

## Stellungnahme zum Entwurf U-HaftRÄG

Prof. Dr. Hans-Ulrich Paeffgen, Bonn

### I.

Dazu, daß die Föderalismusreform mit der Ausgrenzung des Strafvollzuges, speziell aber auch des U-Haft-Vollzuges, aus der Bundeskompetenz ein besonders anschauliches Beispiel für verfehlte Rechtspolitik geboten hat, habe ich mich schon anderweitig verbreitet<sup>1</sup>. Immerhin sei aber – in vorgeblich so geschichtsbeflissener Zeit – daran erinnert, daß selbst die Alliierten Hochkommissare, die an einer unbedingten Schwächung des (damals zukünftigen) Bundesstaates äußerstes Interesse hatten und selbst die Finanzhoheit weitgehend bei den Ländern lassen wollten, den Bund für den Strafvollzug zuständig sein lassen wollten<sup>2</sup>.

### II.

Ich beschränke mich also im wesentlichen auf einige, exemplarisch herausgegriffene Normen aus dem Entwurf – und namentlich aus dem Haftrechts-Teil. Insgesamt wird man sagen dürfen, um das Resümee vorwegzunehmen, daß es richtig, wenngleich kaum löblich ist<sup>3</sup>, die Regelungen um § 119 endlich auf eine verfassungsrechtlich weitgehend akzeptable Grundlage zu stellen. Im übrigen ist eine ganze Reihe von Vorschlägen verständig bis gut vertretbar, wenngleich sie vielfach auch nur die „Errungenschaften“ aus der Rechtsprechung positivieren. Das hier zu betonen, heißt nicht, die Lösungen abzuwerten, sondern nur, den Elan der Länder zu bremsen, noch hinter das judikativ erreichte Niveau zurückzugehen.

### A.

Die in den §§ 114a bis 114e des U-HaftRÄG-Entw vorgeschlagenen Regelungen entsprechen – mit den nachfolgenden Ergänzungen – durchgängig rechtsstaatlichen Geboten, die z. T. durch ober- und verfassungsgerichtliche bzw. EGMR-Äußerungen vorgezeichnet waren.

---

<sup>1</sup> Paeffgen, Das Niedersächsische Justizvollzugsgesetz vom 14. Dezember 2007, StV 2009, 46 ff. Bisher ist mir kaum eine Stellungnahme begegnet, die dieser Kompetenzverlagerung irgendeinen fachspezifischen Sinn entnehmen konnte. Aus den Vorbereitungsunterlagen vgl. nur: Pollähne, Stellungnahme zum RefE U-HaftRÄG, S. 2; ferner: Cornel, Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug muß beim Bund bleiben, ZfStrVo 2005, 48; Koop, Keine Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug auf die Länder - Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug muß beim Bund bleiben!, ZfStrVo 2006, 3 f.; Kreuzer, Strafvollzug - Quo vadis? Kritische Bestandsaufnahme nach 30 Jahren eines Strafvollzugsgesetzes, BewHi 2006, 195 (204 ff.); Müller-Dietz, Strafvollzugsrecht als Ländersache?, ZfStrVo 2005, 38 ff.; Seebode, Das „Recht des Untersuchungshaftvollzugs“ im Sinne des Art. 74 GG, HRRS 2008, 236 f. m.w.N.; Walter, Jugendstrafvollzugsgesetz: Ein Schritt nach vorn oder zurück in die Kleinstaaterei?, NK Neue Kriminalpolitik 2005, S. 17 f. – Immerhin bedenkenlos: Winzer/Hupka, Das neue niedersächsische Justizvollzugsgesetz, DRiZ 2008, 146 (lediglich eine Verkomplizierung einräumend).

<sup>2</sup> Memorandum der Hochkommissare vom 2.3.1949, S. Umdr. 3 f., abgedruckt in H.-P.Schneider, Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 17 (2007), Art. 73 Rn 72 (S. 358 o., sub Art. 36 Abs. 1 Nr. 1)

<sup>3</sup> Immerhin: Kaum, daß das 60. Jahr der Existenz des Grundgesetzes erreicht ist, fühlt sich der Gesetzgeber „schon“ ernsthaft bemüht, einen, was die Ausdrücklichkeit und – partiell – die Bestimmtheit von massiv grundrechtsinvasiven Maßnahmen anlangt, verfassungskonformen Zustand des § 119 StPO herzustellen. Dem überwiegend anerkannten Diktum, § 119 StPO g.F. genüge verfassungsrechtlichen Anforderungen, sprach schon die Existenz einer fast 100 Paragraphen umfassenden UVollzO Hohn, die freilich nur eine Verwaltungsordnung ist; vgl. dagegen u. a.: SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen (2007), § 119 Rn 3 („Skandalon“) und 4 („unerträglich“).

- 1) Bei § 114a U-HaftRÄG-Entw erscheint das Wort „unverzüglich“ in S. 2 einzufügen sachgerecht (Vorschlag des Bundesrates)<sup>4</sup>.
- 2) Bei § 114a S. 2 U-HaftRÄG-Entw ist der Vorschlag<sup>5</sup> beherzigenswert, hinter „Sprache“ noch einzufügen: „und in einer für ihn verständlichen Weise“. Nicht jedem ist die juristische Kunstsprache gleich eingängig, zumal nicht den Betroffenen mit schlechtem Bildungsstand oder, jedenfalls oft, mit „Migrationshintergrund“.
- 3) Die Bedenken des Richterbundes gegen die Belehrungspflichten in § 114b RefE ≈ § 114b Abs. 1 U-HaftRÄG-Entw erscheinen deplaciert: Es stellt keine Überforderung dar, dem Festgenommenen aus einem mitgeführten Merkblatt seine Rechte vorzulesen und ihm dieses zur Lektüre zu geben. Für Sonderfälle (des Deutschen nicht mächtiger Ausländer, Analphabet, ggfls. bedrohliche oder unübersichtliche Festnahmesituation) bietet die Formulierung hinreichenden Spielraum, die mündliche/schriftliche Belehrung zu verschieben. – Rechtspraktisch bleibt die Warnung des Richterbundes freilich beachtlich, daß bei vermeintlicher oder tatsächlicher Verweigerung der Unterschrift über die erhaltene Belehrung die entsprechende Feststellung des festnehmenden Beamten ausreichen solle. Ob man, zwecks Effektivierung des zugrundeliegenden Informationsanspruchs, die Tatsache der Belehrung von einem Dritten/Zeugen gegenzeichnen lassen sollte, bliebe zu überlegen.
- 4) Bei § 114b Abs. 1 S. 3, 2. HS U-HaftRÄG-Entw ist mir kein Grund erkennbar, wieso die Nachholung der Belehrung nur fakultativ sein soll<sup>6</sup>.
- 5) Bei § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 4 (i. V. m. S. 2) U-HaftRÄG-Entw ist der Informationsumfang zu knapp. Der Beschuldigte muß auch darüber aufgeklärt werden, daß er stets einen Verteidiger beiziehen kann, und zwar selbst im Fall der Mittellosigkeit<sup>7</sup>. Dies würde selbstverständlich um so notwendiger, wenn der Gesetzgeber die nachfolgende Empfehlung aufgriffe und Fälle der Inhaftierung zu solchen der notwendigen Verteidigung machte. Aber unabhängig davon empfähle sich der vorgenannte Hinweis, da den meisten Menschen, namentlich Ausländern, diese Möglichkeit schwerlich geläufig sein dürfte. Dies gölte insbesondere in Fällen, in denen eine notwendige Verteidigung ansteht<sup>8</sup>.
- 6) An die einstmalige Bereitschaft des BMJ, unter Abänderung von § 117 Abs. 3, 4 StPO dem Beschuldigten im Falle eines Haftbefehls-Erlasses einen Pflichtverteidiger zu bestellen, ist zu erinnern. Was, außer den notorisch vorgeschützten Geldnöten der Länder, das BMJ dazu bewogen haben mag, hinter den Vorschlag des Diskussionsentwurfes der Bundesregierung von 2004 zurückzugehen, bleibt unklar. Damals sollten § 117 Abs. 3, 4 und § 141 Abs. 3 StPO dergestalt geändert werden, daß auf Antrag des Beschuldigten, seines gesetzlichen Vertreters oder der StA ein Verteidiger bereits ab Beginn der U-Haft zu bestellen sein sollte<sup>9</sup>. (Darüber hinaus wäre zu erwägen, den Fall einer Inhaftierung nach §§ 112 f., 114a

---

<sup>4</sup> Dabei wird nicht verkannt, daß der Vorschlag des Bundesrates, dem die Bundesregierung zugestimmt hat, den Strafverfolgungsorganen nur Zeit verschaffen (bis der Dolmetscher beigezogen ist und den Text übersetzt hat) und weniger das Verfahren beschleunigen will. – Das erscheint aber in den Fällen seltener in Deutschland gesprochener Sprachen sinnvoll.

<sup>5</sup> *Pollähne* Stellungnahme zum RefE U-HaftRÄG, S. 5, sub 2. a), 2.Abs.

<sup>6</sup> So auch *Pollähne* Stellungnahme zum RefE U-HaftRÄG, S. 5.

<sup>7</sup> So auch BRAK-Stellungnahme 37/2008 zum RefE U-HaftRÄG, S. 6. – Eine entsprechende Ergänzung wäre freilich dann noch drängender, wenn sich der Gesetzgeber zur Annahme eines Falls von „notwendiger Verteidigung“ i. S. v. § 140 StPO verstünde, wie sie nachfolgend, sub II. A. 6), in jedem Falle eines Haftbefehls-Erlasses befürwortet wird.

<sup>8</sup> BRAK-Stellungnahme 37/2008 zum RefE U-HaftRÄG, S. 6 drückt sich deshalb so aus: Erforderlich sein ein „Hinweis auf die Möglichkeit der Pflichtverteidigerbeordnung in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen“.

<sup>9</sup> Vgl. Überblicksbericht StV 2004, 228 (232).

StPO stets als einen Fall der notwendigen Verteidigung i. S. v. § 140 StPO aufzufassen<sup>10</sup>.) Die damalige Einsicht hat jedenfalls durch Zeitablauf nichts an Sachrichtigkeit verloren. {Daß dies auch in den Fällen des § 127b StPO gelten soll (so die BRAK-Stellungnahme 37/2008 zum RefE U-HaftÄG, S. 7), könnte man als Luxus-Schutz abzutun versuchen. Es darf aber nicht verkannt werden, daß sich diese Inhaftierungsmöglichkeit vornehmlich gegen durchreisende Ausländer richtet, deren Sprach- und Rechtswahrungskompetenz – namentlich bei dem Streß einer Inhaftierung – schnell an ihre Grenzen stoßen wird. Hier ist im übrigen die Rechtsprechung des EGMR bisweilen recht anspruchsvoll<sup>11</sup>.}

- 7) Bei § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 5 U-HaftRÄG-Entw wird vorgeschlagen, das Wort „ergänzend“ einzufügen. Damit wird einerseits den Bedenken des Bundesrates Rechnung getragen, daß man mit der Eingangsuntersuchung nicht warten kann, bis etwa Dr. *Müller-Wohlfahrt* aus München eingeflogen worden ist. Andererseits muß es dem Festgenommenen überlassen bleiben, auf seine Kosten, einen Arzt seines Vertrauens oder zumindest einen „unbeteiligten“ Arzt konsultieren zu dürfen<sup>12</sup>. I. ü. sind Übergriffe bei der Festnahme oder

<sup>10</sup> Unabhängig von einer entsprechenden Änderung der §§ 140 f. StPO: Das ganz frühzeitige Einschalten eines solchen Verteidigers erscheint aus dem nämlichen Grund geradezu unabweisbar, wenn ein Tatvorwurf eines Verbrechens i. S. d. § 12 Abs. 1 StGB Grundlage des Haftbefehls ist, oder wenn sich ein sonstiger Fall des § 140 Abs. 1 StPO g. F. abzeichnet.

