

# Recht und Praxis von Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Revisionsverfahren – ein kleiner Reformanstoß<sup>1</sup>

## I. Worum es geht

Wer über eine Reform *der* Revision spricht, meint dabei meist eine Reform des Revisionsrechts und damit gewiss nichts Neues. Das Nachdenken über eine Veränderung von Prüfungsmaßstab und Prüfungsdichte der »letzten Instanz« kennt eine lange Vorgeschichte, die wohl ähnlich alt sein dürfte wie die Klage über die Unzulänglichkeit der Revision an sich.<sup>2</sup> Warum sich gleichwohl gegenüber dem Rechtszustand von 1877 wenig verändert hat, hängt damit zusammen, dass *strukturell* eine Reform der Revision ohne eine weitreichende Reform des gesamten Rechtsmittelsystems einschließlich des gerichtlichen Instanzenzugs kaum denkbar ist und zudem durch eine richterrechtlich vollzogene Erweiterung des eigenen Kontrollbereichs<sup>3</sup> das *praktische Bedürfnis* nach Veränderungen abgemildert wurde. Davon ist bereits häufig an anderer Stelle sachkundig berichtet worden.<sup>4</sup>

1 Der Text geht auf den Hauptteil des Vortrages zurück, den ich auf dem 39. Strafverteidigertag (Arbeitsgruppe 2) in Lübeck gehalten habe und ist nahezu wortgleich im Heft 12/2015 des *Strafverteidiger* erschienen. Manche der hier vorgestellten Überlegungen flossen auch in ein Positionspapier des Strafrechtausschusses des DAV zur Reform des Revisionsverfahrens, das *Hamm* – dem an dieser Stelle für allerlei weiterführende Anmerkungen gedankt sei – im Rahmen der vom BMJV einberufenen Expertenkommission zur Reform der StPO vorgestellt hat.

2 Nach wie vor lesenswert ist der Überblick der unterschiedlichen Regelungsmodelle bei *Fezer* *Möglichkeiten einer Reform in Strafsachen* (1975), S. 6 ff.; zur Rechtsmittelreform in Strafsachen allgemein *Kintzi* FS Rieß (2002), S. 225 ff., der dem Beitrag den vielsagenden Titel »Eine unendliche Geschichte« gibt; s. ferner (mit Blick auf die Reformdiskussion der Juristentage) den Überblick von *Böttcher* ebd., S. 31 ff.; speziell zur dabei diskutierten Frage eines Einheitsrechtsmittels *Rieß* FS Paeffgen (2015), S. 758 ff.

3 Gemeint sind hier insbesondere der revisionsrichterliche Durchgriff an die Darstellung der Beweiswürdigung, der unter dem sinngebenden Schlagwort der »erweiterten« Revision« (dazu grundlegend *Fezer* Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? [1974]) – und die ebenfalls im Laufe der Zeit mehr und mehr der revisionsgerichtlichen Kontrolle unterworfenen Strafzumessung (dazu s. nur *Brunns* Strafzumessungsrecht [1967], S. 588 ff.).

4 Statt vieler *Fezer* FS Hanack (1999), S. 331.

Ich möchte meine Überlegungen zur Reform dagegen nicht auf die Veränderung der Eigenart des Rechtsmittels richten und stattdessen nur auf *eine* Vorschrift eingehen, an der sich eine allmählich vollzogene Divergenz von Gesetzesanwendung und Gesetzesfassung offenbart. Deren Erkenntnis ist zwar nicht neu,<sup>5</sup> sie wurde und wird indes von den professionellen Akteuren des Revisionsrechts genügsam geduldet, obgleich der Befund nicht ohne Weiteres in Einklang mit der sog. *Landau-Formel*<sup>6</sup> steht, mit der das BVerfG in seinem Verständigungsurteil konstatierte, »dass im Rechtsstaat des Grundgesetzes das Recht die Praxis bestimmt und nicht die Praxis das Recht«. <sup>7</sup> Kurz: Es geht um § 349 StPO. <sup>8</sup>

»Die Zukunft der Revision hängt wohl auch mit davon ab, daß hier eine insgesamt tragfähige und systematisch schlüssige Lösung gefunden wird. Sie läßt sich freilich nicht dadurch gewinnen, daß man die Rückkehr zum Rechtszustand von 1877 postuliert.«<sup>9</sup> So sah es *Rieß*, sicher einer der intimsten Kenner des Strafprozessrechts im Allgemeinen und der strafrechtlichen Revision im Besonderen. Gemeint ist *Revisionsverfahren im engeren Sinne*, also jene Normen, die die Mechanismen betreffen, nach denen über eine Revision entschieden wird. Konkret stellt sich die Frage,

- unter welchen Voraussetzungen das Revisionsgericht im schriftlichen Beschlussverfahren oder durch Urteil nach einer Revisionshauptverhandlung entscheiden kann,
- inwieweit sich der Revisionsenat als Kollegialorgan Kenntnis über den Inhalt der Revisionsbegründung verschaffen muss, ob also der Vortrag des Berichterstatters genügt oder alle Senatsmitglieder den Inhalt der Revisionsbegründung und des schriftlichen Urteils durch Eigenlektüre kennen müssen (schlagwortartig als »Vier«- oder »Zehn-Augen-Prinzip«<sup>10</sup> bezeichnet),
- und wann das Revisionsgericht die Revision ohne weitere Begründung verwerfen darf.

