

Anmerkung

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

Der Beschluß des 1. Strafsenats des BGH stellt die erste mir bekannte Entscheidung dar, die einer Aufklärungsrüge dahingehend, verfahrensverzögernder Sachbehandlung sei nicht auf den Grund gegangen worden, stattgegeben hat. Freilich kommt diese Entwicklung nicht unerwartet. Ein erstes Wetterleuchten stellte schon ein unveröffentlichtes Urteil des 2. BGH-Senats vom 29. 1. 1992 dar¹, das diese Möglichkeit grundsätzlich anerkannte. Im Wortlaut:

»... Auch die Rüge, das Gericht habe pflichtwidrig die Aufklärung einer verfahrensverzögernden Sachbehandlung durch die Staatsanwaltschaft und die Erörterung in den Urteilsgründen unterlassen, hat keinen Erfolg.

Es trifft zwar zu, daß die Akten mit dem polizeilichen Ermittlungsergebnis, das später auch in der Hauptverhandlung festgestellt wurde, dem zuständigen Dezernenten bei der Staatsanwaltschaft bereits seit dem 9. 5. 1989 vorlagen, dieser aber erst am 27. 5. 1990 die Anklage gefertigt hat. Jedoch waren in den ersten Monaten dieses Zeitraums noch die kriminaltechnischen Untersuchungen darüber im Gange, ob die bei dem Angeklagten sichergestellte Waffe zu einer im Schußwaffenerkennungsdienst erfaßten Straftat verwendet worden sei. Das vom Bundeskriminalamt hierüber erstellte – negative – Gutachten ging bei der Staatsanwaltschaft am 27. 12. 1989 ein und wurde dem sachbearbeitenden Staatsanwalt am 3. 1. 1990 vorgelegt. Daß das Ergebnis dieser Untersuchung abgewartet wurde, kann – bei Berücksichtigung der Tatsache, daß sich der Angeklagte seit dem 30. 6. 1989 auf freiem Fuß befand – nicht beanstandet werden. Ein anderes Ergebnis hätte je nach Sachlage im Verfahren mitverwertet werden müssen.

Zu berücksichtigen ist weiter, daß der Angeklagte bereits am 25. 1. 1989 gegenüber der Kriminalpolizei seine bisherigen (die Täterschaft bestreitenden) Angaben als unzutreffend bezeichnet und eine schriftliche Klarstellung durch seinen Verteidiger angekündigt hatte. Eine solche Klarstellung ist nicht erfolgt, der Verteidiger hat lediglich im August 1989 die Akten erneut eingesehen. Daß den Angeklagten die Dauer des Ermittlungsverfahrens, während der er in Freiheit war und seine Gastwirtschaft weiter betreiben konnte, in besonderem Maße psychisch belastet hätte, hat er weder damals zu erkennen gegeben, noch im Revisionsverfahren vorgetragen.

Unter den gegebenen Umständen war die Sachbehandlung durch die Staatsanwaltschaft kein den Angeklagten maßgeblich entlastender Umstand, der in den Urteilsgründen erörtert werden mußte.«

Zu erwarten war eine solche Entscheidung vor allem aber deshalb, weil sich die nunmehr vom BGH anerkannten prozessualen Konsequenzen zwingend aus seiner in den letzten Jahren verdeutlichten Rechtsprechung zur überlangen Verfahrensdauer ergeben, wonach Verfahrensverzögerungen – also »justizinterne Saumseligkeiten«² – selbständig strafmildernd zu berücksichtigen seien.

Es soll hier nicht noch einmal wiederholt werden, was ich an anderer Stelle dogmatisch der Berücksichtigung von Verfahrensverzögerungen in der Strafzumessung an Bedenken entgegengebracht habe³; mir erscheinen Verzögerungen ein strafzumessungsirrelevanter Gesichtspunkt zu sein, der weder mit Schuld noch mit Prävention in Verbindung gebracht werden kann. Meiner Ansicht nach können in der Strafzumessung nur die (regelmäßigen, aber nicht notwendigen) »Begleiterscheinungen« berücksichtigt werden, die auch in den beiden erwähnten BGH-Entscheidungen angesprochen worden sind: die Tatferne und – vor allem – die Verfahrensbelastungen. Strafzumessungsrelevant ist nicht das Handlungsunrecht der Verzögerungen durch den Amtsträger, sondern der Erfolgswert der Belastungen für den Beschuldigten. Die sind aber davon unabhängig, ob die Verfahrensdauer darauf zurückzuführen ist, daß etwa ein Zeuge langwierig im Ausland geladen werden muß, oder ob seine

verspätete Ladung auf der Saumseligkeit eines Amtsträgers fußt. Dessen Sanktionierung ist eine disziplinar- oder strafrechtliche Frage, die nichts mit der Rechtsfolgenentscheidung im laufenden Verfahren zu tun hat.

