

## Absolute Revisionsgründe, Rechtspraxis und Verfahrensgerechtigkeit

Stephan Barton

### I. Absolute Revisionsgründe: nicht mehr zeitgemäß?

Gegen erstinstanzliche Urteile der Land- und Oberlandesgerichte steht als einziges Rechtsmittel die Revision offen (§ 333 StPO). Sie ist begründet, wenn das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 337). Eine Beruhensprüfung hat allerdings nur bei den relativen Revisionsgründen zu erfolgen; bei den in § 338 StPO genannten absoluten Revisionsgründen unterstellt das Gesetz dagegen unwiderleglich, dass das Urteil stets auf einer Verletzung des Gesetzes beruht.

Die Kodifizierung der absoluten Revisionsgründe erfolgte in der Reichsstrafprozessordnung von 1877. Mit dem Rechtsmittel der Revision wollte der historische Gesetzgeber zwar ein von der Nichtigkeitsbeschwerde des Partikularrechts des 19. Jahrhunderts abweichendes neuartiges Rechtsinstitut schaffen. Indem er einen Katalog abschließend aufgezählter Verfahrensrechtsverstöße formulierte, deren Vorliegen stets zur Begründung der Revision führen sollte, orientierte er sich aber ersichtlich an dem Vorbild der Nichtigkeitsbeschwerde.<sup>1</sup>

Mit der Kodifizierung eines Enumerativkatalogs<sup>2</sup> absoluter Revisionsgründe hat der Gedanke der schützenden Formen, der für die damalige Zeit von besonderer Bedeutung war, markanten Ausdruck gefunden.<sup>3</sup> Nach dem Rechtsverständnis des historischen Gesetzgebers stellten die absoluten Revisionsgründen besonders schwerwie-

- <sup>1</sup> Die wiederum ihr Vorbild in der französischen Kassation hat. Vgl. zur Geschichte der absoluten Revisionsgründe *Frohne*, Zur Zweckmäßigkeit der absoluten Revisionsgründe im Strafprozess, Diss. Göttingen, 1984, S. 10 ff. (zitiert als: *Frohne*); ferner *Mehle*, Die »Relativierung« der absoluten Revisionsgründe – vom Niedergang der Formenstrenge, in: *Widmaier u.a. (Hg.)*, Festschrift für Dahs, Köln, 2005, S. 381 ff. (zitiert als: *Mehle*, in: FS Dahs); *Becker*, Die absoluten Revisionsgründe im deutschen Strafrecht, Diss. Bonn, 1950, S. 14 ff. (zitiert als: *Becker*).
- <sup>2</sup> Zum Katalog der in § 338 StPO aufgezählten Verfahrensrechtsverstöße vgl. nur *Sorstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl., Berlin, 1998, S. 136 ff. (zitiert als: *Sorstedt/Hamm*) und *Dahs/Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 7. Aufl., München, 2008, S. 43 ff. Ob es sich bei § 338 Nr. 8 StPO um einen absoluten Revisionsgrund handelt, wird strittig behandelt; zum Streitstand vgl. *LR-Hanack* § 338 Rn 124 ff.
- <sup>3</sup> Zu schützenden Formen im Strafprozess vgl. *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 2. Aufl., Göttingen, 1964, Rn 22; *Jungfer*, Zurück zur Form – 50 Jahre Nachkriegsadvokatur, in: *Bandisch (Hg.)*, Festgabe für den Strafverteidiger Heino Friebertshäuser, Bonn, 1997, S. 21 ff.; *Jung*, »Funktionsstüchtigkeit der Strafrechtspflege« contra »schützende Formen« – ein strafprozessualer Klassiker im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, GA 2003, 191 ff.

gende Rechtsverstöße dar. Ungeachtet der Frage, ob man heute noch alle in § 338 StPO genannten Rechtsverstöße als besonders gravierend ansieht oder nicht,<sup>4</sup> kann man die absoluten Revisionsgründe als Gesetz gewordenen Stand des Kampfes um den liberalen Strafprozess ansehen.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber hat seit 1877 an den absoluten Revisionsgründen festgehalten; sie sind nur gering geändert worden, wobei – abgesehen von der Einführung einer Rügepräklusion in § 338 Nr. 1 StPO – der Anwendungsbereich des § 338 StPO nicht eingeschränkt worden ist.<sup>6</sup> Sie sind sogar als Modell für andere Verfahrensordnungen imitiert worden.<sup>7</sup>

Aber seit jeher bestanden in der Praxis und mehr noch in der Wissenschaft Vorbehalte dagegen, ein Urteil nur wegen eines als vergleichsweise harmlos angesehenen formalen Mangels aufheben zu müssen.<sup>8</sup> *Cramer* kann nicht einsehen, dass ein im Übrigen »hieb- und stichfestes Urteil, dem möglicherweise eine monatelange, schwierige Hauptverhandlung vorausging, wegen irgendeines, oft nur banalen Verfahrensverstößes aufgehoben« werden muss.<sup>9</sup> Eine solche Aufhebung eines materiell richtigen Urteils erscheint aus einem solchen Blickwinkel formalistisch, unbillig und letztlich auch ungerecht.<sup>10</sup> Eine Urteilsaufhebung sei letztlich nur dann gerechtfertigt, wenn ein besonders schwer wiegender Verstoß oder gar ein Verfahrensmangel vorläge, wonach der davon betroffene Prozess das »Signum der Rechtsstaatlichkeit« verliere.<sup>11</sup> Eine Urteilsaufhebung solle im Bereich der absoluten Revisionsgründe soweit wie möglich vermieden werden und nur noch dann erfolgen, wenn sich dies auch im konkreten Einzelfall lohne, einer Zurückverweisung also keine durchgreifenden Bedenken entgegenstünden.

Als nicht lohnend werden von vielen Aufhebungen solcher Urteile angesehen, die dem Betrachter als »goldrichtig«<sup>12</sup> erscheinen, die also bei der Urteilslektüre keine Zweifel an der Richtigkeit der Urteilsbegründung entstehen lassen. Gegen eine Urteilsaufhebung sprechen dagegen für viele die folgenden Gesichtspunkte: Erstens sei die »knappe Ressource Justiz« zu schützen,<sup>13</sup> was bei unnützen Aufhebungen richtiger Urteile nicht der Fall sei.<sup>14</sup> Zweitens wird auf den Opferschutz abgestellt; es sei nämlich problematisch, Opfer schwerer Straftaten nach einer Urteilsaufhebung erneut die Belastungen einer Hauptverhandlung zuzumuten. Deshalb knüpfen die Revisionsgerichte – nach eigener Aussage – »bei der Frage der Notwendigkeit der Aufhebung und Zurückverweisung« an den Gedanken des Opfer- und Zeugenschutzes an.<sup>15</sup> Drittens wird der Beschleunigungsgrundsatz bemüht<sup>16</sup> und die Rechtswohltat des Art. 6 Abs. 1 EMRK gegen den Angeklagten ins Feld geführt.<sup>17</sup>

Die absoluten Revisionsgründe befinden sich also in der Diskussion. Sie werden von vielen als nicht mehr zeitgemäß und deshalb als korrekturbedürftig angesehen. Sie sollen nicht mehr absoluten Anspruch genießen, sie sollen stattdessen soweit wie möglich restriktiv interpretiert und damit in ihrem Geltungsbereich zurückgedrängt werden. Kurz: Sie sollen nur noch »grundsätzlich« gelten.<sup>18</sup>

Dies führt mich zur Formulierung einer These und zu zwei daran anschließenden Vertiefungen. Die These lautet: Das Missbehagen gegen die absoluten Revisionsgründe hebt wie unter einer Lupe den im Schrifttum seit längerem kritisierten Wan-

4 Vgl. einerseits *Becker*, S. 22 jedenfalls hinsichtlich § 338 Nr. 1-6 StPO; LR-*Hanack* § 338 Rn 1; andererseits *Sarstedt/Hamm*, Rn 301; *Kudlich*, Wie absolut sind die absoluten Revisionsgründe? in: WeBlau/Wohlens (Hg.), Festschrift für Fezer, Berlin, 2008, S. 435, 440 (zitiert als: *Kudlich*, in: FS Fezer).

