

## Expertenkommission des BMJV zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

---

- Sitzung vom 16./17. März 2015 -

*Rainer Hamm<sup>1</sup>*

### Zum Reformbedarf des Rechtsmittels der Revision in Strafsachen

#### I. Vorbemerkungen

Die Kommission hat die Aufgabe, Vorschläge zu erarbeiten, in welcher Weise das Strafverfahrensrecht durch den Gesetzgeber effizienter und praxistauglicher gestaltet werden kann. Dies legt es nahe, auf dem Gebiet des Revisionsrechts zuerst danach zu fragen,

- inwieweit durch die geltenden Normen der §§ 333 bis 358 StPO, aber auch durch jene Verfahrensvorschriften, deren Einhaltung durch die Tatgerichte auf entsprechende Rügen hin von den Revisionsgerichten zu überprüfen ist, ein effizienter Rechtsschutz gewährt wird und
- bei welchen für die Revision maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften die Praxis sich vom Wortlaut und vom ursprünglichen Gesetzeszweck entfernt hat.

Da das Revisionsverfahren allein der Rechtskontrolle dient, stellt sich hier die Effizienzfrage nicht unter dem Aspekt der optimalen Verbrechensbekämpfung, sondern allein unter dem des wirksamen Rechtsschutzes für die jeweiligen Beschwerdeführer. Deshalb sollte auch dies das entscheidende Kriterium für die Evaluierung des geltenden Rechts sein.

<sup>1</sup> Diese stellvertretend für Rechtsanwalt Stefan König abgefasste Stellungnahme wurde mit ihm und einzelnen weiteren Mitgliedern des Strafrechtausschusses des DAV inhaltlich und in Teil IV von Herrn Rechtsanwalt *Ali Norouzi* auch redaktionell vorbereitet. Sie gibt die persönliche Meinung vorbehaltlich den Ergebnissen der Beratungen in der Kommission wieder.

Dabei muss freilich gerade beim Revisionsrecht als Ausgangsbefund konstatiert werden, dass in mehrfacher Hinsicht die Praxis der Revisionsgerichte (namentlich des BGH) eine Art Eigengesetzlichkeit entwickelt hat, die mit den entsprechenden Normen der StPO, zumindest wenn man von deren Wortlaut ausgeht, eigentlich nicht vereinbar ist. Dies betrifft sowohl den materiellen Prüfungsstoff als auch das Revisionsverfahren i.e.S., also die Regeln bzw. Übungen, nach denen die Revisionsentscheidungen gefunden werden.

## **II. Grundsätzliches zur Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage als Abgrenzungskriterium von Tatsacheninstanz und Revision**

Der Gegenstand der revisionsgerichtlichen Kontrolle ist nach wie vor das angefochtene tatrichterliche Urteil, dessen Begründungsteil bereits auf die allgemeine Sachrüge und dessen Zustandekommen auf konkrete Verfahrensrügen geprüft wird. Dabei ist schon die Unterscheidung, was der sachlich-rechtlichen und was der verfahrensrechtlichen Sphäre zuzurechnen ist, keineswegs eindeutig. Darüber, dass die Pflicht des Tatrichters, überhaupt Urteilsgründe zu schreiben und sie fristgerecht zu den Akten zu bringen, eine solche des Prozessrechts ist (§§ 275, 338 Nr. 7 StPO), kann man sich sehr schnell verständigen. Soweit aber die Revisionsgerichte auch darüber wachen, ob diese Gründe vollständig, widerspruchsfrei und lückenlos sind, wird dies vielfach – nach meiner Meinung zu Unrecht – als sachlich-rechtliche Frage gewertet. Es geht dabei aber nicht um die zutreffende oder fehlerhafte Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter das materielle Strafrecht, sondern um die Qualität der Rechenschaftslegung des Tatrichters über seine Wahrnehmungen in der Beweisaufnahme, seine Gedankengänge bei der Beweiswürdigung und seine Ermessensausübung bei der Festsetzung der Strafe innerhalb der regelmäßig sehr weiten gesetzlichen Strafraumen.

Das Missverständnis ist dadurch entstanden, dass der BGH zwar mit Recht für alle Begründungsmängel, die der auf die Sachrüge ohnehin zur Kenntnis zu nehmende vollständige Urteilsinhalt aus sich selbst heraus verrät, keine gesonderte Rüge verlangt, er dann aber regelmäßig formuliert, das Urteil könne „auf die Sachrüge“ keinen Bestand haben, was aber noch lange nicht heißt, dass es sich bei dem Fehler auch um einen sachlich-rechtlichen Fehler gehandelt haben muss.<sup>2</sup> Diese scheinbar nur semantisch formale Unterscheidung erklärt

<sup>2</sup> Vgl. dazu im einzelnen *Hamm* in FS für Rissing von Saan, 2011, S. 195 ff.

auch die Emanzipation der Rechtsprechung von den ursprünglichen Intentionen und dem nach wie vor geltenden Wortlaut derjenigen Norm, die den Urteilsinhalt regelt: § 267 StPO, der in seiner heutigen Bedeutung nur zu verstehen ist, wenn man die historische Entwicklung berücksichtigt:

Mit der Abschaffung der klassischen Schwurgerichte durch die Emminger'sche Reform 1924 wurde erstmals eine Begründungspflicht für die Tat- und Schuldfrage im tatrichterlichen Urteil eingeführt. Dies eröffnete der „reinen Rechtsinstanz“ erst die Möglichkeit und damit zugleich die Pflicht, auch diese Gründe auf ihre Rechtskonformität hin zu überprüfen. Dabei hielt sich einige Jahrzehnte noch die Vorstellung, es gäbe zwischen der Verfahrensrüge und der Sachrüge keine „Schnittmenge“, weil man letztere nur in dem Sinne verstand, dass es ausschließlich um die Überprüfung des Urteils daraufhin gehe, ob die Subsumtion des „unangreifbar festgestellten“ Sachverhalts unter die Vorschriften des materiellen Strafrechts zutreffend war.

Erst mit der allmählich setzte sich in der Folgezeit bei den Revisionsgerichten unter der Bezeichnung „erweiterte Revision“<sup>3</sup> die Erkenntnis durch, dass auch der Vorgang der Bewertung der Beweisaufnahme rechtlich überprüfbar sein muss, weil die Vokabel „Beweis“ eben auch ein Rechtsbegriff ist, dessen Grenzen unter- oder auch überschritten werden können. Die Entwicklung dieser Rechtsprechung ist vielfach – teils kritisch<sup>4</sup>, teils erläuternd zustimmend<sup>5</sup> - registriert und kommentiert worden. Es fällt aber auf, dass anders als bei sonstigen durch die Rechtsprechung vorbereiteten oder auch bis über die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung hinaus betriebenen Veränderungen der Strafprozesspraxis<sup>6</sup> zur Revisibilität der Beweiswürdigung (und der Strafzumessung) der Gesetzgeber diese Entwicklung bisher nicht aufgegriffen und klarstellend oder korrigierend normiert hat. Das ist insofern un-

<sup>3</sup> Zu ihrer Entwicklung grundlegend *Fezer*, Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit (1974) und *Hamm*, Beweis als Rechtsbegriff und seine revisionsrechtliche Kontrolle. In: Festschrift für Gerhard Fezer, 2008, S. 393 ff.

<sup>4</sup> u.a. *Foth*, NStZ 1992, 444 mit dem ironischen Vorschlag, der Gesetzgeber möge die Rechtsprechung durch die Vorschrift legalisieren: „Die Tatgerichte erheben die Beweise. Deren tatsächliche und rechtliche Würdigung sowie die Festsetzung der Strafe obliegt den Revisionsgerichten“.

<sup>5</sup> Grundlegend *Herdegen* Bemerkungen zur Beweiswürdigung, NStZ 1987, 193 (199); ders., Die Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen durch das Revisionsgericht auf Grund der Sachrüge, StV 1992, 527 (533); *ders.*, StraFo 2008, 137 (140); *ders.*, Die Revisibilität der Beweiswürdigung, Strafverteidigung im Rechtsstaat – 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV S. 553 (566)

<sup>6</sup> Beispiele sind die durch den 4. Strafsenat und dann den Großen Senat vorbereitete Gesetzgebung zur Verständigung in § 257c StPO, die derzeit diskutierte und durch BGHSt 52, 355 = NJW 2009, 605 vorbereitete Befristung für Beweisanträge usw.

schädlich, als kaum noch jemand die Entwicklung bremsen oder gar zurückdrehen möchte. Die von der Rechtsprechung inzwischen einheitlich praktizierte revisionsgerichtliche Überprüfung auch dieser Teile des tatrichterlichen Urteils „dem Grunde nach“ wird nicht mehr in Zweifel gezogen.

Andererseits sollte man die Gelegenheit einer ohnehin beabsichtigten Reform des Strafverfahrens nicht verstreichen lassen, ohne die große Distanz zwischen den Anforderungen an die Urteilsgründe, wie sie in § 267 Abs. 1 StPO formuliert sind, und den Anforderungen der Rechtsprechung zu verringern. Satz 1 verpflichtet nämlich nur zur Angabe der den Straftatbestand ausfüllenden Tatsachen,<sup>7</sup> während die sog. Indiztatsachen nach Satz 2 nur angegeben werden „sollen“, ohne dass auch deren Wertung und Gewichtung nach dem Gesetzeswortlaut einer Erörterung bedürften. Der BGH beanstandet aber in ständiger, freilich immer noch eher kasuistischen Rechtsprechung auch die Nichterörterung „naheliegender Sachverhaltsalternativen“, ohne eine geradlinige und voraussehbare Grenzlinie zwischen z.B. den gerade noch tolerierten und den zur Urteilsaufhebung führenden Darstellungsmängeln als abstrakten Rechtssatzes zu markieren.

