

em. Universitätsprofessor für
Strafrecht, Kriminologie, Jugendrecht
und Strafvollzug an der LMU München

**Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung
des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
am 22. April 2009 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung
des Untersuchungshaftrechts – BT-Drucksache. 16/11644**

Der Entwurf wird den Forderungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschliche oder erniedrigender Behandlung oder Strafe im Wesentlichen gerecht (I.). Die im Zusammenhang mit der Föderalismusreformen stehende Ausgestaltung des § 119 StPO ist teilweise präzisierungsbedürftig (II.). Defizitär bleibt der Entwurf hinsichtlich weiterer Postulate zur rechtsstaatlichen Verbesserung des Untersuchungshaftrechts, die seit vielen Jahren in Wissenschaft und Praxis erörtert werden (III.).

I. Forderungen von europäischer Ebene

**1. Belehrung über das Recht auf ärztliche Untersuchung
(§ 114b II Nr. 5 StPO-E)**

Bezüglich des Rechts auf ärztliche Untersuchung des Untersuchungsgefangenen ist die Formulierung des Bundesrats vorzuziehen, nach der der Gefangene das Recht haben soll „einem Arzt vorgestellt zu werden“, da bei dieser Formulierung wenigstens gewährleistet ist, dass überhaupt ein Arzt - also auch ein bei der Polizei oder der Justiz beschäftigter oder von ihr hinzugezogener Arzt - erscheint. Bei der vom Regierungsentwurf vorgeschlagenen freien Arztwahl besteht die Gefahr, dass eine ärztliche Untersuchung völlig unterbleibt, da ein freiberuflicher Arzt ja nicht zu Besuchen im Polizeigewahrsam oder in Untersuchungshaftanstalt verpflichtet werden kann; angesichts der dürftigen Bezahlung sog. Hausbesuche dürfte die Ärzteschaft daran auch kaum eine Interesse haben. Anhaltspunkte für eine unzureichende Wahrnehmung ärztlicher Aufgaben durch Polizei- und Vollzugs-Ärzte liegen – jedenfalls in Deutschland - nicht vor.

2. Akteneinsichtsrecht des Verteidigers (§ 147 II StPO-E)

Es ist zweifelhaft, ob es bei Versagung der Akteneinsicht für den Verteidiger wegen Gefährdung des Untersuchungszweckes genügt, „dem Verteidiger die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen in geeigneter Weise zugänglich zu machen.“ Bei einem so erheblichen Beurteilungsspielraum für die Staatsanwaltschaft besteht die Gefahr, dass man sich mit dem polizeilichen Schlussbericht oder einigen selektiven Informationen begnügt, was insbesondere bei komplizierten Wirtschaftsstrafverfahren nicht ausreichen dürfte. Sachgerecht wäre es, zur Wahrung der Waffengleichheit bei einem inhaftierten Beschuldigten dem Verteidiger stets volle Akteneinsicht zu gewähren. Wenn man sich nicht dazu entschließen kann, sollte wenigstens die - m. E. etwas weitergehende - Formulierung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Grunde gelegt werden,

nach der dem Verteidiger Zugang zu denjenigen Schriftstücken und Beweismitteln zu gewähren ist, die für die wirksame Anfechtung der Rechtmäßigkeit einer Freiheitsentziehung seines Mandanten wesentlich sind.¹ In der Regel werden dies die vollständigen Ermittlungsakten sein.

3. Auskünfte und Abschriften aus den Akten für den sich selbst verteidigenden Beschuldigten (§ 147 VII StPO-E)

Diese Regelung dürfte den Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wohl noch entsprechen. Allerdings wird in der Begründung des Entwurfs (S. 34) zutreffend darauf hingewiesen, dass sich in schwierigen Fällen häufig die Bestellung eines Verteidigers nach § 140 II StPO aufdrängen wird. In Haftfällen ist dies nicht nur häufig, sondern regelmäßig der Fall, weshalb dem Beschuldigten als Ausgleich für seine beschränkten Verteidigungsmöglichkeiten unverzüglich nach Beginn der Untersuchungshaft ein Verteidiger beigeordnet werden sollte (s. u. III.1).