<sup>11</sup> Vgl. ansatzweise EGMR – *J.Murray/GB*, U. v. 8.2.1996, RJD 1996-I Rn. 66 (= EuGRZ 1996, 587). Daß Art. 6 auch auf Vorverfahren Anwendung finden kann, verlangte der EGMR ausdrücklich auch in der Rechtssache *Latimer/GB* v. 31.05.2005, 12141/04, sub. THE LAW: Zwar ziele Art. 6 primär darauf ab, im Rahmen eines Strafverfahrens vor dem Gericht die Grundsätze des fair trial zu sichern. Gleichwohl sei in Fortschreibung der Entscheide in *Murray/GB* und *Imbroschia/CH* hervorzuheben, daß „it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings“. Allerdings sei auch dieses Recht den Einschränkungen nicht entzogen, die „on the special features of the proceedings involved“ und von den „circumstances of the case“ abhängig seien. Im Rahmen einer Gesamtschau solle beurteilt werden, inwieweit diese Restriktion den Beschuldigten insgesamt seiner Rechte auf ein faires Verfahren beraubt haben mag. – In der Rechtssache *Kolu/Türkei* v. 2.8.2005, 35811/97, Rn. 51 ff., hob der EGMR insbesondere hervor, daß die Aussagen ohne Rechtsbeistand im Rahmen der polizeilichen Befragung später zu „éléments clés de l’acte d’accusation“ (Schlüsselementen der Anklage) geworden waren. Nach einer solchen Verletzung des Art. 6 EMRK sei aber die Beantwortung der Frage maßgeblich, ob im nachfolgenden Verfahrensverlauf die Verstöße geheilt worden seien oder nicht („...si l’atteinte précoce à ses droits de la défense a pu être réparée par la suite“, Rn. 57). Ebenso wie in dem Fall *Murray/GB* (in dem es u.a. um das Schweigerecht des Beschuldigten und die Verwertung der Aussagen in Abwesenheit des Rechtsbeistandes ging) befand der Gerichtshof in re *Beckles/GB* v. 08.01.2003, Nr.44652/98, Rn. 64, daß die Rückschlüsse aus dem Schweigen nur dann zulässig seien, wenn der Beschuldigte zuvor den Anwalt kontaktieren konnte. Vgl. auch SK-StPO<sup>1</sup>-*Paeffgen* (2004), Art. 6 Rn. 138: „Insgesamt sollte man aber die neuere Rspr. dahin deuten, daß dem Beschuldigten das Recht auf einen Wahlverteidiger nicht erst während des Hauptverfahrens, sondern bereits im Vorverfahren zusteht“, unter Verweis auf EGMR – *Quaranta/CH*, U. v. 25.5.1991, A 205 Rn 36; – *S./CH*, U. v. 28.11.1991, A 220 Rn 49 (= EuGRZ 1992, 298); – *Imbroschia/CH*, U. v. 24.11.1993, A 275 Rn 36; *Grabenwarter* EMRK<sup>3</sup> (2008), § 24 Rn 108; *Meyer-Ladewig* EMRK<sup>2</sup> (2006), Art. 6 Rn 92; *Trechsel* SchwZStR 96 [1979], 337 [357]; *ders.*, Human Rights in Criminal Proceedings (2005) S. 250, 283; *Vogler* IntKommEMRK (1986), Art. 6 Rn. 511. – Vgl. zu Regelung in der Schweiz Art. 117 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege: Danach besteht zwar das Recht auf einen Verteidiger bereits ab dem Zeitpunkt der Inhaftierung; gleichwohl ist eine den Zwecken der Untersuchung dienliche Einschränkung zulässig („Der Beschuldigte darf, auch wenn er verhaftet ist, mit seinem Verteidiger mündlich und schriftlich verkehren. Ausnahmsweise kann der Untersuchungsrichter den Verkehr für bestimmte Zeit beschränken oder ausschliessen, wenn es der Zweck der Untersuchung erfordert“ unter [http://www.gesetze.ch/sr/312.0/312.0\\_022.htm](http://www.gesetze.ch/sr/312.0/312.0_022.htm)). Nach Art. 246 StrV Kanton Bern kann die verhaftete Person „... jederzeit mit ihrer Verteidigung ohne Aufsicht schriftlich oder mündlich verkehren“. Dieses Recht kann aber bei Verdacht auf Mißbrauch eingeschränkt werden, vgl. Art. 247 (<http://www.sta.be.ch/belex/d> – dort auf das alphabetische Verzeichnis [„S“], dann auf StrV [Strafverfahren(s-Gesetz)] gehen ). Im Kanton Solothurn werden vergleichbare Einschränkungen nur für den Fall eines nicht zugelassenen Anwalts für zulässig erklärt, vgl. Art. 48 Abs. 3 StPO – Kanton Solothurn (<http://www.so.ch/appl/bgs/daten/321/1.pdf>).

<sup>12</sup> Für den Vollzug nachdrücklich in diesem Sinne: *Paeffgen*, Das Niedersächsische Justizvollzugsgesetz vom 14. Dezember 2007, StV 2009, 46 (52 f.).

- auf der Wache kein so seltenes Phänomen, daß ein entsprechendes Beweissicherungsinteresse des Betroffenen allgemein verneint werden könnte.
- 8) Ansonsten ist die ausdifferenzierte Aufzählung der überwachungsfrei kontaktierbaren Institutionen und Personen zu begrüßen.
- 9) Die Benachrichtigungs- und Informationspflichten in den §§ 114b – c erscheinen sinnvoll und entsprechen z. T. ohnehin den Anforderungen des EGMR, z. T. auch der Judikatur des BGH. – Ausnahme: Der Vorbehalt, eine unverzügliche Information eines Angehörigen oder einer Vertrauensperson unterlassen zu dürfen, sofern der der Untersuchungszweck gefährdet werden könnte (§ 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 6 U-HaftRÄG-Entw), widerspricht nicht nur klar dem Wortlaut des Art. 104 Abs. 4 GG, sondern auch der ganz herrschenden Staatsrechtslehre zu dieser Norm<sup>13</sup>.
- 10) § 114e U-HaftRÄG-Entw birgt, worauf die BRAK-Stellungnahme bereits hingewiesen hat, Probleme: Die unspezifizierte Informations-Übertragungspflicht würde der JVA im Einzelfall, zumindest dem Wortlaut nach und für den unbefangenen Leser, erlauben, persönliche Neigungen und Aversionen, Haltungen und Ansichten von Beschuldigten zu übermitteln (Motto: Zum Verständnis der „Täter“<sup>14</sup>-Persönlichkeit kann jede Facette belangreich sein.) Die beklagenswert dürftigen Personalverhältnisse in den deutschen Haft-Anstalten bieten gegen derartiges zwar einen gewissen, aber keinen durchschlagenden Schutz. – Das Problem ist freilich grundsätzlicher gelagert: Die U-Haft-Vollzugsanstalt ist keine Polizei- oder sonstige Gefahrenabwehrbehörde mit einer Befugnis zur Informationserhebung in Bezug auf ihre Insassen. Sie ist Gefahrenabwehrbehörde nur insoweit, wie es die Sicherheit der Anstalt (inklusive ihres Personals und der Insassen) und die individuellen Haftzwecke fordern. Dazu gehört aber selbstverständlich kein Persönlichkeitsscreening! Alles andere, jenseits der allfälligen Informationserhebung von mutmaßlich strafbarem oder ordnungswidrigem Verhalten oder von Daten zum Schutz des Häftlings (Selbstmord-Gefahr oder Gefahr von Anschlägen auf ihn, z.B.), wäre schlechterdings nur eins: ermächtigungslose Datenhuberei. Daß daneben auch noch Art. 6 Abs. 2 EMRK<sup>15</sup> und die im wesentlichen gleichlautende, aus Artt. 1, 20 Abs. 3 GG abgeleitete Unschuldsvermutung<sup>16</sup> tangiert wäre, sollte gleichfalls nicht übersehen werden: Entgegen der gängigen Aussage, man erlege dem U-Häftling nur diejenigen Beschränkungen auf, die in Verfolgung der Haftzwecke (und der Sicherheit der Anstalt) unabweisbar seien, behandelte die gegenteilige Sicht den Beschuldigten als Explorations-Objekt. – Erst recht ist nach dem Vorstehenden das Anstaltspersonal zu keiner Weitergabe derartiger (ermächtigungslos erhobener) Daten „befugt“. – Außerdem dürfte es daten- wie

<sup>13</sup> Dreier/Schultze-Fielitz, GG<sup>2</sup> III (2008) Art. 104 Rn. 56; Grabitz in: *Isensee/Kirchhof*, HdBStaatsR VI (1989) S. 123; Jarass/Pieroth GG (2009) Art. 104 Rn 20; v.Münch/Kunig GG-III<sup>5</sup> (2003) Art. 104 Rn. 38. I. ü. entspricht dies auch der im Prozeßrecht vorherrschenden Sicht: Meyer-Goßner, StPO<sup>51</sup> (2008), § 114b Rn. 6 („Pflicht zur Benachrichtigung gilt ohne Ausnahmen“); SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen (2007), § 114b Rn. 4b (Ausnahmen nur in extremen, notstandsartigen Fällen).

<sup>14</sup> Zu der Gedankenlosigkeit, mit der der Gesetzgeber mit dem Begriff „Täter“ im Strafprozeßrecht um sich wirft, noch bevor ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, erhellend: Diercks, Der verfassungsrechtlich anstößige Begriff „Täter“ im Ermittlungsverfahren, AnwBl 1999, 311 (315); ders., Das verfassungsrechtlich befremdliche Verhältnis des Gesetzgebers zur Unschuldsvermutung, AnwBl 2002, 147 (149), – leider bisher ohne die geringste Resonanz bei den betroffenen Gesetzgebungsorganen. Als ein bloß terminologisches (und damit von der Unschuldsvermutung nicht erfaßtes) Phänomen bagatellisiert diesen Aspekt freilich Gärditz, Strafprozeß und Prävention (2003), S. 58 Fn. 144.

<sup>15</sup> Dazu ausführlich SK-StPO<sup>1</sup>-Paeffgen (2004), Art. 6 Rn 175 ff., 185 f.

<sup>16</sup> Dazu ausführlich: Paeffgen, Vorüberlegungen zu einer allgemeinen Dogmatik des U-Haftrechts (1986) S. 42 (50 ff.); SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen (2007), Vor § 112 Rn. 21 ff.; Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung (1997), S. 519 ff. (teils unterschiedlich).

(verfassungs-)kompetenzrechtlich äußerst zweifelhaft sein, ob der Bund Organe des Landes überhaupt zu derartiger Informations-Weiterleitung verpflichten kann<sup>17</sup>. Demzufolge können die *Strafverfolgungsbehörden* m. E. allenfalls *ermächtigt* werden, Mitteilungen entgegenzunehmen, – und zwar auch nur insoweit, als sie aus dem eben umrissenen engen Bereich anstalts-bezüglicher Gefahrenabwehr stammen<sup>18</sup>. – Die von der BRAK-Stellungnahme perhorreszierte „Totalüberwachung“ ist also eher ein faktisches als ein rechtliches Problem, ohne daß dies die Notwendigkeit von Kritik an § 114e U-HaftRÄG-Entw schmälerte.

- 11) § 119 Abs. 1, 2 S. 1 U-HaftRÄG-Entw: Ob man eine Detail-Anordnung der Nrr. 1 – 5 des Abs. 1 wirklich benötigt, mag mancher aus pragmatischen Erwägungen bezweifeln. Exemplarisch: die Stellungnahme des Richterbunds, die gleich eine Umkehr der Argumentationslast befürwortet, dort sub 2 a). Folgte man jenem Ansatz, so dürfte dies, richterpsychologisch, nur eine stereotyp erfolgende Anordnung der gesamten Beschränkungsmöglichkeiten weiter befördern. Zwar hätte selbst bei der Modellierung des Richterbundes jeder Haftrichter (eigentlich) rechtlichen Anlaß, über die Notwendigkeit jeder einzelnen Beschränkung nachzudenken (Gebot des schonendsten Eingriffs). Ob man psychologisch das pflichtgemäße Nachdenken mit der vom Richterbund erwogenen ‚Generalerlaubnis zur maximalen Rechtsbeschränkung mit Teilrücktrittsvorbehalt‘ besser befördert, darf man freilich füglich bezweifeln. Sie hätte in erster Linie für die Praxis den Charme, weniger Aspekte ausdrücklich ansprechen/abhaken etc zu müssen. – Doch sind solche Mutmaßungen über die Richterpsychologie ohnehin nachrangig<sup>19</sup>. Entscheidender ist der normative Eindruck, den eine derartige Generalgestattung erzeugte: Erneut trüge man nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung, dem als unschuldig zu gelten Habenden nur das unabweisbar Notwendige an Grundrechtsbeschränkungen aufzuerlegen, das eine befürchtete Verfahrensabschottung verhindert<sup>20</sup>. Getreu dem heute verbreiteten Sicherheitsdenken verführe man nach der Maxime: Vielfach genährt hält besser! Nur, – das ist nicht die Sichtweise unseres Grundgesetzes in der ständigen Interpretation durch das BVerfG<sup>21</sup>. – Im übrigen erlaubte eine – auch noch so formelhafte – Einzelbegründung eher eine effektivere Kontrolle durch die Beschwerdeinstanz – und, korrespondierend, Ansatzpunkte für eine anwaltliche Intervention. Deswegen ist an dem Enumerations- wie an dem Ausdrücklichkeits-Gedanken nachdrücklich festzuhalten. Die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in der BT-Drs. gegenüber dem RefE ist uneingeschränkt zu begrüßen<sup>22</sup>. – Der Vorschlag der BRAK<sup>23</sup>, § 119 Abs. 3 StPO geltender Fassung als S. 1

<sup>17</sup> Sog. „Prinzip der doppelten Tür“. Siehe dazu etwa *Paeffgen*, Kompetenzen zur (präventiven und repressiven) Datenübermittlung, *Hilger-FS* (2005) S. 153 (162, 164 f.).

