

Stephan Barton\*

## ***Rechtsmittel extra light Zu den Vorschlägen der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes für ein neues Rechtsmittel in Strafsachen***

\*Professor Dr. Stephan Barton lehrt in Bielefeld

### ***1.Reformpläne und deren Umsetzung***

Bekanntlich hat sich die Bundesjustizministerin „vorgenommen, eine umfassende Justizreform auf den Weg zu bringen“<sup>1</sup>. Den Kern dieser Reformpläne bildet die Einführung eines dreistufigen Gerichtssystems. Für die Ziviljustiz sind die Pläne weit vorangeschritten; sie haben allerdings kaum Zustimmung bei den hiervon Betroffenen gefunden. Für das Strafverfahren sind die Vorstellungen im BMJ noch nicht derart konkretisiert wie für die Ziviljustiz. Das BMJ erwägt allerdings, die Berufung in ihrer herkömmlichen Form abzuschaffen und durch ein neues Rechtsmittel zu ersetzen. Zur Vorbereitung der Reform hat das BMJ drei Gutachten in Auftrag gegeben, diese der Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht und angekündigt, diesbezüglich in einen Meinungsbildungsprozess eintreten zu wollen.

Zwei dieser Gutachten sind empirisch angelegt: Die Arbeit von Dölling, Feltes u.a. untersucht die Rechtstatsachen für die Gründe langer Strafverfahren<sup>2</sup>, sie ist für die Frage der Dreigliedrigkeit allerdings nicht unmittelbar aussagekräftig. Das zweite Gutachten – aus dem Max Planck Institut in Freiburg – erforscht die Rechtswirklichkeit und Effizienz des Deutschen Rechtsmittelsystems. Es ist unterteilt in einen rechtstatsächlichen und einen rechtsvergleichenden Teil<sup>3</sup>. Obwohl die Autoren der Berufung gerade auch unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten gute Noten

---

<sup>1</sup> Pressemitteilung des BMJ vom 22.11.1999; im Internet unter [www.bund.de/mise/m\\_41\\_99.htm](http://www.bund.de/mise/m_41_99.htm).

<sup>2</sup> Dölling, Feltes u.a., Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten, 2000.

<sup>3</sup> Vgl. dazu auch das von Kinzig und Becker gehaltene Referat auf diesem Strafverteidigertag.

ausstellen<sup>4</sup>, sieht das BMJ offenbar keine Veranlassung, von den Plänen für ein neues Rechtsmittel, das zukünftig die Berufung ersetzen soll, abzurücken. Insofern kommt dem dritten Gutachten große Bedeutung zu. Es wurde an die sogenannte Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes<sup>392</sup> vergeben. In diesem Gutachten werden die vom BMJ für die Rechtsmittelreform vorgegebenen Leitlinien umgesetzt.

Die Vorgaben des BMJ bestehen in folgendem:

Das Verfahren soll auch für die beim Amtsgericht beginnenden Verfahren grundsätzlich auf eine Tatsachen- und eine Rechtsmittelinstanz beschränkt werden.

*„Über das Rechtsmittel gegen amtsgerichtliche Strafurteile soll das Oberlandesgericht als ‚Mittelgericht‘ entscheiden.*

*Aufgabe des Oberlandesgerichts ist es, das erstinstanzliche Urteil einer Fehlerkontrolle zu unterziehen; zur Vermeidung aufwendiger Zurückverweisungen sollen dem Oberlandesgericht im beschränkten Umfang eigene Tatsachenfeststellungen möglich sein.*

*Strafurteile erster Instanz der Landgerichte sollen – jedenfalls für eine Übergangszeit – um einen Kollaps der Oberlandesgerichte zu vermeiden, weiterhin mit der bisherigen Revision zum BGH angefochten werden. In einem (späteren) Reformschritt soll diese Zuständigkeit dann – wie jetzt schon für die beim Amtsgericht beginnenden Verfahren vorgesehen – auf das Oberlandesgericht verlagert werden, das dann als Mittelinstanz als einheitliches Rechtsmittelgericht fungieren wird.“<sup>45</sup>*

Der auf der Grundlage der Leitlinien des BMJ entstandene Kommissionsentwurf verdient – auch wenn es eher unwahrscheinlich ist, dass er in der vorliegenden Form Gesetz wird – vertiefte Betrachtung. Das gilt zum einen für die hinter dem Entwurf stehenden Vorstellungen des Deutschen Richterbundes über den erforderlichen Rechtsschutz gegen tatrichterliche Urteile (Stichwort: Gerechtigkeitsvorstellungen); das betrifft zum anderen die ebenfalls problematisierungsbedürftigen Annahmen über die Wirklichkeit der Rechtsmittel in Strafsachen (Stichwort: Überlastung).

Die vorliegende Schriftfassung entspricht nicht dem seinerzeit mündlich gehaltenen Vortrag. Auf dem Strafverteidigertag im März 2000 stand eine erste Einschätzung der Vorschläge der Großen Strafrechtskommission vor dem Hintergrund der gesicherten Rechtstatsachen zur Rechtsmittelpraxis im Vordergrund. Diese erfolgte unterstützt durch Visualisierungen von Tabellen und Grafiken. Da es mittlerweile erste

<sup>4</sup> „Hocheffizientes Rechtsmittel“, S. 11.

<sup>392</sup> Diese Kommission war „paritätisch“ mit 6 Staatsanwälten und 6 Richtern besetzt; zusätzlich gehörten ihr 4 Gäste an.

