

Intransparente Ermessensausübung, erschwerter Zugang zum Recht und defizitäre Fehlurteilskorrektur

von Prof. Dr. Carsten Momsen *

Abstract

Die Revisionsgerichte haben die Anforderungen an die Begründung einer Verfahrensrüge in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich gesteigert. Der vorerst letzte Schritt ist, dass Revisionsführer nicht nur vorliegende rügevernichtende Tatsachen angeben müssen, sondern die Abwesenheit hypothetischer rügevernichtender Tatsachen darzulegen haben, sog. „negative Tatsachen“. In vielen Fällen wird der Revisionsführer angehalten, Rügen nicht aufzusparen, sondern im Verfahren zu widersprechen. Bemerkte er den Verfahrensfehler erst später oder schreibt der Instanzverteidiger nicht die Revision, kommt es faktisch zu einer Beweislastumkehr für die Zulässigkeit. Ob dadurch die immer wieder behauptete Arbeiterleichterung bei den Revisionsgerichten tatsächlich eintritt, muss bezweifelt werden.

Möglicherweise geht es den Senaten darum, ein möglichst breites und unüberprüfbares Ermessen für die eigene Entscheidung zu sichern. Damit wird in der absoluten Mehrzahl aller Rügen über die Verwerfung als unzulässig oder offensichtlich unbegründet ein Weg eröffnet, die Revisionsentscheidung im Beschlusswege und ohne jede Begründung zu treffen. Vergleichbar unterschiedliche Voraussetzungen findet man bzgl. der Frist, welche für die Revisionsführer völlig unabhängig vom Umfang des Verfahrens nie mehr als einen Monat beträgt, wohingegen für die Tatgerichte häufig eine deutlich längere Urteilsabsetzungsfrist, für die staatsanwaltliche Seite keine vergleichbare Stellungnahmefrist und für die Revisionsgerichte gar keine formelle Entscheidungsfrist existiert. Das selbst eingeräumte Ermessen ermöglicht den Revisionsgerichten, fast wahlweise eine Revision nach formalen oder materiellen Kriterien zu entscheiden. Aus Sicht der Angeklagten und der Verteidigung bleibt das Verfahren vielfach intransparent, die Entscheidung unerklärt.

Dies dient weder der Rechtsprechungsvereinheitlichung noch der Einzelfallgerechtigkeit. Zugleich begibt sich die Revisionsinstanz der ohnehin beschränkten Möglichkeiten, die Mehrzahl der auf Absprachen außerhalb des § 257c StPO beruhenden Urteile zu überprüfen sowie

Fehlurteile aufzudecken und zu korrigieren. Diese Entwicklung ist angesichts des Umstands, dass in der landgerichtlichen Instanz die Revision das einzige reguläre Rechtsmittel ist und einer Verwerfungsquote von weit über 75% unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich. Sie führt nicht nur zu einer Entwertung der Verfahrensrüge, sondern zu einer Relativierung der den Angeklagten schützenden Verfahrensvorschriften.

I. Einleitung

Die heutige Praxis der Revisionsentscheidungen hat nicht nur mit der Vorstellung des Gesetzgebers, sondern auch mit der eigenen Praxis des BGH bis vor etwa fünfundzwanzig Jahren nicht mehr viel zu tun. Revisionshauptverhandlungen sind die Ausnahme geworden.¹ Selbst in umfangreichsten und schwierigsten Revisionsfällen mit rechtsgrundsätzlicher Bedeutung wird heute weithin – kontra wie pro – im Beschlusswege entschieden.² Diese Praxis fußt auf keiner Entscheidung des Gesetzgebers, sondern allein auf der Praxis der Revisionsgerichte selbst, ist also Rechtsfortbildung in eigener Sache.³ Jedoch stellen diese Entscheidungen nur das Symptom einer ausufernden Ermessenspraxis der Revisionsgerichte dar. Problematischer sind die Entscheidungen, die ohne Begründung in der geltend gemachten Rechtsfrage ergehen.

II. Zur Funktion des Revisionsverfahrens

Auch wenn die Revision nach tradierter Auffassung im Vergleich zur Berufung kein „volkstümliches“ Rechtsmittel ist, so ist es für den Betroffenen gleichwohl häufig kaum verständlich, dass mit der Revision nicht vorgetragen werden kann, „wie es wirklich war“, und selbst erfahrene Verteidiger können nur zögernd akzeptieren, dass es kein rechtliches Mittel dagegen gibt, dass das Gericht laut Urteil Beweisergebnisse (etwa Zeugenaussagen) konträr zu dem aufgefasst hat, was ihrem eigenen Erleben der Verhandlung entspricht. Hier liegt die Ursache der (von der Rechtsprechung grundsätzlich zurückgewiesenen) Versuche, das Gericht an bestimmte Beweisergebnisse der Hauptverhandlung zu binden (oder jedenfalls an die Einlassung des Angeklagten, wie er sie verstanden wissen

* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin sowie als Verteidiger tätig bei „Hannover und Partner“ Bremen (of Counsel). Der Text ist Grundlage eines Vortrags, gehalten auf der Tagung der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e.V. in Chorin am 14./15.9.2018 – „Die Revision im Zeitalter der Prozessökonomie: Rechtskontrolle versus Ressourcen und Verständigung“. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

¹ Abgesehen von Revisionen der Staatsanwaltschaft, über die grundsätzlich verhandelt werden muss.

² Momsen, in: SSW-StPO, 3. Aufl. (2018), § 349 Rn. 1.

³ Beispiele aus den jüngeren Bänden der Amtlichen Sammlung: BGHSt 55, 11 (3 St: Milderer Gesetz und Verjährung, Auslandszeugen bei Auslandstaten, AWG-Ausfuhrliste); BGHSt 55, 138 (5 StR: Verwertungsverbot für verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten); BGHSt 55, 288 (1 StR: Untreue bei rechtswidrigen Zahlungen [Siemens/AUB]); BGHSt 56, 11 (1 StR: Geiselerziehung in Italien im Jahr 1944); BGHSt 56, 203 (1 StR: Verstöße gegen ParteienG als Untreue); BGHSt 56, 196 (4 StR: Amtsanmaßung durch Vortäuschung der Zugehörigkeit zu den Feldjägern).

wollte). Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters. Es kommt nicht darauf an, ob das Revisionsgericht angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte oder wenn eine andere Beurteilung nähergelegen oder überzeugender gewesen wäre.

Denn es obliegt dem Tatrichter, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Damit hängt auch zusammen, dass nicht wenige Revisionsbegründungen durch unzulässige Angriffe auf die tatrichterliche Beweiswürdigung geprägt sind, die die formelhafte Erwidern des Generalbundesanwalts oder der Generalstaatsanwaltschaft auslösen, die vom Tatrichter gezogenen Schlüsse müssten nicht zwingend sein, es genüge, dass sie möglich sind (worauf häufig ein ebenfalls nur formelhaft begründeter Verwerfungsbeschluss nach § 349 Abs. 2 StPO) folgt. Die aktuelle Diskussion um die Reform der Dokumentation der Hauptverhandlung ist auch vor diesem Hintergrund zu sehen.

Ermöglicht wird dies durch die Verwerfung als unzulässig sowie die Verwerfung als offensichtlich unbegründet – § 349 Abs. 1 und 2 StPO oder in Kombination von Abs. 2 und 4. Während die Verwerfung als unzulässig an sich gar keine Entscheidung zur geltend gemachten Rechtsfrage zulässt, ermöglicht der sog. „OU-Beschluss“ die Entscheidung ohne Begründung. In beiden Fällen werden die Zwecke der Revisionsrechtsprechung nur unvollkommen erreicht, da sich keine leitende rechtliche Erwägung aus dem Tenor, d.h. der Sanktionsentscheidung ableiten lässt. Da in der Praxis die weitaus meisten Entscheidungen nach Abs. 1 oder 2 ergehen und somit zumindest in vielen Fällen keine Begründung erfolgt, stellt sich die Frage der Dysfunktionalität des Rechtsmittels.

Was die Akzeptanz, genauer gesagt die Akzeptanzfähigkeit von Revisionsentscheidungen betrifft, hängt alles daran, wie überzeugend sie für die Betroffenen ausfallen. Auch wenn es sicherlich in vielen Fällen die beste Begründung nicht vermag, einen verurteilten Straftäter davon zu überzeugen, dass eine langjährige Freiheitsentziehung genau das ist, was er „verdient“ hat,⁴ so kann eine überzeugende Begründung doch in vielen Fällen dazu beitragen. Das gilt auch für die Öffentlichkeit, die eine höchstrichterliche Entscheidung zwar nicht emotional richtig finden muss, aber doch in einem objektiven Sinne als „dem Rechte gemäß“.

Potentiell dysfunktional sind daher Entscheidungen ohne oder ohne überzeugende Begründung. Sie erweisen sich

allzu schnell als Ausdruck richterlicher Autorität, die zwar wichtig und zu respektieren ist, aber niemals die Begründung für eine sachliche Entscheidung darstellen kann. Anderenfalls weicht das Recht letztlich der Autoritätsstruktur, im Ergebnis der Macht zu entscheiden, also der Staatsmacht selbst.⁵ Mag dies auch nicht zwingend zu falschen Entscheidungen führen, so unterminieren nur mit Entscheidungsautorität begründete Richtersprüche den Rechtsstaat auf lange Sicht.

