

Systemwechsel ohne System

Eine Besprechung des Beschlusses des *Großen Senats* vom 17.1.2008*

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

„Die Kontinuität der Rechtsprechung, das auf ihr beruhende Vertrauen der Rechtsunterworfenen und der Rechtsanwender, die jeweilige Sache werde nach denselben Maßstäben entschieden, die bisher galten, ist ein eigener Wert. Dieser allgemeine Grundsatz wurzelt in dem Gedanken der Rechtssicherheit, die wesentliches Element der rechtsstaatlichen Praxis ist. Daraus ergibt sich freilich nicht, dass eine einmal höchstrichterlich entschiedene Rechtsfrage nicht mehr anders entschieden werden dürfte, weil sonst jede Rechtsentwicklung und Rechtsfortbildung behindert würde. Die Änderung einer ständigen Rechtsprechung setzt indessen voraus, dass schwer wiegende Gründe dafür sprechen. Solche Gründe hat etwa auch der Große Senat des BGH für Strafsachen in seiner Entscheidung zur fortgesetzten Handlung aufgeführt (BGHSt 40, 138 [145 ff.]).“

1. Strafsenat des BGH, Antwort auf den Anfragebeschluss des 4. Strafsenats zum Begriff der „Bande“ (NJW 2000, 2907 [2910]).

I. Großer Senat – große Rechtsprechung?

Entscheidungen des *Großen Senats* des BGH in Strafsachen sind immer etwas Besonderes. Schon weil pro Jahr kaum einmal mehr als eine ergeht, und wohl auch deshalb, weil das gewöhnliche Ritual der Anfragebeschlüsse, der Stellungnahmen der anderen *Senate* (die nicht einmal „offiziell“ bekannt gemacht werden müssen¹), dann der Vorlagebeschlüsse und schlussendlich des „Großen Beschlusses“ schon etwas hat. Da mag man vergessen, dass es manchmal zwar um hoch umstrittene, aber intellektuell doch vielleicht weniger erregende Fragen geht (wie die, ob eine Bande aus zwei oder drei Personen besteht²) – oder um höchst komplizierte akademische Probleme, zu denen es dann allerdings kaum gelingt, einen praktisch möglichen Fall zu bilden (etwa für einen Raub mit vorsätzlicher Todesfolge, der aber nicht ohnehin ein Habgiermord ist³).

Häufig geht die Diskussion schon lange vorher hoch her. Und die Scientific Community wartet gespannt auf ein klärendes Wort des Großen Plenums und wird so manches Mal enttäuscht, etwa, wenn der *Große Senat* irgendwie übertünchen muss, dass er sich zur Frage des vereinbarten Rechtsmittelverzichts überhaupt nicht einigen konnte.⁴

Nun also ein Novum: Es geht um eine vor allem in den 1980er Jahren strittig diskutierte Frage, zu der es in der BGH-Rechtsprechung aber seit vielen Jahren keine nennenswerten Meinungsunterschiede mehr gegeben hat und in der auch BVerfG, EGMR und Literatur immer näher zusammengedrückt waren, so dass eigentlich alle einen gemeinsamen „weitgehend unbestrittenen Ausgangspunkt“⁵ eingenommen hatten. Und genau hier ergeht plötzlich, fast aus heiterem Him-

mel, eine Entscheidung, die alles, aber wirklich alles, was in den letzten Jahrzehnten zu den Rechtsfolgen überlanger Verfahrensdauer judiziert und geschrieben worden ist, wie sonst nur berichtigende Worte des Gesetzgebers zu Makulatur werden lässt⁶ – fürwahr ein „Systemwechsel“, wie der *Große Senat* es selbst bezeichnet.

Wer nun aber mutmaßt, dann müsse wohl das wirkliche Leben dem BGH einen Fall präsentiert haben, der so besonders liegt, dass der Versuch seiner Lösung das ganze System ad absurdum führte, sieht sich ebenfalls getäuscht.⁷

Bleibt noch eines: Meine Einschätzung von 1992, wir würden im Bereich der Rechtsfolgen überlanger Verfahrensdauer weitgehend mit „Notbehelfen“ arbeiten,⁸ dürfte nach wie vor Geltung haben. Hat hier jetzt vielleicht irgendwer urplötzlich das Ei des Kolumbus gefunden? Erste Interpreten schon des Vorlagebeschlusses des 3. *Strafsenates* konnten sich, so scheint es mir, dieses Eindruckes nicht völlig erwehren. „Warum [ist] in jahrzehntelanger Beschäftigung mit der Thematik niemand [...] auf eine so einfache Lösung des Problems gekommen?“, fragte irritiert *Imme Roxin*,⁹ selbst ausgewiesene Kennerin der Problematik.

Es lohnt sich also, die juristische Argumentationsspur nicht erst beim *Großen Senat* (dessen Entscheidung auch letztlich nichts über den Vorlagebeschluss Hinausgehendes aussagt), aufzunehmen, sondern schon bei dem vorliegenden 3. *Strafsenat*:¹⁰ Denn dieser „handhabt das chirurgische Besteck des Richters so kunstfertig, dass der Betrachter die einzelnen Schnitte kaum nachvollziehen kann“, beschreibt *Salditt* in seiner Anmerkung.¹¹ Und: „Am Ende hat sich das materielle Strafrecht in wichtigen Teilen verändert.“

* BGH GSSt 1/07 mit Bespr.-Aufsatz *Gaede*, JR 2008, 37; *Kraatz*, JR 2008, 189; *Hegmanns*, ZJS 2008, 197; *Leipold*, NJW-Spezial 2008, 152; mit Anm. *Bußmann*, NJW 2008, 236; *Artkämper*, StRR 2008, 107; *Wybitul*, BB 2008, 721; *Winkler*, jurisPR-StrafR 8/2008 Anm. 1.

¹ Siehe *Hannich*, in: Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 5. Aufl. 2003, § 132 GVG Rn. 14.

² BGHSt 46, 321.

³ BGHSt 39, 100.

⁴ BGHSt 50, 40.

⁵ *Wohlers*, JR 2005, 187 (188).

⁶ Ähnlich *Winkler*, jurisPR-StrafR 8/2008 Anm. 1.

⁷ Ähnlich *Bußmann*, NJW 2008, 236.

⁸ *Scheffler*, NStZ 1992, 79 (80).

⁹ *I. Roxin*, StV 2008, 14 (15).

¹⁰ 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 = StRR 2007, 310 mit Anm. *Burhoff* = JR 2008, 31 mit Anm. *K. Weber*.

¹¹ *Salditt*, StraFo 2007, 513.

II. Das LG Oldenburg

Jedenfalls hatte es der 3. Senat mit einem Fall zu tun, bei dem niemandem, am wenigsten wohl dem aufgehobenen Landgericht, in den Sinn gekommen wäre, dass hier Rechtsgeschichte geschrieben werden würde:

Das LG Oldenburg hatte einen Angeklagten u.a.¹² der besonders schweren Brandstiftung (§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB) schuldig gesprochen und sah eigentlich die dort vorgesehene Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe als angemessen an. Weil das Verfahren aber in einer mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarenden Weise verzögert worden sei, müsse dem Angeklagten die verfassungsrechtlich gebotene Kompensation für die Verletzung des Beschleunigungsgebots gewährt werden. Da § 306b StGB keinen Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle vorsehe, sei jedoch ein Ausgleich für die Verfahrensverzögerung innerhalb des gesetzlich eröffneten Strafrahmens nicht möglich. Daher müsse eine Strafrahmenverschiebung in entsprechender Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB vorgenommen werden. Das Landgericht milderte demgemäß sodann den Strafrahmen des § 306b Abs. 2 StGB nach den Maßstäben des § 49 Abs. 1 Nr. 2 S. 1, Nr. 3 StGB und setzte statt der an sich verwirkten Freiheitsstrafe von fünf Jahren eine solche von drei Jahren und zehn Monaten fest.

Nun ist dieser Weg, über § 49 Abs. 1 StGB Strafmilderung zur Kompensation überlanger Verfahrensdauer auch in Konstellationen (zu) hoher Mindeststrafen zu bewirken, keine Erfindung des LG Oldenburg. Volker Krey regte schon in den 1980er Jahren unter dem Eindruck der „Türkenonkel-Entscheidung“ des Großen Strafsenats¹³ an, zu den dort kreierten „außergewöhnlichen Umständen“ auch Verstöße gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK zu zählen.¹⁴ Ich widmete dem Thema 1991 in meiner Habilitationsschrift mehrere Seiten und wies auf einige erste landgerichtliche Urteile¹⁵ hin, die sich dieser Auffassung näherten.¹⁶

III. Der 3. Strafsenat

Der 3. Strafsenat stellte sich in seinem Vorlagebeschluss jedoch so, als habe er von all dem noch nichts gehört. Er billigte dem LG gerade noch zu, dass es sich „zu Recht veranlasst gesehen [hatte], nach neuen Lösungswegen zu suchen [...], da Aussagen der obergerichtlichen Rechtsprechung zu

dieser besonderen Fallkonstellation bisher [...] fehlen“¹⁷. § 49 Abs. 1 StGB wischte der Senat beinahe wirsch beiseite; ihm fallen als dessen Befürworter gerade einmal noch „so wohl Krehl, StV 2006, 407 (412); ähnl. LG Bremen, StV 1998, 378“ ein¹⁸ (der Große Senat wird später auch nur zusätzlich eine weitere Arbeit von Krehl¹⁹ sowie Hoffmann-Holland, ZIS 2006, 539 nennen): Es „hat [...] in der bisherigen Rechtsprechung kein Senat des BGH die analoge Anwendung von § 49 I StGB je als zulässigen Weg zur Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen in Erwägung gezogen“.²⁰

Diese Verwerfung der Lückenfüllung begründet der 3. Senat letztlich nur mit einem kurzen Argument: Das LG „spricht sich [...] in der Sache für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift aus [...]. Die analoge Anwendung scheidet indes daran, dass es dem Rechtsanwender nicht frei steht, den gesetzlichen Katalog der Vorschriften, die eine Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB vorschreiben oder zulassen, nach seinen Vorstellungen durch Festlegung eines ungeschriebenen obligatorischen oder fakultativen Milderungsgrundes zu erweitern“²¹ – ein Satz, den man ansonsten häufiger von BGH-Kritikern seiner „aus der Luft gegriffenen“²² Rechtsfolgenlösung beim Mord hört.

