

## Das Zehn-Augen-Prinzip

### – Zur revisionsgerichtlichen Beschlusspraxis in Strafsachen\*

Richter am BGH Prof. Dr. Thomas Fischer, Baden-Baden, Richter am BGH Dr. Ralf Eschelbach, Heidesheim, und Richter am BGH Prof. Dr. Christoph Krehl, Dreieich

Der Beschluss des *BVerfG* v. 23.05.2012<sup>1</sup> hat – möglicherweise ungewollt, gleichwohl in umso deutlicherer Weise – das Augenmerk auf Umstände gerichtet, denen eine Aura merkwürdiger Unklarheit und Verschwiegenheit anzuhaften scheint: die »Praxis« des *BGH* (sowie ggf. anderer Revisionsgerichte) bei der Beschluss-Entscheidung über Revisionen in Strafsachen, also die *Wirklichkeit* des § 349 StPO. Verwunderlich mag erscheinen, dass dies überhaupt noch gut zu sein scheint für Sensationelles – sind doch »das Revisionsrecht« in Strafsachen und »die Praxis der Strafsenate« seit Jahrzehnten Themen zahlloser (Fortbildungs-)Veranstaltungen.<sup>2</sup> Noch verwunderlicher freilich ist, dass nicht jener Beschluss des *BVerfG* für Unruhe sorgte, mit welchem dieses eine jahrzehntelang für selbstverständlich und rechtlich gebotene gehaltene Praxis des obersten deutschen *Gerichtshofs* für die ordentliche Gerichtsbarkeit mit wenigen Sätzen zu einer Art »Geschmackssache« erklärte und ihr zugleich die Legitimationsgrundlage entzog; vielmehr die Veröffentlichung einiger an den Beschluss anknüpfender Erwägungen, mit denen mögliche Schlussfolgerungen diskutiert wurden.<sup>3</sup>

Der *Deutsche Anwaltverein* hat in einem »Appell zur Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Entscheidungsprozesses bei der Verwerfung von Revisionen als »offensichtlich unbegründet« vom März 2013<sup>4</sup> den *BGH* aufgefordert, die Beschlusspraxis wieder mehr an der gesetzlich vorgesehenen Regel zu orientieren. Andererseits hat ein früheres Mitglied des 5. *Strafsenats*, der Sindelfinger Rechtsanwalt *Brause*, den *Verf.* »interessengeleitete Kritik« vorgeworfen, deren »destruktiver Erfolg« verhindert werden müsse und die zu »Funktionsunfähigkeit« führe.<sup>5</sup> Beides gibt Anlass, den Faden noch einmal aufzugreifen.

#### A. Rekapitulation

Zur Rekapitulation: In den Verfassungsbeschwerde-Verfahren, über welche das *BVerfG* am 23.05.2012 durch Nichtannahmebeschluss (§ 93b i.V.m. § 15a Abs. 1 *BVerfGG*) entschieden hat,<sup>6</sup> war unter dem Gesichtspunkt des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (gesetzlicher Richter) nur gerügt worden, dass der 2. und der 4. *Strafsenat* des *BGH* ab 01.01.2012 mit demselben Vorsitzenden (ohne Zuteilung von Quoten seiner Arbeitskraft) besetzt worden waren, um eine Vakanz zu schließen.<sup>7</sup> Nicht entschieden hat das *BVerfG*,<sup>8</sup> ob Maßnahmen des Dienstvorgesetzten oder des Präsidiums des *BGH* im Januar 2012 die sachliche Unabhängigkeit von Richtern tangiert hatten. Denn eine solche Rüge war weder mit den Verfassungsbeschwerden vorgetragen noch war die Frage inzident zu entscheiden. Bei der Bemerkung des *BVerfG*, eine die richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigende Einflussnahme auf den 2. *Strafsenat* durch die vom Präsidium des *BGH* durchgeführte Anhörung von drei Richtern zu deren Rechtsansichten und zukünftigen Entscheidungspraxis sei »auszuschließen«<sup>9</sup>, handelte es sich somit um einen Fall der *Dreingabe*. Erstaunlicherweise hat sich die *Kammer* bei dieser Befügung mit dem Urteil des 2. *Strafsenats* v. 08.02.2012 – 2 StR 346/11<sup>10</sup> nicht befasst.

Dort hatte – immerhin – ein *Senat* eines obersten Bundesgerichts ausdrücklich ausgeführt, seine Mitglieder seien in ihrer richterlichen Unabhängigkeit beeinträchtigt worden, und hierauf *beruhe* sein Urteil (Rn. 18). Das *BVerfG* wusste es besser, hat das Urteil in seinem *obiter dictum* aber nicht einmal *erwähnt*.

Die Beschwerdeführer der Verfahren 2 BvR 610/12 und 2 BvR 625/12 hatten ausschließlich gerügt, auf der Grundlage des Geschäftsverteilungsplans für 2012 sei angesichts der Arbeitsbelastung des Vorsitzenden eines voll ausgelasteten *Strafsenats* einerseits, der höchstrichterlich begründeten Anforderungen an die »Leitungs«-Funktion eines Vorsitzenden andererseits<sup>11</sup> ausgeschlossen, dass der betreffende Vorsitzende – unabhängig von seiner Person und seinem persönlichen Leistungswillen – die Tätigkeit in einem quantitativen und qualitativen Maß ausführen könne, die den Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG entspricht. Das beruhte auf der – als selbstverständlich unterstellten – Annahme, der

\* Die *Verfasser* sind Mitglieder des 2. *Strafsenats*. Der Beitrag knüpft an den Aufsatz von *Fischer/Krehl*, Strafrechtliche Revision, »Vieraugenprinzip«, gesetzlicher Richter und rechtliches Gehör, StV 2012, 550, an (online verfügbar über [http://stv-online.de/system/files/users/user5/StV-09-2012\\_Beitrag\\_Fischer.pdf](http://stv-online.de/system/files/users/user5/StV-09-2012_Beitrag_Fischer.pdf)).

1 2 BvR 610/12; 2 BvR 625/12; NJW 2012, 2334 = NSiZ 2012, 458 = StV 2012, 513 m. Anm. *Gärditz* DVBl. 2012, 966; *Groß-Böling* StraFo 2012, 445; *Paeffgen/Wasserburg* GA 2012, 535.

2 Unter <http://video.uni-passau.de/video/Vortrag%253A-Armin-Nack---Revisionsgerichtliche-Urteilspr%25C3%25BCfung-durch-den-Strafsenat-des-BGH/cff00344e17afda3235bacb4f3a7ba7> findet sich ein Vortrag des früheren Vorsitzenden des 1. *Strafsenats*, *Nack*, zum praktischen Ablauf des Revisionsverfahrens v. 31.05.2012.

3 *Fischer/Krehl* StV 2012, 550.

4 Vgl. DAV, Stellungnahme Nr. 16/2013, März 2013. Eine einstimmig angenommene Resolution des 37. Strafverteidigertags am 08.-10.03.2013 in Freiburg hat sich diesem Appell angeschlossen.

5 *Brause* JR 2013, 134. Der Beitrag lässt allerdings jeden Hinweis darauf vermissen, welches »Interesse« gemeint sein könnte. Soweit *Brause* auch einige – oberflächliche – Fragen der so genannten »Vorsitzendenkrise« am *BGH* behandelt, wird nicht klar, ob und wo er eine Verbindung zu den Fragen des Beschlussverfahrens in der Revision sieht.

6 Verfehlt sind Hinweise, das *BVerfG* habe *bindend* entschieden, die Besetzung von Vorsitzendenstellen mit »halben« Planstelleninhabern sei unbedenklich.

7 Nach informellen Mitteilungen – der Beschluss wurde nicht begründet – ging das Präsidium des *BGH* für das Geschäftsjahr 2012 davon aus, es sei verfassungsrechtlich unzulässig, eine Vakanz über das Ende eines Geschäftsjahres hinaus offen und den Vorsitz eines vakanten *Strafsenats* über diesen Zeitpunkt hinaus von einem stellvertretenden Vorsitzenden ausüben zu lassen (anders z.B. *Schünemann* ZIS 2012, 1). Für das folgende Geschäftsjahr 2013 wurde – wiederum ohne Begründung – für den 4. *Strafsenat* das Gegenteil vertreten: Die Vakanz wurde über das Ende des Geschäftsjahres hinaus vom Stellvertreter geschlossen (vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 20.12.2012 – 4 StR 292/12). Der Präsident des *BGH* schloss sich als Vorsitzender nicht dem vakanten 4. *Strafsenat* an, sondern dem 3. *Strafsenat*, in dem zuvor gar keine Vakanz bestand und dessen Vorsitzender dafür versetzt werden musste.

8 Entgegen Rn. 30 des Kammerbeschlusses.

9 *BVerfG* (oben Fn. 1), Rn. 30. *Brause* (oben Fn. 5), S. 135 gibt den Sachverhalt insoweit nicht zutreffend wieder, als er die am 18.01.2012 angehörteten Richter als »drei Richter, darunter die Professoren Dres. Fischer und Krehl« bezeichnet. Der *Verf. Fischer* gehörte nicht zu den angehörteten Richtern.

