

Die offensichtliche Ungesetzlichkeit der „ou“-Verwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO in der Spruchpraxis des BGH

Von Prof. Dr. Henning Rosenau, Augsburg

Nach § 349 Abs. 2 StPO kann der BGH auf Antrag des Generalbundesanwaltes eine Revision mit einem einstimmigen Beschluss als „offensichtlich unbegründet“ verwerfen. Diese sogenannten „ou“-Beschlüsse oder „ou“-Verwerfungen bleiben in der Regel unbegründet.¹ Entsprechendes gilt auf einen Antrag der Generalstaatsanwaltschaft für die Oberlandesgerichte, auf die die Möglichkeit der Beschlussverwerfung durch die 3. Notverordnung vom 6.10.1931² erstreckt worden war.³

I. Die Lex Lobe

Die Entstehungsgeschichte⁴ des heutigen § 349 Abs. 2 StPO (damals § 389 Abs. 1 S. 2 RStPO) erhellt zugleich Sinn und Zweck der Option, eine Revision als offensichtlich unbegründet zu verwerfen. Die Zahl der strafrechtlichen Revisionen am RG hatte sich in den Jahren nach dem 1. Weltkrieg mehr als verdoppelt und ein Ausmaß angenommen, welches das RG nicht mehr bewältigen konnte. Zu Ende des Jahres 1921 waren dort bereits 3.259 Revisionen unerledigt geblieben.⁵ Eine Ursache wurde neben der nach dem Krieg angestiegenen Kriminalität darin gesehen, dass in zunehmendem Maße die Angeklagten vom Rechtsmittel der Revision Gebrauch machten, um sich bis zur Rechtskraft ihrer Verurteilung einen Strafaufschub zu verschaffen.⁶ Die notorisch ge-

ringen Erfolgsquoten der Revision lassen sich entsprechend zu einem Teil damit erklären, dass die Angeklagten zu diesem Rechtsmittel als ihrem letzten Strohalm greifen.⁷ Aber auch die von vornherein aussichtslosen Revisionen haben einen beachtlichen Bearbeitungsaufwand erfordert, weil bei Einhaltung der förmlichen Voraussetzungen das RG diese nur durch Urteil verwerfen konnte: es war ein Verhandlungstermin anzuberaumen, die Hauptverhandlung war mit allen Senatsmitgliedern durchzuführen und schließlich war ein begründetes Urteil abzusetzen.⁸ Es liegt auf der Hand, dass ein solchermaßen zeitaufwendiges Verfahren als leerer Formalismus erscheinen musste, wenn es dem Angeklagten offensichtlich nur um den Suspensiveffekt des Rechtsmittels und ein Hinausschieben der Vollstreckbarkeit des Urteils und weniger um dessen rechtliche Überprüfung ging.

Das RG hatte bereits begonnen, mit einer Art Notbehelf Revisionen nach § 389 Abs. 1 S. 1 RStPO als unzulässig zu verwerfen, wenn zwar nach außen eine Sachrüge erhoben worden war, die Revisionsbegründung aber die Auslegung zuließ, dass nur Tatfragen angegriffen wurden und zudem „die Annahme einer Gesetzesverletzung gänzlich ausgeschlossen ist“.⁹ Das RG wird dann sehr deutlich: „Unter solchen Umständen würde aber die Verweisung der Sache zur Hauptverhandlung einzig und allein zur Verschleppung der Rechtskraft und damit zum Schaden einer geordneten Strafrechtspflege gereichen, während durch beschlußmäßige Verwerfung der Revision irgendwelche *berechtigte* Interessen des Angeklagten nicht verletzt werden.“¹⁰

Diesen Ansatz griff der Senatspräsident am RG *Lobe* auf. Auf dessen Initiative regte das RG eine Ergänzung der Beschlussverwerfung für solche Revisionen an, die zwar zulässig, aber offensichtlich unbegründet waren. Gedacht war insbesondere an solche, mit denen nur tatsächliche Feststellungen angegriffen wurden.¹¹

Am 2.6.1922 legte der damalige Reichsjustizminister *Gustav Radbruch*, nachdem das Gesetz am 1.6.1922 vom Reichsrat gebilligt worden war, dem Reichstag den „Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Entlastung der Gerichte“ vor, in dem sich die angeregte Verwerfung als offensichtlich unbegründet wiederfand.¹² Im Rahmen der Gesetzesberatung wur-

¹ *Vogel*, Probleme der Begründungspflicht von Revisionen in Strafsachen, die gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen werden, 1994, S. 30.

² Dritte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen; RegBl. I 1931, S. 537 (S. 563).

³ *Detter*, StV 2004, 345; *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (40); *Rottmann*, Die Zurückweisung der Revision wegen offensichtlicher Unbegründetheit gem. § 349 II StPO, 1981, S. 10; *Vogel* (Fn. 1), S. 20; *Kruse*, Die „offensichtlich“ unbegründete Revision im Strafverfahren, 1980, S. 15. Auch hier ist der gerichtsverfassungsrechtliche Hintergrund zu beachten. Mit der Verlagerung des Eingangserichts vom LG zum AG im Rahmen der Emminger-Verordnung 1924 war die Revisionszuständigkeit des RG eingeschränkt worden. Der Schwerpunkt der Revisionsrechtsprechung lag bei den Oberlandesgerichten und nicht mehr beim RG; *Kruse*, a.a.O., S. 15.

⁴ Dazu ausführlich *Fezer*, StV 2007, 40 (41 f.).

⁵ *Kruse* (Fn. 3), S. 8. Die Zahl der eingelegten Revisionen stieg von 4.343 im Jahr 1918 über 5.598 im Jahr 1919 auf über 9.000 in den Jahren 1920 und 1921 an (9.617 und 9.221). Die Zahlen sind nachgewiesen in Anlage II zum Entwurf des Reichsministeriums der Justiz vom 26.1.1922 zu einem Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts, abgedruckt bei Schubert (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Abt. 1, Bd. 4, 1999, S. 348 (S. 356).

⁶ Siehe die Begründung zum Entwurf des Reichsministeriums der Justiz vom 26.1.1922 zu einem Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts, abgedruckt bei Schubert (Fn. 5), S. 348 (S. 350 u. 353); *Vogel* (Fn. 1), S. 13; *Kruse* (Fn. 3), S. 9.

⁷ *Rosenau*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 521 (S. 523).

⁸ *Kruse* (Fn. 3), S. 9 f., wie auch zum Folgenden; *Vogel* (Fn. 1), S. 15.

⁹ RGSt 40, 99 (100).

¹⁰ RGSt 40, 99 (100).

¹¹ *Kruse* (Fn. 3), S. 11; *Römer*, MDR 1984, 353.

¹² Art. IV Nr. 1; Drucksache des Reichstags Nr. 4450; vgl. Schubert (Fn. 5), S. XX. Der vorangegangene Entwurf des Reichsministeriums der Justiz v. 26.1.1922 zu einem Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts, der den Ländern zugeleitet

de dieses prozessuale Instrument zwar auf das RG beschränkt – es wurden also die Oberlandesgerichte ausgenommen – und es wurde die zusätzliche Klausel eingefügt, dass alle Mitglieder des erkennenden Senates einstimmig die Revision für offensichtlich unbegründet erachten müssen;¹³ aber die „Lex Lobe“¹⁴ wurde am 8.7.1922 erlassen und konnte am 1.8.1922 in Kraft treten.¹⁵

Der heutige § 349 Abs. 2 StPO ist folglich zur Entlastung der Revisionsgerichte geschaffen worden¹⁶ und rechtfertigt sich aus Gründen der Prozessökonomie.¹⁷ Das Beschlussverfahren ermöglicht dem BGH, eine Vielzahl von Revisionen auf zügigem, unkompliziertem Wege und in ressourcenschonender Weise zu erledigen und soll dessen Arbeitskraft für die nicht offensichtlich unbegründete Revision freisetzen.¹⁸ Rieß spricht von der unverzichtbaren Realbedingung für die Leistungsfähigkeit der Revision.¹⁹

Der Anteil der „ou“-Beschlüsse an allen Revisionsentscheidungen pendelte sich zunächst bei etwa 50 % ein.²⁰ Das Verfahren wurde nach dem 2. Weltkrieg mehr und mehr genutzt,²¹ inzwischen macht der BGH in durchschnittlich 76 % aller erledigten Revisionen vom Verfahren der Beschlussverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO Gebrauch.²² Damit stellt die „ou“-Verwerfung das Gros der Beschlussentscheidungen nach den §§ 349 Abs. 2 bis Abs. 4 StPO dar,²³ welche seit langem mit einem Anteil von ca. 92 % das zentra-

worden war und ebenfalls (unter III Nr. 5) die entsprechende Formel vorsah, ist abgedruckt bei Schubert (Fn. 5), S. 348 ff.