Wer nun aber erwartet, dass der 3. Strafsenat ein methodisch einer solchen Analogie deutlich überlegenes Modell entwickelt, reibt sich bei der Vorstellung der neuen „Anrechnungs- oder Vollstreckungslösung“ nur irritiert die Augen: „Grundlage dieses Lösungsmodells ist eine entsprechende Anwendung des § 51 I 1 StGB. Diese Vorschrift beruht auf dem Grundgedanken, dass der Staat die besonderen Belastungen auszugleichen hat, die er dem Angeklagten im Strafverfahren dadurch auferlegt, dass er trotz der Unschuldsvermutung – wenn auch auf gesetzlicher Grundlage (etwa §§ 112, 112a StPO) – schon vor einer rechtskräftigen Verurteilung in dessen Grundrecht auf Freiheit der Person eingreift [...]. Dieser Rechtsgedanke ist auf den hier fraglichen Sachverhalt übertragbar, in dem besondere Belastungen des Strafverfahrens für den Angeklagten zu kompensieren sind, die der Staat ihm in anderer Form als durch Freiheitsentziehung vor Abschluss des Verfahrens nicht nur ohne gesetzliche Grundlage, sondern sogar in rechtsstaatswidriger Weise zufügt.“²³

Der 3. Senat behauptet also genauso kurz, wie er die Zulässigkeit der analogen Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB gerade verneint hat, nunmehr die entsprechende Anwendbarkeit von § 51 Abs. 1 S. 1 StGB,²⁴ obgleich er genaugenommen die Analogiefähigkeit der Sachverhalte, allerdings versteckt in einer Art Erst-Recht-Schluss („sogar“), selbst in

¹² Die gleichzeitige Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Betruges mag hier außer Betracht bleiben.

¹³ BGHSt 30, 105.

¹⁴ Krey, JA 1983, 638 Fn. 7; ders., Strafverfahrensrecht I, 1988, Rn. 126 Fn. 7.

¹⁵ LG Berlin StV 1991, 371 („Schmücker“) mit Bespr.-Aufsatz Scheffler, JZ 1992, 131; LG Köln („OPEC“) zit. n. Der Spiegel 13/1990, S. 105 (Die Kammer sehe sich auch im Falle der Verurteilung wegen Doppelmordes „im Wege der Rechtsfortbildung [...] nicht an einer Strafmilderung von Verfassung wegen gehindert“); vgl. zu diesem Verfahren auch NStZ 1989, 442.

¹⁶ Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 239 ff.

¹⁷ BGH NJW 2007, 3294 (Nr. 12).

¹⁸ BGH NJW 2007, 3294 (Nr. 15).

¹⁹ Krehl, ZIS 2006, 168 (178 f.).

²⁰ BGH NJW 2007, 3294 (Nr. 15).

²¹ BGH NJW 2007, 3294 (Nr. 15).

²² Mitsch, JZ 2008, 336 (340).

²³ BGH NJW 2007, 3294 (Nr. 23).

²⁴ Kritisch auch Peglau, NJW 2007, 3298 (3299); I. Roxin, StV 2008, 14 (15); Heghmanns, ZIS 2008, 197 (198).

Zweifel zieht: Untersuchungshaft ergeht gesetzmäßig – überlange Verfahrensdauer beruht für den BGH auf dem Gegenteil – auf rechtsstaatswidrigem Verhalten²⁵. Ich werde darauf noch zurückkommen.

Bis hier mag man jedoch gleichwohl schnell bereit sein, dem 3. Strafsenat zu folgen. Denn seine Lösung über § 51 StGB hat einen bedeutenden Vorteil: § 49 Abs. 1 StGB ermöglicht lediglich, wie der 3. Senat zu Recht formuliert, „Teillösungen“.²⁶ Bei Mord bliebe kein Weg, eine Freiheitsstrafe unter drei Jahren zu verhängen (vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB); auch bei – wie im Fall des OLG Oldenburg – Delikten mit einer Mindeststrafe von zehn oder fünf Jahren kann selbst bei extremer überlanger Verfahrensdauer in keinem Fall die Strafe auf ein Jahr „heruntergerechnet“ werden (vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB), so dass von ihr nie gem. § 60 StGB ganz abgesehen werden könnte.²⁷ Wollte man zur weiteren Lückenschließung dann zusätzlich irgendwie auch noch § 49 Abs. 2 StGB anwenden, wären die gesetzlichen Strafrahmen endgültig frei zur Disposition gestellt.²⁸

Nunmehr geht aber die Innovation des 3. Strafsenats erst richtig los: Er begnügt sich nicht damit, im Wege der Rechtsfortbildung eine Lücke statt mit § 49 StGB mit § 51 StGB geschlossen zu haben, sondern legt nach: „Jedoch führt der hier zu beurteilende Sachverhalt über diese Fragestellung hinaus und macht eine vertiefte Betrachtung des Problemkreises der Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen notwendig, die auch eine Prüfung der bisherigen Rechtsprechung erforderlich macht“²⁹: Damit es nicht „zu einer Kollision der unterschiedlichen Kompensationssysteme“ kommt, müsse auch dann, wenn „die im Wege der Kompensation herabgesetzte Strafe noch innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens gefunden werden kann [...] in Zukunft das Vollstreckungsmodell angewendet werden“.³⁰

Der 3. Senat hat sich also raffiniert angeschlichen: Eine Lücke, bisher offenbar praktisch nicht relevant geworden, müsse geschlossen werden. Der bislang angedachte Weg missagt. Man bringt einen anderen ins Spiel, beschreibt dessen Vorteile bei der Lückenfüllung – und räumt dann seinen entscheidenden Nachteil, die Inkompatibilität mit der althergebrachten Dogmatik zur Kompensation überlanger Verfahrensdauer, aus dem Weg, indem man vorschlägt, diese Dogmatik einfach zu beerdigen. Die sog. Strafzumessungslösung – vom 3. Senat „Strafabzlagsmodell“ genannt,³¹ die Einstellungslösung für Extremfälle – offenbar soll alles weg.

Nur: Ist das ein Verlust? Ist es nicht egal, vielleicht sogar richtiger, wenn der Angeklagte hört, er sei zu fünf „Jahren“ verurteilt worden, von denen mehr als eines schon als vollstreckt gilt, als zu tenorieren, er sei zu über dreieinhalb „Jahren“ verurteilt worden?

IV. Die Stellungnahmen zum 3. Senat

Eine tiefgehende Auseinandersetzung mit dieser Frage konnte bislang nicht stattfinden. Schon knapp fünf Monate nach dem besprochenen Vorlagebeschluss erging die Entscheidung des Großen Senats! Nur eilig gefertigte Anmerkungen hatten überhaupt Gelegenheit, vor diesem Handstreich rechtzeitig publiziert zu werden.

Zunächst erschien Detlef Burhoff im Rechtsprechungsreport des StRR insbesondere die „höhere Transparenz“ der Rechtsfolgenbemessung „vorzugswürdig“.³²

In NJW-Spezial bemerkten im November 2007 Leipold/Beukelmann in ihrem „Praxishinweis“, der 3. Senat zeige „einen praktikablen Ausweg aus der Misere auf, der den Anforderungen von Verfassung und EMRK gerecht wird“.³³

Nach Zeit zu näherer Betrachtung wird Klaus Leipold später – für die Entscheidung des Großen Senats zu spät – seine Einschätzung ändern: „[...] das Vollstreckungsmodell [hat] solche Tücken [...], dass ein Systemwechsel jedenfalls mit der gegebenen Begründung nicht erforderlich war.“³⁴

Jens Peglau bekundete in seiner noch im gleichen Monat erschienenen Kurzanmerkung, ohne näher auf die dogmatische Stringenz der neuen Lösung einzugehen, einen „positiven Eindruck“ und lobte deren „großen ‚Charme‘“; vor allem seien es die „systematischen Vorteile, die das neue Modell bietet, die den Betrachter für dieses einnehmen“.³⁵ Die Kompensation überlanger Verfahrensdauer durch bloße Vollstreckungsanrechnung verhindere, dass die ausgesprochenen Strafen nur aufgrund von Verfahrensverzögerungen nicht mehr die Voraussetzungen für die Auferlegung von Sicherungsverwahrung, Führungsaufsicht oder beamten- bzw. aufenthaltsrechtlichen Maßnahmen erfüllten. Dass es aus dem gleichen Grunde zu eigentlich unerwünschten kurzzeitigen Strafvollstreckungen kommen würde, will Peglau „hinnehmen“.³⁶

Ob aber wirklich eine Lösung „großen ‚Charme‘“ versprüht, die bspw. einem Beamten, dessen Strafverfahren jahrelang verzögert wurde, die einjährige Freiheitsstrafe als vollstreckt fingiert, es aber bei der Regelentfernung aus dem Beamtenverhältnis belässt, hinterfragt Peglau nicht.³⁷

Auch Franz Salditt kann sich nicht völlig der Ausstrahlung der „Kunstfertigkeit“ des „flinken Eingriffs“ entziehen; er beschränkt sich aber in seiner Kurzanmerkung vom Dezember 2007 darauf, auf die „enorme Verkürzung der Bandbreite des § 56 StGB“ hinzuweisen, in der „eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG“ liege.³⁸

Wie Peglau betont auch Klaus Weber in seiner Anfang 2008 erschienenen Anmerkung zum Vorlagebeschluss den „Charme“ der neuen Lösung, die die Strafzumessung zu

²⁵ Ähnlich I. Roxin, StV 2008, 14 (15).

²⁶ BGH NJW 2007, 3294 (Nr. 18).

²⁷ Näher Scheffler (Fn. 16), S. 241.

²⁸ Siehe aber K. Weber, JR 2008, 36 (37).

²⁹ BGH NJW 2007, 3294 (Nr. 31).

³⁰ BGH NJW 2007, 3294 (Nr. 33).

³¹ BGH NJW 2007, 3294 (Nr. 33).

³² Burhoff, StRR 2007, 310.

³³ Leipold/Beukelmann, NJW-Spezial 2007, 489.

