

Besprechungsaufsatz

Privatdozent Dr. Dr. Uwe Scheffler, Berlin

Rechtsstaatswidrigkeit und Einstellung von Strafverfahren

- Zugleich eine Besprechung des „Schmücker-Urteils“ des LG Berlin vom 28. Januar 1991¹ -

Einer der spektakulärsten Strafprozesse in der Geschichte der « Bundesrepublik Deutschland, das sog. „Schmücker-Verfahren“, ist Anfang 1991 vom LG Berlin wegen verschiedener Verstöße gegen das Rechtsstaatsgebot eingestellt worden - eine Konsequenz, die in der Literatur viel diskutiert, von der Rechtsprechung aber selten gezogen wird. Analysiert man das Urteil des LG Berlin genauer, besteht Anlaß zu der Vermutung, daß der BGH auf der Grundlage seiner Rechtsprechung das Urteil in bezug auf alle Aspekte der festgestellten Rechtsstaatswidrigkeit - überlange Verfahrensdauer, Ausspähen der Verteidigung, Beweismanipulationen, verbotene Vernehmungsmethoden - hätte aufheben müssen. - Sucht man einen anderen Zugang zu der Problematik, zeigt sich, daß aus der Verfahrensüberlänge ein Prozeßhindernis selbst unter Zuhilfenahme weitgehender Analogien kaum hergeleitet werden kann. Bei den verschiedenen rechtsstaatswidrigen Ermittlungsmaßnahmen läßt sich dagegen daran denken, ein „Verfahrenshindernis des Strafverfolgungsverbot“ zu entwickeln, wobei als Ansatzpunkte schwerstes Handlungsunrecht - Arglist des staatlichen Organs - und schwerstes Erfolgsunrecht - Irreparabilität der Rechtsverletzung - in Betracht gezogen werden können, so daß in Fällen wie dem „Schmücker-Verfahren“ eine Einstellung wegen Rechtsstaatswidrigkeit dogmatisch zu begründen ist.

A. Der Stand der Erörterung

I. Einstellungsfälle in der wissenschaftlichen Diskussion

Seitdem ein Vorprüfungsausschuß des BVerfG 1983 bei erheblichen Verletzungen des Rechtsstaatsgebots ein Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen für möglich erachtet hat², drängt sich die Frage nach der prozessualen Reaktion auf „schwerste Rechtsstaatswidrigkeiten“ in die wissenschaftliche Diskussion³. Nunmehr wird immer häufiger in der Literatur

die Anerkennung der Verfahrenseinstellung als Reaktionsform auf alle möglichen Fallgestaltungen befürwortet.

Begonnen hatte diese Diskussion zwar schon 1961 durch Arndt sowie Baumann, die bei verspäteter Gewährung rechtlichen Gehörs⁴ bzw. bei überlanger Verfahrensdauer⁵ eine Einstellung für erwägenswert hielten. 1974 hatten dann jeweils in der Karl-Peters-Festschrift Arzt und Lüderssen die Verfahrenseinstellung bei einem schweren Verstoß gegen Beweiserhebungsverbote⁶ bzw. beim unzulässigen Lockspitzelinsatz⁷ angeregt. Vorsichtig wurde gelegentlich auch die Sperrung von V-Männern als Zeugen unter diesem Gesichtspunkt betrachtet⁸. Während die Anregung von Arzt kaum Resonanz erfuhr⁹, ließen ablehnende Entscheidungen des BGH zur überlangen Verfahrensdauer¹⁰ und später zum unzulässigen Lockspitzelinsatz¹¹ sowie der Oberlandesgerichte zum Vorschlag Arndts¹² die Diskussion beinahe verstummen.

In den letzten Jahren werden nun aber in immer neuen Fallgestaltungen Prozeßhindernisse für möglich erachtet. Erwähnt seien hier die völkerrechtswidrige Ergreifung (Vogler)¹³, das Ausspähen der Verteidigung (Gössel)¹⁴, die staatlich

Praxis des Strafverfahrens, 1989, S. 25 ff.; Neumann ZStW 101 (1989), 74;

Weigend JR 1991, 257 ff.; C. Roxin NStZ 1991, 153 f.

⁴ Arndt NJW 1961, 1734 f.; siehe auch ders. NJW 1962, 27; 1963, 455; Rasehorn NJW 1964, 579; Dahs, Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, 1965, S. 41; Lerche ZJP 78 (1965), 17 f.; Schorn, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1965, S. 68; Peters, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966, § 28 IV 3.

⁵ Baumann, FS Eb. Schmidt, 1961, S. 540 f.; siehe auch Schwenk ZStW 79 (1967), 721 ff.; Hillenkamp JR 1975, 240; Peters JR 1978, 247 f.; v. Suckelberg, FS Bockelmann, 1979, S. 768 f.; Bruns, Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1. Aufl. 1980, S. 154 f.; Ulsenheimer wistra 1983, 13.

⁶ Arzt, FS Peters, 1974, S. 323; siehe auch schon Peters, Verh. 46. DJT, Bd. 1, Teil 3A, S. 160 f.

⁷ Lüderssen, FS Peters, 1974, S. 349 ff.; siehe auch Mache StV 1981, 600 f.; Sieg StV 1981, 636 ff.; Dencker, FS Dünnebieber, 1982, S. 447 ff.; Körner StV 1982, 384 f.; Bruns NStZ 1983, 49 ff.; / Meyer ZStW 95 (1983), 853.

⁸ Bruns, Neue Wege zur Lösung des strafprozeßualen „V-Mann-Problems“, 1982, S. 67; / Meyer ZStW 95 (1983), 850 ff.; siehe auch Lüderssen, FS Klug, Bd. 2, 1983, S. 533 f.

⁹ Erst wieder Gössel NStZ 1984, 421; siehe auch Wolter in: SK StPO, vor § 151 Rn. 210.

¹⁰ BGHSt 24, 239 = JZ 1972, 59; siehe auch schon BGHSt 21, 81. Aus der Literatur siehe vor allem Hanack JZ 1971, 705 ff.

¹¹ BGHSt 32, 345 = JZ 1986, 98 (dazu Schumann, S. 66); 33, 356. Aus der Literatur siehe vor allem Foth NJW 1984, 221 f.

¹² OLG Düsseldorf NJW 1961, 1734; OLG Celle NJW 1963, 1320; OLG Schleswig NJW 1963, 455; OLG Hamm VRS 22, 376; vgl. auch OVGE Berlin 8, 24. Aus der Literatur siehe vor allem Bockelmann DAR 1963, 231 ff.

¹³ Vogler, FS Oehler, 1985, S. 390; siehe auch Mann NJW 1986, 2167 f.; Schubarth StV 1987, 175; Lüttger JR 1987, 87.

¹⁴ Gössel NStZ 1984, 421; siehe auch Geppert JK 1985, StPO § 260/1.

¹ Das Urteil - (518) 2 P KLs 8/75 (35/89) - ist als Dokumentation vollständig veröffentlicht in StV 1991, 371-397. Siehe näher zu diesem Verfahren Häusler, Der unendliche Kronzeuge, 1987; StV 1991, 371; Elfferding Cilip 28 (1987), 31 ff.; J. Blau DuR 1989, 251 ff.; Strate DuR 1986, 363 ff.

² BVerfG (Vorprüfungsausschuß) NJW 1984, 967.

³ Rieß JR 1985, 45 ff.; Hassemmer NJW 1985, 1928; Arloth NJW 1985, 417 f.; Becker StV 1985, 399 ff.; Bruns NStZ 1985, 565; Geppert JK 1985, StPO § 260 IH/1; Volk StV 1986, 34 ff.; I. Roxin Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1988; Creutz ZRP 1988, 417; Katzorke, Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs, 1989; Hillenkamp NJW 1989, 2842 ff.; Seelmann in: Jung/Müller-Dietz (Hrsg.), Dogmatik und

gelenkte öffentliche Vorverurteilung (*Hillenkamp*)¹⁵, die Einflußnahme der Justizverwaltung auf das laufende Strafverfahren (*Salger*)¹⁶ und die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens (*Rüping*)¹⁷. Diskutiert wird dies auch für die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes bei der Strafverfolgung¹⁸, für beamtenrechtliche Verteidigungsbeschränkungen¹⁹ sowie für den Bruch einer Zusage der Staatsanwaltschaft²⁰.

II. Einstellungsfälle in der gerichtlichen Praxis

Weniger vielfältig ist dagegen die Rechtsprechung. Sieht man einmal von den zahlreichen Entscheidungen ab, in denen - häufig revisionsrechtlich motiviert - die prinzipielle Möglichkeit eines Verfahrenshindernisses offengelassen, konkret jedoch verneint wurde, und beschränkt man sich auf die Entscheidungen, in denen es zum „Schwur“ gekommen ist, also das Verfahren tatsächlich eingestellt wurde, läßt sich die Entwicklung schnell nachzeichnen.

