

Zu dem unverändert konkretisierungsbedürftigen Begriff der „Anlage“ entschied der BGH, dass unter der Geltung des EEG 2009 nicht nur eine vergütungsseitige Anlagenzusammenfassung nach § 19 I EEG 2009, sondern weiterhin auch eine „originäre“ Anlagenzusammenfassung nach § 3 Nr. 1 EEG 2009 in Betracht komme.⁷⁷ Der BGH bestätigte damit die obergerichtliche Rechtsprechung⁷⁸ und stellte sich gegen die Clearingstelle EEG.⁷⁹ Nach Auffassung des BGH sind dabei zwei in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander errichtete und an einen Fernwärmer angeschlossene Blockheizkraftwerke als eine Anlage iSd § 3 Nr. 1 EEG 2009 anzusehen. Einer solchen „originären“ Anlagenzusammenfassung könnte bei Biogasanlagen nunmehr allerdings § 19 I 2 EEG 2012 entgegenstehen.

Nicht bestätigt hat der BGH⁸⁰ hingegen die Auffassung des OLG Schleswig,⁸¹ dass der vorübergehende Einsatz fossiler Energieträger die gesetzliche Einspeisevergütung nach § 16 I EEG 2009 endgültig entfallen lasse.

Bisher kein Erfolg beschieden ist den Musterklagen gegen die EEG-Umlage. Die damit befassten Landgerichte Bochum,⁸² Stuttgart⁸³ und Chemnitz⁸⁴ wiesen die Klagen ab. Gegen die das Urteil des LG Bochum bestätigende Berufungsentscheidung des OLG Hamm⁸⁵ legte das betreffende Unternehmen Revision ein. Auf Grund dessen werden das OLG

Stuttgart und das OLG Dresden in der Sache vorerst nicht entscheiden.

V. Ausblick

Im Jahr 2014 stehen weitreichende Änderungen beim EEG an. Dabei erscheint die bessere Integration der erneuerbaren Energien in den Markt unausweichlich, um die lang anhaltende Kostenspirale zu durchbrechen. Sollten die bisherigen Begünstigungen für stromintensive Unternehmen bei der EEG-Umlage und die Ermäßigungen der Netzentgelte fallen, wird dies die Industrie teuer zu stehen kommen. Der ursprüngliche Zweck der EnWG-Novelle 1998 zu Versorgungssicherheit bei günstigeren Preisen durch Wettbewerb beizutragen, gerät mit zunehmenden regulatorischen Eingriffen zunehmend aus dem Blickfeld. ■

77 BGH, NVwZ 2014, 313 = REE 2013, 226.

78 So OLG Naumburg, Ur. v. 16.5.2013 – 2 U 129/12, BeckRS 2013, 14324; dazu Scholtka/Baumbach/Pietrowicz, NJW 2013, 2724 (2729).

79 Clearingstelle EEG, Empf. v. 1.7.2010 – 2009/12.

80 BGH, Ur. v. 6.11.2013 – VIII ZR 194/12, BeckRS 2013, 22779.

81 OLG Schleswig, Ur. v. 16.6.2012 – 1 U 38/11, 1 U 77/10, BeckRS 2014, 00307.

82 LG Bochum, REE 2012, 243 = BeckRS 2012, 25204.

83 LG Stuttgart, REE 2013, 54.

84 LG Chemnitz, REE 2013, 109 = BeckRS 2013, 05559.

85 OLG Hamm, REE 2013, 97 = BeckRS 2013, 08265.

Kommentar

Rechtsanwalt Professor Dr. Rainer Hamm und Richter am BGH Professor Dr. Christoph Krehl*

Vier oder zehn Augen bei der strafprozessualen Revisionsverwerfung durch Beschluss? – Worum es wirklich geht

I. Das Problem

Das strafrechtliche Revisionsverfahren ist ins Gerede gekommen. Es betrifft vor allem die Beschlussfassung nach § 349 II StPO – eine Erledigungsform, mit der seit einigen Jahrzehnten etwa drei Viertel (2013: 73,8 %) aller Revisionen vom BGH ohne Begründung als offensichtlich unbegründet (ou) verworfen werden. „Offensichtlich“ heißt, dass darüber Diskussionen unter Kennern des Straf- und Strafprozessrechts gar nicht erst aufkommen können. Und „einstimmig“ heißt, dass alle Mitglieder des Revisionssenats dieser Meinung sind.

