

siehe auch *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), *NStZ* 1986, 178 (179)).

Welche Bedeutung das Thema in der strafprozessualen Diskussion vor allem in der ersten Hälfte der 80er Jahre gehabt hat, weist der Verf. in seiner Einleitung nach, in der er insbesondere die Rechtsentwicklung im Zusammenhang mit dem unzulässigen Lockspitzeinsatz nachzeichnet, aber auch die Verwendung des Topos im Zusammenhang mit der Parteispendenaffäre, überlanger Verfahrensdauer, der völkerrechtswidrigen Ergreifung des Beschuldigten und der rechtswidrigen Kenntniserlangung der Strafverfolgungsbehörden vom Verteidigungskonzept skizziert. Hierzu wäre zweierlei zu bemerken: Zum einen vermißt man trotz der Fülle des ausgebreiteten Materials einen Hinweis auf *Arzt* (in Festschrift für Peters, 1974, S. 232 f.), der die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs für schwere Verstöße gegen § 136a StPO bejahte, sowie auf den 5. Strafsenat des *BGH* (St 33, 283 f.), der die Verwirkung für einen Fall von Beweismanipulationen verneinte. Zum anderen fällt hier (wie auch später) die unzureichende Abgrenzung zur Diskussion um die Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses auf, so führt der Verf. etwa im Bereich überlanger Verfahrensdauer die Gerichte auf, die die Möglichkeit eines Prozeßhindernisses bejaht haben, weil naheliegend erschiene, daß sie ihr Ergebnis aus dem Verwirkungsgedanken hergeleitet hätten. Die Annahme, daß es sich hierbei nicht um selbständige rechtliche Konstruktionen handeln würde (so etwa *Bruns*, *StV* 1984, 391), hätte näherer Darlegung bedurft. Die einzige mir bekannte veröffentlichte Entscheidung übrigens, die sich im Bereich überlanger Verfahrensdauer zur Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs äußerte, erwähnt der Verf. nicht (*OLG Düsseldorf*, *NJW* 1986, 2204 (2205); siehe auch *BGH*, *Urt. v. 5. 7. 1977 – 5 StR 771/76* (unveröffentlicht)).

Nachdem der Verf. in dem sehr kurzen ersten Kapitel knapp auf die Problematik dieser »Redewendung« eingeht, wählt er im zweiten Kapitel den richtigen Ausgangspunkt: Er blickt zunächst auf das »zivilrechtliche Erbe« (*Seelmann*, *ZStW* 95 (1983). 822). Der Verf., der hierzu

Klaus-Dieter Katzorke, Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs, Verlag Peter Lang, Frankfurt / M. 1989, XXXVII, 216 S.

Der Verf. geht in seiner Hamburger Dissertation einer Rechtsfigur nach, von der *Weigend* (*JR* 1991, 258) vor kurzem völlig zu Recht gesagt hat, ihre Ablehnung sei »weitgehend Allgemeingut geworden«. Die gedankenreiche Arbeit zeigt jedoch, daß hier noch nicht das letzte Wort gesprochen sein sollte. Zudem hatte selbst der *BGH* noch in den 80er Jahren (bis *BGHSt* 32, 345) die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs ausdrücklich für möglich gehalten (*BGH*, *NStZ* 1981, 70 (71); *StV* 1981, 276; 1984, 406 (407);

ausgiebig die Literatur durchforstet, entscheidet sich – durchaus zustimmungswürdig – dafür, den dogmatischen Unsicherheiten um den Verwirkungsbegriff dadurch etwas aus dem Weg zu gehen, daß er einige Fallgruppen unzulässiger Rechtsausübung extrahiert. Er unterscheidet sodann zwischen der »mißbräuchlichen begründeten Rechtsstellung« (*turpitudinem suam allegans non auditur*), dem »tu quoque«-Einwand, dem »venire contra factum proprium« und dem »Fehlen eines schutzwürdigen Interesses«. Vielleicht hätte der Verf. herausarbeiten sollen, daß es sich hierbei nicht um trennscharfe Alternativen, sondern um bloße »Argumentationserleichterungen« (*Teichmann*, in: *Soergel*, 12. Aufl., § 242 Rdnr. 280) handelt.

