

## Praxis

### Das Rechtsfolgen-system auf dem Prüfstand Zugleich Besprechung von BGH (Großer Senat), Beschluss vom 17. 1. 2008

Von Rechtsanwältin Dr. Claudia Keiser, Hannover

Die sog. Strafzumessungslösung war bislang das probate Allheilmittel für Probleme ganz unterschiedlicher Art und Herkunft. Doch nun hat der Große Senat für Strafsachen beschlossen, dass jedenfalls rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen nicht mehr im Wege der Strafzumessung mittels eines Strafabschlags, sondern durch eine sog. Strafvollstreckungslösung zu kompensieren sind. Die Anwendung der bisherigen Strafzumessungslösung stelle nämlich das Rechtsfolgen-system des Strafgesetzbuches in Frage.<sup>1</sup> Damit gibt der Senatsbeschluss nicht nur Anlass zu überlegen, ob der nunmehr favorisierte Lösungsansatz tatsächlich vorzugswürdig ist. Er ruft darüber hinaus die Frage auf den Plan, ob sich der Verdacht, dass das bisherige Rechtsfolgen-system aus den Fugen zu geraten droht, nicht auch aus anderen Quellen speisen lässt.

#### A. Begriff und Anwendungsbereich der sog.

Die Zeiten, in denen § 46 StGB bzw. der wortgleiche § 13 StGB a. F. als »gesetzgeberische Fehlleistung von besonderem Rang« abgetan wurde, sind längst vorbei.<sup>2</sup> Das mag daran liegen, dass zunehmend eine »Verrücktheit« und »Verwunschaftlichkeit« der Strafzumessung verzeichnet wird,<sup>3</sup> auch ohne dass deshalb eine regelrechte »Strafzumessungsordnung«<sup>4</sup> aufgestellt worden wäre. Dennoch bleibt es erstaunlich, in welchem Ausmaß sich bei der Strafzumessung der einst so berühmte »Griff ins Dunkle«<sup>5</sup> zu einem Griff in die Trickkiste gewandelt hat. Blickt man nämlich auf das Anwendungsfeld von sog. Strafzumessungslösungen, dann zeigt sich darin nicht nur eine postmoderne Unübersichtlichkeit.<sup>6</sup> Zudem drängt sich der Verdacht auf, dass der Strafzumessung einstmals so widerspenstig anhaftende »Symptom« der »Rationallosigkeit und Richtungslosigkeit«<sup>7</sup> sei nicht etwa erfolgreich besiegt, sondern nachgerade schamlos ausgenutzt worden.

1 BGH NJW 2008, 860 (863).

2 Strafenwerth, Tathuld und Strafzumessung 1971, S. 13.

3 Streng, Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 2. Aufl. 2002 Rn 2. Rechtsvergleichend bemerkt Nimitz, Strafzumessung im Völkerstrafrecht 2002, S. 61, dass sich das deutsche Strafzumessungsrecht durch eine »vergleichsweise umfassende Dogmatik« auszeichne.

4 Ausdruck in Anlehnung an Frühlich, Das Aspirationsprinzip. Eine systematische Analyse. Diss. Jur. Hannover 1996, vorangestelltes Abstract.

5 V. Lutz, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Erster Bd. 1875–1891, Nachdruck 1970, S. 393.

6 Sonthheimer, in: Eifler/Saame (Hrsg.), Postmoderne – Anbruch einer neuen Epoche? Eine interdisziplinäre Erörterung 1990, S. 187.

Die Strafzumessungslösung wird keineswegs nur bei den Verfahrensverzögerungen und beim Lockspitzeinsatz<sup>8</sup> ins Feld geführt. Sie steht bei der Regelbeispielmethode der sog. Tatbestandslösung,<sup>9</sup> bei der schweren Brandstiftung – wenn sich der Täter vergewissert hat, dass eine konkrete Gefährdung von Menschen ausgeschlossen ist – der teleologischen Tatbestandsreduktion gegenüber.<sup>10</sup> Und vor allem wird mit Hilfe der Strafzumessungslösung beim Heimtückemord ein »richterrechtlicher Ausnahmeatbestand« kreiert, der die analoge Anwendung von § 49 I Nr. 1 StGB und damit die Umwandlung der lebenslangen in eine zeitliche Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu 15 Jahren ermöglicht.<sup>11</sup> Von »der« Strafzumessungslösung lässt sich also gar nicht ohne weiteres reden.

#### 1. Von der Strafzumessung zur Rechtsfolgenbestimmung

Das ist allerdings schon deshalb nicht verwunderlich, weil auch im Hinblick auf den notwendigerweise zugrunde liegenden Begriff der Strafzumessung bis heute alle auftretenden und potenziellen Schwierigkeiten unter dem Deckmantel der diffusen Unterscheidung von der Strafzumessung im engen und jener im weiten Sinne verborgen werden. Nur in zwei Punkten herrscht jedenfalls überwiegend Einigkeit: Erstens wird die bloße Bestimmung der Strafhöhe im Einzelfall zumeist lediglich als die Strafzumessung i. e. S. aufgefasst.<sup>12</sup> Und zweitens wird vergleichsweise einmütig betont, dass es sich bei der Auswahl der Sanktion um die Strafzumessung i. w. S. handelt.<sup>13</sup> Demgegenüber herrscht schon bei der Frage, auf welche Rechtsfolgen sich denn die Strafzumessung i. w. S. bezieht, ein heillos Durcheinander. So werden einmal gleichermaßen die Entscheidungen über die Strafaussetzung zur Bewährung, die Verwarnung mit Strafvorbehalt und das Absehen von Strafe einbezogen.<sup>14</sup> Ein anderes Mal soll darüber hinaus auch die Verfahrenseinstellung nach § 153 und § 153 a StPO dazugehören sowie namentlich auch die Anrechnung der Untersuchungshaft nach § 51 StGB,<sup>15</sup> auf deren analoge Anwendung sich die Vollstreckungslösung des Großen Senats stützt (näher dazu C I 1 a).

8 Siehe zuletzt BGHSt 47, 44 = NJW 2001, 2981; Weher, NSZ 2002, 50. Die Entscheidung erging im Anschluss an BGHSt 45, 321 (339) = NJW 2000, 1123 mit Anm. von Eutritz/Künzig, NSZ 2000, 271; Kindlich 9 Eisele JA 2006, 309.

10 Für die Strafzumessungslösung durch Annahme eines minder schweren Falles Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte 1998, S. 252 sowie mit dem Hinweis, dass sich die Problematik in ähnlicher Weise bei allen abstrakten (S. 215) Gefährdungsdelikten stelle; ders., ZStW 110 (1998), 848 ff. (863 ff.).

11 BGHSt (GS) 30, 105 = NSZ 1981, 344; BVerfGE 45, 187 (267) = NJW 1977, 1525; BGH NJW 2003, 2464; NSZ 2005, 154; zusammenfassend Schönke/Schröder/Eser, 27. Aufl. 2006, § 211 Rn 57. Zur Anwendung auf Gewissensfälscher, für die es trotz einer gewissen Nähe zu Notstandssituationen bei der Strafbarkeit verbleibt, vgl. die Nachweise bei NK-Paeffgen, 2. Aufl. 2005, Vor §§ 32–35 Rn 297; Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. 2007, Vor § 32 Rn 32 sowie Schönke/Schröder/Lenckner, Vorbem §§ 32 ff. Rn 118 jeweils m. W.

12 Anders SK-StGB/Horn, 35. Lief., 7. Aufl. 2001, § 46 Rn 2–4, der die Unterscheidung zwischen Strafzumessung i. e. S. und i. w. S. nicht mitteilt und unter Strafzumessung ausschließlich die Bemessung der Strafhöhe im Einzelfall versteht.

13 So etwa Fischer, StGB 55. Aufl. 2008, § 46 Rn. 14 und Lackner/Kühl, § 46 Rn. 22. Kritisch dazu SK-StGB/Horn, § 46 Rn. 4; ausführlich Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. 1974, S. 38 ff.

14 LK-Theorie 12. Aufl. 2006, Vor §§ 46–50 Rn 4; LK-Grißhohn, 11. Aufl. 2003, Vor §§ 46 ff. Rn. 4; LK-Hirsch, 10. Aufl. 1985, § 46 Rn 1b.

15 So noch immer Fischer, § 46 Rn 14 (mit der Begründung, dass die Grundsätze der §§ 46 und 47 StGB heranzuziehen sind, soweit keine Sonderregelungen vorliegen).

