

Von simplen Rechenexempeln und numerischer Strafreduzierung

Eine Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09. 10. 2008 – 1 StR 238/08*

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

Es war *Imme Roxin*, die es vor gut zwanzig Jahren so ziemlich als Erste konsequent versuchte, Verfahrensverzögerungen schematisch auf die Strafe anzurechnen. Ein Tag Verzögerung sollte, so ihre Vorstellung, einen Tag die Strafe verkürzen. Das sei ein »simplen Rechenexempel«.¹

I. Schon damals bekam man aber zu der Frage, wann denn nun eine zu berücksichtigende Verfahrensverzögerung vorliegt, unisono einen Rekurs auf einen Satz des *BVerfG* – genauer gesagt: eines *Vorprüfungsausschusses* – zu hören, der jedenfalls für mich mehr verklärte als erklärte.

»Bei der Frage, ob eine dem Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes widerstrebende Verfahrensverzögerung vorliegt, und bei der Bestimmung der gebotenen Reaktion sind insbesondere der durch die Verzögerungen der Justizorgane verursachte Zeitraum der Verfahrensverlängerung, die Gesamtdauer des Verfahrens, die Schwere des Tatvorwurfs, der Umfang und die Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes sowie das – insbesondere durch begleitende Zwangsmaßnahmen verstärkte – Ausmaß der mit dem Andauern des schwebenden Verfahrens verbundenen Belastung des Beschuldigten in den Blick zu nehmen. Verfahrensverzögerungen, welche der Beschuldigte selbst, sei es auch durch zulässiges Prozeßverhalten, verursacht, werden in aller Regel nicht geeignet sein, die Feststellung einer seine Rechte verletzenden überlangen Verfahrensdauer zu begründen.«²

Verlängerungszeitraum – Gesamtdauer – Schwere des Tatvorwurfs – Umfang und Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes – Belastung des Beschuldigten – Prozeßverhalten des Beschuldigten . . . Das sind sechs oder siebenfach Kriterien, deren Umfang im einzelnen ohne Weiteres nicht festgestellt werden kann und bzgl. deren Binnenstruktur im Dunkeln bleibt.

Die Vorprüfer – inzwischen zu *BVerfG*-Kammern aufgewertet – blieben aber auf dieser Linie: Die Strafgerichte müßten nach diesen Kriterien

»die Verletzung des Beschleunigungsgebots ausdrücklich feststellen und das Ausmaß der Berücksichtigung dieses Umstandes näher bestimmen«.³

Und noch weiter: »Näher bestimmen« bedeute,

»das Ausmaß der vorgenommenen Herabsetzung der Strafe durch Vergleich mit der ohne Berücksichtigung der Verletzung des Beschleunigungsgebotes angemessenen Strafe exakt zu bestimmen«.⁴

Die Strafgerichte gehorchten. Rechnen ja. Aber nichts mit einem simplen Rechenexempel. Im Gegenteil. Ungefähr seit Anfang des Jahrtausends setzte sich eine immer weitergehende Differenzierung durch:⁵

• Die festgestellten Verfahrensverzögerungen im eigentlichen Sinn müssen »einer Abwägung der konkreten Umstände im jeweiligen Einzelfall« ausgesetzt werden: »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 . . . Zu berücksichtigen sind nur Verfahrensverlängerungen, die durch Verzögerungen der Justizorgane verursacht worden sind.«

• Und weiter: Die »nach Maßgabe dieser Kriterien festzustellende rechtswidrige Verfahrensverzögerung wirkt sich als selbständiger Strafmilderungsgrund neben dem langen Zeitabstand zwischen Tat und Urteil sowie der Belastung des Angeklagten durch die lange Verfahrensdauer« aus!

Kurzum: Für den Strafmilderungsgrund »Verzögerung« blieb zunächst einmal ohnedies nur übrig, was nicht schon die Milderungsgründe des Zeitablaufs (resp. der Verjährungsnahe) oder der Verfahrensbelastungen leisten konnten. Dann war zu entscheiden, ob der Stillstand normativ den Justizorganen (und nicht der Verteidigung) angelastet werden sollte. Ferner war noch eine Art Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Und um dieses wenig simple Rechenexempel dann nach außen zu belegen, wurde noch gefordert, zwei Strafhöhen explizit auszuwerfen: Eine ohne Berücksichtigung der Verzögerungen (jedoch mit Berücksichtigung des Zeitablaufs und der Verfahrensbelastungen), und eine mit Berücksichtigung der Verzögerungen!