1. Die beiden angesprochenen Entscheidungen geben vor allem Anlaß, darüber hinaus pragmatische Bedenken zu formulieren, die sich bei genauerer Betrachtung der Sach- und Rechtslage ergeben:

Auszugehen ist hierbei davon, daß die Feststellung von Verfahrensverzögerungen kein »simples Rechenexempel« ist, indem man einfach die notwendige von der tatsächlichen Verfahrensdauer subtrahiert⁴. Dies liegt weniger daran, daß in vielen Fällen langer Verfahrensdauer über deren Einordnung als Verfahrensverzögerung gestritten werden kann: Beispiele wären hier die auch vom 1. Senat angesprochene Überlastung von Strafverfolgungsbehörden, Versäumnisse sonstiger staatlicher Stellen (wie im Fall des 1. Senats – vgl. aber § 161 a I S. 2 i. V.m. §§ 73 I S. 2, 77 II StPO – seitens der Steuerbehörde) oder das »Mitverschulden« des Beschuldigten (siehe im Urteil des 2. Senats die Ankündigung eines nicht erfolgten – aber lange von der Staatsanwaltschaft abgewarteten? – Schriftsatzes)⁵. Solche Fragen dürften sich, etwa unter Hinzuziehung der Rechtsprechung zu §§ 121, 275 StPO, durchaus klären lassen.

Gewichtiger ist dagegen, daß eine »strenge Mathematisierbarkeit«⁶ daran scheitert, daß den Strafverfolgungsbehörden ein Entschließungszeitraum nicht nur hinsichtlich der Förderung des einzelnen Falles zuzubilligen ist – einen Anspruch auf das theoretisch schnellstmögliche Verfahren gibt es ohnehin nicht⁷ –, sondern zudem noch die parallele Bearbeitung verschiedener Sachen in Rechnung gestellt werden muß. Die Problematik wird ganz deutlich, wenn man bedenkt, daß etwa Haft- und Rechtsmittelsachen als Eilsachen gelten (Nr. 5 IV, Nr. 153 RiStBV). Verwaltungsrechtlich gesprochen bedeutet das: Den Strafverfolgungsbehörden ist hinsichtlich der Einschätzung des Zeitpunkts ihrer Initiative ein Beurteilungsspielraum gegeben⁸, bezüglich der Art ihres Handelns haben sie Ermessen⁹.

Hieraus folgt nun zunächst, daß bei Verfahrensverzögerungen die Sachrüge (auf die der 1. Strafsenat neben der Aufklärungsrüge hinweist) vielfach nicht greifen wird: Denn im Rahmen der Sachrüge kann das Revisionsgericht die Urteilsfeststellungen lediglich an offenkundigen Tatsachen messen¹⁰. Da aus den Verfahrensakten zumeist nicht Genügendes zum Prozeßverlauf zu ersehen sein dürfte, um daraus auf verzögerte, nicht sachgerechte Verfahrensweise zu schließen, bleibt hier Raum für aufklärungsbedürftige Tatsachen. Beispielsweise: Wird eine Hauptverhandlung erst lange nach der Eröffnung des Hauptverfahrens anberaumt, ist nicht nur die vorrangige Bearbeitung von Haftsachen als Grund denkbar, sondern es kann sogar sein, daß sich der Richter die ganze Zeit die Sache »durch den Kopf gehen« ließ¹¹, um durch sorgfältige Arbeitsweise Verfahrensdauer etwa als Folge von Aussetzung oder Rechtsmitteleinlegung zu vermeiden¹².