³⁴ Leipold, NJW-Spezial 2008, 152; s. auch Leipold/Beukelmann, NJW-Spezial 2008, 313: „So einfach, wie propagiert, ist dieses Modell [...] nicht.“

³⁵ Peglau, NJW 2007, 3298 (3299).

³⁶ Peglau, NJW 2007, 3298 (3299).

³⁷ Siehe aber I. Roxin, StV 2008, 14 (18).

³⁸ Salditt, StraFo 2007, 513.

vereinfachen scheint.³⁹ Dann wirft *Weber* aber Fragen in den Raum, die diesen Charme vielleicht schnell verfliegen lassen könnten: Muss die Rechtsprechung vom Verschlechterungsverbot geändert werden,⁴⁰ welche Auswirkungen hat die Anrechnungslösung auf das Jugendstrafrecht,⁴¹ inwieweit muss die Dogmatik zum Lockspitzeinsatz angepasst werden?⁴²

Vor allem aber deutet *Weber* darauf hin, dass das „Anrechnungs- und Vollstreckungsmodell“ (im Folgenden: „Anrechnungsmodell“ oder „-lösung“) nicht geeignet ist, vollständig die heutigen Modelle der „Strafzumessungs-“ und der „Einstellungslösung“ zu verdrängen.⁴³ Er verweist hierzu insbesondere auf die fast allgemein anerkannte Auffassung, dass neben den rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen (auf die das neue Modell ausschließlich zielt) auch der lange Zeitablauf zwischen Tat und Aburteilung (Verjährungsnähe) sowie die durch die lange Verfahrensdauer (unbeschadet ihrer Ursache) verursachten Belastungen beim Angeklagten weiter Berücksichtigung auf der Rechtsfolgenseite finden müssen – durch Strafmilderung, Bewährungsaussetzung, Absehen von Strafe und sogar Verfahrenseinstellungen!

Ich werde hierauf noch einmal zurückkommen; der Charme eines Rechtfolgensystems, das einen Richter dem Angeklagten bspw. erklären lässt, dass er, weil die Tat so lange her und er von der Verfahrensdauer so gestresst sei, statt der eigentlich „verdienten“ Strafe nur acht „Jahre“ bekomme, von denen wegen der Bummellei von Staatsanwaltschaft und Gericht zwei „Jahre“ als vollstreckt gelten sollen, dürfte sich jedenfalls kaum jemandem erschließen.⁴⁴

Aber damit nicht genug, kann man *Weber* ergänzen: Selbst das ursprüngliche, bescheidene Ansinnen des 3. Strafsenats – die Lücke zu schließen, die die Strafzumessungslösung namentlich in Mordverfahren bestehen lässt – wäre nur halb geglückt: Den Sachverhalt von 1995, als der BGH mit gedrechselten Worten⁴⁵ stehen ließ, dass das LG Berlin 1993 Erich Mielke unter Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB wegen eines 60 Jahre zurückliegenden Doppelmordes nur zu sechs Jahren Freiheitsstrafe verurteilte, würde die neue „Anrechnungslösung“ überhaupt nicht tangieren!

Auch die weitere Anmerkung zum Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats von *I. Roxin* vom Januar 2008 resümiert, dass

dessen Argumentation „auf den ersten Blick [...] in verblüffender Weise zutreffend“ erscheint. Dem „Charme“ des Lösungsvorschlages kann sich offenbar niemand vollständig entziehen. Aber *Roxin* mutmaßt gewieft aus dem Umstand, dass „in jahrzehntelanger Beschäftigung mit der Thematik niemand“ auf die anscheinend „so einfache Lösung des Problems gekommen ist“: „Sollte sie bei genauer Überprüfung doch nicht überzeugend sein?“⁴⁶

Roxin weist dann auf einen kurzen Artikel von *Joachim Jahn* in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung hin, der die Motive des 3. Strafsenats auf einmal in einem völlig neuen Zusammenhang als der dogmatischen Lückenschließung suchen lässt:

„Der Bundesgerichtshof (BGH) will besonders Wirtschaftsstraf-täter künftig seltener mit einer Bewährungsstrafe davonkommen lassen. Das ergibt sich aus einem Vorstoß des Dritten Strafsenats in Karlsruhe an den ‚Großen Senat für Strafsachen‘ [...]. Die Richter sprechen sich in ihrer Vorlage für einen ‚Systemwechsel‘ aus, den sie selbst als ‚völlige Abkehr von der bisherigen einhelligen Rechtsprechung‘ bezeichnen [...]. Der Hintergrund dieser Initiative sind Entscheidungen des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts, nach denen die Gerichte bei allzu langen Strafverfahren einen Rabatt auf die schließlich verhängte Strafe einräumen müssen [...]. Besonders Generalbundesanwältin *Monika Harms* hatte bereits, als sie selbst noch Vorsitzende an einem Strafsenat des BGH war, beklagt, dass dies regelmäßig Wirtschaftskriminellen zugutekomme.⁴⁷ Diese erhielten oft zu niedrige Strafen, weil die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft in diesen Fällen besonders lange dauerten [...]. Die Richter des Dritten Strafsenats wollen nun eine neue Methode einführen, um den jeweiligen Abschlag auf die an sich angemessene Sanktion anders zu berechnen. Die wichtigste praktische Folge wäre – wie sie nur kurz und an recht versteckter Stelle anmerken –, dass Freiheitsstrafen künftig deutlich seltener zur Bewährung ausgesetzt werden könnten. Sie setzen sich nämlich dafür ein, in Zukunft im Urteilstenor die eigentlich fällige Sanktion auszusprechen. Erst in einem zweiten Schritt soll dann festgelegt werden, dass zur Entschädigung für eine überlange Verfahrensdauer ein Teil der verhängten Strafe ‚als vollstreckt gilt‘. Bisher wird dieser Rabatt von vornherein abgezogen. Dadurch

³⁹ *K. Weber*, JR 2008, 36.

⁴⁰ Vgl. *Winkler*, jurisPR-StrafR 8/2008 Anm. 1: „Makulatur geworden“; s. näher jetzt *Kraatz*, JR 2008, 189 (193 f.).

⁴¹ Siehe näher jetzt *Kraatz*, JR 2008, 189 (193 f.).

⁴² *K. Weber*, JR 2008, 36 (38).

⁴³ *K. Weber*, JR 2008, 36 (38); s. dazu auch *Heghmanns*, ZJS 2008, 198 (201).

⁴⁴ *Kraatz*, JR 2008, 189 (191): „Zweiter Tenor“ ist „janusköpfiges Monstrum“.

⁴⁵ BGHSt 41, 72 (93 f.) („Mielke“): „Selbst wenn die Erwägungen des Landgerichts zur Anwendung der Grundsätze von BGHSt 30, 105, Rechtsfehler zugunsten des Angeklagten aufwiesen [...]“; dazu *Widmaier*, NSTz 1995, 361 (366): „Die Formulierung [...] läßt [...] grundsätzliche Sympathie für diese Lösung erkennen“; s. aber auch BGH NSTz-RR 2001, 296 (298); StV 2002, 598; BVerfG (Kammer) NSTz 2006, 680 mit Bespr.-Aufsatz *Hoffmann-Holland*, ZIS 2006, 539.

⁴⁶ *I. Roxin*, StV 2008, 14 (15).

⁴⁷ Vgl. den 5. Senat unter Vorsitz von *Harms* in BGHSt 50, 299 (308 f.) („Kölner Müllskandal“): „In diesem Zusammenhang sieht der Senat Anlaß zu folgender Anmerkung: Nach der Erfahrung des Senats kommt es bei einer Vielzahl von großen Wirtschaftsstrafverfahren dazu, daß eine dem Unrechtsgehalt schwerwiegender Korruptions- und Steuerhinterziehungsdelikte adäquate Bestrafung allein deswegen nicht erfolgen kann, weil für die gebotene Aufklärung derart komplexer Sachverhalte keine ausreichenden justiziellen Ressourcen zur Verfügung stehen. Die seit der Tat vergangene Zeit und auch die Dauer des Ermittlungs- und Strafverfahrens (vgl. Art. 6 Abs. 1 S. 1 MRK) werden in vergleichbaren Verfahren häufig zu derart bestimmenden Strafzumessungsfaktoren, daß die Verhängung mehrjähriger Freiheitsstrafen oder – wie hier – die Versagung einer Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56 Abs. 3 StGB namentlich wegen des Zeitfaktors ausscheidet.“

sinken die Strafen bislang meist unter die Schwelle von zwei Jahren.⁴⁸

Die Spur erweist sich als richtig. *Clemens Basdorf*, der als Nachfolger von *Harms* den 5. *Strafsenat* als Vorsitzender übernahm und in „seinen“ Urteilen diese Praxis nicht minder harsch kritisierte,⁴⁹ trug im Juni 2007 auf dem 1. Karlsruher Strafrechtsdialog in Gegenwart von zahlreichen BGH-Richtern als offenbar eigenen Einfall, vielleicht angestoßen durch eine kurze Bemerkung *Werner Theunes*⁵⁰, vor:

„Lassen Sie mich abschließend noch eine Idee zu den Konsequenzen einer Verletzung des ‚Beschleunigungsgebots‘ ansprechen. In Ausfüllung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hat das Bundesverfassungsgericht eine Spruchpraxis angestoßen, wonach die Gerichte in ihrem Urteil Art und Ausmaß der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung festzustellen und hierfür eine präzise Kompensation auszusprechen haben. Die Konsequenz eines numerisch bezeichneten Strafabschlages ist freilich ein Fremdkörper in unserer Strafzumessung, die einen numerischen Abschlag für einen bestimmten – auch qualifizierten – Strafmilderungsgrund nicht vorsieht. Ich denke, es gäbe einen anderen Weg, dem Anliegen nach präziser Kompensation Rechnung zu tragen. In Betracht käme eine entsprechende Anwendung des § 51 StGB auf Fälle dieser Art. Versteht man die Belastung des Angeklagten durch eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung so, dass hierdurch gleichsam eine Art Strafe vorweggenommen wurde, ließe sich der festgestellte Umfang der Verfahrensverzögerung durch ein damit angemessen korrespondierendes Maß an vorweg teilverbüßter Strafe kompensieren. Die Strafe würde zunächst ohne jede Berücksichtigung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nach Schuldgesichtspunkten festgesetzt, erst dann würde ein bestimmtes Ausmaß an Strafe bestimmt, das infolge der festgestellten Verfahrensverzögerung als verbüßt zu gelten hätte – in der Wirkung vergleichbar dem erhöhten Anrechnungsmaßstab für im Ausland erlittene überharte Haft. Danach wäre zwar etwa das Umschwenken von einer zu vollstreckenden in eine zur Bewährung auszusetzende Freiheitsstrafe oder von Freiheitsstrafe in Geldstrafe aufgrund der Kompensation überlanger Verfahrensdauer nicht mehr möglich [...]“.⁵¹

