

## U r t e i l s b e s p r e c h u n g

### Kompensation überlanger Verfahrensdauer

**Ist der Abschluss eines Strafverfahrens rechtsstaatswidrig derart verzögert worden, dass dies bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unter näherer Bestimmung des Ausmaßes berücksichtigt werden muss, so ist anstelle der bisher gewährten Strafmilderung in der Urteilsformel auszusprechen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt (amtlicher Leitsatz).**

EMRK Art. 6 Abs. 1 S. 1

BGH (Großer Senat), Beschl. v. 17.1.2008 – GSt 1/07 (Landgericht Oldenburg)

### I. Entscheidungshintergrund

Gegenstand der Entscheidung des *Großen Senats* des BGH ist die Frage, auf welche Weise sog. rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen im darauf folgenden Strafurteil zu berücksichtigen sind. Bekanntlich gewährt Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK dem Angeklagten (und Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK dem Festgenommenen) ein Anrecht auf Verhandlung und Aburteilung „innerhalb angemessener Frist“. Als noch „angemessen“ gelten in diesem Zusammenhang auch Handhabungen, die das Verfahren zwar nicht optimal fördern, aber immerhin normaler Alltagspraxis entsprechen.<sup>1</sup> Bei Überschreitungen des der Tat noch „Angemessenen“ spricht man kurz von „rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen“. Der in der EMRK ausdrücklich normierte Beschleunigungsgrundsatz findet im positiven deutschen Strafprozessrecht zwar keine Entsprechung, folgt aber gleichwohl aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>2</sup>

Eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung kann der von ihr betroffene Angeklagte gemäß Art. 13 EMRK zunächst bei den nationalen Gerichten geltend machen („wirksame Beschwerde [...] erheben“). Dabei ist „Beschwerde“ nicht im Sinne eines förmlichen Rechtsbehelfes zu verstehen, sondern umfasst die Möglichkeit, im Rahmen desselben Verfahrens auf eine angemessene Kompensation zu dringen.<sup>3</sup> So hatte auch die deutsche Rechtsprechung bislang als Reaktion auf eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung die an sich verwirkte Strafe überobligatorisch gemildert, zumal die StPO eine Untätigkeitsbeschwerde an dieser Stelle nicht vorsieht.<sup>4</sup> Um die „Wirksamkeit“ der „Beschwerde“ zu ver-

deutlichen, waren sowohl Grund als auch exaktes Ausmaß der erfolgten Herabsetzung der Strafe kenntlich zu machen.<sup>5</sup> Sollte eine Strafmilderung zur Kompensierung der Rechtsverletzungen nicht genügen (oder sie gar ausbleiben), stünde es dem Betroffenen weiterhin frei, gemäß Art. 34 EMRK Individualbeschwerde zum EGMR zu erheben, der als (weitere) Entschädigung gemäß Art. 41 EMRK auf eine finanzielle Leistung des Vertragsstaates an den Beschwerdeführer erkennen kann.<sup>6</sup> Die strafmildernde Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung im Rahmen der Strafzumessung hatte vor diesem Hintergrund insbesondere die Funktion, den Betroffenen schadlos zu stellen und so eine Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR zu vermeiden.<sup>7</sup>

In einer in ihrer Bedeutung weit reichenden Grundsatzentscheidung hat nun der *Große Senat* des BGH, einem entsprechenden Vorlagebeschluss des *3. Strafsenats* folgend,<sup>8</sup> die bisherige Rspr. zur justiziellen Verarbeitung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen aufgegeben.<sup>9</sup> Anstelle einer Reduzierung der im Urteilstenor auszusprechenden Strafe („Strafzumessungslösung“) soll der Angeklagte künftig unbeschadet der Verzögerung wieder zu der schuldangemessenen und präventiv benötigten Strafe verurteilt werden. Von dieser Strafe aber soll ein der Verzögerung adäquater Teil als bereits vollstreckt gelten und diese Folge ebenfalls im Urteil ausgesprochen werden („Vollstreckungslösung“). Zum besseren Verständnis sei dies anhand des zur Entscheidung führenden Sachverhalts erläutert: In einem Verfahren wegen besonders schwerer Brandstiftung (§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB) und versuchten Betruges (§§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 StGB) war nach Anklageerhebung gut 19 Monate lang nichts geschehen, bevor es zur Verfahrenseröffnung (§ 203 StPO) kam. Diese Verzögerung erachtete die in erster Instanz erkennende Strafkammer, in deren Sphäre die Verzögerung offenbar entstanden war,<sup>10</sup> als eine unvermeidbare, rechtsstaatswidrige Verfahrensverschleppung, für welche der Angeklagte zu entschädigen sei (was bis hierhin auch weder vom vorliegenden *3. Strafsenat* noch vom *Großen Senat* beanstandet wurde). Für eigentlich schuldangemessen erachtete die Strafkammer

Heghmanns, in: ders./Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Rn. VI. 177 ff.