II. Rechtsbeschränkungen gemäß § 119 StPO-E

1. Haftzweckdifferenzierte und einzelfallorientierte Beschränkungen (§ 119 I StPO-E)

Dem im Entwurf angestrebten Ziel, „dass in jedem Einzelfall jede Beschränkung von dem Haftgericht auf ihre konkrete Erforderlichkeit geprüft und begründet wird (§ 34 StPO)“², wird weder im Gesetzestext noch in der Begründung hinreichend Rechnung getragen. § 119 I StPO-E stellt nicht hinreichend klar, dass dem Inhaftierten die über die Freiheitsentziehung hinausgehenden Beschränkungen nur auferlegt werden dürfen, wenn dies für den jeweiligen Haftzweck erforderlich ist, also nicht mehr - wie bisher oft praktiziert - schematisch für alle Untersuchungsgefangenen in gleicher Weise. Die in der Begründung erwähnte - angeblich vom Bundesverfassungsgericht tolerierte - Praxis, bei jedem Untersuchungsgefangenen ohne ausdrückliche Änderung der Haftgründe im Haftbefehl alle Haftzwecke heranzuziehen, begünstigt geradezu die undifferenzierte Universalbeschränkung aller Untersuchungsgefangenen, die mit der Unschuldsvermutung nicht zu vereinbaren ist.

Auch kommt im Gesetzestext nicht hinreichend zum Ausdruck, dass § 119 „keine standardmäßige Geltung von Beschränkungen“ vorsieht, sondern festlegt, „dass jede Beschränkung ausdrücklich angeordnet werden muss.“³ Deshalb und um den Begründungs Erfordernissen des § 34 StPO gerecht zu werden, sollte § 119 I StPO-E folgendermaßen ergänzt werden:⁴

§ 119

(1) Soweit dies zur Abwehr einer Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr (§§ 112, 112a StPO) erforderlich ist, können einem inhaftierten Beschuldigten Beschränkungen auferlegt werden. *Jede Beschränkung ist von dem Haftgericht auf ihre konkrete Erforderlichkeit zu prüfen und zu begründen.* Insbesondere kann angeordnet werden, dass...

¹ EGMR, Urt. v.13.12.2007,- Nr. 11364/03; StV 2008, 475, 482 m. Anm. *Hagmann*, StV 2008, 483 f. und *Pauly*, StV 2008, 484.

² BT-Drs. 16/11644, S. 24.

³ BT-Drs. 16/11644, S. 24.

⁴ Neuer Text kursiv.

2. Restriktive Fassung bei der Überwachung der Kommunikation mit der Außenwelt (§ 119 I 2 Nr. 2 StPO-E)

Die Beachtung der Haftzweckdifferenzierung der Beschränkungen muss insbesondere bei der Überwachung der Kommunikation mit der Außenwelt zu praktische Konsequenzen führen, da zum Beispiel eine akustische Überwachung der Besuche in der Regel nur beim Haftgrund der Verdunkelungsgefahr geboten ist, während sie bei Fluchtgefahr oder Wiederholungsgefahr nur in Ausnahmefällen angezeigt ist, wenn konkrete Anhaltspunkte für Fluchtvorbereitungen oder neue Straftaten vorliegen. Deshalb sollte § 119 I 7 StPO-E folgendermaßen ergänzt werden.

§ 119 Absatz 1 Satz 7

Die Anordnung nach Satz 2 Nr. 2 ist bei dem Haftgrund der Fluchtgefahr oder der Wiederholungsgefahr nur zulässig, wenn im Einzelfall Erkenntnisse dafür vorliegen, dass es der Überwachung zur Verhinderung einer Flucht oder neuer Straftaten bedarf⁵; die Anordnung schließt die Ermächtigung ein, Besuche und Telekommunikation abzubrechen sowie Schreiben und Pakete anzuhalten.

3. Richterliche Entscheidungskompetenz bei der Übertragung der Ausführung von Beschränkungsanordnungen (§ 119 II 2 StPO-E)

Die im Entwurf vorgesehene widerrufliche Übertragungsmöglichkeit der Ausführung der Anordnungen durch das Gericht auf die Staatsanwaltschaft, die sich ihrerseits bei der Ausführung der Hilfe durch Ihre Ermittlungspersonen und die Vollzugsanstalt bedienen kann, ist grundsätzlich sachgerecht. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Sollvorschrift bis zur Erhebung der öffentlichen Klage ist abzulehnen, da sie zu einer routinemäßigen Erledigung nach allgemeinen Prinzipien führen dürfte, während richterliche Verantwortung im Einzelfall gefragt ist.

Umgekehrt ist die einseitige Übertragungsmöglichkeit auf die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsorgane für das gesamte Haftverfahren, also auch für die Zeit nach Anklageerhebung, abzulehnen, da ab diesem Zeitpunkt die Verfahrensherrschaft von der Staatsanwaltschaft auf das erkennende Gericht übergeht, „das im Regelfall ab diesem Zeitpunkt über größere Sachnähe verfügt und daher die angeordneten Überwachungsmaßnahmen am effektivsten und mit der für Haft Sachen gebotenen besonderen Beschleunigung durchführen können.“⁶ Die in der Stellungnahme der Bundesregierung geäußerte Besorgnis, damit werde die Einschaltung der Staatsanwaltschaft vom Engagement des im Einzelfall zuständigen Staatsanwalts abhängig gemacht, ist meines Erachtens nicht berechtigt, da die zuständigen Staatsanwälte in aller Regel an einer konstruktiven Zusammenarbeit interessiert sind.

