subjektstellung des Angeklagten vor sowie in der gerichtlichen Beschlussberatung. Es bietet insoweit mehr Garantien als das gegenwärtig praktizierte „Vier-Augen-Prinzip“. Dass eine gemeinsame Beratung im Spruchkörper überhaupt stattfindet, ist trotz Zweifeln an einer zumindest unreflektierten Vermutung für rechtstreuere Handeln des Staates angesichts ihrer Institutionalisierung und festen Integration in das Revisionsverfahren nicht in Frage zu stellen. Der Revisionsführer kann demnach nicht einwenden, das Revisionsgericht sei nicht bemüht gewesen, sein Rechtsmittel zu überprüfen. Lässt er die Sachrüge unkommentiert, so reduziert sich die Aufgabe des Gerichts darauf, das Urteil zu lesen, seinen Inhalt zu erfassen und insgesamt auf ins Auge springende Rechtsfehler zu inspizieren. Mehr kann er angesichts mangelnder Hinweise seinerseits nicht verlangen und mehr erwartet er mit einer „auf gut Glück“ eingelegten Revision offenbar auch nicht. Ein Übersehen von etwaigen Fehlern ist damit seinem Risikobereich zuzuschreiben. Auch die Offenlegung der Gewährung rechtlichen Gehörs beschränkt sich damit bei Erhebung der allgemeinen Sachrüge auf die Demonstration, die Revision werde in der Beratung beziehungsweise in deren Vorfeld einer Überprüfung unterzogen. In Ansehung der Rechtsschutzfunktion einer Begründung wird dem Revisionsführer die Anfechtungsmöglichkeit bei einem höheren Gericht (hier nur das Bundesverfassungsgericht oder das Revisionsgericht selbst im Falle der Anhörungsrüge) nicht entzogen, wenn auf eine unbegründete allgemeine Sachrüge keine Begründung erfolgt. Es stellt sich bereits die Frage, ob der Revisionsführer überhaupt die Erhebung eines weiteren Rechtsbehelfs beabsichtigt, wenn er schon im Rahmen seines Revisionsangriffs nicht auszudrücken vermag, inwiefern die tatinstanzliche Entscheidung fehlerbehaftet sein soll. Beide noch in Betracht kommenden Rechtsbehelfe erfordern indes die nähere Begründung ihrer Geltendmachung (§ 356a Satz 2 StPO, § 93 I 1 BVerfGG). Möchte er dennoch nach ergangener Revisionsentscheidung etwaige Verfahrens-, insbesondere Anhörungsfehler, des Revisionsgerichts rügen, so steht ihm jedenfalls § 356a Satz 2 StPO offen. Kommt es ihm auf die

rechtliche Wertung des Instanzurteils an, so bleibt dessen Begründung durch den Tatrichter als genügender Anhaltspunkt für die Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht. Andere Gerichte oder Behörden werden vornehmlich an dem festgestellten Sachverhalt und den festgesetzten Rechtsfolgen sowie an dem Tenor und dem Datum der fraglichen Entscheidung interessiert sein. In Bezug auf das Demokratieprinzip werden in der breiten Öffentlichkeit allein solche Entscheidungen Beachtung finden, die von allgemeiner Bedeutung sind. Dies leitet zugleich zu den Zwecken der Revision über: Schon als Orientierungshilfe für die Untergerichte hat in rechtsvereinheitlichenden und rechtsfortbildenden Fällen eine Begründung zu erfolgen. Nur im Ausnahmefall dürfte jedoch eine Revision, die lediglich eine allgemeine Sachrüge zum Gegenstand hat, derartige Sachverhalte umfassen. Was die Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit und letztlich die Rechtsfriedenssicherung betrifft, wird den Belangen des Beschwerdeführers wiederum bereits durch die Demonstration gerecht, das tatinstanzliche Urteil werde durch das Rechtsmittelgericht einer hinreichenden Kontrolle unterworfen.

Begründungslose Beschlüsse, die unbegründete allgemeine Sachrügen verwerfen, sind von dem Telos, das die anfangs zugrunde gelegten und Begründungspflichten statuierenden Normen beinhalten, also nicht erfasst. Vielmehr wird dadurch eine Verteilung von Risikosphären zum Ausdruck gebracht, die demgegenüber bei ausgeführten Sachrügen und bei Verfahrensrügen eine Begründung als zwingend notwendig erscheinen lässt. Ihre Einlegung verlangt dem Revisionsführer mehr Aufwand und Mühe ab und deutet darauf hin, der Beschuldigte habe aus seiner Sicht berechtigte Einwände gegen das tatinstanzliche Urteil vorzubringen. Dies wirkt sich entscheidend auf die Begründungsfunktionen aus: Im Hinblick auf die Überzeugungsfunktion ist es für das Revisionsgericht nicht damit getan, zu demonstrieren, das Urteil gelesen und allgemein überprüft zu haben. Werden konkrete Mängel benannt, die das Urteil zu Fall bringen könnten, wird das Revisionsgericht in eine Bringschuld versetzt, sie substantiiert zu entkräften. Eine Auseinandersetzung mit derartigem Vorbringen hat auch zur Sichtbarmachung der Gewährung rechtlichen Gehörs nach außen zu treten. Nur auf diese Weise erfolgt die Zurückweisung der Revision zudem in verfahrensrechtlicher Hinsicht einzelfallgerecht. In Anbetracht der Rechtsschutzfunktion könnte in Ermangelung einer Beschlussbegründung zwar wiederum auf die Urteilsgründe des tatinstanzlichen Urteils zurückgegriffen werden. Die Überzeugungskraft der revisionsgerichtlichen Auseinandersetzung

mit vorgetragene potentiellen Mängeln mag einen Beschwerdeführer jedoch dazu bewegen, von der Einlegung einer Verfassungsbeschwerde abzusehen.

Nach alledem bleibt zu klären, in welchen Fällen bereits eine „ausgeführte“ Sachrüge anzunehmen ist. Davon wird nicht schon ohne Weiteres dann auszugehen sein, wenn über die übliche Bemerkung, die Verletzung sachlichen Rechts werde gerügt, irgendwie geartete weitere Ausführungen getätigt werden. Fügt man dem etwa hinzu, der Tatbestand eines bestimmten Delikts sei nicht verwirklicht, so wäre auch dieser Zusatz weiterhin als allgemeine Sachrüge zu qualifizieren. Insoweit wäre das Revisionsgericht wiederum gehalten, die betreffende Passage des Urteils zu lesen und auf mögliche Fehler zu kontrollieren. Einer Bringschuld müsste es in diesem Falle noch nicht nachkommen. Richtigerweise ist eine Sachrüge in Ansehung der hier fraglichen Zwecke erst dann „ausgeführt“, wenn (bereits in der Revisionsbegründung oder jedenfalls im Rahmen der Gegenerklärung) die den Mangel enthaltenden konkreten rechtlichen Gesichtspunkte angegeben werden, ohne die trichterlichen Urteilsgründe lediglich zu negieren. Gewiss hätte auch im Rahmen der allgemeinen Sachrüge eine Begründung zu erfolgen, wenn der Trichter das korrekte Urteilsergebnis auf mangelbehaftete Gründe gestützt hat. Solange insoweit keine Berichtigung durch das dazu berufene Revisionsgericht stattfindet, ist aufgrund der Inkongruenz von Ergebnis und Begründung ein unrichtiges Urteil in der Welt. Diese Vorgaben im Hinblick auf die Begründungstiefe wirken sich nicht zuletzt auf die Qualität der Berichterstattervoten aus, die zumindest den Sachverhalt zutreffend wiederzugeben haben. Rechtliche Probleme vermögen sie darzustellen, sofern solche sich aufdrängen, ohne dazu verpflichtet zu sein. Mit der hier vorgeschlagenen Lösung verzichtet man demnach auf die Verwendung unbestimmter Merkmale, indem die Auseinandersetzung des Revisionsgerichts mit bestimmt bezeichneten Argumenten in den Vordergrund rückt. Zugleich werden die Risikobereiche von Gericht und Revisionsführer angemessen austariert.

cc) Form und Niederschrift der Begründung

Die Begründung hat den Sachverhalt und die rechtliche Würdigung darzustellen. Die Aufgabe ihrer Niederschrift ist dem zweiten, in der Beratung vortragenden Berichterstatter aufzuerlegen. Angesichts seiner Vorarbeit wird er das Beratungsergebnis zügig verschriftlichen können. Schließt sich der Spruchkörper der Stellungnahme der Revisionsstaatsanwaltschaft aufgrund des Bera-

tungsergebnisses an, so verweist er gegenwärtig schlicht auf die dem Revisionsführer zugegangene Begründung. Dies soll der Arbeitersparnis dienen, verhindert aber mangels Veröffentlichung und mitunter unzureichender Sachverhaltsdarstellung die Information von Untergerichten oder der breiten Öffentlichkeit. Kommt es dem Berichtstatter tatsächlich auf den genauen Wortlaut der staatsanwaltschaftlichen Stellungnahme an, wäre es müßig, diese abzuschreiben. Soll die Möglichkeit bestehen, sie zu übernehmen, die Begründung der Revisionsentscheidung freilich gleichzeitig als eine solche des Gerichts auszuweisen, könnte die Staatsanwaltschaft dies bewerkstelligen, indem sie ihre Stellungnahme als Datei dem Gericht übersendet.

e) **Pflichtverteidigerbestellung für das Beschlussverfahren**

Da die Erarbeitung von Rechtsfragen nunmehr ausschließlich im Rahmen des Beschlussverfahrens erfolgt, zentriert sich die Problematik der Pflichtverteidigung auf diesen Verfahrensabschnitt¹⁷³⁸. Wurde bereits in der Tatinstanz ein Verteidiger beigeordnet, so gilt dessen Bestellung auch für die Einlegung und Begründung der Revision. Da nach § 140 I Nr. 1 StPO die erstinstanzliche Zuständigkeit des Landgerichts stets eine Pflichtverteidigung nach sich zieht, wäre immer ein Verteidiger für die Revisionsinstanz am Bundesgerichtshof bestellt. Dies gilt zugleich für einen in der Tatinstanz tätig werdenden und später wegfallenden Wahlverteidiger; dann ist ein neuer Verteidiger beizuordnen, um den durch einen Wahlverteidiger vertretenen Angeklagten nicht schlechter zu stellen als denjenigen, dem von Beginn an ein Pflichtverteidiger zur Seite stand.¹⁷³⁹ In anderen Fällen, etwa wenn der Angeklagte bisher keinen Verteidiger hatte (zum Beispiel bei Revisionen gegen Urteile des Strafrichters), der Wahlverteidiger (ohne, dass ein Fall der Pflichtverteidigung vorläge) sein Mandat niedergelegt hat oder aber die Beiordnung des Pflichtverteidigers weggefallen ist,¹⁷⁴⁰ ist zu hinterfragen, ob die in der Praxis insoweit maßgebliche Regelung des § 140 II StPO ausreichend Schutz bietet. Schon das Abgrenzungsmerkmal der

¹⁷³⁸ Damit wird demnach nicht mehr allein der „Grundstein“ gelegt, wie *Dahs*, NStZ 1982, 347, es ausdrückt, sondern gerade die Hauptarbeit geleistet. Die von *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 319 ff., prägnant zusammengefassten Änderungsvorschläge zur Pflichtverteidigung in der Revisionsinstanz de lege ferenda setzen weiterhin das Stattfinden einer Revisionshauptverhandlung voraus, weshalb hier von einer dbzgl. Auseinandersetzung abgesehen wird.

¹⁷³⁹ OLG Düsseldorf, StV 1986, 143.

¹⁷⁴⁰ Fälle nach *Balbier*, Müller-FS, S. 16.

„Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage“ erfasst in der Tatinstanz zunächst Fälle einer umfangreichen oder komplexen Beweisaufnahme¹⁷⁴¹; die Abgrenzung im Übrigen von der „Schwierigkeit“ der Rechtslage abhängig zu machen, begegnet nicht nur Definitionsproblemen, sondern erscheint im Revisionsverfahren überhaupt verfehlt. Ein juristischer Laie wird sich bereits mit der auf rechtliche Fehler beschränkten Überprüfungscompetenz des Revisionsgerichts schwer tun; eine Begründung ist ihm etwa im Gegensatz zur ohne formale Hindernisse zugänglichen Berufung von Gesetzes wegen vorgegeben. Die Darlegung der für die Zulässigkeit der Verfahrensrüge erforderlichen Tatsachen überfordert schon manchen Verteidiger, ist aber jedenfalls überhaupt nur nach erfolgter Akteneinsicht möglich¹⁷⁴². Bei genauer Betrachtung dürfte für die Einlegung der Sachrüge indes nichts anderes gelten. Dies kann zwar bereits in Gestalt der allgemeinen Sachbeschwerde geschehen, die allerdings bewiesenermaßen geringere Erfolgchancen eröffnet. Revisionsführer also von vornherein auf diese Möglichkeit zu verweisen, führte zu einem Rechtsschutz zweiter Klasse¹⁷⁴³. Aus denselben Gründen kann es nicht überzeugen, auf die Fähigkeiten des Urkundsbeamten zu vertrauen. Dieser hat zwar nach § 150 II 2, 3 RiStBV dafür Sorge zu tragen, dass der Angeklagte eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Revisionsbegründung einreicht, und wird demnach als Urkundsperson tätig, welche die Absichten des Angeklagten rechtlich einwandfrei zu protokollieren hat. Eine darüber hinausgehende – beratende – Aufgabe wird ihm nicht zuteil. Einem Verteidiger ist er – nicht zuletzt in Anbetracht des fehlenden Akteneinsichtsrechts¹⁷⁴⁴ – daher keineswegs gleichwertig. Nicht zuletzt vermag gerade die näher ausgeführte Begründung einer Darstellungsrüge Schwierigkeiten hervorzurufen, denen ein rechtlich ungebildeter Angeklagter kaum gewachsen sein dürfte.¹⁷⁴⁵ Dies gilt schließlich auch für Revisionen der Staatsanwaltschaft. Die adäquate Reaktion auf ausgeführte Sach- (insbesondere in Form von Darstellungs-) und Verfahrensrügen erfordert ein ebensolches Verständnis von der Materie, wie es zur Begründung derartiger Anträge von Nutzen ist. Auf Basis der vorangehenden Ausführungen erübrigen sich zudem weitere Erörterungen dazu, ob der Angeklagte im Sinne des § 140 II StPO un-

¹⁷⁴¹ Wohlers, SK-StPO, § 140, Rn. 38 ff.

¹⁷⁴² Dahs, NStZ 1982, 346; siehe auch *ders.*, JR 1985, 258; *Balbier*, Müller-FS, S. 23.

¹⁷⁴³ Dahs, NStZ 1982, 345 f.

¹⁷⁴⁴ Siehe dazu *Ziegler*, DAV-FS, S. 933, der einen Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit annimmt.

