

Die erweiterte Revision in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Rechtstatsächliche Befunde: 1970 und 2005

Weßlau/Wohlers (Hrsg.)
Festschrift für Gerhard Fezer, 2008

STEPHAN BARTON

I. Die Entdeckung der erweiterten Revision

Vor über dreißig Jahren hat *Gerhard Fezer* seine bahnbrechende Publikation über die erweiterte Revision in Strafsachen vorgelegt.¹ Zu diesem Zeitpunkt wurde im Bundesjustizministerium an einer Reform des Rechtsmittels gearbeitet. Man wollte die vom historischen Gesetzgeber als reine Rechtsbeschwerde konzipierte Revision, die von der Idee her nur eine Rechtskontrolle vorsah, gesetzlich erweitern und auch für Angriffe gegen tatsächliche Feststellungen des Tatrichters sowie gegen dessen Beweiswürdigung öffnen.² Die Arbeit von *Fezer* hat dazu geführt, dass der Gesetzgeber sein Reformvorhaben ad acta legte.³ Was war passiert?

Fezer hatte gezeigt, dass das, was das Ministerium gesetzgeberisch anstrebte, schon in der Rechtswirklichkeit praktiziert wurde. In seiner Analyse kritisierte er zunächst, dass die Erörterung der Sachrüge im Schrifttum unzureichend erfolgte. Zwar würde dort gesehen, dass die Revisionsgerichte aufgrund der Sachrüge nicht nur die Richtigkeit der materiellrechtlichen Subsumtion prüften, sondern auch Verstöße gegen die Denk- und Erfahrungssätze sowie widersprüchliche, unklare, unvollständige (lückenhafte)

¹ *Fezer*, Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? (1974).

² Vgl. dazu *Fezer* (Fn. 1), S. 1, 55.

³ Und erst 1999 wieder aufgriff; diesmal aufgrund einer Initiative der seinerzeitigen Justizministerin *Däuber-Gmelin*, die ein dreistufiges Gerichtssystem anstrebte. Aber auch hier wurde – unter Rückgriff auf die Untersuchungen von *Fezer* – das Reformvorhaben erneut gestoppt. Vgl. dazu *Barton*, in: Strafrechtlervereinigungen (Hrsg.), Justizreform 2000 – Kurzer Prozess mit neuen Mitteln? 24. Strafrechtlerkongress (2002), S. 214 ff.; vgl. hierzu ferner die empirische und rechtsvergleichende Studie von *Becker/Kinzig*, in: *Becker/Kinzig* (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, Bd. II (2000), S. 200 ff. (210).

Feststellungen für revisibel hielten. Aber der dahinter stehende revisionsrichterliche Erkenntnisprozess wäre, was *Fezer* kritisierte, von der Wissenschaft nicht hinreichend untersucht worden. Es fehlte eine umfassende Analyse der Revisionsrechtsprechung. Dieses rechtstatsächliche Unterfangen nahm *Fezer* vor. Er untersuchte die 1970 von vier Strafsenaten des BGH entschiedenen Revisionen, sofern diese mit Entscheidungsgründen versehen waren. Seine Betrachtung galt der erweiterten Revision, die er in vier Fallgruppen differenzierte, nämlich erstens Verstöße gegen Denk- und Erfahrungssätze, zweitens Unklarheiten und Widersprüche, drittens „lückenhafte Beweiswürdigung“ und viertens unvollständige Feststellungen. Ferner betrachtete er auch solche Entscheidungen, in denen die Beschwerdeführer vergeblich die tatrichterlichen Feststellungen bzw. die Beweiswürdigung angriffen.

Fezer kam zu dem Ergebnis, dass die BGH-Senate der Sache nach eine Darstellungsrüge („Darstellungskontrolle“) entwickelt hätten, aufgrund derer sie die Geschlossenheit der tatrichterlichen Darlegungen prüften.

Dies „ermöglicht es, dass der Revisionsrichter unabhängig vom gesetzlich vorgeschriebenen Darstellungsumfang die Urteilsgründe in ihrer konkreten Vollständigkeit oder Unvollständigkeit daraufhin untersucht, ob formelhafte Wendungen in konkrete tatsächliche Feststellungen hätten aufgelöst werden sollen, ob die Erörterung anderer Möglichkeiten als die vom Tatrichter angenommenen fehlt, ob einzelne Feststellungen oder Beweistatsachen fehlen etc.“⁴

Damit hätten sich die Senate, wie *Fezer* zeigte, faktisch den Zugriff auf die tatrichterlichen Feststellungen und auf die Beweiswürdigung eröffnet. Die dahinter stehenden Methoden würden aber weder von der Wissenschaft hinreichend zur Kenntnis genommen noch von den Revisionsgerichten selbst offen gelegt. Dies ermöglichte den Senaten, mit dem Begriff der Rechtsverletzung „ein doppeltes Spiel“⁵ zu treiben: Auf der einen Seite griffe der BGH unter Berufung auf eine angebliche Gesetzesverletzung dem Grund nach tatrichterliche Feststellungen an; auf der anderen Seite könnte er ohne weiteres ebensolche Angriffe von Revisionsführern als revisionsfremd und unzulässig zurückweisen. *Fezer* zeigte ferner, dass sich durch die Darstellungskontrolle Verfahrens- und Sachrügen aneinander angenähert und durchdrungen hätten. Die klassischen Verfahrensrügen der Verletzung

des Beweisantragsrechts und der gerichtlichen Aufklärungspflicht hätten gegenüber der erweiterten Revision seltener Erfolg.⁶ *Fezer* führte dies zu der Konsequenz, der sich wie geschildert auch der Gesetzgeber nicht entziehen konnte, dass die Richtigkeit der tatsächlichen Feststellungen schon auf der Basis der Urteilsdarstellung überprüft würde. Insofern schien also eine gesetzgeberische Erweiterung der Revision nicht möglich zu sein. Der Gesetzgeber könnte allenfalls das legitimieren, aber nicht besser handhabbar machen, was die Praxis schon selbst betriebe.⁷

Zwischen der Untersuchung von *Fezer* und heute liegen mehr als dreißig Jahre, in denen die deutsche Strafjustiz nicht nur diverse Änderungen des Verfahrensrechts, sondern auch die Wiedervereinigung bewältigt hat. In der Rechtspflege wirkt eine neue Generation von Juristen. Es fragt sich, was aus der erweiterten Revision geworden ist. Ist sie noch in gleicher Weise von Bedeutung wie vor 30 Jahren? Haben die Revisionsgerichte der erweiterten Revision feste Konturen verleihen können? Ist nunmehr überzeugend geklärt, in welchen Grenzen die tatrichterliche Beweiswürdigung revisibel ist?

Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, hierauf rechtstatsächliche Antworten zu geben. Dazu erfolgt zunächst ein justizstatistischer Vergleich der Jahre 1970 und 2005 der Rechtsprechung der BGH-Strafsenate. Dem schließt sich eine empirische Betrachtung an, in der gefragt wird, ob die erweiterte Revision den Senaten Entscheidungsspielräume eröffnet und wie diese in der Praxis ausgefüllt werden.

II. Justizstatistische Daten im Vergleich

In der Tabelle Nr. 1 wird die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen für die Jahre 1970, 1992 bis 1995 sowie für 2005 hinsichtlich ausgewählter Zahlen miteinander verglichen. Natürlich geht es dabei in erster Linie um die erweiterte Revision (in der untersten Zeile). Um deren Bedeutung aber besser einordnen zu können, werden zusätzliche Daten mitgeteilt. Welche Variablen dies sind und wie die Zahlen ermittelt wurden, bedarf der Erläuterung.

⁴ *Fezer* (Fn. 1), S. 51.

⁵ *Ibid.*, S. 52.

⁶ *Ibid.*, S. 54.

⁷ *Ibid.*, S. 55.

1. Datenquellen und Vergleichbarkeit der Zahlenangaben

Die in den beiden ersten Zeilen von Tabelle Nr. 1 mitgeteilten Zahlenangaben zu den im jeweiligen Jahr abgeschlossenen Verfahren sowie den Urteilen entstammen der offiziellen BGH-Statistik.⁸ Sie geben im Wesentlichen wieder, wie viele Entscheidungen der BGH in den jeweiligen Jahren traf und welche Entscheidungsformen (Beschluss oder Urteil) dabei im Vordergrund standen.

Die weiteren Angaben stammen aus drei verschiedenen Quellen. Die Zahlen für 1970 resultieren aus der eingangs geschilderten Untersuchung von *Fezer*. Er hat die mit Gründen versehenen Entscheidungen des BGH ausgewertet; insgesamt waren das 702 Revisionsentscheidungen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass ihm nur die Entscheidungen von vier Senaten zur Verfügung standen; es fehlten die Revisionsverfahren, die vom 3. Strafsenat entschieden wurden. Wir erfahren ferner einige Zahlen über erfolgreiche Revisionen, nämlich dass 1970 mit der Aufklärungsrüge 13 Revisionen und 11 weitere wegen der Ablehnung eines Beweisantrags vor den vier untersuchten Senaten erfolgreich waren. Und *Fezer* teilt auch – ungeachtet gewisser Vorbehalte gegenüber einer rein quantitativen Betrachtung der erweiterten Revision⁹ – mit, dass in über 60 Entscheidungen die erweiterte Revision aufgrund der Fallgruppen der „lückenhaften Beweiswürdigung“ und der „unvollständigen Feststellungen“ erfolgreich war.¹⁰

Bei den Daten fehlen, wie geschildert, Angaben für den 3. Strafsenat. Will man aber die Zahlenangaben für 1970 mit späteren vollständigen Entscheidungsjahrgängen vergleichen, müssen die fehlenden Daten für den 3. Strafsenat hochgerechnet werden. Eine solche Hochrechnung ist in Tabelle Nr. 1 erfolgt.¹¹ Dabei wird unterstellt, dass sich der 3. Senat wie der Durchschnitt der vier anderen verhalten hat.¹²

⁸ Die Daten finden sich im Internet unter <http://www.bundesgerichtshof.de> und dort unter „Statistik der Strafsenate“.

⁹ *Fezer* (Fn. 1), S. 11.

¹⁰ *Ibid.*, S. 54.

¹¹ Bezüglich der Werte für die erweiterte Revision: Hier wurden zu den „mehr als 60“ Entscheidungen, von denen *Fezer* spricht, noch diejenigen zugezählt, die sich auf die anderen Fallgruppen bezogen; und diese Werte wurden im Hinblick auf die fehlenden Daten für den 3. Senat wiederum hochgerechnet.

¹² Damit soll nicht behauptet werden, es habe seinerzeit keine Unterschiede zwischen den Senaten gegeben. Es soll nur die Vergleichbarkeit der verschiedenen Urteilsjahrgänge ermöglicht werden.

Die Daten für 1992 bis 1995 entstammen einer Untersuchung des Bundesrichters *Armin Nack*.¹³ Da er die Daten für einen Vierjahreszeitraum mitteilt, hier aber einzelne Jahre miteinander verglichen werden sollen, wurden jährliche Durchschnittswerte errechnet und der Tabelle zugrunde gelegt.

Die Vergleichsdaten für 2005 basieren auf der inhaltlichen Auswertung aller in jenem Jahr mit Gründen versehenen Entscheidungen des BGH in Strafsachen.¹⁴ Die inhaltliche Analyse wurde von *Thorsten Berenbrink*¹⁵ auf der Grundlage frei zugänglicher Quellen vorgenommen.¹⁶ Erfasst werden dadurch 823 Revisionen (715 Verfahren).

Zur Vergleichbarkeit und Validität der mitgeteilten Daten: Schon *Fezer* hat deutlich gemacht, dass sich Fälle der erweiterten Revision nicht immer präzise von klassischen Subsumtionsrügen trennen lassen; es gibt fließende Übergänge.¹⁷ Auch *Nack* hat dies betont.¹⁸ Hier gibt es sicherlich gewisse Beurteilungsspielräume. Es kann deshalb auch nicht ausgeschlossen werden, dass bei den drei verschiedenen Untersuchungen unterschiedliche Kriterien bei der Bestimmung, ob ein Fall der erweiterten Revision vorlag, angelegt wurden. Die Zahlenwerte für 2005 stellen dabei Minimalwerte dar; hier wurde im Zweifel eine Einordnung in der Kategorie der Subsumtionsrügen vorgenommen und nur bei wirklich eindeutigen Fällen von einer erweiterten Revision ausgegangen.

Gewisse Unsicherheiten ergeben sich auch für die Kategorisierung, ob ein Revisionserfolg vorliegt; dies gilt speziell für die Trennung von Teilerfolgen und Misserfolgen. Man kann hier unterschiedliche inhaltliche Kriterien anlegen. Anders formuliert: Es ist möglich, dass die Erfolgsberechnungen in den drei Untersuchungen nicht immer auf identischen Grundlagen beruhen.

Die Berechnung der Erfolgsquoten in den nachfolgenden Tabellen steht darüber hinaus unter dem generellen Vorbehalt, dass diese tendenziell zu hoch ausfallen. Denn sie basieren auf der Verknüpfung von entschiedenem Revisionsverfahren mit erfolgreichen Revisionen. Die Zahl der Verfahren ist aber niedriger als die der einzelnen Revisionen, was darauf beruht, dass

¹³ *Nack* NStZ 1997, 153 ff. Er teilt nicht mit, wie viele Entscheidungen mit Gründen versehen waren.