<sup>5</sup> Vgl. Kommissionsentwurf S. 2.

abgedruckte Einschätzungen zu den Vorschlägen der Strafrechtskommission gegeben hat, ferner eine umfassende Diskussion auf dem Deutschen Juristentag in Leipzig erfolgt ist<sup>6</sup> und schließlich die Rechtstatsachen zur Revisionsrechtsprechung – auch in visualisierter Form – an anderer Stelle aufzufinden sind<sup>7</sup>, kann nachfolgend die Betrachtung auf ausgewählte Aspekte der Vorschläge der Großen Strafrechtskommission konzentriert werden.

### ***Das neue Rechtsmittel nach den Vorstellungen der Großen Strafrechtskommission***

Betrachten wir zunächst das neue Rechtsmittel, wie es sich die Kommission in seinen wesentlichen Bestandteilen wünscht. Alle Aspekte des Entwurfs können dabei nicht gleichermaßen dargestellt und gewürdigt werden. Der Schwerpunkt der Ausführungen soll auf den Auswirkungen des neuen Rechtsmittels für Angeklagte und Verteidiger liegen.

Die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes plädiert dafür, wenigstens vorerst an unterschiedlichen Eingangsinstanzen festzuhalten, nämlich einerseits am Amtsgericht (Strafrichter, Schöffengericht), andererseits am Landgericht<sup>8</sup>. Sie fordert, dass der BGH wie gewohnt als Revisionsinstanz gegen erstinstanzliche Urteile des Landgerichts erhalten bleiben soll. Änderungsbedarf wird auch nicht im Bereich der Behandlung von Bagatellsachen, für das beschleunigte Verfahren oder bei Einsprüchen gegen Strafbefehle gesehen. Das Rechtsmittelverfahren gegen Urteile des Amtsgerichts soll sich dagegen grundlegend ändern; hier liegt der eindeutige Schwerpunkt der Reformüberlegungen. Insbesondere soll es eine Berufung alten Stils zukünftig nicht mehr geben.

Charakteristisch für das neue Rechtsmittel ist folgendes:

Das neue Rechtsmittel soll sich nicht auf die Kontrolle von Rechtsfehlern beschränken, wie dies nach geltendem Revisionsrecht der Fall wäre, sondern auch eine – mindestens beschränkte – Überprüfung des angefochtenen Urteils in tatsächlicher Hinsicht ermöglichen.

Durch die Einlegung des neuen Rechtsmittels soll das erstinstanzliche Urteil nicht gegenstandslos werden. Eine vollständige neue Beweisaufnahme soll durch das neue

---

<sup>6</sup> Die Beschlüsse des 63. Deutschen Juristentages zum Thema „Ist für die Strafjustiz ein dreigliedriger Justizaufbau, eine Reform des Rechtsmittelsystems und eine Aufgabenverlagerung auf außergerichtliche Verfahren zu empfehlen?“ finden sich im Internet unter „[www.djt.de/63djt/beschluss\\_strafrecht.html](http://www.djt.de/63djt/beschluss_strafrecht.html)“.

<sup>7</sup> Letztere finden sich bei Interesse umfassend in der Untersuchung des Verf., Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen“, 1999. Im Internet finden sich unter „[www.barton.jura.uni-bielefeld.de/internetpublikationen/](http://www.barton.jura.uni-bielefeld.de/internetpublikationen/)“ Daten zur BGH-Rechtsprechung in Form von Tabellen und Grafiken.

<sup>8</sup> Erhalten bleiben soll wohl auch die Zuständigkeit des OLG für erstinstanzliche Strafsachen.

Rechtsmittel vermieden werden; wiederholt wird betont, dass eine nur punktuelle Fehlerbehebung angestrebt werde.

Das Rechtsmittelgericht sei beim OLG anzusiedeln. Die Entscheidung in 2. Instanz soll regelmäßig das Verfahren abschließen; Zurückverweisungen sollen die Ausnahme bilden, können aber etwa bei schwerwiegenden tatsächlichen oder rechtlichen Fehlern erfolgen. Insofern wird dem Rechtsmittelgericht eine breite Entscheidungsbefugnis für eigene Sachentscheidungen eingeräumt.

Gefordert wird eine obligatorische Rechtsmittelbegründungspflicht auf Seiten der Beschwerdeführer. Aus der Begründung müsse hervorgehen, ob das Urteil wegen Verletzung des Rechts oder aus tatsächlichen Gründen angefochten werde. Bei allen Rügen – also auch bei der Rüge der Verletzung des materiellen Rechts – seien die den Mangel enthaltenden Tatsachen anzugeben. Nicht zuletzt wegen der Schwierigkeiten der Begründung (wie dies jetzt bei der Revision alten Stils der Fall ist) sei die Begründungsschrift von einem Verteidiger zu unterzeichnen (Fall notwendiger Verteidigung).

Nicht nur bei Verstößen gegen Vorschriften über die Einlegung oder Begründung des Rechtsmittels, sondern auch bei inhaltlicher Unbegründetheit könne das Rechtsmittel durch Beschluss zurückgewiesen werden. Dies soll grundsätzlich ohne Angabe von Entscheidungsgründen erfolgen. Gefordert wird für eine Beschlussentscheidung nur ein begründeter Antrag der Staatsanwaltschaft sowie Einstimmigkeit der richterlichen Entscheidung. Ausdrücklich wird davon abgesehen zu fordern, dass das Rechtsmittel „*offensichtlich*“ unbegründet sein müsse. Es reiche vielmehr, wenn kein Fehler erkennbar sei, auf dem das Urteil beruhe. Die Beruhensfrage soll dabei nicht nach herkömmlichen Maßstäben zu entscheiden sein, sondern unter Anlegung einer „*konkreten*“ Perspektive, bei der zu berücksichtigen sei, „*ob der behauptete Fehler bei lebensnah praktischer Betrachtungsweise tatsächlich Einfluss auf die Schuld- oder Straffrage hatte*“ (S. 28). Klären könne das Rechtsmittelgericht diese Fragen auch im Wege des Freibeweises, das heißt: unter Einbeziehung der in den Akten befindlichen Protokolle und der sonstigen Ermittlungsergebnisse (S. 27).