Erst seit 1922 erlaubt die StPO unter diesen Voraussetzungen die Verwerfung einer zulässigen Revision ohne Hauptverhandlung. 1964 glaubte der Gesetzgeber, die damals lauter gewordene Kritik an dem hohen Anteil der Beschlussverwerfungen (es waren ca. 50 %) dadurch zu entschärfen, dass er als weitere Voraussetzung einen entsprechenden Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft und die Möglichkeit der Erwidern des Revisionsführers vorschrieb. Die Folge in der Praxis war, dass die Quote der Beschlussverwerfungen nicht etwa – wie vom Gesetzgeber gewollt – sank, sondern trotz oder gerade auch mit Blick auf den dem Beschwerdeführer die Rechtslage erläuternden Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft weiter anstieg. Und in den wenigen Fällen, in denen die Senate des BGH heute noch bei Angeklagtenrevisionen eine Hauptverhandlung durchführen, geht dem meist ein ou-Antrag des Generalbundesanwalts voraus.

Dass dies vorkommt, zeigt, dass in den Beschlussberatungen durchaus unterschiedliche Auffassungen über die Überzeugungskraft der Antragsbegründung und der dagegen vorgebrachten Argumente entstehen. Daraus haben Außenstehende (auch auf Revisionsrecht spezialisierte Strafverteidiger) lange Zeit geschlossen, dass die fünf Unterschriften unter dem ou-Beschluss ein Zeichen für die intensive Befassung aller Senatsmitglieder mit dem angefochtenen Urteil und den gewechselten Schriftsätzen vor der entscheidenden Beratung seien.

Als der 2. Strafsenat des BGH (NStZ 2012, 406) Anlass hatte, sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Vorsitzender, der zwei Senate gleichzeitig führen sollte, noch seiner Aufgabe nachkommen kann, alle in beiden Senaten anfallenden Akten zu lesen, oder ob dann nicht die Gefahr bestehen würde, dass überhaupt nur noch der Berichterstatter die Beschlussberatung vorbereitet, war die eingefahrene „Vier-Augen-Praxis“ offiziell bekannt geworden. Der Deutsche Anwaltverein appellierte daraufhin an die Revisionsgerichte, die ratio legis zu befolgen, die aus dem Erfordernis der Einstimmigkeit ein „Zehn-Augen-Prinzip“, das heißt die Kenntnis des Sach- und Rechtsstands aller Senatsmitglieder durch eigene Informationsverschaffung, nahelegt.

* Der Autor Hamm ist namensgebender Sozius der Kanzlei HammPartner Rechtsanwälte in Frankfurt a. M. und Mitherausgeber der NJW, der Autor Krehl ist Mitglied des 2. Strafsenats des BGH.

Das *BVerfG* verneinte die Verfassungswidrigkeit der Doppelvorsitzregelung, konnte dies aber nur, weil es im Einklang mit früheren Entscheidungen des *BGH* (NStZ 1994, 353) eine (verfassungsrechtliche) Pflicht aller Senatsmitglieder zur vorherigen Befassung mit den Revisionsakten nicht anerkannte. Es hob zwar hervor, dass „alle Mitglieder des Spruchkörpers uneingeschränkt ... bei der Beratung und Entscheidungsfindung vollständig über den Sach- und Streitstand informiert“ sein müssen; *wie* sie sich die erforderliche Kenntnis des Streitstoffs verschaffen, sei aber „als Ausfluss der richterlichen Unabhängigkeit jedem Richter überlassen (NJW 2012, 2334 [2336]).