¹⁴ Eine gesonderte Publikation zur Analyse dieses Entscheidungsjahrgangs ist vorgesehen.

¹⁵ Dr. *Thorsten Berenbrink* ist Rechtsanwalt und war Mitarbeiter im Institut für Anwalts- und Notarrecht der Universität Bielefeld.

¹⁶ Es wurde dabei primär die Datenbank „BGH-Nack“ (Luchterhand Verlag) ausgewertet.

¹⁷ *Fezer* (Fn. 1), S. 11.

¹⁸ *Nack* NStZ 1997, 153 (154).

in einem Verfahren mehrere gleichlaufende (z.B. erheben mehrere Angeklagte Revision) oder gegenläufige (nicht nur der Angeklagte legt Revision ein, sondern auch die Staatsanwaltschaft zu dessen Ungunsten) Revisionen anfallen können.¹⁹ Stellt man auf Revisionen ab – dazu später mehr –, fallen die Erfolgsquoten deutlich geringer aus.

2. Entwicklung der Revisionsrechtsprechung

Die Zahl der erledigten Revisionsverfahren in den Jahren 1970 und 2005 ist ähnlich; sie liegt jeweils knapp unter 3 000. In den 90er Jahren wurden dagegen mehr Revisionen von den Senaten erledigt (fast 3 700); dort lagen die Eingangszahlen entsprechend höher.²⁰ Auch die Zahl der begründeten Entscheidungen ist 1970 ähnlich wie 2005; das bedeutet, dass etwa 70 Prozent der Revisionen ohne jede inhaltliche Begründung als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen werden. Deutlich zurückgegangen ist dagegen die Urteilsquote. Lag diese 1970 nämlich noch bei fast 15 Prozent, so betrug sie 2005 nicht einmal mehr sechs Prozent.²¹ Das heißt: Urteile erfolgen sehr selten, und die genauere Betrachtung zeigt, dass sie ganz überwiegend auf Revisionen von Staatsanwaltschaften beschränkt sind.²²

¹⁹ Zahlen zum Verhältnis von Revisionen und Revisionsverfahren finden sich bei Barton, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen (1999), S. 43 (Grafik 7).

²⁰ Vgl. dazu Barton (Fn. 19), S. 40 ff. sowie die amtliche Statistik des BGH (Fn. 8).

²¹ Vgl. dazu Barton, in: Jahn/Nack (Hrsg.), 1. Karlsruher Strafrechtsdialog (2008), S. 77 (78) sowie die amtliche Statistik (Fn. 8).

²² Vgl. dazu Barton StV 2004, 337 f.

Tabelle 1: Revisionsrechtsprechung im Jahresvergleich

	1970		1992-1995 (Durchschnitt)		2005	
	N ²³	%	N	%	N	%
Erledigte Verfahren²⁴	2 948	100	3 683	100	2 906	100
Urteile²⁵	434	14,7	250	6,8	172	5,9
Begründete Entscheidungen	884	30,0	-	-	823	28,3
Erfolge	-	-	515 ²⁶	14,0	305	10,5
Verfahrensrecht	-	-	48 ²⁷	1,3	38	1,3
Aufklärungsrüge	16	0,5	2	0,05	3	0,1
Beweisantrag	14	0,5	4	0,1	9	0,3
Erweiterte Revision	88 ²⁸	3,0	65	1,8	56 ²⁹	1,9

Die Erfolgsquote von Revisionen lag 2005 bei 10,5 Prozent.³⁰ Fezer teilt für 1970 keine vergleichbaren Zahlen mit. Aus anderen Untersuchungen weiß man, dass sie in früheren Jahren höher lag.³¹ Die auf die Verletzung von Verfahrensrecht gestützten Aufhebungen sind gleich bleibend niedrig.

Speziell zur erweiterten Revision: Diese hat – statistisch gesehen – keinen quantitativen Zuwachs erfahren; entsprechende Urteilsaufhebungen waren 1970 wahrscheinlich³² sogar häufiger als in den 90er Jahren und 2005 (sie

²³ Bei den Fezer stammenden Werten hochgerechnet von vier auf fünf Senate.

²⁴ Laut BGH-Statistik; hier wird nicht auf einzelne Revisionen abgestellt, sondern auf Verfahren.

²⁵ Ibid.

²⁶ Nur Zurückverweisungen (515), nicht bloße Aufhebungen (634).

²⁷ Laut Nack NSTZ 1997, 153 (155): 191 erfolgreiche Verfahrensrügen in vier Jahren.

²⁸ Schätzwert, Fezer (Fn. 1) spricht auf S. 54 von mehr als 60 Entscheidungen allein für die Fallgruppen „Lücken“ und „unvollständige Feststellungen“.

²⁹ Diese 56 Revisionen verteilten sich auf 48 Verfahren. In acht Verfahren waren dabei zwei Revisionsführer erfolgreich. Dreimal waren das gleichlaufende Revisionen von Staatsanwaltschaften und Nebenklägern, zweimal waren zwei verschiedene Angeklagte im selben Verfahren erfolgreich. In drei Fällen handelte es sich um gegenläufige Revisionen von Staatsanwaltschaften und Angeklagten.

³⁰ Zur Erinnerung: Hier werden Revisionserfolge bezogen auf Verfahren und nicht im Hinblick auf einzelne Revisionen gemessen; der Wert fällt also tendenziell zu hoch aus.

³¹ Barton (Fn. 19), S. 60 (Grafik 15).

³² Mit Sicherheit lässt sich dies wegen der o.g. Hochrechnungen nicht behaupten.

fiel von über 80 Fällen auf jetzt ungefähr 60 pro Jahr). Die erweiterte Revision hat sich so gesehen auf einem stabilen Niveau eingependelt. Sie erfolgte sowohl in den 90er Jahren als auch 2005 vergleichsweise häufiger als alle Aufhebungen wegen der Verletzung von Verfahrensrecht insgesamt. Das heißt: Die Summe aller erfolgreichen Revisionen wegen der Verletzung absoluter Revisionsgründe und aller sonstigen Verletzungen des Prozessrechts zusammen liegt niedriger als die revisionsrechtlichen Beanstandungen fehlerhafter Beweiswürdigungen und tatrichterlicher Feststellungen.

Im Verhältnis zu anderen Urteilsaufhebungen dürfte der erweiterten Revision eine gestiegene Bedeutung zugekommen sein. Dies ergibt sich aus dem Vergleich der 90er Jahre mit 2005. Es lässt sich nämlich feststellen, dass zum einen die Zahl der Revisionsverfahren in den letzten Jahren rückläufig ist (von 3 683 in den 90er Jahren auf 2 906 im Jahr 2005). Zum anderen ist – unabhängig davon – auch die Erfolgsquote von Revisionen zurückgegangen (von 14,5 Prozent nach den Berechnungen von *Nack* auf jetzt 10,5 Prozent). Die absolute Zahl der Fälle der erweiterten Revision ist dagegen nur unwesentlich abgeflaut (von 65 auf 56). Relativ gesehen haben diese Urteilsaufhebungen also zugenommen.

