
AUFSÄTZE

Kennzeichen und Effekte der modernen Revisionsrechtsprechung

Führt die Materialisierung des Strafrechts auf den Weg nach Pappenheim?

von Prof. Dr. Stephan Barton, Bielefeld¹

1. Ausgangsfälle

(1) Die Angeklagte wurde beschuldigt, ihre Nichte mit vergiftetem Pistazieneis ermordet zu haben. Das *SchwG Stuttgart* hatte keine Zweifel an der Täterschaft der Angeklagten und verurteilte sie zu lebenslanger Freiheitsstrafe. Der *BGH* hielt

die Beweiswürdigung für fehlerhaft² und verwies die Sache an das *SchwG Heilbronn*. Erneut wurde die Angeklagte wegen

¹ Erweiterter und um Fußnoten ergänzter Vortrag auf dem 28. Strafverteidigertag am 6. 3. 2004 in Karlsruhe.

² *BGH StV* 1997, 62.

Mordes verurteilt. Der *BGH* hob auch dieses Urteil auf, da die Beweiswürdigung durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegne; das *SchwG* habe seine Überzeugung von der Täterschaft der Tante auf der Grundlage einer ganzen Reihe von Beweiswürdigungsfehlern gewonnen. Im Wege der eigenen Sachentscheidung sprach er die Angeklagte nunmehr frei.³

(2) Dr. Wilhelm A. war wegen zahlreicher Taten angeklagt, die in der Zeit seiner Tätigkeit als Kommandeur der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok (1942/43) begangen wurden; neben einzelnen Exzeßtaten ging es um die Deportation tausender Juden in Vernichtungslager. Der Prozeß fand vom 23. März 1966 bis zum 14. April 1967 vor dem *SchwG Bielefeld* statt. Der Angeklagte A. schob jede Verantwortung von sich; die Verteidigung argumentierte, er sei über den Vernichtungsapparat nicht informiert gewesen. Das Leid, das die überlebenden Zeugen vermittelten, war groß. Die Bemühungen der Richter um Aufklärung waren beispielhaft. Am Ende stand eine Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord in Höhe von sechs Jahren. Nach den Plädoyers und vor dem 96. Sitzungstag erlitt ein Schöffe einen Herzinfarkt. Die 10-Tagesfrist des § 229 StPO war wegen des schweren Krankheitszustands des Schöffen nicht zu halten. Der Vorsitzende beschloß, das Verfahren trotz des Verstoßes gegen § 229 StPO fortzusetzen. Und mit geradezu hilfloser Geste vermerkte er in den Akten, daß das Urteil nicht auf dem Rechtsfehler beruhen werde. Das alles ist nachzulesen in dem gerade erschienenen Buch »Bialystok in Bielefeld«.⁴ Ich habe bei der Lektüre wahrscheinlich genau wie der Vorsitzende gedacht: Das darf nicht sein, daß das Verfahren platzt. Die Strafe ist lächerlich genug; aber einen zweiten Prozeß kann und wird es nicht geben – die Täter werden verhandlungsunfähig oder die Opfer gestorben sein; und es ist ihnen auch wirklich nicht zuzumuten, noch einmal über das Grauen zu berichten. Der 4. *Strafsenat* des *BGH* sah es offenbar genauso, wie man in *BGHSt* 23, 224 nachlesen kann. Dort heißt es nämlich: Bei einer Überschreitung der Frist des § 229 StPO werde ein Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensverstoß nur ausnahmsweise verneint werden können, aber einen solchen Ausnahmefall nahm der *BGH* hier erstmals an.

Und damit sind wir beim Thema. Es geht um die Kennzeichen der modernen Revisionsrechtsprechung des *BGH* in Strafsachen; es geht um die Urteilsrüge, die neben die Revision getreten ist; es geht um statistisch meßbare Effekte der modernen Revisionsrechtsprechung. Dabei wird auch die Frage zu stellen sein, ob der von den Revisionsgerichten eingeschlagene Weg nach Pappenheim führt.

2. Der Wandel der Revisionsrechtsprechung

Unsere beiden Ausgangsfälle wären vermutlich vom Reichsgericht und auch wohl noch vom frühen *BGH* genau umgekehrt entschieden worden: Die Verfahrensrüge der Verletzung des § 229 StPO hätte also Erfolg gehabt,⁵ während die Urteilsaufhebung im Pistazieneis-Fall nicht mit der Verletzung des sachlichen Rechts (fehlerhafte Beweiswürdigung) hätte begründet werden können. Was ist passiert?

a) Kernpunkte des Wandels

Seit etwa 50 Jahren läßt sich ein Wandel der Revisionsrechtsprechung beobachten. Er ist vielfach dargestellt und ausgiebig diskutiert worden. Diese Diskussion kann und soll hier nicht vollständig nachgezeichnet werden.⁶ Es muß reichen, einige Kernpunkte zu benennen.

Der historische Gesetzgeber hatte mit der Revision ein reines Rechtsbeschwerdeverfahren schaffen wollen: Die Revision sollte nur zur Nachprüfung *in jure* führen. Im Gegensatz zur Berufung sollte allein geprüft werden, ob dem unteren Gericht eine Verletzung des Rechts unterlaufen ist. Als nicht revisibel galten die tatsächlichen Feststellungen des Tatrichters und die Strafzumessung. Es lag in der Macht und der Verantwort-

ung des Tatrichters, hierüber abschließend zu befinden; in diese Freiheit konnte der Revisionsrichter nicht eingreifen.⁷ In einem voranschreitenden Prozeß, der seit den 1960er Jahren bemerkbar war, haben die *Senaten* die revisionsrechtliche Kontrolle auf die tatrichterlichen Sachverhaltsfeststellungen und auf die Strafzumessung ausgedehnt. Der Zugriff auf die Beweiswürdigung erfolgt dabei über die sog. Darstellungs- oder Feststellungsrüge.⁸ In bahnbrechenden Arbeiten wurde von *Fezer*⁹ gezeigt, daß der *BGH* über die (allgemeine) Sachrüge die tatrichterliche Beweiswürdigung kontrolliert: Vermittels der Verpflichtungen zu erschöpfender (lückenloser und umfassender) Gesamtwürdigung der in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise nimmt der *BGH* Zugriff auf die tatrichterlichen Feststellungen. Schon von *Fezer* wurde allerdings kritisch angemerkt, daß die alten Formeln dessen ungeachtet Verwendung finden, also Angriffe gegen die Beweiswürdigung unter Hinweis auf die beschränkte Funktion der Revision zurückgewiesen werden können. Dies ermögliche den *Senaten* laut *Fezer* ein »doppeltes Spiel« zu betreiben.¹⁰ Daran hat sich bis heute nichts geändert.¹¹

Parallel zu den geschilderten Prozessen der Erweiterung des Bereichs des Revisiblen läßt sich eine gegenläufige Entwicklung feststellen: Früher erfolgsträchtige Revisionen scheitern nunmehr nicht selten. Besonders deutlich wird dies bei Verfahrensrügen, die zunehmend an Bedeutung verlieren. Die Revisionsgerichte – so wurde von *Peters* schon vor mehr als 20 Jahren kritisiert – hätten geradezu »Abblock«-Mechanismen entwickelt, um Revisionen zurückzuweisen.¹² In ganz besonderer Deutlichkeit kämen diese bei der Handhabung der Beschlußverwerfungspraxis zum Tragen.¹³ Die Revision hat durch diese Entwicklungen einen erheblichen Wandel erfahren: Die Aufhebungen wegen der Verletzung von Verfahrensrecht sind sehr deutlich zurückgegangen,¹⁴ absolute Revisionsgründe spielen bei Aufhebungen fast keine Rolle mehr.¹⁵

b) Revision und Urteilsrüge

Der geschilderte Wandel im Revisionsrecht ist – auch wenn über Einzelfragen gestritten wird – im Grundsatz unbestreitbar. Er dürfte auch dem Gesetzgeber bekannt sein. Dies wird durch die Tätigkeit einer im Auftrag der Konferenz der Justizminister und -Senatoren eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe »Strafverfahrensreform« belegt, die 1975 einen Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen (DE-Rechtsmittelgesetz) vorgelegt hat. Dort wurde als

3 *BGH* NJW 99, 1562; vgl. dazu die zustimmenden Anm. von *Salditt*, *NSZ* 99, 420. bzw. *Fahl* JA 99, 925 sowie die kritische Stellungnahme von *Schwarz*, Die eigene Sachentscheidung des *BGH* in Strafsachen (§ 354 Abs. 1 StPO), 2002, S. 17 ff.

4 *Anders/Kutscher/Stoll*, Der Bialystok-Prozeß vor dem Bielefelder Landgericht 1965 – 1967; in: dies. (Hrsg.), *Bialystok in Bielefeld*, 2003, S. 76 ff.

5 Jedenfalls bis *RGSt* 37, 365; danach hat eine Relativierung stattgefunden; vgl. dazu *KMR* (Erstaufll., 1950), § 229 Rdnr. 5.

6 Vgl. nur *LR-Hanack*, vor § 333 Rdnr. 9 ff. m. w. N.

7 *Volk*, Strafprozeßrecht, 3. A., 2002, § 36 Rdnr. 1.

8 Die Entwicklung wird nachgezeichnet von *Detter*, Ausbau und Rechtskontrolle tatrichterlicher Beweiswürdigung und Strafzumessung; in: *Geiß* u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 679.