Größer noch als bei § 267 Abs. 1 StPO ist der Abstand der von den Revisionsgerichten aufgestellten Anforderungen an die Begründung eines aus tatsächlichen Gründen freisprechenden Urteils zur gesetzlichen Norm. Nach dem Wortlaut des § 267 Abs. 5 StPO müsste der Tatrichter bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen eigentlich überhaupt keine Rechenschaft darüber ablegen, weshalb er Zweifel an der Täterschaft/Schuld des Angeklagten hatte und diese nicht überwunden werden konnten:

*„Wird der Angeklagte freigesprochen, so müssen die Urteilsgründe ergeben, ob der Angeklagte für nicht überführt oder ob und aus welchen Gründen die für erwiesen angenommene Tat für nicht strafbar erachtet worden ist.“*

Der Passus „*und aus welchen Gründen*“ fehlt bei der Alternative „*nicht überführt*“ völlig. Und der Querverweis in § 267 Abs. 5 Satz 3 auf Abs. 4 Satz 3 („*Den weiteren Inhalt der Urteilsgründe bestimmt das Gericht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach seinem Ermessen.*“) liest sich durchaus so, als sei dies einer revisionsgerichtlichen Kontrolle völlig entzogen. Dabei dürfte dem historischen Gesetzgeber die psychologische Erkenntnis

<sup>7</sup> „Wird der Angeklagte verurteilt, so müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden.“

vor Augen gestanden haben, dass ein Zweifel als subjektives Erlebnis oft keiner rationalen Begründung zugänglich ist.

Dass gleichwohl die Rechtsprechung des BGH vom Tatrichter jetzt durchweg verlangt, durch entsprechende Ausführungen im Urteil eine Überprüfung durch das Revisionsgericht zu ermöglichen, ob bei der Beweiswürdigung nicht „überspannte Anforderungen“ angelegt wurden,<sup>8</sup> sollte den Gesetzgeber, der gerade dabei ist, den Strafprozess effizienter und praxistauglicher zu gestalten, herausfordern, sich entweder zum einen oder zum anderen zu bekennen. Das könnte in der Weise geschehen, dass auch bei einem Freispruch die auf eine Täterschaft und Schuld hindeutenden Tatsachen festzustellen und den dagegen sprechenden Indizien gegenüber zu stellen sind, damit das Revisionsgericht erkennen kann, dass unter Beachtung der Amtsaufklärungspflicht der Anklagevorwurf überprüft wurde und eine Überführung schon objektiv nicht möglich war (oder sogar die Unschuld erwiesen wurde). Der stets verbleibende subjektive „Rest“ der tatrichterlichen Beweiswürdigung (also beim Freispruch die verbliebenen Zweifel) sollte dann einer revisionsgerichtlichen Überprüfung entzogen sein.

Dies sollte sowohl mit Blick auf die gesetzlichen Anforderungen an die Beweiswürdigung bei Schuldsprüchen nach Abs. 1 als auch bei Freisprüchen nach Abs. 5 gesetzlich klargestellt werden.

### **III. Änderungen des Revisionsverfahrens**

Auch im Revisionsverfahren sind gravierende Differenzen zwischen den gesetzlichen Regelungen und den eingefahrenen praktischen Handhabungen zu verzeichnen, die der Gesetzgeber beseitigen sollte. Außerdem legen auch Veränderungen in der Rechtswirklichkeit der Verfahren der Tatsacheninstanz Reaktionen des Gesetzgebers nahe, um die damit verbundenen Verkürzungen des Rechtsschutzes zu vermeiden. Dabei sind namentlich die Besonderheiten von sog. „Umfangsverfahren“ mit Hauptverhandlungen mit vielen Verhandlungstagen und die Strategien zu ihrer Vermeidung (insbesondere nach § 257c StPO) zu beachten.

Im Zusammenhang mit der Thematik der Urteilsabsprachen werden auch die von der neuesten Rechtsprechung des BVerfG und des BGH begründeten Dokumentations-, Mitteilungs- und Protokollierungspflichten über Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung Auswirkun-

<sup>8</sup> St. Rspr. Z.B. BGH NStZ-RR 2011, 82 m. Anm. Bittmann NJW 2011, 96

gen auf den für die Revision so wichtigen Charakter der Sitzungsniederschrift haben . Dies gilt auch (aber nicht nur) mit Blick auf die Vorschläge zur Einführung der elektronischen Strafakte und (auch unabhängig davon) der audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung.

### **1. Anpassung der Revisionsbegründungsfrist (§ 345 StPO) an § 275 StPO?**

Dringend notwendig ist eine gesetzliche Beseitigung des Ungleichgewichts zwischen der Urteilsabsetzungsfrist, die je nach Dauer der Hauptverhandlung in 2-Wochen-Schritten gestaffelt und „nach oben offen“ verlängert wird (§ 275 StPO), während auch in Verfahren, in denen die Hauptverhandlung viele Monate oder gar mehrere Jahre gedauert hat (mit entsprechend umfangreichem Protokoll) und das Urteil hunderte von Seiten umfasst, nach dessen Zustellung die Revisionsbegründungsfrist ohne Möglichkeit der Verlängerung einen Monat beträgt. Entscheidet in einem solchen Fall – wie meist in der Praxis - der Vorsitzende, dass die Sitzungsniederschrift der Verteidigung erst gleichzeitig mit der Zustellung des Urteils zur Verfügung gestellt wird, läuft dies faktisch auf eine Verkürzung des Rechtswegs hinaus, weil in der dann verbleibenden Zeit in Umfangsverfahren die verantwortliche Prüfung auf Verfahrensfehler hin schlicht unmöglich ist.

So etwas kommt sogar in OWi-Verfahren vor, wenn z.B. im Kartellrecht Bescheide des Bundeskartellamtes angefochten werden und dann über Bußgelder von mehreren Hundertmillionen Euro nach einer mehrjährigen Hauptverhandlung entschieden wird und gegen das Urteil dann entsprechend den StPO-Vorschriften über die Revision die Rechtsbeschwerde betrieben wird. Nach einer 3-jährigen Hauptverhandlung vor einem Kartellsenat des OLG Düsseldorf<sup>9</sup> wurde am 15.04.2013 das Urteil verkündet, im Februar (28 Tage!) 2014 wurden die 487 Seiten umfassenden Urteilsgründe zugestellt. Das Protokoll umfasst ohne die umfangreichen Anlagenbände 4.981 Seiten. Eine mehrfach schriftlich und fernmündlich geäußerte Bitte an den Senatsvorsitzenden, das Protokoll zur Prüfung auf Verfahrensrügen hin deutlich vor der Urteilszustellung der Verteidigung zugänglich zu machen, schlug er unter ausdrücklicher Hervorhebung nicht weiter bezeichneter „guter Gründe“ aus.

Es sollte deshalb § 345 StPO in der Weise geändert werden, dass auch die Revisionsbegründungsfrist von der Dauer der Hauptverhandlung abhängig gemacht wird. Dabei muss die

<sup>9</sup> Aktenzeichen VI-4 Kart 2 -.6/10 OWi. Die am 17. März 2014 eingereichten Rechtsbeschwerdebegründungen sind im März (inzwischen kann ergänzt werden: auch Ende August) 2015 noch nicht auf dem Weg zum Kartellsenat des BGH, weil die Gegenerklärung der StA noch nicht vorliegt.

Revisionsbegründungsfrist nicht mechanisch an die Urteilsabsetzungsfrist angeglichen werden, wenn sichergestellt wird, dass durch eine gesetzlich angeordnete unverzügliche Fertigstellung der Sitzungsniederschrift dem Beschleunigungsgrundsatz auch in der Weise Rechnung getragen werden kann, dass die Arbeit der Richter an den Urteilsgründen und die Arbeit der Verteidigung an der Prüfung der Verfahrensrügen zeitlich parallel stattfinden kann. Dass in der gegenwärtigen Praxis häufig die Endredaktion und Unterzeichnung des Protokolls bis zum Zeitpunkt der Urteilsfertigstellung aufgeschoben wird, kann nur als Missstand bezeichnet werden, dem der Gesetzgeber entgegenwirken sollte. Damit könnte auch der fatale Eindruck vermieden werden, dass nicht das Urteil auf dem Inbegriff der (ordnungsgemäß und zeitnah protokollierten) Hauptverhandlung beruht, sondern das Protokoll auch inhaltlich dem Urteils angepasst werden soll. Dabei sollte auch vorgeschrieben werden, dass bei mehrtägigen Hauptverhandlungen über jeden Verhandlungstag spätestens nach einer Woche ein Protokoll zu erstellen ist. Die häufig zu hörende Erklärung, bei der Sitzungsniederschrift, die noch nicht mit einem Fertigstellungsvermerk und den Unterschriften versehen ist, handele es sich nur um einen „Entwurf“, der noch nicht zu den Akten zu nehmen sei, ist eher geeignet, den Missbrauch der Gestaltungsmacht des Vorsitzenden zwecks Verkürzung des Rechtsschutzes noch zu verbrämen. Ein legitimes Bedürfnis dafür, nur über die gesamte Hauptverhandlung erst nach deren Abschluss und zeitnah zur Urteilsabsetzung ein Protokoll zu erstellen, ist ebenso wenig erkennbar wie die Chance, dass der „Entwurf“ mit längerem Zeitablauf noch in eine zuverlässigere Dokumentation des dann eben auch weiter zurückliegenden Prozessgeschehens einmünden könnte.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass jener suspekten Synchronisation der Urteils- und der Protokollherstellung der geltende § 273 Abs. 4 StPO („Bevor das Protokoll fertiggestellt ist, darf das Urteil nicht zugestellt werden“) in gewisser Weise Vorschub leistet, weil er dahin missverstanden werden kann, als dürfe die Fertigstellung sehr wohl bis nach der Abfassung des Urteils aufgeschoben werden, solange dann nur mit der Zustellung des Urteils noch bis zur Anbringung des Fertigstellungsvermerks unter der Sitzungsniederschrift gewartet wird. Umso mehr ist eine gesetzlich zwingende Abkopplung des Protokollierungsvorgangs von dem Niederschreiben der Urteilsgründe geboten.

Soweit gegen eine von der Verhandlungsdauer abhängige gesetzliche Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist eingewandt wird, damit werde der Beschleunigungsgrundsatz

verletzt,<sup>10</sup> sei daran erinnert, dass dieses Bedenken in gleicher Weise gegen die völlige Unbegrenztheit der Urteilsabsetzungsfrist seine Berechtigung hätte. Deshalb sollte die „nach oben offene Richterskala“ des § 275 StPO angemessen „gedeckelt“ werden.

