Strafrechtsrevision Light – Zwei Augen plus X

Thomas Fischer

In einem Verwaltungsstreitverfahren war *Christian Kirchberg* mein Prozessbevollmächtigter.[1] Wir haben in diesem Verfahren[2] die Verwaltungsrechts-Dogmatik und die Betroffenheit mit seiner Hilfe und freundlichen Steuerung halbwegs so aufgeteilt, wie es sein sollte: Einerseits ein Überschuss von Engagement beim Mandanten, durch sanftes Bremsen des Anwalts unter Kontrolle gehalten; andererseits professionelle Distanz, vom Mandantenfuror beflügelt. Der Rest ist Schicksal, Evidenz oder Rechtswissenschaft.

Der Ausgang des Verfahrens führte zu Weiterungen, die ihren Weg bis zum Bundesverfassungsgericht fanden.[3] Sie sind unter dem ridikülen Schlagwort „Zehn-Augen-Prinzip" bekannt geworden.[4] Zur Ehre des Rechtsanwalts *Christian Kirchberg* folgt hier ein desillusionierter Rückblick, neutraler Gegenwartsblick und hoffnungsvoller Ausblick – mit größter Hochachtung und besten Wünschen für den Jubilar!

I. Historisches

Die praktische und vor allem rechtliche Bedeutung der angesprochenen Rechtsfrage[5] ist leider nur durch ein paar Hinweise auf das erwähnte Verfah-

---

1 Vgl. VG Karlsruhe, Beschl. v. 24. 10. 2011–4 K 2146/11, DRiZ 2012, 206; Beschl. v. 17.01.2013–1 K 2614/12, NvWZ 2013, 381.

2 Ein – am Rande bemerkt – schöner Begriff, dessen sprachliche und sinnhafte Konnotationen im Alltäglichen meist verloren sind. Das „Rechts-Verfahren" ist ja vieles zugleich: Methode, Regel, Ablauf, Kommunikation, Normativität, Sinn, Macht, Befriedung, Bürokratie, Reflexivität, Schicksal, Lebenswelt, Arbeit, Gewaltvermeidung durch Gewalt-Symbolisierung.

3 BVerfG, Beschl. v. 23. 05. 2012–2 BvR 610/12, 2 BvR 625/12 = NJW 2012, 2334 = NStZ 2012, 458 = StV 2012, 513 = HRRS 2012 Nr. 555 = DÖV 2012, 690.

4 Die etwas unernsthafte Ironie des Begriffs erschließt sich aus dem sprachlichen Zusammenhang mit dem bekannten „Vier-Augen-Prinzip" das als Begriff für besondere Sorgfalt dem Zusammenhang der sogenannten „Compliance" (Regelkonformität und Verfahren zu ihrer Sicherung) entnommen ist. „Vier-Augen" gilt hier als „besonders genaues" Verfahren zur Vermeidung von Fehlern oder Korruption. Die Verwendung des Begriffs suggeriert daher eine Erhöhung des Sorgfaltsmaßstabs. Beim „Vier-Augen-Prinzip" des Revisionsrechts geht es aber um das Gegenteil.

5 Vgl. dazu u. a. auch *Fischer*, Welche und wie viel Aufmerksamkeit schuldet die Strafjustiz der Revision? in: Limperg u. a. (Hrsg.), Recht im Wandel europäischer und deutscher Rechtspolitik, Festschrift 200 Jahre Carl Heymanns Verlag, 2015, S. 463; *Rissing-van Saan*, Festschrift für Werner Beulke, 2015, S. 963.

ren verständlich.[6] Daher noch einmal in aller Kürze: Als beim Bundesgerichtshof zum Februar 2011 eine Planstelle als Vorsitzende(r) Richter(in) frei und ausgeschrieben wurde[7], hielt der damalige Präsident des Gerichts[8] einen Bewerber für ungeeignet und erstellte eine ungünstige Anlassbeurteilung. Der Bewerber erhob gegen die von ihm als willkürlich angesehene Beurteilung Widerspruch und dann Klage zum Verwaltungsgericht. Im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz ordnete das Verwaltungsgericht an, die Planstelle nicht zu besetzen, bevor in der Hauptsache entschieden worden sei.[9] Der Präsident erstellte eine weitere, noch schlechtere Beurteilung, welche bei einer anderen Kammer des Verwaltungsgerichts das gleiche Schicksal erlitt.[10] Der Bewerber bewarb sich unterdessen auf eine weitere inzwischen frei gewordene Planstelle.[11]

Wenn der Vorsitzende fehlt, wird er vom Stellvertreter vertreten. Im genannten Fall war Stellvertreter derjenige Richter, der als Bewerber unerwünscht war. Angesichts dessen kamen zunächst der Präsident[12] und dann das Präsidium[13] des BGH[14] zu der Erkenntnis, die Vertretung eines nicht

---

6 Es ist offensichtlich, dass eine Person sich nicht „neutral“ zu einem Rechtsverfahren äußern kann, in dem sie selbst Partei ist oder war. Hieraus folgt aber wohl nicht zwangsläufig, dass auch jegliche Äußerung über systematische Folgerungen unzulässig wären oder unter dem Vorbehalt der Parteilichkeit stehen müssten.

7 Solche Ausschreibungen werden von der Gerichtsverwaltung – mit welcher Berechtigung auch immer – ausschließlich solchen Personen mitgeteilt, die seit mindestens fünf Jahren Mitglieder des Gerichts sind. Andere Bewerber sind rechtlich nicht ausgeschlossen, aber unwillkommen.

8 „Präsidenten“ von Gerichten sind selbst Richter, in der Praxis jedoch vor allem Dienstvorgesetzte der Richter des jeweiligen Gerichts; sie nehmen also eine „Doppelrolle“ ein, die verfassungsrechtlich „janusköpfig“ ist, in der Praxis aber eine klare Dominanz des hierarchischen Verwaltungs-Anteils zeigt. Vgl. dazu *Wilke* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 2007, § 112 Rdn. 40 ff.

9 VG Karlsruhe, Beschl. v. 24. 10. 2011–4 K 2146/11, DRiZ 2012, 206.

10 VG Karlsruhe, Beschl. v. 17. 01 2013–1 K 2614/12, NvWZ 2013, 381.

11 Die Presse verlor darüber Geduld und Überblick und verlegte sich auf Parameter, von denen sie etwas versteht: „Chaos“, „Schlammschlacht“, „Lähmung“, „Richterkrieg“. Sehr gern schrieb man das Wort „Blockade“, als sei die aufschiebende Wirkung eines verwaltungsrechtlichen Rechtsmittels eine ganz neue Form der rechtlichen Unerhörtheit.

12 Erstaunlich legitimationslos ist die offenkundige Vermischung der personalen Rollen als Dienstvorgesetzter einerseits, Vorsitzender des Präsidiums andererseits in dem Fall, dass das (unabhängige) Richter-Präsidium unmittelbar oder mittelbar über eine Maßnahme oder Entscheidung des Präsidenten entscheidet.

13 Das Präsidium eines Gerichts wird nach Maßgabe von §§ 21a ff. GVG erschaffen. Den Vorsitz führt der Präsident. Gesetzliche Aufgabe des Präsidiums ist – ausschließlich – die Bestimmung des Geschäftsverteilungsplans (§ 21e GVG). Entgegen verbreiteter Meinung haben Präsidien nichts mit „Präsidialräten“ zu tun, sie dienen somit genuin weder der Rechtspolitik noch der Karrieregestaltung von Richtern. Gleichwohl sind in der Praxis Besetzungs- und Personalfragen oft schwer zu trennen. Der oder die PräsidialrichterIn ist nicht Mitglied des Präsidiums, sitzt aber in dessen Beratungen dabei, da er/sie in Abspräche mit dem/der PräsidentIn die Entwürfe aller vom Präsidium zu fassenden Beschlüsse vorbereitet, fertigt und verwaltungstechnisch umsetzt.

14 Beim BGH gibt es seit Jahrzehnten die *rechtsfern* anmutende Praxis, im Vorfeld von Präsidiumswahlen (§ 21b GVG) sogenannte „Listen“ zu erstellen und – per Dienst-E-Mail und Umlaufmappe – an die wahlberechtigten Richter des Gerichts zu versenden. Legitimiert zur Erstellung

vorhandenen Senatsvorsitzenden durch einen Bundesrichter der Besoldungsgruppe R6, der nicht Vorsitzender Richter der Besoldungsgruppe R8 ist, sei verfassungsrechtlich nicht über das Ende eines Kalenderjahres hinaus zulässig. Bei Verstoß drohten sämtliche Entscheidungen des betreffenden Senats vom BVerfG aufgehoben zu werden. Diese Rechtslage sei eindeutig und höchstrichterlich bestätigt.[15] Daher wurde zum 1. Januar 2012 dem 2. Strafsenat ein Vorsitzender Richter zugeteilt. Dieser war und blieb allerdings auch Vorsitzender eines anderen Senats. Das Präsidium entschied, dass er zwei Senate gleichzeitig leiten könne.

