

Herausgeber Präsident des LG Professor Dr. Michael Huber  
Professor Dr. Stephan Lorenz  
Professor Dr. Thomas Rönnau  
Professor Dr. Andreas Voßkuhle

Gründungsherausgeber Rechtsanwalt Dr. Dr. Heinrich Götz  
Professor Dr. Dr. Gerhard Lüke

Schriftleitung Dr. Georg Neureither  
Rechtsanwalt David Herbold (Stellvertreter)

www.jus.beck.de

## Aufsätze

Professor Dr. Stephan Barton, Bielefeld

### Die Abgrenzung der Sach- von der Verfahrensrüge bei der klassischen und der erweiterten Revision in Strafsachen\*

Die Frage, ob für die Beanstandung eines Rechtsverstößes eine Verfahrensrüge erforderlich ist oder die Erhebung einer Sachrüge reicht, ist revisionsrechtlich von großer Bedeutung. Eine griffige Abgrenzungsformel macht es möglich, klar zwischen sachlichem und formellem Recht zu trennen. Neuerdings lassen sich jedoch bei der Behandlung einzelner Fallgruppen Grauzonen der Revisionsrechtsprechung ausmachen, welche Praxis und Ausbildung vor erhebliche Probleme stellen.

#### I. Ausgangspunkte

Die Revision stellt im Strafprozess das letzte oder einzige Rechtsmittel gegen Urteile der Strafgerichte dar (§ 333 StPO). Die praktische Ausgestaltung dieses Rechtsbehelfs ist von großer Bedeutung für den tatsächlich gewährten Rechtsschutz im Strafverfahren. Aus der Revisionsbegründung muss dabei hervorgehen, ob das Urteil wegen einer Verletzung einer Norm über das Verfahren (Verfahrensrüge) oder wegen Verletzung einer anderen Rechtsnorm (Sachrüge) angefochten wird (§ 344 II 1 StPO). Und damit sind wir beim Thema.

Die Abgrenzung der Verfahrens- von der Sachrüge ist sowohl für die Theorie als auch die Praxis der Revision von großer Bedeutung. Das ergibt sich aus Folgendem:

- Der Beschwerdeführer kann Verfahrensfehler nur dann zulässig rügen, wenn er die den Verfahrensfehler ausmachenden Verfahrenstatsachen ausdrücklich in der Revisionsbegründung anführt; er hat „die den Mangel enthaltenden Tatsachen“ anzugeben (§ 344 II 2 StPO). Bei Sachrügen ist das nicht erforderlich. Den Beschwerdeführer trifft hier nicht die Pflicht, die Rüge materiellen Rechts zu substantzieren. Die Sachrüge verlangt vom Beschwerdeführer also wenig, die Verfahrensrüge dagegen viel.
- Mit § 344 II StPO korrespondiert § 352 StPO. Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen nur die gestellten Revisionsanträge und – hierauf kommt es an – allein die Tatsachen, die bei der Anbringung der Revision bezeichnet worden sind. Das bedeutet: Die Erhebung der unspezifizierten Sachrüge bewirkt, dass das Revisionsgericht das gesamte Urteil auf materiellrechtliche Fehler überprüft.

Das Verfahrensrecht wird vom Revisionsgericht dagegen nur dann auf Rechtsfehler geprüft, wenn die entsprechenden Verfahrenstatsachen vollständig mitgeteilt wurden und auch bewiesen sind<sup>1</sup>. Nicht selten verkennen Revisionsführer, dass eine von ihnen gerügte Rechtsverletzung prozessualer Art ist und demgemäß eine Verfahrensrüge erforderlich gemacht hätte. Zudem sind die Anforderungen, die die Revisionsgerichte an den Vortrag dieser Rügen stellen, in der Praxis sehr hoch<sup>2</sup>, zuweilen auch überzogen<sup>3</sup>. Verfahrensrügen haben nicht nur deshalb eine ausgesprochen geringe Erfolgsquote<sup>4</sup>. Der Umstand, ob ein Rechtsfehler dem materiellen oder formellen Recht entstammt, kann damit über das Schicksal des Angeklagten entscheiden!

- Die Abgrenzung der Sach- von der Verfahrensrüge ist schließlich vor dem Hintergrund des § 357 StPO bedeutungsvoll. Erfolgreiche Sachrügen erstrecken sich in ihren Wirkungen auch auf Mitangeklagte, ungeachtet dessen, ob sie dieselbe Rüge erhoben oder ob sie überhaupt Revision eingelegt haben. Wenn von drei gemeinsam Verurteilten nur einer Revision einlegt und das Revisionsgericht die Voraussetzungen des Raubes verneint, das Urteil aufhebt und die Sache zur neuen Entscheidung zurückverweist, bekommen alle drei – ob sie dies wollen oder nicht – eine neue Hauptverhandlung. Eine Urteilsaufhebung wegen der Verletzung von Verfahrensrecht greift dagegen nur für den Beschwerdeführer, der die entsprechende Rüge auch tatsächlich erhoben hat.

\* Der Autor ist Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Bielefeld.

1 Zweifel am Vorliegen eines Verfahrensverstößes wirken sich nach h. M. zu Ungunsten des Beschwerdeführers aus; vgl. Hanack, in: Löwel/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. (1998), § 337 Rdnrn. 70 ff., 76.

2 Dies wird vom Schrifttum seit jeher kritisiert; vgl. nur Peters, in: Festschr. f. Dünnebieber, 1982, S. 53 ff. 63 ff.), sowie Fezer, in: Festschr. f. Hanack, 1999, S. 331 ff. (349). Umf. dazu: Ritter, Die Begründungsanforderungen bei der Erhebung der Verfahrensrüge gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, 2007, S. 167 ff.

3 Vgl. BVerfGE 112, 185 = NJW 2005, 1999 = NSTz 2005, 522, m. Anm. Meyer-Meus, NJW 2005, 2820; Güntge, JR 2005, 496, und Kuckein, NSTz 2005, 697.

4 Laut Nack, NSTz 1997, 143 (155), entfallen beim BGH nur 9% der Urteilsaufhebungen auf Verfahrensrügen. Nach einer eigenen, noch nicht veröffentlichten Untersuchung hat der BGH im Jahr 2005 bei insgesamt 2907 Revisionsverfahren lediglich 32 Urteile auf Grund von Verfahrensrügen aufgehoben.

Angesichts dieser weitreichenden Konsequenzen kann es nicht wundern, dass die Abgrenzung der Sach- von der Verfahrensrüge seit jeher Wissenschaft und Praxis beschäftigt hat und auch zum gängigen Prüfungsgegenstand des zweiten Staatsexamens gehört. Das gilt erst recht für die – zunehmend an Bedeutung gewinnenden – revisionsrechtlichen Aufsichtsarbeiten<sup>5</sup>. Ziel dieses Beitrags ist es, die relevanten Kriterien der Abgrenzung der Sach- von der Verfahrensrüge sowohl mit Blick auf die Praxis als auch auf Revisionsklausuren nachzuzeichnen. Dabei ist vieles geklärt und wissenschaftlich wie praktisch unstrittig (dazu II). Es gibt aber auch einzelne Fallgruppen, die in der Rechtsprechung kontrovers behandelt werden und die vertieft darzustellen sind (III).

