

Entgrenzte Revisionsrechtsprechung

Von *Stephan Barton*

I. Ein radikaler Perspektivenwechsel: BGHSt 50, 40

In einem Beitrag zum Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens hat Edda Weßlau die Entscheidung des Großen Senats des BGH zur Zulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts bei Urteilsabsprachen mit großer Klarheit gewürdigt (BGHSt 50, 40).¹ Sie hat dabei Aussagen des Großen Senats, die in zwei verschiedenen Absätzen beziehungsweise sogar auf zwei unterschiedlichen Seiten² der Entscheidung enthalten waren, miteinander verknüpft und auf diese Weise verborgene Tendenzen der BGH-Rechtsprechung dekuviert. Die von ihr zitierten Textstellen lauten wie folgt:

„Die Absprachepaxis sei [für den Großen Senat] unverzichtbar, damit ‚der staatliche Strafanspruch insgesamt – mit Blick auf alle einzuleitenden Strafverfahren – so gut wie möglich durchgesetzt werden kann [...]. Vor allem mit Blick auf die knappen Ressourcen der Justiz [...] könnte die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz nicht gewährleistet werden, wenn es den Gerichten generell untersagt wäre, sich über den Inhalt des zu verkündenden Urteils mit den Beteiligten abzusprechen‘.“³

Durch diese Verbindung ist es Edda Weßlau gelungen, gleichermaßen überzeugend wie prägnant auf einen Umstand hinzuweisen, der in der bisherigen Analyse der BGH-Rechtsprechung vernachlässigt worden ist. Zitieren wir erneut Edda Weßlau:

„Hier kommt, was bisher kaum bemerkt worden ist, ein radikaler Perspektivenwechsel zum Ausdruck. Ziel des Strafprozesses ist – so hat man es lange Zeit gesehen und so wird es auch in der entsprechenden Passage des Beschlusses betont – die Durchsetzung des materiellen Strafrechts: Das Strafverfahren hat der Gerechtigkeitsidee des materiellen Strafrechts zu dienen. Aber diese Aussage bezieht sich nach herkömmlichem Verständnis auf das je einzelne Strafverfahren. Gerechtigkeit in diesem Sinne wird durch die gesetzmäßige Behandlung des jeweiligen Einzelfalles angestrebt. In dem Zitat wird dieses Gerechtigkeitsideal durch ein anderes, auf kriminalpolitische Steuerung gerichtetes Ideal ersetzt, dessen Bezugspunkt die Gesamtheit aller Strafverfahren ist.“

¹ Weßlau, StraFo 2007, 1 (3).

² Nämlich einerseits BGHSt 50, 40 (53) und andererseits BGHSt 50, 40 (54).

³ Weßlau, StraFo 2007, 1 (3).

Weßlau stellt damit zwei Rechtsprechungsmodelle gegenüber: Zum einen das Ideal einer reinen Rechtsanwendung, bei der allein die „gesetzmäßige Behandlung des jeweiligen Einzelfalls“ zählt, zum anderen eine neue Form von Revisionsrechtsprechung, die „auf kriminalpolitische Steuerung“ ausgerichtet ist und deren „Bezugspunkt die Gesamtheit aller Strafverfahren“ bildet. Das bedarf näherer Erläuterung:

Wenn der Große Senat die Absprachepraxis für unverzichtbar hält, um mit Blick auf die Gesamtheit der Strafverfahren und unter Berufung auf „knappe Ressourcen der Rechtsprechung“ den staatlichen Strafanspruch durchsetzen zu können, offenbart er, wie von Weßlau hervorgehoben, dass die Revisionsrechtsprechung über den konkreten zur Entscheidung anstehenden Fall auch auf die Steuerung der gesamten Strafrechtspflege abstellt. Neben die Mikroperspektive tritt damit die Makroperspektive: Es geht dem Großen Senat also nicht allein um Recht und Gerechtigkeit bei der Beurteilung des vorliegenden Revisionsfalls, sondern auch um die Berücksichtigung der Wirkungen der konkreten Entscheidung auf die Gesamtheit des Strafjustizsystems – namentlich hinsichtlich der von BGH-Richtern als zu knapp empfundenen sachlichen und personellen Ressourcen der Justiz. Die Frage, ob die Ressourcen dabei objektiv zu knapp sind, oder nur subjektiv von den Mitgliedern des Großen Senats so empfunden werden, ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidend und kann ausgeklammert werden.⁴ So oder so hat sich beim Großen Senat ein Perspektivenwechsel vollzogen – von der Mikro- zur Makroperspektive. Der Große Senat blickt dabei auch nicht mehr nur retrospektiv auf den zu entscheidenden Fall, sondern berücksichtigt prospektiv, welche Folgen von der Entscheidung in der Zukunft zu erwarten sind. Er ist damit in BGHSt 50, 40 nicht mehr einem rein rückwärtsgewandten input-orientierten Konditionalprogramm⁵ gefolgt, das die richterliche Tätigkeit kennzeichnet, sondern einem zukunftsorientierten Zweckprogramm. Damit verlässt der BGH in der Entscheidung zur Absprachepraxis die Pfade der reinen Gesetzesanwendung und begibt sich in den Bereich der Rechtsgestaltung. Denn das Recht wird in BGHSt 50, 40 nicht mehr um seiner selbst willen exekutiert,⁶ sondern zur Erfüllung eines davon unabhängigen Zwecks eingesetzt – nämlich der zukünftigen Steuerung des Gesamtstrafrechtssystems. Die Mitglieder des Großen Senats legen damit nicht mehr ein rein bekenntend-normatives Verhältnis zum Recht an den Tag, das für das richterliche Ideal der Rechtsanwendung maßgeblich sein sollte,⁷ sondern ein in-

⁴ Vgl. dazu Barton, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), 35. Strafverteidigertag, 2012, S. 37 ff.

⁵ Dazu Luhmann, VerwArch 1964, 1 (6 ff.); ferner Teichmann JuS 2001, 973 (974 ff.).

⁶ Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Rn. 11; Barton, Einführung in die Strafverteidigung, 2. Aufl., München 2013, § 3 Rn. 5.

⁷ Zu diesem Ideal vgl. Hommelhoff/Teichmann, in: AG der Fachanwälte für Steuerrecht e.V. (Hrsg.), Der Fachanwalt im Steuerwesen, Festschrift 50 Jahre Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Steuerrecht e.V. 1999, S. 537 (550).

strumentelles.⁸ Der Große Senat versucht das Gesamtsystem der Strafjustiz mit den Mitteln des Rechts zu gestalten. Die Berücksichtigung des Erfordernisses personeller und sachlicher Ressourcen ist im Grunde eine Perspektive, die man von der Justizverwaltung oder von der Rechtspolitik erwartet hätte – nicht aber von Richtern.