<sup>5</sup> BGH NJW 1999, 1198 (1199); NStZ-RR 2000, 343; NStZ 2003, 601; BGHR § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 11, 16; vgl. auch BVerfG NStZ 1997, 591; NJW 2003, 2225 (2227); 2003, 2897. Zuvor genügte bereits eine nicht explizit bezifferte Strafmilderung, vgl. BGHSt 24, 239.

<sup>6</sup> Vgl. EGMR EuGRZ 1983, 371 (Eckle).

<sup>7</sup> Krehl, StV 2006, 412; BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 Verfahrensverzögerung 3.

<sup>8</sup> BGH NJW 2007, 3294 mit Anm. Peglau = StV 2007, 523 mit Anm. I. Roxin, StV 2008, 14 = StraFo 2007, 469 mit Anm. Salditt, StraFo 2007, 513 = JR 2008, 31 mit Anm. K. Weber.

<sup>9</sup> BGH (GrS), Beschl. v. 17.1.2008 – GSt 1/07.

<sup>10</sup> Ob sie auch dafür verantwortlich war (oder ihre Überlastung bzw. fehlende Entlastung durch das Präsidium des Landgerichts), ist den Entscheidungen nicht zu entnehmen.

<sup>1</sup> Vgl. Gollwitzer, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Art. 6 EMRK Rn. 78; Paeffgen, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 35. Lieferung, Stand: Januar 2004, Art. 6 EMRK Rn. 116.

<sup>2</sup> BVerfGE 63, 45 (69).

<sup>3</sup> Gollwitzer (Fn. 1), Art. 13 EMRK Rn. 6d.

<sup>4</sup> Sie wird nur der Staatsanwaltschaft im Falle einer Untätigkeit des Gerichts im Zwischenverfahren zugebilligt, vgl.

Einzelfreiheitsstrafen von fünf Jahren für die Brandstiftung und von einem Jahr für den Betrugsversuch, aus denen sie normalerweise eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten gebildet hätte. Sie verhängte aber entsprechend der bisherigen Linie der Rspr. zum Ausgleich der rechtsstaatswidrigen Verzögerung reduzierte Einzelstrafen von drei Jahren und zehn Monaten (Brandstiftung) sowie von sechs Monaten (versuchter Betrug). Aus diesen Einzelstrafen bildete sie gemäß § 54 Abs. 1 S. 2 StGB eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren. Nach der jetzt vom *Großen Senat* beschlossenen Verfahrensweise müsste hingegen – unterstellt, das Maß der Kompensation wäre korrekt – die schuldangemessene Strafe verhängt und davon ein entsprechender Teil als bereits vollstreckt erklärt werden. Der Tenor des Urteils hätte also zu lauten: „Der Angeklagte wird wegen [...] zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Von dieser Strafe gelten ein Jahr und sechs Monate zur Entschädigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung als vollstreckt.“

## II. Die Begründung des *Großen Senats*

Zu diesem „Systemwechsel“<sup>11</sup> sah sich der *Große Senat* veranlasst, weil das bisherige Modell der Strafzumessungslösung zwar im Prinzip geeignet sei, Verfahrensverzögerungen zu kompensieren, aber in bestimmten Fallkonstellationen an die Grenzen des Strafzumessungsrechts stoße. Zudem vereinfache die Vollstreckungslösung die Rechtsanwendung und erhalte der (eigentlich) schuldangemessenen Strafhöhe ihre Funktion, Gradmesser für weitere, an die Sanktionsschwere anknüpfende Rechtsfolgen zu sein (z.B. die Strafaussetzung zur Bewährung, § 56 StGB, oder den Verlust der Amtsfähigkeit, § 45 StGB).<sup>12</sup>

Einen Konflikt mit dem Strafzumessungsrecht erblickte der *Große Senat* in der verfahrensgegenständlichen Konstellation, weil die Strafkammer die gesetzliche Mindeststrafe von § 306b Abs. 2 StGB unterschreiten musste, um zu einer ausreichenden Kompensation der Verfahrensverzögerung zu gelangen. Eine solche Strafraumenunterschreitung hält der *Große Senat* zwar prinzipiell für möglich,<sup>13</sup> solange keine Alternative existiert. Eine solche biete die Vollstreckungslösung aber,<sup>14</sup> indem sie den Rechtsgedanken des § 51 Abs. 1 StGB aufgreife,<sup>15</sup> der die Anrechnung im Verfahren erlittener U-Haft regelt. Ausführlich begründet der *Große Senat*, warum die Vollstreckungslösung den Vorgaben des EGMR zur Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen entspreche<sup>16</sup> und zu insgesamt sachgerechteren Resultaten führe,<sup>17</sup> um sodann die künftige Vorgehensweise der Tatge-

richte zu skizzieren.<sup>18</sup> Dabei übergeht er freilich im Weiteren, dass seine Entscheidung auf der erwähnten These aufbaut, eine Unterschreitung der Strafuntergrenzen (in analoger Anwendung von § 49 StGB) scheidet aus, sobald eine alternative Regelung herangezogen werden könne, er eine solche aber ebenfalls nur in Analogie zu § 51 Abs. 1 S. 1 StGB findet. So war bereits der vorlegende, ähnlich argumentierende *3. Strafsenat* gefragt worden, „warum dem Rechtsanwender die Analogie zu § 49 StGB nicht freistehen sollte, wohl aber eine solche zu § 51 Abs. 1 S. 1 StGB.“<sup>19</sup> Diese Frage lässt auch der *Große Senat* unbeantwortet.