<sup>18</sup> Beispielhaft: Drogenkonsum, Nötigung oder Verletzung von Mitgefangenen, Flucht- oder Verdunkelungsversuche o.ä.

<sup>19</sup> Der Pflichtvergessene könnte sich, mittels Textbausteinen o.ä., selbst bei einem Gebot zur Einzelmotivierung jedes Grundrechts-Eingriffs, der Erfüllung seiner Dienstpflichten entziehen.

<sup>20</sup> Zu diesem ausschließlich Grundrechts-Eingriffe legitimierenden Zweck der U-Haft ausführlich: *Paeffgen*, Vorüberlegungen (1986) S. 79 ff., 87 ff.; zusammenfassend: *SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen* (2007), Vor § 112 Rn 11 ff. Ähnlich auch *LR<sup>26</sup>-Hilger* (2007), Vor § 112 Rn. 1 ff.

<sup>21</sup> BVerfGE 20, 45 (49 f.); 21, 220 (222); 36, 264 (273); 53, 152 (158 f.); *Grabitz* in: *Isensee/Kirchhof*, *HdBStaatsR VI* (1989) S. 130; *KK<sup>6</sup>-Graf* (2008), Vor § 112 Rn. 7; *LR<sup>26</sup>-Hilger* (2007), Vor § 112 Rn. 29, 31; *SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen* (2007), Vor § 112 Rn. 20; *ders.*, Vorüberlegungen (1986) S. 165 ff.

<sup>22</sup> § 119 Abs. 1 S. 1 U-HaftRÄG-Entw: „Soweit ...erforderlich ..., können ... Beschuldigten Beschränkungen auferlegt werden“ vs. § 119 Abs. 1 RefE: „Gegenüber inhaftierten Beschuldigten ist anzuordnen, es sei denn, dass diese Beschränkungen ... nicht geboten sind“.

<sup>23</sup> Stellungnahme 37/2008 zum RefE U-HaftÄG, S. 9/10 und Stellungnahme zum U-HaftÄG-Entwurf 10/2009 S. 4.

dem Entwurfstext des Abs. 1 voranzustellen, ist beizupflichten<sup>24</sup> – mit einer Einschränkung: Der Begriff der „Ordnung“ in der Anstalt ist zu ersetzen, weil er zu unspezifisch ist und daher, zumindest verbal, zu weitgehende Eingriffe eröffnet<sup>25</sup>. Statt dessen sollte auf die „Sicherheit“ in der Anstalt abgehoben werden<sup>26</sup>.

- 12) § 119 Abs. 1 S. 3 U-HaftRÄG-Entw ist zu ergänzen: „...durch schriftlich begründeten Beschluß“<sup>27</sup>. Dieses Formerfordernis gilt dann folgerichtig auch für die Delegatare im Fall einer Delegation. Die schriftliche Begründung sollte in Eilfällen unverzüglich nachgereicht werden müssen.
- 13) § 119 Abs. 1 S. 4 U-HaftRÄG-Entw: Zwar erscheint diese Notfall-Klausel nicht unproblematisch – angesichts eines, modellhaft, jederzeit erreichbar sein sollenden Haftrichter-Eildienstes. Dennoch sind Situationen vorstellbar (Koinzidenz von zahlreichen Straftaten, z.B.), in denen die Eilrichter terminlich überfordert wären. Für derartige (zu protokollierende) Notfälle erscheint eine Befugnis zur einstweiligen Regelung sachgerecht<sup>28</sup>. Eherer Grundsatz für die massiven (Zusatz-)Beeinträchtigungen – jedenfalls der Nr. 1 – 3 des § 119 Abs. 1 S. 2 U-HaftRÄG-Entw – sollte jedoch sein, daß ein *Richter* deren Anordnung verantwortet, und zwar, von besagten extremen Ausnahmefällen abgesehen, unmittelbar und vorgängig. Obschon der Richtervorbehalt kein Remedium gegen ‚alle Übelstände der Welt‘ ist<sup>29</sup>, bildet er doch modellhaft eine neutrale, unabhängige Entscheidungsinstanz. Das ist immer noch das kompossible Maximum an abstrakt-generell möglicher Richtigkeitsgewähr bei gegenläufigen Interessen und Entscheidungsdruck. – Die pragmatische Erwägung, die Haftrichter durch die geplante Delegations-Möglichkeit zu entlasten, dürfte auf einer Illusion beruhen, nämlich der, daß die meisten Betroffenen derartige Eingriffe stillschweigend hinnähmen. Es gehört keine seherische Gabe dazu, vorherzusagen, daß das Gros der Betroffenen um eine richterliche Entscheidung einkommen wird, so daß die vorgebliche Arbeitersparnis zumindest auf mittlere Sicht gegen Null tendieren dürfte.
- 14) § 119 Abs. 1 S. 6 U-HaftRÄG-Entw ist zu ergänzen: „... und eine Abschrift der schriftlichen Begründung auszuhändigen {bzw. in Eilfällen nachzureichen}“ um ihm/seinem Rechtsvertreter die Chance zu eröffnen, etwaige Rechtsbehelfs-Aussichten abzuschätzen.
- 15) § 119 Abs. 2 U-HaftRÄG-Entw: Eine Delegation der Ausübung der Briefkontrolle an die Polizei zwecks Sicherung der Haftziele scheint mir ein nicht hinnehmbarer Verstoß gegen die funktionale Gewaltenteilung<sup>30</sup>. Mehr noch als die bisweilen unvermeidliche Besuchskontrolle greift die Briefkontrolle in den Kern der vom Gefangenen zu gestaltenden Privatsphäre ein. Bereits die Kenntnissnahme des Briefinhalts bedeutet einen Eingriff in Art.

<sup>24</sup> In der Sache so auch der § 42 Gemeinsamer Entw eines U-HaftVollzG von 12 Bundesländern, abrufbar unter: (abrufbar unter: <http://www.thueringen.de/imperia/md/content/text/justiz/uhaftg.pdf> oder <http://www.mdj.brandenburg.de/sixcms/media.php/4055/BbgUVollzGE%20-%20Gesetz.pdf>).

<sup>25</sup> Dagegen schon lange: SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen (2007), § 119 Rn 12; SK-StPO<sup>1</sup>-Paeffgen (1992)§ 119 Rn 12.

<sup>26</sup> Zur weiteren Erläuterung dieser Forderung vgl. die Anlage zu diesem Papier.

<sup>27</sup> So auch BRAK-Stellungnahme 37/2008 zum RefE U-HaftÄG, S. 10.

<sup>28</sup> Sollte man (trotz der vorgetragenen Bedenken) an der Weiter-Delegation von Eilkompetenzen an die JVA festhalten, so wäre zu zumindest zu fordern, daß derartige Eingriffsbefugnisse nur Personen mit juristischen Kenntnissen (Befähigung zum Richteramt) vorbehalten bleiben sollten, damit sich die betreffende Person zumindest modellhaft der Tragweite ihrer Anordnungen bewußt ist.

<sup>29</sup> Durchaus krit. Paeffgen, Fürsorgliche Erschießung, Seebode-FS (2008), S. 245 (251, Fn. 10).

<sup>30</sup> Richtig insoweit die BRAK-Stellungnahme 37/2008 zum RefE U-HaftÄG, S. 12, sub bb). Mit ähnlicher Tendenz – und deutlich gegen die (diese Zusammenhänge ziemlich mißverstehende) Entscheidung OLG Oldenburg HRRS 2008 Nr. 468 = StV 2008, 196: Seebode, HRRS 2008, 236 (239)

10 GG<sup>31</sup> und nicht lediglich in Art. 2 Abs. 1 GG (wie etwa die Überwachung des Besucherverkehrs oder die bloße Beschränkung des Briefverkehrs auf bestimmte [Adressaten-]Personen), weshalb unbedingt an der bisherigen Rechtsregel festgehalten werden sollte, auch die Durchführung der Anordnung zur Briefkontrolle grundsätzlich dem Haftrichter vorzubehalten (vgl. § 31 UVollzO). Wengleich die aus der Briefkontrolle gezogenen Erkenntnisse ohne Beschlagnahme des Schriftstücks einem Verwertungsverbot unterliegen,<sup>32</sup> so ist doch die Gefahr der – wenn auch nur mittelbaren – mißbräuchlichen Nutzung der erlangten Informationen im Verhältnis zur Bedeutung des in Rede stehenden Grundrechts unübersehbar. Schon die bislang geübte Praxis, die Briefkontrolle auf Antrag des Beschuldigten auf die ermittelnde StA zu übertragen (vgl. § 31 i. V. m. Nr. 3 UVollzO), erscheint insoweit nicht unproblematisch. Sie mag aber im Hinblick auf das Antragerfordernis hinnehmbar sein, weil es dem Beschuldigten den Kontakt zur Außenwelt beschleunigen hilft<sup>33</sup>. Daß die Briefkontrolle für den Haftrichter eine erhebliche Arbeits(mehr)belastung mit sich bringen kann, wird nicht übersehen. Doch darf die Beachtung von Grundrechten durch den Staat nun einmal nicht nach Maßgabe dessen erfolgen, was an Verwaltungseinrichtungen von Finanzministers Gnaden bereitgestellt wurde<sup>34</sup>.

Vollends inakzeptabel wäre es, die Briefkontrolle an die Anstalten zu delegieren<sup>35</sup>. Neben dem Gewaltenteilungs-Argument schließe hier auch noch die sachliche Inkompetenz zu Buche, beurteilen zu können, welche Äußerungen sachverhaltserheblich sein dürften (Mangel der Geeignetheit).

16) § 119 Abs. 5 U-HaftRÄG-Entw will einen alten Mißstand wenigstens für diesen Regelungsbereich aufheben, indem es eine ausdrückliche Regelung für den Rechtsbehelf trifft. Damit wird der bisher, gegen alle methodischen Regeln<sup>36</sup>, praktizierte h. M. (Analogie zu § 98 Abs. 2 StPO) endlich eine gesetzliche Grundlage unterschoben. Bisher war für Maßnahmen im Vollzug der U-Haft zwar regelmäßig der Haftrichter zuständig, aber nicht immer; – für manche Grundrechts-Eingriffe (Durchsuchungsanordnung für alle Besuche,

<sup>31</sup> *Schlothauer/Weider* Untersuchungshaft<sup>3</sup> (2001) Rn. 1053.

<sup>32</sup> *Schlothauer/Weider* Untersuchungshaft<sup>3</sup> (2001) Rn. 1054.

<sup>33</sup> Vgl. dazu LG Aachen StV 1992, 478 (179).

<sup>34</sup> BVerfG NJW 1973, 1451 (1453).

<sup>35</sup> Falls irgendein Land doch noch derartiges planen sollte. Insoweit sachgerecht: § 146 Abs. 3, 2.HS Nds JustizvollzG: „abweichend von § 134 Abs. 4 ist eine Übertragung auf die Vollzugsbehörde ausgeschlossen“. Lt. dem gemeinsamen Entwurf eines U-HaftVollzG von 12 Bundesländern (Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen) soll gemäß § 37 Abs. 1 der Anstaltsleiter die Textkontrolle anordnen können, wenn sie aus Gründen der Sicherheit oder zur Abwendung einer schwerwiegenden Störung der Ordnung der Anstalt erforderlich ist (abrufbar unter: <http://www.thueringen.de/imperia/md/content/text/justiz/uhaftg.pdf> oder <http://www.mdj.brandenburg.de/sixcms/media.php/4055/BbgUVollzGE%20-%20Gesetz.pdf>).

<sup>36</sup> So die st. Rspr. des BGH, etwa BGHSt 28, 57 (58); 37, 79 (82); 44, 171; 44, 265; dem folgend: HessVGH (Entsch. v. 9.11.2007, 8 TP 2192/07) ESVGH 58, 137. – Dagegen darf daran erinnert werden: Eine Analogie setzt methodisch eine unbewußte Regelungslücke voraus. Aber es besteht weder eine Lücke, vgl. § 23 EGGVG, noch war sie unbewußt: Denn gegen diese Praxis wurde seit Jahrzehnten, wengleich – angesichts der verfassungsgerichtlichen Stumpfheit gegenüber rechtsmethodischen Minimalstandards (vgl. BVerfG NJW 1994, 573 [= StV 1994, 1 m. abl. Anm. *Lammer*]; BVerfG NJW 2002, 1410 [1411]) – mit abnehmender Intensität angekämpft, vgl. aber immerhin demnächst SK-StPO<sup>2</sup>-*Paeffgen* (2009), § 127 Rn 36; § 131 Rn. 14 und schon SK-StPO<sup>1</sup>-*Paeffgen* (1992 bzw. 2003), § 127 Rn 36; § 131 Rn. 14. Vgl. auch, in ähnlichem Sinn: *Schenke*, PolR<sup>5</sup> (2007) Rn 425 (mit berechtigt scharfer Kritik); abl. auch *Pieroth/Schlink/Kniesel* PolR<sup>5</sup> (2008) § 5 Rn 6, – und auch einmal das BVerwG: E 47, 255 (= NJW 1975, 893).