Drei Mitglieder (von sieben) des 2. Strafsenats bezweifelten dies. Sie waren überdies der Ansicht, es komme für diese Frage keinesfalls auf die individuelle Bereitschaft und Selbsteinschätzung des betroffenen Richters an; vielmehr ergebe sich aus der Annahme, ein Vorsitzender Richter *könne* die Aufgabe erfüllen, notwendig auch eine gesetzliche *Pflicht*, dies zu tun, wenn es rechtlich geboten sei; und eine solche Pflicht sei mit der Verfassung nicht vereinbar. Um diesen nicht ganz einfachen – und daher bedauerlicherweise sowohl den meisten Juristen als auch der medialen Aufmerksamkeit in seiner Bedeutung schwer verständlichen – Zusammenhang von Wirklichkeit und Normativität zu verstehen, muss kurz dargestellt werden, was der tatsächliche Inhalt jener Tätigkeit ist, jenseits von nebelhaften Überhöhungen.[16]

---

solcher „Listen“ (genauer gesagt: der Auflistung von als „besonders geeignet und zur Wahl empfohlen“ bezeichneten Richterinnen und Richtern) ist jeder; in der Praxis werden sie von im Verborgenen wirkenden „Initiatoren“-Gruppen hervorgebracht, die vorgeben, ihre Legitimation aus den Interessen „aller Kolleginnen und Kollegen“ sowie aus einem Prinzip der Ausgewogenheit zu schöpfen, welches sie – nach unbekannten Kriterien – selbst definieren. In den Anschreiben werden Listen von „zu wählenden“ Richtern aufgeführt, verbunden mit der *Aufforderung*, dieser Liste mittels Unterzeichnung (!) zusätzliches Gewicht und eine Art von wahl-rechtstechnischem Anstrich zu verleihen. Ich halte diese Praxis für abwegig. Eine „ausgewogene Vertretung von Zivil- und Strafsenaten“ ist das meistgenannte Motiv. Es ist freilich kleinrahmig: Zum einen unterstellt es Zivil- und Strafrichtern, jeweils nur das Interesse „ihres“ Rechtsgebiets vertreten zu wollen. Das mag zutreffen, zeigt aber nur die Beschränktheit. Zum anderen überstülpt es dem demokratischen Rechtsgedanken der Selbstverwaltung die Komponente „partei“-politischen Dezisionismus. Das Vorhandensein solcher „Listen“-Empfehlungen in einer Wahl-Population von 130 Personen spricht schließlich dafür, dass Zweifel am katechetischen Credo der puren Sachgerechtigkeit nicht fernliegend sind. Das schönste Argument gegen Kritik ist der Hinweis, ein(e) veritable(r) Bundesrichter(in) werde sich keinesfalls von irgendwelchen „Vorschlägen“ beeinflussen lassen. Es fragt sich, warum sonst sie gemacht werden.

15 BGH, Urt. v. 13.09.2005 – VI ZR 137/04, NJW 2006, 154; BSG, Beschl. v. 29.11.2006 – B 6 KA 34/06 B, NJW 2007, 2717; BVerwG, Urt. v. 25.07.1985–3 C 4/85, NJW 1986, 1366. Zwei Jahre später ereignete sich beim 5. Strafsenat Ähnliches: Der Vorsitzende ging zum 1. November 2014 in den Ruhestand, ein neuer Vorsitzender konnte wegen eines – ungleich ungewisseren – Konkurrentenstreit-Verfahrens nicht ernannt werden. Der Senat wurde vom stellvertretenden Vorsitzenden geleitet: über den Jahreswechsel 2014/15, über den Jahreswechsel 2015/16. Erst im November 2016 wurde dem Senat ein neuer Vorsitzender Richter zugewiesen. Von Verfassungswidrigkeit der Vertretung war in diesem Fall nicht mehr die Rede.

16 Die Personalisierung von gerichtlichen Entscheidungen durch Fokussierung auf die Person des/der Vorsitzenden des Spruchkörpers ist nicht allein ein Grundprinzip medialer Berichterstattung, sondern auch unter Berufskollegen, Rechtsanwälten und Rechtslehrern weit verbreitet.

II. Berichterstatter

Der/die Vorsitzende eines Strafsenats beim BGH muss, so sagt es die herrschende Meinung und ist es seit Jahrzehnten gängige Praxis, alle eingehenden Revisionsakten[17] „lesen“[18]. Dies sind pro Senat rund 600 Akten pro Jahr, also zwölf pro Woche. Der Umfang der inhaltlich wichtigen Teile dieses Konvoluts liegt erfahrungsgemäß meist zwischen 60 und 200 Blatt, die Lese-Obliegenheit des/der Vorsitzenden daher zwischen 720 und 2.400 Blatt Papier pro Woche. Ausreißer nach unten[19] und nach oben[20] sind selbstverständlich möglich und üblich; den quantitativen Durchschnitt substanziellen Akteninhalts kann man auf 70 Blatt beziffern.

Ob und wie intensiv der/die Vorsitzende diese „Lese“-Arbeit tatsächlich leistet, bleibt *notwendig* ein Geheimnis des Systems. Niemand kann es wissen, niemand beweisen. Der Verfasser hat in zwei Jahrzehnten Tätigkeit am Revisionsgericht alle denkbaren Varianten erlebt: Senatsvorsitzende, die sich in der Pflicht des „Lesens“ bis in Zustände völliger Erschöpfung und blanken Zynismus‘ aufrieben, solche, deren Dienstzimmer bei der Pensionierung im Halbschatten lag, da die Fensterbänke meterhoch mit sogenannten „Rückständen“ belegt waren, und solche, die treuherzig offenbarten, den Abschnitt

17 Gemeint sind die sogenannten „Senatshefte“, in die jeweils das angefochtene Urteil, die Revisionsschriften, die Stellungnahmen der Bundesanwaltschaft sowie Dokumente zum weiteren Gang des Revisionsverfahrens aufgenommen werden. Sie verbleiben nach Abschluss des Verfahrens beim Revisionsgericht und sein nach ständiger Rechtsprechung einer Akteneinsicht nicht zugänglich, da sie (angeblich) „höchstpersönliche“ Notizen der Revisionsrichter enthalten (können).

18 Damit ist selbstverständlich nicht eine bloße oberflächliche Lektüre, sondern ein fachliches „Durcharbeiten“ gemeint, in der Regel überdies eine Exzerpierung. Hierzu im Einzelnen weiter unten im Text.

19 Beispielhaft darf der sprichwörtliche „Schlucker-Fall“ (oft aus Urteilen des Landgerichts Frankfurt am Main) genannt werden: Irgendein(e) Beschuldigte(r) aus der weiten Welt hat nach unwiderlegten, nicht von vornherein unglaubhaften Einlassungen, also den „Feststellungen“ (einer meist minderen Art von Wahrheit), aber am Ende eben vielleicht doch eine kranke Mutter, ein Dutzend hungernder Geschwister, auf jeden Fall ein armseliges Leben. Er oder sie trifft zufällig einen meist „Pedro“, „Bill“ oder „Peter“ genannten Menschen am Hauptbahnhof von Lima oder am Strand von Punta Cana und schluckt in der Not ein Kilogramm Kokain-Bubbles, erhält Erlass irgendwelcher Schulden, ein Flugticket und 500 Dollar Spesen und startet Richtung Madrid mit Umsteigen in FraPort. Dort fördert die Ausscheidungs-Abteilung der Bundespolizei das Unrecht zutage. Es folgt ein „freimütiges“ Geständnis. Dies führt zu einer Freiheitsstrafe von ungefähr vier Jahren, einer vom Pflichtverteidiger eingelegten „allgemeinen Sachrüge“ und beim zuständigen BGH-Senat zu einem Senatsheft von erfreulicher Übersichtlichkeit. Einen „Schlucker-Fall“ (gern auch „schnelle Nummer“ genannt) kann man um 10.50 Uhr aufrufen, wenn um 10.58 Uhr zum gemeinsamen Cappuccino aufzubrechen ist. Der „Schlucker-Fall“ ist also die Traum-Erledigungsnummer des Berichterstatters, bringt ihm andererseits aber keine Ehre.

20 Senatshefte mit 1.000 bis 2.000 Seiten sind nicht häufig, aber auch nicht sensationell. Das inhaltliche Gewicht korreliert nicht ohne Weiteres mit dem Umfang. Da man niemals ausschließen kann/darf, dass nach 250 Seiten Langeweile ein völlig neues, aufrüttelndes und fallentscheidendes Argument folgt, ist man, aller Pseudo-„Routine“ und persönlichen „Bewältigungs“-Strategie zum Trotz, nichts weniger als verpflichtet, stets auch Seite 251 danach zu durchsuchen.

„Beweiswürdigung" in den angefochtenen Urteilen könne man ja nun wirklich nicht lesen, wenn man „auch mal fertigwerden" wolle.