¹⁷⁴⁵ *Balbier*, Müller-FS, S. 21, 24.

fähig ist, sich selbst zu verteidigen. Schlussendlich hat auch die Tatschwereklausele angesichts einer in jedem Falle umfassenden Kontrollmöglichkeit im Revisionsverfahren wenig Berechtigung. Es spricht demnach viel dafür, dem Angeklagten stets einen Pflichtverteidiger beizuordnen, womit die nur im strafprozessualen Revisionsrecht existierende und anderen Prozessordnungen fremde Regelung der Begründung eines Rechtsmittels beziehungsweise der Erwidierung auf ein solches (§ 347 I 3 StPO) durch den Angeklagten zu Protokoll der Geschäftsstelle weitgehend hinfällig würde.¹⁷⁴⁶

Die Einwände, die gegen eine derartige Lösung zu erheben sein könnten, lassen sich weitgehend entkräften. Die Gefahr der Einlegung von Revisionen in erkennbar aussichtslosen Fällen, allein um den Gebührenanspruch zu erhalten,¹⁷⁴⁷ ist zwar nicht auszuschließen. Jedenfalls der Erhebung der allgemeinen Sachrüge, die lediglich mittels eines Satzes erfolgen kann, wäre mit einer Gebührenminderung bei der Verfahrensgebühr (Nr. 4130 VVRVG) zu begegnen. Lehnt demgegenüber ein bestellter Verteidiger die Einlegung oder Begründung einer Revision mangels Erfolgsaussicht ab, so genügt dies für eine sachgerechte Verteidigung; die Hinzuziehung eines neuen Verteidigers ist dann nicht geboten¹⁷⁴⁸. Dem Angeklagten verbleibt die Konsultation eines Wahlverteidigers oder der Weg über § 345 II, letzte Alt. StPO.¹⁷⁴⁹

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird nach alledem schon der Tatrichter, bei dem die Revision eingelegt wird, gehalten sein, einen Pflichtverteidiger beizuordnen,¹⁷⁵⁰ sofern ein solcher nicht bereits bestellt ist oder vor Revisionseinlegung beantragt wurde. Dessen Bestellung hat nicht zuletzt für die hier nur zu Entschädigungszwecken durchzuführende mündliche Verhandlung im Revisionsverfahren zu gelten. Die Antragstellung wird vornehmlich in kritischen Fällen erfolgen, weshalb in diesem Rahmen nur eine generell notwendige Vertei-

¹⁷⁴⁶ Wohlers, SK-StPO, § 140, Rn. 45; *Balbier*, Müller-FS, S. 27. So beseitigte man auch die Unstimmigkeiten, die dadurch entstünden, dass die Begründung der Revision gem. § 345 II, letzte Alt. StPO noch mittels Unterstützung geschehe, der Angekl. aber spätestens bei Verfassung der Gegenerklärung auf sich allein gestellt sei, so *ders.*, S. 29.

¹⁷⁴⁷ Diese Befürchtung äußert *Balbier*, Müller-FS, S. 27.

¹⁷⁴⁸ Davon indes ausgenommen sind Fälle der Verweigerung einer dezidierten Revisionsbegründung aus grober Pflichtwidrigkeit, siehe OLG Stuttgart, StV 2002, 473.

¹⁷⁴⁹ *Balbier*, Müller-FS, S. 28.

¹⁷⁵⁰ *Balbier*, Müller-FS, S. 28.

digung das Mittel der Wahl sein kann.¹⁷⁵¹ Bei Anberaumung der Hauptverhandlung ist der Verteidiger daher förmlich zu laden.

f) Rechtsschutzmöglichkeiten

Die Revision unterliegt als letztinstanzliches Rechtsmittel allein außerordentlichen Rechtsbehelfen, die gerade bezüglich der Ordnungsgemäßheit des Revisionsverfahrens Bedeutung erlangen. Insbesondere die hier vorgeschlagene Verfahrensweise zur Entscheidungsfindung dient der Verwirklichung von Art. 103 I GG in Gestalt einer Optimierung der Orientierung und darauf fußenden Äußerungsmöglichkeit der Verfahrensbeteiligten sowie der umfassenden Kenntnisnahme auf Seiten des Revisionsgerichts. Die Transparenz des Verfahrens ermöglicht es, der Vorschrift des § 356a StPO nunmehr einen praktikablen Anwendungsbereich zu verschaffen, ohne ihr den Charakter als außerordentlichen Rechtsbehelf zu nehmen: So wird die Anhörungsrüge in denjenigen Fällen Erfolg haben, in denen Verfahrensbeteiligten das Votum des ersten Berichterstatters nicht zugeleitet worden ist. Die umfassende Aktenkenntnis beider Berichterstatter dürfte zudem belegt sein. Im Zweifelsfalle könnte Beweis darüber erhoben werden, ob der Vorsitzende oder die Beisitzer das Votum erhalten haben beziehungsweise ob der zweite Berichterstatter in der Beratung vorgetragen hat. Stützt das Revisionsgericht seine Entscheidung auf im Sinne einer Überraschungsentscheidung nicht vorhersehbare Aspekte, stellte das Begründungserfordernis deren Feststellbarkeit sicher. Angesichts des zu erteilenden, an § 265 StPO angelehnten Hinweises, dürfte die Erhebung einer Anhörungsrüge letztlich kaum einmal in Betracht gezogen werden. Enthält ein auf eine ausgeführte Sach- oder Verfahrensrüge erfolgender Ausspruch der Unbegründetheit der Revision keine Begründung, so wäre der Anwendungsbereich von § 356a StPO angesichts des Umstandes fraglich, dass die Begründungspflicht nach hier bevorzugter Ansicht nicht ausschließlich Art. 103 I GG zu entnehmen ist. Jeden-

¹⁷⁵¹ *Hahn*, S. 89, 119 f., spricht sich, die aktuelle Verfahrensweise betreffend, für eine generell notwendige Verteidigung in diesem Verfahrensstadium zur Klärung jeglicher Rechtsprobleme aus. Zu verwerfen sind im Hinbl. auf die vorgestellte Reform zum einen der Vorschlag von *Eb. Schmidt*, NJW 1967, 856, der das Recht, die Beiordnung zu beantragen, über § 350 III StPO hinaus auf alle Revisionsverhandlungen erstrecken möchte sowie zum anderen die Anregung von *Hanack*, Dünnebier-FS, S. 319, der die Einführung einer elastischen Regelung unter Aufhebung des § 350 III StPO in Betracht zieht.

falls bliebe das Mittel der Verfassungsbeschwerde. Lediglich die Missachtung einer gefestigten Rechtsprechung vermag auch bei der Entscheidung der Unbegründetheit einer allgemeinen Sachrüge, bei der Überraschungsentscheidungen im Übrigen ausgeschlossen sein dürften, ausnahmsweise die Begründetheit der Anhörungsrüge zu rechtfertigen. Übersieht das Revisionsgericht zudem die rechtsstaatswidrige Überlänge des Revisionsverfahrens, so steht insoweit zumindest der Gang zum Bundesverfassungsgericht offen.

3. Mögliche Auswirkungen der Neuregelung in prozessökonomischer Hinsicht

Mit dem dargelegten Reformvorschlag soll das Wesen der Revision, wie es sich gegenwärtig darstellt, mit einer prozessökonomischen Verfahrensweise harmonisiert werden. Die vorgestellte Vorgehensweise erscheint im geltenden Rechtsmittelgefüge als das mildeste und zugleich effektivste Mittel, beide Aspekte zu vereinen. Wollte man weitergehende Maßnahmen vornehmen (wie etwa schon eine Spruchkörperreduktion am Bundesgerichtshof oder gar die Einführung einer Zulassungsrevision), so müsste bereits das System der Rechtsmittel neu überdacht werden, um keine Diskrepanzen im Rahmen des Gesamtkonzepts hervorzurufen¹⁷⁵². Im Übrigen lassen sich lediglich vorsichtige Prognosen äußern. Nicht zu leugnen ist dabei zunächst der Mehraufwand, der sich bei der Bearbeitung durch zwei Berichterstatter einstellen dürfte. Dies mag zumindest teilweise kompensiert werden aufgrund der Befreiung der Beisitzer von der jedenfalls im Urteilsverfahren bestehenden Pflicht der (nicht verifizierbaren) Aktenlektüre. Auch die Praktizierung des laut *Fischer* bereits am zweiten Strafsenat im Beschlussverfahren vorherrschenden „Zehn-Augen-Prinzips“¹⁷⁵³ wird obsolet. Der Entlastungseffekt sollte vor allem bei umfangreichen tatinstanzlichen Urteilen spürbar sein. Eine im Gegensatz zur Dauer der aktuellen Verfahrensweise nennenswerte Verlängerung des Verfahrens am Revisionsgericht aufgrund der unabhängigen Bearbeitung durch zwei Berichterstatter ist nicht zu befürchten. Derzeit bewegt sich dort die durchschnittliche Bearbeitungsdauer zwischen zwei bis drei Wochen und zwei Monaten.¹⁷⁵⁴ Bezieht man die gleichzeitig mögliche Ausarbeitung einer Revision durch beide

¹⁷⁵² Siehe auch *Norouzi*, StV 2015, 773.

¹⁷⁵³ *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 905.

¹⁷⁵⁴ *Barton*, S. 200 (Grafik 85).

Berichterstatter sowie zwei Wochen Stellungnahmefrist für den Revisionsführer mit ein, so wird bis zum Zeitpunkt der Beratung ein vergleichbarer Zeitraum verstrichen sein. Für den Revisionsführer selbst ergibt sich ebenfalls kein spürbarer Unterschied. Diejenigen zwei Wochen, die ihm gegenwärtig zur Stellungnahme zum Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 349 II StPO gewährt werden, verlagern sich nur in das Verfahren am Revisionsgericht. Auch die Frist von zwei Wochen nach eventueller Erteilung eines zweiten Hinweises sowie die Durchführung einer erneuten Beratung erwiesen sich im Vergleich zur Anberaumung einer Hauptverhandlung in derartigen Fällen als weniger zeitintensiv. Die Entbindung von der „Pflicht“ zur Durchführung von „Alibi“-Hauptverhandlungen (derzeit etwa 160 an der Zahl¹⁷⁵⁵) zur Klärung von Rechtsfragen dürfte darüber hinaus einen Entlastungseffekt in tatsächlicher sowie psychologischer Hinsicht auslösen. Die ersatzlose Streichung des § 354 Ia StPO fiele zudem nicht nennenswert ins Gewicht, da die Vorschrift ihre prozessökonomische Zielsetzung ohnedies verfehlt hat. Weiterhin stellt eine rechtsstaatswidrige überlange Verfahrensdauer die Ausnahme dar. Auch im Falle der Notwendigkeit der eigenständigen Anerkennung eines „Vollstreckungsrabatts“ durch das Revisionsgericht ist nicht zu erwarten, dass die Antragsmöglichkeit auf Durchführung einer Hauptverhandlung routinemäßig gestellt würde. Die Belastung, die Angeklagte aufgrund der Verzögerung möglicherweise schon erfahren haben, dürfte sie in manchem Falle von der Ausübung des Antragsrechts abhalten. Im Hinblick auf die (nunmehr im Revisionsrecht ausdrücklich) statuierte Begründungspflicht sollte sich der Mehraufwand insoweit in Grenzen halten, als der dazu berufene Berichterstatter über ausreichend Material verfügt, die Begründung zeitsparend niederzuschreiben.

4. Gesetzliche Änderungen auf Grundlage des eigenen Reformvorschlags

a) **§ 140 I StPO** wird folgende *Nr. 10* angefügt:

(...) das Revisionsverfahren durchgeführt wird.

b) **§ 349 StPO** wird wie folgt neu gefasst:

(1) Das Revisionsgericht entscheidet durch Beschluss.

¹⁷⁵⁵ Siehe S. 66.

(2) *Es werden zwei Berichterstatter bestellt. Beide Berichterstatter erstellen ein schriftliches Votum und übermitteln es dem Vorsitzenden. Dieser leitet das Votum des ersten Berichterstatters nebst erfolgter Stellungnahmen des Gegners des Beschwerdeführers den Verfahrensbeteiligten zu. Diese können binnen zwei Wochen eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen. Nach Ablauf der Frist übermittelt der Vorsitzende das Votum des ersten Berichterstatters nebst einer Ablichtung des Senatsheftes den übrigen Beisitzern. Die Beschlussberatung beginnt mit dem Vortrag des zweiten Berichterstatters. Daraufhin ist der erste Berichterstatter zu hören.*

(3) *Beabsichtigt das Revisionsgericht, die Entscheidung auf Erwägungen zu stützen, die das Votum des ersten Berichterstatters nicht enthielt und zu denen sich die Verfahrensbeteiligten noch nicht geäußert haben, so sind sie schriftlich darauf hinzuweisen. Sie können binnen zwei Wochen eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen.*

(4) *Der Beschluss ist zu begründen, soweit das Revisionsgericht die Revision für unzulässig oder für begründet oder einen auf eine verletzte Verfahrensvorschrift gestützten Revisionsantrag für unbegründet erachtet. Im Übrigen hat eine Begründung nur zu erfolgen, wenn der Beschwerdeführer die den Mangel enthaltenden konkreten rechtlichen Gesichtspunkte angegeben hat, ohne lediglich den tatrichterlichen Urteilsgründen zu widersprechen, oder wenn die Entscheidung für die Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung bedeutsam ist.*

c) **§ 350 StPO** und **§ 351 StPO** werden gestrichen.

d) **§ 354 I StPO** wird folgender Satz 2 angefügt:

Die Entscheidung ergeht durch zu begründenden Beschluss.

e) **§ 354 Ia StPO** wird gestrichen. **§ 354 Ib, II, III StPO** werden als **§ 354 II, III, IV StPO** geführt.

f) In **§ 354 II 2 StPO** werden die Wörter *oder Absatz 1a* gestrichen.

g) § 354 II 3 StPO wird wie folgt neu gefasst:

Absatz 1 bleibt unberührt.

h) § 354b StPO wird neu eingeführt:

(1) Weist das Revisionsgericht die Sache nicht nach § 354 Abs. 2 zurück, kann es den Angeklagten im Falle einer im Revisionsverfahren entstandenen überlangen Verfahrensverzögerung entschädigen, indem es einen Teil der verhängten Strafe für vollstreckt erklärt. Die Umstände, die für die Ermittlung des Vorliegens einer überlangen Verfahrensverzögerung im Revisionsverfahren und deren Auswirkungen bedeutsam sind, hat es auf Antrag des Angeklagten in einer Hauptverhandlung festzustellen.

(2) Der Verteidiger ist zur Hauptverhandlung zu laden. Die übrigen Verfahrensbeteiligten können in der Hauptverhandlung erscheinen. Ihnen sind Ort und Zeit der Hauptverhandlung mitzuteilen. Ist die Mitteilung an den Angeklagten nicht ausführbar, so genügt die Benachrichtigung des Verteidigers. Im Übrigen sind die Vorschriften über die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug und ihrer Vorbereitung sinngemäß anzuwenden. § 236 bleibt unberührt.

i) § 385 V StPO wird gestrichen.

j) § 21g III GVG wird wie folgt ergänzt:

(...) sowie für die Bestellung der Berichterstatter gemäß § 349 Abs. 2 der Strafprozessordnung.

E. Schlusswort und Ausblick

Das von Konstruktionsfehlern geprägte Rechtsmittel der Revision kann in Bezug auf seine verfahrensrechtliche Ausgestaltung unter Berücksichtigung des dargelegten Vorschlags nach alledem eine seinem Wesen entsprechende Reform erfahren. Die Unzulänglichkeiten des gegenwärtigen Beschlussverfahrens weichen einer transparenten Verfahrensweise, die eine überfrachtete Interaktion von unbestimmten Merkmalen, insuffizienten Absicherungen, entwerteten Einstimmigkeitserfordernissen und schließlich unzulänglichen Wegen der Entscheidungsfindung vermeidet. Es ist daher kein Zufall, dass eine ehrliche prozessökonomische Verfahrensausgestaltung hier zugleich unter dogmatischen Gesichtspunkten opportun erscheint: Nimmt man Revisionsrichtern und -staatsanwälten zunächst die verfahrenswirtschaftliche Motivation der Entscheidung im (Ausnahme-) Beschlussverfahren, die ihre Bewertung auch in materieller Hinsicht in eine bestimmte Richtung zu lenken vermag, und verwehrt man ihnen zudem die Möglichkeit, eine derartige Entscheidung aufgrund der willkürlichen Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffs vermeintlich zu legitimieren, ist bereits der Grundstein für eine objektivere Beurteilung gelegt. Diese wird unterstützt durch eine Entscheidungsfindungspraxis, die von den Vorteilen der Aktenberichterstattung profitiert, ohne ihren Nachteilen zu erliegen. Eine nunmehr nahezu vollwertige Mitwirkungsmöglichkeit der Verfahrensbeteiligten bei der gerichtlichen Entscheidung vermag die Kenntniserlangung der Revisionsrichter im Beschlusswege und nicht zuletzt die Gewährung rechtlichen Gehörs zu sichern. Die den gesetzlichen Anforderungen entsprechende sowie an inhaltlichen Maßstäben und nicht an dem Kriterium der Ausführlichkeit zu orientierende Begründungspflicht von Revisionsbeschlüssen leistet nicht nur einen Beitrag zur Förderung von Einzelfallgerechtigkeit, sondern auch zur adäquaten Überprüfbarkeit der Verfahrensweise des Revisionsgerichts und damit letztlich zur Sicherung des Rechtsfriedens. In Ansehung dieser Ausgestaltung des Beschlussverfahrens reduzierte sich der Wert einer Revisionshauptverhandlung auf eine unter prozessökonomischen Gesichtspunkten zweifelhafte Symbolik. Dem Vorwurf einer revisionsgerichtlichen „Lotterie“ oder von Entscheidungen „nach Hörensagen“ dürfte weitgehend der Boden entzogen sein.