## II. Der Bereich der gefestigten Revisionsrechtsprechung

In weiten Bereichen der Revisionsrechtsprechung ist die Abgrenzung zwischen Sach- und Verfahrensrüge völlig unstritten und führt zu klaren Ergebnissen. Das betrifft primär den Bereich der „klassischen Revision“. Als „klassisch“ werden hier alle diejenigen Rügen bezeichnet, in denen eine Verletzung des Rechts im traditionellen Sinn behauptet wird. Für den historischen Gesetzgeber war die Unterscheidung von Rechts- und Tatsachenfrage von zentraler Bedeutung. Revisibel sollten nur Rechtsfehler, nicht aber die tatsächlichen Feststellungen und die Beweiswürdigung des Tatrichters sein. Dies wird durch § 337 StPO deutlich: Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe (§ 337 I StPO)<sup>6</sup>. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewandt worden ist (§ 337 II StPO).

Die moderne Rechtsprechung hat sich dagegen in einem seit etwa 50 Jahren zu beobachtenden Prozess den Zugriff auch auf diese tatrichterlichen Feststellungen eröffnet. Neben die sachlich-rechtlichen und die verfahrensrechtlichen Revisionsgründe ist eine ganz neue Art von Revisionsgründen getreten, nämlich solche, die die Verletzung von Denk- und Erfahrungsgesetzen, die lückenhafte oder widersprüchliche Darstellung der tatsächlichen Feststellungen des Tatrichters und die Beweiswürdigung betreffen. Man kann sie in gewisser Weise als dritte Rüge neben der Sach- und der Verfahrensrüge auffassen<sup>7</sup>. Nach der historischen Konzeption des Gesetzgebers sollten derartige Angriffe gegen die Richtigkeit des Urteils irrevisibel sein. Dieser neuartige revisionsrechtliche Zugriff wird hier als „erweiterte Revision“ bezeichnet. Damit sind weitreichende Konsequenzen für die Revisionspraxis verbunden, die hier nur hinsichtlich der Abgrenzung von Sach- und Verfahrensrüge behandelt werden können.

Die Differenzierung zwischen klassischer und erweiterter Revision erfolgt dabei, um aus didaktischen Gründen das Charakteristische der jeweiligen Revisionsgründe und die jeweiligen Abgrenzungskriterien besser herausstellen zu können. Man kann so auch den strittigen Bereich der Revisionsrechtsprechung besser verstehen. Der BGH nimmt dagegen eine solche Unterscheidung nicht vor; er siedelt – wie sich zeigen wird – die erweiterte Revision wie selbstverständlich im Bereich der Verletzung des sachlichen Rechts an. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass die erweiterte Revision in der Praxis eine gewichtige Rolle spielt<sup>8</sup>; in Revisionsklausuren im Examen wird sie dagegen eher selten relevant<sup>9</sup>.

### 1. Die Abgrenzung im Bereich der klassischen Revision

#### a) Abgrenzungsformel

Maßgeblich für die Abgrenzung des Verfahrensrechts vom sachlichen Recht ist nach einer in Rechtsprechung und Wis-

senschaft einhellig verwendeten Formel, ob es sich um eine Norm handelt, die den Weg bestimmt, auf dem der Richter zur Urteilsfindung berufen oder gelangt ist (dann Verfahrensrüge)<sup>10</sup>, oder ob es sich um die Kontrolle der zutreffenden Anwendung des materiellen Rechts auf den festgestellten Sachverhalt handelt (dann Sachrüge)<sup>11</sup>. Entscheidend ist dabei nicht, ob die als verletzt angesehene Vorschrift in der StPO, im StGB oder in einem anderen Gesetz steht<sup>12</sup>. Wenn der Richter also verfahrensrechtlich falsche Entscheidungen getroffen oder prozessual notwendige Handlungen nicht oder fehlerhaft vorgenommen hat, ist die Verfahrensrüge einschlägig<sup>13</sup>; in allen anderen Fällen greift dagegen die Sachrüge. Die einfache und griffig zu verwendende Formel<sup>14</sup> führt im Bereich der klassischen Revision zu klaren und überzeugenden Ergebnissen.

#### b) Sachrügen

Sachrügen sind namentlich bei fehlerhaften Subsumtionen angebracht. Wenn der Tatrichter beispielsweise bei einer Verurteilung wegen Handtaschenraubes das bloße Ausnutzen des Überraschungsmoments für die Annahme von Gewalt für ausreichend hält<sup>15</sup> oder Zueignungsabsicht bejaht, obwohl der Täter es allein auf den Inhalt einer Handtasche abgesehen hat, diese aber leer ist<sup>16</sup>, liegen klare Subsumtionsfehler vor. Es genügt dann, dass der Beschwerdeführer die allgemeine Sachrüge erhebt:

*Formulierungsbeispiel:* „Gerügt wird die Verletzung sachlichen Rechts“, oder: „Die allgemeine Sachrüge wird erhoben“.

In all diesen Fällen wird das gesamte schriftliche Urteil zum Gegenstand der revisionsgerichtlichen Überprüfung. Spezifizierungen der Sachrüge schaden nicht, sofern der Revisionsführer nur deutlich macht, dass er die Revision insoweit nicht beschränken will. Deshalb ist es empfehlenswert, um etwaige Missverständnisse zu vermeiden, durch die gewählte Formulierung kenntlich zu machen, dass neben der allgemeinen Sachrüge besondere Punkte hervorgehoben werden.

*Formulierungsbeispiel:* „Die allgemeine Sachrüge wird erhoben. Zur Ergänzung, nicht zur Erläuterung der Sachrüge, wird namentlich beanstandet, dass die Strafkammer zu Unrecht Gewalt i. S. des § 249 StGB angenommen sowie ferner nicht beachtet hat, dass der Angeklagte ohne Zueignungsabsicht hinsichtlich der Handtasche handelte“.

5 Zur Examensrelevanz von Revisionsklausuren vgl. *Russack*, Die Revision in der strafrechtlichen Assessor Klausur, 2. Aufl. (2006), Rdnr. 1. Danach hatte in Nordrhein-Westfalen in den letzten Jahren im zweiten Staatsexamen etwa jeder zweite Prüfling in einer der beiden strafrechtlichen Klausuren eine Revisionsaufgabe zu lösen.

6 Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sollte die Revision eine Rechtsbeschwerde sein. Sie sollte nur zur Nachprüfung *in iure* führen; vgl. *Roxin*, StrafverfahrensR, 25. Aufl. (1998), § 53 Rdnr. 1.

7 *Rieß*, GA 1978, 257 (273).

8 Nach den Berechnungen von *Nack*, NStZ 1997, 143 (155), entfielen aus dem Bereich der Sachrügen 9% auf Beweiswürdigungsmängel, in 5% wurde die Tatsachengrundlage beanstandet. 2005 entfielen auf neuartige Rügen mindestens 56 Urteilsaufhebungen (bei 305 erfolgreichen Revisionen; eigene Berechnung [vgl. Fußn. 4]).

9 *Russack* (o. Fußn. 5), Rdnrn. 431 ff., 443.