Dieser „radikale Perspektivenwechsel“ des BGH bildet das Thema meines Beitrags in der Edda Weßlau gewidmeten Gedächtnisschrift. Wie auch ihr geht es mir dabei nicht um die ausgiebig erörterte Problematik des Zwecks der Revision, die bekanntermaßen überwiegend darin gesehen wird, sowohl der Gewährleistung der Rechtseinheit als auch der Rechtsfortbildung und nicht zuletzt der Einzelfallgerechtigkeit zu dienen.⁹ Ich möchte vielmehr Weßlaus Spuren folgen und mich mit den durch ihre Analyse aufgeworfenen Fragen beschäftigen. Dabei soll gezeigt werden, dass der radikale Perspektivenwechsel sich nicht nur auf die singuläre Entscheidung BGHSt 50, 40 beschränkt. Die These lautet: Es gibt eine allgemeine Tendenz in der Revisionsrechtsprechung zur Entgrenzung, d. h. zur Auflösung der Grenzen zwischen Rechtsanwendung einerseits, bei der nur die gesetzmäßige Behandlung des jeweiligen Einzelfalls zählt, zur Rechtspolitik, Administration und Rechtsgestaltung andererseits. Bedingt ist diese Entwicklung durch einen fortdauernden Prozess, durch den die Strafsenate des BGH die ursprüngliche Konzeption der Revision richterlich verändert haben.

II. Der schleichende Wandel der Revision in Strafsachen

Werfen wir zunächst einen Blick auf die ursprüngliche Idee der Revision sowie auf das richterliche Ideal der Rechtsanwendung: Der historische Gesetzgeber (1877) hatte mit der Revision ein reines Rechtsbeschwerdeverfahren schaffen wollen; die Revision sollte nur zur Nachprüfung *in jure* führen. Das Rechtsmittel war „ganz in den Dienst der Sicherung der strafrechtlichen, eng gesehenen Gesetzlichkeit“ gestellt worden, um als „juristische Kunstform“ die „Herrlichkeit“ des Gesetzes zu wahren.¹⁰ Im Gegensatz zur Berufung sollte allein geprüft werden, ob dem unteren Gericht eine Verletzung des Rechts unterlaufen ist. Als nicht revidibel galten die tatsächlichen Feststellungen des Tatrichters und die Strafzumessung. Es lag in der Macht und der Verantwortung des Tatrichters, hierüber abschließend zu befinden; in diese Freiheit konnte der Revisionsrichter nicht eingreifen.¹¹ Der Revisionsrichter verstand sich als reiner Rechtsanwender, dem die Aufgabe zufiel, den rechtsrichtigen Richterspruch zu fällen. Voraussetzung hierfür waren richterliche Unabhängigkeit,

⁸ Jost, in: Haverkate/Hommelhoff/Ritterhaus (Hrsg.), *Anwaltsorientierte Juristenausbildung*, Zweite Hans Soldan Tagung 2000, 2001, S. 53 (55). Ein solches instrumentelles Verhältnis ist angebracht für Tätigkeiten der Verwaltung und natürlich der Anwaltschaft.

⁹ Statt aller vgl. dazu SK-StPO/*Frisch*, vor § 333 Rn. 14.

¹⁰ Naucke, in: Bemman/Manoledakis (Hrsg.), *Der Richter in Strafsachen*, Baden-Baden 1992, S. 107 (108 f.).

¹¹ Volk, *Strafprozessrecht*, § 36 Rn. 1.

über zwingend und komplementär dazu auch die unverbrüchliche Bindung des Richters an das Gesetz. Das richterliche Ideal der Rechtsanwendung setzte dabei gerade auch beim Revisionsrichter eine „von allen Zweckinteressen freie[n] Intention auf Wahrheit und Gerechtigkeit“ voraus.¹²

Das moderne Revisionsrecht unterscheidet sich davon fundamental. Dabei sind die maßgeblichen Gesetze – die §§ 333 ff. StPO – seit 1877 nahezu unverändert geblieben,¹³ geändert hat sich aber der Umgang mit ihnen. Genauer: Die Revisionssenate haben in einem fortdauernden Prozess den Gehalt der Gesetze verändert. Durch Richterrecht ist die Revision reformiert worden. Das betrifft sowohl die Handhabung des formellen als auch des materiellen Rechts.

1. Verfahrensrecht: Richterrechtliche Modifizierung der Betriebsregeln

Das Verfahrensrecht ist „trotz seiner relativ dichten gesetzlichen Durchnormierung [...] in nahezu extremem Ausmaß richterlich geprägt“.¹⁴ Besondere Bedeutung erlangt die richterrechtliche Fortentwicklung des Verfahrensrechts bei den revisionsgerichtlichen Betriebsregeln. Damit sind Normen gemeint, deren Adressat primär das Revisionsgericht ist. Das sind also die Gesetze, die sich speziell an den Revisionsrichter als „Schiedsrichter“ beziehungsweise „Spielleiter“ wenden, damit jener über die Einhaltung der Regeln für die „Spieler“ (Beschwerdeführer) wacht.

Eine zentrale Betriebsregel für das Revisionsgericht stellt zweifellos § 349 II StPO dar. Die Norm regelt in engmaschiger Weise die Voraussetzungen, unter denen das Revisionsgericht eine Revision im Beschlussweg – also ohne Hauptverhandlung – als offensichtlich unbegründet zurückweisen darf.¹⁵ Verlangt wird neben einem begründeten Verwerfungsantrag der Staatsanwaltschaft, dass das Revisionsgericht „die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erachtet“ (§ 349 II letzter HS StPO). Nichts davon gilt heutzutage mehr so, wie es das Gesetz verlangt. An die Stelle des Gesetzestextes ist Richterrecht getreten, das die Norm entgegen dem Wortlaut interpretiert.

Das gilt schon hinsichtlich des Begriffes „Revision“. Das Gesetz sieht vor, dass nur die Revision – also eine gesamte Beschwerdeschrift – als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen werden kann. Durch Richterrecht ist diese Möglichkeit aber auch auf einzelne Rügen innerhalb einer Revision ausgedehnt worden.¹⁶ Die Se-

¹² *Eb. Schmidt* (Fn. 6), Rn. 11 hinsichtlich jeder richterlichen Spruchstätigkeit.

¹³ Vgl. zur Gesetzgebung bis 1992 *Naucke* (Fn. 10), S. 107 (108). Seitdem ist im Zuge des JuMoG vom 24. 8. 2004 mit wesentlichen Auswirkungen § 354 StPO geändert worden (Einfügen der Absätze 1a und 1b).

¹⁴ *Dahs/Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 8. Aufl. München 2012, Rn. 3.

¹⁵ Zur Entstehung und Entwicklung dieser Vorschrift vgl. *Rosenau*, ZIS 2012, 195 f.; *Barton*, StRR 2014, 404.

¹⁶ *SK-StPO/Wohlers*, § 349 Rn. 58 (mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur).

nate behandeln also nicht nur Revisionen insgesamt gemäß § 349 II StPO, sondern auch einzelne Revisionsrügen. Zudem haben die Senate die Möglichkeit eines im Gesetz nicht vorgesehenen kombinierten Beschlusses geschaffen: Revisionen werden in der Praxis nicht selten als sowohl offensichtlich unbegründet gemäß § 349 II StPO als auch einstimmig begründet gemäß § 349 IV StPO behandelt.¹⁷

Die richterliche Fortentwicklung von § 349 II StPO betrifft ferner die Frage der Einstimmigkeit. Die Bundesrichter Fischer und Krehl haben in einer Publikation in erstaunlich offener Weise über die Praxis von Beschlusssitzungen im Senat berichtet. Danach werde es von Bundesrichtern offenbar als „unkollegial“ empfunden, sich einem Beschluss zu verweigern, der – wie § 349 II StPO – Einstimmigkeit voraussetzt. Auf diese Weise änderten auch unterschiedliche Auffassungen im Senat nichts daran, dass am Ende eine einstimmige Entscheidung ergeht. Fischer/Krehl schreiben: „Was ‚einstimmig‘ ist, ist über die Jahrzehnte recht flexibel geworden. Eine informelle Regel: ‚Vier zu Eins ist einstimmig‘ wird behauptet (mit gelegentlichen Tendenzen zum ‚Drei zu Zwei‘) und hat als Einsicht (informelles) Gewicht“¹⁸ für das Abstimmungsergebnis. Bei Bestehen einer eindeutigen Mehrheit für eine Ansicht hat es aus der Sicht der überstimmten Richter wenig Sinn, diese Abstimmung nach Durchführung einer Hauptverhandlung zu wiederholen, wenn die Mehrheitsposition für alle Richter jedenfalls als vertretbar angesehen wird.¹⁹ Die Einstimmigkeit, die § 349 II StPO fordert, besteht also in der Praxis der BGH-Rechtsprechung nicht immer, sondern wird kollegialen Interessen geopfert.

