

Von Störchen, Fröschen und Mücken

Kommentar von Stephan Barton

A. Die Perspektiven von Störchen und Fröschen

Eine vom Präsidenten des BGH, *Günter Hirsch*, heute in seinem Grußwort geprägte Metapher hat die Zuhörer und auch mich stark beeindruckt. Er sprach davon, dass die Perspektive des Frosches auf den Storch eine andere sei als die des Storches auf den Frosch. Der Storch stand dabei für das BVerfG, der Frosch für den BGH. Er wollte damit sicherlich nicht zum Ausdruck bringen, dass Bundesrichter ernstlich fürchten müssten, von Verfassungsrichtern verspeist zu werden. Das Bild veranschaulicht vielmehr, dass Rechtsfragen aus unterschiedlicher Warte betrachtet werden können und dass dabei dem Präsidenten des BGH die Entscheidungskompetenz des Verfassungsgerichts als groß und geradezu übermächtig erscheint.

Ich möchte die Metapher aufgreifen und – um im Bild zu bleiben – eine weitere Spezies ins Spiel bringen, nämlich die am Beginn der Nahrungskette stehenden Mücken, also die Angeklagten und ihre Verteidiger. Diese nehmen die Kontroversen zwischen dem BGH und dem BVerfG, wie sich zeigen wird, anders wahr, als die Richter untereinander. Dabei sollen auch die Sorgen des Gärtners nicht unterschlagen werden, der das ökologische Gleichgewicht des Rechtspflegebiotops dadurch gefährdet sieht, dass in der öffentlichen Wahrnehmung Störche und Frösche dominieren, dabei aber die Insekten möglicherweise vernachlässigt werden.

Ich werde zunächst Impulsen aus dem Eingangsreferat von *Kuckein* nachgehen.¹ Wegen der mir zur Verfügung stehenden knappen Zeit muss ich mich auf die folgenden drei Gedanken beschränken:

- Trifft die von *Kuckein* am BVerfG geübte grundsätzliche Kritik nicht in gewisser Weise auch auf den BGH zu?
- Ist die Idee der Revision, die – wie mein Vorredner zutreffend aufgezeigt hat – aus dem 19. Jahrhundert stammt, nicht mehr zeitgemäß? Ist die Revision vielleicht sogar mit der Verfassung nicht mehr zu vereinbaren?
- Und zwei weitere Fragen möchte ich am Ende meines Kommentars noch kurz beantworten: Erweist sich die Verfassungsrechtsprechung, wie *Kuckein* dies angedeutet hat – möglicherweise als kontraproduktiv? Und stellt es – wie dies sicherlich bewusst pointiert formuliert wurde – wirklich einen Verteidigerfehler dar, wenn man nicht Verfassungsbeschwerde gegen eine negative Entscheidung des BGH einlegt?

Ergänzend dazu werde ich aus einer laufenden empirischen Studie justizstatistische Fakten zur Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen für das Jahr 2005 präsentieren.

¹ Mein Dank gilt *Jürgen-Detlef Kuckein*, der mir sein Manuskript vorab zur Verfügung gestellt hat.

B. Trifft die am BVerfG geäußerte Kritik nicht auch auf den BGH zu?

Kuckein kritisiert unter Bezugnahme auf *Schünemann*², dass das BVerfG »gebetsmühlenartig« betone, dass es keine Superrevisionsinstanz sei; die Praxis sehe aber anders aus. Ist es – so möchte ich fragen – nicht auch beim BGH zuweilen ähnlich? Gibt es nicht auch hier derartige Formeln, die zum Tagesgeschäft gehören? Ich denke dabei an die Floskel³, mit der vom BGH ins Feld geführt wird, die Beweiswürdigung sei nicht Aufgabe des Revisionsgerichts und mit der entsprechende Revisionsangriffe als unzulässig zurückgewiesen werden.⁴ Aber sieht die Praxis nicht auch hier zuweilen anders aus? Verhält sich der BGH nicht manchmal wie ein »Supertatgericht«?

Das Impulsreferat kritisiert ferner, dass das BVerfG Entscheidungen des BGH mit dem »diskriminierenden Vorwurf, ›willkürlich‹ oder ›offensichtlich unhaltbar‹ entschieden zu haben,« aufhebt. Aber ist die Verwerfung einer Revision als »offensichtlich unbegründet« durch den BGH nicht in derselben Weise mit einem diskriminierenden Vorwurf verbunden? Ist »offensichtlich unbegründet« weniger vorwurfsvoll als »offensichtlich unhaltbar«? Wir werden darauf zurückkommen.

