

Schriften zum Prozessrecht

Band 247

**Das Wesen
der strafprozessualen Revision**

Von

Nikola Kästle



Duncker & Humblot · Berlin

NIKOLA KÄSTLE

Das Wesen der strafprozessualen Revision

Schriften zum Prozessrecht

Band 247

Das Wesen der strafprozessualen Revision

Von

Nikola Kästle



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Wintersemester 2017/18
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-15488-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55488-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85488-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/18 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Februar 2018 berücksichtigt werden.

Mein herzlichster Dank gilt meinem Doktorvater, Professor Dr. Armin Engländer, der diese Dissertation betreut und sie mir durch die Stelle als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl ermöglicht hat. Die spannende und abwechslungsreiche Zeit, die ich dort verbringen durfte, wird mir stets in guter Erinnerung bleiben. Professor Dr. Helmut Satzger danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gilt meinem ehemaligen Kollegen, Herrn PD Dr. Till Zimmermann, der mich zu jeder Zeit unterstützt und ermutigt und durch seine stetige Diskussionsbereitschaft zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Von Herzen möchte ich auch Frau Dr. Amelie Rösl danken, die mir immer mit einem guten Rat zur Seite stand und deren Freundschaft mich auch in schwierigen Phasen getragen hat.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Familie: Meiner Mutter Sabine Rodrian, die mich stets darin bestärkt, meine Ziele zu verfolgen, meinem Vater Karl Kästle, der mich in allen meinen Vorhaben unterstützt, meinem Bruder Oliver Kästle, der das Korrekturlesen nicht nur schnell, sondern auch sehr gründlich übernommen hat und meinem Lebensgefährten Steve Landgraf, der die gesamte Zeit an meiner Seite stand und jeden Tag für mich da ist.

München, im März 2018

Nikola Kästle

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	17
§ 2 Begriffsbestimmung und Methodik	19
§ 3 Ausgangspunkt der Untersuchung	21
A. Stand nach Literatur und Rechtsprechung	21
I. Literatur	21
II. Rechtsprechung	21
III. Ergebnis	23
B. Einwände	24
I. Kritische Anmerkungen Rosenaus und Knauers	24
II. Die These von Hamm	26
C. Zusammenfassung	27
§ 4 Das Wesen der Revision ausweislich § 337 StPO	28
A. Wortlaut und Systematik von § 337 StPO	28
I. Der Begriff der „Revision“	28
II. „Verletzung des Gesetzes“ im Sinne von § 337 I StPO	30
1. Verfahrensrüge (§ 344 II 1 Fall 1 StPO)	33
2. Sachrüge (§ 344 II 1 Fall 2 StPO)	67
III. „Beruhen“ des Urteils auf der Gesetzesverletzung im Sinne von § 337 StPO	177
1. Der Begriff des „Beruhens“	177
2. Die Bedeutung des „Beruhens“ für das Wesen der Revision	179
IV. Gesamtergebnis	182
B. Zweck von § 337 StPO	184
I. Zusammenhang zwischen Zweck und Wesen der Revision?	185
1. Abhängigkeitsverhältnis	185
2. Trennung von Zweck und Wesen	186
II. Die Aufgaben der Revision	187
1. Streitstand	187

2. Die Antinomie der Revisionszwecke	195
3. Entscheidung des Gesetzgebers: Differenzierung zwischen Verfahrens- und Sachrüge	206
4. Ergebnis	216
§ 5 Zusammenfassung der Ergebnisse und Folgerungen	217
Literaturverzeichnis	222
Sachverzeichnis	242