Ganz besonders wichtig ist schließlich die Handhabung der Frage, wann eine Revision nicht nur unbegründet ist, sondern als *offensichtlich* unbegründet – wie das Gesetz dies vorsieht – anzusehen ist. Die Revisionssenate hatten darunter früher „verstanden, dass sofort zu erkennen sein musste, welche Rechtsfragen vorlagen, wie sie zu beantworten waren und dass die Rügen die Revision nicht begründen konnten.“²⁰ Offensichtlichkeit war also dann gegeben, wenn ohne längere Nachprüfung und in völlig zweifelsfreier Weise die Revision als unbegründet anzusehen war. Von dieser Auslegung haben sich die Revisionssenate schon lange verabschiedet. Es reicht für eine Behandlung nach § 349 II StPO heute schon, dass der Senat einhellig der Auffassung ist, dass die von der Revision aufgeworfenen Fragen zweifelsfrei zu beantworten sind und auch die Durchführung einer Revisionsverhandlung keine neuen Erkenntnisse tatsächlicher oder rechtlicher Art erwarten lässt, die das gefundene Ergebnis in Zweifel ziehen könnten.²¹ Im Endeffekt läuft das darauf hinaus, dass eine Revision dann als „offensichtlich“ unbegründet verworfen werden kann, wenn sich der

¹⁷ SK-StPO/Wohlers, § 349 Rn. 57 (mit Nachweisen).

¹⁸ Fischer/Krehl, StV 2012, 550 (556 in Fn. 64).

¹⁹ Fischer/Krehl, StV 2012, 550 (556 in Fn. 64). Ähnlich, wenngleich weniger direkt, äußerte sich auch der ehemalige Senatsvorsitzende Kutzer, StraFo 2000, 325 (327); vgl. ferner Groß-Börling, StraFo 2012, 445 (446).

²⁰ Rosenau, ZIS 2012, 195 (197) mit Nachweis der Rechtsprechung und Literatur in Fn. 30.

²¹ BGH, NJW 2001, 85; BGH, StV 2005, 3; Rosenau, ZIS 2012, 195 (198).

Senat aus prozessökonomischen Gründen den Aufwand einer Hauptverhandlung ersparen will.

Die richterrechtliche Fortentwicklung der Betriebsregeln betrifft aber keinesfalls nur § 349 II StPO. Sie hat vielmehr die Betriebsregeln in ihrer gesamten Breite erfasst. Die Revisionsgerichte haben beispielsweise die Reichweite der eigenen Sachentscheidung (also des „Durchentscheidens“ ohne Zurückverweisung an ein Tatgericht) über den Gesetzeswortlaut ausgedehnt;²² sie ignorieren ferner den klaren Wortlaut des § 356 StPO und dehnen die Frist zwischen Schluss der Verhandlung und Urteilsverkündung auf mehr als zehn Tage aus (Verstoß gegen § 268 III 2 StPO).²³ Auch § 344 II 2 StPO ist richterrechtlich uminterpretiert worden: Die Senate haben die inhaltlichen Anforderungen an die Darlegung der Verfahrenstatsachen verschärft, ohne dass das Gesetz dies verlangt.²⁴

2. Materielles Recht: Richterrechtliche Modifizierung der Revisibilität

Durch Richterrecht sind nicht nur die Betriebsregeln geändert worden, auch das Verständnis des Gesetzesbegriffs, wie dieser in § 337 StPO angelegt ist und die Grenzen der Revisibilität festlegt, hat sich durch richterrechtliche Neuinterpretationen fundamental geändert.²⁵ Für den historischen Gesetzgeber und die Rechtsprechung des Reichsgerichts war die Revision – wie dargestellt – als reines Rechtsbeschwerdeverfahren angelegt. Als nicht revisibel galten deshalb die tatsächlichen Feststellungen. Von daher wurden revisionsrechtliche Angriffe gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung von den Revisionsgerichten als unzulässig angesehen.²⁶ Nach dem Konzept der klassischen Revision konnte also eine „nach Ansicht des Beschwerdeführers falsche Würdigung der Beweise [...] mit der Revision nicht gerügt werden“.²⁷ Von dieser ursprünglichen Konzeption haben sich die Strafsenate des BGH in einem seit über 50 Jahren fortschreitenden Prozess gelöst und die Revisionskontrolle auf die tatrichterliche Beweiswürdigung ausgedehnt. Das geschieht – anders als vom histo-

²² Bemängelt von BVerfGE 118, 212; vgl. dazu SK-StPO/Wohlers, § 354 Rn. 2.

²³ Ständige Rechtsprechung seit RGSt 27, 116; vgl. SK-StPO/Wohlers, § 356 Rn. 2.

²⁴ BVerfGE 112, 185; BVerfG, StV 2006, 57.

²⁵ Auch dies bringt *Dahs* (Fn. 14), Rn. 3 wie folgt auf den Punkt: „Die Sachrüge, deren gesetzliche Grundlage der an sich wenig aussagekräftige § 337 StPO darstellt, manifestiert sich in der revisionsrechtlichen Praxis als ein ebenfalls richterrechtlich entwickeltes, sehr differenziertes und sich laufend fortentwickelndes Instrumentarium zur systematischen Sezierung des tatrichterlichen Rechtsspruchs.“ Zu Gründen und Kritik an der erweiterten Revision aus Sicht des Revisionsrichters vgl. *Gericke*, FS Tolksdorf, Köln 2014, S. 243 (246 ff.).