9 *Fezer*, Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen, 1975, S. 156 ff.

10 *Fezer*, Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? 1974, S. 52.

11 *Geppert* weist daraufhin, daß viele Revisionsentscheidungen »floskelhaft und fast gebetsmühlenartig« mit der Bestätigung beginnen, die Beweiswürdigung sei allein Sache des Tatrichters, »um dann im nächsten Satz« diese »Beweiswürdigung als rechtsfehlerhaft zu beanstanden«; *Geppert*, *Jura* 2004, 105 (113).

12 *Peters*, Justizgewährungspflicht und Abblocken von Verteidigungsvorbringen; in: *FS* f. *Dünneber*, 1982, S. 53 (63 ff.); neuere Entwicklungen schildert *Schlothauer*, *StraFo* 2000, 289, (290 f.; 293 f.).

13 Zur Kritik an der Praxis vgl. nur die Literaturnachweise bei *LR-Hanack*, § 349 Rdnr. 5 f. sowie *Fürstenau*, *StraFo* 2004, 38 ff.

14 *Barton*, Die Revisionsrechtsprechung des *BGH* in Strafsachen, 1999, S. 148.

15 In den Jahren 1992 – 1995 insgesamt 33 Aufhebungen; *Nack*, *NSZ* 1997, 151 (158, Grafik 18); die Tendenz ist seitdem weiter rückläufig.

neues Rechtsmittel die sog. Urteilsrüge vorgeschlagen.¹⁶ Sie sollte Elemente der klassischen Revision (§ 314 I DE-Rechtsmittelgesetz) mit der Möglichkeit der Überprüfung von tatsächlichen Feststellungen des Tatrichters verbinden. Zentral für die Begründetheit der nicht-klassischen Urteilsrüge sollten »schwerwiegende Bedenken« gegen die »Richtigkeit erheblicher Feststellungen« oder die Rechtsfolgenbestimmung sein. Schwerwiegende Bedenken könnten sich aus den Urteilsfeststellungen, aber auch aus den Akten ergeben. Die schwerwiegenden Bedenken sollten durchgreifen, wenn »bedenkenerweckende« Tatsachenfeststellungen¹⁷ vorlägen oder »erhebliche Einwände« gegen den Rechtsfolgenausspruch geltend gemacht werden könnten.¹⁸

Die Reform wurde seinerzeit gestoppt, weil man feststellte, daß die Revisionsgerichte schon von sich aus das betrieben, was vom DE-Rechtsmittelgesetz erst geschaffen werden sollte, nämlich die Kontrolle der tatrichterlichen Feststellungen.¹⁹ Man wollte die Revisionsgerichte in dem eingeschlagenen Weg nicht durch gesetzliche Kodifikationen behindern. Der seinerzeitige Bundesrichter *Willms* bezeichnete es gar als »Unding«, die vom *BGH* entwickelten Instrumentarien »auf einmal in das Prokrustesbett detaillierter Definitionen zwingen« zu wollen.²⁰

Wenn die Urteilsrüge im DE-Rechtsmittelgesetz von 1975 so etwas wie die Umschreibung der erweiterten Revision darstellte, so kann man das 1999 von einer sog. »Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes« konzipierte, ebenfalls Urteilsrüge genannte Rechtsmittel als Umschreibung der »abblockenden« Revision begreifen. Diese Kommission wurde im Auftrag der seinerzeitigen Bundesjustizministerin aktiv. Propagiert wurde ein völlig neues dreigliedriges Rechtsmittelsystem. Die zweite Instanz sollte dabei auf der Grundlage der genannten Urteilsrüge arbeiten. Es handelte sich dabei um einen Rechtsbehelf mit geringem Rechtsschutz für die Betroffenen, geradezu ein »Rechtsmittel extra light«.²¹ Es »sollte nach Auffassung der Strafrechtskommission unkompliziert, elastisch, prozeßökonomisch, informell und punktgenau ausgestaltet werden. Es sollte gleichzeitig weg von der Schwerfälligkeit mancher bisherigen Rechtsmittelverfahren führen zu einer prozeßökonomischen Art der Wahrheitsfindung«.²² Die Kommission sah eine »Fehlentwicklung« darin, daß wegen »eines vergleichsweise »kleinen« Fehlers« – worunter sie ausdrücklich die fehlerhafte Behandlung von Beweisanträgen oder Fehler bei der Öffentlichkeit bei Vereidigungsentscheidungen (also Verfahrensrechtsfehler, ja absolute Revisionsgründe) verstand – das Urteil aufgehoben werden sollte. Sie plädierte statt dessen für eine »flexible Behandlung möglicher Fehlerquellen«.²³ Der Sache nach lief das darauf hinaus, daß Verfahrensrechtsfehler vermittels einer »punktgenauen Fehlerkorrektur« ohne Folgen bleiben sollten; speziell sollte die Beruhensfrage bei relativen Revisionsgründen »praxis- und lebensnah zu behandeln sein«, also Wegführen von einer »theoretischen Beruhensfrage« und von einer Aufhebung aus formalen Gründen.²⁴ Auch die absoluten Revisionsgründe »sollten anders behandelt werden als nach bisherigem Recht«: Fehler sollten auch hier »im schriftlichen Verfahren« korrigiert oder die Revision mit der Begründung zurückgewiesen werden können, daß dieser Fehler »realiter keinen Einfluß auf die Schuld- oder Strafrage gehabt haben« könne.²⁵ Es verwundert nicht, daß die Kommission schließlich für eine Ausdehnung der Beschlußverwerfung eintrat.²⁶

Zur Kodifikation dieses Rechtsmittels ist es nicht gekommen, da sich im Gesetzgebungsprozeß herausstellte, daß die Ersetzung der Berufung durch die Urteilsrüge keinesfalls den erstrebten Zweck einer Entlastung der Justiz bewirken könnte.²⁷ Das bedeutet aber nicht, daß die hinter den Kodifikationsbemühungen stehenden Gedanken im luftleeren Raum gestanden hätten: Vieles von dem, was die Große Strafrechtskommission vorgeschlagen hat, wird nämlich jetzt schon so oder ähnlich praktiziert. Neben die klassische Revision ist klammheimlich die moderne Urteilsrüge getreten: Schwerwiegende Bedenken gegen ein Urteil können deshalb nicht nur zu dessen Aufhebung führen, sondern fehlende schwerwiegende Bedenken können auch gegen die Aufhebung sprechen. Oder – wie

es ein ehemaliger Bundesrichter formulierte – ein »goldrichtiges Urteil«²⁸ wird man nicht aufheben.

c) Neue Entscheidungsprogramme und notwendige Gestaltungsspielräume

Das Entscheidungsprogramm der klassischen Revision ist einfach und klar: Die Revision ist begründet, wenn das Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruht. Die Frage, ob das Gesetz verletzt ist, ist formal-abstrakt mit den Mitteln des Syllogismus' und der Begriffsjurisprudenz zu beantworten. Die Rechtsgewinnung versteht sich als Konditionalprogramm, hat also dem rückwärtsgewandten Wenn-Dann-Schema zu folgen: Wenn das Gesetz verletzt ist, und das Urteil darauf beruht, dann ist das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. Die Anlegung dieses Schemas erlaubt eindeutige Ergebnisse (ja oder nein). Die Revision baut dabei auf einer strikten Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht auf: Nur für die Einhaltung des Rechts ist der Revisionsrichter zuständig; Verantwortung für die Findung der materiell richtigen Entscheidung trägt er nicht.

Das Entscheidungsprogramm der modernen Revision ist demgegenüber kompliziert und weniger klar: Das Prinzip, daß das Revisionsgericht nicht auf die Tatfrage zugreifen dürfe, ist disponibel geworden. Die Fragen, wann und weshalb von der Darstellungskontrolle oder vom Abblocken Gebrauch gemacht wird, läßt sich nicht mehr mit dem geschriebenen Gesetz beantworten. Ganz allgemein sind die Kriterien für die Beantwortung der Frage, wann ein Urteil aufzuheben ist, vielschichtig und weich geworden. Das Konditionalprogramm ist durch zusätzliche Kautelen angereichert worden. Möglicherweise findet sogar gelegentlich ein Zweckprogramm (also eine zukunfts-gewandte Entscheidung, um ein bestimmtes Ergebnis zu erreichen) Anwendung. Auch die Verantwortung des Revisionsrichters ist gewachsen: Er trägt sie jetzt für die Richtigkeit der tatsächlichen Feststellungen und für die Rechtsfolgenbestimmung.

Die gegenwärtige Revisionspraxis stellt sich damit unter dem Strich so dar: Die klassische Revision ist nach wie vor möglich, und sie wird namentlich als materiellrechtliche Subsumtionsrüge von den *Senaten* praktiziert. Möglich ist aber auch der Zugriff auf die tatrichterliche Beweiswürdigung und Strafzumessung; der Zugriff ist aber keinesfalls zwingend. Möglich ist ferner ein Zurückweisen früher erfolgsträchtiger Revisionen. Das bedeutet: Es gibt jetzt für Revisionsrichter durch die neuen Zugriffs- und Abblockmöglichkeiten überschneidende Bereiche,²⁹ in denen ein Urteil aufgehoben werden kann, aber nicht muß. Es sind dadurch Grauzonen entstanden, in denen – bei gleicher Sachlage – unterschiedliche Ergebnisse möglich werden. Für die Revisionsgerichte haben sich damit erhebliche Gestaltungs- und Ermessensspielräume eröffnet.