V. Zwischenüberlegungen

Wir sind also wieder bei dem Aspekt, den *Salditt* (der übrigens Teilnehmer des 1. Karlsruher Strafrechtsdialogs gewe-

sen war) schon scharf kritisiert hatte: Die „enorme Verkürzung der Bandbreite des § 56 StGB“. Um das mit Beispielen zu illustrieren: Bei einer „eigentlich“ verwirkten Freiheitsstrafe von drei Jahren bei einem Jahr „Verzögerungsrabatt“ könnte ein Verurteilter nach dem alten Strafzumessungsmodell sogleich nach § 56 Abs. 2 StGB Strafaussetzung zur Bewährung erlangen, während er nach dem neuen Modell erst nach vollstreckten 6 Monaten Freiheitsstrafe den Halbstrafenzeitpunkt nach § 57 Abs. 2 StGB erreichte: „Härtere Strafen für Manager?“⁵²

Weiteres Rechnen zeigt jedoch, dass es so einfach nicht ist. Durch das neue Anrechnungsmodell werden nämlich andererseits relativ hoch bestrafte Straftäter bevorzugt, die so schneller die nach § 57 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB relevanten Zeitpunkte der Strafrestausssetzung zur Bewährung erreichen können.⁵³ So hat etwa in unserem konkreten Fall der „eigentlich“ zu fünf Jahren Freiheitsstrafe wegen Besonders schwerer Brandstiftung Verurteilte nach dem Vollstreckungsmodell – von 60 Monaten werden 14 als verbüßt betrachtet – die Halbstrafengrenze nach 16 Monaten, den Zweidrittelzeitpunkt nach 26 Monaten erreicht. Bei einer Verurteilung zu (ermäßigten) drei Jahren und zehn Monaten (= 46 Monaten) hätte er dagegen 23 bzw. gut 30 Monate sicher abzusitzen.

Diese Rechenbeispiele sehen freilich wieder völlig anders aus, wenn man in Rechnung stellt, dass jedenfalls der Verhängung höherer Freiheitsstrafen in praxi regelmäßig der Vollzug von (längerer) Untersuchungshaft vorausgegangen sein dürfte: Im Fall „unseres“ Brandstifters wäre nach der neuen BGH-Lösung schon im Falle einer 16-monatigen Untersuchungshaftverbüßung die sofortige Halbstrafenaussetzung möglich. Und im ersten Beispielfall (drei Jahre, aber ein Jahr „Rabatt“) könnte der Verurteilte nach der neuen Anrechnungslösung ebenfalls sofort auf freien Fuß gelassen werden, falls er zuvor auch nur sechs Monate in Untersuchungshaft gewesen sein sollte. Schlechter gestellt werden durch die neue Anrechnungslösung damit in der Tat insbesondere Straftäter, die an sich schon relativ wenig Freiheitsstrafe zu erwarten haben und (deshalb) nicht in Untersuchungshaft gekommen sind – also der Typus Wirtschaftsstraftäter, an den *Harms* offenbar dachte.

Jedenfalls: Sollte nicht ein dogmatisch brillanter Einfall, sondern schnödes kriminalpolitisches Kalkül den „Systemwechsel“ in Gang gebracht haben? Dafür spräche das beinahe übereilte Verfahren, das auch der Wissenschaft die Möglichkeit nahm, rechtzeitig eine vertiefte dogmatische Diskussion in Gang zu bringen. Dahingehend könnte auch interpretiert werden, dass der Beschluss des *Großen Senats* bruchlos an den Vorlagebeschluss anknüpft, der nun, in seiner ganzen gewundenen argumentativen Vorgehensweise, wie das Werk eines Stichwortgebers wirkt. Man kann *Leipold* nur beipflichten: „Das Vollstreckungsmodell ist so schnell und ohne große Diskussion eingeführt worden, als ob man nur diesen einen Fall abgewartet hätte.“⁵⁴ Nun ja, der 3. *Senat* hat es auch sogleich am Tage nach der Entscheidung des *Großen Senats* schon angewendet.⁵⁵

⁴⁸ *Jahn*, FAZ v. 16.11.2007, S. 11.; s. auch *ders.*, FAZ.NET v. 8.2.2008.

⁴⁹ Siehe BGH StV 2007, 464 (462): „Ohnehin widerstreitet eine erhebliche strafmildernde Wirkung des Zeitfaktors als Folge justizieller Mängel generell den Zielen effektiver Verteidigung der Rechtsordnung; dies gilt namentlich im Bereich schwerer, zudem sozialschädlicher Wirtschaftskriminalität (vgl. BGHSt 50, 299 [308]).“ Siehe dazu Bespr.-Aufsatz *Paeffgen*, StV 2007, 486.

⁵⁰ *Theune*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Aufl. 2006, § 6 Rn. 244: „Zu erwägen wäre [...], ob die zusätzliche Belastung des Beschuldigten durch eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung [...] nicht [...] dadurch kompensiert werden [könnte], dass ein Teil der Strafe als verbüßt gilt.“

⁵¹ *Basdorf*, in: *Jahn/Nack* (Hrsg.), *Strafprozessrechtspraxis und Rechtswissenschaft – getrennte Welten?*, 2008, S. 53 (57 f.).

⁵² *Wybitul*, BB 2008, 721.

⁵³ Siehe auch *Heghmanns*, ZJS 2008, 198 (201).

⁵⁴ *Leipold*, NJW-Spezial 2008, 152; s. auch *Bußmann*, NJW 2008, 236.

⁵⁵ BGH BeckRS 2008, 02277.

Interpretieren mag man dies auch vor dem Hintergrund, dass im Anschluss an den erwähnten 1. Karlsruher Strafrechtsdialog Strafrechtswissenschaftler gemeinsam mit Richtern des Bundesgerichtshofes die Arbeitsgruppe „Wissenschaft und Praxis“ (WuP) gegründet hatten – freilich ohne Mitglieder des 3. BGH-Senats. Die Homepage der ZIS sollte als ein Forum genutzt werden, „das es Wissenschaft und Rechtsprechung erlaubt, vor einer anstehenden Entscheidung in einen fruchtbaren Dialog einzutreten. Das soll derart geschehen, dass es dem Bundesgerichtshof ermöglicht wird, rechtliche Fragen anstehender Entscheidungen vorab zur wissenschaftlichen Diskussion zu stellen.“⁵⁶ Als eines der ersten Diskussionsthemen wurde dort das Thema „Berücksichtigung von Verzögerungen“ eingestellt, und zwar genau mit der Fragestellung, ob statt der Strafzumessungslösung „besser eine Vollstreckungslösung durchzuführen ist, die einen Strafabatt entsprechend § 51 Abs. 4 S. 2 StGB berücksichtigt“. Als Bearbeiter dieser Fragestellung war von der ZIS schon *Martin Waßmer* eingetragen worden – die Entscheidung des 3. Senats (und auch die des Großen Senats) erging dennoch ohne die vereinbarte „wissenschaftliche Diskussion [...] vorab“ [...].

VI. Kritik der Großen Senats-Entscheidung

Damit ist unserer weiterer Vorgehensplan umschrieben: Wir müssen jetzt das neue System auf seine nun längst nicht mehr selbstverständliche dogmatische Haltbarkeit hin überprüfen. Wieder nur der weniger „fruchtbare Dialog“ danach. Erste Analysten haben allerdings die Entscheidung zumeist zumindest „grundsätzlich“ bzw. „im Kern“ begrüßt.⁵⁷

1. Trio

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist seit Jahren das Nebeneinanderstehen von drei Spielarten überlangen Verfahrens anerkannt – Tatferne, Belastungen und Verzögerungen seien separat zu berücksichtigen: „Unabhängig von dem Strafmilderungsgrund eines Konventionsverstößes durch rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung kommt auch einer überdurchschnittlich langen Verfahrensdauer eine eigenständige strafmildernde Bedeutung zu, bei der insbes. die mit dem Verfahren selbst verbundenen Belastungen des Angeklagten zu berücksichtigen sind [...]. Schließlich ist auch eine lange Zeitspanne zwischen Begehung der Tat und ihrer Aburteilung neben der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung und der langen Verfahrensdauer ein wesentlicher Strafmilderungsgrund [...]“.⁵⁸

Der Große Senat rückt hiervon auch in seinem neuen Modell nicht ab. Er betont zunächst, der überlangen Verfahrensdauer werde durch die Anrechnungslösung „jedoch nicht ihre Bedeutung als Strafzumessungsgrund genommen. Sie bleibt als solcher zunächst bedeutsam deswegen, weil allein schon durch einen besonders langen Zeitraum, der zwischen der Tat und dem Urteil liegt, das Strafbedürfnis allgemein

abnimmt. Sie behält [...] ihre Relevanz aber gerade auch wegen der konkreten Belastungen, die für den Angeklagten mit dem gegen ihn geführten Verfahren verbunden sind und die sich generell um so stärker mildernd auswirken, je mehr Zeit zwischen dem Zeitpunkt, in dem er von den gegen ihn laufenden Ermittlungen erfährt, und dem Verfahrensabschluss verstreicht; diese sind bei der Straffindung unabhängig davon zu berücksichtigen, ob die Verfahrensdauer durch eine rechtsstaatswidrige Verzögerung mitbedingt ist“.⁵⁹

Der Große Senat vervollständigt die Dreiteilung sodann in aller Deutlichkeit: „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“.⁶⁰

K. Weber hatte schon darauf hingewiesen, dass dieses Nebeneinander die Praktikabilität der Anrechnungslösung „mindert“, denn nunmehr „muss der Aspekt der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung von den Strafmilderungsgründen des langen Zeitabstandes und der besonderen Belastung durch ein überlanges Verfahren deutlich abgehoben werden“; eine „gewisse Erleichterung“ sieht er darin, „dass ihre Wirkung anders als bei der konventionswidrigen Verfahrensverzögerung nicht zu beziffern ist“.⁶¹

Michael Heghmanns hat dies eine „unvollständige Vollstreckungslösung“ genannt und eingefordert, „konsequenter [...] sämtliche Folgen der Verfahrensverzögerung ausschließlich zur Bemessung des als vollstreckt geltenden Teils der Strafe heran[zuziehen] und nicht bereits bei der Strafzumessung⁶² [zu] berücksichtigen.“⁶³ Doch das schießt nun wieder weit über das Ziel hinaus: Damit würden mit der Tatferne (materiellrechtliche Verjährungstheorie!) und den Verfahrensbelastungen zumindest auch schuldrelevante Gesichtspunkte nur noch der Anrechnung unterliegen – was nicht geht, wie *Heghmanns* selbst an anderer Stelle betont und von der „Gefahr, mit der tenorierten Strafe unzulässig den Schuldrahmen zu überschreiten“, spricht⁶⁴.