10 StV 2012, 273 m. Anm. *Bernsmann*.

11 BGHZ 37, 210, 212 = NJW 1962, 1570 (*Großer Senat für Zivilsachen*).

Vorsitzende eines Senats habe die Aufgabe, die Revisionsakten<sup>12</sup> aller vom *Senat* zu entscheidenden Fälle zu lesen und die spätere Beratung vorzubereiten, bevor er die Sache an den jeweiligen Berichterstatter weiterleitet.<sup>13</sup> Diese »Lese-Arbeit«, so haben viele Generationen von Strafrichtern des *BGH* es erlebt, gelernt und weitergegeben,<sup>14</sup> sei die Hauptaufgabe des Senatsvorsitzenden, Kern und Schwerpunkt seiner Tätigkeit und Quelle seiner »Leitungs«-Kompetenz. Dieser umfassenden Lese-Aufgabe des Vorsitzenden steht auf Seiten der Beisitzer seit jeher nur eine eingeschränkte Lese-Verpflichtung gegenüber: Jeder Beisitzer liest die Senatshefte nur derjenigen Verfahren, für die er selbst als Berichterstatter zuständig ist. Das ist, bei einem mit 1 : 6 überbesetzten *Senat*, nur ein Sechstel der etwa 650 Revisionen, die jährlich von einem *Strafsenat* zu bearbeiten sind.<sup>15</sup> Zum Ausgleich seiner hohen Belastung mit der vorbereitenden Lese-Arbeit übernimmt der Vorsitzende nach den auch für die Bestimmung des »gesetzlichen Richters« und seiner Aufgaben konstitutiven Mitwirkungsgrundsätzen aller Strafsenate des *BGH* grundsätzlich keine eigenen Berichterstattungen; er trägt also weder »eigene« Fälle in der Beratung vor noch erstellt er schriftliche Beschluss- und Urteilsentwürfe.

Geht man davon aus, dass Vorsitzende Richter am *BGH* nicht über übermenschliche Kräfte verfügen, ist es schlechterdings nicht möglich, statt 650 Revisionsakten pro Jahr (rund 13 pro Woche) 1.300 Revisionsakten pro Jahr (rund 26 pro Woche) zu lesen. Das verdeutlichen banale Berechnungen: Selbst wenn ein »doppelter« Vorsitzender jeweils nur 75 % der in jedem Senat anfallenden Akten läse,<sup>16</sup> bleiben 1.000 Akten pro Jahr (rund 20 pro Woche). Rechnet man pro Akte durchschnittlich (nur) 50 Seiten und pro Seite zwei Minuten Lesezeit, so ergeben sich pro Woche 2.000 Minuten reine Lesezeit, das sind 33 Stunden, also drei lange Arbeitstage (bei voller Konzentration). Hinzu kommen pro Woche drei volle Tage Sitzungen und Beratungen (20 Beratungen, abwechselnd in zwei verschiedenen Senaten), Nach- und Fassungsberatungen; Korrekturtätigkeit im Zusammenhang mit der Prüfung von Voten *nach* Beschlussberatungen; weiterhin ein nicht unerheblicher Aufwand an allgemeiner Vorsitzenden-Tätigkeit (Terminierungen, Fortführung »anberatener« Sachen, Anleitung und Kontrolle der Geschäftsstelle, Telefonate, Verfügungs- und Verwaltungstätigkeit; Besprechungen mit Senatsmitgliedern, mit wissenschaftlichen Mitarbeitern, usw.). Damit dürfte man bei sechs bis sieben Arbeitstagen á mindestens 12 Stunden angelangt sein. Dabei ist noch unberücksichtigt, dass der Vorsitzende sich in wöchentlich 20 Verfahren sinnvolle, tragfähige und durchdachte Notizen fertigen muss, die ihn in die Lage versetzen, Wochen oder Monate später die Beratung sachkundig zu leiten. Er soll zudem laufend die Rechtsprechung aller anderen Senate sowie des *BVerfG* in Strafsachen sorgfältig zur Kenntnis nehmen und eine Flut von Beiträgen in Fachzeitschriften, Kommentaren und Festschriften zumindest oberflächlich rezipieren. Neben allem wird von ihm erwartet, dass er sich weiterführende, grundlegende Gedanken mache, den *Senat* durch geistige Überlegenheit, Erfahrung und konzeptionelle Kraft führe<sup>17</sup> und die Strafjustiz in angemessener Weise repräsentiere. Ein solches Arbeitspensum zu schaffen, ist keine Frage des *Wollens* oder einer »überdurchschnittlichen Leistungsbereitschaft«.<sup>18</sup> Es ist vielmehr *unmöglich*.<sup>19</sup>

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es auf das *individuelle* Wollen nicht ankommen kann, wenn es um die Rechtmäßigkeit einer solchen Besetzung geht: Wenn sie verfassungsgemäß ist, muss sie auch *pflichtgemäß* sein und daher *angordnet* werden können. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG hat nicht im Blick, was ein übermenschlich leistungsfähiger Richter unter Aufbietung aller Kräfte vielleicht einmal einen Monat lang durchhalten könnte, sondern das, was von Rechts wegen von jedem Richter verlangt werden kann.<sup>20</sup> Nach allen Maßstäben, die bis zum Dezember 2011 beim *BGH* ausdrücklich vertreten wurden,<sup>21</sup> war die dauerhafte gleichzeitige Führung von zwei voll belasteten Strafsenaten nicht so möglich, dass von einer ernsthaften »Leitung« die Rede sein konnte, die von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorausgesetzt wird. Der Einsatz einer Person als Vorsitzender von zwei Senaten musste daher, wenn die seit Jahrzehnten für selbstverständlich gehaltenen *Kriterien* und Anforderungen aufrecht erhalten werden sollten, eine bloße Schein-Besetzung sein, welche den Anforderungen des *Großen Senats für Zivilsachen*<sup>22</sup> nicht genügte. *Deshalb* wurden im Dezember 2011 diese Anforderungen an die Leitungsfunktion überraschend aufgegeben;<sup>23</sup> es wurde nun – buchstäblich über Nacht – vom Präsidium des *BGH* das gerade Gegenteil vertreten: Nicht der Senatsvorsitzende, sondern *irgendein* zweiter Richter müsse das Senatsheft lesen; die (bisher angebliche) Haupt-

12 So genannte »Senatshefte«, die im Wesentlichen Urteil, Revisionsbegründung(en), Stellungnahmen und Anträge im Revisionsverfahren enthalten. Die Sachakten des erstinstanzlichen Verfahrens werden vom Revisionsgericht nur ausnahmsweise und auch dann nur in sehr geringem Umfang eingesehen.

13 Diese Weiterleitung wird als »Zuschreiben« bezeichnet – ein Begriff aus der Zeit, als die Senatsvorsitzenden die Berichterstatter noch in jedem Fall auswählten. Heute sind die Berichterstatter in einigen Senaten durch senatsinterne Geschäftsverteilungen vorbestimmt. Soweit *Brause* es als »Qualitätsmodell« bezeichnet, dass der Vorsitzende »für die von ihm erkannten Rechts- und Beweisprobleme den am besten geeigneten Berichterstatter sucht« (*Brause* JR 2013, 134 [138]), mutet es merkwürdig an, dass von den von ihm als »Elite« apostrophierten Richtern manche »nur Betrug«, manche »nur Mord« können sollten. Überdies: Wer soll Warum »am besten geeignet« sein, wenn doch nach der Entscheidung des *BVerfG* alle »dieselbe umfassende Kenntnis« des zu entscheidenden Falles haben müssen?

14 Vgl. etwa die oben in Fn. 2 zitierte Aufzeichnung des Vortrags von *Nack*, dort Minuten 25 bis 30.

15 Vgl. [www.bundesgerichtshof.de/statistik](http://www.bundesgerichtshof.de/statistik).

16 Anknüpfend an die Entscheidung des *Großen Senats für Zivilsachen* BGHZ 37, 210 (215) (vgl. auch BGHZ 88, 1 [8]), wonach die Ausfüllung des Amtes eines Senatsvorsitzenden voraussetzt, dass dieser mindestens 75 % der spezifischen Leitungstätigkeit selbst ausübt.

17 *BVerfG* (oben Fn. 1), Rn. 28.

18 *BVerfG* (oben Fn. 1), Rn. 19.

19 Das *BVerfG* (oben Fn. 1, Rn. 28) weist zwar darauf hin, der Vorsitzende könne seine Leitungsfunktion »schon durch seine Präsenz« erfüllen. Es kann aber angenommen werden, dass damit nicht das bloße »Dabeisitzen« einer vollkommen überlasteten, von jeder Fallkenntnis freien Person gemeint ist. Denn immerhin soll »schon die Präsenz« den Vorsitzenden befähigen, »seine Überlegungen, seine Sachkunde und seine Erfahrung« einzubringen«. Es ist hier nicht zu thematisieren, aber zu erwägen: Ist die  *Hälfte* dieser Belastung in einer Weise zu bewältigen, welche das hohe Maß an Vertrauen in die Rechtsprechung des Revisionsgerichts rechtfertigt, die in der Bevölkerung herrscht? Wenn ja: Zu welchem Preis?