Es ließe sich die Liste noch weiter fortführen<sup>16</sup> und auch trefflich darüber streiten, ob die einzelnen Aspekte nebeneinander bestehen können oder sich gegenseitig ausschließen. Ein weiterer Erkenntnisgewinn wäre damit jedoch nicht verbunden. Denn die Strafzumessung betrifft nur einen Teil der richterlichen Rechtsfolgenentscheidung.<sup>17</sup> Um aber die Abkehr des *Großen Senats* von der bisherigen Strafzumessung beurteilen zu können, bedarf es einer Auseinandersetzung auch mit solchen Fragen, die außerhalb der eigentlichen Strafzumessung angesiedelt sind. Insofern kommt es auf das gesamte Entscheidungsspektrum, das sog. »Instrumentarium« an.<sup>18</sup> Aus dieser »rechtsfolgenbestimmenden« Perspektive heraus lassen sich auch die Verfahrenseinstellungen nach den §§ 153 und 153a StPO mit in die Überlegungen einbeziehen.<sup>19</sup> Es kann deshalb dahingestellt bleiben, auf welche Rechtsfolgen sich der Strafzumessungsbegriff bezieht und ob es vorzugswürdig wäre, den Ausdruck »Rechtsfolgenbestimmung« als Oberbegriff oder als Synonym für die Strafzumessung im engen und im weiten Sinne einzuführen.

### II. Von der Strafzumessungs- zur Rechtsfolgenlösung

Dementsprechend nichtssagend ist aber auch der Begriff »Strafzumessungslösung«. Dabei liegt das Verwirrende nicht in der Breite seiner Anwendung, sondern in dem Paradox, das sich beim näheren Hinsehen bereits aus der Verwendung des Ausdrucks »Strafzumessungslösung« selbst ergibt. Während im allgemeinen erst die Strafzumessung zur Bestimmung der konkreten Strafe führt, zeichnet sich die sog. die Strafzumessungslösung eigenartigerweise gerade dadurch aus, dass ihr Ziel bereits feststeht: Die eigentlich angeordnete Rechtsfolge ist zumindest in groben Umrissen bereits bekannt, und es soll erreicht werden, dass ein niedrigerer Strafrahmen und/oder eine mildere Sanktionsart gewählt wird.<sup>20</sup> Beim Heimtückemord wird das besonders deutlich, weil wegen der absolut angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe erst die Anwendung der sog. Strafzumessungslösung dazu führt, dass die lebenslange Freiheitsstrafe umgangen und – im Hinblick auf die dann nur noch zeitige Freiheitsstrafe – eine Strafzumessung nach § 46 StGB überhaupt möglich

scheidung über Hafturlaub bei lebenslanger Freiheitsstrafe) und schon LK-KoF/Ka, 9. Aufl. 1974, § 13 Rn 5 (im Hinblick auf die Anrechnung der Untersuchungshaft für § 60 StGB a. F., der jedoch für sich genommen nach der Abschaffung des Ermessens durch das 1. StRRG als Strafvollstreckungsregel eingeordnet wurde. Dazu LK-Trommler, 9. Aufl., § 60 Rn 12; Brauns (Fn 13), S. 43 ff.

16 So zählt etwa Zipf JuS 1974, 137 ff. (142) auch die Konkurrenz sowie die Modalitäten der Erbringung der Strafe, wie z.B. Ratenzahlungen einer Geldstrafe, zur Strafzumessung i.w.S.

17 Meyer, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2006, S. 143.

18 Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl. 2008, Rn 13. Über dessen Handhabung merkt Salditt StraFo 2007, 513 in Bezug auf die vom 3. Strafsenat in seinem Vorlagebeschluss entwickelte Vollstreckungs- bzw. Anrechnungslösung an, sie erfolge mit dem »chirurgischen Besack des Richters«.

19 Beachte dazu die Kängfolge von materiellen Ausschlussgründen, Verfahrenseinstellung, Absuchen und Mildern von Strafe innerhalb eines abgestuften Systems bei Wolter, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 1 ff. (12 ff.); ders. GA 1996, S. 207 ff.

20 Strukturell wäre natürlich auch eine strafschräufende Strafzumessungslösung denkbar, doch stünde dem vom vornherein das Analogieverbot des Art. 103 II GG entgegen. Soweit etwa Krüger NZV 2004, 161 ff. (162) eine Strafzumessungslösung darin sieht, dass beim (vermeintlichen) räuberischen Angriff auf Kraftfahrer, die psychische Autofalle im Rahmen des seit der grundlegenden Entscheidung BGHS 49, 8 = NSZ 2004, 207 tatbestandlich allein noch vorliegenden Raubes strafschräufend herbeizurecht werden dürfte, tut dies nichts zur Sache. Denn dabei handelt es sich um die normale Strafzumessung nach § 46 StGB und nicht etwa um eine besondere Strafzumessungslösung.

wird. Das aber ist keine Strafzumessungslösung im eigentlichen Sinne des Wortes, weil sie nicht von der Strafzumessung ausgeht, sondern erst zu ihr hinführt.

### B. Die Vollstreckungslösung des Großen Senats

Aber nicht solcherlei semantische Erwägungen mündeten in die Entwicklung der sog. Vollstreckungslösung, sondern den Ausgangspunkt bildete ein Fall, in dem der Angeklagte wegen besonders schwerer Brandstiftung nach § 306b II Nr. 2 StGB verurteilt wurde. Die gesetzliche Mindeststrafe hierfür liegt bei fünf Jahren Freiheitsstrafe. Das LG Oldenburg<sup>21</sup> hat als Tatgericht jedoch eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung festgestellt, die es nach Art. 13 und 34 EMRK zu kompensieren galt, um die Opfereigenschaft des Verurteilten zu beseitigen. Nach der bisherigen Rechtsprechung war dazu ein sog. Strafabschlag zu gewähren, der sich freilich nicht nur in einer Strafmilderung bei Kriminalstrafen im engen, technischen Sinne ausdrücken konnte. Vielmehr ging es darum, unter Anwendung jener »Mittel, die das Straf- oder Strafverfahrensrecht dem Rechtsanwender zur Verfügung stellen« und unter Beachtung ihrer jeweiligen Anwendungsvoraussetzungen<sup>22</sup> eine mildere Sanktion zu bestimmen. In dem konkreten Fall war eine Kompensation in dem gebotenen Umfang innerhalb des vorgegebenen Strafrahmens jedoch nicht möglich. Weil zugleich bei § 306b II StGB kein milderer Fall zur Verfügung steht und ein gesetzlicher Milderungsgrund ebenfalls nicht vorlag, wandte das LG § 49 I StGB analog an, um den Strafrahmen absenken zu können. Sodann setzte es eine Strafe unterhalb des gesetzlichen Mindestmaßes fest. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hatte sich zunächst der 3. Strafsenat der BGH mit der Zulässigkeit dieser Strafzumessung zu befassen.<sup>23</sup> Der hielt die Analogie zu § 49 I StGB für unzulässig<sup>24</sup> und entwickelte stattdessen die an dem Grundgedanken der Anrechnung von Untersuchungslohn gemäß § 51 I 1 StGB ausgerichtete, von ihm sog. »Anrechnungs- und Vollstreckungslösung«.<sup>25</sup> Auf den Vorlagebeschluss des 3. Senats hin hat der Große Senat ohne Umschweife, d. h. ohne sich überhaupt noch mit der Analogiefähigkeit von § 49 I StGB zu befassen,<sup>26</sup> beschlossen, »dass anstelle der bisher gewährten Strafmilderung in der Urteilsformel auszusprechen (ist), dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt«.<sup>27</sup>

Der Gegenstand und Anwendungsbereich der Vollstreckungslösung ist auf die kompensationsbedürftigen Verfahrensverzögerungen beschränkt. Solche Verfahrensverzögerungen, die nicht kompensationsbedürftig sind, sowie die allgemein mit dem Verfahren zusammenhängenden Belastungen bleiben auch weiterhin strafmildernd zu berücksichtigen.<sup>28</sup> Indem die Vollstreckungslösung auf die sanktionsähnlichen Auswirkungen<sup>29</sup> abstellt, die den

21 LG Oldenburg (Oldenburg), 9. 8. 2006, Az: 1 KLS 115/04 – 186 Js 3531/3/04.

22 BGH NJW 2008, 860 (863).

23 BGH NJW 2007, 3294 m. Anm. Peglau NJW 2007, 3298 f.; J. Roxin StV 2008, 14 ff.; Salditt StraFo 2007, 513; K. Weber JR 2008, 36 ff. sowie Buchhoff/SIRR 2007, 310 ff.

24 BGH NJW 2007, 3294 (3295). Kritisch hierzu J. Roxin StV 2008, 14 (15); Peglau NJW 2007, 3298 (3299).

25 BGH NJW 2007, 3294 (3296).

26 BGH NJW 2008, 860 (863).

27 BGH NJW 2008, 860, LS.

28 BGH NJW 2007, 3294 (3297). Instruktiv zum Anwendungsbereich der Vollstreckungslösung K. Weber

JR, 2008, 36.

