



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

## **Stellungnahme**

**der Bundesrechtsanwaltskammer**

**zum**

**Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofes vom 23.08.2007**

**3 StR 50/07**

erarbeitet vom

### **Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin, Vorsitzender  
Rechtsanwalt und Notar Dr. Jochen Heidemeier, Stolzenau  
Rechtsanwalt Thomas C. Knierim, Mainz  
Rechtsanwalt Dr. Daniel Krause, Berlin  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Matt, Frankfurt am Main  
Rechtsanwalt Dr. Eckhart Müller, München  
Rechtsanwältin Anke Müller-Jacobsen, Berlin  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen  
Rechtsanwältin Dr. Anne Wehnert, Düsseldorf

Rechtsanwalt Dr. Jens Schmidt, Saarbrücken (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin  
Rechtsanwältin Mila Otto, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel

---

Dezember 2007

BRAK-Stellungnahme-Nr. 52/2007

Die Stellungnahme ist im Internet unter [www.brak.de/BRAK-Intern/Ausschüsse](http://www.brak.de/BRAK-Intern/Ausschüsse) einzusehen.

Verteiler:

Bundesgerichtshof

Bundesministerium der Justiz

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Bundesverband der Freien Berufe

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Deutscher Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Institut der Wirtschaftsprüfer

Deutscher Anwaltverein

Deutscher Notarverein

Deutscher Richterbund

Deutscher Juristinnenbund

Bundesvorstand Neue Richtervereinigung

Strafverteidigervereinigungen Organisationsbüro

Deutsche Strafverteidiger e.V.

Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag

Der Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats vom 23.08.2007 – 3 StR 50/07 beabsichtigt eine seit langer Zeit bewährte Praxis – Berücksichtigung von überlanger Verfahrensdauer im Bereich der Strafzumessung – durch ein „Anrechnungsmodell“ zu ersetzen, da dieses vorhandene Wertungswidersprüche vermeiden könne und daher den Vorzug verdiene. Das vom 3. Strafsenat vorgestellte „Anrechnungsmodell“ mag Wertungswidersprüche in einzelnen – in der Praxis sehr seltenen – Ausnahmefällen lösen können; der beabsichtigten Rechtsprechung würden jedoch zahlreiche weitere (ungelöste) Probleme folgen, die die bisher vorhandenen Widersprüche bei weitem überwiegen. Zudem begegnet das „Anrechnungsmodell“ straftheoretischen und rechtsstaatlichen Bedenken, so dass dieses im Ergebnis abzulehnen ist.

Im Einzelnen gilt folgendes:

### **I. Das „Anrechnungsmodell“ und seine praktischen Auswirkungen**

Der 3. Senat stellt in seinem Beschluss vom 23.08.2007 – zutreffend – fest, dass Fallkonstellationen existieren, welche die bisherige Rechtsprechung zur überlangen Verfahrensdauer nicht befriedigend zu lösen vermag, so z.B. das Zusammentreffen der überlangen Verfahrensdauer mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder die Frage, ob bei Feststellung einer überlangen Verfahrensdauer die gesetzlich vorgeschriebene zeitige Mindeststrafe – so der Ausgangsfall – unterschritten werden kann.

1. Das vom 3. Senat kreierte „Anrechnungsmodell“ löst jedoch – entgegen dessen Ansicht - zahlreiche Problemfälle aus, die die zuvor skizzierten Ausnahmefälle hinsichtlich der praktischen Relevanz bei weitem überwiegen dürften.

Insoweit sei auf folgende Beispielfälle verwiesen:

- a. Ungeklärt ist u.a. die Frage, wie eine Anrechnung erfolgt, wenn neben der als vollstreckt geltenden Freiheitsstrafe eine weitere Freiheitsentziehung – insb. Untersuchungshaft – anzurechnen ist und die ausgeurteilte Strafe die anzurechnende Strafe nicht erreicht.

**Beispiel 1:** Der Beschuldigte wird zu einer schuldangemessenen Strafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt; er saß 1 Jahr in Untersuchungshaft, der Haftbefehl wurde außer Vollzug gesetzt; das weitere Verfahren verzögerte sich erheblich, so dass das Gericht einen „Strafabschlag“ von einem Jahr als angemessen ansieht.