¹³ Kruse (Fn. 3), S. 13.

¹⁴ Lobe selbst empfand „gewissermaßen Vatergefühle“ für diese Bestimmung; *ders.*, JW 1925, 1612.

¹⁵ RGBI. I 1922, S. 569; vgl. Schubert (Fn. 5), S. XX.

¹⁶ Bloy, JuS 1986, 585 (595); Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2011, Rn. 321; Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 569.

¹⁷ Hanack, StV 2001, 140 (142); Momsen, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 55. Lfg., Stand: Juni 2009, § 349 Rn. 1; Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 1088.

¹⁸ Neuhaus, StV 2001, 152; Schlothauer, StV 2004, 340 (342); Dahs, NStZ 2001, 298; vgl. allgemein zu solchen Zweckmäßigkeitserwägungen Teppervien, in: Eser u.a. (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 595 (S. 603 f.).

¹⁹ Rieß, in: Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 397 (S. 415).

²⁰ Hamm, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010, Rn. 4.

²¹ Römer, MDR 1984, 353 (354); Kruse (Fn. 3), S. 17; Neuhaus, StV 2001, 152.

²² 2005: 79,50 %; 2006: 77,79 %; 2007: 75,32 %; 2008: 76,17 %; 2009: 77,15 %; 2010: 75,12 %; Quellen: Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes 2005 ff.;

http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Statistik/StatistikStraf/statistikStraf_node.html (abgerufen am 10.1.2012).

²³ Barton, StV 2004, 332 (337).

le Erledigungsverfahren beim BGH darstellen.²⁴ Die nach dem gesetzlichen Modell an sich als Regelfall vorgesehene Hauptverhandlung bildet in der Praxis schon seit Jahrzehnten die Ausnahme.²⁵

Die gegenläufige Entwicklung von Beschlussentscheidung und Urteil und die Dominanz der „ou“-Verwerfung macht das *Diagramm* auf S. 205 noch einmal anschaulich.²⁶

Die Graphik belegt die beherrschende Rolle der Beschlussverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO. Diese Beschlussvariante macht den Löwenanteil aller Beschlüsse aus, er liegt zwischen 81 % und 83 %, ²⁷ so dass über $\frac{4}{5}$ aller Beschlussentscheidungen solche sind, mit denen die Revision als offensichtlich unbegründet verworfen wird.²⁸ Auf die Gesamtzahl der erledigten Revisionen bezogen sind das drei von vier Verfahren. Insgesamt dominiert also nicht nur das schriftliche Beschlussverfahren, sondern das besondere Beschlussverfahren der Verwerfung einer Revision als offensichtlich unbegründet die Revisionspraxis.

II. Kritik an der Praxis der „ou“-Verwerfung

Es ist angesichts dieser Dominanz der „ou“-Verwerfungen nicht verwunderlich, dass sich an der Handhabung des § 349 Abs. 2 StPO in der Spruchpraxis der Revisionsgerichte eine heftige Diskussion entzündet hat.

1. Das Merkmal der offensichtlichen Unbegründetheit

Die Kritik knüpft zunächst an den Begriff der offensichtlichen Unbegründetheit an, genau genommen an die Ausle-

²⁴ Rieß, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im Deutschen Anwaltverein (Hrsg.), Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs, 1986, S. 40 (S. 45).

²⁵ Graf/Wiedner, Strafprozessordnung, 2010, § 349 Vor Rn. 1; Rissing-van Saan, StraFo 2010, 359 (361); Maiwald, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 349 Rn. 1.

²⁶ Quellen: Rieß (Fn. 24) S. 58 f. (Tabelle 21); *ders.*, StV 1987, 269 (270, Tabelle 1); *ders.*, in: Hamm (Hrsg.), Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag, 1981, S. 253 (S. 320, Tabelle 30); Übersichten über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des BGH 1997-2003; Kruse (Fn. 3), S. 21; Rottmann (Fn. 3), S. 2. Die auf andere Weise erledigten Revisionen wurden nicht aufgenommen. Mit diesen ergäben sich in der Addition 100 %-Werte.

²⁷ Daneben stehen die Beschlüsse nach § 349 Abs. 1 StPO (0,71 %); nach § 349 Abs. 4 StPO (3,86 %) sowie die kombinierten Beschlussformen, in denen die Revision zum einen Teil nach § 349 Abs. 4 StPO stattgegeben, zum anderen nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen wird (7,49 %). Die Prozentangaben beziehen sich auf die Jahre 1978/79, für die Rieß diese Werte errechnet hat, Rieß (Fn. 26), S. 253 (S. 323, Tabelle 34).

²⁸ S. auch Schlothauer, StV 2004, 340 u. Fürstenau, StraFo 2004, 38 (42), die einen Wert von ca. 80 % angeben.

gung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes²⁹ durch den BGH.

a) Die herrschende Definition

Ursprünglich wurde der Begriff dahin verstanden, dass sofort zu erkennen sein musste, welche Rechtsfragen vorlagen, wie sie zu beantworten waren und dass die Rügen die Revision nicht begründen konnten.³⁰ Das Ergebnis sollte zweifelsfrei auf den ersten Blick feststehen, jedenfalls ohne dass eine längere Nachprüfung erforderlich wäre. Das war aus Sicht eines Urteilenden mit entsprechender Sachkunde zu entscheiden.³¹ Gelegentlich beruft sich auch der BGH auf diese tradierten Formeln der herrschenden Meinung und stellt bei der Beschlussverwerfung darauf ab, dass es „für jeden Sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar [sei], dass das Urteil in sachlich-rechtlicher Hinsicht keine Fehler aufweist [...]“.³² Es wäre aber ein Trugschluss, wähte man den BGH auf der Linie der herrschenden Ansicht und des historischen Gesetzgebers, weil derartige Äußerungen dem entsprechen, was bereits *Lobe* mit dem Begriff der offensichtlichen Unbegründetheit verband. Diese solle nach *Lobe* vorliegen, „wenn sich die Unbegründetheit dem Blick eines sachkundigen Beurteilers sofort aufdränge.“³³ In der Lesung vor dem Reichstag umschrieb ein Vertreter der Reichsregierung das mit dem Gesetz verfolgte Ziel entsprechend damit, dass „der Entwurf nur beabsichtigt, solche Revisionen, bei denen die Unbegründetheit offensichtlich zu Tage liegt, von der Notwendigkeit der Erledigung durch förmliche Hauptverhandlung auszunehmen.“³⁴ Damit seien die zahlreichen Fälle gemeint, „in denen offensichtlich, also ohne daß nach irgendeiner Richtung ein Zweifel obwaltet, die Revision unbegründet ist“.³⁵

Danach scheidet die Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO aus, wenn zumindest ein Richter des zur Entscheidung berufenen *Senats* das Für und Wider länger erwägen muss und

sich Zweifel nicht sofort klären lassen.³⁶ In einem bemerkenswerten Fall, der beim OLG Hamm anhängig war, hatte der *Senat* erst nach einer Bearbeitungszeit von fünf Monaten bei der Generalstaatsanwaltschaft angeregt, einen Antrag nach § 349 Abs. 2 StPO nachzureichen, auf dass der *Senat* die Revision als „offensichtlich unbegründet“ verwerfen konnte.³⁷ Da u.a. die Anregung des Verwerfungsantrags dem Angeklagten nicht offengelegt worden war, hatte dessen Ablehnungsantrag gegen die Richter des *Senats* wegen Besorgnis der Befangenheit Erfolg.

Ob diese Form der „Bestellung“ des für das Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO unbedingt erforderlichen Verwerfungsantrags der Staatsanwaltschaft als solche nicht bereits die Besorgnis der Befangenheit begründet oder nicht zumindest unzulässig ist, ist umstritten. Vieles spricht für die Prozesswidrigkeit, weil die vom Gesetz in das Beschlussverfahren eingezogenen Kautelen zur Abwehr von Missbrauch auf diese Weise umgangen werden.³⁸ Was der Generalstaatsanwaltschaft nicht bereits bei der Übersendung der Revisionsakten an das Revisionsgericht als offensichtlich unbegründet erscheint, kann nicht aufgrund einer Anregung durch das Revisionsgericht zu einer offensichtlich unbegründeten Revision mutieren. Der Verdacht, es gebe einen Schulterchluss der schwarzen Roben,³⁹ sollte durch derartige Verfahrensweisen nicht weiter genährt werden.