Unterbindung des Kontakts zum Verteidiger u. ä.) bestand auch eine Zuständigkeit des OLG nach § 23 EGGVG<sup>37</sup>.

- 17) § 119a U-HaftRÄG-Entw: Hier gilt das zuvor Gesagte. Die Norm ist zu begrüßen. Die Einschaltung des Richters als Rechtsbehelfs-Instanz ist zwar m.E. nicht von gleicher Qualitäts-Wertigkeit wie die Entscheidung nach § 23 EGGVG. Sie entspricht aber der ganz h. M. zu diesem Regelungsbereich und ist jedenfalls deutlich schneller als jene, – was auch im Interesse der Betroffenen liegt. Sie ist um so sachgerechter, als die Zahl derartiger Entscheidungen rapide ansteigen dürfte – durch die unselige Auslagerung der vollzuglichen Maßnahmen nach § 119 Abs. 6 StPO auf die Länderzuständigkeit (und dort auf Vollzugsanstalten)<sup>38</sup>.
- 18) § 126 U-HaftRÄG-Entw: Auch diese Norm ist zu begrüßen. Der, jedenfalls modellhaft, mit der Sache befaßte Haftrichter ist, wegen seiner Aktenkenntnis, am ehesten geeignet, sachgerechte Anordnungen zu treffen und übertrifft insoweit, gerade hinsichtlich der Haftvoraussetzungs- und Haftgrundfragen wie auch der allfälligen Verhältnismäßigkeit, die Möglichkeiten des JVA-Richters bei weitem<sup>39</sup>.
- 19) § 147 Abs. 2 U-HaftRÄG-Entw: Dem Vorschlag von *Pollähne*<sup>40</sup> möchte ich mich in der Sache anschließen: Beweismittel oder Akteninhalte, die der Verteidigung aus Ermittlungsgründen vorenthalten werden, dürfen nicht als Entscheidungsgrundlage für strafprozessuale Grundrechts-Eingriffe herangezogen werden.
- a) Im Grundsätzlichen folgt dies aus einer, inzwischen wohl weitgehend – und mit Recht – konsentierten<sup>41</sup>. Kammerentscheidung des BVerfG<sup>42</sup> wie auch einer gefestigten

<sup>37</sup> Vgl. Nachweise bei *Cassardt*, Rechtsgrundlagen und Zuständigkeiten für Maßnahmen im Vollzug der Untersuchungshaft, NStZ 1994, 523 (524).

<sup>38</sup> Richtig: BT-Drs. S. 31. – Jedenfalls nicht gefolgt werden sollte dem Vorschlag *Pollähnes*, die §§ 109 ff. StVollzG mit einer Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer für entsprechend anwendbar zu erklären, Stellungnahme, S. 5, vor 2. Alle Rubrizierungen, die den U-Häftling mit einem Strafhäftling, und sei es nur formal, auf eine gleiche Stufe stellen, sind abzulehnen. Wenn *Pollähne* erwägt, auch ein anderes Gericht insoweit zuständig zu machen, so besteht erst recht keine Notwendigkeit für eine derartige doppelte Analogie.

<sup>39</sup> Vgl. demgegenüber die unglückselige Lösung im § 134 Abs. 1 S. 1 NdsStVollzG (Richter des JVA-Bezirks). Dagegen deutlich: *Paeffgen*, StV 2009, 46 (48 f.).

<sup>40</sup> Stellungnahme zum RefE, S. 7, sub 3. a), letzter Absatz.

<sup>41</sup> BGH StV 1996, 79; KG StV 1993, 370; StV 1994, 318; StV 1994, 319; EGMR – *Lietzow/D*, Urt. v. 13.2.2001, 24479/94, NJW 2002, 2013 (m. zust. Bespr. *Kieschke/Osterwald*, Art. 5 IV EMRK contra § 147 II StPO, NJW 2002, 2003) = NVwZ 2002, 1355 = StV 2001, 201 (m. zust. Bespr. *Kempf*, StV 2001, 201); KK<sup>6</sup>-*Laufhütte* (2008), § 147 Rn. 16; *Meyer-Goßner*<sup>51</sup> (2008), § 147 Rn. 25a.

<sup>42</sup> BVerfG (K) NJW 1994, 3219 (3220) = NStZ 1994, 551 (552) = StV 1994, 465 (466 f.). – Die entscheidende Passage lautet: „Aus dem Recht des Beschuldigten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (vgl. BVerfGE 57, 250, 275) und seinem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt mithin ein Anspruch des inhaftierten Beschuldigten auf Einsicht seines Verteidigers in die Akten, wenn und soweit er die sich darin befindenden Informationen benötigt, um auf die gerichtliche Haftentscheidung effektiv einwirken zu können und eine mündliche Mitteilung der Tatsachen und Beweismittel, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen gedenkt, nicht ausreichend ist. Dabei wird allerdings regelmäßig eine Teilakteneinsicht hinsichtlich der für die Haftentscheidung relevanten Tatsachen und Beweismittel genügen. Ist aus Gründen der Gefährdung der Ermittlungen aus der Sicht der StA eine auch nur teilweise Einsicht in die Ermittlungsakten nicht möglich und verweigert sie diese deshalb gemäß § 147 II StPO, so kann das Gericht auf die Tatsachen und Beweismittel, die deshalb nicht zur Kenntnis des Beschuldigten gelangen, seine Entscheidung nicht stützen und muß gegebenenfalls den Haftbefehl aufheben (vgl. BVerfG StV 1994, 1).“ – Dabei macht die h. M. freilich noch eine Unterscheidung: Diese Pflicht zur Kenntnisgewähr entstehe nicht, wenn der Haftbefehl (noch) nicht vollzogen werde (BVerfG NStZ-RR 1998, 108; BGH StV 1996, 79; KG StV 1993, 370; StV 1994, 318; StV 1994, 319; OLG Hamm NStZ-RR 1998, 19; LG Berlin NStZ 2006, 472; Saarbrücken NStZ-RR 2006, 80; offengelassen von BVerfG NStZ-RR 2003, 176; KK<sup>6</sup>-*Laufhütte* (2008), § 147 Rn. 16; *Meyer-Goßner*<sup>51</sup> (2008), § 147 Rn. 25a; a. A. (mit Recht: differenzierend): OLG Köln StV 1998, 269. – Zu der in eine ähnliche Richtung tendierenden



Rechtsprechung des EGMR<sup>43</sup>. Nach jener grundlegenden Entscheidung des BVerfG in einem Haftprüfungsverfahren wurde diese Rechtsprechung zum Anspruch des Verteidigers auf Akteneinsicht in zwei weiteren Kammerentscheidungen mit nämlicher Begründung auf den *dinglichen Arrest* ausgedehnt<sup>44</sup>, sowie jüngst auf den Fall einer (beendeten) Durchsuchung<sup>45</sup>. Allerdings hielt das BVerfG es seinerzeit ggfls. für ausreichend, daß der Verteidiger durch den Haftrichter lediglich mündlich über die Haftbefehls- Grundlagen instruiert werde<sup>46</sup>.

Aus der Entscheidung BVerfG NStZ 1994, 551 (552\*) folgern viele Stimmen, daß der Informationsanspruch des Verteidigers bzgl. der die U-Haft begründenden Umstände umfassend und ohne zeitlichen Aufschub bestehe<sup>47</sup>. – Bisher lauteten die Formulierungen

Rspr. des EGMR – und zu den Unterschieden zwischen beiden Positionen – sogleich.

<sup>43</sup> EGMR – *Garcia Alva/D*, Urt. v. 13.2.2001, 23541/94; – *Lietzow/D*, Urt. v. 13.2.2001, 24479/94; – *Schöps/D*, Urt. v. 13.2.2001, 25116/94 (= NJW 2002, 2013 ff. = StV 2001, 201 ff.) – So schon früher EGMR – *Lamy/B*, Urt. v. 30.3.1989, 10444/83 Serie A, Bd. 151, S. 16-17 Rn. 29 (= StV 1993, 283 ff.); sowie später u. a.: EGMR [GC] – *Nikolova/BUL*, Urt. v. 25.3.1999, 31195/96, ECHR 1999-II, Rn. 58; – *Shishkov/BUL*, Urt. v. 9.1.2003, 38822/97, Rn 77; – *Svipsta/LV*, Urt. v. 9.3.2006, 66820/01, Rn. 129; – und, wieder gegen Deutschland: EGMR – *Mooren/D*, Urt. v. 13.12.2007, 11364/03, Rn. 92; beinahe wörtlich identisch: EGMR – *Falk/D*, B. v. 11.03.2008, 41077/04, sub. THE LAW.

<sup>44</sup> BVerfG (K) NJW 2006, 1048 = NStZ 2006, 459 = StV 2006, 281 (m. zust. Anm. *Borggräfe/Schütt*, StraFo 2006, 133); BVerfG (K) NJW 2004, 2443; *Jahn*, Strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG, NStZ 2007, 255 (257 Fn. 33). – Hingegen lehnte die h.M. eine weitere Erstreckung der genannten Gedanken auf die (einfache) *Beschlagnahme* und *Durchsuchung* ab: LG Berlin NStZ 2006, 472; Saarbrücken NStZ-RR 2006, 80; offengelassen von BVerfG NStZ-RR 2003, 176; zust. KK<sup>6</sup>-*Laufhütte* (2008), § 147 Rn. 16. Das LG Berlin stützt sich im wesentlichen darauf, dass der Informationsanspruch bei der U-Haft EMRK-determiniert sei und sich eine entsprechende Übertragung auf andere Maßnahmen im Ermittlungsverfahren daher verbiete, das LG Saarbrücken argumentiert wie folgt: „Eine Durchsuchungsanordnung ergeht häufig in einem frühen Verfahrensstadium mit ungesicherten Ermittlungsergebnissen, die einer frühzeitigen Akteneinsicht an den Verteidiger entgegenstehen. Darüber hinaus entsteht dem Besch. - anders als bei Entscheidungen über die Untersuchungshaft - durch die Nichtgewährung von Akteneinsicht kein bleibender Nachteil, weil unabhängig von der Beschwerdeentscheidung die Verwertung und Verwertbarkeit der durch die Durchsuchung gewonnenen Beweismittel im späteren Gang des Verfahrens stets zu überprüfen ist und der Verteidiger etwaige Verwertungsverbote nach gewährter Akteneinsicht ohne weiteres geltend machen kann.“ A.A.: NStZ-RR Schriftleitung NStZ-RR 2006, 80: „Der Verweis des LG auf Rechtsschutzmöglichkeiten im Hauptverfahren begegnet mit Blick auf das vom BVerfG (NJW 2005, 1855 [1856]) konstatierte „Trennungsprinzip“ – das Hauptverfahren dient ausschließlich der Feststellung von Tat und Schuld, das Beschwerdeverfahren hingegen der Überprüfung des mit der Anordnung und Durchführung einer Durchsuchung verbundenen tiefgreifenden Grundrechtseingriffs – gewissen Bedenken. Überdies führten Verfahrensfehler bei der Durchsuchung nicht grundsätzlich zur Unverwertbarkeit der dabei aufgefundenen Beweismittel (vgl. OLG Frankfurt a.M., NStZ-RR 2003, 175 [176], im Hauptverfahren ist deshalb die Überprüfungsichte geringer.“

<sup>45</sup> BVerfG NStZ 2007, 274 (275); zust. LR<sup>26</sup>-*Lüderssen/Jahn* (2007), § 147 Rn. 160a.

<sup>46</sup> BVerfG (K) NJW 1994, 3219 (3220) = NStZ 1994, 551 (552) = StV 1994, 465 (467). Anders lediglich, wenn der „Verteidiger die sich darin {in den Ermittlungsakten, H.-U.P.} befindenden Informationen benötigt, um auf die gerichtliche Haftentscheidung effektiv einwirken zu können und eine mündliche Mitteilung der Tatsachen und Beweismittel, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen gedenkt, nicht ausreichend ist.“, BVerfG, a.a.O.