Diese Themen hängen inhaltlich miteinander zusammen. Beginnen wir mit der Sinnfrage:

5 Statt vieler *Fezer* StV 2007, 40.

6 So die Bezeichnung von *Jahn* (*ders./Nack* Rechtsprechung in Strafsachen zwischen Theorie und Praxis – zwei Seiten einer Medaille? [2013], S. 7) unter Anspielung auf den Berichterstatter im Zweiten Senat.

7 BVerfGE 133, 168 (235).

8 Monographisch wird die Norm eingehend untersucht bei *Penner* Reichweite und Grenzen des § 349 Abs. 2 StPO (Lex Lobe) (1961); *Stoll* Die Entwicklung und Bedeutung der Lex Lobe (§ 349 Abs. 2 StPO) für den Bundesgerichtshof (1967);

9 *Rieß* FS Hanack (1999), S. 397 (416).

10 Beim OLG-Senat müsste es präzise »Sechs-Augen-Prinzip« heißen.

## II. Welchen Sinn hat eine Revisionshauptverhandlung?

### 1. Woher wir kommen – ein historischer Abriss

Beides, die Entstehungsgeschichte und die gesetzliche Entwicklung, belegt eine bis heute durch den Gesetzgeber nicht korrigierte, wohl aber durch die praktische Übung der Revisionsgerichte und Revisionsstaatsanwaltschaften umgangene falsche Weichenstellung in der StPO. Schaut man sich die beiden Neuerungen an, die die maßgebliche Vorschrift des § 349 StPO (ursprünglich: § 389 RStPO) seit ihrem Inkrafttreten 1877 genommen hat, so fällt auf, dass der (Reform-)Gesetzgeber sowohl 1922 als auch 1964 einer entscheidenden Frage ausgewichen ist: Welchen Sinn und Eigenwert kann in einem auf Rechtsfragen beschränkten, durch umfängliche schriftliche Eingaben gekennzeichneten Rechtsmittelverfahren, in dem nur rechtskundige Akteure mitwirken sollen, eine mündliche Verhandlung haben? |<sup>11</sup>

Ogleich den Vätern der Reichsjustizgesetze wohl bewusst war, »daß nach der Natur eines nur den Rechtspunkt betreffenden, eine schriftliche Begründung erfordernden Rechtsmittels der mündlichen Ausführung der Beschwerdegründe vor dem Richter der höheren Instanz keine wesentliche Bedeutung beiwohnt«, |<sup>12</sup> gingen sie, wohl getragen von der die Reform der tatrichterlichen Beweisaufnahme damals beherrschenden »Mündlichkeitsideologie« |<sup>13</sup>, davon aus, dass auch in der Rechtsmittelinstanz eine Hauptverhandlung mit anschließender Urteilsverkündung der Regelfall sein müsse. Durch Beschluss konnte das Revisionsgericht nur *unzulässige* Revisionen, also solche, die den Formerfordernissen nicht entsprachen, weil sie keine Begründung oder keinen ausreichenden Antrag enthielten, verwerfen (s. heute § 349 Abs. 1 StPO). Ansonsten musste *jede* Revision *durch Urteil* beschieden werden.

Diese Diskrepanz zwischen den *praktischen* Bedürfnissen im Arbeitsablauf eines Rechtsmittelgerichts und dem *gesetzlichen* Anspruch, gleichwohl eine nicht zwingend zur besseren Rechtserkenntnis notwendige Revisionshauptverhandlung durchzuführen, blieb nicht folgenlos. Allmählich und schrittweise gingen die Strafsenate des RG dazu über, auch solche Revisionen, die zwar formal korrekt mit Antrag und Begründung versehen waren, sich aber ihrer Angriffsrichtung nach allein in dem damals |<sup>14</sup> von vornherein unbehelflichen Versuch erschöpften, die tatrichterliche Beweiswürdigung zu beanstanden, als »unzulässig« im Sinne von § 349 Abs. 1 StPO zu verwerfen.

11 Darauf weist auch *Fezer* StV 2007, 40 (41 ff.) zutreffend hin.

12 *Hahn* (Hrsg.) Die gesamten Materialien zu StPO (1880), Bd. III 1, S. 256.

13 So treffend *Rieß* FS Hanack (1999) S. 397 (413).

14 Die »erweiterte Revision« gab es noch nicht; zu ihrer Entwicklung grundlegend *Fezer* (Fn. 5).

Weil diese Vorgehensweise zwar einerseits mit dem Gesetzeswortlaut nicht im Einklang stand, andererseits aber ihre Zweckmäßigkeit nicht in Abrede gestellt werden konnte, erkannte der Gesetzgeber im Jahre 1922 einen Nachbesserungsbedarf an. Mit der »*Lex Lobe*«, benannt nach jenem Senatspräsidenten am RG, der »Vatergefühle« für das neue Gesetz nicht zu verhehlen vermochte,<sup>15</sup> wurde die Praxis des Reichsgerichts legalisiert, indem die Möglichkeit geschaffen wurde, auch »offensichtlich unbegründete« Revisionen durch Beschluss zu verwerfen.