Unmittelbar können sie in einem materiellen Sinne weder zur Einzelfallgerechtigkeit noch zur Rechtsvereinheitlichung, genauer gesagt zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung, beitragen. Denn weder kann etwas gerecht sein, was nicht begründet wird noch kann das Recht vereinheitlicht werden, wenn die Kriterien der Vereinheitlichung nicht offengelegt werden. Wiederum: Es muss klar werden welches Recht nach welchen Kriterien angewendet wird, wo die Parallelen zu anderen Konstellationen liegen und wo die Unterschiede. Ist all das nicht erkennbar, wird Macht gleichmäßig ausgeübt, nicht mehr – nicht weniger.

III. Differenzierung von Machtausübung und Rechtsprechung

Begründungslose Entscheidungen sind also offensichtlich dysfunktional, wenn der Zweck der Revision darin liegt, eine einzelfallgerechte Entscheidung herbeizuführen und die Rechtseinheit, besser gesagt Rechtsanwendungsgleichheit. Denn wer nicht weiß, warum der Richter ein bestimmtes Strafmaß für richtig erachtet, kann zwar vergleichen, ob andere Fälle zu ähnlichen Sanktionen führen, aber er findet seine Individualität nicht erklärt. Juristisch gesprochen wird die Bewertung der individuellen Schuld nicht erkennbar.⁶ Ebenso wenig lässt sich erkennen, ob das Recht gleichmäßig angewendet wurde – da keine zwei Fälle in einem durch den Grundsatz der Individualschuld geprägten Strafrecht identisch sein können, kann auch keine Strafe exakt identisch begründet werden.⁷ Damit ist auch kein Vergleich zur Anwendung des Rechts möglich – lediglich zu Auswahl der Sanktion. Das Ergebnis ist und bleibt: Ohne Begründung ist die Verhängung einer Sanktion keine Rechtsausübung, sondern Machtausübung. Und um den Gedanken zuzuspitzen, das Gerichtsverfahren verkümmert letztlich zur Inszenierung der Machtausübung.

Dieser Gedanke findet sich übrigens bereits in der frühen christlichen Ethik⁸ – und er ist kaum irgendwo eindrucklicher formuliert als in *Dostojewskis* Erzählung vom Großinquisitor.⁹

⁴ *Fraser/Momsen/O'Malley/Washington*, in: Ambos et al. (Ed.) *Core Concepts of Criminal Law and Criminal Justice*, Cambridge, Vol. 1, 2019 (im Erscheinen).

⁵ *Hertz/Korff/Rendtorff/Ringeling* (Hrsg.) *Handbuch der Christlichen Ethik*, Band 3, 1982, S. 239 ff.; *Maiwald*, JZ 2003, 1073 ff.; *Momsen*, in: FS Jung, 2007, S. 569 ff.

⁶ *Momsen*, KriPoZ 2018, 76 ff.

⁷ *Fraser/Momsen/O'Malley/Washington* a.a.O. (Fn.4), insoweit sind natürlich auch unveröffentlichte Begründungen nicht zielführend. Aber anders als bei den Entscheidungen des US Supreme Court muss nicht jeder zur Entscheidung angenommene Fall grundsätzliche Bedeutung aufweisen, also auch nicht zwingend zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung beitragen.

⁸ *Hertz/Korff/Rendtorff/Ringeling* (Hrsg.) *Handbuch der Christlichen Ethik*, Band 3, 1982, S. 239 ff.; *Maiwald*, *Recht und Macht*, JZ 2003, 1073 ff.; *Momsen*, Überlegungen zu einem zweckrationalen Schuld-begriff, in: FS Jung, 2007, S. 569 ff.

⁹ Die Brüder Karamasow, 5. Kapitel.

Der Großinquisitor rechtfertigt die „Rechtsprechung“ der Inquisition zur Erhaltung der Institution der Kirche: „Es gibt drei Kräfte, einzig und allein drei Kräfte, die auf ewig das Gewissen dieser schwachen Aufrührer besiegen und fesseln können, zu deren eigenen Glück – diese Kräfte sind: Wunder, Geheimnis und Autorität.“

Und all diese drei Kräfte erscheinen genau betrachtet als nichts anderes als eine inszenierte Macht.¹⁰ Die Autorität verkörpert die Macht der Inquisition, ein Leben nach Belieben und Kirchenräson zu beenden. Wunder und Geheimnis, die Wasser- und Feuerproben, die nach dem unausweichlichen Todesurteil in bizarren Autodafés münden, geben dem Ganzen den Anschein der höheren Legitimation und verdecken den Blick darauf, dass das sogenannte Verfahren den Gipfel vorstellbarer quasistaatlicher Ungerechtigkeit und Menschenverachtung erreichte.

Eugen Drewermann sieht darin einen zentralen Kern christlicher Ethik: „Es gibt kein Recht, irgendjemanden der Häftlinge an seiner Seite zu verurteilen. Sie alle könnten der gleiche Bauer Marai sein. Und also muss man hingehen und verstehen, wie sie wurden, was sie sind. Man muss ihnen zuhören. Ihre Geschichten sich erzählen lassen“.¹¹

Albert Camus schließlich schrieb *Dostojewski* eine geradezu prophetische Begabung zu: „Er hat die Herrschaft der modernen Großinquisitoren und den Triumph der Macht über die Gerechtigkeit vorausgesehen.“¹² *Camus* meinte damit den Faschismus und vor allem den Stalinismus.

Nun sollen hier nicht der Revisionsssenat oder der Generalbundesanwalt mit dem Großinquisitor verglichen werden – wenn dann müsste man ohnehin zunächst einmal beide Institutionen zu einer zusammenfassen. Vielmehr geht es darum, dass Entscheidungen, die keine überzeugende Begründung aufweisen, ihre Legitimität allein aus der Autorität des Entscheidungsorgans gewinnen, nicht aus dem Recht. Ebenfalls nur als strukturelle Parallele zu verstehen ist die Überlegung (die sich bei *Camus* wiederfindet¹³), dass im Falle der begründungslosen Rechtsprechung das formale Verfahren wie etwa die Unterschriften oder der Spruch im Namen des Volkes die Funktion der „Wunder und Geheimnisse“ übernehmen.

Und – um sicherzugehen, dass ich hier im Raum gar keine Freunde mehr habe – natürlich spielt der Anwaltszwang insoweit hier ebenfalls die Rolle des Geheimnisses. Denn die Vertretung der Revision durch einen Anwalt oder eine Anwältin suggeriert, dass die inhaltlichen Argumente des Revisionsführers auch von einer in das System integrierten Autorität gehört werden. Die professionelle Verteidigung ist jedoch weder in das Entscheidungssystem integriert noch stellt sie eine entscheidungslegitimierende Autorität dar. Denn die anwaltliche Vertretung kann eben

nicht garantieren, dass das Gericht sich mit dem inhaltlichen Vorbringen befasst. (Hierfür sorgen die §§ 344 und 349, aber auch § 345 StPO).

Der naheliegende Einwand, gute Revisionsanwälte seien sehr wohl dazu in der Lage, baut auf eine Chimäre. Eine Quote von 0% Revisionsanträgen, die weder nach § 349 Abs. 1 noch Abs. 2 StPO abgewiesen wurden, kann höchstens der glückliche Anfänger vorweisen. Es gibt aber auch ein strukturelles Argument, das der systemintegrierten Stellung der Verteidigung entgegensteht, das Ermessen. Ich komme später darauf zurück. Ganz abgesehen davon könnte es in gewisser Weise sogar im Interesse der auf Revisionen spezialisierten Verteidiger liegen, als Teil der Wunder und Geheimnisse zu erscheinen, da es ein exklusives und lukratives Wettbewerbssegment sichert – ein informelles Äquivalent des traditionellen Zulassungserfordernisses in Zivilsachen. Andererseits liegt es nach meiner Kenntnis des Verteidigerselbstbilds eher fern, auch Teil der Autorität sein zu wollen. Man denke um die in emotionaler Schärfe geführte Diskussion um die Rechtsstellung der Verteidigung, Organ oder nicht, wenn ja, wessen ... usw.

Verlassen wir Geschichte, Literatur und Ethik und wenden uns der rein verfahrensrechtlichen Analyse zu.

Welche Entscheidungen sind es, die ohne Begründung ergehen? Es sind die Ablehnungen wegen Unzulässigkeit sowie wegen offensichtlicher Unbegründetheit – also Beschlüsse nach § 349 Abs. 1 und 2 StPO. Diese Beschlüsse enthalten in aller Regel keine Ausführungen des Gerichts zur geltend gemachten sachlichen Rechtsfrage – mag diese dem materiellen oder prozessualen Recht angehören.

Auch wenn sich beide Entscheidungsformen nicht mit der Sache selbst beschäftigen, besteht doch ein struktureller Unterschied: Denn die Verwerfung wegen Unzulässigkeit verweigert dem Betroffenen bereits den Zugang zur Rechtsprüfung, wohingegen Entscheidungen, deren Begründungen nicht offengelegt werden, zwar diesen Zugang gewähren, jedoch Rechtsprechung durch einen Autoritätsspruch ersetzen.