Andererseits können auch diejenigen Bundesrichter, welche die Unmöglichkeit der Aufgaben-Erfüllung erkannt haben, in durchweg höherem Alter[21] und bei biologisch geringerer Leistungsfähigkeit durch bloße Beförderung das Mehrfache des in den Jahrzehnten des Aufstiegs Geleisteten zu vollbringen, erstaunlicherweise nur schwer mit der Vorstellung leben, der/die Vorsitzende ihres Senats könne sich unter Umständen ein *bequemes Leben* machen, während er/sie selbst im Schweiße des Angesichts arbeite.[22] Hier stoßen zwei (oder mehr) Prinzipien hart aufeinander. Erstens: Das allgemein geltende Prinzip des (im Weberschen Sinn: bürokratisierten) sogenannten Mittelstands: Hier, wo jeder mit aller verfügbaren Energie nach oben strebt, darf keiner sich bei der Ansicht erwischen lassen, er sei etwas Besseres. Zweitens: Vorsitzende sind Mächtige, die zur Verteilung von Gnade und Ungnade berufen sind. Zwischen diesen beiden Prinzipien liegt der Dschungel der kleinlichen Leidenschaften, der hart erarbeiteten Fachkunde und der mehr oder minder geglaubten Moral.[23]

Man muss zum genaueren Verständnis[24] freilich noch ein wenig konkreter werden: In einem Strafsenat des BGH hat – nach Regeln, die zu verstehen und zu hinterfragen sind – jeder Beisitzer pro Jahr maximal 100 Senatshefte zu „lesen" und – als „Berichterstatter/in" zu bearbeiten. Davon erledigt er/sie 90 Prozent durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO: durch einstimmigen Beschluss als „offensichtlich unbegründet". Eine Begründung ist in diesem Fall nicht erforderlich; die Entscheidung wird innerhalb von 30 Sekunden am Tisch von allen unterschieben. Dieses bestätigende Zustimmen stellen

21 Durchschnittliches Alter bei Beförderung zum Senatsvorsitzenden: 55 Jahre.

22 Dies steht in einer gewissen emotionalen und funktionalen Beziehung zu der Ansicht, bei dem jeweils amtierenden Vorsitzenden handle es sich um eine letzten Endes eher minder geeignete Persönlichkeit, die es vorwiegend durch geschicktes Taktieren oder parteipolitische Strippenzieherei auf den Lotsensetz gebracht habe. Diese Ansicht war in allen vom Verfasser jemals erlebten Senaten mindestens „gut vertretbar", wenn nicht gar „herrschende Meinung". Sie ändert sich individuell selbstverständlich schlagartig mit der eigenen Beförderung. Das zu sagen ist übrigens nicht Beschmutzung eines Nestes, sondern nur die Offenbarung, dass die kommunikativen Regeln bürokratischer Arbeitsstrukturen (öffentlicher und privater Art) selbstverständlich auch im Bereich der Justiz ohne Einschränkung gelten.

23 Vor mehr als 25 Jahren, als ich Wissenschaftlicher Mitarbeiter eines BGH-Strafsenats war, erläuterte mir ein Richter des Senats: Der Job ist eine Art Vorruhestand für 50-plus X-Jährige mit Verdiensten, aber abnehmender Kraft. Eine solche Einstellung passt heute selbstverständlich nicht mehr! Die Kraft und Frische der 60-Jährigen ist seit 1991 explodiert.

24 Es ist erfahrungsgemäß schwierig, dieses banale, aber selbstverständlich bürokratisch hochkomplexe Verfahren in umfassenderem Sinn zu vermitteln, selbst bei gutem Willen auf allen Seiten. Allzu oft scheitert es an schlichter Fantasielosigkeit: Der Rechtsanwalt kann sich Justiz „von innen" gar nicht als objektiv wirksames „System" denken, sondern nur als Zusammenhang von höchstpersönlich-bewusstem Dezisionismus. Umgekehrt können sich Justizjuristen freiberufliche Anwaltstätigkeit meist gar nicht anders vorstellen denn als unablässige Abfolge von Entscheidungen zwischen ungerechtem Interesse und besoldeter Gerechtigkeit.

sich Außenstehende und Kritiker leider oft vor wie eine rechts-missachtende Absprache oder eine bewusste Entscheidung gegen die Pflicht zur Entscheidung nach Recht und Gesetz. Das ist eine falsche, jedenfalls laienhaft-oberflächliche Deutung, welche die tatsächlichen Abgründe und Risiken gar nicht erkennt, sondern personalisiert und damit einer oberflächlichen Skandalisierbarkeit zuführt.

Es bleiben also etwa 15 Verfahren, in denen entweder ein Votum (ein Entscheidungsvorschlag) für eine Hauptverhandlung zu schreiben oder eine im Beschlussverfahren nach § 349 Abs. 4 StPO ergangene Entscheidung nachträglich zu formulieren ist. Gelegentlich kommen Weiterungen hinzu.[25]

III. Senatspräsidenten

Anders ist es mit der Tätigkeit des/der Vorsitzenden[26]: Er oder sie muss nicht 100, sondern 600 Verfahrensakten durcharbeiten. Das Ernennungsalter der Vorsitzenden liegt bei etwa 55 Jahren. In der Medien-Kommunikation ist bekanntlich alles, was danach folgt, das Leben eines sogenannten „Senioren", also eines Menschen, dessen Aufgabe es sein soll, sich emotional in bald bevorstehendes Ausklingen, abnehmende Kraft, neue Hobbys sowie das Näherrücken des unvermeidlichen Ablebens einzuschwingen. Beim BGH ist es aber das Alter, in welchem die Leistungsfähigkeit frisch ernannter Senatsvorsitzender explodiert, die daher im letzten Jahrzehnt ihres Dienstes 300 bis 500 Prozent mehr leisten können als in den zehn Jahren zuvor. Ein veritables Wunder!

Die Mehrleistung von mehreren Berichterstatter-Pensen kann, wie sich dem unbefangenen Betrachter aufdrängt, *unmöglich* der Schreibarbeit der Berichterstatter in 15 Verfahren pro Jahr entsprechen, zumal der oder die Vorsitzende ja „nebenbei" auch die Organisation der Senatsgeschäfts vorzu-

25 Text-Überarbeitungen, Anfragen, Stellungnahmen.

26 Bis Anfang der 1970er-Jahre hießen sie „Senatspräsidenten", was unzweifelhaft ein schöner Titel ist, da die Welt der Laien geneigt ist, jegliche Art von „Präsident" für ein Wesen mit unmittelbarem Zugang und Einfluss auf die Macht zu halten. Da die Umbenennung erst 45 Jahre her ist, hat sich die zur Festschriften-Reife gelangte Schicht der Justizpraxis noch nicht vollständig an die Nomenklatur des „Vorsitzender Richter am…" gewöhnt. Silberhaarige Rechtsanwälte fügen daher bis heute bisweilen den Titel „Senatspräsident" in die Anrede ihrer Schreiben ein. Vor allem aber hat einer/eine überlebt: Der/die „Chefpräsident(in)". Dies(e) ist der Chef oder die Chefin der Präsidenten. Ihm oder ihr nähern sich die Senatspräsidenten – oder die es werden möchten –, wie es sich gegenüber einem Chef gebührt; sie halten für die Möglichkeit, überraschend zu einem geladen zu werden, stets ein Sakko und einen Schlips im Dienst-Spind bereit. Ins kollektive Gedächtnis des Gerichtshofs gehen jeweils die Terminierungs-Usancen der Präsidenten ein. Der *Verfasser* kann bezeugen, dass bei Einzelnen von ihnen zwischen der telefonischen Bitte der Chefsekretärin, sich „ab 10 Uhr" für eine kurze Besprechung bereithalten, und dem Abruf zum Termin durchaus einmal acht Stunden vergehen durften.

nehmen, die Hauptverhandlungen vorzubereiten, zu organisieren und zu leiten, alle Entwürfe, Voten und sonstigen schriftlichen Entwürfe aller Berichterstatter sorgfältig zu lektorieren und schließlich und vor allem[27] auf die Rechtsprechung des Senats „bestimmenden Einfluss“[28] mittels umfassender Informiertheit, Lebens- und Rechtserfahrung zu nehmen hat.

Man darf getrost sagen, dass die angebliche (das heißt *normative*) Belastung des/der Senatsvorsitzenden zwischen 300 und 500 Prozent derjenigen eines/einer „normalen“ BundesrichterIn liegt.[29] Diese Belastung ist, nach den üblichen Maßstäben und den gegebenen Umständen[30], schlechterdings nicht zu bewältigen. Sie ist – dem Anspruch und leider auch oft der Darstellung nach – eine Überbelastung der Vorsitzenden mit einer Pflicht, deren Erfüllung in der Wirklichkeit unmöglich ist.[31] Jede(r) Vorsitzende muss sich daher (angeblich) frühzeitig überlegen, ob er eine 100-Stunden-Woche mit Aktenlesen verbringen oder sein Leben irgendwie halbwegs erträglich für Körper, Geist, Familie und Lebenssinn einrichten möchte.

Eine dritte Möglichkeit gibt es. Von ihr ist hier die Rede. Sie gilt der „herrschenden Meinung“ freilich als defaitistisch, wenn nicht als Gefährdung der „Funktionsfähigkeit“, auf jeden Fall als gefährlich.