Es kommt noch etwas hinzu: Ein gewisses dogmatisch begründetes Bedürfnis, das System zu ändern, kann offenbar höchstens darin zu sehen sein, dass die vom BVerfG geforderte „präzise Kompensation“ in Form eines „numerisch bezeichneten Strafabschlages“ als „Fremdkörper“ empfunden wurde. Diese Formulierungen *Basdorfs* auf dem 1. Karlsruher Strafrechtsdialog⁶⁵ finden sich ähnlich auch in einigen Entscheidungen des 3. Strafsenats wieder.⁶⁶ Der Große Senat spricht noch deutlicher von „wesensfremden Anforde-

⁵⁹ BGH GSSt 1/07 Nr. 45.

⁶⁰ BGH GSSt 1/07 Nr. 45.

⁶¹ *K. Weber*, JR 2008, 36.

⁶² Näher *Scheffler* (Fn. 16), S. 212 ff.

⁶³ *Heghmanns*, ZJS 2008, 198 (202).

⁶⁴ *Heghmanns*, ZJS 2008, 198 (202).

⁶⁵ *Basdorf* (Fn. 51), S. 57 f.; s. auch BGH (5. Strafsenat) NSTZ 2008, 39 (40).

⁶⁶ BGH NSTZ 2005, 465 (466); BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Milderung 5.

⁵⁶ <http://www.zis-online.com>, Arbeitsgruppe Wissenschaft und Praxis.

⁵⁷ *Bußmann*, NJW 2008, 236; *Heghmanns*, ZJS 2008, 198 (199); *Kraatz*, JR 2008, 189 (199); s. auch *Artkämper*, StRR 2008, 107; *Winkler*, jurisPR-StrafR 8/2008 Anm. 1; anders *Leipold*, NJW-Spezial 2008, 152: „nicht erforderlich“.

⁵⁸ BGH StV 2002, 598. Siehe schon BGHSt 35, 17 (142); BGH NJW 1999, 1198; BayObLG StV 1989, 394 (395).

rungen“ an die „eigentliche Strafzumessung“.⁶⁷ Er sieht eine solche „numerische Kompensation“ eher dem System des Anrechnungsrechts entsprechend: Die Anrechnung „verlagert [...] durch ihre Anlehnung an § 51 StGB die Bezifferung der Entschädigung zumindest in einen Bereich, der schon nach der gesetzlichen Konzeption derartigen Berechnungen offen steht“.⁶⁸ (Nur so ist übrigens auch das ansonsten beinahe unerklärliche Vorgehen des 3. *Senats* im Ausgangsfall zu verstehen, für 18 Monate Verzögerung fast die gleiche Dauer Anrechnung zu akzeptieren⁶⁹ – diesen 1:1-Maßstab schlug *Imme Roxin* einst vor⁷⁰ – und hierfür tatsächlich § 51 Abs. 1 [und nicht Abs. 4 Satz 2] StGB als analog anzuwendende Rechtsnorm anzugeben). Der 3. *Senat* formulierte es in anderem Zusammenhang unmissverständlich: „Die [...] numerische Kompensation [...] ist im Strafzumessungsrecht ein Fremdkörper, der auf [...] Ausnahmefälle beschränkt bleiben und nicht auf alle anderen Strafmilderungs- und Straferschwerungsgründe ausgedehnt werden sollte.“⁷¹

Der von *Heghmanns* zu Recht kritisierten „diffusen Gemengelage von teilweiser Kompensation qua Strafmilderung und anschließender Restkompensation qua Vollstreckungsanrechnung“⁷² ist also durch Ausdehnung der Anrechnungslösung nicht beizukommen. Versuchen wir stattdessen, das Trio Tatterne, Belastung, Verzögerung umgekehrt etwas aus dem Blickfeld zu nehmen: Zunächst kann man es, was die zu klärenden Fragen angeht, auf ein Duo reduzieren: Die Tatterne, also die Verjährungsnähe, ist als separater Strafzumessungsgrund unbestritten.⁷³ Niemand negiert ihn, keiner will die Tatterne an sich etwa vollstreckungsrechtlich behandelt wissen. Und sie hat übrigens auch mit „Verfahrensverzögerungen“ jedenfalls theoretisch wenig zu tun, bedarf sie doch weder eines (längeren) Verfahrens noch dessen Verzögerungen.

2. Duo

Kommen wir sodann zu den beiden verbleibenden Aspekten, den Verfahrensverzögerungen durch die Justiz und den Belastungen des Beschuldigten durch überlanges Verfahren. Ich habe in meiner Habilitationsschrift und anschließenden Veröffentlichungen immer versucht, dafür zu werben, den Blick weg vom Handlungsunrecht der Verzögerung durch „Bummelei“ auf das Erfolgsunrecht der Verfahrensbelastung durch ungewöhnliche Verfahrenslänge zu legen, und sei diese auch nicht durch die Strafverfolgungsbehörden verschuldet. Verfahrensbelastungen werden nicht deshalb geringer, wenn ein Verfahren „platzt“, weil ein wichtiger Zeuge schwer erkrankt

ist, als wenn der Richter vergessen hatte, den Zeugen zu laden.⁷⁴ Verfahrensüberlänge habe also unabhängig von ihrer möglichen Ursache in Verzögerungen strafmildernd berücksichtigt zu werden, staatlich verschuldete Verfahrenverzögerungen als solche würden dagegen keinen Strafzumessungsaspekt darstellen.

Zudem hat diese Rechtsprechung zunehmend in den letzten Jahren zu einer unerträglichen Verquickung geführt, weil die (genau festzustellenden) Verfahrensverzögerungen einer wie auch immer vorzunehmenden „Abwägung“ zu unterwerfen sein sollen:⁷⁵ „Abzustellen ist [...] insbesondere auf die Gesamtdauer des Verfahrens, die Schwere des Tatvorwurfs, Umfang und Schwierigkeiten des Verfahrensgegenstandes sowie das Ausmaß der mit dem Andauern des Verfahrens verbundenen Belastung des Beschuldigten.“⁷⁶ Daneben soll dann aber noch als selbständiger Strafzumessungsgrund die „Belastungen“ des Beschuldigten durch die „lange Verfahrensdauer“ treten – ein unsägliches Durcheinander.

Diese Rechtsprechung will der *Große Senat* jetzt offenbar vollständig aufgeben! Wenn dem wirklich so ist, liegt hier ein fast unbemerkter, aber äußerst bedeutsamer Rechtsprechungswechsel, auch ein „Systemwechsel“: Offenbar meint nun auch der *Große Senat*, dass die Verfahrenslänge „unabhängig davon zu berücksichtigen [ist], ob die Verfahrensdauer durch eine rechtsstaatswidrige Verzögerung mitbedingt ist“!⁷⁷ Und gleichzeitig erkennt er an, dass der Gesichtspunkt der Verfahrensverzögerungen „aus dem Vorgang der Strafzumessung, dem er wesensfremd ist, herausgelöst“ werden muss!⁷⁸

Wenn ich den *Großen Senat* also richtig verstehe, dann besteht mit dem, was ich in meiner Habilitationsschrift vertreten habe, für den Bereich der („eigentlichen“) Strafzumessung weitestgehende Übereinstimmung. Nochmals zusammengefasst: Es gibt zum Problem „Verfahrensdauer“ zwei von einander unabhängige, schuldbezogene Strafmilderungsgründe: die Tatterne (unabhängig von der Verfahrensdauer) und die Verfahrensbelastungen (unabhängig von Verfahrensverzögerungen)! Beide werden nicht irgendwie beziffert, sondern fließen wie alle anderen Strafzumessungserwägungen in die Strafzumessung ein.

Es ist allerdings zu bemerken, dass sich der *Große Senat* an einer Stelle hierzu missverständlich, vielleicht sogar widersprüchlich äußert (*Hervorhebungen* von *mir*): „[...] dass die *Belastungen*, denen der Angeklagte durch das überlange Verfahren ausgesetzt war, *zunächst allgemein* mildernd in die Strafzumessung einfließen und *sodann der besondere Aspekt*, dass sie (teilweise) auf rechtsstaatswidrige Verzögerungen seitens der Strafverfolgungsbehörden zurückzuführen sind, im Urteil dadurch Berücksichtigung findet, dass als Entschädigung hierfür ein Teil der Strafe als bereits vollstreckt gilt [...]“.⁷⁹ Der Interpretation, hier würde sich „eine feinsinnige Abgrenzung zwischen ‚konkreten Belastungen‘ und der allgemein in der Verzögerung liegenden normativen Beeinträchtigung

⁶⁷ BGH GSt 1/07 Nr. 47.

⁶⁸ BGH GSt 1/07 Nr. 47.

⁶⁹ Siehe dazu *K. Weber*, JR 2008, 36 („erstaunliches Ergebnis“); *I. Roxin*, StV 2008, 14 (18); *Heghmanns*, ZJS 2008, 198 (200). Dagegen auch der *Große Senat* („[...] vielmehr wird sich die Anrechnung häufig auf einen eher geringen Bruchteil der Strafe zu beschränken haben.“)

⁷⁰ *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1. Aufl. 1988 (inzwischen 4. Aufl. 2004), S. 255 f.; gegen sie *Scheffler*, StV 1995, 390.