Ob die Änderungen hinsichtlich der Verfahrensweise neben den zu verzeichnenden erweiterten Anfechtungsmöglichkeiten im Rahmen der Revision einen

Beitrag dazu leisten können, das gesetzgeberische Fehlkonstrukt des Revisionscharakters zu beheben, wird sich zeigen müssen. Die insbesondere auf der Darstellungsrüge fußende Unberechenbarkeit der Revisionsrechtsprechung mag zumindest bedingt entschärft werden: Fundierte Beschlussbegründungen können mehr Aufschluss geben über das (Nicht-) Vorliegen von Darstellungsmängeln in bestimmten Konstellationen. Im Übrigen dürfte sich auch das historisch begründete Bedürfnis erübrigen, ausgeführte Sachrügen systemfremd als unzulässig zu verwerfen, sofern lediglich Angriffe gegen die beständigen Feststellungen oder die Beweiswürdigung erfolgen. Bezüglich der Ausgestaltung der Rechtsbeschwerde nach § 79 OWiG wird man sich schlussendlich die Frage zu stellen haben, ob der Verweis des § 79 III 1 OWiG auf die Vorschriften der Strafprozessordnung über die Revision Bestand haben sollte oder ob angesichts des höheren Geschäftsanfalles sowie des andersartigen Charakters des Rechtsbehelfs in Gestalt einer teilweisen Zulassungsbeschwerde über eine alternative Regelung der Entscheidungsfindung nachzudenken wäre. § 79 V OWiG weist zumindest im Hinblick auf die Regelhaftigkeit des Beschlussverfahrens eine eindeutige Tendenz auf.

Literaturverzeichnis

- Albrecht*, Peter-Alexis: „Überzeugungsbildung und Sachverständigenbeweis in der neueren strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO)“, in: NStZ 1983, 486-493.
- Allgayer*, Peter: „Vereinbarkeit der strafprozessualen Revisionsverwerfung durch nicht begründeten Beschluss mit dem Grundgesetz und der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie Arbeitsteilung der europäischen Gerichte“, in: JR 2015, 64-67.
- Alsberg*, Max / *Nüse*, Karl-Heinz / *Meyer*, Karlheinz: „Der Beweisantrag im Strafprozess“, 6. Auflage, Köln, 2013 (zit. als: *Bearbeiter*, Alsberg/Nüse/Meyer, Rn. ...).
- Altvater*, Gerhard: „Die Erweiterung der Sachentscheidungsbefugnis der Revisionsgerichte zum Rechtsfolgenausspruch durch das Erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz (§ 354 Abs. 1a, b StPO neu) – Was bleibt nach dem Beschluss des BVerfG vom 14. Juni 2007 – 2 BvR 136, 1447/05“, in: „Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften – Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Schöch, Heinz / Satzger, Helmut / Schäfer, Gerhard / Ignor, Alexander / Knauer, Christoph, 2008, S. 35-50 (zit. als: *Altvater*, Widmaier-FS, S. ...).
- Anderheiden*, Michael: „Verfahrens- und Zurechnungsprobleme bei Umlaufverfahren“, in: VerwArch 2006, 165-185.
- Andoor*, George: „Laien in der Strafrechtsprechung – eine vergleichende Betrachtung der Laienbeteiligung an deutschen und englischen Strafgerichten“, Berlin, 2013 (zit. als: *Andoor*, S. ...).
- Arndt*, Adolf: Anmerkung zu BayVerfGH, Entscheidung v. 15.5.1962 – Vf. 139 – VI – 61., in: JZ 1963, 65-67.
- Ders.*: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.8.1964 – 2 BvR 456/64, in: NJW 1965, 147-148.
- Ders.*: „Das rechtliche Gehör“, in: NJW 1959, 6-8.
- Ders.*: „Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs“, in: NJW 1959, 1297-1301.

- Bakker*, Rainer: „Grenzen der Richtermacht – die Kollegialkontrolle im Großen Senat des BAG, Konstanz, 1994 (zit. als: *Bakker*, S. ...).
- Balbier*, Ralf-Werner: „Der Pflichtverteidiger in der Revisionsinstanz – Eine (kritische) Bestandsaufnahme“, in: „Festschrift für Egon Müller“, hrsg. von Jung, Heike / Luxenburger, Bernd / Wahle, Eberhard, Baden-Baden, 2008, S. 15-29 (zit. als: *Balbier*, Müller-FS, S. ...).
- Bartel*, Louisa: „Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung – Versuch einer Legitimation“, Tübingen, 2014 (zit. als: *Bartel*, S. ...).
- Barton*, Stephan: „Beschlussverwerfung durch den Bundesgerichtshof – effektiver Rechtsschutz?“, in: „Festschrift für Hans-Heiner-Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013“, hrsg. von Esser, Robert / Günther, Hans-Ludwig / Jäger, Christian / Mylonopoulos, Christos / Öztürk, Bahri, Heidelberg, 2013, S. 139-153 (zit. als: *Barton*, Kühne-FS, S. ...).
- Ders.*: „Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen. Eine empirische Untersuchung der Rechtspraxis“, Neuwied, 1999 (zit. als: *Barton*, S. ...).
- Ders.*: „Kennzeichen und Effekte der modernen Revisionsrechtsprechung – Führt die Materialisierung des Strafrechts auf den Weg nach Pappenheim?“, in: StV 2004, 332-340.
- Ders.*: „Schonung der Ressourcen der Justiz oder effektiver Rechtsschutz?“, in: StRR 2014, 404-410.
- Basdorf*, Clemens / *Sander*, Günther / *Schneider*, Ursula / *Dölp*, Michael / *König*, Peter / *Berger*, Nikolaus / *Bellay*, Thomas: „Zur Beratung von Revisionsentscheidungen im Beschlussverfahren“, in: NStZ 2013, 563 (zit. als: Fünfter Strafsenat, NStZ 2013, ...).
- Bateraue*, Ludwig Hans: „Die Schuldspruchberichtigung“, Göttingen, 1971 (zit. als: *Batereau*, S. ...).
- Bauer*, Wolfram: „Entlastung der Revisionsgerichte durch Ungleichbehandlung der Revisionsführer? Eine Anmerkung zu dem Beschluß des BGH vom 07.05.1999 – 3 StR 460/98 wistra 1999, 395“, in: wistra 2000, 252-254.
- Baumert*, Andreas J.: „Reformierte Berufungszurückweisung durch Beschluss – Tendenzen aus der Praxis im Lichte eines revisiblen Anspruchs auf mündliche Verhandlung nach EMRK und GG“, in: MDR 2013, 7-12.

- Becker*, Christian: „Was sehen wie viele Augen? Sein und Sollen des Beschlussverfahrens in der strafrechtlichen Revision“, in: HRRS 2013, 264-267.
- Bender*, Rolf: „Tatsachenforschung in der Justiz – Einführung in die Methoden. Mit Untersuchungen zu: Prozeßbeschleunigung. Berufungsgründe. Einzelrichter und Kollegium. Gerichtsorganisation.“, Tübingen, 1972 (zit. als: *Bender*, S. ...).
- Berenbrink*, Thorsten: „Tatrichter oder Revisionsgericht – Wer bestimmt die Strafe? Ein Beitrag zu den Grenzen eigener Sachentscheidung des Revisionsgerichts unter Berücksichtigung rechtstatsächlicher Befunde“, in: GA 2008, 625-637.
- Berkemann*, Jörg: „Die richterliche Entscheidung in psychologischer Sicht“, in: JZ 1971, 537-540.
- Bernheimer*, Erich: „Die Öffentlichkeit der strafgerichtlichen Hauptverhandlung im bürgerlichen und militärischen Strafprozeß, ihre Geschichte und ihre Bedeutung“, Karlsruhe, 1914 (zit. als: *Bernheimer*, S. ...).
- Bernsmann*, Klaus: „Zur Stellung des Strafverteidigers im deutschen Strafverfahren“, in: StraFo 1999, 226-230.
- Beulke*, Werner: „Strafprozessrecht“, 13. Auflage, Heidelberg, 2016 (zit. als: *Beulke*, § ..., Rn. ...).
- Binding*, Karl: „Grundriss des Deutschen Strafprozessrechts“, 5. Auflage, Leipzig, 1904 (zit. als: *Binding*, S. ...).
- Bode*, Karl Heinrich: „Die Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst“, Berlin, 1958 (zit. als: *Bode*, S. ...).
- Börker* (ohne Vorname): „Zur Fassung des Entscheidungssatzes bei der Verwerfung offensichtlich unbegründeter Revisionen in Strafsachen“, in: DRiZ 1957, 139-140.
- Bosch*, Nikolaus: „Die Rechtsstellung des Strafverteidigers“, in: Jura 2012, 938-946.
- Bovensiepen*, Michael: „Der Freibeweis im Strafprozeß“, Bonn, 1978 (zit. als: *Bovensiepen*, S. ...).

- Braum*, Stefan: „Geschichte der Revision im Strafverfahren von 1877 bis zur Gegenwart: zugleich eine Kritik der Kontinuität politischer Macht im Recht“, Frankfurt am Main, 1996 (zit. als: *Braum*, S. ...).
- Brause*, Peter: „Von der Krise in die Funktionsunfähigkeit? Bemerkungen zur Problematik des revisionsgerichtlichen Beschlussverfahrens in Strafsachen“, in: JR 2013, 134-139.
- Bringewat*, Peter: „Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht“, in: ZStW 84 (1972), 585-611.
- Brodowski*, Dominik: „Zur empirischen Herleitung des Zehn-Augen-Prinzips im Revisionsverfahren“, in: HRRS 2013, 409-411.
- Bruns*, Hans-Jürgen: „Strafzumessungsrecht – Gesamtdarstellung“, 2. Auflage, 1974 (zit. als: *Bruns*, S. ...).
- Bundesgerichtshof (Hrsg.): „Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahr 2014“, zuletzt abgerufen am 14.7.2016 unter http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Service/Statistik/statistik_node.html (zit. als: BGH-Jahresstatistik Strafsenate 2014, S. ...).
- Ders.*: „Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs im Jahr 2014“, zuletzt abgerufen am 14.7.2016 unter http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Service/Statistik/statistik_node.html (zit. als: BGH-Jahresstatistik Zivilsenate 2014, S. ...).
- Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): „Vorschläge zur Neuregelung des Rechts der Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof, Bericht der Kommission“, 1998 (zit. als: Kommissionsbericht 1998, S. ...).
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.): „Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ mit „Anlagenband I“ (Gutachten) und „Anlagenband II“ (Protokolle), Oktober 2015 (zit. als: Kommissionsbericht 2015, S. ...).
- Bydlinski*, Franz: „Hauptpositionen zum Richterrecht“, in: JZ 1985, 149-155.
- Cramer*, Peter: „Gedanken zur Reform des Rechtsbeschwerdeverfahrens nach dem OWiG“, in: „Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin: Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt

als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes“, hrsg. von Eser, Albin, Köln, 1995, S. 447-460 (zit. als: *Cramer*, Salger-FS, S. ...).

Creifelds, Carl: „Die Strafprozeßnovelle 1964“, in: JR 1965, 1-6.

Dahs, Hans: Anmerkung zu LG Frankfurt, Beschl. v. 22.3.1966 - 5/10 Qs 6/66, in: NJW 1967, 67-68.

Ders.: Anmerkung zu OLG Hamm, Beschl. v. 5.2.1981 – 1 Ws 15/81, in: NStZ 1982, 345-347.

Ders.: Anmerkung zu OLG Oldenburg, Beschl. v. 17.5.1984 – 2 Ws 209/84, in: JR 1985, 256-257.

Ders.: „Die Urteilsrüge – Ein Irrweg. Zur Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen“, in: NJW 1978, 1551-1557.

Ders.: „Die Revision im Strafprozess, Bedeutung für die Praxis der Tatsacheninstanz“, 8. Auflage, München, 2012 (zit. als: *Dahs*, Rn. ...).

Ders.: „Disziplinierung des Tatrichters durch Beschlüsse nach § 349 II StPO?“, in: NStZ 1981, 205-207.

Ders.: „Rechtsgespräch im Strafverfahren?“, in: NJW 1961, 1244-1246.

Ders.: „Verfassungsrechtliche Gewährleistung umfassender Verteidigung im Revisionsverfahren“, in: NJW 1978, 140-141.

Daniels, Gottfried: „Code d’instruction criminelle – Aus dem Französischen nach dem officiellen Texte übersetzt“, 2. Auflage, Köln, 1812 (zit. als *Daniels*, S. ...).

Danziger, Christine: „Die Medialisierung des Strafprozesses – Eine Untersuchung zum Verhältnis von Medien und Strafprozess“, Berlin, 2009 (zit. als: *Danziger*, S. ...).

Däubler, Wolfgang: „Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im Kollegialgericht – ein Rechtsproblem?“, in: JZ 1984, 355-361.

Dehne-Niemann, Jan: „Der gesetzliche Richter und die Strafzumessung – zur Verfassungswidrigkeit des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO – Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 14. Juni 2007“, in: ZIS 2008, 239-255.

- Detter*, Klaus: „Beschlußverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO – Ein notwendiges Übel?“, in: StV 2004, 345-350.
- Deutscher Bundestag / Bundesarchiv (Hrsg.): „Der Parlamentarische Rat“, Band 13: „Ausschuß für Organisation des Bundes, Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege“, Teilband 2, München, 2002 (zit. als: Der Parlamentarische Rat, S. ...).
- Ditzen*, Wilhelm: „Dreierlei Beweis im Strafverfahren“, Leipzig, 1926 (zit. als: *Ditzen*, S. ...).
- Doehring*, Karl: „Die Praxis der Vorbereitung mündlicher Verhandlungen durch Kollegialgerichte in verfassungsrechtlicher Sicht“, in: NJW 1983, 851-855.
- Dreier*, Horst / *Wittrek*, Fabian: „Grundgesetz“, 9. Auflage, Tübingen, 2015 (zit. als: *Dreier*, Art. ..., Rn. ...).
- Drescher*, Angelika: „Stiefkind Gegenerklärung“, in: NStZ 2003, 296-301.
- Droege*, Michael: „Die Rechtsanwaltschaft bei dem BGH im verfassungsrechtlichen Gegenwind“, in: NJW 2002, 175-181.
- Dünnebier*, Hanns / *Gollwitzer*, Walter / *Kohlhaas*, Max / *Kunert*, Karl Heinz / *Meyer*, Karlheinz / *Sarstedt*, Werner / *Schäfer*, Karl (Hrsg.): „Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz“, Großkommentar, Zweiter Band, 22. Auflage, Berlin, 1973 (zit. als: *Bearbeiter*, LR-StPO [22. Aufl.], § ..., Rn. ...).
- Duske*, Klaus: „Die Aufgaben der Revision“, Marburg, 1960 (zit. als: *Duske*, S. ...).
- Einsiedler*, Mark: „Das richterliche Beratungsgeheimnis“, in: NJ 2014, 6-13.
- Eisele*, Fridolin / *Rau*, Charles Frédéric: „Entwurf einer deutschen Civilprozessordnung nebst Begründung – im Königlich Preussischen Justizministerium bearbeitet“, Berlin, 1871 (zit. als: Justizministerialentwurf 1871, S. ...).
- Eisenberg*, Ulrich: „Revisionsverwerfung durch Beschluss als „offensichtlich unbegründet“ auch im Jugendstraf(verfahrens)recht (§ 2 Abs. 2 JGG, § 349 Abs. 2 StPO)“, in: NK 2013, 229-246.