10 *BGHSt* 19, 273 (275) = NJW 1964, 1234; 25, 100 = NJW 1973, 523; *Meyer-Gofner*, StPO, 50. Aufl. (2007), § 337 Rdnr. 8; *Hanack*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 1), § 337 Rdnr. 66; *Kuckein*, in: *KK-StPO*, 5. Aufl. (2003), § 337 Rdnr. 27 a. E.

11 *Kuckein*, in: *KK-StPO* (o. Fußn. 10), § 344 Rdnr. 25.

12 *Meyer-Gofner* (o. Fußn. 10), § 337 Rdnr. 8.

13 *Mutzbauer*, Strafprozessuale Revision, 6. Aufl. (2007), Rdnr. 90.

14 So die Charakterisierung von *Schäfer*, in: *Festschr. f. Rieß*, 2002, S. 477.

15 Prägen List und Geschicklichkeit und nicht die Widerstand überwindende Kraftentfaltung das Tatbild, liegt nach der Rechtsprechung nur ein Diebstahl vor; vgl. *BGH*, StV 1990, 205; StV 1990, 262, sowie *Rengier*, BT I, 9. Aufl. (2007), § 7 Rdnr. 7.

16 *BGH*, NStZ 2000, 531; vgl. *Rengier* (o. Fußn. 15), § 7 Rdnr. 7.

Auch Fehler in der Rechtsfolgenbestimmung werden auf die Sachrüge überprüft<sup>17</sup>. Derartige Rechtsfehler sind von großer praktischer Bedeutung<sup>18</sup>.

### c) Verfahrensrügen

Eine allgemeine Verfahrensrüge gibt es dagegen – wie schon erwähnt – nicht. Der Beschwerdeführer muss also den Verfahrensstoff, von dem er meint, dass er einen Verfahrensrechtsfehler beinhaltet, so umfassend vortragen, dass das Revisionsgericht allein auf Grund der Begründungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt<sup>19</sup>. Will der Revisionsführer beispielsweise rügen, dass ein Beweisantrag unzulässig zurückgewiesen wurde, so hat er zumindest den Beweisantrag sowie den darauf ergangenen Gerichtsbeschluss mitzuteilen.

*Formulierungsbeispiel:* „In der Sitzung vom 10. 5. 2007 hat der Verteidiger des Beschuldigten den folgenden Beweisantrag gestellt: ‚Zum Beweis der Tatsache, dass der Angeklagte am Tattag in München gewesen ist, wird beantragt, die Mutter des Angeklagten als Zeugin zu hören. Sie wird bestätigen, dass sich der Angeklagte bei ihr aufgehalten hat‘. Das LG hat am selben Sitzungstag den Antrag mit folgender Begründung zurückgewiesen: ‚Der Antrag wird abgelehnt, weil das Gegenteil der Beweisbehauptung schon bewiesen ist. Alle bisher gehörten Zeugen haben nämlich übereinstimmend bekundet, dass sich der Angeklagte am Tattag in Bielefeld aufgehalten hat‘. Die beantragte Zeugin wurde nicht gehört; das Gericht ist dem Beweisantrag auch nicht in anderer Weise nachgegangen“<sup>20</sup>.

Eine Verfahrensrüge ist auch dann erforderlich, wenn es sich bei dem zu Grunde liegenden Verfahrensfehler um ein Beweisverbot oder eine Grundrechtsverletzung handeln sollte. Zwar wurde in der Literatur von *Peters* die Auffassung vertreten, dass Verstöße gegen Grund- und Menschenrechte von Amts wegen zu berücksichtigen seien<sup>21</sup>. Die Rechtsprechung ist dem jedoch richtigerweise nicht gefolgt. Die StPO differenziert die Darlegungserfordernisse nämlich nicht danach, ob es sich um gravierende Rechtsverletzungen handelt oder nicht, sondern trennt zwischen Sach- und Verfahrensrügen. Und letztere sind inhaltlich auszuführen.

Die Erhebung einer Verfahrensrüge wird grundsätzlich auch nicht dadurch entbehrlich, dass im Urteil ein Verfahrensvorgang ausführlich dokumentiert wird. Das kann z. B. dann der Fall sein, wenn der Tatrichter Stellung zu einem Beweisverwertungsverbot nimmt oder erst in den Urteilsgründen einen im Plädoyer gestellten Eventualbeweisantrag bescheidet. Auch hier hat der Revisionsführer die den Mangel enthaltenden Tatsachen vollständig mitzuteilen<sup>22</sup>.

Hinzuweisen ist noch auf folgende Besonderheiten: Auch die Behauptung von Rechtsfehlern im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache bedarf der Verfahrensrüge<sup>23</sup>. Das gilt grundsätzlich auch für die Rüge der Verletzung des § 338 Nr. 7 StPO. Es bedarf also der Verfahrensrüge, wenn dem Urteil eine erforderliche Unterschrift oder ein Verhinderungsvermerk fehlt<sup>24</sup>. Sofern dem Urteil allerdings die schriftlichen Urteilsgründe völlig fehlen, greift nach ständiger Rechtsprechung schon die Sachrüge<sup>25</sup>. Nur in diesen Fällen erstreckt das Revisionsgericht die Urteilsaufhebung deshalb auch auf Nichtrevidenten<sup>26</sup>. Eine echte Ausnahme von den Begründungserfordernissen des § 344 II 2 StPO bilden dagegen Verfahrensfehler, die sich als Prozesshindernisse darstellen (z. B. fehlender Strafantrag bei Antragsdelikten oder Verjährung)<sup>27</sup>. Diese werden nach ständiger Rechtsprechung von Amts wegen geprüft; sie müssen also vom Beschwerdeführer nicht in Form einer Verfahrensrüge erhoben werden<sup>28</sup>.

Halten wir fest: Im Bereich der klassischen Revisionsgründe führt die Abgrenzungsformel zu klaren Ergebnissen. Das gilt gleichermaßen für die Praxis wie für Revisionsklausuren. Wer

die Formel beherrscht, steht bei der Unterscheidung von Sach- und Verfahrensrügen vor lösbaren Aufgaben.

## 2. Die Abgrenzung im Bereich der erweiterten Revision

Die Revisionsgerichte heben Urteile – wie schon geschildert – auch dann auf, wenn in diesen gegen Denk- und Erfahrungsgesetze verstoßen wird, wenn die Urteilsausführungen im Hinblick auf die tatsächlichen Feststellungen Lücken oder Widersprüche aufweisen oder wenn die Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft ist. Den dadurch geöffneten revisiblen Bereich beschreibt der *BGH* mit folgender Standardformel:

„Es ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, die Beweise zu würdigen. Das Revisionsgericht kann die tatrichterliche Beweiswürdigung auf die Sachbeschwerde nur unter dem Gesichtspunkt würdigen, ob sie Rechtsfehler enthält. Das ist dann der Fall, wenn die im Urteil mitgeteilten Überlegungen des Tatrichters in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar sind oder sie gegen Denkgesetze oder anerkannte Erfahrungssätze verstoßen“<sup>29</sup>.

