

1. Sachverhalt¹

A betreibt erfolglos einen Landgasthof. Um Leistungen aus der Gebäude-, Inventar- und Ertragsausfallversicherung zu erlangen, setzt er ihn in Brand. Die Tat wird aufgedeckt. Die Staatsanwaltschaft erhebt Anklage wegen besonders schwerer Brandstiftung gemäß § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB. Das Landgericht erlässt erst 18 Monate später den Eröffnungsbeschluss. Die Verzögerung ist durch keinen Sachgrund gerechtfertigt. Die Hauptverhandlung bestätigt den Tatvorwurf. Die Kammer spricht A in Übereinstimmung mit der Anklage schuldig und verurteilt ihn zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten. Zur Begründung des Strafausspruchs führt sie im Urteil Folgendes aus. Für die Tat als solche sei die in § 306 b Abs. 2 vorgesehene Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe angemessen. Diese Strafe müsse jedoch wegen der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung gemindert werden. Da § 306 b StGB keinen Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle vorsehe, sei die erforderliche Strafrahmenverschiebung in entsprechender Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen. Gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB betrage die Strafuntergrenze zwei

Februar 2008 Landgasthof-Fall

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung / Kompensation / Strafminderung / Anrechnung

§§ 49 Abs. 1, 51 Abs. 1 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK; Art. 20 Abs. 3 GG

Leitsatz des Gerichts: Ist der Abschluss eines Strafverfahrens rechtsstaatswidrig derart verzögert worden, dass dies bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unter näherer Bestimmung des Ausmaßes berücksichtigt werden muss, so ist anstelle der bisher gewährten Strafminderung in der Urteilsformel auszusprechen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt.

BGH Großer Senat für Strafsachen, Beschluss vom 17. Januar 2008 – 1 GSSt 1/07; abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de sowie juris.

Jahre. – Die Staatsanwaltschaft legt gegen das Urteil Revision ein. Sie erhebt die Sachrüge und beanstandet mit näheren Ausführungen den Strafausspruch.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Bevor wir uns der zentralen Frage nach der Rechtmäßigkeit des Strafausspruchs zuwenden, wollen wir einen kurzen Blick auf den Schuldspruch werfen. Das muss auch das Revisionsgericht tun. Denn die Erhebung der Sachrüge zwingt selbst dann, wenn der Revisionsführer die Anwendung des materiellen Rechts nur in einem bestimmten Punkt beanstandet, stets zu einer vollständigen Überprüfung des Urteils, sofern das Rechtsmittel nicht beschränkt wurde.²

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

² Vgl. *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 928.

Es besteht Streit darüber, ob § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB auch auf Fälle anwendbar ist, in denen die Straftat, die ermöglicht werden soll, in keinem Zusammenhang mit typischen Brandgefahren steht, so wie hier der beabsichtigte Betrug gegenüber der Versicherung.³ Zwar lässt der Wortlaut eine Anwendung zu. Gegen eine Anwendung spricht aber insbesondere der hohe Mindeststrafrahmen von fünf Jahren Freiheitsstrafe. Für die häufig auftretenden Fälle, in denen mit der Brandstiftung betrügerische Absichten verfolgt werden, erscheint er unangemessen hoch.

Es ist allerdings nicht zu erwarten, dass dieser Meinungsstreit Einfluss auf die Entscheidung des Revisionsgericht hat, weil der BGH sich in Fällen der vorliegenden Art klar für eine Anwendung von § 306 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB ausgesprochen hat.⁴

Das Problem, das der Strafausspruch aufwirft, zeigt sich nicht im Begründungsansatz, sondern erst in dessen Ausführung. Es besteht nämlich Einigkeit darüber, dass eine **rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung**⁵ zugunsten des Angeklagten ausgeglichen werden muss und dass das durch Strafminderung geschehen kann.⁶ Ob freilich die Gerichte dabei contra legem handeln dürfen, erscheint doch recht zweifelhaft. Wenn das Landgericht sich hier auf § 49 Abs. 1 StGB beruft, um eine Absenkung der Straf-

untergrenze zu erreichen, so kann ihm der Gesetzeswortlaut entgegengehalten werden. Gleich zu Beginn dieser Vorschrift heißt es, dass sie nur dann gilt, wenn das Gesetz an der jeweiligen Stelle ihre Anwendung vorschreibt oder zulässt. § 306 b Abs. 2 StGB enthält jedoch keinerlei Hinweis auf die Anwendbarkeit von § 49 Abs. 1 StGB.