Die Frage der Prozesswidrigkeit hatte der dann zu entscheidende *Senat* des OLG Hamm offengelassen. Anders als die drei abgelehnten OLG-Richter stufte er allerdings die Revision nicht als offensichtlich unbegründet ein. Er entschied stattdessen nach § 349 Abs. 4 StPO, hielt also die eingelegte Revision einstimmig für begründet und hob demzufolge das angefochtene Urteil per Beschluss auf.⁴⁰ Solche Konstellationen sollten jeden nachdenklich stimmen, der das nachfolgend zu skizzierende Verständnis des BGH für zutreffend hält.

²⁹ *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (39). Weshalb Schwierigkeiten bei der begrifflichen Klarstellung oder die Unmöglichkeit einer begrifflichen Definition (*Paulus*, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel [Fn. 17], Vorbereitung), § 349 Rn. 13; vgl. *Römer*, MDR 1984, 353 [355]) der Qualifikation des Merkmals als unbestimmtem Rechtsbegriff entgegenstehen sollen (*Detter*, StV 2004, 345 [346]), bleibt unerfindlich.

³⁰ BVerfG bei *Berkemann*, EuGRZ 1984, 442; BVerfG NStZ 2002, 487 (489); *Kuckein*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 349 Rn. 23; *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, S. 322; *Beulke* (Fn. 16), Rn. 569; *Hanack*, in: Rieß (Hrsg.), Löwel/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 25. Aufl. 2003, § 349 Rn. 8; *Neuhaus*, StV 2001, 221 (222 m.w.N.)

³¹ *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, S. 817; *Neuhaus*, StV 2001, 221 (222); *Dahs/Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 7. Aufl. 2008, Rn. 547; *Temming*, in: Lemke u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2009, § 349 Rn. 5.

³² BGH NJW 2002, 3266.

³³ *Lobe*, JW 1925, 1612.

³⁴ RT-Protokoll, 241. Sitzung am 1.7.1922, S. 8254.

³⁵ RT-Protokoll, 241. Sitzung am 1.7.1922, S. 8253.

³⁶ *Hanack* (Fn. 30), § 349 Rn. 10.

³⁷ OLG Hamm StV 2001, 221 (222).

³⁸ BVerfG NStZ 2000, 382 (383); das Verfahren sei mit der Regelung des § 349 Abs. 2 StPO kaum in Einklang zu bringen; *Beulke* (Fn. 16), Rn. 569; *Neuhaus*, StV 2001, 222; *ders.*, StV 2001, 152; *Bock*, JA 2011, 134 (135); *Wohlers*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 33. Lfg., Stand: September 2003, § 349 Rn. 26 m.w.N. Beim BGH wird dieses Verfahren nicht praktiziert; *Detter*, StV 2004, 345 (350). Für die Zulässigkeit einer solchen Anregung durch das Revisionsgericht OLG Zweibrücken NJW 2001, 2110; KG StV 2001, 153 (154); *Friemel*, NStZ 2002, 72 (73 f.).

³⁹ Zum Schulterchlusseffekt zwischen Richter und Staatsanwalt, allerdings außerhalb eines revisionsrechtlichen Kontextes, s. *Schünemann*, StV 2000, 159 (163).

⁴⁰ OLG Hamm StV 2001, 221 (222); dazu *Neuhaus*, StV 2001, 222 (223).

b) Die Auslegung durch den BGH

Es heißt, der Begriff „offensichtlich“ habe sich gewandelt⁴¹ und in der Praxis an Bedeutung verloren.⁴² Das ist eine stark bemäntelnde Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Korrekter wäre die Aussage, dass es auf die Offensichtlichkeit nicht mehr ankommt. Sie wird von der Praxis als obsolet betrachtet.⁴³ Dabei greift der BGH scheinbar die historische Intention des Gesetzgebers auf, den schwerfälligen und aufwendigen Apparat einer Revisionshauptverhandlung zu vermeiden,⁴⁴ wenn dort nur das den Revisionsrichtern wie anderen Sachkundigen Offensichtliche zu beurkunden ist. Es soll nun genügen, dass der Revisionsssenat einhellig der Auffassung ist, dass die von der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen zweifelsfrei zu beantworten sind und auch die Durchführung einer Revisionshauptverhandlung keine neuen Erkenntnisse tatsächlicher oder rechtlicher Art erwarten lässt.⁴⁵ § 349 Abs. 2 StPO wird folglich funktionell ausgelegt, und diese funktionelle Sichtweise wird – wenn überhaupt – dem Merkmal der Offensichtlichkeit aufgepfropft. Die spezifische Funktion dieses Kriteriums liege nur darin, solche Revisionen aus dem Bereich der Beschlussverwerfung auszunehmen, bei denen die Durchführung des Normalverfahrens, sprich der Hauptverhandlung, sinnvoll erscheint, weil von der Revisionshauptverhandlung noch ein Erkenntnisgewinn zu erwarten ist⁴⁶ oder weil dies die Schutzfunktion der mündlichen Hauptverhandlung gebiete.⁴⁷ Letzteres könne der Fall sein, wenn nur durch Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten der gesamte Verfahrensstoff allen Revisionsrichtern ausreichend vermittelt und die Rechtsposition des Angeklagten hinreichend gewahrt werden kann.⁴⁸ Diskutiert wird ein solcher Bereich für behauptete Mängel der Beweiswürdigung, die sich in ihren Verästelungen einer Darstellung mittels der schriftlichen Revisionsbegründung widersetzen und erst durch mündlichen Vortrag verdeutlichen ließen sowie für Wertungsfragen, die das Tatsächliche berühren.⁴⁹ Der Sinn

und Zweck des § 349 Abs. 2 StPO wird darin gesehen, dem Revisionsgericht den Aufwand einer Hauptverhandlung zu ersparen.⁵⁰ Entsprechend gehe es bei der Auslegung des § 349 Abs. 2 StPO einzig um die Frage, ob das schriftliche Entscheidungsverfahren ausreicht oder eine Hauptverhandlung geboten erscheint.⁵¹ Wie weit sich die höchstrichterliche Praxis von einer Offensichtlichkeit selbst in deren weitestem Wortsinne entfernt hat, zeigt die eingebürgerte Übung, dass die Beschlussverwerfung wegen offensichtlicher Unbegründetheit mit einer Schuldspruchberichtigung einhergehen kann, wenn eine Auswirkung auf den Rechtsfolgenauspruch auszuschließen ist,⁵² wovon teilweise in weitem Umfang und auch zum Nachteil des Angeklagten Gebrauch gemacht wird. Der einer solchen Revisionsentscheidung immanente Widerspruch wird nicht mehr wahrgenommen.

c) Diskussion des Begriffs der offensichtlichen Unbegründetheit

Es erscheint fraglich, ob sich der BGH und dessen Anhänger in dieser Frage wirklich noch im Rahmen des Telos des § 349 Abs. 2 StPO bewegen, auf den sie sich mit ihrem funktionalen Verständnis berufen. Falls es dem Gesetz darum ginge, den Aufwand einer Revisionshauptverhandlung nur dann zu verlangen, wenn davon ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn zu erwarten wäre, stünde es in der StPO. Dort heißt es aber nicht, dass eine Revision im Beschlusswege zu verwerfen sei, wenn die Durchführung einer Hauptverhandlung nicht sinnvoll erscheint, sondern wenn die Revision offensichtlich unbegründet ist. Richtig ist, dass das Revisionsverfahren einer mündlichen Verhandlung nicht obligatorisch bedarf, weil es weitgehend auf schriftliche Unterlagen zurückgreifen kann und eine Ergänzung der Tatsachen in der Regel ausscheidet.⁵³ Das findet eine Stütze in den Motiven zum Entwurf der RStPO, wenn dort zu lesen ist, „daß das Verfahren in der Revisionsinstanz [...] wesentlich ein schriftliches, d.h. ein solches ist, bei welchem der Stoff für die richterliche Entscheidung in Schriftsätzen niedergelegt und darum die mündliche Darlegung der Beschwerdepunkte vor dem erkennenden Gericht nebensächlich ist.“⁵⁴ Es wäre aber die Aufga-

⁴¹ BGH NJW 2001, 85.