Im dritten Kapitel legt der Verf. sodann seine strafprozessuale Ausgangsposition dar. Er unterscheidet drei Problemkreise, nämlich neben der staatlichen Verbrechensprovokation und der überlangen Verfahrensdauer die von ihm so bezeichneten »Verstöße gegen Verfahrens- und sonstige Rechtsnormen«, unter denen er die völkerrechtswidrige Ergreifung, die rechtswidrige Kenntnisnahme vom Verteidigungskonzept, die unzulässige Anordnung einer Telefonüberwachung sowie Beweismanipulationen durch die Strafverfolgungsorgane zusammengefaßt sehen will. Hierbei erscheint mir zwar weniger die Auswahl, dafür aber die Zusammenfassung zu einem Problemkreis nicht unzweifelhaft. Interessant ist aber der weitere Gedankengang des Verf.: Er fragt rein materiell, inwieweit denn in den behandelten Problemkreisen überhaupt ein Strafbedürfnis vorhanden ist, genauer gesagt, ob die Strafzwecke entfallen. Die Bejahung dieser Frage kann zunächst einmal bei der staatlichen Verbrechensprovokation jedenfalls vom Ergebnis her überzeugen; bei der überlangen Verfahrensdauer ist mir nicht klar, warum der Verf. ausgerechnet drei Fallvarianten danach unterscheidet, ob der Beschuldigte von dem Fortgang des Verfahrens Kenntnis hat und/oder ob vorsätzliche Prozeßverschleppung vorliegt. Denn die erste Differenzierung dürfte genauso realitätsfern sein, wie die zweite unklar ist: Solange die Bearbeitung einer Strafsache nicht einfach nur »vergessen« wird, liegt doch wohl regelmäßig vorsätzliches Nichtstun vor. Jedenfalls kommt der Verf. in allen drei Varianten zu dem Ergebnis, daß alle Strafzwecke zwar in Mitleidenschaft gezogen seien, das Strafbedürfnis jedoch nicht insgesamt

verneint werden könne. Möglicherweise wäre der Verf. zu einem anderen Ergebnis gekommen, wenn er hier die These der Strafähnlichkeit überlanger Verfahrensdauer diskutiert hätte (siehe dazu *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1988, S. 249 ff.). In dem dritten vom Verf. gebildeten Problemkreis (Verstöße gegen Verfahrens- und sonstige Rechtsnormen) kommt er nun, was bei diesem Konglomerat nicht überraschen kann, zu keinem klaren Ergebnis. Eindeutiger ist jedoch dann seine Folgerung: Da in sämtlichen Problemkreisen das Strafbedürfnis zumindest beeinträchtigt sei, sei Straflosigkeit die erforderliche oder jedenfalls vertretbare Konsequenz. Der Verf. führt dann aus, daß dieses Ergebnis nicht mit den allgemein anerkannten (Straf-) Rechtsinstituten zu erreichen sei. Im einzelnen können diese Ausführungen nur bezüglich der staatlichen Verbrechensprovokation überzeugen; die nur rund eine Seite langen Ausführungen zu den beiden anderen Problemkreisen sind inhaltsarm und auch insofern widersprüchlich, als der Verf. eben noch den völligen Wegfall des Strafbedürfnisses insoweit verneint hat, so daß etwa die Lösung über die Strafzumessung oder über das Beweisrecht zu diskutieren gewesen wäre.