Damit haben sich die Revisionssenate den Zugriff auf den Bereich dessen eröffnet, was für den historischen Gesetzgeber irrevisibel sein sollte. Der moderne Revisionsrichter hat nunmehr auch die Verantwortung für die intersubjektive Nachvollziehbarkeit der tatsächlichen Feststellungen im Urteil übernommen. Er nimmt es nicht mehr hin, wenn der Tatrichter übernatürliche Kräfte am Werk sieht (beispielsweise einen „Liebestrank“ für ein wirkungsvolles Mittel ansieht, Zuneigung hervorzurufen) oder die Täterschaft des Angeklagten daraus herleitet, dass es sich bei der Tat um „typisches Männerwerk“ handle<sup>30</sup>. Der *BGH* verlangt ferner, dass ein vom Tatrichter angenommener Sachverhalt auf objektiven Grundlagen beruht und dass rationale Gründe den Schluss erlauben, dass das festgestellte Geschehen mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Wirklichkeit übereinstimmt<sup>31</sup>.

Auf diese Weise wird auch die Verletzung des Grundsatzes *in dubio pro reo* erfasst<sup>32</sup>. Ein derartiger Rechtsfehler ist jedoch,

17 Vertiefend dazu die Kommentierungen von *Hanack*, in: *Löwe/Rosenberg* (o. Fußn. 1), § 337 Rdnrn. 180 ff., sowie von *Frisch*, in: *SK-StPO*, 2005, § 337 Rdnrn. 147 ff.

18 Vgl. *Nack*, *NStZ* 1997, 143 (156): Strafzumessungsfehler machen mehr als ein Drittel der Aufhebungen aus.

19 *BGH*, *NJW* 1995, 2047 = *NStZ* 1995, 462; *NStZ-RR* 1997, 71; *NStZ-RR* 2001, 174.

20 Weitere Ausführungen (speziell zum Rechtsfehler und zum Beruhen) empfehlen sich in der Praxis wie im strafprozessualen Gutachten, sind aber gem. § 344 II 2 StPO nicht zwingend.

21 *Peters*, Gutachten C zum 52. Deutschen Juristentag, 1978, S. 76; dazu *Hanack*, in: *Löwe/Rosenberg* (o. Fußn. 1), § 337 Rdnr. 67.

22 *Jähnke*, in: *Festschr. f. Meyer-Goßner*, 2001, S. 559 (567).

23 *Meyer-Goßner* (o. Fußn. 10), § 337 Rdnr. 8; *Lohse*, in: *AnwK-StPO*, 2007, § 344 Rdnr. 40. Vgl. dazu jetzt aber *BGH*, *NJW* 2007, 1829 = *NStZ* 2007, 475: Die Wirksamkeit eines im Rahmen einer Absprache erklärten Rechtsmittelverzichts prüft das Revisionsgericht von Amts wegen.

24 *BGHSt* 46, 204 = *NJW* 2001, 838 = *NStZ* 2001, 219, mit schulmäßiger Anwendung der Abgrenzungsformel.

25 *BGHR StPO* § 338 Nr. 7 Entscheidungsgründe 2; *Hanack*, in: *Löwe/Rosenberg* (o. Fußn. 1), § 338 Rdnr. 115; *Kuckein*, in: *KK-StPO* (o. Fußn. 10), § 338 Rdnr. 91.

26 *BGHSt* 46, 204 = *NJW* 2001, 838 = *NStZ* 2001, 219, m. Rspr.-Nachw.

27 Eine Darstellung der wichtigsten Prozesshindernisse findet sich bei *Beulke*, *StrafProzR*, 9. Aufl. (2006), Rdnr. 274.

28 *Beulke* (o. Fußn. 27), Rdnr. 273; a. A. *Meyer-Goßner* (o. Fußn. 10), Einl. Rdnr. 150.

29 Etwa in *BGHSt* 50, 11 = *NJW* 2005, 1203 (1204) = *NStZ* 2005, 383 = *JuS* 2005, 659 (*Kudlich*).

30 So die Beispiele von *Hanack*, in: *Löwe/Rosenberg* (o. Fußn. 1), § 337 Rdnr. 122.

31 Vgl. dazu den berühmten „Pistazieneis-Fall“ (*BGH*, *NJW* 1999, 1562), m. zust. Anm. von *Salditt*, *NStZ* 1999, 420, und *Fahl*, *JA* 1999, 925. Anders wird das gesehen von *Barton*, *StV* 2004, 332, sowie *Schwarz*, Die eigene Sachentscheidung des *BGH* in Strafsachen (§ 354 Abs. 1 StPO), 2002, S. 17 ff.

32 *BGHSt* 18, 274 = *NJW* 1963, 1209; *Hanack*, in: *Löwe/Rosenberg* (o. Fußn. 1), § 337 Rdnrn. 14, 66; *Stolz*, *JuS* 2003, 74.

was in der Praxis und in Klausuren häufig verkannt wird, äußerst selten. Der Zweifelsatz ist nämlich nicht dann verletzt, wenn der Beschwerdeführer meint, das Tatgericht hätte Zweifel haben müssen<sup>33</sup>, sondern nur, wenn das Gericht entweder die Anforderungen an den Grundsatz überspannt hat und beispielsweise bloß theoretische Bedenken für einen Freispruch ausreichen lässt (dann können Revisionen der Staatsanwaltschaft oder der Nebenklage erfolgreich sein) oder trotz erheblicher Zweifel an der Schuld des Angeklagten diesen gleichwohl verurteilt (dann kann dessen Revision durchdringen). Einen solchen Fall, wonach ein Richter im Urteil ausführt, er habe Zweifel an der Schuld des Angeklagten, ihn aber gleichwohl verurteilt, kann man wohl mit Fug und Recht als äußerst fernliegend ansehen<sup>34</sup>.

Durch diese von der Wissenschaft und der Rechtspolitik weitgehend begrüßte Entwicklung<sup>35</sup> ist allerdings die vom historischen Gesetzgeber vorgesehene Anbindung an den Gesichtspunkt der Gesetzesverletzung verloren gegangen. Und damit ist auch die Differenzierung zwischen Verfahrensrügen auf der einen sowie Sachrügen auf der anderen Seite obsolet geworden. Das ergibt sich aus Folgendem:

Mit der erweiterten Revision erstreckt das Revisionsgericht die Revisionskontrolle auf die tatsächlichen Feststellungen und auf die Beweiswürdigung. Zweifellos handelt es sich dabei – legt man die dargestellte Abgrenzungsformel an – um Fragen, die den Weg betreffen, auf dem der Richter zur Urteilsfindung berufen oder gelangt ist. Man befindet sich hier geradezu im Kernbereich des Strafverfahrensrechts. Hier können namentlich §§ 261, 267, 244 II StPO verletzt sein. Insofern wären für derartige Revisionsangriffe Verfahrensrügen maßgeschneidert. Die Revisionssenate haben jedoch einen anderen Weg gewählt. Sie kontrollieren die Beweiswürdigung auch ohne Verfahrensrügen. Sie lassen hierfür die allgemeine Sachrüge ausreichen. Sie sehen darin einen „normalen“ Fall der Verletzung sachlichen Rechts.