IV. Korrektur von Fehlurteilen als Aufgabe der Revision

Üblicherweise werden die Funktionen der Revision wie oben dargelegt mit Vereinheitlichung der Rechtsprechung und Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit bezeichnet. Das Instrumentarium, mit welchem die Rechtsprechung diese Ziele verwirklichen kann, versucht die sog. „Leistungsmethode“ zu beschreiben.¹⁴ Dementsprechend kann mit dem Rechtsmittel der Revision im Prinzip überprüft werden, was der Revisionsssenat „mit Bordmitteln“ entschei-

¹⁰ https://www.ev-kirche-riedenberg.de/fileadmin/mediapool/gemeinden/KG_riedenberg/Dostojewskis_Legende_Der_Grossinquisitor_03.pdf (zuletzt abgerufen am 25.10.2018).

¹¹ *Drewermann*, „Daß auch der Allerniedrigste mein Bruder sei. Dostojewski – Dichter der Menschlichkeit“, 2. Aufl. (2004).

¹² *Camus*, *Der Mensch in der Revolte*, 1996; *Tagebücher 1935-1951*, 1995; *Camus a Combat (Cahiers Albert Camus)*, 2002.

¹³ *Camus*, *Der Mensch in der Revolte*, 1996; *Tagebücher 1935-1951*, 1995; *Camus a Combat (Cahiers Albert Camus)*, 2002.

¹⁴ *Hamm*, *Die Revision in Strafsachen*, 7. Aufl. (2010), Rn. 10 ff.

den kann, d.h. ohne in die trichterliche Funktion der Erhebung und Würdigung von Beweisen zur Schuld und Strafrage einzubrechen. Das bedeutet aber, dass die Würdigung der Beweise wie auch deren Erhebung natürlich unter rechtlichen Gesichtspunkten überprüft werden können.

Die Identifizierung und Korrektur von Fehlerurteilen ist in Deutschland seit den Untersuchungen von *Peters* bislang empirisch kaum untersucht, lediglich *Eschelbach* hat verschiedentlich Zahlen genannt, deren Validierung aber von dritter Seite (noch) nicht erfolgt ist.¹⁵ Ursache von Fehlerurteilen dürften zentral Wahrnehmungs- und Bewertungsverzerrungen, insbesondere sog. „kognitive Dissonanzen“ sein, die darauf beruhen, dass die am Beginn der Ermittlungen gefassten Annahmen nicht mehr von einer unabhängigen Instanz überprüft werden. Eine zentrale Rolle spielt das gegenüber Perseveranz- und Inertiaeffekten notorisch anfällige Zwischenverfahren, welches dazu führt, dass die vor der eigenen Beweisaufnahme vom Tatgericht bereits für schlüssig erklärte Anklage u.U. nur noch überprüft wird, ohne dass es zu einer eigenen unabhängigen Aufnahme und Bewertung der Beweise kommt. Hier spielt natürlich die Qualität der Verteidigung eine zentrale Rolle, aber die strukturellen Defizite, die dadurch verstärkt werden, dass die Verteidigung im deutschen Ermittlungsverfahren kaum Initiativrechte besitzt, können nicht vollständig kompensiert werden.¹⁶

Wie *Eschelbach* völlig zu Recht darlegt, besteht für die Entscheidungen der großen Strafkammern hier eine erhebliche Rechtsschutzlücke, da das Rechtsmittel der Revision auf Grund des sog. „Rekonstruktionsverbots“ sowie der tendenziell abwehrenden Haltung der Revisionsgerichte zu den Erscheinungsformen einer „erweiterten Revision“ praktisch wertlos wird.¹⁷ Die meisten der entsprechenden Rügen werden schon als unzulässig verworfen, da das Revisionsgericht geltend macht, dass der originäre nicht überprüfbare Entscheidungsbereich des Tatgerichts betroffen sei. Will man also geltend machen, dass die Beweiswürdigung des Gerichts auf unüberprüften Vorannahmen beruht bzw. durch Wahrnehmungsverzerrungen geprägt ist, so gelingt dies nur, wenn ein Gericht „sich in den Urteilsgründen verrät“, was selten ist. Andernfalls bleibt gegenwärtig nur der Weg aus dem Strafverfahren zur Verfassungsbeschwerde oder zur Menschenrechtsbeschwerde, um eine Verletzung des „Fair Trial“

Grundsatzes geltend zu machen. Dass insoweit spezifische Grundrechte verletzt sind, wird allerdings vom *BVerfG* selten angenommen¹⁸ und auch die Menschenrechtsbeschwerde zum *EGMR* ist unsicheres Terrain. Zudem führt sie de facto dazu, dass wie beim verbleibenden, notorisch erfolglosen, Rechtsbehelf der Wiederaufnahme gesetzlich vorausgesetzt, das Fehlerurteil zunächst einmal in Rechtskraft erwächst.

Dabei ließe sich die Revision zumindest in Teilbereichen dafür nutzbar machen, Fehlerurteile zu vermindern, auch ohne dass die Revisionsenate eine eigene Beweiswürdigung oder gar Erhebung durchführen müssten. Dies würde allerdings voraussetzen, dass die Anforderungen an die Darstellung der Beweiswürdigung in den Urteilsgründen der Tatgerichte heraufgesetzt würden. Konkret müsste dargelegt werden, dass diejenigen Beweismittel, welche die Staatsanwaltschaft in der Anklage benennt, selbstständig durch das Gericht erhoben und neu bewertet wurden. Zudem müsste den Tatgerichten etwas abverlangt werden, was die Revisionsgerichte den Revisionsführern mittlerweile wie selbstverständlich abfordern: Die Darlegung von Negativtatsachen in Bezug auf den angenommenen Sachverhalt. Beides führt nicht zu einer revolutionären Veränderung, da – wie sogleich dargelegt werden wird (VI), die Revisionsgerichte diesen Prüfungsmaßstab in Einzelfällen ohnehin anlegen. Die Situation ähnelt insoweit der ebenfalls zu fordernden Darlegungen in den Urteilsgründen, dass Erkenntnisse aus der Verhandlung einer im Ergebnis erfolglosen Verfahrensabsprache nicht der Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden dürfen.¹⁹

V. Revision und Absprachenpraxis

Während die Verfahrensabsprache nach § 257c StPO als fast schon überreguliert zu bezeichnen ist, jedenfalls wenn man die Erfordernisse der Protokollierung betrachtet, ist die Masse der konsensualen Erledigungen im Wege der Einstellung aus Opportunitätsgründen sowie im Wege von Strafbefehlen, des Absehens von Verfolgung aber auch der verschiedenen Erscheinungsformen von Kronzeugenregelungen, ein der Revision in weiten Teilen verschlossenes Dunkelfeld. Hier Abhilfe zu schaffen ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers, der eine entsprechende gerichtliche Überprüfung im Ermittlungsverfahren ermöglichen müsste sowie den Ausbau der initiativen Verteidigungsrechte in einem frühen Zeitpunkt, wenn sie (und damit auch die Staatsanwaltschaft) faktisch ohnehin in eine

¹⁵ *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, 30. Ed., Stand: 1.6.2018, § 261 Rn. 69 ff. legt offensichtlich eine hohe Quote von Fehlerurteilen zugrunde (die verschiedenen in Verweis genommenen Quellen kommen auf bis zu 25%, wobei die Definition des Begriffs „Fehlerurteil“ nicht identisch ist. Richtigerweise wird man „unschuldig Verurteilte“ und mit Blick auf die zunehmende Absprachenpraxis auch qualitativ fehlerhaft Verurteilte in dem Sinne, dass ein Vergehen als Verbrechen verurteilt wird, hierzu zählen können). Diese Zahlen sind zwar argumentativ überzeugend, jedoch nur unzureichend empirisch nachprüfbar. Methodische Kritik kann natürlich auch an den Untersuchungen von *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess. Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 3 Bände, 1970-1974 und *Hirschberg*, Das Fehlerurteil im Strafprozess, 1960, S. 88 f. (dazu *König*, StV 1998, 113; vgl. auch *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, S. 39) geübt werden, die zu den erwähnten relativ moderaten Zahlen kommen; *Pieplow*, Freispruch 10 (2017), 20 f.

¹⁶ Dazu demnächst ausf. *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg (erscheint Frühjahr 2019).

¹⁷ *Eschelbach*, in: FS Widmaier, 2008, S. 127 ff.; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 261 Rn. 69 ff., 76 f. Zur erweiterten Revision lassen sich (funktional vereinfacht) Anhörungsrügen, Rügen der Aktenwidrigkeit, Inbegriffsrügen u.v.a. Rügen der Unvollständigkeit oder Widersprüchlichkeit der Beweiswürdigung zählen; dazu auch *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. (2010), Rn. 15 ff.

¹⁸ *Eschelbach*, in: FS Widmaier, 2008, S. 127 ff.; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 261 Rn. 69 ff.

¹⁹ Dazu ausführlich *Momsen/Washington*, in: FS Rogall, 2018, S. 593 ff.