Was aber gedacht war, um allein dem damaligen »Ist-Zustand« der reichsgerichtlichen Praxis eine gesetzliche Grundlage zu geben, nahm eine Eigendynamik an, die sich nicht mehr aufhalten ließ: Nicht die Aussonderung der *offensichtlich* unbegründeten, also ihrer Begründung nach unstatthaften Revisionen leitete die Praxis der Beschlussverwerfung, sondern die an sich gesetzesfremde Zweckmäßigkeitsfrage nach der Notwendigkeit einer Revisionshauptverhandlung im konkreten Fall. Schien dem Revisionssenat der Misserfolg der Revision nach Beratungslage sicher, so wurde sie im Beschlusswege verworfen. Anstelle der (sachlichen) Offensichtlichkeit eines Revisionsmisserfolgs trat die (formelle) Einstimmigkeit im Senat als entscheidendes Merkmal für eine Beschlussentscheidung.<sup>16</sup> Dies führte zu einem Anstieg der Verwerfungsbeschlüsse von über 50 Prozent, der nicht nur von der Anwaltschaft in den 50iger Jahren zunehmend beklagt wurde.<sup>17</sup> Die Kritik richtete sich nicht allein gegen den inflationären Gebrauch einer Evidenzformel, mit der die geleistete Arbeit (der anwaltlichen Ehre nicht unbedingt zuträglich) als »*offensichtlich*« unzureichend und unbrauchbar disqualifiziert wurde;<sup>18</sup> vielmehr wurden die fehlenden Sicherungsmechanismen des § 349 Abs. 2 StPO, der allein Einstimmigkeit verlangte, beanstandet.

Die Frage nach der Notwendigkeit der Revisionshauptverhandlung, die nach der gesetzlichen Systematik der Normalfall bleiben sollte, stellte der zur Reform aufgerufene Gesetzgeber allerdings auch im Jahre 1964 gleichwohl nicht. Es erschien ihm vielmehr bei der bis heute geltende Neufassung des § 349 StPO als Königsweg, die Einbindung der Revisionsstaatsanwaltschaft zur formalen Bedingung einer Verwerfung im Beschlusswege zu machen.<sup>19</sup>

15 *Lobe* JW 1925, 1612.

16 Die als Beruhigung an die Kritiker gerichtete Versicherung *Lobes* (JW 1925, 1612), sein Senat habe »schon wiederholt Revisionen zur mündlichen Verhandlung gestellt, die er zwar einstimmig für unbegründet, nicht aber einstimmig für offensichtlich unbegründet hielt«, fand damit in der Folgezeit keine Bestätigung.

17 Dazu etwa *Stackelberg* NJW 1960, 505; *Wimmer* NJW 1950, 201.

18 Deutliche Worte aus revisionsrichterlicher Sicht fand *Sarstedt* JR 1960, 1 gegenüber der geleisteten Tätigkeit der Verteidiger, blieb aber bemerkenswert unkritisch, was den richterlichen Umgang mit dem Wortlaut des § 349 StPO angeht.

So setzte er ihren begründeten Verwerfungsantrag voraus, auf den der Beschwerdeführer die Gelegenheit zur Erwiderung haben sollte, ehe eine Revision als »offensichtlich unbegründet« verworfen werden durfte. Indes, die Erwartung, hierdurch die Zahl der Beschlussverwerfungen zu reduzieren, »erwies sich in der Folgezeit als völlig abwegig«. |<sup>20</sup>

## 2. Wo wir stehen – zur gegenwärtigen Praxis

Daran hat sich nichts geändert. In der heutigen Revisionspraxis dominiert das Beschlussverfahren. Während die Strafsenate des Bundesgerichtshofs in den 50er Jahren noch etwa 1.000 Urteile im Jahr verkündeten, ist die Zahl der Verfahren in den letzten acht Jahren fast immer bei konstant weniger als 150 geblieben, die durch Urteil entschieden werden. |<sup>21</sup> Darunter sind aufgrund der Antragspraxis des Generalbundesanwalts, der bei Revisionen der Staatsanwaltschaft stets einen Termins Antrag zu stellen pflegt, |<sup>22</sup> staatsanwaltschaftliche Revision überproportional vertreten.

Der Verwerfungsantrag der Revisionsstaatsanwaltschaft ist die Regel bei der Angeklagtenrevision, und zwar unabhängig vom Wortlaut der Norm auch in solchen Verfahren, die grundlegende Rechtsfragen betreffen. |<sup>23</sup> Revisionsstaatsanwälte geben im Zwiesgespräch offen zu, mit ihrem Antrag weniger die eigene sachliche Bewertung der Revision als »offensichtlich« zu antizipieren als der Arbeitsweise und Übung »ihres« Revisionssenats gerecht werden zu wollen. Beim Revisionsgericht sind, auch das ist ein offenes Geheimnis, Aufhebungsanträge äußerst unbeliebt, weil sie den Revisionssenat dazu »zwingen«, in eine Revisionshauptverhandlung zu gehen, wenn er dem Antrag nicht folgen möchte. |<sup>24</sup>

19 Der Gesetzgeber sah in der Einbindung der Staatsanwaltschaft einen Sicherungsmechanismus (BT-Drs. 3/2037, S. 42): »Wenn diese nicht mit den Revisionsrichtern in der Beurteilung der Sache übereinstimmt, kann das Merkmal »offensichtlich unbegründet« schwerlich gegeben sein.«

20 So *Stackelberg* FS Dünnebier (1982), S. 365 (367), der selbst im Vorfeld der Reform (AnwBl. 1959, 190 [203]) für die Einführung des Antragsverfahrens geworben hatte.