⁴² *Kintzi*, DRiZ 2000, 187 (190); *Kodde*, Zur Praxis der Beschlußverwerfung von Revisionen (§ 349 Abs. 2 StPO), 1989, S. 190.

⁴³ *Rieß* (Fn. 19), S. 397 (S. 415), der dieser Haltung zustimmt.

⁴⁴ BGH StV 2005, 3.

⁴⁵ BGH NJW 2001, 85; BGH StV 2005, 3; *Detter*, StV 2004, 345 (346); *Friemel*, NStZ 2002, 72 (73); *Meyer-Gößner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 349 Rn. 10.

⁴⁶ *Wohlers* (Fn. 38), § 349 Rn. 34; *Detter*, StV 2004, 345 (349).

⁴⁷ *Detter*, StV 2004, 345 (346); *Radtke*, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994, S. 228.

⁴⁸ *Radtke* (Fn. 47), S. 228 f. unter Berufung auf *Penner*, Reichweite und Grenzen des § 349 Abs. 2 StPO (Lex Lobe), 1962, S. 22 und *Rottmann* (Fn. 3), S. 22.

⁴⁹ *Hanack*, in: *Hanack/Rieß/Wendisch* (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, 1982, S. 301 (S. 304); *Peters*, in: *Hassenpflug* (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag am 11.12.1979,

1980, S. 137 (S. 152). Gegen eine Überschätzung der Leistungsfähigkeit des Mündlichkeitsgrundsatzes *Ventzke*, NStZ 2003, 104; *Fezer*, JZ 2007, 40 (45 f.). Gerade erfahrene Revisionsrichter weisen dagegen auf den Wert der mündlichen Verhandlung hin; *Hanack* (a.a.O.), S. 306 f.

⁵⁰ *Graf/Wiedner* (Fn. 25), § 349 Rn. 18; *Zwiehoff*, in: *Bemann/Manoledakis* (Hrsg.), Der Richter in Strafsachen, Griechisch-Deutsches Symposium, 1992, S. 119 (S. 121); *Hamm*, StV 2000, 454 (456); zutreffend kritisch dagegen *Meyer-Gößner* (Fn. 45), § 349 Rn. 10.

⁵¹ *Dahs*, NStZ 2001, 298 f.

⁵² *Kuckein* (Fn. 30), § 349 Rn. 29; *Hanack* (Fn. 30), § 349 Rn. 25.

⁵³ *Rieß* (Fn. 19), S. 397 (S. 414); vgl. *Ventzke*, NStZ 2003, 104 (105).

⁵⁴ *Motive*, *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3, Materialien zur Strafprozessordnung,

be des Gesetzgebers, daraus Konsequenzen zu ziehen und als Regelverfahren ein Beschlussverfahren vorzusehen.⁵⁵ Mit einer Ausnahmevorschrift⁵⁶ wie derjenigen des § 349 Abs. 2 StPO lässt sich die Umkehrung des Ausnahmeverfahrens zum Regelverfahren jedenfalls dogmatisch haltbar nicht begründen, auch nicht durch einen „Befreiungsschlag“ des BGH, wie dessen neues Verständnis von § 349 Abs. 2 StPO titulierte wurde.⁵⁷

Die Entstehungsgeschichte hat auch gezeigt, dass der Apparat einer Revisionshauptverhandlung lediglich in den Fällen aus verfahrensökonomischen Erwägungen entbehrlich sein sollte, in denen es dem Angeklagten offensichtlich um den Aufschub der Rechtskraft und nicht um eine rechtliche Kontrolle ging. Die Entbehrlichkeit einer mündlichen Hauptverhandlung hing als Rechtsfolge vom Vorliegen dieser Voraussetzung ab, die die RStPO und später die StPO mit dem Merkmal der offensichtlichen Unbegründetheit umschrieb. Die Entbehrlichkeit der Hauptverhandlung war niemals voraussetzungslos, wird es aber in der neuen Auslegung des BGH. Ihm ist vorzuhalten, dass er die Prämisse mit der Rechtsfolge definiert, also vom erwünschten Ergebnis her argumentiert.⁵⁸ Das ist als Zirkelschluss methodisch fragwürdig.

Die Befürworter der BGH-Ansicht führen ins Feld, dass es nicht gelungen sei, eine wirklich präzise, im konkreten Fall sicher handhabbare Umschreibung für die offensichtliche Unbegründetheit im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO zu finden.⁵⁹ Die Formeln der herrschenden Meinung seien schlicht nicht operabel,⁶⁰ das Merkmal „offensichtlich“ entziehe sich einer Definition: jedenfalls werden sich bis ins Einzelne gehende sachliche Kriterien nicht finden lassen.⁶¹ Diesen Stimmen ist zuzugestehen, dass die Beurteilung, wann etwas offensichtlich ist, eine subjektive Seite und damit bekenntnishafte Elemente hat. Es ist aber keinesfalls richtig, die Offensichtlichkeit sei pures Erlebnis.⁶² Denn unter welchen Prämissen dieses „Erlebnis“ der Offensichtlichkeit eintreten soll, ist eine

normative Frage.⁶³ Sie ist damit wie bei jedem normativen Tatbestandsmerkmal auch einer Subsumtion zugänglich. Ein weiteres tritt hinzu: Es ist zu berücksichtigen, dass es um eine negative Bewertung geht, um die *Un*-Begründetheit der Revision, welche zudem offensichtlich sein muss. Es ist wissenschaftstheoretisch als negatives Prinzip ein akzeptierter Grundsatz, dass unsere Erkenntnisse beim Falsifizieren sehr viel sicherer sind, als wenn wir positiv sagen müssten, was einen Begriff ausmacht.⁶⁴ Mit anderen Worten: Die Wertung, die Revision sei offensichtlich unbegründet, lässt sich zuverlässiger treffen als die positive Wertung, sie sei offensichtlich begründet. Zutreffend wird § 349 Abs. 2 StPO vom BVerfG nicht als eine zu unbestimmte Norm angesehen. Der Inhalt dieser Bestimmung lasse sich ohne weiteres durch Auslegung ermitteln.⁶⁵

Im Übrigen führt der Anknüpfungspunkt an die Notwendigkeit einer mündlichen Revisionshauptverhandlung keinesfalls zu einer präziseren Klärung als das Kriterium der Offensichtlichkeit für jeden Sachkundigen, worauf *Radtke* zu Recht hinweist.⁶⁶ Mit der Entbehrlichkeit der Hauptverhandlung werde vielmehr ein anderer, noch um einiges vagerer Maßstab eingeführt.⁶⁷ Das zeigen nicht zuletzt die zahlreichen Verfahren, in denen die sachkundige Revisionsabteilung des Generalbundesanwalts einen Antrag nach § 349 Abs. 2 StPO stellt, der BGH aber dennoch terminiert und die angefochtenen Urteile aufhebt.⁶⁸ Besonders krass scheint die Diskrepanz im Pistazieneis-Fall auf, bei dem der Generalbundesanwalt die Revision als offensichtlich unbegründet eingestuft hatte,⁶⁹ der BGH aber direkt vom Vorwurf des Mordes freisprach.⁷⁰ Von weiteren Fällen wird bei *Sarstedt/Hamm* berichtet.⁷¹ Solche Fehlbeurteilungen zeigen gerade, dass der Maßstab des BGH untauglich ist, eine einigermaßen verlässliche Handhabung zu erzeugen. Indem sich die Rechtsprechung immer weiter von dem, was jedem mit Sachkunde ausgestatteten Beteiligten als offensichtlich unbegründet ins Auge springt, entfernt hat, hat sie zugleich ihren Beurteilungsspielraum extra legem ausgeweitet und damit zwangsläufig die Unsicherheiten potenziert. Das ist überaus bedenklich. Denn es hat weiter Gültigkeit, was *Imme Roxin* schreibt: „Es ist [...] gerade eine der zentralen Forderungen des Rechtsstaates,

Abteilung 1, 2. Aufl. Berlin 1885 (Nachdruck Aalen 1983), S. 254.

⁵⁵ *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (39). Entsprechend argumentiert *Meyer-Goßner* für eine Anpassung de lege ferenda; *Meyer-Goßner* (Fn. 45) § 349 Rn. 11.

⁵⁶ *Römer*, MDR 1984, 353 (354 u. 355); *Detter*, StV 2004, 345 (348).

⁵⁷ *Ventzke*, NStZ 2003, 104 (105).

⁵⁸ Zutreffend *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (40); *Fezer*, StV 2007, 40 (45).