Nach Regel und Tradition bedarf es aus den angedeuteten Gründen kontinuierlicher Beweise[32] des Fleißes des/der Vorsitzenden. Diese(r) schuldet sie den Mitgliedern des Senats; sie werden allenfalls in Fällen offenen Aufruhrs[33] formell, in der Regel aber nur informell von diesen eingefordert. Dies liegt schon deshalb nahe, weil sich in jedem Senat Richter finden, die davon überzeugt sind, zur Vorsitzenden-Tätigkeit entweder schon immer besser oder jedenfalls demnächst besonders geeignet zu sein, vor allem im Vergleich mit dem jeweiligen Amtsinhaber.[34]

Der oder die Vorsitzende muss daher eine Methode entwickeln, die Erfüllung der unerfüllbaren Aufgaben jedenfalls teilweise zu simulieren. Denn dass die zugeschriebene Aufgabe tatsächlich nicht erfüllbar ist, ist recht evi-

---

27 BVerfG, 2 BvR 610/12, Rn. 25 ff. (= NJW 2012, 2334); BVerfGE 37, 210, 215 f.; 88, 1, 8 f.

28 BVerfG NJW 2012, 2334 = NStZ 2012, 458 = DÖV 2012, 690.

29 Hierfür erlangt er eine Mehrvergütung von ca. 850 € brutto. Dies ist kein ernsthaftes Motiv, eine solche „Beförderung“ anzustreben. Der „Lohn“, um den es geht, liegt weit jenseits der Besoldung: Selbstbestätigung, Nähe zur Macht, Herrschafts-Ausübung, äußere Reputation.

30 Vgl. sogleich.

31 Damit ist nicht gesagt, dass nicht – bis über die Grenze des Zumutbaren hinaus – versucht wird, der angeblichen Verpflichtung zu genügen, sei es aus Pflichtgefühl, Angst oder Selbstüberschätzung.

32 Es handelt sich um die zumindest den gesellschafts- und hierarchiebildenden Primaten eingeborene Notwendigkeit, Dominanz kommunikativ zu vermitteln (vgl. *de Waal*, Der gute Affe, 1993, S. 110 ff.).

33 Also in der subjektiven Sicherheit, sich auf der obsiegenden Seite zu befinden.

34 Dies wiederum hängt auf vertrackte Weise mit der Anerkennung des Leitungs-Systems zusammen: An dem/der eigenen Senatsvorsitzenden „vorbei“ Vorsitzende(r) zu werden, ist möglich, aber meist schwierig. Diese(r) schreibt „Beurteilungsbeiträge“, streut jahrelang informelle „Eindrücke“, Meinungen und Einschätzungen.

dent: Es gibt auch für sehr begabte, sehr schnellbegreifende und sehr fleißige Menschen keine Möglichkeit, dauerhaft das Mehrfache dessen zu leisten, was ein ganz besonders befähigter und *daher* in eine Spitzenposition gelangter Mensch auf demselben Gebiet bei Anstrengung aller Kräfte zu leisten imstande ist.[35]

Wie beweist der oder die Vorsitzende die überragende Kenntnis? Die praktische Methode ist an sich schlicht, ihre Ausführung (selbstverständlich) hochkompliziert; das Modell entspricht im Ansatz der üblichen Alltagserfahrung[36]: Strafsenatsvorsitzende „lesen" die Revisionsakten. Dieses sogenannte „Lesen" ist nur ein Teil dessen, was verlangt wird, füllt die Arbeitskraft aber bis zur Erschöpfung aus. 600 Akten mit durchschnittlich[37] 70 Seiten Umfang ergeben 42.000 Seiten pro Jahr; das sind 800 Seiten pro Woche, 160 Seiten pro Arbeitstag. Tatsächlich bietet die Arbeitswoche aber nicht fünf Tage Zeit zum Lesen: Mindestens ein Tag wird vollständig für Verhandlungen und Beratungen verbraucht. Die Zahl der Beratungs- und Verhandlungstage wird in den Strafsenaten des BGH in einem intuitiv umgekehrten „Erfolgs"-Zusammenhang gesehen: Je weniger Tage, desto „besser".[38] Mindestens zehn Stunden pro Woche – also ein weiterer Arbeitstag – sind für senatsinterne Verwaltungs-, Kontroll-, Koordinierungsaufgaben sowie für die Pflege des sozialen Klimas aufzuwenden. Es bleiben also, mit viel Glück, drei Arbeitstage für 800 Seiten Revisionsakten. Da sich dieses Pensum beinahe nie innerhalb der üblichen Büroanwesenheitszeiten erledigen lässt, schleppen die Vorsitzenden zum Wochenende randvolle Pilotenkoffer mit Akten zum Parkplatz, die sie am folgenden Montag der Geschäftsstelle als „gelesen" übergeben. Im Dienstzimmer warten dann bereits die nächsten zehn Akten.

Regelmäßig und traditionell fertigt der/die Vorsitzende Exzerpte der Revisionsakte an. Die Form dieser Elaborate ist ebenso wenig vorgegeben wie ihr Umfang oder Inhalt; es handelt sich um rein private Aufzeichnungen. Als physische Unterlage dient in der Regel ein Überstück der vom Generalbundesanwalt übersandten Stellungnahme zum Revisionsvorbringen. Auf ihm werden handschriftliche Notizen angebracht, deren Umfang, Inhalt und Aussagekraft sehr unterschiedlich ist.[39]

---

35 Es ist dem *Verfasser* geläufig, dass diese Aussage von einer großen Mehrheit der Bundesrichter in öffentlichen Äußerungen bestritten und sogar als gleichsam ehrenrührig angesehen wird. Ein sachliches Argument hierfür fehlt jedoch bislang.

36 Diese ist selbstverständlich nicht „einfach", sondern ein hochkompliziertes Geflecht sozialer Regeln und Bewertungen.

37 Zurückhaltend geschätzt. Senatshefte unter 40 Seiten gibt es fast nicht. Andererseits gibt es pro Jahr im Durchschnitt 10 Verfahren, in denen die Senatshefte mehr als 1000 Seiten umfassen.

38 Der 2. Strafsenat hat in den Jahren 2012 bis 2016 besonders viele Sitzungstage – teilweise so viele wie die anderen vier Senate zusammen – durchgeführt. Die Beratungstage (Beschluss-Beratungen nach § 349 Abs. 1 bis 4) sind in den Senaten unterschiedlich; auch hier gilt die informelle Regel: Je weniger, desto "besser".

39 Der *Verfasser* hat Vorsitzende erlebt, deren Notizen sich auf zwei Zeilen beschränkten (Beispiel: „§ 21 problematisch; Strafe i.ü. angemessen"). Einzelne andere verfertigten in jedem einzelnen

Der Sinn dieser eintönigen und kräftezersetzenden Tätigkeit – es handelt sich, hieran darf erinnert werden, bei den dazu verpflichteten Personen um die Vorsitzenden der fünf Strafsenate des Obersten Gerichtshofs unseres Staats – ist letztlich nur verständlich, wenn man die Praxis der Entscheidungsweisen der Senate kennt und versteht, die sogleich darzustellen ist. An dieser Stelle reicht vorerst der Hinweis auf eine mittelbare, quasi reflexhafte Funktion: Die Exzerpte des/der Vorsitzenden stehen nicht etwa als Vermerke den anderen Senatsmitgliedern zur Verfügung, sondern gelten als höchstpersönliche Materialien. Zugriff erlangen die Beisitzer nur, wenn der Vorsitzende erkrankt oder in Urlaub ist; dann darf der Vertreter das irgendwo abgeheftete Exzerpt benutzen.[40] Der Vorsitzende wirkt in diesen Fällen also quasi als sechstes Mitglied der Spruchgruppe mittels „Notizen" aus der Ferne an der Entscheidung mit.

Der Vorsitzende hat also, wenn es gut läuft, beim Vortrag des Berichterstatters ein persönlich erstelltes Dokument in Händen, anhand dessen er den Vortrag korrigieren, steuern, hinterfragen, bezweifeln oder kritisieren kann – oder auch nicht. Er befindet sich damit in der Situation eines Lehrers, der beim Vortrag einer Inhaltsangabe durch einen Schüler anhand monatealter Notizen kontrolliert, ob etwas vergessen wird.

Parallel zur Anfertigung dieser Exzerpte gibt es Möglichkeit und Übung, dass die Vorsitzenden während des Lesens des Senatshefts dort persönliche Vermerke anbringen: Unterstreichungen, Unterkringelungen, Randbemerkungen zum Urteil, zur Revision oder zur Sache. Sie geben zum einen Auskunft über die vom Vorsitzenden „erkannten" oder der Diskussion für würdig erachteten – Fragen und somit über die Durchdringungstiefe; zum anderen geben sie den Berichterstattern Hinweise auf möglicherweise problematische und im Sachvortrag zu berücksichtigende Fragen.