1 BGH, Urt. v. 29. 1. 1992 – 2 StR 427/91.

2 Schünemann, Verh. 58. DJT, S. B 31.

3 Näher Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, insbes. S. 201 ff.; JZ 1992, 134 ff.

4 So aber I. Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1988, S. 166, 260.

5 Näher Scheffler, a.a.O., S. 115 f., 241 ff.

6 Kühne, EuGRZ 1983, 383.

7 I. Roxin, a.a.O., S. 175 f.; Priebe, FS v. Simson, 1983, S. 303.

8 Vgl. LG Köln, NStZ 1989, 442 (443).

9 Vgl. Kloepfer, JZ 1979, 213.

10 BGHSt 4, 76 (77); RG, JW 1932, 420; KG, JR 1960, 73; OLG Braunschweig, NJW 1947/48, 353.

11 Vormbaum, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 435; siehe auch J. Blomeyer, NJW 1977, 560.

12 Siehe Gollwitzer, FS Kleinknecht, 1985, S. 153; Bender/Heisler, ZRP 1978, 30; Helmken, ZRP 1978, 134.

Demzufolge wird häufig nur eine Aufklärungsrüge helfen können. Der Revisionsführer muß also vortragen, daß ein bestimmtes Strafverfolgungsorgan in einem bestimmten Verfahrensabschnitt in näher zu bezeichnender Weise verzögert hat und daß die Berücksichtigung dieses Umstandes zu einer mildernden Bestrafung geführt hätte. Anders als auf die Sachrüge¹³ kommt hier nur die Zurückverweisung an das Tatgericht gem. § 354 II StPO in Betracht – mit der auch vom *1. Strafsenat* in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung betonten Folge, daß die Prüfung, ob Verfahrensverzögerungen vorliegen, gerade solche strafmildernd zu berücksichtigenden Verzögerungen hervorruft. Ein merkwürdiger Ablauf: Selbst wenn die Rüge letztendlich unbegründet ist, führt sie zum Erfolg milderer Bestrafung.

Regelmäßig wird auf die Aufklärungsrüge hin nun die Staatsanwaltschaft im Rahmen der Revisionsgegenerklärung eine dienstliche Äußerung des vermeintlich verzögernden Amtsträgers herbeiführen (vgl. Nr. 162 II RiStBV). Dies verdeutlicht die sich aus der neuen Rechtsprechung ergebenden, bisher wenig bedachten Konsequenzen.

Vorweg sei hierzu auf ein Kuriosum hingewiesen: Da nach herrschender Ansicht Verfahrensverzögerungen sehr schnell in den Bereich des Tatbestandes der Strafvereitelung im Amt, § 258 a StGB, fallen¹⁴, könnte der Amtsträger zumeist die dienstliche Äußerung gem. § 55 StPO (teilweise) verweigern: Die §§ 52 ff. StPO finden Anwendung, weil die Abgabe dienstlicher Äußerungen nicht nur Dienstpflicht, sondern auch allgemeine Zeugenpflicht ist¹⁵. Freilich: Ein solch spektakuläres Verhalten dürfte – schon wegen der justizinternen Rückwirkung – kaum einmal vorkommen¹⁶. Der Dienstaufsicht sind solche dienstlichen Äußerungen übrigens grundsätzlich entzogen, weil ihr Inhalt wie auch ihre Abgabe zum Kernbereich richterlicher Tätigkeit zählt¹⁷.

Gewichtige Auswirkungen gehen von den dienstlichen Äußerungen vor allem aber dann aus, wenn es um richterliche Verzögerungen geht, die auch im Fall des *1. Strafsenats* eine Rolle spielten: Dienstliche Äußerungen des Richters, in denen er detailliert darzulegen hat, warum er die eine oder andere Maßnahme zu einem bestimmten Zeitpunkt (nicht) vorgenommen hat, tangieren zwar noch nicht Art. 97 GG. Nicht vor bloßer Offenbarung, sondern vor Beeinflussung richterlicher Tätigkeit wird geschützt. Dennoch: Im Revisionsverfahren gäbe es plötzlich den »gläsernen (Tat-)Richter«.

Die vom Richter hier verlangten Erklärungen hätten auch eine andere Qualität als diejenigen, die ansonsten von ihm zu (verzögerlicher) Verfahrensweise abzugeben sind: Im Rahmen der überzogenen Urteilsabsetzungsfrist (§ 275 StPO, siehe dazu Nr. 141 III RiStBV) geht es lediglich um die Frage, ob ein »nicht voraussehbarer unabwendbarer Umstand« an der Fristeinhaltung gehindert hat. Die Sechsmonatsvorlage im Untersuchungshaftrecht (§ 121 f. StPO) betrifft nur die Darlegung eines »wichtigen Grundes«. In beiden Fällen geht es also nicht um die Offenbarung der Motivation jeglichen richterlichen (Nicht-)Handelns. Schließlich muß auch im Rahmen einer Befangenheitsablehnung (infolge von Verzögerung) der abgelehnte Richter gem. § 26 III StPO sich nur zu Behauptungen erklären, er habe Verzögerungen vorgenommen, die als »massiver Verstoß« den »Anschein der Willkür erweckt« hätten: Denn Rechtsfehler minderer Qualität sind im Befangenheitsrecht ohnehin in der Regel bedeutungslos¹⁸. Liegt aber ein solcher Extremfall vor, ist der Richter nach herrschender Ansicht ohnehin nicht geschützt: Bei »offensichtlichen Fehlgriffen« sollen im Kernbereich richterlicher Tätigkeit dienstaufsichtsrechtliche Maßnahmen gem. § 26 II DRiG zulässig sein¹⁹.