5 So *Frohne*, S. 361.

6 Vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte LR-*Hanack* § 338 vor Rn 1. Neben rein redaktionellen Änderungen sind hier die Erweiterung des § 338 Nr. 1 um den zweiten Halbsatz (Rügepräklusion) durch das StVAG (BGBl. I 1979, 1645) sowie die Erweiterung des § 338 Nr. 7 StPO (Urteilsabsatzungsfrist) (BGBl. I 1974, 3393) zu erwähnen.

7 Absolute Revisionsgründe finden sich auch in § 547 ZPO, § 138 VwGO, § 119 FGO, § 72 Abs. 5 ArbGG, § 202 SGG, § 27, S. 2 FGG; vgl. *Frohne*, S. 1.

8 Zum Ruf nach einer vollständigen Abschaffung der absoluten Revisionsgründe vor 1945 vgl. *Becker*, S. 123.

9 *Cramer*, Zur Berechtigung absoluter Revisionsgründe, in: Baumann/Tiedemann (Hg.), Festschrift für Peters, Tübingen, 1974, S. 239, 245 f. (zitiert als: *Cramer* in: FS Peters). Ähnlich *Kuckein*, Relativierung absoluter Revisionsgründe, StraFo 2000, 397 (zitiert als: *Kuckein*), der den Rechtsstaat nicht dadurch ins Wanken geraten sieht, dass ein nach 118 Verhandlungstagen ergangenes materiell-rechtlich fehlerfreies Urteil 1 Stunde und 47 Minuten zu spät zu den Akten gebracht wird.

10 Deziert *Cramer*, der danach fragt, ob sich das System der absoluten Revisionsgründe mit dem Prozessziel der »Gewährleistung der Gerechtigkeit« in Einklang bringen lasse; *Cramer* in: FS Peters, S. 240. So leider auch die Senatsmehrheit in BVerfG NJW 2009, 1469, 1472, die »Abmilderungen des strengen Formalismus«, von das Revisionsrecht geprägt sei, »zu Gunsten differenzierterer Lösungen, die weniger Gefahr laufen, die Angemessenheit des Ergebnisses im Einzelfall zu verfehlen« für angebracht hält.

11 *Kuckein*, StraFo 2000, 397, 400.

12 Vgl. dazu die Stellungnahme eines Bundesrichters bei *Barton*, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, Neuwied, 1999, S. 261 f. (zitiert als: *Barton*, Revisionsrechtsprechung).

13 *Kuckein*, StraFo 2000, 397, 400, der einen Zusammenhang zwischen absoluten Revisionsgründen und »Zeiten abnehmender Finanz- und Justizressourcen« herstellt.

14 Dabei geht man von der rechtstatsächlich fragwürdigen Prämisse aus, dass der neue Tatrichter zu ähnlichen Ergebnissen wie im aufgehobenen Urteil komme. Das Gegenteil ist der Fall, wie empirische Studien ergaben; vgl. *Haddenhorst*, Die Einwirkung der Verfahrensrüge auf die tatsächlichen Feststellungen im Strafverfahren, Karlsruhe, 1971 sowie *Vogelsang*, Die Bedeutung erfolgreicher Verfahrensrügen für das nachfolgende tatrichterliche Urteil, Diss. Bielefeld, 2001, S. 137 ff.

15 BGHSt 50, 40, 55; BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Mindestfeststellungen 7; § 354 Abs. 1 Sachentscheidung 5. In diesem Sinne äußert sich auch die Senatsmehrheit des BVerfG in BVerfG NJW 2009, 1469, 1474 (»Rügeverkümmern«): »Im Rahmen einer neuen Hauptverhandlung müssen oft auch die Zeugen erneut vernommen werden. Sind diese Zeugen zugleich Opfer der abzurückenden Straftat, so kann dies für sie mit erheblichen Belastungen, bis hin zu einer Reraumatisierung insbesondere bei schweren Gewalttaten, einhergehen.«

16 Leider auch die Senatsmehrheit in BVerfG NJW 2009, 1469, 1474 (»Rügeverkümmern«), die den Beschleunigungsgrundsatz mit dem der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege verbindet.

17 Kritisch dazu *Fezer*, Der Beschleunigungsgrundsatz als allgemeine Auslegungsmaxime im Strafrecht, in: Schöch u.a. (Hg.), Festschrift für Widmaier, München, 2008, S. 177 ff. und *Piel*, Beschleunigungsgebot und wirksame Verteidigung, ebenda, S. 429 ff.

18 So die Kommentierung von KK-*Kuckein* § 338 Rn 1 der – entgegen dem Wortlaut des § 338 StPO – die These aufstellt, das Gesetz stelle nur eine »grundsätzlich unwiderlegbare Vermutung der Entscheidungserheblichkeit« auf und einer Verfahrensrüge könne nur »grundsätzlich nicht mit dem Einwand des Nichtberuhens begegnet werden

del der Revisionsrechtsprechung hervor.<sup>19</sup> Dieser Wandel beruht nicht zuletzt darauf, dass Gerechtigkeit einseitig in der Praxis als nur materiale interpretiert wird und dies auf Kosten eines anderen Elementes der Idee der Gerechtigkeit, nämlich der Verfahrensgerechtigkeit.

Materialisierung des Rechts bedeutet dabei der Sache nach – ohne dass das hier ausführlich behandelt werden könnte – vielfach ein Abstellen auf Zweckmäßigkeitserwägungen und Präventionsgesichtspunkte.<sup>20</sup> Das klassische, zugleich repressive als auch liberal-rechtsstaatliche orientierte Strafrecht hat sich gewandelt und hat Aufgaben im Bereich der Kriminalitätsbekämpfung übernommen. Es hat sich zu einem regulatorischen Recht entwickelt. Auch die Revisionsgerichte haben nolens volens regulatorische Funktionen für die Rechtsprechung übernommen und steuern mit ihrer Tätigkeit die Tatgerichte. Die Materialisierung des Strafrechts bringt jedoch die Gefahr des »Pappenheimer-Syndroms« mit sich, also die Gefahr, dass die Tatsachen, auf die ein Verdacht gestützt sind, vom »Weichbild des Informellen: von Vermutungen, Erfahrungen, Ahnungen, vom Hörensagen, vom Besserwissen und Immerschongewussthaben« geprägt sind.<sup>21</sup> Dies kann auch zu zweifelhaften Beurteilungsmaßstäben und Ungleichbehandlungen führen. Das gilt auch für den »Output« der Revisionsrechtsprechung, der, wie statistische Auswertungen zeigen, Effekte mit sich bringt, die dem Revisionsrecht fremd sein müssten. So zeigen sich beispielsweise signifikante Unterschiede in der Entscheidungspraxis der einzelnen Senate und zwischen verschiedenen Senatsvorsitzenden derselben Senate.<sup>22</sup> Auch haben Revisionen von Beschwerdeführern, die nicht vorbestraft sind, deutlich höherer Erfolgchancen als solche, die von Vorbestraften stammen.<sup>23</sup> Der Grund dafür erschließt sich nicht aus der Logik des Revisionsrechts, die allein auf das Vorliegen von Rechtsfehlern abstellt, sondern lässt apokryphe Entscheidungskriterien vermuten.<sup>24</sup>