Angeblich sind die Senatshefte „interne" oder gar „höchstpersönliche", daher dem Akteneinsichtsrecht nicht zugängliche Akten; Gesuche um Einsicht werden daher regelmäßig zurückgewiesen. Das erscheint zweifelhaft. Verfahrensakten, welches Gerichts auch immer, sind nicht höchstpersönliche Konvolute, wenn und weil sie eine Vielzahl von allgemein wichtigen verfahrensleitenden, auch beweiserheblichen Dokumenten enthalten. Sie zu geheimen Enklaven der Höchstpersönlichkeit zu erklären, wie es die ständige

---

Fall ein vielseitiges Zeugnis ihrer Anstrengung, einen „Aktenauszug", aus dem sich fast jedes einzelne Beweismittel oder Rechtsargument ergibt. In der überwältigenden Mehrzahl der Fälle hat sich niemand (!) im Senat für das eine oder das andere interessiert. Eine solche Sisyphos-Arbeit ins pure Dunkel aushalten zu lernen ist eine exzeptionelle Leistung. Die Mehrzahl der Vorsitzenden verfährt auf einem (jeweils persönlichen) Mittelweg: Der eine kritzelt mehr, die andere weniger auf den Zettel. Lesen und/oder verstehen kann es außer ihm/ihr meist sowieso niemand.

40 Die Erkenntnis scheitert in der Regel daran, dass die handschriftlichen Notizen nicht lesbar oder nicht verständlich sind. Überdies ist der Senat meist der Ansicht, auf die Eingebungen des Vorsitzenden, der an der Entscheidung gar nicht beteiligt ist, komme es nicht an.

Rechtsprechung tut, ist fragwürdig. Niemand käme auf die Idee, die „Sachakte“ des Landgerichts deshalb für geheim zu erklären, weil die Kammervorsitzende oder der Berichterstatter handschriftliche Bemerkungen in der Anklage oder Unterstreichungen in Vernehmungsprotokollen vorgenommen haben.[41] Was „öffentlich“ ist, muss und kann auch öffentlich diskutiert werden. Was „geheim“ ist, mag persönliches Wissen, Wollen und Eindruck des Richters sein, taugt aber nicht dazu, einem sogenannten „Vier-Augen-Prinzip“ eine rechtliche Legitimation zu verleihen.

Eine herkömmliche herrschafts-orientierte Logik verspricht demjenigen Vorsitzenden den höchsten Einfluss, der in der Akte keine Spuren hinterlässt, in seinem persönlichen Exzerpt aber möglichst viele Details erfasst. Er kann dann nämlich den Aktenvortrag des Berichterstatters zu Zeitpunkten mit Hinweisen oder Fragen unterbrechen, die weder der Vortragende ahnen noch einer der drei Nicht-Leser vorhersehen kann.[42]

Die Bedeutung der vorstehend geschilderten Abläufe ergibt sich aus einer Besonderheit in der Praxis der höchstrichterlichen Revision in Strafsachen, die bis zu den eingangs dargestellten Ereignissen vor wenigen Jahren fast unbekannt war. Sie beruht auf der heute üblichen und als zulässig angesehenen *exzessiven* Auslegung von § 349 Abs. 2 und Abs. 4 StPO.

IV. Beschlussverfahren

Das „Zehn-Augen-Prinzip“ ist das Prinzip, von welchem das Gesetz als Regel ausgeht. Der Begriff bezeichnet nichts anderes als den – jedem Leser des Gesetzestextes als selbstverständlich erscheinenden – Grundsatz, dass diejenigen Richter, die über die Rechtmäßigkeit oder Rechtsfehlerhaftigkeit eines Urteils in einem Rechtsbeschwerdeverfahren („Revision“) zu entscheiden haben, dieses Urteil auch – jeweils persönlich – *zur Kenntnis genommen* haben müssen. Fünf Richter(innen) – Zehn Augen: Nichts erscheint näherliegend, und nichts anderes erwarten die Bürgerinnen und Bürger, die dem Rechtsmittel, um das es hier geht, in einem beinahe unangreifbaren Maß

41 Wann immer der *Verfasser* diese Frage ansprach, erlangte er von Strafsenats-Mitgliedern die Antwort: „Dann schreibe ich ab sofort nichts mehr ins Senatsheft und mache mir meine Notizen persönlich.“ Dies soll – offenkundig – als Argument dafür gelten, es sei letztlich gleichgültig, ob die Akten offen oder geheim seien, da es „im praktischen Ergebnis“ darauf nicht ankomme. Das ist schlechterdings falsch.

42 Der *Verfasser* hat während seiner Tätigkeit als Senatsvorsitzender darauf verzichtet, Exzerpte anzufertigen. Stattdessen schrieb er alles, was ihm beim Durcharbeiten der Senatshefte einfiel, in diese hinein, damit der/die jeweilige Berichterstatter/in einen Hinweis auf möglicherweise diskussionswürdige Fragen erhalte. Dies führte dazu, dass von Mitgliedern des Senats das Gerücht verbreitet wurde, der Vorsitzende „lese die Akten nicht“, da er keine Exzerpte vorweisen könne.

ausgeliefert sind oder sein könnten. Eben dies bestreiten die Vertreter der herrschenden Meinung, die sich mit einem sogenannten „Vier-Augen-Prinzip“[43] begnügen will, ein solches Prinzip aber im Gesetz nicht finden kann und stattdessen mit dem gesunden Menschenverstand des sogenannten „erfahrenen Revisionsrichters“ Vorlieb nehmen muss.

Der Berichterstatter bereitet auch im Beschlussverfahren die Sache vor, nachdem sie ihm vom Vorsitzenden zugeleitet wurde.[44] Er bringt die Sache in die Beratung der zuständigen Sitzgruppe, wenn er sie für „vortragsreif“ hält. Wann dies der Fall ist, bestimmt ausschließlich er selbst. Er kann dadurch die Besetzung der konkret entscheidenden Sitzgruppe manipulieren, indem er etwa Urlaube oder dienstliche Abwesenheiten von Senatsmitgliedern einplant und bestimmte Fälle nur oder eben nicht in bestimmten Personen-Konstellationen vorträgt.[45]

Über den Gegenstand des Revisionsverfahrens kann nur entschieden werden, wenn alle Richter über seinen Inhalt informiert sind: „Voraussetzung jeder Beratung und Entscheidung eines Senats ist, dass alle … Mitglieder des Spruchkörpers – und nicht etwa nur der Berichterstatter und der Vorsitzende – Kenntnis des Streitstoffs haben.“[46] Da die Aufgabe des strafrechtlichen Revisionsverfahrens (beinahe ausschließlich) darin besteht, die schriftlichen Urteilsgründe der angefochtenen Entscheidung anhand der Urteilsurkunde daraufhin zu prüfen, ob sie Rechtsfehler enthalten, ist es offenkundig, dass eine Entscheidung über die Revision die Kenntnisnahme dieser schriftlichen Urteilsgründe voraussetzt. Diese schlichte Regel führt beispielsweise bei den Zivilsenaten des BGH dazu, dass vor der Beratung alle beteiligten Richter – zusammen mit einem Votum des Berichterstatters – einen Abdruck des angefochtenen Urteils erhalten. Auch im Urteilsverfahren der strafrechtlichen Revision wird das Senatsheft für alle Richter kopiert und ihnen eine Woche vor dem Verhandlungstermin mit dem Votum des Berichterstatters zugeleitet. Der Sachbericht des Berichterstatters in der Hauptverhandlung beschränkt sich daher regelmäßig auf einige zusammenfassende Sätze über die „Feststel-

43 Vgl. oben Fn. 4.

44 Diese Zuleitung heißt bis heute „Zuteilung“: Der Begriff spielt darauf an, dass der/die Vorsitzende den Berichterstatter „bestimmt“, daher nach eigenem Ermessen (?) den oder die „Geeignete(n)“ benennen kann. Damit ist ein extrem hoher steuernder Einfluss verbunden, sowohl in der Bezeichnung der mehr und der weniger „Geeigneten“ als auch in der „Tendenz“. Der *Verfasser* hat Zeiten (und „Senatspräsidenten“) erlebt, in denen vor der „Zuteilung“ (oder sogar noch danach) bei den in Betracht kommenden Berichterstattern nachgefragt wurde, welche Meinung sie zu vertreten beabsichtigten.

45 Hierauf ist – auch vom *Verfasser* – schon mehrfach hingewiesen worden. Die wissenschaftliche, verfassungsrechtliche und praktische Antwort hierauf ist anhaltendes Schweigen sowie allenfalls der Hinweis, ein anständiger Bundesrichter tue so etwas nicht. Dass dieses Rechtsprinzip „Hoffnung“ mit dem GVG und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vollständig in Einklang steht, könnte bezweifelt werden.

46 BVerfG 2 BvR 610/11 (NJW 2012, 2334; NStZ 2012, 458), Rdn. 23.

lungen“ des Erstgerichts. Ein Bericht etwa über Einzelheiten der Beweiswürdigung findet nicht statt, da alle Beteiligten das Urteil gelesen haben.[47]

Ganz anders aber im Verfahren der Revisionsentscheidung durch Beschluss gem. § 349 Abs. 1, 2 und 4: Hier werden in der Beratung von den Berichterstattern reihum die Revisionssachen in freien mündlichen Vorträgen zur Kenntnis gegeben. Pro Revisionssache stehen dazu durchschnittlich zwischen zehn und neunzig Minuten zur Verfügung. Der Vorsitzende versucht (gelegentlich), den Vortrag anhand seiner oben genannten Aufzeichnungen mitzuverfolgen; im Übrigen verlässt er sich auf sein Gedächtnis oder auf die Bereitschaft des Berichterstatters, Anmerkungen im Senatsheft zu erwähnen.