Parteirolle gedrängt wird. Die Revisionsgerichte kommen naturgemäß in vielen Fällen gar nicht erst zum Zuge, sofern das Verfahren ohne Urteil beendet wird. Sofern jedoch ein Urteil durch eine der vorgenannten Formen konsensualer Verfahrenshandlungen beeinflusst wird (von der Verfolgung einzelner Taten wird bspw. nach § 154 StPO abgesehen, es kommt zur Hauptverhandlung nach Einspruch gegen den Strafbefehl i.S.d. § 410 StPO oder es ergeht ein Beschluss nach §§ 153 Abs. 2, 153a Abs. 2 StPO), so ist dem Revisionsgericht prinzipiell der Zugriff möglich. Hier wäre jedenfalls eine Praxis wünschenswert wie oben unter IV. vorgeschlagen.²⁰ Zudem fragt sich, ob nicht auch bei einer weitergehenden Begründung der Beschlüsse nach § 349 Abs. 1 und 2 StPO im Dialog mit den Revisionsführern mittelfristig Konturen einer Überprüfung auf zumindest gravierende Verletzungen des fairen Verfahrens denkbar wären. Damit schließt sich der Kreis zur Frage der Begründung von Revisionsvorbringen einerseits und weitgehend fehlender Begründungspflicht der Entscheidungen der Revisionsgerichte andererseits.

VI. Die Verwerfung der Revision als unzulässig

Der Beschluss nach § 349 Abs. 1 StPO steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Anforderungen an die Revisionsbegründung gem. § 344 StPO. Der Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO steht damit in einem strukturellen Zusammenhang, da sich beide aus den erwähnten Gründen funktional als Autoritätsausübung erweisen und formale Legitimation reklamieren ohne inhaltliche Legitimation offenzulegen.

Über die Anforderungen an die Revisionsbegründung wurden die zentralen Argumente bereits ausgetauscht, zwei Punkte scheinen mir unter grundsätzlichen Erwägungen problematisch. Dies ist zum einen die Monatsfrist nach § 345 Abs. 1 StPO. Denn diese führt unter Umständen zu einer erheblichen und sachlich nicht zu rechtfertigenden Benachteiligung der Verteidigung in Umfangsverfahren. Nehmen wir als Beispiel, als Extrembeispiel, den NSU Prozess, so steht schon die Urteilsabsetzungsfrist in keinem Verhältnis zur Begründungsfrist. Zudem ist es auch bei einem Verteidigungsteam praktisch nicht vorstellbar, wie die Begründung sorgfältig und fristgerecht erstellt werden können soll. Auch wenn man außer Betracht lässt, dass sich auch in Umfangsverfahren nicht jeder Angeklagte einen Revisionsspezialisten leisten kann, dürfte hier die Grenze des fairen Verfahrens überschritten sein, möglicherweise liegt auch ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip vor. Jedenfalls wäre es mehr als überraschend, wenn im Falle der erfolglosen Revision nicht über eine Verfassungsbeschwerde bzw. den Weg zum *EGMR* nachgedacht werden sollte.

Wie könnte man dieses Problem lösen? Entweder durch eine Gesetzesänderung, welche die Begründungsfrist flexibel gestaltet oder durch eine Veränderung des Richterrechts zu § 344 StPO. Da eine Flexibilisierung des § 345 Abs. 1 StPO vermutlich nicht in näherer Zukunft erfolgen wird, stellt sich die Monatsfrist als potentielle Verschärfung der formalen Anforderungen an die Revisionsbegründung dar – die durch die Revisionssenate entwickelten Kriterien müssen ggf. unter massivem Zeitdruck erfüllt werden.

Schauen wir nun auf § 344 StPO, so ist sofort eine ganz zentrale Einschränkung zu machen: Die Sachrüge der Verteidigung ist nicht betroffen. Durch die Möglichkeit, diese als allgemeine Sachrüge zu erheben, besteht keine ernsthafte formale Begründungshürde. Wer als Vertreter der Revision hier versagt, hat schlicht einen Kunstfehler zu verantworten. Die Konsequenz: Für Sachrügen besteht praktisch unbeschränkter Zugang zum Recht in dem Sinne, dass sich das Revisionsgericht mit der vorgebrachten Rechtsfrage befassen muss, wenngleich bei der unausgeführten Sachrüge ein nicht unerhebliches Auswahlermessen besteht, allerdings macht der Revisionsführer insoweit auch kein spezifisches Recht geltend. Es bleiben die Probleme der begründungslosen Autoritätsausübung sowie spezifische Ermessensfragen, auf die im Zusammenhang mit § 349 Abs. 2 StPO einzugehen ist. Ebenso komme ich auf die Revision der Staatsanwaltschaft, für die insoweit höhere Anforderungen gelten, noch zurück.

Für die Verfahrensrüge liegen die Dinge, wie gesehen²¹, völlig anders. § 344 StPO ist hier der Anknüpfungspunkt für die hohen formalen Voraussetzungen, die seitens der Revisionsgerichte an die Begründung gestellt werden²² und damit auch für einen beträchtlichen Anteil an der hohen Misserfolgsquote eingeleiteter Revisionen. Dies betrifft aus den o.g. Gründen primär die Verwerfung der Verfahrensrügen nach § 349 Abs. 1 StPO.²³

Die Ratio der allein von den Revisionsgerichten entwickelten über das Gesetz weit hinausgehenden Anforderungen ist zusammengefasst, dass das Revisionsgericht nicht gezwungen sein soll, den gesamten Akteninhalt auf etwaige Fehler durchzusehen. Daher muss die Begründung der Rüge aus sich heraus verständlich sein. Dem Revisionsgericht muss prinzipiell eine rechtliche Würdigung ohne Heranziehung weiterer Aktenbestandteile, insbesondere des Sitzungsprotokolls, möglich sein.²⁴ Unzulässig also etwa die Rüge mit Bezug auf einen Antrag zur Untersuchung von Asservaten, wenn die in dem abgelehnten Antrag zu untersuchenden Gegenstände anhand von Asservatennummern bezeichnet und die Asservatenverzeichnisse nicht vorgelegt wurden.²⁵

²⁰ Vgl. *Momsen/Washington*, in: FS Rogall, S. 593 ff.

²¹ *Momsen*, in: SW-StPO, § 344 Rn. 1 – auch die an sich zulässig eingelegte Revision, welche aber lediglich aus unzulässigen Verfahrensrügen besteht, ist nach Abs. 1 zu verwerfen.

²² Zutr. *Temming*, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 344 Rn. 1.

²³ *Momsen*, in: SSW-StPO, § 344 Rn. 1.

²⁴ Franke, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2013), § 344 Rn. 3; *Momsen*, in: SSW-StPO, § 344 Rn. 35; zur Kritik allg. s. bspw. Rn. 20, 29 m.w.N.

²⁵ *BGH*, Urt. v. 13.10.2016 – 4 StR 298/16 = StraFo 2017, 31.

Sind die den behaupteten Verfahrensverstöß²⁶ enthaltenen Tatsachen nicht angegeben (Abs. 2 Satz 2), ist die prozessuale Rüge nicht wirksam erhoben, also unzulässig. Ebenso, wenn bei mehreren möglichen Verfahrensfehlern nicht dargelegt wird, welcher geltend gemacht wird.²⁷ Es ist – so die Argumentation – nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, nach etwaigen Verfahrensfehlern zu forschen.²⁸ Die Staatsanwaltschaft führt die Aktenstellen, auf die sich die Rügen beziehen (z.B. Teile des Hauptverhandlungsprotokolls) abschriftlich in der Revisionsrechtfertigung an (Nr. 156 Abs. 3 RiStBV; vgl. auch Nr. 162 Abs. 2 RiStBV zur Gegenerklärung), so dass hier ein zumindest geringes Verschlangungspotential gegeben wäre. Beweismittel für den Prozessverstoß braucht der Beschwerdeführer jedoch nicht zu benennen; ist er in der Revisionsinstanz nicht nachweisbar, erweist sich die Rüge als unbegründet; anders aber im Fall der sog. „Aufklärungsrüge“.²⁹

Alle den behaupteten Mangel begründenden Tatsachen sind so vollständig und genau anzugeben, dass das Revisionsgericht allein aufgrund der Begründungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt,³⁰ wenn die bezeichneten Tatsachen erwiesen werden.³¹ Für die Rüge der Verletzung des § 243 Abs. 4 S. 2 StPO sind, um dem Revisionsgericht die Prüfung zu ermöglichen, ob verständigungsbezogene – und damit eine Unterrichtungspflicht auslösende – Gespräche stattgefunden haben, Tatsachen zum Inhalt der Erörterungen vorzutragen.³²

Man muss sich fragen, worin der Sinn der Anforderungen bestehen kann. Eine verantwortungsvolle Prüfung der Zulässigkeit zwingt das Revisionsgericht im Prinzip dazu, in vielen Fällen den zitierten Akteninhalt mit der tatsächlichen Akte genau abzugleichen – oder sich schlicht an den Ausführungen der Staatsanwaltschaft, Generalstaatsanwaltschaft oder des Generalbundesanwalts zu orientieren. Worin der zeitsparende Effekt gegenüber einer materiellen Prüfung im Rahmen der Begründetheit liegen soll, lässt sich abgesehen von Ausnahmekonstellationen offensichtlicher Zitierungsdefizite kaum begründen. Dies legt wiederum den Verdacht nahe, es gehe tatsächlich weniger um Ressourcenschonung als um die von der Revisionsrechtsprechung selbst vorgenommene Sicherung möglichst großer Ermessensspielräume. Auf die negativen Auswirkungen einer solchen Praxis und den Zusammenhang zur Frage der Legitimation komme ich in Kürze zurück.

