

K. Lange kann in ihrer Studie recht gut dieses Ineinandergreifen wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und politischer Entwicklungen als Folie und Hintergrund der Bandenriminalität jener Zeit zeigen. Sie hat die Quellen gründlich im Blickwinkel aller relevanten Fragestellungen ausgewertet, ist aber dabei keineswegs unkritisch verfahren. Insofern stellt ihre Untersuchung eine Bereicherung und Ergänzung – und zuweilen auch eine Korrektur – bisheriger einschlägiger Forschungsergebnisse dar.

Professor Dr. Dr. h. c. Heinz Müller-Dietz, Saarbrücken

Peter Lang, **Der Verlust von Verfahrensrügen beim Angeklagten durch Rückgriff auf den Verwirkungsgedanken.** (Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Bd. 445). Verlag V. Florentz, München 1994. XV, 170 S., DM 41,80.

Auch fast 30 Jahre nach der Habilitationsschrift von Werner Schmid (Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß) und den noch früheren Dissertationen von Noack, Kiderlen und Walther sowie Aufsätzen von Autoren wie Jescheck (JZ 1952, 400), Kindhäuser (NSTZ 1987, 529) und Schlüchter (GS K. Meyer, 1990, S. 445) kommt ein Thema nicht zur Ruhe, das eigentlich, so meine ich, allenfalls eine Erfindung praxisferner Theoretiker oder theorieferner Praktiker sein dürfte: Es geht jedenfalls vordergründig um die Frage, ob der Angeklagte seine Revision auf einen Rechtsfehler stützen darf, den er selber, aber nicht das erkennende Gericht bemerkt oder mit dessen Herbeiführung er »seine« Richter gar auf das Kreuz gelegt hat. Da – nahezu unbestrittenermaßen – das anwaltliche Verhalten dem Angeklagten nicht zugerechnet werden darf, bedeutet dies bei genauerer Betrachtung, daß man entweder davon ausgeht, die Richter seien nicht selten dümmere als die Angeklagten, oder aber meint, man habe es häufig mit gewieften Strafverteidigern auch auf der Anklagebank zu tun. Spätestens dann aber, wenn man sich verdeutlicht, daß es bei einem solchermaßen gerissenen Angeklagten ja wohl kaum möglich wäre, dessen Verschlagenheit zu beweisen, ist zu erkennen, daß es bei der Diskussion vor allem um etwas anderes geht: Schon zu einer Zeit, die weit vor der lag, in der die Verständigung oder der »deal« zum Modethema wurde, stand im Mittelpunkt, den Angeklagten an seinem – damals noch seltener als Gegenleistung für eine Strafmilderung eingebrachten – Einverständnis mit einem richterlichen Rechtsbruch festzuhalten. Dies zeigt nicht zuletzt die relativ rare Rechtsprechung aus der Zeit nach dem 2. Weltkrieg vor allem der OLGs Hessen und Bremen, die im großen und ganzen »Episode geblieben« (Weber, GA 1975, 302) ist.

Solche Gedanken berühren Lang in seiner Münchener Dissertation nicht. Sie hätten sich insbesondere in seinem *Teil B* einstellen können, als er die »verwirrende Terminologie« (S. 17), die er in *Teil A* näher beleuchtet hatte, noch dadurch unterstrich, daß er die häufige Auffassung (zu Recht) kritisierte, Verwirkung sei als eine Form des Verzichts aufzufassen. Denn darum geht es dem eben Gesagten zufolge doch wohl genau: Hat der Angeklagte auf etwas Unverzichtbares verzichtet oder auf etwas Verzichtbares nicht beweisbar verzichtet, soll ein Rettungsanker gefunden werden.