⁷¹ BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Milderung 5.

⁷² *Heghmanns*, ZJS 2008, 198 (199).

⁷³ Näher *Scheffler* (Fn. 16), S. 212 ff.

⁷⁴ *Scheffler* (Fn. 16), S. 224.

⁷⁵ Näher *Scheffler*, JR 2003, 509 (510).

⁷⁶ BayObLG JR 2003, 507 (508).

⁷⁷ BGH GSt 1/07 Nr. 45.

⁷⁸ BGH GSt 1/07 Nr. 45.

⁷⁹ BGH GSt 1/07 Nr. 49.

aufzun“,⁸⁰ sollte man nicht nur mit Hinweis darauf entgegenzutreten, dass dann doch wieder schuldrelevante Aspekte aus der eigentlichen Strafzumessung herausgelöst würden, sondern auch mit Blick auf die Folgen für das Verfahren: Verteidiger würden „mit allem Recht versuchen, einzelfallbezogen alle erdenklichen ‚konkreten Belastungen, die für den Angeklagten mit dem gegen ihn geführten Verfahren verbunden sind‘ aufzuzeigen“.⁸¹

Lediglich die Anwendung von § 49 StGB, die ich noch offen gelassen hatte, würde der *Große Senat* jetzt explizit ablehnen. Es soll hier jetzt nicht endgültig Stellung genommen werden, ob für diesen Bereich stattdessen (wenn auch dafür vom *Großen Senat* nicht vorgesehen) die „Entdeckung“ des § 51 Abs. 4 StGB zur Lückenschließung zu befürworten ist.⁸² Immerhin spricht für diese Lösung, dass sie, anders als § 49 Abs. 1 StGB, die gesamte „Kompensationslücke“⁸³ schließen kann.

Es sei nur am Rande darauf hingewiesen, dass die nachtröpfelnde Strafverfolgung von sog. DDR-Taten,⁸⁴ vor allem aber die immer weiteren Fortschritte mit DNA-Analyseverfahren dem Strafmilderungsgrund der Tatferne zukünftig eine bei Abschaffung der Mordverjährung nicht vorhergesehene Blüte bescheren könnten.⁸⁵ Kann da die Ablehnung jeglicher Strafmilderung⁸⁶ das letzte Wort gewesen sein?

3. Solo

a) Anrechnung erforderlich?

Es verbleibt damit eigentlich nur noch eine Frage: Hätte es nicht genügt, ähnlich wie damals von mir vorgeschlagen, sich auf die Berücksichtigung der Strafmilderungsgründe des schwindenden Strafbedürfnisses durch Tatferne sowie des Schon-bestraft-Seins durch Verfahrensbelastungen zu beschränken? Oder, anders ausgedrückt: Ist die ganze Anrechnungslösung neben dem eben dargestellten fast unbemerkten kleinen „Systemwechsel“ nicht völlig überflüssig?

Mir erscheint es mehr als fragwürdig, ob das Europäische Recht die deutsche Rechtsordnung zwingen würde, eine Ergänzung neben der skizzierten Strafzumessungslösung vorzunehmen, wie es der *Große Senat* zumindest suggeriert: „Nach dem Konzept der MRK – in der Auslegung des *EGMR* – dient die Kompensation für eine konventionswidrige Verfahrensverzögerung allein dem Ausgleich eines durch die Verletzung eines Menschenrechts entstandenen objektiven Verfahrensunrechts [...]. Durch die Kompensation wird danach eine Art Staatshaftungsanspruch erfüllt [...]. Ein unmittelbarer Bezug zu dem vom Angeklagten schuldhaft verwirk-

lichten Unrecht oder sonstigen Strafzumessungskriterien besteht daher nicht.“⁸⁷

An anderer Stelle macht der *Große Senat* demgegenüber – zu Recht – deutlich, dass nach den in den Entscheidungen des *EGMR* „entwickelten Maßstäben [...] aber auch die in der deutschen Rechtsprechung neben der Strafreduktion in Betracht gezogenen Konsequenzen (Annahme eines Verfahrenshindernisses, Strafaussetzung zur Bewährung, Absehen von Maßregeln der Besserung und Sicherung, völlige oder teilweise Verfahrenseinstellung nach strafprozessualen Opportunitätsgrundsätzen) je nach den Umständen erkennbar als hinreichende Wiedergutmachung tauglich“ sind.⁸⁸ „Nach welchen Kriterien, in welcher Weise und in welchem Umfang eine Verletzung des Anspruchs auf zügige Verfahrenserledigung aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK zu kompensieren ist, [...] ist in der MRK nicht geregelt und daher vom *EGMR* den nationalen Fachgerichten nach Maßgabe der jeweiligen Rechtsordnung zur Entscheidung überlassen worden“.⁸⁹

Ohne es hier endgültig entscheiden zu wollen: Wenn sich die deutsche Rechtsprechung entschließt, ausdrücklich auch den Opfern langer, aber zügiger Verfahrensdauer – und nicht nur den von Art. 6 Abs. 1 EMRK geschützten! – Kompensation für die Verfahrensbelastungen zuzubilligen, was hätte der *EGMR* zu monieren? Wollte er dann wirklich diese immer wieder vom BGH betonte, mit einer bloßen Kammerentscheidung des BVerfG belegten⁹⁰, vermeintlich auf das Eckle-Urteil⁹¹ zurückgehende Forderung nach exakter Bestimmung des Ausmaßes der vorgenommenen Herabsetzung der Strafe durch Vergleich mit der ohne Berücksichtigung der Verzögerung angemessenen Strafe aufstellen?

Letztlich tendiert wohl auch der *Große Senat* dazu, wenn er zur Prüfung auffordert, ob nicht „vor diesem Hintergrund zur Kompensation die ausdrückliche Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung genügt“.⁹² *Heghmanns* hat es deutlicher formuliert: „Niemand hat allein deshalb Anspruch auf Entschädigung, weil rechtsstaatswidrig mit ihm verfahren wurde“.⁹³ Ein „menschenrechtliches Vabanquespiel“, wie *Karsten Gaede* meint,⁹⁴ scheint mir in dem Absehen von einer gesonderten Berücksichtigung des Verzögerungsfaktors jedenfalls nicht zu liegen.

⁸⁷ BGH GSSt 1/07 Nr. 35.

⁸⁸ BGH GSSt 1/07 Nr. 40.

⁸⁹ BGH GSSt 1/07 Nr. 34.

⁹⁰ BVerfG (Kammer) NStZ 1997, 591: „Liegt ein Fall rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung vor, reicht es nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht aus, die Verletzung des Beschleunigungsgebotes als eigenständigen Strafmilderungsgrund festzustellen und zu berücksichtigen, vielmehr ist das Ausmaß der vorgenommenen Herabsetzung der Strafe durch Vergleich mit der ohne Berücksichtigung der Verletzung des Beschleunigungsgebotes angemessenen Strafe exakt zu bestimmen“.

⁹¹ *EGMR* EuGRZ 1983, 378.

⁹² BGH GSSt 1/07 Nr. 56.

⁹³ *Heghmanns*, ZJS 2008, 198 (199).

⁹⁴ *Gaede*, JZ 2008, 422.

⁸⁰ So *Gaede*, JZ 2008, 422.

⁸¹ *Gäde*, JZ 2008, 422.

⁸² Siehe dazu *Gäde*, JZ 2008, 422.

⁸³ BGH NJW 2007, 3294 (Nr. 16).

⁸⁴ Siehe schon BGH NStZ-RR 2001, 296 (298).

⁸⁵ Näher *Scheffler*, in: Vormbaum/Welp (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Supplementband I, 2004, S. 174 (244).

⁸⁶ Vgl. BGH NStZ-RR 2001, 296 (298); StV 2002, 598; BVerfG (Kammer), NStZ 2006, 680 mit Bespr.-Aufsatz *Hoffmann-Holland*, ZIS 2006, 539.

b) Anrechnung passend?

aa) § 51 StGB und Strafmilderung

Aber selbst, wenn man das anders sieht: Problematisch erscheint auch der Aspekt, ob denn eine Analogie zu § 51 StGB wirklich besser „passe“ als eine solche zu § 49 StGB (besser gesagt zu den Normen, die auf § 49 StGB verweisen, also zu §§ 17, 21, 23 Abs. 2, 3, 35, 46a Nr. 2, 129 Abs. 6 StGB⁹⁵).

Zwar betreffen sowohl die Untersuchungshaft als auch die Verfahrensverzögerungen prozessuale Umstände, die weit nach der Tat liegen, was für ihre Angleichung spricht. Hier kann man jedoch auch auf § 60 StGB verweisen; bislang hatte der BGH betont, dass auch „mittelbare, namentlich erst durch die Strafverfolgung bewirkte Folgen der Tat [...] die Anwendung des § 60 StGB begründen“ könnten und § 60 StGB auf überlange Verfahrensdauer angewandt.⁹⁶ Man könnte dem *Großen Senat* hier mit Fug und Recht mit *I. Roxin* entgegenhalten, die Anrechnung der Untersuchungshaftverbüßung auf die Vollstreckung sei gegenüber § 60 StGB die ältere Vorschrift, die noch „aus einer Zeit stammt, wo den neueren Entwicklungen auf verfassungsrechtlicher und übernationaler Ebene noch nicht Rechnung getragen wurde“⁹⁷.

bb) § 51 StGB und Anrechnung

Schon im Amtlichen Leitsatz spricht der *Große Senat* davon (*Hervorhebung* von hier), „dass zur *Entschädigung* für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt.“ An anderer Stelle formuliert der *Senat*, „durch ihre Anlehnung an § 51 StGB“ würde „die Bezifferung der Entschädigung [...] verlagert“.⁹⁸ Es handelt sich bei § 51 StGB nach herrschender Ansicht jedoch um keine Entschädigungs-, sondern um eine Strafvollstreckungsregel. Die Anrechnung ist nicht nur etwas anderes als die eigentliche Strafzumessung, sie ist auch wesensverschieden von der Entschädigung. Für nach §§ 112 ff. StPO rechtmäßig verhängte und vollzogene Untersuchungshaft wird keine Entschädigung gewährt, sondern aus pragmatischen Billigkeitserwägungen ein nachträglicher Ausgleich durch die grundsätzlich automatische Anrechnung vorgenommen.⁹⁹ Wirft man diese Dogmatik nicht gleich noch mit über den Haufen, zeigt, sich, dass § 51 StGB sich als verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke nun sicher nicht anbietet – zumal nicht für eine Entschädigung!