⁵⁹ *Tolksdorf*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, 1995, S. 393 (S. 407).

⁶⁰ *Wohlens* (Fn. 38), § 349 Rn. 32.

⁶¹ *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1373; *Römer*, MDR 1984, 353 (355); *Paulus* (Fn. 29), § 349 Rn. 13; *Kruse* (Fn. 3), S. 32; *Meyer-Goßner* (Fn. 45), § 349 Rn. 11.

⁶² So aber *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1373.

⁶³ *Maiwald*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 3, 1966, § 349 Rn. 6; *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (39).

⁶⁴ Vgl. zum negativen Prinzip nur *Kaufmann*, in: Zaczyk u.a. (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, 1998, S. 307 (S. 366).

⁶⁵ BVerfG NJW 1982, 925.

⁶⁶ *Radtke* (Fn. 47) S. 229.

⁶⁷ *Hanack* (Fn. 30), § 349 Rn. 9.

⁶⁸ *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1373.

⁶⁹ *Salditt*, StraFo 1999, 160 (161).

⁷⁰ BGH NJW 1999, 1562 (1564). Zuvor hatten zwei Landgerichte die Angeklagte wegen Giftmordes an deren siebenjähriger Tochter verurteilt. Bereits das erste Urteil hatte der BGH aufgehoben (BGH StV 1997, 62).

⁷¹ *Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl. 1998, S. 584 f.

daß staatliches Handeln dem Bürger gegenüber grundsätzlich meßbar und vorausberechenbar sein muß.⁷²

Die vom BGH hinzugefügte Begrenzung, dass die unterbreiteten Rechtsfragen bereits höchstrichterlich geklärt sein müssen und zweifelsfrei in einem bestimmten Sinn zu beantworten sind,⁷³ taugt als Eingrenzung einer ausufernden Praxis der „ou“-Verwerfung nicht. Das Maß zweifelsfreier, ständiger Rechtsprechung als Verwerfungsgrund ist zudem mit der Aufgabe der Rechtsfortbildung kaum kompatibel. Letztlich bedeutet es Rechtsstillstand, weil ein Rechtsprechungswandel unmöglich gemacht würde und gefestigte Rechtsmeinungen nicht mehr überdacht werden könnten:⁷⁴ stattdessen wäre die Revision als offensichtlich unbegründet zu verwerfen. Die Aufgabe der Figur des Fortsetzungszusammenhanges, einem in ständiger Rechtsprechung anerkannten Institut, wäre beispielsweise prozessual an sich nicht möglich gewesen. Bezeichnenderweise hatte in den beiden der Vorlage an den *Großen Senat* für Strafsachen zugrundeliegenden Fällen der Generalbundesanwalt die Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet nach § 349 Abs. 2 StPO beantragt.⁷⁵

Der Begriff der Offensichtlichkeit ist demnach wieder ernst zu nehmen. § 349 Abs. 2 StPO ist, wie es schon *Lobe* favorisierte, *eng* auszulegen. Wenn ein *Senat* eine Revision für einstimmig unbegründet hält – und dann dürfte eine mündliche Revisionshauptverhandlung regelmäßig entbehrlich erscheinen – ist die Revision noch lange nicht *offensichtlich* unbegründet. Es bedarf eines Plus, die Unbegründetheit muss quasi auf der Hand liegen. Wenn etwa in den beiden Paderborner Bordell-Fällen den Generalbundesanwalt beim Verwerfungsantrag ein ungutes Gefühl befällt,⁷⁶ verbietet sich die Annahme einer offensichtlichen Unbegründetheit. In zutreffender Weise ausgelegt, hätte § 349 Abs. 2 StPO die Verwerfungsanträge für beide Verfahren nicht rechtfertigen können. In den besagten Fällen sind in getrennt geführten Parallelverfahren gegen zwei Mittäter die Strafkammern zu gegensätzlichen Feststellungen gekommen, weil mehrere Beweistatsachen bei ein- und demselben Sachverhalt gegensätzlich gewürdigt worden waren.⁷⁷ Eines der beiden gefundenen Ergebnisse konnte denknotwendig nicht dem tatsächlichen Geschehen entsprochen haben, so dass vorliegend ohne längeres Nachdenken offen auf der Hand liegt, dass eines der Urteile rechtlich fehlerhaft war.

Die Unbegründetheit muss also gleichsam für den Sachkundigen auf der Hand liegen. Präziser wird sich das Merkmal nicht fassen lassen. Dem Revisionsgericht wird weiterhin ein Beurteilungsspielraum verbleiben.⁷⁸ Aber nur wenn es als

einschränkendes Merkmal zur Begrenzung einer Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO verstanden wird, lässt sich den Vorwürfen des Missbrauchs dieses Instituts durch die Revisionsgerichte begegnen.

Gefordert ist damit in gleicher Weise der Generalbundesanwalt. Denn da die „ou“-Verwerfung mit seinem entsprechenden Antrag steht und fällt, hat er es ebenso in der Hand, ob es zu diesem Verfahren kommt. Ihn trifft damit dieselbe Verantwortung wie den BGH für die gesetzeskonforme Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO. Daher ist auch der Generalbundesanwalt aufgefordert, Anträge nach § 349 Abs. 2 StPO nur zu stellen, wenn die Voraussetzung der offensichtlichen Unbegründetheit der Revision in der hier angemahnten gesetzeskonformen Auslegung gegeben ist.

Dass damit eine „außerordentlich praktische Vorschrift“⁷⁹ leerlaufen würde, steht nicht zu befürchten. Auch wenn konstatiert wird, die Zahl guter Revisionsbegründungen habe zugenommen,⁸⁰ gibt es eine beträchtliche Anzahl an Revisionen, deren Qualität gering ist.⁸¹ Daran wird sich auch aufgrund des genannten „Strohhalmeffektes“ in Zukunft wenig ändern, so dass ein hinreichend breiter Anwendungsbereich für die Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO verbleibt, mit dem sich die Revisionsgerichte zeit- und arbeitssparend vornehmlich aussichtsloser Revisionen entledigen können. Bei einem großen Prozentsatz ist die sachliche Unbegründetheit auch wirklich offensichtlich im Sinne einer restriktiven Auslegung. *Kruse* hat deutlich herausgearbeitet, dass sich vielfach eindeutig entscheiden lässt, ob Offensichtlichkeit vorliegt.⁸²

2. Zur Kritik an der „ou“-Verwerfung in der revisionsrechtlichen Praxis

Jenseits des Streits um den Begriff der offensichtlichen Unbegründetheit ist die Praxis der Beschlussverwerfung von Anbeginn an Gegenstand heftigster Kontroversen gewesen. Der unbegründete Verwerfungsbeschluss wird insbesondere von der Anwaltschaft als diskriminierend wahrgenommen.⁸³ Die Kargheit und Härte solcher Beschlüsse ohne ein Wort der Erklärung ist den Mandanten schwer zu vermitteln, die in den Haftanstalten ihren Frieden mit dem Urteil finden müssten.⁸⁴ Insbesondere bei guten und ausführlichen Revisionsbegründungen, die entsprechend honoriert werden müssen, führe der

ten im verwaltungsrechtlichen Sprachgebrauch abweicht, der zwischen Tatbestandsvoraussetzungen einerseits (dann Beurteilungsspielraum) und Rechtsfolge andererseits (dann Ermessensspielraum) unterscheidet; vgl. nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, Rn. 51.

⁷² *Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 4. Aufl. 2004, S. 30.

⁷³ BGHSt 38, 177 (184); *Kuckein* (Fn. 30), § 349 Rn. 23.

⁷⁴ *Maiwald* (Fn. 63), § 349 Rn. 7; *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1375.

⁷⁵ BGHSt 40, 138 (140 u. 142).

⁷⁶ *Meyer-Goßner/Cierniak*, StV 2000, 696 (697 Fn. 8) zu BGH StV 2000, 72 sowie 72 f.

⁷⁷ Vgl. dazu *Rosenau* (Fn. 7), S. 521 (S. 541 f.).

⁷⁸ So auch *Radtke* (Fn. 47), S. 229. Das BVerfG (NStZ 2002, 487 [489]) und *Kuckein* ([Fn. 30], § 349 Rn. 24) sprechen von einem Ermessensspielraum, was von den Gepflogenheiten

⁷⁹ *Lobe*, JW 1925, 1612.

⁸⁰ *Schmidt*, MDR 1984, 174; *Jungfer*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im Deutschen Anwaltverein (Fn. 24), S. 155 (S. 160).