Das Problem tritt noch deutlicher hervor, wenn man sich seine **rechtlichen Grundlagen und die Entwicklung der Rechtsprechungspraxis** vor Augen führt. Der Umgang mit rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen ist geprägt durch das Zusammenspiel von Straf- und Verfassungsgerichtsbarkeit sowie von nationaler und europäischer Gerichtsbarkeit.

Seit langem ist anerkannt, dass Strafverfolgungsorgane nicht nur nachlässig, sondern rechtswidrig handeln, wenn sie das Verfahren nicht zügig betreiben. Das steht zwar nicht ausdrücklich in der StPO. Verschiedenen Vorschriften wird jedoch ein allgemeines **Beschleunigungsgebot** entnommen.⁷ Verfassungsrechtlich gilt es als abgesichert durch das Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG.⁸

Das europäische Recht ist hier klarer.⁹ Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK hat jeder ein Recht darauf, dass über eine Anklage gegen ihn in angemessener Zeit verhandelt wird. Wird das Recht verletzt, so muss gemäß Art. 13 MRK das innerstaatliche Recht die Möglichkeit einer Beschwerde vorsehen. Art. 41 MRK spricht dem Betroffenen einen Anspruch auf gerechte Entschädigung zu, wenn das innerstaatliche Recht keine ausreichende Kompensation gewährt.

Das Auftreten gravierender Verstöße hat zunächst eine Diskussion darüber entfacht, ob die Verletzung des Beschleunigungsgebots ein **Verfah-**

³ Vgl. dazu und zum Folgenden *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 227 f., sowie famos August 2007 (Warmer-Abriß-Fall) unter 2., jeweils m. w. Nachw.

⁴ BGHSt 45, 211, 215 ff.

⁵ Wann eine Verfahrensverzögerung rechtsstaatswidrig ist, hängt von den Umständen ab; vgl. dazu *Schäfer*, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. 2001, Rn. 440. Im vorliegenden Fall war die Rechtsstaatswidrigkeit der überlangen Verfahrensdauer nicht zweifelhaft.

⁶ Vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 26; *Schäfer* (Fn. 4), Rn. 436 ff., jeweils m. w. Nachw.

⁷ Vgl. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 16 Rn. 3 ff.

⁸ BVerfG NJW 2001, 2707.

⁹ Vgl. *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 276 ff.

renshindernis begründen kann. Der BGH sprach sich dagegen aus.¹⁰ Er hielt es für ausreichend, dass die Verzögerung als Strafzumessungsgesichtspunkt bei der Festsetzung der Strafe berücksichtigt wird.

Die Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG nötigten ihn zu Präzisierungen. Der EGMR hielt eine nur allgemeine Erwähnung der Verzögerung im Rahmen der Strafzumessung für unzureichend.¹¹ Das BVerfG knüpfte daran an und formulierte bestimmte Anforderungen.¹² Danach ist zu prüfen, ob der Verzögerung durch prozessuale Maßnahmen, etwa durch Einstellung des Verfahrens gemäß §§ 153 ff. StPO, Rechnung getragen werden kann. In Extremfällen kann auch die Annahme eines Verfahrenshindernisses in Betracht kommen. Ist eine Verarbeitung im Rechtsfolgenausspruch die angemessene Reaktion, so müssen gegebenenfalls auch die Möglichkeiten eines Absehens von Strafe oder einer Verwarnung mit Strafvorbehalt sowie einer Strafaussetzung zur Bewährung genutzt werden. Wenn das Gericht sich für eine Berücksichtigung bei der Straffestsetzung entscheidet, so muss das Ausmaß der vorgenommenen Herabsetzung genau angegeben werden. Das erfordert einen Vergleich der verhängten Strafe mit derjenigen Strafe, die das Gericht ansonsten verhängt hätte.