Damit war das Problem nicht gelöst. Im Gegenteil hat gerade diese sibyllinische Einerseits-Andererseits-Aussage außerhalb und innerhalb des *BGH* heftige Diskussionen entfacht (vgl. die Kontroverse 5. *Strafsenat* vs. Mitglieder des 2. *Strafsenats* in NStZ 2013, 563 und 564), in die sich zuletzt auch Generalbundesanwalt a.D. *Nehm* (Legal Tribune Online v. 27.12.2013) und der Präsident des *BGH* a.D. *Tolksdorf* eingeschaltet haben, die mit Vehemenz und nicht immer sachlich die bisherige Praxis verteidigen. So soll *Tolksdorf* nach einem Pressebericht (FAZ v. 25.1.2014, S. 5) bei seinem Abschied geäußert haben, die Rechtsprechung des *BGH* sei von manchen Strafverteidigern, bei denen es sich nicht um Fachanwälte handeln könne, mit ihrer Kritik „desavouiert“ worden.

II. Entscheidung des Gesetzgebers für das Vier-Augen-Prinzip?

Ernster zu nehmen als eine solche in der Sache nicht weiterführende Polemik ist der jüngst von *Mosbacher* (NJW 2014, 124) erhobene Einwand, der Gesetzgeber habe sich im Jahre 1877 bei Einführung der StPO grundsätzlich dafür entschieden, dass der mündliche Vortrag des Berichterstatters ein geeignetes Medium sei, den übrigen zur Entscheidung berufenen Revisionsrichtern den Sach- und Streitstand in einer strafrechtlichen Revisionssache zu vermitteln. Dies ergebe sich aus § 351 I StPO, der den Ablauf der unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten öffentlich stattfindenden Revisionshauptverhandlung regelt und zu Beginn einen Vortrag des Berichterstatters vorsieht. Daraus folge, dass das auch für das Beschlussverfahren gelten könne, zumal der Gesetzgeber im Jahre 1964 in Kenntnis der damals bestehenden Diskussionen um die Probleme der Informationsvermittlung durch den Berichterstattervortrag an seinem Regelungskonzept des Beschlussverfahrens festgehalten habe.

Dieser Versuch einer historischen Auslegung kann freilich nicht überzeugen. Nach (zutreffender) Ansicht des *BVerfG* enthält weder das Verfahrens- noch das Verfassungsrecht nähere Vorgaben dazu, wie innerhalb der Revisionssenats der Meinungsbildungsprozess bei der Entscheidung über einen Antrag der Staatsanwaltschaft im Beschlussverfahren stattzufinden hat. Tatsächlich fehlt eine Vorschrift über den genauen Ablauf einer *Beschlussberatung* im strafgerichtlichen Revisionsverfahren. Wer die Revisionsakte vor einer (mündlichen) Beratung zu lesen hat, ob überhaupt eine *mündliche* Beratung auf den ou-Antrag erforderlich ist oder ob nicht auch nach Vorlage eines schriftlichen Votums im Umlaufverfahren entschieden werden kann und schließlich wie die Beratung im Einzelnen zu gestalten ist, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Aber auch aus dem vom *Mosbacher* beschriebenen Regelungszusammenhang lässt sich ein Bekenntnis des Gesetzgebers zu einem „Vier-Augen-Prinzip“ nicht ableiten.

Diese Auffassung übersieht zum einen, dass bei der Urteilsberatung am Ende einer Hauptverhandlung mit einfacher

Mehrheit entschieden werden darf und dass schon die offene Erörterung aller mit der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen durch die Plädoyers der Verteidigung und der Revisionsstaatsanwaltschaft sowie das dann regelmäßig stattfindende Rechtsgespräch die Kenntnisnahme aller Aspekte gleichsam erzwingen kann. Zum anderen lassen Erwägungen des Gesetzgebers aus dem Jahre 1877, die sich mit dem Gang der *Hauptverhandlung* befassen, schwerlich einen tragfähigen Schluss auf die Ausgestaltung eines Verfahrens zu, das erst im Jahre 1922 eingeführt (und im Jahre 1964 modifiziert beibehalten) wurde. Auch besagt die von *Mosbacher* zitierte Passage aus der ursprünglichen Gesetzesbegründung zu § 351 StPO (es sei nicht damit zu rechnen, dass viele Angeklagte in der Hauptverhandlung erscheinen werden) überhaupt nichts darüber, wie nach der damaligen Vorstellung des Gesetzgebers eine *Beratung* nach einer Revisionshauptverhandlung oder in dem später eingeführten Beschlussverfahren aussehen sollte.