²⁶ Besonders eindringlich ist die Formulierung in der „klassischen“ Entscheidung BGHSt 10, 208 (210), wonach die tatrichterliche Beweiswürdigung nur möglich sein müsse und es deshalb dem Revisionsgericht verwehrt sei, die Beweiswürdigung des Tatrichters durch seine eigene zu ersetzen, weil es sich sonst mit „einer Verantwortung belasten“ würde, „die es nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Revisionsverfahrens nicht übernehmen kann und darf.“

²⁷ So noch aktuell *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 337 Rn. 26 unter Berufung auf BGH, NStZ-RR 2008, 146.

rischen Gesetzgeber erwartet – nun aber gerade nicht auf der Grundlage von ausdrücklich erhobenen Verfahrensrügen, sondern durch eine materiell-rechtliche Prüfung, die sog. Darstellungskontrolle,²⁸ die dem Revisionsgericht schon aufgrund der allgemeinen Sachrüge möglich ist. Mit der modernen Revision haben sich die Revisionsgerichte namentlich dann den Zugriff auf die tatrichterliche Beweiswürdigung eröffnet, wenn nach ihrer Auffassung „die im Urteil mitgeteilten Überlegungen des Trichters in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar sind oder sie gegen Denkgesetze oder anerkannte Erfahrungssätze verstoßen.“²⁹

Mittels dieser „erweiterten Revision“ haben die Strafsenate damit Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der tatrichterlichen Urteilsgrundlage übernommen.³⁰ Allerdings hat neben der erweiterten Revision auch die „klassische“ Revision im Repertoire des BGH überlebt. Schon 1974 hat Fezer nachgewiesen, dass in der Revisionsrechtsprechung des BGH zwei verschiedene Entscheidungsprogramme zum Tragen kommen, zum einen das Entscheidungsprogramm der klassischen Revision, zum anderen das der erweiterten Revision. Diese Ambivalenz erlaubt es den Senaten mit der Interpretation, was eine reversible Rechtsverletzung ist, ein „doppeltes Spiel“³¹ zu treiben: Sie können Angriffe von Beschwerdeführern gegen die Richtigkeit der tatrichterlichen Beweiswürdigung mehr oder weniger floskelhaft³² als unzulässig zurückweisen, aber genauso gut die Beweiswürdigung als rechtsfehlerhaft beanstanden.³³

3. Konsequenzen

Die Konsequenzen, die aus der richterrechtlichen Reform des Revisionsrechts folgen, sind beträchtlich.³⁴ Nachfolgend soll zunächst dargestellt werden, wie sich der Wandel des Revisionsrechts in statistischen Zahlen niederschlägt, um danach qualitative Auswirkungen aufzuzeigen.

²⁸ Zur Begrifflichkeit vgl. *Naucke* (Fn. 10), S. 107 (112 f.) unter Zugrundelegung von *Fezers* Untersuchungen in: *Fezer*, Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit?, Tübingen 1974, S. 23 ff.; *Fezer*, Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen, Tübingen 1975, S. 62 ff.

²⁹ BGH, NJW 2005, 1203 (1204).

³⁰ *Fezer*, FS Hanack, Berlin u. a. 1999, S. 331 (334).

³¹ So grundlegend *Fezer* (Fn. 28), S. 52.

³² Beispiele für derartige Floskeln finden sich bei *Fezer* (Fn. 28), S. 152 ff.

³³ „Es gibt im materiellen Recht heute so viele Alternativen, dass kein erstinstanzliches Urteil sie alle aufgreifen kann. Aber jedes instanzgerichtliche Urteil kann mit der Begründung, bestimmte mögliche Rechtsregeln seien nicht diskutiert worden, folglich fehle es an der notwendigen Tatsachenfeststellung, aufgehoben werden.“ *Naucke* (Fn. 10), S. 107 (113). Ähnlich äußert sich *Schlothauer*, StV 2004, 340 (345): Das Strafrecht habe sich insgesamt zu einem „fungibel handhabbaren Abwägungsmechanismus“ gewandelt, wodurch auch „die richterlichen Entscheidungsspielräume [...] für das Revisionsgericht“ wüchsen.

³⁴ Vgl. nur SK-StPO/*Frisch*, vor § 333 Rn. 6 ff.

a) Statistische Daten

So sehr sich die Gesetzesanwendung auch geändert hat – die Anzahl der Revisionen zum RG beziehungsweise zum BGH ist überraschend konstant geblieben: In den letzten Jahren bewegten sich die Zahlen im Bereich von meist 3000 bis 4000 Revisionsverfahren im Jahr. Durchschnittlich hat ein Revisionsssenat heutzutage jährlich rund 600 Revisionsverfahren zu bewältigen.³⁵ Die Erledigungspraxis dieser Revisionen hat sich allerdings deutlich geändert. Ursprünglich wurden alle zulässigen Revisionen in einer Hauptverhandlung vor dem Revisionsssenat durch Urteil entschieden (§ 389 II RStPO). Erst 1922, in Zeiten von Nachkriegswirren und beginnender Hyperinflation, wurde durch die sog. Lex Lobe die gesetzliche Möglichkeit eröffnet, Revisionen durch Beschluss – also ohne Hauptverhandlung und ohne Begründung – als offensichtlich unbegründet zu verwerfen. Damit wurde eine Entlastung des Reichsgerichts bezweckt, das mutwillig eingelegte und völlig aussichtslose Rechtsmittel rasch erledigen sollte.³⁶ Durch das StPÄG 1964 erhielt § 349 StPO seine noch heute geltende Fassung.³⁷

Seitdem werden Hauptverhandlungen immer seltener: Wurden zu Beginn der 1950er Jahre jährlich noch mehr als 1000 Verfahren vom BGH durch Urteil beendet (1954 sogar 1781), sind dies seit 1999 immer weniger als 200 und seit 2007 nie mehr als 160. Bei den meisten Revisionsverfahren erfolgt dabei seit etlichen Jahren eine Entscheidung nach § 349 II StPO, das heißt: eine Behandlung als offensichtlich unbegründet. Laut amtlicher Statistik war dies 2013 in 2209 von insgesamt 2999 Verfahren der Fall (also in 73,7 Prozent) und 2014 in 2025 von 2856 Verfahren (70,9 Prozent). Zu beachten ist dabei, dass die amtliche Statistik Verfahren zählt und nicht Revisionen und die entsprechenden Daten deshalb verzerrt sind; die tatsächlichen Misserfolgsquoten sind also viel höher.³⁸ Einige dieser Entscheidungen enthalten dabei eine mehr oder weniger kurze Begründung; bezogen auf einzelne Revisionen (also nicht Verfahren) erfolgt in mehr als 75 Prozent der Fälle keine schriftliche Begründung.³⁹

Kennzeichnend für die Revisionsrechtspraxis ist dabei eine je nach Beschwerdeführer hochgradig uneinheitliche Behandlung von Revisionen: Wenn die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt hat, stellt der Generalbundesanwalt (GBA) grundsätzlich keine Verwerfungsanträge, selbst dann nicht, wenn er die Revision für offensichtlich unbegründet hält. Der GBA legitimiert diese Praxis mit ständiger Übung und mit Absprachen mit den regionalen Generalstaatsanwaltschaften; diese würden

³⁵ Fischer, FS Heymanns, Köln 2015, S. 465.

³⁶ Ausführlich zur Entstehungsgeschichte Rosenau, ZIS 2012, 195 f.

³⁷ Vgl. Rosenau, a.a.O.; Barton, StRR 2014, 404.

³⁸ Barton, FS Kühne, Heidelberg u.a. 2013, S. 139 (141 f.); auch die kombinierten Entscheidungen gemäß § 349 II und IV StPO sind nicht selten volle Misserfolge. Im Jahr 2013 erfolgten sie in 375 und 2014 in 423 Verfahren.