Vor dem Hintergrund des Zwecks der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit und dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes ebenfalls nur schwer vermittelbar ist die Auffassung, dass es an einer bestimmten Behauptung eines Verfahrensmangels fehlen soll, wenn der Verteidiger keine Verantwortung für die Begründung des Mangels übernimmt,³³ ohne dass es entscheidend sein soll, ob der Mangel vorliegt oder nicht. Wiederum liegt insoweit die Annahme nahe, die Formerfordernisse würden um ihrer selbst willen aufgestellt. Da diese Annahme aber nicht sinnvoll ist, bieten sich zwei Erklärungsansätze an. Zum einen könnte es um die Disziplinierung der Verteidigung gehen, sich den Regeln des Procédere zu unterwerfen – und einen wenngleich geringen Teil der eigentlich dem Gericht obliegenden Prüfungslast abzunehmen – und damit funktional in das Gerichtsprocédere eingebunden zu werden. In diese Richtung gehen die entsprechenden Hinweise in den Urteilsbegründungen, soweit vorhanden.³⁴ Zu anderen könnte das eigentliche Ziel dieses Formerfordernisses wiederum darin liegen, einen Ermessensspielraum zu schaffen oder zu verbreitern.

Gleiches gilt für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals, der Verfahrensfehler sei als Tatsache zu behaupten – unter Berücksichtigung des § 345 StPO. Denn dass es daran – und an der Form des § 345 Abs. 2 StPO³⁵ – auch fehle, wenn der Rechtsanwalt nur Behauptungen des Angeklagten wiedergebe, ohne zugleich klarzustellen, dass er sie (zugleich) als seine eigenen vorträgt, obwohl die Revisionsbegründung seine Unterschrift trägt, ist mit Blick auf die Zwecke der Revision in höchstem Maße verwunderlich – um nicht zu sagen, grotesk.³⁶ Wenn also aus der Formulierung des § 345 Abs. 2 StPO, die in nichts darauf hindeutet, die Zulässigkeitsvoraussetzung abgeleitet wird, dass der Verfahrensverstoß nicht lediglich als „möglich“ bezeichnet werden oder nur vermutet oder nur die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens „angezweifelt“ werden darf,³⁷ so fällt es hier sehr schwer einen legitimen Grund zu konstruieren. Denn es liegt keinerlei Konnex zu der materiellen Überzeugungskraft der geltend gemachten Bedenken – oder aber zur Bedeutung der Sanktion gegen den Betroffenen vor.

Ähnlich steht es um die Anforderungen an die Rüge, ein Antrag sei unzutreffend abgelehnt worden. Wird die Ablehnung von Anträgen – z.B. eines Befangenhitsantrags

²⁶ Verletzungen des Verfahrensrechts i.e.S. einschl. der EMRK sowie Grundrechtsverletzungen, vgl. BGHSt 19, 277 = JZ 1965, 66 m. Anm. Evers; BGHSt 21, 340; 26, 90; GA 1970, 25; BVerfG, DAR 1976, 239; BayObLG, NJW 1969, 808; OLG Celle, NJW 1969, 1975; OLG Hamm, NJW 1972, 1096.

²⁷ Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. (2018), § 344 Rn. 20; BGH, NStZ 1999, 94; BGH, Beschl. v. 8.12.2011 – 4 StR 430/11; Norouzi, NJW 2011, 1526.

²⁸ Ausnahme: von Amts wegen zu prüfende Prozesshindernisse; dazu im Einzelnen Momsen, in: KMR, 54. EL (2009), § 337 Rn. 4, 38 ff.

²⁹ Franke, in: LR-StPO, § 344 Rn. 77.

³⁰ BGH, StV 1984, 454; Rackow, in: HK-GS, 4. Aufl. (2017), § 344 Rn. 10.

³¹ BGH, NStZ 1990, 29; BGHSt 3, 212 (213); 21, 334 (340); 22, 169 (170); BGH, NJW 1969, 2293; 1980, 951; 1292; DAR 977, 179 f.; 1980, 209; BayObLGSt 24, 59; OLG Bremen, VRS 36, 181; 50, 35; OLG Hamm, NJW 1972, 1096; OLG Koblenz, VRS 48, 121; 49, 195; 278; OLG Saarbrücken, MDR 1974, 421; Gericke, KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 344 Rn. 39 m.w.N.; Momsen, SSW-StPO, § 344 Rn. 36.

³² BGH, NStZ 2017, 424; StV 2015, 81; vgl. Momsen, in: SSW-StPO, § 337 Rdn. 73.

³³ BGH, Beschl. v. 22.1.2008 – 1 StR 607/07.

³⁴ A.a.O.

³⁵ Momsen, in: SSW-StPO, § 345 Rdn. 23 ff.

³⁶ Momsen, in: SSW-StPO, § 344 Rn. 39.

³⁷ BGHSt 19, 273; BGHSt 7, 162; 17, 337; NJW 1962, 500; Meyer-Goßner/Schmitt, § 344 Rn. 25.

nach § 24 StPO³⁸, nach § 74 StPO³⁹, nach § 228 StPO⁴⁰, oder eines Beweisantrags nach § 244 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 StPO⁴¹ – mit der Revision beanstandet, ist in aller Regel der Inhalt des betreffenden Antrags und der Gerichtsentscheidung im Wortlaut mitzuteilen.⁴² Da dem *Senat* sowohl die Akte mit dem Originaldokument als auch die Stellungnahme der Bundesanwaltschaft vorliegt, kann hieraus kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn resultieren. Nicht einmal ein Zeitgewinn. Denn eine gesetzmäßige Prüfung würde die genaue Abgleichung mit dem Originaldokument verlangen, also muss dieses ohnehin gelesen werden – mag die Praxis sich auch gelegentlich diesen Standards der Prüfung verweigern. Ausreichend müsste ein präziser Verweis sein.

Will man nicht ernsthaft annehmen, es sollte den Anwälten die Möglichkeit gegeben werden, zusätzliche Stunden für die unsinnige Schreibezeit abzurechnen, so ergeben sich wiederum die beiden vorgenannten Erklärungsansätze: Disziplinierung und Ermessenserweiterung. Zudem zeigt sich in der Einräumung des Ermessens hier auch die weitreichend genutzte Möglichkeit, nach nicht offengelegten Kriterien formale und materielle Prüfungen miteinander zu vermischen. Dazu sogleich mehr.

VII. Die Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet

Nur kurz sei noch ein Blick auf die Beschlussverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO geworfen. *Lobe*⁴³, auf den das im Jahr 1922 eingeführte Beschlussverfahren zurückgeht, hielt eine Revision für „offensichtlich unbegründet“, wenn sich „die Unbegründetheit dem Blick eines sachkundigen Beurteilers sofort aufdrängt“. Demgegenüber kann nach heute gültigem Verständnis des Begriffs „offensichtlich“ von Abs. 2 Gebrauch gemacht werden, wenn der Revisions Senat „einhellig die Auffassung vertritt, dass die von der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen zweifelsfrei zu beantworten sind und dass auch die Durchführung der Hauptverhandlung keine neuen Erkenntnisse erwarten lässt, die Zweifel an dem gefundenen Ergebnis aufkommen lassen könnten“. Das *BVerfG* hat hiergegen keine grundsätzlichen Bedenken.⁴⁴ Einwendungen des Schrifttums sind vergeblich geblieben.⁴⁵ Der Generalbundesanwalt hat sich bei Angeklagtenrevisionen durch die fast ausnahmslose Stellung von Anträgen nach Abs. 2 (in seltenen und sehr eindeutigen erscheinenden Fällen auch nach Abs. 4) angepasst; Terminsanträge sind insoweit fast ausgestorben. Revisionshauptverhandlungen werden heute nur noch über staatsanwaltschaftliche Revisionen (und – seltener – über Revisionen der Nebenklage) und in Fällen herausragender (rechtlicher) Bedeutung durchgeführt. Daneben stehen die (nicht häufigen, zahlenmäßig

schwer abzuschätzenden) Fälle, in denen im *Senat* keine Einstimmigkeit (gleich in welche Richtung) erzielt wurde oder in denen der *Senat* einem Antrag des Generalbundesanwalts nach Abs. 4 nicht folgen will. Wiederum nach Auffassung von *Thomas Fischer* allerdings erfolgt in einer Vielzahl von Fällen erst nach kontroversen Diskussionen eine Einigung im *Senat*, gelegentlich auf Basis sachfremder Erwägungen. Träfe dies zu, wäre die Offensichtlichkeit eine Leerformel, die durch freies Ermessen der Gerichte – und damit entgegen dem Gesetzeszweck – ausgefüllt wird.⁴⁶

Maßgeblich, so heißt es, beruhe diese Entwicklung auf den als unabweisbar empfundenen Bedürfnissen der Praxis. Seit der Wiedervereinigung bewältigt der *BGH* mit nach wie vor fünf Strafsenaten die Revisionen aus 16 Bundesländern; zuvor waren es 11 Bundesländer. Auch durch das verbreitete Institut der Urteilsabsprache hat sich die Zahl der Revisionen nicht entscheidend verringert. Allerdings haben *Alexander Ignor* und *Hartmut Schneider* in der Podiumsdiskussion dargelegt, dass es zu keinem signifikanten Anstieg der Revisionseingänge am *BGH* gekommen ist, sondern sich von gelegentlichen Ausreißern abgesehen ein stabiler Wert von gut 3.000 Eingängen ergibt. Verbleibt als möglicher Grund für Belastungseffekte, dass nicht nur Umfang und Komplexität der tatrichterlichen Urteile, sondern – mehr noch – der Revisionsbegründungen im Durchschnitt erheblich zugenommen haben. Mit dem Urteilsverfahren, bei dem alle fünf Richter alle Unterlagen des Revisionsverfahrens gelesen haben müssen, lassen sich die aktuell eingehenden Revisionen ggf. deshalb ohne Vergrößerung der Zahl der *Senate* nicht bewältigen. Demgegenüber werden beim Beschlussverfahren die Unterlagen des Revisionsverfahrens grundsätzlich nur vom Vorsitzenden und vom Berichterstatter gelesen; die übrigen Senatsmitglieder werden über den Sachverhalt, die erhobenen Rügen und die rechtlichen Probleme ausschließlich durch den (mündlichen) Vortrag des Berichterstatters unterrichtet.⁴⁷ In den Händen qualifizierter, erfahrener und verantwortungsbewusster Richter braucht diese Art der Entscheidungsfindung nicht zu einer Rechtsprechung minderer Qualität zu führen; die Anfälligkeit für Schwächen im Einzelfall ist aber deutlich größer. Zudem fehlt die Transparenz.