Völlig unberücksichtigt bleibt zudem, dass zwischen einer Revision zum *RG* aus dem Jahre 1877 und einer Revision zum *BGH* im Jahre 2014 erhebliche inhaltliche Unterschiede („erweiterte Revision“) bestehen. 1877 war die Überprüfung durch das Revisionsgericht auf bloße Subsumtionsfehler und auf das Vorliegen von Verfahrensverstößen beschränkt. Seitdem haben sich weitreichende Ausweitungen im revisiblen Prüfungsstoff, etwa im Bereich der früher allein dem Tatrichter überlassenen und damals nur rudimentär zu begründenden Beweiswürdigung und Strafzumessung, vollzogen.

Diese verantwortliche Prüfung schon auf die allgemeine Sachrüge hin macht eine umfassende Kenntnis der (heute sehr viel ausführlicheren) tatrichterlichen Urteilsgründe und der hiergegen gerichteten Revisionsangriffe erforderlich. Dass der Gesetzgeber im Jahre 1877 solche für ihn überhaupt nicht vorhersehbare Veränderungen in seinen Willen aufgenommen haben und sich gleichwohl für eine Beratung in Beschlussachen nach dem „Vier-Augen-Prinzip“ entschieden haben könnte, liegt genauso fern wie die eher spekulative Annahme, im Hinblick auf Diskussionen im Vorfeld der gesetzgeberischen Etablierung des Beschlussverfahrens im Jahre 1964 habe der Gesetzgeber diese Ausgestaltung für „rechtmäßig und richtig“ erachtet. Anhaltspunkte dafür ergeben sich weder aus der seit damals geltenden Gesetzesfassung, die zur Ausgestaltung des Beratungsverfahrens schweigt, noch aus den Gesetzesmaterialien.

III. Gründe für Anerkennung des Zehn-Augen-Prinzips

Die beschriebenen Veränderungen des Revisionsverfahrens machen mit Blick auf die hohe Verantwortung, die das Gesetz jedem einzelnen Revisionsrichter bei der Herstellung von Rechtskraft teils sehr hoher Freiheitsstrafen nach nur einer Tatsacheninstanz aufbürdet, eine Anpassung der revisionsgerichtlichen Beratungspraxis unabdingbar. Zwangsläufig subjektiv geprägte Berichterstattervorträge, die umfangreiche tatrichterliche Urteile mit vielen Einzelheiten und differenzierte Revisionsbegründungen notwendigerweise zusammenfassen, bergen das Risiko, dass (ohne jede Absicht) Informationen verloren gehen (können), die für die Erfolgsaussicht des Rechtsmittels von Bedeutung sind. Es ist zudem praktisch ausgeschlossen, über einen langen Zeitraum dem mündlichen Vortrag einer großen Zahl von Einzelheiten aufmerksam zu folgen und dabei den Überblick über mögliche Beweisprobleme, rechtliche Würdigungen, Konkurrenzfragen und strafzumessungsrelevante Besonderheiten des jeweiligen Falls nicht zu verlieren. Es besteht zudem die Gefahr, über die vom Vortragenden dargelegten Probleme hinaus weitere Umstände

zu übersehen, die „rechtsmittelrelevant“ sein könnten und die man bei eigener – gegebenenfalls wiederholter – Lektüre unschwer erkennen würde.