- Eisenberg, Ulrich / Haeseler, Christian*: „Zum begrenzten Anwendungsbereich des § 354 Abs. 1a und Abs. 1b StPO“, in: *StraFo* 2005, 221-225.
- Elsner, Beatrix*: „Entlastung der Staatsanwaltschaft durch Übertragung von Einstellungsbefugnissen auf die Polizei?“, in: *ZRP* 2010, 49-53.
- Engels, Dieter*: „Kein Abschied vom Grundsatz der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung in Strafsachen – Resümee nach dem 54. Deutschen Juristentag“, in: *AnwBl.* 1983, 100-107.
- Enneccerus, Ludwig / Nipperdey, Hans Carl*: „Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte“, Tübingen, 1959 (zit. als: *Enneccerus/Nipperdey*, § ...).
- Epping, Volker*: „Die Willensbildung von Kollegialorganen – Am Beispiel der Beschlußfassung der Bundesregierung“, in: *DÖV* 1995, 719-724.
- Erb, Volker / Esser, Robert / Franke, Ulrich / Graalman-Scheerer, Kirsten / Hilger, Hans / Ignor, Alexander* (Hrsg.): „Löwe-Rosenberg – Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz“, 26. Auflage, Band 1, Berlin, 2006, Band 6 – 1. Teilband, Berlin, 2010, Band 6 – 2. Teilband, Band 7 – 2. Teilband, Berlin, 2013 (zit. als: *Bearbeiter*, LR-StPO, § ..., Rn. ...), Band 10, Berlin 2010 (zit. als: *Bearbeiter*, LR-GVG, § ..., Rn. ...), Band 11, Berlin 2012 (zit. als: *Bearbeiter*, LR-EMRK, Art. ..., Rn. ...).
- Ernst, Wolfgang*: „Abstimmen über Rechtserkenntnis – Gedanken zur Entscheidungsfindung in Richterkollegien“, in: *JZ* 2012, 637-648.
- Eschelbach, Ralf*: „Gehör vor Gericht“, in: *GA* 2004, 228-245.
- Ders.*: „Probleme der Revisionsverwerfung gemäß § 349 Abs. 2 StPO“, in: *ZAP Fach* 22, 745-762 (Nummer 13 v. 20.6.2014).
- Eschelbach, Ralf / Geipel, Andreas / Weiler, Edgar*: „Anhörungsrügen“, in: *StV* 2010, 325-332.
- Eschen, Klaus*: „Noch einmal: § 1 BRAO - Bedeutung des Begriffes ‚Organ der Rechtspflege‘“, in: *StV* 1981, 365 – 370.
- Eser, Albin*: „Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur ‚Reprivatisierung‘ des Strafverfahrens?“, in: *ZStW* 104 (1992), 361-397.

- Esser, Josef*: „Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht“, in: „Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Esser, Josef / von Hippel, Fritz / Thieme, Hans, Tübingen, 1967, S. 95-130 (zit. als: *Esser*, von Hippel-FS, S. ...).
- Ders.*: „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis“, Frankfurt am Main, 1972 (zit. als: *Esser*, S. ...).
- Feneberg, Hermann*: „Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes“, in: DVBl. 1965, 222-225.
- Feuerhelm, Wolfgang*: „Die Annahmeerufung im Strafprozeß – Dogmatische Probleme und rechtspolitische Perspektiven“, in: StV 1997, 99-106.
- Feuerich, Wilhelm / Weyland, Dag* (Hrsg.): „Bundesrechtsanwaltsordnung“, 9. Auflage, München, 2016 (zit. als: *Bearbeiter*, Feuerich/Weyland, § ..., Rn. ...).
- Fezer, Gerhard*: „Anforderungen an die Begründung revisionsgerichtlicher Entscheidungen – Verfahrenswirklichkeit und normativer Anspruch“, in: HRRS 2010, 281-288.
- Ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.2.1989 – 2 StR 402/88, in: StV 1989, 290-295.
- Ders.*: „Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? – Inhaltsanalyse eines Jahrgangs unveröffentlichter Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen“, Tübingen, 1974 (zit. als: *Fezer*, erweiterte Revision, S. ...).
- Ders.*: „Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß und im Strafprozeß“, Tübingen, 1970 (zit. als: *Fezer*, mündliche Verhandlung, S. ...).
- Ders.*: „Grenzen der Beweisaufnahme durch das Revisionsgericht“, in: „Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege“, hrsg. von Ebert, Udo, Berlin, 1991, S. 89-115 (zit. als: *Fezer* bei *Ebert*, S. ...).
- Ders.*: „Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der gegenwärtigen Vorschläge zur Rechtsmittelreform“, Tübingen, 1975 (zit. als: *Fezer*, Reform, S. ...).

Ders.: „Pragmatismus und Formalismus in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung“, in: „Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Roxin, Claus / Wahle, Eberhard / Rieß, Peter / Ebert, Udo, Berlin, 1999, S. 331-353 (zit. als: *Fezer*, Hanack-FS, S. ...).

Ders.: „Revisionsurteil oder Revisionsbeschluß – Strafverfahrensnorm und Strafverfahrenspraxis in dauerhaftem Widerstreit?“, in: StV 2007, 40-48.

Ders.: „Tatrichterlicher Erkenntnisprozeß – ‚Freiheit‘ der Beweiswürdigung“, in: StV 1995, 95-101.

Ders.: „Zum Verständnis der sog. Annahmeberufung (§ 313 StPO)“, in: NStZ 1995, 265-269.

Fischer, Otto: „Die Entlastung des Reichsgerichts und die Verbesserung der Revision in Zivilsachen“, in: JW 1904, 307-322.

Fischer, Thomas: „Der Einfluss des Berichterstatters auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren“, in: NStZ 2013, 425-432.

Ders.: „Gesetzliche Richter im Strafverfahren. Zugleich: Kleine Nachlese großer Aufregungen“, in: „Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Fahl, Christian / Müller, Eckhart / Satzger, Helmut / Swoboda, Sabine, Heidelberg, 2015, S. 709-722 (zit. als: *Fischer*, Beulke-FS, S. ...).

Ders.: „Kann das strafrechtliche Revisionsrecht noch etwas bewegen?“, in: „Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat – Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015“, hrsg. von Stuckenberg, Carl-Friedrich / Gärditz, Claus Ferdinand, Berlin, 2015, S. 737-755 (zit. als: *Fischer*, Paeffgen-FS, S. ...).

Fischer, Thomas / *Krehl*, Christoph: „Strafrechtliche Revision, „Vieraugenprinzip“, gesetzlicher Richter und rechtliches Gehör“, in: StV 2012, 550-559.

Fischer, Thomas / *Eschelbach*, Ralf / *Krehl*, Christoph: „Erwiderung auf Basdorf unter anderem“, in: NStZ 2013, 563-565.

Dies.: „Das Zehn-Augen-Prinzip“, in: StV 2013, 395-402.

Fischinger, Helmuth: „Die Vorschläge von Josef Cüppers zur Gestaltung der Rechtsmittel in künftigen Strafverfahren“, in: „Anwälte zur Reform des Strafrechts und Landesrechts – Eine Gedenkschrift für Dr. Josef Cüppers“,

- hrsg. vom Vorstand der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf in Zusammenarbeit mit dem Strafrechtausschuss der Deutschen Rechtsanwaltskammern, Essen, 1955, S. 136-150 (zit. als: *Fischinger*, Cüppers-GS, S. ...).
- Franke*, Ulrich: „Ambivalente Wirkungen des Beschleunigungsgebotes nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK“, in: StV 2010, 433-436.
- Ders.*: „Der Begriff der Öffentlichkeit in der Revision“, in: StraFo 2014, 361-366.
- Ders.*: „Die Zukunft der Revision – Bemerkungen zu den Beschlüssen des BVerfG vom 14.6. und 14.8.2007 zur Verfassungsmäßigkeit des § 354 Abs. 1a StPO“, in: „Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften – Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Schöch, Heinz / Satzger, Helmut / Schäfer, Gerhard / Ignor, Alexander / Knauer, Christoph, Köln, 2008, S. 239-251 (zit. als: *Franke*, Widmaier-FS, S. ...).
- Freund*, Georg: „Die Tatfrage als Rechtsfrage – ‚Persönliche Gewißheit‘, ‚objektive Schuldwahrscheinlichkeit‘ und rechtsgenügender Beweis“, in: „Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag“, hrsg. von Eser, Albin / Goydke, Jürgen / Maatz, Rüdiger Kurt / Meurer, Dieter, München, 2001, S. 409-429 (zit. als: *Freund*, Meyer-Goßner-FS, S. ...).
- Frisch*, Wolfgang: „Die Erweiterung des Sachentscheidungsrechts der Revisionsgerichte“, in: StV 2006, 431-442.
- Ders.*: „Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung – Eine Untersuchung über die Struktur und Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung“, Köln, 1971 (zit. als: *Frisch*, S. ...).
- Fuchs*, Ernst: „Gegen die Revisionsverstümmelung“, in: LZ 1928, 731-742.
- Fuhrmann*, Hans: „Reform des Rechtsmittelrechts im Strafprozeß“, in: JR 1972, 1-7.
- Fürstenau*, Werner: „Offensichtlich unbegründet? – Der Missbrauch des § 349 Abs. 2 StPO“, in: StraFo 2004, 38-43.

- Gaede*, Karsten: „Faure Strafzumessung durch Revisionsgerichte nur nach effektiver Verfahrensteilhabe, zugleich Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 14.6.2007“, in: GA 2008, 394-412.
- Ders.*: „Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK – Ein Beitrag zur Dogmatik des fairen Verfahrens in europäischen Strafverfahren und zur wirksamkeitsverpflichteten Konventionsauslegung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigerbeistand“, Berlin, 2007 (zit. als: *Gaede*, S. ...).
- Geppert*, Klaus: „Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren“, Berlin, 1979 (zit. als: *Geppert*, S. ...).
- Gieg*, Georg / *Widmaier*, Gunter: „Der bestellte Verwerfungsantrag – Aspekte einer Subkultur des oberlandesgerichtlichen Revisionsverfahrens“, in: NSTZ 2001, 57-63.
- Glaser*, Julius: „Die französische Prozeßgesetzgebung“, in: „Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts“, Erster Band, hrsg. von von Holtzendorff, Fr., Berlin, 1879, S. 20-26 (zit. als: *Glaser*, Holtzendorff, S. ...).
- Görcke*, Hans-Helmuth: „Weisungsgebundenheit und Grundgesetz (Ein Beitrag zur Neuordnung des Staatsanwaltsrechts)“, in: ZStW 73 (1961), 561-613.
- Gottwald*, Peter: „Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz“, Berlin, 1975 (zit. als: *Gottwald*, S. ...).
- Grabenwarter*, Christoph / *Pabel*, Katharina: „Europäische Menschenrechtskonvention“, 6. Auflage, München, 2016 (zit. als: *Grabenwarter*, § ..., Rn. ...).
- Gräber*, Fritz: „Finanzgerichtsordnung mit Nebengesetzen“, 8. Auflage, München, 2015 (zit. als: *Bearbeiter*, Gräber, § ..., Rn. ...).
- Gross*, Norbert: „Die Reform der Zivilgerichtsbarkeit und die Anwaltschaft beim BGH“, in: AnwBl. 2001, 20-21.
- Groß-Bölting*, Andrea: „Die Krise als Chance – welche Ansätze für die Strafverteidigung der BGH-Doppelvorsitz bietet“, in: StraFo 2012, 445-450.
- Günther*, Hans-Ludwig: „Lebenslang für ‚heimtückischen Mord‘?“, in: NJW 1982, 353-358.

- Hadding*, Günther: „Schwurgerichte in Deutschland – Der Schwurgerichtsgedanke seit 1848“, Kassel, 1974 (zit. als: *Hadding*, S. ...).
- Haeberlin*, C.f.W.J.: „Sammlung der neuen deutschen Strafprozessordnungen mit Einschluss der französischen und belgischen so wie der Gesetze über Einführung des mündlichen und öffentlichen Strafverfahrens mit Schwurgerichten“, 1. Teil, Greifswald, 1852 (zit. als: *Haeberlin*, S. ...).
- Hahn*, Manfred: „Die notwendige Verteidigung im Strafprozeß“, Berlin, 1975 (zit. als: *Hahn*, S. ...).
- Hamm*, Rainer: „Aus der Beschlussverwerfungspraxis (§ 349 Abs. 2 StPO) der Revisionsgerichte – Konzentrationsgrundsatz bei Wirtschaftsstrafkammern?“, in: StV 1981, 249-251.
- Ders.*: „Die Revision in Strafsachen“, 6. Auflage, Berlin, 1998 (zit. als: *Hamm*, Rn. ... [6. Aufl.]).
- Ders.*: „Die Revision in Strafsachen“, 7. Auflage, Berlin, 2010 (zit. als: *Hamm*, Rn. ...).
- Ders.*: „Tendenzen der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung aus anwaltlicher Sicht“, in: StV 1987, 262-269.
- Ders.*: „Verfahrensspaltung bei gegenläufigen Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft – Zugleich Anmerkung zu BGH-Beschluss vom 7.5.1999 – 3 StR 460/98“, in: StV 2000, 637-640.
- Hamm*, Rainer / *Krehl*, Christoph: „Vier oder zehn Augen bei der strafprozessualen Revisionsverwerfung durch Beschluss? – Worum es wirklich geht“, in: NJW 2014, 903-906.
- Hanack*, Ernst-Walter: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.12.1991 – 5 StR 569/91, in: StV 1993, 62-65.
- Ders.*: „Der dreistufige Aufbau der Strafgerichtsbarkeit im Entwurf eines ersten Justizreformgesetzes“, in: „Persönlichkeit in der Demokratie – Festschrift für Erich Schwinge zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Evers, Hans Ulrich / Friauf, Karl Heinrich / Hanack, Ernst-Walter / Reinhardt, Rudolf, Köln, 1973, S. 183-199 (zit. als: *Hanack*, Schwinge-FS, S. ...).

- Ders.*: „Die Verteidigung vor dem Revisionsgericht“, in: „Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982“, hrsg. von Hanack, Ernst-Walter / Rieß, Peter / Wendisch, Günter, Berlin, 1982, S. 301-325 (zit. als: *Hanack, Dünnebier-FS, S. ...*).
- Hannich, Rolf* (Hrsg.): „Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung“, 7. Auflage, München, 2013 (zit. als: *Bearbeiter, KK-StPO, § ..., Rn. ...*).
- Hartung, Fritz*: „Revisionsurteil oder Revisionsbeschluß?“, in: DRZ 1950, 219-222.
- Ders.*: „Die Rechtsmittel nach dem Vorentwurf einer neuen Strafverfahrensordnung“, in: ZStW 57 (1938), 89-106.
- Ders.*: „Um das Schwurgericht“, in ZStW 82 (1970), 601-609.
- Hartung, Wolfgang*: „Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof – Ein verfassungsrechtliches Problem“, in: JZ 1994, 117-122.
- Ders.*: „Schlußwort“, in: JZ 1994, 403.
- Hassemer, Winfried*: „Die ‚Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege‘ – ein neuer Rechtsbegriff?“, in: StV 1982, 275-280.
- Heghmanns, Michael*: Anmerkung zu BGH (Großer Senat), Beschl. v. 17.1.2008 – GSSt 1/07, in: ZJS 2008, 197-202.
- Ders.*: „Die prozessuale Rolle der Staatsanwaltschaft“, in: GA 2003, 433-450.
- Ders.*: „Strafverfahren – Strafrecht für alle Semester – Grund- und Examenswissen kritisch vertieft“, Heidelberg, 2014 (zit. als: *Heghmanns, Rn. ...*).
- Heghmanns, Michael / Scheffler, Uwe* (Hrsg.): „Handbuch zum Strafverfahren“, München, 2008 (*Bearbeiter, Heghmanns/Scheffler, S. ..., Rn. ...*).
- Henckel, Wolfram*: „Richter im demokratischen und sozialen Rechtsstaat“, in: JZ 1987, 209-215.
- Herdegen, Gerhard*: „Die Rüge der Nichtausschöpfung eines Beweismittels“, in: „Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin – Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes“, hrsg. von Eser, Albin / Kullmann, Hans Josef / Meyer-Goßner, Lutz / Odersky, Walter / Voss, Rainer, Köln, 1995, S. 301-318 (zit. als: *Herdegen, Salger-FS, S. ...*).