(bb) Rüge der Verletzung von § 261 StPO („Inbegriffsrüge“)	45
(3) Zwischenergebnis	46
bb) Grenzen der revisionsrechtlichen Kontrolle	47
(1) Beschränkungen der Revision bei der Kontrolle von „Ermessens-“Vorschriften im Allgemeinen und durch das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Besonderen	51
(a) Das Rekonstruktionsverbot in der Rechtsprechung	52
(aa) Auswirkungen des Rekonstruktionsverbots auf die Aufklärungsrüge	54
(bb) Auswirkungen des Rekonstruktionsverbots auf die Inbegriffs- und aliud-Rüge	55
(b) Das Rekonstruktionsverbot in der Literatur	56
(2) Bewertung und Folgerungen für das Wesen der Revision	58
(3) Neue Tendenz: Beweiserhebung zur Schuldfrage durch das Revisionsgericht?	64
cc) Ergebnis	67
2. Sachrüge (§ 344 II 1 Fall 2 StPO)	67
a) „Klassische“ Sachrüge	68
aa) Kontrolle der Tatbestandsseite durch das Revisionsgericht	68
bb) Kontrolle der Rechtsfolgenrechte durch das Revisionsgericht	72
(1) Prüfungsumfang des Revisionsgerichts auf der Rechtsfolgenrechte	73
(2) Entscheidungsmöglichkeiten des Revisionsgerichts auf der Rechtsfolgenrechte	76
(a) Eigene Entscheidung des Revisionsgerichts im Rahmen der Beruhensprüfung gem. § 337 I StPO	77
(b) Eigene Entscheidung des Revisionsgerichts bei Erfolg der Revision	79
(aa) Eigene Entscheidung des Revisionsgerichts nach § 354 I StPO	80
(bb) Eigene Entscheidung des Revisionsgerichts analog § 354 I StPO	81
(α) Festsetzung neuer Rechtsfolgen durch das Revisionsgericht	83
(β) Bestätigung des Strafausspruchs trotz Rechtsfehlers	86
(cc) Eigene Entscheidung des Revisionsgerichts nach § 354 Ia und Ib StPO	88
(α) Hintergrund der Regelungen – BVerfG Beschl. v. 07.01.2004	88
(β) Inhalt der Regelung	90

(dd) Strafzumessungsbefugnis des Revisionsgerichts nach dem Wesen der Revision?	93
(α) Strafzumessung als Rechtsanwendung	93
(β) Strafzumessung durch die Revisionsgerichte als Verstoß gegen das Wesen der Revision	95
(γ) Beurteilung der Kritik	97
(δ) Sicherstellung eines vollständigen Strafzumessungssachverhalts	102
(αα) Sicherstellung schon nach dem bisherigen Verfahren in der Revision	102
(ββ) Die Lösung des BVerfG	104
(γγ) Bewertung der Lösung des BVerfG und Folgerungen	106
(ee) Bedeutung für § 354 I Fall 4, 5 StPO und die analoge Anwendung von § 354 I StPO	113
(α) § 354 I Fall 4, 5 StPO	113
(β) Nach den Umständen niedrigste bzw. allein schuldgerechte Strafe analog § 354 I StPO	114
(ff) Bedeutung für den Prüfungsumfang des Revisionsgerichts	116
(3) Ergebnis	117
b) Erweiterte Revision	118
aa) Prüfungsumfang	118
(1) Kontrolle der Beweiswürdigung	121
(2) Kontrolle der Sachverhaltsfeststellungen	126
bb) Entscheidungsmöglichkeiten des Revisionsgerichts	130
(1) Darstellungsmängel auf Tatbestandsebene	130
(2) Darstellungsmängel auf Rechtsfolgenebene	131
cc) Dogmatische Einordnung der erweiterten Revision und Bedeutung für das Wesen der Revision	133
(1) Dogmatische Grundlage der erweiterten Revision	135
(a) Rechtsprechung von RG und BGH	136
(b) Literatur	139
(aa) Sachrüge als dogmatische Grundlage	139
(α) Rechtsnormcharakter von Denkgesetzen	139
(β) Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit	140
(γ) Abgrenzung nach dem Urteilsinhalt	141
(δ) Voraussetzung der richtigen Anwendung des materiellen Strafrechts	142
(e) Schaffung von Rechtsfrieden bzw. Akzeptanz des Urteils	144

(ζ) Die erweiterte Revision als rechtsstaatliches Gebot	144
(η) Verstoß gegen § 267 StPO als materiell-rechtliche Vorschrift	146
(θ) Zwischenergebnis	147
(bb) Verfahrensrüge als dogmatische Grundlage	147
(α) Arg. e § 357 StPO	147
(β) Arg. a maiore ad minus e § 338 Nr. 7 StPO	148
(γ) Verstoß gegen §§ 267, 261 und 244 II StPO	149
(δ) Zwischenergebnis	151
(c) Stellungnahme	151
(aa) Verfassungsrechtliche Verankerung der Anforderungen der erweiterten Revision	152
(bb) Konkretisierung der Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips in § 261 StPO	154
(cc) Konkretisierung der Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips in § 244 II StPO	156
(dd) Sicherstellung einer effektiven Kontrolle der verfassungsrechtlichen Garantien	158
(ee) Zwischenergebnis	160
(ff) Bedenken gegen die vorgestellte Konzeption	160
(gg) Zusammenfassung	163
(2) Verwischen der Grenzen von Aufgaben- und Verantwortungs- teilung zwischen Revisions- und Tatgericht	163
(a) Inhaltliche Überprüfung der materiellen Feststellungen mittels der erweiterten Revision?	163
(b) Eigene Beweiswürdigung des Revisionsgerichts?	167
(3) Verschwimmen der Grenze zwischen Verfahrens- und Sach- rüge	169
dd) Ergebnis	170
ee) Annex: Kontrolle der Auslegung von Urkunden und der Strafzu- messung auf Widersprüche etc.	171
(1) Kontrolle der Auslegung von Urkunden, Willenserklärungen, Verträgen und sonstigen Äußerungen	171
(a) Inhalt der Kontrolle und Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts	171
(b) Grundlage der Kontrolle der Auslegung von Urkunden etc.	174
(2) Kontrolle der Strafzumessungserwägungen	175
III. „Beruhen“ des Urteils auf der Gesetzesverletzung im Sinne von § 337 StPO	177
1. Der Begriff des „Beruhens“	177