Wenn die These von der Materialisierung des Strafrechts im Allgemeinen und vom Wandel der Revisionsrechtsprechung im Besonderen zutrifft, wirft dies zahlreiche

19 Er wurde beschrieben von *Peters*, Der Wandel im Revisionsrecht, in: *Hassenpflug* (Hg.), *Festschrift für Schäfer*, Berlin, 1980, S. 137; vgl. dazu aus neuer Zeit: *Fezer*, Pragmatismus und Formalismus in der revisionsrechtlichen Rechtsprechung, in: *Ebert u.a.* (Hg.), *Festschrift für Hanack*, Berlin, 1999, S. 331 ff. und *Rieß*, Gedanken zum gegenwärtigen Zustand und zur Zukunft der Revision in Strafsachen, ebenda, S. 397 ff.; *Rosenau*, Die Revision – Qualitätskontrolle und Qualitätssicherung im Strafverfahren, in: *Schöch u.a.* (Hg.), *Festschrift für Widmaier*, München, 2008, S. 521 ff.; *Barton*, Kennzeichen und Effekte der modernen Revisionsrechtsprechung, *StV* 2004, 332, 333 (zitiert als: *Barton*, Kennzeichen).

20 Vgl. dazu *Hassemer*, Sicherheit durch Strafrecht, *StV* 2008, 136 ff.; *derselbe*, Förmlichkeiten im Strafprozess, in: *Hassemer u.a.* (Hg.), *Festschrift für Volk*, München, 2009, S. 207, 210 (zitiert als *Hassemer*, Förmlichkeiten). *P.-A. Albrecht*, Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem, *KritV* 1986, 55 ff.; *derselbe* *Kriminologie*, 3. Auflage, München, 2005, S. 62; *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl., Norderstedt, 2008, S. 136 ff.

21 *König*, Das Pappenheimer-Syndrom, in: *Barton* (Hg.), *Beziehungsgewalt und Verfahren*, Baden Baden, 2004, S. 49 ff. (52).

22 *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 237 ff. und S. 243 ff.; *Barton*, Kennzeichen, *StV* 2004, 332, 333.

23 *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 255.

24 *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 263 ff.

Probleme und Fragen auf, von denen hier nur zwei Bereiche behandelt werden können. Erstens sollen die einschränkenden Tendenzen der Revisionsrechtsprechung im Bereich der absoluten Revisionsgründe dargestellt und die damit verbundenen faktischen Auswirkungen sowohl justizstatistisch als auch rechtssoziologisch skizziert werden. Zweitens soll der Gedanke der Verfahrensgerechtigkeit vertieft werden. Die Befürworter einseitig materialer Gerechtigkeitskonzepte – und dazu zähle ich die BGH-Senate – vermitteln den Eindruck, als hielten sie die absoluten Revisionsgründe für eine schöne alte Idee, die aber in der heutigen durch knappe Justizressourcen, Opferschutz und Beschleunigungsgrundsatz geprägten Zeit nicht mehr angebracht sei. Ich möchte dagegen vor dem Hintergrund aktueller Gerechtigkeitsdebatten in der Rechtstheorie und Gesellschaftsphilosophie zeigen, dass man es mit guten Gründen auch anders sehen kann.

## II. Einschränkende Tendenzen und deren Resultat

Seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts wird aus Kreisen der Wissenschaft und Strafverteidigung kritisiert, dass die Strafsenate des BGH die absoluten Revisionsgründe relativieren.<sup>25</sup>

### 1. Die Relativierung absoluter Revisionsgründe

*Volkmar Mehle*, der Jubilar, dem diese Festschrift gewidmet ist, hat in seiner viel beachteten Dissertation aus dem Jahre 1981 zahlreiche Belege für einschränkende Tendenzen der Revisionsrechtsprechung geliefert.<sup>26</sup> Er hat nachgewiesen, dass die Strafsenate des BGH Urteile trotz Vorliegens eines absoluten Revisionsgrundes dann nicht aufheben, wenn für diese denkgesetzlich ausgeschlossen sei, dass das Urteil zum Nachteil des Beschwerdeführers vom Verfahrensmangel beeinflusst worden sei.<sup>27</sup> Hier ging es beispielsweise um Verfahrensverstöße nach Verkündung des Urteils, um Abwesenheit des notwendigen Verteidigers bei abtrennbaren Vorgängen, die nicht den Angeklagten betrafen,<sup>28</sup> sowie um Verstöße gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz während eines abtrennbaren Teils der Hauptverhandlung hinsichtlich der Entscheidungsteile, auf die sich der Gesetzesverstoß nicht auswirken konnte.<sup>29</sup> *Mehle* zeigte ferner, dass Urteilsaufhebungen trotz Gesetzesverletzung unterblieben, wenn diese nur auf »unwesentliche« Teile der Hauptverhandlung beschränkt waren.<sup>30</sup> Der Geltungsbereich der absoluten Revisionsgründe sei weiter dadurch eingeschränkt worden, dass über eine Gesetzesverletzung hinaus als zusätz-

25 Vgl. die Kritik von *Dahs*, Die Relativierung absoluter Revisionsgründe, *GA* 1976, 353 f.

26 *Mehle*, Einschränkende Tendenzen im Bereich der absoluten Revisionsgründe (§ 338 StPO). Diss. Bonn, 1981 (zitiert als: *Mehle*).

27 *Mehle*, S. 28, 38 ff.

28 BGHSt 21, 180.

29 BGHStV 1981, 3; *StV* 1981, 4.

30 *Mehle*, S. 40 ff.; BGHSt 15, 264; BGHSt 16, 180.

liche Voraussetzung ein Verschulden des Gerichts verlangt worden sei.<sup>31</sup> *Mehle* wies namentlich im Bereich des § 338 Nr. 1, 5 und 6 StPO zahlreiche Fälle nach, in denen die Strafsenate derartige Einschränkungen vorgenommen hatten.<sup>32</sup> Er kam in seiner Studie zum Fazit: »Die untersuchten einschränkenden Kriterien ... lassen sich sämtlich nicht mit dieser Gesetz gewordenen Konzeption der absoluten Revisionsgründe vereinbaren.«<sup>33</sup>

In späteren Untersuchungen hat sich das Bild bestätigt, wonach die Strafsenate des BGH die absoluten Revisionsgründe restriktiv behandeln.<sup>34</sup> Außer den schon genannten Einschränkungen ergeben sich weitere Relativierungen auch aus einer offensiven Nutzung des revisionsrechtlichen Giftschränkchens, also aus den allgemeinen Möglichkeiten des »Abblockens von Verteidigungsvorbringen«.<sup>35</sup> Zu nennen sind hier überzogene »Zulässigkeitshürden«,<sup>36</sup> wie sie z.B. überstrenge Anforderungen an § 344 Abs. 2 S. 2 StPO oder überraschende Anforderungen an den Vortrag von »Negativtatsachen« darstellen. Dazu gehört ferner ein Abstellen auf den Gedanken der Verwirkung<sup>37</sup>, das Ausfindigmachen angeblicher Lücken im Sitzungsprotokoll<sup>38</sup> oder neuerdings die Möglichkeiten der Rügeverkümmern, um absoluten Revisionsgründen den Boden zu entziehen.<sup>39</sup> Schließlich sollen nach allerneuester Rechtsprechung auch Urteilsabsprachen dazu führen, absoluten Revisionsgründen den Boden zu entziehen.<sup>40</sup>

31 *Mehle*, S. 21; BGHSt 12, 228, 233 f.; BGHSt 22, 297; BGHSt 23, 220.

