

Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft  
Van't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin

**Fachbereich Rechtswissenschaft  
Wissenschaftliche Einrichtung**

**Strafrecht (WE 02)**

Arbeitsbereich Strafrecht, Strafprozess-  
recht, Wirtschafts- und  
Umweltstrafrecht

**Univ.-Prof. Dr. Klaus Rogall**

Van't-Hoff-Straße 8  
14195 Berlin

Telefon 030-8385-4063

Fax 030-8385-3887

e-Mail: [lehrstuhlrogall@rewiss.fu-berlin.de](mailto:lehrstuhlrogall@rewiss.fu-berlin.de)

persönlich: [krogall@zedat.fu-berlin.de](mailto:krogall@zedat.fu-berlin.de)

Bearbeiter-Zeichen:

Berlin, den 23.11.2006

## **Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz – 2. JuMOG) – BT-Drucks. 16/3038**

**hier: Art. 14 des Gesetzentwurfs – Änderung der Strafprozessordnung**

### **Zusammenfassung**

Den Regelungen des Entwurfs ist aus meiner Sicht im Wesentlichen – empfohlen werden allerdings geringfügige Modifizierungen – zuzustimmen. Es sollte jedoch erwogen werden, aus Anlass dieser Gesetzesinitiative Änderungen im Haftrecht vorzunehmen, um Problemen Herr zu werden, die die Praxis schon seit geraumer Zeit belasten (Stichwort: Zwischenhaft, Organisationshaft).

1.

Die vorgeschlagenen Änderungen sind vornehmlich durch den Beschluss der 2. Kammer des Bundesverfassungsgerichts vom 18.08.2005 – 2 BvR 1357/05 = NJW 2005, 3131 veranlasst. Die Entscheidung hat in der Literatur zwar berechtigte Kritik erfahren,<sup>1</sup> doch ist zugleich anerkannt worden, dass ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich ist.<sup>2</sup> Dem ist allein schon im Interesse der Praxis zuzustimmen.

2.

Um die zu ändernden oder neu einzuführenden Vorschriften nach Inhalt und Standort beurteilen zu können, bedarf es einer Auseinandersetzung mit den – zumindest teilweise

---

1 *Mosbacher* NJW 2005, 3110 ff.; *Helgerth*, FS Nehm 2006, S. 299, 306 ff.

2 Wie zuvor.

äußerst anfechtbaren – rechtlichen Prämissen, von denen das BVerfG ausgeht. Diese Prämissen sind nämlich nicht unverrückbar, sondern einer Änderung durch den Gesetzgeber durchaus zugänglich.

## 2.1.

Die Wirkungen einer gewährten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand werden im Gesetz nirgendwo beschrieben.<sup>3</sup> Natürlich hat die Wiedereinsetzung zur Folge, dass dadurch das Verfahren in die prozessuale Lage zurückversetzt wird, die vor der Fristversäumnis bei rechtzeitiger Handlung bestanden hätte, und es ist auch richtig, dass die an sich bereits eingetretene Rechtskraft mit rückwirkender Kraft beseitigt wird.<sup>4</sup> Das ist freilich nicht mehr als ein Gemeinplatz. Die Frage besteht doch darin, was diese Aussage der Sache nach bedeutet. Ist die Wiedereinsetzung etwa nur eine Härtefallregelung für verschlafene Rechtsanwälte, die letztlich der Regressvermeidung dient oder ist die Wiedereinsetzung eine Art Zeitmaschine, die zur Umschreibung der Geschichte taugt.

Die Rechtsprechung hat anerkannt,<sup>5</sup> dass die Rückwirkung einer Wiedereinsetzung nicht so verstanden werden darf, als ob damit das „Rad der Zeit“ umfassend wieder „zurückgedreht“ werden könnte.<sup>6</sup> Grundsätzlich kann man die Auffassung vertreten,<sup>7</sup> dass durch die Wiedereinsetzung nur eine prozessuale Lage geschaffen wird, die eine Nachholung der versäumten Prozesshandlung ermöglicht und diese nur als rechtswirksam feststellt.<sup>8</sup> Die Ansicht, eine gewährte Wiedereinsetzung müsse auch Haftbefehle und sonstige Exekutivakte wieder aufleben lassen, versteht sich deshalb nicht von selbst (anders die Entwurfsbegründung, S. 95 ff.). So klar war die Rechtslage nicht. Auch von daher ist eine Regelung, die sich zu den Wirkungen einer gewährten Wiedereinsetzung verhält, in jeder Hinsicht begrüßenswert.