29 BGH NJW 2008, 860 (862); BVerfG NJW 1993, 3254 (3255); 1995 (1277); 2003, 2225. Zu den sanktionsähnlichen Auswirkungen für Gesundheit, Ehre, Nerven, Beruf und Eigentum siehe schon Kienfer-JZ 1979, 209 (214); Schroll NJW 1990, 29 (30).

kompensationsbedürftigen Verzögerungen zukommen, knüpft sie an den gemeinsamen Ausgangspunkt *aller* verfahrensinternen »Kompensationslösungen« an.<sup>30</sup>

### I. Die bisherige Behandlung sanktionsähnlicher Wirkungen

Nach der sog. Strafzumessungslösung sind die durch die Verfahrensverzögerungen verursachten sanktionsähnlichen Wirkungen zu berücksichtigen, indem unter Heranziehung des dem § 60 StGB imnewohnenden Gedankens des »Schon-Bestraft-Seins« ein Strafabschlag gewährt wird. Gleiches gilt auch für die hier im Übrigen nicht weiter relevante Verfahrenshindernislösung, soweit das Fehlverhalten der Strafverfolgungsorgane einen nicht kompensierbaren Eingriff in die verfassungsrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten darstellt.<sup>31</sup> Auch die von *Inime Roxin*<sup>32</sup> entwickelte Synthese aus der Strafzumessungs- und der Verfahrenshindernislösung knüpft an den Gedanken der strafbähnlichen Wirkungen der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen an. Danach soll ein Verfahrenshindernis vorliegen, wenn die unnötigen Verfahrensverzögerungen den Strafrahmen bereits ausgeschöpft haben, wohingegen alle übrigen Fälle in den Bereich der Strafzumessung gehören sollen. *Inime Roxin* unterscheidet des Weiteren danach, ob und in welchem Ausmaß der Strafcharakter der Verzögerungen bereits die Strafe analog § 60 StGB »aufgezehrt« hat, und will nur den Rest mildern.<sup>33</sup>

Indem *Inime Roxin* vorschlägt, die strafähnlichen Tat- oder Verfahrensfolgen gleichsam vor die Klammer zu ziehen, wendet sie im Grunde genommen den von ihr kritisierten Anrechnungsgedanken selbst an.<sup>34</sup> Dabei ist die Vorgehensweise schon deshalb unzulässig, weil nach § 60 StGB zunächst einmal der Umfang der insgesamt verwirkelten Strafe – unter Beachtung aller Strafzumessungsgründe einschließlich der mittelbaren Tatfolgen – festzusetzen ist.<sup>35</sup> Die Analogie zu § 60 StGB passt aber auch deshalb nicht, weil danach von Strafe abgesehen werden kann, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, dass die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre. Demgegenüber handelt es sich bei den Verfahrensverzögerungen und den damit einhergehenden Belastungen um Folgen des Verfahrens. Die Berücksichtigung von Verfahrensfolgen hat aber mit der Anrechnung der Untersuchungshaft in § 51 StGB bereits eine eigene Regelung erfahren. Hieraus wurde bereits gefolgert, die Analogie zu § 60 StGB sei daher auch gar nicht zulässig.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Demgegenüber haben Geldmischungen außerhalb des Verfahrens keinen unmittelbaren Einfluss auf den Charakter und Begriff der strafrechtlichen Sanktion.

<sup>31</sup> Dazu zusammenfassend zuletzt *Walther* ZStW 118 (2006), 159 ff. (189 ff., 191). Auf den daneben angeführten Gedanken der Verwirkung des Strafanspruchs bzw. seiner Durchsetzung – *Hiltenkamp* NJW 1989, 2841 ff. (2846) – kommt es an dieser Stelle nicht an. Grundlegend zum Begriff des Strafanspruchs und zu den Fragen seiner Verwirklichung *Wolfs*, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung 1995, S. 57 ff., 99 ff., 183 ff., speziell zum rechtsstaatswidrigen Verhalten als Verfahrenshindernis, S. 260 ff.

<sup>32</sup> *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1. Aufl. 1988, S. 247 ff.; 4. Aufl. 2001, S. 231 ff.

<sup>33</sup> *I. Roxin* (Fn 32) 1. Aufl., S. 268 ff.; 4. Aufl., S. 232, 250 ff.

<sup>34</sup> *I. Roxin* StV 2008, 14 ff.

<sup>35</sup> *K. Weber*, 11. Aufl., § 60 Rn 14.

<sup>36</sup> *K. Weber*, JR 2008, 37; zur Systematik der §§ 51 und 60 StGB *Kraatz* JR 2006, 403 (406); siehe auch *Schäfer*, Tröndle-FS 1989, S. 395 (402), der allerdings § 51 StGB einen allgemeinen Grundsatz entnehme will, dass Belastungen, die durch das Verfahren als solches entstehen, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind, jedenfalls dann, wenn sie das durchschnittliche Maß übersteigen und es zu einer quasi-Strafwirkung kommt (403). Außerdem kritisch gegenüber der vom BGH nun gebildeten Analogie zu § 51 StGB *Scheffler* ZIS 2008, 269 (277); bekräftigend *Heghinianus* ZJS 2008, 197 ff. (198 f.). Zu Recht zwischen der an § 51 StGB imkalkulierten Leistung des verurteilten und dem

## II. Die Konzeption der Vollstreckungslösung

Der *Große Senat* nimmt unmittelbar auf § 51 StGB bezug und verlangt, rechtsstaatswidrige Verzögerungen gemäß einem nach ihrem qualitativen und quantitativen Ausmaß zu bestimmendem Maßstab in ähnlicher Weise wie auch die Untersuchungshaft auf die Strafe anzurechnen. Einen entscheidenden Vorteil seiner Lösung sieht der *Große Senat* darin, dass die Kompensation nunmehr jenseits der Strafzumessung und somit unabhängig von jeglichen Sonderkonstellationen vorgenommen wird,<sup>37</sup> und zwar auch bei der lebenslangen Freiheitsstrafe, da insoweit eine Anrechnung auf die für die Strafreiszeit zur Bewährung gemäß § 57a I Nr. 1 StGB erforderliche Mindestverbüßungszeit möglich ist.<sup>38</sup> Des Weiteren bleibt die schuldangemessene Strafe für alle Folgefragen, bei denen es auf den Umfang der verwirkten Strafe ankommt, relevant. Das betrifft beispielsweise die formellen Zeitgrenzen für die Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56 StGB und die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung. Schließlich wird für die Anrechnung auch nicht an die Einzelstrafen, sondern an die bereits gebildete Gesamtstrafe angeknüpft. Alles in allem zeigt sich die Vollstreckungslösung damit von einer fast unwiderstehlichen Benutzerfreundlichkeit.

Im Mittelpunkt steht jedoch die Abschiebung des eigentlichen Strafzumessungsvorgangs von jeglichen anderen Rechtsfolgenentscheidungen. Der BGH betont hierbei vor allem die unterschiedlichen Funktionen der Strafzumessung für den Schuldgleichheit und nach präventiven Erfordernissen einerseits und der Kompensation als Entschädigung andererseits.<sup>39</sup> Er folgert daraus die rechtliche Notwendigkeit, die faktisch miteinander verschränkten Gesichtspunkte der Verfahrenslänge und der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung voneinander zu trennen und jeweils den Bereichen Strafzumessung und Strafvollstreckung zuzuordnen.<sup>40</sup> Damit verlangt der BGH nicht weniger als die Herausbildung und Konkretisierung des strafzumessungsrechtlichen Sachverhalts bzw. Tatbegriffs.<sup>41</sup>

### C. Kritische Würdigung

Der gegen die damit verbundene Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 46 StGB von *Salditt* vorgebrachte Einwand, die Vorschrift unterscheide längst nicht mehr zwischen den für die Strafe zum Zeitpunkt der Tat wesentlichen Umständen und den Abläufen danach, offenbart in erschreckender Weise, wie es um die Dogmatik der Strafzumessung tatsächlich bestellt ist.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> BGH NJW 2007, 3294 (3297), dem folgend BGH NJW 2008, 860 (861).

<sup>38</sup> BGH NJW 2007, 3294 (3297); NJW 2008, 860 (861); dazu auch *Paeffgen* StV 2007, 487 (490 f.), der die »Aufrechnungsposten« allerdings für inkommensurabel und nicht miteinander verrechenbar hält, und

<sup>39</sup> BGH NJW 2007, 3294 (3297); NJW 2008, 860 (861); dazu auch *Paeffgen* StV 2007, 487 (490 f.), der die »Aufrechnungsposten« allerdings für inkommensurabel und nicht miteinander verrechenbar hält, und daher für einen Schadensersatzanspruch plädiert (494).