Der Stil der *Senate* (und ihre Bereitschaft, doch nicht ganz so selten zu verhandeln) divergiert allerdings erheblich. Das liegt an der Offenheit des Systems und der richterlichen Unabhängigkeit. Angesichts der in den letzten Jahrzehnten zu beobachtenden Pendelbewegungen bleibt nur die – unbefriedigende – Option, darauf zu vertrauen, dass die Ausschläge nicht allzu groß werden. Gleichwohl: De facto ist die ursprüngliche gesetzgeberische Intention von

³⁸ *Momsen*, in: KMR, § 338 Rn. 40.

³⁹ *BGH*, NJW 1969, 2293; VRS 35, 428.

⁴⁰ *OLG Koblenz*, VRS 49, 278.

⁴¹ *Paulus*, in: KMR, § 244 Rn. 600–605.

⁴² *BGH*, NStZ 2000, 328; vgl. ausf. *Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 9. Aufl. (2017), Rn. 496 ff.

⁴³ JW 1925, 1612.

⁴⁴ *BVerfG*, NStZ 2002, 487; umf. Nachw. der Rspr. des *BVerfG* bei *Kuckein*, in: KK-StPO, § 349 Rn. 16.

⁴⁵ *Dahs*, NStZ 2001, 298; *BGH*, Urt. v. 12.10.2000 – 5 StR 414/99; *Fezer*, StV 2007, 40; *Hamm*, StV 1981, 315; *Krehl*, GA 1987, 162; *Kruse*, Die „offensichtlich“ unbegründete Revision in Strafsachen, 1980; *Meyer*, StV 1984, 222; v. *Stackelberg*, in: FS Dünnebier, 1982, S. 365; vgl. auch *Franke*, in: LR-StPO, § 349 Rn. 5 f. sowie die ausf. Darstellung bei *Hamm* a.a.O. (Fn. 13), Rn. 1368 ff.; vgl. die Gesamtdarstellung bei *Rosenau*, ZIS 2012, 195.

⁴⁶ Überzeugende Analyse bei *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. (2010), Rn. 1370.

⁴⁷ Informativ zur Praxis des Beschlussverfahrens *Fischer/Krehl*, StV 2012, 550 ff.

Abs. 5 als Regel – und Abs. 2 als Ausnahmefall⁴⁸ in der Entscheidungspraxis nachhaltig auf den Kopf gestellt, mehr als 3/4 aller Revisionen dürften gegenwärtig allein nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen werden.⁴⁹

Den Bedenken hat die Rechtsprechung der *Senate* zumindest teilweise Rechnung getragen⁵⁰:

So kann die Formulierung des Beschlusses dahin gehen, dass die Revision „als offensichtlich unbegründet verworfen“ wird; wegen der verstörenden Wirkung, die dies für den Angeklagten haben kann, sind heute abgemilderte Formulierungen üblich geworden: „wird nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen“ oder: „wird verworfen, da die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten ergeben hat“.

Nähere – und zum Teil sehr in die Breite (und in die Tiefe) gehende Begründungen sind mit dem Bedeutungswandel des Abs. 2 sehr viel häufiger als in früheren Jahren geworden (vgl. oben). In diesen Fällen werden die oben aufgezeigten Legitimationsdefizite weitgehend behoben. Zu einer näheren Begründung ist das Revisionsgericht aber nicht verpflichtet;⁵¹ allerdings entspricht es einer Übung der *BGH-Strafsenate*, beim Abweichen von der Antragsbegründung des Generalbundesanwalts jedenfalls einen kurzen Hinweis auf die vom *Senat* als maßgeblich erachtete Rechtslage zu geben.⁵² Auch hier jedoch eröffnen die Revisionsgerichte sich in der Gesamtbetrachtung einen weiten Ermessensspielraum, um bestimmte rechtliche Fragen herauszuheben, dies müssen einerseits nicht alle sein, die entscheidungsrelevant waren und können andererseits obita dictu auch solche sein, die nicht entscheidungsrelevant sind. Das macht deutlich, dass solchermaßen ausführlich begründete Verwerfungsbeschlüsse tatsächlich als rechtliche Segelanweisungen an die übrigen Gerichte und Staatsanwaltschaften, also die Berufskollegen, adressiert werden und nicht als Begründung der Entscheidung an den Angeklagten.

Damit ließe sich immerhin noch argumentieren, dass wenn der Verwerfungsbeschluss auf die Gegenerklärung des Beschwerdeführers nicht eingeht, dies nur besagt, dass sie den Verwerfungsantrag nicht zu entkräften vermochte – und nicht etwa, dass sie nicht zur Kenntnis genommen worden wäre.⁵³ Allerdings muss hier das Vertrauen in die Autorität die Überprüfung ersetzen.

Problematisch daran ist die angesprochene fehlende Möglichkeit zu überprüfen, nach welchen dieser Kriterien das Ermessen tatsächlich ausgeübt wurde, denn ein signifikanter Anteil der hier zitierten Entscheidungen ist auf Anhörungsrügen (§ 356a StPO) ergangen, mit denen – ausnahmslos vergeblich – geltend gemacht wurde, das Revi-

sionsgericht habe den Revisionsvortrag des Beschwerdeführers nicht zur Kenntnis genommen. Zusammenfassend: Wenn eine Revision (um im Kernbereich des § 349 Abs. 2 StPO zu bleiben) „offensichtlich“ unbegründet ist, so bedarf dies, so umfänglich der Beschwerdeführer auch vorgetragen haben mag, schon begrifflich keiner näheren Begründung, und die Fälle, in denen der Verwerfungsbeschluss vom Revisionsgericht näher (oder gar umfänglich) begründet wird, sind im Regelfall solche des »erweiterten Offensichtlichkeitsbereiches« werden also eigentlich nicht von Abs. 2 erfasst. Hier allerdings setzt durchaus berechtigte Kritik an, welche letztlich Bedenken im Hinblick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, insbesondere einer Verkürzung des rechtlichen Gehörs, sowie die wenig transparente Entscheidungspraxis geltend macht. Strukturell wird auf eine Verkehrung des gesetzlich intendierten Regel-Ausnahme-Verhältnisses hingewiesen (s.o.). Mit Blick auf die o.g. Praxis einer extensiven Anwendung der Norm wäre daher unter dem Gesichtspunkt der rechtsfriedensstiftenden Wirkung von verfahrensbeendenden Entscheidungen eine zumindest erläuternde Begründung notwendig.⁵⁴

VIII. Ablehnungsquote

Nimmt man die Entscheidungen nach § 349 Abs. 1 und 2 StPO zusammen, so ist vor allem die hohe Ablehnungsquote problematisch, insbesondere bei landgerichtlichen Entscheidungen, die nur die Revision als Rechtsmittel kennen.

Hier wird, wie erwähnt, der Grenzbereich dessen betreten, was das Rechtsstaatsprinzip für die Ausgestaltung der Rechtsmittel erlaubt. Es gilt der Grundsatz, dass jede Entscheidung durch mindestens ein Rechtsmittel überprüft werden können muss. Dies ist bei Revisionen zur *BGH* in der Realität nicht gewährleistet. Denn bei einer Ablehnungsquote von weit über 50% bedeutet dies, dass der Mehrheit der Angeklagten faktisch eine inhaltliche und transparente Überprüfung der Entscheidung sowie der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens verwehrt wird, in letzterem Fall liegt die Quote sogar über ¾. In einem noch höheren Prozentsatz verweigern die Revisionsgerichte eine Offenlegung der Gründe hierfür (Abs. 1 und 2 zusammengefasst).

Blickt man auf das *Landgericht* als die Eingangsinstanz für Verfahren mit Androhung der schwersten Sanktionen, so ist dieses Fazit – überwiegend erfolgt keine oder keine transparente Auseinandersetzung mit den geltend gemachten Fragen – erschreckend.

