

## Rechtsprechung

Angesichts der gewichtigen Strafmilderungsgründe ist die vom LG verhängte Jugendstrafe nicht so milde, daß ihre Herabsetzung unter dem Gesichtspunkt eines gerechten Schuldausgleichs unvertretbar wäre. Erzieherische Gründe allein gebieten ohnehin nicht die Verhängung einer Jugendstrafe von mehr als 5 Jahren (vgl. BGH Beschl. v. 27. 1. 1995 – 1 StR 634/95). *Ku.*

## Strafrecht

### 1.\* Verfahrensverzögerung durch Justizbehörden

StGB § 46; JGG §§ 17, 18; StPO §§ 347 II, 354 II

Eine allein von den Justizbehörden zu vertretende Verletzung des Beschleunigungsgebots bei der Zuleitung der Akten nach § 347 II StPO muß bei der Strafzumessung zugunsten des Angeklagten berücksichtigt werden. Dies gilt in besonderem Maße dann, wenn es sich um einen jugendlichen Angeklagten handelt, der sich schon seit längerer Zeit in U-Haft befindet. (Ls d. Schrifttg.)

BGH, Beschl. v. 15. 5. 1996 – 2 StR 119/96 (LG Darmstadt)

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen Mordes zu einer Jugendstrafe von 6 Jahren verurteilt.

Die Revision des Angekl. gegen diese Entscheidung führte zur Änderung des Strafausspruchs; der Senat setzte die Jugendstrafe auf 5 Jahre und 6 Monate herab.

Aus den Gründen: Auch die von der JugK festgesetzte Jugendstrafe von 6 Jahren ist aus Rechtsgründen an sich nicht zu beanstanden, so daß die Revision insgesamt zu verwerfen gewesen wäre.

Der Senat hatte jedoch bei seiner Entscheidung von Amts wegen zu berücksichtigen, daß das Verfahren nach Erlaß des tatrichterlichen Urteils in erheblicher Weise unter Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot verzögert worden ist (vgl. BGHR StGB § 46 II Verfahrensverzögerung 8).

Das angefochtene Urteil ist am 19. 1. 1995 verkündet worden und gelangte am 4. 3. 1995 zur Geschäftsstelle.

Obgleich eine Gegenerklärung zur Revisionsbegründung des Angekl. nicht abgegeben wurde, übersandte die StA die Akten erst am 8. 3. 1996 dem GBA, bei dem sie am 19. 3. 1996 eingegangen sind. Dem Senat liegen sie seit dem 19. 4. 1996 vor. Diese allein von den Justizbehörden, vornehmlich von der StA zu vertretende Verletzung des Beschleunigungsgebots bei der Zuleitung der Akten nach § 347 II StPO muß bei der Strafzumessung zugunsten des Angekl. berücksichtigt werden (vgl. BGHR aaO; BGH StV 1995, 130). Die Verfahrensverzögerung wiegt hier schwer, weil der jugendliche Angekl. sich bereits seit Dezember 1992 in U-Haft befindet und eine derart lange Dauer der U-Haft dem Erziehungszweck der Jugendstrafe zuwiderläuft. Außerdem konnten die gemäß § 88 JGG möglichen Entscheidungen vom zuständigen Vollstreckungsleiter bisher nicht vorbereitet und getroffen werden. Dabei ist es unerheblich, ob und gegebenenfalls wann eine vorzeitige bedingte Entlassung im vorliegenden Fall tatsächlich in Frage kommt; dies hat der Senat nicht zu beurteilen. Entscheidend ist, daß dem Angekl. die Chance einer für ihn günstigen Entscheidung genommen worden ist.

Der Senat hat in entsprechender Anwendung von § 354 II StPO wegen des erheblichen Verstoßes gegen den Beschleunigungsgrundsatz die Strafe um 6 Monate verringert.

Eine abschließende Sachentscheidung des Senats ist ausnahmsweise geboten, weil jede weitere Verfahrensverzögerung aus den genannten Gründen unvertretbar wäre (vgl. auch BGHR StPO § 354 I Strafausspruch 4; BGH Urt. v. 21. 12. 1993 = StV 1994, 242).