Sind aber Verzögerungen ganz allgemein strafzumessungsrelevant, so bedeutet dies, daß der Richter darüber hinaus de facto detailliert darlegungspflichtig hinsichtlich seines Handelns im Kernbereich richterlicher Tätigkeit wäre: Er hätte

etwa anzugeben, warum er ein Hauptverfahren nicht früher eröffnet hat, wieso er zuerst in einer anderen Sache Termin anberaumt hat, warum eine Aussetzung nicht zu verhindern gewesen ist. Der Richter hätte sich auch gegen den Verdacht »verdeckter« Verzögerungen durch überflüssiges Tun (»Schiebeverfügungen«, »Übermaß-Aufklärung«) zu behaupten²⁰. Kurzum: Im Revisionsverfahren müßte sich der Richter gegen die »Anklage« des Verurteilten verteidigen – eine Konstellation, die bisher auf Ausnahmen wie etwa den »schlafenden Richter« beschränkt ist²¹.

Nun ist, dies sei nochmals unterstrichen, ein solches Verfahren vereinbar mit Art. 97 GG. Betont man etwa öffentliche Kritik und Kontrolle als »Korrelat der richterlichen Unabhängigkeit«²², kann man der Motivforschung durchaus Positives abgewinnen. Jedenfalls: Sofern die Rechtsprechung Verfahrensverzögerungen für strafzumessungsrelevant hält, kann gerade in Großverfahren ihre Nichtberücksichtigung erfolgsversprechend mit der Revision gerügt werden. Als Nebeneffekt sind Einblicke in den Kernbereich richterlicher Tätigkeit ebenso zu erwarten wie die Kenntnisnahme von Details in der Arbeitsweise der Staatsanwaltschaft. Die Revisionsgerichte werden sodann Akten und dienstliche Erklärungen würdigen und »Zensuren« vergeben.

Daß dieses hier entworfene Szenarium nicht realitätsfern ist, läßt sich noch deutlicher als mit den beiden hier angesprochenen *BGH*-Entscheidungen durch einen in einer ungewöhnlichen Konstellation ergangenen unveröffentlichten Beschluß des *LG Bad Kreuznach* belegen, das die Eröffnung eines Hauptverfahrens u. a. wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 I EMRK ablehnte und die Tätigkeit des (früheren) Kammervorsitzenden wie folgt würdigte und sodann als »unerträglich« wertete:²³

»Im vorliegenden Fall waren weder die Komplexität der Angelegenheit – es liegt angesichts des Aktenumfangs kein wirkliches »Großverfahren« vor – noch das Verhalten der Angeschuldigten ursächlich für die ... eingetretene Verzögerung der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens. Das Verfahren hat vielmehr rund eineinhalb Jahre lang bei Gericht »geruht«. Das geht aus dem Aktenvermerk des damaligen Vorsitzenden hervor, daß das Verfahren wegen Überlastung der Kammer nicht betrieben werden könne. Eine Überlastungsanzeige hat er jedoch nicht an das Präsidium des Landgerichts gerichtet. Der Vermerk des damaligen Vorsitzenden vom 29. 11. 1991: »Die Sache liegt nach Berichterstatwechsel dem neuen Berichterstat vor. Im Hinblick auf die Belastung durch das Verfahren Dr. R., und das laufende Verfahren D. und Bearbeitung von Haftsachen wird in nächster Zeit (voraussichtlich 3 Mon.) keine Entscheidung ergehen«, war kein prozeßordnungsgemäßer Rechtfertigungsgrund für das weitere Ruhen des dann bereits fast ein Jahr lang anhängig gewesenen Verfahrens. Er ist zudem sachlich unrichtig, denn das in erster Linie zur Begründung der Überlastung »der Kammer« herangezogene »Verfahren Dr. R.« war zu diesem Zeitpunkt bereits seit dreieinhalb Wochen durch sofort rechtskräftig gewordenen Urteil vom 4. November 1991 abgeschlossen gewesen. Als Nachwirkung dieses Verfahrens lag keine Überlastung »der Kammer«, sondern lediglich eine solche

13 Näher *Scheffler*, a.a.O., S. 257 f.; *NSz* 1992, 79 f.

14 Näher *Scheffler*, a.a.O., S. 91 ff.; *StV* 1992, 300.

15 Siehe *W. Schmid*, *SchlHA* 1981, 2.

16 So auch *W. Schmid*, *SchlHA* 1981, 2.

17 *BGHZ* 70, 77; *DRiZ* 1974, 130 (131); *Kissel*, *GVG*, § 1 Rdnr. 73; *W. Schmid*, *SchlHA* 1981, 4.