2. Die Bedeutung des „Beruhens“ für das Wesen der Revision	179
IV. Gesamtergebnis	182
B. Zweck von § 337 StPO	184
I. Zusammenhang zwischen Zweck und Wesen der Revision?	185
1. Abhängigkeitsverhältnis	185
2. Trennung von Zweck und Wesen	186
II. Die Aufgaben der Revision	187
1. Streitstand	187
a) Rechtseinheit und Einzelfallgerechtigkeit	188
b) Schaffung von Leitlinien und einzelfallbezogene Richtigkeitskontrolle	190
c) Sicherung eines realistischen Rechtsschutzes	190
d) Kontrolle und Sicherung der Qualität des Strafverfahrens	191
e) Schutz der Rechtsstaatlichkeit	193
f) Zusammenfassung	195
2. Die Antinomie der Revisionszwecke	195
a) Gleichrangigkeit der Ziele der Revision	196
aa) Argumentationsgang	196
bb) Einwände gegen die Gleichwertigkeit der Ziele	197
(1) Unterscheidung zwischen generalisierender und individualisierender Gerechtigkeit	197
(2) Praktische Einwände	198
b) Vorrang der Rechtseinheit	199
aa) Entstehungsgeschichte der Revision	200
bb) Begrenzung der Revision auf Rechtsfragen	202
c) Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit	203
aa) Entstehungsgeschichte	203
bb) Die Revision als Rechtsmittel der Verfahrensbeteiligten	204
cc) Die Revision als einziges Rechtsmittel in Fällen schwerer Kriminalität	205
d) Zusammenfassung	205
3. Entscheidung des Gesetzgebers: Differenzierung zwischen Verfahrens- und Sachrüge	206
a) Unterschiede zwischen Verfahrens- und Sachrüge	207
b) Konsequenzen für das Rangverhältnis von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtseinheit	208
aa) Verfahrensrüge	209
bb) Sachrüge	210
(1) Prüfung der Tatbestandsseite	210

(2) Strafmaßrevision	213
c) Kritik an der Differenzierung zwischen Verfahrens- und Sachrüge ...	214
4. Ergebnis	216
§ 5 Zusammenfassung der Ergebnisse und Folgerungen	217
Literaturverzeichnis	222
Sachverzeichnis	242

§ 1 Einleitung

„Die Revision ist kein ‚volkstümliches‘ Rechtsmittel.“¹ Diese Worte Frankes im Löwe-Rosenberg-Kommentar zur StPO bringen das Dilemma zum Ausdruck, in dem sich viele Verteidiger in der strafprozessualen Revision befinden. Es gilt insbesondere, dem Mandanten zu verdeutlichen, dass er mit seiner Version des Tatgeschehens vor dem Revisionsgericht nicht mehr gehört wird.² Gerade, wenn die Revision im Bereich schwerer Kriminalität das einzig mögliche Rechtsmittel gegen die erstinstanzliche Entscheidung darstellt,³ wird das Verständnis des Mandanten für diese Besonderheit gering ausfallen.

Demgegenüber bemerkt Rieß, die mangelnde Volkstümlichkeit der Revision werde zwar zu Recht konstatiert. Sie bilde allerdings keinen „sinnvolle[n] Bewertungsmaßstab“.⁴ Viel wichtiger sei es, zu fragen, ob die Revision ihre Funktion als Rechtsmittel im Strafprozess insgesamt hinreichend erfülle. Diese Frage sei nicht negativ zu beantworten, Anlass zu besonderer Zufriedenheit bestehe hingegen auch nicht.⁵ Seit der Anmerkung von Rieß sind beinahe 20 Jahre vergangen. Die Kontroverse um die Revision ist jedoch noch lange nicht beigelegt. In letzter Zeit rückten das Rechtsmittel und die Frage seiner Ausgestaltung wieder verstärkt in den Fokus.