Um dem Beschleunigungsgrundsatz ebenso wie den Belangen der Tatgerichte und dem Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführer gerecht zu werden, sollten also die Abläufe zwischen der Urteilsverkündung, der Versendung der Urteilsgründe und dem letztmöglichen Zeitpunkt der Revisionsbegründung wie folgt neu geregelt werden:

- Unter grundsätzlicher Beibehaltung der Fristenstaffelung in § 275 StPO sollte auch nach Hauptverhandlungen mit mehr als 40 Verhandlungstagen die Frist zur Urteilsabsetzung (z.B. auf drei Monate) begrenzt werden.
- In § 273 Abs. 4 StPO sollte die Pflicht zur Fertigstellung des Protokolls unverzüglich nach dem Ende eines jeden Hauptverhandlungstages ausdrücklich mit einer Befristung (z.B. von jeweils einer Woche) geregelt werden.
- Die Frist zur Revisionsbegründung sollte - wie bisher - mit der Zustellung des Urteils beginnen und für den Regelfall einen Monat betragen, aber in allen Fällen, in denen die Urteilsabsetzungsfrist wegen der Dauer der Hauptverhandlung mehr als fünf Wochen beträgt, verlängert sich die Frist um die Zeitspanne zwischen der Möglichkeit der Einsichtnahme in das letzte Tagesprotokoll und der Urteilszustellung.

## **2. Praktikablere Anforderungen an die Verfahrensrügen**

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO ist eine sinnvolle Vorschrift, weil und soweit ihre Beachtung durch den Revisionsführer dem Revisionsgericht ohne eigene Suche in den Akten vor Augen führen soll, aufgrund welcher Verfahrenstatsachen welcher Gesetzesverstoß beanstandet wird. Über diesen Sinn und Zweck hinaus hat aber die Rechtsprechung schon sehr früh die Anforderungen an die Darstellung der Verfahrenstatsachen in einer Weise verschärft, dass häufig der Eindruck entsteht, die Anforderungen dienen in erster Linie der Abwehr sonst begründeter Verfahrensbeanstandungen, deren Erfolg dazu führen würde, im Ergebnis als „goldrichtig“ empfundene Urteile aufheben zu müssen. So werden auch dort, wo die Bezeichnung der den Mangel enthaltenden Tatsachen mehr summarisch in indirekter Rede den Verfahrens-

<sup>10</sup> Vgl. zu diesem Grundsatz und seiner Bedeutung im strafrechtlichen Revisionsverfahren BVerfG NJW 2009, 1469 ff., 1474 Tz. 73.



fehler zutreffend bezeichnen würde, die jeweils vollständige und wörtliche Wiedergabe aller maßgeblichen Dokumente verlangt, wobei auch eine Bezugnahme auf außerhalb der Revisionsbegründungsschrift befindliche Aktenteile (z.B. das Hauptverhandlungsprotokoll oder parallel eingereichte Revisionsbegründungen anderer Beschwerdeführer) die Rüge unzulässig machen soll. Darüber hinaus verlangt der BGH auch über die positive Angabe der „den Mangel enthaltenden Tatsachen“ hinaus häufig auch noch den Vortrag sog. „Negativtatsachen“, also Verfahrensvorgänge, deren Vorliegen oder Fehlen dem Verdikt des Rechtsfehlers entgegenstehen könnte.

Diese hohen und nicht immer vorhersehbaren Rügeanforderungen führen in der Praxis oft dazu, dass in dem Bemühen, allen Eventualitäten gerecht zu werden, geradezu monströs aufgeblähte Schriftsätze gefertigt werden, wobei dies bei einer Mehrzahl von Beschwerdeführern mit gleicher Interessenlage zu einer Vervielfachung des Umfangs der immer noch als „Senatshefte“ bezeichneten Akte des Revisionsgerichts führt.

Dieses sehr formalistische Verständnis des geltenden Rechts ist mit dem Zweck der Rechtsüberprüfungsinstanz nicht mehr zu rechtfertigen und sollte durch klarstellende Zusätze im Gesetz beseitigt werden. So könnte etwa eine ausdrückliche Erlaubnis zur Bezugnahme auf Anlagen oder auf in derselben Sache parallel eingereichte Revisionsbegründungen als § 344 Abs. 2 Satz 3 StPO eingefügt werden.

Auch das Erfordernis des Vortrags von „Negativtatsachen“ sollte praxistauglicher geregelt werden. Jedenfalls in den Fällen, in denen das „Hinzudenken“ einer rügevernichtenden Tatsache die Begründetheit berührt (Extremfall: Der Beweisantrag, dessen Nichtbescheidung gerügt wird, wurde zurückgenommen, was die Revision aber verschweigt), sollte die Überprüfung durch das Revisionsgericht nicht an § 344 Abs. 2 S. 2 StPO scheitern. Vielmehr sollte es künftig Aufgabe der Gegenerklärung nach § 347 StPO sein, einen solchen Einwand unter Darlegung der Quelle (im Beispiel durch Zitat aus dem Protokoll) geltend zu machen.

### **3. Aufwertung der staatsanwaltschaftlichen Gegenerklärung nach § 347 StPO**

Der zuletzt genannte Aspekt steht im Zusammenhang mit einem weiteren Reformbedarf, der an die im geltenden Recht durchaus schon angelegten Elemente eines parteiverfahrensrechtlichen Rechtsmittels anknüpft: Die Rolle der staatsanwaltschaftlichen Gegenerklärung nach Eingang der für den Angeklagten eingereichten Revisionsbegründung.

Die Vorschrift, wonach es nach Zustellung der Revisionsbegründungsschrift „dem Gegner (!) frei(steht), binnen einer Woche eine schriftliche Gegenerklärung einzureichen“ wird in der Praxis der Landesstaatsanwaltschaften sehr unterschiedlich gehandhabt und führt, auch gerade weil die Wochenfrist gewöhnlich nicht ernst genommen wird und ihre Überschreitung auch rechtlich folgenlos ist, zu einer ungerechten faktischen Chancenverzerrung: Während die Staatsanwaltschaft bei einer Revision der Verteidigung bis zur Fertigstellung ihrer Gegenerklärung über die Akten verfügt und somit bei keiner noch so großen Fristüberschreitung einen Rechtsverlust riskiert<sup>11</sup>, muss die Verteidigung bei ihrer Erwiderung auf eine u.U. sehr umfangreiche Revisionsbegründung der Staatsanwaltschaft darauf bedacht sein, vor der Versendung der Akten an das Revisionsgericht (§ 347 Abs. 2 StPO) ihre Einwände gegen die erhobenen Rügen jedenfalls so rechtzeitig vorzubringen, dass sie noch Einfluss auf die Entscheidung der Landesstaatsanwaltschaft haben können, ob die Revision durchgeführt oder wieder zurückgenommen werden soll.<sup>12</sup>

Deshalb bietet es sich an, die „Ordnungsvorschrift“ der Frist in § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO (in Angleichung an die Urteilsabsetzungsfrist des § 275 StPO<sup>13</sup>) in eine zwingende Vorschrift umzuwandeln, mit je nach Verhandlungsdauer gestaffelten Ausschlussfristen. Dabei kann die „Sanktion“ für die Fristüberschreitung freilich nicht – wie bei § 338 Nr.7 StPO – die Urteilsaufhebung sein, und auch die Berechtigung des Revisionsgerichts, Freibeweis über die in der Revisionsbegründung behaupteten Verfahrenstatsachen zu erheben, wird man nicht einschränken können. Aber die Frage, ob dazu von Amts wegen mehr oder weniger Anlass besteht, könnte durchaus davon abhängig gemacht werden, ob die Gegenerklärung dem jeweiligen Verfahrenssachvortrag der Revision etwas entgegengesetzt hat.

Dies sollte insbesondere dann gelten, wenn nach Einführung der audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung die Revision sich zur Unterstützung einer Verfahrensrüge auf

<sup>11</sup> Dies zumal die Revision der StA ja auf dem Weg zum Revisionsgericht zwei Filter durchläuft: Die Generalstaatsanwaltschaft kann noch in eigener Machtvollkommenheit die Revision wieder zurücknehmen und die Bundesanwaltschaft kann der Landesstaatsanwaltschaft die Rücknahme empfehlen oder auch – wenn dies nicht geschieht – die Revision nicht vertreten und ihre Verwerfung beantragen.

<sup>12</sup> Auch hierbei kommt der manchmal durchaus wirksamen Filterfunktion der Generalstaatsanwaltschaft vor der Weiterleitung an den GBA eine nicht zu vernachlässigende Bedeutung zu

<sup>13</sup> Die Frist zur Fertigstellung der Urteilsgründe betrug ursprünglich 3 Tage und später eine Woche. Erst im Zuge des 1. StRG v. 9. 12. 1974 (BGBl I, 3393) wurden die Friststaffelungen in 2-Wochenportionen, beginnend mit 5 Wochen, die auch bei Hauptverhandlungen von nur einer Stunde Dauer gilt, bei gleichzeitiger Absicherung durch den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 7 StPO eingeführt. Zur Diskussion vor der Entscheidung des Gesetzgebers vgl. m.w. Nachw. Rieß, NJW 1975, 87 f. und dann Rieß in NStZ 1982, 441 ff..

eine bestimmte Stelle des Videodokuments stützt und deren Überprüfung durch die ja auch mit eigenen Wahrnehmungen ausgestattete Staatsanwaltschaft keinen Einwand gegen die Darstellung der Verteidigung hervorgebracht hat. In diesen Fällen sollte eine Art Anscheinsfreibeweis jede weitere Beweiserhebung durch das Revisionsgericht entbehrlich machen, sodass im Regelfall der Revisionsvortrag insoweit als feststehend behandelt werden kann.