## III. Kritik der Entscheidung

Im Kern ist die Vollstreckungslösung des *Großen Senats* dennoch zu begrüßen. Neben dem bereits angedeuteten Begründungsdefizit (dazu 1.) ist der Entscheidung allerdings vorzuwerfen, dass sie Strafzumessung und Strafkompensation noch strikter hätte trennen können (dazu 2.) und die Rolle der Verfahrenseinstellungen der neuen Lösung nicht anpasst (3.). Die Entscheidung hätte ihren Weg also noch konsequenter gehen sollen.

### 1. Das Problem der Analogie in der Entscheidungsbegründung

Trotz der insoweit offen gebliebenen Begründung ist dem *Großen Senat* im Ergebnis beizupflichten, wenn er die analoge Anwendung des § 51 StGB derjenigen des § 49 StGB vorzieht. Aus dem Gesetzlichkeitsprinzip, das der vorlegende *3. Strafsenat* noch in den Vordergrund gestellt hatte,<sup>20</sup> lässt sich indes nicht ableiten, dass eine analoge Anwendung von § 51 StGB vorrangig wäre. Tatsächlich genießen zwar die Entscheidungen des Gesetzgebers, welche Rechtsfolgen für schuldhaft-rechtswidrige Taten verhängt werden dürfen, vor dem Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG einen besonderen Respekt. Indes will das Gesetzlichkeitsprinzip in erster Linie den Angeklagten schützen und nicht seine Mindestbestrafung gewährleisten. Daher wird bekanntlich aus Art. 103 Abs. 2 GG auch nur ein Analogieverbot zu Lasten des Täters herausgelesen,<sup>21</sup> während Abweichungen zu seinen Gunsten durchaus akzeptabel sein mögen,<sup>22</sup> soweit sie rechtmethodisch begründbar erscheinen. Methodisch erweckt freilich die analoge Anwendung von § 49 StGB in der Tat größeres Unbehagen als diejenige von § 51 Abs. 1 S. 1 StGB. Denn wenn es um das Schadloshalten für Verfahrensbeeinträchtigungen geht, so regelt § 51 Abs. 1 StGB eine dem Problem näher verwandte Materie als § 49 StGB, der zudem nur die Folgen

<sup>11</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 16.

<sup>12</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 15 f.

<sup>13</sup> Wie z.B. bei der sog. Rechtsfolgenlösung zur schuldangemessenen Bestrafung von Morden bei Vorliegen außerordentlicher Milderungsgründe, vgl. BGH (GrS) St 30, 105.

<sup>14</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 30 f.

<sup>15</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 42.

<sup>16</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 32 ff.

<sup>17</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 44 ff.

<sup>18</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 54 ff.

<sup>19</sup> Peglau, NJW 2007, 3298 (3299); ähnlich I. Roxin, StV 2008, 15.

<sup>20</sup> BGH NJW 2007, 3294 (3295 f.).

<sup>21</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 2, 8; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 134 f.

<sup>22</sup> Roxin (Fn. 21), § 5 Rn. 44; Jescheck/Weigend (Fn. 21), S. 136.

einer erst anderweitig noch zu begründenden Strafrahmenschiebung beschreibt. Die von der Strafkammer bemühte Analogie wäre daher bei präziserer Betrachtung gar nicht als eine solche zu § 49 StGB, sondern als eine solche zu denjenigen Bestimmungen zu bezeichnen, die ihrerseits auf § 49 StGB verweisen, beispielsweise die §§ 17, 21, 23 Abs. 2, 3, 35, 46a Nr. 2, 129 Abs. 6 StGB. Die Strafmilderung nach § 49 StGB indes wird dort stets nur aus Gründen geringer Schuld oder reduziertem Präventionsbedürfnis zugelassen; sie dient nirgends zur Schadlosstellung oder zur Wiedergutmachung für Verfahrensbeeinträchtigungen, wonach hier gestrebt wird und wie sie § 51 Abs. 1 StGB anbietet. Wenn der *Große Senat* daher § 51 Abs. 1 StGB zur Lückenschließung heranzieht, so bedient er sich einer Regelung, die für eine näher verwandte Thematik konzipiert ist als die auf Schulddefizite bzw. reduzierte Präventionsbedürfnisse aufbauenden Vorschriften, die Strafrahmenschiebungen nach § 49 StGB legitimieren. Seine Entscheidung ist deswegen rechtsmethodisch besser zu begründen als die Strafzumessungslösung und insoweit im Ergebnis nicht zu beanstanden.