<sup>40</sup> Siehe bereits *Callies*, in: *Hassmer/Lübbersen* (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. III 1978, S. 235 ff.

<sup>41</sup> Dazu bereits *Lang-Hirrichsen*, *Engisch-FS* 1969, S. 353 ff.; *Spenkel*, *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954, S. 112; *Schlagstein*, *Gallas-FS* 1973, S. 112 ff.; *Maurach/Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 7. Aufl. 1989, § 63 II Rn 141; *Bauer*, *Der Strafzumessungsvorgang als stufenweise Konkretisierung des gesetzlichen Strafrahmens* 1984, S. 285; *Engisch*, *Peters-FS* 1974, S. 15 ff. (18); »Strafzumessungs-Tatbestand«. Aus neuerer Zeit beachte vor allem *Frisch*, in: *Wolter* (Hrsg.), 140 Jahre GA, 1993, S. 1 ff. (17 Fn 79) für einen »funktionalen Tatbegriff des Strafzumessungsrechts«; ferner *Meier* StV 2003, 442.

<sup>42</sup> *Salditt* StraFo 2007, 513. Auf die Schwierigkeiten einer einheitlichen Strafzumessungslösung vgl. auch

Er erinnert zugleich daran, dass es der Strafrechtswissenschaft noch immer nicht gelungen ist, »den Zusammenhang von Straftatvoraussetzungen, Strafzumessung und Strafprozess in einem gesamten Strafrechtssystem zu entfalten«. <sup>43</sup> Umso beruhigender ist es, dass sich der *Große Senat* dessen bewusst ist, dass »gerade ein vielfältiges Sanktionensystem nur dann leistungsfähig und zur Erfüllung der strafrechtlichen Aufgaben geeignet ist, wenn es auch über praktikable Vorschriften über die *Abgrenzung, Zumessung* sowie *Vollstreckung* der Sanktionsarten verfügt«. <sup>44</sup>

Vorerst liegt es jedoch weniger an der sanktionsrechtlichen Bedeutung als vielmehr an ihrer bestehenden Einfachheit, wenn der Vollstreckungslösung ihr Charme, jedenfalls nicht gänzlich abgesprochen wurde. <sup>45</sup> Doch auch da wurde geangewöhnt, die Lösung sei möglicherweise schon deshalb nicht überzeugend, weil auf eine so einfache Methode bislang niemand gekommen ist. <sup>46</sup> Tatsächlich finden sich aber in der Literatur bereits seit längerem durchaus Fürsprecher für eine Anrechnungslösung nach dem Vorbild der dogmatischen Struktur des § 51 StGB. <sup>47</sup> Soweit der *BGH* oder gar das *BVerfG* sich noch nicht entsprechend äußerten, mag das einerseits daran liegen, dass ein solcher Fall, wie er jetzt Anlass für den Vorschlag des Systemwechsels ist, in der obergerichtlichen Rechtsprechung noch nie vorgekommen ist <sup>48</sup> und auch in Zukunft wohl eher selten sein wird. Jedoch sind es zumeist gerade die extremen Grenzfälle, die den Prüfstein des Rechts bilden, und dessen Qualität darf nicht von der Quantität seiner Anwendungsfälle abhängen. <sup>49</sup> Andererseits ist zu bedenken, dass sich in der Konstellation genau jene Problematik widerspiegelt, die bereits bei der absoluten Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe zwar mehrfach aufgetreten und auch thematisiert, <sup>50</sup> letztlich aber in Ermangelung einer verfassungsrechtlichen Unverhältnismäßigkeit nicht abschließend entschieden worden ist. So gesehen

<sup>43</sup> Wolter/Freund (Fn 19), Vorwort, S. V.

<sup>44</sup> BT-Drs. 10/5828, S. 7 ohne die Hervorhebung im Original; zustimmend Dolling ZStW 104 (1992), 259ff. (267) und Lami, Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems 2002, S. 70; zum Potenzial zu einer »weiteren Systematisierung des Sanktionierungsvorgangs« Strenig JZ 2008, 979. Demgegenüber spricht Schieffler ZIS 2008, 269ff. von einem »Systemwechsel ohne System«.

<sup>45</sup> Pfeiffer NJW 2007, 3298 (3299); K. Weber JR 2008, 36; unter ausschließlicher Bezugnahme auf die o. S. »technischen« Vorteile auch Burghoff SRR 2007, 310.

<sup>46</sup> I. Roxin StV 2008, 14 ff. (15).

<sup>47</sup> Zuerst wohl Walter, in: Hirsch (Hrsg.), Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986: Dogmatischer Teil der Strafrechtsreform, Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 1987, S. 186; Schroth NJW 1990, 29 (31 Fn 19); dem folgend und grundlegend Schieffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren: Materielle und prozessuale Rechtsfolgen, Berlin 1991, S. 225; ders. JR 2003, 509, (511) im Hinblick auch auf die Parallelvorschrift des § 52a S. 1 JGG; im Ansatz ähnlich auch Krautz JR 2008, 403 (406), der für die Normierung eines Strafmilderungsgrundes und eines Schadensersatzanspruchs die lege ferenda eintritt (408f.); ähnlich Wäppler ZStW 118 (2006), 186ff. (198), der für eine Klärstellung in § 46 StGB plädiert (S. 198). Auch Wohlers JR 1994, 138 ff. (141) weist auf das Fehlen einer dem § 51 StGB vergleichbaren Anrechnungsvorschrift hin, beachte auch Schältebaum StV 1985, 424 ff. (429), der jedoch für den Vorrang der materiellrechtlichen Lösungsmöglichkeiten eintritt und die Dogmatik der Strafausschließungsgründe fruchtbar machen will – dazu wiederum Wolter (Fn 19).

<sup>48</sup> I. Roxin StV 2008, 14 (17). Siehe aber immerhin LG Marburg NSZ 1988, 273 unter ausdrücklichem Hinweis auf die §§ 51 und 56 f. StGB für den Fall einer verspäteten Vollstreckungsunterbrechung sowie OLG Celle NSZ 1990, 252 (253). Siehe dazu auch die Nachw. unten in Fn 76.

<sup>49</sup> Allgemein zu den Prüfsteinen für das strafrechtliche Sanktionensystem Jung GA 1993, 534 ff.

<sup>50</sup> Vgl. z. B. BVerfG NSZ 2006, 680 = JR 2007, 251 m. abl. Anm. Gaede JR 2007, 254. Gaede weist hier auf die Notwendigkeit hin, bei der lebenslangen Freiheitsstrafe ggf. »messbare Vollzugsvorteile« einzuführen (254), und schlägt eine Kombination von der Rechtsfolgenlösung (nach § 49 I StGB) mit den

war es nur noch eine Frage der Zeit, bis es aufgrund eines konkreten Falls Grund und Anlass gab, eine Lösung zu erarbeiten, die anders als die bisherige auch derartigen Sonderkonstellationen Rechnung tragen kann. <sup>51</sup>

### 1. Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht

Nun hat aber *Imme Roxin* gegen die Vollstreckungslösung verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet, die sich nicht ohne weiteres vom Tisch strafmilderung gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip <sup>52</sup> und gegen das Resozialisierungsgebot. <sup>53</sup>

#### 1. Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hält allgemein dazu an, in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen, ob die eingesetzten Mittel der Strafverfolgung und der Bestrafung unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen. Für den Fall eines mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht in Einklang stehenden überlangen Verfahrens hat das *BVerfG* wörtlich ausgeführt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu sorgfältiger Prüfung verpflichtet, »Ob und mit welchen Mitteln der Staat gegen den Betroffenen (noch) strafrechtlich vorgehen kann«. <sup>54</sup> Diese Möglichkeiten reichen nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung von einer Einstellung des Verfahrens über seine Beendigung durch das Absehen von Strafe »bis hin zu einer Berücksichtigung bei der Strafzumessung«. <sup>56</sup>

#### a) Die Anrechnung – ein Mittel der Strafzumessung und/oder Strafvollstreckung?

Das bedeutet aber keineswegs, dass die Verfahrensverzögerungen *aus-schließlich* im Rahmen der Strafzumessung nach § 46 StGB berücksichtigt werden dürfen. <sup>57</sup> Dies gilt ungeachtet dessen, dass es sich bei der Vollstreckungslösung gedanklich zugrunde liegenden Regel über die Anrechnung

<sup>51</sup> Beachte dazu bereits die Ausführungen von I. Roxin (Fn 32) 1. Aufl., S. 187 und 4. Aufl., S. 179; und die gerade unterhalb des Extremitales abbricht.

<sup>52</sup> Sie geht des Weiteren auch von einer Verletzung des Konventionsrechts aus. I. Roxin StV 2008, 14 (16).