Anmerkung: [BGH, Beschl. v. 15. 5. 1996 – 2 StR 119/96] Strafverfahren werden, so wird gerne lamentiert, immer länger – und Statistiken mit mehr, häufig allerdings auch mit weniger großem Erfolg als Beleg hierfür herangezogen<sup>1</sup>. Zur „Gegensteuerung“ greift der Gesetzgeber in immer schnelleren Intervallen zum immer gleichen Mittel: Dem Abbau von Verfahrensrechten<sup>2</sup>. Seit einigen Jahren wird auch das Rechtsmittelrecht mit dem Rotstift angegangen: Einschränkung der Zurückverweisung durch das BerGer. (durchgeführt) und das RevGer. (geplant, hierauf wird noch zurückzukommen sein), Abschaffung der Sprungrevision (gefordert) sowie Einführung der Annahmberufung (durchgeführt, Erweiterungen geplant) und des Wahlrechtsmittels (geplant) sollen hier als Stichworte genügen<sup>3</sup>.

Nun bringt mich zum Nachdenken, daß ich gerade am Tag des Schreibens dieser Zeilen als Strafverteidiger in einer Jugendsache (Nr. 1 RiJGG zu § 55: „Aus erzieherischen Gründen ist es regelmäßig wünschenswert, daß das Jugendstrafverfahren möglichst schnell zum Abschluß gebracht wird ...“) eine – zudem höchst überflüssige – Nachfrage hinsichtlich meines Akteneinsichtsantrages erhalten habe, die ab richterlicher Verfügung bis zu meinem Schreibtisch 2 ½ Monate gebraucht hat; die Post ist diesmal schuldlos, der „verschlankte“, überlastete Schreibdienst soll ursächlich sein – werde ich nun in der nächsten Statistik als einer geführt, durch dessen Tätigkeit Jugendstrafverfahren verzögert werden?

Justizpolitik, die sogar auf „Stelleneinsparungen bei der Staatsanwaltschaft“ hinaus will, wie in neuen Gesetzentwürfen schon unverblümt betont wird<sup>4</sup>, dürfte in Zukunft vermehrt Sachverhalte hervorrufen wie den, mit dem sich hier der 2. Strafsenat des BGH beschäftigen mußte: Obwohl nicht einmal eine Revisionsgegenerklärung abgegeben wurde (vgl. Nr. 162 I RiStBV), dauerte es über 1 Jahr, bis die Akten von der StA beim LG zur Bundesanwaltschaft gelangten. Zwar hatte kein Geringerer als Werner Sarstedt schon 1971 geschrieben, er vermöge sich „an keinen Fall zu erinnern, in dem die gesetzliche Wochenfrist des § 347 I 2 StPO eingehalten worden wäre“ und häufig bräuchte die StA schon für die Erklärung keine Gegenerklärung abzugeben, Monate<sup>5</sup>; die Serie der Saumseligkeiten beim Übergang in das Revisionsverfahren, die die Gerichte in den letzten Jahren beschäftigt hat, dürfte aber doch wohl als alarmierende Entwicklung bezeichnet werden müssen:

BGHSt 35, 137: „fast 5 Jahre“

BayObLG StV 1989, 394: „mehr als 3 Jahre“

BGH StV 1994, 242: „über 1 Jahr“

BGH StV 1995, 130: „4 ½ Jahre“

BGH NStZ 1995, 355: „2 Jahre und 3 Monate“

Nun ist materiell wohl unumstritten, daß auf der Rechtsfolge-seite auf diese „unvorstellbaren Geschehnisse“<sup>6</sup> reagiert werden muß; die Rechtsprechung hebt hier regelmäßig vor allem darauf ab, ob und inwieweit von den Strafverfolgungsbehörden zu vertretene Verzögerungen vorliegen, während ich das ausschließliche Abstellen auf die Verfahrensbelastungen für den Beschuldigten für richtig erachte<sup>7</sup>. Insofern ist interessant, daß der 2. Strafsenat des BGH auch hier mit den Belastungen argumentiert hat: Der Beschuldigte habe für den Zeitraum der Verzögerungen weder der erzieherisch auszustaltenden Jugendstrafe zugeführt werden können, noch konnte eine Strafstaussetzung zur Bewährung in Erwägung gezogen werden. Freilich sind beide Argumente nicht ganz unproblematisch: Auch die U-Haft soll gegenüber einem

Heranwachsenden gem. §§ 93 II, 110 II 1 JGG – verfassungsrechtlich zweifelhaft<sup>8</sup> – erzieherisch ausgestaltet werden; wenn „an sich“ eine Strafrechtsaussetzung angezeit ist, liegt es nahe, den Haftbefehl aufzuheben<sup>9</sup>. Die Argumentation hätte vielleicht besser auf die belastende Ungewißheit hinsichtlich des Verfahrensausganges abgestellt werden können oder auch darauf, daß entgegen den verfassungsrechtlichen Vorgaben (Unschuldsvermutung!) U-Haft rechtstatsächlich belastender ist als Strafvollzug<sup>10</sup>.