## 2. Vermischung von Strafzumessungs- und Vollstreckungslösung

Wenngleich die Vorgehensweise des *Großen Senats* folglich im Grundsatz Beifall verdient, bleibt ihm dennoch vorzuwerfen, in seinen weiteren Anweisungen für die künftige Handhabung verzögerter Verfahren die strikte Trennung zwischen Schadensausgleich für Verfahrensunbill und Strafzumessung wieder zu verwischen. Seine Vollstreckungslösung ist also keine reine, sondern sie enthält weiterhin Elemente der überkommenen Strafzumessungslösung. Denn nach wie vor sollen, so der *Große Senat* wörtlich, Verfahrensbelastungen „bei der Straffindung unabhängig davon zu berücksichtigen [sein], ob die Verfahrensdauer durch eine rechtsstaatswidrige Verzögerung mitbedingt ist. [...] Lediglich der hiermit zwar faktisch eng verschränkte, rechtlich jedoch gesondert zu bewertende und zu entschädigende Gesichtspunkt, dass eine überlange Verfahrensdauer (teilweise) auf einem konventions- und rechtsstaatswidrigen Verhalten der Strafverfolgungsbehörden beruht, wird aus dem Vorgang der Strafzumessung, dem er wesensfremd ist, herausgelöst und durch die bezifferte Anrechnung auf die im Sinne des § 46 StGB angemessene Strafe gesondert ausgeglichen.“<sup>23</sup> Verspricht das noch Stringenz, so enttäuschen die anschließenden Bemerkungen: „Der Tatrichter hat insofern in wertender Betrachtung zu entscheiden, ob und in welchem Umfang der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil sowie die besonderen Belastungen, denen der Angeklagte wegen der überlangen Verfahrensdauer ausgesetzt war, bei der Straffestsetzung in den Grenzen des gesetzlich eröffneten Strafrahmens mildernd zu berücksichtigen sind. [...] Hieran anschließend ist zu prüfen, ob vor diesem Hintergrund zur Kompensation die ausdrückliche Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung genügt.“<sup>24</sup> Ist dies nicht der Fall, „so hat das Gericht festzulegen, welcher bezifferte Teil der Strafe zur Kompensation der

Verzögerung als vollstreckt gilt.“ Bei dessen Bemessung „muss es stets im Auge behalten werden, wenn die Verfahrensdauer als solche sowie die hiermit verbundenen Belastungen des Angeklagten bereits mildernd in die Strafbemessung eingeflossen sind und es daher in diesem Punkt der Rechtsfolgenbestimmung nur noch um einen Ausgleich für die rechtsstaatswidrige Verursachung dieser Umstände geht.“<sup>25</sup> Die verlängerte Verfahrensdauer behält danach offenbar ihre Strafzumessungsrelevanz, soweit die jeweiligen Strafrahmenschiebungen es ermöglichen, sie strafmildernd zu berücksichtigen. Die Vollstreckungserklärung gleicht dann ausschließlich das „Handlungsunrecht“ der Strafverfolgungsbehörden aus, die Rechtsstaatswidrigkeit ihres Handelns, während die Wiedergutmachung des „Erfolgusunrechts“, also des durch die Verzögerung erlittenen Nachteils, Sache der Strafbemessung bliebe. Damit aber erweist sich das Konzept des *Großen Senats* als lediglich unvollständige Vollstreckungslösung, weil es weiterhin in Teilen auf eine Berücksichtigung bei der Strafzumessung setzt.

Die vorgenommene Differenzierung ist problematisch, weil sie verkennt, dass der Angeklagte infolge eines rechtsstaatswidrigen Verfolgungsverhaltens nur dann zum individualbeschwerdeberechtigten Verletzten im Sinne von Art. 34 EMRK wird, wenn er auch in seinen subjektiven Rechten wie Freiheit oder Eigentum eine Einbuße erlitten hatte. Niemand hat allein deshalb Anspruch auf Entschädigung, weil rechtsstaatswidrig mit ihm verfahren wurde, sondern weil er rechtsstaatswidrig zu lange inhaftiert war, zu lange den Makel des Angeklagtseins trug oder zu lange eine Hauptverhandlung über sich ergehen lassen musste. Beim Übelausgleich können deshalb die Art und Weise der Verursachung einer Rechtseinbuße und ihr Ausmaß nicht sinnvoll voneinander getrennt werden. Wie auch sollte man sinnvoll eine (in Zeiteinheiten zu bemessende) Kompensation zusprechen, während man zugleich den Blick vor den (zeitlichen) Folgen des staatlichen Fehlverhaltens verschließt? Nimmt man hingegen bei der quantitativen Bestimmung des Ausgleichs auch die Auswirkungen der rechtsstaatswidrigen Handhabung in den Blick, so droht nach der Lösung des *Großen Senats* eine diffuse Gemengelage von teilweiser Kompensation qua Strafmilderung und anschließender Restkompensation qua Vollstreckungsanrechnung. Es wäre daher wünschenswert gewesen, die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung komplett aus dem Strafzumessungsvorgang zu eliminieren und diesen strikt auf seine Funktion zurückzuführen, die ohne die jeweilige Verzögerung schuldangemessene(n) sowie nach Präventionserwägungen erforderliche(n) Strafe(n) zu finden.