Als besonders »problematisch« erscheint es im Impulsreferat, dass in Dreier-Besetzung tätige Kammern des BVerfG im Beschlussweg über in Fünfer-Besetzung ergangene Entscheidungen der Strafsenate befinden. Wer hier kritisiert, dass nicht Urteile nach einer Hauptverhandlung, sondern nur Kammerbeschlüsse ohne vorangegangene Sitzungen ergehen, sollte Forderungen von Revisionsführern mit Wohlwollen begegnen, wenn diese sich statt einer Beschlussverwerfung eine Revisionshauptverhandlung wünschen. Diese kommen allerdings sehr selten vor.

Im Jahre 2005 wurden von insgesamt 2907 erledigten Revisionsverfahren vor dem BGH in Strafsachen 172 durch Urteil entschieden.⁵ Das sind weniger als sechs Prozent.⁶ Und ganz überwiegend erfolgen Revisionshauptverhandlungen bei staatsanwaltlichen Revisionen (nämlich laut der amtlichen Statistik in 113 von insgesamt 117 erledigten staatsanwaltlichen Revisionen).⁷ Nur zwei Prozent aller Verfahren, denen Angeklagtenrevisionen zugrunde lagen, wurden durch ein Urteil beendet (56 von 2661 Verfahren).⁸

2 *Schünemann* StraFo 2005, 177 (182).

3 So die Bezeichnung von *Fezer*, Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? 1974, S. 45 ff. und S. 152 ff. (Anhang mit zahlreichen Beispielen).

4 Die »Floskel« wird besonders häufig von Bundesanwälten in Verwerfungsanträgen verwendet. Sie findet sich aber auch in der Rechtsprechung der Strafsenate des Jahres 2005. Vgl. etwa die »Mannesmann-Entscheidung« (BGHSt 50, 331). Dort heißt es: »Soweit die Verteidigung versucht, die den Senat bindenden Feststellungen des Landgerichts durch Angriffe gegen die Beweiswürdigung in Zweifel zu ziehen, erschöpfen sich ihre Ausführungen weitgehend in einer eigenen Beweiswürdigung. Damit kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden ...« (BGHSt 50, 342). Kann sie aber doch – denn in derselben Entscheidung heißt es im Hinblick auf die Revision der Staatsanwaltschaft: »Außerdem beruhen die Feststellungen zum Irrtum auf einer lückenhaften Beweiswürdigung« (in BGHSt 50, 331 ff. nicht abgedruckt).

5 Die Urteilsquote liegt erst seit den 70er Jahren so niedrig. Zur historischen Entwicklung vgl. *Barton* Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 48 f.

6 Die Daten entstammen der vom BGH publizierten »Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahr 2005.« Sie basieren auf der Zählung von Revisionsverfahren, nicht von einzelnen Revisionen.

7 Die Werte der amtlichen Statistik entsprechen nicht in jeder Hinsicht den später präsentierten Daten.

8 Die Prozentuierung erfolgt auf der Basis von Revisionsverfahren.

Halten wir fest: Die Kritik, die von BGH-Richtern an der Entscheidungspraxis des BVerfG geübt wird, ist vergleichbar mit der von Angeklagten gegen bestimmte Entwicklungen der Rechtsprechung des BGH. Aus der Perspektive der Mücken ließe sich das, was man zu Recht am BVerfG kritisieren kann, auch bei den Strafsenaten des BGH verbessern.

C. Ist die Idee der Revision noch zeitgemäß?

Kuckein übt eine für einen Revisionsrichter überraschend scharfe Kritik an der Grundidee der Revision. Er hält sie für nicht mehr zeitgemäß. Sie bedarf nach seiner Auffassung verfassungsrechtlicher Korrektur. Begründet wird dies mit dem Umstand, dass dem Rechtsmittelführer nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die Möglichkeit versagt ist, »die Tatsachenfeststellungen des verurteilenden Erkenntnisses mit der Revision anzugreifen«. Dies entspreche nicht den »rechtsstaatlichen Anforderungen in der heutigen Zeit«.