Diese Lösung erscheint auch als Preis dafür sachgerecht, dass mit der gesetzlichen Einführung der audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung keine Abstriche an dem tradierten Rekonstruktionsverbot hinsichtlich aller für den Schuld- und Strafausspruch maßgeblichen Inhalte der tatrichterlichen Beweisaufnahme verbunden sein sollen. Allein verfahrensrechtlich relevante Vorgänge aus der Hauptverhandlung müssen – etwa bei der Überprüfung der Amtsaufklärungspflicht – stets auch dem Revisionsgericht zugänglich, von ihm feststellbar und auch auf Rechtsfehler überprüfbar sein. Innerhalb des so „formalisierten Dialogs“ zwischen dem Beschwerdeführer und der Staatsanwaltschaft (und bei deren Revision der Verteidigung) kann das Schweigen des Rechtmittelgegners durchaus als wichtige Erkenntnisquelle nutzbar gemacht werden.<sup>14</sup>

#### **IV. Zur Reformbedürftigkeit des Entscheidungsprozesses im Revisionsverfahren<sup>15</sup>**

##### **1. Ausgangsbefund zur Reformbedürftigkeit dieses Teils der Revision**

*„Die Zukunft der Revision hängt wohl auch mit davon ab, daß hier eine insgesamt tragfähige und systematisch schlüssige Lösung gefunden wird. Sie läßt sich freilich nicht dadurch gewinnen, daß man die Rückkehr zum Rechtszustand von 1877 postuliert.“<sup>16</sup>*

Mit „hier“ meinte *Rieß* die Vorschrift des § 349 StPO und die sich aus ihr ergebenden Probleme im Verhältnis von Beschluss- und Urteilsverfahrens. Dem soll im Folgenden nachgegangen werden. So gilt es, den Fokus auf die Stellschrauben des Revisionsverfahrens zu richten. Gemeint ist *Revisionsverfahren im engeren Sinne*, also jene Normen, die die Mechanismen betreffen, nach denen über eine Revision entschieden wird. Konkret geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen

<sup>14</sup> Vgl. hierzu meine Vorschläge für ein geregeltes Freibeweisverfahren zur Verwendung der audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung vom 7.7.2015 im **Anhang** zu diesem Gutachten.

<sup>15</sup> Dieser Abschnitt wurde primär von Rechtsanwalt *Ali Norouzi* redaktionell bearbeitet.

<sup>16</sup> *Rieß*, in: FS Hanack (1999), S. 397, 416.

- das Revisionsgericht im schriftlichen Beschlussverfahren oder durch Urteil nach einer Revisionshauptverhandlung entscheidet,
- sich der Revisionssenat als Kollegialorgan Kenntnis über den Inhalt der Revisionsbegründung verschaffen muss, ob also der Vortrag des Berichterstatters genügt oder alle Senatsmitglieder den Inhalt der Revisionsbegründung und des schriftlichen Urteils durch Eigenlektüre kennen müssen (schlagwortartig als „Vier“- oder „Zehn-Augen-Prinzip“<sup>17</sup> bezeichnet),
- und das Revisionsgericht die Revision ohne weitere Begründung verwerfen darf.

Diese Fragenkomplexe hängen inhaltlich miteinander zusammen.

## **2. Sinn und Zweckmäßigkeit einer Revisionshauptverhandlung – eine stets umgangene Frage**

### **a) Historischer Rückblick**

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

Obgleich den Vätern der Reichsjustizgesetze wohl bewusst war,

*„daß nach der Natur eines nur den Rechtspunkt betreffenden, eine schriftliche Begründung erfordernden Rechtsmittels der mündlichen Ausführung der Beschwerdegründe vor dem Richter der höheren Instanz keine wesentliche Bedeutung beiwohnt“,*<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Beim OLG-Senat müsste es präzise „Sechs-Augen-Prinzip“ heißen.

<sup>18</sup> Hahn, Die gesamten Materialien zu StPO (1880), Bd. III 1, S. 256.

gingen sie, wohl getragen von der für die Reform der tatrichterlichen Beweisaufnahme damals maßgebenden „Mündlichkeitsideologie“<sup>19</sup>, davon aus, dass auch in der Rechtsmittelinstanz eine Hauptverhandlung mit anschließender Urteilsverkündung der Normalfall sein müsse. Durch Beschluss konnte das Revisionsgericht nur *unzulässige* Revisionen, also insbesondere solche, die den Form- und Fristenfordernissen nicht entsprachen, weil sie keine Begründung oder keinen ausreichenden Antrag enthielten, verwerfen (s. heute § 349 Abs. 1 StPO). Ansonsten musste *jede* Revision *durch Urteil* beschieden werden.

Diese Diskrepanz zwischen den praktischen Bedürfnissen im Arbeitsablauf eines Rechtsmittelgerichts und dem gesetzlichen Anspruch, gleichwohl eine nicht zwingend zur besseren Rechtserkenntnis notwendige Revisionshauptverhandlung durchzuführen, blieb nicht folgenlos. Allmählich und schrittweise gingen die Strafsenate schon des Reichsgerichts dazu über, auch solche Revisionen, die zwar fristgerecht und formal korrekt mit Antrag und Begründung versehen waren, sich aber ihrer Angriffsrichtung nach allein in dem damals<sup>20</sup> von vornherein für die Rechtsinstanz unbeachtlichen Versuch erschöpften, die tatrichterliche Beweiswürdigung zu beanstanden, als „unzulässig“ zu verwerfen. Weil dies einerseits mit dem Gesetzeswortlaut nicht im Einklang stand, andererseits die Zweckmäßigkeit dieser Vorgehensweise nicht in Abrede gestellt werden konnte, anerkannte der Gesetzgeber im Jahre 1922 den Nachbesserungsbedarf. Mit der *lex Lobe*, benannt nach jenem Senatspräsidenten am Reichsgericht, der sich als Vater dieses Gesetzes sah,<sup>21</sup> wurde die Praxis des Reichsgerichts legalisiert, indem die Möglichkeit geschaffen wurde, auch „*offensichtlich unbegründete*“ Revisionen durch Beschluss zu verwerfen.

Was aber gedacht war, um allein dem damaligen „Ist-Zustand“ der reichsgerichtlichen Praxis eine gesetzliche Grundlage zu geben, entwickelte eine Eigendynamik, die weit über die gesetzgeberische Intention hinausschoss.

Nicht die Aussonderung der *offensichtlich* unbegründeten, also trotz ihrer (Schein-) Begründung unstatthaften Revisionen leitete die Praxis der Beschlussverwerfung, sondern die an sich gesetzesfremde Zweckmäßigkeitsfrage nach der Notwendigkeit (oder auch nur Zweckmäßigkeit) einer Revisionshauptverhandlung im Einzelfall. Schien dem Senat der Misserfolg der Revision im Ergebnis nach Beratungslage sicher, so wurde sie auch dann im Be-

<sup>19</sup> So treffend *Rieß* in: FS Hanack (1999) S. 397, 413.

<sup>20</sup> Die „erweiterte Revision“ (s.o.) gab es noch nicht.

<sup>21</sup> *Lobe* JW 1925, 1612.

schlusswege verworfen, wenn sich über einzelne tragende Rechtsfragen noch streiten ließ. So trat zunehmend an die Stelle der (materiellen) Offensichtlichkeit (formelle) Einstimmigkeit im Senat als entscheidendes Merkmal für eine Beschlussentscheidung. Damit entfernte sich die Beschlussverwerfungspraxis zunehmend von den gesetzlichen Anforderungen, die nun einmal bis heute die Offensichtlichkeit neben der Einstimmigkeit verlangen. Stattdessen wurde die Einstimmigkeit mit der Offensichtlichkeit gleichgesetzt.

Dies führte zu einem Anstieg der Quote der Verwerfungsbeschlüsse auf über 50 %, der nicht nur von der Anwaltschaft in den 50iger Jahren zunehmend beklagt wurde.<sup>22</sup> Die Kritik richtete sich nicht allein gegen den inflationären Gebrauch der auch der anwaltlichen Ehre widerstrebenden Disqualifikation der eignen Arbeit als „*offensichtlich*“ unzureichend;<sup>23</sup> vielmehr wurden die fehlenden Sicherungsmechanismen des § 349 Abs. 2 StPO beanstandet, da das allein noch übrige Merkmal der Einstimmigkeit in einem jedenfalls für den Beschwerdeführer völlig intransparenten Verfahren hergestellt wurde.

Die Frage nach der Notwendigkeit der Revisionshauptverhandlung, welche nach der gesetzlichen Systematik immer noch als Normalfall galt, stellte der zur Reform aufgerufene Gesetzgeber im Jahre 1964 abermals nicht. Es erschien ihm vielmehr bei der bis heute geltenden Neufassung des § 349 StPO als Königsweg, die Einbindung der Revisionsstaatsanwaltschaft zur formalen Bedingung einer Verwerfung im Beschlusswege zu machen. So setzte er ihren begründeten Antrag voraus, auf den der Beschwerdeführer die Gelegenheit zur Erwiderung haben sollte, ehe eine Revision als „*offensichtlich unbegründet*“ verworfen werden durfte.

Indes, die Erwartung, hierdurch die Zahl der Beschlussverwerfungen zu reduzieren, „*erwies sich in der Folgezeit als völlig abwegig*“<sup>24</sup>. Dass die vorab mitgeteilten Gründe für den OU-Antrag eher zu einem Anstieg als zu einer Reduzierung der Beschlussverwerfungen führen würden, hat niemand vorausgesehen.<sup>25</sup> Die verwundert weil der Senat (und auch ein einzelnes Mitglied) selbst dann noch, wenn er dem OU- Antrag nur im Ergebnis, aber nicht in der

<sup>22</sup> Dazu etwa von *Stackelberg* NJW 1960, 505; *Wimmer* NJW 1950, 201.

<sup>23</sup> Deutliche Worte aus revisionsrichterlicher Sicht findet *Sarstedt* JR 1960, 1 gegenüber der geleisteten Tätigkeit der Verteidiger, bleibt aber unkritisch, was den richterlichen Umgang mit dem Wortlaut des § 349 StPO anbelangt.

<sup>24</sup> So von *Stackelberg*, in: FS Dünnebier (1982), S. 365, 367, der selbst im Vorfeld der Reform (AnwBl. 1959, 190, 203) für die Einführung des Antragserfordernisses geworben hatte.

<sup>25</sup> Vgl. dazu *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010, Rn. 1368 mwN.

Begründung dem Antrag folgen will, keine Neigung verspürt, allein deshalb den Aufwand einer Hauptverhandlung zu betreiben.