Im Komplex der überlangen Verfahrensdauer hatte bekanntlich 1970 mit dem *LG Frankfurt* ein Gericht erstmals den Mut, ein Verfahren einzustellen²¹. Weniger bekannt dagegen ist, daß 1974 auch der 5. Strafsenat des *BGH* in einem unveröffentlichten und nirgends zitierten Beschluß ein Verfahrenshindernis angenommen hatte²². Sieht man von gelegentlich in aufgehenden *BGH*-Entscheidungen mitgeteilten Einstellungsurteilen von Landgerichten ab²³, ist erst wieder das Urteil des *LG Düsseldorf* von 1987 zu nennen²⁴, das in einem grotesken Verzögerungsfall²⁵ an das erwähnte obiter dictum des Vorprüfungsausschusses des *BVerfG* anknüpfte²⁶ und ein Strafverfahren einstellte. Ende 1987 kam es dann zu der bisher spektakulärsten Einstellungsentscheidung überhaupt: Der 3. Strafsenat des *BGH* lehnte zwar ausdrücklich ab, daß überlange Verfahrensdauer zu einem Prozeßhinderis führen könnte, nahm aber ein „Zurückverweisungsverbot“ ohne dogmatische Vertiefung an²⁷. Daran anknüpfend bejahte ein Jahr später das *OLG Zweibrücken* ein Verfahrenshindernis wegen schwerwiegender Verfahrensverzögerung und stellte das Verfahren ein²⁸.

Im Bereich des rechtswidrigen Lockspitzeinsatzes hatte der *BGH* zunächst häufiger die prinzipielle Möglichkeit eines Prozeßhindernisses betont, jedoch zur Prüfung der Einstellungs Voraussetzungen jeweils nur zurückverwiesen²⁹. Allerdings sind verschiedene Entscheidungen von Tatgerichten

veröffentlicht worden, in denen wegen eines Prozeßhindernisses eingestellt wurde³⁰. Das *LG Verden* sprach - dogmatisch nicht nachvollziehbar - wegen eines Verfahrenshindernisses sogar frei³¹. Das *OLG Düsseldorf* hat - soweit ersichtlich als einziges Revisionsgericht - in einem Fall ein Prozeßhinderis angenommen, aus konkurrenzrechtlichen Gründen im Ergebnis jedoch nicht eingestellt³².

Außerhalb der beiden Komplexe der überlangen Verfahrensdauer und des rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatzes sind nur zwei Entscheidungen bekanntgeworden, in denen Tatgerichte Verfahren wegen schwerwiegender Rechtsstaatswidrigkeit eingestellt haben; beiden Entscheidungen sind die Revisionsgerichte entgegengetreten: Das *LG Hannover* hatte es 1984 mit einem Fall zu tun, in dem Beweismanipulationen durch Polizeibeamte festgestellt wurden, indem etwa Protokolle ausgetauscht oder nachträglich ergänzt wurden³³. 1985 stellte das *AG Mannheim* ein Strafverfahren deshalb ein, weil noch in der Hauptverhandlung als Zeugen zu vernehmende Polizeibeamte an einer Durchsuchung teilgenommen hatten, bei der sie Kenntnis von persönlichen Notizen des Angeklagten zur Verteidigungskonzeption erlangten³⁴.

B. Das Urteil des LG Berlin

I. Die Begründung der Kammer

Das neueste Glied in der Kette dieser Entscheidungen ist nun das Einstellungsurteil des *LG Berlin* im Schmücker-Verfahren. Der dort festgestellte Sachverhalt beinhaltet eine Kumulation verschiedener Rechtsstaatswidrigkeiten, die schon jeweils für sich allein genügt hätten, die Einstellungsdiskussion zu beflügeln.

Kurz zusammengefaßt hatte es das *LG* mit dem bisher längsten Strafprozeß der deutschen Justizgeschichte zu tun, der rund 16 Jahre in Anspruch nahm. Dreimal schon hatte der *BGH* verurteilende Erkenntnisse aufgehoben; der dritte Durchlauf hatte 391 Verhandlungstage gedauert. Er endete - mit den vorangegangenen Urteilen nahezu deckungsgleich - mit der Verhängung von lebenslanger Freiheitsstrafe für die Hauptangeklagte und von acht bzw. vier Jahren Jugendstrafe für die Mitangeklagten. Des weiteren stellte das *LG* nun ein bisher geheimgehaltenes Zusammenwirken von Verfassungsschutz- und Ermittlungsbehörden fest, das u. a. darin gelegen habe, daß gezielt ausgewählte Erkenntnisse, teilweise auch ungesicherte Schlußfolgerungen unter der Behauptung der Zuverlässigkeit weitergegeben wurden. Diese Erkenntnisse seien zudem vor der Verteidigung, großenteils auch vor dem Gericht geheimgehalten und nicht aktenkundig gemacht worden. Zudem habe der Verfassungsschutz Zeugenvernehmungen im Zusammenwirken mit der Staatsanwaltschaft, in einem Fall sogar mit einem erkennenden Richter verhindert. Weiter sollen Verfassungsschutz und Staatsanwaltschaft versucht haben, durch das Abschneiden von Zeugnisverweigerungsrechten, die Anwendung von verbotenen Vernehmungsmethoden und das Verhängen von Beugehaft Geständnisse und Aussagen herbeizuführen. Schließlich sei jahrelang die Verteidigungsstrategie vom Verfassungsschutz unter Weitergabe an die Staatsanwaltschaft ausgespäht worden, indem ein V-Mann in die Kanzlei eines Verteidigers eingeschleust, eine unzuläs-

¹⁵ *Hillenkamp* NJW 1989, 2849.

¹⁶ *Salger* ZRP 1990, 30; siehe auch *Hillenkamp* NJW 1989, 2845.

¹⁷ *Rüping*, Die Mitverantwortung des Staates als Verfolgungsverbot, 1983, S. 20 ff.; siehe auch *Schreiber*, GS Arm. Kaufmann, 1989, S. 831 ff.; *Felix* DB 1983, 2728 f.

¹⁸ Siehe dazu *Hillenkamp* NJW 1989, 2845.

¹⁹ *Geppert* JK 1989, StPO § 244 II/5b.

²⁰ *Scheffler* wistra 1990,321; *Weigend* JR 1991, 257 f.; *Geppert* JK 1990, StPO § 154/2.

²¹ *LG Frankfurt* JZ 1971, 234. Als ein „Vorläufer“ kann das vom *OLG Düsseldorf* NJW 1961, 1734, aufgehobene Einstellungsurteil eines Amtsrichters wegen verspäteter Gewährung rechtlichen Gehörs angesehen werden.

²² *BGH*, Beschluß v. 2. 7. 1974 - 5 StR 48/74. Der 5. Senat ist von dieser Rechtsauffassung 2 Jahre später wieder ausdrücklich abgerückt (*BGH*, Urteil v. 6. 7. 1976 - 5 StR 184/76). Beide (und weitere unveröffentlichte) Entscheidungen werden abgedruckt im Anhang meiner demnächst erscheinenden Habilitationsschrift „Die überlange Dauer von Strafverfahren - Materiellrechtliche und prozessuale Rechtsfolgen“.

²³ *LG Köln* (aufgehoben durch *BGH*, Urteil v. 18. 2. 1976 - 2 StR 566/75); *LG Frankfurt* (aufgehoben durch *BGH* bei *Pfeiffer/Miebach* NSZ 1987, 19).

²⁴ *LG Düsseldorf* NSZ 1988, 427.

²⁵ Siehe Einzelheiten dazu bei *Papier* NJW 1990, 8; *Sehmalz* Jura Telegramm 1990, 31 f.; *Elendt* Stern 50/1988 vom 8. 12. 1988, S. 130 ff.

²⁶ *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß) NSZ 1984, 967.

²⁷ *BGHSt* 35,137.

²⁸ *OLG Zweibrücken* StV 1989, 51.

²⁹ *BGH* NSZ 1981, 70; 1982, 126; 1984, 78; 1984, 519; StV 1981, 163; 1982, 151.

³⁰ *AG Heidenheim* NJW 1981, 1628; *LG Stuttgart* StV 1984, 197; *LG Frankfurt* StV 1984, 415; *LG Berlin* StV 1984, 457.

³¹ *LG Verden* StV 1982, 364.

³² *OLG Düsseldorf* StV 1985, 274.

³³ *LG Hannover* StV 1985, 94; siehe dazu die Revisionsentscheidung *BGHSt* 33, 283= JZ 1985, 856.

³⁴ *AG Mannheim* StV 1985,276; aufgehoben durch *OLG Karlsruhe* StV 1986, 10; siehe auch *BGH* NSZ 1984, 419.

sige Telefonüberwachung durchgeführt und eine Vollzugshelferin ausgeforscht wurde.

Das *LG* war der Meinung, daß zumindest die Gesamtheit dieser Rechtsstaatswidrigkeiten - überlange Verfahrensdauer, Beweismanipulationen, verbotene Vernehmungsmethoden und Ausspähen der Verteidigung - das Strafverfahren von allen bisher entschiedenen Fällen abhebt und hat es nach § 260 III StPO eingestellt.

II. Die Reaktion der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft, die zunächst auf ausdrückliche Weisung der Staatsanwaltschaft bei dem *KG* Revision einlegte³⁵, nahm das Rechtsmittel nun nach Kenntnis der Urteilsgründe (und der Pensionierung des Generalstaatsanwaltes bei dem *KG*) zurück. Der Generalstaatsanwalt bei dem *LG Berlin* erklärte laut Presseberichten, die Urteilsgründe seien „überzeugend“. Die Staatsanwaltschaft werde ein „im Ergebnis aussichtsloses Rechtsmittelverfahren nicht durchführen“³⁶.

