

## Entscheidungen – Strafrecht: BGH (Anmerkung Scheffler)

### Anmerkung:

Obwohl sich die Entscheidung auf den ersten Blick nahtlos in die Rechtsprechung zur überlangen Verfahrensdauer einzureihen scheint, besteht doch bei näherem Hinsehen zu einigen Bemerkungen Anlaß, und zwar sowohl, was die Feststellung kompensationsbedürftiger Verfahrensdauer betrifft, als auch, was die daraus gezogenen Konsequenzen angeht.

#### I. Zum Vorliegen überlanger Verfahrensdauer

Die StrK geht zunächst einmal davon aus, daß überlange Verfahrensdauer hier allgemein als Strafmilderungsgrund unter verschiedenen Gesichtspunkten in Frage komme: Zunächst sei der Umstand der Verfahrensverzögerung strafmildernd zu berücksichtigen, dann der „Gesichtspunkt der Belastung des Angekl. durch den Zeitablauf zwischen Tat und Aburteilung“ und schließlich der Umstand, daß der Angekl. sich seit dem Ende seiner Taten inzwischen ungefähr 10 Jahre lang straffrei gehalten hat. Betrachten wir diese drei Aspekte etwas genauer.

1. Was zunächst die Verfahrensverzögerungen angeht, stellt die StrK darauf ab, daß die seit dem ersten tatrichterlichen Urteil verflossene Zeit von 4 1/2 Jahren nicht vom Angekl. zu vertreten sei und der neue Tatrichter sie nur geringfügig strafmildernd berücksichtigt habe.

Hier folgt der 5. Strafsenat der Rechtsprechung der anderen Senate des BGH, derzufolge die auf erfolgreichen Rechtsmitteln des Beschuldigten - ein solches lag hier vor<sup>1</sup> - beruhende lange Verfahrensdauer als Rechtsfolgen auslösende Verzögerung anzusehen sei<sup>2</sup>. Mit der Kritik der Literatur, hierin liege ein Widerspruch zur Wertung des Gesetzgebers, der Fehler der Gerichte nur durch Rechtsmittel behoben, nicht aber zur Begründung von Rechtsfolgen herangezogen wissen wollte<sup>3</sup>, setzt sich der 5. Strafsenat nicht auseinander, obwohl dies nahegelegen hätte, da das neue Tatgericht insofern nur eine Verzögerung „von 1 bis zu 1 1/2 Jahren“ zugrunde gelegt hatte. Des weiteren ist zu bemerken, daß knapp 9 Monate zuvor bei der vorherigen Revisionsentscheidung der 3. Strafsenat des BGH - der bei Eingang der Sache 1987 noch anstelle des 5. Strafsenats für Steuer- und Zollstrafsachen zuständig gewesen war - trotz der mehrjährigen Dauer des Revisionsverfahrens (deren Ursachen ich nicht kenne) keine Veranlassung sah, die Möglichkeit von Strafmilderung zu eröffnen. Er hätte dazu den Strafausspruch vollständig aufheben müssen, was in dieser Konstellation revisionsrechtlich zwar zweifelhaft ist<sup>4</sup>, aber vom 3. Strafsenat schon einmal praktiziert wurde<sup>5</sup>. Wenn der 3. Strafsenat also weder Anlaß zu einer Aufhebung noch wenigstens zu einem Hinweis an den Tatrichter sah, war es zwar nicht durch § 358 I StPO geboten, aber zumindest im Bemühen um eine einheitliche Rechtsprechung nachvollziehbar, daß das Tatgericht nunmehr, bei einem Urteil (nur) 6 Monate nach der Revisionsentscheidung, Verfahrensverzögerung lediglich untergeordnet berücksichtigte. Dazu, daß der Umstand, daß Verfahrensdauer auf Verzögerungen beruht, m. E. überhaupt nicht in der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfte, habe ich mich an anderer Stelle ausführlich geäußert<sup>6</sup>.

2. Jedoch ist statt dessen, wie auch der 5. Strafsenat ausführt, die Belastung des Angekl. durch das lange Strafverfahren (ob verzögert oder nicht) strafmildernd zu berücksichtigen. Allerdings ist hierbei nicht die Zeit zwischen Tat und Aburteilung zugrunde zu legen. Dies hat, soweit ersichtlich, lediglich das LG München II 1956 in einem NS-Verfahren vertreten<sup>7</sup>. Vielmehr ist auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Vorwürfe an den Beschuldigten<sup>8</sup> oder der Einleitung des Verfahrens abzustellen<sup>9</sup>; allenfalls käme schon der Moment in Betracht, ab dem der spätere Beschuldigte weiß, daß gegen ihn ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden könnte<sup>10</sup>. Dementsprechend haben auch die vom 5. Strafsenat in Bezug genommenen Entscheidungen des 1. und des 2. Strafsenats<sup>11</sup> bezüglich des Zeitablaufs zwischen Tat und Aburteilung nicht die Verfahrensbelastungen strafmildernd berücksichtigt, sondern auf den Gesichtspunkt der Tatferne

3. In der Tatferne (bzw. Verjährungsnähe) liegt ein bei überlanger Verfahrensdauer regelmäßig ebenfalls strafmildernd zu berücksichtigender Gesichtspunkt<sup>12</sup>, der, wie auch die Rechtsprechung gelegentlich betont<sup>13</sup>, neben den Verfahrensbelastungen zu beachten ist. Hier wäre der von der StrK erwähnte Umstand der zwischenzeitlichen Straffreiheit des Angekl. zu verorten<sup>14</sup>.