20 Hierauf ist schon im Beschl. des 2. *Strafsenats* v. 11.01.2012 – 2 *StR* 346/11 = *StV* 2012, 204 hingewiesen.

21 Bereitschaft, Fähigkeit und ausreichende Arbeitskraft und -zeit zum Lesen aller Revisionsakten galten bis Mitte 2012 als *besonders* wichtiges Kriterium bei dienstlichen Beurteilungen aus Anlass von Bewerbungen um Vorsitzenden-Stellen.

22 BGHZ 37, 210 (215 f.) Der Hinweis auf Usancen bei anderen Gerichten ändert hieran nichts, da diese Gerichte entweder anders belastet sind (*Landgerichtliche Kammern, Senate der Oberlandesgerichte*) oder anders entscheiden als die *Strafsenate* des *BGH* (Senate anderer Bundesgerichte).

23 »Wo steht *geschrieben*, dass ein Vorsitzender die Akten lesen muss?«

Aufgabe des Vorsitzenden könne somit im *Senat* beliebig verteilt werden, ohne dass damit irgendeine Qualitätseinbuße der Rechtsprechung verbunden sei.

Das *BVerfG* hat mit seinem Beschluss v. 23.05.2012<sup>24</sup> – entgegen manchen Meldungen – nicht etwa diese letztgenannte Ansicht des Präsidiums bestätigt. Es hat sich der Ansicht, die Senatsakten müssten vom Berichterstatter und (irgend-)einem zweiten Senatsmitglied gelesen werden, nämlich gerade nicht angeschlossen. Es hat vielmehr die bis Ende 2011 geltenden Maßstäbe und Anforderungen vollständig aufgelöst.<sup>25</sup> Es hat die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerden auf die Erwägung gestützt, dass es eine aus der Position des *Senatsvorsitzenden* entspringende spezifische *Verpflichtung* zur Lektüre der Revisionsakten nicht gebe.<sup>26</sup> Vielmehr sei die Verpflichtung, vom Inhalt der Revisionsakten Kenntnis zu nehmen, für *alle* Richter eines Revisionssenats bei allen Sachen vollkommen gleich: Alle Richter seien »uneingeschränkt« zur »vollständigen Kenntnis« verpflichtet; auf welche Weise sie sich diese Kenntnis verschaffen, unterfalle in vollem Umfang ihrer individuellen Beurteilung im Rahmen ihrer sachlichen richterlichen Unabhängigkeit: Ob »ein, mehrere oder alle Mitglieder« des *Senats* die Akten lesen, sei »dem Senat überlassen und Ausfluss der Unabhängigkeit«.<sup>27</sup> Die Leitungs-Funktion des Vorsitzenden gründe nicht auf besserer Akten- und Fallkenntnis, sondern auf *geistiger* Führung und Erfahrung.<sup>28</sup> Damit war für sämtliche beizitzenden Richter der Strafsenate ein *erheblicher* Zuwachs an Arbeit in Aussicht gestellt; für die Vorsitzenden der *Strafsenate* dagegen eine *Zeit* der Entspannung: Man muss, so das Ergebnis des *BVerfG*, als der Vorsitzende von *zwei* Senaten keinesfalls mehr arbeiten als der Vorsitzende *eines* Senats, vorausgesetzt, dass einem die richterliche Unabhängigkeit sagt, des Lesens der Revisionsakten bedürfe es nicht. Diese wundersame Belastungshalbwierung durch Aufgabenverdopplung war die eigentliche Sensation der Entscheidung. Sie »überholte« das Präsidium des *BGH* ebenso wie die Minderheit des 2. *Strafsenats*<sup>29</sup>, indem sie die überkommene Rollen- und Aufgabenverteilung in den Senaten vollständig auflöste und – zutreffend – den Gesichtspunkt der individuellen richterlichen Unabhängigkeit in den Mittelpunkt der Betrachtungen zur Belastung stellte.

Unabdingbare empirische Prämisse des vom *BVerfG* beschlossenen Ergebnisses, jeder Richter könne und müsse für sich selbst entscheiden, wie er vom Revisionssachverhalt Kenntnis nehmen wolle, ist freilich, dass die *verschiedenen Arten* der Kenntnisnahme – eigenes Lesen des ganzen Senatshefts; Lesen eines zusammenfassenden »Votums«; Anhören eines Berichterstatter-Vortrags in der Beratung<sup>30</sup> – *qualitativ gleich* sind. Zwischen *unterschiedlich* sachgerechten Methoden könnte auch unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit keine Wahlfreiheit bestehen: Wer »umfassende Kenntnis« benötigt,<sup>31</sup> darf sich dazu nicht einer Methode bedienen, die ein solches Ergebnis von vornherein ausschließt oder unwahrscheinlich macht.

Nach alltäglicher Lebenserfahrung wie nach unbestrittener psychologischer Erkenntnis ist es nun so, dass das (ggf. mehrfache) Lesen eines – zwischen 30 und 300 Seiten langen – Textes eine *ungleich höhere* Kenntnis und geistige Durchdringung von dessen Inhalt ermöglicht als das (einmalige) Anhören einer – persönlich gefärbten – mündlichen Kurzzusammenfassung. Auch der *BGH* geht mit seinem bis-

lang praktizierten »Vier-Augen-Prinzip« hiervon aus. Denn wenn vier Augen nicht »mehr sähen« als zwei, bedürfte es der Lesearbeit des Zweitlesers (also des Senatsvorsitzenden) gar nicht. Zwar hat der *BGH* entschieden, das Anhören des zusammenfassenden Vortrags des Berichterstatters sei eine »geeignete« und hinreichende Methode, um die zur Entscheidung erforderliche Fallkenntnis zu erlangen.<sup>32</sup> Das ist aber eine rein *normative* Behauptung – und eine *petitio principii*, die mit dem »Vier-Augen-Prinzip« eigentlich gar nicht vereinbar ist. Wäre sie faktisch zutreffend oder würden die Richter des *BGH* dies zumindest *glauben*, wäre es nicht erklärlich, dass jeder Fall vom Berichterstatter und jedenfalls einem anderen Richter gelesen werden muss (soll).<sup>33</sup> Faktisch ist offenkundig, dass das bloße Anhören eines Kurzvortrags *nicht* dieselbe und erst recht nicht eine ebenso »umfassende Kenntnis« vermittelt wie die eigene Lektüre der Revisionsakte. Hieraus folgt: Es ist zwischen der »umfassenden« Sachkenntnis (die das *BVerfG* fordert) und der »zur Entscheidung erforderlichen« Sachkenntnis zu unterscheiden, die nach Ansicht des *BGH* für die Zwecke des Revisionsverfahrens ausreichend ist. Beide sind nicht deckungsgleich; erst aus ihrer Differenz ergibt sich die – zunächst rätselhaft erscheinende – Aufspaltung in einen normativen und einen empirischen Begriff der »Kenntnis«.<sup>34</sup>

## B. Widerhaken

Ein weiterer Widerhaken steckt in der Begründung des *BVerfG*: Da es allein die richterliche Unabhängigkeit ist, die dem einzelnen Senatsmitglied gebieten kann, Akten zu lesen

24 Oben Fn. 1.

25 Hätte man die Anforderungen aufrechterhalten, so wären die Beschwerden begründet gewesen. Denn *Unmögliches* kann nicht verlangt werden; vgl. *Spieß* ZAP Fach 19, 749.

26 Daher auch keine gesetzwidrige Überlastung durch Verdopplung der Leitungsfunktion.

27 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 25. Diese Aussage ist freilich etwas rätselhaft: Es ist auszuschließen, dass *kein* Senatsmitglied die Akten liest. Wenn das Lesen der anderen deren individueller unabhängiger Entscheidung obliegt, kann es nicht zugleich »dem Senat überlassen« sein. Eine Mehrheitsentscheidung der Spruchgruppe, wonach ein bestimmter Richter die Akten lesen müsse, würde danach Art. 97 Abs. 1 GG verletzen.

28 Von Teilen der Presse ist das Ergebnis dahin verzerrt worden, das *BVerfG* habe entschieden, man dürfe einem Richter »nicht verbieten, mehr als andere zu arbeiten« (Stuttgarter Zeitung; ähnlich: Frankfurter Rundschau). Dies verfehlt evident den Kern der Sache.

29 Die in der Spruchgruppe 2 eine verfahrensentcheidende *Mehrheit* hatte.

30 Vgl. dazu im Einzelnen *Fischer/Krehl* StV 2012, 550.

31 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 24.

32 *BGH* NStZ 1994, 353; *NJW* 1987, 2217.

33 In welchem Maß das »Vier-Augen-Prinzip« eingehalten wird, ist in den Senaten durchaus unterschiedlich (etwa bei Urlaub oder Krankheit desjenigen, der die Akte neben dem BE gelesen hat).