So entschied der zweite Strafsenat des BGH Ende des Jahres 2014, die Praxis, wonach Revisionshauptverhandlungen in Abwesenheit des Angeklagten und des von ihm gewählten Verteidigers abgehalten würden, verstoße gegen das Recht auf effektive Verteidigung, Art. 6 III lit. c EMRK.⁶ Die Entscheidung ist bisher bemerkenswerterweise ohne große Resonanz geblieben.⁷

Auch das Vorgehen der Revisionsgerichte im Rahmen von § 349 II StPO wurde in jüngerer Zeit kontrovers diskutiert. Insofern wurde insbesondere die Entschei-

¹ LR/Franke, Vor § 333 Rn. 15.

² Leipold, StraFo 2010, 353 (356).

³ S. §§ 312, 333 StPO.

⁴ Rieß, FS Hanack, 397 (420f.).

⁵ Rieß, FS Hanack, 397 (421).

⁶ BGH NJW 2014, 3527.

⁷ Es finden sich lediglich drei kurze Urteilsanmerkungen. N.N., NJW-Spezial 2014, 697 sieht nach der Verfügung des zweiten Strafsenats die bisherige Praxis als überholt an. Nunmehr müsse in der Revisionshauptverhandlung stets ein (Pflicht-)Verteidiger anwesend sein. Meyer-Mews, NJW 2014, 3527 begrüßt diesen Paradigmenwechsel schon vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR. Auch Pießkalla, StRR 2015, 25 (26) befürwortet die Entscheidung, durch die der zweite Strafsenat seinem „positiv zu verstehenden Ruf von ‚Querdenkern‘ gerecht“ werde. S. zudem den kurzen Hinweis auf die Entscheidung bei Müller/Schmidt, NSTz 2015, 561 (567). Eine Reaktion der übrigen Senate des BGH ist hingegen ausgeblieben.

dungspraxis über das Vorliegen einer „offensichtlich unbegründeten Revision“ nach dem sog. „Vier-Augen-Prinzip“ stark kritisiert.⁸ Danach lesen nur der Berichterstatter und der Vorsitzende einer zuständigen Spruchgruppe die Revisionsakte vollständig. Die übrigen drei Richter der Spruchgruppe werden nur mündlich im Rahmen der Beratungen informiert und stimmen im Anschluss sogleich über die offensichtliche Unbegründetheit ab.⁹ Zu diesem Vorgehen äußerte sich auch das BVerfG. Das Gericht wies darauf hin, dass alle Mitglieder des entscheidenden Senats (eben nicht nur Vorsitzender und Berichterstatter) umfassende Kenntnis des Streitstoffs jeder Revision haben müssten. Wie sie diese Kenntnis erhielten, sei freilich gesetzlich nicht geregelt und damit als Teil der richterlichen Unabhängigkeit jedem Mitglied selbst überlassen.¹⁰ Damit wird das Vier-Augen-Prinzip im Ergebnis gebilligt.

Dass diese Vorgehensweisen der Revisionsgerichte nicht dazu beitragen, die Revision als Rechtsmittel „volkstümlicher“ zu machen, liegt auf der Hand. Fraglich ist aber, in welchem Verhältnis sie zu der Funktion der Revision als Rechtsmittel im Strafprozess stehen, das Rieß als Bewertungsmaßstab heranziehen will. Diesbezüglich erscheint es naheliegend, unabhängig von der verfassungsrechtlichen Komponente zu fragen, ob diese kritisierten Vorgehensweisen bereits durch das Wesen der Revision selbst bedingt sind. Denn möglicherweise sind die aufgezeigten Fälle schon auf dieser Grundlage zwingend auf eine bestimmte Weise zu lösen. Hingegen ist zu konstatieren, dass es an einer umfassenden Untersuchung des Wesens der strafprozessualen Revision, die das gesamte Revisionsrecht einbezieht und in einen Zusammenhang stellt, bislang fehlt. Deshalb soll im Rahmen dieser Arbeit das Wesen der strafprozessualen Revision, wie es sich nach den Bestimmungen der StPO ergibt, ermittelt werden.¹¹

Das Ergebnis soll insgesamt einen Beitrag dazu leisten, aktuelle Fragestellungen des strafprozessualen Revisionsrechts jedenfalls unter dem Aspekt beantworten zu können, ob sich die zur Diskussion stehenden Besonderheiten bereits zwingend aus dem Wesen der Revision ergeben.