III. Die Bindung an die BGH-Rechtsprechung

Sieht man sich die Urteilsgründe näher an und prüft sie an der Rechtsprechung vor allem des *BGH*, insbesondere auch an der letzten Revisionsentscheidung des 5. Strafsenats im Schmücker-Verfahren, erscheint es fraglich, ob diese Würdigung richtig ist. Denn zunächst einmal ist zu beachten, daß das *LG Berlin* gemäß § 358 I StPO an die rechtliche Beurteilung in diesem Aufhebungsbeschluß gebunden ist und ein Verstoß hiergegen schon allein die Revision begründet. Der *BGH* hatte aber schon unter verschiedenen Gesichtspunkten die Möglichkeit eines Verfahrenshindernisses - wengleich auch „sehr knapp und oberflächlich“³⁷ geprüft und verneint³⁸. Unstreitig tritt die Bindungswirkung auch ein, soweit das Revisionsgericht sich mit Prozeßvoraussetzungen befaßt hatte³⁹.

Ob das *LG* die Beschränkungen des § 358 I StPO vollumfänglich erkannt hat, erscheint aufgrund der Ausführungen am Anfang der rechtlichen Würdigung zweifelhaft; jedenfalls versucht die Kammer aber, Vorgänge in den Mittelpunkt der Begründung zu stellen, zu denen der 5. Strafsenat nicht Stellung nehmen konnte, weil sie erst nach Erlaß der Revisionsentscheidung eingetreten bzw. bekanntgeworden sind.

1. Überlange Verfahrensdauer

Aufgrund dieses grundsätzlichen Bestrebens muß es zunächst einmal verwundern, daß das *LG Berlin* seine Ausführungen zur Rechtsstaatswidrigkeit ausgerechnet mit der langen Verfahrensdauer beginnt. Denn der *BGH* hat in seiner letzten Revisionsentscheidung zum Schmücker-Verfahren keine zwei Jahre vorher noch apodiktisch eine entsprechende Revisionsrüge mit der Begründung zurückgewiesen, die ungewöhnlich lange Verfahrensdauer „begründet grundsätzlich kein Verfahrenshindernis“⁴⁰. Gegen diese Festlegung tritt nun das *LG Berlin* ausschließlich mit den alten Argumenten an. Dies gilt auch, soweit die Kammer sich zur Begründung auf das erwähnte obiter dictum eines Vorprüfungsausschusses des *BVerfG* von 1983 beruft⁴¹, in dem ausdrücklich für extrem gelagerte Fälle überlanger Verfahrensdauer ein Verfahrenshin-

dernis von Verfassungen wegen für möglich gehalten wurde; denn „angesichts der Schwere des Tatvorwurfs und der Schwierigkeit der Beweislage“ hatte sich für den 5. Strafsenat auch aus den Ausführungen des Vorprüfungsausschusses nichts anderes ergeben. Schließlich verneinte der *BGH* auch die „besonderen Umstände“, die den 3. Strafsenat des *BGH* veranlaßt hatten, ein Verfahren durch Einstellung wegen überlanger Verfahrensdauer „abzubrechen“⁴²; wenn das *LG Berlin* nun ausführt, die Besonderheiten im Schmücker-Verfahren „übertreffen diese aber noch in bezug auf die Schwere der Rechtsgutsverletzungen“, so kann damit jedenfalls nicht die Argumentation des Revisionssenats bezüglich überlanger Verfahrensdauer überwunden werden. Hier sperrt § 358 I StPO.

2. Ausspähen der Verteidigung

Soweit das *LG Berlin* es inzwischen als erwiesen angesehen hat, daß durch das Landesamt für Verfassungsschutz jahrelang die Verteidigungsstrategie ausgespäht worden sei, dürfte ebenfalls der Revisionsbeschluß des 5. Strafsenats gemäß § 358 I StPO Bindungswirkung entfalten. Dort hatte der Senat schon erklärt, daß aus den damals noch nicht bewiesenen Behauptungen, ein V-Mann des Verfassungsschutzes habe einen Verteidiger ausgespäht und Mitschnitte laufend abgehörter Telefongespräche der Staatsanwaltschaft zugeleitet, sich jedenfalls kein Verfahrenshindernis herleiten lassen könne⁴³.

Darüber hinaus steht die Begründung des 5. Strafsenats in Übereinstimmung insbesondere mit der von ihm auch zitierten Entscheidung des 2. Senats, wonach auch die rechtswidrige Beschlagnahme von Verteidigungsunterlagen und die dadurch von der Staatsanwaltschaft erlangte Kenntnis vom Verteidigungskonzept zu keinem Verfahrenshindernis führen kann⁴⁴. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang auch die übereinstimmende, das *AG Mannheim* aufhebende Entscheidung des *OLG Karlsruhe* zu einem ähnlichen Sachverhalt⁴⁵.

3. Beweismanipulationen

Es bleibt also zu erörtern, inwieweit nach Ansicht der Kammer neu zutage getretene Rechtsstaatswidrigkeiten, insbesondere die Beweismanipulationen, eine Entscheidungsgrundlage geschaffen haben, die nicht von der Bindungswirkung der Aufhebungsansicht umfaßt wird. In diesem Zusammenhang hatte der 5. Strafsenat nur ausgeführt, daß die „Beschränkungen und Belastungen der Beweisaufnahme, der abnehmende Wert einzelner Beweismittel oder deren Unerreichbarkeit, die weitgehend auch durch das Verhalten von staatlichen Behörden verursacht worden sind“, trotz ihrer Häufung kein Verfahrenshindernis begründen würden⁴⁶. Nun hat das *LG*, wie es ausführlich dartut, nicht nur „Beschränkungen und Belastungen“ festgestellt, sondern regelrechte Beweismanipulationen. Insoweit besteht also keine Bindungswirkung gemäß § 358 I StPO.

Allerdings weist der 5. Strafsenat in seiner Aufhebungsentscheidung auf sein Urteil hin, in dem er dem oben erwähnten Urteil des *LG Hannover* entgegengetreten ist und ausgeführt hat, daß der Versuch von Polizeibeamten, eine Verurteilung des Angeklagten „um jeden Preis“, und zwar auch durch auf

⁴² *BGHSt* 35, 137.

⁴³ *BGH StV* 1989, 187(188).

⁴⁴ *BGH NSZ* 1984, 419.

⁴⁵ *OLG Karlsruhe StV* 1986, 10.

⁴⁶ *BGH StV* 1989, 187(188).

³⁵ Siehe *Der Spiegel* 6/1991, S. 246.

³⁶ *Berliner Zeitung* vom 4. 6. 1991.

³⁷ *J. Blau DuR* 1989, 252.

³⁸ *BGH StV* 1989, 187(188).

³⁹ So ausdrücklich selbst *E. Kaiser NJW* 1974, 2081.

⁴⁰ *BGH StV* 1989, 187(188).

⁴¹ *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß) *NJW* 1984, 967. Siehe dazu auch den 5. Senat des *BGH* bei *Pfeiffer/Miebach NSZ* 1987, 19.

„Verwirrung angelegtes Prozeßverhalten, Falschaussagen und Rückgriffe auf gefälschte Beweismittel“ zu erreichen, kein Verfahrenshindernis begründe⁴⁷. Zu Recht hat der 5. Strafsenat im Schmücker-Beschluß ferner seine Übereinstimmung mit anderen *BGH-Senats* betont; so ging es in dem von ihm auch zitierten Urteil des 1. Strafsenats um den Umgang mit Beweismitteln von Polizei und Staatsanwaltschaft bei ihrer Aufklärungs- und Verfolgungstätigkeit⁴⁸. Bei Beibehaltung seiner Rechtsprechung hätte der 5. Strafsenat auch insoweit dem *LG Berlin* entgegengetreten müssen.

4. Verbotene Vernehmungsmethoden

Soweit das *LG Berlin* sich hinsichtlich der Einstellung auf die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden stützt, hat sich der 5. Strafsenat in seiner Revisionsentscheidung allerdings überhaupt nicht geäußert. Nun erscheint aber dieses Argument zunächst einmal schon im Hinblick auf § 136 a III StPO, der als Rechtsfolge ein Verwertungsverbot vorschreibt, als schwächstes Argument für eine Einstellung. Insofern hat der 2. Strafsenat in der vom 5. Strafsenat zustimmend zitierten, oben erwähnten Entscheidung als selbstverständlich ausgeführt, daß selbst schwere Verstöße gegen § 136 a StPO nicht zu einem Verfahrenshindernis führen⁴⁹. Auch insoweit hieran Kritik geübt worden ist, wird auf „extrem gelagerte Ausnahmefälle“⁵⁰ oder gar auf „extreme Menschenrechtswidrigkeit“⁵¹ abgehoben - wovon bei den vom *LG Berlin* festgestellten Methoden, Aussagen herbeizuführen, keine Rede sein kann.