Entscheidend ist: Drei Richter von fünf Richtern nehmen vom Inhalt des Senatshefts beim Vortrag des Berichterstatters *erstmals* – und in 95 Prozent aller Fälle *letztmals* – und *ausschließlich* durch Zuhören Kenntnis. Sodann wird entschieden. Pro Beratungstag werden auf diese Weise zwischen fünf und fünfzehn Revisionen erledigt. In der Spitze werden mehr als 20 Erledigungen pro Tag erreicht.

Diese vollkommen unterschiedliche Verfahrensweise in Urteils- und Beschluss-Sachen ist nicht durch inhaltliche Unterschiede, etwa die besondere Schwierigkeit der Urteils-Verfahren, zu erklären. Ob eine Revisionshauptverhandlung durchzuführen ist, ist oft zufällig und steht in keinem Zusammenhang mit Umfang und Schwierigkeit der Sache. Das ergibt sich schon daraus, dass Beschlussentscheidungen stets Einstimmigkeit voraussetzen und das Nichterreichen dieser Voraussetzung nicht vom Sachumfang abhängt.

V. Entscheidungsgrundlagen

Nach herrschender Meinung ist es zentrale Aufgabe des Vorsitzenden eines Revisionssenats, die „Richtlinien der Senatsrechtsprechung“ zu überschauen und zu prägen. Kraft seiner Kompetenz, Erfahrung und Kenntnis soll/muss er/sie zwischen verschiedenen Spruchkörpern vermitteln und einen „richtunggebenden Einfluss“ auf die Rechtsprechung haben. Im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Mai 2012[48] hat das Gericht ausgeführt: „Die Entscheidung im Kollegialgericht (erfordert) uneingeschränkt, dass bei

47 Der Fall, dass ein Revisionsrichter sich weigert, das Urteil zu lesen, sondern auf einem mündlichen Komplett-Vortrag in der Hauptverhandlung besteht, ist nach Kenntnis des *Verfassers* noch nie vorgekommen, muss aber nach der Entscheidung des BVerfG vom 23. Mai 2012 ohne Weiteres möglich sein. In der Revisionshauptverhandlung anwesende Verteidiger werden oft darauf hingewiesen, alle Senatsmitglieder hätten „alles gelesen“. Ob das jeweils stimmt, wird nicht geprüft oder festgestellt. Eine interessante Frage ist, ob der Revisionsführer einen „Komplett“-Vortrag des Berichterstatters verlangen dürfte.

48 Oben Fn. 46.

der Beratung und Entscheidungsfindung alle Mitglieder des Spruchkörpers vollständig über den Sach- und Streitstand informiert sind."[49]

Man sollte meinen, hiermit sei eindeutig und evident, welche Anforderungen an die Kenntnisnahme der Revisionsrichter zu stellen sind. Denn wie anders als durch intellektuelle Kenntnisnahme des (geschriebenen) Urteilstextes, der allein Gegenstand der (einzigen) rechtlichen Überprüfung ist, sollte ein Richter „vollständig über den Sach- und Streitstand informiert" sein? Gibt es irgendeinen Fall oder Bereich des Rechts, in welchem jemand über den Inhalt und die Form eines Textes „vollständig informiert" sein könnte, den er oder sie niemals gelesen, sondern über dessen Inhalt er nur durch eine Nacherzählung informiert ist?

Oder, anders gefragt: Dürfte man das Zweitgutachten in der Juristischen Staatsprüfung auch auf der Grundlage eines „Berichts" des Erstgutachters über den Inhalt der Klausur erstatten, ohne sie selbst zu lesen? Dürfte sich ein Rechtsanwalt in den Verfahrensstoff eines hochkomplizierten Mandats auch ohne eigene Aktenlektüre auf der Grundlage eines kollegialen Berichts einarbeiten, um verfahrensentscheidende Schriftsätze zu fertigen? Dürfte ein Chirurg operieren, ohne den Patienten je gesehen zu haben, wenn ihm sein Assistent einen kurzen zusammenfassenden Bericht über die Diagnose übermittelt hat? Könnte ein Ergänzungsrichter (§ 192 Abs. 2 GVG) auch noch nachträglich ins Verfahren einrücken, wenn ihm ein zusammenfassender mündlicher Bericht des Berichterstatters (mit Billigung des Kammervorsitzenden) einen „uneingeschränkten Eindruck" von der bisherigen Beweisaufnahme vermittelt? Lauter Fragen, deren Analogie jeweils im Einzelnen bestritten werden mag, sich aber gleichwohl aufdrängt.

Anders sah es die 1. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts – die 95 Prozent ihrer Sachen im Umlaufverfahren, also nach Vorlage eines Entscheidungsentwurfs eines Wissenschaftlichen Mitarbeiters und ohne Beratung erledigt: Eine Lektüre des Senatshefts, so entschied die Kammer, sei für eine „umfassende Information" nicht erforderlich: Die Fähigkeit des Vorsitzenden, auf die Rechtsprechung des ihm anvertrauten Spruchkörpers richtunggebenden Einfluss auszuüben, *könne* deshalb nicht von einer überlegenen inhaltlichen Kenntnis des konkret zur Entscheidung stehenden Falles abhängen"[50], *weil* alle Mitglieder des Spruchkörpers *uneingeschränkt und vollständig* über den Entscheidungsgegenstand informiert sein *müssen*.[51]

Dies ist – offenkundig – eine geradezu beispielhafte Demonstration des „*Palmström*"-Prinzips: Es kann nicht sein, was nicht sein darf; daher muss sein, was sein soll. Aus dem präskriptiven Gebot und dem faktischen Unwillen, es zu erfüllen, wird die empirische Aussage konstruiert, die Wirklichkeit entspreche dem Gebot. Das ist irrational und widerspricht nicht allein der

49 Ebd., Rdn. 24.
50 Ebd.
51 Ebd.

Lebenserfahrung, sondern auch der immanenten Logik justizförmiger Verfahren. Die Begründung des BVerfG legt daher ernsthaft die Frage nahe, ob sie nicht ihrerseits als „unernsthaft" abgetan werden muss. Denn dass das Bundesverfassungsgericht ernsthaft der Ansicht sein könnte, Richter seien über den Verfahrensstoff eines von ihnen zu entscheidenden Prozesses *deshalb* faktisch „umfassend informiert", weil das Recht dies verlange, kann als ausgeschlossen angesehen werden.

Der „Vortrag des Berichterstatters" in der Beschlussberatung gilt im Übrigen ja *gerade nicht* als Garantie einer „*uneingeschränkten und vollständigen*" Information. Warum sonst sollte das sogenannte „Vier-Augen-Prinzip" gelten? „Zwei Augen sehen mehr als vier" hat nur dort und deshalb einen Sinn, wo und wenn ein „Mehr" überhaupt denkbar ist. Der BGH geht hiervon aus. Es ist daher unverständlich, dass dieses Prinzip angezweifelt wird, sobald jemand behauptet, dass *zehn* Augen mehr sehen als *vier*: Wo ein denkbares Mehr für *vier* (gegen zwei) Augen von Bedeutung ist, da existiert es erst recht für *zehn* Augen (gegen vier).[52]

VI. Nestbeschmutzung

Niemand kann durch Anhören eines zusammenfassenden Aktenvortrags dasselbe Maß an Kenntnis einer Verfahrensakte gewinnen wie durch deren Lesen. Die gegenteilige Behauptung widerspricht gesicherten Erkenntnissen der Kognitions- und Gedächtnis-Psychologie sowie jeder Lebenserfahrung. Überdies ist offenkundig, dass die Wiedergabe von vergangenen Geschehnissen, fremden Gedanken und Schlussfolgerungen eine subjektiv gesteuerte produktive Leistung und nicht bloßes Spiegelbild einer entfernten oder vergangenen Wirklichkeit ist.[53]

Das weiß jeder. Die herrschende Meinung des BGH nimmt selbst immer wieder Bezug darauf, etwa indem sie die Kritiker darauf hinweist, „bei Bedarf" – also wenn irgendeine Schwierigkeit aufgefallen ist – werde das Senatsheft durchaus auch einmal von allen gelesen[54], oder es „stehe jedem Richter frei", die Akte zu lesen, wenn er dies wünscht.[55] *Rissing-van Saan* hat ausgeführt, es komme immer einmal wieder in Beschlussberatungen zu Dis-

52 Vgl. *Fischer*, FS Heymanns, 2015, S. 463, 480.

53 Vgl. dazu ebd. S. 472.

54 *Rissing-van Saan*, Das „Zehn-Augen-Prinzip" – Wunschvorstellung oder zwingendes Gebot? in: Festschrift für Werner Beulke, 2015, S. 963, 968.