In diesem Fall wird sich die Frage stellen, in welcher Reihenfolge eine Verrechnung vorzunehmen ist; das Gesetz beantwortet diese Frage nicht. Weder dem Vollstreckungsrecht - §§ 453 ff. StPO – noch der Strafvollstreckungsordnung lässt sich eine Reihenfolge der Anrechnung entnehmen. Mit gutem Grund: Denn die in § 51 Abs. 1 StGB genannten Freiheitsentziehungen stehen gleichwertig nebeneinander; oder anders ausgedrückt, hat die Reihenfolge der Anrechnung keinerlei Auswirkungen auf mögliche Folgeentscheidungen. Anders sieht dies jedoch beim obengenannten Beispiel 1 aus. Würde zunächst die „fiktive Strafe“ angerechnet, würde der Fall demjenigen gleichstehen, in dem der Verurteilte Untersuchungshaft erlitten hat, welche die ausgerichtete Strafe übersteigt. Ihm würde nach Billigkeitsgesichtspunkten unter den Voraussetzungen des § 4 StrEG eine Strafrechtsentschädigung zustehen. Würde jedoch zunächst die Untersuchungshaft angerechnet, könnte die „fiktive Strafe“ nicht mehr vollständig angerechnet werden. Es stellt sich dann unweigerlich die Frage, ob der Verurteilte für den überschüssigen Teil Strafrechtsentschädigung begehren kann. § 7 StrEG sieht jedoch einen immateriellen Schadensersatz nur für **tatsächlich** verbüßte Freiheitsentziehungen vor (vgl. Meyer, Strafrechtsentschädigung 6. Auflage 2005, § 7 Rdnr. 36 ff.), so dass sich die weitere Frage einer analogen Anrechnung stellen würde. Hielte man diese für unzulässig, weil die Kompensation maximal zum vollständigen Ausgleich der schuldangemessenen Strafe führen könne, d.h. eine „Überkompensation“ unmöglich sei, führt dies jedoch automatisch zu der Frage der Anrechnungsreihenfolge, welche gesetzlich nirgends geregelt ist, d.h. auch im Wege einer analogen Anwendung nicht geschaffen werden kann.

- b.** Ähnliche Probleme lösen Fälle aus, in denen die schuldangemessene Geldstrafe aufgrund der Anrechnung „überkompensiert“ würde. Ein weiterer Beispielfall möge dies verdeutlichen:

**Beispiel 2:** A und B werden gemeinsam angeklagt; die Sache wurde mehrere Jahre lang nicht terminiert. Das Gericht verhängt schuldangemessene Geldstrafen, betreffend A 150 Tagessätze, betreffend B 90 Tagessätze.

Gleichzeitig stellt es fest, dass die überlange Verfahrensdauer dergestalt zu berücksichtigen ist, dass beide Strafen als vollständig vollstreckt gelten.

Die bisherige Rechtsprechung hätte den Beispielsfall 2 – adäquat – über Verfahrenseinstellungen nach §§ 153, 153a StPO gelöst. Würde das beabsichtigte Anrechnungsmodell umgesetzt, wäre dem der Weg versperrt. Zudem würde betreffend B die Frage aufzuwerfen sein, wie sich die Überkompensation im Ergebnis auswirkt. Da das StrEG eine Entschädigung für immaterielle Schäden nur bei Freiheitsentziehung vorsieht, in diesem Falle aber ausschließlich eine Geldstrafe überkompensiert würde, wäre anders als im Beispielsfall 1 eine Strafrechtsentschädigung definitiv ausgeschlossen. Abgesehen von der Ungleichbehandlung mehrerer Mitangeklagter, könnte im Ergebnis der zu einer Freiheitsstrafe verurteilte – Beispielsfall 1 - besser gestellt sein, als derjenige der lediglich zu einer Geldstrafe verurteilt worden ist, was ersichtlich nicht beabsichtigt sein kann.

**c.** Gänzlich unbefriedigend ist die Kombination der ersten beiden Beispielsfälle.

**Beispiel 3:** A und B werden gemeinsam angeklagt, nachdem lediglich A sechs Monate Untersuchungshaft verbüßt hat; nach einer erheblichen Verfahrensverzögerung, die das Gericht mit einem „Strafabschlag“ von einem Jahr bewertet, wird A zu einem Jahr Freiheitsstrafe verurteilt, während B freigesprochen wird.