Halten wir fest: Die erweiterte Revision hat einen festen Platz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Bei insgesamt 305 erfolgreichen Revisionen im Jahr 2005 entfielen 56 (18,4 Prozent) auf sie. Im Vergleich zu anderen Urteilsaufhebungen, speziell erfolgreichen Verfahrensrügen, kommt ihr sogar eine gewachsene Bedeutung zu.

III. Spielräume und deren Ausfüllung

Angesichts der nicht hinweg zu denkenden Bedeutung, die der erweiterten Revision in der Revisionsrechtsprechung zukommt, fragt es sich, ob es den Senaten gelungen ist, ihr auch feste inhaltliche Konturen zu verleihen.

1. Fallgruppen bei durchgreifender Revision

Werfen wir zunächst einen Blick auf die durchgreifenden Fälle erweiterter Revision. *Fezer* hatte wie eingangs geschildert vier Fallgruppen herausgearbeitet. Diese lassen sich auch 2005 beobachten. Dabei spielt die Gruppe der Verstöße gegen Denk- und Erfahrungssätze wie schon 1970 auch 2005 eine äußerst geringe Rolle. Es gibt hier nur eine Urteilsaufhebung:

„Die Beweiswürdigung hinsichtlich des von der Strafkammer festgestellten Zweckes der Videoaufzeichnung ist rechtsfehlerhaft, da ein Verstoß

gegen Denkgesetze vorliegt. Ein solcher ist u. a. dann gegeben, wenn etwas vorausgesetzt wird, was es erst zu beweisen gilt ...“ (2 StR 310/04)

Eine geringe Bedeutung kommt in der BGH-Rechtsprechung auch der Fallgruppe der widersprüchlichen Feststellungen bzw. Beweiswürdigung zu. Hier konnten vier einschlägige Fälle festgestellt werden.

In 4 StR 107/05 heißt es: „Soweit im Urteil ausgeführt ist, zwischen Dr. Z. und dem Angeklagten sei über den Wert der Beteiligung nicht gesprochen worden, steht dies im Widerspruch zu der Feststellung, der Angeklagte habe gegenüber Dr. Z. die B.-B. ‚als günstig und gewinnbringend (angepriesen)‘ (UA 15).“

Und in 5 StR 200/05 wird u.a. ausgeführt: „Die beweiswürdigenden Ausführungen des Landgerichts sind zum Teil widersprüchlich. Sie entbehren ferner der Darlegung der Entstehungsgeschichte der belastenden Aussagen der Zeugin S. und setzen sich nicht mit einer nahe liegenden Falschbelastungshypothese auseinander. Solches war vorliegend aber geboten, weil widersprüchliche Aussagen von in ein Geflecht illegalen Rauschgift-handels verstrickter Personen zu würdigen waren, deren Motivation möglicherweise auf eigene Vorteile oder auf die Abwehr weiterer Beschuldigungen ausgerichtet war (vgl. BGH, Beschluss vom 4. August 2004 – 5 StR 267/04; BGH StV 2005, 253, 254; jeweils m.w.N.).“

Urteilsaufhebungen, die sich darauf gründen, dass der BGH die tatrichterliche Beweiswürdigung bzw. die Urteilsfeststellungen als lückenhaft ansah, sind dagegen von weitaus größerer praktischer Bedeutung (17 Fälle).

So heißt es beispielsweise in 5 StR 427/05: „Dem Rechtsmittel kann mit der Rüge der Verletzung sachlichen Rechts der Erfolg nicht versagt werden. Das Urteil kann keinen Bestand haben, weil die Feststellungen lückenhaft sind und an durchgreifenden Darstellungsmängeln leiden, so dass eine revisionsrechtliche Nachprüfung nicht möglich ist.“

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat der Tatrichter für jede Steuerart und jeden Besteuerungszeitraum unter Schuldgesichtspunkten so klare Feststellungen zu treffen, dass sowohl die dem Schuldanspruch zugrunde liegenden Besteuerungsgrundlagen als auch die Berechnung der verkürzten Steuern der Höhe nach erkennbar werden. Eine ins Einzelne gehende Berechnungsdarstellung ist nur dann ausnahmsweise entbehrlich, wenn ein sachkundiger Angeklagter, der zur Berechnung der hinterzogenen Steuern in der Lage ist, ein Geständnis abgelegt hat (st. Rspr.; vgl. nur Senatsbeschluss wistra 2001, 266 und zuletzt Senatsbeschluss vom 13. Oktober 2005 – 5 StR 368/05 jeweils m.w.N.).“

Und in 2 StR 487/04 wird festgestellt: „Die Würdigung der dargestellten Beweisergebnisse durch das Landgericht ist lückenhaft. Das Landgericht

hätte die von den Sachverständigen und der sachverständigen Zeugin berichteten Befunde nicht nur isoliert und allein im Hinblick auf die Aussage der Zeugin Cigdem Y., sondern im Rahmen einer Gesamtschau auch mit allen vorgenannten Beweistatsachen würdigen müssen, die für eine Täterschaft des Angeklagten sprechen.“

In diesem Zusammenhang lässt sich eine interessante Entwicklung feststellen, nämlich die Herausbildung einer eigenen neuen Fallgruppe, in der sich die Urteilsaufhebung auf konkrete Mängel bei der Beweiswürdigung in Fällen von „Aussage gegen Aussage“ gründet. Hierbei handelt es sich um neun Fälle. Man könnte diese, da hier der Sache nach überwiegend Lücken in der tatrichterlichen Beweiswürdigung gerügt werden, auch der Gruppe der Lücken zuordnen; aber die Fälle der Aussage gegen Aussage haben mittlerweile auch in den Augen der Revisionsrichter eine eigene Typisierung bekommen.³³

So verhält es sich z.B. in 4 StR 33/05: „Die der Verurteilung zugrundeliegende Beweiswürdigung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Allerdings beschränkt sich, weil die Beweiswürdigung in erster Linie Sache des Tatrichters ist, die revisionsgerichtliche Nachprüfung darauf; ob den Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Eine rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung setzt aber voraus, daß sich die Urteilsgründe mit widersprüchlichen, ungenauen oder aus sonstigen Gründen nicht ohne weiteres glaubhaften Zeugenaussagen in einer für das Revisionsgericht überprüfbarer Weise auseinandersetzen (vgl. BGH StV 1992, 555 m.w.N.). Demgemäß müssen die Urteilsgründe in einem Fall, in dem – wie hier – ‚Aussage gegen Aussage‘ steht und die Entscheidung allein davon abhängt, wem das Gericht Glauben schenkt, erkennen lassen, daß der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, in seine Überlegungen einbezogen hat (vgl. BGHSt 44, 153, 159; 256, 257; BGH NSTZ 2000 496, 497; BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 23). Diesen Anforderungen wird die Beweiswürdigung angesichts der Besonderheiten der gegen den Angeklagten erhobenen Vorwürfe und der Aussageentstehung nicht gerecht.“