Damit ist bei dem neuen Rechtsmittel eine bewusste Zurücknahme der Bedeutung von Verfahrensrechtsfehlern für Aufhebungsentscheidungen und insbesondere eine Abkehr von der Geltungskraft absoluter Revisionsgründe verbunden: Es erscheint der Kommission „*unrationell, die gesamte Beweisaufnahme nur deswegen zu wiederholen, weil dem Richter 1. Instanz z.B. ein Rechtsfehler bei der Ablehnung des Beweisantrages unterlaufen*“ sei (S. 20). Wenn der Rechtsfehler „*nicht so schwerwiegend ist, dass deswegen eine Aufhebung erforderlich ist*“ (S. 29), könne „*im schriftlichen Verfahren... der Fehler korrigiert werden*“, oder eine Verwerfungsentscheidung möglich werden „*mit der Begründung, dass dieser Fehler realiter keinen Einfluss auf die Schuld- oder Straffrage gehabt haben kann*“ (S. 29).

Auch die noch verbleibenden Fälle einer Hauptverhandlung vor dem Gericht 2. Instanz sollen *„nach dem Willen der Strafrechtskommission zielgerichtet und prozessökonomisch gestaltet werden“* (S.31). Eine Abkehr vom Unmittelbarkeitsprinzip fordert die Strafrechtskommission nicht, auch nicht, dass neue tatsächliche Feststellungen nicht mehr getroffen werden könnten. Aber über die Notwendigkeit der Beweiserhebung hätten allein die Richter im Rahmen der Aufklärungspflicht zu befinden; das formelle Beweisantragsrecht (§ 244 III, IV StPO) würde in der 2. Instanz nicht gelten. Auch soll es dem Rechtsmittelgericht gestattet sein, durch erheblich erweiterte Verlesungsmöglichkeiten Beweis zu erheben: Protokolle über Aussagen der in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszuges vernommenen Zeugen und Sachverständigen sollen ebenso wie Feststellungen aus den schriftlichen Urteilsgründen über Beweiserhebungen verlesen werden können, des weiteren jede Form von Protokollen aus dem Ermittlungs- oder Zwischenverfahren, egal ob diese von Richtern, Staatsanwälten oder Polizeibeamten aufgenommen wurden. Auch polizeiliche Vermerke über eigene Feststellungen seien verlesbar.

Gegen Beschlussverwerfungen durch das Gericht der 2. Instanz soll überhaupt kein Rechtsmittel offen stehen; gegen Urteile des Rechtsmittelgerichts ist zwar ein Rechtsbehelf vorgesehen, der allerdings die Rechtskraft nicht aufschiebt und der auch nicht der Wahrung von Einzelfallgerechtigkeit, sondern dem Divergenzausgleich und der Rechtsfortbildung dienen soll sowie der Überprüfung schwerer Verfahrensverstöße, namentlich solcher verfassungsrechtlicher Relevanz.

## ***1. Zauberformel „punktgenaue“ Fehlerkorrektur***

Eine der Säulen des Kommissionsentwurfs bildet die Forderung nach einer *„punktgenauen“* Fehlerkorrektur: Die Behebung eines Fehlers in der 1. Instanz soll nicht mehr – wie bei der Revision nach Zurückweisung – durch ein anderes Tatgericht und auch nicht – wie bei der alten Berufung – durch eine tatsacheninstanzlich geformte zweite Beweisaufnahme, sondern regelmäßig durch das Rechtsmittelgericht erfolgen, und zwar nur noch in einem Umfang, *„in dem dies zwingend notwendig ist“* (S. 38). Wobei damit inhaltlich gemeint ist, dass die Frage des Beruhens des Urteils auf einem Fehler aufgrund einer *„praxis-“* und *„lebensnahen“* Betrachtungsweise zu beantworten sei. Damit wird bewusst ein Weg eingeschlagen, *„der grundsätzlich weg von der Aufhebung aus formalen Gründen führt“* (S. 27).

Die Forderung nach einer lebensnahen Betrachtungsweise bei der punktgenauen Fehlerkorrektur enthält sicherlich ein erhebliches populistisches Potential; zu fragen ist aber, ob mit der Zauberformel der Punktgenauigkeit nicht etwas ganz anderes verbunden ist, als eine rationelle Verfahrensweise. Es ist doch so, dass sich bei einer Vielzahl von Rechtsfehlern des Tatrichters ein Beruhen des Urteils auf diesem Fehler

faktisch nicht beweisen lässt. Das gilt für die absoluten Revisionsgründe, tendenziell aber auch bei allen Verfahrensrechtsfehlern sowie dort, wo nur lockere Zusammenhänge zwischen dem zugrundeliegenden Fehler und dem Urteil gegeben sind, wie z.B. im Bereich der Beweiswürdigungsfehler oder bei der Strafzumessung.