Bei der formellen Umsetzung tauchen jedoch zwei weitere, gravierendere Probleme auf: Auf welcher Grundlage kann zunächst einmal ein RevGer. überhaupt die Verfahrensdauer *nach* dem tatrichterlichen Urteil berücksichtigen? Mit der Verfahrensruhe könnten Verzögerungen, die erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist auftreten, nicht mehr gerügt werden. Und was die Sachrüge angeht, ist der Strafausspruch im Urteil (noch) fehlerfrei. Der 3. *Strafsenat* des BGH hatte 1987 das Problem noch ignoriert<sup>11</sup>. Das *BayObLG* meinte 1 Jahr später, daß „zwischen der letzten Tatsacheninstanz und dem Tag der Revisionsentscheidung eingetretene tatsächliche neue Umstände ... nicht berücksichtigt werden“ können, selbst wenn sie allgemein oder gerichtskundig geworden sind – um es dann aber trotzdem „irgendwie“ zu tun<sup>12</sup>. Der 5. *Senat* des BGH konnte sich 1993 und 1994 jeweils auf ein obiter dictum zurückziehen<sup>13</sup>. Der 2. *Senat* schließlich hat Ende 1994 – worauf er sich hier wieder bezieht – die Verzögerungen „von Amts wegen berücksichtigt (§ 354 a StPO entsprechend)“<sup>14</sup> – ein Lösungsweg, der wohl auf einen Vorschlag von mir zurückgeht<sup>15</sup> und an Überlegungen von *Karl Peters* anknüpft<sup>16</sup>.

Das zweite Problem betrifft die Frage, wie denn die Gerichte überhaupt in entsprechender Anwendung von § 354 I StPO (der 2. *Senat* spricht irrtümlich von Abs. 2) „durcherkennen“ können. Denn für die neue Strafzumessung wäre an sich gem. § 354 II StPO der Tatrichter zuständig. Unabhängig davon, daß die Revisionsgerichte hier ihre Kompetenz in den letzten Jahren nicht unbedenklich auszuweiten scheinen<sup>17</sup>, ist in der vorliegenden Konstellation die Analogie vom Ergebnis hier vorgegeben: Weitere Verfahrensdauer (nur) zur Berücksichtigung von Verfahrensdauer kann nicht ernsthaft erwogen werden<sup>18</sup>. Freilich: § 354 StPO sieht dieses Verfahren – im Gegensatz zu § 79 VI OWiG – ausdrücklich nicht vor; zugrundelegen könnte man allenfalls die gelegentliche Ansicht in der Literatur, das RevGer. könne den Strafanspruch dann über den Wortlaut von § 354 I StPO selbst festlegen, wenn ihm die Strafzumessungstatsachen vollständig mitgeteilt worden sind<sup>19</sup>.

Nun will der Bundesrat in dem von ihm am 1. 3. 1996 beschlossenen „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (strafrechtlicher Bereich)“ § 354 StPO durch folgenden neuen Absatz 2 ergänzen: „Wegen einer Gesetzesverletzung nur bei *Zumessung der Rechtsfolge* kann das Revisionsgericht, auch wenn ein Fall des Absatzes 1 nicht vorliegt, auf Antrag der Staatsanwaltschaft von der Aufhebung des angefochtenen Urteils absehen, sofern die verhängte Rechtsfolge angemessen ist, oder die Rechtsfolgen angemessen herabsetzen.“<sup>20</sup> Das „Durcherkennen“ wäre sodann also auch in der hier besprochenen Konstellation auf eine klare Grundlage gestellt.

Lassen wir einmal außer Betracht, daß dieser Vorschlag nicht die Verbesserung des Verfahrensrechts im Auge hat, sondern ausschließlich, „Ressourcen zu gewinnen“<sup>21</sup>, was sich schon daran zeigt, daß laut selbst über die Abschaffung der Strafmaßrevision „in Anlehnung an § 363 StPO“ nachgedacht worden ist<sup>22</sup> – von der Verschlinkung zur Magersucht –, so ist doch zweierlei zu bemerken: Zum einen stellt die Nichtberücksichtigung eines Rechtsfehlers, auf dem das Urteil zwar beruht, das aber dennoch „angemessen“ ist, auch auf dem Boden der Spielraumtheorie eine eklatante Ungerechtigkeit zu Lasten des Angekl. dar: Ein Urteil ist aufgrund fehlerhafter Erwägungen (oder Verzögerungen wie hier) dem Tatrichter zu hoch ausgefallen – aber es soll noch als (schuld-)angemessen bestehen bleiben. Und (auch) in der hier angesprochenen Konstellation die Strafmilderung von einem diesbezüglichen Antrag der StA (beim RevGer.) abhängen zu lassen, macht zum anderen in gewisser Weise den Bock zum Gärtner: Die Verzögerung ist in den meisten Fällen ja gerade von der StA (beim LG) hervorgerufen worden. Und in dem spektakulärsten Fall mußte 1987 der 3. *Strafsenat* des BGH sogar ein Zurückverweisungsverbot regelrecht „erfinden“<sup>23</sup>, weil die Bundesanwalt-