⁸ *Fischer*, NStZ 2013, 425 (429 ff.) m. Erwidern *Basdorf u. a.*, NStZ 2013, 563 und *Fischer u. a.*, NStZ 2013, 563; hierauf Bezug nehmend *Brodowski*, HRRS 2013, 409 und *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 903; zuvor schon *Fischer/Krehl*, StV 2012, 550 und *Paeffgen/Wasserburg*, GA 2012, 535 (546 f.).

⁹ S. zu diesem Vorgehen *Fischer/Krehl*, StV 2012, 550 und *Fischer*, NStZ 2013, 425 (430 f.).

¹⁰ BVerfG NJW 2012, 2334 (2336).

¹¹ Die Aktualität der Bedeutung des Wesens der strafprozessualen Revision zeigt sich auch an den Besprechungen, die kürzlich zu diesem Thema erschienen sind, s. *Knauer*, NStZ 2016, 1; *Walter*, ZStW 128 (2016), 824.

§ 2 Begriffsbestimmung und Methodik

Will man bestimmen, welche Aspekte der Revision ihr Wesen ausmachen, muss zunächst klar sein, was mit dem „Wesen“ der Revision *begrifflich* gemeint ist. Erst wenn festgelegt ist, was genau Gegenstand der Untersuchung ist, kann diese gewinnbringend durchgeführt werden.

Etymologisch gehen die Wurzeln des Begriffs „Wesen“ auf die indogermanische Sprache zurück. Dort bedeutete das Verb „wesenues“ weilen, verweilen, wohnen. Hieraus entwickelte sich letztlich das mittelhochdeutsche Nomen „Wesen“, womit die Grundeigenschaft und Eigenart einer Sache bezeichnet werden.¹² Man könnte also auch fragen, welche spezifischen *Eigenschaften* der Revision *innewohnen*, was also ihre Charakteristika sind, die sie im Gegensatz zu anderen Verfahrensabschnitten oder in gleicher Weise wie diese auszeichnen.¹³

Für die konkrete Herangehensweise an die Ermittlung der spezifischen Eigenschaften der Revision muss allerdings beachtet werden, dass die Revision durch das positive Recht bestimmt wird. Es handelt sich um ein Rechtsinstitut, das gerade aus seiner gesetzlichen Regelung, §§ 333–358 StPO, heraus verstanden werden muss.¹⁴ Die vorliegende Arbeit will daher das Wesen der Revision unter einem positivistischen Ansatz aus den geltenden Vorschriften des Revisionsrechts herausdestillieren. Naturrechtliche bzw. überpositivistische Ansätze sollen demgegenüber nicht verfolgt werden.

Um in dem weiten Feld der gesetzlichen Regelung des Revisionsrechts einen konsensfähigen Anknüpfungspunkt für das Wesen der Revision zu finden, ist daher zunächst zu fragen, ob es eine gemeinsame Basis für die Ermittlung des Wesens der Revision innerhalb der Vorschriften des Revisionsrechts gibt, auf die sich zumindest die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur einigen können. Ausgehend von dieser können sodann das Wesen der Revision unter Einbeziehung der

¹² Kluge, Stichwort „Wesen“; Köbler, Stichwort „Wesen“.

¹³ Diese Deutung des „Wesens“ entspricht der üblichen Interpretation des Begriffs im Strafverfahrensrecht. So erläutert BGH NJW 1990, 2479 unter dem „Wesen der Nebenklage“ deren besondere Eigenheiten und ihre Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten des Nebenklägers, BGH NJW 1951, 122 fasst unter dem Titel „Wesen der freien richterlichen Beweiswürdigung“ die Aspekte zusammen, die dieses Institut maßgeblich charakterisieren, OLG Bamberg OLGSt StPO § 359 Nr. 20 beschreibt das Wesen der Wiederaufnahme durch die Vorgehensweise, die diese kennzeichnet und VG München Urt. v. 17.09.1997 – M 7 K 97.2665 – Juris erörtert in Bezug auf das „Wesen des Strafbefehlsverfahrens“ die Grundlagen und Ausgestaltung, die diese Verfahrensart prägen.

¹⁴ Henke, S. 195; Mannheim, S. 3, 33.