Die Möglichkeit einer punktuellen Korrektur des Fehlers im nachfolgenden Rechtsmittelverfahren würde es nun ermöglichen, dass das Rechtsmittelgericht den Fehler behebt und bei Anlegung eines „*lebensnahen*“ Standpunktes dann zu dem Ergebnis kommt, dass ohne diesen Fehler das Urteil nicht anders ausgefallen wäre. Konkret heißt das:

Ist etwa ein Verfahrensrechtsfehler in der ersten Instanz erfolgt, könnte das betreffende fehlerhafte Stück der Beweisaufnahme in der zweiten Instanz fehlerfrei nachgeholt oder gar unterstellt werden, dass auch bei erfolgter Befassung mit dem Beweismittel das Urteil nicht anders ausgefallen wäre. Auch klare – singuläre – Fehler bei der Beweiswürdigung wären unbeachtlich, wenn aus der Gesamtschau des Rechtsmittelgerichts diese Fehler nicht durchschlagend wären; fehlerhafte Strafzumessungserwägungen könnten als ohne Einfluss auf die an sich richtige Strafe gewertet werden. „*Punktgenaue*“ Fehlerkorrektur hieße dann: tendenzielle Unbeachtlichkeit einer Vielzahl von trichterlichen Fehlern. Dies mag bei kurzsichtiger Betrachtungsweise prozessökonomische Vorteile bringen; für die Rechtskultur wäre das jedoch verheerend. Wenn Fehler der Tatgerichte in größeren Mengen folgenlos blieben, würde bei den Trichtern eine Einstellung, es mit der Einhaltung des Rechts nicht genau nehmen zu müssen, gefördert. Das gilt insbesondere für das Verfahrensrecht: Dieses stellt gerade nach den geschichtlichen Erfahrungen, die in Deutschland mit der Geringschätzung des formellen Rechts gemacht wurden, doch nicht nur bloße Formalität dar, sondern ist Ausdruck der Selbstbindung des Staates.

Eb. Schmidt drückt dies so aus:

*Die „Justizförmigkeit soll Schnelligkeit und Energie ermöglichen, zugleich aber, was nicht weniger wichtig ist, Vorsicht und Behutsamkeit erzwingen. Das Mittel der Justizförmigkeit ist seit jeher die prozessuale Form. Wenn das Prozeßrecht für die Entfaltung der Rechtspflege Tätigkeit Formen vorschreibt und die Wahrung dieser Formen unbedingt verlangt, so findet dies seinen tiefen Sinn und seine Berechtigung in den Erfahrungen, die Jahrhunderte mit behördlicher (auch richterlicher) Willkür mit den Gefahren eines ungebundenen richterlichen Ermessens gemacht haben ... Nichts wäre unrichtiger, als um dieser Förmlichkeiten willen im Prozeß nur eine ‚Technik‘ zu sehen,*

*die so oder auch anders sein könnte und die man sich in praxi eben aneignen muß, weil das Gesetz sie nun einmal vorschreibt.*<sup>9</sup>

Das Verfahrensrecht – das zeigt die geschichtliche Erfahrung – wird dann am besten gewahrt, wenn es eine funktionierende Rechtsmittelinstanz gibt:

*„Kaum ein Richter wird formalen Vorschriften, wo ihre Einhaltung ihm im einzelnen Falle nicht als die geeignete Methode erscheint, der Ermittlung der materiellen Wahrheit auf schnellstem Wege zu dienen, mit einer solchen Akribie gerecht zu werden suchen, wie da, wo ihre Nichteinhaltung infolge Eingreifens der Revisionsinstanz zur Nichtigkeit seines richterlichen Aktes führen könnte.“*<sup>10</sup>

Die durch die Möglichkeit zur punktuellen Fehlerkorrektur eingeräumte Befugnis für Rechtsmittelgerichte, tatrichterliche Fehler folgenlos zu lassen, stellt diese Einsicht auf den Kopf: Tatrichter müssten Aufhebungen dann nicht befürchten, wenn „nur“ Formen nicht beachtet wurden; entscheidend wäre allein, ob das Urteil „unter dem Strich“ aus den Augen anderer Richter, nämlich der Richter des Rechtsmittelgerichts, vertretbar erscheint. Es ist „praxisnah“ anzunehmen, dass die Richter der 2. Instanz überwiegend dazu kommen werden, Verfahrensfehler der 1. Instanz als nicht durchgreifend anzusehen; und es ist lebensnah, dass dies insbesondere dann der Fall sein wird, wenn sich ihnen aus den Akten der Eindruck vermittelt, dem Angeklagten sei eine solche Tat zuzutrauen. Genau dies könnte befördern, was Eb. Schmidt als überwunden angesehen hat, nämlich die Gefahr richterlicher Willkür und eines de facto ungebundenen richterlichen Ermessens.

Wenn hier von Willkür gesprochen wird, so ist damit der Begriff nicht im heutigen umgangssprachlichen, sondern im Sinne von Rudolf von Ihering gemeint, der dazu ausgeführt hat:

*„Etymologisch ist Willkür der Wille, der sich selbst seinen Inhalt wählt (,kürt‘ von Kür; Kur = Wahl), also Wahlfreiheit des Willens. Aber wesentlich dabei ist neben dem Willen das Dasein eines Gesetzes. Die Willensmacht, welche kein Gesetz über sich hat, ist nicht Willkür, sondern bloße Macht; zur Willkür wird die Macht des Willens erst, wenn neben ihr das Gesetz auftritt.“*<sup>11</sup>

Es ist also das Vorhandensein des Gesetzes, das es überhaupt erst möglich macht, von Willkür zu sprechen. Und das ist speziell dann der Fall, wenn bei der gerichtlichen Entscheidung nicht mehr das Gesetz maßgeblich ist, sondern die „Macht des Willens“. Insofern kommt aber gerade der Einhaltung der „Form eines fest vorgezeichneten

<sup>9</sup> Eb. Schmidt, Lehrkommentar Bd. 1, Rdnr. 22 f.

<sup>10</sup> Alsberg, 1928 (1992), S. 211.

<sup>11</sup> Ihering, Der Zweck im Recht, Erster Band, 1904, S. 280.