16 Auf Vorläufer dieser Urteilsrüge während der Weimarer Republik und in der Nazi-Zeit weist *Fezer*, Reform der Rechtsmittel in Strafsachen, 1974, S. 45 ff. hin.

17 Bund-Länder-Arbeitsgruppe »Strafverfahrensreform«, DE-Rechtsmittelgesetz, 1975, S. 77.

18 A. a. O., S. 80.

19 Der 52. Deutschen Juristentag (1978) votierte entsprechend für eine »innere (richterliche)« Reform und nicht für eine gesetzliche; vgl. *Peters*, Der Wandel im Revisionsrecht, in: FS f. Schäfer, 1980, S. 137 (138).

20 *Willms*, JR 1975, S. 52 (53).

21 *Barton*, Rechtsmittel extra light; in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Justizreform 2000 – Kurzer Prozeß mit neuen Mitteln? 24. Strafverteidigertag (2000), 2002, S. 214.

22 Kommissionsentwurf, 1999, S. 26.

23 Kommissionsentwurf, a. a. O., S. 19 f.

24 Kommissionsentwurf, a. a. O., S. 28.

25 Kommissionsentwurf, a. a. O., S. 29.

26 Kommissionsentwurf, a. a. O., S. 40.

27 Vgl. Gutachten des Max-Planck-Instituts: *Becker/Kinzig* (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, Bd. 2: Empirischer Teil, 2000, S. 210.

28 *Barton* (Fn. 14), S. 261 ff.

29 *Nack* sieht einen gewissen »Spielraum«, der es dem Tatrichter ermöglichte, eine »gerechte Einzelfallentscheidung zu treffen«; *Nack*, Gewährleistung der Rechtskultur durch das Revisionsgericht; in: FS f. Rieß, 2002, S. 361 (363).

d) Richterrecht, Materialisierung des Strafrechts, Anwendungsregeln

Die Entwicklung der Revisionsrechtsprechung basiert auf Richterrecht. Auch wenn die Loslösung vom geschriebenen Recht im Bereich der Revision besonders auffällig ist,³⁰ läßt sie sich doch in einen allgemeinen Trend einfügen. Die Überschrift, die jüngst über einem ZRP-Rechtsgespräch stand, macht dies deutlich; sie lautete: »Die Bedeutung des Richterrechts hat zugenommen«.³¹ Die Ursache hierfür dürfte wiederum in einem noch allgemeineren Trend liegen, nämlich der Materialisierung des Rechts.

Die formale Rationalität, die das Recht im 19. Jahrhundert auszeichnete,³² ist im 20. Jahrhundert einer materialisierten gewichen: Im modernen Sozial-, Interventions- und »Schutzstaat«³³ ändert sich auch das Strafrecht und mit ihm die Rechtsprechung; sie wendet sich von einer formal- und begriffsjuristisch-betrachtungsweise hin zu einer materialen.³⁴ Die Verheißungen des materialisierten Rechts bestehen in der besseren Einbindung des Rechts in die Gesellschaft sowie in einer stärkeren Berücksichtigung der Rechtsfolgen.³⁵ Die Rechtsanwendung wird zunehmend durch Entscheidungskriterien bestimmt, die sich am konkreten Fall orientieren; die Rechtsprechung wird »partikularisiert«.³⁶ Das eröffnet den Beteiligten ein Abstreifen der Fesseln formalisierter Strafverfahren und formaler Sanktionsformen; die einen erhoffen sich davon die Verminderung von Stigmatisierung und der unerwünschten Nebenfolgen von Strafen, die anderen erwarten eine größere Effektivität der Strafverfolgung.³⁷ Es versteht sich fast von selbst, daß gerade die Revision aufgrund ihrer abstrakt-formalistischen Enge den Interessen an materialer Gerechtigkeit in besonderer Weise im Wege stehen kann, zwingt sie doch zuweilen dazu, ein Urteil zu bestätigen, dessen materiale Unrichtigkeit naheliegend bzw. dessen Richtigkeit zumindest aus Richtersicht zweifelhaft erscheinen kann.³⁸

Die Ersetzung und Überlagerung des geschriebenen Rechts durch Richterrecht betrifft ganz unterschiedliche Bereiche. Da ist zum einen der Bereich der offenen *Fortbildung des Rechts*. Es gehört zu den anerkannten Aufgaben des *BGH* (§ 132 IV GVG), neuen Entwicklungen und geänderten Anforderungen an die Strafrechtspflege durch entsprechende Auslegung der geltenden Gesetze Rechnung zu tragen.³⁹ Die Notwendigkeit der Fortbildung des Gesetzes ergibt sich nicht selten aus unzureichenden, vagen und ausfüllungsbedürftigen neuen Gesetzen. Charakteristisch für diese Art der Entwicklung neuen Rechts ist, daß sie offen und häufig geradezu spektakulär verläuft, der *BGH* also ausdrücklich auf die Änderung des Rechts hinweist (auf sie aufmerksam macht und sie in der amtlichen Sammlung abdruckt).⁴⁰ Über die Richtigkeit der jeweiligen Rechtsfortbildungen läßt sich streiten und wird auch heftig gestritten; das ändert aber nichts daran, daß diese vom Revisionsrichter vorgenommene Form der Abkopplung vom geschriebenen Gesetz unter den Gesichtspunkten des Gesetzesbindungspostulats und der Rechtssicherheit relativ unproblematisch ist: Die Loslösung erfolgt nämlich offen; das neue Recht wird sichtbar. Die Betroffenen müssen die richterrechtliche Neuerung im Einzelfall nicht begrüßen, aber sie können sich mehr oder weniger darauf einstellen. Und wichtig: Die Abkopplung vom Gesetz bezieht sich nicht auf die Normen für die eigene Tätigkeit, betrifft nur die Regeln für das Verhalten Dritter.

Das stellt sich bei der *richterrechtlichen Fortentwicklung des Revisionsrechts* anders dar. Der *BGH* kreierte hier nämlich nicht neue Regeln für die Bewertung fremden Verhaltens, sondern ändert seine eigenen Betriebsregeln. Im vorangehend geschilderten Bereich ging es um materiell- oder verfahrensrechtliche Regeln, die auf den Bürger oder die Verfahrensbeteiligten zugeschnitten sind und deren Einhaltung der *BGH* kontrollieren soll. Hier geht es dagegen um die spezifischen Regeln für das Revisionsgericht selbst, also die Normen, wel-

che die Tätigkeit des Revisionsrichters steuern sollen und die Bindung des Revisionsrichters an das Gesetz betreffen. Man könnte diese auch als »Diskursregeln« bezeichnen, also solche Normen, die für die spezifischen revisionsrechtlichen Fragen von zentraler Bedeutung sind.

Die Entwicklung in diesem Bereich erfolgt nicht so spektakulär wie die offene Rechtsfortbildung, sondern eher schleichend, unausgesprochen und unter der Hand. Als Beispiele hierfür können die oben genannten umfassenden Entwicklungen herangezogen werden (also Darstellungskontrolle und abblockende Tendenzen), zudem auch kurzfristigere Trends der Revisionssenate. Die Problematik dieser richterrechtlichen Fortentwicklung des Revisionsrechts liegt auf der Hand: Der Revisionsrichter, der sich von den Gesetzen löst, die seine eigene revisionsrichterliche Entscheidungstätigkeit normieren sollen, entschlüpft seiner Rolle als reiner Rechtsanwender – er wird zum Rechtssetzer. Das wirft nicht nur Fragen der Gewaltenteilung auf, sondern führt auch zu praktischen Rechtsunsicherheiten.

Verteidiger, die ihr Revisionshandwerk professionell oder sogar clever ausüben wollen, versuchen diese neuen Regeln zu erfassen. In zahlreichen Fortbildungsveranstaltungen, Praktikertagungen und Publikationen wird systematisch die Hoffnung genährt, als sei dies möglich: Man müsse nur den neuesten Trend der Senate erkennen, dann werde man schon Erfolg haben. Verteidiger, die darauf setzen, könnte aber möglicherweise das gleiche Schicksal ereilen wie den Hasen beim Wettkampf mit den Igel, nämlich daß sie immer zu spät kommen, weil die gesuchten Regeln disponibel sind und zurückgenommen werden könnten.

Damit wird das Feld für eine dritte Form von Regeln eröffnet, nämlich für sog. *Anwendungsregeln*. Dieser Begriff bedarf kurzer Erläuterung. Die Kriminalsoziologie⁴¹ differenziert zwischen Regeln und Metaregeln: Erstere stellen die Gesetze und andere offizielle Normen dar; dahinter stünden jedoch verborgene, inoffizielle und »außerrechtliche« Metaregeln (wie z. B. *Judiz*, *Intuition*, *Berufserfahrung des Richters*),⁴² die faktisch bestimmten, welche offiziellen Normen zum Einsatz kämen. Es gebe also eine Diskrepanz zwischen »law in books« und »law in action«, zwischen der offiziellen Darstellung einer Entscheidung und ihrer tatsächlich wirksamen Herstellung.⁴³ Man könne insofern zwischen einem formellen und einem in-

30 *Dahs* spricht davon, daß die Entwicklung der Sachrüge im Strafverfahren ohne Beispiel sei; *Dahs/Dahs*, *Die Revision im Strafprozeß*, 6. A., 2001, Rdnr. 3.