Diese Vorgaben, die aus der Rechtsprechung von *BVerfG* und *EGMR* abgeleitet wurden, waren einigen *BGH*-Senaten ein Dorn im Auge: Man sah die »numerische Strafreduzierung« als »mit dem sonstigen System des Strafzumessungsrechts . . . nicht übereinstimmend«⁶ und sprach von einem »Fremdkörper«.⁷

II. Weitgehend unberührt von solchen Rechnereien blieb nun eine Wirtschaftsstrafkammer des *LG Würzburg* als Tatsacheninstanz in der hier zu besprechenden Entscheidung.

* BGH StV 2008, 633.

1 *I. Roxin* Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1. Aufl. 1988 (inzwischen 4. Aufl. 2004), S. 260; s. dazu *Scheffler StV* 1995, 390 f.

2 *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß) NJW 1983, 867.

3 *BVerfG* (Kammer) NJW 1993, 3254 (3255).

4 *BVerfG* (Kammer) NSTz 1997, 591.

5 Vgl. *Scheffler JR* 2003, 510.

6 BGH NSTz 2005, 465 (466); s. auch BGH NSTz 2008, 39 (40).

7 BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Milderung 5; s. auch BGH NSTz 2008, 39 (40).

Die *Strafkammer* hatte an sich eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten als verwirkt angesehen. Sie hat dann zum Ausgleich dafür, daß »nach den Feststellungen des *OLG Bamberg* im Beschluß vom 19. 12. 2006 [im Fall eines früheren Mitangeklagten] es zu einer vermeidbaren Verfahrensverzögerung von 4 Monaten gekommen« sei, »da der ursprünglich bestimmte Hauptverhandlungstermin vom 17. 05. 2006 aufgehoben« worden war, von der eigentlich als schuldangemessen erachteten Freiheitsstrafe einen bezifferten Strafabschlag von sechs Monaten vorgenommen und gegen die Angeklagte eine Freiheitsstrafe von einem Jahr verhängt. Der *1. Strafsenat* des *BGH* war »not amused« ob dieser simplen Rechnungen.

Richtig bemängelt er zunächst, daß selbst dann, wenn man bloße Bezugnahmen im Urteil hinsichtlich des Umfangs von Verzögerungen auf andere Entscheidungen zuläßt, dies seine Grenze finden muß, wenn es um Haftentscheidungen geht, weil dem Haftrecht andere, strengere Verzögerungskriterien zugrunde liegen: Was Art. 5 Abs. 4 EMRK schon verletzt, muß nicht auch schon Art. 6 Abs. 1 EMRK tangieren.

Des weiteren weist der *Senat* darauf hin, es würden zwar die zur Vorbereitung und Terminierung des neuen, zudem nach einem Wechsel des Kammervorsitzes und des Berichterstatters in neuer Gerichtsbesetzung stattfindenden Hauptverhandlungstermins erforderlichen Zeitspannen erkennbar berücksichtigt. Insoweit ein simples Rechenexempel. Es wäre aber stattdessen festzustellen gewesen, welcher Zeitraum bei zeitlich angemessener Verfahrensgestaltung für die Erledigung der entsprechenden Maßnahmen in der vorliegenden umfangreichen Wirtschaftsstrafsache, die wegen mehrerer Tatkomplexe gegen zwei Angeklagte geführt wurde, beansprucht werden durfte. Denn dieser sei bei der Berechnung der Dauer der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nicht einzubeziehen.

Vor allem weist der *1. Strafsenat* des *BGH* die dann letztlich vom *Landgericht* gewählte Anrechnungsquote von 1 : 1,5 mit Nachdruck zurück. Schon der damalige Vorschlag *Imme Roxins*, hier die simpelste Quote von 1 : 1 zugrunde zulegen, mußte sich die Kritik gefallen lassen, daß der Haft vergleichbare Verfahrensbelastungen durch lediglich saumseliges Judizieren kaum vorstellbar seien.⁸ Auch das kürzliche – irrtümliche? – Abstellen des *3. Strafsenats* des *BGH* auf § 51 Abs. 1 Satz 1 (statt auf § 51 Abs. 4 Satz 2) StGB⁹ – also auch 1 : 1 – ist sofort nachdrücklich gerügt worden.¹⁰

III. Schließlich hat der *1. Senat* das *LG Würzburg* auf den zwischenzeitlichen »Systemwechsel« hingewiesen, nachdem der *Große Senat für Strafsachen* am 17. 01. 2008 entschieden hatte, daß Verfahrensverzögerungen nicht in der Strafzumessung zu kompensieren seien (Strafabschlagsmodell), sondern nur entsprechend § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB als vollstreckt angerechnet werden dürften (»Anrechnungs«- oder »Vollstreckungslösung«).¹¹