*Verfahrens (Prozess)*<sup>12</sup> zentrale Bedeutung für den Ausschluss von Willkür zu. Ihering hat dies unnachahmlich und mit dem Pathos des 19. Jahrhunderts so formuliert:

*„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftig sie nach innen, schützt sie nach außen. Feste Formen sind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit selber und eine Schutzwehr gegen äußere Angriffe, - sie lassen sich nur brechen, nicht biegen“<sup>13</sup>.*

Die Einhaltung der Form dient also der Wahrung der Freiheit des Bürgers, hier: des Angeklagten im Prozess. Die Wahrung der Form fördert damit auch die Herstellung eines gerechten Urteils im Prozess. Die Gerechtigkeit, die damit gemeint ist, ist eine prozedurale<sup>14</sup>, nicht eine auf materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen beruhende. Der Kommissionsentwurf stellt mit der Formel der punktgenauen Fehlerkorrektur jedoch einseitig allein auf die Findung materieller Gerechtigkeit ab. Die *„lebensnahe Betrachtungsweise“*, die von der Kommission für die Bewertung der Durchschlagkraft von Rechtsfehlern vorgesehen wird, bedeutet der Sache nach die Verdrängung prozeduraler Gerechtigkeit durch materielle Gerechtigkeitskonstrukte. Was das inhaltlich bedeuten kann, wird nachfolgend unter 6. aufzuzeigen sein.

Nur am Rande sei erwähnt, dass die Vorschläge der Großen Strafrechtskommission zur punktgenauen Fehlerkorrektur und damit verbundenen Entformalisierung des Rechtsbehelfsverfahrens auch aus rechtstatsächlicher Sicht abzulehnen sind: Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen zeigt seit einigen Jahren einen stetigen Rückgang der Bedeutung des formellen Rechts, angefangen bei den Revisionsbegründungen und endend bei den Revisionsentscheidungen<sup>14</sup>. Es kann deshalb nicht darum gehen, die Bedeutung des formellen Rechts noch weiter zurückzudrängen, zu fordern ist vielmehr ein *„Zurück zur Form!“*<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Ihering, aaO, S. 306 ff.

<sup>13</sup> Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 9. Aufl., S. 471 (hier zitiert nach dem Reprint 1968). Gerhard Jungfer kommt das Verdienst zu, auf diese Textstelle hingewiesen zu haben; vgl. Jungfer, Abschied vom 5. (Berliner) Strafsenat des BGH, Berliner Anwaltsblatt 1997, S. 347.

<sup>14</sup> Prozedurale Gerechtigkeitstheorien können hier nicht vertieft werden; vgl. dazu nur Bierbrauer, Gottwald, Birnbreier-Stahlberger (Hrsg.), Verfahrensgerechtigkeit, 1995.

<sup>14</sup> Vgl. dazu Barton, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999; insbesondere die Grafiken „Trefferquoten in Angeklagtenrevisionen“ (S. 62), „Trefferquoten von Verfahrensrügen (Zeitreihe)“ (S. 148) sowie „Häufigkeit eigener Sachentscheidungen (Zeitreihe)“ (S. 224).

<sup>15</sup> Vgl. den gleichnamigen Aufsatz von Gerhard Jungfer, in: Festgabe für den Strafverteidiger Heino Friebertshäuser, 1997, S. 21 ff.

## *Das schriftliche Verfahren: elastisch zu einer „prozessökonomischen Art der Wahrheitsfindung“*

Das neue Rechtsmittel soll nach „*Auffassung der Strafrechtskommission unkompliziert, elastisch, prozessökonomisch, informell und punktgenau ausgestaltet werden*“; die Reform solle hinführen „*zu einer prozessökonomischen Art der Wahrheitsfindung*“ (S. 26). Was das bedeutet, wird bei der vorgesehenen Ausgestaltung des schriftlichen Verfahrens vor dem Gericht 2. Instanz deutlich. Hier ist nämlich im Gegensatz zum bisherigen Recht der Berufung und in Anlehnung an das geltende Revisionsrecht eine dem § 349 II StPO entsprechende Beschlussverwerfungsmöglichkeit vorgesehen<sup>16</sup>. Die Entscheidungen über die eingelegten Rechtsmittel können also in einem rein schriftlichen Verfahren erfolgen. Weiter ist vorgesehen, dass die abschließende richterliche Entscheidung ohne inhaltliche Begründung erfolgen kann, wobei es für eine Verwerfung schon ausreichen soll, dass die Revision aus Sicht der Richter des Rechtsmittelgerichts unbegründet ist. Im Gegensatz zum geltenden § 349 II StPO wird es also nicht für erforderlich angesehen, dass die Revision auch „*offensichtlich*“ unbegründet ist. Dabei geht der Entwurf davon aus, dass die Rechtsmittelgerichte von diesem Instrument regen Gebrauch machen werden: „*Die Strafrechtskommission ist sich darüber im klaren, dass damit der Umfang möglicher Verwerfungen durch das Rechtsmittelgericht ansteigen kann und das Gericht 2. Instanz insoweit einen größeren Handlungsspielraum erhält*“ (S. 26).

Dies wirft die Frage auf, welche Beschlussverwerfungsquoten für die Praxis heutzutage schon üblich sind.

Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen wird seit Jahren durch eine hohe Beschlussverwerfungsquote gekennzeichnet; die Praxis der Revisionssenate der Oberlandesgerichte unterscheidet sich davon nicht substantiell<sup>17</sup>. Schon seit längerem werden etwa vier Fünftel aller Entscheidungen des BGH inhaltlich mit keinem Wort begründet. Die Zahl der gemäß § 349 II StPO als offensichtlich unbegründet zurückgewiesenen Revisionen ist noch höher; dies resultiert aus dem Umstand, dass ein Teil der „*o.u.Revisionen*“ mit mehr oder weniger kurzen inhaltlichen Ausführungen versehen wird. Es werden 85 % aller Entscheidungen des BGH (auch) als offensichtlich unbegründet behandelt<sup>18</sup>; betrachtet man nur die Angeklagtenrevisionen, liegt die Zahl noch höher.

<sup>16</sup> Eine Aufhebung durch Beschluss – entsprechend § 349 IV StPO – sieht der Entwurf nicht vor.