Konsequent ist dann aber der nächste Denkschritt des Verf. im vierten Kapitel: Ist bei materieller Betrachtung Straffreiheit in bestimmten Konstellationen erforderlich, kann gefragt werden, ob dieses Ergebnis durch die Übertragung der zivilrechtlichen Kategorie der Verwirkung erreicht werden kann. Dieses nur wenige Seiten lange Kapitel kann allerdings nicht vollaufbefriedigen, weil der Verf. nur kurz Äußerungen aus Literatur und Rechtsprechung zu Treu und Glauben im Strafrecht kompiliert. Überzeugender wäre es gewesen, wenn der Verf. darauf hingewiesen hätte, daß die Anwendbarkeit des Verwirkungsgedankens im Strafverfahrensrecht weitestgehend anerkannt wird: So ist nach ganz herrschender Ansicht die Verwirkung von Verfahrensrügen im Revisionsrecht möglich (siehe nur *W. Schmid*, Die Verwirkung von Verfahrensrügen, 1967, m.w.N.). Ferner ist auch die Verwirkung durch Zeitablauf bei der Einlegung unbefristeter

Rechtsbehelfe im Strafverfahrensrecht anerkannt (siehe nur *BVerfGE* 32, 305). Freilich ist dem Ergebnis des Verf. zuzustimmen: Nicht die Übertragung der Verwirkung in das Strafverfahrensrecht stellt das Problem dar, sondern ihre Anwendbarkeit auf den Strafanspruch.

Bevor der Verf. aber dieser Frage nachgeht, ordnet er im fünften Kapitel zunächst, aufbaumäßig vielleicht etwas ungeschickt, die von ihm unterschiedenen Problemkreise von Rechtsstaatswidrigkeiten den Fallgruppen unzulässiger Rechtsausübung zu. Bei der staatlichen Verbrechens-Provokation hätte der Verf. es bei der Betonung, daß hier »mißbräuchlicher Rechtserwerb« in Betracht kommt, bewenden lassen sollen; seine Ausführungen zum »venire contra factum proprium« sind insofern fragwürdig, als er versucht, einen Vertrauenstatbestand beim Angestifteten zu konstruieren. Der Vorteil der Methode des Verf., die Verwirkung in verschiedene Fallgruppen zu zerlegen, ist es doch gerade, sich solche mühsamen und fragwürdigen Subsumtionen zu ersparen. Im übrigen wäre es an dieser Stelle wünschenswert gewesen, wenn der Verf., der bei seinen Überlegungen von *BGHSt* 32, 345 (353) ausgeht, problematisiert hätte, ob nicht der 1. Strafsenat des BGH gerade hier die verschiedenen Fallkonstellationen der Verwirkung verwechselt hat (siehe dazu *I. Roxin*, a.a.O., S. 207 f.). Hinsichtlich der überlangen Verfahrensdauer habe ich Zweifel, ob die Prozeßverschleppung dem »tu quoque«-Einwand zuzuordnen ist, da die zu vergleichenden Verhaltensweisen – Verstoß gegen das Beschleunigungsprinzip und Verstoß gegen das Strafgesetz – nicht gegen die gleichen Rechtssätze verstoßen (siehe schon *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, S. 31). Näher liegt es wohl, zumindest die Arglistfälle der Fallgruppe der mißbräuchlich begründeten Rechtsstellung zuzuordnen.

Das sechste Kapitel, das inhaltlich eher an das vierte anknüpft, geht nun der entscheidenden Frage nach, ob denn der staatliche Strafanspruch der Verwirkung offensteht, was ja nun gerade von der herrschenden Ansicht unter Führung des BGH (*St* 32, 345 (353)) bestritten wird. Immerhin wird die auf *Binding* zurückgehende Strafanspruchslehre seit den Arbeiten von *Goldschmidt* (in Festgabe für Hübler, 1905, S. 102 ff.; *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925, S. 243 ff. Fn. 1327) mehr und mehr kritisiert. Der Verf. wählt hier den zustimmungswürdigen

Ansatz, nicht diese zum Teil hochabstrakte Diskussion weiterzuverfolgen, sondern mehr pragmatisch zu fragen, was denn unter »Strafanspruch« verstanden werden könnte, wenn von dessen Verwirkung gesprochen wird. Er kommt zu dem Ergebnis, daß hier die materielle Strafbefugnis und die Strafverfolgungsbefugnis in Betracht kommen – was der Verf. mit einem Hinweis auf *Hillenkamp* (JR 1975, 139) hätte belegen können.