Nachdem Lang in *Teil C* versucht, drei mögliche Fallgruppen zu unterscheiden – Verzicht auf unverzichtbare Vorschriften / Unterlassen der Anrufung des Gerichts / Schaffen, Verdecken und Nicht-Aufdecken eines Verfahrensfehlers mit Arglist –, geht er in *Teil D* auf die »Rechtsgründe, die eine Rügeverwirkung stützen sollen«, ein. Was Lang hier in dem überzeugendsten Kapitel seines Buches an »Rechtsgründen« aufzistet, die inhaltlich diskutiert worden sind, kann teilweise immer wieder nur Kopfschütteln hervorrufen: Es darf doch nicht einmal auf den ersten Blick ernstgenommen werden zu behaupten, man könnte in diesen Fällen die Revisionsrüge etwa mangels Beruhens oder wegen fehlender Beschwer zurückweisen. Auch die Versu-

che, dem Angeklagten eine wie auch immer geartete Mitwirkungspflicht aufzuerlegen oder für illoyales Verhalten zu sanktionieren, sind schon nach den Grundgedanken des Strafprozeßrechts schlechthin abwegig. *Lang* kommt zu all diesen Vorschlägen das Verdienst zu, die zahlreichen Gegenargumente klar und systematisch darzustellen. Er läßt sich hier einzig die Chance entgehen, die die Verwirkung grundsätzlich befürwortende herrschende Ansicht vorzuführen, in dem er ihr ihre eigene Argumentation zu der von ihr spätestens seit BGHSt 32, 345 abgelehnten, beschuldigtenfreundlichen Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs als Spiegel entgegenhält (s. dazu Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 141 ff.).

In seinem letzten *Teil E* stellt *Lang* sodann seinen »eigenen Ansatz« vor: *Lang* leitet zunächst einmal das Recht des Angeklagten, daß sämtliche seiner Revisionsrügen inhaltlich beschieden werden müssen, aus dem Justizgewährungsanspruch ab. Diesem stellt er dann den Topos von der »Funktionstüchtigkeit und Effizienz der Strafrechtspflege« gegenüber. Aus der selbstverständlichen Tatsache, daß diese beiden Grundsätze kollidieren, d. h., daß jede Form von Justizgewährung zwangsläufig die Effizienz der Rechtspflege berührt, folgert er nunmehr die Notwendigkeit einer »Abwägung«, die – so einfach ist das – dann, wenn der Angeklagte von ihm erkannte Rechtsfehler nicht schon in der Hauptverhandlung rügt oder arglistig einen solchen herbeiführt, eben zugunsten der Funktionstüchtigkeit und Effizienz der Strafrechtspflege auszufallen hat. Ausgerechnet bei seiner dritten Fallgruppe, der wohl einzig praxisrelevanten, dem »Verzicht auf unverzichtbare Vorschriften«, lehnt er jedoch die Verwirkung – allerdings vollauf zustimmungswürdig – ab.

Gegen diesen Lösungsansatz sind nun weitreichende Einwände vorzubringen: Zunächst einmal ist zu bemerken, daß das Bemühen um Originalität und das Bestreben, trotz der Kritik an den sonstigen Ansätzen ein »Begründungsmodell für die Verwirkung revisionsrechtlicher Verfahrensrügen zu entwickeln«, weil es »unangebracht« sei, dem Angeklagten »in jeder Konstellation das Recht zur Verfahrensrüge zu erhalten« (S. 112), *Lang* dazu verführt hat, schwachen Modellen ein noch schwächeres entgegenzustellen: Denn wie soll denn ein Verhalten, das nur gelegentlich einmal vorkommt und noch seltener zu beweisen ist, die Funktionstüchtigkeit und Effizienz der Strafrechtspflege – die Eignung dieses schillernden Topos zur Grundrechtseinschränkung schon einmal unterstellt (dazu Hassemer, StV 1982, 275 ff.) – ernsthaft tangieren können? Und was wäre jetzt mit der Ausübung von Rechten, die weit eher die Effizienz der Rechtspflege beeinträchtigen können? Soll dann auch nur diskutiert werden, ob sie zurückzutreten haben, etwa, weil der Angeklagte sie »schonender« hätte ausüben können? Konkret: Braucht beispielsweise ein »verspäteter« Beweisantrag trotz § 246 StPO nicht mehr beschieden zu werden, wenn ansonsten die Aussetzung des Verfahrens droht? Durch sein Modell begründet *Lang* nicht nur im Ergebnis doch wieder die Mitwirkungspflicht und die Loyalitätsobliegenheit des Angeklagten, sondern er geht noch weit darüber hinaus. Es wäre geeignet, das Strafprozeßrecht völlig umzugestalten: Alle Beschuldigtenrechte stünden unter dem Vorbehalt des Funktionstüchtigkeitsgrundsatzes.