- Ders.*: „Die Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen durch das Revisionsgericht auf Grund der Sachrüge“, in: StV 1992, 527-534.
- Ders.*: „Tatgericht und Revisionsgericht – insbesondere die Kontrolle verfahrensrechtlicher ‚Ermessensentscheidungen‘“, in: „Strafverfahren im Rechtsstaat – Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985“, hrsg. von Gössel, Karl Heinz / Kauffmann, Hans, München, 1985, S. 173-190 (zit. als: *Herdegen*, Kleinknecht-FS, S. ...).
- Herr*, Robert: „Der ‚dritte‘ Mann und seine Aktenkenntnis“, in: DRiZ 1984, 359-361.
- Ders.*: „Vorbereitung mündlicher Verhandlungen durch Kollegialgerichte“, in: NJW 1983, 2131-2132.
- Ders.*: „Zum rechtlichen Gehör in Zivilsachen bei den Kollegialgerichten in erster Instanz“, in: MDR 1983, 634-635.
- Herzog*, Roman / *Scholz*, Rupert / *Herdegen*, Matthias / *Klein*, Hans H. (Hrsg.): „Grundgesetz“, Loseblattsammlung, 72. Lieferung, München, 2014 (zit. als: *Bearbeiter*, Maunz/Dürig, Art. ..., Rn. ...).
- Hillermeier*, Karl: „Zum Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafverfahren“, in: DRiZ 1982, 281-285.
- Hirtz*, Bernd: „Einforderung des Rechtsgesprächs im Zivilprozess ist Anwaltsache“, in: AnwBl. 2012, 12-22.
- Holtz*, Bärbel: „Die Protokolle des Preußischen Staatsministeriums“, Band 3, 9. Juni 1840 bis 14. März 1848, Hildesheim, 2000 (zit. als: *Holtz*, Bd. ..., Nr. ...).
- Hoven*, Elisa: „Die Grenzen des Anfangsverdachts – Gedanken zum Fall Edathy“, in: NStZ 2014, 361-368.
- Hülle*, Werner: „Die offensichtlich begründete Revision in Strafsachen“, in: NJW 1952, 411-412.
- Ipsen*, Jörn: „Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts“, in: DVBl. 1984, 1102-1107.
- Isay*, Hermann: „Rechtsnorm und Entscheidung“, Berlin, 1929 (zit. als: *Isay*, S. ...).

- Jagusch*, Heinrich: „Die Revision in Strafsachen – ausreichende Rechtsgarantie?“, in: NJW 1971, 2009-2012.
- Ders.*: „Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren“, in: NJW 1959, 265-269.
- Ders.*: „Über offensichtlich unbegründete Revisionen (§ 349 Abs. 2 StPO)“, in: NJW 1960, 73-77.
- Ders.*: „Zum Zusammentreffen mehrerer Revisionsrügen“, in: NJW 1962, 1417-1420.
- Jähnke*, Burkhard: „Über die Befugnis des Revisionsgerichts zur Nachprüfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung“, in: „Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Ebert, Udo / Roxin, Claus / Rieß, Peter / Wahle, Eberhard, Berlin, 1999, S. 355-367 (zit. als: *Jähnke*, Hanack-FS, S. ...).
- Jarass*, Hans / *Pieroth*, Bodo: „Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland“, 13. Auflage, München, 2014 (zit. als: *Bearbeiter*, Jarass/Pieroth, Art. ..., Rn. ...).
- Junker*, Thorsten: „Die Ausdehnung der eigenen Sachentscheidung in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – Bestandsaufnahme und Reformvorhaben zu § 354 I StPO“, Berlin, 2002 (zit. als: *Junker*, S. ...).
- Kahl*, Wilhelm: Anmerkung zu RG, Beschl. v. 8.4.1925 – 2 D. 158/25, in: JW 1925, 1403-1406.
- Kaiser*, Eberhard: „Zur Reform der Rechtsmittel im Strafverfahren“, in: ZRP 1972, 275-278.
- Kempf*, Eberhard: „Missbrauch im Strafprozess. Peccatur intra et extra muros“, in: „Festschrift für Winfried Hassemer“, hrsg. von Herzog, Felix / Neumann, Ulfrid, Heidelberg, 2010, S. 1041-1053 (zit. als: *Kempf*, Hassemer-FS, S. ...).
- Ders.*: „Möglichkeiten der Festschreibung des Sachverhalts in der Hauptverhandlung – Erklärungsrechte, sonstige Möglichkeiten“, in: „Die Verteidigung in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht mit Blick auf die Revision und Auswirkungen der Gesetzesänderungen auf die tägliche Praxis des Strafverteidigers“, hrsg. von Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Essen, 1986, S. 63-71 (zit. als: *Kempf*, S. ...).

- Ders.*: „Rechtsmissbrauch im Strafprozeß“, in: StV 1996, 507-511.
- Kempf*, Eberhard / *Schilling*, Hellen: „Revisionsrichterliche Rechtsfortbildung in Strafsachen“, in: NJW 2012, 1849-1855.
- Kindhäuser*, Urs / *Neumann*, Ulfrid / *Paeffgen*, Hans-Ullrich (Hrsg.): „Strafgesetzbuch“, 4. Auflage, Bd. 1, Baden-Baden, 2013 (zit. als: *Bearbeiter*, Kindhäuser-StGB, § ..., Rn. ...).
- Kirchberg*, Christian: „Die Anhörungsrüge – viel Aufwand, wenig Ertrag?“, in: „Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009“, hrsg. von Blaurock, Uwe / Bornkamm, Joachim / Kirchberg, Christian, Berlin, 2009, S. 43-60 (zit. als: *Kirchberg*, Krämer-FS, S. ...).
- Kischel*, Uwe: „Die Begründung – Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger“, Tübingen, 2003 (zit. als: *Kischel*, S. ...).
- Kissel*, Rudolf: „Grenzen der rechtsprechenden Gewalt“, in: NJW 1982, 1777-1785.
- Kissel*, Rudolf / *Mayer*, Herbert: „Gerichtsverfassungsgesetz“, 8. Auflage, München, 2015 (zit. als: *Kissel/Mayer*, § ..., Rn. ...).
- Klamaris*, Nikolaos: „Das prozessuale Gewohnheitsrecht – Ein Beitrag zu einem Teilaspekt der Erforschung des Rechtssetzungs- und Rechtsgeltungsverfahrens“, in: „Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Prütting, Hanns, Köln, 1990, S. 229-237 (zit. als: *Klamaris*, Baumgärtel-FS, S. ...).
- Kleine-Cosack*, Michael: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 5.12.2006 – AnwZ 2/06, in: NJW 2007, 1142-1143.
- Kleinknecht*, Theodor: „Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) – Entstehung und Hauptinhalt“, in: JZ 1965, 153-163.
- Knauer*, Christoph: „Vom Wesen und Zweck der Revision“, in: NStZ 2016, 1-11.
- Knauer*, Christoph / *Wolf*, Christian: „Zivilprozessuale und strafprozessuale Änderungen durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz – Teil 2: Änderungen der StPO“, in: NJW 2004, 2932-2938.

- Knittel*, Eberhard: „Das englische Schwurgericht“, Bonn, 1968 (zit. als: *Knittel*, S. ...).
- Köberer*, Wolfgang: „Zur Rechtsfolgenfestsetzungskompetenz des Revisionsgerichts“, in: „Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008“, hrsg. von Michalke, Regina / Köberer, Wolfgang / Pauly, Jürgen / Kirsch, Stefan, Berlin, 2008, S. 303-324 (zit. als: *Köberer*, Hamm-FS, S. ...).
- Koch*, Arnd: „Die gescheiterte Reform des reformierten Strafprozesses – Liberale Prozessrechtslehre zwischen Paulskirche und Reichsgründung“, in: ZIS 2009, 542-548.
- Kodde*, Michael: „Zur Praxis der Beschlußverwerfung von Revisionen (§ 349 Abs. 2 StPO): dargestellt anhand von Entscheidungen der Oberlandesgerichte Oldenburg und Bremen aus den Jahren 1980 und 1981“, Göttingen, 1989 (zit. als: *Kodde*, S. ...).
- Kohlhaas*, Max: „Pflichtverteidigung in der Revisionsinstanz?“, in: NJW 1951, 179-180.
- König*, Stefan: „Die Hauptverhandlung – noch Kerngeschehen im Strafprozess? Der Wandel des Strafverfahrens und die Folgen für einen fairen Prozess“, in: AnwBl. 2010, 382-286.
- Kornblum*, Udo: „Für eine grundlegende Reform der Zivilgerichtsbarkeit“, in: AnwBl. 2000, 654-657.
- Krack*, Ralf: „Rehabilitierung des Beschuldigten im Strafverfahren“, Tübingen, 2002 (zit. als: *Krack*, S. ...).
- Krahl*, Matthias: „Mißachtung rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze durch die schriftliche und selbstlesende Hauptverhandlung“, in: GA 1998, 329-346.
- Krämer*, Achim: „Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof – Erwiderung auf *Hartung* JZ 1994, 117“, in: JZ 1994, 400-403.
- Kranenpohl*, Uwe: „Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses – Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts“, Wiesbaden, 2010 (zit. als: *Kranenpohl*, S. ...).
- Ders.*: „Hinter verschlossenen Türen: Beratungsgeheimnis des Bundesverfassungsgerichts“, in: APuZ 35-36/2011 vom 19.8.2011.

- Krebs, Peter / Becker, Maximilian*: „Entstehung und Abänderbarkeit von Wohnheitsrecht“, in: JuS 2013, 97-104.
- Kregel, Wilhelm*: „Zur Neugliederung der ordentlichen Gerichtsbarkeit, aus richterlicher Sicht“, in: JR 1972, 269-275.
- Krehl, Christoph*: „Der verfassungsrechtliche Schutz rechtlichen Gehörs im Strafverfahren“, in: „Festschrift für Winfried Hassemer“, hrsg. von Herzog, Felix / Neumann, Ulfrid, Heidelberg, 2010, S. 1055-1071 (zit. als: *Krehl, Hassemer-FS*, S. ...).
- Ders.*: „Die Begründung des Revisionsverwerfungsbeschlusses nach § 349 Abs. 2 StPO“, in: GA 1987, 162-177.
- Krey, Volker*: „Gesetzestreue und Strafrecht – Schranken richterlicher Rechtsfortbildung“, in: ZStW 101 (1989), 838-873.
- Ders.*: „Rechtsfindung contra legem als Verfassungsproblem (III)“, in: JZ 1978, 465-468.
- Ders.*: „Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (I)“, in: JZ 1978, 361-368.
- Ders.*: „Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (II)“, in: JZ 1978, 428-432.
- Kriele, Martin*: „Gesetzestreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung“, in: DRiZ 1984, 226-233.
- Kroitzsch, Hermann*: „Wegfall der Begründungspflicht – Wandel der Staatsform der Bundesrepublik“, in: NJW 1994, 1032-1035.
- Kröpil, Karl*: „Das strafprozessuale Verfahrensziel als Argumentationstopos in der Rechtsprechung“, in: JR 2013, 14-19.
- Ders.*: „Die Bedeutung der strafprozessualen Verfahrensziele für den Mißbrauch strafprozessualer Rechte“, in: JZ 1998, 135-136.
- Ders.*: „Die Behandlung von prozessualen Missbrauchsfällen in Strafverfahren“, in: DRiZ 2001, 335-339.
- Kruger, Matthias*: „Beschleunigung des Strafverfahrens und materielles Strafrecht – Plädoyer für ein Umdenken im Strafrecht: Keine Beschleunigung um jeden Preis“, in: AnwBl. 2010, 565-570.

- Kruse*, Klaus-Dieter: „Die ‚offensichtlich‘ unbegründete Revision im Strafverfahren – Eine Untersuchung anhand von Aktenfällen“, Göttingen, 1980 (zit. als: *Kruse*, S. ...).
- Kudlich*, Hans / *Christensen*, Ralph: „Zum Relevanzhorizont strafgerichtlicher Entscheidungsbegründungen“, in: GA 2002, 337-350.
- Kuhlmann* (ohne Vorname): „Teilurteile im Strafverfahren – Ein Beitrag zur Bewältigung umfangreicher Strafverfahren“, in: DRiZ 1975, 77-79.
- Kuhn*, Bernd: „Die Widerspruchslösung“, in: JA 2010, 891-893.
- Kühne*, Hans-Heiner: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 12.4.2013 – 1 BvR 990/13, in: StV 2013, 417-419.
- Ders.*: „Die Instrumentalisierung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren“, in: GA 2008, 361-374.
- Ders.*: „Die realen und potentiellen Auswirkungen des Beschleunigungsgebots für die Struktur des Strafverfahrensrechts“, in: JZ 2010, 821-828.
- Ders.*: „Strafprozessrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts“, 9. Auflage, Heidelberg, 2015 (zit. als: *Kühne*, Rn. ...).
- Ders.*: „Strafverfahrensrecht als Kommunikationsproblem – Prolegomena einer strafverfahrensrechtlichen Kommunikationstheorie“, Heidelberg, 1978 (zit. als: *Kühne*, S. ...).
- Ders.*: „Wer missbraucht den Strafprozeß?“, in: StV 1996, 684-689.
- Kunig*, Philip: „Das Rechtsstaatsprinzip – Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland“, Tübingen, 1986 (zit. als: *Kunig*, S. ...).
- Küper*, Wilfried: „Historische Bemerkungen zur ‚freien Beweiswürdigung‘ im Strafprozeß“, in: „Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren – Festgabe für Karl Peters aus Anlaß seines 80. Geburtstages“, hrsg. von Wasserburg, Klaus / Haddenhorst, Wilhelm, Heidelberg, 1984, S. 23-46 (zit. als: *Küper*, Peters-FS, S. ...).
- Kusch*, Roger: „Aus der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht – Januar bis Juli 1991“, in: NStZ 1992, 27-30.

- Laubenthal*, Klaus: Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.12.1992 – 5 Ss 317/92 – 100/92 I, in: JR 1994, 202-204.
- Landau*, Herbert: „Das Beschleunigungsgebot als zentrales Thema an der Schnittstelle von Strafprozess und Verfassungsrecht“, in: „Strafprozessrechtspraxis und Rechtswissenschaft – getrennte Welten? Referate und Diskussionen auf dem 1. Karlsruher Strafrechtsdialog am 15. Juni 2007“, hrsg. von Jahn, Matthias / Nack, Armin, Köln, 2008, S. 39-41 (zit. als: *Landau*, Jahn/Nack, S. ...).
- Ders.*: „Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege“, in: NStZ 2007, 121-129.
- Lang* (ohne Vorname): „Vom künftigen Strafprozeß“, in: LZ 1928, 289-295.
- Langer*, Winrich: „Zu den Zielen der Revision in Strafsachen“, in: „Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag“, hrsg. von Eser, Albin / Goydke, Jürgen / Maatz, Kurt Rüdiger / Meurer, Dieter, München, 2001, S. 497-521 (zit. als: *Langer*, Meyer-Goßner-FS, S. ...).
- Langrock*, Marc: „Über die Grenzen der Strafzumessungskompetenz der Revisionsgerichte nach § 354 Abs. 1a StPO“, in: StraFo 2005, 226-228.
- Larenz*, Karl: „Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs? Zur Frage der Durchführung der Wandlung“, in: NJW 1951, 497-500.
- Ders.*: „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“, 6. Auflage, Berlin, 1991 (zit. als: *Larenz*, S. ...).
- Laue*, Christian: „Das öffentliche Interesse an der Beschleunigung des Strafverfahrens“, in: GA 2005, 648-663.
- Lautmann*, Rüdiger: „Hierarchie im Richterkollegium – Zur Vereinheitlichung der Richtertitel“, in: ZRP 1972, 129-132.
- Lehmann*, Rudolf: „Die Urteilsrüge“, in: „Das kommende deutsche Strafverfahren – Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission“, hrsg. von Gürtner, Franz, Berlin, 1938, S. 385-413 (zit. als: *Lehmann*, Gürtner, S. ...).
- Leipold*, Klaus: „§ 354 Abs. 1a StPO – Ein Verstoß gegen die EMRK und die Prozessmaxime der StPO“, in: StraFo 2006, 305-309.