Während bzgl. A – jedenfalls bei vorrangiger Anrechnung des Strafabschlages (vgl. oben) – eine Strafrechtsentschädigung in Betracht kommt, könnte B diese allenfalls dann beanspruchen, wenn diesem im Entschädigungsverfahren eine „fiktive Freiheitsstrafe“ angerechnet würde. Abgesehen von der zuvor aufgezeigten Problematik der analogen Anwendung des StrEG (vgl. oben), würde dann die weitere Frage zu stellen sein, weshalb im Falle des Freispruchs eine „fiktive Freiheitsstrafe“ mit den daraus resultierenden Entschädigungspflichten, nicht jedoch wie im Beispielsfall 2 eine „fiktive Geldstrafe“ angenommen würde, welche eine Entschädigung des immateriellen Schadens unmöglich machen dürfte (vgl. oben). B würde also im Ergebnis allenfalls nach mehreren „juristischen Klimmzügen“ eine Strafrechtsentschädigung erhalten; würde sich die Rechtsprechung diesen „Kraftakt“ ersparen, d.h. B keine Entschädigung zusprechen, stünde dieser trotz des Freispruchs bzgl. einer möglichen Entschädigung schlechter da, als der zu einer Freiheitsstrafe

verurteilte Mitangeklagte. Ein Ergebnis, das zeigt, welche unübersehbaren Wertungswidersprüche das beabsichtigte Anrechnungsmodell produzieren wird.

- d. Nicht zuletzt bleibt darauf hinzuweisen, dass die Anrechnung von erlittenem Freiheitsentzug nach allgemeiner Auffassung der Vollstreckungsbehörde vorbehalten ist (vgl. Isak/Wagner, Strafvollstreckung 7. Auflage 2004, Rdnr. 158 m.w.N.). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist die „Feststellung der Verbüßung“ nicht Bestandteil des Tenors und hat zudem rein deklaratorischen Charakter (vgl. BGH NStZ 1983, 524). Im Ergebnis würde also das „Anrechnungsmodell“ in die Kompetenz der Vollstreckungsbehörde eingreifen, welche die Strafzeitberechnung und damit auch die Frage etwaiger Anrechnungen zu prüfen hat.
- e. Festzuhalten bleibt also, dass das „Anrechnungsmodell“ unzulässig in den Kompetenzbereich der Vollstreckungsbehörde eingreift und zudem zahlreiche Widersprüche produziert, die bei Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung leicht vermeidbar sind.

## **II. Reform des Strafzumessungsrechts**

Das beabsichtigte „Anrechnungsmodell“ würde zudem zu einer weitreichenden Reform des geltenden Strafzumessungsrechts führen und ist auch daher abzulehnen.

1. Der 3. Senat weist selbst daraufhin, dass die bisherigen Rechtsprechung zur überlangen Verfahrensdauer auch im Bereich der unzulässigen Tatprovokation entsprechend angewandt worden ist. Wenn der Senat hierzu u.a. wörtlich ausführt,

„Auch aus der Auffassung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs, dass die unzulässige Provokation der Tat des Angeklagten einen Verstoß gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz des fairen Verfahrens darstellt, der bei der Strafzumessung zu Gunsten des Angeklagten wie eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zu beachten ist (BGHSt 45, 321; 47, 44), lässt sich nichts gegen das Vollstreckungsmodell herleiten. Dabei mag dahinstehen, ob

dieser Ansicht überhaupt zugestimmt werden könnte. Denn jedenfalls werden durch die unzulässige Tatprovokation das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters unmittelbar gemindert, so dass eine an den Strafausspruch anknüpfende Kompensation des rechtsstaatswidrigen Verhaltens der Strafverfolgungsorgane gegenüber dem Angeklagten hier mit Recht bei der Zumessung der Strafe nach § 46 StGB vorgenommen wird.“

übersieht er, dass nach geltendem Strafzumessungsrecht auch solche Gesichtspunkte im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen sind, die nicht ausschließlich die Tatschuld tangieren (vgl. Schönke-Schröder-Stree, StGB, 27. Auflage 2006, § 46 Rdnr. 8 m.w.N.). Als Beispiel seien Tatfolgen genannt, welche mit der Tat allenfalls mittelbar in Zusammenhang stehen, wie z.B. Medienberichterstattung, welche zu einer Existenzvernichtung des Angeklagten führt.

Nur am Rande sei angemerkt, dass selbst der 3. Senat der überlangen Verfahrensdauer ihre strafzumessungsrechtliche Bedeutung nicht in Gänze abspricht, wenn er in den Entscheidungsgründen ausführt, dass die überlange Verfahrensdauer auch Auswirkungen auf die Bemessung der Tatschuld habe (vgl. S. 15/16).

2. Unabhängig davon ist auf weitere Bereiche der Strafzumessung zu verweisen, in denen sich die Rechtsprechung seit langem eines bezifferten Strafabschlages bedient.