21 Vgl. nur *Barton* StRR 2014, 404.

22 Zu den Hintergründen aufschlussreich die Stellungnahme des Generalbundesanwalts im Rahmen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens zur Verfassungsmäßigkeit der praktischen Handhabung von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO in *BVerfGE* 112, 185 (201).

23 Um »Einzelfälle« (so aber *Rieß* FS Hanack [1999], S. 397, [415]) handelt es sich hierbei nicht. Schaut man sich die amtliche Sammlung in BGHSt an, so besteht kein Zweifel, dass selbst grundlegende Entscheidungen in der Mehrzahl im Beschlusswege ergehen: Im aktuell letzten vollständigen Band *BGHSt* 58 finden sich 28 Entscheidungen auf Angeklagtenrevision, von denen die Mehrzahl (nämlich 15) durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 und 4 StPO entschieden wurde, wobei bei den übrigen 13 Revisionsurteilen auch solche Verfahren sind, die schon wegen der parallel anhängigen Revision der Staatsanwaltschaft terminiert werden mussten.

24 Die Zeiten als die mit dem Gesetz unvereinbare Kompetenzanmaßung noch in der Form des »bestellten« Verwerfungsantrags (dazu *Widmaier/Gieg* NStZ 2001, 57) zeigte, sind zwar ... [Forts. S. 97]

Der Verwerfungsantrag lässt dem Senat dagegen grundlegende Freiheit, ob und in welche Richtung – zum Nachteil oder vielleicht doch zugunsten des Beschwerdeführers – das Beschlussverfahren zur Anwendung kommt, oder ob nicht doch ausnahmsweise eine Revisionshauptverhandlung anberaumt werden soll. Der Filter des staatsanwaltschaftlichen Antrags erweist sich daher als eine Formalie, ohne tragenden Schutzwert für den Angeklagten. So zeigt sich, dass (abermals) allein die Umgehung der Revisionshauptverhandlung, welche nach der Gesetzssystematik nach wie vor den Normalfall darstellen soll, die Praxis der Gesetzesanwendung bestimmt.

Dass die revisionsstaatsanwaltschaftliche Zuleitungsschrift die Verwerfung der Revision ohne nähere Darlegungen rechtfertigt, weil sie dem Beschwerdeführer gewissermaßen als »Begründungsersatz« dienen soll, ist ein häufig – auch von höchster Stelle<sup>25</sup> – geäußertes, gleichwohl wenig überzeugendes Argument. Einmal kann grundsätzlich eingewandt werden, die »strafprozessuale Gewaltentrennung«<sup>26</sup> stehe normativ der Legitimierung einer *gerichtlichen* Entscheidung durch die *Behörde* Revisionsstaatsanwaltschaft entgegen.<sup>27</sup> In der Praxis kommt hinzu, dass die Antragsbegründungen zuweilen (zu) schwach sind, um die Verwerfung der Revision zu erklären, und nach der auch vom BVerfG gebilligten herrschenden Auslegung, das Revisionsgericht nur die offensichtliche Unbegründetheit im Ergebnis, nicht aber in der Darlegung der Staatsanwaltschaft teilen muss.<sup>28</sup> Dies gilt umso mehr als der Beschwerdeführer in seiner zwar nicht obligatorischen, aber zwingend binnen der Zweiwochenfrist *abzuwartenden* Erwidderung den staatsanwaltschaftlichen Ausführungen mit nennenswerten Argumenten entgegengetreten oder etwa eine bis dato nur allgemein erhobene Sachrüge näher ausgeführt haben kann. In all diesen Fällen versagt das »Begründungsersatz-Argument«.

### 3. Was eingeräumt werden kann – Einsichten

Will man diesen Zustand der – man kann es nicht anders sagen – *institutionalisierten Gesetzesumgehung* reformieren, so sollte man sich zunächst – auch und gerade als Verteidiger – drei Punkte eingestehen. *Erstens*: Das Beschlussverfahren

[Forts. Fußnote 24] ... (hoffentlich) vorbei, doch gibt es immer noch Fälle (s. etwa *OLG Düsseldorf* StraFo 2013, 209 m. Anm. *Norouzi*), die die suggestiven Einflussmöglichkeiten und -wünsche mancher Revisionssenate eindrucklich belegen.

25 S. nur zuletzt *BVerfG* NJW 2014, 2563.

26 *Peters* FS Dünnebieber (1982), S. 53 (67).