Im siebten Kapitel, das mit beinahe 100 Seiten kaum kürzer ist als alle bisherigen zusammen, überträgt der Verf. nun seine Überlegungen auf die Problemkreise von Rechtsstaatswidrigkeiten und knüpft somit mehr an das fünfte Kapitel an. Er gibt auch hier wieder der staatlichen Verbrechensprovokation ein großes Übergewicht. Nach ausführlicher Würdigung von Literatur und Rechtsprechung kommt der Verf. zu seinem hochinteressanten Ergebnis: Mit der »Redewendung« von der Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs sei die Verwirkung der Strafverfolgungsbefugnis gemeint. Diese, mit der Prozeßführungsbefugnis im Zivilrecht vergleichbare Figur erklärt das selten hinterfragte Ergebnis der herrschenden Ansicht, daß die »Strafanspruchsverwirkung« zu einem Verfahrenshindernis führe; denn machte man mit dem Begriff der Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs ernst, müßten »materiellrechtliche Folgen« erwogen werden (*Schumann*, JZ 1986, 69). Dem provozierten Täter würde aber kaum jemand einen »Freispruch attestieren« wollen (siehe *Geppert*, JK 1985, StPO § 136a/2; siehe aber auch etwa *C. Roxin*, Strafverfahrensrecht, 22. Aufl. 1991, § 21 B 1114). Der Verf. sieht in diesem Zusammenhang die Parallele zum Verfahrenshindernis der Verjährung, der von der herrschenden Ansicht ebenfalls prozessualer und materieller Charakter zugesprochen wird, und läßt mit Hinweis hierauf die Möglichkeit der Verwirkung der materiellen Strafbefugnis im Hintergrund. Meiner Ansicht nach bestechen diese Ausführungen deshalb, weil der Verf. bei seinen themenbedingt teilweise hochabstrakten Überlegungen nicht den Blick auf das Ergebnis aus dem Auge verliert, dennoch aber eine dogmatisch überzeugende Lösung anbietet, die von dem Ballast der Diskussion um den

Strafanspruch befreit ist: Er entwirrt die Verstrickung des Verwirkungsbegriffs mit dem Strafanspruchsbegriff. Weniger zustimmen kann ich dem Verf. allerdings hinsichtlich seiner kurzen Ausführungen zur überlangen Verfahrensdauer; mir scheint hier eine Verwirkung der Strafverfolgungsbefugnis in äußerst engen Grenzen möglich, nämlich bei Verzögerungen zwecks (falscher) Verurteilung sowie bei der Enttäuschung berechtigten Vertrauens (siehe näher dazu meine Habilitationsschrift »Die überlange Dauer von Strafverfahren – Materiellrechtliche und prozessuale Rechtsfolgen«, 1991, S. 138 ff.). Die abschließenden, äußerst kurzen Ausführungen dazu, warum Verwirkung in dem von ihm zusammengefaßten dritten Problemkreis nicht in Betracht kommt, können erwartungsgemäß nicht befriedigen.

Insgesamt betrachtet überzeugt die Arbeit dennoch insbesondere deshalb, weil der Verf. zu realistischen, diskutablen Ergebnissen kommt. Er widersteht insbesondere der Versuchung, der meiner Ansicht nach zwei Doktorarbeiten ebenfalls jüngeren Datums zur Anwendung des Verwirkungsgedankens im Zivilrecht (*Dette*, venire contra factum proprium nulli concedetur, 1985; siehe dazu die Besprechung von *Wieling*, AcP 187 (1987), 95 ff.) und im öffentlichen Recht (*Menzel*, Grundfragen der Verwirkung dargestellt insbesondere anhand des öffentlichen Rechts, 1987) erliegen: Sie treten, die Rechtsordnung als Ganze etwas aus den Augen verlierend, für die extensive Anwendung »ihres« Rechtsinstituts ein.

Priv-Doz. Dr. Dr. Uwe Scheffler Berlin.