<sup>53</sup> Aus der hier eingenommenen sanktionsrechtlichen Perspektive heraus bedarf es jedoch keiner Erläuterung, inwieweit die Vollstreckungslösung auch mit den konventionsrechtlichen Vorgaben in Einklang steht. Zur Rechtsprechung des EGMR zum Beschleunigungsgebot vgl. jedoch Kühne StV 2001, 529 ff.; Laine Jura 2005, 89 ff. sowie Resz. Müller-Dietz-FS 2001, S. 627 ff.

<sup>54</sup> I. Roxin StV 2008, 14 (16 f.).

<sup>55</sup> BVerfG StV 2008, 14 (17).

<sup>56</sup> BVerfG NJW 2003, 2225; ebenso NJW 1995, 1277.

<sup>57</sup> BGH NJW 2006, 1529 (1534) legt dar, dass es letztlich keine Senatenscheidung des BVerfG gibt, aus der sich erlobe, dass die Kompensation gerade durch einen bezifferten Strafabt vorzunehmen ist.

der Untersuchungshaft nach der heute einhelligen Ansicht *inhaltlich* nicht um eine Frage der Strafzumessung,<sup>58</sup> sondern um eine gesetzliche Vollstreckungsregel handelt.<sup>59</sup> Denn nach der Systematik des Gesetzes gehört § 51 StGB zu den in den §§ 46 ff. StGB normierten Vorschriften über die Strafzumessung. Bezeichnenderweise hat der Gesetzgeber es hierbei auch belassen, als er den damaligen § 60 StGB durch das 1. Strafrechtsreformgesetz änderte.<sup>60</sup> Bis dahin stand es nämlich im pflichtgemäßen Ermessen des Richters, ob und in welchem Umfang er die Untersuchungshaft anrechnete.<sup>61</sup> Vor diesem Hintergrund wurde die Anrechnung der Untersuchungshaft damals auch noch überwiegend zur Strafzumessung (i.w.S.) gerechnet.<sup>62</sup> Erst seitdem die Anrechnung grundsätzlich nicht mehr im Ermessen des Gerichts steht, gehört sie richtigerweise nicht mehr zur Strafzumessung.<sup>63</sup> Das gilt ungeachtet dessen, dass die *Versagung* der Anrechnung, obwohl ihrerseits ebenfalls keine Strafzumessung<sup>64</sup>, revisionsrechtlich auf die Sachrüge hin nachprüfbar bleibt.<sup>65</sup> – Dass insoweit eine vor allem in der revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht immer trennbare Gemengelage zwischen Strafzumessungs- und Strafvollstreckungsrecht auftritt, ist bereits von der Strafaussetzung zur Bewährung bekannt. Auch hierbei ist von den Tatgerichten darauf zu achten, dass bei der Festsetzung der *Strafzölle* nicht die Strafzumessungstatsachen mit von *Salditt*, die einzelnen Schritte der Vollstreckungslösung ließen sich nicht trennen, verfangt daher nicht.<sup>67</sup>

Entscheidend ist jedoch, dass die Anrechnung der Untersuchungshaft ebenso wie die eigentliche Strafzumessung nach § 46 StGB das Ausmaß der staatlichen Unrechtsfolge (mit-)bestimmt.<sup>68</sup> Was nun speziell die Anrechnung der durch die Verfahrensverzögerung erlittenen zusätzlichen »sanktionsähnlichen Wirkungen« anbelangt, kommt hinzu, dass der Richter nach der Entscheidung des *Großen Senats* zwar kein Ermessen darüber hat, *ob* er die An-

58 MK-Theune, StGB 2003, § 51 Rn 1; Dreher MDR 1970, 965 ff. (969).

59 SK-Horn, § 51 Rn 2; Schönke/Schröder/Stree, § 51 Rn 1; BGHSt 27, 288 = NJW 1978, 229; BGH NSIZ 1994, 335 (lediglich deklaratorische Wirkung, soweit nicht ausnahmsweise eine richterliche Entscheidung erforderlich ist). Ausführlich zu den über die Rechtsnatur der Anrechnung vertretenen Auffassungen *Söldel*. Die Anrechnung erlittener Untersuchungshaft 2004, S. 187 ff.

60 1. StrRG vom 25. 6. 1969 (BGBl. I, S. 92).

61 Dazu LK-Tröndle, 9. Aufl., § 60 Rn 1.

62 BGHSt 7, 214 (Strafe muss feststehen, ehe über die Anrechnung entschieden wird); BGH NJW 1956, 1164 (Berücksichtigung der Strafzwecke für die Bestimmung des Anrechnungsmassstabs) m. krit. Anm. Wittenberger JZ 1956, 695, soweit der BGH daran festhält, dass beide Entscheidungen getrennt vorzunehmen seien; ähnlich bereits ders. JZ 1952, 545 ff. und JZ 1955, 385. Überblick zum damaligen Meinungsstand bei Grünwald, Die Teilrechtskraft im Strafverfahren 1964, S. 300 ff. mit deutlicher Kritik an der Vermengung von Strafzumessung und Anrechnung, S. 302 ff. (305 ff.); ebenso Bruns (Fn 13), S. 43 ff. mit eingehender Darstellung der Entwicklung.

63 LK-Tröndle, 9. Aufl., § 60 Rn 13; Dreher MDR 1970, 965 ff. (969).

64 LK-Theune, § 51 Rn 44.

65 LK-Theune, § 51 Rn 66.

66 Fischer, § 46 Rn 14; LK-Theune, § 56 Rn 66 ff.; BayObLG JR 2003, 297 m. Anm. Verrel JR 2003, 299; zur revisionsgerichtlichen Problematik der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen *Wohlers JR* 2005, 187 ff.

67 *Salditt*, StraFo 2007, 513. Beachte jedoch aus europarechtlicher Sicht mit gewichtigen Bedenken *Heghmanns ZJS* 2008, 197 (199 f.).

rechnung vornimmt, dass er aber sehr wohl in einem wertenden Akt den Umfang der Anrechnung bestimmen muss. Diese Sachlage ist der geschilderten früheren Rechtslage so weit vergleichbar,<sup>69</sup> dass man fast schon wieder versucht sein könnte, erneut von einer Strafzumessung i.w.S. zu sprechen. Das aber ist in der Sache weder weiterführend noch erforderlich.

Das *BVerfG* hat mit keinem Wort zu erkennen gegeben, dass es ihm auf einen derartigen Strafzumessungsbegriff ankommt, dass allein dieser einer Vollstreckungslösung entgegenstehe könnte. Es hat lediglich verlangt zu berücksichtigen, dass sich die negativen Folgen, die von einer staatlichen Strafe ausgehen, verstärken können, wenn sich die Umstände des Täters durch bzw. während des Zeitablaufs geändert haben und er zwischenzeitlich sozial integriert wurde.<sup>70</sup> Diesem Aspekt kann aber auch bei der Vollstreckungslösung in gleichem Umfang wie bisher im Rahmen des § 46 I 2 StGB Rechnung getragen werden, eben weil sie die eigentliche Strafzumessung nach § 46 StGB unberührt lässt.

Zu bedenken ist zudem, dass sich die Vollstreckungslösung auch deshalb besser in das Sanktionensystem einfügt, weil darin die von dem Beschuldigten neben der Strafe erduldeten Belastungen und erbrachten Leistungen beim Vorliegen der jeweiligen weiteren Voraussetzungen grundsätzlich im Wege der Anrechnung anerkannt und nach einem angemessenen Maßstab auf die vollstreckbare Strafe angerechnet werden. Das gilt gemäß § 46 I StPO etwa auch für die Dauer eines nach dem Beginn der Strafvollstreckung eingetretenen Krankenhausaufenthalts – sofern der Verurteilte die Krankheit nicht herbeigeführt hat, um die Strafvollstreckung zu unterbrechen. Zwar liegt dem eine rechtmäßige Verurteilung zugrunde, während die Vollstreckungslösung gerade der Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen dienen soll, die der Betroffene noch während der Geltung der Unschuldsvermutungen erlitten hat.<sup>71</sup> Aus Sicht des Betroffenen liegen deshalb jedoch keine verschiedenen Interessenlagen vor, die einer Analogiebildung entgegen stünden.<sup>72</sup> Das folgt bereits aus dem Rechtsgedanken des 56f III 1 StGB. Danach sind im Falle eines Bewährungswiderrufs die bereits zur Erfüllung der Bewährungsaufgaben erbrachten Leistungen ebenfalls nach einem angemessenen Maßstab auf die noch vollstreckbare Strafe anzurechnen.<sup>73</sup> Rechtstech-

69 *Peglau NJW* 2007, 3299 bevorzugt, daher auch eine Analogie zu § 51 IV 2 StGB, weil hierbei der Maßstab nicht bereits auf das Verhältnis 1:1 festgesetzt, sondern vom Gericht zu bestimmen ist. Allerdings ist die Parallele zu § 51 I StGB vorzugswürdig, weil es hierbei ausschließlich um Freiheitsentziehungen während des laufenden Verfahrens geht.