31 *Hirsch/Gerhard*, ZRP 2004, 29.

32 Beschrieben von *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. A., 1976, S. 387 ff.

33 *Hesse*, *Der Schutzstaat* 1994.

34 *Albrecht*, *KritVJ* 1988, 184; *Savelsberg*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1989, 1 (2); Tendenzen der Materialisierung der Revisionsrechtsprechung des Reichsgerichts lassen sich schon in der Weimarer Republik feststellen; vgl. *Pauli*, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, 1992, S. 40, 45, 241.

35 *Savelsberg* a. a. O. (Fn. 34), S. 6.

36 *Savelsberg*, a. a. O., S. 4; die Partikularisierung tritt besonders deutlich in den regionalen Unterschieden bei der Strafzumessung hervor.

37 *Savelsberg*, a. a. O., S. 17 f.

38 *Fezer* a. a. O. (Fn. 9), S. 181; vgl. auch den Hinweis von *Fezer* a. a. O. (Fn. 10), S. 45 auf den E-39, wonach »vermieden werden« solle, »daß sachlich ungerechte Urteile bestätigt werden müßten.«

39 *KK-Kuckein*, vor § 333, Rdnr. 3.

40 Als Beispiele hierfür können genannt werden: Die Entwicklung und spätere Aufgabe der Figur der fortgesetzten Handlung (*BGHSt* 40, 138), die sog. Rechtsfolgenlösung bei Mord (*BGHSt* 30, 105), die Widerspruchslösung bei Verwertungsverboten (*BGHSt* 38, 14), die Figur des Täters hinter dem Täter (*Organisationsherrschaft*, *BGHSt* 40, 218).

41 In Deutschland namentlich *Sack*, *Neue Perspektiven in der Kriminologie*; in: *Sack/König* (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*, 3. A., 1979, S. 431.

42 *Langer*, *Staatsanwälte und Richter*, 1994, S. 92. Diese Tiefengrammatik versetze den Richter in die Lage, die Rechtsnorm so anzuwenden, daß er ein »gerechtes Urteil« verhängt.

43 Vgl. dazu *Hassemer*, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. A., 1990, S. 116 ff.; *Lautmann*, *Justiz – die stille Gewalt*, 1972 S. 175 ff.

formellen Entscheidungsprogramm⁴⁴ unterscheiden, einem ersten und einem zweiten Code der Rechtsprechung.⁴⁵

Die Justizforschung hat zahlreiche Anwendungsregeln beschrieben, die bei der Berufstätigkeit von Polizeibeamten, Staatsanwälten, Verteidigern und Tatrichtern zum Tragen kommen.⁴⁶ Insofern darf man davon ausgehen, daß es auch ein informelles Entscheidungsprogramm der Revisionsrechtsprechung gibt. Die Problematik, auf die es hier hinzuweisen gilt, liegt nicht primär darin, daß es einen zweiten Code für Revisionsrichter gibt, sondern darin, wie dieser sich auswirkt, nämlich so, daß durch den beschriebenen Wandel im Revisionsrecht der Graben zwischen den beiden Codes vertieft wurde: Bei der klassischen Handhabung der Revision stellen außerrechtliche Entscheidungskriterien eine Panne dar; die Ableitung der Entscheidung sollte allein aufgrund des offiziellen Entscheidungsprogramms möglich sein. Bei der gewandelten Revision sind außerrechtliche Entscheidungskriterien dagegen aufgewertet worden: Durch die Öffnung des Entscheidungsprogramms und die dadurch bedingte Möglichkeit divergierender Verfahrensergebnisse wird die Ableitung der konkreten Revisionsentscheidung aus dem geschriebenen Recht allein erschwert. Was vorher Störfaktor war, wird zunehmend konstitutiv für die Entscheidungsherleitung.

3. Statistisch feststellbare Effekte der modernen Revisionsrechtsprechung

Wenden wir uns nun der Frage zu, wie die Gestaltungsspielräume tatsächlich genutzt werden: Wie wirkt sich das Bemühen um materiale Gerechtigkeit in der Praxis aus? Wann greift die Urteilsrüge; wann haben Revisionsrichter schwerwiegende Bedenken? Wann ist ein Urteil »goldrichtig«? Gibt es spezifische Anwendungsregeln?

Man könnte daran denken, hierauf juristisch-dogmatische Antworten zu geben, also einzelne veröffentlichte Entscheidungen des *BGH* zu untersuchen. Eine derartige Vorgehensweise griffe allerdings für das gegebene Erkenntnisinteresse zu kurz, da zum einen nur ein relativ geringer Teil der *BGH*-Entscheidungen mit Gründen versehen und damit auswertbar ist. Es sind dies gerade einmal 20 Prozent aller Entscheidungen; vier Fünftel der Revisionen müßten bei einer solchen Betrachtung unberücksichtigt bleiben. Zum anderen wäre es auch kein erfolversprechender Ansatz, Anwendungsregeln zu beschreiben, da diese in den Entscheidungsgründen gerade nicht thematisiert werden. Deshalb wird hier ein anderer Weg eingeschlagen und es werden empirisch-statistische statt dogmatische Antworten gegeben; dabei werden aber alle Revisionen – auch die erfolglosen – zu betrachten sein.

a) Revisionserfolge und deren Kriterien

Die Bemühungen um materiale Gerechtigkeit – so ist zu vermuten – dürften am deutlichsten in den Erfolgsquoten⁴⁷ von Revisionen zum Ausdruck kommen. Werfen wir deshalb einen Blick auf einige weniger bekannte Zusammenhänge.⁴⁸

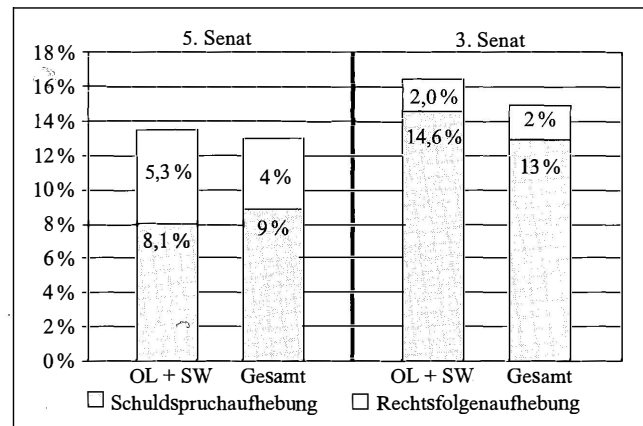
Die präsentierten Daten basieren auf einer eigenen rechtstatsächlichen Untersuchung der Revisionsrechtsprechung des *BGH* in Strafsachen. Dabei wurden zum einen alle in den Jahren 1981 bis 1996 (außer 1989) vom *BGH* entschiedenen Fälle aufgrund der dort geführten Zählkarten ausgewertet. Hierbei handelt es sich um insgesamt 67 070 Revisionen. Zum anderen wurden insgesamt 337 Revisionsakten – mit mehr Variablen als bei den Zählkarten (nämlich 98 statt 27) – untersucht.⁴⁹

aa) Erfolgsquoten und Senate

Die Erfolgsquoten von Revisionen variieren erheblich zwischen den einzelnen Senate. In einzelnen Jahren war die Chance eines Revisionserfolgs vor dem einen Senat (*2. Senat*) mehr als dreimal so groß wie vor dem anderen (*5. Senat*);⁵⁰ auch wenn sich die Unterschiede nicht immer so deutlich wie in diesen Jahren zeigen, bleiben sie sichtbar. Ob die Unterschiede in den Erfolgsquoten und in den Erledigungsformen Ausdruck unterschiedlicher Bewertungsmaßstäbe der einzelnen Senate sind – und damit Hinweise auf eine divergente Ausfüllung von Gestaltungsspielräumen dar-

stellen –, ist damit noch nicht gesagt. Man könnte die Differenzen auch als Reaktion auf unterschiedliche Ausgangsbedingungen ansehen, und sie derart interpretieren, daß in den jeweiligen Bezirken die Tatgerichte zu unterschiedlichen Fehlern neigten oder die Revisionsführer abweichende Revisionsrügen erheben würden; kurz: Nicht die einzelnen Senate würden für den Output heterogene Kriterien anlegen, sondern der Input der Senate wäre unterschiedlich.

