

Imme Roxin

Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege
 Verlag V. Florentz, München 1988, 300 S., DM 49,80

Imme Roxin beschäftigt sich in ihrer Freiburger Dissertation mit dem Thema, das innerhalb der Strafprozeßrechtswissenschaft, sieht man von der »Verständigung im Strafverfahren« ab, wohl mit am heftigsten und auch kontroversesten diskutiert wird. Die *Verf.* geht dieses ausgesprochen schwierige und umfangreiche Thema insofern sehr geschickt an, als daß sie sich auf vier Problemfelder beschränkt, nämlich die Tatprovokation durch Lockspitzel, die überlange Verfahrensdauer, das völkerrechtswidrige Ergreifen des Beschuldigten und das rechtsstaatswidrige Eindringen der Ermittlungsbehörden in das Verteidigungskonzept. So vernünftig diese Selbstbeschränkung ist, so erschwert sie doch von vornherein die Konzeption eines geschlossenen Rechtsfolgensystems. Freilich wäre es vermessen, dies von der *Verf.* zu erwarten.

Konsequenterweise gliedert die *Verf.* ihren ersten Abschnitt, der der Rezeption des Meinungsstandes in Rechtsprechung und Literatur gewidmet ist, nach den vier genannten Problemfeldern, wobei sie zunächst chronologisch geordnet jeweils ausführlich die veröffentlichten Entscheidungen wiedergibt und sodann, nach Autoren geordnet, die Literatur zu Worte kommen läßt. Dieses Verfahren in diesem rund 100 Seiten langen Abschnitt beinhaltet Licht und Schatten: Einerseits kann sich der Leser, ohne die Primärquellen zur Hand nehmen zu müssen, ausführlich über den Meinungsstand informieren. Andererseits, und das ist die Schattenseite, wird der Leser mit einer Menge nur äußerlich geordnetem Material überhäuft, ohne daß ihm Zusammenhänge aufgezeigt werden. Die kurzen Zusammenfassungen (S. 36 ff., S. 77 f.) vermögen hier nur wenig Abhilfe zu schaffen. Jedoch besticht dieser Abschnitt zu den Problemfeldern Tatprovokation und überlange Verfahrensdauer durch seine Vollständigkeit; die anderen beiden Problembereiche, das völkerrechtswidrige Ergreifen und das Eindringen in das Verteidigungskonzept, werden allerdings hier wie auch in den weiteren Abschnitten der Arbeit etwas stiefmütterlich behandelt; so erwähnt etwa die *Verf.* zum erstgenannten Problemkreis überhaupt keine Stellungnahmen der Literatur (siehe z.B. Vogler, FS Oehler, 1985, S. 379 ff.; M. Herdegen, EuGRZ 1986, S. 1 ff.; Mann, NJW 1986, S. 2167 f.; Schubarth, StV 1987, S. 173 ff.; Lüttger, JR 1987, S. 87). Auch zum Eindringen in das Verteidigungskonzept hätte sich die *Verf.* mit der Urteilsanmerkung von Gössel nicht nur in einer Fußnote beschäftigen sollen und die Stellungnahmen von Geppert (JK 1985, StPO § 260/1), Arloth (NJW 1985, S. 417 f.), Becker (StV 1985, S. 399 ff.) und Teske

(JA 1986, S. 108 f.) wenigstens erwähnen können.

Danach legt die *Verf.* auf wiederum rund 100 Seiten ihre eigene Ausgangsposition dar. Sie diskutiert zunächst im zweiten Abschnitt den Begriff der Rechtsstaatswidrigkeit: Unzulässig sei die Straftatprovokation durch einen Lockspitzel dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 163 StPO bzw. der polizeilichen Generalklausel nicht vorliegen oder eine »besonders intensive, überwiegende Beeinflussung« durch den Lockspitzel gegeben ist. Im Bereich überlanger Verfahrensdauer sei das Beschleunigungsgebot dann verletzt, wenn die tatsächliche Verfahrensdauer die notwendige übertrifft. Daß sich die *Verf.* zu den anderen beiden Problemfeldern hier nicht äußert, mag verständlich sein, da die Rechtsstaatswidrigkeit dort wohl problemlos festzustellen ist.

Im dritten Abschnitt prüft die *Verf.* sodann, inwieweit Rechtsfolgen durch richterliche Rechtsfortbildung festgelegt werden können. Meiner Ansicht nach kommt dieser Prüfungspunkt (zumindest) verfrüht, weil vorrangig erst einmal die Frage im Raum steht, ob nicht schon bloße Rechtsanwendung zu Ergebnissen führen könnte. Vollauf zuzustimmen ist der *Verf.* jedoch, wenn sie für die Tatprovokation und die Verfahrensüberlänge die Strafmilderung, über die die Rechtsprechung diese Problemkreise löst, als Kompensationsmöglichkeit ablehnt.