70 So ausdrücklich *BVerfG NJW* 2003, 2225.

71 Auf den Aspekt der Unschuldsvermutung hinweisend auch *Kempf StV* 2001, 134.

72 A. A. J. *Roxin StV* 2008, 16, die jedoch ersichtlich nicht auf das Interesse des Beschuldigten abstellt. Hinzuweisen ist auch darauf, dass es auch bei der Lockspitzelproblematik spätestens seit *EGMR StV* 1999, 127 immer weniger auf die Unterscheidung zwischen einem zulässigen und unzulässigen Einsatz des Lockspitzels, sondern auf das Ausmaß der Einflussnahme ankam; *BGH StV* 1992, 462; *Kinzig StV* 1999, 289 (290).

73 §§ 56 f III 2 und 58 II 2 i. V. m. 56 f III 2 StGB sowie § 26 III 2 JGG. Beachte *BGH NSIZ* 1991, 34 (Berücksichtigung der erbrachten Leistungen durch Anrechnung auf die Gesamtstrafe und nicht durch Strafzumessung) m. Anm. U. *Weber NSIZ* 1991, 35 f. Zwar schon *BayObLG NSIZ* 1987, 459 und 1989, 432 m. Anm. *Stree NSIZ* 1989, 433; anders jedoch noch *BGH NSIZ* 1986, 162 mit krit. Anm. *Stree NSIZ* 1986, 164. Zur Anrechenbarkeit von Leistungen, die im Rahmen des § 153 a StPO erbracht wurden, wenn die eingestellte Tat später als Verbrechen weiterverfolgt wird, siehe *Krick NSIZ* 2003, 68 (70), der sich insoweit allerdings gegen eine Anrechnung und für eine Bewährungsstrafe ausspricht.

nisch liegt der Unterschied zu den Verzögerungen darin, dass beim Bewährungswiderruf der Rechtsgrund für die erbrachten Leistungen gleichsam rückwirkend entfällt, wohingegen die rechtsstaatswidrigen Verzögerungen von vornherein nicht dazu berechtigen, dem Beschuldigten eine Leistung<sup>74</sup> bzw. die Duldung eines »Sonderopfers«<sup>75</sup> abzuverlangen. Es ist daher nur sachgerecht, beide Fälle gleich zu behandeln.<sup>76</sup>

#### b) Gebot der Schuldunterschreitung?

Die von *Inme Roxin* des Weiteren geforderte Verhängung einer schuldunterschreitenden Strafe mag zwar im Einzelfall zulässig sein,<sup>77</sup> ist aber weder empfehlenswert, da sie ihrerseits das ganze Strafzumessungsrecht berührt,<sup>78</sup> und zudem hier auch gar nicht erforderlich. Fraglich an dieser Stelle ist und bleibt allein, ob man weiterhin einen »schuldnabhängigen Strafmilderungsgrund« annehmen will.<sup>79</sup> Dabei ist darauf hinzuweisen, dass schon der Ausdruck in sich widersprüchlich, zumindest aber verwirrend ist: Der Milderungsgrund liegt in der gemilderten Schuld, so dass richtigerweise von einem *Schuld-milderungsgrund* zu sprechen ist. Die gemilderte Strafe ist erst die Rechtsfolge der Annahme eines solchen Milderungsgrundes. Ein »schuldnabhängiger Schuld-milderungsgrund« ist eigentlich ein Widerspruch. Dennoch könnte das Verhältnismäßigkeitsprinzip zumindest im Einzelfall eine solche Konstruktion verlangen, wenn sie denn, wie bislang überwiegend angenommen, erforderlich und geeignet wäre. Zudem müsste sie aber auch das mildeste unter gleich geeigneten Mitteln sein.

Stellt man auf die Sichtweise des betroffenen Angeklagten bzw. Verurteilten ab, so scheint die Sache auf den ersten Blick klar zu sein: In jenen Fällen,

74 Beachte in diesem Zusammenhang die Überlegungen zur Strafe als Leistung bei *Stoek*, in: *Annuaire Universitäts Saravienensis*, 1952, S. 97 ff. sowie zur Dienstleistungsstrafe bei *Bennmann*, *Schaffstein-FS* 1975, S. 211 ff. und *Kalmitoud/Tak ZStW* 98 (1986), 503 ff.

75 Zu diesem Gedanken – im Hinblick auf den durch einen Lockspitzel »Verführten«: *Puppe NSZ*, 1986, 404 (406); *Kürzner StV* 2002, 277 (283) mutmaßl. in der Bezeichnung nur einen anderen Ausdruck für einen schuldnabhängigen Strafmilderungsgrund.

76 Ähnlich schon für die Folgenbeseitigung bei verspäteter oder unterlassener Unterbrechung der Vollstreckung nach § 454b II 1 StPO BVerfG NSZ 1988, 474 (475); *Maritz NSZ* 1990, 214 (216, 217) und dadurch bewirkter »überlanger Vollstreckung« (219) – Reduzierung der in den §§ 57, 57a StGB bestimmten Mindestverbüßungszeit um das Maß, um das die zuvor vollstreckte Freiheitsstrafe über den gesetzlichen Zeitpunkt hinaus vollstreckt worden ist) sowie LG Marburg NSZ 1988, 273; OLG Celle NSZ 1990, 252. – Zur Enschädigungsproblematik in diesen Fällen *Wolf/NSZ* 1990, 575 f. Zuvor schon *ders.*, Die Nichtbeachtung des Zwei-Drittel-Zeitpunktes in der Vollstreckung des strafrechtlichen Freiheitszuges, 1988, S. 125 ff.

77 BGH NSZ 1986, 162 mit teils krit. Anm. *Bruus MDR* 1987, 177 ff.; *Puppe NSZ* 1986, 404; BGH StV 1988, 295 (296); *Schönke/Schröder/Stree*, Vorbem. §§ 38 ff. Rn. 18a; *J. Roxin StV* 2008, 14 (17) m. w. N. Anders jedoch für einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall BGHSt 29, 319 (321) = NJW 1981, 692 m. zust. Anm. *Bruus JR* 1981, 335 (336), der auf die mit den §§ 59, 60, 56, 57, 47 StGB und 153 StPO »zahlreichen Möglichkeiten, schuldgerechte Milde walten zu lassen« verweist (ohne Hervorhebung im Original); BGH NSZ 2001, 311; BGHR § 46 I Begründung 19.

78 *Bruus MDR* 1987, 177; *Schieffler (Fn 47)*, S. 209; so auch noch *J. Roxin (Fn 32)*, 4. Aufl., S. 172 ff., 1. Aufl., S. 182 ff.

79 Ähnlich *J. Roxin (Fn 32)*, 4. Aufl., S. 175, die deshalb zu dem Ergebnis kommt, die Strafzumessung sei nicht der richtige Ort für die Berücksichtigung schuldnabhängiger Gesichtspunkte, und weitere Argumente gegen die ausschließliche Berücksichtigung bei der Strafzumessung aufführt (S. 177); *»man kann einen schuldnabhängigen Strafmilderungsgrund Wollers JR* 1994, 138 (141 f.). Kritisch bereits

in denen die schuldangemessene Strafe mehr als zwei Jahre Freiheitsstrafe beträgt, war es nach der alten Strafzumessungslösung nicht eben selten, dass die Strafe infolge des Strafabstrahls auf unter zwei Jahre abgesenkt und schließlich gemäß § 56 StGB zur Bewährung ausgesetzt wurde. Dem schien nicht entgegenzustehen, dass »das Bestreben, dem Angeklagten Strafaussetzung zur Bewährung zu bewilligen, (...) nicht dazu führen (darf), daß die schuldangemessene Strafe unterschritten wird«<sup>80</sup>. Bei der Vollstreckungslösung verbleibt es jedoch bei der Verhängung jener Strafen, die ohne die Verfahrensverzögerung angemessen wären. Es liegt auf der Hand, dass es dadurch zu weniger Strafaussetzungen zur Bewährung, möglicherweise auch vermehrt zur Verhängung von kurzen Freiheitsstrafen kommen wird, als bisher.<sup>81</sup> Insoweit stellt sich die Lage aus Sicht der Angeklagten künftig schlechter dar. Auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, dass infolge der Anrechnung eine Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung künftig zu einem früheren Zeitpunkt möglich sein wird. Von dieser Warte aus betrachtet lässt sich nicht uneingeschränkt behaupten, dass die bisherige Strafzumessungslösung gegenüber der Vollstreckungslösung stets das mildere Mittel wäre.