<sup>47</sup> *Schlothauer*, Zum Rechtsschutz des Beschuldigten nach dem StVÄG 1999 bei Verweigerung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft, StV 2001, 192 (196). Hernach: *Kempff*, StV 2001, 206 f. in einer Anm. zu den Verfahren *Lietzow/D*, *Schöps/D* und *Garcia Alva/D*, StV 2001, 201 ff. (= NJW 2002, 2013 ff.), – freilich unter überdehnender (und namentlich die überdehnenden deutschen Übersetzungen zugrundelegender) Interpretation der drei Urteile gegen Deutschland. Ebenso freilich: *Kieschke/Osterwald*, Art. 5 IV EMRK contra § 147 II StPO, NJW 2002, 2003 ff.; *Kühne/Esser*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Untersuchungshaft, StV 2002, 383 (391 bei Fn 117); LR<sup>26</sup>-*Lüderssen/Jahn*, § 147 Rn 16. Diese Argumentation insgesamt auf nicht erledigte Zwangsmaßnahmen erstreckend: *Börner*, Akteneinsicht nach Durchsuchung und Beschlagnahme, NStZ 2007, 680 ff.

Die Dinge dürften, jedenfalls was die Rechtslage nach der EMRK anbetrifft, komplexer liegen. Eine eingeschränkte Akteneinsicht verbietet sich nicht per se: Vgl. EGMR – *Garcia Alva/D* Rn. 42: „The Court acknowledges the need for criminal investigations to be conducted efficiently, which may imply that part of the information collected during them is to be kept secret in order to prevent suspects from tampering with evidence and undermining the course of justice“. In der Rechtssache *S./CH* v. 28.11.1991, 12629/87, 13965/88 hielt der EGMR im Rahmen seiner Ausführungen zum

des BVerfG freilich mit Ausnahme der insoweit nicht ganz eindeutigen Leitenscheidung stets: Vor Abschluß der Rechtsbehelfs-Entscheidung müsse hinreichende Aktenkenntnis<sup>48</sup> eingeräumt sein, oder auf die entsprechenden Beweismittel zur Entscheidungsfindung verzichtet werden<sup>49</sup>.

- b) Dieser h. L. ist – jedenfalls im Ergebnis – beizutreten: Wenn schon ein Informations-Anspruch besteht, dann von vorneherein. Lediglich bezüglich des Umfangs der Information sind Differenzen vorstellbar. Hier sprach das BVerfG von einer Eröffnung der „regelmäßig“<sup>50</sup> genügenden „Teilakteneinsicht hinsichtlich der für die Haftentscheidung relevanten Tatsachen und Beweismittel“<sup>51</sup>. Es obliegt in kritischen Fällen dem

Umfang des Rechts auf Zugang zum Verteidiger fest, daß „the risk of \"collusion\" ... does, however, merit consideration”, Rn. 49. – Gleichwohl zeigen nicht nur die älteren Fälle gegen Deutschland, wie auch jüngere (etwa: EGMR – *Mooren/D*, Urte. v. 13.12.2007, 11364/03, Rn. 92; beinahe wörtlich identisch: EGMR – *Falk/D*, B. v. 11.03.2008, Nr. 41077/04, sub. THE LAW), daß die Verteidigungsmöglichkeiten nicht substantiell beschnitten werden dürfen. (*Mooren/D*, a.a.O.: „Equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client's detention”, – unter Verweis auf: EGMR – *Lamy/B*, Urte. 30.3.1989, A 151, S. 16 f. Rn. 29; *Nikolova/BUL* [GC], 31195/96, ECHR 1999-II Rn. 58; *Schöps*, Rn. 44; *Shishkov*, Rn. 77; and *Svipsta*, Rn. 129. „The Court acknowledges the need for criminal investigations to be conducted efficiently, which may imply that part of the information collected during them is to be kept secret in order to prevent suspects from tampering with evidence and undermining the course of justice. However, this legitimate goal cannot be pursued at the expense of substantial restrictions on the rights of the defence. Therefore, information which is essential for the assessment of the lawfulness of a detention should be made available in an appropriate manner to the suspect's lawyer“, unter Verweis auf: *Lietzow*, cited above, § 47; *Garcia Alva*, cited above, § 42; *Shishkov*, cited above, § 77; and *Svipsta*, cited above, § 137.)“)

<sup>48</sup> Dort heißt es einerseits: „..., daß der Beschuldigte bei der Haftbefehlseröffnung und vor einer weiteren Haftentscheidung substantiiert über den gegen ihn erhobenen Vorwurf, die Beweislage und die Haftgründe in Kenntnis gesetzt wird“, und: „...dem Beschuldigten (sei) das gesamte gegen ihn zusammengetragene Belastungsmaterial, das den Gegenstand des Verfahrens bildet und für die Haftfrage bedeutsam ist, mitzuteilen“ (BVerfG NStZ 1994, 551 [552]). Doch wird sodann darauf sofort hingewiesen, daß „dem Verteidiger ... (ein Akteneinsichtsrecht) allerdings erst nach Abschluß der Ermittlungen in vollem Umfang“ zustehe (a.a.O.). Zwar habe der Beschuldigte „unter Umständen ein nicht bis zum Abschluß der Ermittlungen aufschiebbares Interesse an Aktenkenntnis“ (a.a.O., Herv. vom Verf.). Aus dem „Anspruch auf rechtliches Gehör folgt mithin ein Anspruch des inhaftierten Beschuldigten auf Einsicht seines Verteidigers in die Akten, wenn und soweit er die sich darin befindenden Informationen benötigt, um auf die gerichtliche Haftentscheidung effektiv einwirken zu können und eine mündliche Mitteilung der Tatsachen und Beweismittel, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen gedenkt, nicht ausreichend ist.“

<sup>49</sup> BVerfG NJW 2004, 2443 (Dinglicher Arrest I): „Wenn Eingriffsmaßnahmen vom Gericht im strafprozessualen Ermittlungsverfahren ohne vorherige Anhörung des Betroffenen gerichtlich angeordnet werden (§ 33 IV StPO), dann ist das *rechtliche Gehör jedenfalls im Beschwerdeverfahren* nachträglich zu gewähren“; bzw.: BVerfG NStZ 2006, 459 (Dinglicher Arrest II): „Ist zum Zweck der so genannten Rückgewinnungshilfe ein dinglicher Arrest angeordnet, muss dem Betroffenen jedenfalls *vor* einer ihm nachteiligen *Letztentscheidung* über eine hiergegen gerichtete Beschwerde Akteneinsicht gewährt werden“. Oder: BVerfG NStZ 2007, 274 (beendete Durchsuchung): „Im Falle einer beendeten Durchsuchung kann im Beschwerdeverfahren das öffentliche Interesse, weiter im Verborgenen zu ermitteln, mit dem Rechtsschutzinteresse des Betroffenen dadurch zum Ausgleich gebracht werden, dass die *Beschwerdeentscheidung nicht ergeht*, bevor die aus sachlichen Gründen zunächst verwehrt Akteneinsicht gewährt wurde und der Beschwerdeführer sich äußern konnte“.

<sup>50</sup> Gemeint ist wahrscheinlich: „in der Regel“.

<sup>51</sup> BVerfG (K) NJW 1994, 3219 (3220) = NStZ 1994, 551 (552). Nur in besonders gelagerten Fällen dürfte es dadurch noch zu einer Behinderung effektiver Verteidigung kommen, wie dies wohl der EGMR in re *Schöps* gemeint hat (EGMR – *Schöps/D*, Urte. v. 13.2.2001, 25116/94); so auch *Lange*, NStZ 2003, 348 (350). – A.A.: *Kempf*, StV 2001, 206 f. in einer Anm. zu den Verfahren *Garcia Alva/D*, *Lietzow/D* und *Schöps/D*, – freilich unter überdehnender (und namentlich die überdehnenden deutschen Übersetzungen zugrundelegender) Interpretation der drei Urteile gegen Deutschland. – Das Nämliche gilt für die schon deutlich frühere Entscheidung EGMR – *Lamy/B*, Urte. v. 30.3.1989, 10444/83 Serie A, Bd. 151, S. 16-17 Rn. 29 (= StV 1993, 283 ff.9), – entgegen den Überinterpretationen von *Zieger* StV 1993, 320 ff. (EGMR verlange kontradiktorisches Verfahren in der Haftprüfung; ebenso wie in *Lamy*: EGMR – *Lietzow/D*, Urte. v. 13.2.2001, 24479/94, Rn. 44 [= NJW 2002, 2013 ff. = StV 2001, 201]: „sollte *soweit wie möglich* kontradiktorisch sein“; vgl. demgegenüber noch EGMR – *Sanchez-Reisse/CH*, Urte. v. 21.10.1986, A 107, 9862/82, S. 19

pflichtgemäßen Ermessen der StA, zu entscheiden, ob sie das problematische Indiz zwecks Aufrechterhaltung des Grundrechts-Eingriffs ‚Haft des Beschuldigten‘ (u. U.: partiell) preisgibt, – ob sie es zu substituieren vermag – oder ob sie es aus Gründen des Quellenschutzes nicht offenbaren will und damit dem Haftbefehl die Substantiierungs-Grundlagen entzieht<sup>52</sup>.

- c) Immerhin sei daran erinnert, daß selbst dem *unverteidigten* Beschuldigten – nach Auffassung des EGMR – Zugang zu den ihn belastenden Informationen (i. d. F. von einem Recht auf Akteinsicht) eröffnet werden muß. Vgl. insofern: EGMR – *Foucher/F*, Urt. v. 17.02.1997, 22209/93<sup>53</sup>, oder, jünger, EGMR – *Öcalan/T*, Urt. v. 12.03.2003, Nr. 46221/99, Rn. 160 ff.<sup>54</sup>.

## B.

Rn. 51: Verfahren müsse nur irgendwie kontradiktorisch ausgestaltet sein [„Art. 5-4 required in the present case that Mr. Sanchez-Reisse be provided, in some way or another, with the benefit of an adversarial procedure.“]; *Kempf*, StV 2001, 206 f. und, jenem folgend, *Börner*, NStZ 2007, 680/681. Dagegen zutr. *Lange*, NStZ 2003, 348 (349); *Meyer-Göfner*<sup>51</sup> (2008), § 147 Rn. 25a; i.E. ebenso: *Nehm*, Die Akteneinsicht des inhaftierten Beschuldigten, Graßhof-FG (1998), S. 239 (240); *Pfeiffer*, Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers, Odersky-FS (1996), S. 450 (459). – Ausführlich zum sog. Fair-trial-Grundsatz und dem diesbezüglich vom EGMR i. d. R. praktizierten Gesamtabwägung: SK-StPO<sup>1</sup>-*Paeffgen* (2004), Art. 6 EMRK Rn. 70 ff., 77, 79.

- <sup>52</sup> Von einem zwingenden ‚Entweder-Oder‘ (Informations-Preisgabe/Haft-Beendigung) kann in der insoweit zumeist sehr vorsichtigen Judikatur des EGMR ohnehin keine Rede sein: Nicht allein, daß die Frage der Waffengleichheits-Verletzung stets von einem entsprechenden vorgängigen Antrag des Verteidigers auf Akteneinsicht abhängig gemacht wird (!), findet sich in dem Textbaustein der drei Urteile ausdrücklich die Formulierung: „Das {eine sachgerechte Verteidigung, *H.-U.P.*} setzt voraus, dass dem Beschuldigten die Aussagen und anderen Beweismittel wie das Ergebnis der polizeilichen und anderen Ermittlungen ungeachtet davon *in ausreichender Weise* zur Kenntnis gebracht werden“, etwa: EGMR – *Lietzow/D*, Urt. v. 13.2.2001, 24479/94, Rn. 44. Was aber ausreichend ist, ist von den einzelnen Fall-Umständen abhängig(!), und nicht abstrakt-generell nur dann gegeben, wenn es vollumfänglich offenbart wurde; richtig: *Lange* NStZ 2003, 348 (349 ff.); *Meyer-Göfner*<sup>51</sup> (2008), § 147 Rn. 25a. Die sinngemäß öfter auftauchende Sentenz des EGMR in neueren Urteilen lautet: „information which is essential for the assessment of the lawfulness of a detention should be made available *in an appropriate manner* to the suspect’s lawyer“, EGMR – *Shishkov/BUL*, Urt. v. 9.1.2003, 38822/97, Rn 77; nicht etwa „full access“.