Ein 1991 erfolgter Wechsel der Zuständigkeit für Revisionen aus den Bezirken des *OLG Oldenburg* und des *OLG Schleswig* vom 5. auf den 3. Strafsenat ermöglicht eine Überprüfung dieser Thesen. Man darf mit guten Gründen davon ausgehen, daß die Ausgangsbedingungen sich durch den Zuständigkeitswechsel nicht wesentlich verändert haben. Insgesamt geht es dabei um 2 734 Revisionen.⁵¹



Grafik 1: Verfahrensende von Revisionen aus den OLG-Bezirken Oldenburg und Schleswig

Die beiden linken Säulen in der Grafik stellen die Erfolgsquoten für den 5. Senat dar, und zwar zum einen (ganz links) die vom 5. Senat entschiedenen Fälle aus den *OLG Oldenburg* und *Schleswig* sowie zum anderen die gesamten vom 5. Senat in den Jahren 1981 bis 1996 entschiedenen Revisionen; dabei wird in der Darstellung zwischen den Aufhebungen getrennt, die auch den Schuldspruch betreffen und solchen, die nur die Rechtsfolgenbestimmung erfassen. Die beiden rechten Säulen verkörpern das gleiche für den 3. Senat. Dabei zeigt sich: Die Muster der Bewältigung der Revisionen aus den Bezirken des *OLG Oldenburg* und des *OLG Schleswig* ähneln den allgemeinen Mustern der Revisionserledigungen durch die Senate. Das betrifft zum einen die Gesamterfolgsquote, zum anderen aber auch die spezifische Aufteilung in Aufhebungen, die den Schuldspruch und solche, die den Rechtsfolgenauspruch betreffen. Trotz gleichen Inputs kommt es zu ungleichem Output. Es gibt offenbar senatsspezifische Erledigungsmuster für die Bewältigung der Revisionseingänge. Was bei dem einen Senat zu einem Erfolg führt, muß dies bei dem anderen noch lange nicht.⁵²

bb) Erfolgsquoten und Vorsitzende

Wie ein Wechsel in der Zuständigkeit der Senate die Möglichkeit eröffnet, senatsspezifische Erledigungsmuster zu untersuchen, kann der Übergang im Vorsitz eines Senats Gelegenheit zur Überprüfung bieten, ob dies Auswirkungen auf die Erfolgsquoten von

44 So schon *Lautmann*, a. a. O., S. 17 ff.; später *Hassemer*, StV 1982, 377.

45 *McNaughton-Smith*, Der zweite Code; in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Bd. 1, 1975, S. 197 ff.; dazu *Langer*, a. a. O. (Fn. 43), S. 96.

46 Sie bringen die Gefahr der Dominanz administrativ-bürokratischer Grundstrukturen mit sich; vgl. *P-A Albrecht*, Kriminologie, 2. A., 2002, S. 201 f.

47 Zur Definition von Revisionserfolgen vgl. *Barton*, a. a. O. (Fn. 14), S. 51 ff. (53).

48 Bekannt ist dagegen die Bedeutung des Beschwerdeführers: Revisionen, die von Staatsanwaltschaften stammen, haben eine ungleich höhere Erfolgsquote (nämlich 58 Prozent) als Angeklagtenrevisionen (12 Prozent). Die Daten stammen vom Generalbundesanwalt, vgl. dazu Fn. 59 sowie ergänzend *Barton*, a. a. O. (Fn. 14), S. 131 ff.

49 Zu den Quelldaten vgl. *Barton*, a. a. O., S. 19 ff.

50 *Barton* a. a. O., S. 62 ff. (65).

51 Sonderzuständigkeiten des 3. (Staatsschutzdelikte) bzw. 5. Senats (Steuerstrafsachen) wurden berücksichtigt.

52 So auch *Detter*, a. a. O. (Fn. 8).

Revisionen hat. Untersucht wurde hier der Übergang im Vorsitz des 2. *Senats* von *Herdegen* auf *Jähnke*, der 1991 erfolgte. Es ergaben sich dabei die folgenden Ergebnisse:

Erklärende Variable 7 994 Fälle	Ausprägungen	Effekt auf den Revisionserfolg		Pseudo-R ²
		β	e^{β}	
Senatsvors.	(1) Herdegen (0) Jähnke	0,64	1,89	0,015

Tabelle 1: Senatsvors. und Revisionserfolg (Angeklagtenrevisionen, 2. *Senat*)⁵³

Zur Interpretation der Daten: Es handelt sich um eine sog. logistische Regressionsanalyse, die es ermöglicht, statistische Zusammenhänge zwischen einer oder mehreren Variablen darzustellen (hier: zwischen Revisionserfolg und Senatsvorsitzendem). Der Effekt auf den Revisionserfolg wird dabei durch den β -Wert bzw. durch e^{β} dargestellt. Der β -Koeffizient mißt den Einfluß der erklärenden Variable (hier: Vorsitzender) auf die zu erklärende Variable (hier: Verfahrensende). Der Effektkoeffizient (e^{β}) gestattet eine verbal anschaulichere Interpretation. Der letzte Wert belegt, daß Angeklagtenrevisionen unter dem Vorsitz von *Herdegen* eine fast doppelte so hohe Erfolgsquote hatten – nämlich 1,89 – als unter seinem Nachfolger.

Genau der gegenteilige Effekt ist bei StA-Revisionen festzustellen: Unter *Jähnke* waren sie fast doppelt so häufig erfolgreich ($\beta = -0,52$; $e^{\beta} = 0,60$). Die Erfolgsquoten von Angeklagten- und StA-Revisionen verlaufen also entgegengesetzt; die Schere klafft auseinander.⁵⁴

cc) Statistisches Erklärungsmodell für Revisionserfolge

Die vorangegangenen Daten basierten auf der Analyse von Zählkarten. Daneben kann aber auch auf eigene Aktenanalysen zurückgegriffen werden. Letztere basieren zwar auf deutlich weniger Fällen als die Zählkartenauswertungen (nämlich im folgenden Modell auf insgesamt 126 Revisionen im Jahre 1994 vor dem 2., 3. und 4. *Senat*), dafür konnten hier weitaus mehr Erfolgskriterien gemessen werden (abgestellt wurde nämlich auf 98 Variablen). Alle diese 98 Variablen wurden dabei nicht nur für sich gemessen, sondern auch in ein Modell integriert, um zu prüfen, welche unter dem Strich durchgreifen. Dies ist mit einer sog. multivariaten logistischen Regressionsanalyse möglich. Dabei stellten sich letztlich nur sechs Variablen als maßgeblich dar.⁵⁵ Am wichtigsten ist der Revisionsantrag des GBA. Wenn der GBA nicht Verwerfung, sondern Termin oder Aufhebung beantragt, ist die Chance eines Revisionserfolgs 16,5 mal höher. Am zweitwichtigsten erweist sich der Umstand, wie sich der Angeklagte in der Hauptverhandlung verhalten hat; wenn er geschwiegen oder umfassend geleugnet hat, ist die Erfolgsquote 3,7 mal höher als bei Geständnissen oder Teilgeständnissen. An dritter Stelle steht eine etwaige Vorstrafe des Angeklagten: Ist er nicht vorbestraft, hat er eine 3,4 mal höhere Erwartung eines Revisionserfolgs. Die weiteren drei Faktoren treten in ihrer Bedeutung dagegen deutlich zurück und sind auch für sich allein jeweils statistisch gesehen nicht signifikant: Es sind dies die Dauer der Hauptverhandlung (bei mehr als drei Sitzungstagen erhöhte Aufhebungsquoten), der Umstand, ob in der Revisionsbegründung eine Rüge spezifiziert wurde (dann war eine 1,6 mal höhere Aufhebungsquote zu verzeichnen als bei Revisionen, die nur die allgemeine Sachrüge enthielten) und schließlich kommt auch dem Umstand eine geringe Bedeutung zu, ob ein reiner Wahlverteidiger oder bestellter Verteidiger auftrat (bei einem »Wahlpflichtverteidiger« war die Erfolgsquote dagegen leicht verringert).

Dieses statistische Erklärungsmodell belegt zuallererst die immense Bedeutung, die dem Antragsverhalten des GBA für einen Revisionserfolg zukommt. Daneben erweisen sich Umstände als bedeutsam, die im Revisionsrecht nichts zu suchen haben: Es ist schlechterdings nicht begründbar, warum Verfahren gegen nicht vorbestrafte Angeklagte viel häufiger erfolgreich verlaufen; wieso sollten Richtern hier seltener Fehler un-

terlaufen als bei Vorbestraften? Diese Diskrepanz wird noch dadurch vertieft, daß die Frage, ob die Revision nur pauschal erhoben wurde oder dort etwas spezifiziert wurde, dem gegenüber deutlich zurücktritt. Und schließlich ist es geradezu erschreckend, daß das vorliegende statistische Erklärungsmodell eine relativ sichere Prognose über den Ausgang des Revisionsverfahrens gestattet,⁵⁶ ohne daß Berücksichtigung fände, welche konkreten Rechtsfehler in der Revisionsbegründungsschrift gerügt wurden. Anders formuliert: Man kann sich als Revisionsführer unter Rückgriff auf Variablen wie die Vorbelastung des Angeklagten und dessen Aussageverhalten ausrechnen, ob die Revision erfolgreich sein wird.

b) Administrative Anwendungsregel: die Antragspraxis der Bundesanwälte

Die Bemühungen um materiale Gerechtigkeit dürften – so ist zu vermuten – nicht erstmalig in der Revisionsentscheidung, sondern schon in deren Vorlauf, also bei Revisionsbegründungen und der Vorbereitung der Senatsentscheidung durch den GBA zum Ausdruck kommen. Wenden wir uns deshalb dem GBA zu.