#### 2. Vereinbarkeit mit dem Resozialisierungsgebot

Nach Ansicht von *Inme Roxin* verletzt die Anwendung der Vollstreckungslösung jedoch das Resozialisierungsgebot, wenn sich der Angeklagte während des Verfahrens bereits selbst resozialisiert hat und nun infolge der Verweigerung des Strafabstrahls selbst bei positiver Sozialprognose aus formellen Gründen keine Bewährungsstrafe erhalten kann. Das aber ist ein Schicksal, das der Verurteilte auch mit solchen Tätern teilt, die nicht das vermeintliche »Glück« hatten, Opfer eines überlangen Verfahrens zu werden und auf diese Weise eine Chance auf eine »Vorbewährung«<sup>82</sup> zu erhalten. Zwar ist, wie ausgeführt, die Gefahr einer entsozialisierenden Wirkung der formellen Strafe bei derartigen Verfahrensverzögerungen *besonders* groß und deshalb auch im Rahmen des § 46 I 2 StGB zu berücksichtigen. Aber das Resozialisierungsgebot verlangt nicht, Strafen entgegen dem Schuldprinzip so abzusenken, dass sie zur Bewährung ausgesetzt werden können,<sup>83</sup> und liegt zudem überhaupt nicht im Schutzbereich der konventionsrechtlichen Kompensation. Schließlich kann die Kompensation selbst auch durch eine Geldentschädigung erfolgen.<sup>84</sup> Allerdings wurde vom BGH ersichtlich nicht etwa die Entwicklung eines konventionsrechtlichen Entschädigungsmodells angestrebt – hierzu wäre auch allenthalben der Gesetzgeber aufgerufen; vielmehr geht es um die jedenfalls aus Sicht des *Großen Senats* bestmögliche Interpretation des bundesdeutschen Rechtsfolgen-systems.

80 BGHSt 29, 319 (321) = NJW 1981, 692, LS Nr. 1.

81 Kritisch daher *J. Roxin StV* 2008, 14 (17); *Salditt StraFo* 2007, 513; differenzierend *Peglau NJW* 2007, 3299.

82 Vgl. aber aus dem Jugendstrafrecht § 57 JGG.

83 BGHSt 29, 319 (321) = NJW 1981, 692, LS Nr. 1.

84 BGH NJW 2008, 860 (864) m. w. N.

## II. Weitergehender Reformbedarf

Nachdem der *Große Senat* gleich das gesamte Rechtsfolgensystem des StGB in Frage gestellt sieht,<sup>85</sup> darf man jetzt schon gespannt sein, ob der *BGH* künftig auch von der Strafzumessungslösung beim Heimtückemord abrückt. Jedenfalls ist zu vermuten, dass nach und nach wohl das gesamte Sanktionensystem erneut auf den Prüfstand gerät. Dabei zeigt sich schon jetzt weiterer gesetzgeberischer Reformbedarf.

### 1. Freiheitsbeschränkung als Strafform

Das betrifft zunächst den für den Analogieschluss herangezogenen § 51 I 1 StGB selbst. Bisherig sind dem Wortlaut nach nämlich nur die Untersuchungshaft und andere *Freiheitsentziehungen* anrechenbar, nicht jedoch bloße *Freiheitsbeschränkungen*.<sup>86</sup> Vor dem Hintergrund, dass namentlich der elektronische Hausarrest jedenfalls im Ausland bereits als eigenständige Strafform anerkannt und im Inland seit vielen Jahren in unterschiedlichen Projekten erprobt wird,<sup>87</sup> liegt es besonders nahe, daran zu denken, künftig auch die mit einem elektronischen Hausarrest verbundenen Freiheitsbeschränkungen in einem Maßstab unterhalb des Verhältnisses von 1:1 anzurechnen.<sup>88</sup> Dass dies auch dann eingreifen muss, wenn der Hausarrest seitens einer Maßnahme zur Vermeidung der eigentlichen Untersuchungshaft ist, ergibt sich bereits daraus, dass das Beschleunigungsgebot in gleichem Maße gilt, wenn ein Haftbefehl außer Vollzug gesetzt wurde. Denn danach ist die Strafsache nicht nur formell weiterhin als Haftsache zu behandeln.<sup>89</sup> Darüber hinaus hat das *BVerfG* explizit festgestellt, dass die freiheitsrechtlichen Vorgaben des Art. 2 II GG auch für den außer Vollzug gesetzten Haftbefehl so wie die mit ihm verbundenen freiheitsbeschränkenden Auflagen und Weisungen gelten.<sup>90</sup>

Erstmals hat nun der *Große Senat* über den Umweg der Anrechnung anerkannt, dass bloße Freiheitsbeschränkungen eine Form der Strafe darstellen können. Er geht damit einen entscheidenden Schritt weiter als die jahrzehnt-

<sup>85</sup> BGH NJW 2008, 860 (863). Zu den möglichen, hier nicht behandelten Konsequenzen dieser Entscheidung insbesondere für das Jugendstrafverfahren, die Revision und das Verschlechterungsverbot siehe *Krautz*, JR 2008, 189 ff. (192 f.).

<sup>86</sup> BGH NJW 1998, 767 (in Italien verhängter Hausarrest wegen Krankheit statt Untersuchungshaft); OLG Zweibrücken NJW 1975, 509 sowie OLG Frankfurt NJW 1973, 2218 (von den US-Streitkräften verhängte Ausgangsperre); Hans OLG NSZ 1999, 589 (590).

<sup>87</sup> Dazu *Haverkamp*, Elektronisch überwachter Hausarrestvollzug. Ein Zukunftsmodell für den Anstaltsvollzug? 2002, dies. BewHi 2003, 164 ff.; *Hudy*, Elektronisch überwachter Hausarrest: Befunde zur Zielgruppenplanung und Probleme einer Implementation in das deutsche Sanktionensystem 1999; *Mayer*, Modellprojekt elektronische Fußfessel 2004; *Schöbner*, Der elektronisch überwachte Hausarrest. Eine Untersuchung der ausländischen Erfahrungen und der Anwendbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland 1998.

<sup>88</sup> Siehe bereits *Wenzel*, Die Anrechnung vorläufiger Freiheitsentziehungen auf strafrechtliche Rechtsfolgen 2003, S. 143.

<sup>89</sup> So schon KG StV 1991, 473; 2003, 627 (628); OLG Stuttgart NSZ-RR 2003, 29; OLG Köln StV 2005, 396. Dem jetzt ausdrücklich folgend *BVerfG* NJW 2006, 668 (669).

<sup>90</sup> *BVerfG* NJW 2006, 668 (669) m. Anm. *Jahn* NJW 2006, 652. Grundlegend zu den verfassungsrechtlichen Grenzen des Untersuchungshaftbefehls (und seiner Aussetzung) bereits *BVerfGE* 53, 152 (159)

telange Rechtsprechung, die nicht auf den formellen Strafbegriff abhebt, sondern (lediglich) auf die nur sanktionsähnliche Wirkung – und diese mit dem Übelscharakter gleichsetzt.<sup>91</sup> Der eigentliche Strafbegriff setzt jedoch bislang stets den absoluten und vollständigen Entzug eines Rechts voraus. Das gilt für die Freiheitsstrafe auch dann, wenn sie im konkreten Fall zur Bewährung ausgesetzt oder der Strafvollzug gelockert wird, und nach dem Nettoprinzip ebenso bei der Geldstrafe.

Tatsächlich aber ist der Gedanke, dass sich kumulative Freiheitsbeschränkungen letztlich auch wie eine Freiheitsentziehung auswirken können, im Bereich des Strafprozessrechts bereits seit längerem auf dem Vormarsch. Die additive Anwendung verschiedener Observationsmaßnahmen kann sich nämlich derart verdichten, dass sie dem freiheitsbeschränkenden Einsatz einer elektronischen Fußfessel gleichsteht.<sup>92</sup> Das *BVerfG* hat daher bereits in Aussicht gestellt, dass bei kumulativen Grundrechtseingriffen besondere Kriterien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung gelten müssten.<sup>93</sup> Nachdem die Freiheitsbeschränkungen nun endlich auch Einzug in das Sanktionenrecht gehalten haben, wäre zu wünschen, dass dies der in den kriminalpolitischen Hintergrund getretenen Diskussion über die Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems neuen Auftrieb gibt.<sup>94</sup>

### 2. Resozialisierung

Allein schon die von *Imme Roxin* und *Salditt* angeführten Beispiele einer gelungenen Resozialisierung während des laufenden Verfahrens geben allen Anlass, erneut über weitere Alternativen zur Freiheitsstrafe und deren Vollziehung nachzudenken. Überlegungen, auch längere als zweijährige Freiheitsstrafen zur Bewährung aussetzen zu können, hat es bereits gegeben.<sup>95</sup> Diese ließen sich im Allgemeinen wieder-

<sup>91</sup> Dazu auch *J. Roxin* (Fn 32), 4. Aufl., S. 234 sowie BGH NSZ 1989, 526 und BGHSt 27, 274 (276) = NJW 1978, 503 m. krit. Anm. *Peters* JR 1978, 247; siehe auch *Schleifner* (Fn 47), S. 223 f. mit der zutreffenden Unterscheidung zwischen Verfahrensbelastung und Verfahrensverzögerung.