- Ders.*: „Die Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht“, in: *StraFo* 2010, 353-358.
- Leisner, Walter*: „„Gesetzlicher Richter“ – vom Vorsitzenden bestimmt?“, in: *NJW* 1995, 285-289.
- Leite, Alar*: „Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht – Für ein Rückwirkungsverbot bei „strafunrechtskonstituierender Rechtsprechung“, in: *GA* 2014, 220-238.
- Leonhardt, A.*: „Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland“, Zweiter Beitrag, Hannover, 1865 (zit. als: *Leonhardt*, S. ...).
- Leonhardt, Hans-Joachim*: „Rechtsmittelermessens der Staatsanwaltschaft – eine Gegenüberstellung von § 296 StPO mit Nummern 147 und 148 Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV)“, Frankfurt am Main, 1994 (zit. als: *Leonhardt*, Ermessen, S. ...).
- Less, Günter*: „Revisionsurteil oder Revisionsbeschluß“, *SJZ* 1950, 68-70.
- Ders.*: „Von Wesen und Wert des Richterrechts – Eine rechtsanalytische und -kritische Studie“, Erlangen, 1954 (zit. als: *Less*, S. ...).
- Levin, Louis*: „Der dritte Rechtszug“, in: *DJZ* 1930, 27-33.
- Lobe, Adolf*: „„Offensichtlich unbegründet“, in: *JW* 1925, 1612.
- Löwe, Ewald*: „Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 22. März 1924 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz“, 17. Auflage, Berlin, 1927 (zit. als: *Löwe*, § ..., Rn. ...).
- Lücke, Jörg*: „Begründungszwang und Verfassung – Zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente“, Tübingen, 1987 (zit. als: *Lücke*, S. ...).
- Lüke, Gerhard / Krüger, Wolfgang*: „Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen“, 4. Auflage, München, 2013 (zit. als: *Bearbeiter*, MüKo, § ..., Rn. ...).
- Maier, Stefan / Paul, Carsten*: „Anwendungsbereiche des § 354 Ia und Ib StPO in der Rechtsprechung des BGH“, in: *NStZ* 2006, 82-86.

- Mannheim*, Hermann: „Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren“, Berlin, 1925 (zit. als: *Mannheim*, S. ...).
- Matthies*, Denis: „Die Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens der Staatsanwaltschaft bei der Einlegung von Rechtsmitteln gegen Urteile – Eine kritische Bestandsaufnahme der rechtstatsächlichen Handhabung“, in: *StraFo* 2009, 229-232.
- Maul*, Heinrich: „Die Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen durch das Revisionsgericht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs“, in: „Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes“, hrsg. von von Gamm, Otto Friedrich Freiherr / Raisch, Peter / Tiedemann, Klaus, Köln, 1991, S. 409-424 (zit. als: *Maul*, Pfeiffer-FS, S. ...).
- Maunz*, Theodor / *Schmidt-Bleibtreu*, Bruno / *Klein*, Franz / *Bethge*, Herbert: „Bundesverfassungsgerichtsgesetz“, 48. Auflage, München, 2016 (zit. als: *Bearbeiter*, Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § ..., Rn. ...).
- Maurer*, Hartmut: „Allgemeines Verwaltungsrecht“, 18. Auflage, München, 2011 (zit. als: *Maurer*, § ..., Rn. ...).
- Mayer-Maly*, Theo: „Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gesetzten Grenzen“, in: *JZ* 1986, 557-563.
- Mellwitz*, Artur: „Die Geschäftsordnungen des Bundesverfassungsgerichts und der oberen Bundesgerichte“, in: *NJW* 1962, 778-780.
- Mennicken*, Axel: „Das Ziel der Gesetzesauslegung – Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie“, Berlin, 1970 (zit. als: *Mennicken*, S. ...).
- Meurer*, Dieter: „Beweis und Beweisregel im deutschen Strafprozeß“, in: „Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Herberg, Rolf Dietrich, Köln, 1985, S. 357-377 (zit. als: *Meurer*, Oehler-FS, S. ...).
- Ders.:* „Beweiswürdigung und Strafurteil“, in: „Festschrift für Hildebert Kirchner zum 65. Geburtstag“, hrsg. von Dietz, Wolfgang / Pannier, Dietrich, München, 1985, S. 249-263 (zit. als: *Meurer*, Kirchner-FS, S. ...).

- Meyer, Fritz*: „Stellungnahme zur Kritik an der Praxis der Revisionsverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO“, in: StV 1984, 222-226.
- Meyer, Hugo*: „That- und Rechtsfrage im Geschworenengericht insbesondere in der Fragestellung an die Geschworenen“, Berlin, 1860 (*Meyer, S. ...*).
- Meyer-Goßner, Lutz*: „Abschaffung des Schöffengerichts und vereinfachtes Verfahren vor dem Strafrichter – Korrekturen unseres Rechtsmittelsystems in Strafsachen“, in: „Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Hamm, Rainer, Berlin, 1981, S. 197-227 (zit. als: *Meyer-Goßner, Sarstedt-FS, S. ...*).
- Ders.*: „Sind Verfahrenshindernisse von Amts wegen zu beachten?“, in: NSTZ 2003, 169-174.
- Ders.*: „Zur Aktenkenntnis der Senatsmitglieder und zu Formalien bei den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen“, in: „Festschrift für Klaus Tolksdorf, zum 65. Geburtstag“, hrsg. von Dencker, Friedrich / Galke, Gregor / Voßkuhle, Andreas, Köln, 2014, S. 323-332 (zit. als: *Meyer-Goßner, Tolksdorf-FS, S. ...*).
- Ders.*: „Zur Anwendung des § 206a im Rechtsmittel- und Wiederaufnahmeverfahren“, in: GA 1973, 366-376.
- Ders.*: „Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung“, in: „Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins“, hrsg. von Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Baden-Baden, 2009, S. 668-680 (zit. als: *Meyer-Goßner, DAV-FS, S. ...*).
- Meyer-Goßner, Lutz / Schmitt, Bertram*: „Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen“, 59. Auflage, München, 2016 (zit. als: *Bearbeiter, M-G/Schmitt, § ..., Rn. ...*).
- Meyer-Mews, Hans*: Anmerkung zu BGH, Verf. vom 25.9.2014 – 2 StR 163/14, in: NJW 2014, 3527-3528.
- Ders.*: „Wieder auf dem Prüfstand: Die Revision in Strafsachen“, in: NJW 2005, 2820-2823.

- Meyer-Mews, Hans / Rotter, Axel*: „Absehen von der Revisionshauptverhandlung – eine konventionswidrige Besonderheit im deutschen Strafverfahrensrecht?“, in: *StraFo* 2011, 14-19.
- Meyke, Rolf*: „Entscheidungsfindung mit ‚richtungweisendem‘ Vorsitzenden“, in: *DRiZ* 1990, 287-290.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton*: „Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung“, Dritter Beitrag, Bonn, 1823 (zit. als: *Mittermaier*, Prozess, S. ...).
- Ders.*: „Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung“, Erlangen, 1856 (zit. als: *Mittermaier*, Gesetzgebung, S. ...).
- Ders.*: „Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder“, Stuttgart, 1845 (zit. als: *Mittermaier*, Mündlichkeit, S. ...).
- Mosbacher, Andreas*: „Die Beratungspraxis der Strafsenate des BGH und das Gesetz“, in: *NJW* 2014, 124-127.
- Ders.*: „Zur aktuellen Debatte um die Rügepräklusion – Zugleich ein Beitrag zur Zukunft der Widerspruchslösung“, in: *NStZ* 2011, 606-611.
- Müller, Hermann / Sax, Walter*: „KMR – Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- u. Ordnungswidrigkeitengesetz“, 6. Auflage, Darmstadt, 1966 (zit. als: *Müller/Sax*, § ..., Rn. ...).
- Murmann, Uwe*: „Über den Zweck des Strafprozesses“, in: *GA* 2004, 65-86.
- Musielak, Hans Joachim / Voit, Wolfgang* (Hrsg.): „Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz“, Kommentar, 13. Auflage, München, 2016 (zit. als: *Bearbeiter*, Musielak-ZPO, § ..., Rn. ...).
- Nack, Armin*: „Aufhebungspraxis der Strafsenate des BGH - 1992 bis 1995“, in: *NStZ* 1997, 153-159.

- Nagel*, Peter: „Problemaffinität und Problemvergessenheit – Eine Betrachtung zur Beobachtungspflicht des Gesetzgebers“, in: DÖV 2010, 268-275.
- Neuhaus*, Ralf: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 27.3.2000 - 2 BvR 434/00, in: StV 2001, 152-153.
- Ders.*: Anmerkung zu OLG Hamm, Beschl. v. 2.6.1999 - 2 Ss 1002/98, in: StV 2001, 222-224.
- Neumann*, Ulfrid: „Die Abgrenzung von Rechtsfrage und Tatfrage und das Problem des revisionsgerichtlichen Augenscheinsbeweises“, in: GA 1988, 387-402.
- Ders.*: „Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren“, in: ZStW 101 (1989), 52-74.
- Niemöller*, Martin: „Rechtsmißbrauch im Strafprozeß“, in: StraFo 1996, 104-109.
- Nirk*, Rudolf: „Weiterhin Singularzulassung beim BGH“, in: NJW 2007, 3184-3188.
- Norouzi*, Ali B.: Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.12.2011 – III-2 RVs 113/11, in: StraFo 2013, 210-212.
- Ders.*: „Recht und Praxis von Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Revisionsverfahren – ein kleiner Reformanstoß“, in: StV 2015, 773-778.
- Ders.*: „Vom Rekonstruktionsverbot zum Dokumentationsgebot: Probleme der mangelnden Transparenz aus Sicht der Revisionsverteidigung“, in: „Wehe dem, der beschuldigt wird... 34. Strafverteidigertag, Hamburg, 26. – 28.2.2010“, hrsg. von Strafverteidigervereinigungen, Berlin, 2011, S. 215-230 (zit. als: *Norouzi*, Strafverteidigertag, S. ...).
- Oetker*, Friedrich: „Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Monsterprozesse“, in: GS 105 (1935), 1-25.
- Ortloff*, Karsten-Michael: „Rechtspsychologie und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Das Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung“, in: NVwZ 1995, 28-31.

- Ostler*, Fritz: „Zur Fassung des Entscheidungssatzes bei Verwerfung offensichtlich unbegründeter Revisionen in Strafsachen“, in: DRiZ 1957, 61-62.
- Otto*, Harro: „Möglichkeiten und Grenzen der Revision in Strafsachen“, in: NJW 1978, 1-11.
- Paeffgen*, Hans-Ullrich / *Wasserburg*, Klaus: „Geheimnisse des Systems der Kontrolle – Gedanken zu Gründen und Folgen des Beschlusses des BVerfG vom 23.5.2012 – BvR 610, 625/12“, in: GA 2012, 535-555.
- Palandt*, Otto (Hrsg.): „Bürgerliches Gesetzbuch“, 75. Auflage, München, 2016 (zit. als: *Bearbeiter*, Palandt, § ..., Rn. ...).
- Park*, Tido: „Die Erwidern der Verteidigung auf einen Revisionsverwerfungsantrag gemäß § 349 Abs. 2 StPO“, in: StV 1997, 550-552.
- Pasker*, Hans-Uwe: „Weder Lotterie noch Blindversuch oder: Beratungspraxis und Aktenkenntnis“, in: ZAP 2013, 969-970.
- Paster*, Inga / *Sättele*, Alexander: „Zu den Möglichkeiten einer eigenen Sachentscheidung des Revisionsgerichts nach der Entscheidung des BVerfG zu § 354 Ia 1 StPO“, in: NStZ 2007, 609-616.
- Pauly*, Jürgen: „Mündlichkeit der Hauptverhandlung und Revisionsrecht – Zu den Grenzen des Rekonstruktionsverbots“, in: „Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008“, hrsg. von Michalke, Regina / Köberer, Wolfgang / Pauly, Jürgen / Kirsch, Stefan, Berlin, 2008, S. 557-574 (zit. als: *Pauly*, Hamm-FS, S. ...).
- Peglau*, Jens: „Revisionsverwerfung durch ‚Dreizeiler‘ kein Gehörsverstoß – Anmerkung zu OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.2.2009 – 1 Ss 94/08“, in: jurisPR-StrafR 9/2009, Anm. 1.
- Penner*, Willfried: „Reichweite und Grenzen des § 349 Abs. 2 StPO (Lex Lobe)“, Köln, 1962 (zit. als: *Penner*, S. ...).
- Peters*, Karl: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 13.2.1958 – 1 BvR 56/57, in: JZ 1958, 435-436.
- Ders.*: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 7.6.1979 – 4 StR 441/78, in: JR 1980, 169-170.

Ders.: „Der Wandel im Revisionsrecht“, in: „Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag am 11. Dezember 1979“, hrsg. von Hassenpflug, Helwig, Berlin, 1980, S. 137-153 (zit. als: *Peters*, Schäfer-FS, S. ...).

Ders.: „Justizgewährungspflicht und Abblocken von Verteidigungsvorbringen“, in: „Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982“, hrsg. von Hanack, Ernst-Walter / Rieß, Peter / Wendisch, Günter, Berlin, 1982, S. 53-74 (zit. als: *Peters*, Dünnebier-FS, S. ...).

Ders.: „Strafprozeß – Ein Lehrbuch“, 4. Auflage, Heidelberg, 1985 (zit. als: *Peters*, S. ...).

Ders.: „Tat-, Rechts- und Ermessensfragen in der Revisionsinstanz“, in: *ZStW* 57 (1938), 53-85.

Pfitzner, Thomas: „Bindung der Revisionsgerichte an vorinstanzliche Feststellungen im Strafverfahren“, Frankfurt am Main, 1988 (zit. als: *Pfitzner*, S. ...).

Pföhler, Jürgen: „Zur Unanwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Strafprozeßrecht in dogmenhistorischer Sicht“, Berlin, 1988 (zit. als: *Pföhler*, S. ...).

Picker, Eduard: „Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung? – Teil 2“, in: *JZ* 1988, 62-75.

Ders.: „Richterrecht und Richterrechtsetzung – Zu neuen Rechtsbildungsmethoden des Bundesarbeitsgerichts“, in: *JZ* 1984, 153-163.

Pieroth, Bodo / *Schlink*, Bernhard / *Kingreen*, Thorsten / *Poscher*, Ralf: „Grundrechte – Staatsrecht II“, 30. Auflage, Heidelberg, 2014 (zit. als: *Pieroth/Schlink*, Rn. ...).

Pikart (ohne Vorname): Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 18.10.1983 – 2 BvR 462/82, in: *NStZ* 1984, 83-84.

Planck, Julius Wilhelm: „Bemerkungen über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern“, in: *KVJS* Bd. IV (1862), 232-291.

- Ders.*: „Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848“, Göttingen, 1857 (zit. als: *Planck*, S. ...).
- Puchta*, Georg Friedrich: „Cursus der Institutionen“, Erster Band, Leipzig, 1841 (zit. als: *Puchta*, S. ...).
- Radtke*, Henning: „Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß“, Frankfurt am Main, 1994 (zit. als: *Radtke*, S. ...).
- Raiser*, Thomas: „Richterrecht heute – Rechtssoziologische und rechtspolitische Bemerkungen zur richterlichen Rechtsfortbildung im Zivilrecht“, in: ZRP 1985, 111-117.
- Rautenberg*, Erardo Cristoforo: „Die Abhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft“, in: GA 2006, 356-361.
- Ders.*: „Staatsanwaltschaft und Gewaltenteilung – Ein Plädoyer für die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Judikative“, in: NJ 2003, 169-175.
- Redeker*, Konrad: „Rechtsgespräch“, in: NJW 2007, 343-344.
- Regge*, Jürgen: „Strafrechtslehretagung 1972“, in: JZ 1973, 180-186.
- Reich*, Anja-Maria: „Überlange Verfahrensdauer und andere Verfahrensfehler im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Vollstreckungslösung des Großen Senats für Strafsachen“, Berlin, 2011 (zit. als: *Reich*, S. ...).
- Reinelt*, Ekkehart: „Entwicklungen im anwaltlichen Berufsrecht und Singularzulassung beim BGH“, in: ZAP Fach 23, 805 - 818 (Nummer 4 v. 11.2.2009).
- Reuß*, Hermann: „Zur Neuordnung des Revisionsrechts, insbesondere im verwaltungsgerichtlichen Verfahren“, in: DÖV 1959, 10-16.
- Rieß*, Peter: „Bemerkungen zum ‚Erfolg‘ der Revision im Strafverfahren“, in: „Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Müller, Henning Ernst / Sander, Günther M. / Válková, Helena, München, 2009, S. 569-582 (zit. als: *Rieß*, Eisenberg-FS, S. ...).
- Ders.*: „Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen“, in: „50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft“, hrsg. von Canaris,

Claus-Wilhelm / Heldrich, Andreas / Hopt, Klaus J. / Roxin, Claus / Schmidt, Carsten / Widmaier, Gunter, München, 2000, S. 809-845 (zit. als: *Rieß*, BGH-FS, S. ...).