Mittels der Darstellungskontrolle wird der Sache nach Verfahrensrecht überprüfbar gemacht, aber entgegen § 344 II 2 StPO ohne Verfahrensrügen. Dieses Vorgehen verlangt nach neuer Abgrenzung – jetzt aber nicht mehr nach einer solchen von Verfahrens- und sachlichem Recht (denn durch die Revisionsgerichte ist ja vorgegeben, dass es sich um Sachrügen handelt), sondern nach einer, die den Kontrollbereich der Revisionsgerichte als solchen absteckt. Dazu gibt es verschiedene theoretische Ansätze<sup>36</sup>; besondere Bedeutung kommt der sog. Leistungsmethode zu<sup>37</sup>. Sie besagt, dass die revisionsgerichtliche Kontrolle so weit gehen darf, wie die Revisionsgerichte dazu strukturell in der Lage sind. Entscheidend ist also, ob die Revisionsgerichte mit den spezifischen Revisionsinstrumenten die in Frage stehenden Sachverhalte klären können. Soweit sie also keine eigene Beweisaufnahme unternehmen müssen (sog. Rekonstruktionsverbot<sup>38</sup>), sind Rechtsfehler revisibel. Das gilt mithin für alle Umstände, die sich aus dem Urteil ergeben. Nicht angreifbar sind dagegen die Feststellungen, die sich nur durch eine eigene Beweisaufnahme aufklären lassen. Der Blick in die Akten ist den Revisionsgerichten, wenn nur die Sachrüge erhoben wird, also verwehrt.

Die Revisionsrechtsprechung bekennt sich zwar nicht ausdrücklich zur Anwendung der Leistungsmethode<sup>39</sup>, der Sache nach folgt sie ihr aber mit der dargestellten Standardformel sowie im Rahmen einer ausgefeilten Kasuistik mit Leitliniencharakter<sup>40</sup>. Sie verlangt bei bestimmten Fallgruppen gesteigerte Erörterungspflichten des Tatrichters (z. B. bei Aussage gegen Aussage)<sup>41</sup>. Im Übrigen setzt sie aus ihrer Sicht zu weitgehenden Revisionsangriffen Grenzen, indem sie diese

unter Berufung auf die „Ordnung des Revisionsverfahrens“ oder das Rekonstruktionsverbot zurückweist<sup>42</sup>.

Das führt zu folgenden Ergebnissen: Klar unzulässig sind namentlich alle Urteilsbeanstandungen, in denen Beschwerdeführer ihre eigene Beweiswürdigung an die Stelle des Tatrichters setzen. Erfolglos bleibt ferner die Rüge, das Urteil gebe Bekundungen von Zeugen oder Sachverständigen, also Teile der Beweisaufnahme, falsch wieder<sup>43</sup>. Auch die als Verfahrensrüge erhobene so genannte alternative Rüge, bei der gerügt wird, das Urteil verstoße entweder gegen die Aufklärungspflicht (§ 244 II StPO) oder enthalte einen Erörterungsmangel (§ 261 StPO), wird von der neueren Rechtsprechung nach einer Phase der Unsicherheit nunmehr ganz überwiegend als unzulässig angesehen<sup>44</sup>.

Ob die Revisionsgerichte bei diesem Unterfangen in jedem Einzelfall dieselbe Zurückhaltung pflegen, die sie bei Revisionsangriffen von Verteidigern gegen die Beweiswürdigung fordern, steht auf einem anderen Blatt<sup>45</sup>. Die erweiterte Revision stellt so gesehen weniger ein durchgreifendes Instrument in den Händen von Beschwerdeführern als vielmehr ein Korrektiv für Urteile dar, die aus der Sicht des Revisionsgerichts als grob fehlerhaft erscheinen.

Für unser Thema können wir aber festhalten, dass auch im Bereich der erweiterten Revision die Abgrenzung der Sach- von der Verfahrensrüge geklärt ist: Der Zugriff erfolgt ausschließlich über die Sachrüge. Die Abgrenzungsformel kommt dabei nicht zum Tragen.

### III. Der umstrittene Bereich

Während die Abgrenzung zwischen Sach- und Verfahrensrügen sowohl bei der klassischen als auch bei der erweiterten Revision grundsätzlich geklärt ist, gibt es in der Rechtsprechung kontrovers behandelte Bereiche, die in der Literatur neuerdings lebhaft diskutiert werden<sup>46</sup>.

33 *BVerfG*, BeckRS 2002, 22713; *Meyer-Goßner* (o. Fußn. 10), § 261 Rdnr. 39.

34 Vgl. *Mutzbauer* (o. Fußn. 13), Rdnr. 343: „liegt in der Praxis nur selten vor“.

35 Die Wissenschaft hält die Erweiterung der Rechtsprechung für unumkehrbar und sachlich gerechtfertigt; vgl. nur *Fezer*, in: *Festschr. f. Hanack* (o. Fußn. 2), S. 331 ff. (340); *ders.*, *StV* 2007, 40; *Frisch*, in: *SK-StPO* (o. Fußn. 17), § 337 Rdnrn. 65 f. und Vorb. § 333 Rdnr. 12 („Fehler in der Konstitution des Ursatzes“). Dadurch werde unabwiesbaren Gerechtigkeitsbedürfnissen Rechnung getragen; *Frisch*, in: *SK-StPO* (o. Fußn. 17), § 337 Rdnr. 116.

36 Vertiefend dazu *Frisch*, in: *SK-StPO* (o. Fußn. 17), § 337 Rdnrn. 10 ff.; vgl. auch *Wittig*, *GA* 2000, 267 (273 ff.).

37 *Hanack*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 1), Vorb. § 333 Rdnr. 5; zur Darstellung und Weiterentwicklung der Leistungsmethode vgl. *Sarstedt/Hamm*, *Die Revision in Strafsachen*, 6. Aufl. (1998), Rdnrn. 275 ff.

38 Vgl. dazu *Hanack*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 1), § 337 Rdnr. 77.

39 Vgl. *Sarstedt/Hamm* (o. Fußn. 37), Rdnr. 275.

40 Von Leitlinien spricht auch *Wittig*, *GA* 2000, 277.

41 Zu Aussage gegen Aussage vgl. *BGHR StPO* § 261 Beweiswürdigung 1, 14, 17, 23, 29; *Schäfer*, in: *Festschr. f. Rieß* (o. Fußn. 14), S. 486 f.

42 Vgl. *Wilhelm*, *ZStW* 2005, 143 (156).

43 Vgl. dazu *Meyer-Goßner*, *StraFo* 1990, 92 (95); *Wilhelm*, *ZStW* 2005, 143 (143 ff.), plädiert dagegen für eine Erweiterung der Revision auf „versteckte Gesetzesverstöße“.

44 Die viel diskutierte Schusskanalentscheidung (*BGH*, *StV* 1999, 500) bildet die große Ausnahme; vgl. zur Alternativrüge *Frisch*, in: *SK-StPO* (o. Fußn. 17), § 337 Rdnr. 78; *Kuckein*, in: *KK-StPO* (o. Fußn. 10), § 337 Rdnr. 26 a.