Die sehr grundsätzliche Kritik an der Idee der Revision teile ich nicht. Die Konzeption ist hervorragend, und sie passt auch noch in das 21. Jahrhundert. Der Umstand, dass die tatsächliche Würdigung des Strafrechtsfalles irrevisibel sein soll,⁹ stellt auch keine planwidrige Lücke dar. Der historische Gesetzgeber hatte vielmehr anderes im Sinn. Er wollte mit der Revision bewusst und gezielt eine Rechtsbeschwerde schaffen, also ein beschränktes Rechtsmittel, das nur Rechtsfehler aufgreifen sollte. Dies schien ihm der beste Rechtsbehelf, um so die neu geschaffenen Prozessmaximen der Mündlichkeit und der freien Beweiswürdigung zur Entfaltung kommen zu lassen.¹⁰ Der historische Gesetzgeber war sich aber der begrenzten Reichweite dieses Rechtsmittels bewusst und hatte deshalb von Anfang an vorgesehen, eine Wiederaufnahmemöglichkeit gegen rechtskräftige Urteile zu schaffen, die auf neue Tatsachen oder Beweismittel gestützt werden sollte (heute: § 359 Nr. 5 StPO). Während er das Rechtsmittel der Berufung (zunächst) für entbehrlich hielt, standen für ihn die Revision und die Wiederaufnahme nicht zur Disposition. Es heißt in den Motiven zur StPO:

»Darüber aber wird kaum ein Zweifel bestehen, dass eine Wiederaufnahme auf Grund neuer Tatsachen zu Gunsten des Verurteilten nicht zu entbehren ist, sobald das Gesetz keine Berufungsinstanz gewährt.«¹¹

9 Faktisch ist sie allerdings revisibel, da die Revisionsgerichte sich den Zugriff auf die tatsächlichen Feststellungen und die tatrichterliche Beweiswürdigung eröffnet haben. Vgl. dazu *Fezer*, (Fn. 3), S. 13 ff. (Auswertung der BGH-Entscheidungen des Jahrgangs 1970); vgl. aus der Kommentarliteratur nur *LR/Hanack* vor § 333 Rn. 9 ff.; § 337 Rn. 120 ff.; *KK/Kuckein* § 337 Rn. 27 ff.

10 Vgl. *Hahn* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung, 1880, S. 242 f. (»... dass mit dem Prinzip einer auf mündlicher Verhandlung beruhenden Urteilsfällung, und zwar einer solchen, die nicht auf dem Grunde positiver Beweisregeln, sondern auf einer freien Beweiswürdigung beruht, eine Appellation grundsätzlich unvereinbar ist«); deshalb lehnte der Gesetzgeber zunächst eine Berufung ab. Dies erwies sich aber aus prozessökonomischen Gesichtspunkten nicht als sinnvoll; vgl. dazu *Becker*, Das deutsche Rechtsmittelsystem; in: *Becker/Kinzig* (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, Bd. 2, 2000, S. 8 (historisch) und S. 210 ff. (»hocheffizientes Rechtsmittel«); ergänzend *Barton*, Rechtsmittel extra light. Zu den Vorschlägen der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes für ein neues Rechtsmittel in Strafsachen; in: *Strafverteidigervereinigungen* (Hrsg.), Justizreform 2000 – Kurzer Prozess mit neuen Mitteln? 24. Strafverteidigertag, 2002, S. 214 ff.

11 *Hahn* (Hrsg.), (Fn. 10), S. 263.

Revision und Wiederaufnahme waren also vom Gesetzgeber als einander ergänzende Rechtsbehelfe geplant. Gegen diese sinnvolle historische Konzeption prallt der Einwand ab, das Rechtsmittel der Revision erlaube keine Korrektur der tatrichterlichen Beweiswürdigung. Allerdings hat die Praxis das theoretische Ideal naturgemäß nicht immer erreichen können. Wiederaufnahmeverfahren sind – wie wir alle wissen – fast nie erfolgreich; dieser Rechtsbehelf läuft vielfach leer. Die Maßstäbe der Wiederaufnahmegerichte sind ausgesprochen hoch; und sie sind zuweilen wohl auch zu hoch. Jedenfalls verstehe ich die aktuelle Entscheidung der 2. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG¹² als Mahnung an die Wiederaufnahmegerichte, ihre Maßstäbe zu überdenken. Das OLG, gegen dessen Entscheidung Verfassungsbeschwerde eingelegt wurde, hatte dabei überzogene Anforderungen an die Erheblichkeit des auf § 359 Nr. 5 StPO gestützten Wiederaufnahmevorbringens angelegt. Mit verfassungsrechtlichen Vorgaben sei dies nicht vereinbar, wie das BVerfG ausführt:

»Gemessen an diesen Vorgaben hat das Oberlandesgericht bei der Prüfung der Erheblichkeit einen zu engen Prüfungsmaßstab angelegt, der im Ergebnis dazu führt, dass das Wiederaufnahmeverfahren für den Beschwerdeführer ineffektiv wird. Es hat im konkreten Fall letztlich einen Grad an Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Erheblichkeit gefordert, der das Vorliegen einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bedingt. Das stellt eine Überspannung der Zulässigkeitsvoraussetzungen dar.«¹³

Das OLG hat damit, wie das BVerfG zutreffend feststellt, das Recht des Beschwerdeführers auf effektiven Rechtsschutz verletzt. Die Frage der Effektivität des Rechtsschutzes stellt sich auch für die Revision.

D. Zur Wirklichkeit der Revision im 21. Jahrhundert

Revisionen sind nur selten erfolgreich. Dies haben empirische Analysen der BGH-Rechtsprechung gezeigt.¹⁴ Die hier Anwesenden sind mit den Ergebnissen dieser Untersuchungen zweifellos vertraut. Ich möchte deshalb nicht die früheren Analysen referieren, sondern bisher unveröffentlichte Daten aus einer noch laufenden Untersuchung vorstellen.

I. Justizstatistische Daten

Die Daten basieren auf zwei Quellen. Zum einen stellen sie eine Analyse aller 2005 von den Strafsenaten des BGH ergangenen Entscheidungen dar, die mit Gründen versehen wurden; betroffen sind dadurch 823 Fälle. Es handelt sich dabei um eine Totalerfassung aller erfolgreichen Revisionen sowie ferner diejenigen, die zwar letztlich erfolglos blieben, aber nicht das Schicksal der weitaus meisten Revisionen erlitten, im

¹² BVerfG, Beschluss v. 16. 05. 2007 – 2 BvR 93/07; referiert in StRR 2007, 184 ff.

¹³ BVerfG StRR 2007, 184 (185).

¹⁴ Vgl. nur die empirischen Analysen von *Rieß* Statistische Beiträge zur Wirklichkeit des Strafverfahrens, in FS für Sarstedt, 1981, S. 253 ff.; *ders.* NStZ 1982, S. 49 ff.; *ders.*, Einige statistische Bemerkungen und Hinweise zur Revisionstätigkeit des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, in: AG Strafrecht des DAV (Hrsg.), Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung der Strafsenate des BGH, 1986, S. 40 ff.; *Nack* NStZ 1997, S. 153 ff.; *Barton* (Fn. 5).

Verwerfungsbeschluss ohne jede inhaltliche Begründung als offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO) zurückgewiesen zu werden. Die inhaltliche Auswertung wurde von *Thorsten Berenbrink*¹⁵ auf der Grundlage frei zugänglicher Quellen vorgenommen.¹⁶ Diese Datenquelle gestattet es, alle erfolgreichen Revisionen zu erfassen und zu analysieren. Für die Berechnung von Erfolgsquoten reichen die Daten allein nicht aus; hierfür muss man auch die genauen Daten über die im gleichen Zeitraum verworfenen Revisionen kennen. Die amtliche BGH-Statistik kann die Antworten hierauf nicht geben, da diese nicht Revisionen, sondern Revisionsverfahren zählt. Überdies differenziert sie nicht nach Beschwerdeführern. Dank der Unterstützung des BGH-Präsidenten wurde mir kurz vor der Tagung die Summe der 2005 von den Strafsenaten des BGH entschiedenen Revisionen mitgeteilt. Erledigt wurden 3173 Revisionen in 2907 Revisionsverfahren. Eine exakte Differenzierung nach allen Beschwerdeführern gestatten diese Daten aufgrund der spezifischen Zählweise, die beim BGH Anwendung findet,¹⁷ zwar nicht; ermöglicht wird jedoch eine Aufteilung in Erfolgsquoten von StA-Revisionen einerseits¹⁸ sowie anwaltlichen Revisionen (also Angeklagtenrevisionen und Nebenklägerrevisionen) andererseits.¹⁹ Die nachfolgende Tabelle zeigt, wie die Revisionen 2005 entschieden wurden.