»Wie bisher sind zunächst Art und Ausmaß der Verzögerung sowie ihre Ursachen zu ermitteln und im Urteil konkret festzustellen. Diese Feststellung dient zunächst als Grundlage für die Strafzumessung. 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. Die entsprechenden Erörterungen sind als bestimmende Zumessungsfaktoren in den Urteilsgründen kenntlich zu machen (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO); einer Bezifferung des Maßes der Strafmilderung bedarf es nicht.«¹²

Insofern hatte sich nichts geändert. Dann aber kam der »Systemwechsel«:

»Hieran anschließend ist zu prüfen, ob vor diesem Hintergrund zur Kompensation die ausdrückliche Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung genügt; ist dies der Fall, so muß diese Feststellung in den Urteilsgründen klar hervortreten. Reicht sie dagegen als Entschädigung nicht aus, so hat das Gericht festzulegen, welcher bezifferte Teil der Strafe zur Kompensation der Verzögerung als vollstreckt gilt. Allgemeine Kriterien für diese Festlegung lassen sich nicht aufstellen . . .«¹³

Diesen vom *Großen Senat* vorgenommenen Systemwechsel weg vom Strafzumessungs- und hin zum Anrechnungsrecht entsprechend § 51 StGB als Entschädigung, auf den ersten Blick frappierend plausibel, habe ich als »Systemwechsel ohne System« umfangreich kritisiert.¹⁴

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.«¹⁵ 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.¹⁶

Der *Große Senat* dagegen stellte in den Mittelpunkt, daß ein großer Vorteil seiner Lösung das Abrücken von der verpönten »numerischen Strafreduzierung« wäre:

Durch den Übergang zur Vollstreckungslösung wird die Strafenbildung von der Notwendigkeit befreit, einen einzelnen Zumessungsaspekt in mathematisierender Weise durch bezifferten Strafabschlag . . . auszuweisen. Gerade diese rechnerische Vorgehensweise ist zu Recht kritisiert worden. Selbst in Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ist sie als Fremdkörper in der Strafzumessung sowie systemwidrig bezeichnet und es ist für wünschenswert erachtet worden, diese – ansonsten als rechtlich verfehlt erachtete – Mathematisierung der Strafenfindung zu überdenken . . . Zwar kann die durch Anrechnung vorgenommene Kompensation den Rechtsfolgenausspruch – schon wegen der entsprechenden Vorgaben des *EGMR* und des *BVerfG* – nicht von jeder Mathematisierung freihalten. Jedoch verlagert sie durch ihre Anlehnung an § 51 StGB die Bezifferung der Entschädigung zumindest in einen Bereich, der schon nach der gesetzlichen Konzeption derartigen Berechnungen offen steht und in diesem Rahmen auch eine zahlenmäßige Bewertung verfahrensbedingt erlittener Nachteile kennt (vgl. § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB). Die eigentliche Strafzumessung wird demgegenüber nicht mehr mit ihr wesensfremden Anforderungen belastet.«¹⁷

IV. Unabhängig von der theoretischen Einordnung des § 51 StGB gilt folgendes: Die Kompensation erlittener Untersuchungshaft erfolgt doch nur deshalb in Form der Anrechnung der Freiheitsstrafe, weil die gewissermaßen zufällig mögliche »Naturalrestitution« aus auf der Hand liegenden Gründen gegenüber der Geldzahlung vorzugswürdig erscheint. Warum soll es bei kompensationsbedürftigen Verfahrensverzögerungen (wohlgemerkt: ohne Berücksichtigung der dadurch entstandenen Verfahrensbelastungen!) nicht »wesensfremd« sein, in der Strafzumessung richterliche Saumseligkeit

8 Scheffler StV 1995, 390.

9 BGH NJW 2007, 3296.

10 BGHSt (GrS) 52, 124 (Rn. 56); K. Weber JR 2008, 36 (»erstaunliches Ergebnis«); I. Roxin StV 2008, 18; Heghmanns ZJS 2008, 200; Scheffler ZIS 2008, 275.