Die Begründung der Revisionsenate, die Formerfordernisse sollten zugunsten des Beschwerdeführers eine gesetzmäßige, sachgerechte und von sachkundiger Seite stammende Begründung gewährleisten⁵⁵ und zugleich

⁴⁸ Rackow, in: HK-GS, § 349 Rn. 1.

⁴⁹ So Barton, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 65.

⁵⁰ Zum Ganzen Momsen, in: SSW-StPO, § 349 Rn. 20 ff., 26 ff.

⁵¹ EGMR, EuGRZ 2008, 274 (276); BVerfG, NStZ 2002, 487; StraFo 2007, 463.

⁵² BGH, StraFo 2004, 212 und 236.

⁵³ So jedenfalls BGH, wistra 2009, 283 und 483.

⁵⁴ Dies gilt letztlich auch bei allgemeinen Sachrügen insoweit als wiederum keine Begründung zur Entscheidung der vorgebrachten Rechtsfrage erfolgen muss. Legitimation durch Autorität.

⁵⁵ So in BGHSt 25, 272 (273); Anm. Meyer, JR 1974, 478; BGH, NStZ 1987, 336.

solle den Revisionsgerichten „die Prüfung grundloser oder unverständlicher Anträge erspart bleiben“⁵⁶, verfährt bestenfalls zum Teil. Denn nochmals: Der Zweck der Revision kann überhaupt nur erreicht werden, wenn die Entscheidungen materiell durch transparent gemachte Erwägungen des Entscheidungsorgans selbst getragen werden.

IX. Das von den Revisionsgerichten selbst geschaffene Ermessen

Die hier aus ganz verschiedenen Perspektiven dargelegte Kritik betrifft systematische Schwächen. Von zentraler Bedeutung ist die ausufernde richterrechtliche Heraussetzung der Begründungsanforderungen. Sie führt dazu, dass in einer Vielzahl von Fällen die eigentliche Rechtsfrage nicht geprüft wird. Das Problem verschärft sich durch die vollständige Verschleifung der Kriterien des § 349 Abs. 2 StPO zur lediglich formalen Einstimmigkeit der Beschlussfassung. Im Ergebnis haben sich die Revisionsgerichte so eine Grundlage dafür geschaffen, weitgehend frei entscheiden zu können, ob sie sich mit der durch die Revision aufgeworfenen Rechtsfrage inhaltlich befassen wollen und ob und wie sie diese Entscheidung begründen wollen.

Das Problem ist also das selbst geschaffene Ermessen, dessen Ausübung praktisch nicht überprüft werden kann. Dies ist, wie vielfach belegt ist, ein typisches Kennzeichen autoritärer Entscheidungssysteme.⁵⁷ Damit ist nichts gesagt über die Qualität und Redlichkeit der Entscheidungsträger. Handeln sie im besten Sinne der Betroffenen, so entsteht wenig unmittelbarer Schaden, aber wenn sie durch andere weniger integre Entscheidungsträger ersetzt werden, hat ein auf Ermessen beruhendes System einer ungerechten Entscheidungspraxis wenig entgegenzusetzen.

Hinzu kommt, dass die Ermessenserweiterung auf zwei Flanken – formale Hürden für die Revisionsbegründung und kaum formale Vorgaben für die Entscheidung – ermöglicht, dass formale und materielle Entscheidungskriterien in weitem Umfang vermischt werden. Letztlich ist das Revisionsgericht nach derzeitiger Praxis fast frei darin, ob eine Revision als unzulässig zurückgewiesen wird oder nicht. Will man eine Frage entscheiden, die mit einer an sich nicht den Anforderungen entsprechenden Begründung aufgeworfen wird, so bleibt sie dennoch i.d.R. im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben. Wird diese Rüge zur Begründetheitsprüfung zugelassen, obwohl sie nach den richterrechtlichen Kriterien an sich unzulässig wäre, so wird zumindest kein Gesetz verletzt. Die Wirkung von Präjudizien, die bspw. amerikanische Gerichte hier dezidiert binden würden, ist im deutschen Recht gering. Will man hingegen über eine Frage nicht entscheiden, so finden sich in der Regel Unzulässigkeitsgründe. Denn die Revisionsgerichte verweigern sich in den Grenzbereichen zwischen rechtlichen und Beweisfragen der transparenten

Fixierung von Abgrenzungskriterien. Dies betrifft gerade auch diejenigen Kriterien, welche für die Aufdeckung der oben (unter IV und V) diskutierten möglichen Fehlurteile und die Regulierung konsensualer Einflüsse auf die Urteilsfindung von erheblicher Bedeutung sind (s. auch sogleich). Ob das aufgeworfene Problem im Ergebnis nach materiellen oder nach verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten entschieden wird, unterliegt daraus folgend vielfach ebenso dem Ermessen des Revisionsgerichts.

Die potenziell systemzerstörerische Auswirkung übergroßer Ermessensspielräume wird am Beispiel der US-amerikanischen Anklagebehörden sichtbar.⁵⁸ Auch die relativ häufig genutzte Übung der Revisionsenate, im Falle des „OU“-Beschlusses auf jegliche eigenen Ausführungen zu verzichten und sich mit einem Verweis auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts zu begnügen, schafft nur scheinbare Transparenz.

Aus verschiedenen Gründen ist es zudem problematisch, wenn aus der Stellungnahme und dem Antrag der Generalstaatsanwaltschaft auf eine offensichtliche Unbegründetheit geschlossen werden sollte.⁵⁹ Dies ändert sich strukturell nicht, wenn die Grundlage die Stellungnahme der Generalbundesanwaltschaft ist, auf welche das Revisionsgericht lediglich verweist ohne sie sich explizit zu eigen zu machen. Denn wiederum bleibt in vielen Fällen offen, welche der Erwägungen dieser Stellungnahme vom Gericht als tragend angesehen wurden. Zum anderen – und das ist im Ergebnis nicht weniger problematisch – entsteht der Eindruck, die Ansicht der Anklagebehörde werde ungeprüft vom Gericht übernommen. Ungeprüft, da ja die „offensichtliche“ Unbegründetheit dargelegt wird. Handelt es sich um mehr- oder vielseitige Ausführungen der Generalbundesanwaltschaft, so erscheint dem unbefangenen Betrachter vor allem offensichtlich, dass die Unbegründetheit sehr wohl begründungsbedürftig ist und das Revisionsgericht lediglich das von ihm selbst eingeräumte Ermessen ausnutzt, seine Autorität auszuüben, ohne eigene Erwägungen transparent zu machen.

Bedenklich an dieser Praxis ist zudem, dass bereits im Ermittlungsverfahren, vor allem im Zwischenverfahren, aber auch im Hauptverfahren das Tatsachengericht sich vielfach in eine von der Staatsanwaltschaft vorgezeichnete Tatsachenperspektive begibt und tendenziell die mit der Anklage vorgegebenen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen auf Fehler überprüft anstatt sie, wie eigentlich notwendig, durch eine völlig unabhängige Überzeugungsbildung zu ersetzen. U.a. durch die Übernahme der Begründung der Stellungnahme der Generalbundesanwaltschaft in den Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO manifestiert sich diese Problematik.

Hier liegt auf das gesamte Verfahren bezogen ein bedenkliches Risiko für Wahrnehmungsverzerrungen, kognitive

⁵⁶ So in BGHSt 32, 326 (328).

⁵⁷ Zum Mechanismus von Ermessensausweitung, Entformalisierung und Ausgrenzung auf der Ebene politischer bzw. staatlicher Institutionen vgl. *Hannah Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft, 1986, passim.

⁵⁸ Ausführlich demnächst *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg (erscheint Frühjahr 2019); *dies.*, in: FS Kindhäuser (erscheint Frühjahr/Sommer 2019).

⁵⁹ Dazu *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. (2010), Rn. 1373 f.; *Franke*, in: LR-StPO, § 349 Rn. 14.

Dissonanzen und fehlerhafte Bewertungen.⁶⁰ Damit entsteht ein erhebliches Risiko für Fehlerurteile. Auch wenn man die Zahlen, die *Eschelbach* eindrücklich darlegt, nur schwer verifizieren kann,⁶¹ ist die Gefahr jedenfalls sehr real. Die Revisionsinstanz beraubt sich durch die hier diskutierten Entscheidungsformen in sehr weitem Umfang einer wirksamen Kontrolle.

Das Problem verschärft sich durch die zunehmende konsensuale Beendigung von Verfahren. Eine vergleichsweise wirksame revisionsrechtliche Kontrolle ist bislang nur im Bereich des faktisch nicht schwerpunktmäßig relevanten § 257c StPO möglich. Konsensuale Erledigungen im Ermittlungsverfahren entziehen sich der Prüfung in weitem Umfang und können zudem nur über die Verfahrensrüge erfolgen, die gerade in weitem Umfang der materiellen Überprüfung und Begründung entzogen wird. Nimmt man nur die soeben beschriebenen Entscheidungsstrukturen der Revisionsinstanz hinzu, so kann man nicht ernsthaft davon ausgehen, auch nur einen ungefähren Überblick über mögliche fehlerhafte Entscheidungen zu haben.

X. Fazit – Optionen

Grundsätzlich sollten, soviel dürfte sich aus den Überlegungen bis hierher ergeben, die Ermessensspielräume begrenzt werden und eine Pflicht zur ggf. sehr knappen Begründung für die Ermessensausübung eingeführt werden. Die Revisionsgerichte sollten zumindest die entscheidungsrelevante(n) rechtliche(n) Erwägung(en) kurz darlegen. Berichterstatter werden dies zur Vorbereitung der internen Beratung der Beschlüsse im *Senat* wohl ohnehin in aller Regel machen.