<sup>53</sup> Der Fall betraf die Verweigerung sowohl der Akteneinsicht als auch von Kopien aus der Akte. Der Gerichtshof entschied, daß es eine Verletzung der Rechte des Beschuldigten auf faires Verfahren und Verteidigung durch sich selbst gem. Art. 6 Abs. 1, 3 EMRK sei, wenn der Beschuldigte keinen Zugang zu den Verfahrensakten habe, um sich gegen die Anklage zu verteidigen. Auch stehe einem nicht durch einen Verteidiger vertretenen Beschuldigten ein Akteneinsichtsrecht zu (vgl. Rn. 29 ff.: „It is necessary in the present case to ascertain whether the fact that Mr Foucher was denied access to his criminal file ... it constituted a violation of Article 6 para. 1 of the Convention taken together with Article 6 para. 3 (art. 6-3+6-1)“. – Vgl. demgegenüber die Weigerung, diese Rechtsprechung umzusetzen, LG Mainz NJW 1999, 1271 – mit der Begründung, daß es einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, um dem Beschuldigten Akteneinsicht zu gewähren, und daß die Rechtsprechung des EGMR für die nationalen Gerichte keine Bindungswirkung entfalte. Daß einer konventionsgemäßen Auslegung Vorrang einzuräumen ist, sollte aber nicht mehr bestritten werden, so *Dörr* JuS 2000, 287 ( Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, gebiete es gerade die Verletzung von Völkerrecht durch die fehlerhafte Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Normen zu beseitigen oder zu verhindern); BVerfG v. 14.10.2004- 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (315 ff.) (Görgülü) (dazu: *Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, EuGRZ 2004, 683; *Lübbe-Wolff*, ECHR and national jurisdiction - The Görgülü Case, HFR 2006, Beitrag 12, Seite 1 ff.); nunmehr u.a.: LG Stralsund NStZ-RR 2006, 143 (dem Beschuldigten selbst sei Akteinsicht durch Kopien oder Einsichtnahmen von Beiakten auf der Geschäftsstelle zu gewähren)

- <sup>54</sup> Eine wirksame Verteidigung – auch durch den Beschuldigten selbst – sei nur denkbar, wenn dieser die ihm zur Last gelegten Umstände kennt, er weiß worauf sich der Vorwurf gründet und welche Beweismittel vorhanden sind, wenn somit eine ausreichende Informationsgrundlage besteht. Der Beschuldigte sei darauf angewiesen, möglichst frühzeitig Informationen zu erhalten, um seine Verteidigung selbst oder mit seinem Verteidiger umfassend vorzubereiten und Beweismittel beschaffen zu können. „The Court therefore holds that the fact that the applicant was not given appropriate access to any documents in the case file other than the indictment also served to compound the difficulties encountered in the preparation of his defence, in breach of the provisions of Article 6 § 1, taken together with Article 6 § 3 (b)“.

- 1) Zum Schluß komme ich auf etwas zu sprechen, was *nicht* im Entwurf steht, jedoch nach meinem Verständnis unbedingt dort stehen sollte: eine ausdrückliche Regelung für die Zwischen- und die sog. Organisationshaft, d.h. für die Zeit zwischen Eintritt der Rechtskraft des Urteils und persönlichem Strafantritt. Wiederholt haben ernstzunehmende Autoren<sup>55</sup> dagegen anpolemisiert, daß diesbezügl. eine sog. h. M. sich damit beruhigt, daß sie nichts Anstößiges an den Instituten zu finden vermag, – obwohl drei bis vier verschiedene, sich diametral widersprechende Lösungsansätze für das erwünschte Ergebnis propagiert werden. Doch keiner kann das Prädikat: verfassungswidrig! abschütteln, da es doch allen Lösungen an einer einen Grundrechts-Eingriff tragenden Rechtsgrundlage gebricht. Ich gehe nur auf den Fall der Zwischenhaft – und auf die hierzu verbreitetste Bewältigungsstrategie ein<sup>56</sup>. Die h.M. wähnt eine „automatisch“ beginnende Strafhaft<sup>57</sup> gegeben. Obschon § 91 Abs. 1 S. 1 UVollzO<sup>58</sup> anordnet, daß zwischen Rechtskraft des Urteils und förmlicher Einleitung der Strafvollstreckung der Verurteilte als Strafgefangener zu behandeln sei, so ist dies bereits unter dem Blickwinkel der tatsächlich herrschenden Bedingungen in der U-Haft nicht gewährleistet bzw. läßt sich in der U-Haft-Anstalt in aller Regel nicht realisieren<sup>59</sup>. So haben beispielsweise die Vollzugsanstalten Arbeit, Arbeitsentgelt, Vollzugslockerungsmaßnahmen (Außenbeschäftigung, Ausführung, Ausgang u.a.) für Strafgefangene im Angebot, was alles in der U-Haft nicht prästiert werden kann/wird. – Besonders anschaulich wird der Unterschied in den Fällen jugendlicher Inhaftierter, die häufig in dem U-Haft-Vollzug für Erwachsene verweilen müssen. – Verfehlt ist schließlich die Mißachtung der Rahmenbedingungen des Freiheitsentzugs als Differenzierungskriterium unter dem Blickwinkel des Strafzwecks aber selbst dann, wenn man nicht die Resozialisierung, sondern die Sühne in den Vordergrund stellt. Denn U-Haft ist in ihrem – nun einmal nur „halb“ umgemodelten – Vollzug i.S.d. § 91 Abs. 1 S. 1 UVollzO eben keine Strafhaft. – Daß jene Regelung, aus einer (bundeseinheitlichen) verwaltungsinternen

---

<sup>55</sup> *Neumann*, Die „Zwischenhaft“ – ein verfassungswidriges Institut der Rechtspraxis, in: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Bd. 100 (2007), S. 601 ff.; *Ostermann*, Haft ohne Rechtsgrundlage. Zum Übergang von der Untersuchungshaft in den Maßregelvollzug, StV 1993, 52 ff.; *Paeffgen*, Übersicht über die obergerichtliche Rechtsprechung in Haftsachen im letzten Jahrfünft - 2. Teil -, NStZ 1989, 514 (520); *ders.*, Rechtsprechungsübersicht in U-Haft- Sachen 2005, NStZ 2006, 136 (137); *Seebode*, Der Vollzug der Untersuchungshaft (1985), S. 101; *ders.*, Zwischenhaft, ein vom Gesetz nicht vorgesehener Freiheitsentzug (§ 345 StGB), StV 1988, 118 ff.; SK-StPO<sup>1</sup>-*Paeffgen* (1992), § 120 Rn. 19; SK-StPO<sup>2</sup>-*Paeffgen* [2007], Vor § 112 Rn. 5 f.; 30a; *Trennhaus*, Der Vollzug von „Organisationshaft“, StV 1999, 511 (512). Zuletzt: *Paeffgen*, Zwischenhaft, Organisationshaft – Verfassungswidriges mit (nicht nur) stillschweigender Billigung des Verfassungsgerichtes, Fezer-Festschrift (2008), S. 35 ff.

<sup>56</sup> Zur Organisationshaft (der Haft, die man gegen den Verurteilten solange vollstreckt, bis man einen geeigneten Platz zum Vollzug namentlich einer Vorab-Maßregel i.S.v. § 67 StGB endlich gefunden hat, sei nur das Diktum von NStZ 1998, 77 (m. zust. Anm. *Lenke*) zitiert, daß diese Haft gesetzlich nicht vorgesehen sei. Was aber die Kammer dann dazu bewog, daraus nur die Schlußfolgerung zu ziehen, dieser ‚Regelverstoß‘ gebiete: den Folgen dieser Regelwidrigkeit (sic!) im Rahmen der Strafzeitberechnung in geeigneter Weise entgegenzuwirken“ (a.a.O.), bleibt eines der vielen Anschauungsbeispiele aus der Rätelecke des Gerichtsverlautbarungen. Eine lediglich beschönigende Formulierung wählen: *Rautenberg*, (zust. Anm. zu Brandenburg. OLG, NStZ 2000, 500), NStZ 2000, 502 (503): „erstaunliche Nachsicht“, bzw. *Trennhaus*, StV 1999, 511 (512): Die Entscheidung gebe „Anlaß zur Verwunderung“. Ausführlich dazu *Paeffgen* Fezer-FS (2008) S. 35 (43 ff).

<sup>57</sup> BGHSt 38, 63; BGH NStZ 1993, 31; OLG Karlsruhe NJW 1964, 1085; LR<sup>26</sup>-*Hilger* (2007), Vor § 112 Rn. 60; *Meyer-Gößner*<sup>51</sup> (2008), § 120 Rn. 15.

<sup>58</sup> Vgl. SK-StPO-*Paeffgen* (2007), Anh § 119.

<sup>59</sup> *Seebode*, StV 1988, 118 (119 f.).

Verwaltungsvorschrift<sup>60</sup> stammend, keine verfassungsrechtlich belangreiche Ermächtigung für Grundrechts-Eingriffe sein kann, ist dabei noch gar nicht berücksichtigt<sup>61 62</sup>.

- 2) Der § 119 Abs. 1 S. 2\* StPO mit dem dort ausdrücklich verbrieften Trennungsgrundsatz dürfte aus kompetenzrechtlichen Erwägungen entfallen sein. Das zeigt die ganze Mißlichkeit der Zuständigkeits-Trennung zwischen Anordnung und Vollzug der U-Haft: Denn schon sind die ersten Gesetzentwürfe „am Markt“, die es mit jener Trennung noch weniger genau nehmen, als es die derzeit noch geltende Fassung des § 119 StPO tut<sup>63</sup>. Deswegen sollte eine Formulierung in der StPO die eine – von vielen gerne vernachlässigte – normative Tatsache nicht nur erstmals in der StPO ausdrücklich herausstreichen, sondern auch erlauben sollte, allgemeingültige und inzident dann auch die Länder verpflichtende Folgerungen daraus zu ziehen, etwa wie folgt:

**„Der U-Häftling hat {bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung} als unschuldig zu gelten. Demgemäß ist alles hoheitliche Handeln ihm gegenüber an diesem Grundsatz auszurichten, sind Grundrechts-Einschränkungen folglich auf das Unabweisbare zu begrenzen.“**

Zwar schicken auch die Landesgesetze/Entwürfe gerne eine Erinnerung an die Unschuldsvermutung voraus – und orientieren sich dann gleichwohl am finanziell so eben noch Konzidierbaren<sup>64</sup>. Wäre der Grundsatz aber im maßgeblichen Verfahrensrecht noch einmal ausdrücklich betont, so erlaubte dies auch bei Auseinandersetzungen in dem nunmehr fremden (Landes-)Zuständigkeitsbereich, sich auf diese Aussage normativ zu beziehen<sup>65</sup>.

- 3) Schließlich, als Schlußbemerkung: Ich teile eine Kritik des Deutschen Richterbundes: Die bei Gesetzesänderungen im Justizbereich übliche Abwandlung der Schlußfloskel: „Kosten:

<sup>60</sup> Also keine „Allgemeinverfügung“ i.S.v. § 35 S.2 VwVfG. Vgl. dazu SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen (2007), § 119 Anh.

<sup>61</sup> Wohl ist dies ein weiteres Gravamen in dem an Schwer-Erträglichem so reichen Feld der hoheitlichen Freiheitsentziehungs-Regularien: Die gut 90 Nummern umfassende UVollzO sprechen der heute, überwiegend stillschweigend, hingenommenen Sicht, daß § 119 Abs. 3 keine zufriedenstellende, aber hinreichende verfassungsrechtliche Legitimation für die auf ihn gestützten Grundrechts-Eingriffe gegenüber den U-Häftlingen darstelle, evident Hohn. Scharf gegen diese, den Gesetzesvorbehalt schmähtlich vernachlässigende Sicht: SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen (2007), § 119 Rn. 3.

<sup>62</sup> Freilich würde es nicht genügen, bloß eine entsprechende Eingriffsgrundlage für die beiden Übergangs-Freiheitsentzgs-Arten zu positivieren. Es bedürfte auch entsprechender Analogisierungs-Ermächtigungen, vgl. Paeffgen, Fezer-Festschrift (2008), S. 35 (39).

<sup>63</sup> Exemplarisch der U-HaftVollzG-Entwurf NW, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Vollzugs der Untersuchungshaft und zur Verbesserung der Sicherheit in Justizvollzugsanstalten in Nordrhein-Westfalen (GVUVS NRW)“, s. LT-Drs. 14/8631 v. 17.2.2009, der in § 3 Abs. 1, 2 das Trennungsprinzip zur Disposition landesspezifischer Fiskalinteressen stellt, sprachlich nur mäßig getarnt: „(1) Zur Trennung von anderen Gefangenen, namentlich von Strafgefangenen, erfolgt der Vollzug der Untersuchungshaft in besonderen Anstalten oder besonderen Abteilungen. Männer und Frauen sind entsprechend zu trennen.