Daher sollten in § 119 II StPO-E nach Satz 1 beide Vorschläge kombiniert werden:

§ 119 Absatz 1

(2) Die Ausführung der Anordnungen obliegt der anordnenden Stelle. Das Gericht kann die Ausführung von Anordnungen widerruflich auf die Staatsanwaltschaft übertragen. *Nach Erhebung der öffentlichen Klage ist das Gericht für die Ausführung zuständig. Es kann im Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft die Ausführung der Anordnungen auf diese übertragen. Bei der Ausführung der Anord-*

⁵ Neuer Text kursiv.

⁶ Zutreffend Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 16/11644, S. 41.

nungen können sich die Staatsanwaltschaft und das Gericht der Hilfe der Vollzugsanstalt, die Staatsanwaltschaft auch der ihrer Ermittlungspersonen bedienen.⁷

4. Dreiwochenfrist für den Untätigkeitsantrag nach § 119 a I 2 StPO-E

Die im Entwurf vorgesehene Dreiwochenfrist für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung für den Fall, dass eine im Untersuchungshaftvollzug beantragte behördliche Entscheidung nicht ergangen ist, sollte unbedingt beibehalten werden. Wegen der erheblich kürzeren Dauer der Untersuchungshaft im Vergleich zum Strafvollzug ist die vom Bundesrat vorgeschlagene Dreimonatsfrist abzulehnen. Bei den 24.352 Abgeurteilten, die im Jahr 2006 vor der Aburteilung in Untersuchungshaft waren, dauerte die Untersuchungshaft in 6272 Fällen (25,8 %) weniger als einen Monat, in 5869 Fällen (24,1 %) ein bis drei Monate.⁸ Für die Hälfte aller Untersuchungsgefangenen bestünde also bei einer Dreimonatsfrist die Gefahr, dass sie während der laufenden Untersuchungshaft keinen wirksamen Rechtsschutz mehr erhalten. Das wäre mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu vereinbaren.

III. Sonstige notwendige Änderungen

1. Frühe Bestellung eines Verteidigers bei Beginn der Untersuchungshaft

Die mit der Untersuchungshaft verbundene vollständige Isolation des Beschuldigten beeinträchtigt dessen Verteidigungsfähigkeit nachhaltig. Während sich ca. 40 % der Beschuldigten gleich zu Beginn der Untersuchungshaft einen Wahlverteidiger leisten können und nur wenige in diesem frühen Stadium aus den anderen Gründen des § 140 StPO einen Pflichtverteidiger erhalten,⁹ müssen die meisten Inhaftierten drei Monate warten, bis ihnen nach dreimonatiger Untersuchungshaft gemäß § 140 Absatz 1 Nr. 5 StPO ein Verteidiger bestellt wird. Dies ist mit dem Leitprinzip der strafprozessualen Waffengleichheit nur schwer zu vereinbaren und verstößt darüber hinaus gegen den Grundsatz der Chancengleichheit zwischen wohlhabenden und sozial schlechter gestellten Untersuchungsgefangenen. Darüber hinaus werden durch diese späte Beordnung eines Verteidigers Chancen für eine Verkürzung der Untersuchungshaft und für eine Beschleunigung des Strafverfahrens und damit letztlich für eine Entlastung des Justizetats nicht genutzt.

Dies ist das Ergebnis eines hessischen Feldexperiments, bei dem in der Zeit vom 1.10.91 bis 30. 9. 1994 in den Justizvollzugsanstalten Frankfurt I, II und III alle Untersuchungsgefangenen, die noch keinen Verteidiger hatten, unmittelbar nach Beginn der Untersuchungshaft für die ersten drei Monate der U-Haft ein Verteidiger ihrer Wahl auf Kosten des Landes Hessen erhielten. Insgesamt nahmen 4807 Untersuchungsgefangene dieses Angebot in Anspruch (ca. 40 % aller Untersuchungsgefangenen in dieser Zeit), was in diesen Fällen zu einer Verkürzung der durchschnittlichen Haftdauer um ca. 60 Tage führte (75,2 Tage gegenüber 131,1 Tage bei einer Vergleichsstichprobe ohne dieses Angebot).¹⁰ Bezogen auf den gesamten Untersu-

⁷ Neuer Text kursiv in Anlehnung an die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 16/11644, S. 41.