<sup>17</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Arbeitsunterlage Strafgerichte 1999, S. 110: Bezogen auf exakt Beschuldigte in Revisionen vor den OLG ergingen nur 383 Urteile. Es erfolgten dagegen 5265 Beschlüsse nach § 349 IV StPO, wovon es sich in 3915 um Beschlussverwerfungen nach § 349 II StPO handelte.

<sup>18</sup> Datenquelle: Zählkarten; zu berücksichtigen sind hier allerdings, wie aus dem „auch“ deutlich wird, bei dieser Berechnung Doppelzählungen erfolgen. Vgl. dazu Barton, Revisionsrechtsprechung (Fußnote 1 S. 49 f., Tabellen 9 und 10.

Diese Praxis wird seit jeher von der Verteidigerseite aus als unannehmbar angesehen. Darauf braucht an dieser Stelle nicht weiter eingegangen zu werden. Entscheidend ist, dass die Kommission davon ausgeht, dass zum einen die erforderliche Einstimmigkeit des Entscheidungsverhaltens bei den Revisionsrichtern, zum anderen der erforderliche Verwerfungsantrag der Staatsanwaltschaft<sup>19</sup> genügend rechtsstaatliche Garantien darstellen.

Auch hier lohnt sich wieder ein Blick auf die gängige Praxis:

Die Betrachtung der Rechtswirklichkeit der Revisionsrechtsprechung zeigt nämlich, dass die Beratungen im Senat bei Beschlussverwerfungen ausgesprochen kurz ausfallen; zuweilen werden Revisionen im Minutentakt erledigt<sup>20</sup>. Die Beratungen erfolgen dabei üblicherweise ohne schriftliche Voten des Berichterstatters, also rein mündlich. Die eigentliche Last der Entscheidungsherleitung ruht damit faktisch auf den Schultern des Berichterstatters sowie ggf. des Vorsitzenden; es lässt sich eine „*Entkollektialisierung*“ der Entscheidungsfindung feststellen<sup>21</sup>.

Aber auch das Antragererfordernis stellt entgegen den Vorstellungen der Kommission keine „*Legitimation*“ (S. 28) für die vorgeschlagene Verfahrensweise dar. Die Praxis zeigt nämlich, dass schon jetzt Verwerfungsanträge in fast 9 von 10 Verfahren gestellt werden<sup>22</sup>. Verwerfungsanträge stellen also schon momentan den statistische Normalfall dar. Wenn man berücksichtigt, dass zukünftig Revisionen nicht mehr offensichtlich unbegründet, sondern nur noch schlicht unbegründet sein müssen, um verworfen zu werden und die Kommission daran die Erwartung knüpft, „*dass damit der Umfang möglicher Verwerfungen durch das Rechtsmittelgericht ansteigen kann und das Gericht 2. Instanz insoweit einen größeren Handlungsspielraum erhält*“ (S. 26), lässt dies nur den Schluss zu, dass die Verwerfungsantragsquote noch erhöht werden und damit über 90 % liegen soll. Wenn bei allen oder doch fast allen Revisionen damit von den Generalstaatsanwaltschaften ein Verwerfungsantrag gestellt wird, kann dem Erfordernis eines staatsanwaltlichen Antrages ernstlich nicht mehr die Funktion beigemessen werden, „*den Rechtsschutz des Angeklagten zu erhöhen*“ (so die Kommission, S. 28), sondern wird dieser zur reinen Routine.

## 2. "Urteilsrüge"

Die Strafrechtskommission hält die Frage der Bezeichnung des neuen Rechtsmittels nicht für sachdienlich (S. 9); sie versucht auch nicht, das von ihr vorgeschlagene neue Rechtsmittel rechtssystematisch näher zu bestimmen und ihm einen Platz im Gesamtsystem der Rechtsbehelfe zuzuweisen. Versuchen wir es.

---

<sup>19</sup> „Die Kommission hat das Erfordernis eines staatsanwaltlichen Antrags vorgesehen, um den Rechtsschutz des Angeklagten zu erhöhen“ (S. 28).

<sup>20</sup> Vgl. Barton, Revisionsrechtsprechung (Fußnote 16), S. 170 – 175.

<sup>21</sup> Barton, aaO, S. 191 ff.

<sup>22</sup> Barton, aaO, S. 182 ff.

Man kann zwei sinnvolle Grundmodelle von Rechtsmitteln gegen tatrichterliche Urteile unterscheiden, nämlich zum einen das „*Konzept der 2. Chance*“, das mit der weitgehenden Notwendigkeit einer eigenen neuen Beweisaufnahme durch das Rechtsmittelgericht verbunden ist und zum anderen das Modell eines Kassationsrekurs‘, also eines Rechtsbeschwerdeverfahrens, das dem Kassationsgericht grundsätzlich keine eigenen Sachentscheidungen gestattet. Im geltenden deutschen Strafprozess sind beide Modelle zwar nicht lupenrein umgesetzt, aber man kann sagen, dass die Berufung (als 2. Chance) und die Revision (Aufhebung des auf einem Rechtsfehler beruhenden Urteils und Zurückweisung an ein anderes Tatgericht) den beiden Modellen jeweils recht nahe kommen.