32 *Mehle*, S. 121 ff.

33 *Mehle*, S. 153.

34 Vgl. den hierzu erstatteten neuen Beitrag von *Mehle*, in: FS Dahs, S. 381; vgl. ferner *Widmaier*, Wohin entwickeln sich die absoluten Revisionsgründe? in: Ebert (Hg.), Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege (Hanack-Symposium), Berlin, 1991, S. 77 ff.; zusammenfassend: *Effelsberg*, Die absoluten Revisionsgründe in der Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, Diss. Bielefeld, 2003; aus dem neueren Schrifttum sei verwiesen auf *Kudlich*, in: FS Fezer, S. 435 ff.; *Hilger*, Über die neuere Rechtsprechung des BGH zu den absoluten Revisionsgründen der StPO, in: Schöch u.a. (Hg.), Festschrift für Widmaier, München, 2008, S. 277, 288.

35 So die zutreffende Bezeichnung von *Peters*, Justizgewährungspflicht und Abblocken von Verteidigungsvorbringen, in: Hanack u.a. (Hg.), Festschrift für Dünnebieber, Berlin, 1982, S. 53 ff.

36 Vgl. *Kudlich*, in: FS Fezer, S. 435 ff.; *Fezer*, Zur fortschreitenden Relativierung der Verfahrensvorschriften durch den Bundesgerichtshof – § 274 StPO als Beispiel; in: Dannecker u.a. (Hg.), Festschrift für Harro Otto, Berlin, 2007, S. 901 ff.

37 *Mehle*, in FS Dahs, S. 381, 401.

38 Vgl. *Krawczyk*, Die Relativierung der absoluten Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (§ 274 StPO) in der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Frankfurt a.M., 2008, S. 166 ff., 249 ff.

39 Vgl. BGHSt 51, 298 m. Anm. *Hamm*, NJW 2007, 3166 und BVerfG NJW 2009, 1469, 1472. Kritisch zur Rügeverkümmern und insgesamt zu restriktiven Tendenzen der Revisionsrechtsprechung verhält sich das Sondervotum der Verfassungsrichter in NJW 2009, 1469, 1476 und 1477: Mit den Vorgaben des Gewaltenteilungsgrundsatzes und des Demokratieprinzips ... »wäre es unvereinbar, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben, also objektiv betrachtet sich der Bindung an Gesetz und Recht entziehen.« ... »Nach diesen Maßstäben hat der Große Senat für Strafsachen seine verfassungsrechtlichen Kompetenzen überschritten.«

40 So der 5. Senat für Rügen nach § 338 Nr. 1 und 4 StPO (BGH StraFo 2009, 73) und der 1. Strafsenat für ein Rüge gem. § 338 Nr. 3 StPO (BGH StV 2009, 169). Zu dieser verfehlten Rechtsprechung nimmt überzeugend Stellung: *Ventzke*, Ausschluss des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 3 StPO im Fall ordnungsgemäßer Urteilsabsprachen? HRRS 2009, 28 ff.

## 2. Acht Aufhebungen im Jahr

Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen ist mehrfach empirisch untersucht worden. Das gilt auch für die Entwicklung der absoluten Revisionsgründe. Besondere Bedeutung kommt den Auswertungen von *Rieß* zu. Er hat in mehreren Veröffentlichungen die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen für die Jahre 1976 bis 1985 beschrieben.<sup>41</sup> Seine Daten fußen dabei einerseits auf der amtlichen Statistik des BGH, andererseits auf eigenen Untersuchungen. Die Berechnungen stellen dabei auf Revisionsverfahren ab; als Grundeinheit werden also nicht einzelne Revisionen gezählt.<sup>42</sup> Dabei zeigt sich, dass in den Jahren von 1976 bis 1979 die Senate Urteilsaufhebungen wegen des Vorliegens absoluter Revisionsgründe stets in mehr als 31 Revisionsverfahren pro Jahr begründeten.<sup>43</sup> In den Jahren ab 1980 änderte sich das Bild deutlich. Zwischen 1980 und 1985 lagen die Zahlen niedriger, nämlich zwischen 19 und maximal 20 Urteilsaufhebungen infolge des Vorliegens absoluter Revisionsgründe.

Der Trend verstärkte sich noch in den 90er Jahren, wie die Daten von *Nack* belegen. Für die Jahre 1992 bis 1995 zählt er insgesamt 33 auf absolute Revisionsgründe gestützte Urteilsaufhebungen, davon eine aufgrund von § 338 Nr. 8 StPO.<sup>44</sup> Genaue Werte für einzelne Jahre nennt er nicht; als Durchschnittswert ergibt sich eine Zahl von acht Urteilsaufhebungen pro Jahr für die absoluten Revisionsgründe gem. § 338 Nr. 1 bis Nr. 7 StPO.

Die von *Rieß* und *Nack* mitgeteilten Werte finden Bestätigung in einer eigenen Datenerhebung, die auf der Grundlage von Revisionen und nicht Revisionsverfahren erfolgte. Hiernach lässt sich feststellen, dass zwischen 1982 und 1996 die Zahl erfolgreicher auf absolute Revisionsgründe gestützter Revisionen zurückging. Waren zwischen 1982 und 1985 stets mehr als 30 Revisionen gemäß § 338 StPO erfolgreich, lag die Zahl seit 1990 immer unter 20, zum Teil (1994 und 1996) unterhalb von zehn Revisionen.<sup>45</sup>

41 *Rieß*, Statistische Beiträge zur Wirklichkeit des Strafverfahrens, in: Hamm (Hg.) Festschrift für Sarstedt, Berlin, 1981, S. 253 ff., 327 (zitiert als: *Rieß*, Beiträge); *Rieß*, Einige statistische Bemerkungen und Hinweise zur Revisionstätigkeit des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (Hg.), Die revisionsrechtliche Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs, Essen, 1986, S. 40 ff., 65 f.; *Rieß*, Über Aufhebungsgründe in Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofes, NStZ 1982, 48 ff., 52 f.

42 Zum Unterschied zwischen Verfahren und Revisionen vgl. *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 41 ff.

43 1976 bis 1978 in jeweils 33 Verfahren, 1979 in 31 Verfahren; dabei wurden auch insgesamt 6 Aufhebungen wegen § 338 Nr. 8 StPO mitgezählt, vgl. *Rieß*, Beiträge S. 327.