³⁹ Barton, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, Neuwied 1999, S. 48; bspw. 77,4 Prozent im Jahr 2005.

aus Gründen des Ansehens Wert darauf legen, dass staatsanwaltschaftlichen Revisionen nicht offensichtliche Unbegründetheit bescheinigt werde.⁴⁰ Bei Angeklagtenrevisionen wird dagegen vom GBA in mehr als 98 Prozent eine Verwerfung der Revision durch Beschluss beantragt.⁴¹

Entsprechend unterschiedlich stellen sich auch die Erfolgsquoten dar, wobei man richtigerweise von Misserfolgsquoten sprechen müsste. Die in der amtlichen Statistik des BGH enthaltenen Daten sind dabei – auch wenn im Schrifttum immer wieder darauf zurückgegriffen wird⁴² – irreführend. Sie können wegen der vorgenommenen Zählweise, die nur auf Erledigungen abstellt und pro Verfahren nur eine Zählkarte auswertet – und dabei vorrangig StA-Revisionen berücksichtigt – keine halbwegs zutreffende Beschreibung der Häufigkeit und des Umfangs von Revisionserfolgen liefern.⁴³ Aufgrund einer Studie des Instituts für Anwaltsrecht der Universität Bielefeld können aber jedenfalls für das Jahr 2005 relativ gesicherte Aussagen über die Erfolgsquoten von Revisionen präsentiert werden.⁴⁴ Die Erfolgsquoten von staatsanwaltlichen und anwaltlichen Revisionen unterscheiden sich erheblich: Erstere hatten in mehr als 55 Prozent Erfolg, letztere in weniger als 7 Prozent (davon 3 % volle und 3,8 % erhebliche Teilerfolge); dabei waren insgesamt 225 Angeklagtenrevisionen erfolgreich (davon 98 volle Erfolge) und 15 Nebenklägerrevisionen (7 volle Erfolge). Besonders drastisch fällt die Diskrepanz bei den vollen Revisionserfolgen⁴⁵ aus; hier sind Staatsanwälte mit ihren Revisionen relativ gesehen fast 14 Mal häufiger erfolgreich als Rechtsanwälte (3 % auf der einen, 41,5 % auf der anderen Seite).

Fragt man nach den Aufhebungsgründen, so zeigt sich statistisch, dass Verstöße gegen Verfahrensrecht dabei nur eine geringe Rolle spielen: Von insgesamt 305 Revisionserfolgen waren nur 38 auf eine Verfahrensrüge gestützt. Eine nicht untergeordnete Rolle mit 56 Aufhebungen⁴⁶ spielte dabei die erweiterte Revision. Sie ist statistisch also von größerer Bedeutung für Revisionserfolge als Verletzungen des gesamten Verfahrensrechts. Man mag darin vordergründig einen Beleg dafür sehen, dass Revisionsrichter gerade in diesen Fällen mit der Intention auf Wahrheit und Gerechtigkeit im Einzelfall entschieden haben und die oben dargestellte These insofern für widerlegt halten. Das würde aber nicht berücksichtigen, dass gerade solche Entscheidungen, die sich auf die Besonderheiten der Beweiswürdigung in einem Einzelfall beziehen, keine generalisierenden Auswirkungen für kommende Fälle entfalten

⁴⁰ Barton, StV 2004, 338.

⁴¹ Barton, StV 2004, 337 f.

⁴² Barton, FS Kühne, S. 139 (141 f.).

⁴³ Vertiefend Barton, FS Kühne, S. 139 (141 f.); ders., StRR 2014, 404 (407).

⁴⁴ Vgl. Barton, a.a.O., S. 143 f.; 146; ders., StRR 2014, 404 (407).

⁴⁵ Darunter wurden alle Zurückverweisungen oder eigenen Sachentscheidungen verstanden, in denen der Revisionsführer sein Ziel erreichte; vgl. Barton, FS Kühne, S. 139 (146); ders., StRR 2014, 404 (407).

⁴⁶ Die Grenzziehung der erweiterten Revision zur klassischen ist nicht immer einfach.

und es damit erschweren, sich darauf berufen zu können, wodurch Auswirkungen auf das Strafjustizsystem minimiert werden können.

b) Statistische Zusammenhänge

Von Interesse ist hier namentlich, ob es signifikante Korrelationen zwischen Revisionserfolgen und Personen (Senatsvorsitzende, Berichterstatter) bzw. Personen-
gruppen (Senaten) gibt.

aa) Senate

Ob eine Revision erfolgreich ist oder nicht, hängt mit davon ab, welcher Senat zuständig ist.⁴⁷ In der Revisionspraxis lassen sich hoch signifikante Unterschiede zwischen den einzelnen Senaten feststellen. Das sei am Beispiel von Revisionserfolgen für das Jahr 2012 dargestellt. Als Quelldaten wurden dabei die Angaben aus der amtlichen Statistik des BGH herangezogen. Diese Daten sind zwar nicht ganz präzise, da dort Verfahren und nicht einzelne Revisionen gezählt werden, aber sie sind gut zugänglich und lassen sich durch Dritte überprüfen.⁴⁸ Stellt man auf Aufhebungen gemäß § 349 IV StPO ab, ergeben sich hoch signifikante Unterschiede zwischen den Senaten.⁴⁹ Das gilt namentlich für den 1. sowie den 3. Strafsenat, die sich deutlich von den drei anderen Strafsenaten unterscheiden. Während im 1. Senat nur in 7 von 589 Revisionsverfahren eine Aufhebung gemäß § 349 IV StPO zu verzeichnen ist (entsprechend 1,2%), sind dies im 3. Senat 35 von 470 (7,4%). Dazwischen liegen die drei anderen Senate mit Aufhebungsquoten zwischen 3 und 5 Prozent (zwischen 15 und 35 Aufhebungen). Dabei sind nicht nur die Unterschiede zwischen dem 1. und 3. Strafsenat hoch signifikant, sondern jeweils auch im Verhältnis zu den anderen Senaten. Hoch signifikante Unterschiede zeigen sich ferner, wenn man bei den Revisionserfolgen auf die kombinierten Entscheidungen gemäß § 349 II und IV StPO abstellt; auch hier spreizen sich die Erfolgsquoten zwischen dem 1. und 3. Strafsenat.⁵⁰ Und die riesigen Unterschiede zwischen den Senaten werden selbst dann bestätigt, wenn man zusätzlich Urteile mit in die Berechnung einbezieht: Dann liegen beim 1. Strafsenat im Jahr 2012 insgesamt 9 volle Erfolge bei 596 Verfahren⁵¹ vor (1,5% Erfolgsquote), beim 3. Strafsenat aber 38 volle Erfolge (bei 483 Verfahren, entsprechend 7,9 Prozent Erfolgsquote).

Um nicht missverstanden zu werden: Die Unterschiede zwischen den Senaten sind nicht in allen Jahren gleich groß; und es sind auch nicht immer dieselben Senate,

⁴⁷ So auch *Fischer*, NStZ 2013, 425 (428).

⁴⁸ Die entsprechenden Daten wurden vom Verf. in StRR 2014, 404 (408) differenziert vorgestellt.

⁴⁹ Signifikanz: 0,000; $\text{Chi}^2 = 29,640$; ähnlich *Brodowski*, HRRS 2013, 409 f., der bezogen auf den Gesamtzeitraum 2008–2012 zu einem Chi^2 -Wert von 0,001 gelangt.

⁵⁰ $\text{Chi}^2 = 83,209$; Sign. = 0,000.