34 *Brause* (oben Fn. 5), S. 136 meint, es müsse »als Eingeständnis zumindest (!) objektiver Willkür« verstanden werden zu behaupten, es sei »oft praktisch ausgeschlossen«, dass aufgrund eines BE-Vortrags umfassende Sachkenntnis erlangt werden könne (*Fischer/Krehl* StV 2012, 550). Dies ist die Anwendung des *Palmström*-Prinzips auf die Revision: Es darf nicht sein, daher kann es nicht sein. Wer je an einer Senatsberatung teilnahm, weiß, dass man am Ende eines nachmittäglichen 60-minütigen Vortrag des Sachverhalts von 22 sexuellen Missbräuchen (davon sieben schwer, hiervor drei in Tateinheit mit Körperverletzung – einmal gefährlicher –, vier in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen) und sieben weiteren, verschiedenen Taten weder die jeweils konkrete Schuldschwere der Einzelakte noch die Anzahl der geschilderten Fälle mehr sagen könnte; geschweige denn dass der Eliterichter nun noch weiß, wann der Angeklagte wegen was vorverurteilt wurde, wie viele Kinder er aus dritter Ehe hat oder wie hoch die BAK bei der Tat Nr. 17 war. Schon die Vorlesung des Tenors eines landgerichtlichen Urteils wie des vorstehend beispielhaft zitierten rauscht regelmäßig unverständlich (da praktisch unverständlich) durch den Senat. Die von *Brause* hervorgehobenen »Nachfragen« sind tatsächlich seltene Ausnahmen.

oder Berichterstatter-Vorträge anzuhören, dann kann hierüber nicht (mehr) nach Maßgabe von senatsinternen (Mitwirkungs-)Grundsätzen entschieden werden. Es ist daher weder spezifische Last noch Privileg des Senatsvorsitzenden, alle Akten zu lesen. Wenn aber ein einziger Beisitzer die ihm vom *BVerfG* bestätigte Unabhängigkeit *tatsächlich wahrnimmt* und entscheidet, er wolle ebenfalls alle Akten lesen, weil ihm dies bessere (»umfassende«) Kenntnis verschafft als das bloße Zuhören, bricht das System zusammen, denn dieser Beisitzer kann dann nur noch in viel geringerem Maße als Berichterstatter tätig sein, muss also zulasten der Nicht-Leser *entlastet* werden.<sup>35</sup> Das beim *BGH* praktizierte Modell lässt sich mit den Begründungen des *BVerfG* somit nur dann vereinbaren, wenn die richterliche Unabhängigkeit, auf welcher es angeblich beruht, überhaupt nicht wahrgenommen wird: Zwar darf nun der Vorsitzende<sup>36</sup> in richterlicher Unabhängigkeit entscheiden, nichts mehr lesen zu wollen; aber wenn Beisitzer in richterlicher Unabhängigkeit entscheiden, alles lesen zu wollen, bleibt der Ablauf stecken.<sup>37</sup> Mit den vom *BVerfG* dargelegten Anforderungen ist die bisherige Praxis des *BGH* in Strafsachen daher nur unter einer Bedingung vereinbar, die man eigentlich als ausgeschlossen ansehen müsste: Dass nämlich die Ausübung der richterlichen Unabhängigkeit (zufällig) jedem einzelnen Senats-Vorsitzenden weiterhin gebietet, alle Revisionsakten zu lesen, *obgleich er es nicht müsste*, und (zufällig) jedem einzelnen Senats-Beisitzer, die Revisionsakten der »fremden« Fälle nicht zu lesen, *obgleich er es dürfte*.

Sensationell ist, dass genau diese – nach Sachgesichtspunkten extrem unwahrscheinliche – Bedingung mit dem 23.05.2012 eingetreten ist und seither unverändert anhält: Obwohl die (vom *BVerfG* dargelegte) Grundlage ihrer Beratungspraxis sich ins *Gegenteil* des jahrzehntelang praktizierten verändert hat, halten seither sämtliche Strafrichter des *BGH*, Vorsitzende wie Beisitzer, begründungslos an der *vorherigen* Praxis fest. Dieses etwas bizarr wirkende Phänomen<sup>38</sup> dürfte sich aus verschiedenen Quellen speisen: Zum einen *gilt* die Entscheidung des *BVerfG* v. 23.05.2012 informell nicht viel: Sie sei, so meinen viele, ein »Begründungs-Trick« gewesen, eine Bekundung des *Gerichts*, sich an »Que-relen« beim *BGH* nicht die Finger beschmutzen zu wollen. Diese Deutung offenbart eine erstaunliche Distanz und auch Geringschätzung gegenüber Bedeutung und Funktion höchstrichterlicher Rechtsprechung. Sie verwechselt das Gericht mit der Person, das Recht mit der Meinung. Dies kann nicht sein, was das *BVerfG* verstanden wissen will. Es kommt nicht darauf an, was individuelle Personen möglicherweise dachten. Das Gericht – und gewiss das *BVerfG* – spricht durch seine *Entscheidungen*, nicht durch Blumen der »Hintergrund«-Spekulation. *Garcia* hat in einem viel beachteten Internet-Blog ausgeführt:

»Überhaupt ist die Argumentation des *Bundesverfassungsgerichts* reine Schaufensterjurisprudenz. Wäre sie ernst zu nehmen, müsste die Praxis nunmehr in allen fünf *Strafsenaten* des *Bundesgerichtshofs* erheblich umgestellt werden. Dazu wird es sicher nicht kommen (...).«<sup>39</sup>

So zynisch wird man es nicht sehen können. »Schaufensterjurisprudenz« oder »nicht ernst zu nehmende« Entscheidungen einer *Kammer* des *BVerfG* dürfte schwerlich sein, was das *Gericht* sich unterstellen lassen will und kann. Wer immer meint, die Entscheidung sei für Theorie und/oder Pra-

xis des Revisionsrechts in Strafsachen belanglos, kann dies *weder öffentlich noch heimlich* auf die Erwägung stützen, dass *BVerfG* sei »nicht ernst zu nehmen«.

Zum *anderen* stößt die Klarstellung des *BVerfG* auf eine jahrzehntealte Praxis-Kultur, die selbstverständlich mehr umfasst als den bloßen Ablauf von justiziellen Routinen. Sie berührt das *Wesen* und die *Grundlage* des Geschäfts; sie tangiert das Selbstverständnis jedes einzelnen Revisionsrichters. Dieses Selbstverständnis aber speist sich nicht allein aus den Regelungen des Deutschen Richtergesetzes und der Erkenntnis, da angelangt zu sein, wo sich die Unabhängigkeit am Ende *wahrhaft frei* entfalten könnte: ganz oben. So funktioniert der Mensch nicht; erst recht nicht der Mensch als Jurist. Wer 15 oder 20 Dienstjahre Kammervorsitzenden, OLG-Präsidenten, Ministern oder einer Partei gedient hat, hört damit nicht einfach auf, weil er Bundesrichter wird. Er findet nach der Wahl wieder, was er kennt: »Hi-Wis«, Beisitzer und Vorsitzende, Stellvertreter und potentielle Vorsitzende, gescheiterte, heimliche, zukünftige Bewerber; und er hört die alte Frage: Wer wird wann was? Sie wird auch in der Außenbetrachtung – durch eine hierauf seltsam fixierte Presse – reproduziert.<sup>40</sup> Auch die Welt der Justiz ist voll von süßen Trauben und deprimierten Füchsen.

Zum *Dritten* schließlich geht es um *Rechtsfragen*. Die Beschränkung der Kenntnisnahme von den Revisionsakten auf einen, höchstens zwei Richter des Revisionssenats hat »Tradition«; der *BGH* hat dies von Beginn an so gehandhabt. Demgegenüber werden in den Zivilsenaten seit jeher in jeder Sache vorbereitende Voten mit ausführlichem Sachbericht an den gesamten Senat verteilt; vielfach besteht die Übung, dass Einwände gegen Entscheidungsvorschläge in Form von Gegenvoten vorgetragen (müssen).<sup>41</sup> Ein

35 Wie der Vorsitzende: Dieser ist von Berichterstattungen zu 100 % entlastet. Man könnte ein Senatsmitglied, das sich entscheidet, die Akten auch der »fremden« Verfahren jedenfalls teilweise zu lesen, nicht etwa darauf verweisen, dies sei sein »Privatvergnügen« und für die von ihm zu erbringende Arbeitslast ohne Bedeutung.

36 Nicht allein der »Doppelvorsitzende«, sondern jeder.

37 Fischer/Krehl StV 2012, 550.

38 Brause (oben Fn. 5), S. 137 räumt ein, dass in Wirtschaftsstrafsachen »nahezu die Hälfte« der Fälle unproblematisch sei – also mehr als die Hälfte nicht. Bei der Prüfung von *Beweiswürdigungen*, insbesondere bei Zuziehung von Sachverständigen durch den Tatrichter, sei das Lesen des Senatshefts durch alle Senatsmitglieder »ganz sicher angemessen, wenn nicht sogar geboten«. Das dürfte bei etwa einem Drittel der Fälle gegeben sein. Daher ist Brauses Ergebnis, die Kritik am Vieraugenprinzip sei verfehlt, auch in sich unverständlich. Seine Lösung, man könne ja in Urteilsverfahren übergehen, wenn einem Senatsmitglied nicht alles klar sei (S. 138), ist nicht nur evident kontraproduktiv, da es ja um »Vereinfachung« gehen soll, sondern *bestätigt* die Kritik gerade: Im Urteilsverfahren werden die Senatsakten von *allen* gelesen.