⁸¹ *Hanack* (Fn. 49), S. 301 (S. 308); *Detter*, StV 2004, 345 (349).

⁸² *Kruse* (Fn. 3), S. 112 ff. u. S. 296 ff.; dazu *Radtke* (Fn. 47), S. 229, Fn. 168.

⁸³ *Dahs*, NStZ 2001, 298; *Salditt*, StV 2001, 252; *Fürstenau*, StraFo 2004, 38.

⁸⁴ *Jungfer* (Fn. 80), S. 155 (S. 159).

lakonische Beschluss, die Revision sei offensichtlich unbegründet, zu Unverständnis.⁸⁵ Der Rechtskultur sei das abträglich.⁸⁶ Als Ärgernis müssen Revisionsanwälte auch empfinden, dass ihre gründlich ausgeführten Revisionen mit einer begründungslosen Verwerfung quittiert werden, während die Revision der Staatsanwaltschaft entsprechend der Übung der Generalbundesanwaltschaft regelmäßig zum Gegenstand einer Revisionshauptverhandlung gemacht wird, und zwar unabhängig von der Frage, ob jene Revision nicht auch offensichtlich unbegründet erscheinen muss.⁸⁷

Diese Einwände berühren eher atmosphärische Fragen, denen der BGH durch sprachliche Glättung zu begegnen versucht, indem er in seinen Beschlüssen lediglich die Norm des § 349 Abs. 2 StPO zitiert und die Umschreibung der Verwerfung als „offensichtlich“ unbegründet auslässt.⁸⁸ Auch die Kritik an der Übung des BGH, zuweilen die Verwerfungsbeschlüsse mit ergänzenden Hinweisen zu versehen, beispielsweise in Erwiderung auf Rechtsfragen, die Verteidiger in Gegenerklärungen angesprochen haben, geht in diese Richtung. Sie werden zu Unrecht entweder als missbräuchliche Disziplinierung der Tatgerichte oder als Abkanzelerung der Verteidiger bemäkelt.⁸⁹ Solche Ergänzungen werden vom BVerfG für sinnvoll erachtet, wenn sich das Revisionsgericht nur im Ergebnis dem Verwerfungsantrag der Staatsanwaltschaft anschließen will, aber dies aufgrund einer abweichenden Rechtsauffassung tut.⁹⁰ Zweifelhaft ist eine solche Verfahrensweise gleichwohl, weil sie offenbart, dass gerade keine offensichtlich unbegründeten Revisionen vorgelegen haben. Denn Offensichtliches bedarf keiner Begründung,⁹¹ weshalb auch von Befürwortern dieser Praxis angemahnt wird, dass sich die nähere Begründung im Verwerfungsbeschluss nicht in Widerspruch zum Merkmal der offensichtlichen Unbegründetheit stellen dürfe.⁹²

Die Kritik reicht aber noch weiter ins Grundsätzliche. Es wird die nicht unerhebliche Gefahr gesehen, dass von der

Möglichkeit der arbeitssparenden Beschlussverwerfung eine gewisse Versuchung zum Missbrauch ausgeht.⁹³ Das Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO ist dem Verdacht ausgesetzt, dass mit seiner Hilfe Revisionen insgesamt erledigt werden, bei denen eine ausführliche Begründung dem Revisionsgericht argumentative Schwierigkeiten bereiten könnte.⁹⁴ Es wird gemutmaßt, dass sich der BGH auf diese Art und Weise nicht nur offensichtlich unbegründeter, sondern auch „offensichtlich unbequeme(r)“ Revisionen entledigt.⁹⁵ So schreibt der langjährige Revisionsrichter *Sarstedt*, dass sich nach seinem Eindruck bei „ou“-Verwerfungen, die er nicht für möglich gehalten habe, die Begründung für die Entscheidung nicht hätte schreiben lassen können.⁹⁶ Es liegt auf der Hand, dass derartige Befürchtungen genährt werden, wenn BGH-Richter bestätigen, dass die Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO in Relation zum aktuell zu bewältigenden Arbeitsanfall bei den Strafsenaten des BGH stehe und als Mittel der Arbeitsregulierung diene.⁹⁷ Auch im Zusammenhang mit § 349 Abs. 2 StPO begegnet einem das Motto vom „goldrichtigen“ Urteil, das man nicht aufheben könne.⁹⁸ Eine Revision wird mithin nach § 349 Abs. 2 StPO schlankerhand trotz inhaltlich zutreffender Revisionsrügen als offensichtlich unbegründet verworfen, wenn das Urteil im Ergebnis vertretbar erscheint.⁹⁹ Das öffne der Willkür Tür und Tor.¹⁰⁰

Der Vorwurf der Willkür und der Rechtsverweigerung¹⁰¹ lässt sich ohne eine inhaltliche Analyse der angegriffenen Taturteile kaum bewerten. Bislang fußt sie auf Beurteilungen und Äußerungen einzelner.¹⁰² Die Apologeten der Beschlussverwerfung verweisen demgegenüber auf die vom Gesetzgeber in das Verfahren eingebauten Garantien, die als Sicherungen ausreichend seien. Angeführt wird zunächst die erforderliche Einstimmigkeit innerhalb des Revisionssenates.¹⁰³ Das Einstimmigkeitserfordernis solle dafür Sorge tragen, dass nur solche Revisionen im Beschlusswege verworfen werden, bei denen mit hinreichender Sicherheit der Maßstab des § 349

⁸⁵ *Jungfer* (Fn. 80), S. 155 (S. 160); s. auch *Detter*, StV 2004, 345 (348 m.w.N.).

⁸⁶ *Schlothauer*, StV 2004, 340 (341).

⁸⁷ *Hamm*, StV 2000, 637. Kritisch dazu als Anwendung des § 349 StPO praeter legem *Barton*, StV 2004, 332 (338); *Meyer-Mews/Rotter*, StraFo 2011, 14 (15). Rechtlich ist nicht zu bezweifeln, dass auch eine staatsanwaltschaftliche Revision nach § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet beschieden werden kann; *Detter*, Revision im Strafverfahren, 2011, Rn. 445.

⁸⁸ *Dahs*, NStZ 1981, 205 (206).

⁸⁹ Einerseits *Dahs*, NStZ 1981, 205 (207); andererseits *Ventzke*, StV 2000, 249 (252).

⁹⁰ BVerfG NStZ 2002, 487 (489); ebenso *Detter*, StV 2004, 345 (350); *Kuckein* (Fn. 30), § 349 Rn. 28. Kritisch dagegen *Temming* (Fn. 31), § 349 Rn. 7. Dass das Revisionsgericht nicht an den Verwerfungsantrag gebunden ist, wird überwiegend anerkannt; s. nur *Maiwald* (Fn. 63), § 349 Rn. 10; *Kuckein* (Fn. 30), § 349 Rn. 25; *Temming* (Fn. 31), § 349 Rn. 7.

⁹¹ *Temming* (Fn. 31), § 349 Rn. 7.

⁹² *Kuckein* (Fn. 30), § 349 Rn. 16.

⁹³ *Neuhaus*, StV 2001, 222 (223 m.w.N.); *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1381; *Schlothauer*, StV 2004, 340 (341); *Römer*, MDR 1984, 353 (354).

⁹⁴ *Rieß* (Fn. 19), S. 397 (S. 416).

⁹⁵ *Schünemann*, JA 1982, 123 (129); *Zwiehoff* (Fn. 50), S. 119.

⁹⁶ *Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 5. Aufl. 1983, S. 346; a.A. ohne Begründung *Schmidt*, MDR 1984, 174 f.; relativierend *Hamm*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im Deutschen Anwaltverein (Fn. 24), S. 19 (S. 27).

⁹⁷ *Hanack* (Fn. 49), S. 301 (S. 308); *Schlothauer*, StV 2004, 340 (341); *Neuhaus*, StV 2001, 152 m.w.N.

⁹⁸ *Barton*, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 261 f.; *Ventzke*, NStZ 2011, 481 (485 f.).

⁹⁹ *Neuhaus*, StV 2001, 222 (223).

¹⁰⁰ *Fürstenau*, StraFo 2004, 38 (40).

¹⁰¹ Vgl. *Kruse* (Fn. 3), S. 14.

¹⁰² *Hanack*, StV 2001, 140 (142 unter Hinweis auf *Barton* [Fn. 98], S. 261 ff.).