45 Vgl. *Fezer*, in: *Festschr. f. Hanack* (o. Fußn. 2), S. 331 ff. (337).

46 Vgl. dazu *Stolz*, *JuS* 2003, 71; *Schäfer*, in: *Festschr. f. Rieß* (o. Fußn. 14), S. 477 ff.; *Jähnke*, in: *Festschr. f. Meyer-Goßner* (o. Fußn. 22), S. 559 ff. (599 ff.); aus der Kommentarliteratur vgl. insb. *Frisch*, in: *SK-StPO* (o. Fußn. 17), § 337 Rdnrn. 63 ff.; *Hanack*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 1), § 337 Rdnr. 66; *Kuckein*, in: *KK-StPO* (o. Fußn. 10), § 337 Rdnr. 29; *Lohse*, in: *AnwK-StPO* (o. Fußn. 23), § 344 Rdnrn. 8 ff.; *Dabs*, in: *Münchener AnwaltsHdb. Strafverteidigung*, 2006, § 12 Rdnrn. 70, 267, 277 f.; *Sarstedt/Hamm* (o. Fußn. 37), Rdnrn. 1117, 1124, 1209, 1211; aus der Ausbildungslit. vgl. *Krause*, *Die Revision im Strafverfahren*, 5. Aufl. (2001), Rdnrn. 14 a, 114 a; *Mutzbauer* (o. Fußn. 13), Rdnrn. 335 f.

## 1. Fallgruppen

Als besonders problematisch werden angesehen: Die Behandlung des Schweigens des Angeklagten oder einer zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Auskunftsperson, des Weiteren die Handhabung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen oder Tatprovokationen, ferner die Verwertung getilgter bzw. tilgungsreifer Vorstrafen sowie schließlich die Anrechnung erbrachter Bewährungsleistungen bei wegfallender Bewährung durch eine Gesamtstrafenbildung<sup>47</sup>. Besondere Beachtung verdienen dabei die Fallgruppen der fehlerhaften Verwertung des Schweigens des Angeklagten sowie der Kontrolle rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen.

### a) Fehlerhafte Verwertung von Schweigen des Angeklagten

Hier geht es um die Rüge, das Gericht habe das Schweigen des Angeklagten oder eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen<sup>48</sup> fehlerhaft bei der Beweiswürdigung oder Strafzumessung gewürdigt. Es ist anerkannt, dass aus der Wahrnehmung eines Schweigerechts keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden dürfen<sup>49</sup>. Umgekehrt steht außer Frage, dass die Teileinlassung zum Nachteil des Beschuldigten gewürdigt werden darf<sup>50</sup>, etwa dann, wenn er nur zu einzelnen Fragen schweigt. Die Frage, welche Rügeart maßgeblich ist, wenn eine unzulässige Verwertung von Schweigen beanstandet werden soll, wird uneinheitlich beantwortet. Der *BGH* berücksichtigt entsprechende Angriffe zum Teil schon auf die Sachrüge<sup>51</sup>, zum Teil wird die Verfahrensrüge gefordert<sup>52</sup>.

Der Bundesrichter *Miebach* gelangt bei einer differenzierten Analyse der Rechtsprechung zu folgender Bestandsaufnahme: Ergebe sich schon aus dem Urteil vollständig, dass das Gericht unzulässig nachteilige Schlüsse aus dem Schweigen gezogen habe, reiche die allgemeine Sachrüge. Ergebe sich der Verstoß nicht allein aus der Urteilsurkunde, sei eine Verfahrensrüge geltend zu machen<sup>53</sup>. Im Übrigen würden auch Mitteilungen im angefochtenen Urteil ergänzend berücksichtigt; im Einzelfall könnten sogar Verfahrenstatsachen aus einer im Übrigen unbegründeten weiteren Verfahrensrüge vom Revisionsgericht herangezogen werden<sup>54</sup>.

Die Literatur weist ebenfalls kein klares Bild auf: Zum Teil werden entsprechende Verstöße im Verfahrensrecht angesiedelt<sup>55</sup>, andere tendieren zur Sachrüge<sup>56</sup>, wiederum andere bejahen sowohl das Vorliegen eines Verstoßes gegen materielles als auch gegen formelles Recht<sup>57</sup>. Auch in der Referendarliteratur ist das Bild unübersichtlich. Die Tendenz geht hier zur Verfahrensrüge<sup>58</sup>.

### b) Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen und weitere Fallgruppen

Die revisionsrechtliche Behandlung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen hat durch die Rechtsprechung des *BVerfG* und des *EGMR* an Bedeutung gewonnen.

Das *BVerfG* und der *EGMR* fordern, dass im Urteil eine Konventionsverletzung ausdrücklich festzustellen und als eigenständiger, schuldunabhängiger Strafzumessungsgrund zu würdigen ist. Dabei ist auch das Ausmaß der konkret vorgenommenen Herabsetzung der Strafe exakt zu bestimmen<sup>59</sup>.

Anfangs haben die Revisionsgerichte für die Rüge, das Verfahren habe gegen Art. 6 I EMRK verstoßen, die Sachrüge genügen lassen. Mittlerweile wird – sofern die Verzögerung nicht erst bei der Vorlage an das Revisionsgericht auftritt<sup>60</sup> – grundsätzlich die Erhebung einer Verfahrensrüge gefordert<sup>61</sup>.

In der Entscheidung *BGH*, NStZ 2001, 53, wird dieses Erfordernis aber insoweit eingeschränkt, als es einer Verfahrensrüge ausnahmsweise dann nicht bedürfe, wenn sich die tatsächlichen Voraussetzungen eines Konventionsverstößes schon aus den Urteilsgründen ergeben. Später (NJW 2005, 518 = NStZ 2005, 223) hat der *BGH* die Möglichkeit einer Ausnahme bestätigt und ein angefochtenes Urteil mit der auf die Sachrüge gestützten Begründung aufgehoben, dass das Urteil einen Erörterungsmangel enthalte. Die im Zusammenhang mit dieser Entscheidung stehenden Antworten auf eine Anfrage des erkennenden *Senats* machen deutlich, dass die einzelnen Senate von unterschiedlichen Positionen ausgehen. Divergenzen liegen dabei in doppelter Hinsicht vor: Zum einen tendieren einzelne Senate dazu, Ausnahmen von der Regel, dass Verfahrensrügen erforderlich seien, eher als theoretisch anzusehen<sup>62</sup>, während andere diese Möglichkeit auch praktisch bejahen. Zum anderen gibt es erhebliche inhaltliche Diskrepanzen darüber, ob in dem vom 5. *Strafsenat* konkret entschiedenen Fall ein Erörterungsmangel gegeben war oder nicht<sup>63</sup>.

Auch die anderen Fallgruppen werden zum Teil uneinheitlich behandelt. Die Tendenz geht dabei, nachdem sich der *BGH* früher schwankend verhalten hat, zur Verfahrensrüge. Hinzuweisen sei hier nur auf den in NStZ-RR 2001, 174, veröffentlichten Beschluss. Hier verlangt der *BGH* für die Beanstandung, das Tatgericht habe ein dem Angeklagten zur Last gelegtes Verfahren gem. § 154 II StPO eingestellt, ohne im Urteil hierfür die Gründe anzugeben, die Verfahrensrüge. Er führt dabei aus, dass der geltend gemachte Erörterungsmangel insoweit das sachliche Recht betreffe, als er in den Bereich der Beweiswürdigung falle. „Doch kann die Frage, ob und

47 So die entsprechende Aufzählung von *Jähnke*, in: Festschr. f. Meyer-Goßner (o. Fußn. 22), S. 559 ff. (560); *Schäfer*, in: Festschr. f. Rieß (o. Fußn. 14), S. 478, erwähnt ferner die Fallgruppen der Beweiswürdigung bei „Aussage gegen Aussage“ und das methodische Vorgehen des Glaubhaftigkeitsgutachters.