Von einer Berufung im herkömmlichen Sinne kann bei dem neuen Rechtsmittel sicherlich nicht gesprochen werden<sup>23</sup>: Es fehlen die dafür essentiellen Elemente, nämlich der durch die Anfechtung bewirkte Wegfall der Feststellungen im ersten Urteil und damit verbunden die Notwendigkeit einer umfassenden Beweisaufnahme in der Rechtsmittelinstanz. Eine 2. Chance – wie bei der klassischen Berufung – soll dem Beschwerdeführer durch das neue Rechtsmittel gerade nicht mehr eingeräumt werden. Sicherlich handelt es sich auch nicht um eine Revision herkömmlicher Art; diese wäre – nach dem Gesetzeswortlaut – nämlich auf eine reine Rechtsfehlerkontrolle beschränkt. Das neue Rechtsmittel soll jedoch auch der Überprüfung tatsächlicher Feststellungen dienen und dem Rechtsbehelfsgericht die Möglichkeit eigener Tatsachenfeststellungen auch im Strengbeweis einräumen. Von dem Leitbild der klassischen Revision unterscheidet sich der Entwurf der Strafrechtskommission zusätzlich sehr dadurch, dass die in der Revision angelegten Kassationselemente, die es dem Revisionsgericht regelmäßig untersagen, eigene abschließende Sachentscheidungen zu treffen (§ 354 I StPO), durch eine umfassende Entscheidungskompetenz des Rechtsmittelgerichts ersetzt werden: Die Zurückweisung soll nur noch die Ausnahme sein, die eigene Abschlussentscheidung die Regel.

Das neue Rechtsmittel räumt also dem Beschwerdeführer weder eine 2. Chance ein, noch ist es als Rechtsbeschwerde (Kassation oder Revision) anzusehen. Es ist nicht Fleisch noch Fisch, sondern ein Typenmix aus beiden Rechtsmitteln. Dabei kommt der Großen Strafrechtskommission das zweifelhafte Verdienst zu, das neue Rechtsmittel so ausgestaltet zu haben, dass die eine effektive Kontrolle ermöglichenden Elemente der beiden zugrundeliegenden Modelle eliminiert wurden. Mit anderen Worten: Das neue Rechtsmittel verkörpert, was die Wirksamkeit des von ihm ausgehenden Rechtsschutz betrifft, jeweils die Mängelseiten von Revision und Berufung. Das Gute der Berufung

---

<sup>23</sup> Dagegen spricht auch nicht, daß der Kommissionsentwurf für die Beweisaufnahme bei der Hauptverhandlung 2. Instanz am Unmittelbarkeitsprinzip festhält, da diese Hauptverhandlung nur noch Ausnahmecharakter hat und von einer **eigenständigen** Beweisaufnahme durch das Rechtsmittelgericht angesichts der vielfältigen Verlesungsmöglichkeiten überdies kaum noch die Rede sein kann.

ist verloren gegangen, nämlich der Anspruch auf eine vollständige neue Hauptverhandlung bei schlecht gelaufenen Verfahren (2. Chance). Das Schlechte einer verfehlten Revisionsrechtspraxis wird statt dessen legalisiert, nämlich insbesondere die Möglichkeit einer begründungslosen Verwerfung durch Beschluss, daneben die Tendenz zu eigenen Sachentscheidungen ohne Hauptverhandlung.

Der Vorschlag der Großen Strafrechtskommission ist dabei nicht einmal als grundlegend neu oder gar als originell anzusehen. Das vorgeschlagene neue Rechtsmittel hat nämlich klar identifizierbare historische Vorgänger. Es stellt sich erkennbar als Urteilsrüge dar, wie diese in den siebziger Jahren als Gesetzgebungsvorschlag diskutiert wurde<sup>24</sup>, dann aber nicht Gesetz wurde, weil sich herausstellte, dass der BGH auch ohne gesetzliche Grundlage schon mittels der Darstellungskontrolle Zugriff auf die tatsächlichen Feststellungen des tatrichterlichen Urteils nahm (erweiterte Revision)<sup>25</sup>. Aber das ist nicht der einzige geschichtliche Vorläufer. In den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts wurde die „*Urteilsrüge*“ ebenfalls schon als neues Rechtsmittel statt der klassischen Revision vorgeschlagen. In vielem ähnelt diese Urteilsrüge dem neuen Rechtsmittel, insbesondere auch darin, dass der grundsätzliche Weg hinweg von einer Aufhebung wegen der Verletzung von Verfahrensrecht eingeschlagen wird<sup>26</sup>.

### ***Die „knappe Ressource Recht“ und ihre Zuteilung***

Im Entwurf heißt es: *„Rechtsgewährung und Ressourcen der Justiz sind ein knappes Gut, das nicht leichthin, sorglos und unökonomisch zur Verfügung gestellt werden kann“* (S. 22), wobei die *„steuerzahlende Rechtsgemeinschaft“* Erwähnung findet. Hier, wie an anderen Stellen, wird wiederholt und eindringlich hervorgehoben, dass es eine angebliche *„Instanzenseligkeit“* (S. 41) von Angeklagten gäbe, dass die Justiz unter Kapazitätsproblemen leide (S. 42) usw. usf.

Das Anliegen der Entwurfsverfasser geht demgemäß dahin, nach Möglichkeiten für eine *„Verschlankung des Rechtsweges“* (S. 14), Ressourceneinsparungen bei den Gerichten und – wie gesehen – der Reduzierung von *„prozessökonomisch wenig sinnvollen Zurückverweisungen“* (S. 10) zu suchen. Rechtsschutz gegen Urteile ist nicht selbstverständlich, sondern nur nach Maßgabe von Zweckmäßigkeitkalkülen. Am auffälligsten ist dabei, dass die Problematik von Justizirrtümern in den Hintergrund tritt. Eberhard Schmidt hat vor einer solchen Betrachtung gewarnt:

---

<sup>24</sup> Vgl. DE-Rechtsmittelgesetz der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Strafverfahrensreform“, 1975; § 312 ff. („Urteilsrüge“).

<sup>25</sup> Vgl. dazu Fezer, Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit ? 1974.

<sup>26</sup> Man lese dazu den E 1939: §§ 331 ff.; einen hervorragenden Überblick gibt Fezer, Reform der Rechtsmittel in Strafsachen, 1974, S. 41 ff. (46), 101 ff.