Tabelle 1: Entschiedene Revisionen und Revisionserfolge

	Häufigkeit	Prozent
Misserfolg	2868	90,39
Teilerfolg	151	4,76
Voller Erfolg	154	4,85
Gesamt	3173	100

Quellen: Gesamtzahl der Revisionen laut Mitteilung des Bundesgerichtshofs; Codierung der Erfolge: *Thorsten Berenbrink*.

In gut 90 Prozent der Fälle (2868 Revisionen) stellten sich die Revisionen als glatte Misserfolge dar. Einen vollen Revisionserfolg konnten die Beschwerdeführer in 4,9 Prozent der Fälle (154 Revisionen), einen Teilerfolg in 4,8 Prozent (151 Revisionen) verbuchen. Bei der Beurteilung, ob und in welchem Umfang eine Revision er-

15 *Dr. Thorsten Berenbrink* ist Rechtsanwalt und Mitarbeiter im Institut für Anwalts- und Notarrecht der Universität Bielefeld.

16 Es wurde dabei primär die Datenbank »BGH-Nack« ausgewertet.

17 Dazu in aller Kürze: Der BGH stellt, wie schon erwähnt, auf Verfahren ab. Auch wenn demselben Verfahren mehrere Revisionen zugrunde liegen, wird nur eine Zählkarte ausgefüllt. Die Zählweise basiert dabei auf folgender »Hierarchie«: StA-Revisionen werden primär berechnet. Es wird – was den Revisionserfolg betrifft – nur die StA-Revision ausgewertet, alle anderen Revisionsführer gehen in die Auswertung nicht ein. Das hat zur Konsequenz, dass etwaige Revisionen von Angeklagten oder Nebenklägern unberücksichtigt bleiben. Hat die StA keine Revision eingelegt, wird nach demselben Schema vorgegangen und auf Beschuldigtenrevisionen abgestellt.

18 Laut BGH-Statistik wurden 2005 117 StA-Revisionen erledigt (113 Urteile und vier Beschlüsse). Aufgrund der Auswertung von *Berenbrink* handelte es sich genau genommen um 115 Urteile sowie um drei mit Gründen versehene Beschlüsse. Eine Entscheidung nach § 349 Abs. 2 StPO, die in der BGH-Statistik auftaucht, erfolgte offenbar ohne Begründung. Nachfolgend wird deshalb eine Zahl von 119 StA-Revisionen zugrunde gelegt.

19 Sonstige Beteiligte spielen keine Rolle (ein Fall im Jahr 2005) und bleiben nachfolgend unberücksichtigt.

folgreich war, wurde eine materiell wertende Betrachtung zugrunde gelegt. Als volle Erfolge wurden alle Zurückverweisungen oder eigene Sachentscheidungen gewertet, in denen der Revisionsführer sein Ziel erreicht, der BGH die Revision also weder ganz noch teilweise zurückgewiesen hat. Ein erheblicher Revisionserfolg wurde dann bejaht, wenn der Revisionsführer sein Ziel zwar nicht vollen Umfangs erreichte, sich seine Rechtsposition bei wertender Betrachtung jedoch verbesserte. Als Misserfolge zählten dagegen eigene Sachentscheidungen, bei denen die Rechtsfolgenbestimmung unberührt blieb und ferner auf den Rechtsfolgenausspruch begrenzte Aufhebungen und Zurückverweisungen, die im Verhältnis zu den rechtskräftig gewordenen Sanktionen belanglos erschienen.

Auf der Grundlage dieser Bewertungen ergaben sich die folgenden – hier nur knapp zu skizzierenden – Ergebnisse: Den insgesamt 305 erfolgreichen Revisionen (volle Erfolge und Teilerfolge) lagen dabei ganz überwiegend Urteilsaufhebungen infolge der Verletzung sachlichen Rechts zugrunde. Erfolgreiche Verfahrensrügen sind vergleichsweise selten (insgesamt 38 auf Verfahrensrechtsverletzungen gestützte Urteilsaufhebungen). Von den 3173 Revisionen waren unter dem Strich also 1,2 Prozent mit einer Verfahrensrüge erfolgreich.