Das Gesetz sieht vor, daß über Revisionen entweder durch Urteil oder durch Beschluß entschieden wird. Das Urteil stellt den gesetzlichen Normalfall dar; hiervon kann abgewichen werden, wenn die Revision unzulässig (§ 349 I StPO), ferner dann, wenn sie offensichtlich unbegründet (§ 349 II StPO) und schließlich auch dann, wenn eine zugunsten des Angeklagten eingelegte Revision begründet ist (§ 349 IV StPO). Es stellt eine Konstante der modernen Revisionsrechtsprechung dar, daß der größte Teil der Revisionen als offensichtlich unbegründet gemäß § 349 II StPO behandelt wird.⁵⁷ Mehr als 85 % aller Revisionen ereilt dieses Schicksal; etwa 80 % ergehen dabei ohne jede inhaltliche Begründung durch die Senate, etwa 5 % werden als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen, aber mit Entscheidungsgründen versehen. Revisionskenner und Praktiker gehen davon aus, daß die Vielzahl der begründungslosen Entscheidungen dem BGH ermöglicht, den anfallenden Revisionen effektiv zu begegnen.⁵⁸

Die Beschlußverwerfung als offensichtlich unbegründet gemäß § 349 II StPO setzt u. a. voraus, daß die Staatsanwaltschaft beim Revisionsgericht einen entsprechenden Antrag gestellt hat (§ 349 III StPO). In den offiziellen Statistiken finden sich keine Angaben zu Verwerfungsanträgen; es liegen aber Zahlen für das Jahr 1999 für die Anträge des GBA vor.⁵⁹

Antrag des GBA	N	Prozent
§ 349 I StPO	35	0,95 %
§ 349 II StPO	3 443	93,92 %
§ 349 II und IV StPO	128	3,49 %
§ 349 IV StPO	34	0,93 %
Terminsantrag	26	0,71 %
Summe	3 666	100,00 %

Tabelle 2: Anträge des GBA bei Angeklagtenrevisionen

53 Quelle: *Barton*, a. a. O. (Fn. 14), S. 247. Die Quelldaten basieren auf den vom BGH geführten Zählkarten.

54 Ähnliche Differenzen lassen sich auch bei anderen Wechslen im Senatsvorsitz feststellen, vgl. dazu *Barton*, a. a. O., S. 204.

55 Vertiefend *Barton*, a. a. O., S. 255 f.; zur logistischen Regressionsanalyse im allgemeinen S. 242 ff.

56 Pseudo-R²-Wert von 0,3; vgl. *Barton*, a. a. O. (Fn. 14), S. 255 f. und S. 281 f.

57 So schon *Meyer*, StV 1984, S. 222 (226 f.).

58 *Rieß*, Gedanken zum gegenwärtigen Zustand und zur Zukunft der Revision in Strafsachen; in: FS f. Hanack, S. 397 (416).

59 13 »sonstige« Anträge des GBA (speziell zu Wiedereinsetzungen) werden an dieser Stelle nicht berücksichtigt. Die Zusammenstellung der Zahlen basiert auf Grunddaten, die der GBA im Zuge einer Verfassungsbeschwerde zusammengestellt hat, später wurden vom GBA freundlicherweise weitere Daten mitgeteilt. Laut Auskunft des GBA hat es seit 1999 keine maßgeblichen Änderungen gegeben.

Bei Angeklagtenrevisionen wird in fast 94 % der Fälle beantragt, die Revision als offensichtlich unbegründet zu verwerfen. In 3,49 % erfolgt ein Antrag, die Revision »kombiniert« als teilweise offensichtlich unbegründet, teilweise begründet zu verwerfen. Diese »kombinierten Anträge« basieren nicht nur auf einer problematischen richterrechtlichen Fortbildung des Rechts »praeter legem«⁶⁰ sie bedeuten in der Sache auch regelmäßig einen vollen Revisionsmißerfolg, gestatten den Senaten jedenfalls, die Revision insgesamt als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen.⁶¹ In mehr als 98 % zielen die Anträge des GBA damit auf eine Zurückweisung der Revision als (auch) offensichtlich unbegründet oder unzulässig. In weniger als 1 Prozent wird dagegen Termins Antrag gestellt. Ganz anders stellt sich dies bei Staatsanwaltschaftsrevisionen dar: Hier wird immer Termins Antrag gestellt (konkret: bei allen 142 im Jahr 1999 vom BGH entschiedenen Fällen). In der gesamten Geschichte des Bundesgerichtshofs hat es offenbar nur einen einzigen Antrag seitens des GBA gegeben, eine StA-Revision gemäß § 349 II StPO zu behandeln. Termins Anträge werden vom GBA selbst dann gestellt, wenn die Bundesanwälte die Revision für offensichtlich unbegründet halten. Zwar versuchen sie, in derartigen Fällen die örtliche Staatsanwaltschaft zur Rücknahme zu bewegen; aber wenn dies nicht gelingt, wird gleichwohl Termins Antrag gestellt. Begründet wird diese Verfahrensweise mit ständiger Übung und Absprachen mit den Generalstaatsanwälten. Diese würden aus Gründen des Ansehens Wert darauf legen, daß deren Revisionen nicht offensichtliche Unbegründetheit bescheinigt werde. Von den Bundesanwälten wird selbst dann so verfahren, wenn es sich um gegenläufige Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten in derselben Sache handelt.

In diesem Zusammenhang ist zu diskutieren, ob StA-Revisionen durch die Terminsberaumung einen höheren Rechtsschutz genießen und es bedarf der Erklärung, warum nur das Ansehen von StA-Revisionen – nicht aber von Beschuldigtenrevisionen – schutzwürdig ist. Dies kann hier nicht vertieft werden. Festzuhalten ist statt dessen, daß an die Stelle des gesetzlichen Entscheidungsprogramms eine administrative Anwendungsregel getreten ist. Sie stellt nicht darauf ab, ob eine Revision offensichtlich unbegründet ist oder nicht, sondern ersetzt – jedenfalls bei StA-Revisionen – das gesetzliche Entscheidungsprogramm durch eine Orientierung am Beschwerdeführer. Ungeachtet des rechtlichen Gehalts der Revision wird bei StA-Revisionen stets Termins Antrag gestellt; das Gesetz ist damit an die zweite Stelle gerückt.

Die administrative Anwendungsregel wird von den Senaten nicht korrigiert; es läßt sich vielmehr feststellen, daß Revisionshauptverhandlungen heutzutage fast nur noch bei StA-Revisionen erfolgen. Im Jahre 1999, auf das sich die o. g. Zahlen zu den Anträgen des GBA beziehen, hat es laut BGH-Statistik (die nicht Revisionen, sondern Verfahren zählt) insgesamt 190 Verfahren gegeben, in denen Revisionshauptverhandlungen erfolgten; diese bezogen sich auf 142 StA- und 96 Angeklagtenrevisionen. Im Jahre 2003 wurden demgegenüber nur noch 158 Verfahren mit Hauptverhandlungen gezählt. Das stellt nicht nur einen historischen Tiefstand dar,⁶² sondern läßt darauf schließen, daß, wenn die Zahl der staatsanwaltlichen Revisionen seit 1999 nicht zurückgegangen sein sollte,⁶³ heutzutage eine Hauptverhandlung bei einer Angeklagtenrevision geradezu einen Betriebsunfall darstellt.

4. Diskussion

Die empirisch-statistische Betrachtung der modernen Revisionsrechtsprechung hat Zusammenhänge aufgezeigt, die es im Rechtsmittelrecht nicht geben sollte: Die Aufhebung eines Urteils darf nicht von der »Zufälligkeit« abhängen, welcher Senat und welcher Senatsvorsitzende darüber befindet; und die Vorbelastung des Beschuldigten sollte nicht maßgeblich dafür sein, ob das gegen ihn verhängte Urteil Bestand hat oder nicht. Die Ungleichbehandlung von StA- und Angeklagtenrevisionen durch den GBA hat keinen legitimen Platz im Rechtsmittelverfahren. Es muß schließlich nachdenklich stimmen, daß sich mit wenigen Variablen – zu denen nicht die Revisionsbe-

gründung gehört – ein Revisionserfolg wahrscheinlich genauer prognostizieren läßt, als dies in Kenntnis der Revisionsbegründungsschrift möglich wäre.

Wenn diese Zustandsbeschreibung richtig ist, wenn also die Materialisierung des Strafrechts dazu führt, daß an die Stelle des formalen Rechts Subjektivismen und Zufälligkeiten treten, dann befindet sich die Revisionsrechtsprechung auf dem falschen Weg.

a) Auf dem Weg nach Pappenheim?

Der Berliner Strafverteidiger *Stefan König* hat den Begriff des Pappenheimer-Syndroms geprägt.⁶⁴ Hierunter versteht er die Gefahren, die »vom Weichbild des Informellen: von Vermutungen, Erfahrungen, Ahnungen, vom Hörensagen, Besserwissen und Immerschongewußt-haben« für die Unschuldsvermutung ausgehen. Dieses Gemisch könne sich in »eine Überzeugung, die zu Haftbefehl, Anklage und schließlich zu einem Urteil führt« entladen: »Wir kennen eben unsere Pappenheimer.« Der Begriff des Pappenheimer-Syndroms steht also für das Durchbrechen von Vorurteilen, für das wir alle anfällig sind – Richter, Staatsanwälte, aber auch Verteidiger, ja selbst Professoren an ostwestfälischen Elite-Universitäten. Das Pappenheimer-Syndrom ist »normal«; es ist nicht pathologisch, Vorurteile zu haben. Der klassische formstrenge Strafprozeß berücksichtige diese Erkenntnis und – das ist die These von *König* – versuche durch die Förmlichkeiten das Durchbrechen von Vorurteilen zu verhindern; »die wichtigste Aufgabe des Strafverfahrensrechts ist die Domestizierung des Pappenheimer-Syndroms.«⁶⁵ Sie werde von der modernen Gesetzgebung und Rechtsprechung allerdings nicht mehr genügend erfüllt.