## 2.2.

Als unrichtig ist dagegen die vom BVerfG für zutreffend erachtete und in der Literatur zumindest teilweise vertretene Auffassung anzusehen, dass ein (Untersuchungs-)Haftbefehl mit Eintritt der Rechtskraft der verfahrensgegenständlichen Entscheidung seine Erledigung finde. Das ergibt sich zum einen aus Gründen der Prozessrechtsdogmatik und zum anderen aus den Vorschriften über den Haftbefehl selbst.

---

3 Entsprechend „dünn“ fallen daher auch die Erläuterungen in Lehrbüchern und Kommentaren aus.

4 Grundlegend RGSt 53, 286, 288.

5 OLG Hamm NJW 1972, 2097, 2098.

6 S. dazu *Lichti* MDR 1954, 500.

7 So etwa *Eb. Schmidt*, LK II, 1957, § 44 Rdn. 1.

8 Vgl. dazu *Kalthoener*, Probleme aus dem strafprozessualen Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, 1957, S. 18 ff.; vgl. ferner LR-*Wendisch*, 24. Aufl. 1988, § 46 Rdn. 11 m.w.N.

Der Erlass eines Haftbefehls stellt eine richterliche Entscheidung<sup>9</sup> und insoweit eine sog. Prozesshandlung<sup>10</sup> dar. Zur Beseitigung derartiger Prozesshandlungen bedarf es grundsätzlich eines *actus contrarius* wiederum in Form einer Prozesshandlung – eben der Aufhebung des Haftbefehls, so wie das in § 120 StPO auch vorgesehen ist.<sup>11</sup> Die Verletzung der Pflicht zur Ausführung dieser Prozesshandlung (der Aufhebung des Haftbefehls) ist, wenn man der h.L.<sup>12</sup> folgt, in § 345 StGB mit Strafe bedroht. Der Haftbefehl kann sich daher auch nicht mit dem Eintritt der Rechtskraft erledigen,<sup>13</sup> es sei denn, das Gesetz sähe das vor. Das Gesetz sieht das aber an keiner Stelle vor. Vielmehr erledigt sich der Haftbefehl erst mit dem (faktischen) Antritt der Strafhaft.<sup>14</sup> Für eine Fortwirkung des Haftbefehls kann man nicht nur auf die Regelungen in den §§ 123 Abs. 1 Nr. 2, 124 Abs. 1 hinweisen, sondern auch § 268b StPO anführen, der seinerseits nicht zwischen rechtskräftigen und nicht rechtskräftigen Urteilen unterscheidet.<sup>15</sup>

Nun ist die zuvor dargestellte Rechtslage allerdings umstritten<sup>16</sup> und unter den Stichworten „Zwischenhaft“<sup>17</sup> und/oder „Organisationshaft“<sup>18</sup> auch praktisch bedeutsam. Aus meiner Sicht wäre daher die Prüfung angezeigt, ob nicht diese Problematik, die ja ausweislich der Entscheidungen des BVerfG<sup>19</sup> in engem Zusammenhang mit den Problemen der Wiedereinsetzung steht, im Gesetzentwurf gleich mitgeregelt werden sollte.

### 3.

Vor diesem Hintergrund sind zu den Vorschriften des Entwurfs und zum Regelungsbedarf die nachfolgenden Bemerkungen angezeigt.

#### 3.1.

Die vorgeschlagene Einfügung des neuen § 47 Abs. 3 StPO begegnet im Grundsatz keinen Bedenken. Die Verwendung des Begriffs „andere Anordnungen“ in Absatz 3 S. 1 erweckt allerdings Unbehagen. Vorzugswürdig dürfte es sein, Beispielfälle aus der Begründung ausdrücklich zu benennen und dann die „sonstigen Anordnungen“ als unbenannte

---

9 Ausführlich *Gerland*, Der deutsche Strafprozess, 1927, S. 277 ff.

10 Näher dazu *Eb. Schmidt*, LK I<sup>2</sup>, 1964, Rdn. 124 ff. m.w.N.

11 Dafür etwa – trotz ansonsten abw. Ansicht – *SK/StPO-Paeffgen*, Stand: 1992, § 120 Rd. 14.

12 Vgl. etwa *SK/StGB-Horn/Wolters*, Stand: 2002, § 345 Rdn. 3A m.w.N.

13 Und automatisch in Strafhaft übergehen, wie das BGHSt 38, 63 ff. u. BGH NSTz 1993, 31 annehmen; offen gelassen von BGHSt 20, 64, 65 f. Die in § 38 Nr. 3 StVollstrO und in § 91 Abs. 1 Nr. 1 UVollzO enthaltenen Regelungen können angesichts ihrer fehlenden Gesetzeskraft nicht als Gegenargument herhalten.