Betrachten wir die Erfolge der einzelnen Beschwerdeführer: Von den 305 erfolgreichen Revisionen entfielen 225 auf Angeklagtenrevisionen²⁰ (davon 98 volle Erfolge), 65 stammten von Staatsanwälten (49 volle Erfolge) und 15 von Nebenklägern (sieben volle Erfolge). Die Erfolgsquoten von StA-Revisionen einerseits und anwaltlichen Revisionen andererseits stellen sich wie folgt dar:

Tabelle 2: Revisionserfolge und Revisionsführer

	Misserfolg		Erheblicher Teilerfolg		Voller Erfolg		Gesamt
StA	54	45,4 %	16	13,4 %	49	41,2 %	119
Angeklagte, Nebenkläger	2814	92,1 %	135	4,4 %	105	3,4 %	3054
Gesamt	2868	90,4 %	151	4,8 %	154	4,9 %	3173

Quelle: Wie in Tabelle 1; die Prozentangaben beziehen sich jeweils auf den Revisionsführer.

Die Erfolgsquoten variieren erheblich. Besonders selten sind volle Erfolge bei anwaltlichen Revisionen (3,4 Prozent). Aus der Sicht von Rechtsanwälten lässt sich das Rechtsmittel der Revision wohl kaum als sonderlich effizient bezeichnen.

II. Von der Verfassungsrechtsprechung ausgehende Impulse

Für eine weitere Interpretation der Daten unter rein statistischen Aspekten fehlt die Zeit. Sie muss einer späteren Veröffentlichung vorbehalten bleiben.²¹ Ich möchte stattdessen die Gelegenheit nutzen und auf Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH hinweisen, die in Verbindung mit vorangegangenen Entscheidungen des BVerfG

²⁰ Dabei wurden auch zwei Revisionen von Verurteilten (vorbehaltene Sicherungsverwahrung) als Angeklagtenrevisionen gezählt.

²¹ Eine Publikation zusammen mit *Thorsten Berenbrink* ist geplant.

stehen. Metaphorisch gefragt: Wie verhält sich der Frosch, nachdem der Storch in seinem Revier aufgetaucht ist?

1. StA-Revisionen und Verwerfungsanträge des Generalbundesanwaltes

2005 sind laut der amtlichen Statistik vom BGH vier Revisionen von Staatsanwaltschaften als auch offensichtlich unbegründet zurückgewiesen worden (zwei Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 und 4, jeweils ein Beschluss nach § 349 Abs. 2 und nach § 349 Abs. 1 StPO).²² In früheren Jahren war dies nicht der Fall. Dies hatte seinen Grund darin, dass die Bundesanwälte – auch bei aus ihrer Sicht offensichtlich unbegründeten StA-Revisionen – keine Verwerfungsanträge stellten. Diese zweifelhafte Vorgehensweise wurde in dem Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 656/99 publik.²³ Die damalige Präsidentin des BVerfG fragte beim Generalbundesanwalt an, warum bei StA-Revisionen grundsätzlich keine Verwerfungsanträge gestellt würden. Der Generalbundesanwalt begründete dies in seiner schriftlichen Stellungnahme auch damit, dass von Seiten der Generalstaatsanwälte »aus Gründen des Ansehens der staatsanwaltlichen Arbeit Wert darauf gelegt« werde, »dass deren Revisionen nicht durch die Anträge des Generalbundesanwaltes offensichtliche Unbegründetheit bescheinigt werde.«²⁴ Diese Ungleichbehandlung von Revisionen von Staatsanwälten einerseits – hier gilt es Ansehen zu schützen – und von Rechtsanwälten andererseits – hier gilt dasselbe nicht – kann nicht überzeugen. Auch wenn das BVerfG diese Verfahrensweise nicht als verfassungswidrig ansieht,²⁵ haben die Bundesanwälte nach Abschluss des Verfassungsbeschwerdeverfahrens gleichwohl gewisse Konsequenzen gezogen und scheuen sich nunmehr offenbar nicht mehr, im Einzelfall einen Antrag nach § 349 Abs. 2 StPO zu stellen. Die vorangegangene Anfrage des BVerfG dürfte dazu einen förderlichen Beitrag geleistet haben.