39 Vgl. Garcia, in: blog.delegibus.com, 25.09.2012; vgl. auch Fuchs, in: blog.delegibus.com, 16.09.2012.

40 Unter Verkennung nicht nur der tatsächlichen Verhältnisse, sondern auch der kommunikativen Strukturen. Die Reproduktion wirklichkeitsferner Klischees von Senatsvorsitzenden als »Chefs« wird von Journalisten gern der Ungebildetheit und dem »Bedürfnis« der Leser/Zuschauer zugeschrieben. Dies ist nicht sinnvoll. Die Menschen sind in Wahrheit nicht zu dumm zu verstehen, was ein Kollegium gleichberechtigter Richter ist und warum es auf deren Gleichberechtigung gerade *ankommt*.

41 Frappierend war und ist, dass dieser gravierende Unterschied in der Arbeitsweise der *Zivil-* und *Strafsenate* des *BGH* offenkundig nicht allein bei Tatrichtern und Instanz-Verteidigern, sondern auch bei langjährigen Revisions-Verteidigern und den meisten Rechtslehrern bis zur Veröffentlichung der *Verf.* in StV 2012, 550 unbekannt war. Noch überraschender ist, dass auch bei zahlreichen Zivilrichtern des *BGH* – einschließlich Mitgliedern des Präsidiums – unbekannt war, dass die *Strafsenate* in der weitaus größten Anzahl der Fälle auf der Grundlage bloßer Aktenvorträge entscheiden.

für die Gesetzlichkeit des Richterquorums nicht unwichtiger Neben-Effekt kann (muss aber nicht) sein, dass die Beratungstage der einzelnen Fälle vorherbestimmt werden können. Oft wird die Meinung vertreten, die Handhabung in den *Zivilsenaten* führe zur unnötigen Aufblähung der Verfahren, zur Verzögerung und »ineffektiven« Erledigung. Beispielfhaft ist die folgende Beschreibung:

»Bei der Masse der Fälle trägt der Berichterstatter mündlich vor, und dann wird die Sache beraten im *Senat*. Unsere *Zivilsenate* gehen ein bisschen anders vor, die votieren jeden Fall schriftlich. Das macht die Sache natürlich sehr aufwändig, führt auch dazu, dass sie doppelt so viele Senate brauchen wie Strafsenate, aber das ist halt die Tradition der *Zivilsenate*, so zu arbeiten.«<sup>42</sup>

Die Beratungs-Vorbereitung mittels eines schriftlichen Votums, das allen Mitgliedern der Sitzgruppe eine Woche vor der Beratung zur Verfügung gestellt wird, erscheint hier als »Geschmackssache«, als »Tradition«, als unvernünftig aufwändige Spielerei, die, ohne Gewinn zu bringen, seit 60 Jahren zu einer (angeblichen) drastischen Reduzierung der Bearbeitungsgeschwindigkeit bei den *Zivilsenaten* führt. Es drängt sich auf, dass dies nicht stimmen kann. Es ist schon empirisch falsch, denn die 12 *Zivilsenate* des *BGH* bearbeiten – neben unzähligen anderen Verfahren – jährlich ca. 6.000 Revisionen, sind also jeweils recht ähnlich belastet wie die fünf *Strafsenate* mit knapp 3.000 Revisionen.<sup>43</sup> Es wäre auch höchst unwahrscheinlich, dass über Jahrzehnte hinweg die Richter der *Zivilsenate* des *BGH* nur etwa *halb soviel* (oder: doppelt so langsam) arbeiten wie die Richter der *Strafsenate* und dass dies der Justizverwaltung noch nicht aufgefallen sein könnte. Die Beschreibung *Nacks* trifft daher nicht zu.

### C. Zur Aufgabe der Revision

Treten wir einen Moment zurück und betrachten den Gegenstand aus der Ferne: Die Revision in Strafsachen ist in beinahe allen gravierenden Fällen, namentlich bei Verhängung langjähriger oder lebenslanger Freiheitsstrafen oder potentiell lebenslanger Maßregeln, die *einzigste Instanz* zur Überprüfung der »täterlichen«, also der erstinstanzlichen Feststellungen, Rechtsanwendungen und Rechtsfolgenentscheidungen. Sie hat dies zu leisten auf der Grundlage der schriftlichen, nachträglich angefertigten Urteilsgründe (§ 275 StPO), eines Formalprotokolls ohne Wiedergabe des Inbegriffs der Hauptverhandlung (§ 273 StPO) und einer Revisionsbegründung, deren Zulässigkeitshürden bei der Rüge von Verfahrensfehlern (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO) so hoch sind, dass nach beinahe unbestrittener Ansicht die große Mehrzahl der in Deutschland als Rechtsanwälte zugelassenen Strafverteidiger praktisch *nicht in der Lage ist*, sie zu bewältigen.<sup>44</sup> Zulässige und begründete Verfahrensrügen sind extrem selten.<sup>45</sup> Die Voraussetzungen einer *wirksamen* Kontrolle der »Richtigkeit« der erstinstanzlichen Urteile sind somit schon strukturell nicht eben großzügig. Ob das Spaltmaß der gesetzlichen Einblicksmöglichkeiten ausreichend ist, darüber mag man (rechtspolitisch) streiten. Die Frage tritt aber zurück, wenn es faktisch gar nicht (mehr) um das *gesetzliche Regelmaß*, sondern um das Gebilde einer Prozessordnung geht, in deren alte Formen über Jahrzehnte ein formloser *Brei* eingewandert ist, der sie von innen zer setzt hat, und die ihre formale Kraft nurmehr nach Maßgabe

von Zweckmäßigkeit oder jeweiliger Verfahrens-Macht vorgaukelt. Er trägt die Namen Opportunität, Effektivität, Beschleunigung und Absprache.<sup>46</sup>

Ein rettendes Ufer wird vielfach in verschieden ausgeprägten adversatorischen Modellen gesehen, die auch über das internationale und europäische Strafrecht in unsere Rechtsordnung drängen. Freilich gibt es zum einen keinen Anlass, sich von der Verwirklichung solcher Modelle einen Zustand höherer Gerechtigkeit zu erhoffen; zum anderen ist jede Art von »Partei«-Strafprozess unvereinbar mit den Resten des Inquisitionsprozesses und der Mehrfachrolle des Gerichts als Wahrheitsermittler und Urteiler. »Kombinationen« zwischen beiden Modellen sind daher nicht die Rettung, sondern eher der *worst case*. Eine wirksame Kontrolle in der Revisionsinstanz ist jedenfalls derzeit eines der letzten Hemmnisse vor einer unter »Gerechtigkeits«-Versprechen sich auflösenden Beliebigkeit der Strafverfolgung. Formlosigkeit aus Gründen der Wohlfahrt, Auflösung von Kontrolle durch Informalisierung des »guten Willens«, Schaffung und Ausdehnung von Verfahrensformen freien Ermessens: All dies sind Elemente, aus deren Fundus sich totalitäre Ordnungen speisen. Der Strafprozess des Rechtsstaats kann nicht auf verschwommene »Richterbilder«<sup>47</sup> und das Versprechen individueller Redlichkeit setzen, während zugleich die Anforderungen an die Rationalisierung von Entscheidungen und deren Überprüfung sich auflösen.

Die Aufgabe des Revisionsrichters in Strafsachen ist vermutlich nicht schwieriger als die anderer Richtergruppen, namentlich in der ersten Instanz; sie ist aber in spezifischer Weise *anders*. Gemeinhin wird behauptet, erfolgreiche Tätigkeit als »Tatrichter«, namentlich als Strafkammervorsitzender, sei der Qualität revisionsgerichtlicher Tätigkeit sehr nützlich, weil der Richter in diesem Fall besonders viel »Ver-

42 *Nack*, in: Vortrag Passau (oben Fn. 2), Minuten 25/26. Vgl. auch *Franke*, in: LR-StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 5.

43 Vgl. die Jahresstatistiken des *BGH* für 2011 und 2012 auf [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

44 Nicht die Diagnose ist streitig, sondern die Verantwortung. *BGH-Senate*, Revisionspezialisten und Fachlehrgänge referieren in endloser Folge über die Unfähigkeit von 95 % der deutschen Volljuristen, dem schlichten Normbefehl Folge zu leisten, »die den Verfahrensfehler begründenden Tatsachen« vollständig vorzutragen. Die Strafverteidiger, soweit sie nicht schuldbewusst zusammenzucken, halten dies für Zweck-Pessimismus. Wo die Wahrheit liegt, ist schwer zu sagen. Angesichts des – ebenfalls wohl unbestrittenen – Umstands, dass die theoretische Bildung, die Berufsauffassung und die Professionalisierung der Strafverteidigung in den letzten vier Jahrzehnten deutlich zugenommen haben, ist es freilich schwer erklärbar, dass der Anteil zulässiger Verfahrensrügen gleichwohl immer weiter abgenommen hat. Es spricht Einiges dafür, dass die Revisionsgerichte durch Auslegung und Anpassung der »gesetzlichen Anforderungen« die Zulässigkeitsquote dahin bringen, wo der prozessuale Zeitgeist sie haben möchte.