Ders.: „Die Neugestaltung der Rechtsmittel in Strafsachen (Zum ‚Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen‘ der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ‚Strafverfahrensreform‘)“, in: DRiZ 1976, 3-11.

Ders. (Hrsg.): „Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz“, 5. Band, 25. Auflage, Berlin, 2003 (zit. als: *Bearbeiter*, LR-StPO [25. Aufl.], § ..., Rn. ...).

Ders.: „Einige Bemerkungen zur äußeren Struktur von Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofes – eine Skizze auf empirischer Grundlage“, in: „Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension – Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013“, hrsg. von Zöller, Mark A. / Hilger, Hans / Küper, Wilfried / Roxin, Claus, Berlin, 2013, S. 1041-1056 (zit. als: *Rieß*, Wolter-FS, S. ...).

Ders.: „Gedanken zum gegenwärtigen Zustand und zur Zukunft der Revision in Strafsachen“, in: „Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Ebert, Udo / Roxin, Claus / Rieß, Peter / Wahle, Eberhard, Berlin, 1999 (zit. als: *Rieß*, Hanack-FS, S. ...).

Ders.: „Über Aufhebungsgründe in Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofes“, in: NStZ 1982, 49-54.

Ders.: „Über die Aufgaben des Strafverfahrens“, in: JR 2006, 269-277.

Ders.: „Zur Revisibilität der freien tatrichterlichen Überzeugung“, in: GA 1978, 257-277.

Rissing-van Saan, Ruth: „Das ‚Zehn-Augen-Prinzip‘ – Wunschvorstellung oder zwingendes Gebot?“, in: „Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Fahl, Christian / Müller, Eckhart / Satzger, Helmut / Swoboda, Sabine, Heidelberg, 2015, S. 963-972 (zit. als: *Rissing-van Saan*, Beulke-FS, S. ...).

Dies.: „Die Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht“, in: StraFo 2010, 359-365.

- Römer, Wilhelm*: „Die Beschlußverwerfung wegen offensichtlicher Unbegründetheit der Revision (§ 349 Abs. 2 StPO)“, in: MDR 1984, 353-360.
- Römermann, Volker / Nirk, Rudolf*: „Pro & Contra – Freigabe der Zulassung als BGH-Anwalt?“, in: ZRP 2007, 207.
- Rosenau, Henning*: „Die offensichtliche Ungesetzlichkeit der ‚ou‘-Verwerfung nach § 349 Abs. 2 in der Spruchpraxis des BGH“, in: ZIS 2012, 195-205.
- Ders.*: „Die Revision, Qualitätskontrolle und Qualitätssicherung im Strafverfahren“, in: „Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften – Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Schöch, Heinz / Satzger, Helmut / Schäfer, Gerhard / Ignor, Alexander / Knauer, Christoph, Köln, 2008, S. 521-543 (zit. als: *Rosenau, Widmaier-FS, S. ...*).
- Rottmann, Klaus*: „Die Zurückweisung der Revision wegen offensichtlicher Unbegründetheit gemäß § 349 Abs. 2 StPO“, Göttingen, 1981 (zit. als: *Rottmann, S. ...*).
- Roxin, Claus*: „Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute“, in: DRiZ 1997, 109-121.
- Roxin, Claus / Schünemann, Bernd*: „Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch“, 27. Auflage, München, 2012 (zit. als: *Roxin, § ..., Rn. ...*).
- Roxin, Imme*: „Ambivalente Wirkungen des Beschleunigungsgebotes“, in: StV 2010, 437-442.
- Rüping, Hinrich*: „Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren“, Berlin, 1976 (zit. als: *Rüping, S. ...*).
- Rüthers, Bernd*: „Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?“, in: JZ 2002, 365-371.
- Ders.*: „Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte“, in: JZ 2008, 446-451.
- Rüthers, Bernd / Fischer, Christian / Birk, Axel*: „Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre“, 8. Auflage, München, 2015 (zit. als: *Rüthers, Rn. ...*).

- Safferling*, Christoph: „Audiatur et altera pars – die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip? Qui statuit aliquid parte inaudita altera, Aequum liquet statuerit haud aequus fuit“, in: NStZ 2004, 181-188.
- Sander*, Günther: „Die Strafzumessung in der Revision“, in: StraFo 2010, 365-371.
- Sarstedt*, Werner: Anmerkung zu HansOLG Hamburg, Beschl. v. 16.08.66 – 1 Ss 62/66, in: JR 1967, 31-32.
- Ders.*: „Die Entscheidungsbegründung im deutschen strafgerichtlichen Verfahren“, in: „Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten“, hrsg. von Sprung, Rainer / König, Bernhard, Wien, 1974, S. 83-99 (zit. als: *Sarstedt*, Entscheidungsbegründung, S. ...).
- Ders.*: „Die Revision in Strafsachen“, 4. Auflage, Essen, 1962 (zit. als: *Sarstedt*, S. ...).
- Ders.*: „Über offensichtlich unbegründete Revisionen“, in: JR 1960, 1-3.
- Sättele*, Alexander: „BGH: Unbegründete Anhörungsrüge bei Beschlussverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO – Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 14.1.2014 – 4 StR 441/13“, in: BeckRS 2014, 03161.
- Schaffer*, Wolfgang: „Die Unabhängigkeit der Rechtspflege und des Richters“, in: BayVBl. 1991, 641-648.
- Schalscha*, Erich: „Der Anwalt im Strafprozeß“, in: DRiZ 1960, 16-17.
- Scheffler*, Hans-Herman: „Die allgemeine Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten – Ein Beitrag zum Verwaltungsverfahren des Bundes“, in: DÖV 1977, 767-774.
- Scheffler*, Uwe: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 15.5.1996 - 2 StR 119/96, in: NStZ 1997, 29-30.
- Ders.*: „Die überlange Dauer von Strafverfahren – materiellrechtliche und prozessuale Rechtsfolgen“, Berlin, 1991 (zit. als: *Scheffler*, S. ...).
- Schick*, Walter: „Notwendigkeit und Funktion der Begründung bei Verwaltungsakten“, in: JuS 1971, 1-9.

- Schlothauer*, Reinhold: „Rechtsgestaltung durch höchstrichterliche Rechtsprechung – Beschlußverwerfung gemäß § 349 Abs. 2 StPO“, in: StV 2004, 340-345.
- Ders.*: „Unvollständige und unzutreffende tatrichterliche Urteilsfeststellungen – Verteidigungsmöglichkeiten in der Revisions- und Tatsacheninstanz“, in: StV 1992, 134-141.
- Schlothauer*, Reinhold / *Weider*, Hans-Joachim: „Verteidigung im Revisionsverfahren“, 2. Auflage, Heidelberg, 2013 (*Schlothauer/Weider*, Rn. ...).
- Schmid*, Werner: „Der Revisionsrichter als Tatrichter“, in: ZStW 85 (1973), 360-398.
- Schmidhäuser*, Eberhard: „Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses“, in: „Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag“, hrsg. von Bockelmann, Paul / Gallas, Wilhelm, Göttingen, 1961, S. 511-524 (zit. als: *Schmidhäuser*, Schmidt-FS, S. ...).
- Schmidt*, Eberhard: „Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz“, Teil I, 2. Auflage, Göttingen, 1964 (zit. als: *Eb. Schmidt*, Rn. ...), Teil II, Göttingen, 1957 (zit. als: *Eb. Schmidt*, § ..., Rn. ...), Nachtragsband I (Nachträge und Ergänzungen zu Teil II), Göttingen, 1967 (zit. als: *Eb. Schmidt*, Nachtrag I, § ..., Rn. ...).
- Ders.*: „Revisionsverhandlung und Verteidigung“, in: NJW 1967, 853-859.
- Schmidt-Leichner*, Erich: „Die ‚kleine‘ Strafprozeßreform“, in: AnwBl. 1961, 26-41.
- Schneider*, Hans-Peter: „SOS aus Karlsruhe – das Bundesverfassungsgericht vor dem Untergang?“, in: NJW 1996, 2630-2632.
- Schneider*, Egon: „Verfassungsrechtliche Pflichtlektüre im Kollegium?“, in: DRiZ 1984, 361-363.
- Schneidewin*, Karl: „Fehlerhafte Revisionsbegründungen in Strafsachen“, in: JW 1923, 345-350.
- Schoch*, Friedrich / *Schneider*, Jens-Peter / *Bier*, Wolfgang: „Verwaltungsgerichtsordnung“, 30. Auflage, München, 2016 (zit. als: *Bearbeiter*, Schoch/Schneider/Bier, § ..., Rn. ...).

Schoreit, Armin: „Die Beschlußverwerfung der Revision gemäß § 349 Abs. 2 StPO und die Staatsanwaltschaft“, in: „Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes“, hrsg. von von Gamm, Otto Friedrich Freiherr / Raisch, Peter / Tiedemann, Klaus, Köln, 1991, S. 397-408 (zit. als: *Schoreit*, Pfeiffer-FS, S. ...).

Schöttler, W.: „Zur Problematik der ersatzlosen Streichung des § 349 Abs. 2 StPO“, in: NJW 1960, 1335-1337.

Schubert, Werner: „Entstehung und Quellen der Rechtsanwaltsordnung von 1878“, Frankfurt am Main, 1985 (zit. als: *Schubert*, Rechtsanwaltsordnung, S. ...).

Ders.: „Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts“, III. Abteilung: „NS-Zeit (1933-1939) – Strafverfahrensrecht“, Band 1: „Entwürfe zu einer Strafverfahrensordnung und einer Friedens- und Schiedsrichterordnung (1936-1939)“, Berlin, 1991 (zit. als: *Schubert*, StPO, S. ...).

Schubert, Werner / *Regge*, Jürgen: „Gesetzrevision (1825 - 1848)“, Abt. 1: „Straf- und Strafprozeßrecht“, Band. 6: „Entwurf des Strafgesetzbuchs (1845 - 1848): Gesetz vom 17.7.1846, betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen“, Teil 2, Liechtenstein, 1996 (zit. als: *Schubert/Regge*, S. ...).

Dies.: „Gesetzrevision (1825 - 1848)“, Abt. 2: „Öffentliches Recht, Zivilrecht und Zivilprozessrecht“, Band 11: „Zivilprozeßrecht III und Justizverfassung, Novellen und Projekte (1833 - 1847)“, Teil 2, Vaduz, 1991 (zit. als: *Schubert/Regge*, Abt. 2, Bd. 11, Teil 3, S. ...).

Schubert, Werner / *Regge*, Jürgen / *Rieß*, Peter / *Schmid*, Werner: „Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, III. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939) – Strafverfahrensrecht“, Band 1: „Entwürfe zu einer Strafverfahrensordnung und einer Friedens- und Schiedsrichterordnung (1936-1939)“, Berlin, 1991 (zit. als: *Schubert*, S. ...).

Schulte, Rainer: „Die Gewährung rechtlichen Gehörs in der Praxis des Revisionsverfahrens in Strafsachen“, in: „Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag“, hrsg. von Eylich, Heinz / Odersky, Walter / Säcker, Franz Jürgen, München, 1989, S. 465-479 (zit. als: *Schulte*, Rebmann-FS, S. ...).

- Schultz*, Günther: „Der aktenunkundige Zivilrichter“, in: MDR 1983, 633-634.
- Schünemann*, Bernd: „Die Vorsitzendenkrise im 2. und 4. Strafsenat des BGH im Lichte der Verfassungsgarantie des gesetzlichen Richters“, in: ZIS 2012, 1-10.
- Ders.*: „Grundfragen der Revision im Strafprozeß (1. Teil)“, in: JA 1982, 71-77.
- Ders.*: „Grundfragen der Revision im Strafprozeß (2. Teil)“, in: JA 1982, 123-131.
- Schwarz*, Thomas: „Die eigene Sachentscheidung des BGH in Strafsachen (§ 354 Abs. 1 StPO): eine normativ-empirische Studie“, Frankfurt am Main, 2002 (zit. als: *Schwarz*, S. ...).
- Schwinge*, Erich: „Grundlagen des Revisionsrechts“, 2. Auflage, Bonn, 1960 (zit. als: *Schwinge*, S. ...).
- Seetzen*, Uwe: „Die erweiterte Revision als einheitliches Rechtsmittel in Strafsachen“, in: ZRP 1975, 288-293.
- Seibert*, Claus: „Einige Bemerkungen zur Revision in Strafsachen nach dem StPÄG“, in: MDR 1965, 266-267.
- Ders.*: „Erste Erfahrungen mit dem Revisions-Verteidiger (§ 350 Abs. 3 StPO)“, in: NJW 1965, 1469-1470.
- Ders.*: „Urteilsaufhebung durch Beschluß (§ 349 Abs. 4 StPO)“, in: NJW 1966, 1064-1065.
- Ders.*: „Zur Revision in Strafsachen“, in: DRZ 1948, 371-373.
- Senge*, Lothar: „Die Entscheidung des Revisionsgerichts nach § 354 Abs. 1a und Abs. 1b StPO“, in: „Festschrift für Hans Dahs“, hrsg. von Widmaier, Gunter / Lesch, Heiko / Müssig, Bernd / Rochus, Wallau, Köln, 2005, S. 475-494 (zit. als: *Senge*, Dahs-FS, S. ...).
- Ders.*: „Missbräuchliche Inanspruchnahme verfahrensrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten – wesentliches Merkmal der Konfliktverteidigung? Abwehr der Konfliktverteidigung“, in: NStZ 2002, 225-233.
- Ders.*: „Sachentscheidungen durch das Revisionsgericht nach § 354 Abs. 1a StPO und ihre Grenzen“, in: StraFo 2006, 309-315.

Ders.: „Uneingeschränkte Verwerfung der Revision des Angeklagten durch Beschluss gemäss § 349 Abs. 2 StPO bei kombiniertem Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 349 Abs. 2 und Abs. 4 StPO“, in: „Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002“, hrsg. von Hanack, Ernst Walter / Hilger, Hans / Mehle, Volkmar / Widmaier, Gunter, Berlin, 2002, S. 547-562 (zit. als: *Senge*, Rieß-FS, S. ...).

Seydel, Helmut: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 3.3.1964 – 5 StR 54/64, in: NJW 1964, 1037.

Siegel, Max: „Die gesamten Materialien zu der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878“, Leipzig, 1883 (zit. als: *Siegel*, S. ...).

Siegert, Karl: „Die ‚offensichtlich unbegründeten‘ Revisionen“, in: NJW 1959, 2152-2153.

Skedl, Arthur: „Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung“, Leipzig, 1886 (zit. als: *Skedl*, S. ...).

Sommer, Ulrich: „Lebenserfahrung – Gedanken über ein Kriterium richterlicher Beweiswürdigung“, in: „Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002“, hrsg. von Hanack, Ernst Walter / Hilger, Hans / Mehle, Volkmar / Widmaier, Gunter, Berlin, 2002, S. 585-610 (zit. als: *Sommer*, Rieß-FS, S. ...).

Sowada, Christoph: „Der gesetzliche Richter im Strafverfahren“, Berlin, 2002 (zit. als: *Sowada*, S. ...).