## b) Gegenwärtige Praxis

In der heutigen Revisionspraxis dominiert das Beschlussverfahren. Während die Strafsenate des Bundesgerichtshofs in den 50er Jahren noch etwa 1.000 Urteile im Jahr verkündeten, ist die Zahl der Verfahren, die durch Urteil entschieden werden, in den letzten acht Jahren fast immer bei konstant weniger als 150 geblieben.<sup>26</sup> Darunter sind aufgrund der geübten Antragspraxis des Generalbundesanwalts, der bei Revisionen der Staatsanwaltschaft stets einen Termins Antrag zu stellen pflegt,<sup>27</sup> staatsanwaltschaftliche Revision überproportional vertreten.

Der Verwerfungsantrag der Revisionsstaatsanwaltschaft ist die Regel bei der Angeklagtenrevision, und zwar unabhängig vom Wortlaut der Norm auch in solchen Verfahren, die grundlegende Rechtsfragen betreffen.<sup>28</sup> Revisionsstaatsanwälte geben im Zwiegespräch offen zu, mit ihrem Antrag weniger die eigene sachliche Bewertung der Revision als „offensichtlich“ zu antizipieren als der Arbeitsweise „ihres“ Revisionssenats gerecht werden zu wollen. Beim Revisionsgericht sind, auch das ist ein offenes Geheimnis, Aufhebungsanträge äußerst unbeliebt, weil sie den Revisionssenat dazu „zwingen“, in eine Revisionshauptverhandlung zu gehen, wenn er dem Antrag nicht folgen möchte.

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

<sup>26</sup> Vgl. nur *Barton StRR* 2014, 404.

<sup>27</sup> Zu den Hintergründen aufschlussreich die Stellungnahme des Generalbundesanwalts in *BVerfGE* 112, 185, 201

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

nach der Gesetzessystematik nach wie vor den Regel- und Normalfall darstellen soll, die Praxis der Gesetzesanwendung bestimmt.

Dass die revisionsstaatsanwaltschaftliche Zuleitungsschrift die Verwerfung der Revision ohne nähere Darlegungen rechtfertigt, weil sie für den Beschwerdeführer gewissermaßen als „Begründungsersatz“ dienen soll, ist ein häufig, auch von höchster Stelle,<sup>29</sup> geäußertes, gleichwohl nicht sehr überzeugendes Argument. Einmal kann grundsätzlich eingewandt werden, die „*strafprozessuale Gewaltentrennung*“<sup>30</sup> stehe normativ der Legitimierung einer *gerichtlichen* Entscheidung durch die *Behörde* Revisionsstaatsanwaltschaft entgegen.<sup>31</sup> In der Praxis kommt hinzu, dass die Antragsbegründungen zuweilen (zu) schwach sind, um die Verwerfung der Revision zu erklären, und nach der, auch vom Bundesverfassungsgericht gebilligten, herrschenden Auslegung, das Revisionsgericht nur die offensichtliche Unbegründetheit im Ergebnis, nicht aber in der Darlegung der Staatsanwaltschaft teilen muss.<sup>32</sup> Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer in seiner zwar nicht obligatorischen, aber zwingend binnen der Zweiwochenfrist abzuwartenden Erwiderung den staatsanwaltschaftlichen Ausführungen mit nennenswerten Argumenten entgegengetreten oder etwa eine bis dato nur allgemein erhobene Sachrüge näher ausgeführt haben kann. In allen diesen Fällen versagt das Argument vom „Begründungsersatz“ völlig.

### c) Konsequenzen

Will man diesen Zustand der institutionalisierten Gesetzesumgehung reformieren, so sollte man zunächst drei Punkte eingestehen.

**Erstens:** Das Beschlussverfahren (oder besser: die Verwerfungspraxis) des Bundesgerichtshofs, der im Jahr fast 4.000 Revisionen zu entscheiden hat, ist ein Instrumentarium,

<sup>29</sup> S. nur zuletzt BVerfG NJW 2014, 2563.

<sup>30</sup> Peters in: FS Dünnebier (1982), S. 53, 67.

<sup>31</sup> Darauf weist Fezer StV 2007, 40, 44 hin.

<sup>32</sup> BGH, Beschl. vom 08.04.2009 - 5 StR 40/09 = NStZ-RR 2009, 252 („Das Revisionsgericht muss sich dem Verwerfungsantrag nur im Ergebnis, nicht aber in allen Teilen der Begründung anschließen (BVerfG - Kammer - NJW 2002, 814, 815 m.w.N.). Der Revisionsführer muss deshalb gewärtigen, dass das Revisionsgericht Zusätze zur Begründung der eigenen Rechtsauffassung beifügt (BVerfG aaO). Für diese dem Beschlussverfahren immanente Entscheidungsvariante wird dem Revisionsführer nur ein allgemeines, indes kein spezielles auf das einzelne rechtliche Argument bezogenes Gehör gewährt .... Dies begegnet vor dem Hintergrund der Kumulation des Antrags- und Einstimmigkeitserfordernisses keinen Bedenken .... Nur eine solche Praxis gewährleistet die rechtsstaatlich ebenfalls gebotene Effektivität des Beschlussverfahrens.“). Kritisch dazu Hamm, Revision in Strafsachen, 7. Aufl. Rn. 1377.



dessen Notwendigkeit zur *Gewährleistung der Arbeitsfähigkeit* des Bundesgerichtshofs kaum in Abrede gestellt werden kann. In Anbetracht der das Revisionsverfahren dominierenden juristischen Argumentation kann es auch grundsätzlich zu sachgerechten Ergebnissen führen.

**Zweitens:** Die Verwerfungspraxis im Beschlusswege ist nicht allein und auch nicht in erster Linie (dazu gleich) dadurch bedingt, dass das Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO die Möglichkeit eröffnet, die Revision ohne eigene Begründung des Revisionsgerichts zu verwerfen.

**Drittens:** Für die hohe Misserfolgsquote im Revisionsrecht sind *mehrere Faktoren* ursächlich, die

- teils mit der strukturell auf die ergebnisbezogene (vgl. § 337 StPO) Kontrolle von Rechtsfehlern beschränkten Eigenart des Rechtsmittels zusammenhängen,
- teils dem Umstand geschuldet sind, dass Beschwerdeführer trotz anwaltlicher Vertretung Ziele verfolgen, die mit dem Rechtsmittel nicht bzw. nicht unmittelbar erreicht werden können (wie etwa den Beweis ihrer Unschuld oder eine im Ergebnis mildere Bestrafung, ohne dass die Beweiswürdigung des Tatgerichts bzw. die Strafzumessung einen Rechtsfehler aufweisen),
- teils aber auch auf eine nicht zu vernachlässigende Anzahl an schlechterdings unzureichend begründeten Revisionen zurückgehen.<sup>33</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich umso mehr die Frage nach dem Mehrwert einer Revisionshauptverhandlung in allen Fällen, in denen nicht die zu entscheidenden grundsätzlichen Rechtsfragen einen mündlichen Meinungs austausch nahelegen.

### 3. Reformvorschläge

#### a) Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses auch de jure

Ausgehend von der Erkenntnis, dass eine Rückkehr zum Rechtszustand von 1877 jedenfalls keine Lösung sein kann und die nicht nur statistische Rechtstatsache, wonach die Revisionshauptverhandlung nur noch in Ausnahmefällen sinnvoll ist und stattfindet, komme ich

<sup>33</sup> Darauf stellt Sarstedt JR 1960, 1 ab.

auch aus der Perspektive der Revisionsverteidiger nicht umhin, dem Gesetzgeber vorzuschlagen, hier einen Beitrag zu einer ehrlichen Lösung zu leisten. Dabei geht es nicht um so etwas wie die resignative Unterwerfung unter die „normative Kraft des Faktischen“, sondern – wie dargelegt – um die Beseitigung des strukturell von Anfang an bestehenden Widerspruchs zwischen der normativen Scheindominanz des Mündlichkeitsprinzips auch dort, wo Schriftlichkeit die größere Chance auf Vollständigkeit und erschöpfende Behandlung aller Einzelfacetten komplexer Sachverhalte und Verfahrensvorgänge bieten kann. Während in der trichterlichen Hauptverhandlung die Mündlichkeit in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Unmittelbarkeit (etwa von Zeugenvernehmungen), der Amtsaufklärungspflicht und der Regel des § 261 StPO für die Beweiswürdigung steht, hat sich von jeher die revisionsgerichtliche Hauptverhandlung darin erschöpft, dass der wechselseitige schriftliche Vortrag noch einmal rhetorisch ausgetauscht und zum Gegenstand eines Rechtsgesprächs mit den Senatsmitgliedern gemacht werden kann.

Ein solcher zusätzlicher mündlicher Diskurs hat nach wie vor seinen eigenständigen Wert für die Klärung von streitigen Rechtsfragen, bis hin zu der Überbrückung unterschiedliche Auffassungen über Mängel des angefochtenen Urteils im Rahmen der erweiterten Revision im Einzelfall. Aber es lässt sich durchaus vertreten, dass bei der Mehrheit der Revisionen die rhetorische Verstärkung der zuvor bereits schriftlich gewechselten Meinungen keinen Qualitätszuwachs der Entscheidungen bewirken würde.

Deshalb sollte das ohnehin bereits seit fast hundert Jahren de facto praktizierte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen schriftlichem Norm-Verfahren und mündlicher Erörterung auch de jure legalisiert werden, indem auch eine nur mehrheitlich beschlossene Aufhebung des Urteils nach § 349 Abs. 4 StPO im schriftlichen Verfahren zugelassen wird, sodass Abs. 5 nur noch wirklich für die Ausnahmefälle, in denen eine Hauptverhandlung notwendig erscheint, das Urteilsverfahren vorschreibt.

#### **b) Wann sollte es noch eine Revisionshauptverhandlung geben?**

Es bleibt die Frage, ob auch die Gründe, bei deren Vorliegen ausnahmsweise eine Revisionshauptverhandlung stattfinden soll, auch gesetzlich geregelt werden können und sollten.

Sie könnte einmal allein dem Ermessen des Revisionsgerichts überantwortet bleiben, aber auch von einem materiellen Kriterium oder von formalen Gegebenheiten im konkreten Fall, wie der Uneinigkeit im Senat abhängig gemacht werden.