#### II. Zur Anwendung von § 354 I StPO

Soweit ersichtlich, hat sich nunmehr zum dritten Mal<sup>15</sup> ein BGH-Senat durch die analoge Anwendung von § 354 I StPO dem Dilemma entzogen, daß durch die Zurückverweisung des RevGer. bei überlanger Verfahrensdauer gerade weitere Verfahrensdauer entsteht.

1. Zunächst hatte 1977 der 3. Strafsenat des BGH ein Urteil des LG Mönchengladbach aufgehoben, in dem eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen worden war, obwohl nach Ansicht des BGH die Voraussetzungen des § 59 I Nr. 2 a. F. StGB nicht vorgelegen hatten, weil überlange Verfahrensdauer nicht als besonderer Umstand in Tat und Persönlichkeit des Täters angesehen werden könne<sup>16</sup> - eine Rechtsprechung, die übrigens überholt ist<sup>17</sup>. Der BGH wandte nun § 354 I StPO an, indem er unter Wegfall der Verwarnung mit Strafvorbehalt zu der im Urteil des LG vorbehaltenen Strafe von 30 Tagessätzen verurteilte. Karl Peters hob in seiner Urteilsanmerkung zu Recht hervor, daß dieses Verfahren nicht nur formell gegen § 354 I StPO verstößt, sondern auch materiell nicht zulässig ist<sup>18</sup>: Denn es ist denkbar, daß die tatsächlich (unmittelbar) zu vollstreckende Geldstrafe niedriger bemessen worden wäre als die unter Vorbehalt gestellte Strafe. Rückwirkungen des Vorbehalts auf die Strafhöhe lassen sich nicht ausschließen, weil bei einer vorbehaltenen Strafe u. U. ein stärkerer Anreiz und eine nachdrücklichere Warnung durch eine höhere Strafe geboten ist. Dem 3. BGH-Senat mag bei seiner Lösung auch nicht ganz wohl gewesen sein, wie man daraus entnehmen könnte, daß er diese Urteilspassage nicht in der amtlichen Sammlung mit abdrucken ließ<sup>19</sup>. 1988 hob dann der 2. Strafsenat des BGH im sog. Euthanasie-Verfahren die Verurteilung der beiden angeklagten Ärzte wegen Beihilfe zum Mord in mindestens 11000 bzw. 4500 Fällen zu je 4 Jahren Freiheitsstrafe auf, weil der Schuldspruch auf 9200 bzw.

1 S. die vorherige Revisionsentsch. BGHSt 37, 168, 169.

2 BGHSt 35, 137, 141; StV 1985, 322; NSiZ 1987, 232; BGHRStGBB § 46 II Nachtatverhalten 4 (insoweit nicht in NSiZ 1987, 171 abgedr.); zust. G. Schäfer Praxis der Strafzumessung, 1990, Rn 328; Molketin BA 1982, 184; a. A. noch BGH DAR 1963, 169.

3 S. LR-Schäfer 24. Aufl., Einl. Kap. 12 Rn 92; Frowein/Peukert EMRK, Art. 6 Rn 108; I. Roxin Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1988, S. 80 Fn 184; ähnlich C. Roxin StrafverfahrensR, 22. Aufl. (1991), § 16 C; Hillenkamp JR 1975, 136; Priebe in FS v. Simson, 1983, S. 304; Ulsamer in FS Faller, 1984, S. 378 f.; s. auch OLG Koblenz VRS 59, 339, 340; OLG Zweibrücken NSiZ 1988, 501; LG Krefeld JZ 1971, 733, 735; LG Berlin StV 1982, 197.

4 S. dazu BayObLG StV 1989, 384, 385.

5 BGHSt 35, 137.

6 S. meine Habilitationsschrift Die überlange Dauer von Strafverfahren - Materiellrechtliche und prozessuale Rechtsfolgen, 1991, S. 201 ff.

7 LG München II bei G. Hirsch Die Strafzumessung bei nationalsozialistischen Gewalt- und Kriegsverbrechen, 1973, S. 178.

8 EGMR JR 1968, 463, 466; EuGRZ 1980, 667, 671; 1982, 297, 301; 1983, 371, 379; 1985, 578, 581; 585, 587; BGH NSiZ 1982, 291; StV 1988, 487, 488; s. auch Miehsler/Vogler IntKomm, EMRK, Art. 6 Rn 313; Ulsamer (o. Fn 3), S. 375.