Dies zeigt den großen „Einfluss“ eines Berichterstatters auf das Verfahrensergebnis, was nicht zuletzt auch durch eine von Fischer (NStZ 2013, 425 [432]) im 2. Strafsenat erhobene Statistik empirisch belegt wird, die weitreichende Unterschiede im Erfolg der im Beschlussverfahren erledigten Revisionen je nach der Person des Berichterstatters aufweist. Wenn es aber für auf das Ergebnis der Entscheidung von so großer Bedeutung ist, wer Berichterstatter ist, spricht alles dafür, dass nicht nur die Durchsetzungskraft des einzelnen Berichterstatters (in eigenen Sachen) von wesentlicher Bedeutung ist. Maßgeblich sind vor allem auch der Informationsstand über das jeweilige Verfahren und die fehlende Aktenkenntnis einer Senatsmehrheit von drei Richtern, die einer umfassenden Befassung des gesamten Senats mit dem angefochtenen Urteil und den zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft gewechselten Argumenten im Wege stehen.

Diesen Befund, der auch nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass ein zweiter Richter (der Vorsitzende) die Revisionsakte „kontrollierend“ gelesen hat, bestreiten auch nicht ernsthaft diejenigen, die am bisherigen Beratungsablauf festhalten wollen. Denn selbst wenn der „Zweitleser“ – in der Praxis der Senatsvorsitzende, der sechsmal so viele Revisionsakten lesen soll wie die Berichterstatter, was nur bei einer Reduzierung der Genauigkeit überhaupt möglich ist – im Idealfall ebenso gründlich „liest“ wie der Berichterstatter, bleiben doch drei von fünf Richtern – mit ihren jeweils individuellen Blickwinkeln – in jedem Fall von einer solchen genauen Kenntnis ausgeschlossen.

Die Befürworter der bisherigen Beratungspraxis stellen sich nur auf den Standpunkt, dass dem bei den (wenigen?) problematischen Fällen bereits jetzt in der Praxis Rechnung getragen werde, wenn sich nämlich herausstelle, dass eine umfassende Beratung nur auf Grund eigener Kenntnis der Akten oder von Aktenteilen möglich sei. Damit wird aus der Grundsatzdiskussion ein Streit, der sich nur noch darum dreht, in wie vielen Fällen und nach welchem Auswahlkriterium das „Zehn-Augen-Prinzip“ zur Anwendung kommen soll. Denn auch die Kritiker des Vier-Augen-Grundsatzes müssen umgekehrt einräumen, dass es einfach gelagerte und überschaubare Revisionen gibt, die sich gegen übersichtliche tatrichterliche Urteile richten und die – ohne dass maßgebliche Inhalte verloren gehen könnten – vom Berichterstatter mündlich den anderen Mitgliedern des Senats vorgetragen werden können. Damit wird aber auch deutlich, dass es bei den jetzt angestellten Überlegungen nicht darum geht, die Beratungspraxis der Vergangenheit als rechts- oder verfassungswidrig zu entlarven, sondern allein darum, wie auf der Grundlage eigenverantwortlicher Entscheidungen von Revisionsrichtern, die durchaus unterschiedlich ausfallen können, womöglich eine einheitliche Verfahrensweise begründet werden kann, bei der auch vermieden wird, dass unterschiedliche Arbeitsstile einzelner Richter zu gegenseitigen Ressentiments und gruppendynamischen Verwerfungen führen.

Entscheidend gegen die bisherige Praxis, nur bei nicht näher definiertem „Bedarf“ ins Zehn-Augen-Prinzip zu wechseln, spricht die Beliebigkeit, mit der – solange sachliche Kriterien und/oder ein formalisiertes Verfahren fehlen – beinahe zufällig eine sorgfältigere oder weniger sorgfältige Prüfung der Revision durch ein „Viel-Augen-Prinzip“ erfolgt. Dies ist umso weniger hinzunehmen, als die überaus großzügige und