Statistisches Bundesamt (Hrsg.): „Strafgerichte - Fachserie 10 Reihe 2.3 – 2013 – Geschäftsanfall und -erledigung der Straf- und Bußgeldsachen vor den Amts-, Land- und Oberlandgerichten nach Ländern sowie vor dem Bundesgerichtshof u. a. nach Verfahrensgegenstand, Erledigungsart und Verfahrensdauer“, abgerufen am 14.7.2016 unter: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Rechtspflege/Tabellen/Gerichtsverfahren.html> (zit. als: Statistisches Bundesamt Strafgerichte 2013, S. ...).

Stegemann, Eduard: „Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen auf Veranlassung des kaiserlichen Reichs-Justizamts herausgegeben“, Band 1: „Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz“, Abteilung I, Band 2: „Materialien zur Zivilprozessordnung“, Abteilung 1, Band 3: „Materialien zur

- Strafprozeßordnung“, Abteilungen I und II, 2. Auflage, Aalen, 1983 (zit. als: *Hahn*, Bd. ..., Abt. ..., S. ...).
- Stein*, Friedrich: Anmerkung zu RG, Urt. v. 4.2.1921 – 4 D 1701/20, in: *JW* 1921, 841 Nr. 7.
- Stein*, Ulrich: „Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung – Versuch einer verfassungskonformen Auslegung der §§ 230, 231, 232-236 StPO“, in: *ZStW* 97 (1985), 303-330.
- Steinmetz*, Jan: „Sachentscheidungskompetenzen des Revisionsgerichts in Strafsachen (§ 354 Abs. 1 StPO)“, Berlin, 1997 (zit. als: *Steinmetz*, S. ...).
- Sternberg-Lieben*, Detlev: „Einstellungsurteil oder Freispruch – Überlegungen zur Rehabilitierung als zusätzlichem Zweck des Strafverfahrens“, in: *ZStW* 108 (1996), 721-758.
- Stoll*, Rosemarie: „Entwicklung und Bedeutung der Lex Lobe (§ 349 Abs. 2 StPO) für den Bundesgerichtshof“, Marburg, 1967 (zit. als: *Stoll*, S. ...).
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (Hrsg.): „Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß“, Tübingen, 1971 (zit. als: *Denkschrift*, S. ...).
- Sturm*, Friedrich: „Rechtsmittel im Strafverfahren“, in: *DR* 1939, 55-61.
- Teyssen*, Hans: „Empfiehl sich eine Erweiterung der Revision im Strafprozeß? – Zur ‚Urteilsrüge‘ des DE-Rechtsmittelgesetz“, in: *JR* 1978, 309-313.
- Többens*, Hans Werner: „Der Freibeweis und die Prozeßvoraussetzungen im Strafprozeß“, Leer, 1979 (zit. als: *Többens*, S. ...).
- Ders.*: „Der Freibeweis und die Prozeßvoraussetzungen im Strafprozeß“, in: *NStZ* 1982, 184-187.
- Tröndle*, Herbert: „Zur Frage der Berufung in Strafsachen – Rückschau und Ausblick“, in: *GA* 1967, 161-182.
- Trüg*, Gerson: „Quo curris, Strafverfahren? – Zum Verhältnis der objektiven Dimension der Beschleunigungsmaxime zur Wahrheitsfindung“, in: *StV* 2010, 528-538.
- Ule*, C.H.: „Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht“, in: *DVBl.* 1959, 537-545.

Ventzke, Klaus-Ulrich: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 4.6.2002 – 3 StR 146/02, in: NStZ 2003, 104-105.

Ders.: „...bringt alles Palaver dem Revidenten nichts – Beobachtungen zum Verhältnis von Revisionsgerichtsbarkeit und Strafverteidigung“, in: NStZ 2011, 481-488.

Ders.: „Verteidigung am revisionsrechtlichen Pranger?“, in: „Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008“, hrsg. von Weßlau, Edda / Wohlers, Wolfgang, Berlin, 2008, S. 477-491 (zit. als: *Ventzke*, Fezer-FS, S. ...).

Vogel, Susanne: „Probleme der Begründungspflicht von Revisionen in Strafsachen, die gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen werden“, Pfaffenweiler, 1994 (zit. als: *Vogel*, S. ...).

Volbert, Renate / *Steller*, Max: „Handbuch der Rechtspsychologie“, Göttingen, 2008 (zit. als: *Volbert/Steller*, S. ...).

Volk, Klaus: „Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht – Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht“, Ebelsbach, 1978 (zit. als: *Volk*, S. ...).

Ders.: „Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess“, Konstanz, 1980 (zit. als: *Volk*, Wahrheit, S. ...).

Von Beling, Ernst: „Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts“, Berlin, 1928 (zit. als: *Von Beling*, S. ...).

Ders.: „Revision wegen ‚Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren‘ im Strafprozess – Ein Beitrag zur Systematik der Urteilsängel“, in: „Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911“, Zweiter Band, Wilhelm Engelmann Verlag, Leipzig, 1911, S. 87-182 (zit. als: *Von Beling*, Binding-FS, S. ...).

Von Daniels, Alexander: „Grundsätze des rheinischen und französischen Strafverfahrens mit vergleichender Berücksichtigung der auf Mündlichkeit, Öffentlichkeit und Schwurgericht gegründeten neuesten Gesetze und Gesetzesentwürfe“, Berlin, 1849 (zit. als: *Von Daniels*, S. ...).

Von Döllen, Armin / *Meyer-Mews*, Hans: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 3.2.2004 – 5 StR 359/03, in: StV 2005, 4-5.

- Von Feuerbach*, Paul Johann Anselm: „Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege“, Gießen, 1821 (zit. als: *Von Feuerbach*, S. ...).
- Von Heintschel-Heinegg*, Bernd / *Stöckel*, Heinz (Hrsg.): „KMR – StPO – Kommentar zur Strafprozessordnung“, Loseblattsammlung, Köln, 2011 (zit. als: *Bearbeiter*, KMR, §..., Rn. ...).
- Von Holtzendorff*, Fr.: „Handbuch des Strafprozeßrechts in Einzelbänden“, Erster Band, Berlin, 1879 (zit. als: *Bearbeiter*, Holtzendorff, S. ...).
- Von Liszt*, Franz: „Die Reform des Strafverfahrens“, Berlin, 1906 (zit. als: *von Liszt*, S. ...).
- Von Savigny*, Friedrich Carl: „Ueber Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse“, in: GA 6 (1858), 469-491.
- Ders.*: „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, Heidelberg, 1814 (zit. als: *Von Savigny*, S. ...).
- Von Stackelberg*, Freiherr Curt Ferdinand: „Der Anwalt im Strafprozeß“, in: AnwBl. 1959, 190-204.
- Ders.*: „Über offensichtlich unbegründete Revisionen (§ 349 Abs. 2 StPO)“, in: NJW 1960, 505-507.
- Ders.*: „Zum rechtlichen Gehör in Zivilsachen bei den Kollegialgerichten in erster Instanz“, in: MDR 1983, 364-365.
- Ders.*: „Zur Beschlussverwerfung der Revision in Strafsachen als ‚offensichtlich unbegründet‘“, in: „Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982“, hrsg. von Hanack, Ernst-Walter / Rieß, Peter / Wendisch, Günter, Berlin, 1982, S. 365-371 (zit. als: *Von Stackelberg*, Dünnebier-FS, S. ...).
- Vormbaum*, Thomas: „Die Lex Emminger vom 04. Januar 1924 – Vorgeschichte, Inhalt und Auswirkungen – Ein Beitrag zur deutschen Strafrechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts“, Berlin, 1988 (zit. als: *Vormbaum*, S. ...).
- Vorwerk*, Volkert: „Singularzulassung: Zahlen und Fakten“, in: AnwBl. 1990, 474-480.

- Vofskuhle*, Andreas: „Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter“, in: NJW 2003, 2193-2200.
- Wachsmuth*, Ingmarie: „Das Recht des Angeklagten auf Orientierung – Hinweispflichten und das Rechtsgespräch in der Hauptverhandlung“, Berlin, 2008 (zit. als: *Wachsmuth*, S. ...).
- Wagner*, Heinz: „Die Beweiswürdigungspflicht im tatrichterlichen Urteil im Falle der Verurteilung“, in: ZStW 106 (1994), 259-302.
- Walbaum*, Ina: „Schuldspruch in der Revisionsinstanz nach freisprechendem Urteil des Tatgerichts“, Frankfurt am Main, 1996 (zit. als: *Walbaum*, S. ...).
- Wank*, Rolf: „Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte“, in: JuS 1980, 545-553.
- Wasserburg*, Klaus: „Gesamtstrafenbildung im Beschlussverfahren nach Aufhebung der Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht (§ 354 Abs. 1b StPO)“, in: GA 2006, 393-397.
- Wassermann*, Rudolf (Hrsg.): „Kommentar zur Strafprozeßordnung“, Band 1, Neuwied, 1988, Band 3, Neuwied, 1996 (zit. als: *Bearbeiter*, AK-StPO, § ..., Rn. ...).
- Wattenberg*, Andreas: „Zulässigkeit der Kombination von Teilentscheidungen – Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.03.1997 – 1 StR 579/96“, in: NStZ 1999, 95-96.
- Weber* (ohne Vorname): „Ein Vorschlag zu § 349 StrPO“, in: DJZ 1927, 80-81.
- Weigend*, Thomas: „Deliktsoffer und Strafverfahren“, Berlin, 1989 (zit. als: *Weigend*, S. ...).
- Ders.*: „Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht“, in: ZStW 113 (2001), 271-304.
- Weimar*, Robert: „Das Rechtsgespräch, in Rechtsprechungslehre: zweites internationales Symposium“, Münster 1988, hrsg. von Hoppe, Werner, Köln, 1992, S. 283-315 (zit. als: *Weimar*, Rechtsprechungslehre 1992, S. ...).
- Ders.*: „Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidungen“, Basel, 1969 (zit. als: *Weimar*, S. ...).

- Welp*, Jürgen: „Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens“, in: ZStW 90 (1978), 101-131.
- Widmaier*, Gunter: „Die Anhörungsrüge nach § 33a StPO und § 356a StPO – Bemerkungen zu einem Fremdkörper im System des Rechtsmittelrechts“, in: „Recht gestalten – dem Recht dienen – Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007“, hrsg. von Schöch, Heinz / Helgerth, Roland / Dölling, Dieter / König, Peter, Berlin, 2007, S. 223-231 (zit. als: *Widmaier*, Böttcher-FS, S. ...).
- Ders.*: „Verhandlungs- und Verteidigungsfähigkeit – Verjährung und Strafmaß – Zu den Entscheidungen des BGH und des BVerfG im Revisionsverfahren gegen Erich Mielke“, in: NStZ 1995, 361-366.
- Wiebel*, Markus: „Die Bestimmung des Berichterstatters – Eine verfassungsrechtliche Überlegung zur Praxis in den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes“, in: BB 1995, 1197-1200.
- Wiethölter*, Rudolf: „Anforderungen an den Juristen heute“, in: „Erziehung zum Establishment – Juristenausbildung in kritischer Sicht“, hrsg. von Wassermann, Rudolf, Karlsruhe, 1969 (zit. als: *Wiethölter*, S. ...).
- Wilhelm*, Endrik: „‘Versteckte Gesetzesverstöße‘ in der Revision: Zur Revisibilität der fehlerhaften oder unvollständigen Mitteilung der Ergebnisse der Beweisaufnahme in der Urteilsniederschrift“, in: ZStW 117 (2005), 143-170.
- Wilhelm*, Sylvester: Anmerkung zu Hess. VGH, Urt. v. 29.3.1961 – OS II 179/60, in: DÖV 1962, 117.
- Willms*, Günther: „Wesen und Grenzen des Freibeweises“, in: „Ehrengabe für Bruno Heusinger“, hrsg. von Glanzmann, Roderich, München, 1968, S. 393-412 (zit. als: *Willms*, Heusinger-FS, S. ...).
- Wimmer*, August: „Verwerfung der Revision durch Urteil oder Beschluß?“, in: NJW 1950, 201-205.
- Wohlens*, Wolfgang: „Das Strafverfahren in den Zeiten der ‚Eilkrankheit‘“, in: NJW 2010, 2470-2475.
- Ders.*: „Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft – Ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens“, Berlin, 1994 (zit. als: *Wohlens*, S. ...).

- Ders.*: „Justice must not only be done, it must also be seen to be done – Zur Gewährleistung rechtlichen Gehörs im Revisionsverfahren“, in: „Wehe dem, der beschuldigt wird... 34. Strafverteidigertag, Hamburg, 26. – 28.2.2010“, Berlin, 2011, S. 103-138 (zit. als: *Wohlers*, Strafverteidigertag, S. ...).
- Ders.*: „Rechtliches Gehör im strafrechtlichen Revisionsverfahren“, in: JZ 2011, 78-85.
- Wolf*, Willibald: „Rechtliches Gehör im Revisionsstrafverfahren“, in: JR 1965, 87-91.
- Wolter*, Jürgen (Hrsg.): „SK-StPO – Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung – Mit GVG und EMRK“, 4. Auflage, Band 1, Köln, 2014, Band 3, Köln, 2011, Band 4, Köln, 2015, Band 5, Köln, 2012, Band 6, Köln, 2013, Band 7, Köln, 2014, Band 8, Köln, 2013 (zit. als: *Bearbeiter*, SK-StPO, § ..., Rn. ...), Band 9, Köln, 2013 (zit. als: *Bearbeiter*, SK-GVG, § ..., Rn. ...), Band 10, Köln, 2012 (zit. als: *Bearbeiter*, SK-EMRK, Art. ..., Rn. ...).
- Ders.*: „Strafverfahrensrecht und Strafprozeßreform“, in: GA 1985, 49-92.
- Wroblewski*, Herbert: „„Freibeweis‘ im Strafverfahren?“, Borna-Leipzig, 1935 (zit. als: *Wroblewski*, S. ...).
- Zachariae*, Heinrich Albert: „Handbuch des deutschen Strafprocesses – Systematische Darstellung des auf den Quellen des gemeinen Rechts und der neueren deutschen Gesetzgebung beruhenden Criminal-Verfahrens, in wissenschaftlicher Begründung und Verbindung“, Erster und Zweiter Band, Göttingen, 1861 und 1868 (zit. als: *Zachariae*, Bd. ..., S. ...).
- Ziegler*, Wolfgang: „Waffengleichheit im Revisionsverfahren?“, in: „Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins“, hrsg. von Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, Baden-Baden, 2009, S. 930-945 (zit. als: *Ziegler*, DAV-FS, S. ...).
- Zipf*, Heinz: „Die Strafmaßrevision – Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung über den systematischen Aufbau der Strafzumessung und ihrer Revisibilität im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht“, München, 1969 (zit. als: *Zipf*, S. ...).

Zuck, Rüdiger: „Rechtsstaatswidrige Begründungsmängel in der Rechtsprechung des BGH“, in: NJW 2008, 479-481.

Ders.: „WiMis – Die Gesetzlosen“, in: NJW 1996, 1656-1657.

Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision

Eva-Maria Keck

Die Beschlussverwerfung gemäß § 349 II StPO ist die dominierende Entscheidungsform im aktuellen strafprozessualen Revisionsverfahren. Mit der ausufernden Anwendung dieser ursprünglich als Ausnahmeregelung konzipierten Vorschrift sind jedoch zahlreiche Probleme verbunden. Insbesondere die weite Auslegung des Begriffs der „offensichtlichen Unbegründetheit“, der regelmäßig vorliegende Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft und die häufig begründungslos ergehenden Beschlüsse stehen in der Kritik. Auch über die Art und Weise der gerichtlichen Entscheidungsfindung im Beschlussverfahren besteht keine Einigkeit. Diese Arbeit zieht die Existenzberechtigung der §§ 349 ff. StPO generell in Zweifel und geht der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen die Durchführung einer Revisionshauptverhandlung im Interesse einer funktionsfähigen Strafrechtspflege entbehrlich ist, ohne die Beschuldigtenrechte zu beeinträchtigen. Auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse wird ein Reformentwurf erarbeitet.

ISBN 978-3-8405-0147-0



9 783840 501470

EUR 26,60



02660