Aus diesen Anforderungen hat der BGH ein Schema für die Strafgerichte entwickelt,¹³ das man als **Strafab-schlagslösung** bezeichnen kann. Danach hat der Tatrichter in den Urteilsgründen für jede Tat und auch für eine Gesamtstrafe beide Strafen auszuweisen. In die Urteilsformel wird allein die reduzierte Strafe aufgenommen.

Gegen diese Lösung hat sich nunmehr der 3. Senat des BGH in der vor-

liegenden Sache ausgesprochen.¹⁴ Er wendet zur Hauptsache ein, dass Unvereinbares vermengt werde. Die Strafhöhe habe sich am Gewicht von Unrecht und Schuld auszurichten; damit habe der Umstand, dass das Verfahren auf Grund pflichtwidrigen Verhaltens staatlicher Organe zu lange gedauert habe, nichts zu tun.

Für die danach erforderliche Trennung schlägt der 3. Senat eine „**Vollstreckungslösung**“¹⁵ vor. Zunächst soll ohne Berücksichtigung der Verzögerung die schuldangemessene Strafe festgelegt werden. Danach wird als Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer in Anlehnung an die Anrechnung verbüßter Untersuchungshaft nach § 51 Abs. 1 StGB ein Teil der verhängten Strafe als vollstreckt ausgewiesen. Die Urteilsformel soll beides enthalten, die verhängte und die als vollstreckt geltende Strafe.

Kommen wir zum Fallproblem zurück. Mit der Vollstreckungslösung lässt es sich leichter bewältigen. Das Gericht kann eine Entscheidung treffen, welche die gesetzliche Mindeststrafe respektiert. Es verurteilt A zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und setzt davon ein Jahr und sechs Monate als vollstreckt fest. Einer analogen Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB bedarf es nicht. Freilich kommt auch diese Lösung nicht ohne Analogieschluss aus. Die Anrechnung der eineinhalbjährigen Strafe als vollstreckt beruht auf einer Analogie zu § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB.

Da der 3. Senat mit der Vollstreckungslösung von der Strafab-schlagslösung abweichen wollte, die bislang alle Senate vertreten haben, bedurfte es gemäß § 132 Abs. 2 GVG einer Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Große Senat für Strafsachen schließt sich der Ansicht des 3. Senats

¹⁰ BGHSt 24, 239, 242; 27, 274, 275.

¹¹ EGMR EuGRZ 1983, 371.

¹² BVerfG NJW 1984, 967; NStZ 1997, 591.

¹³ BGHSt 35, 137; 46, 159, 174; BGH NStZ 2003, 601; vgl. auch *Meyer-Goßner*, StPO, 50. Aufl. 2007, Art. 6 MRK Rn. 9.

¹⁴ BGH NJW 2007, 3294.

¹⁵ BGH NJW 2007, 3294, 3296.

an. Damit ist ein **Rechtsprechungswandel** vollzogen. Die Strafgerichte werden künftig eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung in der Weise kompensieren, dass sie eine von der Strafzumessung gesonderte Vollstreckungsentscheidung treffen, die festlegt, welcher Teil der schuldangemessenen Strafe als vollstreckt gilt.

Der Große Senat gibt der Vollstreckungslösung den Vorzug, weil sie nach seiner Ansicht besser mit der richterlichen Gesetzesbindung vereinbar ist und sachgerecht zwischen der Schuld des Angeklagten und der Entschädigung für staatliches Fehlverhalten unterscheidet. Außerdem ermögliche sie die Lösung eines weiteren Problems. Die bisher umstrittene Frage, ob eine gesetzlich zwingend vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe durch Strafabschlag unterschritten werden dürfe, sei nunmehr so lösbar, dass die lebenslange Freiheitsstrafe verhängt und eine Anrechnung auf die Mindestverbüßungsdauer im Sinne des § 57 a Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgenommen werde.