¹⁰³ BGH NStZ-RR 2009, 252; *Tolksdorf* (Fn. 59), S. 393 (S. 407); *Wohlers* (Fn. 38), § 349 Rn. 40; *Hamm*, StV 2000, 454 (456); *Detter*, StV 2004, 345 (349).

Abs. 2 StPO nicht überdehnt werde. Dass hier einiges von der Persönlichkeit der beteiligten Richter abhängt, liegt auf der Hand.¹⁰⁴ Es wird berichtet, dass manche Richter entgegen ihrer Rechtsansicht zustimmen, um einen arbeitssparenden Verwerfungsbeschluss zu ermöglichen; denn ein Widerspruch gegen die Mehrheit im *Senat* werde als sinnlos wahrgenommen, es komme nur zu einer nutzlosen Hauptverhandlung, infolge derer auch noch eine schriftliche Urteilsbegründung zu verfassen sei.¹⁰⁵ Alternativ werden – so ist zu vernehmen – Beratungstermine auf Zeiten der Abwesenheiten von dissentierenden Richtern gelegt, damit diese sich nicht genötigt sehen, gegen ihre eigene Überzeugung votieren zu müssen und so das Verfahren aufzuhalten. Stattdessen stimmt der geschäftsmäßige Vertreter zu, der weniger oder keinerlei Bedenken hat: alles Umgehungen, die die vom Gesetz vorgesehenen Sicherungsklauseln leer laufen lassen. In deutlichen Worten: Rechtsmissbrauch.¹⁰⁶

Ebenso relativiert sich die zweite Sicherung gegen Missbrauch bei der Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO. Diese wird im Antragserfordernis durch die Staatsanwaltschaft beim Revisionsgericht gesehen.¹⁰⁷ Staatsanwaltschaft und Gericht und damit zwei Strafverfolgungsorgane sollen unabhängig voneinander die Revision als offensichtlich unbegründet ansehen.¹⁰⁸

Die Einführung des Antragserfordernisses im Jahre 1964 durch das StPÄG vom 19.12.1964¹⁰⁹ sollte die Beschlussverwerfung erschweren.¹¹⁰ Tatsächlich habe sie diese erleichtert, weil die geteilte Verantwortung für das Revisionsgericht weniger belastend ist und zudem von der Möglichkeit der Gegenerklärung gegen den Verwerfungsantrag der Staatsanwaltschaft kaum Gebrauch gemacht wird. Das Revisionsgericht könne daraus den Schluss ziehen, dass der Revisionsführer von der Antragsschrift der Staatsanwaltschaft überzeugt sei.¹¹¹

Ob das eine wie das andere letztlich überzeugen kann, mag an dieser Stelle offenbleiben. Einer Abschaffung des § 349 Abs. 2 StPO kann angesichts der Bedeutung dieses Instituts für die Funktionsfähigkeit der Revisionsgerichte auch nicht das Wort geredet werden.¹¹² Es ist nur festzuhalten, dass die Verfahrenswirklichkeit den gesetzlichen Vorga-

ben nicht entspricht.¹¹³ Die derzeitige Handhabung des § 349 Abs. 2 StPO ist zum einen mit dessen Wortlaut, zum anderen – wie wir gleich sehen werden – mit dem Verfahrensziel der Revision nicht zu vereinbaren.

3. Die Unvereinbarkeit der „ou“-Verwerfung in der heutigen Praxis mit einer qualitätskontrollierenden und -sichernden Revision

Die „ou“-Verwerfung erfolgt in aller Regel ohne Begründung.¹¹⁴ Das ergibt sich nicht aus § 349 Abs. 2 StPO, sondern entspricht seit den Zeiten des RG der ständigen Übung der Revisionsgerichte.¹¹⁵ Angesichts der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers, das vollständige Fehlen einer Begründung in allen drei großen Verfahrensordnungen zum absoluten Revisionsgrund zu machen,¹¹⁶ verwundert es nicht, wenn schließlich auch dieser Umstand Gegenstand massiver Kritik geworden ist. Verfassungsrechtlich mag das noch unbedenklich sein, weil der Revisionsführer aufgrund des Verwerfungsantrags durch die Staatsanwaltschaft beim Revisionsgericht eine, wenn auch unter Umständen nur kurze,¹¹⁷ Begründung erhält.¹¹⁸ Durch die Gründe aus dem Verwerfungsantrag und die Gründe des angefochtenen Urteils sei der Angeklagte hinreichend informiert.¹¹⁹

Das vermag jedenfalls für den Fall nicht zu überzeugen, in dem das Revisionsgericht seinen Beschluss nicht in vollem Umfang auf die Ausführungen in der Antragsschrift der Staatsanwaltschaft stützt. Da es daran aber nicht gebunden ist¹²⁰ und die Antragsbegründung nicht als ein stillschweigend in Bezug genommener Teil der Beschlussentscheidung gilt,¹²¹ mutiert der Verwerfungsbeschluss in derartigen Situationen zu einer begründungslosen Entscheidung und wird rechtsstaatlich bedenklich.¹²² Diese Bedenken lassen sich

¹¹³ Fezer, StV 2007, 40 (43).

¹¹⁴ BVerfG NJW 1982, 925; bei Berkemann, EuGRZ 1984, 442; Eschelbach/Gieg/Schulz, NStZ 2000, 565 (570).

¹¹⁵ Zwiehoff (Fn. 50), S. 119 (S. 121).

¹¹⁶ Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 345 unter Hinweis auf § 547 Nr. 6 ZPO, § 338 Nr. 7 StPO sowie § 138 Nr. 6 VwGO.

¹¹⁷ Kritisch dazu Wohlers (Fn. 38), § 349 Rn. 28, der die Begründungsanforderung annahmt, die an eine Rechtsmittelentscheidung zu stellen ist.

¹¹⁸ So etwa BVerfG NStZ 2002, 487 (488 f.).

¹¹⁹ BGH NJW 2002, 3266; Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1995, S. 280; Hanack (Fn. 30), § 349 Rn. 21; Kuckein (Fn. 30), § 349 Rn. 27; Eschelbach/Gieg/Schulz, NStZ 2000, 565 (570).

¹²⁰ Allgemeine Meinung; Temming (Fn. 31), § 349 Rn. 4; Friemel, NStZ 2002, 72 (73); Schlothauer, StraFo 2000, 289 (292).

¹²¹ Kuckein (Fn. 30), § 349 Rn. 25. A.A. noch BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 3.2.2000 – 2 BvR 152/00 und v. 1.2.2000 – 2 BvR 75/00 (unveröffentlicht): die Antragsbegründung der Staatsanwaltschaft sei in die verfahrensbeendende Beschlussentscheidung eingeflossen.

¹²² Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 2005, S. 660; wohl auch Fezer, StV 2007, 40 (44).

¹⁰⁴ Römer, MDR 1984, 353 (356).

¹⁰⁵ Berichtet von Kutzer, StraFo 2000, 325 (327); vgl. Hanack (Fn. 30), § 349 Rn. 12.

¹⁰⁶ Vgl. Kühne (Fn. 17), Rn. 1089; abwiegelnd Wohlers (Fn. 38), § 349 Rn. 21.

¹⁰⁷ BGH NStZ-RR 2009, 252; Detter, StV 2004, 345 (349); Tolksdorf ([Fn. 59], S. 393 (S. 407)); Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1995, S. 280; Friemel, NStZ 2002, 72; Neuhaus, StV 2001, 152 (153); Bock, JA 2011, 134 (135).

¹⁰⁸ Wohlers (Fn. 38), § 349 Rn. 25 f.

¹⁰⁹ Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG, BGBl. I 1964, S. 1067 ff.

¹¹⁰ Fezer, StV 2007, 40 (43).

¹¹¹ Hamm (Fn. 20), Rn. 4.