44 *Nack*, Aufhebungspraxis der Strafsenate des BGH – 1992 bis 1995 –, NStZ 1997, 153, 158. Auch *Nack* führt eine Berechnung aufgrund von Revisionsverfahren durch.

45 *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 149.

Für das Jahr 2005 hat *Berenbrink* schließlich acht auf absolute Revisionsgründe abstellende Urteilsaufhebungen festgestellt.<sup>46</sup> Davon waren insgesamt zwölf Revisionen betroffen.<sup>47</sup>

Im Zeitraum zwischen 1976 und 2008 haben sich dabei die Eingangszahlen beim BGH nicht dramatisch geändert;<sup>48</sup> auch die Rügehäufigkeiten dürften sich ebenfalls nicht vollständig geändert haben.<sup>49</sup>

Man kann insofern festhalten, dass sich die Entscheidungspraxis der Strafsenate innerhalb eines relativ knappen Zeitraums drastisch verändert hat. Wurden Ende der 70er Jahre noch mehr als 30 Urteile pro Jahr wegen der Bejahung absoluter Revisionsgründe aufgehoben, waren dies in den 90er Jahren jährlich durchschnittlich weniger als zehn. Danach hat sich wenig geändert. Die Zahlen stagnieren auf niedrigem Niveau. Es scheint, als seien acht Urteilsaufhebungen pro Jahr seitdem die Regel. Das ist ein Viertel von dem, was 30 Jahre zuvor noch üblich war.

Die Norm des § 338 StPO wird also extrem selten exekutiert. Sie führt – bezogen auf erfolgreiche Revisionen – ein Schattendasein. Urteilsaufhebungen wegen eines absoluten Revisionsgrundes stellen justizstatistisch gesehen eine große Ausnahme dar. Sie erfolgen pro Strafsenat des BGH durchschnittlich einmal bis zweimal im Jahr. Auch für erfahrene Revisionsrichter bilden sie eine außergewöhnliche Besonderheit im Berufsalltag. Es dürfte vermutlich nicht wenige BGH-Richter geben, denen es nicht vergönnt war, im Laufe ihres Berufslebens als Berichterstatter federführend eine Urteilsaufhebung wegen eines absoluten Revisionsgrundes bewirkt zu haben.

### 3. Sollens- und Seinsgeltung der absoluten Revisionsgründe

Die Rechtssoziologie differenziert zwischen juristischer und soziologischer Normgeltung. Aus juristischer Sicht gilt eine Rechtsnorm, wenn sie im richtigen Verfahren in Kraft gesetzt und nicht wieder aufgehoben wurde.<sup>50</sup> Die Soziologie stellt der juristischen Sollensgeltung die Seinsgeltung gegenüber. Sie fragt danach, inwieweit eine Rechtsnorm tatsächlich zum Bestimmungsgrund menschlicher Verhaltensweisen wird; soziologisch gilt sie also in dem Maße, in dem sie befolgt wird.<sup>51</sup>

46 Zum Datenmaterial und zur Methodik der Untersuchung vgl. *Berenbrink*, Tatgericht oder Revisionsgericht – Wer bestimmt die Strafe?, GA 2008, 625, 629 f. und *Barton*, Von Störchen, Fröschen und Mücken, in: *Jahn/Nack* (Hg.) Strafprozessrechtspraxis und Rechtswissenschaft, München, 2008, S. 77.

47 Es handelt sich dabei um die folgenden Verfahren: 1 StR 350/05, 2 StR 421/04 (3 Revisionsführer) 2 StR 118/05, 3 StR 196/05 (2 Revisionsführer), 4 StR 198/05 (2 Revisionsführer), 4 StR 413/05, 5 StR 180/05 und 5 StR 278/05.

48 Zu den Eingangszahlen vgl. *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 40 ff. und die amtliche Statistik unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) und dort unter »Tätigkeitsberichte«.

49 Vgl. dazu *Rieß*, Beiträge, S. 289 (Zunahme zwischen 1970 und 1979) einerseits sowie andererseits *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 110 (Abnahme zwischen 1981 und 1996).

50 *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Aufl., Tübingen, 2007, S. 237 (zitiert als: *Raiser*).

51 *Raiser*, S. 238 f.

So gesehen stellt sich die Frage nach der Seinsgeltung von § 338 StPO. Seit etwa zwanzig Jahren lässt sich in der Praxis der Strafsenate des BGH keine nennenswerte Exekution der Norm mehr registrieren. Das könnte dafür sprechen, der Norm die Seinsgeltung nahezu abzuspüren. Gleichwohl handelt es sich bei § 338 StPO keinesfalls um totes Recht, das zwar noch im Gesetzbuch steht, aber ansonsten in Vergessenheit geraten ist. Denn wenn die Norm auch von den Revisionsgerichten nicht mehr exekutiert wird, gehört sie doch noch zum gelebten Recht der Praxis, der Wissenschaft und Lehre: Verteidiger rügen in nicht unerheblicher Zahl – wenn auch unter dem Strich weitgehend erfolglos – absolute Revisionsgründe; Tatgerichte versuchen, Revisionsgründe zu vermeiden; Revisionsgerichte setzen sich argumentativ mit absoluten Revisionsgründen auseinander – wenn auch häufig nur in der Weise, dass sie ausführen, weshalb aus ihrer Sicht kein Verfahrensverstöß gegeben ist. Insofern ist der Geist der absoluten Revisionsgründe jedenfalls in den Köpfen der Praktiker und in ihren Schriftsätzen erhalten geblieben.

Auch in der Literatur sind die absoluten Revisionsgründe keinesfalls in Vergessenheit geraten. Man werfe nur einen Blick in die Kommentare – oder in die revisionsrechtliche Praxisliteratur. Hier lässt sich sogar – angesichts der nahezu faktischen Irrelevanz der Exekutionsgeltung des § 338 StPO – eine überbordende Auseinandersetzung mit absoluten Revisionsgründen feststellen.<sup>52</sup> Nichts anderes gilt für die Lehre an der Universität und für staatliche Prüfungen und auch für die Fachanwaltsausbildung.

### III. Der Wert der absoluten Revisionsgründe für Verfahrensgerechtigkeit

Und damit sind wir bei unserer zweiten Frage: Haben die absoluten Revisionsgründe auch heutzutage noch Wert? Soll man im Studium, in der Wissenschaft und in der Praxis der Strafverteidigung an ihnen festhalten, sie also weiterhin lehren, rechtssystematisch vertiefen und auf ihre Einhaltung gegenüber Tat- und Revisionsgerichten drängen? Mehr noch: Haben die absoluten Revisionsgründe vielleicht sogar eine darüber hinausgehende grundsätzliche Bedeutung für den Rechtsstaat und die Rechtspflege? Oder sind die dagegen sprechenden Umstände – wie namentlich der Opferschutz, der Beschleunigungsgrundsatz und die Schonung der knappen Justizressourcen – so übermächtig, dass der Gesetzgeber bei der nächsten anstehenden Reform der StPO § 338 StPO streichen sollte? Eine Antwort darauf lässt sich auf der Grundlage der zeitgenössischen Rechtstheorie und Philosophie geben.