14 So schon *Lindner* MDR 1948, 453; zum Folgenden ferner *H. W. Schmidt* NJW 1959, 1717 ff.; *Linke* JR 2001, 358 ff.; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 3. Aufl. 2001, Rdn. 924 ff.

15 Überzeugend dazu *Linke* JR 2001, 358 ff.

16 S. dazu nur *SK/StPO-Paeffgen*, § 120 Rdn. 15 ff.; *Bartmeier* NSTz 2006, 544, 547, jeweils m.w.N.

17 *Seebode* StV 1988, 119 ff.

18 *Bartmeier* NSTz 2006, 544 ff.; *Ostermann* StV 1993, 52 ff.

19 BVerfGE 9, 160 ff.; BVerfG NJW 2005, 3131.

Fälle anzuschließen. Die Regelung über die Haftprüfung in Absatz 3 S. 2 erscheint demgegenüber sachgerecht. Absatz 3 S. 3 des Entwurfs sollte das Gemeinte hinreichend deutlich wiedergeben; anderenfalls könnte man hinter dem Wort „Haftprüfung“ einen Klammerzusatz (etwa: „§§ 117, 126a Abs. 2“) einfügen.

### 3.2.

Unzureichend regelt der Entwurf m.E. die Instruktion des Angeklagten über die ihm zustehenden Rechte (vgl. beispielhaft die Entwurfsbegründung selbst, S. 101 f.). Fraglich ist auch, ob nicht der – ggf. unverteidigte – Angeklagte, dem gegenüber „sonstige Anordnungen“ ergangen sind, auf die im eigenen Interesse bestehende Möglichkeit und Notwendigkeit von Rechtsbehelfen hinzuweisen wäre. Der Entwurf überlässt dies (insoweit zwar zu Recht) der Initiative des Betroffenen, doch ist fraglich, ob man ihm die erforderliche Kenntnis in allen Fallkonstellationen unterstellen darf.

### 3.3.

Gegen den Umfang der durch § 47 Abs. 3 (neu) erfassten Fälle<sup>20</sup> bestehen keine Bedenken. Jedoch sollte der Fall des § 95 Abs. 2 BVerfGG entgegen der Entwurfsbegründung gleich mitgeregelt werden.

## 4.

Entsprechend den Darlegungen zu 2.2. sollten weitere Vorschriften in den Entwurf aufgenommen werden.

### 4.1.

Dazu gehört erstens eine Ergänzung des § 120 StPO dahingehend, dass der Haftbefehl auch aufzuheben ist, wenn die erkannte Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung vollzogen wird (mit entsprechender Folgeänderung des § 123 StPO). Eine weitere entsprechende Änderung wäre dann wohl bei § 126a Abs. 3 StPO vorzunehmen.

### 4.2.

Schließlich könnte § 268b StPO klarstellend dahingehend ergänzt werden, dass über die Fortdauer der Haft auch zu entscheiden ist, wenn das Urteil sofort rechtskräftig ist. Auch könnte das Gericht ermächtigt werden, einen Haftbefehl zur Sicherung der Vollstreckung wegen Wiederholungs- oder Fluchtgefahr zu erlassen, wenn sich der rechtskräftig Verurteilte auf freiem Fuss befindet.<sup>21</sup> Das (zeitliche) Verhältnis zum Vollstreckungshaftbefehl wäre ebenfalls zu regeln.

---

<sup>20</sup> Entwurfsbegründung S. 97 ff., 100 ff.

<sup>21</sup> Vgl. dazu *Linke* JR 2001, 363.

5.

Gegen die vorgeschlagene Ergänzung des § 454b Abs. 2 StPO bestehen aus meiner Sicht keine Bedenken.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Rogall', is centered on the page.

*(Univ.-Prof. Dr. Rogall)*