Es kommt hinzu, dass eine Verfahrensverzögerung im Rahmen der Strafzumessung nicht unvermittelt als Strafzumessungsfaktor gelten kann, sondern sich differenzierte Präventionserwägungen hinter dem Befund verspäteter Aburteilung verbergen.<sup>26</sup> Denn nach § 46 StGB und der auf ihm

<sup>23</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 45.

<sup>24</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 55 f.

<sup>25</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 56.

<sup>26</sup> Das verkennt *Salditt*, StraFo 2007, 513, wenn er die Strafmilderung wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung undifferenziert dem Nachtatverhalten des Angeklagten oder einer geschehenen Wiedergutmachung gleichsetzt, nur

aufbauenden herrschenden Spielraumtheorie<sup>27</sup> bildet die Tatschuld die Grundlage der Strafzumessung. Sie bietet einen Rahmen, innerhalb dessen sodann spezial- und generalpräventive Erwägungen zur endgültigen Straffestlegung führen. Eine Verfahrensverzögerung ändert nun als solche nichts an der Tatschuld. Aber auch die Präventionsbedürfnisse werden durch eine verzögerte Aburteilung nicht zwangsläufig reduziert, wenngleich dies durchaus der Fall sein kann. Dies beruht darauf, dass die Verfahrensverzögerung bei genauer Betrachtung mehrere Aspekte berühren mag, die je für sich strafzumessungsrelevant sein können, aber nicht müssen:

In diesem Zusammenhang ist zunächst der wachsende Zeitabstand zwischen Tat und Bestrafung zu betrachten.<sup>28</sup> Zeitablauf kann das (Spezial- wie General-)Präventionsbedürfnis reduzieren. Weder erwartet die Öffentlichkeit lange Zeit nach einer Bagatelltat in unveränderter Weise eine formelle Sanktion, noch wäre eine solche zur Verhütung weiterer Straftaten des Betreffenden nützlich, im Gegenteil! Ein verzögertes Verfahren mag also durchaus zu einem präventiv (und damit für die Strafbemessung) relevanten Zeitabstand zur Tat führen.<sup>29</sup> Aber es muss dies keineswegs tun, sofern das Urteil aus präventiver Warte gleichwohl noch in vertretbarer zeitlicher Nähe zur Tat ergeht. Auch ist es keineswegs so, dass in jedem Fall das Präventionsbedürfnis lange Zeit nach Tatbegehung sinken müsste, weil darüber die Tatschwere, die Person des jeweiligen Angeklagten und ihre Strafempfindlichkeit und -bedürftigkeit mitentscheiden.

Ferner vermag die Verfahrensdauer das (Spezial-)Präventionsbedürfnis zu mindern. Denn falls der Angeklagte bereits den in ihrer Wirkung womöglich sanktionsähnlichen Belastungen eines verlängerten Verfahrens,<sup>30</sup> insbesondere einer Hauptverhandlung, ausgesetzt war („Freiheitsentzug durch Hauptverhandlung“<sup>31</sup>), so bedarf es zur Einwirkung auf ihn möglicherweise nur noch einer geringeren Übelzufügung.

Der Umstand *rechtsstaatswidriger* Verfahrensverlängerung hingegen bleibt als solcher präventiv irrelevant, weil die Verfahrensdauer unabhängig davon belastet, ob der Staat

oder beispielsweise die Schwierigkeit der Sachlage für sie verantwortlich zeichnen.<sup>32</sup>

Wer deshalb die Rechtsstaatswidrigkeit staatlichen Verfahrens mittels einer Vollstreckungsanrechnung kompensieren will, muss angesichts des beschriebenen Ineinandergreifens verschiedener Faktoren innerhalb des hochkomplexen Strafzumessungsvorgangs das rechtsstaatswidrige Vorgehen und sämtliche dadurch entstandenen Folgen gedanklich komplett aus der Strafzumessung lösen. Daran anschließend kann die Strafe so bemessen werden, wie sie (fiktiv) zu verhängen gewesen wäre, wäre das Verfahren ordnungsgemäß verlaufen und folglich früher sowie ohne unnötige Belastungen für den Angeklagten abgeschlossen worden. Mehrdauer und -belastungen infolge der Verfahrensverzögerung sowie die wegen des zusätzlichen Zeitablaufs reduzierten Präventionsbedürfnisse bestimmten dann allein das Maß des für vollstreckt zu Erklärenden. Sie schlugen nicht in letztlich undurchsichtiger Weise sowohl bei der Strafbemessung als auch bei der Anrechnung zu Buche, wie es nach dem Konzept des *Großen Senats* der Fall ist. Diese Trennung besäße zudem den Vorzug, einigermaßen klare Voraussetzungen für die Bestimmung des Anzurechnenden zu liefern. Im verfahrensgegenständlichen Fall beispielsweise hätte man ein unnötig erzwungenes, aber ansonsten ereignisloses Zuwarten des offenbar nicht inhaftierten Angeklagten von 19 Monaten zu bewerten gehabt. Diese Blickweise verdeutlicht zudem, dass eine Anrechnung von 18 Monaten, wie sie die Strafkammer im Ergebnis vorgenommen hatte, eine Überkompensation darstellt. „Etwa Besseres [...] kann einem Angeklagten kaum passieren.“<sup>33</sup> Solche Anrechnungen im Verhältnis nahe 1:1 mag man bei entsprechend verlängerter Hauptverhandlung oder im Falle einer Suspendierung des Angeklagten von seiner beruflichen Tätigkeit erwägen, nicht aber dort, wo man alleine die zu lange andauernde Ungewissheit über das weitere persönliche Schicksal zu entschädigen und das während dieser Zeit absinkende Präventionsbedürfnis zu berücksichtigen hat. Eine dem angemessene Entschädigung könnte in solchen Fallgestaltungen nur einen Bruchteil des zusätzlichen Zeitablaufes betragen.