Freilich ist *Lang* eines zugute zu halten: Er bewegt sich auf diesem gefährlichen Weg der Abwägung von Individualrechten mit staatlichen Interessen nicht allein. Es ist – ein besonders krasses Beispiel – erst wenige Jahre her (1977), daß der staatliche Bruch grundgesetzlich geschützter Rechte als »Staatsnotstand« infolge einer entsprechenden Abwägung offen praktiziert wurde (s. etwa Böckenförde, NJW 1978, 1882). Auch das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen der »Abwägungslehre« einen vergleichbaren Weg schon weit beschritten. Bekanntlich hat es in seiner bei Stimmgleichheit getroffenen Tagebuchentscheidung – jedenfalls nach Ansicht der vier unterlegenen Richter – selbst den absoluten Schutz des Kernbereichs der Privat-

sphäre zugunsten der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege beseitigt (BVerfGE 80, 367, 382). Hingewiesen sei auch – neuestes Beispiel – auf den Entwurf eines 2. Rechtspflegeentlastungsgesetzes, der z. Z. der Konferenz der Justizminister und Justizministerinnen vorliegt, wonach selbst die sachbezogene Ausübung von Antrags- und Erklärungsrechten dann untersagt werden soll, wenn sie »zu einer durch die Sache nicht gebotenen Verzögerung der Hauptverhandlung führt«. Die Beispiele ließen sich fortsetzen.

Zurückkommend auf die Frage der Verwirkung von Verfahrensrügen belegt gerade *Langs* eigener Ansatz folgendes: Unbegründbares kann man nicht begründen. Die herrschende Ansicht ist, ein Wort Eb. Schmidts (LK II, § 238 Rn. 29) verallgemeinernd, »schlechterdings nicht zu begreifen«. Selbst da, wo die ärgste »Verhöhnung« (W. Schmid, S. 343 f.) des Gerichts, die »arglistige Herbeiführung von Verfahrensfehlern« durch den Angeklagten, nicht nur ein akademisches Konstrukt oder eine richterliche Phobie ist, stellt sie – vereinfacht gesehen – nichts anderes als das prozeßrechtliche Pendant zur Lüge des Angeklagten dar. Er darf mit allen Mitteln kämpfen. Eine Grenze ist frühestens, aber allerfrühestens dort zu ziehen, wo man den Rechtsgedanken des Schikaneverbots (§ 226 BGB) fruchtbar machen könnte (siehe dazu Scheffler, JR 1993, 172 f.), dessen Voraussetzungen gerade in den hier in Rede stehenden Konstellationen nicht einmal ansatzweise in Betracht kommen.

Zum Abschluß sei bemerkt: Der zwiespältige Eindruck, den die Dissertation *Langs* hinterläßt, wird noch durch einige Äußerlichkeiten verstärkt: Ob es im Zeitalter der Textverarbeitung wirklich erforderlich ist, ein Buch in zwei verschiedenen Drucktypen zu veröffentlichen, mag genauso fraglich sein, wie es ärgerlich ist, schon im Inhaltsverzeichnis mehrere grammatikalische Fehlleistungen wie »Verwirkung infolge mißbilligtem Verhaltens« lesen zu müssen.

Professor Dr. Dr. Uwe Scheffler, Potsdam