45 Vgl. *Barton* StraFo 1998, 325; zur sinkenden Verfahrenskontrolle *Kutzer* StraFo 2000, 325 und *Weider* StraFo 2000, 328; zur Krise des Revisionsrechts *Schlothauer* StraFo 2000, 289, zur weiteren Entwicklung *Widmaier* StraFo 2010, 310.

46 Kurze, treffende, schwer bestreitbare Analyse von *Weigend* StraFo 2013, 45.

47 Noch unterhalb dieses Niveaus *Brause* (oben Fn. 5), S. 138: »Die allermeisten Revisionsrichter streben kein weiteres Beförderungssamt an und werden nicht mehr in Zeugnissen beurteilt. Für sie besteht kein Grund, sich anpasslerisch beim Vorsitzenden hervorzutun...« Auch hier ergibt sich die Bedeutung aus dem Gegenschluss: Da sich auf jede freierwählende Vorsitzendenstelle etwa drei bis vier Richter bewerben, ist die Beschreibung »die allermeisten« sehr ungenau. Selbst wenn nur 25 % der Richter ein Beförderungssamt (offen oder heimlich) »anstreben«, besteht nach *Brauses* Ansicht jedenfalls für sie ein Grund, sich anzupassen und keinesfalls als »schwierig« zu gelten. Dabei sind noch alle gruppenspezifischen und individualpsychologischen Aspekte außer Betracht gelassen.

ständnis für die Nöte des Tatgerichts« habe. »Verständnis für Nöte« ist nur eine unter den Anforderungen an das Revisionsgericht, und die Not der Tatrichter sollte ihm nicht von vornherein wichtiger sein als die anderer Verfahrensbeteiligter. Die Aufgabe besteht nicht darin, Tatrichtern Urteilsaufhebungen zu ersparen, sondern Revisionsführern effektiven Rechtsschutz zu gewähren.

Wer damit befasst ist, schriftliche erstinstanzliche Urteile daraufhin zu überprüfen, ob sie *Rechtsfehler* enthalten, auf denen das Urteil beruhen könnte (§ 337 StPO), muss nicht allein die Fähigkeit, sondern auch die *Bereitschaft* mitbringen, solche Fehler zu finden. Er ist insoweit einem Techniker ähnlich, der in der Endkontrolle komplizierter technischer Produkte arbeitet: Seine Aufgabe ist es nicht, halb-fehlerhafte Produkte mit allerlei Mitteln unter »Zudrücken eines Auges« doch noch in den Verkauf zu bringen, sondern sie *auszusortieren*. Er darf sich, bei aller Kollegialität, nicht gemein machen mit denen, die die Fehler produzieren (können); seine Erfahrung aus eigener früherer Tätigkeit in der Produktion ist *deshalb* von großem Wert, weil sie Kenntnis der möglichen *Fehlerquellen* vermittelt, nicht weil sie zur Fehlerverschleierung qualifiziert.

Übertragen aufs Revisionsgericht: Es ist nicht Aufgabe von Revisionsrichtern, dafür zu sorgen, dass alle Verbrecher bestraft werden. Ebenso wenig ist ihre Aufgabe, formelle oder materielle Fehler der Tatsacheninstanz zu marginalisieren, zu verdecken, zu übergehen oder über Gründe zu spekulieren, warum auf ihnen möglicherweise das Urteil nicht beruhen könnte. Das klingt selbstverständlich, ist aber schwierig, denn gleichermaßen verfehlt wäre es, mit eifernder Kleinlichkeit jede Formulierungsschwäche, systematische Unklarheit oder missverständliche Argumentation zu verfahrensentscheidenden Rechtsfehlern aufzublasen.<sup>48</sup> Die Tätigkeit verlangt also innere Unabhängigkeit, kritische Distanz ohne Beckmesserei, Mut zum Perspektivenwechsel, Bescheidung auf die eigene Aufgabe ohne Oberlehrertum. Wenn ein Richter vor seiner Wahl ans Revisionsgericht lange Zeit in erster Instanz tätig war, fällt die Umstellung schwer. Wird sie nicht erleichtert, sondern in eine *Prüfungskultur* integriert, in der das »Verständnis für den Tatrichter« als höchste Form der »Praxisnähe« gilt, so wird ein »schiefer« Input – nach allen Regeln der Kunst – zum verqueren Output verdichtet. Das ist in der Regel keine Frage individueller Fehlsamkeit oder gar des bösen Willens. Es handelt sich um *strukturelle* Gefahren. Man kann sie nicht gänzlich ausschalten; man sollte aber Strukturen vorsehen, die sie mit hoher Wahrscheinlichkeit mindern und nicht verstärken. Voraussetzung hierfür ist ihre Kenntnisnahme und rationale Kritik.

#### D. Einfluss des Berichterstatters

Ein denkbarer Ansatzpunkt ist der Einfluss des Berichterstatters auf das Ergebnis der Entscheidung. Hierzu einige Zahlen:<sup>49</sup> Bei Erhebung der Ergebnisse von *Beschluss-Beratungen*<sup>50</sup> aus einem Zeitraum von 6 Monaten des Jahres 2010 und Verteilung auf fünf verschiedene Beisitzer eines *Strafsenats* ergibt sich als

- Gesamtzahl der von den Beisitzern (1) bis (5) als Berichterstatter bearbeiteten und im Beschlussverfahren erledigten Revisionen: 221.
- Anzahl der Verwerfungen gem. § 349 Abs. 2 StPO: 188 = 85,1 %
- Anzahl der Aufhebungen/Teilaufhebungen<sup>51</sup> (§ 349 Abs. 4, Abs. 2 und 4 StPO): 33 = 14,9 %

- Anteil der Aufhebungen/Teilaufhebungen bei verschiedenen Berichterstatter (BE): BE (1) = 26 %; BE (2) = 2,8 %; BE (3) 20,2 %; BE (4) = 4,2 %; BE (5) = 7,6 %

Eine Auswertung für das Jahr 2012 ergibt Ähnliches:

- Gesamtzahl Beschlussentscheidungen (7 Beisitzer): 546
- Verwerfungen gem. § 349 Abs. 2 StPO: 431 = 76,45 %
- Aufhebungen/Teilaufhebungen: 133 = 23,5 %
- Anteile Aufhebungen/Teilaufhebungen: BE (1) 15 %; BE (2) 4,5 %; BE (3) 23 %; BE (4) 20 %; BE (5) 23 %; BE (6) 23 %; BE (7) 28 %.

Diese Ergebnisse sind statistisch nicht verallgemeinerungsfähig, in ihrer Tendenz aber wohl aussagekräftig. Die erstaunliche Spreizung der (Teil-)Aufhebungsquote zwischen 2,8 % und 28 %, also um das Zehnfache, mag in der konkreten Betrachtung verzerrt sein; sie zeigt aber, dass das Ausmaß persönlicher Befassung mit einem Fall in dem Rahmen einer fünfköpfigen Spruchgruppe eine durchaus beachtenswerte, das Ergebnis beeinflussende Bedeutung hat, und zwar *unabhängig* davon, dass in allen Fällen der (jeweilige) Vorsitzende nach Maßgabe des so genannten »Vier-Augen-Prinzips« die Senatsakte gleichfalls gelesen hatte. Wenn das zutrifft, hat die Person des Berichterstatters eine signifikant ergebnisbeeinflussende Bedeutung.<sup>52</sup> Das lässt sich schwer mit der Behauptung vereinbaren, dass die aus dem Inbegriff der richterlichen Unabhängigkeit geschöpfte Methode der Erlangung »umfassender Kenntnis«, die das *BVerfG* für grundgesetzlich zwingend hält,<sup>53</sup> *beliebig* sein könne. Vielmehr deutet es darauf hin, dass es einen qualitativen Unterschied macht, ob ein Richter die Revisionsakte *gelesen* und ggf. vertieft *nach-gelesen* hat oder ob er ihren Inhalt erst- und letztmals durch Kurzvortrag des Berichterstatters zur Kenntnis nimmt.

Es wäre illusorisch und falsch anzunehmen oder zu fordern, dass Richter, Automaten ähnlich, bei gleichem kognitivem Input gleichförmig-identische Ergebnisse produzieren. Nicht dass Richter unterschiedlich urteilen, ist bedenklich, sondern dass die Unterschiedlichkeit der Grundeinstellungen und Sichtweisen, deren ne-

48 Die gelegentlich zu hörenden Bemerkungen klingen zynisch, sind aber zutreffend, beinahe banal: Man kann in beinahe jedem Urteilstext sachliche Fehler finden, die zur Aufhebung führen *könnten*, und umgekehrt in beinahe jedem rechtsfehlerhaften Text Argumente, die zur Verwerfung der Revision taugen.