In der Entscheidung kommt auch ein Umstand zur Sprache, der sich gegen die Vollstreckungslösung ins Feld führen ließe. Sie nötigt dazu, den **Zeitablauf zweifach zu würdigen**. Da anerkannt ist, dass ein besonders langer Zeitraum zwischen Tat und Urteil das Strafbedürfnis abnehmen lässt und dass sich Belastungen durch ein langes Verfahren strafmildernd auswirken können, muss die Verfahrensverzögerung auch schon bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.¹⁶ Der Große Senat sieht darin keinen Nachteil. Die Gesichtspunkte seien zwar faktisch eng verschränkt; sie ließen sich in der rechtlichen Bewertung aber klar trennen. Bei der Straffindung sei die überlange Verfahrensdauer unabhängig davon zu bewerten, ob sie durch ein rechtsstaatswidriges Verhalten der Justiz bedingt sei. Bei der Festlegung der anzurechnenden Strafe sei dann ausschließlich darauf abzustellen, wel-

chen Anteil die Strafverfolgungsbehörden an der Verzögerung gehabt hätten.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das Strafzumessungsrecht liegt eher im Randbereich des prüfungsrelevanten strafrechtlichen Pflichtfachstoffes. Mehr als die Beherrschung von Grundzügen wird nicht erwartet. Gleichwohl sei die Entscheidung Examenskandidatinnen und -kandidaten ans Herz gelegt. Sie ermöglicht die Erörterung eines methodischen Problems, das auch in einem zentralen Bereich auftritt, nämlich beim Mordtatbestand.

Auch dort wird darüber diskutiert, ob § 49 Abs. 1 StGB für eine analoge Anwendung zur Verfügung steht, wenn ansonsten keine angemessene Strafe verhängt werden kann. Der BGH hat die so genannte **Rechtsfolgenlösung** entwickelt, die mit Hilfe einer Analogie zu § 49 Abs. 1 StGB zu einer Milderung der im Gesetz zwingend angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe gelangt, wenn auf Grund außergewöhnliche Umstände von schuld mindernder Bedeutung die Verhängung dieser Strafe unverhältnismäßig wäre.¹⁷

Das lässt es verständlich erscheinen, dass das Landgericht im vorliegenden Fall sich ebenfalls dieser Methode bedient hat, um auf dem Weg zu einer gerechten Strafe gesetzliche Hindernisse zu umgehen. Wenn nun der Große Senat sich unter Berufung auf die richterliche Bindung an das Gesetz dagegen ausspricht, drängt sich die Frage auf, ob sich darin ein Abrücken von der viel kritisierten Rechtsfolgenlösung andeutet.

In einem Prüfungsgespräch könnte noch eine weitere Verbindung hergestellt werden. Einen Strafabschlag nimmt die Rechtsprechung auch in Fällen rechtsstaatswidriger Einwirkung durch einen **polizeilichen Lockspitzel**

¹⁶ Vgl. Schäfer (Fn. 4), Rn. 437 f.

¹⁷ BGHSt 30, 105; vgl. dazu Wesels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 31. Aufl. 2007, Rn. 87 ff.

vor.¹⁸ Kommt auch insoweit eine Umstellung auf die Vollstreckungslösung in Betracht?

Das wird man verneinen müssen. Denn die Tatprovokation mindert die Schuld eines Täters, der die Tat von sich aus nicht begangen hätte. Die Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung ist somit sachgerecht.¹⁹

Für die Praxis ist die vorliegende Entscheidung von eminent großer Bedeutung. Sie führt zu erheblichen Veränderungen der Situation solcher Angeklagter, die von einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung betroffen sind. Überwiegend verschlechtert sich ihre Lage.