27 Darauf weist *Fezer* StV 2007, 40 (44).

28 S. nur *BGH* NJW 2002, 3266; *Meyer-Gößner/Schmitt* 58. Aufl. (2015), § 349 Rn. 14.

ist für den BGH, der im Jahr mehr als 3.000 Revisionen zu entscheiden hat, ein Instrumentarium, welches zur *Gewährleistung der Arbeitsfähigkeit* des Gerichts schwerlich in Abrede gestellt werden und in Anbetracht der das Revisionsverfahren dominierenden juristischen Argumentation grundsätzlich zu ebenso sachgerechten Ergebnissen führen kann wie eine Entscheidung durch Urteil. *Zweitens*: Die Verwerfungspraxis im Beschlusswege ist nicht allein und auch nicht in erster Linie (dazu gleich) dadurch bedingt, dass das Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO die Möglichkeit eröffnet, die Revision *ohne weitere Begründung* zu verwerfen. *Drittens*: Für die hohe Misserfolgsquote der Angeklagtenrevision sind *mehrere Faktoren* ursächlich, die

- teils mit der strukturell auf die ergebnisbezogene (vgl. § 337 StPO) Kontrolle von Rechtsfehlern beschränkten Eigenart des Rechtsmittels zusammenhängen,
- teils dem Umstand geschuldet sind, dass die Beschwerdeführer trotz anwaltlicher Vertretung Ziele verfolgen, die mit dem Rechtsmittel nicht bzw. nicht unmittelbar erreicht werden können (wie etwa den Beweis ihrer Unschuld oder eine im Ergebnis mildere Bestrafung, ohne dass die Beweiswürdigung des Tatgerichts bzw. die Strafzumessung Rechtsfehler aufweisen),
- teils aber auch auf eine nicht zu vernachlässigende Anzahl an schlechterdings unzureichend begründeten Revisionen zurückgehen.<sup>29</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich umso mehr die Frage nach dem Mehrwert einer Revisionshauptverhandlung. Wie das eingangs aufgeführte *Rieß-Zitat* zutreffend besagt, kann die Rückkehr zum Rechtszustand von 1877 keine Lösung sein.

### III. Was geändert werden sollte

Eine Neustrukturierung muss daher den Gegebenheiten der Praxis Rechnung tragen und das normative Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Beschluss- und Urteils-Verfahren endlich umkehren. Dies führt weiter zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verwerfung der Revision des Angeklagten im Beschlusswege statthaft sein soll, die Durchführung einer Revisionshauptverhandlung notwendig bleibt. Zunächst zu Letzterem.

#### 1. Notwendigkeit einer Revisionshauptverhandlung nur in Ausnahmefällen

Es spricht angesichts der Eigenart eines strengjuristischen Rechtsmittels nichts dagegen, zu einem schriftlichen Verfahren überzugehen. Die Durchführung einer Revisionshauptverhandlung wäre dann die Ausnahme. Sie könnte einmal

<sup>29</sup> Darauf stellt *Sarstedt* JR 1960, 1 ab.

allein dem Ermessen des Revisionsgerichts überantwortet bleiben, aber auch von einem materiellen Kriterium oder von prozessualen Gegebenheiten im konkreten Verfahren, wie der Uneinigkeit im Senat abhängig gemacht werden. Ich schlage eine Mischung vor, nämlich ein rechtlich gebundenes Ermessen des Revisionsgerichts zur Durchführung der Revisionshauptverhandlung im Rahmen einer *Soll-Vorschrift* unter folgenden Voraussetzungen:

- Es soll eine Revisionshauptverhandlung stattfinden, wenn es sich um eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* handelt, also um solche, zu denen bereits im Schrifttum gegenläufige Positionen bezogen werden und/oder deren Leitsatzbeantwortung zur Aufnahme in der amtlichen Sammlung geeignet erscheint. Das wäre ein *sachliches* Kriterium.
- Weiter *soll* das Revisionsgericht Termin ansetzen, wenn der Senat der Auffassung ist, dass die konkreten Rechtsfragen, auch bedingt durch den Einzelfall, am Besten im Rahmen einer mündlichen Verhandlung gelöst werden können, seiner Einschätzung nach das mündliche Rechtsgespräch einen weiteren Erkenntnisgewinn verspricht. |<sup>30</sup>
- Daneben *mus*s wie bislang daran festgehalten werden, bei *Uneinigkeit* im Senat bei der Entscheidung über die *Verwerfung* der Revision einen Termin zu verlangen. Dann ist allerdings kein Ermessen des Gerichts statthaft, vielmehr bleibt eine Revisionshauptverhandlung zwingend erforderlich.

In diesen völlig unterschiedlichen, mal vom Einzelfall, mal von übergeordneten Gesichtspunkten abhängigen Kriterien für die Durchführung einer Revisionshauptverhandlung scheinen zugleich die divergenten Zwecke des Rechtsmittels auf.

## 2. Grundsätzliche Statthaftigkeit der Beschlussentscheidung, aber ...

Das führt weiter zu den Voraussetzungen der Beschlussentscheidung. Zunächst sollte das – in der überkommenen, auf die Revisionshauptverhandlung fokussierten Gesetzssystematik erklärbar – Einstimmigkeitserfordernis bei Entscheidungen zu Gunsten des Angeklagten – die ihrerseits nicht »offensichtlich begründet« sein müssen –, wie es derzeit noch § 349 Abs. 4 StPO verlangt, aufgehoben werden. Ausreichend ist, dass der Senat mehrheitlich die Revision für durchgreifend erachtet, wenn er im Beschlussverfahren bleiben möchte.