55 *Basdorf* u. a. (NStZ 2013, 563, 564, Ziffer 6) wenden sich gegen die angebliche, tatsächlich nie erhobene Behauptung, „wir würden in unserer Funktion als Berichterstatter die Fakten auf ein bestimmtes Ergebnis hin manipulieren" (ebd., Ziffer 3). Das zeigt auch leider ein grundsätzliches Unverständnis des Problems.

kussionen und Nachfragen.[56] Diese Argumente sind in sich widersprüchlich, denn sie setzen voraus, was sie zu widerlegen versuchen: Dass das eigene Lesen bessere Information verspricht als das Anhören eines *notwendig* subjektiv gefärbten fremden Vortrags.

Eine vom Verf. durchgeführte empirische Untersuchung der Ergebnisse von Beschlussverfahren, bezogen auf die jeweiligen Berichterstatter, hat bestätigt, dass ein signifikanter Unterschied zwischen den Verfahrensergebnissen besteht.[57] Je nachdem, welcher Berichterstatter die Sache vorträgt, kann sich die Wahrscheinlichkeit eines (Teil)Erfolgs der Revision um das Fünffache unterscheiden.[58] Es wäre sehr zu begrüßen gewesen, wenn diese kleine empirische Studie durch eine unabhängige wissenschaftliche Untersuchung unter Einbeziehung aller Strafsenate hätte überprüft werden können. Ein entsprechendes Forschungskonzept zweier Strafrechtslehrer ist jedoch gescheitert, weil diesen unter Hinweis auf die „Höchstpersönlichkeit" möglicher Bearbeitungsvermerke in den Senatsheften die beantragte Akteneinsicht (in Altverfahren) verweigert wurde.[59]

Gegen das vom Verf. und anderen[60] vorgeschlagene Konzept ist aus den Reihen der Strafsenate heftig polemisiert worden.[61] Dabei sind drei Richtungen der Angriffe zu unterscheiden:

Zum Ersten wurde versucht, die Initiative als eine Art von willkürlicher, gar persönlich motivierter[62] „Nestbeschmutzung" darzustellen, verbunden

---

56 *Rissing-van Saan* (Fn. 54), S. 968.

57 *Fischer*, Der Einfluss des Berichterstatters auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren. Eine empirische Untersuchung, NStZ 2013, 425 ff. *Rissing-van Saan* hat die Gültigkeit bezweifelt (Fn. 54, S. 969, dort Fn. 36), Belege für ihre Einwände aber nicht mitgeteilt. Die Ergebnis-Signifikanz ist durch *Brodowski* HRRS 2013, S. 409 ff. (Heft 10/2013) und *Barton,* StRR 2014, 404 bestätigt worden.

58 *Fischer,* NStZ 2013, 425, 430 f.

59 Eine umso weniger nachvollziehbare Entscheidung, als gerade solche Bearbeitungsspuren statistisch überhaupt nicht hätten erfasst werden sollen, sondern sich die Auswertung ausschließlich auf allgemeine Verfahrensdaten beschränkt hätte. Dass eine wissenschaftliche Untersuchung zweier Professoren öffentlicher Hochschulen, die den möglichen Einfluss von Personenkonstellationen auf Verfahrensergebnisse untersuchen soll, von einer Bundesbehörde mit dem Argument verhindert wird, es könnten dabei den (zur Geheimhaltung verpflichteten) Wissenschaftlern Informationen über das pflichtgemäße Verhalten von justizangehörigen Personen offenbart werden, erscheint bemerkenswert. Abhilfe wäre überdies leicht möglich gewesen: Z. B. durch Delegation der Datenerhebung an wissenschaftliche Mitarbeiter der Senate, die stets – wie auch Kanzlei, Geschäftsstellen und andere Bedienstete – vollen Zugang zur Senatsakte und allen „höchstpersönlichen" Bearbeitungsspuren haben. Eigentlicher Grund der skandalösen Verhinderung der Untersuchung war, dass sie schlicht nicht *gewollt* war; schon der Antrag führte zu bemerkenswerter Aufgeregtheit in den Senaten.

60 *Fischer/Krehl*, Strafverteidiger 2012, 550; *Fischer/Eschelbach/Krehl*, Strafverteidiger 2013, 395; *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 903; *Fischer* (Fn. 52), S. 463.

61 Vgl. *Brause*, JR 2013, 134; *Basdorf* „und die Mitglieder des 5. Strafsenats", NStZ 2013, 563; *Mosbacher*, NJW 2014, 124; *Rissing-van Saan* (Fn. 54), S. 963; *Nehm*, Legal Tribune Online 27.12.2013.

62 Eine erprobte Argumentationsfigur der Marginalisierung von Kritik.

mit der offensichtlichen Fehlvorstellung, es gehe um eine Skandalisierung persönlichen „Fehlverhaltens“.[63]

Zum Zweiten wurde versucht, die empirischen Grundlagen der Kritik zu bestreiten. Hierzu gehören etwa die Hinweise, Revisionsrichter seien qua Amtes in der Lage, Akteninhalte vollständig neutral darzustellen, oder die Vorträge seien auf rein formale, „schematische“ Angaben beschränkt.[64]

Zum Dritten wurde versucht, das sogenannte „Vier-Augen-Prinzip“ als vorgeschrieben oder gesetzlich erlaubt sowie als zwingend erforderlich darzustellen. So haben etwa *Basdorf* u. a. auf § 8 Abs. 2 der Geschäftsordnung des BGH vom 3. März 1952[65] hingewiesen, wo es heißt: „Wird die Revision durch Beschluss erledigt, so genügt ein mündlicher Vortrag des Berichterstatters.“ Das geht in der Sache fehl, denn Abs. 2 regelt nur eine Ausnahme zu Abs. 1, wonach eine Woche vor dem Beratungstermin ein Votum vorzulegen ist. Im Übrigen könnte eine interne Geschäftsordnung gewiss nicht regeln, was von Gesetz wegen unzulässig ist.

Rissing-van Saan meint, niemand dürfe einem unabhängigen Richter eine bestimmte Form der Kenntnisnahme des Verfahrensstoffs vorschreiben; das Lesen der Revisionsakte könne vielmehr „allenfalls der Spruchkörper als Regel vorgeben.“[66] Auch das ist unzutreffend, denn selbstverständlich kann schon der Disziplinarvorgesetzte einem Richter vorschreiben, dass er die Akten der von ihm zu entscheidenden Fälle lesen müsse; kein des Lesens mächtiger Richter kann verlangen, dass ihm die Akten von dritten Personen vorgelesen oder nacherzählt werden. Im Übrigen bleibt unklar, warum, wenn „niemand“ das Lesen verlangen könnte, es möglich sein sollte, dies durch Mehrheitsbeschluss des Senatsplenums anzuordnen. Unvereinbar ist das Argument schließlich auch mit der – von der Mehrheit ersichtlich unbezweifelten – Annahme, der *Vorsitzende* des Strafsenats müsse alle Akten tatsächlich lesen, um seiner Führungs-Aufgabe mittels „überlegener Sachkunde“ gerecht werden zu können.

Die Hinweise darauf, dass die Abwendung vom „Zehn-Augen-Prinzip“ zwingend notwendig sei, bestätigen somit unfreiwillig die Berechtigung der Kritik. So hat *Rissing-van Saan* ausgeführt: „Wollte man eine *qualitativ gleiche* Befassung aller an der Entscheidung beteiligten Richter (…) erreichen, also eine Fünf-Fünftel-Gründlichkeit statt einer Zwei-Fünftel-Gründlichkeit, wäre es mit der Lektüre der Aktenteile ohnehin nicht getan. Denn alle lesen ja nach Auffassung der genannten Autoren[67] denselben Text wahrscheinlich anders oder verstehen ihn anders. Also müsste vorab offengelegt werden, wie

63 So insbesondere *Brause* und *Basdorf* (Fn. 60). Auch *Rissing-van Saan* (Fn. 54) merkte an, man sei „geneigt, das Ganze als Polemik abzutun“, und gegen die Argumentation der Verfechter des Zehn-Augen-Prinzips spreche, dass sie nicht schon früher darauf gekommen sind.

64 So etwa *Brause,* JR 2013, 134 f.

65 Bundesanzeiger 1952 Nr. 83.

66 *Rissing-van Saan* (Fn. 54), S. 966.

67 Gemeint: *Fischer, Eschelbach, Krehl.*

die Einzelnen den Text verstehen…“[68] Das ist nicht allein absurd, sondern zugleich erhellend.

Als erstaunlich, teilweise auch deprimierend, können die Reaktionen in der Anwaltschaft beschrieben werden. In weiten Teilen der (organisierten) Strafverteidiger dürfte die Ansicht vorgeherrscht haben, es handle sich um ein „internes Justizproblem“, das die Interessen der Strafverteidigung nicht substanziell tangiere. Diese Haltung konnte sich insbesondere auch auf die Entscheidung des BVerfG vom 23. Mai 2012 stützen, die eine verfassungsrechtliche Bedeutung unter dem Gesichtspunkt des Gesetzlichen Richters und daher eine Anfechtungsmöglichkeit von im „Vier-Augen-Verfahren“ ergangenen Beschlüssen ausschloss. Damit war die Problematik aus Sicht der („pragmatischen“) Verteidigung in einen abstrakten, wissenschaftlichen Bereich verlagert.