52 Vgl. nur *Schlothauer/Weider*, Verteidigung im Revisionsverfahren, Heidelberg, 2008, die auf S. 57 – 271 überwiegend absolute Revisionsgründe (§ 338 Nr. 1 – 6 StPO) behandeln.

## 1. Verfahrensgerechtigkeit

John Rawls stellt den seit jeher vertretenen materialen Gerechtigkeitstheorien<sup>53</sup> Theorien der Verfahrensgerechtigkeit<sup>54</sup> gegenüber und entwickelt daraus eine Gesellschaftstheorie der Fairness als Gerechtigkeit.<sup>55</sup>

### a) Vier Formen der Verfahrensgerechtigkeit

Für die Beantwortung unserer Frage ist zunächst eine von Rawls vorgenommene Differenzierung von vier Idealtypen der Verfahrensgerechtigkeit von Bedeutung. Rawls unterscheidet zwischen vollkommener, unvollkommener, reiner und quasi-reiner prozeduraler Gerechtigkeit.<sup>56</sup> Die Unterscheidung zwischen diesen vier Formen der Verfahrensgerechtigkeit erfolgt anhand von zwei Kriterien, nämlich zum einen, ob der Verfahrensgerechtigkeit eine dienende Funktion für die materiale Gerechtigkeit zugewiesen wird, sowie zum anderen danach, ob das Verfahren als solches ausnahmslos ein gerechtes Ergebnis garantiert. Das klingt komplizierter als es ist. Rawls gibt dazu selbst Beispiele, die seine Gedanken deutlich machen.

Ein Beispiel für vollkommene prozedurale Gerechtigkeit stellt die Aufteilung eines Kuchens dar. Eine nahe liegende Lösung, um eine faire Aufteilung zu garantieren, besteht nach Rawls darin, dass einer den Kuchen teilt und das letzte Stück erhält, nachdem sich die anderen ihre Stücke genommen haben. Derjenige, der teilt, wird versuchen, möglichst keine unterschiedlichen Stückgrößen entstehen zu lassen, um selbst den größtmöglichen Anteil am Kuchen zu erhalten. Nach Rawls handelt es sich hier um vollkommene Verfahrensgerechtigkeit, weil es erstens einen unabhängigen Maßstab dafür gibt, was eine faire Aufteilung ist, der vor der Aufteilung des Kuchens festgelegt war, und weil zweitens ein Verfahren gefunden wurde, das mit Sicherheit das gewünschte Ergebnis liefert.<sup>57</sup>

Unvollkommene Verfahrensgerechtigkeit liegt dann vor, wenn ein Verfahren nicht mit Sicherheit garantiert, dass ein verfahrensunabhängig als gerecht begründetes Ergebnis erzielt wird.<sup>58</sup> Rawls nennt als ein Beispiel für unvollkommene Verfahrensgerechtigkeit das Strafverfahren. Denn das gewünschte Ergebnis sei hier, dass der Angeklagte exakt dann – und nur dann – schuldig gesprochen wird, wenn er das ihm vorgeworfene Verbrechen begangen hat.<sup>59</sup> Rawls operiert dabei ersichtlich auf der Grundlage eines Commonsense-Modells des Strafprozesses, wonach es ausschließlich darum ginge, materiale Wahrheit über die Tatfrage herzustellen. Man kann aber dessen Ziel nicht nur anders bestimmen,<sup>60</sup> sondern es wird nachfolgend gezeigt werden, dass das Verfahrensrecht keinesfalls immer im Dienst der materialen Wahrheitsfindung steht.

Vollkommene wie unvollkommene Verfahrensgerechtigkeit verbindet dabei: Man muss schon vorher wissen, was gerecht bzw. was wahr ist.<sup>61</sup> Es muss also feststehen, was die material richtige Aufteilung des Kuchens ist bzw. es muss eine vom Verfahren unabhängige Wahrheit über die Tat und den Täter geben.<sup>62</sup>

Ganz anders verhalten sich die beiden anderen Theorien der Verfahrensgerechtigkeit. Hier gibt es gerade keine verfahrensunabhängigen Kriterien, mit denen ein Ergebnis als gerecht angesehen werden kann.<sup>63</sup> Das Verfahren selbst liefert vielmehr die Grundlage der Gerechtigkeit. Reine prozedurale Gerechtigkeit<sup>64</sup> liegt nach Rawls bei Glücksspielen und Wetten vor.<sup>65</sup> Tschentscher führt dagegen als Beispiel eines Tennisspiels an. Hier gibt es keine Anbindung an materiale Kriterien. Wer die bessere Tennisspielerin ist, ergibt sich nicht unabhängig vom konkreten Match; vielmehr werde das durch den Wettkampf selbst ermittelt: »Die Durchführung des Spiels bildet die einzige Möglichkeit zu begründen, warum eine Spielerin besser ist als die andere.«<sup>66</sup> Das Ergebnis ist also – egal wie das Spiel ausgeht – immer dann gerecht, wenn die Regeln eingehalten wurden.<sup>67</sup> Reine Verfahrensgerechtigkeit ist, was Rawls sieht, in der Wirklichkeit selten gegeben. In der Gesellschaftsvertragstheorie von Rawls kommt ihr aber eine herausgehobene Rolle zu.

53 Diese können hier nicht vertieft werden; vgl. dazu Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann/Hassemer/Naumann (Hg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg, 2004, S. 26 ff. (zitiert als: Kaufmann).

54 Zu Theorien der Verfahrensgerechtigkeit im Allgemeinen vgl. Tschentscher, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Baden Baden, 2000 (zitiert als: Tschentscher); Kaufmann, S. 137 ff. Zu Verfahrensgerechtigkeit und Strafverfahren vgl. U. Neumann, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, ZStW 101 (1989), S. 52 ff.; Bora, Bedeutungen von »Verfahrensgerechtigkeit«, in: Barton (Hg.), Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis, Baden Baden, 2002. Aus rechtssoziologischer Sicht: Röhl, Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice), Zeitschrift für Rechtssoziologie 1993, 1 ff. Nachfolgend wird nur objektive Verfahrensgerechtigkeit behandelt; zur sozialpsychologischen Procedural-Justice-Forschung vgl. Tschentscher, S. 119 f.

55 Auch diese Theorie kann hier nicht vertieft werden; vgl. dazu nur Höffe (Hg.), John Rawls, eine Theorie der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Berlin, 2006; Schwill, John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, JA 2002, 433 f.

56 Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M., 1979, S. 105 ff. (zitiert als: Rawls).

57 Vollkommene Verfahrensgerechtigkeit ist also gegeben, wenn ein bestimmtes »Verfahren mit Sicherheit eine angemessene Annäherung an ein verfahrensunabhängig als gerecht begründetes Ergebnis bewirkt«, Tschentscher, S. 125 f.

58 Tschentscher, S. 126.

59 Rawls, S. 107.

60 Vgl. zur Diskussion einerseits Rieß, Über die Aufgaben des Strafprozesses, JR 2006, 269 ff., andererseits Kühne, Die Instrumentalisierung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren, GA 2008, 361 ff.

61 Tschentscher, S. 129.

62 Mit anderen Worten: Hier wird der – materialen – Korrespondenztheorie der Wahrheit gefolgt. Man kann es aber auch anders sehen und einer prozeduralen Konsens Theorie der Wahrheit folgen; vgl. dazu Barton, Fragwürdigkeiten des Zeugenbeweises, in: derselbe, Redlich aber falsch, Baden Baden, 1995, S. 26 ff.