Im vierten Abschnitt prüft die *Verf.* sodann die Rechtsfolgen bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation; vier Alternativen seien denkbar: Verfahrenshindernis, Beweisverbot, Absehen von Strafe und Strafausschließungsgrund. Nachdem die *Verf.* die ersten drei Möglichkeiten diskutiert und sie mit den bekannten Argumenten ablehnt, stellt sie ihre Lösung vor, nämlich die Annahme eines Strafausschließungsgrundes. Hier kann ihre Begründung aber nicht vollauf überzeugen. Insbesondere, soweit die *Verf.* den »entscheidenden Unterschied zu den Verfahrenshindernissen« darin sieht, daß bei Strafausschließungsgründen die der Bestrafung entgegenstehenden Umstände bereits zur Zeit der Tatbegehung vorliegen (S. 235 f.), übersieht sie, wie auch an anderer Stelle (S. 246 f., S. 286), deren strukturelle Parallelität mit den Strafaufhebungsgründen (siehe dazu insbes. H.-J. Hirsch in LK, 10. Aufl., vor § 32 Rdnr. 213). So einfach ist die – nach wie vor kaum geklärte – Abgrenzung zwischen Verfahrenshindernis und Strafausschließungsgrund nicht vorzunehmen. Das Ergebnis kann sich freilich auf den 5. Senat des BGH (StV 1984, S. 58 (59)) stützen, der – wohl im Anschluß an Sieg (StV 1981, S. 636 ff.) und zeitgleich mit Seelmann (ZStW 95 (1983), S. 830 f.) – in einem obiter dictum die Annahme eines Strafausschließungsgrundes beim Lockspitzeleinsatz erwogen hatte. Diese »rechtstheoretisch eigenwillige Lösung« (Geppert, JK 1985, StPO § 136 a/2) schloß jedenfalls in Extremfällen auch Karlheinz Meyer (NStZ 1985, S. 135) nicht von vornherein aus; inzwischen will Claus

Roxin generell einen materiellrechtlichen Strafausschließungsgrund beim unzulässigen Lockspitzeleinsatz anerkennen (Strafverfahrensrecht, 23. Aufl. 1993, § 10 Rdnr. 28; in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, 1991, S. 86 f.). Allerdings scheint mir unbeschadet der Frage der dogmatischen Richtigkeit die Annahme eines Strafausschließungsgrundes jedenfalls rechtspolitisch nicht durchsetzbar, weil nicht nur der Jurist einen Freispruch, mit Volk (StV. 1986, S. 37) gesprochen, »als inadäquat empfindet«.

Aufbaumäßig konsequent ist dann der fünfte Abschnitt den Rechtsfolgen überlanger Strafverfahren gewidmet. Die *Verf.* entwirft hier eine Konzeption, der einerseits hohe Originalität zu bescheinigen ist, andererseits aber doch einige Einwände entgegengestellt werden können. Ausgangspunkt der Überlegungen der *Verf.* ist die These, daß überlange Strafverfahrensdauer strafähnlichen Charakter hat. Diesem Ansatzpunkt ist vollauf zuzustimmen. Zweifelhafte ist es jedoch, wenn die *Verf.* daraus den Schluß zieht, daß demzufolge der Teil von Verfahrensdauer, der überlang sei, wie Strafe betrachtet werden müsse: Es läge dann ein Verfahrenshindernis vor, wenn die »unnötigen staatlichen Verzögerungen« den Regelstrafrahmen des (angeklagten?) Delikts ausschöpfen würden. Lassen wir einmal außer acht, daß selbst auf der Grundlage dieser Prämisse die dogmatisch richtige Rechtsfolge nicht Verfahrenseinstellung, sondern Anrechnung entsprechend § 51 StGB wäre, so sind zwei Haupteinwände zu formulieren: Der erste Einwand geht dahin, daß die »unnötigen staatlichen Verzögerungen« sich in praxi nicht feststellen lassen. Dies ist entgegen der *Verf.* eben kein »simples Rechenexempel« (S. 260). Hingewiesen sei beispielsweise nur darauf, daß den Strafverfolgungsbehörden bei jeder Entscheidung ein zeitlicher Spielraum zubilligt werden muß, erwähnt sei auch, daß sich ein Amtsträger in aller Regel mit weit mehr als einem Verfahren gleichzeitig zu beschäftigen hat. Zweitens – auch dies kann hier nicht weiter vertieft werden – stellt es einen Wertungswiderspruch dar, wenn bloße Verfahrensverzögerungen genauso gewichtet werden sollen wie vollzogene Untersuchungshaft; gemäß § 51 StGB entspricht auch ein Tag Untersuchungshaft einem Tag Strafe. – Konsequenterweise verfolgt die *Verf.* ihren Ansatz aber weiter: Ist der Regelstrafrahmen noch nicht ausgefüllt, komme unter dem Gesichtspunkt der Strafähnlichkeit eine Strafmilderung bis hin zum Absehen von Strafe nach § 60 StGB in Betracht. Dieses Abstellen auf