*„Im Bereich der Justiz sichert auch das beste und gewissenhafteste Streben nicht vor Irrtümern. Sie können sich bei der Ermittlung des Sachverhalts wie bei der Rechtsanwendung einstellen. Solche Irrtümer und die aus ihnen sich ergebenden Fehler richterlicher Urteile müssen beseitigt werden können. Auch das kann, wie alle Erfahrung lehrt, nur innerhalb des Gefüges einer ... unabhängigen Justiz geschehen, soll nicht wieder der Gerechtigkeit schwerste Gefahr erwachsen. Das Mittel ist ein wohlausgestalteter Instanzenzug. Ein höheres Gericht muss mit aller richterlicher Haltung, Einsicht, Erfahrung und Unabhängigkeit und wieder in justizförmiger Weise das vorinstanzliche Urteil nachzuprüfen in der Lage sein.“<sup>27</sup>*

Was Eb. Schmidt vor 50 Jahren allerdings nicht ahnen konnte, ist, dass die Problematiken der Unabhängigkeit der Justiz und der Justizförmigkeit komplizierter geworden sind. Drohten der Justizförmigkeit und der Unabhängigkeit der Justiz früher allein Gefahren durch Eingriffe von außen, also durch die Exekutive, so bestehen heute zusätzliche Gefahren für die Justizförmigkeit durch eine zu groß gewordene „*innerliche Unabhängigkeit*“ der Rechtsmittelgerichte vom geschriebenen Recht. Das praktizierte Revisionsrecht ist, wie die Justizforschung gezeigt hat<sup>28</sup>, nämlich weitgehend durch Richterrecht geprägt, mit den negativen Folgen, dass die Rechtsprechung einzelfallbezogen ist, vielfältige Widersprüche aufweist und sichere Prognosen über den Ausgang von Revisionsverfahren auch Experten nicht mehr möglich sind. Das Gesetz – die Einhaltung des kodifizierten Rechts – wird durch die moderne Revisionsrechtsprechung nicht mehr um seiner selbst Willen gewährleistet. Urteilsaufhebungen erfolgen vielmehr auch in Abhängigkeit davon, ob sich aus Sicht der Entscheidenden eine Aufhebung wirklich „*lohnt*“. Damit soll hier keine Verschwörungstheorie aufgestellt, sondern nur darauf hingewiesen werden, dass es apokryphe Entscheidungskriterien gibt. Diese sind – auch ohne dass sie den Entscheidenden bewusst sein müssten – bei der Entscheidungsfindung wirksam. Hierfür nur ein Beispiel: Es konnte nachgewiesen werden, dass Revisionen von vorbestraften Revisionsführern mehr als dreimal so selten aufgehoben werden wie solche von Nichtvorbestraften<sup>29</sup>.

Die Maßstäbe für die Entscheidung der Frage, ob sich Aufhebungen „*lohn*en“, sind dabei nicht feststehend, sondern unterliegen ständigem Wandel und sind individuell bedingt: So zeigt die Justizforschung, dass Revisionen eine signifikant unterschiedliche Aufhebungswahrscheinlichkeit in Abhängigkeit von der Person des Senatsvorsitzenden<sup>30</sup> wie auch in Abhängigkeit vom Senat selbst<sup>31</sup> haben.

<sup>27</sup> Eb. Schmidt, *Justitia fundamentum regnorum*, S. 47.

<sup>28</sup> Barton, Revisionsrechtsprechung (Fußnote 16), S. 275 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Barton, Revisionsrechtsprechung (Fußnote 16), S. 255 (Tabelle 100).

<sup>30</sup> Barton, Revisionsrechtsprechung (Fußnote 16), S. 247 (Tabelle 93) und S 251 (Tabelle 96).

<sup>31</sup> Barton, Revisionsrechtsprechung (Fußnote 16), S. 237 – 241 sowie schon S. 62 ff.

Zu fordern ist deshalb, dass die strikte Einhaltung des Gesetzes eine größere Bedeutung bei den Entscheidungen der Rechtsmittelgerichte erhält. Die Rechtsmittelgerichte dürfen, sollen ihre Entscheidungen widerspruchsfreier und klarer zu prognostizieren werden, nicht größere Entscheidungsspielräume erhalten, sondern müssen enger an das kodifizierte Recht gebunden werden.

Genau das Gegenteil ist jedoch im vorliegenden Entwurf der Fall: Durch die Verknüpfung des Rechtsschutzes mit Fragen der Ressourcenknappheit werden die Rechtsmittelgerichte geradezu dazu angehalten, den Rechtsschutz nur dann zu gewähren, wenn es sich „*lohnt*“. Und tatsächlich lohnende Fälle, so zeigt die Wirklichkeit, gibt es nur wenige und in Abhängigkeit apokrypher Entscheidungskriterien.

### ***Zusammenfassung***

Halten wir fest: Das von der Großen Strafrechtskommission vorgeschlagene neue Rechtsmittel bietet Beschwerdeführern nur einen geringen Rechtsschutz; es ist gewissermaßen ein „*Rechtsmittel extra light*“: Urteilsrügen werden nicht immer, aber immer öfter erfolglos bleiben. Zudem basiert der Entwurf auf unzutreffenden rechtstatsächlichen Annahmen; ferner stellt er sich als kodifizierter Ausdruck einer in Teilen zweifelhaften Rechtspraxis sowie eines einseitig auf richterliche und materielle Gerechtigkeitsvorstellungen abstellenden Konzepts dar. Der Entwurf ist deshalb nicht nur im Ergebnis abzulehnen, sondern auch und gerade wegen der unzutreffenden empirischen Prämissen und rechtsphilosophischen Annahmen, die ihm zugrunde liegen.