63 Tschentscher, S. 127.

64 Sie ist gegeben, wenn ein »Verfahren mit Sicherheit ein gerechtes Ergebnis bewirkt, wobei es kein verfahrensunabhängiges Kriterium für die Beurteilung der Ergebnisgerechtigkeit gibt«, Tschentscher, S. 127.

65 Rawls, S. 107 f.

66 Tschentscher, S. 127.

67 »Ganz gleich wie der Würfel fällt oder die Kugel rollt, das Ergebnis ist immer gerecht, solange die Spielregeln eingehalten werden.«; Tschentscher, S. 128.

Schließlich gibt es die quasi-reine Verfahrensgerechtigkeit. Als Beispiel dafür wird die Parlamentsdebatte genannt. Auch hier stehe nicht vorher fest, was das richtige Ergebnis sei. Im Gegensatz zur reinen Verfahrensgerechtigkeit garantiere die Debatte aus sich heraus auch nicht mit Sicherheit ein vollkommen gerechtes Ergebnis. Dies sei aber dann der Fall, wenn ein übergeordneter Gerechtigkeitsrahmen berücksichtigt werde. Einen solchen Rahmen liefere beispielsweise die Verfassung, die bestimme, ob das Gesetz gewordene Ergebnis einer Parlamentsdebatte gerecht sei. Diese Form der Verfahrensgerechtigkeit bekommt ihre Bedeutung in einem hierarchisch geordneten Vierstufen-Model, in dem ganz oben die Verfassung steht, darunter die Gesetzgebung und Rechtsanwendung. Nur die oberste Stufe ist durch inhaltliche Bestimmtheit gekennzeichnet, die darunter liegenden sind indeterminiert. Diese bietet vielfältigen Raum für quasi-reine Verfahrensgerechtigkeit: »Verfassung, Gesetze und Gesetzanwendung sind gerecht, solange sie den durch die vorausliegende Stufe abgesteckten Gerechtigkeitsrahmen einhalten.«<sup>68</sup>

#### b) *Verfahrensgerechtigkeit verlangt Anwendungsfairness*

Für *Rawls* Theorie der Verfahrensgerechtigkeit ist der Begriff der Fairness von großer Bedeutung. Fairness stellt zweifellos einen schillernden Begriff dar. Fairness im Sinne von Verfahrensgerechtigkeit ist aber keinesfalls inhaltsgleich mit der Verwendung des Begriffs in der englischen Sprache oder in seiner juristischen Ausprägung als Prinzip des fairen Verfahrens.<sup>69</sup> Hier ist etwas anderes gemeint, nämlich die Benennung von drei konstitutiven Elementen jeder Verfahrensgerechtigkeit, die man auch als Fairnesselemente des Verfahrens bezeichnen kann.<sup>70</sup> Neben der sog. Hintergrundfairness, welche die Bedingungen bezeichnet, die eine Anwendbarkeit eines Verfahrens erst ermöglichen, sowie der Prozeduralfairness, die verlangt, dass das Verfahren selbst richtigkeitsorientiert sein muss, interessiert in unserem Zusammenhang speziell die Anwendungsfairness. Sie fordert, dass die jeweiligen Regeln auch wirklich eingehalten werden. Letzteres sei erneut am Beispiel des Tennisspiels demonstriert: Um zu ermitteln, wer die bessere Tennisspielerin ist, ist Regeleinhalten gefordert. Wenn ein Ball innerhalb des Feldes geblieben ist, darf nicht so getan werden, als sei er außerhalb gelandet. Das gilt für beide Spielerinnen, aber erst Recht für die Schiedsrichterin, deren Aufgabe gerade darin besteht, eine unparteiische Regeleinhalten zu garantieren. Nur wenn dies der Fall ist, also das Match entsprechend den Regeln erfolgt, ist gewährleistet, dass tatsächlich die bessere Spielerin ermittelt wird. Es gibt hiervon keine Ausnahme. Wenn die Spielerinnen oder die

68 *Tschentscher*, S. 205.

69 Vgl. dazu aus juristischer Sicht *Rzepka*, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, Frankfurt a.M., 2000; *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin, 2007; aus rechtssoziologischer Sicht *Machura*, Fairness und Legitimität, Baden Baden, 2001.

70 Dies sowie die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an *Tschentscher*, S. 121 ff.

Schiedsrichter sich nicht daran halten, bleibt die Verfahrensgerechtigkeit auf der Strecke.

## 2. Übertragung auf das Strafverfahren

Was bedeutet das für das Strafverfahren im Allgemeinen bzw. die absoluten Revisionsgründe im Besonderen? Mag das Ziel des Strafverfahrens auch primär darin liegen, einen Verdacht zu klären und damit materiale Wahrheit anzustreben, so stehen doch nicht alle Paragraphen der StPO im Dienste dieses Ziels. Es gibt vielmehr zahlreiche Normen und Rechtsinstitute, die der materialen Gerechtigkeit nicht dienen, sondern die einer so verstandenen Wahrheitsfindung geradezu entgegenstehen. Man denke nur an die Beweisverbote, an Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte und insgesamt an die Formalisierung der Beweisaufnahme durch die Regeln des Strengbeweises. Andere Normen und Rechtsinstitute wiederum verhalten sich zu einer material verstandenen Wahrheitsfindung neutral, sei es, dass sie rechtsstaatliche Essentialia formulieren (wie z.B. die Gewährleistung des gesetzlichen Richters) oder einfach die Regeln festlegen, nach denen der formalisierte Prozess ablaufen soll.

Es ist deshalb falsch, dem gesamten Strafprozessrecht ausschließlich dienende Funktion für die Wahrheitsfindung zuzuweisen. Das muss in ganz besonderer Weise für die absoluten Revisionsgründe gelten. Deren Gehalt besteht gerade nicht darin, der materialen Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen, sie sind vielmehr rein verfahrensbezogen und dienen der Gewährleistung von Verfahrensgerechtigkeit. Egal, ob man in ihnen nun besonders gravierende Rechtsverstöße erblickt oder nicht, man sollte sie als »Spielregeln« ansehen, an die man sich halten muss. Deren Einhaltung garantiert zwar kein materiell richtiges Urteil – aber darauf kommt es ja bei den absoluten Revisionsgründen auch gar nicht an –, sondern auf Anwendungsfairness. Das gilt für alle am Strafverfahren Beteiligten; keiner darf sich – aus was für Gründen auch immer – außerhalb der Regeln stellen. Das gilt gleichermaßen für Rechtsanwälte wie für Tat- und Revisionsrichter.

So gesehen erweisen sich die einschränkenden Tendenzen der Revisionsrechtsprechung bei den absoluten Revisionsgründen als verfehlt: Da das Verfahrensrecht nicht nur dienende Funktion für die Findung der material richtigen Entscheidung hat, stellt es einen Kategorienfehler dar, § 338 StPO am Maßstab der materialen Richtigkeit des Urteils zu messen. Einziger Bezugspunkt für die Anwendung absolute Revisionsgründe ist die Kategorie des Verfahrensrechtsfehlers, nicht aber, ob das Urteil falsch, richtig oder gar »goldrichtig« ist. Die Funktion der absoluten Revisionsgründe liegt nicht in der Wahrheitsfindung, sondern in der Gewährleistung von Verfahrensgerechtigkeit. Und die verlangt strikte Anwendungsfairness.