Angesichts der Befunde, die den Rückgang von schützenden Formen im Strafverfahren belegen und statt dessen vermuten lassen, daß Zufälligkeiten und Subjektivismen in die Rechtspraxis Einzug gehalten haben, muß die Frage gestattet sein: Erfüllt die moderne Revisionsrechtsprechung ihre wichtigste Aufgabe umfassend und überzeugend, nämlich das Pappenheimer-Syndrom in den Griff zu bekommen?

Die dargestellten Unterschiede in den Erfolgsquoten der Senate und bei den Vorsitzenden lassen befürchten, daß die Revisionsrechtsprechung nicht völlig immun gegen den Durchbruch von »Vermutungen, Erfahrungen, Ahnungen« ist. Die Behandlung eines Urteils als »goldrichtig« könnte so gesehen nur »Besserwissen und Immerschongewußt-haben« sein. Schwerwiegende Bedenken gegen ein Urteil wären möglicherweise nichts anderes als ein »ungutes Gefühl gegenüber den Feststellungen des Trichters«⁶⁶ oder charakterisierten gar eine »Entscheidung aus dem Bauch heraus«. Die Verheißungen der materialen Gerechtigkeit rücken damit in bedenkliche Nähe zum Pappenheimer-Syndrom. Die mitgeteilten Daten sprechen jedenfalls nicht dagegen, daß man in Karlsruhe seine Pappenheimer kennt: daß die Vorsitzenden sie kennen, die Senate auch – und erst Recht die Bundesanwälte.⁶⁷

60 *Rieß*, Über den Zugang zu den obersten Gerichten; in: FS f. Salger, 1995, S. 392.

61 Vertiefend *Barton*, a. a. O. (Fn. 14), S. 222 ff.; Kritik an den kombinierten Entscheidungen äußert *Senge*, Uneingeschränkte Verwerfung der Revision des Angeklagten durch Beschluß gemäß § 349 Abs. 2 StPO bei kombiniertem Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 349 Abs. 2 und Abs. 4 StPO? In: FS f. *Rieß*, 2002, S. 547 (561).

62 Zum Vergleich: In den 1950er Jahren erfolgten noch in 38,2 % der Verfahren Hauptverhandlungen; *Barton*, a. a. O. (Fn. 14), S. 48.

63 Davon ist nicht auszugehen.

64 *König*, Das Pappenheimer-Syndrom, in: *Barton* (Hrsg.), Beziehungsgewalt und Verfahren, 2004, S. 49.

65 *König*, S. 53.

66 *Peters*, a. a. O. (Fn. 19), S. 145.

67 Und natürlich auch Verteidiger und Wissenschaftler – aber das steht auf einem anderen Blatt. Exakt nachgewiesen ist das Pappenheimer-Syndrom damit natürlich nicht; für eine empirische Überprüfung eignet es sich auch gar nicht, da es nicht ohne weiteres operationalisierbar ist. Darauf kommt es aber gar nicht an. Entscheidend ist, daß sich die Effekte der modernen Revisionsrechtsprechung mit dem Bild des Pappenheimer-Syndroms in Einklang bringen lassen.

Damit soll nicht behauptet werden, daß in den Anträgen der Bundesanwälten und den Entscheidungen der Bundesrichter die entsprechenden Variablen unmittelbar durchschlüßen, etwa in der Weise, daß Richter sich die Vorstrafenregister anschauten und danach entschieden. Der Durchgriff könnte vielmehr über vermittelnde Variablen und unbewußte Prozesse erfolgen, in denen durch Berufsroutine geprägte Ereignisschemata und Skripte⁶⁸ zum Tragen kommen.

b) Alternativen: Verfahrensgerechtigkeit und Wert der schützenden Formen

Wenn diese Zustandsbeschreibung zutreffend sein sollte und man sich mit den negativen Effekten der modernen Revisionsrechtsprechung nicht abfinden möchte, ist zu fragen, wie dem begegnet werden kann. Hierauf gibt es mehrere mögliche Antworten:

Die einen fordern die Rückkehr zur guten alten Revision. Der Charme dieses Vorschlags liegt darin, daß er dem geschriebenen Recht entspricht. Ein Comeback der Begriffsjurisprudenz wäre aber heutzutage weder möglich noch erstrebenswert. Die eingetretenen Prozesse der Verrechtlichung der Kontrolle tatrichterlicher Feststellungen und der Rechtsfolgenbestimmung sind im übrigen nicht nur mit einem gewandelten Gesetzesverständnis vereinbar,⁶⁹ sondern wohl auch faktisch nicht mehr umkehrbar.⁷⁰

Man könnte deshalb daran denken, das Gesetz zu ändern; dabei wäre angesichts der derzeitigen Gesetzgebung wohl bestenfalls eine Anpassung der Normen an die Praxis zu erwarten. Die Vorteile einer solchen Reform lägen darin, daß die gesetzpositivistische Kluft zwischen kodifizierter Norm und Praxis sich verringern würde – das Pappenheimer-Syndrom würde dadurch aber wohl kaum tangiert werden.

Viele Revisionsrichter meinen, auch wenn sie die hier vorgestellte Situationsbeschreibung nicht teilen, es sei eine Frage des Augenmaßes,⁷¹ ob sich gewisse Risiken und Gefahren für die Revisionsrechtsprechung realisierten, insofern empfehlen sie primär »Bemühen um das rechte Maß«.⁷² Derartige Vorschläge könnten das Problem nicht lösen, sie wären eher als Teil der Problembeschreibung anzusehen: Denn daß das rechte Maß nur eine andere Metapher für schwerwiegende Bedenken – und damit für den Durchgriff des Pappenheimer-Syndroms sein kann, liegt auf der Hand.

Um es deutlich zu machen: Ich unterstelle Revisionsrichtern und Bundesanwälten keinesfalls, daß sie sich nicht genügend um das rechte Maß bemühten; noch weniger sollte hier der Eindruck entstehen, daß es ihnen an Verantwortungsbewußtsein oder am guten Willen mangle. Darum geht es gar nicht. Es geht vielmehr darum, wie der gute Wille und das Verantwortungsbewußtsein Gestalt annehmen können.⁷³

Die Antwort hierauf lautet: durch die Wahrung der schützenden Formen des Verfahrens. Ohne gesetzgeberischen Eingriff und ohne Rückkehr zur Begriffsjurisprudenz ließe sich dies erreichen, wenn die Verfahrensbeteiligten den eigenständigen Wert der Verfahrensformen innerlich bejahen könnten. Dazu möchte ich mit meinen abschließenden Überlegungen beitragen:

Rechtssoziologische und psychologische Forschungen haben die Bedeutung des Verfahrens für die Herstellung von Gerechtigkeit aufgezeigt.⁷⁴ Sowohl subjektiv – also aus der Perspektive der Verfahrensbeteiligten⁷⁵ – als auch objektiv⁷⁶ hat der Prozedur ein Eigenwert für die Schaffung von Gerechtigkeit. Der Gradmesser für Gerechtigkeit orientiert sich nicht nur am endgültigen richterlichen Urteil – bildlich gesprochen: an der »Aufteilung des Kuchens« im Zivilrecht bzw. an der Strafe im Kriminalrecht –, sondern auch »Verlierer können mit dem Verfahrensergebnis zufrieden sein, wenn sie das Verfahren selbst als fair empfinden«.⁷⁷

In diesem Sinne ist es verkürzend, dem Verfahren eine nur dienende Funktion für die materielle Gerechtigkeit, nämlich die

Findung der materiell richtigen Entscheidung zuzuweisen.⁷⁸ Die Betonung des Eigenwerts der Verfahrensgerechtigkeit und damit der Bedeutung der Wahrung der Verfahrensformen um ihrer selbst willen steht nicht nur im Einklang mit rechts- und erkenntnistheoretischer Forschung,⁷⁹ sondern wird auch durch die Rechtstatsachenforschung bestätigt. Hier sei nur die wirklichkeitserzeugende Dimension des Verfahrensrechts am Beispiel erfolgreicher Verfahrensrügen demonstriert.