48 Die nachfolgende Analyse konzentriert sich überwiegend auf den Beschuldigten; ähnliche Kontroversen bestehen auch im Hinblick auf die Ausübung von Zeugnisverweigerungs- oder Auskunftsverweigerungsrechten; vgl. dazu *Jähnke*, in: Festschr. f. Meyer-Goßner (o. Fußn. 22), S. 559 ff. (560 ff.); *Schäfer*, in: Festschr. f. Rieß (o. Fußn. 14), S. 485 f.; *Stolz*, JuS 2003, 75.

49 *BGHSt* 20, 281 = NJW 1966, 210; *BVerfG*, NStZ 1995, 555; *Miebach*, NStZ 2000, 234; *Jähnke*, in: Festschr. f. Meyer-Goßner (o. Fußn. 22), S. 559 ff. (561).

50 *Beulke* (o. Fußn. 27), Rdnr. 495, m. Rspr.- und Lit.-Nachw.

51 *BGH*, StV 2000, 598.

52 *BGHSt* 38, 140, in einem § 55 StPO betreffenden Fall; vgl. dazu die Anmerkung von *Dahs/Langkeit*, NStZ 1993, 213 (215). In der Entscheidung *BGH*, NStZ 2000, 546, ist es offengeblieben, ob bei einem Verstoß gegen § 52 StPO die Sach- oder Verfahrensrüge maßgeblich sei.

53 *Miebach*, NStZ 2000, 241. Dazu sei mindestens vorzutragen, wie sich die Einlassung des Angeklagten entwickelt habe.

54 *Miebach*, NStZ 2000, 241; vgl. dazu den Einzelfall *BGH*, StV 1993, 176, m. Anm. *Schlotbauer*.

55 *Hanack*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 1), § 337 Rdnr. 67; *Stolz*, JuS 2003, 75; so auch die Kritik von *Jähnke*, in: Festschr. f. Meyer-Goßner (o. Fußn. 22), S. 559 ff. (561), und *Schäfer*, in: Festschr. f. Rieß (o. Fußn. 14), S. 485.

56 *Meyer-Goßner* (o. Fußn. 10), § 337 Rdnr. 8. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 5. Aufl. (2006), Rdnr. 912, nimmt sowohl einen Verstoß gegen einen nicht existenten Erfahrungssatz (und damit Fehler in der Beweiswürdigung, also einen Fall der erweiterten Revision) als auch einen Verstoß gegen klassisches materielles Recht an.

57 *Frisch*, in: SK-StPO (o. Fußn. 17), § 337 Rdnr. 67.

58 *Russack* (o. Fußn. 5), Rdnr. 395; *Mutzbauer* (o. Fußn. 13), Rdnr. 340.

59 Vgl. nur *BVerfG*, NStZ 1997, 591; vgl. zur Rspr. des *BVerfG* und des *EGMR* *Gollwitzer*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 1), Art. 6 I EMRK Rdnr. 85 a; aus dem Schrifttum vgl. *Krehl*, ZfS 2006, 168 (177), und *Krehl/Eidam*, NStZ 2006, 1 (8 ff.).

60 Dann erfolgt die Prüfung schon von Amts wegen; *BGH*, wistra 2000, 176; NStZ 2001, 53.

61 Zum Stand der Rspr. vgl. *Frisch*, in: SK-StPO (o. Fußn. 17), § 337 Rdnr. 66 a. E., sowie die aktuelle Entscheidung *BGH*, NJW 2007, 2647.

62 Vgl. etwa die nur wenige Tage später ergangene Entscheidung des 2. *Strafsenats*: *BGH*, BeckRS 2005, 00104.

63 Vgl. dazu die illustrative Anm. von *Woblers*, JR 2005, 187 (190).

was im Zusammenhang mit einer Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO zu erörtern ist, nicht notwendig aus der Urteilsurkunde allein erschlossen werden“<sup>64</sup>.

## 2. Einschätzung und Konsequenzen

Die Rechtsprechung fällt uneinheitlich und unübersichtlich aus; die Versuche im Schrifttum, die maßgeblichen Kriterien für die Abgrenzung von Sach- und Verfahrensrüge zu ermitteln, können die Verwirrung nicht beseitigen. Die Prognose, ob im Einzelfall eine Sachrüge ausreicht oder eine Verfahrensrüge erforderlich ist, fällt extrem schwer.

Kritiker sehen den Grund für die Uneinheitlichkeit primär darin, dass die Revisionsgerichte ihre eigene Abgrenzungsformel vernachlässigt hätten, so dass Grauzonen entstanden seien<sup>65</sup>. Dies mag im Einzelfall so sein. Man kann den maßgeblichen Grund aber auch in der zuvor geschilderten fehlenden Präzision bei der Grenzziehung des revisiblen Bereichs der erweiterten Revision suchen. Dies bedarf der Erläuterung:

Es gibt – wie dargestellt – eine klare Abgrenzungsformel im Bereich der klassischen Revision. Es gibt aber auch die erweiterte Revision, die dieser Abgrenzungsformel nicht folgt, sondern Beweiswürdigungsfehler und Erörterungsmängel schon auf der Grundlage der Urteilsurkunde für revisibel ansieht. Auch dies führt im Hinblick auf die zu wählende Rügeart zu einem klaren Ergebnis, nämlich stets zur Sachrüge. Es gibt, wenn man so will, damit zwei klar geregelte Anwendungsbereiche für Sach- und Verfahrensrügen. Grundsätzlich ist auch geklärt, wo die Abgrenzungsformel gilt und wo die erweiterte Revision zum Zuge kommt. In Grenzbereichen, nämlich den zuvor dargestellten Grauzonen, ist das dagegen noch nicht abschließend klargestellt. Es lassen sich vielmehr in diesem Zusammenhang zwei miteinander konkurrierende übergeordnete Entscheidungsregeln dafür ausmachen, ob man zur einen oder zur anderen Regel kommt. Insofern kann man zwischen einfachen Regeln (hier: Abgrenzungsformel bzw. der Regel, dass bei der erweiterten Revision stets die Sachrüge greift) und Regeln höherer Art (Anwendungsregeln für Regeln) differenzieren. Letztere bestimmen, ob man zum einen oder anderen Regelbereich gelangt.

Der Umstand, dass in der Revisionsrechtsprechung Regeln und Anwendungsregeln vorzufinden sind, ist für die moderne Revisionsrechtsprechung nicht ungewöhnlich. Eine kritische Analyse dieses Phänomens ist an anderer Stelle vorgenommen worden<sup>66</sup>.