Zu nennen ist insoweit insbesondere die Thematik des sog. „Härteausgleichs“. Scheidet eine mögliche Gesamtstrafenbildung aus, da eine der Strafen bereits vollstreckt ist, wird dem Verurteilten nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein „Härteausgleich“ gewährt. Der Bundesgerichtshof fordert in diesem Zusammenhang, dass der gewährte Ausgleich in den Urteilsgründen „erkennbar“ wird, womit er sich der Rechtsprechung betreffend die überlange Verfahrensdauer beträchtlich annähert (vgl. BGHSt 41, 310).

Dass aber der „Härteausgleich“ einen überwiegend schuldabhängigen Faktor darstellt, dürfte unbestritten sein; die Übertragung des kreierte „Anrechnungsmodells“ wäre also insb. dann fraglich, wenn der „Härteausgleich“ allein deshalb zu gewähren ist, weil die Gesamtstrafenbildung unmöglich geworden ist, nachdem die erste Strafe aufgrund der überlangen Verfahrensdauer im Folgeverfahren vollständig vollstreckt worden ist. Folgendes Beispiel möge dies verdeutlichen:

**Beispiel 4:** A wird zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren verurteilt. Während des Vollzuges der Strafe wird ein weiteres Strafverfahren eingeleitet; nach Anklageerhebung bleibt die Akte liegen. Die Hauptverhandlung beginnt nachdem die 4-jährige Freiheitsstrafe vollständig verbüßt ist. Auch im zweiten Verfahren wird seitens der Strafkammer eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren als schuldangemessen angesehen. Da beide Strafen gesamtstrafenfähig wären, die Gesamtstrafe jedoch aufgrund der vollständigen Verbüßung der ersten Strafe unmöglich geworden ist, beabsichtigt die Kammer einen „Härteausgleich“ vorzunehmen. Zudem sieht sie es als notwendig an, dem Verurteilten für die überlange Verfahrensdauer einen Ausgleich zu gewähren.

Das Beispiel zeigt deutlich, dass die „überlange Verfahrensdauer“ die Strafzumessung in vielfältiger Art zu beeinflussen vermag; die überlange Verfahrensdauer hat Auswirkungen auf andere Bereiche der Strafzumessung, die wiederum ineinander greifen. Im Beispielsfall wäre es faktisch unmöglich, den „als vollstreckt geltenden Teil“ von dem im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigenden Teil zu trennen, Wertungswidersprüche wären die unweigerliche Folge.

3. Nicht zuletzt ist die neueste Entwicklung der Rechtsprechung zu berücksichtigen; der 5. Senat hat jüngst das „Anrechnungsmodell“ bereits zur Anwendung gebracht, nachdem er es als erforderlich ansah, einen Verstoß gegen die Belehrungsvorschriften des WKÜ angemessen zu kompensieren (vgl. BGH, Beschl. v. 25.09.2007 – 5 StR 116/01; 5 StR 475/02).

Auch dies ist ein Beleg dafür, dass das vom 3. Senat aufgeworfene Problem von genereller Natur ist, d.h. das Anrechnungsmodell die Strafzumessung insgesamt in nicht überschaubarer Weise beeinflussen wird.



### III. Unzulässige Analogie

Der 3. Senat bedient sich ferner einer analogen Anwendung des § 51 Abs. 1 StGB, so dass die Frage aufgeworfen werden muss, ob ein Verstoß gegen das im Strafrecht geltende Analogieverbot vorliegt.

Die ständige Rechtsprechung sah bislang die überlange Verfahrensdauer als einen ausschließlich strafzumessungsrechtlich erheblichen Faktor an; selbst der 3. Senat erkennt an, dass die überlange Verfahrensdauer – jedenfalls auch – strafzumessungsrechtliche Bedeutung hat. Folglich kommt eine unmittelbare Berücksichtigung der überlangen Verfahrensdauer über § 46 StGB in Betracht. Ist aber die unmittelbare Anwendung des § 46 StGB möglich, mangelt es an einer Regelungslücke, so dass eine analoge Anwendung bereits aus diesem Grunde zwingend ausscheidet.

Dabei soll nicht verkannt werden, dass es Ausnahmefälle geben mag, bei denen eine unmittelbare Anwendung ausscheidet, da eine Reduktion der Strafe gesetzlich ausgeschlossen ist, so z.B. im Fall der lebenslangen Freiheitsstrafe oder eine zeitigen Mindestfreiheitsstrafe ohne eine Regelung des minder schweren Falles. Insoweit handelt es sich jedoch um in der Praxis sehr seltene Ausnahmefälle. In der Regel sehen die Straftatbestände mit erhöhten Mindeststrafen einen minder schweren Fall vor; eine überlange Verfahrensdauer bei lebenslanger Freiheitsstrafe dürfte eine „exotische Ausnahme“ darstellen, zumal hier jedenfalls bei der Frage der Schuldschwere eine Berücksichtigung möglich wäre.