Anderes könnte allenfalls gelten, wollte man mit *Friedrich Dencker* das eigentliche Prinzip, das der Anrechnung der Untersuchungshaft zugrunde liegt, dem allgemeinen Rechtsgedanken der Aufopferung, d. h. der in §§ 74, 75 Einl.ALR normierten allgemeinen Entschädigungspflicht des Staates für rechtmäßige Eingriffe in .Rechtsgüter des Einzelnen entneh-

men¹⁰⁰. Dann wäre die „Anrechnung“ eine Entschädigung, die ausnahmsweise aufgrund der Gleichartigkeit zum Eingriff nicht als Geldleistung erfolgte – weshalb *Denckers* Auffassung, so viel sie für sich haben mag, hier kaum weiter hilft.

Unabhängig von jeder theoretischen Einordnung des § 51 StGB gilt Folgendes: Die Kompensation erlittener Untersuchungshaft erfolgt doch nur deshalb in Form der Anrechnung, weil die gewissermaßen zufällig mögliche „Naturalrestitution“ gegenüber der Geldentschädigung aus auf der Hand liegenden Gründen vorzugswürdig erscheint. Eine ähnliche Naturalrestitution wäre bei Verfahrensverzögerungen allenfalls unter dem Gesichtspunkt vorstellbar, entsprechend dem schon beinahe geflügelten Wort von *Dencker/Hamm*¹⁰¹ vom „Freiheitsentzug durch Hauptverhandlung“ (besser: durch Strafverfahren) zu sprechen – und sich damit aber doch wieder in der Vorstellung von Verfahrensbelastungen zu bewegen.

Dieses Ergebnis bestätigt auch schon eine kurze Analyse des § 51 StGB. Er hält grundsätzlich nur eine Anrechnung von Untersuchungshaft auf die Strafhaft für möglich (Abs. 1), nicht etwa der Vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis,¹⁰² die nur – ebenfalls eine Art Naturalrestitution – auf das Fahrverbot angerechnet werden dürfe (Abs. 5). Die scheinbaren Ausnahmen in Abs. 4 lichten sich schnell: Bei Satz 1 (Geldstrafen) ist ein Umrechnungsmaßstab normiert (§ 43 S. 2 StGB), bei Satz 2 (ausländische Freiheitsstrafen) bleibt es ohnehin bei Freiheitsstrafe; nur diese muss in ihrer Schwere gewichtet werden. (Hier wird bisher ausnahmslos in ganzen bzw. halben Tagen angerechnet¹⁰³ – und nicht mit einem „eher geringen Bruchteil“, wie der *Große Senat* es sich aber vorstellt¹⁰⁴). Wer dagegen aber grundsätzlich die Ähnlichkeit von Freiheitsstrafe und Untersuchungshaftvollzug leugnet,¹⁰⁵ kommt notwendig auch zur Ablehnung der Anrechenbarkeit.

cc) Entschädigung

Damit sind wir am letzten Punkt angelangt – an dem der *Große Senat* schon ganz nahe war. Ist er entgegen der hier vertretenen Ansicht der Auffassung, dass nicht nur besondere Tatferne und Verfahrensbelastungen, sondern dass zusätzlich auch noch „rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen“ einer Wohltat für den Beschuldigten aufgrund europarechtlicher Vorgaben bedürfen, so hat er dessen Charakter in einem Nebensatz schon richtig erkannt: „Durch die Kompensation wird [...] eine Art Staatshaftungsanspruch erfüllt“!¹⁰⁶

K. Weber dürfte zustimmen sein, dass möglicherweise die Initiatoren der Anrechnungslösung von einem Aufsatz von *Erik Kraatz* inspiriert wurden, in dem dieser für den Bereich der Verfahrensverzögerungen die Strafzumessungslösung verwarf („[...] nachteilige

¹⁰⁰ *Dencker*, MDR 1971, 627.

¹⁰¹ *Dencker/Hamm*, Der Vergleich im Strafprozeß, 1988, S. 123.

¹⁰² *Stree*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 51 Rn. 36.

¹⁰³ Vgl. *Franke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 51 Rn. 25.

¹⁰⁴ BGH GSt 1/07 Nr. 56

¹⁰⁵ *Paeffgen*, Vorüberlegungen einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986. Siehe dazu näher *Scheffler*, Berl AnwBl. 1987, 210.

¹⁰⁶ BGH GSt 1/07 Nr. 35.

⁹⁵ *Heghmanns*, ZJS 2008, 198 (199).

⁹⁶ BGH StV 2004, 420 (421); s. dazu ausführlich schon *I. Roxin* (Fn. 70), S. 268 ff.; *Scheffler* (Fn. 16), S. 230 ff.; s. auch *Krehl/Eidam*, NStZ 2006, 1 (9).

⁹⁷ *I. Roxin*, StV 2008, 14 (16).

⁹⁸ BGH GSt 1/07 Nr. 47.

⁹⁹ Vgl. schon BGHSt 4, 325 (326).

Konsequenzen des Strafverfahrens [sind] nur anzurechnen“) und „ein Anrechnungsmodell als Ausweg“ in den Raum stellte.¹⁰⁷ Kraatz wollte dort dem Beschuldigten eines verzögerten Strafverfahrens einen „Entschädigungsanspruch aus § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 S. 1 MRK“ zubilligen. Er dachte hierbei so an 1.000 Euro pro Jahr Verzögerung – passgenau also zur Anrechnung eines „eher geringen Bruchteils“ eines verzögerten Tages seitens des *Großen Senats*...

Natürlich, Entschädigung – und zwar in richtigem Geld! Auch *Paeffgen* hat vor kurzem zu all den „Verrechnungsgedanken“ beinahe ironisch gefragt¹⁰⁸: „Vielleicht sollte man doch noch einmal über die Frage einer Entschädigung für amtspflichtwidriges Strafverfolgen nachdenken. Dann könnte die Strafjustiz im Rahmen der Strafzumessung wieder die Ziele des Strafrechts verfolgen und würde nicht zum (vermeintlich) ‚billigen Jakob‘ der Staatshaftung [...]“. Im gleichen Sinne hat sich nunmehr auch *Thomas Weigend* geäußert.¹⁰⁹ Wenn man schon keine Möglichkeit sieht, einen Verfahrensverstöß im Verfahren wiedergutzumachen oder auszugleichen, dann mag man dem Betroffenen (im Wege der Amtshaftung) eine finanzielle Entschädigung für die erlittene Rechtseinbuße bezahlen. Die verdiente Freiheitsstrafe – auf welchem Wege immer – abzukürzen, ist zwar eine fiskalisch ‚billige‘ Lösung“ – aber mehr nicht. Und selbst der 5. Senat hat – im „Windschatten“¹¹⁰ des *Großen Senats* (dazu sogleich) – über die Grenzen der Anrechnungslösung nachgedacht und eine Alternative „durch Gewährung einer Entschädigung in analoger Anwendung des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen“ erwähnt – freilich, bei der Kassenlage, nur „in Fällen geringer Schwere“.¹¹¹

Ohne das hier vertiefen zu wollen, dürfte auch einiges mehr dafür streiten, entsprechend der Bemerkung des 5. Senats eine nunmehr vielleicht schon als Nachfolger einer nur kurzlebigen Anrechnungslösung zu entwickelnde „Entschädigungslösung“ an §§ 1 und 2 StrEG auszurichten und nicht am Amtshaftungsrecht.¹¹² Nicht zuletzt dem Kudla-Urteil des EGMR¹¹³ scheint mir die dann beim Strafgericht verbleibende Zuständigkeit (§§ 8 und 9 StrEG) gerechter zu werden.

Dem „Rückrechnen“ des *Großen Senats* der Entschädigung in die „vermeintlich billige (= gerechte [?]), jedenfalls vordergründig billige (= preiswerte[re])“ Anrechnungslösung¹¹⁴ ist eine Absage zu erteilen. Das lässt sich nicht legitimieren. Ein Geldanspruch ist eher richtig. Selbst wenn man den überhaupt noch für erforderlich achtet, so geht es hier, bleiben doch die entscheidenden Strafzumessungsgründe Tatferne und Verfahrensbelastungen ohnehin im Rechtsfolgenausspruch zu berücksichtigen, nur noch um den beinahe

symbolischen Ausgleich für Rechtsfehler, die isoliert „nicht wirklich“ mehr wehgetan haben können. Es geht vor allem um die Genugtuungsfunktion.

VII. Ausblick

Es gibt Anzeichen dafür, dass sich die neue Anrechnungslösung dennoch bald weit in den dunklen Bereich der Rechtsfolgen von Rechtsstaatswidrigkeiten ausweiten könnte. Erste Autoren „hoffen“ bereits darauf.¹¹⁵ Vor allem der 5. Senat unter *Basdorf* betont für die neue Anrechnungslösung noch „einen weit größeren Anwendungsbereich“. Er deutet sogar schon an, in welcher spektakulären Fallgruppe der „Systemwechsel“ als nächstes voll einschlagen dürfte:¹¹⁶ Auch „im Fall der Verleitung einer unverdächtigen und zunächst nicht tatgeneigten Person zu einer Straftat durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zuzurechnenden Weise (BGHSt 45, 321; BGHSt 47, 44 [52]) liegt ein Grund für eine Kompensation vor“. Einige Mitdenker haben sich schon gefunden...¹¹⁷

Zunächst hat nun aber der 5. Senat die Anrechnungslösung in einer weitaus weniger aufsehenerregenden Rechtsfrage installiert.¹¹⁸ Er hatte in einem Fall unterbliebener Belehrung zu konsularischem Beistand zunächst ein (offenbar folgenreiches) Beweisverwertungsverbot verneint, obwohl mit dem verletzten Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK dem Beschuldigten eine „Verbesserung seiner Verteidigungschancen eingeräumt werden soll“¹¹⁹ und der Senat ein „Beruhen der Beweiswürdigung [...] auf den Ergebnissen der in dieser Situation erfolgten Vernehmungen [...] nicht ausschließen“ konnte.¹²⁰ Völlig überraschend wendete der Senat sodann jedoch die neu kreierte Anrechnungslösung an, da er es „für angezeigt [erachtet], die Rechtsverletzung zu kompensieren“¹²¹ und „bislang nicht entschieden worden ist, in welcher Form die Kompensation einer Verletzung von Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK [...] vorzunehmen“ sei.¹²² „Der Senat bestimmt das Maß der als vollstreckt geltenden Strafe angesichts des jeweiligen Gewichts des Verstoßes und seiner Auswirkungen sowie der jeweiligen Tatvorwürfe bei beiden Beschwerdeführern jeweils mit sechs Monaten.“¹²³

Damit hat der 5. Senat gleich noch einen weiteren „Systemwechsel“ uraufgeführt: Wir kompensieren nicht mehr Verzögerungen mit Straferlass, vergleichen also nicht mehr Äpfel mit Birnen, sondern, ein Wort *Hans-Ullrich Paeffgens* zugespitzt, „Äpfel mit Kaulquappen“¹²⁴: „Fehler und Kompensation [haben] schlicht nichts miteinander zu tun.“, sagt

¹¹⁵ *Winkler*, jurisPR-StrafR 8/2008 Anm. 1.