Urteilsaufhebungen, die der *BGH* mit Verfahrensfehlern begründet, kommen in der Praxis, wie wir wissen, äußerst selten vor. Dennoch gibt es sie; und damit taucht unweigerlich die spannende Frage auf, wie das weitere Schicksal von solchen Verfahren verläuft. Viele gehen davon aus, daß Urteilsaufhebungen, die allein auf Verfahrensfehler gestützt werden – bei denen mit anderen Worten das Urteil also materiell nicht angreifbar ist – nur verfahrensverlängernde Bedeutung haben können. In einer neuen Hauptverhandlung, so erwartet man, komme nichts anderes heraus als im ersten Urteil. *Vogelsang* hat in einer Dissertation eine Überprüfung der neu ergangenen Urteile zu nahezu allen in den Jahren 1992/93 erfolgten Verfahren, denen Urteilsaufhebungen aufgrund von Verfahrensrechtsfehlern zugrunde lagen, vorgenommen (87 Verfahren mit insgesamt 92 Revisionen).⁸⁰ Die wichtigsten Ergebnisse: In 6 Fällen erfolgten – zum Teil noch vor der Hauptverhandlung – Einstellungen. Bei 81 neuen Verhandlungen kam es in genau zwei Dritteln der Fälle zu Änderungen gegenüber dem Ersturteil. Diese Veränderungen fielen ganz überwiegend fühlbar aus: Das betrifft nicht nur die Strafhöhen (z. B.: in 17 Fällen wurde nunmehr eine Bewährungsstrafe verhängt), sondern auch die tatsächlichen Feststellungen. In gut der Hälfte der Neuurteile kam es zu abweichenden tatsächlichen Feststellungen; in 10 Fällen sogar zu Freisprüchen. Zum Teil völlig unabhängig vom zugrundeliegenden Aufhebungsgrund haben die Neuverhandlungen andere Tatsachenfeststellungen erbracht. Diese Befunde können als gesichert gelten; schon für die 1960er Jahre kam *Haddenhorst* in einer Vorläuferstudie zu denselben Ergebnissen⁸¹ – im wesentlichen mit dem einzi-

68 Dazu allgemein *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 4. A., 2002, Rdnr. 1370 ff.

69 Darauf weist hin: *Jähne*, Über die Befugnis des Revisionsgerichts zur Nachprüfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung, in: FS für Hanack, 1999, S. 355 (362 ff.).

70 *Rieß*, Gedanken zur Gegenwart und Zukunft der Revision in Strafsachen, in: FS f. Hanack, 1999, S. 397 (417).

71 *Rissing-van Saan*, GA 2003, 901 (902) in ihrer Rezension der Dissertation von *Schwarz* (Fn. 3).

72 *Jähne*, a. a. O. (Fn. 69), S. 355 (367); wörtlich heißt es: »Ein schlechtes Gewissen braucht der Revisionsrichter nicht zu haben. Was ihn – wie jeden Sachwalter der Gerechtigkeit – auszeichnen sollte, ist das Bemühen um das rechte Maß.« *Gustav Radbruch* würde dieser Aussage nicht zustimmen, denn: »Ein guter Jurist kann nur der werden, der mit schlechtem Gewissen Jurist ist«; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1973, S. 34.

73 *König*, StV 2001, 471, (477).

74 Eine gute Übersicht zum Forschungsstand findet sich bei *Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger* (Hrsg.), Verfahrensgerechtigkeit, 1995.

75 Diesen Aspekt betont die Procedural Justice Forschung; vgl. dazu *Lind*, Verfahrensgerechtigkeit und Akzeptanz rechtlicher Autorität; in: *Bierbrauer u. a.* (Fn. 74), S. 3 ff.; *Bora*, Bedeutungen von »Verfahrensgerechtigkeit«; in: *Barton* (Hrsg.), Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis, 2002, S. 21 ff.; *Machura*, Verfahrensgerechtigkeit aus der Perspektive von Beschuldigten; in: *Barton a. a. O.*, S. 195 ff.

76 *Röhl*, Zeitschrift für Rechtspsychologie 1993, 1 ff.; *Barton*, Opferschutz, Verfahrensgerechtigkeit und Revisionsrechtsprechung: Nicht-Nullsummenspiele? In: *Barton*, a. a. O. (Fn. 75), S. 241 (244).

77 *Gottwald*, Der Beitrag der psychologischen Verfahrensforschung für die Ziviljustiz – Einige Fragen und Erwartungen; in: *Bierbrauer u. a.* (Fn. 74), S. 73 (79).

78 So aber die überwiegende Prozeßrechtswissenschaft; ein aktueller Überblick zu den vertretenen Standpunkten findet sich bei *Murmann* GA 2004, 65 (66 ff.).

79 Kurzer Überblick bei *Barton*, a. a. O. (Fn. 75), S. 241 (246 f.). Auch die ältere und neuere Prozeßrechtswissenschaft hat stets die Wahrung der schützenden Formen betont; vgl. dazu nur die Übersicht bei *Jung* GA 2003, 191 (194 f.); aus revisionsrechtlicher Sicht: *Jungfer*, Grundfragen der vergleichenden Strafzumessung, Anwalt und Revision; in: AG Strafrecht des DAV (Hrsg.), Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofes, 1986, S. 155 ff.; *ders.*, Zurück zur Form – 50 Jahre Nachkriegsadvokatur; in: FS für Friebertshäuser, 1997, S. 21 ff. (S. 42 ff.).

80 *Vogelsang*, Die Bedeutung erfolgreicher Verfahrensrügen für das nachfolgende tatrichterliche Urteil, 2001.

81 *Haddenhorst*, Die Einwirkung der Verfahrensrüge auf die tatsächlichen Feststellungen im Strafverfahren, 1971.

gen Unterschied, daß seinerzeit eine vergleichbare Zahl von Urteilsaufhebungen aufgrund von Verfahrensfehlern nur einen *BGH*-Jahrgang verlangte, heutzutage aber wegen des Rückgangs erfolgreicher Verfahrensrügen zwei.

Wenn es zum einen richtig ist, daß das Verfahren seinen eigenen Wert hat, den es zu wahren gilt, wenn es zum anderen zutrifft, daß die Überbetonung des Strebens nach materialer Gerechtigkeit auf den Weg nach Pappenheim führen kann, dann sollte man mehr Verfahrensgerechtigkeit wagen. Das gilt für alle am Verfahren Beteiligten.

Für die Revisionsrechtsprechung würde dies in erster Linie Zurückhaltung bei der Gestaltung der eigenen Betriebsregeln und stärkere Respektierung der gesetzlichen Wertungen verlangen.⁸² Das betrifft etwa die Beweiskraft des Protokolls (§ 273 f. StPO), die Anforderungen an den Beweis von Verfahrenstatsachen (§ 344 II 2 StPO), die Grenzen eigener Sachentscheidungen (§ 354 1 StPO) und natürlich die Behandlung von Revisionen als offensichtlich unbegründet (§ 349 II StPO). Die Ungleichbehandlung von StA- und Angeklagtenrevisionen durch den GBA widerspricht jeder Verfahrensgerechtigkeit; die Senate müßten dies wenigstens in den Fällen gegenläufiger Revisionen durch eine Anberaumung von Hauptverhandlungen auch für die von der Verteidigung begründeten Revisionen ausgleichen. Für die Revisionsgerichte ergäben sich durch die Wahrung der Verfahrensgerechtigkeit keine neuen Aufgaben; dies wäre auch mit den Mitteln des Revisionsrechts – im Gegensatz zur Schaffung materialer Gerechtigkeit – ohne weiteres leistbar.

Zu den Ausgangsfällen: Im Pistazieneis-Fall verdient die eigene Sachentscheidung durch den *BGH* (Freispruch, ohne Zurückverweisung) § 354 1 StPO gestattet eine solche Verfahrensweise nicht; sie ist dem Revisionsgericht nur bei einer Aufhebung des Urteils »wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung auf die dem Urteil zugrunde liegenden

Feststellungen« gestattet. Im Pistazieneis-Fall erfolgte die Aufhebung aber gerade wegen eines vom *BGH* angenommen Fehlers bei der Feststellung des Sachverhalts. Es geht nicht an, daß der *BGH* seine Abweichung vom gesetzlichen Entscheidungsprogramm damit begründet, daß eine Zurückweisung »nicht angebracht« sei.⁸³ Wer weiß, welche Erkenntnisse sich bei einer dritten Verhandlung eingestellt hätten?

Im Bialystok-Verfahren bin ich offenbar selbst in die Pappenheimer-Falle getappt. Für mich stand nach der Lektüre des Prozeßberichtes fest, daß die Angeklagten Nazis und Verbrecher waren und daß eine neue Verhandlung weder erforderlich noch den Zeugen zumutbar wäre. Aber auch hier gilt: Wer weiß schon, wie ein zweiter Prozeß ausgegangen wäre? Was wäre tatsächlich passiert, namentlich dann, wenn auch die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt und das Verfahren eine größere Resonanz in der Öffentlichkeit gefunden hätte?

Heribert Prantl hat bei der Kommentierung der jüngst erfolgten Anklage gegen den Frankfurter Polizei-Vizepräsidenten *Daschner* formuliert, viele Vorschriften der liberalen Strafrechtsordnung schwommen »wie Schnittlauch auf einer Suppe von Vorurteilen, sind in den Augen vieler bloßer Schnick-Schnack und Zierrat.«⁸⁴ Die Betonung schützender Formen und der Verfahrensgerechtigkeit könnte dazu beitragen, daß wir – um im Bild zu bleiben – nicht unnötig zur Zubereitung der Suppe von Vorurteilen beitragen oder daß sie doch wenigstens nicht vollständig ausgelöffelt werden muß.

⁸² Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen *Fezer* und *Schlothauer*. *Fezer* fordert, die Rechtsprechung zu ändern, ansonsten würden Verfahrensrügen ihren präventiven Charakter verlieren; vgl. *Fezer*, Pragmatismus und Formalismus in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung; in: FS f. Hanack, 1999, S. 331 (352). Dem folgt *Schlothauer* a. a. O. (Fn. 12), 295.

⁸³ *BGH* NJW 1999, 1564.

⁸⁴ *Süddeutsche Zeitung* vom 25. 2. 2004.