Daneben sollte natürlich (nicht nur aus kosmetischen Gründen) der Wortlaut des § 349 Abs. 2 StPO geändert werden, indem man die nicht definierbare, mehr ein Erlebnis denn ein Tatbestandsmerkmal und von der Praxis inzwischen

<sup>30</sup> Eine nähere gesetzliche Konkretisierung fällt schwer. Es können im Einzelfall ganz unterschiedliche Gesichtspunkte sein, die eine Revisionshauptverhandlung rechtfertigen. So kann etwa der Beruhenszusammenhang manchmal im mündlichen Vortrag besser lebensweltlich veranschaulichen lassen als im schriftlichen Revisionstext. Ebenso kann die von Wertungsfragen abhängige »erweiterte Revision« im Rechtsgespräch sich plastischer darstellen lassen.



geflissentlich ignorierte »Offensichtlichkeit« der Unbegründetheit im Gesetzeswortlaut streicht. Sie taucht in den Tenorbeschlüssen des Bundesgerichtshofs ohnehin nicht mehr auf,<sup>31</sup> was zwar einerseits als Empathie gegenüber der anwaltlichen Sensibilität verstanden werden kann, letztlich aber die in der Praxis stattfindende Gesetzesumgehung unehrlich verbrämt.<sup>32</sup> Stattdessen sollte sich die Unbegründetheit der Revision allein formal aus dem *Einstimmigkeitserfordernis* ableiten. Die darin zum Ausdruck kommende Legitimation durch Verfahren wird bereits in der jetzigen Praxis so gehandhabt. Das setzt allerdings zwei Schutzvorkehrungen zugunsten des Beschwerdeführers voraus:

### 3. ... verlässliche Kenntnis der Mitglieder des Revisionsssenats und ...

Einstimmigkeit im Senat verlangt nach einer verlässlichen Kenntnis des gesamten Revisionsvortrags und des zur Überprüfung stehenden Urteils. In der Praxis hat sich ein Mechanismus durchgesetzt, der vom Gesetz zwar nicht vorausgesetzt wird, sich aber nach Auffassung der Revisionsgerichte bewährt hat. Danach liegt im Beschlussverfahren die Vorbereitung und Beratungsleitung in den Händen des Vorsitzenden und des Berichterstatters (»Vier-Augen-Prinzip«). Nur sie kennen regelmäßig die Revisionsunterlagen. Dass damit die dem gesamten Kollegialorgan überantwortete Entscheidung über die Unbegründetheit oder Begründetheit der Revision, über den Eintritt der Rechtskraft einer mitunter lebenslänglichen, jedenfalls häufig existenzvernichtenden Freiheitsstrafe, oder über die Aufhebung des Urteils mit der Perspektive einer neuen Beweisaufnahme vor einem anderen Gericht, dass diese ungeheure Entscheidungsmacht faktisch in den Hände von zwei Senatsmitgliedern liegt und dabei ganz entscheidend von dem Berichterstattervortrag abhängt, ist schon früh, nämlich vor 65 Jahren und nicht von anwaltlicher Seite, bemerkt und beanstandet worden: »Der Berichterstatter entscheidet durch seinen von den Prozeßbeteiligten nicht kontrollierten Sachvortrag beinahe schon das Schicksal der Revision.«<sup>33</sup>

31 Der BGH verwendet inzwischen die Tenor und Begründung vermischende (dazu krit. *Meyer-Gofner* FS Tolkdorf [2014], S. 323 [328]) Formel: »Die Revision des Angeklagten ... wird als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO)«. Ebenso verklausuliert pflegt der *BGH* bei Teilaufhebungen in der Begründung mitzuteilen, »im Übrigen ist das Rechtsmittel [oder die Verfahrensrüge oder die Sachrüge usw.] unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO«. Von Offensichtlichkeit ist hier wie dort keine Rede mehr, sie ergibt sich nur indirekt durch den Hinweis auf die Gesetzesvorschrift.

32 Treffend *Fezer* StV 2007, 40 (45).

33 Dies bemerkte bereits im Jahr 1950 der damalige Richter am Obersten Gerichtshof *Wimmer* NJW 1950, 201 (203). Anschaulich formuliert auch *Fischer* FS Paeffgen (2015), S. 737 (749): »Die oder der berichterstattende Bundesrichter(in) erlebt und gestaltet im Vortrag einen *Kerngehalt* seiner richterlichen Identität. Nirgendwo sonst in der beruflichen Tätigkeit fließt derart viel »Persönlichkeit« unvermittelt und ungefiltert ein; nirgendwo sonst lässt sich im Übrigen das »Wesen« der richterlichen Person so direkt und spontan erleben.«

Die Debatte um die Sachgemäßheit dieses Vorgehens ist anlässlich eines, wohl in seinem Bedeutungsgehalt unbedachten, Nebensatzes im Nichtannahmebeschluss des BVerfG zur Verfassungsgemäßheit des Doppelvorsitzes zweier Strafsenate am BGH<sup>34</sup> entstanden und mündete in einer mit Verbalinjurien nicht geizenden Kontroverse, in der bislang (ehemalige) Bundesrichter auf der einen wie der anderen Seite wortführend sind.<sup>35</sup> Dabei scheint sich die befürchtete Möglichkeit des Berichterstatters, insbesondere<sup>36</sup> durch seinen Sachvortrag auf die Entscheidung des Spruchkörpers maßgeblich Einfluss nehmen zu können, statistisch belegen zu lassen.<sup>37</sup> Weil eine solche Verfälschung des Entscheidungsergebnisses allein durch die Auswahl bzw. geschäftsordnungsmäßige Bestimmung des Berichterstatters<sup>38</sup> mit dem *Sinn des Kollegialprinzips*, Rechtserkenntnis durch Diskurs und durch Einbindung unterschiedlicher Perspektiven zu gewinnen, ebenso wenig vereinbar erscheint wie mit dem Anspruch des Einzelnen auf effektiven und willkürfreien Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) einerseits und auf den gesetzlichen (Revisions-)Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) andererseits, sollte hier der Gesetzgeber zumindest Vorkehrungen treffen. Die Verwerfung einer Revision im Beschlusswege kann nur dann statthaft sein, wenn eine verlässliche Kenntnisnahme der Senatsmitglieder vom Revisionsgegenstand gewährleistet ist. Dabei könnte es sich anbieten, die hinsichtlich der »erweiterten Revision« unumgängliche Eigenlektüre des Urteils und der Revisionsunterlagen, insbesondere nach der Regelbeispielstechnik in bestimmten Delikt- bzw. Verfahrenskonstellationen abhängig zu machen, etwa wenn es um die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe geht oder problematische Beweissituationen, wie Aussage-gegen-Aussage, in Rede stehen.<sup>39</sup>