(2) Ausnahmen von Absatz 1 Satz 1 sind mit Zustimmung der einzelnen Gefangenen zulässig oder wenn dies zur Erreichung des Zwecks der Untersuchungshaft, aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Vollzugs *oder anderen wichtigen Gründen* erforderlich ist.“ (vgl. <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD14-8631.pdf>. (In der Begründung wird dankbar des Vorbehalts des § 119 Abs. 1 S. 2 StPO g.F. gedacht, daß die Trennung von anderen Strafgefangenen „soweit möglich“ geschehen soll, S. 32. – Mit Recht krit. insoweit auch Piel et al., Der Entwurf eines Untersuchungshaftvollzugsgesetzes NRW - Ein rechtliches und politisches Ärgernis, ZRP 2009, 33 (34).

<sup>64</sup> Exemplarisch: § 135 Abs. 1 Nds. JustizVollzG; § 1 Abs. 1 GVUVS NRW-Entw.

<sup>65</sup> Zwar wird man derartiges auch, bei entsprechend gutem Willen, unschwer unmittelbar aus Art. 6 EMRK ableiten können. Aber da die Zahl der in U-Haft sitzenden Halb- bis Volljuristen überschaubar bleiben dürfte, wäre eine ausdrücklichen entsprechende Handlungsanweisung zu geben sicherlich sachgerecht.

Keine“ ist bei der mit dem Entwurf zu statuierenden, nur z. T. bereits praktizierten justiziellen Handlungspflichten eine kaum noch als Euphemismus zu klassifizierende Augenwischerei. Die – m.E. überwiegend – notwendigen gesetzlichen Bestimmungen, denen hier noch weitere Ergänzungen beigesellt wurden, erfordern einen nicht zu vernachlässigenden personellen Mehraufwand. Der Deutsche Bundestag ist diesbezüglich zwar nicht der maßgebliche Adressat. Aber Sie sollten auch keine falschen Eindrücke erwecken. Und da Sie alle mit den Justiz- und vor allem den Finanzministern der Länder parteipolitisch „versippt“ sind, sollten Sie mit darauf hinwirken, endlich einmal eine hinlängliche Personalausstattung im (Straf-)Justizbereich zu gewährleisten, – damit die Bundesrepublik Deutschland in Straßburg nicht noch öfter wegen Verstößen gegen das Fairneß- und das Beschleunigungs-Gebot verurteilt werden wird.

## Thesen

### II. A.

- I. In § 114a U-HaftRÄG-Entw ist das Wort „unverzüglich“ einzufügen (Punkt II A Nr. 1).
- II. Die Belehrungspflichten in § 114b Abs. 1 U-HaftRÄG-Entw sind unbedingt beizubehalten und, bei begründeter Versäumnis, nachzuholen (Punkt II A Nr. 3).
- III. Bei § 114b Abs. 1 S. 3, 2. HS U-HaftRÄG-Entw muß die Nachholung der Belehrung obligatorisch sein (Punkt II A Nr. 4).
- IV. Bei § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 4 (i. V. m. S. 2) sind die Belehrungspflichten insoweit zu spezifizieren, als der Beschuldigte über das Recht, sofort einen Anwalt zu konsultieren, aufgeklärt werden muß (Punkt II A Nr. 5).
- V. In Abänderung von §§ 117 Abs. 3, 4, 141 Abs. 3 StPO sollte dem Inhaftierten ein Verteidiger obligatorisch beigesellt werden (Punkt II A Nr. 6).
- VI. Bei § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 5 ist das Wort „ergänzend“ einzufügen (Punkt II A Nr. 7).
- VII. In § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ist der Unterlassungs-Vorbehalt zu streichen (Punkt II A Nr. 9).
- VIII. § 114e sollte gestrichen werden (Punkt II A Nr. 10).
- IX. Die Regelungen in § 119 Abs. 1, 2 S. 1 sind grundsätzlich sinnvoll. Wünschenswert wäre es aber, § 119 Abs. 3 StPO g. F. als S. 1 oder als neuen Abs. 1 vorzuschalten. Dann wäre es freilich wünschenswert, dort den Begriff „Ordnung“ durch den der „Sicherheit“ zu ersetzen (Punkt II A Nr. 11 – und Anlage).
- X. § 119 Abs. 1 S. 3 ist zu ergänzen: „...durch schriftlich begründeten Beschluß“ (Punkt II A Nr. 12).
- XI. Nur ein Richter darf die massiven (Zusatz-)Beeinträchtigungen jedenfalls der Nr. 1 – 3 des § 119 Abs. 1 S. 2 anordnen und muß sie entsprechend verantworten. § 119 Abs. 1 S. 4 erscheint nur insoweit angängig, wie er als extreme Ausnahme verstanden wird. In aller Regel ist unbedingt am Richtervorbehalt festzuhalten (Punkt II A Nr. 13).
- XII. § 119 Abs. 2: Die Möglichkeit einer Delegation der Ausübung der Briefkontrolle an die Polizei widerspricht der funktionalen Gewaltenteilung – und ist deshalb abzulehnen. Eine Delegation erscheint allenfalls an die StA vertretbar, sofern der U-Häftling einer solchen zugestimmt hat, – Eine Briefkontrolle durch die Anstalt ist mangels Geeignetheit des Eingriffs unzulässig (Punkt II A Nr. 15)
- XIII. § 119 Abs. 5 ist zu begrüßen (Punkt II A Nr. 16).
- XIV. In § 147 Abs. 2 sollte ein Verbot eingefügt werden, Beweismittel oder Akteninhalte bei jedweder Haftentscheidung heranzuziehen, die der Verteidigung aus Ermittlungsgründen vorenthalten werden (Punkt II A Nr. 19).

**II. B.**

- I. Es ist unbedingt eine ausdrückliche Regelung für die sog. „Zwischen-“, und die sog. „Organisationshaft“ zu treffen (Punkt II B Nr. 1).
- II. Es ist unbedingt zu wünschen, daß dem § 119 n.F. ein Absatz inkorporiert, am besten vorangestellt wird, der da lautet:  
*„Der U-Häftling hat {bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung} als unschuldig zu gelten. Demgemäß ist alles hoheitliche Handeln ihm gegenüber an diesem Grundsatz auszurichten, sind Grundrechts-Einschränkungen folglich auf das Unabweisbare zu begrenzen.“* (Punkt II B Nr. 2).
- III. Es sollte der Eindruck vermieden werden, daß eine derartige Verrechtsstaatlichung des Haftrechts kostenneutral zu erzielen sei (Punkt II B Nr. 3).

## Stellungnahme zum Entwurf U-HaftRÄG

Prof. Dr. Hans-Ulrich Paeffgen, Bonn

### Anhang

#### Zur Frage der „Ordnung“ als Legitimation für Grundrechts-Beschränkungen und -eingriffe seitens staatlicher Amtswalter, u. a. auch der Anstaltsverwaltung

Gegen die Formulierung in § 119 Abs. 3 StPO g.F.

1) Der funktionelle Generalzweck der U-Haft ist, Verfahrensabschottung von Seiten des Beschuldigten zu verhindern<sup>1</sup>. Dabei steht im Vordergrund, seine Anwesenheit im Verfahren zu gewährleisten. Maßnahmen der Fluchtverhinderung stehen also im Focus der Legitimations-Aspekte bei den Grundrechtseingriffen zum Zwecke der U-Haft. – Entgegen einer verbreiteten Attitüde der Haftrichter und der staatlichen Amtswalter der Strafverfolgung und der JVA-Verwaltung ist aber das *Bündel* der je denkbaren Haftgründe *kein* legitimer Anknüpfungspunkt für je denkbare Restriktionen. Jenseits des Zweckes, die Sicherheit in der JVA aufrechtzuerhalten, sind Einschränkungen nur zulässig, soweit der im Haftbefehl genannte Haftgrund – plausibel<sup>2</sup> – gefährdet erscheint. Sieht es danach aus, der wegen Fluchtgefahr Inhaftierte werde Schritte zur Verdunkelung unternehmen<sup>3</sup>, so bedarf es erst einer Erweiterung des Haftbefehls um den Aspekt der „Verdunkelungsgefahr“, um von Seiten der Strafverfolgungsbehörden oder gar der Anstalt hiergegen vorgehen zu können. Die JVA und ihre Amtswalter sollten sich insoweit nicht als verlängerter Arm der Strafverfolgungsbehörden (miß-)verstehen.

D.h. nicht, daß die den Telephon-, Besuchs- oder Briefverkehr überwachende Stelle selbst bei konkreten Anhaltspunkten für Fluchtvorbereitungen (im Fall der Verdunkelungsgefahr-Haft) oder bei versuchter Beweismittelmanipulation (im Fall der Fluchtgefahr-Haft) dem Treiben des U-Häftlings tatenlos zusehen müßte. Insoweit kommen ihr Aufgabe und Befugnisse zur Abwehr (*konkreter*) Gefahren zu<sup>4</sup>. Was jedoch unter gar keinen Umständen hinzunehmen ist, ist, eine Befugnis zu abstrakter Gefahrenabwehr in alle, durch abstrakt-generell bestehende Haftgründe legitimierbaren, oder sonst wünschbare Richtungen in die Kompetenz der den U-Haft-Vollzug reglementierenden staatlichen Instanzen hineinzulegen oder auch nur hineinzulesen – und damit in die Auslegung von deren Maßnahmen.

2) Dennoch spricht der GVUVS NRW<sup>5</sup> wie der SPD-E NRW<sup>6</sup> an zahlreichen Stellen davon, daß Grundrechtseingriffe oder -beschränkungen sich auf den Topos der „Ordnung (in) der

---

<sup>1</sup> Ausführl. Paeffgen, Vorüberlegungen (1986) S. 79 ff., 87 ff.; SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen (2007), Vor § 112 Rn. 11 ff. Ähnlich auch LR<sup>26</sup>-Hilger (2007), § 112 Rn. 1 ff.

<sup>2</sup> D.h. es muß intersubjektiv mittelbar sein, wieso die Amtswalter in der JVA eine solche Gefahr angenommen haben. Das Motto „Nur ein toter Indianer ist ein guter Indianer“ (frei übersetzt: ‚Möglichst wenige Freiheiten gewähren! Dann können auch nur wenige mißbraucht werden!‘) darf nicht die Leitmaxime des U-Haft-Vollzugs sein.

<sup>3</sup> ... die auch nicht die Sicherheit der Anstalt gefährden (das Gegenteil wäre ein ohnehin kaum vorstellbarer Fall) ...

<sup>4</sup> Freilich empfähle es sich, eine derartige Befugnis ausdrücklich in das Gesetz zu schreiben – und es nicht mit einer unspezifizierten (und daher fragwürdigen) Generalmächtigung bewenden zu lassen, wie sie sich etwa in § 5 Abs. 1 GVUVS NRW findet.

<sup>5</sup> LT-Drs. 14/8631\_v\_18.2.2009.

<sup>6</sup> LT-Drs. 14/6327 v. 4.3.2008.



Anstalt“ stützen ließen. Das kann sich sogar auf eine gesetzliche Formulierung in § 119 Abs. 3 StPO stützen:

**„Dem Verhafteten dürfen nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die der Zweck der Untersuchungshaft oder die Ordnung in der Vollzugsanstalt erfordert“.**

Der Begriff „Ordnung in der Vollzugsanstalt“ ist jedoch ein zumindest mehrdeutiger Terminus<sup>7</sup>. Er umfaßt formal alle Voraussetzungen, die erforderlich sind, um den Betrieb einer U-Haftanstalt sachgerecht ablaufen zu lassen<sup>8</sup>. Materiell sollte darunter freilich verstanden werden, daß es sich *nur* um die unabweisbaren Minimum-Bedingungen handeln darf, unter denen die zur Zwangsgemeinschaft Verbundenen koexistieren können und zugleich der staatliche Auftrag der Haftanstalt erfüllt werden kann, – bei möglichster Schonung der individuellen Belange des nach wie vor als unschuldig geltenden U-Häftlings<sup>9</sup>. Demgegenüber gestattet sich die h. M. auch hier, den Begriff weit auszulegen<sup>10</sup> und darunter nicht nur den nahe liegenden der Sicherheit der Anstalt zu fassen, sondern auch, u. a., den der Ruhe<sup>11</sup>. Die Ordnung in der Vollzugsanstalt bedingt zweifelsfrei Freiheitsbeschränkungen, die der Sicherheit des Anstaltspersonals und anderer U-Gefangener, aber auch schon der Vermeidung von erheblichen Spannungen mit beiden Gruppen sowie dem Schutz der Mitgefangenen vor vermeidbaren Belastungen durch Lärm, Unruhe usw. zusammenhängen (BVerfGE [s. o.]), etwa unerlaubte Kommunikation von U-Gefangenen untereinander mittels Tonbandcassetten, um den inneren Dienstbetrieb zu gefährden<sup>12</sup>. Ferner soll nach h. M. die Ordnung in (!) der Vollzugsanstalt gestört sein, wenn aus deren Bereich heraus (!) Straftaten von einigem Gewicht geplant oder begangen werden<sup>13</sup>. Soweit keine strafbaren Handlungen geplant sind, die den Haftgründen der Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr zuwiderliegen, rechtfertigt m. E. die „Ordnung der Anstalt“ keine besonderen Grundrechtseingriffe. Vielmehr geht es dann um die Sicherheit der Allgemeinheit im Rahmen der allgemeinen (polizeilichen) Gefahrenabwehr<sup>14</sup>. Allenfalls aufgrund einer Spezialermächtigung, etwa i. S. v. § 43 Abs. 1 S. 2 (Mod.: ‚Straftatbegehungsgefahr‘ [‚Gewalttätigkeit‘]) GVUVS NRW, ließen sich hier zusätzliche Grundrechtseingriffe legitimieren. Immerhin kann auch die h. M. bei der Auslegung von „Ordnung in der Vollzugsanstalt“ nicht übergehen, daß § 119 Abs. 4 StPO dem Beschuldigten einen gewissen Entfaltungsspielraum sichert<sup>15</sup>. Ein bloß „lästiges“ Verhalten des U-Gefangenen eröffnet keine Eingriffsbefugnisse<sup>16</sup>.