5. Gesamtheit der Umstände

Nach alledem ist also mit ziemlicher Sicherheit davon auszugehen, daß der 5. Strafsenat, wenn nicht schon wegen § 358 I StPO, dann aber bei Beibehaltung der insoweit gefestigten Rechtsprechung aus jedem der von dem *LG Berlin* vorgebrachten Gründe der Verfahrenseinstimmung hätte widersprechen und das Urteil aufheben müssen. Es bliebe insoweit nur noch eine Gesamtbetrachtung zu erörtern, auf die wohl auch die Kammer vage hinausgewollt hat, wenn sie formuliert, daß die Gründe „zumindst aus ihrer Gesamtheit“ ein Prozeßhinderis ergäben. Nun steht einer solchen „Addition“ allerdings die in der Rechtsprechung nicht bestrittene Ansicht entgegen, die der 2. bzw. 1. Senat in ihren grundlegenden Entscheidungen zur Ablehnung eines Verfahrenshindernisses der überlangen Verfahrensdauer⁵² bzw. des rechtswidrigen Lockspitzeinsatzes⁵³ betont haben: Ein Verfahrenshinderis könne immer nur dort eingreifen, wo in sinnvoller Weise an eine bestimmte Tatsache angeknüpft werden kann, und es nicht auf ein Werturteil, also die Abwägung zahlreicher Umstände ankommt⁵⁴. Nun mag man darüber streiten können, ob dieses Argument geeignet ist, in allen Fallgruppen von Rechtsstaatswidrigkeiten ein Verfahrenshinderis apodiktisch auszuschließen⁵⁵; jedenfalls die hier erforderliche Addition

⁴⁷ *BGHSt* 33, 283 = *JZ* 1985, 856. Unklar ist mir allerdings der Hinweis in beiden Entscheidungen auf das Senatsurteil *NStZ* 1985, 230, in dem ein Einstellungsurteil, das mit der Unmöglichkeit unmittelbarer Zeugenvernehmung begründet worden war, (zu Recht) aufgehoben wurde.

⁴⁸ *BGH NStE* Nr. 4 zu § 24 StPO.

⁴⁹ *BGH NStZ* 1984, 419.

⁵⁰ Gössel *NStZ* 1984, 421.

⁵¹ Wolter in: *SK StPO*, vor § 151 Rn. 209 f.

⁵² *BGHSt* 24, 239 (240) = *JZ* 1972, 59; siehe auch *NStZ* 1983, 135.

⁵³ *BGHSt* 32, 345 (351 f.) = *JZ* 1986, 98 (dazu *Schumann*, S. 66).

⁵⁴ Siehe dazu näher *K. Schäfer* in: *LR*, 24. Aufl., Einl. Kap. 11 Rn. 7 m. w. N.

⁵⁵ Siehe dazu *Volk*, *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht*, 1978, S. 215; *StV* 1986, 36; *Geppert JK* 1983, MRK Art. 6/1; *Ulsenheimer wistra* 1983, 13; *Rief JK* 1985, 46 f.; *Schünemann StV* 1985, 427; *Schumann JZ* 1986, 72.

verschiedenster Sachverhalte wäre mit diesen Ausführungen nicht in Übereinstimmung zu bringen.

C. Versuch einer Neubestimmung

Aus diesen kurzen, kursorischen Betrachtungen ergibt sich, daß das Urteil des *LG Berlin* sowohl formell gegen § 358 I StPO verstößt als auch materiell mit der bisherigen Rechtsprechung insbesondere auch des 5. Strafsenats des *BGH* nicht in Übereinstimmung zu bringen ist. Damit soll aber der Stab über das Urteil noch nicht gebrochen sein. Die Rechtsprechung des *BGH* zu den Rechtsfolgen von Rechtsstaatswidrigkeiten ist nicht stringent. Erinnert sei hier daran, wie „in einem wohl einmaligen Verwirrspiel“⁵⁶ der *BGH* seine Auffassung zum unzulässigen Lockspitzeinsatz änderte, sowie an die „Erfindung“⁵⁷ eines sich „nicht notwendig“ mit der Annahme eines Verfahrenshindernisses deckenden „Zurückverweisungsverbot“ durch den 3. Strafsenat in einem Fall überlanger Verfahrensdauer.

Um es vorwegzunehmen: Betrachtet man das Urteil des *LG Berlin* nicht immanent unter dem Blickwinkel der Kriterien der höchstrichterlichen Rechtsprechung, sondern versucht man, einen anderen Zugang zu der Problematik zu finden, so erweist sich das Urteil im Ergebnis und in einem nicht unwesentlichen Teil der Begründung als durchaus vertretbar.

I. Betrachtungen zum Urteil des LG Berlin

1. Überlange Verfahrensdauer

Am schwersten dürfte es fallen, das Urteil bezüglich des Bereichs überlanger Verfahrensdauer zu halten, wobei das Gericht offenbar selbst der Ansicht ist, daß dieser Aspekt für sich allein die Einstellung nicht begründen kann.

a) Der Gesichtspunkt der Verfahrensverzögerungen

Das *LG Berlin* stellt hier zunächst einmal darauf ab, daß die überlange Verfahrensdauer ganz überwiegend von staatlichen Stellen zu vertreten sei. Insofern befindet sich die Kammer in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung, daß Verfahrensdauer nur dann Rechtsfolgen zugunsten des Beschuldigten rechtfertigen könne, wenn ein behördliches „Verschulden“⁵⁸ an der Dauer der Strafverfolgung gegeben ist.

Wie zweifelhaft es aber in praxi ist, auf Verzögerungen beruhende Verfahrensdauer abzugrenzen, zeigt die Begründung des *LG Berlin*. Das Gericht hebt zunächst darauf ab, daß bislang drei rechtsfehlerhafte Urteile ergangen sind, die auf die Revision der Angeklagten hin aufgehoben werden mußten. Das klingt auf den ersten Blick genauso überzeugend, wie es beim näheren Hinsehen Anlaß zu Bedenken gibt: Die herrschende Ansicht in der Literatur ist zunächst einmal der Auffassung, daß die Ausnutzung von Rechtsbehelfen nicht geeignet sei, überlange Verfahrensdauer zu begründen⁵⁹. In der Berücksichtigung der Rechtsmitteldauer liege ein Widerspruch zur Wertung des Gesetzgebers, der Fehler der Gerichte nur durch Rechtsmittel behoben, auf keinen Fall aber zur Begründung von Rechtsfolgen herangezogen wissen wolle⁶⁰. In Übereinstimmung damit haben sich das *OLG*

⁵⁶ *Hillenkamp NJW* 1989, 2843.

⁵⁷ *Hillenkamp NJW* 1989, 2842.

⁵⁸ So wörtlich *BGHR StPO* § 154a Abs. 3 Wiedereinbeziehung (insoweit nicht in *wistra* 1988, 227 abgedruckt).

⁵⁹ *Hillenkamp JR* 1975, 136; *C. Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, 21. Aufl. 1989, § 16 C; ähnlich *Ulsamer*, *FS Faller*, S. 378 f.; *Peukert EuGRZ* 1979, 272; *Priebe*, *FS v. Simson*, S. 304.

⁶⁰ *I. Roxin*, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, 1988, S. 80 Fn. 184; ähnlich *Frowein/Peukert*, *EMRK*, Art. 6 Rn. 108; *K. Schäfer* in: *LR*, 24. Aufl., Einl. Kap. 12 Rn. 92.

Koblenz⁶¹ und das *LG Krefeld* auch geweigert, Verfahrensdauer zu berücksichtigen, die auf erfolgreichen Rechtsmitteln des Beschuldigten beruhte. Im Schmücker-Verfahren hatte das *LG Berlin* offenbar diese Auffassung noch in der dritten Hauptverhandlung vertreten⁶². Die Senate des *BGH* haben dagegen in verschiedenen Entscheidungen den Zeitraum des begründeten Rechtsmittels des Beschuldigten einschließlich der zu wiederholenden Hauptverhandlung zu den staatlich zu vertretenden Verzögerungen gezählt⁶³. Nun muß man beachten, daß aus der Ansicht des *BGH*, der das *LG Berlin* nun gefolgt ist, bei Rechtsmitteln der Staatsanwaltschaft ein *argumentum ad absurdum* folgt: Legt die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel, insbesondere Revision, zu Lasten des Beschuldigten ein, müßte dies also immer zu Verzögerungen führen, die die Strafverfolgungsbehörden zu vertreten hätten: Wird das Urteil des Tatgerichts aufgehoben, so liegen Verzögerungen aufgrund von Rechtsfehlern dieses Gerichts vor; behält das Urteil dagegen Bestand, hat die Staatsanwaltschaft durch die Einlegung eines unbegründeten Rechtsmittels verzögert.

Als weniger problematisch dürfte sich allerdings die Beantwortung der nächsten Frage erweisen, wie es denn zu beurteilen ist, wenn die Verzögerungen nicht durch die Strafverfolgungsorgane, sondern durch andere staatliche Behörden, etwa wie hier durch den Verfassungsschutz, verursacht werden. Das *LG Berlin* problematisiert dies nicht weiter, sondern betont nur, daß das Landesamt für Verfassungsschutz die Dauer der einzelnen Verfahrensdurchgänge zu verantworten habe. Im Ergebnis dürfte dies richtig sein⁶⁴. Auch bezüglich der insoweit vergleichbaren Frage der Sperrung von Zeugen durch die Exekutive wird betont, daß die staatlichen Funktionen dem Beschuldigten gegenüber nicht aufgeteilt werden können⁶⁵.