Wir schlagen eine Mischung vor, nämlich ein rechtlich gebundenes Ermessen des Revisionsgerichts zur Durchführung der Revisionshauptverhandlung im Rahmen einer *Soll-Vorschrift* unter folgenden Voraussetzungen:

- Als materielles Kriterium schlagen wir einmal vor, dass es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, also um eine, deren Beantwortung in einem Leitsatz oder in einem Urteil erforderlich ist, das gegebenenfalls in die amtliche Sammlung aufgenommen werden soll.
- Weiter soll das Revisionsgericht Termin ansetzen, wenn der Senat der Auffassung ist, dass die konkreten Rechtsfragen, auch bedingt durch den Einzelfall, am Besten im Rahmen eines mündlichen Meinungsaustauschs gelöst werden können, somit seiner Einschätzung nach das mündliche Rechtsgespräch einen weiteren Erkenntnisgewinn verspricht.
- Daneben sollte wie bislang daran festgehalten werden, dass bei Uneinigkeit eine Revisionshauptverhandlung zwingend erforderlich bleibt.

### **c) Verzicht auf das Offensichtlichkeitsmerkmal**

Eine Reform des Revisionsverfahrens kann unter den noch zu bezeichnenden Bedingungen auch den Wortlaut des § 349 Abs. 2 StPO ändern und die praktisch obsoleete „Offensichtlichkeit“ im Tatbestand streichen. Sie taucht im Tenor der Beschlüsse des Bundesgerichtshofs ohnehin nicht mehr auf, was aber die in der Praxis stattfindende Gesetzesumgehung unehrlich verbrämt.<sup>34</sup> Die bisherige Praxis, wonach faktisch die Einstimmigkeit die Offensichtlichkeit indiziert, kann unter den folgenden Voraussetzungen legalisiert werden:

#### ***aa) Kenntnis aller Mitglieder des Revisionsssenats vom vollständigen angefochtenen Urteil und allen bis zur Beratung gewechselten Schriftsätze***

Einstimmigkeit im Senat verlangt nach einer verlässlichen Kenntnis des Revisionsvortrags und des zur Überprüfung stehenden Urteils. In der bisherigen Praxis hat sich ein Mechanismus durchgesetzt, der vom Gesetz zwar nicht vorausgesetzt wird, sich aber nach Auffassung der Revisionsgerichte bewährt hat. Danach liegt im Beschlussverfahren die Vorbereitung und Beratungsleitung in den Händen des Vorsitzenden und des Berichterstatters („Vier-

<sup>34</sup> Treffend Fezer StV 2007, 40, 45.

Augen-Prinzip“). Nur sie kennen regelmäßig die Revisionsunterlagen. Dass damit die dem gesamten Kollegialorgan überantwortete Entscheidung über die Unbegründetheit oder Begründetheit der Revision, über den Eintritt der Rechtskraft einer existenzvernichtenden, mitunter lebenslänglichen Freiheitsstrafe oder die Aufhebung des Urteils mit der Perspektive einer neuen Beweisaufnahme vor einem anderen Gericht, dass diese ungeheure Entscheidungsmacht faktisch in den Hände von zwei Senatsmitgliedern liegt und dabei ganz entscheidend dem Berichterstattervortrag abhängt, ist schon früh, nämlich vor 65 Jahren und nicht von anwaltlicher Seite, bemerkt worden:

*„Der Berichterstatter entscheidet durch seinen von den Prozeßbeteiligten nicht kontrollierten Sachvortrag beinahe schon das Schicksal der Revision.“<sup>35</sup>*

Die Debatte um die Sachgemäßheit dieses Vorgehens hat sich anlässlich eines (wohl unbeabsichtigten) Nebensatzes im Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsgemäßheit des Doppelvorsitzes zweier Strafsenate <sup>36</sup> in einer mit Verbalinjurien nicht geizenden Kontroverse neu entfacht, in der bislang Bundesrichter auf der einen wie der anderen Seite wortführend sind.<sup>37</sup> Dabei scheint sich die befürchtete Einflussnahmemöglichkeit des Berichtstatters und seines Sachvortrags auf die Entscheidung des Spruchkörpers statistisch belegen zu lassen.<sup>38</sup>

Weil die mit der informationellen Dominanz zweier Senatsmitglieder notwendig verbundene Verfälschung des Entscheidungsergebnisses allein durch die Auswahl bzw. geschäftsordnungsmäßige Bestimmung des Berichtstatters<sup>39</sup> mit dem Sinn des Kollegialprinzips, Rechtserkenntnis durch Diskurs und durch Einbindung unterschiedlicher Perspektiven zu gewinnen, ebenso wenig vereinbar erscheint wie mit dem Anspruch des Einzelnen auf effektiven und willkürfreien Rechtsschutz einerseits und dem Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) andererseits, muss hier der Gesetzgeber Vorkehrungen treffen. Die Verwerfung einer Revision im Beschlusswege darf nur dann statthaft sein, wenn eine

<sup>35</sup> Richter am Obersten Gerichtshof *Wimmer* NJW 1950, 201, 203.

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2336.

<sup>37</sup> *Fischer/Eschelbach/Krehl* StV 2013, 425; *Fischer/Krehl* StV 2012, 550; dagegen scharf *Basdorf u. a.* (5. Strafsenat) NStZ 2013, 563; s. ferner affirmativ zur bisherigen Praxis *Mosbacher* NJW 2014, 124; schließlich mit einem „Vorschlag zur Güte“ *Hamm/Krehl* NJW 2014, 903.

<sup>38</sup> Dazu *erhellend* und besorgniserregend *Fischer* NStZ 2013, 430; s. ferner zur statistischen Berechnung *Brodowski* HRRS 2013, 409; *Barton* StRR 2014, 404, 409.

<sup>39</sup> Auch hier gibt es Unterschiede bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs, wie der für den konkreten Einzelfall zuständige Berichtstatter bestimmt wird.

verlässliche Kenntnisnahme der Senatsmitglieder vom Revisionsgegenstand gewährleistet ist. Dabei mag man es mit dem BVerfG als Bestandteil der richterlichen Unabhängigkeit ansehen, auf welchem Wege sich das einzelne Senatsmitglied jene volle Kenntnis vom Streitstoff verschafft, die erforderlich ist, um die volle Verantwortung als eines von fünf Senatsmitgliedern mit zu übernehmen.<sup>40</sup> Dass diese vollständige Information aller Revisionsrichter spätestens dann unabdingbar ist, wenn – wie hier vorgeschlagen – das Beschlussverfahren de jure zur Regel wird und die objektive Offensichtlichkeit nicht mehr erforderlich ist, erscheint auch zur Sicherung eines verfassungskonformen Berufsbildes von Richtern, die in einer einzigen Rechtsmittelinstanz über mehrjährige bis lebenslange Freiheitsstrafen endgültig zu entscheiden haben, seinerseits offensichtlich.

### **bb) Begründungspflicht**

Zur Absicherung des Zehn-Augen-Prinzips sollte eine Begründungspflicht auch für Verwerfungsbeschlüsse gesetzlich verankert werden. Dies ist eine alte Forderung,<sup>41</sup> für die mehrere Gründe streiten. Einmal leidet das Vertrauen des Betroffenen in die Arbeitsweise und Gründlichkeit der Prüfung des Revisionsgerichts, wenn die mitunter umfänglichen Ausführungen seines rechtskundigen Anwalts mit nur einem Satz erledigt werden. Der Verdacht, der Revisionssenat wolle lieber auf eine Begründung verzichten, ehe er eine schwache und in der Fachliteratur angreifbare Begründung schreiben müsste, lässt sich nicht von der Hand weisen und es gibt eine Reihe von Beispielen, in denen später vom BVerfG im selben Verfahren oder sogar vom BGH selbst in Folgeverfahren aufgegebenen Rechtspositionen Grundlage der OU-Anträge des GBA waren und diese in begründungslosen Beschlüssen verborgen geblieben sind. Die Begründungspflicht diszipliniert und bietet „eine größere Garantie für die Sorgfalt der Beratung“.<sup>42</sup> Begründete Entscheidungen können zum Gegenstand der Diskussion

<sup>40</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2336; „Hierzu enthalten weder das Verfahrens- noch das Verfassungsrecht nähere Vorgaben. Die Entscheidung, ob der Spruchkörper sich mit Blick auf die Arbeitsteilung im Kollegium darauf beschränkt, durch den Berichtersteller über den maßgeblichen Sach- und Streitstand informiert zu werden, oder die Vollständigkeit und Richtigkeit des Berichterstellervortrags ... dadurch sichert und verstärkt, dass ein, mehrere oder alle Mitglieder des Spruchkörpers sich den Streitstoff aus den Akten selbst erarbeiten, ist ihm überlassen und insoweit Ausfluss der richterlichen Unabhängigkeit.“

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

<sup>42</sup> *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer*, aaO.; Krehl GA 1987, 162, 170: „Der sich aus der Begründungspflicht ergebende Zwang zu gründlicherem Vorgehen, verbunden mit einer sonst in dieser Form nicht gewährleisteten Selbstkontrolle birgt die Möglichkeit in sich, daß die Entscheidung anders ausfällt als ohne die diesen Prozeß auslösende Begründungspflicht.“

(und Kritik) in der Fachöffentlichkeit gemacht werden, die bisherigen OU-Beschlüsse dagegen nicht.<sup>43</sup>

Aber nicht nur Gründe zum Wohl des Einzelnen streiten für eine Begründungspflicht, sondern auch die objektiven Zwecke der Revision für die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung zu sorgen. Einmal kann vermieden werden, dass sich klandestine Rechtssprechungsdivergenzen zwischen den Senaten einschleichen. Auch werden Rechtsstandpunkte klargestellt, bei denen der Senat zwar nicht der Antragsbegründung der Revisionsstaatsanwaltschaft folgt, sondern nur die Unbegründetheit im Ergebnis teilt. So könnte etwa der in der Praxis häufig zu beobachtenden (Un-)Sitte der Revisionsstaatsanwaltschaft, jeder Verfahrensrüge zunächst einmal „rein prophylaktisch“ die Zulässigkeit im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO abzusprechen, eingedämmt werden, indem das Revisionsgericht in seiner Begründung zumindest darlegt, warum der von der Staatsanwaltschaft vermisste Rügevortrag nicht erforderlich im Sinne des Gesetzes ist. Das würde zu einer für das Rechtspublikum kalkulierbaren Handhabung dieser Norm beitragen.