die durch überlange Verfahrensdauer verursachten Belastungen dürfte den richtigen Ansatzpunkt darstellen (siehe näher dazu meine Habilitationsschrift: Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991 (S. 219 ff.)). Diesen zuvor in Literatur und Rechtsprechung immer nur am Rande behandelten Ansatz herausgestellt zu haben, gehört zu den wertvollsten Ergebnissen der Arbeit, wengleich ich im einzelnen einige Bedenken anzumelden habe: So dürfte zwar einerseits § 60 StGB sogar direkt angewendet werden können, andererseits aber eine Analogie dahingehend, daß von Strafe auch abgesehen werden kann, wenn eine mehrjährige Freiheitsstrafe verwirkt worden ist, unzulässig sein. Vor allem aber ist zu fragen, ob die *Verf.* nicht einen Schritt weiter hätte gehen müssen, wobei sie allerdings dann den Bereich der »schwerwiegenden Rechtsstaatsverstöße« verlassen hätte: Man kann unter dem Gesichtspunkt der Strafbarkeit von Verfahrensbelastungen nicht darauf abstellen, ob die Verfahrensdauer durch staatliche Verzögerungen entstanden ist oder auf anderen Ursachen beruht. Ein Beschuldigter dürfte etwa durch die Verfahrensaussetzung dann nicht weniger belastet werden, wenn sie darauf fußt, daß ein Zeuge erst umständlich im Ausland geladen werden muß, als wenn der Richter die Ladung eines Zeugen schlicht vergessen hatte. Richtigerweise ist also jede Verfahrensdauer unabhängig von ihrer Ursache geeignet, Belastungen beim Beschuldigten hervorzurufen, die strafzumessungsrelevant sind, in Extremfällen sogar zur Anwendung von § 60 StGB führen können. Nur so läßt sich auch ein Widerspruch zu der Ablehnung der Strafmilderung als Kompensation für Verfahrensverzögerungen im dritten Abschnitt ausräumen.

Im sechsten Abschnitt schließlich beschäftigt sich die *Verf.* auf wenigen Seiten mit den beiden noch übriggebliebenen Problemfeldern. Beim völkerrechtswidrigen Ergreifen des Beschuldigten kommt die *Verf.* zu dem Ergebnis, ein Verfahrenshindernis scheidet deshalb aus, weil kein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip vorliege. Diese Begründung erscheint mir nun höchst zweifelhaft; der richtige Ansatz wäre eher der gewesen, den die *Verf.* zur Ablehnung eines Verfahrenshindernisses im vierten von ihr gewählten Problemfeld, dem rechtsstaatswidrigen Vorgehen der Ermittlungsbehörden, gewählt hat:

Ein Verfahrenshindernis kann nur ultima ratio sein, es scheidet also aus, wenn einfachrechtliche Bewältigungsmöglichkeiten gegeben sind. Bei der völkerrechtswidrigen Ergreifung des Beschuldigten wäre dies die Einräumung einer Ausreisemöglichkeit (*M. Herdegen, Vogler, Schubarth*, jeweils a.a.O.), beim rechtsstaatswidrigen Vorgehen der Ermittlungsbehörden die von der *Verf.* erörterten Rechtsinstitute Befangenheitsablehnung, Beweisverbot und Revisibilität. Anders als die *Verf.* habe ich

allerdings Bedenken, ob dieses Instrumentarium beim letztgenannten Problembereich immer genügt (siehe auch *Gössel*, NSTZ 1984, S. 421 f.).

Gerade an der Argumentation im letzten Abschnitt wird noch einmal deutlich, daß die Auswahl von vier Problemfeldern im Bereich der Rechtsstaatswidrigkeiten und deren separate Abhandlung bei der *Verf.* zu mehr oder weniger überzeugenden Stellungnahmen im Einzelfall führt. Der Schritt, die eingangs von ihr betonten Gemeinsamkeiten der Problemfelder zu einem gemeinsamen Lösungsansatz zu führen, wird nicht gegangen. Hier wäre meiner Ansicht nach bei den Gedanken anzusetzen, mit denen die Arbeit endet: Die Verfahrenseinstellung dürfte immer dann die richtige Reaktion darstellen, wenn ein Rechtsfehler irreparabel ist, also wenn er nicht durch das sonstige verfahrens- und materiellrechtliche Instrumentarium ausgeglichen werden kann.

Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler, Frankfurt (Oder)