Geht man davon aus, dass weder in absehbarer Zeit eine signifikante Verbesserung der Ressourcen noch eine strukturelle Veränderung des Rechtsmittelrechts erfolgt, sind die Optionen im Übrigen natürlich stark beschränkt.

Als Minimallösung könnte man daran denken, § 349 Abs. 2 StPO durch eine geringe Änderung der Realität anzupassen und – wie *Dahs*⁶² vorschlug – „in ein schriftliches Verfahren ohne diskriminierende Elemente um(zu)gestalten“, etwa dahin, dass das Revisionsgericht durch Beschluss entscheiden kann, „wenn es einstimmig die Revision für unbegründet erachtet und die Hauptverhandlung keine weiteren Erkenntnisse rechtlicher oder tatsächlicher Art erwarten lässt“. Ein solcher Beschluss sollte allerdings eigene Ausführungen des Revisionsgerichts zur Rechtsfrage beinhalten müssen. Diese Lösung wurde von der „Reformkommission StPO“, genauer gesagt der „Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ in eher zaghafter Weise

übernommen: „23. Schriftliches Revisionsverfahren: Die Möglichkeiten, über die Revision im Beschlussverfahren ohne Revisionshauptverhandlung zu entscheiden, sollten nicht erweitert werden. Eine generelle Begründungspflicht bei der Zurückweisung einer Revision als offensichtlich unbegründet sollte nicht eingeführt werden“.⁶³ Dass die beschriebenen Probleme damit bestenfalls punktuell gemildert werden können, dürfte einsichtig sein.

Die andere Stellschraube sind die Begründungsanforderungen an die Verfahrensrüge. Hier wäre natürlich, wir sprechen hier ja über Ermessensausübung, eine Flexibilisierung möglich. Denkbar wären Bezugnahmen auf Akteninhalte oder dessen verkürzte Wiedergabe bei Hinweis auf das Sitzungsprotokoll. Allerdings dürfte man unter Gleichbehandlungserwägungen hier nicht etwa ausschließlich in Umfungsverfahren die Anforderungen absenken. Im Ergebnis wäre eine Rückannäherung an die gesetzlichen Vorgaben die Folge. Berücksichtigt man, was an sich im Rahmen einer vollständigen Zulässigkeitsprüfung erforderlich wäre, nämlich die vollständige Durchsicht und Abgleichung der Revisionsbegründung mit den in Bezug genommenen Aktenteilen, so könnte es sein, dass zumindest im Bereich von Verfahrensrügen kein so großer Mehraufwand entstünde, würde die Begründetheit selbst geprüft.

Ein weiterer Vorschlag der Expertenkommission geht dahin, „dass der Verteidigung die Hauptverhandlungsprotokolle zeitnah nach ihrer Fertigstellung und nicht erst mit Zustellung des Urteils zur Verfügung gestellt werden. Die Expertenkommission ist der Ansicht, dass die Abläufe bei der Protokollerstellung in der Praxis noch verbessert werden könnten“.⁶⁴ Hierdurch können sicherlich positive Effekte erzielt werden, was die Chancen angeht, in umfangreichen Verfahren die Kriterien der Rechtsprechung zu § 344 Abs. 2 StPO einzuhalten. Das Problem fehlender Begründungen ist jedoch schon wegen § 349 Abs. 2 StPO so nicht in den Griff zu bekommen. Es wird jedoch vorhersehbar dann auch zur nochmaligen Ausweitung der Widerspruchslösung kommen, d.h. der Obliegenheit, erkannte Verfahrensfehler sofort zu rügen und nicht für die Revision „aufzusparen“. Dass ein Fehler eventuell tatsächlich erst bei der Anfertigung der Revisionsbegründung aufgefallen ist, kann dann praktisch nicht mehr glaubhaft gemacht werden, sofern das Revisionsgericht nach § 349 Abs. 1 StPO entscheiden will. Für den erst in der Revision hinzukommenden oder die Verteidigung übernehmenden Verteidiger gilt nichts anderes, im Gegenteil. Retrospektiv wird eine korrespondierende Negativtatsache kaum noch dargelegt werden können – als Beispiel sei auf den diskutierten Fall der Kenntnis der Rechte aus § 136 StPO trotz unterlassener Belehrung aufgrund von Vorverurteilungen hingewiesen.

⁶⁰ Ausführlich *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg (erscheint 2019).

⁶¹ *Eschelbach*, in: FS Widmaier, 2008, S. 127 ff.; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 261 Rn. 69 ff., 7; *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg (erscheint 2019).

⁶² NStZ 2001, 298 (299).

⁶³ BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 162 ff.

⁶⁴ BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 156.

Es resultiert aus diesen Instrumenten jedoch ein weiterer Negativeffekt, der durch die nicht oder nicht in der Rechtsfrage begründeten Entscheidungen der Revisionsgerichte verschärft wird. Die meisten Verfahrensnormen werden dadurch faktisch verzichtbar. Denn wer nicht nach Erkennen des Verfahrensfehlers unmittelbar rügt, verzichtet auf sein verletztes Verfahrensrecht, verwirkt es genauer gesagt. Damit lebt in der Sache auch ein weiteres, eigentlich erledigt geglaubtes, Problem in neuem Gewande wieder auf. Die Versuche, signifikante Anteile der Verfahrensnormen zu bloßen Soll- und Ordnungsvorschriften abzuwerten, mit der Folge, dass auf ihrer Verletzung das Urteil nicht beruhen kann.⁶⁵ Nur, dass durch eine tendenziell kaum noch beschränkbare Verzichtbarkeit die Verfahrensvorschriften ihrer Funktion als „schützender Formen“ für den Angeklagten gegen Rechtsverletzungen durch das Verfahren weitgehend entkleidet werden. Zwar mag man auf diese Weise eine gewisse Aufwertung der Erfolgchancen für die verbleibenden Verfahrensrügen erreichen. Der Preis, die Schutzwirkung der Normen für den Beschuldigten zu relativieren, ist jedoch zu hoch.

Zudem dürfte es wichtig sein, nicht über die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe im Wege des freien Ermessens die Arbeitslasten noch weiter auf die Verteidigung zu verschieben. Wenn man bspw. aus §§ 344 Abs. 2, 345 Abs. 1 StPO schließt, der Beschwerdeführer müsse die den Verfahrensfehler begründenden Tatsachen vollständig angeben, so folgt hieraus nach keiner Auslegungsmethode zwingend, dass auch rügevernichtende positive Tatsachen angegeben werden müssten. Schon gar nicht folgt daraus, dass der Revisionsführer sämtliche rügevernichtenden Negativtatsachen (also hypothetische Einwände gegen die Rüge) darzulegen hätte. Zum einen müsste dies theoretisch (Unabhängigkeit von Generalstaatsanwaltschaft/Generalbundesanwalt und Revisionsgericht) ohnehin auch vom Revisionsgericht selbst überprüft werden.

Eine signifikante Arbeitsentlastung des Gerichts dürfte daraus theoretisch nicht folgen, anderenfalls erhöhen sich bspw. wiederum die Gefahren einer unreflektierten Übernahme von Vorannahmen. Zum anderen sind die Revisionsgerichte nicht Willens oder im Stande, die von ihnen angelegten Kriterien in abstrahierender Weise zu benennen, sondern ziehen sich darauf zurück, im Einzelfall (nach Ermessen!) zu beurteilen, was erforderlich gewesen wäre. Auch insoweit wird nicht nachvollziehbar ermöglicht, wahlweise verfahrensrechtlich oder materiell zu entscheiden sowie ohne Begründung nach § 349 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO zu verwerfen.

Damit ist weder das Ergebnis der revisionsrechtlichen Prüfung vorhersehbar und noch nicht einmal die Zulässigkeitsvoraussetzungen. Sofern die *Senate* nun meinen, zumindest erfahrene Revisionsverteidiger wären dazu dennoch in der Lage, dürfte dies zum einen nicht zutreffen. Zum anderen wird auf diese Weise einem diskriminierenden Zugang zum Recht Vorschub geleistet. Denn gerade in den von den Nachteilen der Rechtsprechungspraxis am schärfsten betroffenen erstinstanzlichen Verfahren vor den Landgerichten, sind bei weitem nicht die Mehrzahl der Angeklagten in der Lage, sich auch nur einigermaßen erfahrene Revisionsverteidiger zu leisten.

In jedem Fall muss m.E. die Quote von ablehnenden Entscheidungen ohne oder mit nur formelhafter Begründung drastisch vermindert werden. Die negativen Effekte überwiegen die mögliche Ressourcenschonung auf Seiten der Revisionsgerichte bei Weitem.

Rechtsprechung ist bereits dem Wortlaut nach Kommunikation. Wird die Essenz des Richterspruchs, die Begründung der Rechtsanwendung, für den konkreten Fall nicht vermittelt, so verfehlt die revisionsgerichtliche Praxis ihre zentrale Legitimationsgrundlage.

⁶⁵ Dazu ausf. Momsen, *Verfahrensfehler und Rügeberechtigung*, 1997, S. 39 ff.