Dem Einwand, dem Revisionsgericht könne nicht zugemutet werden, auf die noch so absonderlichsten Rügen dezidiert einzugehen, kann Rechnung getragen werden, weil das Revisionsgericht, sich die entsprechenden Ausführungen der Revisionsstaatsanwaltschaft ausdrücklich durch „Einrücken“ oder in indirekter Rede zu Eigen machen kann. Dann ist wenigstens klargestellt, dass sein Verwerfungsbeschluss auf eben diesen zitierten Gründen beruht. Die bloß floskelhafte Bezugnahme auf die Ausführungen in der Zuleitungsschrift sollte jedoch unterbleiben.

Ist der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Gegenerklärung den Ausführungen der Revisionsstaatsanwaltschaft dezidiert entgegengetreten, so lässt es sich nicht vermeiden, dass das Revisionsgericht hierauf wenigstens kurz eingeht. Den häufig anzutreffenden Versuchen von Beschwerdeführern, die eigene Beweiswürdigung in revisionsfremder Art und Weise an die Stelle der des Tatgerichts zu rücken, wird das Revisionsgericht, wie bislang schon, kurz und knapp bescheiden können. So geschieht es regelmäßig in Beschlüssen auf Anhörungs-

<sup>43</sup> Meine früheren Versuche, daran etwas dadurch zu ändern, dass ich auch die Revisionsbegründungen und die OU-Anträge veröffentlichen wollte (z.B. *Hamm StV* 1981, S. 315), konnten nicht fortgeführt werden, nicht wegen des originellen Einwandes des damaligen Generalbundesanwalts, der „urheberrechtliche Bedenken“ gegen die Veröffentlichung der Anträge aus seiner Behörde geltend machen wollte, sondern letztlich deshalb, weil sich im BGH die Auffassung verfestigte, dass der nicht mit Gründen versehene Beschluss keineswegs eine Übernahme der Begründung aus der Antragschrift bedeute (s.o.)

rügen nach § 356 a StPO, mit denen der Beschwerdeführer geltend macht, sein Vorbringen sei nicht hinreichend berücksichtigt worden. Hier sehen sich die Senat durchaus in der Lage, kurz und knapp die wesentlichen Erwägungen ihrer Entscheidung mitzuteilen.

## **V. Zusammenfassung und Regelungsvorschläge**

Ein Regelungsbedarf im Recht der strafrechtlichen Revision folgt aus den bestehenden Differenzen zwischen den geltenden Vorschriften und der Praxis der Revisionsgerichte sowohl hinsichtlich des Prüfungsstoffs als auch beim prozeduralen Prüfungsprogramm und der Entscheidungsprozesse. Außerdem sollte dem Missverhältnis entgegengewirkt werden, das dadurch entstanden ist, dass ausgerechnet im Zuge der „Beschleunigungsgesetze“ der letzten Jahrzehnte die Fristen für die Tatgerichte immer weiter ausgedehnt wurden (§§ 229, 275 StGB), was faktisch zu immer umfangreicheren (streitigen) Hauptverhandlungen und Urteilsabsetzungszeiträumen geführt hat, während der Revisionsbegründungsfrist auch in Fällen einer extrem langen Hauptverhandlung und entsprechend großer zeitliche Distanz zur Urteilszustellung immer noch unverlängerbar einen Monat beträgt. Schließlich muss der Gesetzgeber auch dem verbreiteten Missstand entgegenwirken, dass auch die Protokolle nicht unverzüglich nach der Beendigung der Hauptverhandlung, sondern erst zeitnah zur Urteilsabsetzung fertiggestellt werden.

Die Frist des § 275 StPO sollte unter Beibehaltung der von der Verhandlungsdauer abhängigen Staffelung auf 13 Wochen begrenzt werden. Dagegen sollten die Revisionsbegründungsfrist (§ 345 StPO) und die bisher als reine Ordnungsvorschrift gehandhabte Frist zur Gegenerklärung nach § 347 StPO ebenfalls abhängig von der Dauer der Hauptverhandlung verlängert und letztere als zwingende Vorschrift ausgestaltet werden.

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen der Notwendigkeit einer Revisionshauptverhandlung und der Beschlussentscheidung bei Einstimmigkeit sollte unter Wegfall des Offensichtlichkeitserfordernisses auch de jure umgekehrt werden. Dabei sollten das „Zehn-Augenprinzip“ (bei den OLG-Senaten „Sechs-Augenprinzip“) hinsichtlich aller revisionsrelevanten Unterlagen und eine Begründungspflicht für Verwerfungsbeschlüsse gesetzlich verankert werden.

**Regelungsvorschläge:**

- In § 267 Abs. 1 StPO die Angabe und Bewertung der Indiztatsachen anstelle der bisherigen Soll-Vorschrift als zwingend vorzuschreiben.
- In § 267 Abs. 5 StPO bei Freisprüchen aus tatsächlichen Gründen vorzuschreiben, dass der Sachverhalt, soweit er feststellbar war, im Urteil darzustellen und bei Anwendung des Zweifelssatzes die offen gebliebenen Beweisfragen zu benennen sind.
- § 275 StPO dahin zu ändern, dass auch bei Hauptverhandlungen mit mehr als 40 Verhandlungstagen die Frist 3 Monate beträgt.
- § 271 Abs. 1 Satz 2 StPO sollte folgende Fassung erhalten: *„Das Protokoll für jeden Hauptverhandlungstag ist spätestens nach einer Woche fertigzustellen und auf Verlangen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung zur Verfügung zu stellen.“* Der bisherige Satz 2 sollte als Satz 3 folgende Fassung erhalten: *„Der Tag der Fertigstellung ist jeweils in den Tagesprotokollen anzugeben.“*
- § 273 Abs. 4 StPO soll folgende Fassung erhalten: *„Bevor die Protokolle aller Verhandlungstage nicht fertiggestellt und im Falle der Urteilsanfechtung dem Beschwerdeführer nicht zugänglich gemacht sind (§ 271 Abs. 1), darf das Urteil nicht zugestellt werden.“*
- § 345 StPO sollte dahin geändert werden, dass die unveränderte Monatsfrist zur Revisionsbegründung nur noch dann mit der Zustellung des Urteils beginnt, wenn §§ 271 Abs. 1 und 273 Abs. 4 nF beachtet wurden. Ist dies nicht der Fall, verlängert sich die Frist um die Zeitspanne zwischen der Möglichkeit der Einsichtnahme in das Protokoll und der Urteilszustellung.
- § 347 StPO dahin zu ändern, dass die Gegenerklärung spätestens nach einem dem § 275 StPO entsprechenden Zeitablauf nach Eingang der Revisionsbegründung abzugeben ist. Bei unterlassener oder verspäteter Stellungnahme gegen Verfahrensrügen soll das Revisionsgericht nicht verpflichtet (aber berechtigt) sein, Freibeweis über die vorgetragenen Tatsachen zu erheben.



- **Vorschlag für Neufassung des § 349 StPO**

*(1) Mit der Zuleitung der Akte an das Revisionsgericht stellt die Staatsanwaltschaft einen Antrag, der zu begründen ist. Die Staatsanwaltschaft teilt den Antrag mit den Gründen dem Beschwerdeführer mit. Der Beschwerdeführer kann binnen zwei Wochen eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen.*

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

*(3) Auch über eine zulässige Revision entscheidet das Revisionsgericht durch Beschluss, wenn es mehrheitlich die Revision für begründet oder einstimmig die Revision für unbegründet hält. Der Beschluss ist in jedem Falle zu begründen. Entsprechen die Gründe der Antragsschrift der Staatsanwaltschaft, genügt der Hinweis darauf.*

*(4) Liegen die Voraussetzungen für eine Entscheidung durch Beschluss nicht vor oder hält der Senat zur Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen eine Hauptverhandlung für angezeigt, so entscheidet er über das Rechtsmittel durch Urteil.*

Soweit hier einzelne Gesetzesformulierungen vorgeschlagen werden, soll dies nicht das jeweils weiter oben dargelegte Reformziel auf diesen Text einengen. Auch soweit ich auf einen Formulierungsvorschlag verzichtet habe, sollte die Kommission über entsprechende „Eckpunkte“ beraten.

**Anhang:****Was wird aus dem Rekonstruktionsverbot nach Einführung der audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung?**

Die folgenden Thesen 1. bis 11. und der Regelungsvorschlag unter 12. dienen dazu, den spezifisch revisionsrechtlichen Besorgnissen der Gegner einer Einführung audiovisueller Dokumentation der strafrechtlichen Hauptverhandlung Argumente entgegenzusetzen, die dem richtig verstandenen Rekonstruktionsverbot ebenso gerecht werden wie dem evtl. gesetzlich zu modifizierenden Freibeweisverfahren bei der Prüfung von Verfahrensrügen:

1. Da eine zeitgemäße, d.h. durch die heute verfügbaren Technologien mögliche Dokumentation des Geschehens in der strafrechtlichen Hauptverhandlung eindeutige Vorteile gegenüber dem herkömmlichen Protokoll brächte, dürfen die mit den Grenzen der Revisibilität zusammenhängenden Probleme der Verwertbarkeit der Aufzeichnungen nicht als Gegenargument gegen die Einführung dienen.
2. Bereits nach dem geltenden Recht ist es zulässig und wird auch in umfangreichen Hauptverhandlungen praktiziert, dass entweder die gesamte Hauptverhandlung durch das Gericht auf Tonträger aufgezeichnet (so im Oppenheim-Prozess beim LG Köln) oder durch z.B. durch von der Verteidigung beauftragte Stenografen im vollständigen Wortlaut mitgeschrieben und anschließend als Wortprotokolle den Beteiligten zur Verfügung gestellt wird (so im Mannesmann-Prozess beim LG Düsseldorf und im Deutsche Bank-Verfahren beim LG München) . Auch die dadurch entstehenden Dokumente sind den Formalprotokollen nach §§ 171 ff. StPO als Mittel zur Rekonstruktion des tatsächlichen Geschehensaufbaus in der Hauptverhandlung weit überlegen und können im Wege des Freibeweises verwendet werden.