schaft sich der vom BGH erstrebten Rechtsfolgenentscheidung – Einstellung gem. § 153 StPO – widersetze trotz dessen zutreffenden Vorwürfen an die landgerichtliche StA, den Verzögerungen nicht „nachhaltig entgegengetreten“ zu sein<sup>24</sup>. Schließlich ist es nicht auszuschließen, daß die StA beim RevGer. einmal selbst für die Verfahrensdauer verantwortlich ist. Die Mitwirkung der StA kann dem Angekl. also nur dann nicht schaden, wenn, wie im geltenden Recht, lediglich die Mindeststrafe ausgeworfen werden darf – mehr könnte er bei Zurückverweisung auch nicht erreichen. Ansonsten stellt sie ihn schlechter als § 79 VI OWiG den Betroffenen im Bußgeldverfahren: Milderung nur, soweit es Gericht und StA behagt – ohne eigene Mitwirkungsrechte<sup>25</sup>.

*Fazit:* Dem 2. *BGH-Senat* ist zuzustimmen, wenn er über §§ 354 I, 354 a StPO mittels mutiger Analogie Strafmilderung bei länger andauerndem Verfahrensstillstand nach dem tatrichterlichen Urteil gewährt. Die vom Bundesrat initiierte Änderung des § 354 StPO brächte nur auf den ersten Blick Verbesserungen in dieser Konstellation.

Professor Dr. Dr. Uwe Scheffler, Frankfurt (Oder)

1) S. dazu *Rieß* NStZ 1994, 411; *Widmaier* NStZ 1994, 414; *Gössel* Verh. 60. DJT, Teil C, S. 13.

2) Näher *Scheffler* GA 1995, 449 ff.

3) Näher *Scheffler* StV 1995, 599 ff.

4) RefE eines 1. Gesetzes zur Reform des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten v. 24. 5. 1995, S. 3 (unveröff.).

5) *Sarstedt* in Rechtsstaat als Aufgabe, 1987, S. 224 f.; vgl. auch *Sendler* DVBl 1982, 925.

6) *Kühne* EuGRZ 1988, 306 (zu BGHSt 35, 137).

7) Näher *Scheffler* Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 201 ff., 217 ff.

8) S. *Eisenberg* JGG, 6. Aufl., § 110 Rn 7 mwN.

9) Vgl. *KK-Boujong* 3. Aufl., § 112 Rn 48 mwN; *Kleinknecht/Janischowsky* Das Recht der Untersuchungshaft, 1977, Rn 116.

10) Näher *Paeffgen* Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986k, S. 265 f. mwN.

11) BGHSt 35, 137, 139 ff.

12) *BayObLG* StV 1989, 394, 395.

13) BGH StV 1994, 242; 1995, 130, 131.

14) BGH NStZ 1995, 335, 336 m. zust. Anm. *Uerpmann* = BGHR StGB § 46 II Verfahrensverzögerung 8.

15) *Scheffler* Die überlange Dauer von Strafverfahren, S. 260 f.; NStZ 1992, 80.

16) *K. Peters* Strafprozeß, 4. Aufl., § 75 V 2.

17) Vgl. nur *BGH* StV 1993, 62; s. auch *Foth* NStZ 1992, 444 ff.; *Hanack* StV 1993, 63 ff.

18) Näher *Scheffler* NStZ 1992, 79 f.; s. auch *Hanack* StV 1993, 64.

19) S. *Frisch* Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971, S. 299 ff.; *Bruns* StrafzumessungsR., 2. Aufl. (1974), S. 660 f.; *Batereau* Die Schuldspruchberichtigung, 1971, S. 112; *Roxin* StrafverfahrensR., 24. Aufl., § 53 Rn 72; dagegen ausdrücklich *Foth* NStZ 1992, 445; vgl. schon *Drost* Das Ermessen des Tatrichters, 1930, S. 60.

20) BR-Dr 633/95 (Beschluß), S. 8.

21) O. Fn 20, S. 1.

22) O. Fn 20, S. 52.

23) *Hillenkamp* NJW 1989, 2842.

24) BGHSt 35, 137, 138.

25) S. dazu *Hanack* StV 1993, 65; *Scheffler* NStZ 1992, 298.