Als bemerkenswert erweist es sich, dass in 25 Fällen des Jahres 2005 eindeutige Zuordnung unter eine der von Fezer gebildeten Fallgruppen nicht mehr möglich ist, weil der Senat keine verbindliche Festlegung vor-

nimmt. Hier lassen sich wiederum zwei Untergruppen feststellen. Das sind zum einen vier Entscheidungen, in denen der BGH in einem Obersatz mehrere Fallgruppen (Widerspruch; Lücke, Verstoß gegen Denkgesetze) aufzählt und dann unspezifiziert unter diese allgemeine Aufhebungsformel subsumiert. Dabei wird nicht zweifelsfrei deutlich, ob ein oder mehrere Fehler und welche genau für die Urteilsaufhebung letztlich maßgeblich waren.

So verhält es sich z.B. in der Entscheidung 1 StR 65/05: „Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Sie ist etwa dann rechtsfehlerhaft, wenn sie lückenhaft ist, namentlich wesentliche Feststellungen nicht erörtert, widersprüchlich oder unklar ist, gegen Gesetze der Logik oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewißheit überspannte Anforderungen gestellt sind. Dies ist auch dann der Fall, wenn eine nach den Feststellungen naheliegende Schlußfolgerung nicht gezogen ist, ohne daß konkrete Gründe angeführt sind, die dieses Ergebnis stützen können. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelsatz noch sonst geboten, zugunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine konkreten Anhaltspunkte erbracht sind (st. Rspr., BGH NSTZ-RR 2003, 371; BGH NSTZ 2004, 35, 36 m.w.Nachw.). Alledem wird die Beweiswürdigung der Strafkammer in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht.“

Ähnlich auch 4 StR 160/05: „Soweit die Beweiswürdigung die Beteiligung des Angeklagten V. durch seine Anwesenheit und die zumindest psychische Unterstützung des Angeklagten D. betrifft, ist sie dagegen widersprüchlich, lückenhaft und damit rechtsfehlerhaft...“

In weiteren 21 Fällen lässt sich sogar beobachten, dass der BGH ganz auf eine normative Herleitung seiner Entscheidung verzichtet. Es wird dann weder ein Obersatz in Form eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses aufgestellt, wonach die Beweiswürdigung grundsätzlich Sache des Tatrichters sei und das Revisionsgericht nur bei bestimmten Rechtsfehlern eingreifen dürfe, noch wird eine Einordnung in eine konkrete Fallgruppe vorgenommen. Die Entscheidung wird vielmehr aus dem konkreten Fall selbst abgeleitet. Der Zugriff auf die tatrichterliche Beweiswürdigung bzw. das Beweisergebnis erfolgt dabei wie selbstverständlich:

So ist es etwa im Fall 3 StR 5/05: „Dabei sind auch die weiteren Erwägungen des Landgerichts nicht aussagekräftig“. Und weiter: „Diese Mängel der Beweiswürdigung führen zur Aufhebung des Schuldspruchs insgesamt“.

³³ Das wird nicht zuletzt darin deutlich, dass der frühere Vorsitzende des 1. Strafsenats die se Rüge als eigene Fallgruppe behandelt; vgl. Schäfer, FS Rieß (2002), S. 486 ff.

In der Entscheidung 4 StR 530/05 heißt es schlicht: „Das Urteil hat keinen Bestand, weil die Beweiswürdigung der Strafkammer zur inneren Tatseite durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet.“

Halten wir fest: Auch 2005 dominieren Fälle, bei denen die Revisionsgerichte Lücken bei tatrichterlichen Feststellungen oder Wertungen bemängelt haben. Das sind genau die Konstellationen, bei denen *Fezer* die größten Spielräume für die Revisionsgerichte festgestellt hatte.³⁴ Daran hat sich nichts geändert. Mehr noch lässt sich sogar feststellen, dass der BGH neuerdings Urteilsaufhebungen ohne eindeutige Fallgruppeneinordnung oder Obersatzbildung vornimmt und damit offen bleibt, weshalb das Revisionsgericht – trotz des Grundsatzes, dass die Beweiswürdigung Sache des Tatrichters sei – ausnahmsweise Zugriff nehmen durfte.

2. Gegenformel und Überschneidungen

Die Gegenformel, wonach es unzulässig sei, die tatrichterliche Beweiswürdigung zu rügen, findet weiterhin Verwendung. Auch 2005 gab es zahlreiche Revisionsverfahren, in denen der BGH – oder häufiger noch: die Bundesanwaltschaft in Verwerfungsanträgen – Revisionsangriffe gegen die tatrichterlichen Feststellungen oder gegen die Beweiswürdigung als unzulässig und revisionsfremd zurückgewiesen hat.

So heißt es in 2 StR 402/05: „Auch die Angriffe gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts bleiben erfolglos. Die Aufgabe, sich auf der Grundlage der vorhandenen Beweismittel eine Überzeugung vom tatsächlichen Geschehen zu verschaffen, obliegt grundsätzlich allein dem Tatrichter. Seine Beweiswürdigung hat das Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen. Kann der Tatrichter vorhandene Zweifel nicht überwinden, so kann das Revisionsgericht seine Entscheidung nur im Hinblick auf Rechtsfehler überprüfen, insbesondere darauf, ob die Beweiswürdigung in sich widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, die Beweismittel nicht ausschöpft, Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze aufweist oder ob der Tatrichter überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat. Solche Fehler zeigen die Revisionen nicht auf.“

Ähnlich wird es in 4 StR 366/04 formuliert: „Die Aufgabe, sich auf der Grundlage der vorhandenen Beweise eine Überzeugung vom tatsächlichen Geschehen zu verschaffen, obliegt grundsätzlich allein dem Tatrichter.“

ter. Seine Beweiswürdigung hat das Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen. Es ist ihm verwehrt, sie durch eine eigene zu ersetzen oder sie etwa nur deshalb zu beanstanden, weil aus seiner Sicht eine andere Beurteilung näher gelegen hätte. Kann der Tatrichter vorhandene, wenn auch nur geringe Zweifel nicht überwinden, so kann das Gericht diese Entscheidung nur im Hinblick auf Rechtsfehler überprüfen (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 33). Ein solcher liegt nur dann vor, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt; ferner wenn das Gericht an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen stellt.³⁵

Besonders drastisch wird die Parallelität von praktizierter erweiterter Revision einerseits sowie Zurückweisung von Angriffen gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung andererseits in der Mannesmann-Entscheidung des 3. Strafsenats.