Es gibt auch keine Hierarchie von Gerechtigkeitsdimensionen dahingehend, dass die materiale Gerechtigkeit der prozeduralen voranzugehen hätte. Es gibt vielmehr

problematische Spannungszonen zwischen der materialen und der prozeduralen Gerechtigkeit. Dieses Spannungsverhältnis ist seit jeher bekannt, auch dass es sich nicht spannungsfrei auflösen lässt. *Peters* zeigt zahlreiche dieser Spannungszonen auf. Er weist insbesondere auch darauf hin, dass der Beschleunigungsgrundsatz in den Gegensatz zum Wahrheitsgrundsatz treten kann. Daneben gibt es ein Spannungsverhältnis zwischen Gebundenheit und Freiheit. Einerseits weiß man, so *Peters*, dass die Erzielung materialer Gerechtigkeit von den Gegebenheiten des Einzelfalles abhängt und deshalb Auflockerungen anstrebt. Andererseits sind, um Machtmissbrauch und Irrtümer der Strafverfolgungsorgane zu vermeiden, Bindungen, also feste prozessuale Formen, erforderlich.<sup>71</sup> Diese garantieren Rechtssicherheit, erleichtern die Voraussehbarkeit des Verfahrensverlaufs und fördern damit auch die Abwehrmöglichkeiten.<sup>72</sup>

Von daher sind auch Gesichtspunkte des Opferschutzes, der Verfahrensbeschleunigung und der knappen Justizressourcen nicht geeignet, die durch die absoluten Revisionsgründe verkörperten Gedanken der Verfahrensgerechtigkeit zurückzudrängen. Sie alle befinden sich in dem geschilderten Spannungsverhältnis zur prozeduralen Gerechtigkeit, sie stellen aber gerade keinen übergeordneten Gerechtigkeitsrahmen dar. Bei der Rechtsanwendung sind die gesetzgeberischen Vorwertungen und die Verfassung – namentlich das Rechtsstaatsprinzip – maßgeblich. Der Gesetzgeber hat jedoch an den absoluten Revisionsgründen festgehalten, und zur Gerechtigkeit gehört nach unserer Verfassung nicht nur der Schuldgrundsatz, sondern hierzu sind auch die Justizgrundrechte und die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz zu zählen.<sup>73</sup> Mehr noch: Überzogene Anforderungen an die Voraussetzungen des § 338 StPO gefährden die Anwendungsfairness und können damit die Legitimität der Rechtsprechung untergraben.

#### IV. Verfahrensgerechtigkeit und Rechtsstaat

Die absoluten Revisionsgründe werden in der Revisionsrechtsprechung restriktiv gehandhabt. Sie genießen kaum noch Seinsgeltung. Sie stehen offenbar einem an Zweckmäßigkeit- und Präventionsgesichtspunkten orientiertem Strafrecht im Wege. Das dahinter stehende materiale Gerechtigkeitskonzept ist jedoch einseitig und problematisch. Es führt dazu, dass in der Rechtsprechung eine wesentliche Komponente der Gerechtigkeit – die Verfahrensgerechtigkeit – verfehlt wird. Dies wird auch im Sondervotum der Richter des BVerfG *Voßkuhle, Osterloh* und *Di Fabio* hinsichtlich der Zulässigkeit der »Rügeverkümmern« kritisiert.<sup>74</sup> Die Verfassungsrichter betonen, dass der Gesetzgeber im Revisionsrecht bei den wesent-

lichen Förmlichkeiten dem Gedanken der »Rechtssicherheit den Vorzug vor der Erforschung der Wahrheit gegeben« habe. Daran seien die Revisionsgerichte gebunden, »mag dies auch in Einzelfällen zu unerwünschten Ergebnissen führen«. Sie erinnern den BGH daran, dass der Gesetzgeber »der Eigenrationalität, die der Formenstrenge innewohnt (...), erkennbares Gewicht zugemessen« habe. Problematisch sei es deshalb nicht, wenn die Pflicht zur Erforschung der materialen Wahrheit ihre Grenzen findet, sondern rechtfertigungsbedürftig sei die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH »die über diese Grundentscheidung hinweg geht und an ihre Stelle die unvermittelte Orientierung an allgemeine Wertentscheidungen materieller Gerechtigkeit setzt«.<sup>75</sup>

Aber das ist es nicht allein. Die restriktiven Tendenzen in der Rechtsprechung führen auch dazu, dass die Strafgerichte das Fundament, auf dem ihre Legitimität ruht, untergraben. Die Wahrung von Verfahrensgerechtigkeit und speziell die strikte Einhaltung von Anwendungsfairness bilden wesentlichen Grundlagen für das Vertrauen in die Rechtsprechung. Im Strafprozess entscheiden oft nur »Kleinigkeiten« über Schuld und Strafe. Die Gerichte machen ihre Entscheidungen völlig zu Recht auch davon abhängig, ob Formalien eingehalten wurden, beispielsweise ein Insolvenzantrag verspätet gestellt oder eine unvollständige Steuererklärung abgegeben wurde. Ohne strafbares Verhalten bagatellisieren zu wollen, ist doch zu fragen, woher die Strafjustiz in diesen Fällen die Legitimation für die Verhängung von Strafen hernehmen will, wenn sie selbst zentrale Normen, die ihr eigenes Prozedere regeln, nicht gleichermaßen genau nimmt.

Damit schließt sich der Kreis. Die absoluten Revisionsgründe verdanken ihre Existenz dem erfolgreichen Kampf des Bürgertums im 19. Jahrhundert für den Rechtsstaat im Allgemeinen und einen liberalen Strafprozess im Besonderen. Die absoluten Revisionsgründe bilden schützende Formen, die richterlichem Zweckdenken Grenzen setzen.<sup>76</sup> Sie bringen zum Ausdruck, dass guter Wille allein nicht reicht, um ein von Willkür freies Urteil zu garantieren, sondern dass es dazu auch fester Formen bedarf. Die strikte Einhaltung der Verfahrensvorschriften, die im Katalog des § 338 StPO enthalten sind, verbürgt Verfahrensgerechtigkeit und verhindert Rechtsstaatsmüdigkeit.<sup>77</sup> Dies trägt zur Legitimität der Justiz bei. So gesehen bilden die absoluten Revisionsgründe einen Teil des Fundamentes, auf dem unser Rechtsstaat ruht. Sie haben damit große Bedeutung auch und gerade in der heutigen Zeit. An ihnen festzuhalten, lohnt sich.

71 *Peters*, Strafprozess, 4. Aufl., Heidelberg, 1985, S. 83 (zitiert als: *Peters*).

72 *Peters*, S. 84.

73 Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 97 Abs. 1 GG.

74 Sondervotum BVerfG NJW 2009, 1469, 1476 ff.

75 Sondervotum BVerfG NJW 2009, 1469, 1480 f.

76 Zu schützenden Formen vgl. *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Göttingen, 1964, Rn 22; zur strafprozessualen Form und *Eb. Schmidt* vgl. *Hassmer*, Förmlichkeiten, S. 208 ff.

77 Vgl. dazu *König*, Rechtsstaatsmüdigkeit, StV 2001, 471 ff.