¹¹² Wie hier Rieß, JZ 2000, 813 (819); Bloy, JuS 1986, 585 (595).

auch nicht mit dem Argument überspielen, dass dem Revisionsführer „nur ein allgemeines, indes kein spezielles auf das einzelne rechtliche Argument bezogenes Gehör gewährt“ wird.¹²³ Denn im Ergebnis wird so das rechtliche Gehör zur leeren Hülse. Daher wird zu Recht eine Begründung auch der Beschlussverwerfung verlangt, wenn das Revisionsgericht von der Begründung des Verwerfungsantrages der Staatsanwaltschaft abweicht.¹²⁴

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn Sinn und Zweck der Revision in den Blick genommen werden. An anderer Stelle habe ich zu zeigen versucht, dass die klassischen Theorien zur strafprozessualen Revision (Rechtseinheit und Rechtsfortbildung¹²⁵ – Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit¹²⁶ – Vereinigung dieser beiden Zwecke¹²⁷ – Theorie des realistischen Rechtsschutzes¹²⁸) das Institut der Revision nicht in befriedigender Weise und vollständig erfassen können. Vielmehr kommt der Revision Disziplinierungs- und Kontrollfunktion zu¹²⁹, so dass deren Telos in einer rechtsstaatsförmigen, justizspezifischen Qualitätskontrolle und damit Qualitätssicherung im Strafverfahren zu sehen ist.¹³⁰

Ein unbegründeter Beschluss indes kann in keiner Weise auf die Rechtsprechung der Tatgerichte qualitätsfördernd wirken. Es bleibt im Verborgenen, wie das Revisionsgericht die wesentlichen Revisionsrügen bewertet hat. Eine die Rechtsprechung der Untergerichte stützende und bestärkende Wirkung wird veran. Selbst Fehler, die dem Tatgericht unterlaufen sind und nur aufgrund des offensichtlich fehlenden Beru-

hens nicht zur Urteilsaufhebung geführt haben mögen, werden bei einem „ou“-Beschluss schweigend übergangen.

Deswegen ist nicht nur *Detter* beizupflichten, der empfiehlt, dass die Strafsenate von der Möglichkeit einer kurzen, wesentlichen Begründung des Beschlusses nach § 349 Abs. 2 StPO mehr Gebrauch machen sollten, und zwar nicht nur dann, wenn sie nicht in allen Punkten mit der Rechtsansicht der Staatsanwaltschaft konform gehen.¹³¹ Eine Begründung ist in jedem Fall anzumahnen.¹³² Mit dieser Überlegung verbietet sich auch das schlichte, geheime Austauschen von Begründungen, wenn nur das Ergebnis der offensichtlichen Unbegründetheit stimmt. Die vom BVerfG ausgeworfene Idee des Begründungsaustausches, die vom BGH geradezu dankbar aufgegriffen wurde,¹³³ ist mit einer qualitätssichernden Revision in keiner Weise kompatibel.¹³⁴ Ganz im Gegenteil würde dadurch ein Fehler in der Vorinstanz mit höchst richterlicher Aura versehen und so für die allgemeine Strafjustiz sogar noch vorbildgebend perpetuiert werden – fataler Weise.

Die durchgehende Begründung der Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO stellt auch die Entlastungswirkung für das Revisionsgericht nicht in Frage; der erforderliche zusätzliche Aufwand wäre nicht hoch, zumal bei schlecht begründeten oder aus sachfremden Erwägungen eingelegten Revisionen eine Begründung äußerst knapp ausfallen könnte.¹³⁵

Deutlich zu widersprechen ist der Ansicht, dass disziplinierende Hinweise an die Tatrichter inopportun wären.¹³⁶ Im Gegenteil ist das Disziplinierungselement ein wesentlicher Bestandteil der Qualitätskontrolle, das erst eine präventive und die Judikatur der Tatgerichte optimierende Qualitätssicherung ermöglicht. Mit begründungslosen „ou“-Beschlüssen wird auf jegliche Disziplinierungs- und Kontrollwirkung revisionsrechtlicher Tätigkeit verzichtet, was Sinn und Zweck der Revision widerspricht. Das Problem liegt deshalb bei den „ou“-Verwerfungen auch weniger in der Frage, ob eine Hauptverhandlung durchgeführt werden sollte oder nicht, und

¹²³ BGH NSTZ-RR 2009, 252.

¹²⁴ *Peters*, in: Hanack/Rieß/Wendisch (Fn. 49), S. 53 (S. 68 Fn. 42); *Hamm* (Fn. 20), Rn. 1377; *Wohlers* (Fn. 38), § 349 Rn. 56; *Döllen/Meyer-Mews*, StV 2005, 4 (5); vorsichtiger *Meyer-Goßner* (Fn. 45), § 349 Rn. 20; *Salger*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im Deutschen Anwaltverein (Fn. 24), S. 166; *Hamm* (Fn. 96), S. 173 ff.

¹²⁵ *Schwinge*, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl. 1960, S. 32.

¹²⁶ *Meurer*, NJW 2000, 2936 (2945); *Zipf*, Die Strafmaßrevision, 1969, S. 173.

¹²⁷ H.M., siehe nur *Schroeder/Verrel* (Fn. 16), Rn. 324; *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, S. 314 f.; *Lohse*, in: Krekeler u.a. (Hrsg.), Anwaltkommentar Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2010, Vor. § 333 Rn. 1.

¹²⁸ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, S. 466; *Schünemann*, JA 1982, 71 (73); *Volk*, Grundkurs StPO, 7. Aufl. 2010, S. 314; *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, 2007, S. 168; *Nagel*, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 333 Rn. 2.

¹²⁹ *Rosenau* (Fn. 7), S. 521 (S. 537 f.); positiv zum Disziplinierungsansatz auch *Schroeder/Verrel* (Fn. 16), Rn. 324; *Alsberg*, Gutachten über die Frage: Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein? in: Verhandlungen des 35 DJT, Bd. 1, 1928, S. 440 (S. 478).

¹³⁰ *Rosenau* (Fn. 7) S. 521 (S. 539). Den Qualitätsaspekt betont auch *Rieß*, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 569 (S. 582).

¹³¹ *Detter*, StV 2004, 345 (350), völlig zutreffend der BGH: „Für die Tatrichter sind auch – nicht tragende – Hinweise des Bundesgerichtshofs bedeutsam“, BGHSt 39, 221 (226), was für tragende Erwägungen erst recht gilt.

¹³² Wie hier auch *Kühne* (Fn. 17), Rn. 1089 f.

¹³³ BGH NSTZ-RR 2009, 252.

¹³⁴ Im Hinblick auf den Rechtsfortschritt ähnlich *Bock*, JA 2011, 134 (135).

¹³⁵ *Zwiehoff* (Fn. 50), S. 119 (S. 120 f.). Vgl. auch *Hamm* ([Fn. 96], S. 173 ff), der einen Quantensprung in der Revisionsrechtsprechung sähe. Denkbar wären etwa Bezugnahmen auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts, die durch Bemerkungen ergänzt werden. Dieses Verfahren wird bereits vom BGH praktiziert, s. BGH wistra 2000, 150 (151); BGH StV 2001, 387 (405); BGH NSTZ 2001, 425; BGH NSTZ-RR 2002, 176.

¹³⁶ *Hanack* (Fn. 30), § 349 Rn. 21; *Dahs*, NSTZ 1981, 205 (207); ähnlich auch der 1. Strafsenat, BGH JZ 2007, 152 (153). Gegen diesen richtig der 3. Strafsenat, BGH NJW 2004, 2536 (2539), s. dazu im Einzelnen *Rosenau* (Fn. 7), S. 521 (S. 537 f.).

ob mit dieser zusätzliche Erkenntnismöglichkeiten verbunden wären.¹³⁷ Das wahre Problem des § 349 Abs. 2 StPO in der Spruchpraxis des BGH ist in der fehlenden Begründung sehr belastend wirkender hoheitlicher Entscheidungen zu sehen.

Freilich ist die Möglichkeit der Befassung mit Rechtsfragen im Rahmen von Beschlussverwerfungen nach § 349 Abs. 2 StPO beschränkt, soll es nicht zum inneren Widerspruch mit der Voraussetzung der offensichtlichen Unbegründetheit kommen. Damit bestätigt die qualitätskontrollierende und qualitätssichernde Revision das Ergebnis, das bei der Erörterung des Merkmals „offensichtlich unbegründet“ gefunden werden konnte: Die Beschlussverwerfung ist auf ihren dogmengeschichtlichen Ausgangspunkt und auf deren gesetzliche Regelung in der StPO zurückzuführen. Nur bei für den Sachkundigen zweifelsfrei offensichtlicher Unbegründetheit im oben ausgeführten Sinne, wenn diese also der Revision gleichsam auf die Stirn geschrieben steht, wird kein qualitätssichernder Effekt vergeben, wenn nach § 349 Abs. 2 StPO verfahren wird.

¹³⁷ In diese Richtung argumentiert *Fezer*, StV 2007, 40 (45 u. 47), dem ich mich daher nicht anschließen kann. Er kommt indes über eine Neugestaltung des § 349 StPO de lege ferenda ebenfalls zum Ergebnis, dass das Revisionsgericht seine Entscheidungen zu begründen hat (*Fezer*, StV 2007, 40 [48]).

Diagramm