11 BGHSt (GrS) 52, 124 m. Bespr.-Aufsatz Scheffler ZIS 2008, 269 ff.

12 BGHSt (GrS) 52, 124 (Rn. 55).

13 BGHSt (GrS) 52, 124 (Rn. 56).

14 Scheffler ZIS 2008, 270 ff.

15 BGHSt (GrS) 52, 124 (Rn. 47).

16 Vgl. schon BGHSt 4, 325 (326).

17 BGHSt (GrS) 52, 124 (Rn. 44 f.).

ten mit Milderung aufzuwiegen? *Paeffgen* hat Recht: Hier werden »Äpfel mit Kaulquappen« verglichen!¹⁸

Dabei ist die Lösung so naheliegend: Entschädigt wird im deutschen Recht nun mal – jedenfalls, wenn Naturalrestitution ausscheidet – durch Geldzahlung. *Paeffgen* deshalb weiter: »Vielleicht sollte man doch noch einmal über die Frage einer Entschädigung für amtspflichtwidriges Strafverfolgen nachdenken.«¹⁹ *Volkmer* hat dies vor kurzem ausführlich erörtert.²⁰

Eine weitere Zerrüttung der Staatsfinanzen wäre wohl nicht unbedingt zu befürchten. Schon der *Große Senat* hatte deutlich gemacht, daß es im Einzelfall ohne Kompensation für die Verzögerungen gehen dürfte:

»Nach der Rechtsprechung des EGMR (kann) ... die ... Anerkennung des Konventionsverstößes ... je nach den Umständen als Kompensation hinreichen ...«²¹

Der *I. Strafsenat* griff dies sofort auf und bahnte jedenfalls im besprochenen Fall dem Tatrichter den Weg zur völligen Nichtberücksichtigung der eingetretenen Verzögerungen:

»Für den Fall, daß auch das neue Tatgericht nach den neu zu treffenden Feststellungen zu der Überzeugung gelangt, daß ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK vorliegt, ... ist zu berücksichtigen, daß zur Kompensation der eingetretenen Verzögerung die bloße ausdrückliche Feststellung des Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK ausreichen kann und ein darüber hinaus gehender Ausgleich nach der »Vollstreckungslösung« nicht in jedem Fall geboten ist. Dies gilt umso mehr, als dem Abstand zwischen Tat und Aburteilung sowie dem wegen der Verfahrensdauer vom Landgericht angenommenen, an sich aber fern liegenden und jedenfalls konkret nicht belegten psychischen Druck auf die nicht inhaftierte Angeklagte bereits im Rahmen der Strafzumessung Rechnung zu tragen ist.«

V. Damit erscheint es für die zukünftige Rechtsentwicklung nicht ausgeschlossen, daß sich Kompensationen für Verfahren-

verzögerungen – egal, ob Vollstreckungsanrechnung oder Entschädigung – langsam aus der Rechtswirklichkeit (wieder) verabschieden werden. Das Tatgericht muß zwar weiter Verzögerungen mathematisch genau feststellen – freilich bei intuitivem Abzug der Zeit, die innerhalb des Nichtstuns für die unterlassene Tätigkeit hätte in Anspruch genommen werden dürfen. Soweit diese Verzögerungen schuldrelevant sind, d. h. die Strafmilderungsgründe der Tatferne oder Verfahrensbelastungen betreffen, sind sie – nunmehr ohne ausdrückliche Benennung ihres Umfangs nach –, allgemein in der Strafzumessung zu berücksichtigen und keiner wie auch immer gearteten »numerischen Strafbemessung« zuzuführen. Erst die restlichen, genau zeitlich festgestellten Verzögerungen bedürfen nunmehr noch einer Kompensation – sind viele Fälle denkbar, wo dieser »Rest«, seine schuldrelevanten Aspekte längst abgeschieden, noch mehr Kompensation erfordert als ihre ausdrückliche Feststellung?

Das Rechtsfolgensystem entspräche dann weitgehend dem, das ich vor Jahren in meiner Habilitationsschrift entwickelte²²: Die schuldrelevanten zeitlichen Aspekte der Tatferne und vor allem der Verfahrensbelastungen sind im Rahmen der Rechtsfolgen zu berücksichtigen – unabhängig davon, ob sie durch Verzögerungen oder andere Umstände (etwa Ermittlungsschwierigkeiten) verursacht würden.

Dogmatisch stellte mich das zufrieden. Freilich: Rund 20 Jahre Bestrebungen namentlich des *BVerfG*, aber auch des *EGMR*, zu erreichen, daß überlange Verfahrensdauer von Tatgerichten mehr als nur als Lippenbekenntnis berücksichtigt werden muß, blieben auf der Strecke ...

18 *Paeffgen* StV 2007, 487; s. auch *Weigend* StV 2008, 44; *Gaede* JZ 2008, 423.

19 *Paeffgen* StV 2007, 492; s. auch *Weigend* StV 2008, 44.

20 *Volkmer* NStZ 2008, 608 ff.; s. auch *Kraatz* JR 2008, 189 ff.

21 BGHSt (GrS) 52, 124 (Rn. 38).

22 *Scheffler* Die Rechtsfolgen der überlangen Dauer von Strafverfahren, 1991.