2. Eigene Sachentscheidung

Auch die Kodifizierung von § 354 Abs. 1 a und 1 b StPO lässt sich anders als im vorangegangenen Impulsreferat beurteilen. Die Praxis der eigenen Sachentscheidung durch den BGH war nämlich – so meine ich – keinesfalls immer maßvoll. Zum einen haben derartige Entscheidungen innerhalb kurzer Zeit einen rasanten Aufschwung genommen (von durchschnittlich unter 50 Verfahren in den 80er Jahren auf über 160 Entscheidungen jährlich in den Jahren ab 1994).²⁶ Und auch inhaltlich war die eigene Sachentscheidung nicht immer von revisionsrichterlicher Zurückhaltung geprägt. *Thomas Schwarz* hat dazu in seiner Dissertation zahlreiche Beispiele geliefert.²⁷ *Rissing-van Saan* hat in ihrer Rezension der Arbeit konzidiert, dass *Schwarz* auf den schmalen

22 Auch 2006 verhielt es sich ähnlich: Hier erfolgten laut amtlicher Statistik zwei auf § 349 Abs. 2 StPO gestützte Verwerfungen.

23 BVerfGE 112, 185 m. Anm. *Meyer-Mews* NJW 2005, 2820; *Güntge* JR 2005, 496; *Kuckein* NSZ 2005, 697.

24 Stellungnahme des GBA vom 6. 12. 2001, S. 4.

25 BVerfGE 112, 185 (204f.).

26 *Barton* (Fn. 5), S. 224ff.

27 *Schwarz* Die eigene Sachentscheidung des BGH in Strafsachen (§ 354 Abs. 1 StPO), 2002; vgl. namentlich zur »inhaltlichen Bandbreite der analogen Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO« die konkreten Beispiele S. 68ff. und S. 78ff.

Grat zwischen einer Rechtsfindung de lege lata und einer Rechtsanwendung contra legem hingewiesen habe.²⁸

Dass der BGH nunmehr eine gesetzliche Grundlage für die zuvor nur richterrechtlich und damit vage gefassten Fallgruppen gefunden hat, ist insofern begrüßenswert; der schmale Rechtsprechungsgrat hat so festere Konturen erhalten. Die Praxis ruht jetzt auf einem Gesetz, das den Bereich der eigenen Sachentscheidung des Revisionsgerichts umgrenzt. Auch hierfür war eine zuvor ergangene Verfassungsbeschwerde maßgeblich.²⁹

3. Anforderungen an den Revisionsvortrag (§ 344 Abs.2 Satz 2 StPO)

Wir hatten zuvor schon gesehen, dass Verfahrensrügen sehr selten erfolgreich sind. Dazu trägt – außer vielfach unsäglichem Revisionsbegründungen von Verteidigern – auch bei, dass der BGH sehr hohe Anforderungen an den Vortrag der den Mangel enthaltenden Tatsachen stellt, zuweilen – und das ist eine Quintessenz aus BVerfGE 112, 185 – auch zu hohe Anforderungen. Das BVerfG hob jedenfalls den Verwerfungsbeschluss des 3. Strafsenats mit der Begründung auf, im konkreten Fall habe das Revisionsgericht die Zulässigkeitsvoraussetzungen überspannt, weil es die Mitteilung von Tatsachen gefordert habe, denen kein über den Revisionsvortrag hinausgehender Bedeutungsgehalt zukomme.³⁰ Man muss abwarten, welche Konsequenzen die Strafsenate hieraus ziehen werden.

Lassen Sie mich ganz kurz noch zu dem weiteren Verfahrensgang in dieser Sache aus der Perspektive eines der Angeklagten und seines Verteidigers³¹ Stellung nehmen. Die Entwicklung des Verfahrens im Anschluss an die Verfassungsbeschwerde erweist nämlich, dass die Perspektive der Mücke auf den Storch, auch wenn der zuweilen einen Frosch verspeist, ambivalent bleiben kann. Das Verfassungsbeschwerdeverfahren dauerte nämlich mehr als sechs Jahre. Für den Angeklagten, der zwischenzeitlich einen Herzinfarkt erlitt, bedeutete dies eine wirklich harte Zeit des Abwartens. Der BGH wies die Revision auch in dem notwendig werdenden zweiten Revisionsverfahren zurück. Eine dagegen eingelegte zweite Verfassungsbeschwerde blieb erfolglos. Das Strafverfahren selbst wurde erst nach zehn Jahren mit der Entscheidung über die besondere Schwere der Schuld rechtskräftig abgeschlossen. Aber weder das erkennende Tatgericht noch der BGH und auch nicht das BVerfG bejahten eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung. Ein Konventionsverstoß wurde verneint; eine Kompensation wurde nicht ausgesprochen. Begründet wurde dies mit der absoluten Strafe bei Mord sowie damit, dass Mord nicht verjähre.³²

Ob diese Argumentation angesichts der gefestigten Straßburger Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK Bestand haben kann,³³ wird der EGMR zu prüfen haben. Bei

28 *Rissing-van Saan* GA 2003, S. 901 (902).