Betrachten wir die vorliegend zum Tragen kommenden Anwendungsregeln etwas genauer: Wenn man der Differenzierung von *Miebach* hinsichtlich der Fallgruppe „unzulässige Verwertung von Schweigen“ folgt, wird von der Rechtsprechung die Sachrüge für ausreichend gehalten, sofern sich schon aus dem Urteil das Vorliegen eines Rechtsfehlers ergibt. Eine Verfahrensrüge ist nur dann erforderlich, wenn der Fehler nicht abschließend aus der Urteilsurkunde folgt. Dieses Abgrenzungskriterium – nennen wir es die „Anwendungsregel Nr. 1“ („sofern sich aus dem Urteil . . .“) – gründet der Sache nach auf der Leistungsmethode und führt tendenziell zur Sachrüge. Diese stellt hier, wenn man so will, einen Normalfall dar. Im Gegensatz dazu lässt sich eine zweite Anwendungsregel ausmachen, die tendenziell bei der Fallgruppe der Beanstandung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen zum Tragen kommt. Hier wird ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Verfahrens- und Sachrüge statuiert: Grundsätzlich sei die Verfahrensrüge zu erheben; nur ausnahmsweise reiche die Sachrüge.

Diese Konkurrenz von zwei Metaregeln führt zu sachlich zweifelhaften Unterdifferenzierungen: In dem einen Fall (Sachrüge als Normalfall) muss eine Urteilsrücke dazu führen, eine Beanstandung im Wege der Verfahrensrüge geltend zu machen. In Betracht kommt dazu wohl nur eine Aufklärungsrüge, die kaum einmal Erfolg verspricht. Bei der Metaregel Nr. 2 kann eine Urteilsrücke dagegen dazu führen, einen Erörterungsmangel zu bejahen, der schon auf die allgemeine Sachrüge hin zu beachten ist. Was nun die inhaltlichen Voraussetzungen für den Nachweis eines derartigen Erörterungsmangels betrifft, differieren die Entscheidungskriterien zwischen den einzelnen Senaten in erheblichem Maß: Ein Teil der BGH-Senate hält die Möglichkeit eines derartigen Erörterungsmangels und damit das Vorliegen eines Ausnahmefalles von der Regel Nr. 2 für eine eher theoretische Möglichkeit; der 5. Strafsenat bejaht dies dagegen auch praktisch<sup>67</sup>. Unter dem Strich führt dies zu einer unübersichtlichen Gemengelage von miteinander konkurrierenden Regeln und damit verbundenen Rügen: Es kommen – je nachdem – sowohl klassische Verfahrens- und Sachrügen als auch erweiterte Revisionsrügen (nämlich in Form von Beweiswürdigungsrügen sowie die Annahme eines Erörterungsmangels) in Betracht. Von daher erscheint es zu kurz gegriffen, wenn man Kritik an der Revisionsrechtsprechung nur dahingehend übt, dass diese ihre eigene Abgrenzungsformel nicht immer beachte.

Die sachlichen Gründe für die unterschiedlichen Regeln und insbesondere für das Abstellen auf die Regel Nr. 1 oder Nr. 2 im Einzelfall wie für die damit verbundenen Konsequenzen erhellen sich aus der Revisionsrechtsprechung selbst nicht. Mitursächlich hierfür dürfte nicht zuletzt ein gewisser Pragmatismus der Revisionsrechtsprechung sein<sup>68</sup>, der sich auch in anderen Bereichen der Revisionsrechtsprechung zeigt.

Selbst wenn man diese Einschätzung der Revisionsrechtsprechung nicht teilen sollte, ändert das nichts an den Konsequenzen, die sich für unser Thema ergeben. Da in der Praxis große Unsicherheit darüber herrscht, ob bei den genannten Fallgruppen im Einzelfall eine Sachrüge ausreicht, ist die entsprechende Beanstandung sicherheitshalber im Wege der Verfahrensrüge zu erheben. Der Anwalt, der dies unterlässt und mit seiner Rüge scheitern sollte, müsste ansonsten haftungsrechtliche Konsequenzen fürchten, da er gegen die Pflicht, den sichersten Weg zu wählen<sup>69</sup>, verstoßen hätte. Nichts anderes gilt im Ergebnis für die Behandlung dieser Problemfälle in Klausuren: Auch hier ist im Zweifel die Verfahrensrüge zu erheben. Dabei bilden derartige Revisionsprobleme in Aufsichtsarbeiten zwar sicher die Ausnahme; aber wo sie auftauchen, sollten sie nach den klassischen Regeln des Revisionsrechts behandelt werden.

## IV. Das Wichtigste in Kürze

Bei klassischen Revisionsrügen gelingt die Abgrenzung der Sach- von der Verfahrensrüge entsprechend der gängigen

64 BGH, NStZ-RR 2001, 174.

65 Jähnke, in: Festschr. f. Meyer-Goßner (o. Fußn. 22), S. 559 ff. (560).

66 Vgl. Barton, StV 2004, 332 (335 f.).

67 Vgl. die treffenden Ausführungen von Wohlers, JR 2005, 190.

68 Zum Pragmatismus in der Revisionsrechtsprechung vgl. grundsätzlich Fezer, in: Festschr. f. Hanack (o. Fußn. 2), S. 331 ff. (340). Auch Jähnke, in: Festschr. f. Meyer-Goßner (o. Fußn. 22), S. 559 ff. (569), der die Entstehung von Grauzonen kritisiert, neigt zu diesem Pragmatismus, wenn er unter dem Strich Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie, sofern diese nicht die Gefahr unrichtiger Revisionsurteile mit sich bringen bzw. zur Anwendung von § 357 StPO nötigen, für gerechtfertigt hält, um das Prinzip im Einzelfall zu durchbrechen.

69 Vgl. dazu Borgmann/Jungki/Grams, Anwaltshaftung, 4. Aufl. (2005), S. 159 ff.; Rinschel/Fabrendorff/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl. (2005), S. 171 ff.

Abgrenzungsformel: Eine Gesetzesverletzung, die den prozessualen Weg betrifft, auf dem der Richter zur Entscheidung gelangt ist, muss mit der Verfahrensrüge beanstandet werden; geht es dagegen um die rechtlich zutreffende Anwendung des materiellen Rechts auf den festgestellten Sachverhalt, greift schon die Sachrüge. Klarheit herrscht auch bei der Beanstandung von Beweiswürdigungsfehlern des Gerichts oder bei Erörterungsmängeln im Urteil: Hier kommt allein die Sachrüge zum Tragen. Die Behandlung einzelner Fallgruppen, wie z.B. der Rüge der unzulässigen Verwertung von Schweigen

oder der Rüge rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen, erweist sich dagegen als problematisch. Die Revisionsrechtsprechung verfährt hier uneinheitlich. Sie tendiert zum Erfordernis von Verfahrensrügen, lässt im Einzelfall aber auch Sachrügen genügen. Erklären lässt sich dies mit einem gewissen Pragmatismus der Revisionsgerichte sowie mit der Existenz von übergeordneten Anwendungsregeln, die sowohl zum einen wie zum anderen Ergebnis führen können. Im Bereich dieser Grauzone der Revisionsrechtsprechung ist es deshalb geboten, im Zweifel Verfahrensrügen zu erheben.