9 Schroth NJW 1990, 30.

10 S. näher dazu Scheffler (o. Fn 6), S. 221 ff.

11 BGHRStGBB § 46 II Verfahrensverzögerung 3 = StV 1988, 487; BGH NSiZ 1986, 217.

12 Näher Scheffler (o. Fn 6), S. 211 ff.

13 S. BGHSt 35, 137, 142; BGHRStGBB § 46 II Nachtatverhalten 4 (insoweit nicht in NSiZ 1987, 171 abgedr.); BayObLG StV 1989, 394, 395.

14 S. OLG Karlsruhe MDR 1973, 240, 241.

15 Die vom 5. Strafsenat hier in Bezug genommene Entsch. des 4. Strafsenats v. 9. 7. 1991 ist nicht einschlägig; sie betrifft die analoge Anwendung von § 354 I StPO bei geändertem Schuldspruch. Die Entscheidung BGH NStE Nr. 25 zu § 56 StGB paßt hier deshalb nicht, weil die Gewährung von Strafausssetzung analog § 354 I StPO vom 2. Strafsenat nicht mit der überlangen Verfahrensdauer begründet wird.

16 BGHSt 27, 274.

17 S. BGH StV 1983, 502; 1985, 322; 411; näher Scheffler (o. Fn 6), S. 202 ff.

18 K. Peters JR 1978, 248 f.; Bedenken auch bei LR-Hanack 24. Aufl., § 354 Rn 35.

19 S. aber NJW 1978, 503, 504.

## Entscheidungen – Strafrecht: BGH (Anmerkung Scheffler)

2340 Mordfälle zu beschränken sei. Aufgrund der langen Verfahrensdauer verwies der BGH jedoch zur neuen Rechtsfolgenbestimmung nicht an das LG Frankfurt zurück, sondern setzte selbst gemäß § 354 I StPO die Strafe auf die Mindeststrafe von 3 Jahren fest<sup>20</sup>. Diese Entscheidung ist insofern zweifelhaft, als die gleichmäßige Verurteilung beider Täter durch das Tatgericht trotz der erheblichen Divergenz der Mordfälle gezeigt haben dürfte, daß es dem Tatgericht jedenfalls hierauf bei der Strafzumessung nicht bestimmend angekommen zu sein scheint<sup>21</sup>.

2. Vor dem Hintergrund dieser beiden Entscheidungen ist gegen die Anwendung von § 354 I StPO durch den 5. Strafsenat nunmehr im Ergebnis nichts einzuwenden: Der BGH hat die geringste noch mögliche Strafe verhängt und dabei nur den fehlerhaften Bereich der Strafzumessung des Tatgerichts selbst gewürdigt.

Allerdings fragt es sich, was der 5. Strafsenat getan hätte, wenn er eine noch niedrigere Gesamtstrafe für angemessen gehalten hätte, etwa wegen weiterer Verzögerungen nach dem vorherigen Revisionsurteil. Denn durch die Rechtskraft der Einzelstrafen ist es ihm verwehrt gewesen, bis zur gesetzlichen Strafrahmenuntergrenze zu gehen. Eine Lösung böte hier m. E. allenfalls eine - sehr weitgehende - Analogie zu § 354a StPO: Nach der vereinzelt Ansicht von Karl Peters kann § 354a StPO auch dann Anwendung finden, wenn sich nicht die Rechtslage, sondern die tatsächliche Grundlage des Urteils offenkundig oder leicht erkennbar geändert hat<sup>22</sup>. Da nun der BGH eine Durchbrechung der Rechtskraft auch bei Unanfechtbarkeit des Strafhöhenausspruchs im Rahmen von § 354a StPO für zulässig erachtet<sup>23</sup>, könnte man an eine entsprechende Vorgehensweise denken, wenn überlange Verfahrensdauer nach Rechtskraft des Einzelstrafenausspruchs eintritt.

Ansonsten käme - eine Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 359 Nr. 5 StPO mit dem Ziel minderschwerer Bestrafung scheidet aus - nur noch ein Gnadengesuch in Betracht, auf das häufiger zur Kompensation überlanger Verfahrensdauer hingewiesen wird<sup>24</sup>; eine Funktion der Gnade besteht gerade darin, aus welchen Gründen auch immer unrichtige Erkenntnisse in ihren (Strafvollstreckungs-) Folgen zu beseitigen<sup>25</sup>. Dies ist zweifelsohne ein „Notbehelf“<sup>26</sup> - aber wo arbeiten wir im Bereich der Rechtsfolgen überlanger Verfahrensdauer nicht mit Notbehelfen?

Priv.-Doz. Dr. Dr. Uwe Scheffler, Berlin

<sup>20</sup> BGH NStZ 1989, 238, 239.

<sup>21</sup> So Daub KritJ 22 (1989), 330.

<sup>22</sup> K. Peters Strafprozeß, 4. Aufl. (1985), § 75 V 2.

<sup>23</sup> BGHSt 26, 1.

<sup>24</sup> S. z. B. EGMR 3, 151, 166; BGHSt 24, 239, 242 f.; Vogler ZStW 89 (1977), 784.

<sup>25</sup> K. Peters in FS Kern, 1968, S. 341; Geppert GA 1972, 181.

<sup>26</sup> K. Peters (o. Fn 25), S. 341.