### 3. Einstellung des Verfahrens zur Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen?

Außer bei der angesprochenen unsaubereren Trennung von Strafzumessung und Anrechnung erscheinen die Überlegungen des *Großen Senats* ferner hinsichtlich der künftigen Rolle von Verfahrenseinstellungen angreifbar. Denn nach wie vor sei in Fällen, „in denen das gebotene Maß der Kompensation die schuldangemessene (Einzel-)Strafe erreicht oder übersteigt, [...] – wie bisher – die Anwendung der §§ 59, 60 StGB oder die (teilweise) Einstellung des Verfahrens nach Opportunitätsgrundsätzen zu erwägen (§§ 153, 153a, 154, 154a

weil sie ebenso wie diese auf Geschehnissen nach abgeschlossener Tatbegehung beruht.

<sup>27</sup> BGHSt 7, 28 (32); 20, 264 (266 f.); eingehend Zipf, Die Strafzumessung, 1977; B.-D. Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2006, S. 148 ff.

<sup>28</sup> K. Weber, JR 2008, 36.

<sup>29</sup> BGHSt 29, 370 (372), dort allerdings noch im Hinblick auf „das Strafbedürfnis der Allgemeinheit“; offener bereits BGHSt 36, 363 (372); BGHR § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 11.

<sup>30</sup> M. Walter, in: H.-J. Hirsch (Hrsg.), Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986, 1987, S. 184; I. Roxin, StV 2008, 17.

<sup>31</sup> Dencker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozeß, 1988, S. 123.

<sup>32</sup> Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 224.

<sup>33</sup> K. Weber, JR 2008, 36.

StPO)<sup>34</sup>. In Wahrheit fehlt nunmehr eine Notwendigkeit, diese prozessualen Notbehelfe zur Verzögerungskompensation<sup>35</sup> zusätzlich zu nutzen. Wenn beispielsweise unter Ausblendung der Verfahrensverzögerung eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren angemessen gewesen wäre und die angemessene Kompensationsentscheidung ebendiese zwei Jahre für vollstreckt erklärt, so leuchtet nicht mehr ein, inwiefern „die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre“ (§ 153 Abs. 1 StPO). Es ist schließlich der Vorzug der Vollstreckungslösung, Schuldfrage und Kompensation strikt voneinander zu trennen und nicht durch eine – in Wahrheit schuldunabhängige – Strafmilderung den unzutreffenden Eindruck zu erwecken, die Schuld des Täters sei so niedrig, wie es die Strafe nahe legt. Entsprechendes gilt für die §§ 59, 60 StGB: Auch sie müssen bereits unbeschadet der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung anwendbar sein; andernfalls werden sie es auch nicht durch ein überlanges Verfahren. Dem Angeklagten geschieht dadurch kein Unrecht, denn bei qua Anrechnung vollständiger Vollstreckung der ausgeurteilten Strafe wird er im Ergebnis alleine durch den – sachgerechten – Schuldspruch belastet; warum selbst auf ihn noch zu verzichten sein sollte, ist nicht einzusehen.

Eine Ausnahme ist freilich zu machen, die auch der *Große Senat* offen lässt, nämlich die Möglichkeit der Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses.<sup>36</sup> Diskutiert wird dies für Extremfälle, in denen unabhängig von der Tatschuld die Rechtsstaatswidrigkeit des bisherigen Prozessierens so eklatant erscheint, dass selbst eine Verfahrensfortsetzung rechtsstaatswidrig und menschenunwürdig wäre.<sup>37</sup> Weil Schuld- und Strafhöhe mit der Frage eines von Verfassungs wegen bestehenden Verfahrenshindernisses nichts zu tun haben, steht die Vollstreckungslösung einer Verfahrensbeendigung qua Einstellung (§§ 206a, 260 Abs. 3 StPO) nicht entgegen.<sup>38</sup> Es ist allerdings zu betonen, dass bislang operationalisierbare Kriterien dazu fehlen, wann eine „normale“ rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung in eine verfahrenshindernde umschlägt.