<sup>92</sup> So die Argumentation der Rechtsanwältin des »Kölner Kaplans«, zit. nach einem Bericht von *Ingrid Müller-Münch* in der FR vom 3. 9. 2004, S. 4. Zum elektronischen Hausarrest als »Intensivüberwachung«, *Haverkamp* BewHi 1999, 51 ff.

<sup>93</sup> *BVerfGE* 112, 304 = NJW 2005, 1338 (1341). Anders jedoch noch die Vorsinstanzen OLG Düsseldorf NSZ 1998, 170 f. und BGHSt 46, 266 (276) = NJW 2001, 1658. *Comes* StV 1998, 569 ff. (570) argumentierte, die Kumulation einer Vielzahl von Observationen über einen längeren Zeitraum hinweg weise eine eigene rechtliche Qualität auf, die nicht mehr allein an der Zulässigkeit der jeweiligen Einzelmaßnahmen zu messen sei. Beachte jetzt im Anschluss an das *BVerfG* mit einem Vorschlag zu modifizierter Grundrechtprüfung *Kirchhof* NJW 2006, 732 ff. Zur Normierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der StPO de lege ferenda siehe auch *Bammberg* u. a., Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens 2001, S. 73 mit § 150 AE-EV.

<sup>94</sup> Der damalige Bundesminister der Justiz setzte 1998 eine »Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems« ein, um so »ein tragfähiges Grundkonzept für eine Reform zu schaffen«; der Abschlussbericht wurde im März 2000 veröffentlicht. Auf seiner Grundlage beschloss das damalige Bundeskabinett am 10. 12. 2003 den »Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts«. BT-Drs. 15/2725 (im Folgenden RegE), beide Dokumente sind über die Homepage des Bundesjustizministeriums verfügbar. Dazu *Wolters* ZStW 114 (2002), 63 ff.; *Heigert/Krauß* ZRP 2001, 281 ff.; v. *Selle* JR 2002, 227 ff.; *Strenz* ZRP 2004, 237 ff.

<sup>95</sup> Siehe etwa den Entwurf der SPD-Fraktion in BT-Drs. 10/1116, wonach § 56 I StGB für Strafen bis zu zwei Jahren und § 56 II StGB für Strafen bis zu drei Jahren gelten sollte. Zu weiteren Reformvorschlägen und zur Entstehung des geltenden § 56 StGB näher *Dahling* NJW 1987, 1041 ff. Für eine Erweiterung des § 56 II StGB bei gewaltlosen Eigentums- und Vermögensdelikten zuletzt BT-Drs.

beleben und im Besonderen um den Vorschlag erweitern, de lege ferenda nach § 56 II 1 StGB folgenden neuen Satz 2 einzufügen:

*Hat das Gericht festgestellt, dass der Abschluss des Strafverfahrens rechtsstaatswidrig verzögert wurde, kann es unter den Voraussetzungen von Satz 1 auch die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe, die drei Jahre nicht übersteigt, zur Bewährung aussetzen.*

Denkbar und aus systematischen Gründen wohl vorzuzugwürdig wäre es aber auch, § 56 IV 1 StGB zu ändern, denn danach ist es bislang untersagt, die Strafaussetzung zur Bewährung zu beschränken. Würde aber ein Täter einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt werden, und wären ihm davon sechs Monate wegen einer Verfahrensverzögerung als vollstreckt angerechnet, dann ließe sich die Gefahr der Entsozialisierung vermeiden, wenn in einem solchen Fall der verbleibende Strafteil von einem Jahr und zehn Monaten Freiheitsstrafe unter den Voraussetzungen des § 56 II StGB zur Bewährung ausgesetzt werden könnte. Hinter den jetzigen Satz 1 ließe sich folgender Satz 2 einfügen:

*Dies gilt nicht, wenn ein Teil der Strafe wegen einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung für vollstreckt erklärt wird; beträgt der verbleibende vollstreckbare Teil der Strafe Absätze 1–3 zur Bewährung ausgesetzt werden.*

Eine weitere Möglichkeit wäre es, dem Verurteilten zu erlauben, die Vollstreckung der nicht aussetzbaren Freiheitsstrafe durch die Ableistung gemeinnütziger Arbeit zu gestatten. Ein solcher Vorschlag zur »Vollstreckungsabwendung« ist in dem Regierungsentwurf von 2003 gemacht worden.<sup>96</sup> Der dort formulierte § 55a StGB bezieht sich zwar nur auf Freiheitsstrafen von unter sechs Monaten und knüpft gerade daran an, dass trotz formeller Aussetzungsfähigkeit die materiellen Voraussetzungen einer positiven Sozialprognose fehlen. Dies würde es aber nicht von vornherein aus-schließen, eine solche Vollstreckungsabwendung speziell in den Fällen der überlan-gungsverfahren zu erlauben. In Anlehnung an den bereits vorliegenden Gesetzge-bungsvorschlag ließe sich etwa formulieren:

*Das Gericht kann dem Verurteilten gestatten, die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten durch gemeinnützige Arbeit abzuwenden. Es soll dies dem Verurteilten gestatten, wenn (...) das Gericht eine rechtsstaatliche Verzögerung des Ver-fahrens festgestellt hat.*

Allerdings bedeutet eine solche »Vollstreckungsabwendung« nicht nur inhaltlich einen deutlichen Systembruch zu den bestehenden Vorschriften über die Strafaus-setzung zur Bewährung einerseits und den offenen Vollzug sowie die Vollzugs-lockerungen wie namentlich den Freigang andererseits.<sup>97</sup> Sie würde auch zu erheb-lichen Verschiebungen der Zuständigkeiten zwischen der Staatsanwaltschaft als Voll-streckungsbehörde, der Justizvollzugsanstalt und dem Tatrichter führen und ist auch von daher nicht zu empfehlen.

### 3. Anrechnung der Wiedergutmachung

Abschließend wäre zu erwägen, ob die »Vollstreckungslösung« de lege ferenda nicht auch Pate für die Wiedergutmachung gegenüber dem eigen-tlichen Verbrechensoffer durch den Täter stehen könnte. Dagegen spricht

<sup>96</sup> RegE (Fn 94).

<sup>97</sup> Böhm NSZ 1986, S. 201 spricht aber insoweit von Straffarten, und Blau JR 1970, 457 (470) bezieht sich sogar die Aufnahme dieses ...  
 98 Fischer, § 56 f. Rn. 18.  
 99 Dazu schon Hiltnerkamp, in: Schöch (Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht 1987, S. 74 ff. Siehe auch Fundanek, in: Mauer/Blow/Rackow (Hrsg.), Präventivrecht, Strafverteidigung, S. 200 ff.

zwar bislang, dass selbst bei einem Bewährungswiderruf gerade die Anrech-nung von Wiedergutmachungsleistungen ausgeschlossen ist, weil § 56 f. III StGB keine entsprechende Verweisung auf § 56 f. II Nr. 1 StGB enthält.<sup>98</sup> Auf der anderen Seite wäre auch hier zu bedenken, dass die Berücksichtigung der Wiedergutmachung gerade angesichts komplizierter Konkurrenzverhältnisse erleichtert würde. Vor allem aber weist die Wiedergutmachung eine unver-kennbare Nähe zu den materielle rechtlichen Strafausschluss- und Strafauf-hebungsgründen des Rücktritts und der Tätigen Reue auf, ohne jedoch den Umfang des tatbestandlichen Schadens zu vermindern.<sup>99</sup> Soweit man in der Wiedergutmachung dennoch gleichsam einen partiellen Strafaufhebungs-grund sieht, würde es dem entsprechen, die erbrachten Leistungen und unter-nommenen Bemühungen nicht auf die Schuld, sondern auf die vollstreckbare Strafe anzurechnen. Auf diese Weise ließen sich nicht nur die Schwierig-keiten, die die dogmatische Einordnung der Wiedergutmachung und die Im-plementierung des Wiedergutmachungsgedankens als Strafzweck bereiten,<sup>100</sup> umgehen. Stellt man das Sanktionensystem tatsächlich auf den Prüfstand, dann scheint also das letzte Wort auch über § 46a StGB noch nicht ge-sprochen.