Richtigerweise wäre zu konstatieren, daß das, was sich *nicht* unter den – ja keineswegs engen – Begriff der Gefährdung der „öffentlichen Sicherheit“<sup>17</sup> fassen lasse, keine

<sup>7</sup> Vgl. dazu LR<sup>26</sup>-Hilger [2007] § 119 Rn. 30 ff.; SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen (2007), § 119 Rn. 12.

<sup>8</sup> OLG Nürnberg MDR 1969, 501; Grunau, UVollzO<sup>2</sup>, Nr 1 Rn 5; KK<sup>5</sup>-Boujong (2003), § 119 Rn. 13; KK<sup>6</sup>-Schultheis (2009), § 119 Rn. 13.

<sup>9</sup> Ähnlich LR<sup>24</sup>-Wendisch, Rn. 32 f.; SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen (2007), § 119 Rn. 12; Veit, Rechtsstellung, S. 53.

<sup>10</sup> BVerfGE 35, 311 (317) (= NJW 1974, 26 [27], [tragende Meinung]: es bestehe „kein Grund, den Begriff ‚Ordnung ...‘ eng auszulegen“); KK<sup>5</sup>-Boujong (2003), § 119 Rn. 13; KK<sup>6</sup>-Schultheis (2009), § 119 Rn. 13; Meyer-Gossner, StPO<sup>51</sup> (2008), § 119 Rn. 13.

<sup>11</sup> KG JR 1967, 429; Meyer-Gossner, StPO<sup>51</sup> (2008), § 119 Rn. 13.

<sup>12</sup> OLG Karlsruhe MDR 1975, 72.

<sup>13</sup> BGHSt JZ 1973, 128 (beleidigende Briefe) m. zutr. abl. Anm. Müller-Dietz, S. 130; OLG Hamm NJW 1974, 806; KK<sup>5</sup>-Boujong, § 119 Rn. 13; KK<sup>6</sup>-Schultheis (2009), § 119 Rn. 13; KMR<sup>7</sup>-Müller (1998), § 119 Rn. 19; vgl. auch BVerfGE 33, 1 (14) (= NJW 1972, 811 [813] [Unterbindung konspirativer Kontakte zur Außenwelt bei Strafgefangenen]).

<sup>14</sup> SK-StPO<sup>2</sup>-Paeffgen (2007), § 119 Rn. 12.

<sup>15</sup> KK<sup>5</sup>-Boujong, § 119 Rn. 13; LR<sup>24</sup>-Wendisch, § 119 Rn. 32.

<sup>16</sup> So immerhin noch: BVerfGE 15, 288 (294 f., 296) (= NJW 1963, 755 [756]); 34, 369 (381); MDR 1974, 204 (205); Kleinknecht/Janischowsky, Rn 358; LR<sup>24</sup>-Wendisch, § 119 Rn. 31

<sup>17</sup> Den der RefE nur recht spärlich, namentlich im 7. Abschnitt (§§ 31 ff.), heranzieht, während er sich im SPD-E einer

Daseinsberechtigung unter den Legitimationsaspekten habe<sup>18</sup>. Im Recht der allgemeinen Gefahrenabwehr mag man diesen Topos „Gefährdung der ‚öffentlichen Ordnung‘“ noch durchgehen lassen<sup>19</sup>. Jene Restriktionsbemühungen des BVerfG hindern freilich eine Reihe von Oberverwaltungsgerichten nicht, den alten, obrigkeitsstaatlichen Faden fortzuspinnen und sich gegen diese Judikatur zu stellen<sup>20</sup>. Doch mag der Terminus durch eine über hundertjährige Rechtsprechung zum allgemeinen Gefahrenabwehr-Recht vielleicht schon als hinreichend rechtlich konturiert angesehen werden. Für die Gebiete des Straf-, erst recht aber für das des U-Haft-Vollzuges, in denen die Grundrechtsgeltung erst eine noch recht junge Errungenschaft darstellt, kann es keineswegs zugegeben werden, daß ein derartig unscharfer Begriff Rechtsgrundlage für irgendwelche Grundrechtsbeschränkungen abgeben können soll. Denn erst mit der Entscheidung des BVerfG, in der es das besondere Gewaltverhältnisses als Legitimationsgrundlage für beliebige Grundrechts-Eingriffe im Strafvollzug „versenkt“ hat<sup>21</sup>, ist das Problem von der Rechtsprechung intensiver angegangen worden. Deswegen kann das Haft-Recht nicht auf eine solche Zahl von Kontur bietenden Gerichtsentscheidungen zurückgreifen – trotz der Kaskade von Entscheidungen, die das BVerfG sich genötigt sah (und sieht), über die lange Zeit und z. T. auch heute noch in eine bereichsweise in intransigentem Gleichgültigkeit gegenüber den Freiheits-Belangen der U-Häftlinge verharrenden OLG-Judikatur zu ergießen (von der der Amts- und Landgerichte ganz zu schweigen). Zudem geht

---

großen Beliebtheit erfreut.

<sup>18</sup> A.A. – leider immer noch – das BVerfG seit BVerfGE 35, 311 (317 f.) (= NJW 1974, 26 [27]), freilich in einer Phase größter Permissivität gegenüber hoheitlichem Verhalten (und mit einer schlagenden Widerlegung der „tragenden“ Begründung durch die vier dissentierenden Stimmen). Dort hieß es: „Es besteht kein Grund, den Rechtsbegriff ‚Ordnung in der Vollzugsanstalt‘ eng auszulegen und darunter nur ein Mindestmaß an Ordnung zu verstehen. Nicht nur die Rücksicht darauf, daß alle Untersuchungsgefangenen nicht unnötig zusätzlichen Belastungen durch Lärm, Unruhe usw. ausgesetzt und in gleicher Weise in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG ungestört bleiben und nicht nur die Rücksicht auf die Sicherheit des Anstaltspersonals, sondern auch die Rücksicht darauf, daß das Funktionieren des Ablaufs des Lebens in der Anstalt nicht in Frage gestellt wird, sei es durch Disziplinwidrigkeiten der Insassen, sei es durch Erzeugung von Spannungen zwischen den Untersuchungsgefangenen und dem Aufsichtspersonal, sind Erwägungen, die die Ordnung in der Anstalt betreffen. Soweit freilich reicht der Begriff ‚Ordnung in der Vollzugsanstalt‘ nicht, daß darunter auch verstanden werden könnte, sie müsse durch entsprechende Beschränkungen davor bewahrt werden, zum Ort eines Mißbrauchs der Freiheit zu werden, auch wenn die einzelne Handlung, die sich als Mißbrauch der Freiheit darstellt, nicht die äußere Ordnung in der Anstalt stört.“

<sup>19</sup> So jedenfalls die h.M. unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerfG. – Immerhin hat es das BVerfG abgelehnt, Eingriffe in die Versammlungsfreiheit und wohl auch in die Meinungsäußerungsfreiheit wegen etwaiger Gefährdungen der „öffentlichen Ordnung“ als hinreichend legitimiert anzusehen: BVerfG NJW 2001, 1409 (1410); NJW 2001, 2069 ff.; NJW 2001, 2072; NJW 2001, 2075. (Allerdings anerkennt es gleichwohl, daß unterhalb der Schwelle des Versammlungsverbots die „ö.O.“ als Schutzgut für eine Einschränkung des Versammlungsrechts in Betracht komme.) – Abl. auch gegenüber den strikteren Folgerungen: *Laubinger/Repkewitz*, Die Versammlung in der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung -2. Teil-, VerwArch 93 (2002), 149 (165 ff.).

<sup>20</sup> BayVGH BayVwBl 1993, 658; VGH Mannheim NVwZ-RR 1994, 86; OVG Münster NJW 1994, 2909; DVBl 2001, 584; NJW 2001, 2111; NJW 2001, 2113; 2001, 2114; 2001, 2986; abl.: *Alexander Arndt*, Politisch missliebige Meinung und grundgesetzliches Friedensgebot, BayVBl 2002, 653 (diskutiert wird die Frage, ob nationalsozialistische Äußerungen trotz der verfassungsimmanenten Grenze eines Friedens- und Völkerverständigungs-Gebots nicht unter den Schutzbereich des Art 5 und Art 8 fallen, was der Autor mit dem BVerfG ablehnt [BVerfG NJW 2001, 2069; NJW 2001, 2072, und NJW 2001, 2075]); vgl. aber auch, mit elaborierter, aber hoch problematischer Lesart einer eingriffs-legitimierenden „ö. O.“ in § 15 VersG, *Battis/Grigoleit*, Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht?, NStZ 2001, 121 ff. und *dies.*, Die Entwicklung des versammlungsrechtlichen Eilrechtsschutzes - Eine Analyse der neuen BVerfG-Entscheidungen, NStZ 2001, 2051 ff.; vgl. demgegenüber: *Rühl*, „Öffentliche Ordnung“ als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht?, NVwZ 2003, 531 ff. (abl. bzgl. der Interpretation der „ö.O.“ durch OVG Münster – und gegen die von *Battis/Grigoleit*); *Sander*, Wiederkehrthema: Die öffentliche Ordnung - das verkannte Schutzgut?, NVwZ 2002, 831 ff. (abl. bzgl. OVG Münster; er sieht aber auch beim BVerfG dogmatische Widersprüche).

<sup>21</sup> BVerfGE 33, 1 ff. (= NJW 1972, 811 ff.) m.zust.Anm. *E.-W. Fuß*, DÖV 1972, 765

es bei jenem Gefahrenabwehrrecht um das Zusammenleben der Bürger im Allgemeinen, die fiktiv ein gleiches Interesse an gleichmäßig optimierter Freiheit haben. Der U-Häftling wird hingegen vom Staat unter das Joch der Haft gezwungen, weil dieser eine Gefährdung seines Verfahrens argwöhnt<sup>22</sup>. Und schließlich muß jeder, der dem Bestimmtheits-Grundsatz noch irgendeinen angebbaren Sinn vindizieren will<sup>23</sup>, den Begriff der „Ordnung“ konturieren. Das fällt ersichtlich schwer, wie eine Durchsicht der Kommentare zu diesem Punkt unschwer belegt. Deswegen sollte man sich endlich erkönnen, auf diese Wischi-Waschi-Befugnis zu verzichten, die es bei hinreichend obrigkeitsstaatlichem Willen auch erlaubte, das Nase-Bohren in Gegenwart von JVA-Bediensteten zu sanktionieren.

---

<sup>22</sup> Ohne daß dies ein Fall des Sonderopfers wäre (sofern der Betroffene nicht rechtswidrig inhaftiert wurde); dazu ausführlich, gegen eine verbreitete Sicht im Strafprozeßrecht (die freilich angesichts der Kriterien der der staatshaftungsrechtlichen Sonderopfer-Doktrin durchaus fragwürdig ist): KK<sup>5</sup>-*Boujong*, Vor § 112 Rn 12; KK<sup>6</sup>-*Graf*, Vor § 112 Rn 13; *Meyer-Gößner*<sup>51</sup> Vor § 112 Rn 3; *Seebode* Der Vollzug der Untersuchungshaft (1985), S. 136 ff.; vgl. freilich auch BGHZ 60, 302 (304 f.) (= NJW 1973, 1322 [1323 f.]); vgl. demgegenüber: *Paeffgen*, Vorüberlegungen (1986) S. 211 (237).

<sup>23</sup> Zur strafrechtlichen Dimension des Begriffes vgl. jüngst: *Paeffgen*, Strafrecht und Verfassungsrecht – Art. 103 II GG, namentlich das Bestimmtheitsgebot, und komplementäre Rechtsätze in der Entwicklung, StraFo 2007, 442 ff.