18 Näher *Scheffler*, a.a.O., S. 78 f. m.w.N.

19 *BGHZ* 46, 147 (150); 47, 275 (287); 67, 184 (187 f.); 70, 1 (4); 90, 41 (46); 100, 271 (276); *Schmidt-Räntsch/Schmidt-Räntsch*, *DRiG*, 4. Aufl., § 26 Rdnr. 23; *Kleinknecht/Meyer*, 36. Aufl., § 26 *DRiG* Rdnr. 1; kritisch *Eb. Schmidt*, *Lehrkomm. I*, Rdnr. 531.

20 Näher *Scheffler*, a.a.O., S. 112 f.; *J. Blomeyer*, *NJW* 1977, S. 557 ff.; *Vormbaum*, a.a.O., S. 435.

21 Ähnlich *W. Schmid*, *SchlHA* 1981, 2.

22 *Wassermann* in *AK-GG*, 2. Aufl., Art. 97 Rdnr. 86.

23 *LG Bad Kreuznach*, *Beschl. v. 22. 6. 1992* – 105 Js (Wi) 21.411/88 KLS – S. 11 f. Für die Mitteilung dieses Beschlusses habe ich Herrn Richter Dr. Eschelbach, *LG Bad Kreuznach*, zu danken.

des Berichterstatters vor, der noch das (nach § 267 Abs. 4 StPO abgekürzte, gleichwohl aber umfangreiche) Urteil abzusetzen hatte. Dieser aber war vom Vorsitzenden – freilich erst ein Jahr nach Beginn der Anhängigkeit des vorliegenden Verfahrens – durch den »Berichterstatterwechsel« in der vorliegenden Sache entlastet worden. Worin die Überlastung des Vorsitzenden der Kammer zu jenem Zeitpunkt gelegen hat, geht aus dem Vermerk nicht hervor. Die angeblich noch vorrangig zu bearbeitenden Haftsachen sind in dem Aktenvermerk nicht benannt worden. Das »Verfahren D.« war im Hinblick auf den Aktenumfang kein »Großverfahren« im engeren Sinne. Es ist inzwischen ebenfalls längst abgeschlossen. Auch danach ist das vorliegende Verfahren aber zunächst nicht gefördert worden . . .«

2. Solange die Rechtsprechung Verzögerungen als strafzumessungsrelevant anerkennt, sei für die Revisionsbegründung auf folgendes hingewiesen: Bei der (verzögernden) Verfahrensweise durch das erkennende Gericht handelt es sich für dieses in aller Regel um eine gerichtsbekannte Tatsache. Eine Aufklärungsrüge dahingehend, das Gericht hätte seine eigenen Verzögerungen aufklären müssen, wäre also nicht präzise. Richtigerweise kann dem Gericht nicht vorgeworfen werden, eine diesbezügliche Beweisaufnahme unterlassen zu haben, sondern nur, die gerichtsbekannteten Tatsachen nicht zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht zu haben²⁴. Denn nach ganz herrschender Ansicht sind gerichtsbekanntete Tatsachen zwar »nicht beweisbedürftig, jedoch verhandlungspflichtig«²⁵.

Das bedeutet für die Revision: Wird im tatrichterlichen Urteil etwa ein »Lippenbekenntnis« dahingehend abgegeben, Verzögerungen seien in der Strafzumessung berücksichtigt worden, könnte sowohl aus § 261 StPO gerügt werden, die gerichtskundigen Tatsachen seien nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung gemacht worden²⁶, als auch eine Verletzung rechtlichen Gehörs geltend gemacht werden²⁷. Ist dagegen wie im Fall des *I. Senats* auch im Urteil nichts zu den richterlichen Verfahrensverzögerungen in der Strafzumessung ausgeführt, müßte die Aufklärungsrüge mit der Begründung erhoben werden, Gerichtskundiges sei nicht zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht worden²⁸. Die »normale« Aufklärungsrüge bliebe Verzögerungen vorbehalten, die nicht dem Tatgericht vorgeworfen werden.

Sollten, was aus rechtstatsächlichen Gründen möglich erscheint, diese Rügen in Zukunft zum Standardrepertoire des Revisionsanwalts gehören, darf man gespannt sein, wie Tat- und vor allem Revisionsgerichte reagieren werden. Dogmatische Hindernisse stehen einer Änderung der Rechtsprechung zur überlangen Verfahrensdauer – weg von den Verzögerungen, hin zu den Belastungen – jedenfalls nicht entgegen.