Einerseits kritisiert der BGH hier wiederholt die Beweiswürdigung der Kammer als lückenhaft und in sich widersprüchlich und hebt das Urteil auf. Andererseits werden Angriffe der Verteidigung gegen die Beweiswürdigung knapp zurückgewiesen: „Soweit die Verteidigung versucht, die den Senat bindenden Feststellungen des Landgerichts durch Angriffe gegen die Beweiswürdigung in Zweifel zu ziehen, erschöpfen sich ihre Ausführungen weitgehend in einer eigenen Beweiswürdigung. Damit kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden.“ (3 StR 470/04)

Halten wir fest: Eine exakte Trennlinie zwischen irrevisibler tatrichterlicher Beweiswürdigung einerseits und zulässiger revisibler Rechtskontrolle andererseits lässt sich den vom BGH entschiedenen Fällen nicht entnehmen. Es gibt nach wie vor Bereiche, auf die das Revisionsgericht den Zugriff erstrecken kann, sei es, dass es die Formel verwendet, wonach eine rechtsfehlerhafte tatrichterliche Beweiswürdigung keinen Bestand haben dürfe, oder sei es, dass es die Kontrolle einfach faktisch vornimmt. Es gibt aber parallel dazu die Gegenformel, wonach die Beweiswürdigung grundsätzlich Sache des Tatrichters sei und das Revisionsgericht diese regelmäßig hinzunehmen habe. Wann die Regel gilt bzw. wann eine Ausnahme vorgenommen werden darf, ist ungeklärt. Es ist dem Revisionsgericht also möglich, identische Sachverhalte im Ergebnis unterschiedlich zu behandeln: Das Gericht kann Angriffe gegen die Beweiswürdigung als unzulässig zurück-

³⁴ *Fezer* (Fn. 1), S. 52 f.

³⁵ Vgl. auch BGH 4 StR 492/04 und 4 StR 268/05.

weisen und damit der Regel der „klassischen Revision“ entsprechen oder auch auf die Beweiswürdigung zugreifen und damit der erweiterten Revision folgen.³⁶

Es lassen sich damit zwei miteinander konkurrierende Entscheidungsregeln feststellen: Das alte „klassische“ Programm der Revision (Regel Nr. 1: Angriffe gegen die Beweiswürdigung sind unzulässig) läuft parallel neben dem der „modernen“ Revision (Regel Nr. 2: Standardformel oder einfach pragmatische Handhabung). Je nachdem, welche Regel verwandt wird, kann damit bei der Darstellung einer Entscheidung sowohl das eine wie das entgegengesetzte Ergebnis schlüssig dargelegt und gerechtfertigt werden³⁷. Ob das Revisionsgericht im Einzelfall nun zur einen oder anderen Darstellungsregel kommt, ergibt sich jedoch nicht aus diesen selbst. Es muss vielmehr übergeordnete Anwendungsregeln dafür geben, auf welche zurückgegriffen wird. Man kann sie als Metaregeln oder Herleitungsregeln bezeichnen.³⁸ Diese greifen bei der Herstellung der Entscheidung.

Die im konkreten Fall einschlägigen Herleitungsregeln erhellen sich jedoch nicht aus den veröffentlichten Entscheidungsgründen. Frühere justizstatistische Analysen lassen jedoch vermuten, dass es solche Anwendungsmuster gibt. Sie ergeben sich im Allgemeinen (also nicht nur bezogen auf die Darstellungskontrolle) z.B. daraus, ob der Angeklagte in der Hauptverhandlung den Vorwurf abgestritten bzw. geschwiegen hat und ob er bisher nicht vorbestraft ist. Dann ist ein Revisionserfolg bei Angeklagtenrevisionen jeweils mehr als dreimal häufiger als wenn er ein (Teil-)Geständnis abgelegt hat oder eine Vorstrafe aufweist.³⁹ Messbar sind aber auch durch-

³⁶ *Fezer* hat diese sich überschneidenden Bereiche von Aufhebungs- und Abwehrformeln – wie schon erwähnt – treffend als „doppeltes Spiel“ bezeichnet; *Fezer* (Fn. 1), S. 52. Diese Parallelität lässt sich auch außerhalb der erweiterten Revision beobachten, beispielsweise im Bereich des Beweises von Verfahrensverstößen durch das Sitzungsprotokoll; vgl. *Krawczyk*, Die Relativierung der absoluten Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (§ 274 StPO) in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (2007), S. 253 ff. (256): „Auffällig ist insoweit, dass nahezu identische Konstellationen manchmal entgegengesetzt entschieden werden.“ Ähnliche Überschneidungen finden sich bei der Abgrenzung der Sach- von der Verfahrensrtüge; vgl. *Barton* JuS 2004, 982.

³⁷ Man kann insofern zwischen dem Vorgang der Herstellung und der Darstellung einer Entscheidung trennen; vgl. dazu aus rechtsmethodischer Sicht *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. (1990), S. 116 ff.

³⁸ Zu Regeln und Anwendungsregeln vgl. *Sack*, in: König/Sack (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*, 3. Aufl. (1970), S. 431 (458 ff.). Auf den Umstand, dass in der Revisionsrechtsprechung Regeln und Anwendungsregeln anzutreffen sind, ist an anderen Stellen hingewiesen worden; vgl. *Barton* JuS 2004, 982; *Barton* StV 2004, 335 f.

³⁹ *Barton* (Fn. 19), S. 255 (Tabelle 100); dort finden sich im Rahmen einer Regressionsanalyse weitere Korrelationen zwischen Revisionserfolgen und erklärenden Variablen.

greifende Wirkungen, die von der Person des Senatsvorsitzenden ausgehen⁴⁰ bzw. in „traditionalen“ Entscheidungskriterien der verschiedenen Senate liegen.⁴¹

Damit keine Missverständnisse entstehen: Mit dem Abstellen auf Herleitungsregeln ist kein irgendwie gearteter Vorwurf gegenüber Bundesrichtern verbunden, diese würden gezielt auf die genannten Kriterien abstellen, aber dies in den veröffentlichten Entscheidungen verheimlichen. Eine Verschwörungstheorie soll keinesfalls aufgestellt werden. Zweifel daran, dass Revisionsrichter nicht nach bestem Wissen und Gewissen entscheiden, sollen nicht einmal ansatzweise geschürt werden. Es geht vielmehr um die These, dass es latente Wirkungskräfte gibt, die sich bei statistischer Betrachtung offenbaren – ungeachtet dessen, ob diese den Richtern bewusst sind oder nicht. Zu denken ist dabei namentlich an subtil wirkende sozialpsychologische Faktoren. Diese können sich am „Sinn für Angemessenheit“ oder an verfahrensökonomischen Kalkülen orientieren⁴² oder – wie es ein Bundesrichter formulierte: „Ein goldrichtiges Urteil wird man doch nicht aufheben.“⁴³ Das eröffnet aber auch Platz für personen- oder senatspezifische Entscheidungsvorlieben.