#### IV. Auswirkungen und Ausblick

Was bedeutet nun die Anwendung der Vollstreckungslösung für die künftige justizielle Verarbeitung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen und für den Angeklagten? Im Unterschied zur bisherigen Strafzumessungslösung lässt sie schon im Urteilstenor den Schuldumfang deutlicher werden; die nach bisheriger Handhabung auf Grund der bloßen Lektüre des Bundeszentralregisterauszuges unter Umständen nahe

liegende Fehleinschätzung, die Verurteilung sei wegen einer Tat von geringerem Gewicht erfolgt, wird vermieden. Zudem wird der Strafzumessungsvorgang vereinfacht, denn es entfällt die bei Serientaten mühsame Reduktion jeder Einzelstrafe unter Angabe des an sich für sie Schuldangemessenen.<sup>39</sup> Die Schadlosstellung des Angeklagten erfolgt nur noch ein einziges Mal im Anschluss an den bis zu Gesamtstrafenbildung hin abgeschlossenen Strafzumessungsvorgang. Im entscheidungsgegenständlichen Fall brauchen also die beiden Einzelstrafen nicht mehr je für sich betrachtet zu werden. Vielmehr ist allein die Gesamtstrafe von fünf Jahren sechs Monaten der Ausgangspunkt der Frage, wieviel von ihr als vollstreckt zu gelten hat.

Mit dem Ausspruch der schuldangemessenen anstelle einer aus Entschädigungsgründen reduzierten Strafe sind für den Angeklagten freilich gravierende Veränderungen verbunden. Zunächst bleibt die Kürzung der real zu verbüßenden Strafzeit nur vordergründig dieselbe: Sicherlich hätte der Verurteilte im verfahrensgegenständlichen Fall bei Vollverbüßung nach alter wie neuer Behandlung jeweils vier Jahre abzusitzen. Nähme man indes einmal an, er könnte nach  $\frac{2}{3}$  seiner Strafzeit in den Genuss einer Reststrafenaussetzung gemäß § 57 Abs. 1 StGB gelangen, so erfolgte nach alter Rspr. diese Strafaussetzung nach Verbüßung nach 32 Monaten (=  $\frac{2}{3}$  von vier Jahren). Nach der Vollstreckungslösung steht sich der Verurteilte hingegen besser. Zwar errechnen sich die  $\frac{2}{3}$  auf der Basis von fünf Jahren und sechs Monaten und betragen demgemäß 44 Monate. Weil als vollstreckt geltende Strafteile aber gemäß § 57 Abs. 4 StGB auf die in § 57 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannte Mindestverbüßungszeit anzurechnen sind, wären die 18 Monate bereits in vollem Umfang von den 44 Monaten abzuziehen, weshalb schon nach 26 Monaten Strafzeit die weitere Vollstreckung ausgesetzt werden könnte. Der Verurteilte hätte also ein (weiteres) halbes Jahr „gespart“, was der *Große Senat* durchaus gesehen und als „systemgerechte Konsequenz des neuen Modells“ eingeordnet hat.<sup>40</sup> Dieser Vergünstigung stehen für den Verurteilten allerdings auch Nachteile entgegen, die sich infolge der höher tenorierten Strafe ergeben. Im Fall des *Großen Senats* etwa verlängert sich immerhin die Vollstreckungsverjährungsfrist von zehn auf zwanzig Jahre (§ 79 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 StGB). In anderen Fällen mögen etwa – um nur die wichtigsten zu nennen – die Grenzen einer Strafaussetzung in § 57 Abs. 2 StGB oder zum Verlust der Amtsfähigkeit von einem Jahr Freiheitsstrafe überschritten werden (§§ 45 StGB, 24 BRRG, 48 BBG, 24 DRiG).

Im Übrigen stellt sich selbstverständlich die Frage, ob die Vollstreckungslösung eine singuläre Erscheinung für Verstöße gegen das Beschleunigungsverbot bleibt oder ob sie nicht ein ebenso taugliches Instrument für andere kompensationspflichtige staatliche Verstöße gegen die EMRK bildet. Steht für Verstöße gegen Art. 5 EMRK, insbesondere die Pflicht zur beschleunigten Aburteilung von Haftsachen in Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK, ohnehin die finanzielle Entschädigung im

<sup>34</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 52. Ebenso K. Weber, JR 2008, 37.

<sup>35</sup> Vgl. zur Verfahrenseinstellung gemäß § 153 StPO im Hinblick auf eine Verfahrensverzögerung BGH NJW 1996, 2739.

<sup>36</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 52.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfG (Vorprüfungsausschuss) NJW 1984, 967; BVerfG NJW 1993, 3254 (3255); BGHSt 46, 159 (171 f.); kritisch hingegen Scheffler (Fn. 32), S. 155 ff., 274, der stets eine anderweitige Kompensation für durchführbar hält.

<sup>38</sup> Anders, indes ohne nähere Begründung, I. Roxin, StV 2008, 15.