3. Das von der Rechtsprechung aus dem gesetzgeberischen Konzept der „Arbeitsteilung“ zwischen Tatrichter und Revisionsrichter abgeleitete Verbot, zur rein rechtlichen Überprüfung eines tatrichterlichen Urteils die ihm zugrunde liegende Beweisaufnahme zu „rekonstruieren“ (also auch nur partiell zu wiederholen oder über ihren Ablauf Beweis zu erheben), kann den Revisionsrichter nur soweit binden wie die Alleinverantwortung des Tatrichters reicht. Dies betrifft nur die Beweiserhebungen und Beweiswürdigung hinsichtlich der den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch tragenden Tatsachen. Soweit Inhalten der tatrichterlichen Hauptverhandlung (auch) eine Verfahrensrelevanz zukommt, ist das Revisionsgericht gehalten, mit allen verfügbaren Mitteln eine entsprechende Behauptung (§ 344 Abs. 2 S.2 StPO) auf ihre Beweisbarkeit hin zu überprüfen.
4. Der Revisionsrichter wird nicht dadurch zum „Tatrichter hinter dem Tatrichter“, dass er ohne eigene Würdigung der einzelnen HV-Inhalte auf ihren Beweiswert hinsichtlich der Schuld- und Rechtsfolgenfrage prüft, ob bestimmte Vorgänge überhaupt Gegenstand der Verhandlung waren (BGHSt 22, 26).
5. Dies gilt namentlich für die durch entsprechende Verfahrensrügen angestoßene Prüfung, ob das angefochtene Urteil auf einer Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) oder auf der Verwertung von Beweismitteln beruht, die nicht Gegenstand der Hauptverhandlung waren (§ 261 StPO).
6. Soweit an der Grenze zwischen schuldrelevanten und verfahrensrelevanten Hauptverhandlungsinhalten Überschneidungen vorkommen (z. B. ein Zeuge beruft sich zur Unterstreichung seiner Aussage über Wahrnehmungen am Tatort auf das Zeugnis einer weiteren Person, die dann aber unter Verletzung der Aufklärungspflicht nicht geladen und vernommen wurde), darf diese Doppelrelevanz nicht den Erfolg der Verfahrensrüge gefährden.

7. Auch bei der Prüfung, ob das angefochtene Urteil auf einem geltend gemachten Verfahrensfehler beruht, muss sich der Revisionsrichter bis zu einem gewissen Grad, „den Kopf des Trichters zerbrechen“, weil sich eine Kausalität nur durch hypothetisches Unterstellen eines ordnungsgemäßen Verfahrens und das „Hineinversetzen“ in die Situation des beweismäßig Tatgerichts ausschließen lässt. Die hierbei von den Revisionsgerichten regelmäßig angewendete Prüfungsmethode der (nur in Ausnahmefällen widerleglichen) Vermutung für das Beruhen, sollte auch als Regel für die Überprüfung des Sachenvortrags im Freibeweisverfahren gelten, wenn diese sich auf doppelrelevante und nicht von § 274 StPO erfasste Vorgänge der Hauptverhandlung beziehen.
8. Dieser „Beweislast des Staates“<sup>44</sup> für die Widerlegung als verfahrensfehlerhaft geltend gemachter Tatsachen kann die Staatsanwaltschaft mit allen verfügbaren Mitteln zur Rekonstruktion des betreffenden Teils der Hauptverhandlung nachkommen. Das folgt schon nach geltendem Recht aus dem Wesen des Freibeweises, der die Vorlage handschriftlicher Aufzeichnungen ebenso gestattet wie die Heranziehung stenografischer Mitschriften oder die Auswertung von Tonträgeraufzeichnungen.
9. Nach der Einführung einer audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung würde sich an dieser Rechtslage nur soviel ändern, dass die Recherche nach den betreffenden verfahrensrelevanten Vorgängen quantitativ vermehrt und dann unzumutbar erschwert würde, wenn nicht ein gesetzlich geregeltes Verfahren zur Verwendung der Aufzeichnung im Rahmen des Revisionsverfahrens dem Revisionsgericht eigene Sucharbeit ersparte.
10. Eine solche „Freibeweisordnung“ sollte Elemente eines parteiprozessualen Darlegungs- und Beibringungsprinzips enthalten, wie sie ja auch schon in § 344 Abs. 2 S. 2 StPO angelegt sind. Dabei wäre vorzusehen, dass
  - die Zulässigkeit einer entsprechenden Rüge, die auf Positivtatsachen gestützt ist, von der exakten Bezeichnung der audiovisuellen Fundstelle (Zeitlaufwerk) in der Aufzeichnung abhängig gemacht wird, während bei Negativtatsachen deren schlichte Behauptung ausreicht;

<sup>44</sup> So zutreffend für die Inbegriffsrüge nach § 261 StPO *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014, S. 350

- es Aufgabe der Gegenerklärung i.S.d. § 347 StPO ist, etwaige Gegenbehauptungen – wiederum unter genauer Angabe und Zitierung – der audiovisuellen Quelle zu belegen und
  - das Revisionsgericht seine Entscheidung über die Begründetheit der Verfahrensrüge auf das so gefundene Verfahrensbeweisergebnis ohne weitere eigene Recherchen zu stützen hat.
11. Prognostisch ist davon auszugehen, dass unabhängig von der Verwertbarkeit der audiovisuellen Aufzeichnung bei der Prüfung von Verfahrensrügen allein das Wissen um die Existenz der Wort- und Bilddateien eine präventive Wirkung auf alle Verfahrensbeteiligten ausüben dürfte. Gerade die jederzeitige Überprüfbarkeit von etwa verfälschenden oder missverständlich aufgenommenen Vorgängen der Hauptverhandlung wird eine falsche Wiedergabe in Urteilen ebenso verhindern wie unwahre Behauptungen in Revisionsbegründungen und Gegenerklärungen. So dürften auch die von den Gegnern der Einführung der audiovisuellen Aufzeichnung ins Feld geführten Fiktionen mit dem Rekonstruktionsverbot in der Praxis eher bedeutungslos bleiben.

## 12. Regelungsvorschlag

### a. ***BRAK-Entwurf 2010***

Der von der Bundesrechtsanwaltskammer im Februar 2010 nach Abstimmung mit dem Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins als BRAK-Stellungnahme 1/2010 vorgelegte Gesetzentwurf beschreibt die Vorzüge und Notwendigkeit der obligatorischen Einführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung zutreffend und versucht auch durch die Beschränkung ihrer Verwertung im Revisionsverfahrens auf „*die Überprüfung von Mängeln des Verfahrens*“ in § 352 Satz 2 StPO-E den Befürchtungen im Hinblick auf das Rekonstruktionsverbot gerecht zu werden. Insoweit sieht der Entwurf folgende auch von uns nach wie vor für sinnvoll angesehene Änderungen der StPO vor:

In § 273 StPO soll folgender Absatz 2 eingefügt werden:

*„(2) Die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht ist unbeschadet des § 271 auf Bild-Tonträger aufzuzeichnen. Die Bild-Ton-Aufzeichnung ist zu*

*den Akten zu nehmen oder bei der Geschäftsstelle mit den Akten aufzubewahren. § 147 ist entsprechend anzuwenden, mit der Maßgabe, dass den zur Akteneinsicht Berechtigten Kopien der Aufzeichnung überlassen werden können. Die Kopien dürfen weder vervielfältigt noch weitergegeben werden.“*

Die bisherigen Absätze 2 bis 4 sollen Absätze 3 bis 5 werden.

Nach § 273 soll folgender § 273a eingefügt werden:

*„Unrichtigkeiten des Protokolls können nach Anhörung der Beteiligten berichtigt werden. Der Nachweis der Unrichtigkeit kann auch durch die Bild-Ton- Aufzeichnung geführt werden. Die Berichtigung ist mit Gründen zu versehen und wird auf dem Protokoll vermerkt. Der Vermerk ist zu unterschreiben; § 271 gilt entsprechend.“*

Schließlich soll in § 352 folgender Satz 2 angefügt werden:

*„Die Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung nach § 273 Abs. 2 kann nur zur Überprüfung von Mängeln des Verfahrens herangezogen werden.“*

#### **b. Beweisführung bei Verfahrensrügen auf Basis der Aufzeichnung**

Um die in der Diskussion der Expertenkommission gleichwohl noch aus dem Rekonstruktionsverbot geltend gemachten Bedenken auszuräumen, könnten die in der obigen These 10 skizzierten Regeln für den Freibeweis zu den auf die Bild-Ton-Aufzeichnungen gestützten Verfahrenstatsachen wie folgt formuliert werden:

In § 344 Abs. 2 wird folgender Satz 3 eingefügt:

*„Soweit diese allein auf die Bild-Ton-Aufzeichnung gemäß § 273 Abs. 2 gestützt werden sollen, ist daraus unter Angabe der digitalen Fundstelle (z.B. der Zeitlaufwerkdaten) im Wortlaut zu zitieren.“*

§ 347 Absatz 1 erhält folgende neue Fassung:

„(1) <sup>1</sup>Ist die Revision rechtzeitig eingelegt und sind die Revisionsanträge rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form angebracht, so ist die Revisionsschrift dem Gegner des Beschwerdeführers zuzustellen. <sup>2</sup>Diesem steht frei, binnen einer *Frist von ....*<sup>45</sup> eine schriftliche Gegenerklärung einzureichen. <sup>3</sup>Der Angeklagte kann letztere auch zu Protokoll der Geschäftsstelle abgeben. <sup>4</sup>*In der Gegenerklärung zu einer auf die Bild-Ton-Aufzeichnung (§ 173 Abs. 2) gestützten Verfahrensrüge (§ 352 Satz 2) sind unter Angabe der betreffenden Zitatfundstellen die dem Revisionsvortrag entgegenstehenden Tatsachen zu benennen, wenn geltend gemacht werden soll, dass die von der Revision benannten Tatsachen (§ 344 Abs. 2 Satz 3) nicht zutreffen. Unterbleibt eine solche Gegendarstellung, so ist das Revisionsgericht an das Rügevorbringen gebunden.“*

07.07.2015 Rainer Hamm

<sup>45</sup> Insoweit verweise ich auf meine Stellungnahme zur 5. Sitzung der Expertenkommission im März 2015