3. Anwendungsregeln

Werfen wir einen kurzen Blick darauf, ob sich bei justizstatistischer – und damit zugegebenermaßen relativ oberflächlicher – Betrachtung Hinweise auf latent wirkende Herstellungsregeln dafür feststellen lassen, wann die erweiterte Revision zum Zuge kommt.

Hier zeigen sich deliktsspezifische Auffälligkeiten. Bei durchgreifenden Fällen der erweiterten Revision stehen nämlich die Sexual- und Tötungsdelikte im Vordergrund; auf sie entfielen 2005 jeweils 15 Fälle und zusammen mehr als die Hälfte aller erweiterten Revisionen; auch Steuerdelikte sind nicht selten (acht Fälle). Vergleichsweise spärlich greift die erweiterte Revision dagegen bei Vermögensdelikten sowie insbesondere bei Raubdelikten sowie bei allen sonstigen Delikten.

⁴⁰ *Barton* (Fn. 19), S. 204 (Grafik 86 und Tabelle 87) und S. 247 (Tabelle 93).

⁴¹ *Barton* (Fn. 19), S. 237 ff. (insbesondere Grafik 92).

⁴² Vgl. dazu aus gruppenspezifischer Sicht *Schumacher* StV 1995, 444. Er spricht von folgenden Regulationsprinzipien, die sich in der Hauptverhandlung fänden: „Angemessenheit einer Lösungsfindung“, „soziale Verträglichkeit“, „Gerechtigkeitsgesichtspunkt“ sowie „Ökonomieprinzip“.

⁴³ Vgl. *Barton* (Fn. 19), S. 261 f.

Tabelle 2: Deliktgruppen

Deliktgruppen	Häufigkeiten	Prozente
Tötungsdelikte	15	26,8
Körperverletzungsdelikte	1	1,8
Eigentums-/ Vermögensdelikte	7	12,5
Sexualdelikte	15	26,8
Betäubungsmitteldelikte	6	10,7
Raubdelikte	3	5,4
Steuerdelikte	8	14,3
Sonstige Delikte	1	1,8
Gesamt	56	100

Diese Verteilung entspricht nicht der Deliktstreuung der vom BGH insgesamt entschiedenen Fälle. Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Sexual- und Tötungsdelikte insgesamt weniger als 30 Prozent des Inputs der vom BGH zu entscheidenden Fälle ausmachen.⁴⁴ Die Vermögens-, Betäubungs- und insbesondere die Raubdelikte sind damit bei durchgreifender erweiterter Revision ersichtlich unterrepräsentiert.

Es ist deshalb zu vermuten, dass BGH-Richter bei Sexual- und Kapitaldelikten vergleichsweise eher Anlass sehen, tatrichterliche Feststellungen oder Beweiswürdigungen zu bemängeln. Bei Vermögens- und Raubdelikten scheint das dagegen viel seltener der Fall zu sein. Es ergibt sich damit, dass aus dem Rahmen fallende Delikte eher zur erweiterten Revision führen als alltägliche Routinefälle. Ob das allein daran liegt, dass Tatrichter hier häufiger pfuschen, darf bezweifelt werden. Plausibler dürfte es sein, dass bei den affektiv aufgeladenen Tötungs- und Sexualdelikten Revisionsrichter genauer hinschauen und sich eine Urteilsaufhebung hier aus revisionsrichterlicher Sicht eher lohnt als bei von ihnen als „Nullachtfuffzehn“ angesehenen Fällen.

Besonderheiten zeigen sich auch hinsichtlich der verschiedenen Revisionsführer: Von den auf die erweiterte Revision gestützten Urteilsaufhebungen im Jahr 2005 entfielen 36 auf Angeklagtenrevisionen (64 Prozent), 17 auf solche von Staatsanwälten (30 Prozent) und drei auf Nebenkläger. Diese

Verteilung entspricht nicht den Eingangszahlen der vom BGH entschiedenen Fälle: Insgesamt hatten die Senate 2005 nämlich über 3 054 Revisionen von Nebenklägern und Angeklagten zu entscheiden und nur über 119 Revisionen von Staatsanwaltschaften. So gesehen war jede siebte staatsanwaltliche Revision mit der erweiterten Revision erfolgreich (14 Prozent), aber weniger als jede 70. anwaltliche Revision (1,3 Prozent).⁴⁵ Die erweiterte Revision kommt damit überproportional häufig Staatsanwaltschaften zugute.

Das gilt selbst dann, wenn man einen Blick auf die Gesamterfolgsquote staatsanwaltlicher Revisionen wirft. Diese ist bekanntermaßen sehr viel höher als die der Angeklagten; im Jahre 2005 lag sie bei 45,6 Prozent (die von Angeklagten dagegen bei 7,9 Prozent).⁴⁶ Von den 305 in jenem Jahr insgesamt erfolgreichen Revisionen entfielen dabei 65 auf Staatsanwaltschaften (21,3 Prozent).⁴⁷ Staatsanwaltliche Revisionen sind also nicht nur im Allgemeinen vergleichsweise häufig erfolgreich, sondern dabei besonders oft mit der erweiterten Revision.⁴⁸ Angeklagte profitieren so gesehen vergleichsweise selten von dieser Art der Revisionskontrolle.

Auch hier ist zu fragen: Muss man wirklich davon ausgehen, dass Tatrichter bei Freisprüchen besonders häufig Beweiswürdigungsfehler begehen? Oder könnte es nicht so sein, dass die vergleichsweise seltenen staatsanwaltlichen Revisionen aus dem Rahmen fallen? Trägt dazu vielleicht auch bei, dass der GBA hier grundsätzlich Hauptverhandlungstermine beantragt und schon von daher die Bundesrichter genauer hinschauen?

⁴⁵ Diese Daten beziehen sich auf Revisionen, nicht auf Verfahren. Sie stammen aus der amtlichen Statistik bzw. einer Mitteilung des Präsidenten des BGH; vgl. dazu Barton (Fn. 21). Es ist aufgrund der vorliegenden Werte nicht möglich, die Gruppe der anwaltlichen Revisionen getrennt für Angeklagte und Nebenkläger präzise zu bestimmen.

⁴⁶ Auch hier erfolgt die Prozentuierung bezogen auf die einzelnen Revisionen (anders als oben in Abschnitt II.).

⁴⁷ Vgl. dazu Barton (Fn. 21).

⁴⁸ Nicht ganz so auffällig erweisen sich die Werte allerdings dann, wenn man in Rechnung stellt, dass die Staatsanwaltschaften bei vollen Revisionserfolgen – und hierbei handelt es sich vielfach bei der erweiterten Revision – auch sonst mit etwa einem Drittel vertreten sind.