Frappierend war, dass eine große Mehrheit der Strafverteidiger – und zwar auch langjährig erfahrene Revisions-Verteidiger – in Diskussionen über das Thema immer wieder bekundeten, die Verfahrensweise des „Vier-Augen-Prinzips“ sei ihnen bislang gänzlich unbekannt gewesen. Dieselbe Auskunft erteilten im Übrigen auch Instanzrichter sowie zahlreiche Mitglieder von Zivilsenaten des BGH. Dies offenbart eine beklagenswerte Unkenntnis von den Vorgängen und Abläufen im Raum der strafrechtlichen Revision, die in anderen Bereichen kaum toleriert würden.[69]

VII. Kapazitäten

Der Rest der Ablehnung gründet sich auf Kapazitäts-Argumente, die schon theoretisch naheliegen und in der Praxis bestätigt werden. Zwischen 2013 und 2015 hat der 2. Strafsenat nach intensiven Diskussionen ein „Probe-Modell Zehn-Augen-Prinzip (ZAP)“ durchzuführen versucht. Danach sollten

68 *Rissing-van Saan* (Fn. 54), S. 970, unter Ziffer V.

69 Es ist eine vielfache Erfahrung des Verfassers, dass schon Hinweise auf ganz normale Alltäglichkeiten im Beratungsablauf, die etwa im Rahmen von Vorträgen gegeben werden, als sensationelle „Enthüllungen“ oder gar als „provokativ“ aufgefasst und kolportiert werden. Die Berichterstatter-Vorträge der Beschlussberatungen etwa werden in der öffentlichen Darstellung als hochformalisierte, von tiefem Ernst und höchster Kompetenz getragene Kolloquien imaginiert. Die Erwähnung des Umstands, dass es durchaus nicht ganz selten auch schwer verständliche, schlecht oder gar nicht vorbereitete Vorträge geringer Durchdringungstiefe, versetzt mit allerlei Scherzen oder persönlichen Bekenntnissen und angereichert mit Vorurteilen gibt, gilt schon als „Nestbeschmutzung“. Umgekehrt wird eine realistische Sicht auf die Grenzen menschlicher *Möglichkeiten*, solche Fehler zu vermeiden, wiederum durch Legenden einer vorgeblich grenzenlosen „Willkür“ verhindert. Der Außenblick schwankt zwischen andächtiger Erwartung und resignativen Vermutungen, es herrschten beim BGH blanker Dezisionismus sowie eine „Chef“-Kultur der Senatsvorsitzenden. Beide Sichtweisen sind Ausdruck einer unangemessenen „Frosch“-Perspektive.

etwa zehn bis zwanzig Prozent der Beschluss-Sachen im ZAP-Modus entschieden werden. Die ZAP-Sachen wurden überwiegend vom Vorsitzenden anlässlich seiner Lektüre ausgewählt; im Übrigen konnte jeder Berichterstatter seine Sache ins ZAP-Verfahren geben. Die Erwartungen an den Versuch waren im Senat unterschiedlich; sie reichten von euphorischer Hoffnung bis zu skeptisch-ablehnender Erwartung.

Der Modellversuch kann aus heutiger Sicht (2017) als gescheitert angesehen werden. Die Gründe dafür sind vielfältig und nicht ausschließlich sachlicher Natur. Tatsächlich verursacht die Notwendigkeit, eine Mehrzahl von „fremden" Sachen zu lesen, bei den Berichterstattern (Beisitzern) eine Mehrarbeit, die nur durch Verkürzung der Beratungs-Gänge (Entfallen der Aktenvorträge; konzentriertere Diskussion) aufgefangen werden könnte. Um dies erfolgreich umzusetzen, bedürfte es mehrerer Voraussetzungen: Vorab-Terminierung der Beratungen,[70] Disziplin bei Vorbereitung und Beratung, Wille zum Erfolg. Wenn Letzterer bei erheblichen Teilen des Senats fehlt oder zweifelhaft ist und auch nicht erzwungen werden kann, erlangt jeder Fehler und jede unerwartete Schwierigkeit den Charakter einer Bestätigung der pessimistischen Erwartung, der Versuch werde scheitern.

Wichtiger sind die organisatorischen Momente: Ohne Vorab-Terminierung (wie sie in den Zivilsenaten üblich ist) kann nicht beraten werden. Dies stößt zum einen auf die Schwierigkeit, dass terminierte Verfahren in der zur Verfügung stehenden Beratungszeit nicht erledigt werden können und in die folgende Woche verschoben werden müssen, zum anderen auf die Unabsehbarkeiten von Erkrankungen und kurzfristigen Urlauben.[71]

VIII. (Vorläufige) Ergebnisse

Es bleibt bei Feststellungen, die schon an anderer Stelle getroffen wurden[72]: Das Verfahren, *drei von fünf* zur Entscheidung berufenen Richtern die Kenntnis des Streitstoffs allein über einen – von niemandem effektiv überprüfbaren

70 Eine Terminierung von Beschluss-Beratungen wurde vom Verfasser als Vorsitzendem des 2. Strafsenats vielfach vorgeschlagen, jedoch von der Senatsmehrheit als unpraktikabel zurückgewiesen. Nach dem Ausscheiden des Verfassers aus dem Dienst wurde sie alsbald eingeführt.

71 Es ist beim BGH (inzwischen) üblich, dass die Richter ihre Urlaubswünsche, obgleich diese „Anträge" heißen, dem Senatsvorsitzenden nur „anzeigen"; alle Anträge werden genehmigt. Vor zwanzig Jahren war dies teilweise noch anders. Würde heute ein Senatsvorsitzender einem Urlaubsantrag entgegentreten, führte dies zum Vorwurf autoritären Verhaltens. Tut er es nicht, hat er sich mit dem Vorwurf zu befassen, er „leite" den Senat nicht machtvoll genug. Beide Vorwürfe werden durchaus von denselben Personen und zugleich erhoben – je nachdem, ob ein eigener oder ein fremder Urlaubswunsch inmitten steht.

72 *Fischer* (Fn. 52), S. 463, 482.

– mündlichen Vortrag des Berichterstatters zu vermitteln, erfüllt die Voraussetzungen nicht, die seine Vertreter unterstellen.

Die Anforderungen an die Tiefe der Befassung mit dem Streitstoff hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 23. Mai 2012 zutreffend beschrieben: *Alle* Richter des Revisionssenats müssen *dieselbe* umfassende Kenntnis vom Streitstoff haben. Hieraus folgt, dass die Revisionssenate ein Verfahren anzuwenden haben, welches diese Voraussetzung regelmäßig (und nicht nur durch glücklichen Zufall oder besondere, außergewöhnliche individuelle Leistungen) ermöglicht und nicht in der Mehrzahl der Fälle praktisch ausschließt.

Unter den gegenwärtigen Voraussetzungen ist es unmöglich, eine gleichmäßige, der gesetzlichen Regel entsprechende Information aller über die strafrechtliche Revision entscheidenden Richter sicherzustellen; ein „Zehn-Augen"-Verfahren lässt sich nur sehr schwer in das bestehende System (im Sinn einer Mischung) integrieren, wenn und da die Beharrungskräfte und jahrzehntealte organisatorische Übungen dem entgegenwirken.

Unmöglich ist es aber gewiss nicht. Ein Einstieg setzt voraus, dass das Prinzip der schnellstmöglichen Erledigung in Frage gestellt wird, das heute nicht allein mit einer Vielzahl normativer Anforderungen („Beschleunigung"; „Opferschutz", „Effektivität", Ressourcenschonung) unterfüttert ist, sondern sich auch auf ein lange gewachsenes Fundament informeller Hierarchie (schnelle Erledigung = guter Richter) stützen kann. Dieses Prinzip hat, über den BGH hinaus, zu teilweise besorgniserregenden Weiterungen geführt:

Dass heute, 25 Jahre nach der Wiedervereinigung, dieselbe Anzahl von Revisionsrichtern die Rechtssachen von 17 Millionen mehr Menschen erledigt wie vor 1990 und dass die Gesamtzahl der Revisionen heute so hoch ist wie vor 1990, hat nicht nur mit der Absprache-Praxis, sondern auch damit zu tun, wie die Strafsenate mit den Revisionen *verfahren*. Und wenn von Revisions-Dezernaten des Generalbundesanwalts eigentlich nur noch eine Reihe von Anträgen nach § 349 Abs. 2 StPO erwartet wird, weil alles andere die „Beschleunigung" stört, stimmt etwas Grundsätzliches nicht mehr.

Schlussfolgerung: Wenn die Mehrzahl der strafrechtlichen Revisionen nicht in einem Verfahren erledigt werden kann, das für eine sorgfältige Sachbehandlung „eigentlich" erforderlich wäre, muss man entweder diese Zahl oder die Anforderungen verändern.