34 *BVerfG* NJW 2012, 2334 (2336) – näher zur »Vorsitzendenkrise« s. *Groß-Börling* HRRS 2012, 89; *Paeffgen/Wasserburg* GA 2012, 535; *Schünemann* ZIS 2012, 1.

35 Zur Kritik am »Vier-Augen-Prinzip« s. *Barton* StRR 2014, 404; *Fischer/Eschelbach/Krehl* StV 2013, 425; *Fischer/Krehl* StV 2012, 550; *Fischer* FS Paeffgen (2015), S. 737 (746 ff.); *Lamprecht* NJW 2013, 3563; *Paeffgen/Wasserburg* GA 2012, 535 (547 ff.); dagegen *Basdorf u. a.* NStZ 2013, 563; *Brause* JR 2013, 136; s. ferner affirmativ zur bisherigen Praxis *Meyer-Göfner* FS Tolksdorf (2014), S. 323; *Mosbacher* NJW 2014, 124; schließlich mit einem »Vorschlag zur Güte« *Hamm/Krehl* NJW 2014, 903.

36 Etwas anderes ist es, dass allein der Berichterstatter entscheidet, wann eine Sache beratungsfähig ist. Die Möglichkeit, durch die Wahl eines Beratungstages, an dem die Spruchgruppe eine wie auch immer im Sinne des Berichterstatters vorhandene Besetzung hat, auch Einfluss auf das Ergebnis zu nehmen, ist dabei ein Mittel, dessen Bedeutung nicht unterbewertet werden sollte.

37 Dazu erhellend, aber auch besorgniserregend *Fischer* NStZ 2013, 430; s. ferner zur statistischen Berechnung *Brodowski* HRRS 2013, 409; *Barton* StRR 2014, 404 (409).

38 Auch hier gibt es Unterschiede bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs, wie der für den konkreten Einzelfall zuständige Berichterstatter bestimmt wird. Ein »gesetzlichen« Berichterstatter verlangt nach h. M. auch § 21 g Abs. 1 Satz 2 GVG nicht (dazu s. nur *Breidling* in: LR 26. Aufl. (2010), § 21 g GVG Rn. 7).

39 Weitere Vorschläge bei *Hamm/Krehl* NJW 2014, 903 (905).

Dass auch ein solch kleiner, nur Teilbereiche einem »Zehn-Augen-Prinzip« überantwortender Schritt die »international nahezu beispiellos[e]«<sup>40</sup> Erledigungsgeschwindigkeit des BGH beenden muss, erscheint als ein Opfer, das im Sinne der hierdurch gesteigerten Verlässlichkeit des »letzten Rechtsmittels« und der damit eher zu gewinnenden Akzeptanz in Kauf genommen werden sollte.

#### 4. ... Begründungspflicht erforderlich

Und schließlich ist eine Begründungspflicht auch für Verwerfungsbeschlüsse gesetzlich zu verankern. Dies ist eine alte Forderung,<sup>41</sup> für die mehrere Gründe streiten. Einmal leidet das Vertrauen des Betroffenen in die Arbeitsweise und Gründlichkeit der Prüfung des Revisionsgerichts, wenn die mitunter umfänglichen Ausführungen seines rechtskundigen Anwalts mit nur einem Satz erledigt werden. Der Verdacht, der Revisionsssenat wollte lieber auf eine Begründung verzichten, ehe er eine schwache Erklärung lieferte, lässt sich nicht in allen Fällen einfach von der Hand weisen. Die Begründungspflicht diszipliniert und bietet »eine größere Garantie für die Sorgfalt der Beratung«.<sup>42</sup> *Krehl* bemerkte einst (noch als Universitätsassistent fern von jetzigen Bundesrichterweihen) zutreffend: »Der sich aus der Begründungspflicht ergebende Zwang zu gründlicherem Vorgehen, verbunden mit einer sonst in dieser Form nicht gewährleisteten Selbstkontrolle birgt die Möglichkeit in sich, daß die Entscheidung anders ausfällt als ohne die diesen Prozeß auslösende Begründungspflicht.«<sup>43</sup> *Begründete* Entscheidungen können nämlich Gegenstand der Diskussion, und damit auch der Kritik, in der Fachöffentlichkeit werden.