<sup>39</sup> Siehe das in BGHR § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 19 wiedergegebene Beispiel.

<sup>40</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 50.

Vordergrund (Art. 5 Abs. 5 EMRK), so hat sich bei Verstößen gegen das in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK enthaltene Fairnessgebot in der Rspr. des BGH nach anfänglicher Tendenz zu einem Verfolgungshindernis<sup>41</sup> ebenfalls eine Rechtsfolgenlösung durchgesetzt. Dabei ging es regelmäßig um den Einsatz polizeilicher Lockspitzel, die sich nicht darauf beschränkt hatten, bereits verdächtige, vorbelastete Personen zu weiteren Straftaten zwecks Beweisbeschaffung anzustiften, sondern unvorbelastete, kaum oder gar nicht Verdächtige durch massive Beeinflussung dazu brachten, Straftaten zu begehen. Eine derartige Überschreitung der Grenzen polizeilichen Handelns stellt ebenfalls einen Konventionsverstoß dar und wird derzeit gleichermaßen durch eine explizit ausgewiesene Strafmilderung kompensiert,<sup>42</sup> weshalb sich die Überlegung aufdrängt, auch hier auf eine Vollstreckungslösung auszuweichen.

Solange man die Rechtsstaatswidrigkeit in dem Umstand der Provokation eines bis dahin *Unverdächtigen* erblickt,<sup>43</sup> entspräche die Situation strukturell tatsächlich derjenigen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung, weil in beiden Fällen die Tatschuld unberührt bleibt und präventive Erwägungen das Strafbedürfnis mindern. Dabei wären im Falle der Tatprovokation vornehmlich (positiv-)generalpräventive Aspekte berührt, nämlich die drohende Normverunsicherung der Allgemeinheit, wenn trotz (ungeahndeten) Fehlverhaltens staatlicher Stellen das private Fehlverhalten des Provozierten unnachsichtig bestraft würde. Grundsätzlich anders läge es indes, wenn (auch oder nur) das *Ausmaß* der Provokation die Rechtsstaatswidrigkeit begründet, beispielsweise bei nötigungsnahem Bedrängen des Anzustiftenden, dessen eigener Beitrag dadurch in den Hintergrund tritt.<sup>44</sup> In derartigen Konstellationen wäre unmittelbar die Tatschuld gemindert, weil die staatliche Einwirkung die inneren Hemmschwellen des Täters unterminiert und der ihn treffende Vorwurf, sich zur Tat entschlossen zu haben, dementsprechend weniger wiegt. Würde man auf solche Sachverhalte gleichwohl die Vollstreckungslösung anwenden, geriete man in Gefahr, mit der tenorierten Strafe unzulässig den Schuldrahmen zu überschreiten. Da beide Aspekte (Anstiftung eines Unverdächtigen, übermäßiges Bedrängen) in der Praxis offenbar häufiger zusammentreffen,<sup>45</sup> wäre für einen erheblichen Teil der Provokationsfälle die Vollstreckungslösung unanwendbar. Dies

spricht dafür, auf sämtliche Provokationsfälle aus Gründen der Klarheit weiterhin die Strafzumessungslösung anzuwenden.<sup>46</sup>

## V. Zusammenfassung

Der *Große Senat* hat mit seiner Vollstreckungslösung einen Schritt in die richtige Richtung getan. Die Instanzgerichte und *Strafsenate* sollten sie jedoch konsequenter anwenden, als dies der Beschluss nahelegt, und sämtliche Folgen der Verfahrensverzögerung ausschließlich zur Bemessung des als vollstreckt geltenden Teils der Strafe heranziehen und nicht bereits bei der Strafzumessung berücksichtigen. Eine Übertragung der Vollstreckungslösung auf andere konventionsrechtlich begründeten Kompensationsfälle scheidet aus.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

<sup>41</sup> BGH NJW 1981, 1626; NStZ 1982, 126; 1982, 156; 1984, 519 (520); zustimmend *Dencker*, in: Hanack u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebier zum fünfundsiebzigsten Geburtstag am 12. Juni 1982, S. 452 f.

<sup>42</sup> Vgl. BGHSt 45, 321; 47, 44; BGH NStZ 1995, 506.

<sup>43</sup> So BGHSt 45, 321 (337); BGHR § 46 Abs. 1 StGB V-Mann 6; *Theune*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 46 Rn. 257.

<sup>44</sup> BGH NJW 1981, 1626; NStZ 1982, 156.

<sup>45</sup> Vgl. BGHSt 32, 345 (sechs Monate lang wöchentliche Anrufe, Inaussichtstellen enormer Geldbeträge); BGHSt 45, 321 (mehrfaches Ansprechen); BGHR § 46 Abs. 1 StGB V-Mann 12 (Drohung mit „Arabern“).

<sup>46</sup> Ob eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation das staatliche Recht, ein Strafverfahren gegen den Provozierten zu führen, unberührt lässt, wie die neuere Rspr. annimmt, steht auf einem anderen Blatt.