49 Vom *Verf.* erhobene Daten; kein Anspruch auf Repräsentativität. Die Daten enthalten eine Reihe von – hier nicht näher zu beschreibenden – Fehlerquellen. Die Ergebnisse können jedoch in einer für die hier vorliegenden Zwecke bestätigenden Weise reproduziert werden und bestätigen die Tendenz.

50 Also ohne die (wenigen) Hauptverhandlungen.

51 Bei den »Teilaufhebungen« sind auch viele nur minimale Änderungen sowie Verwerfungen mit »Maßgaben« mitgezählt, die nicht zu einem nennenswerten Erfolg der Revision führen. Vollständige Aufhebungen (§ 349 Abs. 4 StPO) sind wesentlich seltener; sie machen allenfalls 10 % der Aufhebungen aus.

52 *Bräuse* (oben Fn. 5), S. 137 behandelt das, ohne Problembewusstsein, unter der Überschrift »Zum »tendenziellen« Vortrag« (gemeint wohl: tendenziösen). Unbewusste Selektivität und Verfälschungen scheinen ihm ebenso fernliegend wie die Überlegung, »Kommunikationswissenschaften« könnten damit etwas zu tun haben. Vielmehr, so meint er, liege das Problem »ganz woanders«, nämlich in der »rechtspolitischen Grundeinstellung«: Diese führe bekanntermaßen zu unterschiedlichen Darstellungen des Sachverhalts und unterschiedlichen Schlussfolgerungen. Damit hat er in glänzender Weise bestätigt, was er zu widerlegen ankündigte.

53 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 24: »Die Entscheidung im Kollegialorgan (erfordert) *uneingeschränkt*, dass bei der Beratung und Entscheidungsfindung alle Mitglieder des Spruchkörpers *vollständig* über den Sach- und Streitstand informiert sind« (Herv. d. *Verf.*). Klarer und unmissverständlicher kann man es nicht mehr sagen.

gativen Folgen das Kollegialprinzip gerade entgegenwirken will, durch unterschiedliche objektive Voraussetzungen – Fallkenntnis, Durchdringung, Problemdefinition – in einem Maß verstärkt wird, das nicht aus der Sache selbst oder aus der Verschiedenheit der Richterpersönlichkeiten entspringt, sondern aus unterschiedlichem Informationsstand. Dem kann man nur dadurch entgegenwirken, dass die Entscheidungsbasis vergrößert und für alle Richter des Kollegiums gleich ist. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass eben hiervon auch das Gesetz ausgeht, zumal sich das verfassungsrechtliche Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG als »prozessuales Urrecht« der Verfahrensbeteiligten nicht nur an den Spruchkörper im Ganzen, sondern auch an jeden einzelnen Richter wendet.<sup>54</sup> Die Behauptung, zur Herstellung dieser Gleichheit der Informationslage reiche der Kurzvortrag eines Berichterstatters aus – dies allerdings (erstaunlicherweise) nur, wenn ein weiterer Richter des *Senats* die Akte gelesen habe –, ist in sich widersprüchlich und empirisch nicht haltbar. Das »Vier-Augen-Prinzip«, nach welchem die *Strafsenate* des *BGH* in 90 % der bearbeiteten Fälle judizieren, ist nirgendwo kodifiziert. Das Gesetz sieht es nicht vor; auch die Geschäftsordnung des *BGH* aus dem Jahr 1952 weiß davon nichts.<sup>55</sup> Aus Sicht des Gesetzes stellt es sich als geradezu exotische Ausnahme dar: § 349 StPO geht als selbstverständlich davon aus, dass »das Revisionsgericht« in derselben Weise entscheidet wie das Tatgericht, nämlich auf der Grundlage »umfassender Kenntnis« des Verfahrensstoffs aller Richter. Dass bei der einzigen fachgerichtlichen Überprüfung von Strafurteilen mit besonders schweren Rechtsfolgen drei Fünftel der beteiligten Richter auf einem Kenntnisniveau entscheiden, das demjenigen von Schöffen evident unterlegen ist,<sup>56</sup> ist weder der Öffentlichkeit bekannt noch kann es dem Gesetzestext entnommen werden noch schwebte es dem Normgeber vor.

Das so genannte Vier-Augen-Prinzip hat sich aus Erwägungen entwickelt, die zweierlei voraussetzen: (1) dass der Vorsitzende des *Senats* alle Revisionsakten selbst lesen müsse, um den allein dadurch zu erreichenden Gesamtüberblick zu erlangen und seine »Leitungs«-Funktion ausüben zu können; (2) dass die Übertragung der gesamten Verantwortung für die Feststellung des Revisions-Sachverhalts<sup>57</sup> auf eine Person – den Berichterstatter – ein zu hohes *Fehlerpotential* beinhalte. Das Prinzip wird somit seit jeher *von unten* legitimiert: »Vier Augen sehen mehr als zwei«, ohne dass die evidente Legitimationslücke *nach oben* problematisiert wird: »Vier Augen sehen weniger als zehn.« Wenn aber der erste Satz zutrifft, stimmt auch der zweite. Die *Strafsenate* setzen dieser Erkenntnis eine mehrdimensionale *Verhältnismäßigkeits*-Rechnung entgegen:

- Die meisten Revisionen sind so einfach zu bearbeiten, dass das »Drübergucken« schon eines zweiten Richters nur »sicherheitshalber« erfolgen muss;
- da sich manche Fehler gegenseitig aufheben, muss man das Maß an Sorgfalt nicht übertreiben, mit welchem Fehlervermeidung betrieben wird;
- die Bearbeitung durch den Dezernenten des Generalbundesanwalts und dessen Antragstellung verspricht eine weitere sachkundige Prüfung;
- zwischen dem Maß an *Unmut*, den ein Revisionsrichter durch Genauigkeit bei der Prüfung »fremder«<sup>58</sup> Fälle auf sich ziehen kann, und dem »Funktionieren« eines *Senats* als soziales System muss ein Kompromiss gefunden werden.

Diese Argumente haben auf der Ebene der Alltags-Psychologie ein nicht geringes Plausibilitäts-Niveau, das sich aus Lebenserfahrung speist. Dennoch: Die Skepsis gegen sie folgt nicht allein aus der Erkenntnis, das Gesetz selbst gehe davon

aus, dass alle Richter eines Revisionssenats die Verpflichtung haben, auf Grundlage einer – *gleichermaßen* – umfassenden Kenntnis des Sachverhalts zu entscheiden;<sup>59</sup> auch nicht allein daraus, dass das Maß erreichbarer Gerechtigkeit, zumal in Strafsachen, sich aus Gründen der Legitimation nicht auf ein rechnerisch durchschnittliches Maß an Bemühung stützen sollte. Vielmehr liegt die Überlegung nahe, dass die Einhaltung einer *Form*, welche den Ausgleich individueller Präferenzen, Neigungen, Tendenzen, Stärken oder Schwächen aus der Sphäre des Zufalls oder des Wohlmeinens in den Bereich des rationalen Diskurses hebt, eben jene Anforderung sein könnte, die wir<sup>60</sup> denjenigen schulden, die sich in den Fangnetzen der Strafjustiz verstricken.

### E. Zehn-Augen-Prinzip

Was eigentlich könnte *gegen* ein Zehn-Augen-Prinzip in den Beschlussverfahren des Revisionsgerichts sprechen? Nach bislang dort herrschender Meinung ist es vor allem ein Mangel an Praktikabilität. Es erscheint *uns* zweifelhaft, dass dies zutrifft; es ist auch nie überprüft worden. Wenn sechs Berichterstatter pro Woche etwa 15 Fälle (Urteile, Revisionsbegründungen, Stellungnahmen; Vorschläge) mündlich vortragen und dies im Durchschnitt 45 Minuten pro Fall dauert, sind das 675 Minuten, also 11,5 Stunden. Selbst wenn man annimmt, dass davon auf den reinen Sachvortrag fünf Sechstel entfallen, bleiben zwei (von fünf)<sup>61</sup> Arbeitstage pro Woche, an denen der Revisionsrichter nichts anderes zu tun hat als den Sachberichten seiner Kollegen zuzuhören. In dieser Zeit könnte er – mit deutlich höherem Ertrag – eine Vielzahl von schriftlichen Voten oder erstinstanzlichen Urteilen lesen. Das trifft erst Recht auf die Person des *Senatsvorsitzenden* zu, dem das bisherige System eine geradezu bizarre, mit der von ihm verlangten »geistigen Führung« schwer zu vereinbarende Akkordarbeit auferlegt: Er muss zunächst an etwa drei Tagen pro Woche die *Senatsakten* aller eingehenden Fälle aufmerksam lesen und exzerpieren. Sämtliche Fälle – die er danach bereits »vollständig kennt« und durchdrungen hat – muss er sich dann einige Wochen oder Monate später an zwei Tagen pro Woche in der mehr oder minder gelungenen *Vortrags*-Version der Berichterstatter erneut *anhören*; seine Aufgabe hierbei besteht überwiegend darin, die Vorträge mit seinen eigenen Aufzeichnungen zu vergleichen. Dies ist eine entnervende, besonders sinnlose Vergeudung von Arbeitskraft und Zeit (angeblich *besonders* qualifizierter Richter.