Aber nicht nur Gründe zum Wohl des Einzelnen streiten für eine Begründungspflicht, sondern auch die objektiven Zwecke der Revision für die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung. Einmal kann vermieden werden, dass sich klandestine Rechtssprechungsdivergenzen zwischen den Senaten einschleichen. Auch werden Rechtsstandpunkte klargestellt, bei denen der Senat zwar nicht der Antragsbegründung der Revisionsstaatsanwaltschaft folgt, sondern nur die Unbegründetheit im Ergebnis teilt. So könnte etwa der in der Praxis häufig zu beobachtenden (Un-)Sitte der Revisionsstaatsanwaltschaft,

40 So *Meyer-Götsner* FS Tolksdorf (2014), S. 323 (326) unter Verweis auf eine Erledigungsquote von ca. 98 % innerhalb von drei Monaten.

41 S. etwa *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer* Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß (1971), S. 56 f.

42 *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer* (Fn. 41), S. 57 f.

43 *Krehl* GA 1987, 162 (170).

der von der Verteidigung erhobenen Verfahrensrüge zunächst einmal »rein prophylaktisch« die Zulässigkeit im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO abzusprechen, eingedämmt werden, indem das Revisionsgericht in seiner Begründung zumindest darlegt, warum der von der Staatsanwaltschaft vermisste Rügevortrag nicht erforderlich im Sinne des Gesetzes ist. Das würde zu einer für die Allgemeinheit kalkulierbaren Handhabung dieser Norm beitragen.

Dem Einwand, dem Revisionsgericht könne nicht zugemutet werden, auf die noch so absonderlichsten Rügen<sup>44</sup> dezidiert einzugehen, kann Rechnung getragen werden, weil das Revisionsgericht sich die entsprechenden Ausführungen der Revisionsstaatsanwaltschaft ausdrücklich zu eigen machen kann. Die bloß floskelhafte Bezugnahme auf die Ausführungen in der Zuleitungsschrift sollte jedoch unterbleiben. Das Gericht kann, wie es bislang schon gehandhabt wird, die Stellungnahme durch Einrücken in seinen Beschluss integrieren, was im Sinne der Verfahrenstransparenz vorzugswürdig erscheint; oder es kann die wesentlichen Argumente der Revisionsstaatsanwaltschaft in eigenen Worten wiedergeben. Ist der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Gegenerklärung den Ausführungen der Revisionsstaatsanwaltschaft dezidiert entgegengetreten, so lässt es sich nicht vermeiden, dass das Revisionsgericht hierauf wenigstens kurz eingeht. Den häufig anzutreffenden Versuchen, die eigene Beweiswürdigung in revisionsfremder Weise an die Stelle der des Tatgerichts zu rücken, wird das Revisionsgericht, wie bislang schon, kurz und knapp bescheiden können. So geschieht es regelmäßig in Beschlüssen auf Anhörungsprügungen nach § 356 a StPO, mit denen der Beschwerdeführer geltend macht, sein Vorbringen sei nicht hinreichend berücksichtigt worden. Hier sehen sich die Senate durchaus in der Lage, kurz und knapp die wesentlichen Erwägungen ihrer Entscheidung mitzuteilen.

#### IV. Wohin wohl stattdessen die Reise geht

Zugegeben, aus der Feder eines Revisionsverteidigers mag es eigenartig erscheinen, wenn auf die vermeintliche Privilegien, die das Gesetz dem Revisionsführer mit dem grundsätzlichen Anspruch auf eine Revisionshauptverhandlung gibt, verzichtet und stattdessen gefordert wird, den Gesetzeswortlaut der praktischen Übung anzugleichen. Nur, was nützen verbriefte

44 In der anschließenden Diskussion auf dem Strafverteidigertag sprach *Jahn* die ihm aus seiner Tätigkeit als OLG-Richter im Nebenamt bekannten »hardcore o. u.«-Revisionen an. Auch mir sind solche geläufig. Ist der Unsinn evident, spricht wenig dagegen, ihn auch kurz in sachlichen Worten als solchen zu kennzeichnen.

Ansprüche, was nützt die Fiktion eines gesetzlichen Normalverfahrens, wenn sie nicht nur in der Praxis bei den entscheidenden Stellen wenig Gegenliebe erfahren und wenn auch der engagierteste Verfechter der Angeklagtenrevision einräumen muss, dass es einer Revisionshauptverhandlung nicht stets bedarf, ihr praktischer Mehrwert zweifelhaft bleibt? Es wäre durchaus wert, auf sie zu verzichten – und zwar auch dann, wenn das Revisionsgericht zum Nachteil des Angeklagten entscheiden möchte –, wenn im Gegenzug die materielle Kontrolle im Revisionsssenat die tatsächliche Voraussetzung der Einstimmigkeit und die in der Begründungspflicht notwendige Transparenz folgen würde. Die Nachteile des einen würden nach meiner Einschätzung durch den Gewinn des anderen mehr als aufgewogen werden. Es ist aber zu bezweifeln, ob der Gesetzgeber diesen Schritt gehen wird. Die Empfehlung der StPO-Expertenkommission im BMJV scheint vielmehr nach dem Prinzip der ‚ruhigen Hand‘ nichts ändern zu wollen.

Das kann nicht das letzte Wort sein. An der Richtigkeit des Befundes von *Rieß*, wonach sich an den technischen Stellschrauben des Revisionsverfahrens auch die Zukunftsfähigkeit des Rechtsmittels zeigen wird, hat sich nichts geändert.