ihrerseits berechtigter Kritik ausgesetzte Praxis des Generalbundesanwalts und der Strafsenate des BGH, auch umfangreichste Revisionsverfahren im Beschlusswege nach § 349 II StPO ohne Hauptverhandlung zu erledigen, die Gefahr birgt, dass wichtige und grundsätzliche Rechtsfragen „unter den Tisch fallen“ oder einzelne Probleme unerkannt bleiben, von deren Beantwortung nach nur einer Tatsacheninstanz im einzelnen Fall Menschenschicksale abhängen. Dieser Gefahr wird im Übrigen auch nicht dadurch hinreichend begegnet, dass es – worauf *Nehm* hinweist – sorgfältig bearbeitete Anträge der Bundesanwaltschaft gebe, die regelmäßig alle im Fall enthaltenen rechtlichen Probleme abarbeite. Bei allem Respekt für die wertvolle Filterfunktion des Generalbundesanwalts können sich auch dort Fehler oder Nachlässigkeiten einschleichen. Vor allem entbindet das Wissen um die hohe fachliche Kompetenz der Revisionsstaatsanwaltschaft keinen Richter von der ihm auferlegten persönlichen Verantwortung.

IV. „Vorschlag zur Güte“

Alle genannten Gesichtspunkte streiten für eine förmliche Etablierung des Zehn-Augen-Prinzips als eines jedenfalls gleichberechtigten Verfahrens neben der herkömmlichen Beratungspraxis, die den Anforderungen des modernen Revisionsverfahrens nicht mehr genügt. In eine umfassende Prüfung nach eigener Kenntnis aller Richter vom Verfahrensstoff ist – wie es jetzt der 2. Strafsenat des BGH für sich beschlossen hat – schon dann überzugehen, wenn der Vorsitzende und/oder der Berichterstatter dies für erforderlich halten. Davon unberührt bleibt auch dann noch das jederzeitige Recht jedes einzelnen Richters, im laufenden Beratungsverfahren die Akten zu lesen. Kriterium für das Abgehen vom herkömmlichen Verfahren könnte ein Katalog von Konstellationen sein, bei deren Vorliegen es immer wieder zu vertiefter Auseinandersetzung mit den zu Grunde liegenden Problemen kommt oder deren Beurteilung regelmäßig eine eingehende Kenntnis des Sachverhalts oder auch der Revisionsbegründung erfordert. Dazu zählen etwa umfangreiche oder schwierige Rechtsfragen aufwerfende Sachverhalte (nur beispielhaft seien genannt Abgrenzung der Tötungsdelikte und ihr Beweis bei bestreitenden Angeklagten, §§ 239 a, 239 b StGB oder Unterbringungsverfahren nach § 63 StGB), unklare und unübersichtliche Beweismittelwertungen in Indizienprozessen oder auch bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen sowie schwierige Strafzumessungssachverhalte.

Eine solche Einrichtung eines Zehn-Augen-Prinzips neben einer Beratungspraxis mit Berichterstattervortrag würde (weitgehend) auch den Bedenken derjenigen Rechnung tragen, die mit dem Zehn-Augen-Prinzip einen nicht mehr zu rechtfertigenden sachlichen und personellen Mehraufwand oder sogar die Notwendigkeit der Einrichtung weiterer Strafsenate beim BGH befürchten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Konzentration der mündlichen Beratung auf die Bearbeitung der entscheidenden Rechtsfragen auch eine zeitliche Entlastung vom Berichterstattervortrag mit sich bringt und die Beschränkung des Zehn-Augen-Prinzips auf bestimmte Fallgruppen die Mehrbelastung in überschaubaren Grenzen halten dürfte.

Die prinzipiellen Kritiker des „Vier-Augen-Verfahrens“ könnten bei einem solchen Kompromissmodell dadurch versöhnt werden, dass generell die Prüfungstiefe erhöht wird. Und wenn der Vortrag des Berichterstatters in einfach gelagerten Fällen auch den nichtlesenden Senatsmitgliedern die Evidenz der Unbegründetheit des Rechtsmittels ohne Weiteres vermitteln kann, fällt der Verzicht auf die durchgängige Realisierung des Zehn-Augen-Prinzips sicher leicht. ■