⁵¹ Ohne Entscheidungen gem. § 349 I StPO.

die besonders krass voneinander abweichen. Aber aus empirisch-statistischer Sicht lässt sich nicht bezweifeln, dass die Senate einen prägenden Einfluss auf den Ausgang von Revisionsverfahren haben. Zu vermuten ist dabei, dass personale Konstellationen, also die Besetzung der Senate mit Richterindividuen, für die Varianzen maßgeblich sind. Das lässt sich noch klären, wenn man – was sogleich der Fall sein wird – danach fragt, inwieweit Revisions(miss)erfolge mit der Person des Vorsitzenden beziehungsweise der des Berichterstatters korrelieren.

bb) Berichterstatter und Vorsitzende

Zu prüfen ist, ob sich auch ein statistisch messbarer Zusammenhang zwischen der jeweiligen Person des Vorsitzenden beziehungsweise des Berichterstatters im Senat und der konkreten Revisionsentscheidung feststellen lässt.

Beginnen wir zunächst mit der Person des Berichterstatters, wobei als Quelldaten auf publizierte Zahlen von Fischer zurückgegriffen wird, die er für zehn Bundesrichter aus dem 2. Strafsenat für die Jahre 2008 bis 2012 erhoben hat.⁵² Dabei macht es keinen Sinn, die Erfolgsquoten der Richter über den gesamten Zeitraum zu vergleichen, da 2008 beispielsweise die Bundesrichter Nr. 7 bis 10 noch gar nicht tätig waren, während wiederum seit 2010 die Richter Nr. 1 und 2 ausgeschieden waren.⁵³ Sinnvoller erscheint es, nur Unterschiede zwischen den Berichterstattern in kleineren Zeiträumen miteinander zu vergleichen. Beginnen wir mit den Jahren 2008 bis 2009:

Schon auf den ersten Blick ergeben sich große Unterschiede: Während bei Richter Nr. 2 167 von 182 der ihm als Berichterstatter zugeteilten Revisionen als offensichtlich unbegründet verworfen werden (91,8 Prozent), sind es bei Berichterstatter Nr. 3 nur 119 von 168 (also 70,8 Prozent). Die Unterschiede sind dabei statistisch gesehen hoch signifikant (Sign. = 0,000). Dasselbe Bild ergibt sich, wenn man allein auf Entscheidungen nach § 349 IV StPO abstellen oder wenn man die Jahre 2008 beziehungsweise 2009 getrennt untersucht. Der statistische Zusammenhang zwischen der Person des Berichterstatters und der Entscheidung des Senats bleibt stets bestehen.⁵⁴

Dabei fällt allerdings nur ein Richter, nämlich Nr. 3, aus dem Rahmen; nur bei Senatsentscheidungen, in denen er Berichterstatter war, fiel die Erfolgsquote auffallend hoch aus. Bei allen anderen sechs Richtern lagen dagegen keine statistisch auffälligen Varianzen vor. Das ändert sich aber, wenn man den Blick auf die Jahre 2010 bis 2012 ausweitet. Bei dieser Betrachtung fehlen dann die Richter Nr. 1 bis 2 (die aus dem Senat ausgeschieden sind), es bleiben die Richter Nr. 3 bis 6 und neu hinzu ge-

⁵² Fischer, NStZ 2013, 425 (430 ff.).

⁵³ Dies war aber in der Studie von Brodowski der Fall, der im Übrigen akribisch vorgegangen ist und dabei signifikante Unterschiede festgestellt hat; Brodowski, HRRS 2013, 409 ff.

⁵⁴ Hierzu ausführlich Barton, StRR 2014, 404 (409).

treten Richter Nr. 7 bis 10. Wenn man nun die Berichterstatter Nr. 4 bis 6 zusammenfasst und mit den neuen Richtern Nr. 7 bis 10 vergleicht und dabei auch das Entscheidungsverhalten des „auffälligen“ Richters Nr. 3 in die Betrachtung einbezieht, zeigt sich, dass sich die Richtergruppe Nr. 4 bis 6 hoch signifikant von der Richtergruppe Nr. 7 bis 10 unterscheidet. Letztere weist aber keine statistische Auffälligkeit gegenüber Richter Nr. 3 auf. Daraus folgt, dass sich die statistisch hoch signifikanten Unterschiede nicht nur auf eine Person beziehen, sondern allgemeiner Art sind.

Es ist damit statistisch belegt, dass die Person des Berichterstatters nicht nur im Einzelfall einen statistisch signifikanten Einfluss auf das Ergebnis des Verfahrens hat.⁵⁵ Mit Zufall lässt sich das nicht erklären. Dass es sich dabei um ein Spezifikum des 2. Senats handelt, erscheint wenig plausibel. Ob derartige Effekte bei den anderen Senaten stärker oder geringer sind, lässt sich allerdings aufgrund der vorliegenden Daten nicht klären, wohl aber lässt sich prüfen, ob es derartige personale Effekte bei anderen Senaten im Zusammenhang mit der Person des jeweiligen Vorsitzenden gibt.

Während Brodowski und Fischer davon ausgehen, dass Revisionserfolge nicht mit der Person des Vorsitzenden korrelieren beziehungsweise sich keine fundierte Aussage darüber treffen lässt, ob ein Vorsitzender einen statistisch signifikanten Einfluss auf die Ergebnisse der im Beschlusswege erledigten Revisionen hat,⁵⁶ lassen andere, wenngleich ältere Befunde auf einen entsprechenden Einfluss schließen. Gemeint ist damit eine Gegenüberstellung des Entscheidungsverhaltens von Senaten nach Wechseln im Senat. Ein solcher einschneidender Wechsel erfolgte 1990 beim 5. Strafsenat, nämlich der Übergang vom alten Vorsitzenden Herrmann auf den neuen Vorsitzenden Laufhütte: Die auf absolute Revisionsgründe beziehungsweise auf sonstige Verletzungen des Verfahrensrechts gestützten Aufhebungen nahmen seinerzeit drastisch ab (von 7,5 auf 2,8 % bei § 338 StPO beziehungsweise von 17,4 auf 9,8 % beim sonstigen Verfahrensrecht) – die eigenen Sachenentscheidungen verzehnfachten sich dagegen.⁵⁷ Ähnliche Ergebnisse zeigten sich beim Übergang des Vorsizes im 2. Strafsenat (von Herdegen auf Jähnke im Jahr 1991): Die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Revision unter dem Vorsitz von Herdegen war fast doppelt so hoch wie später unter Jähnke.⁵⁸

Es gibt also statistisch signifikante Zusammenhänge zwischen den über die Revision entscheidenden Personen – Berichterstatter und Vorsitzende – und den Revisi-
 onsergebnissen. Nicht das Gesetz allein entscheidet mithin über den Ausgang eines Revisionsverfahrens, sondern auch personale Faktoren. Wie lässt sich das erklären?

⁵⁵ So schon *Fischer*, *NStZ* 2013, 425 (432).

⁵⁶ *Brodowski*, *HRRS* 2013, 409 (411).

⁵⁷ *Barton* (Fn. 39), S. 204 (Tabelle 87).