¹¹⁶ BGHSt 52, 48 (Nr. 25).

¹¹⁷ *K. Weber*, JR 2008, 36 (38); *Kraatz*, JR 2008, 194; *Winkler*, jurisPR-StrafR 8/2008 Anm. 1; dagegen *Heghmanns*, ZJS 2008, 198 (199).

¹¹⁸ BGHSt 52, 48 mit Bespr.-Aufsatz *Weigend*, StV 2008, 38.

¹¹⁹ BGHSt 52, 48 (Nr. 23).

¹²⁰ BGHSt 52, 48 (Nr. 20).

¹²¹ BGHSt 52, 48 (Nr. 24).

¹²² BGHSt 52, 48 (Nr. 27).

¹²³ BGHSt 52, 48 (Nr. 31).

¹²⁴ *Paeffgen*, StV 2007, 486 (487).

¹⁰⁷ *Kraatz*, JR 2006, 403 (406); s. jetzt auch *Kraatz*, JR 2008, 189 (192).

¹⁰⁸ *Paeffgen*, StV 2007, 486 (494).

¹⁰⁹ *Weigend*, StV 2008, 38 (44).

¹¹⁰ *Gaede*, JR 2008, 422.

¹¹¹ BGH NJW 2008, 307 (Nr. 30).

¹¹² Siehe dazu im Einzelnen *Scheffler* (Fn. 16), S. 262 ff.

¹¹³ EGMR NJW 2001, 2694 (Nrn. 132 ff.); näher *Demko*, HRRS 2005, 403.

¹¹⁴ *Paeffgen*, StV 2007, 486 (487).

*Weigend*¹²⁵. *Kraatz* ergänzt, dass die Vollstreckungslösung hier „nichts zu suchen“ habe¹²⁶. „Das Recht auf Verfahrensbeschleunigung und das Recht auf ein faires Verfahren, das die effektive Verteidigungsteilnahme vor und bezüglich der Urteilsfindung garantiert, sind [...] eigenständige und sachlich verschiedene Rechte“, präzisiert *Gaede*.¹²⁷ *Mark Deiters* formuliert das so: Ein Vollstreckungsrabatt „kommt allenfalls in Betracht, wenn eine Entschädigung als Rechtsfolge angemessen erscheint. Das mag im Fall der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung und möglicherweise auch bei staatlich veranlasster Tatprovokation der Fall sein. Wo die Verletzung einer Belehrungspflicht in Rede steht, kann als Ausgleich nur ein Verwertungsverbot in Betracht gezogen werden.“¹²⁸

Zudem ist ausgerechnet der 3. Strafsenat, das Gericht, das die Anrechnungslösung als erstes angewendet hat, hier dem 5. Senat ebenfalls bei seiner Weiterentwicklung in die Parade gefahren¹²⁹ und hat damit für „erhebliche Konfusion“¹³⁰ gesorgt: „Dieser Ansicht vermag sich der [3.] Senat nicht anzuschließen. Die Folgen, die Verstöße gegen das Verfahrensrecht (gleich, ob dieses nationalen oder völkervertragsrechtlichen Ursprungs ist) in der Revisionsinstanz nach sich ziehen, sind in den §§ 337, 338, 353, 354 StPO abschließend geregelt [...]. Aus der Rechtsprechung zur Kompensation konventions- und damit gleichzeitig rechtsstaatswidriger Verstöße gegen das Gebot zügiger Durchführung von Strafverfahren (Art. 5 III 1, 6 I 1 EMRK) kann nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Diese Rechtsprechung beruht auf den Besonderheiten der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [...]. Hieran haben sich die Straferichte auszurichten. Dies ändert indes nichts daran, dass es sich bei dieser Kompensation um ein mit dem sonstigen Straf- und Strafverfahrensrecht nur schwerlich in Einklang zu bringendes Rechtsinstitut handelt. Es ist daher nicht auf Bereiche auszudehnen, in denen seine Anwendung durch entsprechende völkervertrags- oder verfassungsrechtliche Vorgaben nicht geboten ist. So liegt es bei Verstößen gegen Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK. Weder das Konsularübereinkommen noch das Rechtsstaatsgebot schreiben vor, dass der Angeklagte für ein (zeitweiliges) Unterbleiben der Belehrung über das Konsultationsrecht zu entschädigen ist.“¹³¹

Mir fiele da in der Tat noch einiges ein, etwa: Weg mit der Widerspruchslösung... Bei unterlassenen Belehrungen können wir ja auch außerhalb des konsularischen Bereichs ein paar Monate Freiheitsstrafe als vollstreckt fingieren. Oder die „Klassiker“ der „schwersten Rechtsstaatswidrigkeiten“ aus den 1980er Jahren. „Völkerrechtswidrige Ergreifung“? Ausspähen der Verteidigung? Staatlich gelenkte öffentliche Vorverurteilung? Beweismethoden? Vielleicht auch verbotene Vernehmungsmethoden? Alle Probleme geklärt! Kein Freispruch, keine Einstellung, kein Beweisverwertungsverbot, keine Entschädigung – stattdessen schieben wir jedem ein paar Monate zu, die er als schon abgesehen betrachten darf!

¹²⁵ *Weigend*, StV 2008, 38 (44).

¹²⁶ *Kraatz*, JR 2008, 189 (194).

¹²⁷ *Gaede*, JZ 2008, 422 (423).

¹²⁸ *Deiters*, ZJS 2008, 212 (214).

¹²⁹ BGH NJW 2008, 1090 mit zust. Anm. *Senge*, jurisPR-StrafR 10/2008 Anm. 5.

¹³⁰ *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2008, 185.

¹³¹ BGH NJW 2008, 1090 (Nrn. 25 f.)

Gaede erwartet auch aus der Perspektive der Verteidigung diesen dogmatischen Irrweg. Sie muss – und sei es wider besseres Wissen – die Anrechnungslösung überall ins Gespräch bringen: Die Anrechnungslösung bedeute „minderwertige Verfahrensstandards durch eine effektiv geringere Strafbelastung [zu] erkaufen“,¹³² denn natürlich könne kein „unfares Verfahren durch Milde bei den verhängten Rechtsfolgen fair werden“.¹³³ Nur: „Es wird nun regelmäßig die Vollstreckungslösung als vermittelnde Option im Raum stehen, da sich Verteidiger kaum leisten können, diese Mindestkonsequenz nicht einzufordern, wenn ihnen der BGH das angestrebte Verwertungsverbot verwehrt.“¹³⁴ „Konkreter: Warum soll eine im Verfahren fortwirkende rechtswidrige Erlangung von Beweismitteln nicht allgemein wenigstens durch eine Anrechnung bei der Vollstreckung kompensiert werden?“¹³⁵

Der 3. Strafsenat hat dem jedenfalls schon apodiktisch eine Absage erteilt:¹³⁶ „Beruht ein Urteil ganz oder teilweise auf einem Verfahrensfehler, so ist es in dem entsprechenden Umfang aufzuheben; ist ein Beruhen dagegen auszuschließen, so ist die Revision zu verwerfen. Andere Möglichkeiten bestehen nicht. Insbesondere ist es dem Staat verwehrt, dem Angeklagten Verfahrensverstöße, die sich auf das Urteil ausgewirkt haben, durch einen Vollstreckungsrabatt gewissermaßen ‚abzuhandeln‘; denn dies würde auf die Dauer zu einer nicht hinnehmbaren Relativierung des Verfahrensrechts führen.“

Leipold/Beukelmann kommentieren das in NJW-Spezial wie folgt:¹³⁷ „Nachdem der 3. Strafsenat hier [...] die vom 5. Senat propagierte Kompensation durch Anrechnung auf die Strafvollstreckung ablehnt, erscheint es unabdingbar, dass der Große Senat für Strafsachen in dieser Frage ein klärendes Wort spricht.“¹³⁸ Na prima. Nach dem Großen Senat ist vor dem Großen Senat. Denn bei der Anrechnungslösung ist zu konstatieren, dass „etwas Grundsätzliches nicht stimmt“.¹³⁹ Vielleicht kann ja nunmehr vor einem neuerlichen „Systemwechsel“ der schon so schön beredete „fruchtbare Dialog“ zwischen Wissenschaft und Praxis stattfinden... .

¹³² *Gaede*, JZ 2008, 422 (424).

¹³³ *Gaede*, JZ 2008, 422 (423).

¹³⁴ *Gaede*, JZ 2008, 422 (424).

¹³⁵ *Gaede*, JZ 2008, 422 (423).

¹³⁶ BGH NJW 2008, 1090 (Nr. 25).

¹³⁷ *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2008, 185.

¹³⁸ Siehe auch *Artkämper*, StRR 2008, 107: „Ob das BVerfG und der EuGH diesen ‚Systemwechsel‘ mittragen, bleibt abzuwarten; *Kraatz*, JR 2008, 189 (195): „Der Ruf nach dem Gesetzgeber wird [...] lauter. Lassen Sie uns alle mit einstimmen!“

¹³⁹ *Weigend*, StV 2008, 38 (44).