Das Abstellen auf Verzögerungen, also auf staatlich zu vertretende, unnötige Verfahrensdauer, ist aber aus einem anderen Grunde noch viel fragwürdiger: Auch soweit im Anschluß an *Volk* in der Literatur die Ansicht des *BGH* abgelehnt wird, daß es bei einem Verfahrenshindernis nicht auf ein Werturteil ankommen dürfe, wird betont, daß jedoch die Notwendigkeit der Abwägung verschiedener Gesichtspunkte miteinander der Annahme eines Verfahrenshindernisses entgegensteht⁶⁶. Gerade eine solche Abwägung ist bei Verfahrensverzögerungen unabdingbar: Zunächst einmal kann es nicht darauf ankommen, wie schnell ein Strafverfahren theoretisch und isoliert betrachtet hätte beendet werden können⁶⁷ - was ohnehin hinsichtlich des Entschließungszeitraums der Strafverfolgungsbehörden nicht quantifizierbar ist⁶⁸. Dies verbietet sich sogar, wie etwa das besondere Beschleunigungsgebot in Nr. 5 IV RiStBV für Haftsaachen zeigt. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, daß Amtsträger unterschiedlich belastet und belastbar sein können, daß

Verzögerungen in einem Verfahrensabschnitt einer besonders zügigen Verfahrensabwicklung in einem anderen Stadium gegenübertreten können und daß es zweckmäßige und weniger zweckmäßige Sachbearbeitung gibt. Des weiteren ist darauf hinzuweisen, daß auch das Verhalten des Beschuldigten, stellt man auf Verzögerungen ab, Berücksichtigung finden muß: Was gilt etwa, wenn der Beschuldigte sich aktiv, vielleicht auch in Verschleppungsabsicht mit diversen Anträgen verteidigt, bei deren Bearbeitung aber Verzögerungen auftreten⁶⁹? Schließlich ist zu beachten, daß selbst dann, wenn man nicht mit dem *LG Berlin* in methodisch zweifelhafter Weise auf das Verhältnis der Verzögerungen zur Schwere des Schuldvorwurfes abhebt⁷⁰, das Gewicht der Strafsache insofern eine Rolle spielt, als es den Umfang der Aufklärungspflicht mit bestimmt⁷¹ und demzufolge „überflüssige“, also nur verzögernde Beweiserhebungen festlegt.

Diese Überlegungen ließen sich fortführen; es dürfte aber klar sein, daß die Feststellung von Verzögerungen kein „simples Rechenexempel“ ist⁷².

b) Der Gesichtspunkt der Verfahrensbelastungen

Eine andere Möglichkeit, die das *LG Berlin* auch argumentativ heranzieht, besteht darin, statt auf Verzögerungen subjektiv auf die Belastungen der Angeklagten durch die Verfahrensdauer abzustellen. Das *LG* hebt in diesem Zusammenhang zunächst hervor, daß sich die Angeklagten mehrjährig in Untersuchungshaft befunden haben. Nun kann hieraus für eine Verfahrenseinstellung ohnehin nichts hergeleitet werden, da die Rechtsfolgen hierfür abschließend durch § 51 StGB und das StrEG geregelt sind: Anrechnung bis zur Aufzehrung der Strafe und gegebenenfalls Entschädigung. Anderes gilt jedoch insoweit, als die Kammer darauf hinweist, daß bei der Hauptangeklagten insbesondere durch die Unterbringung im Sicherheitsbereich der Untersuchungshaftanstalt gesundheitliche Schäden hervorgerufen wurden. Systematisch richtig ist auch die Argumentation des Gerichts, auf die Beschränkungen der persönlichen Bewegungsfreiheit während der Haftverschonung hinzuweisen sowie darauf, daß die Angeklagten keine beruflichen Perspektiven entwickeln konnten, da sie sich für die mehrjährigen Hauptverhandlungen zur Verfügung zu halten hatten („Freiheitsentzug durch Hauptverhandlung“⁷³). Nun können solche Belastungen jedoch allenfalls dann zur Verfahrenseinstellung führen, wenn sie zur Verhandlungsunfähigkeit der Angeklagten führen: Dieses Prozeßhindernis ist insoweit abschließend.

Allerdings können Verfahrensbelastungen für die Strafzumessung relevant sein. Die systematische Einordnung hat hier unter dem Gesichtspunkt des „Schon-bestaft-Seins“⁷⁴ zu geschehen: Die lange Verfahrensdauer weist straf ähnlichen Charakter auf⁷⁵. Ausdruck dieses Gedankens ist § 60 StGB. Daß diese Norm auch auf überlange Verfahrensdauer anwendbar ist, habe ich an anderer Stelle zu belegen versucht⁷⁶. Im konkreten Fall tauchen jedoch einige Probleme auf:

⁶¹ *OLG Koblenz* VRS 59, 339 (340); *LG Krefeld* JZ 1971, 733 (735); vgl. auch *OLG Zweibrücken* NSZ 1988, 501.

⁶² *LG Berlin* StV 1982, 197.

⁶³ *BGHSt* 35, 137 (141); StV 1985, 322; NSZ 1987, 232; *BGHR* StGB § 46

Abs. 3 Nachtatverhalten 4 (insoweit nicht in NSZ 1987, 171 abgedruckt); zustimmend *G. Schäfer*, Praxis der Strafzumessung, Rn. 328; *Molkentin* BA 1982, 184; a. A. noch *BGH* DAR 1963, 169.

⁶⁴ Siehe auch *LG Köln* NSZ 1989, 442 (443); zustimmend *Paeffgen* NSZ 1990, 534. Vgl. aber auch *BGHSt* 36, 363 (372).

⁶⁵ Vgl. *J. Meyer* ZStW 95 (1983), 58; *Grünwald* JZ 1966, 494.

⁶⁶ *Volk*, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 215; StV 1986, 36; siehe auch *Sax* in: *KMR*, Einl. IX vor Rn. 1; *C. Roxin*, Strafverfahrensrecht, 21. Aufl. 1989, § 21 A; *Schlächter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, Rn. 367; *Herrmann* ZStW 95 (1983), 129 f.; *Alberts*, Die Feststellung doppelt relevanter Tatsachen in der Revisionsinstanz, 1990, S. 126 f.

⁶⁷ Vgl. *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß) EuGRZ 1982, 75 (76).

⁶⁸ Vgl. *BGH* StV 1988, 441.

⁶⁹ Vgl. *Peukert* EuGRZ 1979, 272; *Ulsamer*, FS Faller, S. 378 f.

⁷⁰ Siehe auch *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1988, S. 168, 271 f.

⁷¹ *Gollwitzer* in: LR, 24. Aufl., § 244 Rn. 57.

⁷² So aber *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsverstöße in der Strafrechtspflege, 1988, S. 262; ähnlich *Ulsamer*, FS Faller, S. 384; ähnliche wie hier *Botke* StV 1986, 121 Fn. 11; *Kühne* EuGRZ 1983, 382.

⁷³ *Dencker/Hamm*, Der Vergleich im Strafprozeß, 1988, S. 123; siehe auch *Wolfslast* NSZ 1990, 410.

⁷⁴ *Streng* NSZ 1988, 487 Fn. 25.

⁷⁵ Vgl. dazu ausführlich *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsverstöße in der Strafrechtspflege, 1988, S. 249 ff.

⁷⁶ *Scheffler*, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 7. Kap. C II 2; siehe auch *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsverstöße in der Strafrechtspflege, 1988, S. 268 ff., die aber nur auf Verzögerungen abhebt.

Zunächst sind einige Angeklagte zu Jugendstrafe verurteilt worden. Nun soll § 60 StGB allerdings im Jugendstrafrecht anwendbar sein⁷⁷. Darüber hinaus kann dort - vgl. § 5 I und II JGG - prinzipiell immer von Strafe abgesehen werden⁷⁸. Auch das *LG Berlin* sieht das, meint jedoch, der Sühnegedanke würde hier sperren - eine aufgrund des strafähnlichen Charakters überlanger Verfahrensdauer angreifbare Argumentation.

Problematischer sieht es dagegen insoweit aus, als die Hauptangeklagte wegen Mordes (bisher) zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Hier ist § 60 StGB nicht nur wegen der absoluten Strafdrohung unanwendbar, sondern auch nicht seinem Rechtsgedanken entsprechend als Strafzumessungsregel heranzuziehen, wie es die herrschende Ansicht ansonsten für zulässig erachtet⁷⁹. Nun deutet das *LG Berlin* hier einen Weg an, dennoch Strafmilderung gewähren zu können: Es sei eventuell eine analoge Anwendung von § 49 I Nr. 1 StGB möglich. Diese Auffassung ist nicht ganz neu. Schon *Krey* hat angeregt, zu den „außergewöhnlichen Umständen“ gemäß der Rechtsprechung des *BGH* zur Rechtsfolgenlösung bei Mord auch Verstöße gegen Art. 6 I EMRK zu zählen⁸⁰. Auch das *LG Köln* hat, einem Pressebericht zufolge, im sog. OPEC-Prozeß in einem Beschluß ausgeführt, wegen der Verfahrensverzögerungen sehe sich die Kammer auch im Falle der Verurteilung wegen Doppelmordes „im Wege der Rechtsfortbildung ... nicht an einer Strafmilderung von Verfassung wegen gehindert“⁸¹. Folgt man dieser Konstruktion trotz ihrer theoretischen Bedenklichkeit⁸², hätte das *LG Berlin* das Verfahren gegen die Hauptangeklagte nicht ohne die Verhängung einer Freiheitsstrafe von mindestens 3 Jahren beenden dürfen.