⁵⁸ *Barton* (Fn. 39), S. 247; wenngleich die Erklärungskraft der Variablen „Vorsitzender“ unter dem Strich relativ gering bleibt.

c) Anwendungsregeln

Voranehend wurde dargestellt, dass es in der Revisionspraxis zwei unterschiedliche Regeln hinsichtlich dessen gibt, was ein revidierbarer Rechtsfehler ist: die Regeln der klassischen sowie die der erweiterten Revision. Beide leben in der modernen Revisionsrechtsprechung nebeneinander. Der Revisionsrichter kann also in ein und demselben Fall die trichterliche Beweiswürdigung sowohl als „widersprüchlich, lückenhaft oder unklar“ beanstanden als auch als irreversibel behandeln. Er muss also, wenn es um Fragen der Beweiswürdigung geht, *volens nolens* eine Entscheidung darüber treffen, welchem Entscheidungsprogramm er folgen will: dem der klassischen oder dem der erweiterten Revision. Diese Art der Entscheidung kann man als Anwendungs- oder als Metaregel bezeichnen. Derartige Metaregeln sind nun allerdings nicht schriftlich oder gar gesetzlich fixiert. Sie führen in der Regel ein verborgenes Hintergrunddasein; sie müssen auch den entscheidenden Richtern nicht bewusst sein. Aber es muss sie geben, sonst könnten keine Entscheidungen über die Wahl der konkurrierenden Programme getroffen werden. Derartige Anwendungsregeln werden darüber hinaus auch im Zusammenhang mit der Handhabung der Betriebsregeln relevant, die ja auch Entscheidungen darüber verlangen, ob beispielsweise eine Revision als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen werden soll, obwohl im Senat eine Rechtsfrage nicht wirklich unstrittig geklärt ist (Stichwort: Einstimmigkeit).

Bei der Betrachtung der statistischen Zusammenhänge hat sich nun gezeigt, dass es signifikante Korrelationen zwischen Personen (Berichterstatter, Vorsitzende) beziehungsweise Personengruppen (Senate) und Revisionserfolgen gibt. Individuen und Gruppen bestimmen also statistisch gesehen über den Erfolg von Revisionen – und nicht allein das Gesetz. Derartige Zusammenhänge verdeutlichen die Existenz von Anwendungsregeln; und sie zeigen, dass es offenbar in Abhängigkeit von personalen Faktoren unterschiedliche Metaregeln geben kann, die hinsichtlich der Personen von einer gewissen Festigkeit sind. Was für den einen Bundesrichter ein durchgreifender Rechtsverstoß ist, ist es offenbar für den anderen noch lange nicht. Die Inhalte dieser Metaregeln können dabei unterschiedlich sein. Sie können, wie das im Ausgangsfall (BGHSt 50, 40) war, administrativer Art sein und auf die Steuerung des Strafjustizsystems zielen. Sie können aber auch ganz anders beschaffen sein, nämlich Ausdruck kriminalpolitischer Einstellungen (*punitiv* versus *liberal*) oder weltanschaulicher Überzeugungen sein, womit dann auch Alltagstheorien, persönliche „Steckenpferde“ und selbst das Pappenheimer-Syndrom⁵⁹ in verborgener Weise Einzug in die Revisionsrechtsprechung halten können.

⁵⁹ König, in: Barton (Hrsg.), *Beziehungsgewalt und Verfahren*, Baden-Baden 2004, S. 49 (52 ff.).

d) *Fehlende Prognostizierbarkeit und geringer Rechtsschutz*

Praktiker wie Theoretiker des Revisionsrechts sind sich in einer Frage einig: Niemand kann voraussagen, ob eine eingereichte Revision Erfolg haben wird oder nicht. Eine treffsichere Prognose des Ausgangs des Revisionsverfahrens ist praktisch unmöglich; Rechtssicherheit ist insofern nicht gewährleistet.

Unter der derzeitigen Praxis der Revision leidet aber nicht nur die Prognosesicherheit; als gravierender ist der geringe Rechtsschutz zu bewerten, der Angeklagten und Nebenklägern in der alltäglichen Revisionspraxis gewährt wird. Das belegen nicht zuletzt Stellungnahmen aus dem Kreis von Bundesrichtern, in denen die gängige Praxis der Behandlung von Revisionen dargestellt worden ist.⁶⁰ Besondere Bedeutung kommt der Beschreibung von Beschlusssitzungen durch die Bundesrichter Fischer und Krehl zu. Im Beschlusswege wird dabei die allergrößte Zahl von Angeklagten- und Nebenklagerevisionen behandelt, während Revisionen von Staatsanwaltschaften stets nach einer Revisionshauptverhandlung durch Urteil entschieden werden.⁶¹

Fasst man die Aussagen von Fischer/Krehl zusammen, so ergibt sich daraus das Bild einer über weite Strecken summarischen Behandlung von anwaltlichen Revisionen: Durchschnittlich stehen für eine Revision nur 36,5 Minuten für den Vortrag des Berichterstatters, die Beratung sowie die Abstimmung im Senat zur Verfügung. Drei der Richter erhalten erstmals in der Beschlusssitzung Informationen über den Fall; schriftliche Voten liegen regelmäßig nicht vor. Der Berichterstatter entscheidet darüber, was angesprochen wird und was nicht. Die Sorgfalt der Beratungen kann durch die langen Sitzungstage sowie durch gruppendynamische Verzerrungen und undiszipliniertes Diskussionsverhalten gestört werden.⁶²

Der Bundesrichter Eschelbach fragt, ob angesichts der „Vermehrungen der Beschlussberatungen die Effektivität des revisionsgerichtlichen Rechtsschutzes so leidet, dass die Rechtsschutzgewährleistung nach Art. 19 IV S. 1, 20 III GG deshalb aufs Ganze gesehen nicht mehr eingehalten ist“.⁶³ Die Antwort darauf kann nur lauten:⁶⁴ Die Praxis der summarischen Beschlussverwerfung, wie sie derzeit von den Strafsenaten des BGH betrieben wird, ist verfassungsrechtlich bedenklich. Die Revisionssenate haben – auch im Zusammenwirken mit dem GBA – die von Gesetzes wegen vorgesehenen Sicherungen vor einer „allzu summarischen“ Behandlung von anwaltlichen Revisionen ausgeschaltet. Beschlusssitzungen vermitteln eher den Eindruck von Tatgerichtsanhangsverfahren, in denen eingelegte Revisionen administra-

⁶⁰ Vgl. dazu *Fischer/Krehl*, StV 2012, 550 ff.; *Fischer*, FS Heymanns, S. 463 ff.; *Fischer*, Die Augen des Revisionsgerichts, ZEIT ONLINE, <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-06/bundesgerichtshof-justiz-fischer-im-recht>.

⁶¹ Zum Nachfolgenden schon *Barton*, StRR 2014, 404 ff.

⁶² *Fischer/Krehl*, StV 2012, 550 (553 in Fn. 45); *Barton*, FS Kühne, S. 139 (148 f.).

⁶³ *Eschelbach*, ZAP Fach 22, 763 (776).

⁶⁴ So schon *Barton*, FS Kühne, S. 139 (151 f.).

tiv erledigt werden, als von justizförmigen Verfahren, in denen um Wahrheit und Gerechtigkeit gerungen wird. Das Rechtsmittel der Revision läuft bei den meisten Angeklagtenrevisionen – statistisch und durch Insiderwissen belegt – faktisch leer. Das Rechtsmittelgericht darf aber ein von der jeweiligen Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer „leerlaufen“ lassen.⁶⁵ Die Garantie effektiven Rechtsschutzes ist nicht gewährleistet.⁶⁶

III. Schlussbetrachtung

Edda Weßlau hat, wie eingangs dargestellt wurde, den radikalen Perspektivenwechsel herausgearbeitet, der mit BGHSt 50, 40 verbunden ist: Für den Großen Senat ist nicht mehr allein das Ideal der reinen Rechtsanwendung bestimmend, sondern erscheint auch die Verfolgung von Zwecken legitim, die auf die kriminalpolitische Steuerung des Strafjustizsystems zielen. Die im Anschluss daran formulierte These, wonach es eine darüber hinaus gehende Tendenz in der Revisionsrechtsprechung zur Entgrenzung gebe, hat sich durch die anschließende Darstellung des schleichenden Wandels der Revision in Strafsachen und die damit verbundenen Konsequenzen bestätigt.