Ist also insoweit eine Regelungslücke festzustellen, begegnet es indes methodischen Bedenken, aus dem Ausnahmefall auf eine Regel zu schließen, d.h. die Lücke durch eine uneingeschränkte analoge Anwendung betreffend **alle** Fälle mit überlanger Verfahrensdauer zu schließen.

Daneben wäre derjenige Verurteilte, der durch unmittelbare Anwendung des § 46 StGB angemessen abgeurteilt werden kann, durch die analoge Anwendung benachteiligt, wenn er z.B. zu einer „schuldangemessenen Strafe“ von 2 ½ Jahren verurteilt wird und aufgrund des „Anrechnungsmodells“ mangels „Strafabschlages“ eine Bewährungsstrafe nicht mehr möglich ist. In diesem Falle erweist sich die analoge Anwendung als nachteilig und verstößt somit gegen das Analogieverbot.

#### IV. Rechtsstaatliche Bedenken

Schließlich begegnet die vom 3. Senat in Vorschlag gebrachte „Anrechnungslösung“ auch deshalb rechtsstaatlichen Bedenken, da eine Inkongruenz mit außerstrafrechtlichen Folgeentscheidungen entstehen kann. Ein weiteres Beispiel möge dies verdeutlichen:

**Beispiel 5:** Der Beschuldigte ist Beamter. Er wird angeklagt; das Gericht sieht eine Freiheitsstrafe von einem Jahr als erforderlich an, stellt jedoch zugleich fest, dass eine solch schwerwiegende Verfahrensverzögerung vorliegt, dass die zu verhängende Strafe als vollständig verbüßt anzusehen ist.

Während nach dem bisherigen Modell eine Reduktion der Strafe unterhalb der 1-Jahres-Grenze oder sogar eine Einstellung gemäß §§ 153, 153a StPO möglich wäre, müsste nach dem „Anrechnungsmodell“ eine Freiheitsstrafe von einem Jahr ausgeurteilt werden, die per Gesetz den Verlust der Beamteneigenschaft zur Folge hätte. Da das Beamtenrecht insoweit keinerlei (Ermessens-)spielräume zulässt, wäre der Verlust des Arbeitsplatzes die unweigerliche Folge, obwohl das Strafgericht bindend festgestellt hat, dass ein derart schwerwiegender Fehler der Justiz vorliegt, welcher die vollständige Kompensation der schuldangemessenen Strafe auslöst.

Wird jedoch der Strafanspruch des Staates – aufgrund eigener schwerer Versäumnisse – (auf Null) reduziert, begegnet es durchgreifenden Bedenken, eine zwingende außerstrafrechtliche Rechtsfolge vorzusehen, die trotz dieser schweren Fehler keinerlei (Ermessens-)spielraum zulässt. Das nämlich die Rechtsfolgen nicht ausschließlich auf das begangene Unrecht abstellen, sondern in erheblichem Maße auch den Strafanspruch des Staates berücksichtigen, belegt ein Vergleich mit der strafrechtlichen Verjährung. Ist die Straftat verjährt, d.h. eine Verurteilung nicht mehr möglich, kommt eine Entfernung des Beamten als Folge einer strafrechtlichen Verurteilung nicht mehr in Betracht. Auch insoweit ist der Strafanspruch des Staates erloschen, mit den daraus abzuleitenden Konsequenzen für die außerstrafrechtliche Folgeentscheidung. Nichts anderes kann gelten, wenn der Strafanspruch auf andere Weise vollständig erloschen ist.

## **V. Zusammenfassung**

Das „Anrechnungsmodell“ soll ein in der Praxis bewährtes System ablösen; unter Verweis auf einige wenige – in der Praxis sehr seltene – Ausnahmefälle wird ein Wechsel der Rechtsprechung gefordert. Dabei wird übersehen, dass das „Anrechnungsmodell“ zahlreiche, nicht überschaubare Probleme auslösen wird und nicht zuletzt verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist. Die vom 3. Strafsenat angesprochenen Ausnahmefälle werden sich daher allenfalls mittels einer gesetzlichen Neuregelung, nicht jedoch durch richterliche Rechtsfortbildung lösen lassen, so dass das „Anrechnungsmodell“ insgesamt abzulehnen ist.

- - -