Freilich bliebe hier noch ein schwer lösbares Problem: Das Gericht meinte, eine Sachentscheidung würde „eine weitere jahrelange... Beweisaufnahme erforderlich machen“. Die Kammer legt auch ausführlich dar, warum die bisherige Beweisaufnahme es offenlasse, ob Freispruch oder Verurteilung näherliege. Dogmatisch gesehen ist allerdings der Aufklärungspflicht gemäß § 244 II StPO bezüglich belastender (Strafzumessungs-)Tatsachen dann schon Genüge getan, wenn ohnehin lediglich die Mindeststrafe (bzw. § 60 StGB) in Betracht kommt. Auch dürften entsprechende Beweisanträge der Staatsanwaltschaft wegen (rechtlicher) Bedeutungslosigkeit abgelehnt werden können, wenn, wie hier, die Staatsanwaltschaft sich einer Verfahrensbeendigung sperrt⁸³, so daß insoweit eine merkliche Verfahrensabkürzung machbar erscheint. Dies alles gilt jedoch nicht hinsichtlich des Bemühens der Angeklagten um Freisprechung; hier wäre allenfalls eine -rechtlich nicht unproblematische - Verständigung bezüglich des Strafausspruchs möglich; immerhin dürfte auch für die Hauptangeklagte die (noch) zu erwartende Strafe durch den siebenjährigen Untersuchungshaftvollzug aufgezehrt gewesen sein.

c) Der Gesichtspunkt der Verfahrensdauer

Gehen wir schließlich noch von einem anderen Ansatzpunkt aus: Häufig wird in Literatur und Rechtsprechung nur darauf

⁷⁷ *AG Osterode* Nds.Rpfl. 1971, 262; *Hirsch* in LK, 10. Aufl., § 60 Rn. 10; siehe auch *Eisenberg*, JGG, 4. Aufl., § 45 Rn. 13; *Bohnert* NJW 1980, 1930.

⁷⁸ Siehe dazu *Eisenberg*, JGG, 4. Aufl., § 5 Rn. 11; siehe auch *BayObLG* NJW 1961, 2029 (2030).

⁷⁹ *Hirsch* in: LK, 10. Aufl., § 60 Rn. 44; *Stree* in: Schönke/Schröder, 23. Aufl., § 60 Rn. 12; *Dreher/Tröndle*, StGB, 45. Aufl., § 60 Rn. 7; G. *Schäfer*, Praxis der Strafzumessung, Rn. 323; *Zipf* JR 1975, 164.

⁸⁰ *Krey*, Strafverfahrensrecht I, 1988, Rn. 126 Fn. 7; JA 1983, 638 Fn. 7.

⁸¹ *LG Köln*, zit. n. *Der Spiegel* 13/90, S. 105.

⁸² Siehe dazu statt vieler *Dreher/Tröndle*, StGB, 45. Aufl., § 211 Rn. 17 m.w.N.

⁸³ Siehe *Der Tagesspiegel* v. 21. 12. 1990.

abgestellt, wie lang ein Strafverfahren ist, unabhängig von den Fragen der Verfahrensbelastungen sowie der Verzögerung durch staatliche Organe und allenfalls - negativ - gefragt, ob der Beschuldigte das Verfahren verzögert habe⁸⁴. Auch das *LG Berlin* macht Andeutungen in diese Richtung, wenn es, systematisch ungeordnet, betont, es vermöchte die „Unangemessenheit der extrem langen Verfahrensdauer lediglich zu relativieren“, daß die Beweislage schwierig war und die Aufklärung des Sachverhalts auch ohne die Behinderung durch staatliche Stellen erhebliche Zeit in Anspruch nehmen mußte. Ferner benutzt das *LG* als Argument für die Einstellung, daß sich die Beweisaufnahme mit zunehmender Dauer des Verfahrens immer zeitaufwendiger gestaltete und zukünftig gestalten würde. Schließlich betont die Kammer, daß durch die überlange Verfahrensdauer das Sanktionsbedürfnis im Fall einer Schuldfeststellung erheblich reduziert wäre.

Bei diesen Punkten, insbesondere den beiden letzten, fällt auf, daß das *LG Berlin* sich hier argumentativ auf das Terrain des Verjährungsrechts vorgewagt hat. Insbesondere, wenn man von der herrschenden gemischten Verjährungstheorie ausgeht, hat der Gesetzgeber abschließend geregelt, wann Beweismittelschwierigkeiten und reduziertes Sanktionsbedürfnis zum Prozeßhindernis werden.

Es ist im übrigen auch allgemein richtig, daß das Verjährungsrecht, das auf den Zeitablauf seit der Tat abstellt, eine abschließende Regelung auch dann darstellt, wenn dieser Zeitablauf durch Strafverfolgung ausgefüllt wird. Dies zeigt etwa § 78 c StGB, wonach durch Verfolgungshandlungen die Verjährung sogar unterbrochen wird⁸⁵. Daraus folgt an sich, daß Verfahrensdauer auch unter dem Gesichtspunkt ihrer bloßen Länge unabhängig von der Frage der Verzögerungen nicht zur Verfahrenseinstellung vor Ablauf der Verjährungsfristen führen kann. Im Fall des *LG Berlin* könnte somit unter diesem Gesichtspunkt niemals eingestellt werden: Zum einen kann wegen § 78 b III StGB Verfolgungsverjährung nicht mehr eintreten, da schon längst ein erstinstanzliches Urteil erlassen war. Zum anderen ist Verjährung bei Mord gemäß § 78 II StGB ausgeschlossen.

Für den Bereich von § 78 b III StGB hat nun schon *Hanack* darauf hingewiesen, daß hier eine im Hinblick auf Art. 6 I EMRK bedenkliche Lücke vorliege⁸⁶. *Hanack* schlug nun vor, in diesem Bereich § 79 StGB analog dahingehend anzuwenden, daß die dort genannten Fristen ab dem Tag der Erstverurteilung maßgeblich seien. Spielt man diesen Gedanken durch, würde es wegen § 79 II StGB bei lebenslanger Strafverfolgung für die Hauptangeklagte bleiben. Für den zu 8 Jahren Jugendstrafe verurteilten Angeklagten träte entsprechend § 79 III Nr. 2 StGB ein Prozeßhindernis im Jahre 1996 ein. Nur für die beiden Angeklagten, die (ursprünglich) zu 5 bzw. 4 Jahren Jugendstrafe verurteilt worden waren, wäre eine Einstellung schon 1986 geboten gewesen (vgl. § 79 III Nr. 3 StGB).

Meiner Ansicht nach wäre auch eine Analogie zu § 46 BZRG denkbar⁸⁷; der dortige Katalog stellt sogar auf den Tag des ersten Urteils ab (vgl. § 36 BZRG). Spielt man die Anwendung der im BZRG genannten Fristen durch, so würde auch hier für die Hauptangeklagte (vgl. § 45 III BZRG) eine Verfahrensbeendigung ausscheiden. Bei den zur Jugendstrafe verurteilten Mitangeklagten wäre die Verfahrensbeendigung ausgehend von § 46 I Nr. 2 lit. c und III BZRG 14 bzw. 18 Jahre

⁸⁴ *BGH* NSStZ 1983, 167; StV 1988, 295; 1988, 487; Urteil v. 4. 3. 1980-5 StR 14/80.

⁸⁵ So auch *Dreher/Tröndle*, StGB, 45. Aufl., vor § 78 Rn. 4.

⁸⁶ *Hanack* JZ 1971, 713 f.

⁸⁷ So ansatzweise auch *Blau* DuR 1989, 252 f.

nach dem ersten Urteil möglich, also zwischen 1990 und 1994.

Versuchen wir eine dritte, nicht weniger mutige Überlegung: Dogmatisch wird die Nichtverjährbarkeit von Mord u.a. auch mit der „Balance lebenslange Strafe - lebenslange Verfolgung“ gestützt⁸⁸. Hier ist jedoch durch die neuere Rechtsentwicklung mehr und mehr eine andere Gewichtung eingetreten: Bestand diese schon durch die gemilderte Höchststrafe im Jugendstrafrecht (§§18 1 Satz 2, 105III JGG)⁸⁹, so ist die Balance jetzt auch durch § 57a StGB, der die lebenslange Freiheitsstrafe beinahe „faktisch zur zeitigen Freiheitsstrafe“⁹⁰ von 15 Jahren werden läßt, gebrochen. Schließlich ist hier an die vom BGH zugelassene Strafrahmensenkung gemäß § 49 I Nr. 1 StGB zu erinnern⁹¹, auf deren Grundlage auch die Mordstrafe auf 15 Jahre begrenzt ist. Bedenkt man hier, daß auch im Urteil des LG Berlin, wäre es zu einem verurteilenden Erkenntnis gekommen, die Anwendung von § 49 I Nr. 1 StGB möglich erschienen wäre, ließen sich auch hieraus Argumente für eine Einstellung wegen Verjährung contra legem herleiten. Allerdings wäre dann, wendete man § 78 III Nr. 2 StGB analog an, wegen § 78 c III Satz 2 StGB eine Einstellung erst nach 40 Jahren möglich.

Man kann es drehen und wenden wie man will: Selbst wenn man diese wohl nur als äußerst wagemutig zu bezeichnenden Analogien näher ins Auge faßt, kann eine Einstellung wegen überlanger Verfahrensdauer lediglich unter dem Verjährungsaspekt und allenfalls gegen die wegen Mordes zu 4 bzw. 8 Jahren Jugendstrafe verurteilten Angeklagten in Betracht gezogen werden, nicht jedoch für die mit lebenslanger Freiheitsstrafe belegte Hauptangeklagte.