Bei der Vollstreckungslösung ist die ungeminderte verhängte Strafe für alle sonstigen Rechtsfolgenentscheidungen maßgeblich. Das wirkt sich z. B. nachteilig auf die Aussetzbarkeit einer Freiheitsstrafe aus, weil es nicht mehr möglich ist, durch Strafminderung die Höchstgrenzen in § 56 StGB von einem bzw. zwei Jahren einzuhalten. Gleiches gilt etwa für die Grenze von sechs Monaten, die im Falle der Unterschreitung nach § 47 StGB die Verhängung einer Freiheitsstrafe im Regelfall ausschließt. Die ungeminderte Strafe ist ferner beispielsweise dafür maßgeblich, ob die Voraussetzungen einer Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 bis 3 StGB erfüllt sind, ob Führungsaufsicht gemäß § 68 Abs. 1 StGB angeordnet werden kann, ob eine Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 Abs. 1 StGB in Betracht kommt, ob nach § 60 StGB von Strafe abgesehen werden oder ob beamtenrechtliche Konsequenzen²⁰ drohen.

Nur in sehr geringem Umfang kann sich demgegenüber die Vollstreckungslösung auch vorteilhaft für den Betrof-

fenen auswirken. Sie führt dazu, dass bei Verbüßung der Strafe früher die Zeitpunkte erreicht sind, die eine Aussetzung des Strafrestes ermöglichen, nämlich die Hälfte der Strafzeit und zwei Drittel davon (§ 57 Abs. 1 und 2 StGB).

Erhebliche Schwierigkeiten entstehen der Praxis durch die nunmehr erforderliche Differenzierung zwischen der überlangen Verfahrensdauer als solcher, die für die Strafzumessung relevant ist, und deren vom Staat zu verantwortenden Rechtsstaatswidrigkeit, die zur Herabsetzung der vollstreckbaren Strafe führt.

5. Kritik

Kritikwürdig ist die Lage der Strafjustiz. An der Karriere, die das Thema der überlangen Verfahrensdauer in den letzten drei Jahrzehnten in Rechtsprechung und Literatur gemacht hat, ist ablesbar, dass es immer häufiger zu inakzeptablen Verfahrensverzögerungen kommt. Sie dürften vielfach auf eine mangelnde Ausstattung der Strafjustiz zurückzuführen sein. Es scheint, als stecke Methode dahinter. Der Staat ist bereit, eine Absenkung des Strafnieveaus hinzunehmen, und erspart sich dadurch die Kosten für neue Stellen. Der Verlust an Rechtsstaatlichkeit bleibt bei dieser Rechnung allerdings unberücksichtigt.

Mit der Umstellung auf die Vollstreckungslösung wird mehr Transparenz erreicht. Sie trennt klar zwischen der individuellen Schuld des Angeklagten und der Anrechnung staatlichen Fehlverhaltens. Für sie spricht auch, dass sie methodisch weniger problematisch ist als die Strafminderung mittels einer Analogie zu § 49 Abs. 1 StGB, von der der BGH in der Rechtsfolgenentscheidung Gebrauch gemacht hat. Die Anlehnung an § 51 Abs. 1 StGB erscheint eher vertretbar, weil ähnlich wie bei der Untersuchungshaft dem Betroffenen

¹⁸ BGHSt 45, 321; näher dazu famos Juni 2000 (Lockspitzel-Fall).

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2007, 3294, 3298.

²⁰ Nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 BRRG führt die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zur Beendigung des Beamtenverhältnisses.

durch staatlichen Eingriff eine besondere Belastung auferlegt wird.²¹

Freilich ändert auch die Vollstreckungslösung nichts an dem Hauptproblem, das der Tatrichter zu bewältigen hat: Wie lässt sich Rechtsstaatswidrigkeit in ein Zeitmaß umrechnen?

(Dem Text liegt ein Entwurf von Sören Schomburg zugrunde.)

²¹ Vgl. BGH NJW 2007, 3294, 3296.