29 Dass damit neue verfassungsrechtliche Probleme nicht ausgeschlossen sind, steht auf einem anderen Blatt. Das BVerfG hat kürzlich die Anwendung des § 354 Abs. 1 a S. 1 StPO durch den BGH als verfassungswidrig angesehen; vgl. BVerfG 2 BvR 1447/05 und 2 BvR 136/05 vom 14. 7. 2007.

30 BVerfGE 112, 185 (zweiter Leitsatz).

31 Die Revisionen und Verfassungsbeschwerden stammten von *Schlothauer, Weider, Stucke* und mir.

32 Vgl. dazu BVerfG Beschluss v. 21. 6. 2006 – 2 BvR 750/06, m. Anm. *Gaede* JR 2007, S. 254 ff.; *Hoffmann-Holland* ZIS 2006, 539 ff.; *Kreht* ZIS 2006, 168 (175 f.).

33 Vgl. nur die entgegenstehenden Entscheidungen: EGMR EuGRZ 1997, 310; EGMR EuGRZ 1997, 405; EGMR NJW 2001, 213.

über 80.000 Menschenrechtsbeschwerden, die derzeit in Straßburg anhängig sind, ist allerdings offen, wann diese Entscheidung erfolgen wird.

E. Die Perspektive des Gärtners auf das Biotop

Kommen wir auf die zwei noch offenen Ausgangsfragen zurück. Erweist sich, so lautete die erste Frage, die Rechtsprechung des BVerfG unter dem Strich als kontraproduktiv? Zwar wird das BVerfG nicht immer den jeweiligen Erwartungen der Angeklagten und ihrer Verteidiger gerecht werden können. Das ändert aber nichts daran, dass – aus der eingangs geschilderten Sicht des Gärtners – die Antwort eindeutig ausfällt: Die Rechtsprechung des BVerfG erweist sich für die Rechtspflege keinesfalls als kontraproduktiv. Die dargestellten Zugriffe des BVerfG auf die Revisionsrechtsprechung waren für die Kultur des Strafrechts und für die Wirksamkeit der Revision wertvoll. Und stellt es – so die zweite Frage – nicht einen Kunstfehler dar, wenn Angeklagte nicht mit der Verfassungsbeschwerde auf negative Revisionsentscheidungen reagieren? Auch hier fällt die Antwort leicht: Nein; das ist sicherlich nicht der Fall. Ein anwaltlicher Kunstfehler läge allerdings dann vor, wenn der Verteidiger den Mandanten nicht darüber informieren würde, dass eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde durchaus sechs bis sieben Jahre dauern kann. Und ein Kunstfehler wäre es ferner, wenn man als Beschwerdeführer nicht die geringe Erfolgsquote von Verfassungsbeschwerden, die laut amtlicher Statistik bei 2,5 Prozent liegt,³⁴ in Rechnung stellen würde.

Es ist für die Praxis und die Kultur des Strafrechts unabdingbar, dass es die Revision gibt und dass die Revisionsgerichte effektiven Rechtsschutz gewähren. Die Einhaltung des ökologischen Gleichgewichts im Rechtspflegebiotop erfordert aber auch wirksamen Grundrechtsschutz durch das BVerfG und zuweilen sogar ein Eingreifen des EGMR. Die Praxis braucht ferner die kritische Begleitung durch die Wissenschaft. Und wenn die Wissenschaft nicht nur ein akademisches Glasperlenspiel sein will, darf sie die konkreten Erfahrungen der Praktiker nicht unbeachtet lassen. Ich freue mich deshalb auf die Diskussion.

³⁴ Mitteilung des BVerfG zu allen bisher entschiedenen Verfassungsbeschwerden seit 1951 unter <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2006/A-I-1.html>; zu genaueren Zahlen für die letzten fünf Jahre vgl. <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2006/A-IV-2.html> (Stand August 2007); vertiefend *Lübbe-Wolff* AnwBl 2005, 509 ff.