2. Rechtsstaatswidrige Ermittlungsmaßnahmen

Betrachten wir nun die anderen Komplexe - Beweismanipulationen, verbotene Vernehmungsmethoden, Ausspähung der Verteidigung -, die man als rechtsstaatswidrige Ermittlungsmaßnahmen zusammenfassen könnte. Das LG Berlin geht hier insbesondere im Anschluß an die schon mehrfach erwähnte Entscheidung des Vorprüfungsausschusses des BVerfG⁹¹ davon aus, daß ein Verfahrenshindernis auf „extrem gelagerte Fälle“ beschränkt sei. Wie das näher zu präzisieren ist, verrät auch das LG Berlin nicht. Sofern es dazu die ständige Rechtsprechung des BGH zitiert, daß hier ein Umstand von solchem Gehalt vorausgesetzt sei, daß er dem Verfahren in seiner Gesamtheit entgegensteht⁹³, so hat vor kurzem Weigend völlig zu Recht betont, daß diese Formel alles Wesentliche offenläßt⁹⁴. Es dürfte vielmehr kaum möglich sein, wie auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gelegentlich formuliert wird, „zwischen schwereren und leichteren Gesetzesverletzungen eine scharfe Grenze zu ziehen“⁹⁵ - was auch die Diskussion um die „Willkürformel“⁹⁶ eindrucksvoll belegt⁹⁷.

a) Arglist als Ansatzpunkt

Versuchen wir dennoch, Einschnittstellen zu finden. Ein erster Ansatzpunkt könnte hier sein, an das Handlungsunrecht bezüglich der Rechtsstaatswidrigkeiten anzuknüpfen. Die einzige Rechtsfigur, die gewisse Konturen aufweist und eine Möglichkeit böte, dies mit verfahrensbeendender Wirkung zu berücksichtigen, wäre die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs, die das LG Berlin auch kurz erwähnt. Nun ist, nachdem der BGH im Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Lockspitzeinsatz zwischenzeitlich mit der Rechtsfigur kokettierte⁹⁸, ihre Ablehnung „weitgehend Allgemeingut geworden“⁹⁹. Ich kann hier aus Raumgründen nicht die Argumente im einzelnen nachzeichnen, mit denen ich jedenfalls grundsätzlich die Verwirkung des sog. „Strafanspruchs“ für möglich halte¹⁰⁰. Im Ergebnis dürfte jedenfalls eine Verwirkung bei arglistigem staatlichen Verhalten denkbar sein¹⁰¹, die allerdings nicht den Strafanspruch betreffen würde, sondern die bloße Befugnis zur Strafverfolgung. Folgte man diesem Gedanken, wäre jedenfalls bezüglich der Beweismanipulationen vor allem durch den Verfassungsschutz, durch die die Verurteilung der Angeklagten erreicht werden sollte, denkbar, von dem Verlust der konkreten Befugnis des Staates, die Beschuldigten zu verfolgen, auszugehen¹⁰². Unter diesem Gesichtspunkt wäre die Verfahrensbeendigung durch das LG Berlin also richtig gewesen.

Was die verbotenen Vernehmungsmethoden und das Ausspähen der Verteidigung angeht, wäre diese Argumentation weitaus zweifelhafter. Richtigerweise dürfte wohl Verwirkung infolge Arglist nur dann möglich sein, wenn (bedingt vorsätzlich) eine falsche Verurteilung herbeigeführt werden soll und nicht schon dann, wenn - prozeßordnungswidrige - Wahrheitsfindung bezweckt ist¹⁰³; man wird wohl - wie bei dem früheren §170 StGB¹⁰⁴ - „unlautere“, besonders verwerfliche Beweggründe fordern müssen. Aber selbst bei dieser restriktiven Interpretation gibt es gute Argumente, Arglist im Schmücker-Verfahren auch insoweit zu bejahen.

b) Irreparabilität als Ansatzpunkt

Es gibt aber noch eine andere Möglichkeit, den „Extremfall“ einer Rechtsstaatswidrigkeit von sonstigen Rechtsfehlern abzuschichten: Man stellt nicht auf das Handlungs-, sondern das Erfolgsunrecht der inkriminierten Handlung ab. Hier läßt sich nun eine klare Trennlinie ziehen, die in der Diskussion um den Extremfall zwar häufiger erwähnt, aber kaum klar erarbeitet wird: Es geht um die Irreparabilität der Rechtsverletzung. Dieses wohl entscheidende Kriterium deutlich herausgestellt zu haben, gehört zu den dogmatisch sehr gelungenen Teilen des Urteils des LG Berlin. Das Gericht bleibt nicht bei der häufig so oder ähnlich gebrauchten Formulierung stehen, daß ein Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen eine „ultima ratio“ darstellte, sondern macht mit diesem Satz ernst und prüft die Einsatzmöglichkeiten einfachrechtlicher Institute: Was die Ausspähung der Verteidigung angeht, erörtert die Kammer, ob hier nicht eine Befangenheitsablehnung

⁸⁸ LG Hamburg NSZ 1981, 141 (142).

⁸⁹ Siehe dazu J. Blau DuR 1989, 252 f.

⁹⁰ Dreher/Tröndle, StGB, 45. Aufl., § 57a Rn. 1; ähnlich Fünfsinn GA 1988, 175.

⁹¹ St.Rspr. seit BGHSt 30, 105 = JZ 1981, 544.

⁹² BVerfG (Vorprüfungsausschuß) NJW 1984, 967.

⁹³ St.Rspr. seit BGHSt 15, 287 (290); w.N.b. K. Schäfer in: LR, 24. Aufl., Einl. Kap. 11 Rn. 7 Fn. 10.

⁹⁴ Weigend JR 1991, 258 Fn. 7. Das dürfte auch für den interessanten Versuch Wolters (SK StPO, vor § 151 Rn. 209 f.) gelten, „extreme Menschenrechtswidrigkeit“ zum Abgrenzungskriterium zu machen.

⁹⁵ Siehe BGH LM Nr. 25 zu § 24 LwVG; NJW-RR 1986, 1263 (1264); BayObLGSt 1988, 120 (123); ähnlich Bohnert, Beschränkungen der strafprozessualen Revision durch Zwischenverfahren, 1983, S. 53; Weigend JR 1991, 258.

⁹⁶ Niemöller StV 1987, 311.

⁹⁷ Siehe dazu statt vieler Ostler JR 1957, 454 ff.; Bohnert, Beschränkungen der strafprozessualen Revision durch Zwischenverfahren, 1983, S. 50 ff.

⁹⁸ Siehe BGH NJW 1980, 1761; 1981, 1626; 1982, 56; NSZ 1981, 79; StV 1981, 276; 1984 58; 1984, 406.

⁹⁹ Weigend JR 1991, 258. In der Rechtsprechung ist dies seit BGHSt 32, 345 (348) = JZ 1986, 98 (dazu Schumann, S. 66) der Fall.

¹⁰⁰ Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 4. Kap.; siehe auch Katzorke, Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs, 1989.

¹⁰¹ Siehe dazu auch BGH MDR 1982, 425 (426).

¹⁰² Anderer Ansicht ausdrücklich BGHSt 33, 283 f. = JZ 1985, 856.

¹⁰³ Vgl. den parallelen Streit um den Begriff der Arglist in § 123 BGB bei Kramer in: MünchKomm, 2. Aufl., § 123 Rn. 6 m.w.N.

¹⁰⁴ Siehe dazu Schroeder in: LK, 10. Aufl., § 109a Rn. 6; Kohlrausch/Lange, StGB, 43. Aufl., § 170 Anm. I 1.

der Richter und die Auswechslung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft vorrangig wäre¹⁰⁵. Weiter sieht das Gericht, daß als Reaktion auf die unzulässigen Vernehmungsmethoden Verwertungsverbote (§ 136 a III StPO) in Betracht kommen. Die Kammer macht sich hier jedoch Argumente zu eigen, die in der Strafprozeßrechtswissenschaft insbesondere schon von *Peters, Arzt und Gössel* hervorgehoben worden sind¹⁰⁶: Auch bei Auswechslung der Strafverfolgungspersonen ist es nicht zu verhindern, daß auch die neuen Amtsträger den Akten die unzulässig erlangten Kenntnisse entnehmen, weil deren Tilgung aus den Akten jedenfalls praktisch häufig nicht möglich sei. Für ihr zustimmungswürdiges Ergebnis, daß in diesem Fall die Verfahrensbeendigung ultima ratio sei, hätte sich die Kammer somit auf *Gössel* berufen können¹⁰⁷.