⁸ Berechnet nach Strafverfolgungsstatistik 2006, Tab. 6.1 (www-ec.destatis.de)

⁹ Zu die Erfahrungswerten aus einem Frankfurter Feldexperiment *Schöch*, Der Einfluss der Strafverteidigung auf den Verlauf der Untersuchungshaft, Nomos Baden-Baden 1997, S. 87. In einer vergleichbaren Untersuchung in Hannover waren nach einer Woche noch 37,6 % unverteidigt (*Busse*, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft, Göttingen 2008, S. 135)

¹⁰ *Schöch* (o. Fn. 9), S. 59, 78 Tab. 3, 83 Tab. 9; *Schöch StV* 1997, 323, 327

chungshaftvollzug ergab sich daher bei 40-prozentiger Beteiligung eine Haftzeiterparnis von durchschnittlich 24 Tagen pro Untersuchungsgefangenen.¹¹

Eine vergleichbare niedersächsische Untersuchung unter der Leitung des Göttinger Kollegen *Jehle* ergab ein Verkürzungspotential von 20 Tagen für die Untersuchungshaft¹² und von 30 Tagen für die Dauer des gesamten Strafverfahrens.¹³ Diese Studie mit experimentellem Design und größerer Stichprobe zeigte ferner, dass die von mir als Kompromiss zwischen sofortiger Verteidiger-Bestellung und bisheriger Dreimonatsfrist vorgeschlagene Bestellung nach einem Monat nur zu einer Haftzeitverkürzung von ca. 10 Tagen führt.¹⁴ Außerdem wurde in einem ergänzenden Forschungsdesign festgestellt, dass die Bestellung eines Verteidigers bereits zur Vorführungsverhandlung (§ 115 StPO) keine weitere Verbesserung bewirkt¹⁵ und von den meisten Richtern und Staatsanwälten wegen organisatorischer Schwierigkeiten abgelehnt wird.¹⁶

Die Verkürzung wird durch verschiedene Aktivitäten der Verteidiger gefördert, insbesondere durch besser vorbereitete Haftprüfungstermine, Kontaktaufnahme zum sozialen Umfeld oder zu Therapieeinrichtungen, frühzeitige Geständnisse statt sinnlosem Leugnen, Wiedergutmachungsbemühungen, verfahrensfördernde Gespräche mit der Staatsanwaltschaft oder dem zuständigen Richter, oft in Verbindung mit anderen verfahrensbeschleunigenden Absprachen, die einen frühen Termin für die Hauptverhandlung oder eine Erledigung durch Strafbefehl¹⁷ ermöglichen.

Ein Pflichtverteidiger erhält für die üblichen Aktivitäten während der U-Haft derzeit 436 €,¹⁸ während die durchschnittlichen Haftkosten in Deutschland pro Tag mindestens 75 € betragen.¹⁹ Bereits bei einer 6-tägigen Haftverkürzung wäre also das Verteidigerhonorar erwirtschaftet. Geht man von der empirisch ermittelten Verkürzung von ca. 20 Tagen aus, so würde das dreifache des Verteidigerhonorars erspart; bei der in Frankfurt festgestellten Verkürzung um 60 Tage pro Fall wäre der Einspareffekt etwa 10 mal so groß wie das Verteidigerhonorar.

Deshalb wurde nicht nur von der Anwaltschaft vielfach gefordert, in § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO für den Fall der Inhaftierung nach den §§112,112a StPO oder der Unterbringung nach § 126a StPO die zeitliche Bedingung (mindestens drei Monate) zu streichen. Auch der Deutsche Juristentag, in dessen strafrechtlicher Abteilung meist Angehörige der Justiz dominieren, hat 2004 in Bonn zur notwendigen Verteidigung in Haftsachen mit überwältigenden Mehrheiten Folgendes beschlossen:

¹¹ *Schöch* (o. Fn. 9), S. 59, 73; StV 1997, 323, 327.

¹² *Busse* (o. Fn. 9), S. 205, 317; bei Berücksichtigung intervenierender Zeitvariablen nur 14 Tage.

¹³ *Busse* (o. Fn. 9), S. 210, 318; bei Berücksichtigung intervenierender Zeitvariablen nur 22 Tage.

¹⁴ *Busse* (o. Fn. 9), S. 185: durchschnittlich 68,4 Tage bei Projektteilnehmern gegenüber 78,7 Tagen bei Nichtprojektteilnehmern.