Es konnten verschiedene Entgrenzungen festgestellt werden: In einem fortdauernden Prozess haben die Revisionssenate die Bindung an die Betriebsregeln gelockert und damit gesetzliche Grenzen nivelliert; sie haben ferner die vom historischen Gesetzgeber vorgesehenen Grenzen der Revisibilität aufgehoben. Auch die ursprünglich vorgesehene Aufgabenzuweisung zwischen Tat- und Revisionsgericht haben die Senate entgrenzt, indem sie Verantwortung für die tatrichterlichen Feststellungen und deren Beweismwürdigung übernommen haben. Sie haben ferner eine Entgrenzung zwischen Rechtsprechung einerseits und Administration und Rechtspolitik andererseits in die Wege geleitet, indem sie Verantwortung für die Steuerung des Justizsystems übernommen haben. Unter dem Strich ist damit eine Entgrenzung zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung erfolgt. Die Strafsenate des BGH verlassen sich nicht mehr allein darauf, das Recht um seiner selbst willen anzuwenden, sondern sie verfolgen auch darüber hinaus gehende Zwecke, indem sie die Rechtswirklichkeit mit den Mitteln des Rechts gestalten.

Aus einer übergeordneten Perspektive betrachtet fügt sich diese Entgrenzung in einen allgemein feststellbaren Trend des Strafrechts ein. Das Recht hat sich – auch außerhalb des Revisionsrechts – gewandelt; das frühere formal-rechtsstaatliche Strafrecht hat sich nach einer materiell-rechtsstaatlichen Zwischenphase hin zu

⁶⁵ Vgl. nur BVerfGE 104, 220 (231 f.) m.w.N.; Barton, FS Kühne, S. 139 (151).

⁶⁶ Dabei wird die unsägliche Kammerentscheidung BVerfG, NJW 2014, 2563, in der dies anders gesehen wird, nicht übersehen.

einem teilweise administrativen Strafrecht entwickelt.⁶⁷ Die Strafjustiz insgesamt und speziell auch die Revisionsgerichte fühlen sich nicht mehr nur einer reinen Rechtsanwendung verpflichtet, sondern verstehen sich als Teil der strafrechtlichen Sozialkontrolle.⁶⁸

Diese Entwicklung ist problematisch, weil dadurch – bezogen auf die Revisionsrechtsprechung – sowohl die Steuerungskraft der Gesetze als auch der konkret gewährte Rechtsschutz für verurteilte Bürger geschwächt wird.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die von der Revisionsrechtsprechung vorgenommenen Entgrenzungen allgemein begrüßt werden: Rechtspolitik und Rechtswissenschaft nehmen ganz überwiegend keinen Anstoß an der dargestellten Entwicklung. Das gilt auch für das BVerfG, das wiederholt die von den Strafseanaten des BGH eingeschlagenen Wege für verfassungsrechtlich zulässig erklärt hat.⁶⁹ Hinsichtlich des BVerfG darf allerdings nicht übersehen werden, dass dieses selbst ein entgrenztes Gericht ist.⁷⁰ Die Entgrenzungen, die für das BVerfG, das ein Verfassungsorgan ist, institutionell angelegt und damit mehr oder weniger unvermeidbar sind,⁷¹ stellen sich bei einem obersten Fachgericht dagegen als weitaus problematischer dar. Denn sie sind zugleich mit einer Lockerung der Bindung der Revisionsgerichte an das Gesetz verbunden. Das ist nicht nur am Maßstab des Art. 97 GG zu messen, wonach die Richter „unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen“ sind, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung (Art. 20 II 2 GG) kritisch zu sehen.

Gewaltenteilung sowie Unabhängigkeit der Gerichte und damit zentrale Errungenschaften des Rechtsstaats sind, wie leidvolle Entwicklungen in Ungarn und Polen zeigen, selbst in Europa nicht unverbrüchlich gewährleistet. Angriffe von außen auf die Justiz sind zwar in Deutschland glücklicherweise nicht zu beobachten, allerdings muss sich auch bei uns der Rechtsstaat täglich neu bewähren. Den Gerichten wird es umso leichter fallen, ihre Unabhängigkeit nach außen zu wahren, je mehr sie nach innen die Gesetzesbindung einhalten. Ein Gericht, das wie der BGH in bestimmten Bereichen durch Entgrenzungen die Rolle des reinen Rechtsanwenders verlässt – sei dies auch von den anderen Gewalten gewollt beziehungsweise zumindest geduldet – gefährdet letztlich seine eigene Unabhängigkeit.

⁶⁷ Die Entwicklung wird dargestellt von *Ludwig-Mayerhofer*, Das Strafrecht und seine administrative Rationalisierung, Frankfurt a.M. 1998, S. 30 ff.; vgl. ferner *Albrecht*, Kriminologie, München 2010, S. 222 f.

⁶⁸ *Naucke* (Fn. 10), S. 107 (117).

⁶⁹ Vgl. nur BVerfGE 112, 185 (zu den Anforderungen an § 344 II 2 StPO); BVerfGE 122, 248 (zur Problematik der Rügeverkümmern) sowie BVerfG, NJW 2014, 2563 (zur Beschlussverwerfungspraxis).

⁷⁰ „Das entgrenzte Gericht“ lautet insofern der treffende Titel des Werkes von *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Berlin 2011.

⁷¹ *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* (Fn. 70), S. 7 f. und 406 ff.

Insofern ist zu hoffen, dass die Strafsenate des BGH selbst eine Rückbesinnung auf die Idee der Revision und des Ideals der richterlichen Rechtsanwendung in Erwägung ziehen. Eine vollständige Rückkehr zur klassischen Revision ist dabei weder zu erwarten noch zu fordern. Aber in den Bereichen, in denen die Gesetzesbindung und der erforderliche Rechtsschutz besonders gefährdet erscheinen, sollten Korrekturen erfolgen. Zu hoffen ist insofern auf mehr Hauptverhandlungen (statt bloßer Beschlussverwerfungen) sowie auf die Wahrung des 10-Augen-Prinzips (statt des 4-Augen-Prinzips) bei Beschlusssitzungen. Ohne jede Begründung bleibende Beschlussverwerfungen dürfen wirklich nur bei *offensichtlich* unbegründeten Revisionen erfolgen. Und schließlich ist zu wünschen, dass die Abgrenzungsformel für Eingriffe in die trichterliche Beweiswürdigung präzisiert wird und in der Praxis eindeutige Ableitungen ermöglicht, um dadurch die Überschneidungsmöglichkeiten der beiden Entscheidungsprogramme (klassische oder moderne Revision) zu minimieren.

Diese Aufgabe wird den Strafsenaten leichter fallen, wenn die Wissenschaft sie dabei rechtsstaatlich-kritisch begleitet. Eine Stimme, von der wesentliche Unterstützung zu erwarten gewesen wäre, fehlt dabei. Edda Weßlau fehlt uns.