Nur mit Einschränkungen zugestimmt werden kann allerdings den Ausführungen des *LG*, den Beweismanipulationen könnte selbst durch eine „großzügige Anwendung des Grundsatzes ‚in dubio pro reo‘“ nicht Rechnung getragen werden. Das *LG Berlin* geht zunächst einmal völlig zu Recht davon aus, daß hier die Problematik der Beweiswürdigung anders liegt als bei den eben besprochenen Formen von Rechtsstaatswidrigkeiten, weil das Gericht sich von dem fehlerhaften Material jedenfalls dann lösen kann, wenn nicht nur formell der Ermittlungsweg, sondern auch das Ermittlungsergebnis materiell falsch ist. Das *LG Berlin* sieht jedoch das Problem, daß nunmehr durch Zeitablauf Beweismittel, die zur Entlastung der Angeklagten dienen können und bisher rechtswidrig zurückgehalten worden sind, nunmehr an Beweiswert verloren haben. Nun kann man die entscheidende Aussage der Kammer, der Grundsatz „in dubio pro reo“ führe nicht dazu, daß nicht mehr zu erhebende Beweise so behandelt werden müssen, als hätten sie zu einem für die Angeklagten günstigen Ergebnis geführt, durchaus in Frage stellen: Ausgangspunkt hierfür könnte eine Analogie zu § 136 a III i.V.m. II StPO sein - eine Art „Verwertungsgebot“ - und eine „Beweiserleichterung“ ausgehend von der Dogmatik zu § 444 ZPO. Ich habe dies an anderer Stelle näher ausgeführt¹⁰⁸. Entscheidend dürfte aber im Fall des *LG Berlin* ein anderer Aspekt sein: Das Gericht befürchtet auch für die Zukunft das „wenig kooperative Verhalten von Verfassungsschutzbehörden“ und prognostiziert „fortdauernde Behinderungen“. Sollte also das *LG Berlin* Anlaß zu der Vermutung gehabt haben, ihm würde es nicht einmal mehr gelingen, Kenntnis von Beweismitteln zu erlangen, die es dann zugunsten der Angeklagten würdigen könnte, liegt auch insoweit Irreparabilität vor.

c) Verfolgungsverbot als Ansatzpunkt

Das *LG Berlin* läßt zuletzt offen, ob die Einstellung dogmatisch auf ein Verfahrenshindernis oder auf ein „Verfolgungsverbot wegen schwerwiegender Rechtsstaatswidrigkeit“ zurückzuführen sei. Das *LG Berlin* greift hier Überlegungen auf, die *Rieß* herausgearbeitet hat¹⁰⁹: Das Institut des Verfahrenshindernisses würde an Konturen verlieren, wendete man es auch auf besonders schwerwiegende Verfahrensverstöße an. Demzufolge gab *Rieß* zu überlegen, ob es nicht außerhalb des Begriffs des Verfahrenshindernisses möglich sei, ein aus der

Verfassung ableitbares Verfolgungsverbot der schwerwiegenden Rechtsstaatswidrigkeit nach Voraussetzungen, Folgen und Standort zu entwickeln. In der Literatur sind die Überlegungen von *Rieß* bisher kaum aufgegriffen worden¹¹⁰. Allerdings hat der 3. Strafsenat des *BGH* in seiner oben erwähnten Einstellungsentscheidung in nebulöser Form angedeutet, daß er seine Einstellung auch auf das von *Rieß* angeregte Verfolgungsverbot gestützt haben könnte¹¹¹.

Möglicherweise könnte man hier einen „Kunstgriff“ wagen: Einstellungen, sei es, daß man sie mit der Verwirkung der Strafverfolgungsbefugnis begründet, sei es, daß man sie als ultima ratio infolge Irreparabilität für möglich ansieht, werden in der Regel immer die Würdigung vielfältiger Beweise und die Erforschung diverser Motive voraussetzen, also von der wertenden Betrachtung abhängig sein, was nach herrschender Ansicht nicht zu einem Verfahrenshindernis führen kann. Andererseits steht der Annahme eines Verfahrenshindernisses nicht entgegen, daß an eine bestimmte rechtserhebliche Tatsache angeknüpft wird, die ihrerseits selbst - wie etwa die Verhandlungsunfähigkeit - erst umständlich ermittelt werden muß¹¹². Würde man nun also ein Verfolgungsverbot als genau eben diese zu bestimmende Tatsache betrachten, könnte man ohne weiteres ein „Verfahrenshindernis des Strafverfolgungsverbotes“¹¹³ konstruieren. Die gängige Dogmatik zum Verfahrenshindernis bliebe unangetastet; die *Rieß'sche* Forderung nach der Entwicklung des Standortes und der Folgen des Verfolgungsverbotes wäre erfüllt; seine Voraussetzungen wären jedoch noch präziser zu entwickeln.

II. Betrachtungen zu Rechtsstaatswidrigkeiten

Diese Entwicklung der Voraussetzungen könnte an die bisherigen Überlegungen anknüpfen:

Stellt man auf den Gesichtspunkt der Irreparabilität von Rechtsstaatswidrigkeiten ab, käme es für den „Extremfall“ nicht auf die eigentliche Schwere des Fehlers an. Sachverhalte wie die „staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens“ wären also schon deshalb einstellungsuntauglich, weil Freispruch bzw. Strafmilderung vorrangig aufgrund des Rechts der (mutmaßlichen) Einwilligung und der Verbotsirrtumsregelung zu prüfen wären. Bei der Einflußnahme seitens der Justizverwaltung auf laufende Strafverfahren wie auch bei der staatlich gelenkten öffentlichen Vorverurteilung wären die Befangenenregelungen¹¹⁴, eventuell sogar das Verweisungsrecht¹¹⁵ vorrangig; anderes könnte allenfalls gelten, worauf *Krekeler* hinweist, wenn diese Wirkungen bundesweit anhalten¹¹⁶. Sofern man ein Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung beim unzulässigen Lockspitzeinsatz anerkennt, wäre auch hier kaum noch Raum für die Annahme eines Prozeßhindernisses. Bei der völkerrechtswidrigen Ergreifung wäre es statt der Verfahrenseinstellung geboten, dem Beschuldigten eine Ausreisemöglichkeit einzuräumen¹¹⁷.

Würde man, was oben vorsichtig in Betracht gezogen worden ist, auch die Möglichkeit der Verwirkung der staatlichen Strafverfolgungsbefugnis bei arglistigem Verhaken anerken-

¹⁰⁵ So auch *Grünwald* JZ 1966, 500 f.; *Geppert* JK 1985, StPO § 260 HI/1; *Rieß* JR 1985, 45; *Arloth* NJW 1985, 418; *Hillenkamp* NJW 1989, 2847; *Dahs*, GS K. Meyer, 1990, S. 75.

¹⁰⁶ *Peters*, Verh. 46. DJT, Bd. 1, Teil 3 A, S. 160; *Arzt*, FS Peters, S. 231 f.; *Gössel* NSTZ 1984, 421 f.

¹⁰⁷ *Gössel* NSTZ 1984, 421 f.

¹⁰⁸ *Scheffler*, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 5. Kap.; siehe auch *Krekeler*, Der Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren de lege lata und de lege ferenda, 1990, S. 264 ff., 274 ff.

¹⁰⁹ *Rieß* JR 1945, 45 ff.; siehe auch *Rieß* in: LR, 24. Aufl., § 206 a Rn. 32.

¹¹⁰ Siehe aber *Volk* StV 1986, 37; *Rogall* in: SK StPO, vor § 133 Rn. 120; *Wolter* in: SK StPO, vor § 151 Rn. 209 f.; *Hassemer* JuS 1989, 147; *Hillenkamp* NJW 1989, 2846; *C. Roxin* in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, 1991, S. 86.

¹¹¹ *BGHSt* 35, 137 (142 f.).

¹¹² *Rieß* JR 1985, 47; *Ulsenheimer wistra* 1983, 13; *Schünemann* StV 1985, 427; *Volk* StV 1986, 36; *Schumann* JZ 1986, 72.

¹¹³ *Mache* StV 1981, 601.

¹¹⁴ Siehe dazu neuerdings *C. Roxin* NSTZ 1991, 157.

¹¹⁵ *Krekeler* AnwBl. 1985, 430.

¹¹⁶ *Krekeler* AnwBl. 1985, 430.

¹¹⁷ *M. Herdegen* EuGRZ 1986, 2; siehe auch *Vogler*, FS Oehler, S. 390; *Schubarth* StV 1987, 175; a.A. *Hillenkamp* NJW 1989, 2849 Fn. 97.

nen, könnte der Kreis der einstellungsrelevanten Sachverhalte über die Irreparabilität hinaus erweitert werden. Hier zeigt sich noch einmal, daß der Begriff der Arglist äußerst eng gefaßt werden müßte, weil sonst die Verwirkung bei Rechtsstaatswidrigkeiten uferlosen Anwendungsbereich fände. Bei restriktiver Anwendung fielen hierunter die einzelnen Rechtsstaatswidrigkeiten dann, wenn die Verurteilung Unschuldiger zumindest in Kauf genommen würde; darüber hinaus ist vor allem, wie *Katzorke* zuletzt betont hat¹¹⁸ eine Verwirkung in den Lockspitzelfällen denkbar.

Vernachlässigt man die äußerst problematische Ergänzung durch die Verwirkung infolge Arglist, bleibt als greifbares Ergebnis: Verfahrenseinstellung ist immer dann zulässig,

wenn die Verfahrensfehler unheilbar sind. Ein Kompliment an das *LG Berlin*, daß es dies erkannt und demzufolge das Verfahren eingestellt hat. Der Einstellungsbeschluß steht somit ebenbürtig neben der „beachtlichen juristischen Leistung“¹¹⁹ des *LG Aachen*, das 1971 mit dem Contergan-Verfahren einen ähnlich spektakulären Strafprozeß durch Einstellung (nach § 153 StPO) ähnlich mutig zu Ende brachte¹²⁰.

¹¹⁸ *Katzorke*, Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs, 1989, S. 143 ff.; a. A. zuletzt ausführlich J. *Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Verstöße in der Strafrechtspflege, 1988, S. 205 ff.

¹¹⁹ *Bruns*, FS Maurach, S. 471.

¹²⁰ *LG Aachen JZ* 1971, 507.