¹⁵ *Busse* (o. Fn. 9), S. 185: durchschnittlich 74,8 Tage (beschränkt auf Hannover); S. 325: auch keine haftvermeidende Wirkung.

¹⁶ *Busse* (o. Fn. 9), S. 138, 325: die Schwierigkeiten wären durch einen anwaltlichen Notdienst nur teilweise überwindbar.

¹⁷ Von den 24 352 Abgeurteilten mit U-Haft im Jahr 2006 erhielten nur 13.158 (54 %) eine stationäre Sanktion ohne Bewährung (Freiheitsstrafe, Jugendstrafe, freiheitsentziehende Maßregeln); berechnet nach Strafverfolgungsstatistik 2006, Tab.6.2, www-ec.destatis.de.

¹⁸ RVG 4100 (Grundgebühr, 162 €), 4102 (Terminsgebühr, 137 €), 4104 (Verfahrensgebühr im Ermittlungsverfahren, 137 €).

¹⁹ In Bayern, das traditionell relativ geringe Haftkosten hat, lag der Tagessatz 2007 bei 68,40 € (*Bayerisches Staatsministerium der Justiz* [Hrsg], Justizvollzug in Bayern, 2008, S.44).

„Bei Untersuchungshaft ist dem Beschuldigten auf seinen Antrag oder den der Staatsanwaltschaft alsbald ein Verteidiger zu bestellen (Wegfall der 3-Monats-Frist des § 117 Abs. 4 StPO)“ (*angenommen: 105:17:6*).²⁰

Deshalb werden folgende gesetzliche Änderungen²¹ vorgeschlagen:

§ 117 StPO

(4) Hat der Beschuldigte noch keinen Verteidiger, so wird ihm *unverzüglich, spätestens jedoch nach einer Woche*, ein Verteidiger für die Dauer der Untersuchungshaft bestellt, *wenn* die Staatsanwaltschaft oder der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter es beantragt.

§ 140 StPO

(1) die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn....

5. der Beschuldigte *nach 112, 112 a StPO in Untersuchungshaft genommen oder nach § 126a StPO untergebracht worden ist, unverzüglich nach der Vorführungsverhandlung (§§ 115, 115a StPO), spätestens jedoch eine Woche danach.*

2. Klarstellung der verfassungskonformer Auslegung beim Haftgrund der Tat schwere gemäß des § 112 Absatz 3 StPO

Entgegen der vom Bundesverfassungsgericht geforderten verfassungskonformen Auslegung des § 112 Abs. 3 StPO²² werden in der Praxis Haftbefehle vielfach nur mit dem Tatverdacht eines Tötungsdeliktes oder eines anderen der in § 112 Abs. 3 genannten Verbrechen begründet, ohne dass Hinweise auf Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr vorliegen. Deshalb muss im Gesetz klargestellt werden, dass auch in den Fällen des § 112 Abs. 3 StPO Anhaltspunkte für einen der anerkannten Haftgründe erforderlich sind, ohne dass bestimmte Tatsachen im Sinne des § 112 Abs. 2 StPO festgestellt werden müssen.

§ 112

(3) Gegen den Beschuldigten, der einer Straftat nach...(bisheriger Deliktskatalog)... dringend verdächtig ist, darf Untersuchungshaft auch angeordnet werden, wenn ~~eine Haftgrund nach Absatz 2 nicht besteht~~ *nach den Umständen des Falles nicht auszuschließen ist, dass Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr vorliegt.*

3. Höhe der zu erwartenden Strafe als Indiz für den Haftgrund der Fluchtgefahr

Häufig wird in der Praxis die Fluchtgefahr gemäß § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO ausschließlich und formelhaft mit der Höhe der zu erwartenden Strafe begründet. Nach einer bundesweiten Untersuchung aus den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts, enden aber nur 37,7 % der einschlägigen Verfahren mit einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr.²³ Daher sollte im Gesetz klargestellt werden, dass die Höhe der Straferwartung niemals allein zur Begründung einer Fluchtgefahr ausreicht.²⁴

²⁰ *Deutscher Juristentag* (Hrsg.): Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004, Band II/2 O 200, Beschluss IV.2.

²¹ Änderungen kursiv.

²² BVerfGE 19, 342, 350 f.

²³ *Gebauer*, Die Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1987, 237; dazu auch *Schöch*, FS Lackner 1987, 991, 1007.

²⁴ Änderungen kursiv.

§ 112

(2) ein Haftgrund besteht, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen

1...

2. bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles, *insbesondere der persönlichen und sozialen Verhältnisse des Beschuldigten und ergänzend der Höhe der zu erwartenden Strafe*, die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluchtgefahr), oder

3....