Dagegen wäre die Umsetzung des gesetzlich als Regel vorausgesetzten Prinzips weder organisatorisch noch rechtlich problematisch. Es kann ohne Weiteres unterstellt werden, dass die Praxis des Revisionsgerichts – wie die Routine jeder

54 BVerfGE 11, 218 (220); 46, 315 (319).

55 Vgl. GeschO des *BGH* v. 03.03.1952, BAnz. Nr. 83, S. 9; dort § 8: Berichterstattung.

56 Diese nehmen immerhin den Inbegriff der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) umfassend und unmittelbar zur Kenntnis.

57 Also für den Inhalt des erstinstanzlichen Urteils, die Überprüfung von Darstellung, Beweiswürdigung, Subsumtion und Rechtsfolgengerwägungen, den Vortrag des Revisionsführers.

58 Gemeint: Nicht von ihm als Berichterstatter zu bearbeitender.

59 BVerfG (Fn. 1), Rn. 24.

60 Scilicet: das »Strafrechtssystem«.

61 Dienstherr, Dienstrecht und Besoldung des Richters gehen davon aus, dass der Betroffene an fünf Tagen pro Woche insgesamt etwa 38,5 Stunden arbeitet. Mehrleistungen werden derzeit als selbstverständlicher *Dienst an der Sache* verbucht.

Bürokratie – binnen kurzer Zeit eine Vielzahl kreativer Formen entwickeln würde, mit welchen sich sinnloser Leerlauf oder Überlastungen vermeiden ließen. Bekundungen, wonach das Zehn-Augen-Prinzip zum »Zusammenbrechen« des Systems führen müsse, sind dem Reich des beharrenden Zweckpessimismus zuzuordnen. Was in *Zivilsenaten* selbstverständlich ist, sollte auch *Strafsenaten* gelingen können. Hierbei kann davon ausgegangen werden, dass schematische, zu Mehrbelastung ohne Gewinn an Diskusstiefe führende Modelle zu vermeiden sind. Es kann nach Schätzungen der *Verf.* aber davon ausgegangen werden, dass in mindestens einem Drittel der Fälle eine Lektüre des Senatshefts durch alle Mitglieder der Spruchgruppe zu einer *substantziellen* Vertiefung der Sachkenntnis und einem höheren rechtlichen Diskussionsniveau bei gleichzeitiger erheblicher Zeitersparnis (durch Wegfall des stundenlangen Vortrags von Marginalien) führen würde. Allein dieser strukturelle Zugewinn an Sorgfalt kann nicht durch Verweise auf individuellen »Mut« oder gar auf das individuelle Fehlen von Aufstiegs-Ambitionen ersetzt werden.<sup>62</sup>

Wie könnte ein 10-Augen-Prinzip am Revisionsgericht umgesetzt werden? Dazu, als ein erster Vorschlag, folgende Eckpunkte:

- Senatsvorsitzende und Beisitzer haben bei allen Revisionen dieselben Pflichten im Hinblick auf die Kenntnisnahme des Verfahrensstoffs und die Vorbereitung der Entscheidung. Der Senatsvorsitzende übernimmt wie die Beisitzer Berichterstattungen; (nur) für die spezifische Vorsitzendentätigkeit ist er zu entlasten;
- der Senatsvorsitzende leitet nach Maßgabe der senatsinternen Geschäftsverteilung den Berichterstatern die auf sie entfallenden Sachen mit der Bitte um Erstellung eines Votums zu;
- das vom Berichterstatter vorgelegte Votum wird mit einer Ablichtung des Senatshefts<sup>63</sup> an alle Mitglieder der zuständigen Spruchgruppe verteilt;
- der Vorsitzende bestimmt auf Vorschlag des Berichterstaters einen Beratungstermin (alternativ etwa: Die Sache wird regelmäßig zwei Wochen nach Votumsvorlage beraten);
- Abweichende Ansichten, Gegenvoten, Hinweise, Bedenken gegen das Votum sollen schriftlich gefasst und möglichst drei Tage vor dem Beratungstermin im *Senat* verteilt werden; sie werden zum Senatsheft genommen;
- im Beratungstermin wird auf einen mündlichen Vortrag des Akteninhalts verzichtet. Die Diskussion der Spruchgruppe beschränkt sich auf Rechtsfragen und mögliche Einwendungen gegen das Votum.

Man mag einen solchen Vorschlag im Einzelnen kritisieren und modifizieren; Maß und Form seiner Umsetzung wären im (jeweiligen) Senat zu diskutieren.<sup>64</sup> Eine Diskussion ist aber jedenfalls erforderlich, weil auf der Grundlage der Entscheidung des *BVerfG* v. 23.05.2012 eine die Probleme ein-

fach leugnende<sup>65</sup> Fortsetzung der überkommenen Praxis schlicht irrational<sup>66</sup> und auch rechtlich bedenklich ist (Art. 103 Abs. 1 GG), ferner weil eine Vielzahl von »Modellen« denkbar und die Durchführung des hier beworbenen Zehn-Augen-Prinzips gewiss weder von vornherein als »unpraktikabel« noch als dysfunktional angesehen werden kann. Selbstverständlich führt ein Zehn-Augen-Prinzip nicht von allein zu einer Erhöhung oder Erniedrigung der Aufhebungs-Quote: Es fördert eine gleichmäßige, der Diskussion von Rechtsfragen und der Rationalität der Entscheidungen förderliche Beratungsgrundlage. Soweit als Gegenargument der Gesichtspunkt der *Beschleunigung* vorgetragen wird, erscheint das schon auf tatsächlicher Ebene nicht überzeugend: Sehr viel der zusätzlich erforderlichen Arbeit würde durch Wegfall überflüssiger anderer Abläufe aufgefangen. Im Übrigen kann mit »Beschleunigungs«-Argumenten selbstverständlich nicht ein Verfahren legitimiert werden, das verfassungsrechtlichen Anforderungen<sup>67</sup> an die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht genügt. »Beschleunigung« (besser: kurze Dauer) des Verfahrens ist wichtig, hat aber, von Extremfällen abgesehen, keinen *eigenständigen* Wert: Bloße Schnelligkeit bewirkt nichts.

## F. Ergebnis

Ein Patentrezept für die Fortentwicklung der StPO und die Rettung der Revision<sup>68</sup> ist nicht in Sicht. Verfehlt wäre es, erkannte strukturelle Schwächen zu verstärken statt ihnen entgegenzuwirken. Die Orientierung der Beschlusspraxis am Zehn-Augen-Prinzip ist keine Vorstellung fehlgeleiteter Querköpfe,<sup>69</sup> sondern der vom Gesetz vorgesehene Grundsatz,<sup>70</sup> nach welchem die fünf unabhängigen Richter eines Revisionssenats zu entscheiden haben. Sie ist selbstverständlich kein Allheilmittel zur Erreichung von Gerechtigkeit, kann aber derzeitigen strukturell bedingten Ungerechtigkeiten und Gefahren entgegenwirken. Sie dient der Rationalisierung der Entscheidungen und der Gleichberechtigung im Kollegialgericht.

62 So aber *Brause* (oben Fn. 5), S. 138.

63 Vgl. oben Fn. 11. Modifikationen könnten auch ergeben, dass in bestimmten Fällen nur das angefochtene Urteil oder Teile davon zu verteilen sind. Mit der absehbaren Einführung der sog. Elektronischen Akte wird eine zusätzliche Belastung der Vervielfältigungsstelle/Druckerei entfallen.

64 Unzweifelhaft würden sich binnen kurzer Zeit Routinen entwickeln, welche den zunächst ungewohnt wirkenden Ablauf vereinfachen könnten.

65 *Brause* (oben Fn. 5), S. 134, 136: »Altbekanntes« (?) werde wiederholt, »Selbstverständliches (?) mit aufgebauten ... Umständen vermischt«; die Schlussfolgerungen entbehren »weitgehend einer Grundlage«.

66 Vgl. oben **B**.

67 Vgl. *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 24.

68 Gerade auch im Hinblick auf die schwerwiegenden Veränderungen in Folge des Abprache-Verfahrens.

69 Oder gar: »Nestbeschmutzer«. Der denunziatorische Vorwurf »interessegeleiteter« (also: unsachlicher, persönlicher) Motive, den *Brause* (oben Fn. 5), S. 136, 138 gegen die *Verf.* erhoben hat, ist unter Richtern des *obersten Gerichtshofs* gewiss einmalig. Andererseits zeigt er geradezu beispielhaft die Angst Mancher, das Denkbare auch wirklich einmal zu denken und ein angelegliches Tabu einmal zu berühren. Sie ist unbegründet: Meistens passiert gar nichts Furchtbares.

70 So zutr. auch *Franke* (oben Fn. 42), § 349 Rn. 5.