⁴⁴ Barton (Fn. 19), S. 72 (Grafik 22). Die Zahlen beziehen sich dabei auf BGH-Entscheidungen aus dem Jahr 1994.

Als auffällig erweisen sich auch Unterschiede zwischen den Senaten:

Tabelle 3: Revisionsführer (senatsspezifische Verteilung)

	Angeklagter		StA		Nebenkläger		Gesamt N
	N	%	N	%	N	%	
1. Senat	1	20,0	3	60,0	1	20,0	5
2. Senat	3	50,0	3	50,0	0	-	6
3. Senat	5	62,5	3	37,5	0	-	8
4. Senat	13	81,3	3	18,8	0	-	16
5. Senat	14	66,7	5	23,8	2	9,5	21
Gesamt	36		17		3		56

Während bei drei Senaten acht oder weniger Fälle erweiterter Revision zu registrieren waren, fielen beim 4. und 5. Senat weitaus mehr an, nämlich 16 bzw. 21.

Dies bleibt auch dann überraschend, wenn man die Zahlen der insgesamt erfolgreichen Revisionen bei den verschiedenen Senaten berücksichtigt. Auch hier unterscheiden sich die Spruchkörper deutlich. Es waren 32 beim 1. Senat, 66 beim 2. und 52 beim 3. Senat; auf den 4. Strafsenat entfielen 72 und auf den 5. Senat 83 Aufhebungen.⁴⁹ Während beim 5. Strafsenat damit über 25 Prozent aller erfolgreichen Urteilsaufhebungen auf die erweiterte Revision entfielen, war dies beim 2. Senat in nur neun Prozent der Fälle so.

Betrachten wir ferner die Verteilung der verschiedenen Beschwerdeführer auf die Senate. Es zeigt sich, dass mit der erweiterten Revision erfolgreiche Staatsanwaltschafts-Revisionen bei allen fünf Senaten vertreten sind – und zwar überraschend stabil mit drei bzw. beim 5. Senat mit fünf Revisionen:

Im Gegensatz dazu verhält sich die Verteilung der erfolgreichen Angeklagtenrevisionen. Hier gibt es große Divergenzen zwischen den Senaten. Beim 4. fallen 13 und beim 5. Senat 14 Angeklagtenrevisionen an; im Unterschied dazu ist nur eine auf die erweiterte Revision gestützte Angeklagtenrevision beim 1. Senat erfolgreich, beim 2. Senat sind es drei. Anders formuliert: Während beim 1. Senat von den fünf erweiterten Revisionen nur

eine vom Angeklagten stammt (20 Prozent), sind es beim 4. Senat gleich 13 von 16 (81,3 Prozent).

Erhebliche Unterschiede ergeben sich auch im Hinblick auf die zum Tragen kommenden Fallgruppen. Von den insgesamt neun Fällen der „Aussage gegen Aussage“ entfielen sechs allein auf den 4. Senat. Umgekehrt fällt auf, dass von allen fünf erfolgreichen Revisionen beim 1. Senat vier auf die Fallgruppe „Lücke“ entfielen. Gewisse Auffälligkeiten zeigen sich auch bei den Delikten. Gemeint ist dabei natürlich nicht, dass Steuerdelikte nur beim 5. Senat anfielen, denn dies folgt aus der Geschäftsverteilung, sondern dass bei einem Senat die erweiterte Revision praktisch nur bei Tötungsdelikten greift, bei dem anderen dagegen besonders häufig bei Sexualdelikten zum Tragen kommt.

Es ergibt sich damit, dass die Senate von der erweiterten Revision nicht nur in unterschiedlichem Umfang Gebrauch machen, sondern dass die Urteilsaufhebungen dabei vergleichsweise häufig Revisionen von Staatsanwaltschaften betreffen und sich schließlich auch die erfassten Fälle in ihrer Substanz deutlich unterscheiden. Erneut erscheint es nicht überzeugend, diese zum Teil gravierenden Diskrepanzen allein damit erklären zu wollen, dass die Fälle des einen Senats sich grundlegend von denen der anderen unterscheiden würden. Es liegt näher zu vermuten, dass sich die Senate im Grad der Zurückhaltung, was den Zugriff auf die tatrichterliche Beweiswürdigung betrifft, unterscheiden. Was dem einen Senat als gänzlich unhaltbare und zwingend korrekturbedürftige Beweiswürdigung erscheint, wird von anderen offenbar noch hingenommen. Das kann dazu führen, dass – zugegebenermaßen überspitzt formuliert – bei dem einen Senat nur Urteile der erweiterten Revision anheim fallen, denen Revisionen von Staatsanwaltschaften zugrunde liegen, die Kapitaldelikte betreffen und in denen Lücken moniert werden, dass dagegen beim anderen Senat Sexualdelikte im Vordergrund stehen, wobei die Aufhebungen dann häufig mit Mängeln bei der Bewertung von „Aussage gegen Aussage“ begründet werden.

IV. Schlussbemerkung

Die erweiterte Revision hat ihren festen Platz in der Revisionsrechtsprechung des BGH; sie stellt insofern gewachsene revisionsrechtliche Realität dar. Realität ist aber auch, dass sie nach wie vor keine festen Konturen aufweist. Bei ihrer Anwendung dominieren weiche Argumentationsfiguren; insbesondere ist methodisch ungeklärt, wann die tatrichterliche Beweiswürdigung revisibel ist und wann nicht. Damit ergeben sich für die Revisionsgerichte Entscheidungsspielräume; die erweiterte Revision führt deshalb nolens volens zum „doppelten Spiel“. Es ist zu vermuten, dass die Darstel-

⁴⁹ Zu den Berechnungsgrundlagen dieser Werte vgl. Barton (Fn. 21).

lungskontrolle in der Praxis primär dann zum Zuge kommt, wenn die Revisionsrichter schwerwiegende Bedenken gegen die materielle Richtigkeit eines Urteils haben, dieses Unbehagen sich aber nicht als eindeutiger Verfahrensrechts- oder Subsumtionsfehler ausdrücken lässt. Im Jahr 2005 sind so gesehen schwerwiegende Bedenken überproportional häufig bei Sexual- und Tötungsdelikten aufgetreten; auch kommt die Darstellungskontrolle vergleichsweise öfter staatsanwaltlichen Revisionen als solchen von Angeklagten zugute. Das Unbehagen stellt sich bei den Senaten ferner in durchaus uneinheitlicher Weise ein.

Fezers 1974 veröffentlichte Analyse erweist sich damit als höchst aktuell. Solange der erweiterten Revision eine methodisch überzeugende Grundlage fehlt, werden latente Wirkungskräfte nicht vollständig zu bannen sein und wird die Darstellungskontrolle deshalb mit der Gefahr uneinheitlicher und inhaltlich fragwürdiger Entscheidungsstandards verbunden bleiben.